

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN

PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE

SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 1997, HEFT 7

CLAUS-WILHELM CANARIS

Die Bedeutung der
iustitia distributiva
im deutschen Vertragsrecht

Aktualisierte und stark erweiterte Fassung
des Vortrags vom 2. Juli 1993

MÜNCHEN 1997

VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN

In Kommission bei der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung München

ISSN 0342-5991
ISBN 3 7696 1595 6

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 1997
Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen
Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)
Printed in Germany

Übersicht

I. Die lügende Schwangere als Paradigma.....	7
II. Der rechtsphilosophische Hintergrund.....	9
1. Die Hauptkriterien für die Unterscheidung zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva	9
a) Die Verschiedenheit des Verhältnisses zwischen den Beteiligten	9
b) Die Verschiedenheit der Handhabung des Gleichheitssatzes.....	10
c) Die Möglichkeit völlig gleicher Zuteilung bei der iustitia distributiva...	12
d) Die Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen iustitia distributiva und iustitia commutativa bei privatrechtlichen Normen	13
2. Der Bezug der beiden aristotelischen Gerechtigkeitsformen auf die jeweilige Staats- und Wirtschaftsordnung.....	15
a) Die Problematik hinsichtlich der iustitia distributiva	16
b) Die Problematik hinsichtlich der iustitia commutativa	16
3. Die Möglichkeiten zu einer inhaltlichen Präzisierung der iustitia distributiva und das Flötenbeispiel von Aristoteles	18
a) Teleologische Folgerichtigkeit und „Natur der Sache“	19
b) Leistungs-, Bedarfs-, Chancen- und Verfahrensgerechtigkeit	21
c) Zuwendungs- und Belastungs-, insbesondere Besitzstandsgerechtigkeit.	24
4. Die Ebenbürtigkeit der iustitia commutativa gegenüber der iustitia distributiva.....	26
a) Die iustitia commutativa als Grundlage des Legitimationsmodells der Staatsvertragstheorien	27
b) Der humane Gehalt der iustitia commutativa, ihre Nähe zum „Grundprinzip des gegenseitigen Achtens“ und ihre besondere Eignung für die „offene“ bzw. „pluralistische“ Gesellschaft	29
5. Fazit.....	32
a) Das Spannungsverhältnis von iustitia distributiva und Vertragsrecht	33
b) Die drei zentralen Fragenkreise	34
III. Die Problematik der Bindung einer Vertragspartei an die Gebote der iustitia distributiva	35
1. Der grundsätzliche Vorrang der Vertragsfreiheit	35
2. Ausnahmen im Gesellschafts- und im Wirtschaftsrecht.....	35
3. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Beispiel für die Bindung einer Vertragspartei an die Gebote der iustitia distributiva	36
a) Die Problematik einer dogmatischen Fundierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	37

b) Die teleologische Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	39
c) Der Bezug des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Merkmale „in der Person“ des betroffenen Arbeitnehmers.....	39
4. Die privatrechtliche Verteilung von menschlichen Organen und Körpersubstanzen als distributive Zukunftsaufgabe.....	42
IV. Vertragsrechtsordnung und Gerechtigkeitspostulate	44
1. Die Unabweislichkeit der Frage	44
2. Die grundsätzliche Gewährleistung der iustitia commutativa in der geltenden Vertragsrechtsordnung.....	45
a) Der „prozedurale“ Grundcharakter der iustitia commutativa im heutigen Vertragsrecht	46
b) Die Notwendigkeit ergänzender materialer Kriterien	51
c) Die grundsätzliche Neutralität der Vertragsrechtsordnung gegenüber den Ergebnissen von Vertragsfreiheit und Wettbewerb.....	55
d) Die Möglichkeit zu einer Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Einflußnahme auf den Vertragspartner ohne Rückgriff auf distributive Kriterien.....	60
3. Die Problematik der Verwirklichung von Postulaten der iustitia distributiva durch die geltende Vertragsrechtsordnung	63
a) Das Verhältnis zur Besitzstandsgerechtigkeit	64
b) Das Verhältnis zur Bedürfnisgerechtigkeit	64
c) Das Verhältnis zur Leistungsgerechtigkeit	67
d) Das Verhältnis zur Chancengerechtigkeit	72
4. Fazit.....	75
V. Normen des privaten Vertragsrechts als Mittel zur Verwirklichung distributiver Zwecke	78
1. Repräsentative Beispiele für die Verwirklichung distributiver Ziele im heutigen Vertragsrecht	78
a) Der arbeitsrechtliche Mutterschutz.....	78
b) Das Recht zur Leugnung einer Vorstrafe gemäß § 53 BZRG.....	80
c) Die Entgeltfortzahlung an kranke Arbeitnehmer	81
d) Weitere Beispiele	85
2. Kriterien der Belastungsgerechtigkeit und Aspekte der „Natur der Sache“	85
a) Die Gefahr einer rein zufallsbedingten Belastung und die „richtige“ Auswahl des Belasteten als Grundprobleme	86
b) Erhaltung und Erlangung eines vertragsrechtlichen „Status“	87
c) Die Verteilung von Geld und die Reihenfolge der Belastungsträger	91
d) Die Bedeutung der Betriebsgröße	94
e) Die mangelnde Tragfähigkeit des Hinweises auf die Möglichkeit zu einer Risikodeckung durch Abschluß einer Versicherung oder zu einer Abwälzung über die Preise	97
3. Konsequenzen für die Lösung von Problemen des geltenden Rechts.....	98
a) Noch einmal: die lügende Schwangere	99

b) Die Verfassungswidrigkeit der Zahlungspflichten des Arbeitgebers nach §§ 11, 14 MuSchG	104
c) Die Verfassungswidrigkeit des Fehlens einer Kleinbetriebsregelung für die Entgeltfortzahlung an kranke Angestellte gemäß § 10 LFZG	111
d) Die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 EFZG auf dem Prüfstand der Verfassung.....	115
4. Fazit.....	119
a) Das Erfordernis einer besonderen Legitimation für die Überbürdung distributiv bedingter Lasten auf Privatrechtssubjekte	119
b) Methodologische und verfassungsrechtliche Konsequenzen	121
VI. Vom Nutzen der Philosophie für die Jurisprudenz	123
1. Die fortdauernde Fruchtbarkeit der Unterscheidung zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva für das Privatvertragsrecht.....	123
a) Die Präzisierung der Fragen nach dem Verhältnis von Vertrag und Gerechtigkeit	123
b) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva im geltenden Vertragsrecht sowie seine Gründe und seine Konsequenzen.....	125
2. „Vera philosophia“?	129
Schriftumsverzeichnis.....	131

I. Die lügende Schwangere als Paradigma

Das Bundesarbeitsgericht hat Ende 1992 ein aufsehenerregendes Urteil gefällt, das sogar durch die Tagespresse gegangen ist. Eine Frau, die im fünften Monat schwanger war, hatte sich um einen Arbeitsplatz beworben und die Frage des potentiellen Arbeitgebers nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft wider besseres Wissen verneint. Als sie eine (!) Woche nach Beginn ihrer Tätigkeit dem Arbeitgeber die Schwangerschaft mitteilte, focht dieser den Arbeitsvertrag (u.a.) wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB an. Das Bundesarbeitsgericht hat die Anfechtung für unwirksam und demgemäß den Arbeitsvertrag für fortbestehend erklärt¹; denn die Frage nach der Schwangerschaft sei eine unzulässige, weil geschlechtsspezifische Benachteiligung i.S. von § 611a BGB gewesen und die Frau habe daher die Unwahrheit sagen dürfen.

Nun könnte man sich vielleicht bei der Vermutung beruhigen, es handle sich um eine jener Übertreibungen des Arbeitnehmerschutzes, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts leider nicht selten vorkommen. Aber das wäre ein Irrtum. In Wahrheit hat die Entscheidung vielmehr geradezu paradigmatischen Charakter und signalisiert wie die Spitze eines Eisbergs einen tiefgreifenden Wandel des Rechtsverständnisses, der sich in zunehmendem Maße auch im heutigen Privatrecht niederschlägt. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, daß das Urteil des Bundesarbeitsgerichts auf einem europarechtlichen Fundament ruht und also mutatis mutandis alle Staaten der Europäischen Union angeht. Anlaß und Grundlage für diese Entscheidung war nämlich ein kurz zuvor ergangenes Urteil des Europäischen Gerichtshofs. Dieser hatte auf Vorlage des Hoge Raad der Nederlanden über die Auslegung der Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft vom 9. 2. 1976, zu deren Umsetzung der deutsche Gesetzgeber § 611a BGB

¹ Vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 611a BGB = JZ 1993, 844 mit z. T. kritischer Anm. von Adomeit; vgl. dazu im übrigen näher unten V 3a m. w. Nachw.

erlassen hat, zu befinden und die Frage zu entscheiden, ob ein Arbeitgeber durch die Ablehnung einer schwangeren Bewerberin auch dann gegen den in dieser Richtlinie statuierten Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, wenn er nach dem einschlägigen nationalen Recht Nachteile in Kauf nehmen muß. Der europäische Gerichtshof hat das bejaht.² Der Nachteil bestand nach dem niederländischen Recht darin, daß der Arbeitgeber während der mutterschaftsbedingten Arbeitsunterbrechung das Entgelt weiter bezahlen mußte, ohne dafür von dem zuständigen Versicherer Ersatz zu erhalten. Ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland, wo der Arbeitgeber nach §§ 11, 14 MuSchG grundsätzlich einen erheblichen Teil des Entgelts während der mutterschaftsbedingten Ausfallzeiten zu tragen hat.

Gegenüber den Ergebnissen beider Entscheidungen drängt sich schon bei einem ersten intuitiven Zugriff³ der Einwand auf, daß sie in Widerspruch zu dem Grundsatz der vertraglichen Austauschgerechtigkeit stehen.⁴ Der Arbeitgeber muß nämlich Entgelt bezahlen, ohne Arbeit zu erhalten, obwohl zwischen der Schwangerschaft und der Arbeitstätigkeit keinerlei Zusammenhang besteht und der Grund für die Arbeitsunterbrechung allein im Entscheidungs- und Verantwortungsbereich der Schwangeren liegt oder doch jedenfalls zu deren ganz persönlichem Lebensschicksal gehört. Ersichtlich kollidieren hier also mit dem vertraglichen Äquivalenzprinzip gegenläufige Gerechtigkeitspostulate: Es geht um den Schutz werdender Mütter sowie zugleich um die Förderung der Gleichstellung von Frauen mit Männern. Um dieser Ziele willen bürdet die Rechtsordnung den Arbeitgebern Risiken und Lasten auf, die „eigentlich“ die Arbeitnehmerin treffen würde. Es handelt sich folglich um *Umverteilung* und demgemäß – wiederum zunächst nur intuitiv gesprochen – um einen Akt der *iustitia distributiva*. Damit bin ich mitten in meinem Thema – nämlich bei der Frage, welche diese heute im deutschen Vertragsrecht spielt.

² Vgl. EuGHE 1990, 3941 (Rechtssache C-177/88 „Dekker“).

³ Zur Präzisierung und Vertiefung vgl. unten V 1 a.

⁴ Daß der Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag zu qualifizieren ist und demgemäß grundsätzlich dem synallagmatischen Austauschprinzip unterliegt, entspricht der h.L., vgl. nur Zöllner/Loritz (1992) § 11 II 4.

II. Der rechtsphilosophische Hintergrund

Bevor ich mich dieser Problematik im einzelnen zuwenden kann, bedarf es zunächst einer Skizzierung des rechtsphilosophischen Hintergrundes. Die Unterscheidung zwischen Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit oder *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* geht bekanntlich auf *Aristoteles* zurück, der sie im fünften Buch seiner „Nikomachischen Ethik“ entwickelt hat.⁵ Sie hat seit der Scholastik das europäische Rechtsdenken stark beeinflußt⁶ und stellt auch heute noch ein grundlegendes Thema der Rechtsphilosophie dar. Natürlich kann und muß dieses hier nicht in voller Breite und Tiefe, sondern nur insoweit entfaltet werden, wie es für die Zwecke dieses Vortrags erforderlich ist.

1. Die Hauptkriterien für die Unterscheidung zwischen *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva*

Zunächst bedarf es der Herausarbeitung der wichtigsten Kriterien für die Unterscheidung zwischen den beiden Gerechtigkeitsformen. Dabei stehen zwei Gesichtspunkte im Vordergrund. Den ersten bildet:

a) *Die Verschiedenheit des Verhältnisses zwischen den Beteiligten*

Lassen wir zunächst *Aristoteles* selbst zu Wort kommen – und zwar in der Übersetzung von *Dirlmeier*. Danach beginnt die einschlägige Passage folgendermaßen:

„Die Gerechtigkeit ... weist zwei Grundformen auf: die eine (A) ist wirksam bei der Verteilung von öffentlichen Anerkennungen, von Geld und sonstigen Werten, die den Bürgern eines geordneten Gemeinwesens zustehen. Hier ist es nämlich möglich, daß der eine das gleiche wie der andere oder nicht das gleiche zugeteilt erhält. Eine zweite

⁵ Vgl. *Aristoteles* Nikomachische Ethik V 5 1130b ff.

⁶ Vgl. dazu eingehend *Gordley* (1991) S. 10 ff.

(B) Grundform ist die, welche dafür sorgt, daß die vertraglichen Beziehungen von Mensch zu Mensch rechtens sind. Sie hat zwei Unterteile: die vertraglichen Beziehungen von Mensch zu Mensch zerfallen nämlich in (1) freiwillige und (2) unfreiwillige.“⁷

Ein erster wesentlicher Unterschied besteht also in der Verschiedenartigkeit des Verhältnisses zwischen den Beteiligten. Bei der erstgenannten Grundform der Gerechtigkeit geht es nämlich um die Verteilung von Gütern an die Bürger, so daß diesen eine verteilende Instanz gegenübersteht. Bildlich gesprochen handelt es sich um ein Dreieck mit dieser Instanz als Spitze und den Bürgern als Punkten auf der Basis. Wir würden heute von einem Verhältnis rechtlicher Über- und Unterordnung sprechen.

Die zweite Gerechtigkeitsform betrifft dagegen die „Beziehungen von Mensch zu Mensch“, wie *Dirlmeier* das im Original an dieser Stelle stehende Wort *συναλλάγματα* frei, aber insoweit durchaus treffend übersetzt. Dabei hat *Aristoteles*, wie seine anschließenden Beispiele zeigen, in erster Linie den Vertrag im Auge, was ebenfalls in der – insoweit freilich zu engen – Übersetzung von *Dirlmeier* andeutungsweise zum Ausdruck kommt. Die Bürger stehen sich hier also auf der gleichen Ebene „in wechselseitiger Beziehung“ – wie man *συναλλάγματα* eher wiedergeben kann – gegenüber, so daß das zugehörige Bild kein Dreieck, sondern (nur) eine Strecke ist und wir heute von einem Verhältnis rechtlicher Gleichordnung sprechen würden.

b) Die Verschiedenheit der Handhabung des Gleichheitssatzes

Der zweite Hauptunterschied betrifft die Art und Weise, in der der Gleichheitssatz gehandhabt wird. Für die Verteilungsgerechtigkeit ist nämlich wesentlich, daß man verschiedenen Personen Unterschiedliches zuteilen kann, wie *Aristoteles* schon im zweiten Satz der oben zitierten Passage sagt. Bei der anderen Gerechtigkeitsform werden dagegen beide Personen ganz schematisch als schlechthin gleich behandelt. *Aristoteles* hebt das für die „unfreiwilligen“ Beziehungen, als deren Beispiele er Diebstahl, Ehebruch, Giftmischerei, Meuchelmord, falsches Zeugnis, Freiheitsberaubung, üble Nachrede und dgl. nennt, ausdrücklich hervor und

⁷ Vgl. *Aristoteles* aaO 1130b/1131a = Übersetzung von *Dirlmeier* (1979) S. 100.

sagt: „Denn es liegt nichts daran, ob der Gute den Schlechten um etwas betrogen hat oder der Schlechte den Guten ...: das Gesetz ... betrachtet die Partner als gleich – ob der eine das Unrecht getan und der andere es erlitten hat, ob der eine den Schaden verursacht hat und der andere davon betroffen worden ist“.⁸ Vertrag und – wie wir heute sagen würden – unerlaubte Handlung⁹ werden hier also unter einer einzigen Kategorie zusammengefaßt, die wir seit der Scholastik iustitia commutativa oder ausgleichende Gerechtigkeit¹⁰ zu nennen pflegen. Für diese beiden Formen der „Beziehungen von Mensch zu Mensch“ – die „freiwilligen“ wie die „unfreiwilligen“ – gilt, daß es nicht darauf ankommt, welche der beiden Personen die Handlung vorgenommen hat bzw. von ihr betroffen worden ist, sondern beide insoweit völlig gleich behandelt werden.

Terminologisch spricht *Aristoteles* bei der iustitia distributiva von einer geometrischen Entsprechung, bei der iustitia commutativa dagegen von einer arithmetischen. Seine Ausführungen sind insoweit jedoch z.T. schwierig und haben demgemäß zu manchen Mißverständnissen Anlaß gegeben, so daß man diese Ausdrücke lieber vermeiden sollte. In der neueren Literatur sagt man demgemäß statt dessen meist ebenso klar wie treffend: Iustitia distributiva ist Gerechtigkeit *in* Ansehung der Person, iustitia commutativa Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person.¹¹ Denn bei ersterer kann es auf Besonderheiten in der Person einer der beteiligten Parteien ankommen, bei letzterer dagegen nicht; bei dieser werden vielmehr nur die Güter, die den Gegenstand des Tauschvorgangs bilden – also beim Vertrag Leistung und Gegenleistung, bei der un-

⁸ Vgl. *Aristoteles* aaO 1132a = Übersetzung von *Dirlmeier* (1979) S. 103.

⁹ *Aristoteles* unterscheidet dabei freilich entgegen unserem heutigen Rechtsverständnis nicht zwischen der schadensersatz- und der strafrechtlichen Seite, doch spielt letztere für die vorliegende Thematik keine Rolle, so daß das Fehlen dieser Differenzierung hier auf sich beruhen mag, vgl. dazu aber immerhin die Bemerkung unten 4b bb a. E. = S. 31.

¹⁰ Zu eng wäre dagegen der Oberbegriff „Tauschgerechtigkeit“; möglicherweise liegt insoweit bei *Thomas von Aquin* ein Mißverständnis des aristotelischen Textes vor, vgl. dazu *Bien* (1995) S. 151 ff.

¹¹ Grundlegend *Salomon* (1937) S. 26; ebenso oder ähnlich z.B. *del Vecchio* (1950) S. 55; *Küster* (1974) S. 547 und 550; *Henkel* (1977) S. 404; *Zippelius* (1994) § 16 II und § 29 III; *Röhl* (1992) S. 49; *ders.* (1994) S. 340.

erlaubten Handlung Schaden und Ersatzleistung –, nicht dagegen die beteiligten Personen miteinander verglichen.

c) *Die Möglichkeit völlig gleicher Zuteilung bei der iustitia distributiva*

Natürlich gibt es noch eine Reihe weiterer Interpretationen des Unterschieds zwischen *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa*. Ich kann auf diese hier nicht eingehen, möchte aber wenigstens *ein* Mißverständnis ausdrücklich zurückweisen, weil es besonders viel Verwirrung gestiftet hat und seine Ausräumung für den Fortgang meines Vortrags wichtig ist. Dieses geht dahin, daß bei der *iustitia distributiva* *immer* unterschiedlich zugeteilt werde.¹² Daraus hat man z.B. geschlossen, daß sich die Gleichheit des Wahlrechts aller Bürger in der Demokratie nicht unter dem Gesichtspunkt der *iustitia distributiva* erfassen lasse.¹³

Das ist eine ganz verfehltete Sichtweise. Denn natürlich können *alle* Betroffenen unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt *gleich* sein – und dann muß ihnen selbstverständlich genau das gleiche zugeteilt werden. So wird z.B. der „gerechte“ Vater seinen Kindern meist gleiche Anteile seines Vermögens vererben, weil er nur einen einzigen Gesichtspunkt als relevant für die Verteilung ansieht – nämlich die Tatsache, daß alle Erben *seine Kinder* und in dieser Hinsicht also völlig gleich sind; nur wenn ein Kind z.B. besonders undankbar war, wird er ihm u.U. weniger geben als den anderen, oder wenn eines besonders bedürftig ist, wird er ihm mehr geben als den anderen. Das entspricht durchaus dem Text des *Aristoteles*,

¹² So vor allem Nef (1941) S. 87 ff.; ähnlich z.B. Brunner (1943) S. 34; gegen Nef mit Recht Huster (1993) S. 37 f.; klar und zutreffend zu dieser Problematik ferner z.B. Küster (1974) S. 543 f.

¹³ So K. Hesse Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52) 198. Auch der Hinweis von Hesse, daß z.B. bei der Haftpflichtversicherung auf bestimmte Merkmale in der Person des Versicherungsnehmers Rücksicht genommen wird (und es sich deshalb um einen Fall der *iustitia distributiva* handeln müßte), geht fehl; denn diese sind lediglich als Indizien für die Höhe des zu versichernden Risikos und damit für den Wert der Leistung des Versicherers relevant und stimmen deshalb als *vertragsimmanente* Kriterien ohne weiteres mit dem Austauschgedanken als dem Grundprinzip der *iustitia commutativa* überein – wie ja auch niemand auf den Gedanken käme, daß es deren Rahmen sprengen würde, die Höhe des Entgelts eines Arbeitnehmers an dessen Qualifikation, also an ein in seiner Person liegendes Merkmal zu knüpfen; vgl. im übrigen auch sogleich d aa.

da dieser zu Beginn der oben zitierten Passage betont, bei der iustitia distributiva könne den Betroffenen sowohl Ungleiches als auch Gleiches zukommen.

d) Die Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen iustitia distributiva und iustitia commutativa bei privatrechtlichen Normen

aa) Bei privatrechtlichen Normen wie z.B. § 611 a BGB oder §§ 11, 14 MuSchG, die im Eingangsbeispiel der lügenden Schwangeren einschlägig sind, könnte man die Unterscheidung zwischen iustitia distributiva und iustitia commutativa von vornherein als unfruchtbar oder gar als unmöglich abtun; denn dabei könnte stets das zuständige staatliche Organ, d.h. der Privatrechtsgesetzgeber bzw. der Richter, als Spitze eines Dreiecks und „verteilende“ Instanz angesehen werden, so daß für ein bloßes Zweipersonenverhältnis mit nur zwei – prinzipiell gleichberechtigten – Partnern i.S. der iustitia commutativa von vornherein kein Raum mehr bliebe. Darin läge indessen eine Fehlinterpretation dieser Unterscheidung. Denn zumindest bei unerlaubten Handlungen, grundsätzlich aber auch bei Vertragsverletzungen muß *notwendigerweise* eine Instanz vorhanden sein, die eine Sanktion festlegt, und daher wäre die gesamte Unterscheidung der beiden Gerechtigkeitsformen von vornherein sinnlos, wenn jeder staatliche Akt schon als Verteilung i.S. der iustitia distributiva zu qualifizieren wäre.

Gleichwohl liegt hier ein gravierendes Problem. Das Kriterium der Über- und Unterordnung bzw. des Dreiecksverhältnisses verliert nämlich durch die Beteiligung staatlicher Instanzen zwangsläufig viel von seiner Unterscheidungskraft. Bei vertragsrechtlichen Normen ist daher stets im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die betreffende Güterzuordnung in dem Sinne von einem „Dritten“ – d.h. hier in der Tat der staatlichen Rechtsordnung – vorgenommen wird, daß sie auf vertragsfremden Kriterien beruht – dann handelt es sich im Zweifel um iustitia distributiva – oder ob sie sich als Ausprägung vertragsimmanenter Wertungen, also (noch) als das Ergebnis eines Austauschs zwischen redlichen und vernünftigen Partnern verstehen läßt – dann geht es um iustitia commutativa.

Demgemäß sind letzterer nahezu alle Vorschriften des dispositiven Vertragsrechts zuzuordnen, weil deren Funktion grundsätzlich in der angemessenen Ausformung der Postulate der ausgleichenden Gerechtigkeit liegt.¹⁴ Beispielsweise fallen die Bestimmungen über die Rechts- und die Sachmängelhaftung in den Anwendungsbe- reich der *iustitia commutativa*; denn sie sprechen dem anderen Teil lediglich das zu, was ihm nach dem Vertrag „eigentlich“ oh- nehin gebührt oder was er doch zumindest vernünftiger- und red- licherweise erwarten darf. Sogar Vorschriften, die eine Leistungs- pflicht trotz Wegfalls der Gegenleistungspflicht anordnen, stellen häufig nichts anderes dar als eine folgerichtige Durchführung des Gedankens der Austauschgerechtigkeit, wie sich etwa am Beispiel von § 446 BGB gut zeigen läßt.¹⁵

bb) Allerdings ist nicht zu leugnen, daß die *Abgrenzung zwischen iustitia distributiva und iustitia commutativa* schwierig ist und beide Gerechtigkeitsformen nicht selten miteinander verbunden, ja bis zur Untrennbarkeit ineinander verschlungen sind.¹⁶ So enthält z.B. das Recht der unerlaubten Handlungen, das nach der zutreffenden Grundkonzeption von *Aristoteles* grundsätzlich eine Domäne der ausgleichenden Gerechtigkeit ist, heutzutage auch mehr oder we- niger ausgeprägte distributive Elemente.¹⁷

Außerdem führt die Unterscheidung zwischen diesen beiden Gerechtigkeitsformen in ihrer strengen Dichotomie nicht immer zu völlig befriedigenden Ergebnissen. Das zeigt sich etwa am Bei- spiel der Gefährdungshaftung. Diese wird von der h.L. der *iustitia distributiva* zugeordnet.¹⁸ Daran ist sicher richtig, daß sie nicht der *iustitia commutativa* unterfällt, weil sie von Verschulden, ja sogar von Unrecht unabhängig ist und man die Kategorie der *iustitia commutativa* bei den „unfreiwilligen“ Interaktionen nicht von diesen Merkmalen loslösen kann, ohne sie um jeglichen vernünftigen Sinn zu bringen. Andererseits fällt es nicht leicht, *positiv* zu begründen, warum die Gefährdungshaftung einen Fall der *iustitia*

¹⁴ Vgl. z.B. *Larenz* Allg. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 2 V = S. 47f.

¹⁵ Vgl. näher unten IV 2b bb = S. 54f.

¹⁶ Vgl. z.B. *Henkel* (1977) S. 406 und 413; *Bydlinski* (1991) S. 360.

¹⁷ Vgl. *Larenz/Canaris* Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 I 2 i.

¹⁸ Vgl. näher *Canaris* öJBl 1995, 15f. m. Nachw.

distributiva darstellt; denn von deren „klassischen“ Anwendungsbeispielen ist sie ziemlich weit entfernt. Hätte man daher eine dritte Kategorie, die besser paßt, so würde man nicht zögern, diese zur Erklärung der Gefährdungshaftung heranzuziehen. Eine solche ist indessen auf dieser Ebene¹⁹ derzeit offenbar nicht in Sicht. Vielmehr dominiert nach wie vor ein Verständnis der aristotelischen Unterscheidung, für das eine *negative* Abgrenzung eine wesentliche Rolle spielt wie z.B., wenn es in einem führenden Lehrbuch der Rechtsphilosophie heißt: „Die iustitia distributiva greift immer (!) dann ein, wenn eine Last (etwa ein Schadensausgleich) oder ein Vorteil innerhalb einer solchen Gruppe – sc.: wie z.B. aller derjenigen, die am technischen Straßenverkehr teilnehmen, oder aller, die an Herstellung und Verwendung von Produkten beteiligt sind – nach übergreifenden Prinzipien verteilt werden muß, ohne (!) daß sich diese Verteilung aus den Regeln der iustitia commutativa, also aus Vertrag oder Wiedergutmachung ergibt.“²⁰ Bei einer solchen Sichtweise bleibt in der Tat nichts anderes übrig, als die Gefährdungshaftung der iustitia distributiva zuzuordnen.

2. Der Bezug der beiden aristotelischen Gerechtigkeitsformen auf die jeweilige Staats- und Wirtschaftsordnung

Mein Vortrag gilt der Bedeutung der iustitia distributiva im heutigen deutschen Vertragsrecht. Es geht also nicht darum, Aussagen mit einem wie immer gearteten „überzeitlichen“ Anspruch zu machen. Indessen begegnet man immer wieder Versuchen, aus der Unterscheidung der beiden aristotelischen Gerechtigkeitsformen Folgerungen für das „richtige“ Verteilungs- bzw. Austauschsystem herzuleiten. Auch dazu bedarf es daher einer kurzen Vorbemerkung.

¹⁹ Natürlich gibt es noch andere Einteilungen der Gerechtigkeitsformen, doch stehen diese nicht auf einer Stufe mit der Unterscheidung zwischen iustitia distributiva und iustitia commutativa.

²⁰ So Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, S. 218; in der 5. Aufl. von 1993 sind die Ausführungen über die iustitia distributiva leider ersatzlos gestrichen worden.

a) *Die Problematik hinsichtlich der iustitia distributiva*

Für die Beantwortung der Frage, nach welchem Maßstab in einer bestimmten Problemlage Gleichheit und Ungleichheit zu bestimmen sind, ergibt sich aus dem Gedanken der *iustitia distributiva* als *solchem* nur sehr wenig. *Aristoteles* hat das selbst klar gesehen und gesagt, es sei zwar allgemeine Meinung, daß die Verteilung κατ'ἀξίαν, also nach Würdigkeit vorgenommen werden solle, doch bestünden unter den Anhängern von Demokratie, Oligarchie und Aristokratie ganz unterschiedliche Vorstellung darüber, wonach sich die Würdigkeit richte: „Die Vertreter des demokratischen Prinzips meinen die Freiheit, die des oligarchischen den Reichtum oder den Geburtsadel, und die Aristokraten den hohen Manneswert.“²¹

Darin sind zwei Einsichten enthalten, die mir beide gleichermaßen sehr wichtig erscheinen. Zum einen ist es nämlich gewiß richtig, daß nicht schon allein aus dem Gedanken der *iustitia distributiva* folgt, was zu verteilen ist und nach welchem Maßstab das zu geschehen hat. Zum anderen trifft aber auch zu, daß sich hierfür gewisse Konsequenzen aus der jeweiligen Staatsform ergeben. Die Antwort auf die Frage nach der „richtigen“ Verteilung wird also maßgeblich beeinflußt von der Entscheidung über das vorgelagerte Problem, welche Aufgaben man dem Staat zumißt und welche Zwecke dieser demgemäß zu verfolgen hat.

b) *Die Problematik hinsichtlich der iustitia commutativa*

aa) Ähnliches gilt im Ausgangspunkt für die *iustitia commutativa*. *Aristoteles* legt zwar sehr ausführlich dar, daß beim Tausch jeder den Gegenwert für seine Leistung erhalten müsse (und entwickelt in diesem Zusammenhang seine berühmte Lehre vom Geld als Mittel des Vergleichs und der Aufbewahrung von Werten), schafft aber keine Klarheit darüber, nach welchem Maßstab der Wert der Güter zu bemessen ist.²² Alle gegenteiligen Interpretationsversuche halten der Kritik nicht stand und haben im Laufe der Jahrhunderte

²¹ So *Aristoteles* Nikomachische Ethik 1131 a gegen Ende, in der Übersetzung von Dirlmeier (1979) S. 101.

²² Vgl. *Aristoteles* aaO 1132 a ff.

z. T. zu schwerwiegenden Fehlvorstellungen über die „gerechte“ Wirtschaftsverfassung, insbesondere über den „gerechten“ Preis geführt.

In der Tat liegt es auf der Hand, daß man dem Gedanken der iustitia commutativa selbst nicht ohne weiteres entnehmen kann, wonach sich der Wert von Gütern und Leistungen richtet. Vielmehr handelt es sich wieder weitgehend um ein vorgelagertes Problem, das je nach Staats- und Wirtschaftsordnung unterschiedlich zu lösen ist: In einer Planwirtschaft entscheiden hierüber evidentermaßen ganz andere Kriterien als in einer Marktwirtschaft.

bb) Allerdings dürfte der iustitia commutativa eine starke Affinität zu letzterer innewohnen, so daß *Aristoteles* möglicherweise diese bei seiner Entwicklung der beiden Gerechtigkeitsformen geradezu vor Augen gehabt hat.²³ Nur in einer Marktwirtschaft ist nämlich gewährleistet, daß sich die Konditionen grundsätzlich strikt *ohne* Ansehung der Person, also allein nach dem Gegenstand des Leistungsaustauschs bilden (was marktwidrige Irregularitäten wie „Freundschaftspreise“ und dgl. natürlich nicht ausschließt). In einer Planwirtschaft mit weitgehend diktierten Konditionen dient der Vertrag dagegen nicht dem Austausch zwischen autonomen Partnern, sondern im wesentlichen der Distribution von hoher Hand, so daß die Konditionen häufig *in* Ansehung der Person – etwa unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse oder Verdienste des jeweiligen Empfängers – festgelegt werden.

In diesem Sinne kann man vielleicht auch *Aristoteles* deuten, wenn er über die iustitia commutativa sagt: „Es müssen sich also alle Dinge durch eine bestimmte Einheit messen lassen Nun, diese Einheit ist in Wahrheit der Bedarf: er hält alles zusammen – hätten die Bürger überhaupt keinen Bedarf oder nicht in gleicher Weise, so könnte es einen Austausch überhaupt nicht geben oder er liefe nicht auf Gleichheit hinaus.“ Etwas später heißt es dann

²³ Vgl. auch *Fikentscher* Festschr. für A. Kaufmann, 1993, S. 79. Allerdings meint *Fikentscher*, auch das Prinzip der iustitia distributiva sei „dem Markt abgewonnen“ und auch für diese sei die „Verteilung über den Markt“ das „unbewußte Leitbild“ von *Aristoteles* gewesen; das erscheint als wenig plausibel, weil der Markt gerade nicht „in“ Ansehung, sondern vielmehr „ohne“ Ansehung der Person verteilt, und entspricht auch aus weiteren Gründen nicht der hier vertretenen Ansicht, vgl. näher unten IV 2 und 3.

noch prägnanter: „Daß aber der Bedarf es ist, welcher als tatsächliche Einheit die Gemeinschaft gewährleistet, sieht man daran, daß die Partner, wenn sie keinen gegenseitigen Bedarf haben, das heißt, wenn beide Partner einander nicht brauchen oder einer von beiden den anderen nicht braucht, nicht in Austauschverbindungen treten.“²⁴ Für „Bedarf“ steht im Original *χρεία*. Das kann sowohl Bedürfnis oder Mangel als auch Verlangen oder Wunsch bedeuten, ist aber bei jeder der beiden Alternativen aus der Perspektive des jeweiligen Vertragspartners – und nicht etwa einer „verteilenden“ Instanz – gesehen, da es hier um den „freiwilligen“ Austausch geht. Zumindest so viel wird man daher sagen können, daß es von hier zu einer an der *Nachfrage* orientierten und also spezifisch marktwirtschaftlichen Wertermittlung nur noch ein kurzer Weg ist.²⁵

3. Möglichkeiten zu einer inhaltlichen Präzisierung der iustitia distributiva und das Flötenbeispiel von Aristoteles

Aus der Relativität der Maßstäbe für die Beurteilung von Gleichheit und Ungleichheit sowie aus der Vielfältigkeit und der partiellen Gegenläufigkeit der für deren Konkretisierung erforderlichen Kriterien hat man nicht selten geschlossen, daß „Gerechtigkeit“ ein Begriff ohne Inhalt, ja geradezu eine Leerformel sei. Diese These hat insbesondere *Kelsen* in prononcierter Form verfochten²⁶, und sie liegt auch manch anderer strikt positivistischer

²⁴ Vgl. *Aristoteles* Nikomachische Ethik 1133 a bzw. 1133 b in der Übersetzung von *Dirlmeier* (1979) S. 106 bzw. S. 107.

²⁵ Dagegen stellt es eine durch den Text nicht gestützte Überinterpretation dar, wenn *Gordley* (1981) S. 1589 auf *Aristoteles* die These stützt, daß auch im Vertragsrecht „commutative justice operates on the principle that no one should gain by another's loss“, und demgemäß für seine Konzeption, wonach bei Austauschverträgen grundsätzlich jede Abweichung vom Marktpreis eine Verletzung der iustitia commutativa darstellt (vgl. dazu näher unten IV 2 c aa bei Fn. 112), die Autorität von *Aristoteles* in Anspruch nimmt, vgl. aaO S. 1622, 1625.

²⁶ Vgl. *Kelsen* Was ist Gerechtigkeit?, 1953, S. 23 ff. und *Reine Rechtslehre*, 1960, S. 366 f., 440; vgl. dazu jüngst *R. Walter*, *Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit*, Festschr. für Mayer-Maly, 1996, S. 207 ff., insbesondere S. 214, 231 ff.

Position zugrunde. Sie trifft indessen für keine der beiden aristotelischen Gerechtigkeitsarten zu. Das kann hier für die iustitia commutativa nicht näher ausgeführt werden²⁷, soll jedoch für die iustitia distributiva, die ja im Mittelpunkt dieses Vortrags steht, etwas näher erläutert werden, um auch insoweit ein gewisses rechtsphilosophisches Fundament für die anschließenden Überlegungen zum heutigen deutschen Vertragsrecht zu gewinnen.

a) *Teleologische Folgerichtigkeit und „Natur der Sache“*

aa) Um den Einwand der Leerformelhaftigkeit zurückzuweisen, knüpfe ich noch einmal an *Aristoteles* an. Dieser hat sich der Problematik zwar nicht in der „Nikomachischen Ethik“, wohl aber in der „Politik“ gestellt und dort ein Beispiel verwendet, das mir überaus fruchtbar und in mehrfacher Hinsicht lehrreich erscheint. Bei der *Verteilung von Flöten*, so sagt er, werde man denjenigen bevorzugen, der besser darauf spielen könne, nicht aber denjenigen, der der Vornehmste von Geburt oder der Schönste sei, da diese letzteren Eigenschaften zur Tätigkeit des Flötenspiels nichts beitrügen.²⁸

Das ist sowohl typisch aristotelisch als auch typisch juristisch gedacht – nämlich teleologisch. Denn da durch die Verteilung von Flöten die Qualität des Flötenspiels oder die Aktivität von Flötisten gefördert, nicht aber z.B. ein Schönheitspreis verliehen werden soll, entspricht dem *Zweck* der Verteilungsmaßnahme eine Distribution nach Maßgabe der Eignung des Empfängers zum Flötenspiel. Die iustitia distributiva sagt also zwar in der Tat nicht das geringste darüber aus, *ob* Flöten verteilt werden sollen, läßt aber keineswegs beliebige Antworten auf die Frage zu, *an wen* sie gegebenenfalls zu verteilen sind. Insoweit gilt vielmehr das Gebot *teleologischer Folgerichtigkeit*, so daß aus dem Zweck der Distribution gewisse Kriterien für die Auswahl des Begünstigten folgen. Ebenso verfahren wir Juristen auch heute noch mit Selbstverständlichkeit, wie sich im Verlauf meines Referats noch mehrfach an konkreten Beispielen zeigen wird.²⁹ Demgemäß ist die iustitia distributiva zwar *relativ* in bezug auf den angestrebten Zweck, aber keineswegs *leer*.

²⁷ Vgl. aber immerhin unten IV 2.

²⁸ Vgl. *Aristoteles* Politik III 12.1282b, 30ff.

²⁹ Vgl. z.B. unten III 3b und V 3c bb.

bb) Woher aber weiß man eigentlich, daß die Verteilung der Flöten zur Förderung des Flötenspiels oder der Flötisten bestimmt ist? Das schließen wir aus der Art und dem Gegenstand dieser Maßnahme oder, wie man statt dessen auch sagen kann, aus ihrer Natur. Hier ist also ersichtlich die berühmt-berüchtigte „Natur der Sache“ im Spiel. Das gilt darüber hinaus auch deshalb, weil die „Natur“ der Flöte als eines Musikinstruments und die „Natur“ des Empfängers als eines guten Flötisten von ausschlaggebender Bedeutung für die Gerechtigkeit der Verteilungsmaßnahme ist.

Nun stellt freilich der Einfluß der „Natur der Sache“ auf die Rechtsgewinnung und -findung eines der umstrittensten Themen der Rechtsphilosophie dar.³⁰ Zweifelhaft kann indessen nur sein, wie weit dieser reicht, nicht aber, daß er überhaupt von Bedeutung ist. Letzteres zu leugnen, wie das vor allem manche Positivisten und einige sich ideologiekritisch gebärdende Rechtstheoretiker tun, beruht auf einem rein doktrinären Vorurteil. Dieses wird durch die juristische Alltagsarbeit permanent widerlegt, sofern man sich nur die Mühe einer geringfügigen Reflexion über deren methodologische Implikationen macht und sich dabei den Blick nicht durch ein – seinerseits ideologisch verzerrtes – „Vorverständnis“ trüben läßt.³¹ So werde ich denn auch im weiteren Verlauf meiner Erörterungen noch schlagende Beispiele für die Relevanz der

³⁰ Aus dem umfänglichen rechtsphilosophischen Schrifttum vgl. z.B. A. Kaufmann Analogie und „Natur der Sache“, 2. Aufl. 1982; Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 417 ff.; Bydliński (1991) S. 51 ff. und 459 ff.; zu meiner eigenen Position vgl. Canaris Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 118 ff. sowie dazu ausdrücklich zustimmend Bydliński aaO S. 55 f. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz der „Natur der Sache“ vgl. z.B. BVerfGE 1, 14, 52; 28, 324, 347; 55, 274, 312; 82, 159, 180; Kirchhof in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd V, 1992, § 124 Rdn. 210 ff.

³¹ Ein berechtigtes Anliegen ist es dagegen selbstverständlich, die Argumente und Wertungen, welche jeweils hinter der Berufung auf die „Natur der Sache“ stehen, explizit zu machen und zu präzisieren, wie das von seriösen Kritikern dieser Kategorie gefordert wird, vgl. z.B. Dreier Zum Begriff der „Natur der Sache“, 1965, S. VII und S. 114 ff.; Dreiers Vorschlag, den Begriff der „Natur der Sache“ durch „die Wendung vom institutionellen Denken bzw. von der institutionellen Methode“ zu ersetzen (S. 127), stellt jedoch m.E. keinen Fortschritt dar, weil diese Wendung zum einen nicht wesentlich präziser ist und zum anderen das Gemeinte nicht vollständig erfaßt, wie sich schon am Flötenbeispiel zeigt.

„Natur der Sache“ geben.³² Festzuhalten bleibt hier, daß diese neben dem Gebot teleologischer Folgerichtigkeit ein weiteres Kriterium darstellt, welches zur inhaltlichen Konkretisierung der iustitia distributiva beiträgt und den Einwand der Leerformelhaf-tigkeit entkräftet.

b) Leistungs-, Bedarfs-, Chancen- und Verfahrensgerechtigkeit

Das Flötenbeispiel lehrt noch mehr. Es eignet sich nämlich auch sehr gut, um einige *materielle Prinzipien* der iustitia distributiva zu veranschaulichen. Etwaige Zweifel an der unverminderten Aktualität dieses Beispiels schwinden dabei sofort dahin, wenn man sich eine moderne Parallele wie etwa die Vergabe von Stipendien ins Bewußtsein ruft.

aa) Die Verteilung von Flöten an die besten Flötenspieler entspricht offenkundig der alten Maxime „*Jedem nach seiner Eignung*“ oder auch „*Jedem nach seiner Leistung*“. Denn es kommt ja auf die Befähigung des Flötenspielers an, und zwar in doppelter Hinsicht: Er muß überhaupt Flöte spielen können – und nicht z.B. vornehm oder schön sein – und er muß außerdem unter den Flötenspielern zu den besten gehören. Freilich ist auch damit noch nicht das letzte Wort gesprochen. Es bleibt nämlich noch die weitere Frage, wonach die Eignung bzw. Leistung genau zu beurteilen ist. Kommt es etwa auf das – u.U. noch wenig ausgebildete, aber evidentermaßen vorhandene – Talent oder statt dessen auf den bereits erreichten Leistungsstand an? Die Antwort hängt wiederum vom Zweck der Maßnahme ab und wird demgemäß unterschiedlich ausfallen je nachdem, ob es z.B. um die Ausbildung des Nachwuchses oder um die alsbaldige Ermöglichung eines guten Flötenkonzerts geht.

Nehmen wir einmal ersteres an – zumal es ohnehin näher liegt – und stellen wir uns des weiteren vor, daß gute Flöten auch käuflich auf dem Markt erworben werden können. Dann liegt es in der Konsequenz der dem Flötenbeispiel immanenten Teleologie, ein *weiteres Differenzierungskriterium* einzuführen: Man wird einem *reichen* Flötisten auch dann, wenn er hochbegabt ist, keine Flöte zu-teilen und das damit begründen, daß er sich eine solche ohne

³² Vgl. vor allem unten S. 89, 93, 96, 114 f.

weiteres selbst kaufen könne. Insoweit erweist sich also die Maxime „*Jedem nach seinem Bedarf*“ als überzeugungskräftig.

Wer aber sind die besten Flötenspieler? Darüber werden die Meinungen oft auseinander gehen. Jeder Flötenspieler des betreffenden Staates (oder des sonstwie zu bestimmenden Kreises potentieller Empfänger von Flöten) wird jedoch mit Recht die Ansicht vertreten, er müsse die Möglichkeit erhalten, seine Eignung unter Beweis zu stellen. Damit aber tritt ein weiteres materielles Prinzip ins Blickfeld, nämlich die Forderung nach *Chancengerechtigkeit*.

Von dieser ist es nur noch ein kurzer und geradezu zwangsläufiger Schritt zu der Einsicht, daß die Verteilung der Flöten in einem *fairen Verfahren* zu erfolgen hat. Denn wenn man wirklich die besten Flötenspieler ermitteln will, dann muß man dafür sorgen, daß alle in Betracht kommenden Kandidaten sich einem entsprechenden Wettbewerb stellen können, daß über ihre Eignung bzw. ihre Leistungen Personen entscheiden, die etwas vom Flötenspiel verstehen, möglichst keinen sachfremden Einflüssen Raum geben usw. Kurzum: Man muß ein Verfahren für die Verteilung der Flöten einrichten und dieses mit gewissen Mindestgarantien für ein ordnungsgemäßes Funktionieren ausstatten.

bb) Das Flötenbeispiel lehrt somit in sehr schöner Weise, daß man über die „gerechte“ Verteilung von Gütern verhältnismäßig viele *rational begründete oder zumindest hochgradig plausible Aussagen* machen kann und daß es sich bei der *iustitia distributiva* folglich auch inhaltlich mitnichten um eine Leerformel handelt. Natürlich gibt es hochkomplexe Verteilungsprobleme, deren „gerechte“ Lösung nicht selten nahezu aussichtslos erscheinen mag, doch kommt ja auch auf anderen Gebieten niemand auf den Gedanken, aus der Unlösbarkeit einzelner Probleme auf die Irrationalität des gesamten Unterfangens zu schließen.

Was im übrigen die *Antinomien zwischen einzelnen Gerechtigkeitspostulaten*, ja ihre partielle Unvereinbarkeit miteinander angeht, so verliert dieses – von strikten Positivisten und anderen Gerechtigkeits skeptikern immer wieder ins Feld geführte – Phänomen sofort seine scheinbare Anstößigkeit, wenn man sich darauf besinnt, daß es sich nicht um rechtsatzförmige Normen, sondern lediglich – aber immerhin! – um Prinzipien handelt. Für deren Funktionsweise ist es nämlich geradezu typisch, daß sie oft miteinander kol-

lidieren und ihr konkretes Anwendungsfeld erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung finden³³ oder, wie man heute oft sagt, bloße „Optimierungsgebote“ darstellen.³⁴

Außerdem hat die Analyse des Flötenbeispiels eine Reihe von allgemeinen Gesichtspunkten zutage gefördert, die im weiteren Verlauf meiner Erörterungen immer wieder eine Rolle spielen werden. Das gilt nicht nur, wie bereits angekündigt, für das Gebot teleologischer Folgerichtigkeit und die Relevanz der „Natur der Sache“, sondern auch für die soeben ins Bewußtsein gehobenen materiellen Prinzipien gerechter Verteilung. Leistungs-, Bedarfs- und Chancengerechtigkeit gehören nämlich zu den *wichtigsten Postulaten der zeitgenössischen Diskussion über die iustitia distributiva*.³⁵ Noch fundamentaler, weil universeller ist wohl die Bedeutung der Verfahrensgerechtigkeit.³⁶ Daß diese nicht auf Differenzierungen nach der Person der Verfahrensbeteiligten, sondern im Gegenteil

³³ Vgl. näher *Canaris* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 52 ff. und S. 115 f.

³⁴ Vgl. näher *Alexy* Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25 (1985) 15 ff.

³⁵ Vgl. zur Relevanz von Leistungen, Verdiensten und dgl. z.B. *Perelman* (1967) S. 32 ff.; *Benn/Peters* (1969) 137 ff.; *Miller* (1976) S. 24 ff., 83 ff.; *Finnis* (1980) S. 173 ff.; *Kerber/Westermann/Spörlein* (1981) S. 46 ff.; *Koller* (1984) S. 112 ff.; *Zacher* (1988) S. 686 f.; *ders.* (1990) S. 75 ff.; *Walzer* (1992) S. 53 ff.

Zur Bedarfsgerechtigkeit vgl. z.B. *Perelman* (1976) S. 35 ff.; *Benn/Peters* (1969) S. 141 ff.; *Miller* (1976) S. 24 ff., 122 ff.; *Tammelo* (1977) S. 93 f.; *Finnis* (1980) S. 173 ff.; *Kerber/Westermann/Spörlein* (1981) S. 48 ff.; *P. Koller* (1984) S. 112 ff.; *Zacher* (1988) S. 686 f.; *ders.* (1990) S. 75 ff.; *Bydliński* (1988) S. 209 f., 248 ff.; *ders.* (1996 a) S. 151 ff.; *Walzer* (1992) S. 56 ff.

Zur Chancengerechtigkeit grundlegend *Rawls* (1975) S. 81 ff., 291 ff.; vgl. dazu ferner *Larenz* (1979) S. 135; *Kerber/Westermann/Spörlein* (1981) S. 46 ff.; *Zacher* (1988) S. 686 f.; *ders.* (1990) S. 75 ff.

³⁶ Eine treffende Kurzdarstellung der Verfahrensgerechtigkeit im hier zugrunde gelegten weiten Sinne gibt *Hollerbach* in Görres-Gesellschaft (Hrsg.) Staatslexikon, 7. Aufl. 1986, Bd. 2, S. 902; grundlegend auch hierzu *Rawls* (1975) S. 74 ff. und passim; vgl. ferner *Kaufmann* (1989); *Dreier* Recht – Staat – Vernunft (1991) S. 23 ff.; *Hoffmann* (1992); *Röhl* (1994) S. 529 ff.; zu konkreten positiv-rechtlichen Konsequenzen vgl. *Zippelius* (1994) § 29 IV; *Graf Vitzthum* Verfahrensgerechtigkeit im Völkerrecht, Festschr. für Schlochauer, 1981, S. 739 ff.; *Berkemann* Fairneß als Rechtsprinzip JZ 1989, 221 ff.; *Botke* Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1991.

auf deren strikte, „neutrale“ Gleichbehandlung angelegt ist, steht ihrer Zuordnung (auch) zur *iustitia distributiva*³⁷ nicht entgegen; denn hier geht es um eine jener oben 1c erörterten Konstellationen, bei denen unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt alle Betroffenen schlechthin gleich sind.

Darüber hinaus ist am Flötenbeispiel schließlich auch noch deutlich geworden, daß die Inhalte der *iustitia distributiva* keineswegs zur Gänze von der jeweiligen Staatsform, Gesellschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung abhängen; insoweit bedürfen die Ausführungen oben 2a also einer gewissen Korrektur. Zwar wird naturgemäß z.B. ein „Sozialstaat“ der Bedarfsgerechtigkeit, eine „Leistungsgesellschaft“ der Leistungsgerechtigkeit einen besonders hohen Stellenwert einräumen, doch darf das nicht den Blick dafür verstellen, daß es dabei lediglich um eine Frage des Maßes und der Gewichtung geht und es sich bei den betreffenden Postulaten im Kern um *vorgelagerte*, elementare, letztlich also wohl in der Tat um *vorpositive Rechtsprinzipien* handelt. Und auch wenn es ein Spezifikum gerade unserer Zeit darstellt, daß sie für den Ruf nach Chancengerechtigkeit oder gar -gleichheit besonders hellhörig ist, gehört doch auch diese zu den fundamentalen und in gewissem Sinne überzeitlichen Prinzipien, wie sich bei der Ausdifferenzierung eines so simplen Problems wie des aristotelischen Flötenbeispiels alsbald gezeigt hat.

c) *Zuwendungs- und Belastungs-, insbesondere Besitzstandsgerechtigkeit*

aa) Im Flötenbeispiel von *Aristoteles* geht es um die Verteilung eines Gutes. Zur *iustitia distributiva* gehört jedoch folgerichtig als deren andere Seite auch die Auferlegung von Lasten. Demgemäß fallen in ihren Anwendungsbereich z.B. auch die Steuer-, die Wehr- und die Strafgerechtigkeit. Das entspricht dem heutigen Sprachgebrauch³⁸ und ist sachgerecht, da die Zuteilung von Bela-

³⁷ Zu ihrem Zusammenhang mit der *iustitia commutativa* vgl. unten IV 2 a.

³⁸ Vgl. nur Henkel (1977) S. 403. Anders Kriele (1961) S. 59, der nur bei der Verteilung von Gütern den Begriff der *iustitia distributiva* verwendet, bei der Auferlegung von Lasten dagegen von *iustitia legalis* spricht; das ist nicht zweckmäßig, weil die Gesetzesbindung bei einer Verteilung von hoher Hand grundsätzlich auch für die Zuwendung von Gütern gilt und also kein Spezifikum der Belastungsgerechtigkeit darstellt.

stungen sich in vieler Hinsicht spiegelbildlich zu derjenigen von Gütern verhält. *Aristoteles* scheint allerdings bei der Erörterung der austeilenden Gerechtigkeit nur die Verteilung von Gütern, die Verleihung von Ämtern und dgl., nicht aber auch Belastungen vor Augen gehabt zu haben; insbesondere dürfte er die Verhängung von Strafen, die er nicht von Schadensersatzleistungen unterscheidet, der ausgleichenden statt der austeilenden Gerechtigkeit zugerechnet haben, doch beruht das auf einer historisch bedingten Sichtweise, die heute als überwunden anzusehen ist.

Auch für die Auferlegung von Lasten gibt es materielle Prinzipien gerechter Zuteilung. Da diese indessen z.T. einen anderen Inhalt haben als bei der Verteilung von Gütern, empfiehlt es sich, terminologisch zwischen Zuwendungs- und Belastungsgerechtigkeit zu unterscheiden. Das bedeutet freilich nicht, daß insoweit eine scharfe Dichotomie zwischen den einschlägigen Prinzipien besteht; vielmehr können z.B. die Bedarfs- und die Leistungsgerechtigkeit auch für die Auferlegung von Lasten Bedeutung haben, wie ich am Beispiel des Arbeitsplatzverlusts noch illustrieren werde.³⁹

bb) Eine spezifische Schranke gegenüber Belastungen stellt das Prinzip des Schutzes „wohlerworbener“ Rechte dar. Demgemäß zählt die *Besitzstandsgerechtigkeit* zu den meistgenannten Gerechtigkeitsarten.⁴⁰ Dagegen wird allerdings eingewandt, beim Schutz „wohlerworbener“ Rechte gehe es in Wahrheit gar nicht um ein Postulat der Gerechtigkeit, sondern lediglich um ein solches der Rechtssicherheit.⁴¹ Das ist jedoch schon deshalb wenig plausibel, weil es hochgradig kontraintuitiv ist. Denn konfiskatorische Steuern, entschädigungslose Enteignungen „wohlerworbener“ (!) Rechte, Entwertung von Ersparnissen durch eine gezielte Politik der Hochinflation und dgl. verletzen nicht nur Stabilitätserwartungen und Vertrauensinvestitionen, sondern empören erfahrungsgemäß außerdem auch das Gerechtigkeitsgefühl der meisten Menschen. Erst recht gilt das für eine radikale Neuverteilung der „Ausgangs-

³⁹ Vgl. unten III 3 c.

⁴⁰ Vgl. z.B. *Miller* (1976) S. 24 ff., 52 ff.; *Kerber/Westermann/Spörlein* (1981) S. 53 f.; *Koller* (1984) S. 115; *Zacher* (1988) S. 686 f.; *ders.* (1990) S. 75 ff.

⁴¹ Vgl. *Bydlinski* (1988) S. 221 ff.

positionen“ – etwa nach Art der maoistischen Kulturrevolution; mag eine solche Politik auch der Chancengleichheit dienen, so mißachtet sie doch in elementarer Weise die gewachsene Individualität und damit die Würde der Menschen, die als geschichtliche Wesen ihre je eigene Entwicklung haben, wozu grundsätzlich auch der Erwerb ihrer materiellen Habe als Grundlage und Teil ihres Lebens gehört.

Im übrigen vermag die Annahme, daß es beim Schutz „wohlerworbener“ Besitzstände lediglich um ein Problem der Rechtssicherheit und nicht zugleich um ein solches der Gerechtigkeit gehe, auch aus systematischen Gründen nicht zu überzeugen. Es würde nämlich einen schweren Wertungswiderspruch, ja geradezu einen Selbstwiderspruch der Rechtsordnung darstellen, wenn diese zwar einerseits den Erwerb von Rechten billigte – es geht ja um „wohlerworbene“ Rechte! – und meist auch noch durch Besteuerung und dgl. ausnützt, diese aber andererseits gleichwohl dem freien Zugriff des Staates oder gar anderer Bürger aussetzen würde⁴²; ein derartiger Widerspruch wäre letztlich nichts anderes als ein partieller Freibrief für Willkür und damit per se ein Verstoß gegen das elementarste, allgemein anerkannte Gerechtigkeitsgebot.

4. Die Ebenbürtigkeit der *iustitia commutativa* gegenüber der *iustitia distributiva*

Zwar steht im Mittelpunkt meines Vortrags die *iustitia distributiva*, doch geht es dabei um deren Bedeutung für das Vertragsrecht, welches seinerseits von *Aristoteles* als Domäne der *iustitia commutativa* angesehen wurde. Das entspricht auch heute noch der ganz überwiegenden Ansicht und damit hat es, wie schon mein Eingangsbeispiel der lügenden Schwangeren vermuten läßt und wie

⁴² Das will *Bydlinski* natürlich auch nicht zulassen, doch sieht er eine Schranke offenbar nur in dem Gebot des gleichen Maßes, vgl. insbesondere S. 223; seine Position scheint daher darauf hinauszulaufen, daß bei dessen Respektierung, also bei einer „prinzipienorientierten“ Vorgehensweise z. B. auch konfiskatorische Steuern, entschädigungslose Enteignungen und dgl. unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten grundsätzlich nicht zu beanstanden sind und nur den Schranken unterliegen, die sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit ergeben.

sich im Laufe der Erörterungen erhärten wird, in der Tat grundsätzlich seine Richtigkeit. Über dieser Grundposition würde nun freilich von vornherein ein Schatten liegen, wenn der *iustitia commutativa* gegenüber der *iustitia distributiva* nur eine geringere Dignität zukäme. Auch zu dieser Problematik bedarf es daher vorab einer gewissen Klärung, die freilich nur sehr kursorisch erfolgen kann, da sie anderenfalls den Rahmen des Themas vollends sprengen würde.

a) *Die iustitia commutativa als Grundlage des Legitimationsmodells der Staatsvertragstheorien*

Daß die *iustitia commutativa* gegenüber der *iustitia distributiva* nicht ebenbürtig sei, ist von prominenten Rechtsphilosophen wiederholt behauptet worden. Repräsentativ und zugleich besonders prononciert ist die Stellungnahme *Radbruchs*. Seiner Meinung nach „ist die austeilende Gerechtigkeit die Urform der Gerechtigkeit, in (der) wir die Idee der Gerechtigkeit gefunden haben, auf die der Rechtsbegriff orientiert werden muß“; überdies stelle „im Gegensatz zur austeilenden die ausgleichende Gerechtigkeit gar nicht einen absoluten Wert dar, vielmehr ein Zweckmäßigkeitsverfahren im Dienste höchstmöglicher gleichzeitiger Erfüllung zweier Egoismen“. ⁴³ Zur Begründung führt *Radbruch* im wesentlichen an, daß „die ausgleichende Gerechtigkeit Gerechtigkeit zwischen Gleichberechtigten ist, also einen Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraussetzt, der den Beteiligten die Gleichberechtigung, die gleiche Verkehrsfähigkeit, den gleichen Status verliehen hat“.

Diese Begründung ist indessen nicht schlüssig. Ihre entscheidende Schwäche liegt darin, daß sie völlig offen läßt, wie die „verleihende“ Instanz ihrerseits zustande kommt und worin sie ihre Legitimation findet, ja ob die „Gleichberechtigung“ der Bürger überhaupt auf einem Akt der „Verleihung“ beruht oder einem solchen nicht vielmehr schon *vorausliegt*. Ersichtlich schlägt hier die positivistische Grundhaltung *Radbruchs* unreflektiert durch, indem er als selbstverständlich unterstellt, daß „am Anfang“ der Staat

⁴³ Vgl. *Radbruch* (1956) S. 126 mit Fn. 2; ähnlich z.B. *del Vecchio* (1950) S. 72f.; im Ansatz auch *Bydlinski* (1996 a) S. 135f., jedoch mit wichtigen Einschränkungen.

bzw. das positive Recht stehen und die Zuteilung aller Güter einschließlich eines so elementaren Status wie desjenigen der Gleichberechtigung im Rechtsverkehr vornehmen.

Natürlich ist diese Prämisse alles andere als selbstverständlich. Für die Anhänger der Lehre vom Staats- oder Sozialvertrag, die heute bekanntlich wieder Konjunktur hat und m.E. in der Tat das relativ überzeugungskräftigste Legitimationsmodell darstellt, liegt es nämlich genau umgekehrt. Danach sind es die einzelnen Personen, die in einem – hypothetischen, rein legitimationstheoretischen, also nicht etwa historisch-empirischen – Akt des Vertragsschlusses die Rechtsordnung in Geltung setzen und dem Staat seine Legitimationsbasis verschaffen. Ein solcher Vorgang, der den Übertritt vom „status naturalis“ in den „status civilis“ zum Gegenstand hat, *kann gar nicht anders gedacht werden* als unter der Prämisse, daß die betreffenden Personen *schon vorher gleichberechtigt* waren – und zwar schlechthin und schematisch gleich im Sinne der iustitia commutativa; denn bei einem gewissermaßen „naturwüchsigen“ Vertragsschluß haben *alle* Parteien allein schon wegen der bloßen Notwendigkeit ihrer Übereinkunft zwangsläufig *eine* Stimme.

Die iustitia commutativa ist somit die Gerechtigkeit der Staats- und Sozialvertragstheorien.⁴⁴ Sie entspricht überdies dem korrespondierenden vernunftrechtlichen Gedanken, daß der elementare Rechtsstatus dem Menschen nicht von irgendeiner weltlichen Instanz „verliehen“ wird, sondern kraft seiner Qualität als Person, also als zu moralischer Entscheidung fähigem Wesen „angeboren“ ist. Man denke nur an *Kants* Herleitung der „angeborenen Gleichheit“ aus der Freiheit, „nicht zu mehrerem von Anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann“.⁴⁵ Hier springt der Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit (nicht im privatrechtlichen, sondern im staats- und sozialvertraglichen Sinn) und Gleichheit im kommutativen, d.h. von den Besonderheiten der jeweiligen Person unabhängigen Verständnis unmittelbar ins Auge.

⁴⁴ Dem entspricht es, wenn *Höffe* (1987) S. 449 als Gegenstand des Gesellschaftsvertrags den Tausch wechselseitiger Freiheitsverzichtse ansieht.

⁴⁵ Vgl. *Kant* (1797) S. 47.

b) *Der humane Gehalt der iustitia commutativa, ihre Nähe zum „Grundprinzip des gegenseitigen Achtens“ und ihre besondere Eignung für die „offene“ bzw. „pluralistische“ Gesellschaft*

Daß die iustitia commutativa ihre eigene Dignität hat, die nicht weniger elementar ist als diejenige der iustitia distributiva, gilt nicht nur unter dem Blickwinkel eines – hypothetischen, zur Lösung des Legitimationsproblems erdachten – Staats- oder Sozialvertrags, sondern auch unter der Herrschaft des positiven Rechts, also im „status civilis“. Das läßt sich für ihre beiden Erscheinungsformen – die „freiwilligen“ und die „unfreiwilligen“ Beziehungen zwischen den Bürgern – gleichermaßen zeigen.

aa) Radbruch leugnet in der vorhin zitierten Passage, daß die ausgleichende Gerechtigkeit einen „absoluten Wert“ darstelle, weil sie nur „ein Zweckmäßigkeitsverfahren im Dienste höchstmöglicher gleichzeitiger Erfüllung zweier Egoismen“ sei. Damit wird indessen der fundamentale Zusammenhang verkannt, der für den Empfänger eines Gutes zwischen der Befriedigung des „Egoismus“ seiner Mitbürger und eigenen *ideellen* Interessen besteht, die jenseits der Erfüllung seiner materiellen Bedürfnisse und weit tiefer als diese liegen. Wie viel klarer hat doch *Adam Smith* gesehen, als er seine berühmten Worte schrieb:

„It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages. Nobody but a beggar chooses to depend chiefly upon the benevolence of his fellow-citizens.“⁴⁶

Vor allem im letzten Satz klingt der elementare humane Gehalt eines Austauschvorgangs an, der grundsätzlich deshalb von gleich zu gleich erfolgt, weil der Empfänger eines Gutes seinem Partner eine von diesem als gleichwertig empfundene Gegengabe zu machen imstande ist. Denn wer möchte schon vor seinen Mitbürgern als Bettler dastehen und auf deren Wohltätigkeit angewiesen sein?! Es ist ein Gebot der Selbstachtung und hängt geradezu mit der Würde des Menschen zusammen, seine Bedürfnisse durch die Erbringung entsprechender Gegenleistungen decken zu können.

⁴⁶ Vgl. *Adam Smith* *The Wealth of Nations*, 1776, hier zitiert nach der Ausgabe von *Campbell/Skinner/Todd*, 1976, p. 26.

Nicht zuletzt deshalb wird Arbeitslosigkeit auch bei materieller Absicherung oft als demütigend empfunden und nimmt eine beträchtliche Zahl von Sozialhilfeberechtigten offenbar auch heute noch ihre Ansprüche aus Scham nicht wahr.

Hinzu kommt, daß dort, wo die Versorgung mit Gütern nicht auf der Grundlage des Gegenleistungsprinzips und im Hinblick auf das Eigeninteresse des (jeweils) anderen Teils erfolgt, vermeidbare und oft ebenfalls demütigende Herrschaftsverhältnisse von Menschen gegenüber Menschen entstehen, da Bittsteller nun einmal in ganz anderem Maße abhängig sind als dies grundsätzlich bei Tauschpartnern der Fall ist. Die Zustände in rigorosen Planwirtschaften sprechen insoweit eine beredte Sprache.⁴⁷ Darüber hinaus bietet die Austauschgerechtigkeit gerade dadurch, daß sie „ohne Ansehung der Person“ wirkt, einen gewissermaßen institutionellen Schutz gegen personenbezogene Diskriminierungen; denn wer sich nach den Regeln des Marktes verhält, ist vor allem an Höhe und Qualität der Gegenleistung interessiert und kommt demgemäß i. d. R. von vornherein gar nicht auf den Gedanken, sich an Rasse, Geschlecht, Religion oder politischer Haltung des anderen Teils zu orientieren.

Richtig gesehen stellt somit die *iustitia commutativa* als Grundlage des Vertragsrechts zwischen gleichberechtigten Tauschpartnern entgegen der Ansicht *Radbruchs* sehr wohl einen „absoluten Wert“ dar. Auch im „status civilis“ kann daher von einer höheren Dignität der *iustitia distributiva* nicht die Rede sein.

bb) Ähnliches gilt, wenngleich aus anderen Gründen, für die zweite Form der *iustitia commutativa* oder, wie man insoweit lieber sagen sollte, die *iustitia correctiva*. Dabei geht es, wie oben 1 b dargelegt, um den Ausgleich für begangenes Unrecht. Wenn nun *Aristoteles* bei dieser Art der Gerechtigkeit beide Parteien als schlechthin gleich betrachtet und also von jeglichen Besonderheiten in der Person absieht, so liegt der zentrale Gedanke darin, daß derartige Akte des Unrechts – d.h. z.B. Mord, Diebstahl, Frei-

⁴⁷ Illustrativ und treffend dazu die Klage von *Monika Maron* darüber, „welch elendes Leben man unter der Diktatur von Kellnern, Klempnern und Taxifahrern führt“ – bezogen auf die ehemalige DDR und im Kontrast zu den Wahl- und Ausweichmöglichkeiten der westlichen Marktwirtschaft, vgl. Kursbuch 109 (1992) 92f.

heitsberaubung, Verleumdung usw. – *niemand gegen niemanden* begehen darf, also der Mächtige nicht gegen den Ohnmächtigen, aber auch der Arme nicht gegen den Reichen usw.⁴⁸ Man kann diese Konzeption aus heutiger Sicht grundsätzlich um Fälle fahrlässigen Unrechts erweitern und auf das Postulat zurückführen, daß sich *alle* Rechtssubjekte *wechselseitig* bestimmter Arten schadensstiftenden Tuns enthalten sollen, wodurch eine moralische, in gewissem Sinne künstliche Gleichheit hergestellt wird.⁴⁹

Bei dieser Sichtweise liegt es auf der Hand, daß auch die iustitia correctiva auf einem tiefliegenden moralischen Fundament ruht und in deutlicher Nähe zum Gedanken der Gleichheit aller Menschen kraft ihrer Würde als Person steht (wobei übrigens die oft kritisierte Gleichstellung von Schadensersatz und Strafe, von der *Aristoteles* in diesem Zusammenhang wie selbstverständlich ausgeht, viel von ihrer Befremdlichkeit verliert – ganz abgesehen von ihrer historischen Dimension und Bedingtheit).

cc) Die iustitia commutativa bzw. correctiva als Gerechtigkeit „ohne Ansehung der Person“ läßt sich sowohl im Bereich des Vertragsrechts als auch in demjenigen der unerlaubten Handlungen (bzw. Straftaten) unschwer dahin verstehen, daß der Wert der beteiligten Personen *absolut* gesetzt wird. Nichts anderes bedeutet es nämlich, wenn *Aristoteles* von arithmetischer Gleichheit spricht, da letztere im Gegensatz zur geometrischen keine Abstufungen zwischen den verschiedenen Personen zuläßt und diese also in der Tat „absolut“ gleich behandelt; und nichts anderes bedeutet es auch, wenn man von Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person spricht, da deren Absolutsetzung nur die positive Kehrseite eben dieses Absehens von den Besonderheiten der Beteiligten darstellt.

Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zum „Grundprinzip des gegenseitigen Achtens“, das man im Anschluß an *Kant* und *Hegel* als „das Grundprinzip des Rechts, von dem jede rechtliche Regelung ihren Ausgang nimmt“, ansehen kann.⁵⁰ Denn

⁴⁸ Das sagt *Aristoteles* ausdrücklich, vgl. Nikomachische Ethik 1132a, vgl. das wörtliche Zitat oben S. 10f. bei Fn. 8.

⁴⁹ In diesem Sinne *Hart* (1973) S. 227 zu der von ihm so genannten kompensativen Gerechtigkeit, wenngleich ohne explizite Bezugnahme auf *Aristoteles*.

⁵⁰ So *Larenz* (1979) S. 47.

wenn Rang und Wert der Menschen in ihren Beziehungen zueinander absolut zu setzen und von jeglichen Partikularitäten loszulösen sind, dann impliziert das, daß jeder *den anderen rechtlich als seinesgleichen anzuerkennen und ihm die Befugnis zu gleicher Selbstbestimmung zuzubilligen* hat – und genau das ist mit dem Prinzip des gegenseitigen Achtens gemeint. In der Tat ist leicht zu sehen, daß sowohl der Gedanke des Austauschs zwischen Partnern „ohne Ansehung der Person“ als auch das wechselseitige (!) Verbot der Zufügung von Unrecht letztlich gar nicht anders gedacht werden können als unter der Prämisse gegenseitiger Anerkennung als prinzipiell gleichberechtigter, zur Selbstbestimmung befugter Rechtssubjekte.

dd) Darüber hinaus weist die *iustitia commutativa* auch eine besondere Affinität zu einer „offenen“ oder „pluralistischen“ Gesellschaft auf.⁵¹ Für diese ist es nämlich charakteristisch, daß die Menschen zu einem geregelten Zusammenleben und Interagieren gelangen, *ohne sich auf gemeinsame Werte oder Ziele einigen zu müssen*.⁵² Genau dazu eignet sich ein Rechtsverkehr nach dem Grundprinzip der *iustitia commutativa* besonders gut, weil diese ihre Wirkung eben „ohne Ansehung der Person“ und damit grundsätzlich auch ohne Rücksicht auf die persönlichen Wert- und Zielvorstellungen der anderen Partei entfaltet.

ee) Insgesamt könnte man somit geradezu für die *iustitia commutativa* die gedankliche Priorität und vielleicht sogar die höhere Dignität reklamieren. Indessen soll diese Überlegung hier nicht weiter vertieft werden, weil es für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung genügt, die *iustitia commutativa* vor einer Herabsetzung gegenüber der *iustitia distributiva* zu bewahren.

5. Fazit

Wendet man sich nach dieser Skizze des rechtsphilosophischen Hintergrundes nunmehr wieder dem unmittelbaren Gegenstand

⁵¹ Vgl. dazu auch Coleman (1992) S. 436 f.; Canaris (1993) S. 875.

⁵² Grundlegend von Hayek (1981) S. 151 ff.; vgl. ferner z.B. Hoppmann (1990) S. 10 ff.

meines Vortrags zu, so springt sofort ins Auge, daß das Verhältnis von iustitia distributiva und Vertragsrecht zumindest heikel ist – wie ja mein Eingangsbeispiel ohnehin von vornherein vermuten ließ.

a) *Das Spannungsverhältnis von iustitia distributiva und Vertragsrecht*

Schon die *Ausgangskonstellation* paßt nicht zum Normalbild des Vertrages in unserer heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung. Denn durch diesen werden nicht in einem Drei- oder Mehrpersonenverhältnis Güter verteilt, sondern in einem Zweipersonenverhältnis Güter ausgetauscht. Demgemäß richtet sich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung selbstverständlich nicht nach der ἀξία, also der Würdigkeit der anderen Partei, sondern nach dem Wert des Leistungsgegenstandes. Mit Recht hat daher *Aristoteles* die synallagmatischen Beziehungen, zu denen Verträge grundsätzlich gehören, der Tausch- und nicht der Verteilungsgerechtigkeit zugeordnet.

Auch das *Gebot teleologischer Folgerichtigkeit*, das ich oben 3a als prägend für ein am Maßstab der iustitia distributiva orientiertes Verhalten bezeichnet habe, harmoniert schlecht mit den Fundamentalprinzipien des heutigen Vertragsrechts. Dazu gehört nämlich der Grundsatz der Privatautonomie und für diesen ist es essentiell, daß eine Partei nach ihrem Belieben entscheiden darf und sich also gerade nicht folgerichtig zu verhalten braucht.⁵³ Außerdem wäre es unsinnig, ja geradezu ein Selbstwiderspruch der Rechtsordnung, einerseits eine prinzipielle Entscheidung für die Vertragsfreiheit zu treffen, wie sie dem geltenden Recht zweifellos zugrunde liegt, dann aber andererseits deren Ergebnisse nicht grundsätzlich als solche anzuerkennen, sondern sie generell einem Korrekturvorbehalt auszusetzen und anhand von Kriterien der Verteilungsgerechtigkeit zu überprüfen.⁵⁴

In der Tat hat *Radbruch* apodiktisch festgestellt: „Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen

⁵³ Vgl. nur *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, § 1, 5.

⁵⁴ Vgl. näher *Canaris* (1993) S. 886 f. sowie auch unten IV 2 c.

Rechts.“⁵⁵ In dieser Schärfe läßt sich die Antithese zwar nicht aufrechterhalten, doch steckt in ihr, wie sich zeigen wird, ein richtiger Kern.

b) Die drei zentralen Fragenkreise

Im einzelnen sind dabei drei Fragenkreise zu unterscheiden:

1. Sind die *Parteien* des Vertrages an die Gebote der *iustitia distributiva* gebunden?
2. Wie verhält sich die rechtliche *Vertragsordnung als solche* zu den Anforderungen der *iustitia distributiva*?
3. Inwieweit dürfen oder sollen einzelne *Normen* des Vertragsrechts zur Erreichung spezifisch distributiver Zwecke eingesetzt werden?

⁵⁵ Vgl. Radbruch (1956) S. 126; ähnlich z. B. Adomeit (1992) S. 103.

III. Die Problematik der Bindung einer Vertragspartei an die Gebote der iustitia distributiva

1. Der grundsätzliche Vorrang der Vertragsfreiheit

Was zunächst die Frage nach der Bindung der Vertragsparteien an Gebote der iustitia distributiva angeht, so besteht hier unzweifelhaft ein klares Regel-Ausnahmeverhältnis. Es wäre nämlich, wie soeben bereits dargelegt⁵⁶, mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit völlig unvereinbar, wenn die Vertragsparteien nach Prinzipien der Verteilungsgerechtigkeit verfahren müßten. Demgemäß darf z.B. ein Baustofflieferant oder ein Handwerker *nach freiem Belieben* den einen Auftrag annehmen und den anderen ablehnen oder für die Ausführung des einen wenig, für die Ausführung des anderen aber trotz völliger Gleichartigkeit der Leistung viel Geld verlangen. Ebenso wenig braucht etwa eine Bank ihr Verhalten gegenüber ihren Kunden nach Kriterien der Verteilungsgerechtigkeit auszurichten⁵⁷; sie darf also beispielsweise dem einen ein Darlehen verweigern, obwohl sie einem anderen vergleichbaren Kunden ein solches gewährt hat.

2. Ausnahmen im Gesellschafts- und im Wirtschaftsrecht

Von dieser Regel, wonach die Privatrechtssubjekte nicht nach Kriterien der iustitia distributiva zu verfahren brauchen, sind im wesentlichen drei große Ausnahmen anerkannt. Die älteste ist die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für *Mehrheitsbeschlüsse in Gesellschaften*.⁵⁸ Damit werde ich mich nicht befassen, weil ein

⁵⁶ Vgl. oben II 5 a.

⁵⁷ Vgl. Canaris Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Rdn. 121.

⁵⁸ Grundlegend G. Hueck (1958) S. 35 ff., 225 ff., 333 ff.; vgl. ferner z. B. Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 301 ff.; Wiedemann Gesellschaftsrecht Bd I, 1980, § 8 II 2; Karsten Schmidt Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, § 16 II 4 b m. w. Nachw.

Mehrheitsbeschluß ja gerade kein Vertrag, um nicht zu sagen nahezu das Gegenteil eines solchen ist, so daß *dieses* Problem außerhalb meines Themas liegt. Ich habe überdies sogar starke Zweifel, ob es sich hier wirklich, wie die h.L. annimmt, um eine Erscheinungsform der *iustitia distributiva*⁵⁹ oder nicht vielmehr um ein Mittel zur Sicherung der *iustitia commutativa* gegenüber willkürlichen Eingriffen der Mehrheit in Positionen der Minderheit handelt.

Die zweite Ausnahme gilt – etwas vereinfachend gesprochen – für *Monopolunternehmen und marktbeherrschende Unternehmen*.⁶⁰ Hier geht es teils um die Kompensation von Marktversagen, teils um die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Auch hierauf kann ich nicht näher eingehen, da diese Problematik so komplex ist – insbesondere im Hinblick auf die schwierige Regelung des § 26 II GWB –, daß es dazu eines eigenen Vortrags bedürfte.

3. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Beispiel für die Bindung einer Vertragspartei an die Gebote der *iustitia distributiva*

Statt dessen werde ich mich mit der dritten Ausnahme etwas genauer befassen: der Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis des Arbeitgebers zu seinen Arbeitnehmern. Hier stehen wir insofern vor einem erstaunlichen Phänomen, als einerseits die Anwendbarkeit distributiver Kriterien allgemein anerkannt ist und im wesentlichen auch zu überzeugenden Ergebnissen führt, andererseits aber die Begründung dafür, daß der Arbeitgeber entgegen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit überhaupt an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist, trotz jahrzehntelanger Diskussionen nach wie vor umstritten ist und bisher keine völlig befriedigende theoretische Fundierung erfahren hat.

⁵⁹ So z.B. ausdrücklich Zöllner in Kölner Komm. zum AktG, 2. Aufl. 1988, § 53a Rdn. 3 und 4; der Sache nach auch G. Hueck (1958) S. 106 f. i. V. mit S. 4, S. 169.

⁶⁰ Vgl. dazu z.B. L. Raiser (1948) S. 86 ff.; Bydliński AcP 180 (1980) 1 ff.; Larenz Lehrbuch des Schuldrechts Bd I, 14. Aufl. 1987, § 4 I a; Gernhuber Das Schuldverhältnis, 1989, § 7 II m.w.Nachw.; zu § 26 II GWB vgl. statt aller Markert in Immenga/Mestmäcker GWB-Komm., 2. Aufl. 1992, § 26 Rdn. 52 ff.

a) *Die Problematik einer dogmatischen Fundierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes*

Als Ausgangspunkt ist zunächst festzuhalten, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht schon *bei*, sondern erst *nach* Abschluß des Arbeitsvertrags gilt. Der Arbeitgeber kann also den Inhalt des Arbeitsvertrags *zunächst* nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit *ohne* Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Arbeitnehmer vereinbaren und diesen demgemäß schlechter stellen als vergleichbare andere Arbeitnehmer.⁶¹ Danach ändert sich die Rechtslage grundlegend: Gewährt der Arbeitgeber z.B. eine Weihnachtsgratifikation, erteilt er eine Weisung oder spricht er eine Kündigung aus, so hat er sich grundsätzlich an den Gleichbehandlungsgrundsatz zu halten. Warum?

Wesentlich ist gewiß zunächst, daß hier in der Tat die Grundkonstellation der iustitia distributiva gegeben ist. Der Arbeitgeber auf der einen Seite steht nämlich als eine Instanz, die Vor- und Nachteile verteilt, also *Verteilungsmacht* innehat⁶², einer Mehrzahl von Arbeitnehmern auf der anderen Seite gegenüber. Es handelt sich somit nicht um ein Gleichordnungs-, sondern um ein Über- und Unterordnungsverhältnis.

Dieses läßt sich auch nicht einfach in eine Vielzahl nebeneinander stehender Zweipersonenbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und jedem einzelnen Arbeitnehmer aufspalten. Denn die Arbeitnehmer eines Betriebes bilden untereinander – anders als etwa die Kunden einer Bank – eine *Gemeinschaft*⁶³ – und zwar nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich, wie sich u.a. aus deren Anerkennung durch das BetrVerfG ergibt. Die Grundkonstellation

⁶¹ Das ist im wesentlichen unstreitig, vgl. schon L. Raiser (1948) S. 92 f.; G. Hueck (1958) S. 250 ff.; aus dem neueren Schrifttum z.B. Zöllner/Loritz (1992) § 17 II.

⁶² Darin sieht L. Raiser (1948) S. 93 f. das zentrale Kriterium.

⁶³ Grundlegend insoweit G. Hueck (1958) S. 127 ff., 151 ff.; 169 ff.; ihm im wesentlichen folgend z.B. Zöllner/Loritz (1992) § 17 I; andere Autoren wollen statt dessen das allgemeinere Kriterium der bloßen „Gruppe“ genügen lassen, vgl. vor allem L. Raiser (1948) S. 91 ff. und JZ 1959, 422. Im rechtsphilosophischen Schrifttum wird der Zusammenhang zwischen der iustitia distributiva und dem Vorliegen einer Gemeinschaft oder Gruppe des öfteren betont, vgl. z.B. Coing aaO (Fn. 19) S. 218; Bydliński (1988) S. 257 ff. und ders. (1996 b) S. 297 ff.; P. Koller (1992) S. 285.

der iustitia distributiva ist also auch insofern erfüllt, als es sich nicht um ein reines Austauschverhältnis zwischen zwei Parteien, sondern um ein Drei- oder Mehrecksverhältnis mit dem Arbeitgeber als „Spitze“ handelt. Der Gedanke der Gemeinschaft erfüllt dabei (zumindest) insofern eine wesentliche Funktion, als dieses Kriterium die Grundlage dafür abgibt, daß ein Arbeitnehmer überhaupt mit einem anderen unter distributiven Gesichtspunkten *auf eine Stufe gestellt* und also *verglichen* werden kann.

Hinzu kommt als drittes Element grundsätzlich der Gedanke der *Selbstbindung an die Regelmäßigkeit des eigenen Verhaltens*.⁶⁴ Dem Arbeitgeber ist es nämlich unbenommen, *einzelnen* Arbeitnehmern nach seinem freien Belieben Sondervorteile zukommen zu lassen⁶⁵; denn damit nimmt er anderen nichts weg und drückt auch nicht etwa gegenüber den übrigen seine Mißachtung durch eine Zurücksetzung aus. Wenn er aber nach einer Regel verfährt, so darf er diese nicht willkürlich durchbrechen und muß sie außerdem in sich selbst sachgerecht und folgerichtig ausgestalten.

Im Schrifttum ist lange Zeit jeweils nur einer dieser drei Gesichtspunkte unter Vernachlässigung der anderen betont worden. Richtig erscheint demgegenüber, sie nach Art einer sogenannten kombinatorischen Theorie⁶⁶ miteinander zu verbinden, da sie allenfalls *in ihrem Zusammenwirken* ein einigermaßen tragfähiges Fundament für die Bindung des Arbeitgebers an den Gleichbehandlungsgrundsatz bilden.⁶⁷ Auch die Überzeugungskraft einer solchen kombinatorischen Argumentation bleibt indessen bemerkenswert schwach, woraus einmal mehr deutlich wird, wie schwierig der Einbau distributiver Elemente in das geltende Vertragsrecht ist.

⁶⁴ Grundlegend *Böttcher* RdA 1953, 161 ff. und 1957, 317 ff. = Gleichbehandlung und Waffengleichheit, 1979, S. 51 ff. und S. 75 ff.

⁶⁵ So mit Recht z.B. *Zöllner/Loritz* (1992) § 17 III 2; *Palandt/Putzo* 56. Aufl. 1997 § 611 Rdn. 113 unter dd m.w.Nachw.

⁶⁶ Grundlegend dazu *Wilburg* Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950.

⁶⁷ Zu einer solchen Kombination tendiert denn auch das neuere Schrifttum, vgl. z.B. *Zöllner/Loritz* (1992) § 17 I und III 2; *MünchArbR/Richardi*, Bd. I, 1992, § 14 Rdn. 8 a.E.

b) Die teleologische Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Was nun die praktische Funktionsweise des Gleichbehandlungsgrundsatzes angeht, so unterliegt diese uneingeschränkt dem Gebot teleologischer Folgerichtigkeit⁶⁸, wie es im Flötenbeispiel des *Aristoteles* deutlich geworden ist.⁶⁹ Gewährt der Arbeitgeber etwa einem erheblichen Teil der Arbeitnehmer eine Weihnachtsgratifikation, darf er diese anderen nicht ohne besonderen Grund vorenthalten. Ein solcher kann z.B. darin liegen, daß das Arbeitsverhältnis gekündigt worden ist⁷⁰; denn die Gratifikation wird meist – zumindest auch – den Zweck haben, den Arbeitnehmer für die Zukunft zu guter Mitarbeit zu motivieren, und daher ist es mit ihrem telos grundsätzlich durchaus vereinbar, sie nur denjenigen Arbeitnehmern zuzubilligen, die in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen. Erhöht der Arbeitgeber dagegen z.B. rückwirkend die Effektivlöhne, was im Anschluß an eine Anhebung der Tariflöhne nicht selten vorkommt, so darf er gekündigte Arbeitnehmer grundsätzlich nicht davon ausnehmen, wie das BAG mit Recht entschieden hat⁷¹; denn dabei geht es um die Gegenleistung für schon geleistete Arbeit, die die gekündigten Arbeitnehmer naturgemäß ebenso erbracht haben wie die ungekündigten.

c) Der Bezug des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Merkmale „in der Person“ des betroffenen Arbeitnehmers

aa) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz stimmt mit den Charakteristika der iustitia distributiva auch insofern überein, als seine Handhabung grundsätzlich „in Ansehung der Person“ des betroffenen Arbeitnehmers, also unter Berücksichtigung von dessen „Würdigkeit“ i.S. von *Aristoteles*⁷² zu erfolgen hat. Geradezu ein Musterbeispiel hierfür bildet das *Gebot der sozialen Auswahl* nach § 1 III 1 KSchG bei der betriebsbedingten Kündigung. Dieses stellt eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatz-

⁶⁸ Klar und richtig wird das gesehen z.B. von *Richardi* aaO § 14 Rdn. 22 und 25.

⁶⁹ Vgl. oben II 3 a aa.

⁷⁰ Vgl. z.B. BAG AP Nr. 147 und 167 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁷¹ Vgl. z.B. BAG AP Nr. 40 und 47 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

⁷² Vgl. dazu oben II 1 b.

zes dar⁷³ und hat eine „gerechte Verteilung der knappen Ware ‚Arbeit‘“, zum Ziel⁷⁴. Dessen Verwirklichung erfolgt hier nicht unmittelbar durch den Gesetzgeber, sondern ist dem Arbeitgeber aufgegeben, so daß sich in der Tat ein Subjekt des Privatrechts in der Rolle des „Verteilenden“ befindet. Daß dabei Merkmale „in der Person“ der für die betriebsbedingte Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmer ausschlaggebend sind, liegt auf der Hand. Das gilt nicht nur für die frühere Gesetzesfassung, nach der bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers „soziale Gesichtspunkte“ zu berücksichtigen waren, sondern auch für die Neuformulierung durch das Gesetz vom 25. 9. 1996, nach der als solche nur noch „die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers“ anzusehen sind.

Hinter diesen Kriterien stehen ersichtlich altbekannte *Postulate der Belastungsgerechtigkeit*, was freilich in Rechtsprechung und Schrifttum meist nicht klar gesehen wird. So geht es bei der Dauer der Betriebszugehörigkeit offenkundig zum einen um die *Besitzstandsgerechtigkeit*⁷⁵, weil der länger andauernde Besitzstand wegen des „stabilisierenden“ Faktors der Zeit grundsätzlich als schutzwürdiger anzusehen ist, und zum anderen auch um die *Leistungsgerechtigkeit*⁷⁶, weil derjenige, der länger in einem Betrieb gearbeitet hat, sich typischerweise größere Verdienste um diesen erworben hat. In der Berücksichtigung des Lebensalters machen sich vor allem Postulate der *Bedürfnisgerechtigkeit*⁷⁷ geltend; denn der ältere Arbeitnehmer hat häufig schlechtere Chancen bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz, wird durch die Notwendigkeit eines Umzugs zur Erlangung eines solchen oft härter getroffen usw. Die Bedürfnisgerechtigkeit steht auch hinter dem Kriterium der Unterhaltspflichten – und zwar wohl nicht nur deshalb, weil der Unterhaltspflichtige selbst einen erhöhten Bedarf an Arbeitseinkom-

⁷³ So mit Recht z.B. *Buchner RdA* 1970, 228; *Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, 1987, S. 380; *Richardi aaO* § 14 Rdn. 18 a.E.; a. A. *Zöllner/Loritz* (1992) § 17 III 7.

⁷⁴ So zutreffend *MünchArbR/Berkowsky* Bd. II, 1993, § 135 Rdn. 56.

⁷⁵ Vgl. dazu oben II 3 c bb.

⁷⁶ Vgl. dazu oben II 3 b aa und c aa.

⁷⁷ Vgl. dazu oben aaO (wie vorige Fn.).

men hat, sondern zugleich auch deshalb, weil die Unterhaltungspflicht ihrerseits zur Befriedigung von Bedürfnissen dient.

Durch die Neufassung von § 1 III 1 KSchG hat der Gesetzgeber freilich die nunmehr dort genannten drei Kriterien tatbestandsmäßig verabsolutiert, so daß sie nicht mehr lediglich als Indizien für die Relevanz der hinter ihnen stehenden Gerechtigkeitspostulate angesehen und dadurch relativiert sowie durch andere Gesichtspunkte ergänzt oder gar korrigiert werden dürfen, wie das vorher möglich war. Mit dieser Lösung hat der Gesetzgeber dem – gegenüber den Gerechtigkeitspostulaten gegenläufigen – Wert der *Rechtssicherheit* teilweise Rechnung getragen und den Arbeitgeber von der wahrhaft „herkulischen“ Aufgabe⁷⁸, die in der Abwägung *aller* gerechtigkeitsrelevanten Gesichtspunkte liegt, erheblich entlastet. Auch die verbliebenen drei Kriterien können allerdings miteinander in Konflikt geraten und bedürfen dann nach wie vor einer wertenden Abwägung. Letztlich spiegeln sich darin die *Antinomien der verschiedenen Gerechtigkeitspostulate*⁷⁹ wider, da Besitzstandsgerechtigkeit mit Bedürfnisgerechtigkeit, ja sogar Bedürfnis mit Bedürfnis usw. in Widerstreit geraten kann.

bb) Zwar ist im Rahmen von § 1 III KSchG eine stark individualisierende Differenzierung zwischen den Arbeitnehmern geboten, doch darf man sich nicht zu dem Mißverständnis verleiten lassen, daß eine *schematisierende Gleichbehandlung* generell in Widerspruch zu dem distributiven Charakter des Gleichbehandlungsgrundsatzes stünde. Vielmehr ist es dem Arbeitgeber z.B. grundsätzlich unbenommen, *allen* Arbeitnehmern ohne Rücksicht auf die Unterschiedlichkeit ihres sozialen Status¹, ihres Arbeitsentgelts und dgl. eine Weihnachtsgratifikation in *gleicher* Höhe zu gewähren; denn das ist mit deren Zweck, Betriebstreue zu belohnen und/oder zu künftigen Leistungen anzuspornen, grundsätzlich durchaus vereinbar. Hier zeigt sich einmal mehr, daß es irrig ist anzunehmen, im Bereich der iustitia distributiva sei jede schematisch gleiche Verteilung von vornherein aus-

⁷⁸ Das ist hier im Sinne der von *Dworkin* in die Diskussion eingeführten Figur des juristischen Herkules gemeint, vgl. Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 181 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu oben II 3b bb.

geschlossen.⁸⁰ Im übrigen sollte man dem Arbeitgeber bei diffizilen Gleichbehandlungsproblemen dieser Art ohnehin einen verhältnismäßig breiten Beurteilungsspielraum zugestehen.⁸¹

4. Die privatrechtliche Verteilung von menschlichen Organen und Körpersubstanzen als distributive Zukunftsaufgabe

Die drei „klassischen“ Anwendungsfelder einer Bindung von Privatrechtssubjekten an den Gleichbehandlungsgrundsatz und damit an distributive Kriterien sind naturgemäß nicht die einzigen Fälle, die in diesen Zusammenhang gehören. Besondere Bedeutung wird insoweit in Zukunft etwa die Verteilung menschlicher Organe und seltener Körpersubstanzen erlangen, sofern die Rechtsordnung die Entscheidung hierüber in die Hand von Privatrechtssubjekten legt. Darauf näher einzugehen, würde zwar eine eigenständige Abhandlung erfordern und damit den Rahmen der vorliegenden Untersuchung gänzlich sprengen, doch sei immerhin angedeutet, daß es sich dabei um ein weiteres Beispiel, ja geradezu um ein Paradigma für die Durchbrechung der Vertragsfreiheit zugunsten distributiver Kriterien handelt. Denn selbstverständlich kann von vornherein nicht einmal erwogen werden, daß die Inhaber einer „Organbank“ oder dgl. die gewünschten Organe einfach dem „Meistbietenden“ zukommen lassen, wie das dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entspräche.⁸² Daß das mit den „guten Sitten“ unvereinbar wäre und also gegen die §§ 138, 826 BGB verstieße, bedarf keiner Begründung. Die Entscheidung kann vielmehr grundsätzlich nur nach *spezifisch distributiven Kriterien* wie vor allem den medizinischen Bedürfnissen und der medizinischen Eignung der potentiellen Empfänger erfol-

⁸⁰ Vgl. oben II 1 c.

⁸¹ So mit Recht Zöllner/Loritz (1992) § 17 IV 2.

⁸² Für einen marktwirtschaftlichen Ansatz freilich Hansmann The Economics and Ethics of Markets for Human Organs, in Blumstein/Sloan (Hrsg.) Organ Transplantation Policy, 1989, S. 57, 79 ff.; kritisch dazu z.B. Blumstein Government's Role in Organ Transplantation Policy, ebenda S. 27 ff.; Murray Organ Vendors, Families, and the Gift of Life, in Youngner/Fox/O'Connell (Hrsg.) Organ Transplantation, 1996, S. 101 ff.

gen⁸³ – worin übrigens zugleich ein weiteres schönes Beispiel für die Relevanz der „Natur der Sache“ liegt. Ergänzend ist auf das Prioritätsprinzip (d.h. eine „Warteliste“) zurückzugreifen, welches entgegen einem verbreiteten Mißverständnis keineswegs nur rechtstechnischer oder -logischer Art ist, sondern auch einen ausgeprägten rechtsethischen Gehalt entfalten kann, wie bei der vorliegenden Problematik unmittelbar sinnfällig wird.

Man lasse sich indessen durch die Überzeugungskraft dieses Beispiels nicht täuschen: Sogar hier gilt der *Primat der Privatautonomie*! Das zeigt sich sogleich, wenn man fragt, ob und wie der Spender selbst über die Verwendung seines Organs entscheiden darf. Die Antwort kann nur lauten, daß er die Person des Empfängers völlig frei, also privatautonom bestimmen darf. Darüber hinaus tritt die Vertragsfreiheit sogar bei einer Verteilung durch Dritte dann wieder in ihre Vorrangstellung ein, wenn es sich um Körpersubstanzen handelt, bei denen wie z.B. bei („normalem“) Blut oder Plasma kein krasses Mißverhältnis zwischen „Angebot“ und „Nachfrage“ besteht. Hier regiert wieder der Markt (fast) wie bei sonstigen Gütern, so daß eine Bindung der beteiligten Privatrechtssubjekte an distributive Kriterien grundsätzlich nicht in Betracht kommt.

⁸³ Die medizinischen Kriterien determinieren freilich die moralische bzw. rechtliche Entscheidung keineswegs vollständig, so daß die für letztere relevanten Maßstäbe gesonderter und expliziter Diskussion bedürfen; vgl. dazu z.B. *Nagel/Fuchs* (Hrsg.) *Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, 1993, insbesondere die Beiträge von *Patzig* S. 210 ff., *Nida-Rümelin* S. 250 ff., *Kliemt* S. 262 ff. und *H.-L. Schreiber* S. 302 ff.; *Volker H. Schmidt* *Politik der Organverteilung*, 1996, insbesondere S. 173 ff.

IV. Vertragsrechtsordnung und Gerechtigkeitspostulate

Insgesamt hat sich somit zwar gezeigt, daß die Bindung einer Vertragspartei an die Postulate der *iustitia distributiva* im geltenden Privatrecht durchaus ihren Platz hat und keinen systemwidrigen Fremdkörper darstellt, doch bleibt sie wegen des Vorrangs der Vertragsfreiheit eine verhältnismäßig seltene und überdies schwer zu begründende Ausnahme. Umso dringlicher stellt sich die zweite vorhin aufgeworfene Frage, wie es denn überhaupt um den Gerechtigkeitsgehalt einer rechtlichen Ordnung des Vertragswesens bestellt ist, in deren Mittelpunkt die Vertragsfreiheit steht und die daher im Grundsatz private *Willkür* zuläßt, ja geradezu gewährleistet und schützt⁸⁴ sowie mit staatlichen Mitteln sanktioniert, indem sie die Einhaltung von Verträgen und die aus deren Verletzung folgenden Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzt.

1. Die Unabweislichkeit der Frage

Im Schrifttum wird nun freilich z.T. versucht, die Frage nach dem Gerechtigkeitsgehalt von Verträgen von vornherein abzuschneiden. Repräsentativ ist die Position von *Flume*. Dieser betont mit besonderer Klarheit – und im Kern völlig zutreffend! –, daß das Fundament der Privatautonomie und damit auch der Vertragsfreiheit in der *Maxime* „stat pro ratione voluntas“ besteht und es somit grundsätzlich nur auf den Willen der Vertragsparteien und nicht auf die Vernünftigkeit des Vertragsinhalts ankommt. Daraus folgert er: „Die Gestaltung aus Selbstbestimmung ... ist einem rechtlichen Urteil, ob sie ‚richtig‘ ist, unzugänglich“.⁸⁵ Eine ähnli-

⁸⁴ Die Vertragsfreiheit ist anerkanntermaßen sogar verfassungsrechtlich garantiert, vgl. nur BVerfGE 70, 115, 123; 72, 155, 170; *Canaris* JZ 1987, 994f.; *Höfling* Vertragsfreiheit, 1991, S. 11 ff. m. w. Nachw.

⁸⁵ Vgl. *Flume*, Allg. Teil des Bürg. Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, § 1, 5 und 6 a.

che Ansicht vertritt *von Hayek*, wenn er es für sinnlos erklärt, die Ergebnisse der Marktwirtschaft am Maßstab der Gerechtigkeit zu messen⁸⁶; denn Gegenstand eines solchen Urteils könne immer nur das Verhalten von Menschen, nicht aber ein wirtschaftlicher Prozeß als solcher sein, in dem zwangsläufig der Zufall eine wesentliche Rolle spielt.

Diese Positionen sind zwar in sich selbst durchaus schlüssig – wenngleich stark überspitzt –, machen jedoch die *hier* gestellte Gerechtigkeitsfrage keineswegs überflüssig, sondern lassen diese im Gegenteil eher als noch dringlicher erscheinen. Denn im vorliegenden Zusammenhang geht es gar nicht darum, ob bestimmte Vertragsinhalte „richtig“ oder einzelne Ergebnisse des Marktgeschehens „gerecht“ sind; vielmehr ist, insoweit durchaus im Einklang mit *Flume* und *von Hayek*, in der Tat von der – jedenfalls partiellen – Unzulässigkeit bzw. Sinnlosigkeit einer solchen Prüfung auszugehen.⁸⁷ Davon völlig unberührt bleibt indessen die ganz andere, eine Stufe tiefer liegende Frage, wie denn eine *rechtliche Ordnung als solche*, d.h. als Gesamtsystem, mit den Postulaten der Gerechtigkeit vereinbar sein kann, wenn *sie unvernünftige Verträge und zufallsbedingte Ergebnisse, also Willkür und damit das Gegenteil von Gerechtigkeit hinnimmt, ja geradezu durch staatliche Gewährleistung und zwangsweise Durchsetzung privilegiert*.

2. Die grundsätzliche Gewährleistung der iustitia commutativa in der geltenden Vertragsrechtsordnung

Zwar ist die iustitia commutativa nicht unmittelbar Gegenstand dieses Vortrags, doch stellt sie nach der Konzeption von *Aristoteles*, die in dieser Hinsicht bis heute unverändert Gültigkeit besitzt, die spezifische Gerechtigkeitsform des Vertragsrechts dar.⁸⁸ Eine sinnvolle Antwort auf die Frage, wie sich die heutige Vertragsrechtsordnung zu den Postulaten der Gerechtigkeit verhält, ist daher nicht möglich, ohne die Problematik der Gewährleistung der iustitia commutativa wenigstens in den Grundzügen zu skizzieren.

⁸⁶ Vgl. *von Hayek* (1981) S. 101 f., 105; ähnlich z.B. *Hoppmann* (1990) S. 11 und 21.

⁸⁷ Vgl. näher unten IV 2 c.

⁸⁸ Vgl. oben II 1 a.

Außerdem erscheint das auch deshalb als fruchtbar, weil dadurch die Unterschiedlichkeit der beiden Gerechtigkeitsformen und ihrer Bedeutung für das Vertragsrecht besonders kontrastreich deutlich werden wird.

a) Der „prozedurale“ Grundcharakter der *iustitia commutativa* im heutigen Vertragsrecht

aa) In einer Rechtsordnung, in welcher das Prinzip der Vertragsfreiheit zu den zentralen Werten gehört, liegt das wichtigste Kriterium für die Gewährleistung der *iustitia commutativa* in der *Freiwilligkeit* der von den Vertragsparteien eingegangenen Bindung. Das entspricht der Maxime „*volenti non fit iniuria*“, die einen fundamentalen Gerechtigkeitsgedanken zum Ausdruck bringt, indem sie die Autonomie der Person und damit grundsätzlich auch deren Würde respektiert.

Auf eine bestimmte *inhaltliche* Richtigkeit des Vertrages kommt es demgemäß grundsätzlich nicht an. Folglich wird im Gegensatz zu einer jahrhundertealten Tradition die Frage nach dem *iustum pretium*, also dem berühmt-berüchtigten „gerechten“ Preis gar nicht erst gestellt. Dieser Art der Austauschgerechtigkeit liegt daher das *formelle oder subjektive Äquivalenzprinzip* zugrunde⁸⁹, nach welchem als angemessene Gegenleistung von der Rechtsordnung grundsätzlich anerkannt wird, was die Parteien als solche vereinbart haben.

Außerdem bedarf es einer Gegenleistung nicht einmal notwendigerweise, wie vor allem das Beispiel der Schenkung zeigt. Dieses belegt in besonders schlagender Weise, daß es in erster Linie die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses und nicht irgendeine Art von inhaltlicher Richtigkeit ist, worauf das Gerechtigkeitsurteil aufzubauen hat. Denn wenn die Schenkung wirklich aus freien Stücken erfolgt ist, wäre es völlig unsinnig, sie nur deshalb als „ungerecht“ zu bezeichnen, weil der Schenker keine Gegenleistung erhält.

⁸⁹ Zur Terminologie vgl. z.B. Larenz Allg. Teil des deutschen Bürg. Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 46 sowie die Übersicht über die verschiedenen Varianten dieses Begriffs bei Härle Die Äquivalenzstörung, 1995, S. 18 f. (der seinerseits im vorliegenden Zusammenhang nicht von subjektiver, sondern von funktionaler Äquivalenz sprechen würde).

bb) Folgerichtig wird es dann freilich zu einer zentralen Aufgabe der Vertragsrechtsordnung, die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses zu sichern. *Drohung* und *Täuschung* müssen also sanktioniert und *Irrtümer* des Erklärenden grundsätzlich berücksichtigt werden, weil sie die Freiheit der Entscheidung beeinträchtigen. Freilich kommen schon hier gegenläufige Interessen und Wertungsgesichtspunkte ins Spiel wie vor allem das Bedürfnis nach einem Vertrauensschutz für die andere Partei – so z.B. wenn die Drohung oder die Täuschung von einem außenstehenden Dritten ausgingen, ganz zu schweigen von der hochkomplexen Problematik der vielfältigen Irrtumsmöglichkeiten, die keinesfalls ausnahmslos relevant sein dürfen, wenn der Vertrag nicht seine Bindungswirkung und damit seine Tauglichkeit als rechtliches Regelungsinstrument verlieren soll. Das sind altbekannte Probleme, für deren Bewältigung alle heutigen Privatrechtsordnungen ein – mehr oder weniger differenziertes – Instrumentarium bereithalten, das unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keine prinzipiellen Defizite aufweist.

In den letzten Jahrzehnten ist als weiteres überaus förderliches Mittel zum Schutz der Entscheidungsfreiheit das (befristete) Recht zum freien *Widerruf* bestimmter Willenserklärungen hinzugekommen. Es wird vor allem eingesetzt, wo typischerweise eine Überrumpelungssituation droht wie z.B. im Falle von § 1 HaustürWG oder wo die Gefahr einer besonderen Verlockung besteht und die übernommene Belastung für den Betroffenen oft schwer überschaubar ist wie im Falle von § 7 VerbraucherkreditG.

Darüber hinaus gewinnen *Pflichten zur Information* des anderen Teils über vertragsrelevante Umstände und Daten in jüngster Zeit immer mehr Bedeutung. Hier liegt in der Tat eine der wichtigsten Zukunftsaufgaben für die Sicherung der Freiheit des Vertragsschlusses und damit für die Gewährleistung der iustitia commutativa, da nur eine hinreichend informierte Partei faktisch frei entscheiden kann. Allerdings bereitet auch hier ein gravierender Interessen- und Prinzipienantagonismus erhebliche Schwierigkeiten; denn zum einen ist vielen Vertragstypen wie vor allem dem Kauf – anders als z.B. der Geschäftsbesorgung – aufgrund ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Funktion ein hohes Maß an legitimer Eigennützigkeit immanent, so daß es hier

grundsätzlich von vornherein nicht die Aufgabe einer Partei sein kann, etwaige Informationsdefizite ihres Widerparts (!) zu beheben, und zum anderen stellt ein – oft mit erheblichen Kosten oder besonderem Know how erarbeiteter – Informationsvorsprung grundsätzlich ein schutzwürdiges Gut dar, dessen Preisgabe die Rechtsordnung nicht ohne weiteres verlangen kann.

cc) Derartige am jeweiligen Einzelvertrag ansetzende Remedien würden nun freilich unzureichend bleiben, wenn dem an einem Vertragsschluß Interessierten keine hinreichenden *Wahlmöglichkeiten* offen stünden. Eine auf Vertragsfreiheit angelegte Rechts- und Wirtschaftsordnung kann daher ihre Aufgaben nur dann angemessen erfüllen, wenn sie die Rahmenbedingungen für die Funktionsfähigkeit der Märkte gewährleistet. Das beste Mittel hierfür bildet nach den heute dominierenden Vorstellungen der Schutz des *Wettbewerbs*. Das Kartellverbot und die Fusionskontrolle nach dem GWB finden darin ihre dogmatische Verknüpfung mit den Zielen der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit. Auch die bereits erwähnte Bindung von Monopolen und marktbeherrschenden Unternehmen an den Gleichbehandlungsgrundsatz und damit an die Gebote der *iustitia distributiva*⁹⁰ gehört in diesen Zusammenhang. Selbstverständlich kann diese hochkomplexe Problematik hier nur ganz oberflächlich angedeutet und in keiner Weise vertieft werden.

dd) Ebenfalls nur kurz zu erwähnen ist schließlich die Lehre von der *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus*.⁹¹ Ihr Kerngedanke liegt darin, daß sich die Parteien durch den „Mechanismus“ des Aushandelns von Verträgen jeweils ein Stück entgegenkommen und daß daher die Interessen *beider* im Vertragsinhalt Berücksichtigung finden⁹² – im Idealfall gewissermaßen durch einen Kompromiß in der Mitte.

⁹⁰ Vgl. oben III 2.

⁹¹ Grundlegend *Schmidt-Rimpler* AcP 147 (1941) 132 ff., 152 ff., 161 und Festschr. für Raiser, 1974, S. 3 ff.; vgl. dazu zuletzt eingehend *Singer* Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 9 ff. m. umf. Nachw.

⁹² Ein in gewisser Hinsicht vergleichbares Modell, in dem „co-operation“ und „bargaining“ zu Gerechtigkeit führen sollen, hat auf spieltheoretischer Grundlage

Nimmt man die Wendung von der *Richtigkeitsgewähr* beim Wort, so ist diese Sichtweise freilich viel zu optimistisch. Allenfalls von einer *Richtigkeitschance* läßt sich sprechen.⁹³ Eine solche wohnt dem frei ausgehandelten Vertrag in der Tat inne, wenngleich wohl nur in dem negativen Sinne, daß sein Ergebnis den Anforderungen der Austauschgerechtigkeit i. d. R. nicht kraß widerspricht.

Eine wesentliche Schwäche dieses Denkmodells liegt indes-
sen darin, daß in einer modernen Marktwirtschaft nur ein kleiner Bruchteil der Verträge wirklich ausgehandelt wird, während die meisten zu *standardisierten* Bedingungen – eben zu *Marktpreisen* und *Marktkonditionen* – abgeschlossen werden. Die Lehre von der *Richtigkeitsgewähr* hat daher zwar einerseits in begrüßenswerter Weise das Bewußtsein dafür geschärft, daß der „Vertragsmechanismus“ bei gravierenden Störungen der (faktischen) Entscheidungsfreiheit nicht funktionieren kann und daß dann folgerichtig u. U. das objektive Recht kontrollierend und korrigierend auf den Plan treten muß. Sie hat aber andererseits durch mannigfache Übersteigerungen und unsinnige Vorstellungen von der Bedeutung des Aushandelns leider auch wesentlich zu der grassierenden „Kontrollhektik“⁹⁴ beigetragen, die inzwischen die Vertragsfreiheit teilweise geradezu im Kern bedroht. Eine Konzeption von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, für die die Möglichkeit zu einem Aushandeln des Vertrages eine *notwendige* Voraussetzung darstellt⁹⁵, ist daher nichts als eine ridikü-

Gauthier (1986) S. 113 ff. entworfen und daraus die Prinzipien „of Minimax Relative Concession“ und „of Maximin Relative Benefit“ entwickelt, vgl. S. 145 und S. 155. Für die praktische, auf ein bestimmtes positives Recht bezogene Jurisprudenz dürfte sich daraus indessen nicht viel gewinnen lassen. Denn Gauthier geht von Prämissen aus, welche die Vertragsfreiheit in ihrem Kern zerstören würden und die daher (zumindest) de lege lata nicht akzeptabel sind; so herrscht Einigungszwang (S. 133, 143), es dürfen nur solche Forderungen erhoben werden, die in bestimmter Hinsicht rational sind (S. 143), die Ausgangsposition („initial bargaining position“) steht bei den Verhandlungen nicht auf dem Spiel (S. 141) usw.

⁹³ Vgl. M. Wolf Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 73 f.

⁹⁴ Dieser – vielzitierte – Ausdruck geht auf Zöllner zurück, vgl. AcP 176 (1976) 246.

⁹⁵ In diesem Sinne zuletzt wieder Kötz Festschr. für Mestmäcker, 1996, S. 1041, wonach das Prinzip der Vertragsfreiheit „die Respektierung eines Vertrages nur (!)

le Chimäre, die für einen Basar passen mag, nicht aber für eine moderne Markt- und Wettbewerbswirtschaft.⁹⁶ Das gilt auch und gerade für lebenswichtige Güter. Wer Nahrungsmittel, Wohnung und dgl. nur zu dem üblichen, also nicht individuell ausgehandelten Preis erlangt, macht sich nachgerade lächerlich, wenn er sich deswegen über eine Verletzung der Austauschgerechtigkeit beklagt; denn warum sollte sein Vertragspartner gerade ihm das benötigte Gut günstiger als zu den Marktbedingungen überlassen?! Sinnvollerweise kann er seine Kritik vielmehr allenfalls dagegen richten, daß der Staat die Verteilung dieses Guts dem Markt bzw. der freien Preisbildung überläßt – und das ist ein Einwand, der evidentermaßen nicht in den Bereich der *iustitia commutativa*, sondern in denjenigen der *iustitia distributiva* fällt.

ee) Insgesamt wird somit in vielfacher Hinsicht deutlich, daß die *iustitia commutativa* in einer auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit aufbauenden Rechts- und Wirtschaftsordnung in erster Linie „prozeduralen“ Charakter hat und demgemäß insoweit eine besondere Erscheinungsform der *Verfahrensgerechtigkeit* darstellt. Liegt nämlich das wesentliche Kriterium in der Freiwilligkeit der vertraglichen Bindung, so kann das Gerechtigkeitsurteil nicht primär von der Verwirklichung bestimmter Ziele und Inhalte durch den Vertrag abhängen, sondern muß sich auf die Gewährleistung der Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für ein (relatives) *Maximum an faktischer Entscheidungsfreiheit*⁹⁷ und *Fairneß beim Vertrags-schluß* richten.

Genau darum geht es in der Tat sowohl beim Schutz vor Drohung, Täuschung und Irrtum als auch bei den Regelungen zur Sicherung der Funktionsfähigkeit von Markt und Wettbewerb.

dann verlangt, wenn jede Partei eine faire Chance hatte, auf seinen Inhalt Einfluß zu nehmen“; diese – viel zu pauschale – Formulierung dürfte repräsentativ für eine in der heutigen Zivilrechtstheorie weit verbreitete Fehlvorstellung sein. Richtig demgegenüber jüngst Zöllner (1996) S. 44, der lediglich auf die Möglichkeit zur Ablehnung des Vertragsschlusses abstellt und zutreffend hervorhebt, daß „zum Vertragsprinzip nicht beiderseitiger Einfluß auf den Inhalt, sondern lediglich Konsens über das Erklärte gehört“.

⁹⁶ Vgl. Canaris Festschr. für Steindorff, 1990, S. 548; ebenso Medicus JuS 1996, 764.

⁹⁷ Vgl. zur zentralen Bedeutung dieses Kriteriums zuletzt weiterführend Zöllner (1996) S. 42 ff. und AcP 196 (1996) 1, 28 ff.

Nicht weniger evident ist, daß der Gedanke einer Richtigkeitsgewähr durch den Vertragsmechanismus des Aushandelns ausgesprochen „prozeduraler“ Natur ist. Gleiches gilt für das Verständnis des Marktgeschehens als eine Art von permanentem Plebiszit⁹⁸ oder als Dialog über Werte⁹⁹; denn darin liegen typische, ja geradezu paradigmatische Erscheinungsformen von Verfahren, die ihre Richtigkeitsgewähr nicht in ihren Ergebnissen, sondern – wenn überhaupt – in den Voraussetzungen und Bedingungen ihrer Durchführung finden.

b) Die Notwendigkeit ergänzender materialer Kriterien

Wenngleich die iustitia commutativa somit im heutigen Vertragsrecht primär unter „prozeduralen“ Gerechtigkeitsaspekten zu sehen ist, so kommt man doch – wie m.E. bei jeder prozeduralen Gerechtigkeitskonzeption – nicht gänzlich ohne flankierende materiale Kriterien aus. Diese haben dabei sowohl eine „negative“ als auch eine „positive“ Funktion.¹⁰⁰

aa) Erstere bildet die Grundlage für *Begrenzungen der Vertragsfreiheit*. Die Problematik läßt sich gut am *Beispiel des Wuchers* verdeutlichen, das in mehrfacher Hinsicht überaus lehrreich für das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit ist. Nach § 138 II BGB ist ein Vertrag nichtig, durch den „jemand unter Ausnutzung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich ... für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen“. In diesem letzteren Merkmal schlägt ersichtlich das *materielle oder objektive Äquivalenzprinzip*¹⁰¹ durch, nach welchem es darauf ankommt, ob die Parteien für ihre Leistung eine nach objektiven Kriterien gleichwertige Gegenleistung erhalten. Von zentraler Bedeutung ist dabei indessen, daß dieses Prinzip hier

⁹⁸ So F. Böhm *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1951, S. 51; ähnlich ders. *Reden und Schriften*, 1960, S. 173; ORDO 17 (1966) 92f.

⁹⁹ So Fikentscher (1983) § 1 I 11.

¹⁰⁰ So die treffende Unterscheidung von Larenz (1979) S. 79.

¹⁰¹ Zum Begriffsgebrauch vgl. wiederum Larenz *Allg. Teil* aaO S. 45 ff. sowie die Übersicht bei Härle aaO S. 11 ff.

nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit subjektiven Elementen, d.h. der „Ausnutzung der Zwangslage ...“ des anderen Teils relevant wird. Hinzu kommen muß also eine *Einschränkung der Entscheidungsfreiheit*¹⁰², so daß sich auch hier noch der „prozedurale“ Grundcharakter der Ausgangslage bemerkbar macht. In der Tat kann von einem Verstoß gegen die Gebote der Austauschgerechtigkeit keine Rede sein, wenn sich jemand aus freien Stücken zu einer exorbitant überhöhten Leistung – etwa zur Zahlung eines „Liebhaberpreises“ – entschließt. Erst recht wäre es verfehlt, die Nichtigkeit wucherischer und wucherähnlicher Geschäfte als Ausfluß eines Gebots der *iustitia distributiva* zu deuten; denn die benachteiligte Partei wird nicht *als solche* – d.h. in unmittelbarer Anknüpfung an ihre Armut, Unerfahrenheit usw., also an allein in ihrer Person liegende Merkmale – geschützt, sondern, in vollem Einklang mit klassisch-liberalem Vertragsdenken, wegen der Beeinträchtigung ihrer Fähigkeit zu freier Selbstbestimmung *und* deren Ausnutzung durch die andere Partei.

Höchst aufschlußreich ist das Beispiel des Wuchers darüber hinaus auch insofern, als sogar für die Frage nach dem Vorliegen eines „auffälligen Mißverhältnisses“ und also für die Konkretisierung des objektiven Äquivalenzprinzips „prozedurale“ Elemente letztlich nahezu immer eine wesentliche, wenn auch nur mittelbare Rolle spielen. Maßstab für die Ermittlung der objektiv angemessenen Gegenleistung sind nämlich anerkanntermaßen grundsätzlich in

¹⁰² Das gilt grundsätzlich auch im Rahmen der „wucherähnlichen“ Geschäfte, die die Rechtsprechung in den Anwendungsbereich von § 138 I BGB einordnet, um an den – z. T. als zu eng empfundenen – subjektiven Voraussetzungen von § 138 II BGB vorbeizukommen, vgl. dazu statt aller *Palandt/Heinrichs* 56. Aufl. 1997, § 138 Rdn. 25–34 m. Nachw. Daß auch hier Defizite der Entscheidungsfreiheit im Spiel sind, zeigt sich an dem Erfordernis, daß der andere Teil „sich auf den ihn objektiv übermäßig belastenden Vertrag nur wegen seiner wirtschaftlich schwächeren Lage, Rechtsunkundigkeit und Geschäftsungewandtheit eingelassen haben muß“, so z.B. BGHZ 98, 174, 178. Allerdings liegt darin im Vergleich zu § 138 II BGB eine erhebliche Abschwächung des subjektiven Elements; diese muß folgerichtig durch ein um so stärkeres objektives Element, also eine ganz besonders krasse Verletzung des objektiven Äquivalenzprinzips oder durch sonstige die benachteiligte Partei zusätzlich belastende Umstände kompensiert werden, um einen untragbaren Wertungswiderspruch gegenüber § 138 II BGB zu verhindern, vgl. näher *Canaris Bankvertragsrecht*, 2. Aufl. 1981, Rdn. 1303.

erster Linie die *Marktkonditionen*¹⁰³. Auch hier wird also nicht etwa nach dem *iustum pretium* als solchem gesucht, sondern an ein Kriterium angeknüpft, das seine Grundlage seinerseits wiederum in einem *Verfahren* zwischen Privatrechtssubjekten hat – eben dem Markt.

Wie wirkungsmächtig diese Sichtweise und wie schwierig die Entwicklung einer brauchbaren Alternative zu ihr ist, zeigt sich nicht zuletzt daran, daß man in Fällen von *Marktversagen* u.U. auf eine „*Als-ob-Betrachtung*“ zurückgreift wie z.B. nach der Regelung von § 22 IV 2 Nr. 2 GWB¹⁰⁴ und darauf abstellt, wie die Konditionen bei Unterstellung von funktionierendem Wettbewerb mutmaßlich aussähen. Sogar wenn man statt dessen die objektiv angemessene Gegenleistung auf der Grundlage der für ihre Erbringung aufzuwendenden *Kosten* zu bestimmen versucht¹⁰⁵, endet man letztlich fast immer wieder bei Marktfaktoren; denn zum einen beruht die Höhe der Kosten häufig ihrerseits auf Marktbedingungen oder läßt sich doch jedenfalls ohne einen – wie immer gearteten – Rückgriff auf diese nicht auf ihre Angemessenheit überprüfen, und zum anderen muß zu den Kosten grundsätzlich ein angemessener Gewinnzuschlag gemacht werden, über den man kaum jemals ohne den Vergleich mit verwandten oder notfalls auch anderen Märkten sinnvoll entscheiden kann.

Insgesamt bestätigt sich somit immer wieder, daß „prozeduralen“ Gesichtspunkten auch bei Problemen der vorliegenden Art letztlich ein sehr hohes Gewicht zukommt. Das ist – jedenfalls beim derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Diskussion – im Grunde wesentlich bemerkenswerter als der Umstand, daß die *iustitia commutativa* auch in einer von der Vertragsfreiheit geprägten Rechtsordnung nicht ohne die Heranziehung materialer Gerechtigkeitskriterien wie des objektiven Äquivalenzprinzips auskommt.

¹⁰³ Vgl. nur *Palandt/Heinrichs* aaO § 138 Rdn. 67 m. Nachw.

¹⁰⁴ Vgl. dazu und zu den mit der Ermittlung eines Als-ob-Wettbewerbspreises verbundenen – z.T. immensen – Schwierigkeiten statt aller *Möschel* in *Immenga-/Mestmäcker* Komm. zum GWB, 2. Aufl. 1992, § 22 Rdn. 152ff. m. umf. Nachw.

¹⁰⁵ Vgl. dazu z.B. *Engisch* (1971) S. 166; *Larenz* (1979) S. 70f.; vgl. im übrigen in diesem Zusammenhang auch die tiefdringende und vernichtende Kritik von *Fikentscher* (1983) § 1 I 13 an einer „Ethik des Aufwands“.

bb) Deren Wichtigkeit wird vielmehr erst dann hinreichend deutlich, wenn man ihre „positive“ Funktion hinzunimmt. Diese entfaltet sich vor allem im Rahmen des *vertragsergänzenden dispositiven Gesetzesrechts*, welches seiner Intention nach grundsätzlich auf die Schaffung einer gerechten Zuordnung von Pflichten und Rechten, Lasten und Vorteilen, Risiken und Chancen der Vertragsparteien angelegt und daher weitgehend als Versuch zu einer Konkretisierung der Gebote der *iustitia commutativa*, insbesondere des objektiven Äquivalenzprinzips – im weiteren, d.h. nicht auf die Hauptleistungen beschränkten, sondern das gesamte Vertragsgefüge umfassenden Sinne – anzusehen ist.¹⁰⁶ Hieraus erklärt sich z.B. die außerordentliche Bedeutung, die dem „Gerechtigkeitsgehalt“ des dispositiven Rechts im Rahmen der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 AGBG zukommt. Ein Widerspruch zur Prävalenz des Wettbewerbsprinzips liegt darin nicht, im Gegenteil: die Erfahrung hat gelehrt, daß dieses bei der Ausgestaltung der vertraglichen Neben- und Ergänzungsbestimmungen, also in demjenigen Bereich, dessen Regelung die primäre Aufgabe des vertragsergänzenden dispositiven Rechts bildet, keine hinreichende Effizienz entfaltet. Hier ist also in der Tat der Punkt erreicht, wo prozedural fundierte Lösungen durch selbständige materiale Kriterien flankiert oder sogar ersetzt werden müssen.

Diese lassen sich allerdings kaum jemals allein aus dem Gedanken der *iustitia commutativa* oder aus dem objektiven Äquivalenzprinzip als solchem entwickeln. Vielmehr bedarf es wie so oft bei der Konkretisierung von allgemeinen Rechtsprinzipien der Hinzunahme von zusätzlichen Wertungsgesichtspunkten mit eigenem Sachgehalt. Ein aufschlußreiches Beispiel bildet etwa die *Gefahrtragungsregelung von § 446 BGB*. Nach dieser Vorschrift bleibt der Käufer einer Sache zur Entrichtung des Kaufpreises verpflichtet, wenn diese vor dem Eigentumsübergang und damit vor vollständiger Erfüllung des Vertrags, aber nach der Übergabe an ihn durch Zufall untergeht. Ganz ähnlich wie im Beispiel der lügenden Schwangeren muß also eine Partei zahlen, ohne die Gegenleistung zu erhalten. Anders als dort kann hier jedoch von einem Verstoß

¹⁰⁶ Vgl. dazu z.B. Larenz (1979) S. 76f.; Schapp Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, S. 59 ff., 94 ff.

gegen die Gebote der Austauschgerechtigkeit keine Rede sein. Vielmehr handelt es sich genau umgekehrt um ein verfeinertes Verständnis der iustitia commutativa und des objektiven Äquivalenzprinzips. Aufgrund der Übergabe, d.h. der Verschaffung des Besitzes an der Sache kann der Käufer diese nämlich sowohl nutzen als auch grundsätzlich vor etwaigen Gefahren schützen, so daß er wirtschaftlich und faktisch bereits weitgehend so steht wie bei vollständiger Erfüllung des Kaufvertrags durch den Verkäufer.¹⁰⁷ Das Postulat der Zusammengehörigkeit von Vorteil und korrespondierendem Risiko zum einen und der Grundsatz der Einstandspflicht für den eigenen Einflußbereich, d.h. der Sphärengedanke zum anderen lassen es daher als eine folgerichtige Ausgestaltung des Äquivalenzprinzips und damit der Gebote der iustitia commutativa erscheinen, daß der Käufer die Preisgefahr bereits vom Zeitpunkt der Übergabe an trägt.

Zugleich wird aber auch deutlich, daß ausschlaggebend letztlich die beiden erstgenannten Gesichtspunkte sind – die bemerkenswerter Weise auch in ganz anderen Zusammenhängen wie z. B. im Schadensersatzrecht eine wesentliche Rolle spielen. Der Gedanke der Austauschgerechtigkeit und sogar das objektive Äquivalenzprinzip weisen *als solche* demgemäß nur einen sehr geringen Wertungsgehalt auf und bedürfen also auch hier einer „Auffüllung“ durch außerhalb ihrer selbst liegende Kriterien – ähnlich wie sich das schon im Wucherbeispiel gezeigt hat und lediglich mit dem Unterschied, daß hier keine prozeduralen Elemente mehr im Spiel sind.

c) Die grundsätzliche Neutralität der Vertragsrechtsordnung gegenüber den Ergebnissen von Vertragsfreiheit und Wettbewerb

aa) Mit der rechtlichen Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Wettbewerb ist es grundsätzlich unvereinbar, deren Ergebnisse von Rechts wegen einer generellen Richtigkeits- oder Gerechtigkeitskontrolle zu unterziehen. Es wäre nämlich geradezu ein Selbstwiderspruch der Rechtsordnung, einerseits eine Grundsatzentschei-

¹⁰⁷ Ähnlich z. B. *Soergel/Huber* 12. Aufl. 1991, Vor § 446 Rdn. 16, wo zutreffend der Zusammenhang zwischen der Regelung des § 446 BGB und dem „Sinn des synallagmatischen Leistungsversprechens“ hervorgehoben wird.

dung für die Anerkennung der Vertragsfreiheit und die Institutionalisierung des Wettbewerbs zu treffen und dann andererseits deren Ergebnisse nicht *als solche* hinzunehmen, sondern unter einen *allgemeinen* Korrekturvorbehalt zu stellen; denn eine derartige Ergebniskontrolle bedeutet in Wahrheit nichts anderes als Mißachtung der Vertragsfreiheit und Verfälschung des Wettbewerbsprozesses. Ein Vertragsrecht, das auf den Prinzipien von Vertragsfreiheit und Wettbewerb aufbaut, hat daher grundsätzlich Neutralität gegenüber deren Ergebnissen zu wahren.

Demgemäß kann es keinesfalls in Betracht kommen, die Geltung eines Vertrages nur deshalb in Frage zu stellen, weil eine der Parteien durch dessen Abschluß ein „schlechtes Geschäft“ gemacht hat. Wer sich auf einen Vertrag einläßt, muß zwangsläufig das Risiko eingehen, dabei einen Nachteil zu erleiden.¹⁰⁸ Würde eine Partei nur die für sie vorteilhaften Geschäfte anerkennen wollen, so wäre das offenkundig widersprüchlich¹⁰⁹ und verstieße geradezu gegen das Grundprinzip wechselseitiger Achtung¹¹⁰; und nur „neutrale“ Geschäfte gelten zu lassen, bei denen sich Vor- und Nachteile für beide Parteien die Waage halten, wäre wegen der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten (zumindest) ein

¹⁰⁸ Dieser kann auf den unterschiedlichsten Gründen beruhen wie etwa darauf, daß die eine Partei der anderen intellektuell unterlegen ist, sich in einer schlechteren Verhandlungsposition befindet, weil sie am Abschluß des Vertrages subjektiv intensiver interessiert oder objektiv stärker auf ihn angewiesen ist usw., usw. Daß die Rechtsordnung der ganzen Fülle dieser Störungsmöglichkeiten Rechnung trägt, kommt von vornherein nicht in Betracht, weil damit die Funktionsfähigkeit des Vertrages als Bindungsinstrument preisgegeben würde; es kann vielmehr immer nur darum gehen, den Grundsatz *pacta sunt servanda* für *einzelne* Störungstatbestände aus *besonderen* Gründen hintanzusetzen. Demgemäß ist es schon im Ansatz verfehlt, wenn *Kronman* (1980) S. 472 ff. bei seinem Versuch, das Vertragsrecht weitgehend für die *iustitia distributiva* zu öffnen, einerseits einen extrem weiten Begriff des *advantage-taking* zugrunde legt (vgl. S. 480), andererseits aber gleichwohl durchgängig einen legitimierenden Grund dafür fordert, daß dieses „erlaubt“ ist (vgl. S. 483 ff.); verwendet man wie *Kronman* den Terminus *advantage-taking* ohne pejorative Tendenz, kann man sinnvoller Weise nur umgekehrt fragen, wann es (ausnahmsweise) verboten ist; vgl. zu *Kronman* im übrigen auch unten d.

¹⁰⁹ Dabei geht es um einen „pragmatischen“ und darüber hinaus wohl auch um einen „performativen“ Selbstwiderspruch; vgl. dazu näher *Canaris* JuS 1996, 579 f.

¹¹⁰ Vgl. dazu oben II 4 b.

utopisches Ziel, das auch nur anzustreben die Rechtssicherheit auf das schwerste beeinträchtigen und die Funktionsfähigkeit des Vertrages als Instrument zur verbindlichen Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien zerstören würde. Jedem Vertrag ist demgemäß insoweit ein gewisser Antagonismus immanent: Er dient gleichermaßen zur *Verwirklichung* von *Selbstbestimmung* wie zu deren *Beschränkung* durch *Selbstbindung*; man kann erstere nicht erreichen, ohne letztere in Kauf zu nehmen.

Unvereinbar mit dem Neutralitätsgebot sind insbesondere Regelungen, die die Wirksamkeit von Verträgen *allein* wegen eines Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung entfallen lassen wie z.B. die Vorschriften über die *laesio enormis*.¹¹¹ Erst recht kann keine Rede davon sein, daß ein Austauschvertrag grundsätzlich schon deshalb gegen die Gebote der iustitia commutativa verstößt, weil er zum Nachteil einer Partei vom *Marktpreis* abweicht.¹¹² Wer das behauptet, verkennet den Gerechtigkeitsgehalt der Freiwilligkeit des Vertragsschlusses sowie des hinzutretenden Prinzips der Selbstverantwortung, ohne das Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht funktionsfähig sind. Das zeigen nicht nur Beispiele wie der Liebhaberpreis zum einen und der Freundschaftspreis zum anderen, sondern vor allem auch die simple, unmittelbar überzeugungskräftige Überlegung, daß ein „gutes“ bzw. „schlechtes“ Geschäft nicht schon allein wegen seines Inhalts als „ungerecht“ bezeichnet zu werden verdient; wer sich z.B. über die Marktkonditionen nicht informiert, obwohl ihm das möglich wäre, oder wer aus Bequemlichkeit bei einem besonders teuren Anbieter kauft – z.B. im nahegelegenen Feinkostladen statt im weiter entfernten Supermarkt –, nimmt den Preisnachteil – mehr oder weniger – freiwillig in Kauf und kann sich daher über diesen nicht „beklagen“. Demgemäß fordert die iustitia commutativa keineswegs, daß eine Partei durch einen Austauschvertrag nicht auf Kosten der anderen bereichert werden darf.¹¹³ Mit einer so

¹¹¹ Vgl. dazu eingehend Mayer-Maly *Renaissance der laesio enormis?* 2. Festschr. für Larenz, 1983, S. 395 ff.

¹¹² So aber Gordley (1981) S. 1611 ff., 1625, 1655 f.; im Ansatz ähnlich Collins (1993) S. 268 f.

¹¹³ So aber Gordley (1981) S. 1589 f. (in unzutreffender Interpretation von Aristoteles, vgl. dazu oben II 2 b Fn. 25), S. 1624, 1637 u. ö.

schlichten Regel läßt sich die hochkomplexe Problematik der „Gerechtigkeit“ von „guten“ bzw. „schlechten“ Geschäften nicht lösen. Dazu bedarf es vielmehr zusätzlich zu dem Rückgriff auf das materielle Äquivalenzprinzip grundsätzlich einer – differenzierten – Berücksichtigung des Maßes der Entscheidungsfreiheit auf seiten der benachteiligten Partei¹¹⁴, also einer *kombinatorischen* Lösung aufgrund des Zusammenwirkens *mehrerer* Elemente.¹¹⁵

bb) Die Neutralität der Vertragsrechtsordnung gegenüber den Ergebnissen von Vertragsfreiheit und Wettbewerb findet ihre Entsprechung im *prozeduralen Grundcharakter der iustitia commutativa*. Denn prozedurale Gerechtigkeit ist ja gerade dadurch charakterisiert, daß sie zur Erreichung ihrer Ziele im wesentlichen auf die Einhaltung eines bestimmten *Verfahrens* setzt, und daher ist es mit einer solchen Konzeption unvereinbar, die aus diesem resultierenden *Ergebnisse* nur deshalb zu korrigieren, weil man sie aus irgendeinem Grund als ungerecht ansieht¹¹⁶; dadurch würde man in eine primär materiale Sichtweise zurückfallen und mithin in Widerspruch zu dem prozeduralen Ausgangspunkt geraten.

Nun ist allerdings versucht worden, die Neutralitätsthese durch die *Unterscheidung zwischen „pure procedural justice“ und „perfect procedural justice“* zu widerlegen¹¹⁷; die Vertragsgerechtigkeit wird dabei der letzteren zugeordnet und soll auf diese Weise für *Postulate der iustitia distributiva* geöffnet werden. Das prägende Charakteristikum für das Vorliegen von „pure procedural justice“ ist das Fehlen eines unabhängigen Kriteriums für die Beurteilung der Frage, ob das Ergebnis des Verfahrens eine faire Verteilung darstellt; Muster-

¹¹⁴ Das sieht letztlich auch Gordley, indem er berücksichtigen will, in welchem Maß sich die benachteiligte Partei hätte selbst schützen können, vgl. aaO S. 1621, 1633, 1655; seine – allein an der Abweichung vom Marktpreis orientierte – Konzeption enthält jedoch keinen Ansatzpunkt, um dieses subjektive Element in systematisch bruchloser Weise zu integrieren, so daß sie insoweit inkonsistent ist.

¹¹⁵ Das erkennt Gordley bei seiner Kritik an den Versuchen zu einer konsistenten dogmatischen Erklärung von § 138 II BGB, vgl. aaO S. 1632; demgemäß ist seine These verfehlt, daß sich eine an ein Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung anknüpfende Unwirksamkeit des Vertrages nur dann schlüssig erklären läßt, wenn man dieses als „an evil in itself“ ansieht, vgl. aaO S. 1627 ff.; zutreffend demgegenüber die Deutung von § 138 II BGB durch von Mehren (1982) S. 67 f.

¹¹⁶ Vgl. auch schon oben IV 2 b aa zum „Modellcharakter“ von § 138 II BGB.

¹¹⁷ Vgl. Collins (1992) S. 53 ff.

beispiele hierfür bilden die Wette und wohl auch das Glücksspiel. Bei der „perfect procedural justice“ gibt es dagegen einen unabhängigen Maßstab, nach welchem sich entscheiden läßt, ob das Verfahren zu einer fairen Verteilung geführt hat; ein Beispiel ist die Aufgabe, einen Kuchen in gleiche Stücke zu teilen, wobei der Teilende selbst das letzte Stück erhält, nachdem alle anderen Beteiligten sich das ihre ausgewählt haben.

Der Grundfehler dieser Konzeption liegt in der Ausschließlichkeit der beiden Alternativen. Eine auf Vertragsfreiheit und Wettbewerb beruhende Vertragsordnung entspricht nämlich weder dem Typus der Wette oder des Glücksspiels noch dem der Teilung eines Kuchens in gleiche Stücke. Denn zum einen ist das Vertragsrecht nicht völlig „blind“ gegenüber den Ergebnissen von Verträgen, wie schon allein die Bedeutung des „auffälligen Mißverhältnisses“ zwischen Leistung und Gegenleistung im Rahmen des Wuchertatbestandes nach § 138 II BGB zeigt¹¹⁸; zum anderen zielt es aber, wie soeben dargelegt, grundsätzlich auch nicht auf eine bestimmte Verteilung der Güter ab, so daß es – anders als das Verfahren bei der Verteilung des Kuchens – nicht ergebnisorientiert angelegt ist. Demgemäß gibt es zwischen „pure“ und „perfect“ procedural justice noch andere Erscheinungsformen der prozeduralen Gerechtigkeit.

Das zeigt sich etwa auch am Beispiel des sportlichen Wettkampfs. Bei einem solchen hängt das Ergebnis weitgehend von den *Aktionen der Beteiligten* ab, während diese bei Wette und reinem Glücksspiel überhaupt keinen Einfluß auf das Ergebnis haben und dieser im Beispiel der Kuchenverteilung minimalisiert werden soll. Demgemäß sind die Regeln eines sportlichen Wettkampfs zwar einerseits so ausgestaltet, daß möglichst nicht der „Glücklichere“, sondern der „Bessere“ gewinnt, begünstigen aber andererseits nicht von vornherein die Erreichung eines bestimmten Ergebnisses; vielmehr sind sie insoweit grundsätzlich offen, indem sie dessen Herbeiführung im wesentlichen der Aktivität der Teilnehmer überlassen und diese nur durch eine verhältnismäßig lockere Rahmenordnung zur Gewährleistung von „fair play“ einschränken. Ähnlich verhält sich das Vertragsrecht gegen-

¹¹⁸ Vgl. dazu oben IV 2b aa.

über den Ergebnissen von Vertragsfreiheit und Wettbewerb, indem es zwar Vorkehrungen gegen krasse Ungerechtigkeiten trifft und gewisse Regeln für ein „faïres Spiel“ aufstellt, jedoch auf die Förderung oder gar Erzwingung bestimmter Ergebnisse als solcher grundsätzlich verzichtet. Dadurch wird dem Neutralitätspostulat durchaus Genüge getan und ein Übergriff in den Bereich der iustitia distributiva grundsätzlich vermieden.

Im übrigen verdient Hervorhebung, daß sogar in den Fällen von „perfect procedural justice“ eine *Korrektur* unerwünschter Ergebnisse unterbleibt, weil sonst von prozeduraler Gerechtigkeit nicht einmal mehr in einem rudimentären Sinn die Rede sein könnte. Nimmt der Verteiler des Kuchens z.B. in Kauf, daß er das kleinste Stück bekommt (oder wünscht er das gar, wofür er mancherlei gute Gründe haben kann), und teilt er den Kuchen demgemäß in Stücke unterschiedlicher Größe, so hat es dabei sein Bewenden und es findet demgemäß nicht etwa ein neues Verfahren mit dem Ziel statt, doch noch eine gleichmäßige Verteilung zu erreichen. Allerdings enthält diese Art der prozeduralen Gerechtigkeit in der Tat gleichwohl einen starken distributiven Einschlag, weil sie an einem bestimmten Verteilungsziel orientiert ist und dessen Erreichung durch die Ausgestaltung der Verfahrensregeln herbeizuführen sucht. Damit ist die geltende Vertragsrechtsordnung aber, wie gesagt, nicht vergleichbar, so daß sich deren – angebliche – Offenheit für die Verwirklichung distributiver Postulate nicht auf diese Weise begründen läßt.

d) Die Möglichkeit zu einer Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Einflußnahme auf den Vertragspartner ohne Rückgriff auf distributive Kriterien

Abschließend verdient in diesem Zusammenhang noch ein weiterer Versuch, die Notwendigkeit einer Berücksichtigung von distributiven Kriterien im Vertragsrecht zu begründen, eine kurze Auseinandersetzung. Dieser knüpft an die schon mehrfach berührte Problematik an, daß die Freiheit des Vertragsschlusses von der Rechtsordnung grundsätzlich für *beide* Parteien gleichermaßen gewährleistet und die eine Partei demgemäß vor einer unzulässigen

Beeinflussung durch die andere geschützt werden muß. Die Argumentation geht nun im wesentlichen dahin, daß auch eine strikt liberale Vertragsrechtskonzeption die Abgrenzung zwischen relevanten und irrelevanten Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit letztlich nicht anders als durch den Rückgriff auf spezifisch distributive Kriterien bewältigen könne.¹¹⁹

Diese Position vermag indessen nicht zu überzeugen. Allerdings läßt sich in der Tat nicht schon aus dem Prinzip der Selbstbestimmung allein herleiten, wann diese in solchem Maße verletzt ist, daß der Vertrag keinen Bestand haben kann¹²⁰; denn dieses Prinzip, das man – im Gegensatz zu manchem anderen Prinzip – treffend als „Optimierungsgebot“¹²¹ charakterisieren kann, weist die Tendenz auf, *jede* Einschränkung der Willens- und Entscheidungsfreiheit als beachtlich zu qualifizieren, was bei strikter Durchführung die Zerstörung des Vertrags als Instrument zur verbindlichen Regelung von Rechtsbeziehungen zur Folge hätte. Die Lösung kann sich daher nur aus einem *kombinatorischen* Zusammenspiel mit *gegenläufigen* Prinzipien ergeben. Zu diesen gehören vor allem der Grundsatz *pacta sunt servanda* und das Prinzip der Selbstverantwortung.¹²² Diese aber enthalten keinerlei distributive Komponente und sind auch aus der liberalsten Vertragsrechtskonzeption nicht hinwegzudenken. Das ergibt sich, wie vor kurzem bereits dargelegt¹²³, mit Selbstverständlichkeit daraus, daß jeder Vertrag nicht nur der Selbstbestimmung, sondern zwangsläufig auch der Selbstbindung dient und jede Partei demgemäß in weitem Umfang die Selbstverantwortung für et-

¹¹⁹ Vgl. vor allem *Kronman* (1980) S. 474 ff.

¹²⁰ Insoweit im Ansatz zutreffend *Kronman* aaO S. 483.

¹²¹ Vgl. dazu *Alexy* Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25 (1985) 15 ff.

¹²² Vgl. zu dieser „kombinatorischen“ Konzeption der Rechtsgeschäftslehre vor allem *Bydlinski* Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 164 ff. sowie jüngst *denselben* (1996 b) S. 147 ff.; *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 412 ff., 422 f.; die Differenzen zwischen *Bydlinski*s und meiner Sichtweise spielen im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Eine „monistische“, primär auf dem Prinzip der Selbstbestimmung aufbauende Konzeption der Rechtsgeschäftslehre hat demgegenüber unlängst vor allem *Singer* entwickelt, vgl. Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 45 ff., 54 ff.

¹²³ Vgl. oben c aa bei und mit Fn. 108.

waige Fehlentscheidungen und für das Risiko nachteiliger Geschäfte trägt.¹²⁴ Freiheit ohne Beschränkung gibt es im Recht eben nicht – und das ist durchaus auch eine Einsicht des Liberalismus.

Zugleich folgt daraus, daß nicht jede wie immer geartete „Übervorteilung“ der einen durch die andere Partei einer besonderen Legitimation unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten bedarf.¹²⁵ Vielmehr hat die Rechtsordnung insoweit grundsätzlich nur dann Anlaß zu einem korrigierenden Eingreifen, wenn eine besondere, irgendwie negativ „qualifizierte“ Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vorliegt. Paradigmatisch hierfür sind Zwang, widerrechtliche Drohung und arglistige Täuschung. Genau dabei handelt es sich aber um geradezu klassische Beispiele für das Wirken der *iustitia commutativa* in ihrer zweiten, auf die Korrektur von Unrecht gerichteten Erscheinungsform¹²⁶; denn der Einsatz solcher Mittel ist *unabhängig von der Person der Beteiligten* unerlaubt¹²⁷ – also nicht nur durch den Starken gegen den Schwachen, den Listenreichen gegen den Unbeholfenen, sondern auch umgekehrt durch diese gegen jene.¹²⁸ Das ist das genaue Gegenteil einer distributiven Sichtweise, weil es allein auf das rechtliche Unwerturteil über das verwendete *Mittel* und nicht auf Merkmale in der *Person* der Beteiligten ankommt.

Allerdings ist nicht zu bestreiten, daß die Tatbestände, in denen die Rechtsordnung eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit als relevant qualifiziert, ein Einfallstor für distributive Kriterien darstellen *können*; vor allem die Statuierung von Aufklärungspflichten der einen gegenüber der anderen Partei dürfte in dieser

¹²⁴ Zutreffend daher die Kritik an *Kronman* von *Lucy* (1989) S. 138 ff., der im Anschluß an *H. L. A. Hart* das responsibility principle ins Feld führt.

¹²⁵ Anders *Kronman* (1980) S. 484, 487 u. ö. trotz seines weiten Begriffs des „advantage-taking“; kritisch dazu schon oben Fn. 108 sowie auch *Lucy* (1989) S. 145.

¹²⁶ Vgl. dazu oben II 1 b.

¹²⁷ Vgl. näher oben II 4 b bb.

¹²⁸ Entgegen *Kronman* (1980) S. 492 f. ist demgemäß nicht ausschlaggebend, daß die eine Partei u. U. größere physische Stärke als die andere *hat*, sondern daß *keine* Partei Gewalt, Zwang, Lüge und dgl. *einsetzen* (oder auch nur damit drohen) darf, wie auch immer das wechselseitige Kräfteverhältnis beschaffen sein mag; zutreffend demgemäß die Kritik von *Alexander/Wang* (1984) S. 296 an *Kronman* aaO.

Hinsicht sehr „anfällig“ sein. Darin liegt jedoch keine Stütze für die hier kritisierte Position; denn diese geht ja dahin, daß auch ein „liberales“ Vertragsrecht zur Abgrenzung zwischen relevanten und irrelevanten Beeinflussungen der einen durch die andere Partei auf distributive Kriterien zurückgreifen *müsse* – und eben das ist unzutreffend. Vollends verfehlt ist die weitere Folgerung, wenn der Einsatz von Gewalt und Betrug unzulässig sei, habe gleiches grundsätzlich auch für die Ausnutzung von überlegener Intelligenz oder größeren Geldmitteln zu gelten.¹²⁹ Dabei wird in seltsamer ideologischer Verblendung verkannt, daß bei Gewaltanwendung und Betrug *die Verwendung dieses Mittels als solche* rechtlich mißbilligt wird, in den anderen Fällen dagegen grundsätzlich nicht; und damit wird zugleich der Reflexionsgrad, den *Aristoteles* bei der Formulierung seiner Einsichten über die iustitia commutativa erreicht hatte, ohne einsichtigen Grund wieder preisgegeben.

3. Die Problematik der Verwirklichung von Postulaten der iustitia distributiva durch die geltende Vertragsrechtsordnung

Während somit unsere heutige Vertragsrechtsordnung, die auf den Fundamenten von Vertragsfreiheit und Wettbewerb aufbaut, unter kommutativen Aspekten den Anforderungen der Gerechtigkeit trotz mancher Defizite in Einzelbereichen insgesamt durchaus Genüge tut, sieht das Bild unter distributiven Aspekten – die ja den primären Gegenstand meines Vortrags bilden – wesentlich differenzierter aus. Als wichtigste Maßstäbe sind dabei nach unserem heutigen Rechts- und Staatsverständnis die Postulate der Besitzstands-, der Bedürfnis-, der Leistungs- und der Chancengerechtigkeit heranzuziehen.¹³⁰ Daß diese hier einfach nebeneinander in eine Reihe gestellt werden, obwohl sie auf ganz unterschiedliche Ziele gerichtet sind und nicht selten sogar miteinander in Konflikt geraten, darf – wie zur Vermeidung von Mißverständnissen noch einmal betont sei – nicht befremden, weil sie keine rechtssatzförmigen Gebote, sondern blo-

¹²⁹ So aber *Kronman* (1980) S. 496 f.

¹³⁰ Vgl. oben II 3b und c.

ße Prinzipien darstellen und für diese eine solche Gleichstufigkeit mit der Gefahr von Antinomien geradezu charakteristisch ist.¹³¹

a) Das Verhältnis zur Besitzstandsgerechtigkeit

Nur wenige Sätze sind in diesem Zusammenhang über die Besitzstandsgerechtigkeit zu verlieren, da sie durch die Vertragsfreiheit nahezu optimal gewährleistet wird. Denn diese bewahrt den Inhaber einer geschützten Rechtsposition grundsätzlich davor, daß sie ihm ohne sein Einverständnis genommen wird, während er dieser Gefahr in einer Zwangs- und Planwirtschaft fast ständig ausgesetzt ist.

Soweit es dennoch auch in einer Privatrechtsordnung, die die Vertragsfreiheit zu ihren ranghöchsten Prinzipien zählt, zu unfreiwilligen Verlusten kommt wie z.B. im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs, der Rechtsscheinhafung und dgl., werden diese durch flankierende Prinzipien wie vor allem das des Verkehrs- und Vertrauensschutzes und das der Selbstverantwortung legitimiert oder beruhen auf einem Kompromiß mit gegenläufigen Prinzipien, welche die Privatautonomie einschränken. Diese selbst befindet sich jedenfalls grundsätzlich in vollem Einklang mit der Besitzstandsgerechtigkeit.

b) Das Verhältnis zur Bedürfnisgerechtigkeit

Hinsichtlich der Bedürfnisgerechtigkeit ist zwischen subjektiven und objektiven Bedürfnissen zu unterscheiden.

aa) Was zunächst die *subjektiven Bedürfnisse* angeht – also die Ziele und Präferenzen, die der einzelne nach seinen persönlichen, individuellen Wertungen hegt –, so gilt insoweit ähnliches wie bezüglich der Besitzstandsgerechtigkeit: Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft tragen ihnen grundsätzlich optimal Rechnung. Sie überlassen es nämlich jedem Bürger, selbst zu entscheiden, welche Bedürfnisse er befriedigen und welche Mittel er dafür einsetzen will. Zwar bleiben selbstverständlich viele, ja wohl sogar die mei-

¹³¹ Vgl. oben II 3 b bb bei Fn. 33.

sten subjektiven Bedürfnisse unbefriedigt, doch ergibt sich daraus im vorliegenden Zusammenhang kein relevanter Einwand. Denn daß *alle* Menschen *beliebige* Bedürfnisse befriedigen können, kann ja keinesfalls ein Gerechtigkeitspostulat darstellen, weil das immer nur auf Kosten anderer Menschen möglich wäre und eine derartige *Maxime* daher, kantianisch argumentiert, einen Widerspruch in sich selbst darstellen würde. Mehr als ein möglichst breites Angebot für die Befriedigung subjektiver Bedürfnisse bereit zu halten, darf daher von einer Wirtschafts- und Vertragsrechtsordnung grundsätzlich nicht erwartet werden. In dieser Hinsicht aber ist die wettbewerblich verfaßte Marktwirtschaft allen anderen bekannten Systemen weit überlegen. Das gilt sowohl ihrer Grundidee nach, weil die Nachfrage für sie einen zentralen Faktor bildet und sie somit schon im Ansatz an den *subjektiven* Präferenzen der *anderen* Marktteilnehmer orientiert ist, als auch ihrer historischen Realität nach, weil sie eine vergleichsweise außerordentlich breite – wenngleich natürlich nicht allumfassende¹³² – Angebotspalette hervorgebracht hat. Demgemäß ist die Marktwirtschaft auf einen relativ optimalen Kompromiß zwischen den divergierenden oder auch konfligierenden subjektiven Bedürfnissen der verschiedenen Gesellschaftsmitglieder angelegt.¹³³

Zugleich wird hier (erneut) deutlich, daß gerade bei der Frage nach dem besten Mittel zur Befriedigung subjektiver Bedürfnisse ein spezifischer Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit und wettbewerblich verfaßter Marktwirtschaft einerseits und einer „offenen“, pluralistischen Gesellschaft andererseits besteht. Für

¹³² Problematisch ist vor allem, daß sich gewisse „anspruchsvolle“ oder „wertvolle“ Bedürfnisse u.U. am Markt nicht durchsetzen können. Darin liegt eine besondere Form des Marktversagens und ein legitimer Ansatz für staatliche Subventionspolitik – etwa im Kultur- oder im Umweltbereich. Nicht hierher gehört dagegen die Verdrängung bestimmter handwerklicher und kunstgewerblicher Fertigkeiten durch die industrielle Massenproduktion, wie indessen *Koslowski* (1991) S. 59 annimmt; denn dabei geht es nicht primär um das Problem einer zu schwachen oder gar fehlenden Nachfrage nach bestimmten – meist immateriellen – Gütern, die von einem marktexternen Standpunkt aus als „wertvoll“ bzw. schutzwürdig qualifiziert werden können, sondern vielmehr um die Ablösung einer Produktionsform durch eine andere, effizientere – und dabei hat der Markt seine Auslesefunktion zu erfüllen, mag diese oft auch „grausam“ erscheinen.

¹³³ Ähnlich *Koslowski* (1991) S. 66.

letztere ist es nämlich charakteristisch, daß der Staat seinen Bürgern nicht die Verfolgung bestimmter Ziele vorschreibt, sondern es ihnen (innerhalb gewisser Grenzen) überläßt, diese sowie die Mittel zu ihrer Erreichung grundsätzlich selbst auszuwählen.¹³⁴ Genau das tut, wie gesagt, eine auf Vertragsfreiheit und Wettbewerb beruhende Wirtschaftsordnung ebenfalls. Demgemäß ist an dieser Stelle auch auf deren starke Affinität zum Demokratieprinzip hinzuweisen, die in der Charakterisierung des Marktgeschehens als einer Art von permanentem Plebiszit und als Dialog über Werte besonders klar Ausdruck findet.¹³⁵

bb) Indessen gibt es auch gewisse *objektive Grundbedürfnisse* des Menschen wie die nach Nahrung, Wohnung, medizinischer Betreuung und dgl., die von den individuellen Präferenzen des einzelnen weitgehend unabhängig sind. Deren Sicherung sieht man heute grundsätzlich als eine Aufgabe des „Sozialstaats“ und damit der Rechtsordnung an. Es liegt auf der Hand, daß die Vertragsfreiheit und eine wettbewerblich verfaßte Marktwirtschaft die Erfüllung dieser Bedürfnisse keineswegs vollständig gewährleisten; denn auf Menschen, die arm sind oder sich in einer sonstigen Notlage befinden, nimmt ein solches Vertragssystem grundsätzlich keine Rücksicht – was in der Tat geradezu systemwidrig wäre, weil es ja auf dem *kommutativen* Prinzip des Austauschs *ohne* Ansehung der Person und unter essentieller Berücksichtigung der *Gegenleistung* beruht.¹³⁶

Immerhin erleichtern aber Markt und Wettbewerb die Erfüllung der Grundbedürfnisse außerordentlich, indem sie starke Anreize schaffen, Güter zu produzieren und anzubieten, die Produkte zu verbessern, die Preise zu minimieren und dgl. Dem entspricht es, daß dieses System nach aller bisherigen Erfahrung den Wohlstand des Durchschnitts der Menschen insgesamt weit stärker erhöht als jede in der Realität „getestete“ Alternative. Auch ist in diesem Zusammenhang noch einmal an die humanen Effekte der

¹³⁴ Grundlegend F. Böhm (1966) S. 89f.; vgl. dazu aus neuerer Zeit z.B. Canaris (1993) S. 874f.; Zöllner (1996) S. 24f. und 49; F. Bydliński Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“, 1994, S. 62ff.

¹³⁵ Vgl. dazu F. Böhm bzw. Fikentscher aaO (wie oben Fn. 97 und 98); vgl. ferner z.B. Koslowski (1991) S. 60.

¹³⁶ Vgl. oben II 5 a.

Vertragsfreiheit und des marktwirtschaftlichen Gegenleistungsprinzips zu erinnern.¹³⁷ Sie manifestieren sich hier auf besonders signifikante Weise in der Tatsache, daß Sozialhilfeempfänger erfahrungsgemäß in aller Regel lieber Geldzahlungen als Naturalleistungen erhalten möchten. Erstere erlauben es ihnen nämlich, am Marktgeschehen teilzunehmen und sich dadurch wenigstens einen Rest von Selbstbestimmung hinsichtlich ihrer Bedürfnisbefriedigung zu bewahren. Mag dabei auch nicht selten die Gefahr eines Mißbrauchs, d.h. einer zweckwidrigen Verwendung des Geldes bestehen, so ist es doch höchst bezeichnend für die Leistungsfähigkeit von Vertrag und Markt, daß sogar diejenigen, die mit deren Hilfe ihre Bedürfnisse nicht angemessen befriedigen können und daher „von hoher Hand“, also von einer außerhalb des privaten Austauschverkehrs stehenden Instanz Zuwendungen erhalten, aus gutem Grund bestrebt sind, mit den ihnen zugeteilten Mitteln doch wieder von der Vertragsordnung zu profitieren und am Marktgeschehen teilzunehmen, also aus dem distributiven in den kommutativen Bereich überzuwechseln.

c) Das Verhältnis zur Leistungsgerechtigkeit

aa) Die Leistungsgerechtigkeit gehört keineswegs nur in den Bereich der iustitia commutativa, sondern auch in denjenigen der iustitia distributiva. Denn daß die Leistungen der Menschen Einfluß auf den Erwerb der Güter haben und also der Leistungsstarke i. d. R. mehr von diesen erhält als der Leistungsschwache, stellt ein durchaus legitimes, ja elementares Verteilungskriterium dar. Dagegen wird zwar nicht selten eingewandt, daß Leistungen auf Talenten beruhen und diese durch die Zufälligkeiten der Natur und des Schicksals „verteilt“ werden, denen das Recht durch eine gegenläufige Umverteilung entgegenwirken müsse, doch ist diese Argumentation nicht haltbar. Viel zu kurz greift sie schon deshalb, weil Leistungen keineswegs *nur* die Folge von Talenten *als solchen* zu sein pflegen, sondern meist erst durch deren *Entwicklung* aufgrund von Fleiß, Ausdauer, Willenskraft, Selbstdisziplin, Risikobereitschaft und dgl. möglich werden, also auch auf *Tugenden und*

¹³⁷ Vgl. oben II 4 b.

Verdiensten beruhen;¹³⁸ zwischen dem Postulat „Jedem nach seinen Leistungen“ und dem – weithin anerkannten¹³⁹ – Postulat „Jedem nach seinen Verdiensten“ besteht somit ein enger Zusammenhang. Entscheidend kommt hinzu, daß die Möglichkeit zur *Entfaltung* der Talente zu den elementarsten Menschenrechten gehört, wie u.a. durch Art. 2 I GG anerkannt wird. Der Mensch ist nämlich nicht nur Gemeinschaftswesen, sondern zugleich Individuum, welches durch seine höchstpersönlichen – sei es angeborenen oder sei es erworbenen – Eigenschaften konstituiert wird. Ihm deren Entfaltung um der Gleichstellung anderer Menschen willen unmöglich zu machen, verletzt ihn daher geradezu in seiner Menschenwürde, da dadurch seine Individualität negiert wird. Die Entfaltung der persönlichen Fähigkeiten aber ist sinnlos, wenn man nicht die Chance hat, auch deren *Früchte* zumindest teilweise ernten zu dürfen. Jede Rechtsordnung, die die Menschenrechte achtet, muß daher auch die Maxime „Jedem nach seinen Leistungen“ als eines ihrer Gerechtigkeitspostulate anerkennen.¹⁴⁰

Von vornherein falsch gestellt ist demgegenüber die – in diesem Zusammenhang nicht selten diskutierte – Frage, ob der Mensch ein „Recht“ auf seine Talente oder deren Früchte hat.¹⁴¹ Darauf kommt es gar nicht an, weil man, wie soeben dargelegt, schon mit dem viel leichter zu begründenden Argument zum Ziel kommt, daß es jedenfalls *Unrecht* wäre, dem Menschen die Entfaltung seiner Talente unmöglich zu machen oder ihm deren Früchte gänzlich vorzuenthalten. Umgekehrt läßt sich mit der – ohnehin ziemlich skurrilen¹⁴² – Figur des „Rechts“ auf die Talente oder deren Früchte auch nicht etwa begründen, daß der Staat dem

¹³⁸ Das wird zu Unrecht geleugnet von Rawls (1975) S. 125, 346 u. ö.

¹³⁹ Ablehnend freilich, jedoch nicht überzeugend Rawls (1975) S. 344 ff.

¹⁴⁰ Selbstverständlich kann und soll sie daneben auch noch andere, u.U. sogar gegenläufige Gerechtigkeitspostulate zu verwirklichen suchen, vgl. oben II 3b bb = S. 22 f.

¹⁴¹ Vgl. dazu vor allem einerseits Rawls (1975) S. 121 ff., andererseits Nozick *Anarchy, State, and Utopia*, 1974, S. 213 ff. sowie auch einerseits Kronman (1980) S. 493 f., andererseits Alexander/Wang (1984) S. 294 ff.

¹⁴² In Wahrheit ist es von vornherein unangemessen, in diesem Zusammenhang in der Kategorie eines *subjektiven Rechts* an oder auf etwas zu denken; das ist fast so widersinnig wie die Annahme eines Rechts an der oder auf die Menschenwürde.

Menschen *alle* Früchte seiner Talente oder auch nur deren größten Teil belassen müsse. Denn sowohl zur Entwicklung seiner Talente als auch zu deren Ausnutzung bedarf der Mensch der Gemeinschaft und ihrer Institutionen – vom Schul- und Bildungswesen bis hin zur Gewährleistung der Vertragsordnung und der Offenhaltung der Märkte, ganz zu schweigen von der Schaffung und Aufrechterhaltung der nötigen Infrastruktur. Kurzum, Talente *hat* man zwar als Individuum, *zu Geld machen* kann man sie aber nur als Gemeinschaftswesen. In dieser simplen Einsicht liegt ein hinreichender Legitimationsansatz dafür, daß der Staat an den Früchten der Talente partizipieren darf wie z.B. durch Steuern und dgl. Das wirkliche Problem besteht demgemäß erst in der Frage des Maßes bzw. Übermaßes (das sicher bei einem „Erdrosselungseffekt“, u.U. aber auch schon weit eher erreicht ist), doch spielt das im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

bb) Was nun das Verhältnis einer auf Vertragsfreiheit, Markt und Wettbewerb aufbauenden Ordnung zur Leistungsgerechtigkeit angeht, so ergibt sich auch hier ein differenziertes Bild. Unzweifelhaft ist es nicht nur ökonomisch, sondern auch rechtsethisch gesehen ein großer Vorzug eines solchen Systems, daß es tendenziell Eigenschaften wie Einfallsreichtum, Fleiß, Wagemut und dgl. durch höheren Profit belohnt und Einfallslosigkeit, Faulheit, Unbeweglichkeit durch niedrigere Einkommen sanktioniert. Demgemäß fördert der Leistungswettbewerb grundsätzlich die Selbstverwirklichung der Menschen, indem er ihnen die Entfaltung und Ausnutzung ihrer Fähigkeiten erleichtert. Zugleich wirkt er einem gesellschaftlichen Klima gleichmacherischer Verlogenheit entgegen, in welchem Mediokrität und Inkompetenz, Wichtigtuerei und Beziehungswirtschaft in Blüte stehen, leistungsbedingte Überlegenheit dagegen ignoriert oder gar diskriminiert wird.

Auf der anderen Seite darf man aber auch nicht die Augen davor verschließen, daß Vertragsfreiheit, Markt und Wettbewerb unintelligente oder gar behinderte Menschen stark benachteiligen, obwohl diese keine Verantwortlichkeit für ihre Defizite trifft. Der Leistungswettbewerb deckt Mängel der Leistungsfähigkeit u.U. sogar mit solcher Schonungslosigkeit auf, daß er zu schweren Beeinträchtigungen des Selbstwertgefühls, ja mitunter geradezu zu

einer gewissermaßen selbstinduzierten weiteren Minderung des Leistungsvermögens bis hin zum dauerhaften Ausscheiden aus dem Erwerbsleben führen kann.

Auch ansonsten spielt in einer Marktwirtschaft der *Zufall* eine große Rolle.¹⁴³ Das ist indessen keineswegs von vornherein negativ zu bewerten. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang zunächst mit Entschiedenheit zu betonen, daß es dabei nicht um ein Spezifikum gerade der Marktwirtschaft, sondern um ein viel allgemeineres Problem geht. Denn man braucht kein radikaler Skeptiker zu sein, um sich das schöne Wort von *Odo Marquard* zueigen zu machen: „Wir Menschen sind stets mehr unsere Zufälle als unsere Leistungen.“¹⁴⁴ Vor diesem Hintergrund wird man es geradezu umgekehrt als ein Charakteristikum und eine Auszeichnung der Wettbewerbswirtschaft bezeichnen können, daß sie der Leistung des einzelnen einen vergleichsweise sehr hohen Stellenwert einräumt und das Zufallselement tendenziell stark zurückdrängt.

Im übrigen bedarf es einer differenzierten Bewertung der verschiedenen Faktoren. Eine Einbruchstelle für Zufallseinflüsse bildet gewiß das Spiel von Angebot und Nachfrage. Jedoch ist es durchaus nicht nur unter Effizienz-, sondern auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten sehr zu begrüßen, daß der Profit grundsätzlich von der Nachfrage abhängt. Dadurch ist der Anbieter nämlich genötigt, sich grundsätzlich an den Bedürfnissen und Wünschen *anderer* Menschen zu orientieren und einen Beitrag zu *deren* Befriedigung zu leisten, statt seine Konditionen vorwiegend an seinen eigenen Planungen ausrichten und überhöhte Kosten oder gar sinnlose Aufwendungen auf seine Geschäftspartner oder die Allgemeinheit abwälzen zu können.¹⁴⁵ Daß die Nachfrage nicht selten bestimmte Anbieter in ganz irrationaler Weise privilegiert und manchen wie etwa Film-, Musik- oder Sportstars u.U. ein exorbitantes Einkommen beschert, trifft zwar zu, wiegt aber unter

¹⁴³ Das wird auch von den dezidiertesten Anhängern der Marktwirtschaft nicht geleugnet, sondern im Gegenteil häufig betont, vgl. z.B. von *Hayek* (1981) S. 105 ff.; *Hopmann* (1990) S. 11 und 21.

¹⁴⁴ Vgl. *Marquard* Apologie des Zufälligen, 1987, S. 6.

¹⁴⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die tiefdringende und vernichtende Kritik von *Fikentscher* (1983) § 1 I 13 an einer „Ethik des Aufwands“ im Gegensatz zur bei weitem vorzugswürdigen „Ethik der Präferenzen“.

Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht schwer. Denn zum einen wird dadurch anderen Menschen nichts weggenommen oder auch nur vorenthalten, so daß schon aus diesem Grund nicht ein Gerechtigkeitsgebot verletzt ist¹⁴⁶ – sondern allenfalls der Neid, also eines der niedrigsten und verächtlichsten Gefühle erregt wird –, und zum anderen wird dadurch lediglich dem Pluralismus der Werte und dem Bewertungsprimat der Gesellschaftsmitglieder, wie sie für die „Offene Gesellschaft“ prägend sind¹⁴⁷, Rechnung getragen; nicht der Staat, sondern seine Bürger bestimmen eben, wieviel ihnen ein Gut wert ist.

Ein ausgeprägtes Zufallselement kommt auch durch den Umstand ins Spiel, daß der Preis der Güter grundsätzlich durch deren Knappheit bestimmt wird. Ein seltenes (und zugleich begehrtes) Gut sein eigen zu nennen, kann in der Tat ein reiner Glücksfall sein und braucht weder auf Verdienst noch Leistung zu beruhen. Für immaterielle Güter wie ein besonderes Talent ist indessen schon soeben aa) dargelegt worden, daß und warum ihre Früchte ihrem Inhaber unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten (jedenfalls teilweise) gebühren, für materielle Güter ist grundsätzlich an die Schutzwürdigkeit des Besitzstandes zu erinnern.¹⁴⁸ Außerdem gilt auch hier wieder, daß die Postulate der iustitia distributiva nicht schon deshalb per se verletzt sind, weil einzelne Marktteilnehmer Vorteile erlangen, ohne daß diese durch einen besonderen Grund legitimiert sind.

Bilden somit zufallsbedingte *Vorteile* nicht den eigentlichen Stein des Anstoßes – jedenfalls bei einer von Neid freien Sicht –, so stellt es unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit doch jedenfalls ein Ärgernis dar, daß der Zufall zu schweren *Nachteilen* für viele Marktteilnehmer führen kann. So bleiben Talent und Fleiß vergeblich, wenn man zu arm ist, um sie hinreichend entwickeln und einsetzen zu können. Hart erarbeitete Fähigkeiten und Leistungskapazitäten können, mitunter geradezu über Nacht, durch Naturkatastrophen, politische oder militärische Ereignisse, wirtschaftliche oder technische Veränderungen und dgl. entwertet

¹⁴⁶ Vgl. auch, wenngleich in der Formulierung zu weitgehend, Kriele (1963) S. 45.

¹⁴⁷ Vgl. schon oben bei und mit Fn. 134.

¹⁴⁸ Vgl. oben II 3 c bb.

werden. Der Markt „bestraft“ eben nicht nur den, der versagt, sondern allzu oft auch den, der einfach nur Pech gehabt hat. Das Gesamtbild ist somit auch unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit, ähnlich wie unter dem der Bedürfnisgerechtigkeit, nicht frei von Schatten.

d) Das Verhältnis zur Chancengerechtigkeit

aa) Auf die soeben thematisierten Defizite reagiert heute das Rechtsgefühl vieler Menschen mit dem Ruf nach Chancengerechtigkeit oder gar Chancengleichheit.¹⁴⁹ Demgemäß soll die Ungleichheit der natürlichen „Ausstattung“ der Menschen, also vor allem die Unterschiedlichkeit ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit, sowie die Ungleichheit ihrer ökonomischen „Ausstattung“, d.h. in erster Linie die Differenz der herkommensbedingten, insbesondere ererbten Mittel, mehr oder weniger weitgehend neutralisiert oder gar ausgeglichen werden. Darüber hinaus soll ein etwaiger Verlust der Erwerbsmöglichkeiten – z.B. durch Arbeitslosigkeit – möglichst rückgängig gemacht oder zumindest abgemildert werden.

Hierzu sind nun Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft in der Tat nur sehr eingeschränkt tauglich. Denn sie begünstigen ja im Gegenteil zunächst einmal denjenigen, der mit einer besseren „Ausstattung“ in den Wettbewerbsprozeß eintritt.¹⁵⁰ Außerdem führt die Marktwirtschaft wegen ihres Wettbewerbscharakters zwangsläufig zu starken Unterschieden in der Verteilung der Güter – weshalb Anhänger eines strikten Egalitarismus konsequenterweise wettbewerbs- und leistungsfeindlich eingestellt zu sein pflegen. Ungleichheiten in den Ergebnissen des Wirtschaftsprozesses aber können ihrerseits wiederum die Chancengerechtigkeit beeinträchtigen, weil sie häufig, wenngleich meist nur in indirekter und subtiler Weise, die Ausgangsposition für zukünftige Transaktionen beeinflussen – zum Nachteil der ohnehin schon „Schwächeren“ und zum Vorteil der „Stärkeren“.

¹⁴⁹ Das ist natürlich nicht dasselbe, doch kann auf die schwierige Frage der Abgrenzung hier nicht eingegangen werden; vgl. zu den Gefahren einer als Chancengleichheit mißverstandenen Chancengerechtigkeit eindrucksvoll von Hayek (1981) S. 119f.

¹⁵⁰ Das räumt auch von Hayek (1981) S. 119 ein.

Anlaß zu einer Fundamentalkritik an Vertragsfreiheit und Wettbewerbswirtschaft geben derartige Disparitäten der Chancenverteilung indessen nicht. Dem Staat stehen nämlich zur Verwirklichung distributiver Ziele bekanntlich noch andere Mittel als das private Vertragsrecht zur Verfügung, so daß in diesem Zusammenhang von vornherein die Möglichkeit zu Ergänzungen und Korrekturen auf Feldern wie dem Bildungs-, Sozial- und Steuerrecht mitzubersichtigen ist.

bb) Darüber hinaus gehört zu einem zutreffenden Gesamtbild, daß Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft – was heutzutage häufig übersehen, ja nicht selten aus ideologischen Gründen geradezu verdrängt oder verschwiegen wird! – ihrerseits einen ganz wesentlichen *Beitrag zur Förderung von Chancengerechtigkeit* und z. T. sogar von Chancengleichheit leisten. Sofern sie nämlich durch ausreichende rechtliche Vorkehrungen gegen Beschränkungen des Wettbewerbs und eine übermäßige Vermachtung von Märkten flankiert werden – worin wie dargelegt ohnehin eine unverzichtbare Voraussetzung für ihre Funktionsfähigkeit liegt –, erlauben sie den Teilnehmern am Wirtschaftsleben eine *Ausweitung ihrer Anteile am Markt*, ja u. U. überhaupt erst den *Zutritt zu diesem* und machen es ihnen dadurch möglich, mit anderen gleichzuziehen oder diese zu überholen, u. U. auch zu verdrängen – kurzum: ihre eigenen Chancen wahrzunehmen. Das gilt nicht nur für den *Vertrieb von Produkten* aller Art, sondern auch für den *Zugang zu begehrten Gütern* wie etwa Arbeitsplätzen und Mietwohnungen.

Diese beiden Beispiele sind derzeit von besonderer Aktualität und Brisanz. Die Einschränkungen von Vertragsfreiheit und Marktkräften haben nämlich in den Bereichen des deutschen Arbeits- und Wohnungsmietrechts inzwischen ein Ausmaß erreicht, welches nicht nur die kommutative Gerechtigkeit im Verhältnis zum jeweiligen Vertragspartner – dem Arbeitgeber bzw. Vermieter –, sondern außerdem auch die distributive (!) Gerechtigkeit im Verhältnis zu anderen Bewerbern um diese Güter auf das schwerste beeinträchtigt: Die Chancengerechtigkeit für diejenigen, die einen Arbeitsplatz oder eine Wohnung suchen und dafür entsprechende Opfer (materieller oder auch immaterieller Art) auf sich zu nehmen bereit sind, ist weitgehend zurückgedrängt worden zu-

gunsten der Besitzstandsgerechtigkeit für diejenigen, die „ihren“ Arbeitsplatz bzw. „ihre“ Mietwohnung haben.

Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft sind somit effiziente Mittel im Kampf gegen die Versteinierung von Privilegien und gegen die Verteidigung von partikularistischen Gruppeninteressen und -egoismen, so daß sie einer *universalistischen Moral* entsprechen¹⁵¹ und demgemäß eine überaus wichtige Rolle bei dem Bemühen um eine Verbesserung der Chancengerechtigkeit spielen. Historisch gesehen haben sie ja ohnehin ein wesentliches Verdienst an der Überwindung der feudalistischen Klassen-, Stände- und Zunftordnung¹⁵² und der mit dieser verbundenen fundamentalen Mißachtung der Chancengerechtigkeit. Daß auch heute noch in der universalistischen Moral offener Märkte eine außerordentliche Sprengkraft steckt, zeigt exemplarisch die aktuelle Debatte um die „Globalisierung“ der Wirtschaft. Denn dabei geht es u.a. um den Konflikt zwischen der Wahrung der Besitzstände von Arbeitnehmern in Hochlohnländern einerseits und der Möglichkeit zur Ausnutzung von Chancen der Arbeitnehmer in Niedriglohnländern andererseits; daß letztere die Postulate einer universalistischen Moral, die am Ziel der Chancengerechtigkeit für *alle* Menschen unabhängig von nationaler Zugehörigkeit, Wohnsitz usw. orientiert ist, auf ihrer Seite haben, ist ebenso offenkundig wie es umgekehrt nicht von der Hand zu weisen ist, daß die Forderungen nach dem Schutz wohlervorbener Besitzstände einen berechtigten Kern haben, insbesondere soweit es um die Gefahr eines „Sozialdumping“ geht.

cc) Mittelbar fördern Markt- und Wettbewerbswirtschaft die Chancengerechtigkeit außerdem dadurch, daß sie starke *egalitaristische Effekte* hervorbringen. Das liegt vor allem an der Effizienz der Marktwirtschaft¹⁵³; denn diese bringt zwar leider keineswegs „Wohlstand für alle“, aber doch immerhin für breite Kreise hervor und macht überdies eine außerordentlich große Gütermasse

¹⁵¹ So z.B. auch C. C. von Weizsäcker (1988) S. 45 f.; der Sache nach ähnlich Rawls (1975) S. 306, der zutreffend hervorhebt, daß „ein gewichtiger Vorteil des Marktsystems seine Verträglichkeit mit den gleichen Freiheiten für alle und der fairen Chancengleichheit ist, falls die nötigen Rahmeninstitutionen vorhanden sind.“

¹⁵² Dazu immer noch höchst lesenswert F. Böhm (1966) S. 75 ff.

¹⁵³ Treffend dazu z.B. Zacher (1981) S. 725.

verfügbar, welche eine weitreichende „Umverteilung“ – sei es durch staatliche Maßnahmen oder durch Tarifpolitik – ermöglicht, und das meist auch noch ohne Einschnitte in bestehende Besitzstände.

Egalitaristische Auswirkungen haben ferner das Expansionsstreben der Anbieter und die preisoptimierende Tendenz des Wettbewerbs. Daß ein Produkt vom Luxusartikel zur Massenware wird, ist ein satksam bekannter Vorgang, für den es zahllose Beispiele gibt – vom Auto bis zum Computer, vom Photoapparat bis zum Videorecorder. Oder man denke an den modernen Massentourismus: Während Reisen in ferne Länder noch zu Beginn dieses Jahrhunderts, ja wohl sogar bis zu dessen Mitte im wesentlichen einer kleinen Oberklasse vorbehalten waren, liegen sie heute in der Reichweite breiter Bevölkerungsschichten. So wird durch Markt und Wettbewerb häufig zur Möglichkeit für viele, was einst Privileg für wenige war.

Allerdings darf man die Tendenz von Markt und Wettbewerb zur Angleichung der Chancen auch nicht überschätzen: Daß *jeder* „den Marschallsstab im Tornister“ hat oder es „vom Tellerwäscher zum Millionär“ bringen kann, stellt denn doch eine Übertreibung dar, für deren ideologischen Einschlag man ein waches Ohr behalten sollte.

4. Fazit

Blickt man zusammenfassend zurück, so bestätigt sich für das heutige deutsche Vertragsrecht, was sich schon bei der Skizzierung des rechtsphilosophischen Hintergrunds abgezeichnet hat: Dessen prägende Gerechtigkeitsform ist in der Tat, ganz der Einsicht von *Aristoteles* entsprechend, die iustitia commutativa und nicht die iustitia distributiva. Während nämlich ersterer durch ein System, das auf Vertragsfreiheit, Marktwirtschaft und Wettbewerb beruht, grundsätzlich weitgehend Genüge getan werden kann – und zwar vor allem mit den Mitteln der „prozeduralen“ Gerechtigkeit¹⁵⁴ –, wird letztere durch eine solche Vertragsrechtsordnung zwangsläufig

¹⁵⁴ Vgl. oben IV 2.

fig nur partiell und mittelbar verwirklicht.¹⁵⁵ Denn dieses System vermag die Befriedigung der objektiven Grundbedürfnisse der Menschen nicht vollständig zu gewährleisten¹⁵⁶; es benachteiligt ohne zureichenden Grund Personen, deren Leistungsfähigkeit ohne ihr Verschulden gering ist oder die aus sonstigen Gründen Pech gehabt haben¹⁵⁷; und es beeinträchtigt auch die Chancengerechtigkeit, indem es diejenigen zurücksetzt, die mit einer schlechteren „Ausstattung“ – sei es an Talenten oder sei es an ökonomischen Ressourcen – in den Austausch- und Wettbewerbsprozeß eintreten, und indem es zu großer Ungleichheit bei der Verteilung der Güter führt.¹⁵⁸

Andererseits hat sich gezeigt, daß eine solche Vertrags- und Wirtschaftsordnung mittelbar auch die Erreichung distributiver Ziele in hohem Maße fördert. So ist sie optimal geeignet zur Wahrung der Besitzstandsgerechtigkeit und zur Befriedigung der subjektiven Bedürfnisse¹⁵⁹; die Befriedigung der objektiven Grundbedürfnisse erleichtert sie immerhin wesentlich¹⁶⁰; sowohl ihrer Grundtendenz als auch ihren faktischen Auswirkungen nach prämiiert sie Leistungen, die von anderen Menschen als nützlich angesehen werden, und sanktioniert unerwünschte Fehlleistungen¹⁶¹; sogar für die Verwirklichung der Chancengerechtigkeit erbringt sie einen überaus wichtigen Beitrag, weil sie auf einer universalistischen Moral beruht und demgemäß den Abbau von Diskriminierungen bzw. Privilegierungen fördert und weil sie überdies z. T. ausgeprägt egalitaristische Effekte hervorbringt.¹⁶²

¹⁵⁵ Optimistischer insoweit *Fikentscher* (1983) § 1 I 8, nach dessen Ansicht „der Markt grundsätzlich das sozialste Instrument der Güterverteilung ist“. Man sollte Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft indessen nicht durch Gerechtigkeitserwartungen überstrapazieren, denen sie letztlich nicht voll Genüge tun können; demgemäß ist m. E. vom Primat der Vertragsfreiheit auszugehen und zu betonen, daß die Vertragsfreiheit vor allem um der Freiheit, nicht um der Gerechtigkeit willen gewährleistet wird, vgl. *Canaris* (1993) S. 886 f.

¹⁵⁶ Vgl. IV 3 b bb.

¹⁵⁷ Vgl. IV 3 c bb.

¹⁵⁸ Vgl. IV 3 d aa.

¹⁵⁹ Vgl. IV 3 a und b aa.

¹⁶⁰ Vgl. IV 3 b bb.

¹⁶¹ Vgl. IV 3 c bb.

¹⁶² Vgl. IV 3 d bb und cc.

Insgesamt verstößt somit eine Rechtsordnung, die Vertragsfreiheit, Marktwirtschaft und Wettbewerb zu zentralen Leitprinzipien erhebt, als solche, d.h. aufs Ganze gesehen, mitnichten gegen die Gebote der iustitia distributiva. Das ist unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten ein durchaus erfreuliches Fazit. Zum einen ist nämlich schon viel gewonnen, wenn wenigstens grobe Ungerechtigkeit vermieden werden kann; ohnehin sollte man m.E. die Gerechtigkeitsfrage grundsätzlich *negativ* stellen und sich demgemäß weitgehend mit der *Verhinderung klarer Ungerechtigkeiten* begnügen, statt *positiv* geradezu die *Gewährleistung von Gerechtigkeit* zu fordern.¹⁶³ Und zum zweiten verfügt die Rechtsordnung ja keineswegs nur über den Vertrag als Instrument zur Verwirklichung ihrer Ziele, sondern kann die Erfüllung von distributiven Postulaten auf vielen anderen Wegen anstreben – vor allem mit den Mitteln des Bildungs-, Sozial- und Steuerrechts.

Zu einer Überfrachtung oder gar Verformung des Vertragsrechts unter Gesichtspunkten der Verteilungsgerechtigkeit und zu einer dadurch bedingten Hintansetzung der Austauschgerechtigkeit besteht demgemäß grundsätzlich von vornherein kein Anlaß. Andererseits bedeutet das aber auch nicht ohne weiteres, daß das private Vertragsrecht sich auf die herausgearbeitete *mittelbare* Förderung der iustitia distributiva strikt zu beschränken hat und nicht darüber hinaus auch *unmittelbar* in deren Dienst gestellt werden darf.

¹⁶³ Vgl. näher *Canaris* (1993) S. 883 f.

V. Normen des privaten Vertragsrechts als Mittel zur Verwirklichung distributiver Zwecke

Damit bin ich bei dem dritten der oben¹⁶⁴ genannten Problemfelder angelangt, das im übrigen schon in meinem Eingangsbeispiel zu Tage getreten ist: der Frage, ob der Staat auch das private Vertragsrecht *unmittelbar* für die Verwirklichung von Postulaten der *iustitia distributiva* einsetzen und demgemäß dessen *Normen* entsprechend ausgestalten soll und darf, d.h. ob er dazu unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten hinreichend legitimiert ist.¹⁶⁵ Wiederum ergibt sich ein sehr differenziertes Bild.

1. Repräsentative Beispiele für die Verwirklichung distributiver Ziele im heutigen Vertragsrecht

Zunächst sei ein positivrechtlicher Befund erhoben und anhand einiger Beispiele dargelegt, daß und wie das heutige Vertragsrecht als Mittel für die Verwirklichung distributiver Ziele verwendet wird.

a) Der arbeitsrechtliche Mutterschutz

aa) Daß es sich beim Mutterschutz in der Tat, wie eingangs bereits intuitiv vermutet, um ein *Problem der iustitia distributiva* handelt, läßt sich nunmehr klar bestätigen. Es geht nämlich, um das aristotelische Abgrenzungskriterium (in seiner heutigen Interpretation) wieder aufzugreifen, nicht um Gerechtigkeit *ohne*, sondern um Gerechtigkeit *in* Ansehung der Person¹⁶⁶; denn es wird an

¹⁶⁴ Vgl. II 5 b.

¹⁶⁵ Eine andere Frage ist, ob sich der Einsatz privatrechtsrechtlicher Normen zu Umverteilungszwecken unter dem Gesichtspunkt der *Effizienz* empfiehlt, vgl. dazu zuletzt eingehend Eidenmüller Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 273 ff., 295 ff. m. umf. Nachw.

¹⁶⁶ Vgl. dazu oben II 1 b.

Merkmale in der Person der Arbeitnehmerin angeknüpft – und zwar sogar in doppelter Hinsicht, da es sowohl auf deren Eigenschaft als Frau als auch auf das Vorliegen der Mutterschaft ankommt. Die einschlägigen Gerechtigkeitsmaximen¹⁶⁷ sind ebenfalls typisch distributiver Art, wird doch zum einen Chancengerechtigkeit angestrebt, weil die Benachteiligung von Frauen verhindert werden soll, wie aus der eingangs referierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs unmißverständlich deutlich wird, und zum anderen Bedürfnisgerechtigkeit, weil dem besonderen Bedarf von Müttern vor und kurz nach der Entbindung Rechnung getragen werden soll.

bb) Dieses Ergebnis wird bestätigt und bekräftigt, wenn man die *Gegenprobe* macht und prüft, ob sich die mutterschutzrechtlichen Privilegien aus dem *Gedanken der iustitia commutativa* legitimieren lassen. Das ist klar zu verneinen.¹⁶⁸ Sieht man nämlich von der Person der Arbeitnehmerin gänzlich ab und berücksichtigt man demgemäß allein ihre Leistung¹⁶⁹, so kann man auch bei extensivster Interpretation des Austauschgedankens nicht sagen, daß die arbeitsrechtlichen Vorteile, die Frauen im Umfeld der Geburt eines Kindes genießen, sich noch als Teil der vom Arbeitgeber „gerechterweise“ zu erbringenden Gegenleistung verstehen lassen.¹⁷⁰ Denn zum einen stellt die Mutterschaft ein Ereignis dar, das allein im persönlichen Lebens- und Entscheidungsbereich der Frau liegt, so daß es nach dem „Sphärengedanken“ allein ihr und in keiner Weise dem Arbeitgeber zuzurechnen ist; und zum anderen sind die Vorteile – vor allem der absolute Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG und die Pflicht zur Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber nach §§ 11, 14 MuSchG – so massiv, daß sie keinesfalls als bloße Konkretisierungen der dem Arbeitsverhältnis immanenten Fürsorge- oder Treubindung angesehen werden können. Demgemäß stellt es grundsätzlich keine genuine Aufgabe des Arbeitgebers, sondern eine solche der Allgemeinheit dar, für den

¹⁶⁷ Vgl. dazu oben II 3 b.

¹⁶⁸ Ebenso i. E. z. B. Zöllner JuS 1988, 335; ihm folgend M. Fuchs Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, S. 232.

¹⁶⁹ Vgl. zu dieser Sichtweise oben II 1 b a. E. = S. 10 f.

¹⁷⁰ Vgl. zu diesem Ansatz näher oben II 1 c aa.

Schutz von Müttern zu sorgen. Von diesem Standpunkt geht auch das Grundgesetz aus, da es in Art. 6 IV GG heißt: „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der *Gemeinschaft*“.¹⁷¹

Zu kurz griffe demgegenüber die Argumentation, daß der Mutterschutz schon allein deshalb in Gegensatz zur *iustitia commutativa* stehe, weil er eine *Durchbrechung des Grundsatzes* „Ohne Arbeit kein Lohn“ darstellt. So simpel darf man das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht sehen. Das läßt sich an vielen anderen Fällen zeigen, in denen eine Vertragspartei ihre Leistung erbringen muß, ohne die Gegenleistung zu erhalten, und ist oben¹⁷² am Beispiel von § 446 BGB verdeutlicht worden.

b) Das Recht zur Leugnung einer Vorstrafe gemäß § 53 BZRG

Das Eingangsbeispiel irritiert das Rechtsgefühl u.a. deshalb in besonderem Maße, weil die Schwangere gelogen und sich dadurch die Vorteile des Mutterschutzes erschlichen hatte. Indessen ist dem geltenden Recht die Befugnis zu lügen auch sonst nicht unbekannt. Paradigmatisch ist die Regelung des § 53 BZRG, wonach sich ein Vorbestrafter unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere nach Ablauf bestimmter Fristen „als unbestraft bezeichnen darf und den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren braucht“. Demgemäß kann es z.B. einem Arbeitgeber widerfahren, daß er einen Kassierer einstellt, der früher einmal eine Untreue oder Unterschlagung begangen hat, oder dem Inhaber eines Mietshauses, daß er eine Wohnung an einen notorischen Raufbold vermietet.

Es liegt auf der Hand, daß auch hier das private Vertragsrecht in den Dienst distributiver Ziele gestellt wird.¹⁷³ Wiederum wird

¹⁷¹ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bedeutet das allerdings nicht, daß immer der Staat selbst diese Aufgabe erfüllen muß, sondern läßt die Möglichkeit offen, ihre Wahrnehmung Privatrechtssubjekten zu übertragen, vgl. BVerfGE 37, 121, 126 und dazu unten V 3b aa.

¹⁷² Vgl. IV 2b bb = S. 54f.

¹⁷³ Vgl. auch BVerfGE 84, 192, 195f., wo eine generelle Pflicht eines Wohnungsuchenden, der wegen Geistesschwäche entmündigt war, zur Aufdeckung der Entmündigung gegenüber dem (nachmaligen) Vermieter verneint wird, weil sie „die Gefahr der sozialen Abstempelung in sich birgt und die am Sozialstaatsprinzip orien-

nämlich entscheidend auf Merkmale in der Person des Begünstigten abgestellt; wiederum geht es um eine spezifisch distributive Form der Gerechtigkeit, da der Zweck von § 53 BZRG in der Erleichterung der Resozialisierung des Täters und damit in der Verwirklichung von Chancengerechtigkeit besteht; und wiederum ist es keinesfalls eine genuine Aufgabe der betroffenen Privatrechtssubjekte – d.h. des Arbeitgebers, Vermieters usw. –, sondern eine solche der Gemeinschaft, für die Erreichung des angestrebten Ziels Sorge zu tragen.

c) Die Entgeltfortzahlung an kranke Arbeitnehmer

Als drittes Beispiel sei die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etwas näher beleuchtet, da daran zusätzliche Aspekte der – ziemlich komplexen – Problematik deutlich werden. Nach § 3 EFZG hat der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der unverschuldetermaßen infolge von Krankheit seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, das Entgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen fortzuentrichten. Diese Verpflichtung trifft den Arbeitgeber grundsätzlich beliebig oft, sofern die Arbeitsunfähigkeit auf unterschiedlichen Krankheiten beruht, und auch bei derselben Krankheit nach Maßgabe der Regelung von § 3 I 2 EFZG u. U. mehrere Male.

aa) Bei dieser Durchbrechung des Grundsatzes „Ohne Arbeit kein Lohn“ drängt sich ebenfalls die Annahme auf, daß es sich um eine Ausprägung der iustitia distributiva handelt. Es liegt nämlich sehr nahe, ebenso wie im Falle des Mutterschutzes zu argumentieren. Denn zum einen bildet die Erkrankung ein Merkmal in der Person des Arbeitnehmers und ein Ereignis, das grundsätzlich – d.h. abgesehen von den berufsbedingten Krankheiten – allein in seinen persönlichen Lebensbereich, also in seine „Sphäre“ fällt; und zum anderen ist das Ziel von § 3 EFZG typisch distributiver

tierten Hilfsmaßnahmen zur sozialen Wiedereingliederung erschweren kann“ und es dem Entmündigten bei einer generellen Offenbarungspflicht „nahezu unmöglich gemacht würde, Wohnraum zu mieten“; die dogmatische Grundlage für seine Ansicht sieht das Bundesverfassungsgericht primär in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG, doch klingt in der Bezugnahme auf das Sozialstaatsprinzip unüberhörbar der distributive Aspekt an.

Art, weil es um die Verwirklichung von Bedürfnisgerechtigkeit geht.

Daß der Bedarf dabei – ebenso wie übrigens bei den Zahlungsansprüchen im Rahmen des Mutterschutzes – nicht einzelfallbezogen festgestellt, sondern nach dem bisherigen Entgelt bemessen wird, steht der Einordnung in den Bereich der *iustitia distributiva* nicht entgegen. Es erklärt sich vielmehr daraus, daß die Höhe des Arbeitsentgelts i. d. R. von wesentlichem Einfluß auf die Lebensführung des Arbeitnehmers und seinen Lebensstandard ist, dessen Schutz sich – ähnlich wie z. B. im Rahmen der Sozialversicherung – unter dem Aspekt der Besitzstandsgerechtigkeit durchaus zu den Postulaten der „sozialen“ Gerechtigkeit rechnen läßt.¹⁷⁴ Auch daß der Arbeitnehmer nur bei einer „unverschuldeten“ Krankheit einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat, weist keineswegs in die Richtung der *iustitia commutativa* – etwa unter dem Gesichtspunkt, daß er die Leistungsstörung dann selbst „zu vertreten“ hat i. S. von § 324 BGB; denn die Berücksichtigung des Eigenverschuldens ist ein typisches Element der Bedürfnisgerechtigkeit¹⁷⁵ – weshalb es ganz folgerichtig ist, daß Verschulden i. S. von § 3 EFZG anerkanntermaßen nicht nach Maßgabe von § 276 BGB zu verstehen, sondern eigenständig aus dem sozialen Schutzzweck von § 3 EFZG zu interpretieren ist.¹⁷⁶

bb) Damit ist allerdings noch nicht abschließend entschieden, daß die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wirklich als Beispiel der *iustitia distributiva* zu qualifizieren ist. Man könnte nämlich einwenden, daß jeder Arbeitnehmer aller Wahrscheinlichkeit nach immer mal wieder krank wird und daß der Arbeitgeber demgemäß gewisse krankheitsbedingte Ausfallzeiten von vornherein einkalkulieren müsse und das Dienstleistungsversprechen redlicher und vernünftiger Weise nicht dahin verstehen dürfe, der Arbeitnehmer werde ohne jede krankheitsbedingte Unterbrechung für ihn tätig sein. Das ist auch und gerade deshalb ein triftiges Argument, weil der Arbeitsvertrag – anders als der Werkvertrag – tätigkeits- und nicht erfolgsbezogen ist und – anders als der „freie“ Dienstvertrag

¹⁷⁴ Vgl. dazu treffend Zacher (1990) S. 84.

¹⁷⁵ So mit Recht P. Koller (1984) S. 114.

¹⁷⁶ Vgl. nur Zöllner/Loritz (1992) § 18 II 2 c.

– eine unselbständige bzw. abhängige Tätigkeit des Dienstverpflichteten zum Gegenstand hat. Denn da dadurch der Nutzen aus der Tätigkeit des Arbeitnehmers voll und allein dem Arbeitgeber zugute kommt – etwa wenn jener überdurchschnittlich schnell, qualitativ usw. arbeitet –, bleibt es durchaus noch im Rahmen des Äquivalenzprinzips und damit der iustitia commutativa, wenn der Arbeitgeber auch gewisse korrespondierende Risiken zu tragen hat und nicht bei jeder Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung nur deshalb von seiner Entgeltzahlungspflicht frei wird, weil die Ursache in dessen Person oder Sphäre liegt.

In diese Richtung weist in der Tat die Regelung des § 616 S. 1 BGB, wonach „der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig wird, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird“. Damit läßt sich indessen die Entgeltfortzahlungspflicht nach § 3 EFZG nicht auf eine Stufe stellen, auch wenn sie sich gesetzgebungsgeschichtlich z.T. in Anlehnung an diese Vorschrift entwickelt hat. Das gilt schon deshalb, weil § 3 EFZG die Pflicht zur Entgeltfortzahlung generell und ohne jede Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles für sechs Wochen anordnet. Dieser Zeitraum kann zwar mitunter als „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ anzusehen sein, doch hängt das von den Umständen – vor allem der Länge der Beschäftigung des Arbeitnehmers, aber z.B. auch von der Art seiner Tätigkeit, der Größe des Betriebs und dgl. – ab und wird meist zu verneinen sein.¹⁷⁷ Es kommt hinzu, daß § 616 S. 1 BGB abdingbar ist, wie sich u.a. aus dem Umkehrschluß zu § 619 BGB ergibt, § 3 EFZG dagegen gemäß § 12 EFZG zwingenden Charakter hat.

Ein weiterer, im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtiger Unterschied zwischen den beiden Vorschriften besteht schließlich darin, daß der Dienstverpflichtete sich nach § 616 S. 2 BGB „den Betrag anrechnen lassen muß, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt“, wo-

¹⁷⁷ Ähnlich z.B. Zöllner AcP 176 (1976) 241 und NJW 1990, 5; Staudinger/Oetker 12. Aufl. 1993, § 616 Rdn. 138.

hingegen im Falle von § 3 EFZG genau umgekehrt gemäß § 49 I Nr. 1 SGB V der Anspruch auf Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung ruht. Die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber entlastet somit weitgehend die gesetzliche Krankenversicherung. Historisch gesehen ist das sogar geradezu der primäre Sinn der gesetzlichen Regelung in ihrer heutigen Ausgestaltung¹⁷⁸, d.h. vor allem ihres zwingenden Charakters und der Unanwendbarkeit der Anrechnungsklausel von § 616 S. 2 BGB. Auch funktionell kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, daß die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall weitgehend die gleichen Aufgaben wie eine Krankengeldversicherung erfüllt¹⁷⁹, mag sie auch rechtstechnisch und dogmatisch in das Gewand einer vertraglichen Entgeltpflicht gekleidet sein.¹⁸⁰

Insgesamt sprengt die Regelung des § 3 EFZG somit den Rahmen des Äquivalenzprinzips und der iustitia commutativa bei weitem und dient in der Tat ganz überwiegend der Verwirklichung distributiver Zwecke – ähnlich wie die gesetzlichen Beitragspflichten zur Sozialversicherung.

cc) Dagegen läßt sich § 616 BGB, wie bereits angedeutet, noch mit dem Gedanken der Austauschgerechtigkeit in Einklang bringen, weil gewisse kurzfristige Unterbrechungen der Tätigkeit geradezu in der „Natur der Sache“ liegen und das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung nicht ernsthaft stören. Das gilt umso mehr, als sich die Gebote von Treu und Glauben bei Dienst- und vor allem bei Arbeitsverträgen zu besonderer Intensität verdichten und Rücksichtnahme auch auf die persönlichen Belange des anderen Teils fordern – was nicht unzutreffend, wenngleich etwas zu paternalistisch auch heute noch oft mit dem Gedanken der Treu- und Fürsorgepflicht gekennzeichnet wird.

Daß § 616 BGB auf einen „in der Person“ des Dienstverpflichteten liegenden Verhinderungsgrund abstellt, darf demgemäß nicht etwa als Indiz für ein distributives Element verstanden werden.

¹⁷⁸ Vgl. eingehend MünchArbR/Schulin, 1992, § 80 Rdn. 5, 22 und 24.

¹⁷⁹ Vgl. Denck RdA 1980, 252; Staudinger/Oetker aaO § 616 Rdn. 137; ähnlich auch E. Lorenz SAE 1983, 97.

¹⁸⁰ Vgl. dazu z. B. Staudinger/Oetker aaO § 616 Rdn. 142; Schulin aaO § 80 Rdn. 32 ff.

Dieses Kriterium hat hier vielmehr im Gegenteil eine eingrenzende Funktion *zugunsten des Dienstgebers*, indem es gewährleistet, daß die Störung sich auf einen einzelnen Dienstnehmer beschränkt und nicht – wie z.B. der Ausfall der öffentlichen Verkehrsmittel und dgl. – größere Teile der Belegschaft betrifft und damit zu wesentlich gravierenderen Folgen für den Dienstgeber führt.¹⁸¹

d) Weitere Beispiele

Die Beispiele für distributive Elemente im heutigen Vertragsrecht lassen sich leicht vermehren. So gehört in diesen Zusammenhang etwa der *Schutz von Schwerbehinderten*, insbesondere die Pflicht zu deren Einstellung gemäß § 5 SchwbG. Dadurch soll aus sozialen Gründen die Eingliederung der betreffenden Personen in den Arbeitsprozeß ermöglicht werden, um ihre Persönlichkeit zu schützen und u.U. auch ihre gesundheitliche Rehabilitation zu fördern.

Ein anderes Beispiel bildet der *Mieterschutz*. Die zahlreichen gesetzlichen Einschränkungen der Vertrags- und Kündigungsfreiheit auf diesem Gebiet führen z.T. zu massiven Umverteilungswirkungen, die nicht nur unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern auch unter Gerechtigkeitsaspekten überaus fragwürdig sind. Ich kann darauf jedoch nicht eingehen, da das auf einen eigenen Vortrag hinausliefe.

2. Kriterien der Belastungsgerechtigkeit und Aspekte der „Natur der Sache“

Bisher ging es lediglich um eine Bestandsaufnahme, die an Hand einiger Beispiele zeigen sollte, daß das heutige deutsche Vertragsrecht in der Tat nicht selten zu distributiven Zwecken eingesetzt wird. Nunmehr gilt es, die *Gerechtigkeitsfrage* zu stellen und demgemäß zu prüfen, ob und warum sich diese Inpflichtnahme von Privatpersonen unter spezifischen Gerechtigkeitsgesichtspunkten legitimieren läßt – wobei zweckmäßigerweise wieder dieselben Beispiele als Anschauungsmaterial dienen werden.

¹⁸¹ So mit Recht z. B. Zöllner/Loritz (1992) § 18 II 3 a.

a) *Die Gefahr einer rein zufallsbedingten Belastung und die „richtige“ Auswahl des Belasteten als Grundprobleme*

aa) Jede Belastung von Privatpersonen mit distributiven Aufgaben ist von vornherein dem Bedenken ausgesetzt, daß sie häufig rein zufallsbedingt erfolgt. Das veranschaulicht wiederum das Eingangsbeispiel trefflich: Der Arbeitgeber, bei dem sich eine Schwangere bewirbt, hat ganz einfach „Pech gehabt“! Wenn die Rechtsordnung aber Lasten auf die Bürger nach dem Zufallsprinzip verteilt, verletzt sie diesen gegenüber grundsätzlich die Gebote der Gerechtigkeit; denn Zufallsbelastung stellt i. d. R. Willkür dar, und diese ist ihrerseits bekanntlich geradezu das Paradigma von Ungerechtigkeit. Dabei geht es nicht nur, wie bereits dargelegt, um einen Verstoß gegen das Prinzip der iustitia commutativa, sondern auch um die Gefahr einer Verletzung der iustitia distributiva, da zu deren wichtigsten Ausprägungen die Belastungsgerechtigkeit gehört.¹⁸²

Dagegen läßt sich nicht einwenden, es handele sich um ein Scheinproblem, weil das Eingangsbeispiel von den Gerichten falsch entschieden worden sei und die Schwierigkeiten demgemäß bei korrekter Entscheidung entfallen würden. Daß dem nicht so ist, belegt schon der Hinweis auf die Regelung des § 53 BZRG, die einem Vorbestraften, wie soeben 1b dargelegt, unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls ein „Recht zur Lüge“ gibt und dessen Vertragspartner also dem Risiko aussetzt, zufällig an eine Partei zu geraten, mit der er bei wahrheitsgemäßer Beantwortung seiner Frage nicht kontrahiert hätte. Es liegt insoweit nicht wesentlich anders als im Fall der lügenden Schwangeren, auch wenn dieser wegen der – alsbald freilich noch zu überprüfenden¹⁸³ – Pflicht zur Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung eine zusätzliche, besonders dramatische Dimension aufweist.

bb) Das Beispiel des Mutterschutzes bringt darüber hinaus noch ein weiteres Problem in den Blick. Auch wenn die Schwangere vor der Einstellung nicht wissentlich die Unwahrheit gesagt hat, ja sogar, wenn sie erst später schwanger geworden ist, stellt es nämlich alles andere als eine Selbstverständlichkeit dar, daß gerade der

¹⁸² Vgl. oben II 3c aa.

¹⁸³ Vgl. unten V 3a bb.

Arbeitgeber die mit dem gesetzlichen Mutterschutz verbundenen Lasten tragen muß. Das gilt schon deshalb, weil auch in solchen Fällen in gewissem, wenngleich weitaus schwächerem Maße der Zufallsfaktor relevant bleibt; denn aus der Sicht des Arbeitgebers ist es nach wie vor weitgehend „Pech“, daß gerade seine Arbeitnehmerin schwanger ist oder wird, mag das auch prinzipiell vorhersehbar sein.

Weitaus gewichtiger ist indessen insoweit die kritische Frage, ob es gerecht ist, ausgerechnet dem betroffenen Arbeitgeber einen großen Teil der mutterschutzrechtlichen Belastungen aufzubürden oder ob nicht vielmehr deren Übernahme durch einen anderen Kostenträger wesentlich näher liegt. Das gilt vor allem für die Pflicht zur Entgeltfortzahlung nach §§ 11, 14 MuSchG, die dem Arbeitgeber unter Durchbrechung des Grundsatzes „Ohne Arbeit kein Lohn“ und des Äquivalenzprinzips¹⁸⁴ schwere finanzielle Nachteile auferlegt. Ist nicht der Staat, also letztlich der Steuerzahler oder zumindest die Solidargemeinschaft der Sozialversicherung wesentlich „näher daran“ als der einzelne Arbeitgeber, diese Lasten zu übernehmen? Diese Frage stellt sich umso dringlicher, als es nach Art. 6 IV GG „die Gemeinschaft“ ist, die der Mutter Schutz und Fürsorge zu gewähren hat.

cc) Rechtsphilosophisch gesehen geht es bei beiden Problemfeldern um Fragen der *Belastungsgerechtigkeit*. Es werden nämlich einzelnen Personen Lasten aufgebürdet, von denen andere verschont bleiben oder die diese doch zumindest nicht im selben Ausmaß zu tragen haben. Demgemäß bedarf es unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten einer besonderen Legitimation sowohl dafür, daß gerade bezüglich der betreffenden Problematik eine rein zufallsbedingte Belastung in Kauf genommen wird, als auch dafür, daß die „richtige“ Person in die Pflicht genommen wird und nicht vielmehr eine andere Art der Aufgabenverteilung unter distributiven Gesichtspunkten den Vorzug verdient.

b) Erhaltung und Erlangung eines vertragsrechtlichen „Status“

Vor dem Hintergrund der erörterten Beispiele drängt sich eine *grundlegende Unterscheidung* auf: Es ist offenkundig von wesentlicher

¹⁸⁴ Vgl. dazu oben V 1 a bb.

Bedeutung, ob das distributive Ziel darin liegt, einer Person eine bestimmte vertragliche Rechtsstellung als solche – hier abkürzend als „Status“ bezeichnet – zu erhalten bzw. zu verschaffen, oder ob es lediglich darum geht, eine Entgeltspflicht oder eine andere rein finanzielle Last dem „richtigen“ Verpflichteten aufzuerlegen.

aa) Arbeitnehmerinnen vor und nach der Entbindung vor einem Verlust ihres Arbeitsplatzes zu schützen, ist offenkundig gar nicht anders möglich als durch ein *Kündigungsverbot* (wobei dieses freilich nicht unbedingt so weit reichen müßte wie nach § 9 MuSchG). Daß diese Belastung den Arbeitgeber trifft, ist also unvermeidlich, sofern man der Mutter diesen Schutz angedeihen lassen will – und das ist in der Tat ein elementares, wenngleich hier nicht näher zu begründendes Postulat des *iustitia distributiva* in ihrem heutigen, stark sozialstaatlich geprägten Verständnis.

bb) Ganz ähnlich liegt es in bestimmten Fällen des *Kontrahierungszwangs*. Wie soll z.B. die – ebenfalls distributive¹⁸⁵ – Aufgabe, Schwerbehinderte in das Arbeits- und Wirtschaftsleben zu integrieren, anders gelöst werden als durch eine Pflicht der Arbeitgeber zu deren Einstellung, wie sie in der Tat in § 5 SchwbG grundsätzlich vorgesehen ist?! Dem Umstand, daß eine solche je nach der Art des Betriebs und den sonstigen Umständen des Falles oft auf kaum überwindbare praktische Hindernisse stößt, hat der Gesetzgeber in § 11 SchwbG durch die Pflicht zu einer Ausgleichsabgabe in Geld (die im übrigen zugleich einen Anreiz für die Erfüllung der Einstellungspflicht schaffen kann) angemessen Rechnung getragen.¹⁸⁶

Im übrigen ist das vorliegende Beispiel auch deshalb interessant, weil es zeigt, daß die Verwirklichung distributiver Ziele mit Hilfe des Vertragsrechts nicht notwendigerweise *immer* zu einer rein zufallsbedingten Belastung der anderen Partei führt. Das schwächt die Überzeugungskraft dieses Arguments zwar insofern ab, als sich daraus kein *genereller* Einwand gegen ein derartiges Regelungsmodell herleiten läßt, doch wird es keinesfalls gänzlich entkräftet, da es in einer Reihe anderer Fälle uneingeschränkt seine Relevanz behält.

¹⁸⁵ Vgl. oben V 1 d.

¹⁸⁶ Das ist verfassungsrechtlich unbedenklich, vgl. BVerfGE 57, 139, 170.

cc) Mit einem Kontrahierungszwang eng verwandt sind *Frageverbote*, wie sie sich z.B. aus § 53 BZRG unter bestimmten Voraussetzungen in bezug auf Vorstrafen¹⁸⁷ und nach der – im Eingangsbeispiel zum Ausdruck kommenden – Ansicht des Bundesarbeitsgerichts aus § 611a BGB in bezug auf die Schwangerschaft ergeben; denn im praktischen Ergebnis gelangt man auch auf diese Weise zu einem Kontrahierungszwang. In der Tat liegt es hier hinsichtlich der Erreichung der distributiven Ziele ganz ähnlich wie im Schwerbehindertenbeispiel. Wiederum ist nämlich kein anderer Ausweg ersichtlich als die Belastung eines einzelnen Privatrechtssubjekts mit dem Nachteil, der für dieses in dem Vertragsschluß mit der geschützten Person liegen kann.

Die Problematik ist hier allerdings in mehrfacher Hinsicht heikler als im Schwerbehindertenfall. Das gilt zunächst deshalb, weil hier der höchst unerfreuliche Umstand, daß die Belastung für den Betroffenen rein zufallsbedingt eintritt, voll durchschlägt. Hinzu kommt die noch unerfreulichere Tatsache, daß der Vertragsschluß auf einer Lüge (oder dem Verschweigen eines „eigentlich“ offenbarungspflichtigen Umstands) beruht. Indessen steht dem Straftäter bzw. der Schwangeren gar kein anderer Ausweg zu Gebote, wenn die Frage unzulässig ist. Tatbestandlich bleibt die Lüge dann zwar immer noch eine solche, doch stellt sie sich als Akt der Notwehr gegenüber der unzulässigen Frage dar¹⁸⁸ und ist demnach gerechtfertigt, so daß sie, wie das Bundesarbeitsgericht folgerichtig angenommen hat, nicht als Grundlage für eine Anfechtung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB in Betracht kommt.¹⁸⁹

dd) Von rechtsphilosophischem Interesse ist bei diesem Problemfeld zunächst, daß es ein geradezu schlagendes Beispiel für die rechtliche *Relevanz der „Natur der Sache“* darstellt.¹⁹⁰ Die im Vor-

¹⁸⁷ Vgl. dazu oben V 1 b.

¹⁸⁸ Der Gedanke ist alt und findet sich in sehr klarer Form z.B. schon bei *Schopenhauer* Über die beiden Grundprobleme der Ethik, 1840, § 17 gegen Ende = Sämtliche Werke (Hrsg. von Löhneysen), Cotta/Insel, 1960 ff., Bd. III S. 756 f.

¹⁸⁹ Ob man dabei das Tatbestandsmerkmal der „Arglist“ verneint oder ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der „Widerrechtlichkeit“ in § 123 BGB hineinliest, ist von untergeordneter Bedeutung, vgl. dazu z.B. MünchArbR/*Buchner* 1992, § 38 Rdn. 181.

¹⁹⁰ Vgl. dazu näher oben II 3 a bb.

stehenden vorgetragene Argumentation läuft nämlich durchweg darauf hinaus, daß zur Erreichung der angestrebten Ziele aufgrund der wirtschaftlichen und organisatorischen Vorgegebenheiten gar keine andere Möglichkeit zur Verfügung steht als die Belastung einzelner Privatrechtssubjekte – und sei es auch in rein zufallsbedingter Weise. Die zählebige Behauptung, der Rückgriff auf Aspekte der „Natur der Sache“ sei nichts als eine Leerformel oder dgl., erweist sich damit einmal mehr als ein rein doktrinäres Vorurteil, das schon bei der Konfrontation mit wenigen überzeugungskräftigen Argumentationsmustern aus der Praxis des Juristen zusammenbricht.

Bei dieser Sichtweise ist es nur ein kurzer Schritt zur Benennung des wesentlichen *Gerechtigkeitskriteriums*, welches hier die Inpflichtnahme des Privatrechts und der Privatrechtssubjekte für die Verwirklichung distributiver Zwecke legitimiert. Dieses liegt in erster Linie in der primär *privatrechtlichen Verfaßtheit der Wirtschafts- und Arbeitsordnung*. Denn indem der Staat diese grundsätzlich den Privatrechtssubjekten überläßt, begibt er sich zugleich weitgehend der Möglichkeit, die ihm obliegenden distributiven Aufgaben selbst mit Hilfe seiner eigenen Wirtschaftsunternehmen wahrzunehmen.

Dabei darf man freilich nicht übersehen, daß es sich um ein verhältnismäßig schmales Problemfeld und um eng umgrenzte Ausnahmefälle handelt, bei denen es vorwiegend um das Postulat der *Integration besonders schutzbedürftiger Personen in das Berufs- und Wirtschaftsleben* geht. Zwar zeigt sich daran, daß die Verwirklichung distributiver Ziele mit Hilfe des privaten Vertragsrechts keineswegs von vornherein illegitim ist, doch bestätigt sich gleichfalls der Befund, daß die *iustitia distributiva* hier nur eine Ausnahmerolle spielt.

ee) Als wichtiger rechtsphilosophischer Ertrag ist außerdem die Einsicht festzuhalten, daß es unvermeidliche *Antinomien zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva*, ja sogar *innerhalb der letzteren* gibt.¹⁹¹ Daß kommutative Gerechtigkeitskriterien zugunsten distributiver Postulate zurücktreten, ist bei der Analyse oben 1 immer wieder deutlich geworden. Nimmt man hinzu, daß zum

¹⁹¹ Vgl. dazu auch oben II 3b bb.

Schutze einer Partei u.U. eine rein zufallsbedingte Benachteiligung der anderen Partei in Kauf genommen werden muß und daß darin eine schwere Beeinträchtigung der Belastungsgerechtigkeit liegt, so zeigt sich, daß in manchen Fällen in der Tat Postulate der distributiven Gerechtigkeit für die eine Partei nur auf Kosten solcher Interessen der anderen Partei verwirklicht werden können, die ihrerseits an sich ebenfalls unter Gesichtspunkten der iustitia distributiva Schutz verdienen würden.

c) Die Verteilung von Geld und die Reihenfolge der Belastungsträger

Ganz anders stellt sich die Problematik dar, wenn es um die Verteilung von Geld geht. Während nämlich ein vertraglicher „Status“ eine Naturalleistung darstellt, die man nur von bestimmten Personen erhalten kann, bildet Geld ein fungibles Gut, ja geradezu das Paradigma eines solchen, mit dessen Leistung die Rechtsordnung prinzipiell jedermann belasten kann. Wiederum zeigt sich also, daß die „Natur der Sache“ im vorliegenden Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung ist, da sie (zumindest) die Richtung für die zentrale Fragestellung weist: Angesichts der Fungibilität von Geld ist im Prinzip offen, wem dessen Leistung aufzuerlegen ist, und daher liegt hier das entscheidende Problem darin, Kriterien für die Auswahl des „richtigen“ Verpflichteten zu finden.

aa) Prinzipiell gibt es im vorliegenden Zusammenhang vier verschiedene potentielle Träger der betreffenden finanziellen Last. Am einen Ende der Skala steht dabei die Möglichkeit, diese nach dem Grundsatz „*casum sentit dominus*“ bei demjenigen zu belassen, in dessen Person das betreffende Ereignis eintritt. Dieser Regel wohnt, jedenfalls im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten untereinander, ein elementarer Gerechtigkeitsgehalt inne.¹⁹² Er liegt darin, daß grundsätzlich jedermann sein allgemeines Lebensrisiko und sein persönliches Schicksal selbst zu tragen hat und demgemäß nur aus besonderen Gründen mit der Übernahme der

¹⁹² Vgl. auch Picker JZ 1985, 706, der geradezu von „der alternativlosen Richtigkeit, wie sie der *casum-sentit-dominus*-Regel als (einem) tieferen generellen Rechtsprinzip zukommt“ spricht. Dieses dürfte seinerseits in dem noch tiefer liegenden „Prinzip der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung“ wurzeln, vgl. dazu grundlegend Bydliński (1996 b) S. 92 ff.

betreffenden Lasten durch ein anderes Privatrechtssubjekt rechnen darf. Dem entspricht es, daß er für deren Deckung grundsätzlich selbst Vorsorge treffen muß – etwa durch Rücklagenbildung oder durch den Abschluß einer Versicherung; Musterbeispiele sind die private Kranken-, Brand- oder Hausratsversicherung.

Am anderen Ende der Skala steht die *Übernahme der Kosten durch den Staat*, letztlich also den Steuerzahler. Paradigmatisch hierfür ist die Sozialhilfe. Zwischen diesen beiden Polen liegt zum einen die *Zahlung durch die andere Vertragspartei* und zum anderen die *Umlage auf ein Kollektiv*. Ein – allerdings nicht „reines“¹⁹³ – Beispiel für die erste Variante bildet die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, ein Beispiel für die zweite stellt die Sozialversicherung dar. Repräsentativ für ein komplexes *Modell gemischter oder kombinierter Finanzierung* ist die Entgeltfortzahlung im Mutterschaftsfall, die teils von der gesetzlichen Krankenversicherung, teils vom Arbeitgeber und teils vom Staat zu tragen ist.

bb) Was nun die Legitimation der Auferlegung von Zahlungspflichten unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten angeht, so gibt es eine gewisse *Reihenfolge zwischen den vier potentiellen Kostenträgern*, die dadurch gekennzeichnet ist, daß die *Argumentationslast* von Stufe zu Stufe an Gewicht zunimmt. Zunächst bedarf es eines Grundes dafür, daß man die Kosten nicht einfach nach dem Grundsatz „*casum sentit dominus*“ bei dem unmittelbar Betroffenen beläßt. So dürfte sich, um ausnahmsweise einmal ein fiktives, aber gleichwohl lehrreiches Beispiel zu verwenden, schwerlich ein auch nur halbwegs plausibler Gerechtigkeitsgrund für eine Regelung finden lassen, durch die die Kosten für eine Hausratsversicherung der Wohnungsmieter auf einen anderen abgewälzt werden – sei es den Vermieter (selbst wenn dieser gewerblich tätig wird) oder sei es auch nur den Steuerzahler.

Gibt es einen Grund für eine Durchbrechung des Grundsatzes „*casum sentit dominus*“, liegt es zunächst nahe, daß der Staat die Kosten übernimmt. Denn es geht ja *ex praemissione* um eine distributive Aufgabe und nicht um ein bloßes Austauschproblem

¹⁹³ Nicht „rein“ ist das Beispiel, weil die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach sechs Wochen endet und dann durch die Pflicht der Krankenkassen zur Zahlung von Tagegeld gemäß §§ 44 ff. SGB V ersetzt wird.

inter partes, so daß man sich prima vista im originären Bereich staatlicher Zuständigkeit befindet. Demgemäß sind etwa Interventionen zur Rettung von Arbeitsplätzen grundsätzlich eine Aufgabe des Staates und nicht irgendwelcher Privatrechtssubjekte wie z.B. der Banken. Andererseits muß man sich aber auch vor der Gefahr hüten, der privaten Wirtschaft Lasten abzunehmen, die zu ihren genuinen Kosten gehören. Darin läge eine verdeckte Subvention, die nicht nur ökonomisch unzweckmäßig, sondern darüber hinaus auch höchst ungerecht sein kann, weil sie einzelne Wirtschaftssubjekte oder -sektoren ohne zureichenden Grund gegenüber anderen privilegiert. Deshalb ist es z.B. evident gerecht, daß die Kosten für die Versicherung gegen Arbeitsunfälle nicht etwa vom Staat, sondern grundsätzlich allein von den Unternehmern zu tragen sind, geht es dabei doch um die Deckung von Risiken, die für die betreffenden wirtschaftlichen Aktivitäten spezifisch sind und gewissermaßen die Kehrseite der damit verbundenen Vorteile darstellen, so daß sie nach dem Grundsatz „cuius est commodum eius est periculum“ den Unternehmern zuzuordnen sind.

Damit wird zugleich deutlich, unter welchen Voraussetzungen eine Abwälzung von Lasten auf Privatrechtssubjekte dem Gerechtigkeitsgedanken entspricht oder doch zumindest mit diesem vereinbar ist: Es kommt wesentlich darauf an, daß eine *spezifische Beziehung bzw. eine besondere Sachnähe* zwischen dem Kreis der Verpflichteten und dem Grund oder Zweck der fraglichen Pflicht besteht.¹⁹⁴ Nur dann steht der Verpflichtete nämlich der Erfüllung der betreffenden Aufgabe deutlich näher als andere Rechtssubjekte oder die Allgemeinheit der Steuerzahler, so daß die Überbürdung der betreffenden Pflicht keine ungerechte Ungleichbehandlung darstellt. Es ist offenkundig, daß auch hier wieder die „*Natur der Sache*“ eine zentrale Rolle spielt.¹⁹⁵ Ob die Last dabei eher einem Kollektiv wie z.B. den Arbeitgebern insgesamt oder statt dessen dem jeweiligen Vertragspartner, also z.B. dem einzelnen Arbeitgeber aufzuerlegen ist, sollte man folgerichtig vor allem danach entscheiden, ob die betreffende spezifische Beziehung sich nur in bezug auf das Kollektiv hinreichend einsichtig machen läßt oder ob sie primär

¹⁹⁴ Davon geht auch das Bundesverfassungsgericht aus, vgl. BVerfGE 55, 274, 312f.

¹⁹⁵ So ausdrücklich das BVerfG aaO S. 312.

gegenüber der betreffenden Einzelperson besteht. Das bedeutet zugleich, daß die Argumentationslast am schwersten wiegt, wenn letztere als Adressat der Pflicht gewählt wird.

c) Kommt man vor diesem Hintergrund wieder auf die oben 1 erörterten Beispiele aus dem geltenden Recht zurück, so erweist sich vor allem der Gerechtigkeitsgehalt der Vorschriften über die Pflicht des Arbeitgebers zur *Entgeltfortzahlung nach §§ 11, 14 MuSchG* als überaus fragwürdig. Denn worin soll die spezifische Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Ziel des Mutterschutzes liegen und inwiefern steht er der Erfüllung dieser Aufgabe deutlich näher als die Allgemeinheit der Steuerzahler?! Weder hat die Mutterschaft auch nur das geringste mit den einem Arbeitsverhältnis immanenten Risiken zu tun noch bedeutet sie für den Arbeitgeber irgendeinen Vorteil. Ein gewisser Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis besteht allenfalls insofern, als die Arbeitnehmerin sich typischerweise in ihrer Lebensführung auf den Erhalt des Arbeitsentgelts einstellt und u. U. nicht zu einer Einschränkung ihres Lebensstandards durch eine Einbuße an Arbeitsentgelt bereit sein wird, um ein Kind bekommen zu können. Aber soll diese überaus schwache Anknüpfung, die überdies nicht frei von einem gewissen Zynismus ist, allen Ernstes als Legitimationsgrund dafür ausreichen, daß gerade ihr Arbeitgeber die Last der Entgeltfortzahlung zu tragen hat?! Darauf wird alsbald zurückzukommen sein.¹⁹⁶

Als wenig überzeugungskräftig erweist sich auch die Pflicht des Arbeitgebers zur *Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFZG*. Auch hier ist nämlich ein spezifischer Zusammenhang mit dem jeweiligen Arbeitsverhältnis *prima vista* kaum erkennbar, da die Regelung des § 3 EFZG keineswegs auf berufsbedingte Krankheiten zugeschnitten ist, sondern völlig unabhängig von deren Ursache eingreift. Diese Problematik soll daher ebenfalls in Bälde vertiefend wiederaufgegriffen werden.¹⁹⁷

d) Die Bedeutung der Betriebsgröße

aa) Daß die Überbürdung distributiver Lasten auf einzelne Privatrechtssubjekte unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten überaus

¹⁹⁶ Vgl. unten V 3 b.

¹⁹⁷ Vgl. unten V 3 d.

heikel ist, zeigt sich besonders kraß bei *Kleinbetrieben*. Denn natürlich trifft es den Inhaber eines solchen wesentlich härter als den Träger eines Großunternehmens, wenn z.B. eine Sekretärin – vielleicht gar die einzige – wegen Schwangerschaft oder Krankheit ausfällt. Das gilt schon unter dem Gesichtspunkt der Verfügbarkeit, weil das Fehlen der Arbeitskapazität umso schwerer überbrückt werden kann, je kleiner der Betrieb ist. Es gilt darüber hinaus auch für die finanzielle Belastung, weil diese nach den Gesetzen der Statistik bei kleineren Betrieben viel schwieriger zu kalkulieren und demgemäß als Kostenfaktor in die Preise einzuberechnen ist als bei größeren. Und es gilt schließlich auch im Hinblick auf die fatale Gefahr einer rein zufallsbedingten Betroffenheit, die ebenfalls mit abnehmender Betriebsgröße immer stärker durchschlägt.

Ein signifikantes Beispiel für diese Zusammenhänge bildet der *Fall Dekker*, der der eingangs¹⁹⁸ erwähnten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zugrunde lag. Dort war nämlich dem Arbeitgeber, einem Zentrum für die Ausbildung junger Erwachsener, nach seinem glaubwürdigen Vorbringen aus finanziellen Gründen die Einstellung einer Ersatzkraft für die Schwangere nicht möglich, so daß die Stelle zeitweise unbesetzt bleiben mußte und ein Teil der Ausbildungsplätze verloren ging. Das veranschaulicht drastisch, was ohnehin evident ist: *Die Belastbarkeit eines Unternehmens hängt zwangsläufig wesentlich von seiner Größe ab.*

bb) In der Tat trägt das deutsche Recht dieser Einsicht durch *Ausnahmebestimmungen für Kleinbetriebe* z.T. Rechnung. Solche finden sich sogar dort, wo es um die Erlangung oder Erhaltung eines vertraglichen „Status“ geht. Beispielsweise trifft die Pflicht zur Einstellung von Schwerbehinderten nach § 5 SchwbG den Arbeitgeber grundsätzlich erst dann, wenn er über mindestens 16 Arbeitsplätze verfügt. Auch im Bereich des Kündigungsschutzes kommen Kleinbetriebsklauseln vor. Repräsentativ ist insoweit § 23 I 2 KSchG, wonach Betriebe, in denen in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden, von vornherein nicht in den Geltungsbereich des KSchG fallen. Allerdings nimmt der Gesetzgeber keineswegs immer in einer solchen Weise Rücksicht auf die Besonderheiten von Kleinbetrieben. So gibt es z.B. keine

¹⁹⁸ Vgl. oben I bei Fn. 2.

Ausnahme für diese von dem – inhaltlich sogar besonders weitgehenden – Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG, der demgemäß auch dem kleinsten Betrieb auferlegt ist.

Soweit es um die Tragung finanzieller Lasten geht, kann man die Besonderheiten der Interessenlage bei Kleinbetrieben nun freilich auf andere Weise als durch deren Herausnahme aus der betreffenden Regelung berücksichtigen. Sowohl die Kalkulationsschwierigkeiten als auch das Gewicht des Zufallselements lassen sich nämlich stark verringern, indem man die Kleinbetriebe im Wege eines Umlageverfahrens zu einem Kollektiv zusammenfaßt und den einzelnen Inhabern die Pflicht zur Zahlung von Beiträgen auferlegt, die dann einen Fonds zur Bestreitung der betreffenden Kosten bilden. Diesen Ausweg hat der Gesetzgeber in der Tat in § 10 LFZG für die Entgeltfortzahlung im Mutterschafts- und im Krankheitsfall gewählt, doch ist er ihn nicht folgerichtig zu Ende gegangen, so daß auch darauf noch einmal zurückzukommen sein wird.¹⁹⁹

cc) Rechtsphilosophisch gesehen haben wir hier evidentermassen einen weiteren schlagenden Beleg für die rechtliche *Relevanz der „Natur der Sache“* vor uns, läßt sich doch für diese kaum ein besseres Beispiel finden als der Umstand, daß die *Belastungsgerechtigkeit* wesentlich von der schieren Größe eines Betriebs abhängt. Das ist in der Tat unmittelbar einsichtig, weil für diese folgerichtig die *Belastungsfähigkeit* von zentraler Bedeutung ist und diese ihrerseits zwangsläufig mit der Betriebsgröße zusammenhängt.

Auch der Ausweg des Umlageverfahrens zeigt den Einfluß der „Natur der Sache“, weil er nur aufgrund der spezifischen Besonderheiten von Geld, d.h. seiner Fungibilität und betragsmäßigen Teilbarkeit, in Betracht kommt, wohingegen in den Fällen des Kontrahierungszwangs und des Kündigungsschutzes zwangsläufig allein die starre Alternative zwischen einer Freistellung des Kleinbetriebs von der entsprechenden Regelung und dessen Unterwerfung unter sie besteht; letztere könnte freilich durch Auflockerungen wie z.B. eine Abschwächung des Kündigungsschutzes gemildert werden, doch geht es dabei um diffizile Detailprobleme, denen hier nicht nachgegangen werden kann.

¹⁹⁹ Vgl. unten V 3 c.

e) Die mangelnde Tragfähigkeit des Hinweises auf die Möglichkeit zu einer Risikodeckung durch Abschluß einer Versicherung oder zu einer Abwälzung über die Preise

Ein modischer Einwand gegen die hier vertretene These, daß unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten die Abwälzung distributiver Lasten auf einzelne Privatrechtssubjekte erst in letzter Linie in Betracht kommt und demgemäß besonders gewichtiger Gründe bedarf, könnte in dem Hinweis liegen, daß die betroffene Vertragspartei, also etwa der Unternehmer bzw. Arbeitgeber die betreffenden Kosten in seine Preise einkalkulieren und dadurch abwälzen oder sich, was in der gleichen Richtung liegt, durch Abschluß einer Versicherung schützen könne.

aa) Eine solche Argumentation ist indessen in dieser Allgemeinheit schon in sich selbst nicht schlüssig, ja geradezu als *petitio principii* zu verwerfen. Sie bedarf nämlich ihrerseits überhaupt erst noch der Legitimation, da man sie grundsätzlich geradezu „umkehren“ und gegen den anderen Teil wenden kann. Warum soll nicht z.B. der Arbeitnehmer das Risiko des Entgeltverlusts durch Erkrankung selbst abdecken, indem er eine entsprechende Tagegeldversicherung abschließt ?! Daß er das erfahrungsgemäß häufig nicht tun wird und sein Arbeitseinkommen für eine ausreichende Rücklagenbildung meist zu niedrig ist²⁰⁰, stellt kein triftiges Gegenargument dar; denn diesem Bedenken könnte man ohne weiteres durch die Einführung einer sozialversicherungsrechtlichen Lösung Rechnung tragen, bei der der Arbeitnehmer von Gesetzes wegen zur Abführung entsprechender Entgeltsanteile gezwungen wird, statt daß dieser Rechtszwang den Arbeitgeber trifft wie nach der arbeitsvertraglichen Lösung des § 3 EFZG.

Hinzu kommt, daß zumal den Inhabern von Kleinbetrieben häufig die erforderliche Geschäftserfahrung und -gewandtheit fehlen wird, um den Entschluß zum Abschluß einer Versicherung zu fassen. Auch ist keineswegs immer von vornherein gesichert, daß sich eine hinreichend große Zahl von Versicherungswilligen findet und so die Voraussetzungen schafft, unter denen ein preisgünstiges Angebot zu einer Versicherung der erforderlichen Art möglich wird.

²⁰⁰ In diesem Sinne I. Koller Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverhältnissen, 1979, S. 399 f.

bb) Was schließlich das Argument der Kostenabwälzung über die Preise angeht, so kann man mit ihm in vertraglichen Zweipersonenverhältnissen – und nur um diese geht es hier ja! – im Grunde alles und daher letztlich gar nichts begründen. Denn damit lassen sich derjenigen Partei, die die betreffenden Produkte am Markt absetzt, nachgerade *beliebige* Lasten aufbürden, so daß für die hier zur Diskussion stehende Frage, warum das gerecht ist, überhaupt nichts gewonnen ist.

Die Problematik liegt demgemäß insoweit wesentlich anders als dann, wenn eine Vielzahl von Personen betroffen ist. Daß z. B. alle Erwerber eines Produkts auf dem Umweg über den Preis mittelbar für die Einhaltung gewisser Sicherheitsstandards oder eine haftungsrechtliche Einstandspflicht des Produzenten aufkommen müssen, hat durchaus einen gewissen Gerechtigkeitswert, weil das Risiko hier „pulverisiert“ wird und es grundsätzlich besser ist, daß alle potentiell Betroffenen einen kleinen, für sie i. d. R. kaum spürbaren Teil über den Preis tragen müssen als daß ein einzelner Betroffener, in dessen Person sich zufällig das betreffende Risiko verwirklicht, auf einem für ihn u. U. sehr hohen, ja vielleicht ruinösen Schaden hängen bleibt.

3. Konsequenzen für die Lösung von Problemen des geltenden Rechts

Bisher habe ich im wesentlichen über Aspekte der Gerechtigkeit gesprochen. Sind das nun lediglich rechtspolitische Überlegungen ohne praktische Bedeutung für das geltende Recht? Ich meine nein. Zwar lassen sich Gerechtigkeitspostulate natürlich durchaus nicht immer positivrechtlich umsetzen, doch wirken sie andererseits nicht selten auch bereits *de lege lata* auf die Rechtsfindung und -fortbildung ein. Denn von Gerechtigkeitsfragen ist es oft nur ein kleiner Schritt zu bestimmten Figuren der juristischen Methodenlehre oder zum Rückgriff auf die Verfassung. Demgemäß werde ich nunmehr versuchen, aus den im bisherigen Verlauf meiner Erörterungen entwickelten Gerechtigkeitskriterien einige Konsequenzen für die Lösung von Problemen des geltenden Rechts zu ziehen. Dabei werde ich mich naheliegender Weise weiterhin im

Rahmen des bisher verwendeten Anschauungsmaterials halten und auf dieses vor allem solche Argumentationsmuster anwenden, die sich bereits unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten als relevant erwiesen haben.

a) Noch einmal: die lügende Schwangere

Ungelöst ist bisher noch der Eingangsfall der Schwangeren, die sich den Arbeitsplatz und damit zugleich den Mutterschutz durch eine Lüge erschlichen hat. Das Bundesarbeitsgericht hat, wie dargelegt, aus dem Benachteiligungsverbot des § 611a BGB auf die Unzulässigkeit der Frage nach einer Schwangerschaft geschlossen, daher folgerichtig die Möglichkeit einer Anfechtung des Arbeitgebers wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB verneint und demgemäß die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags bejaht. Die Richtigkeit dieser Entscheidung soll hier nicht im Grundsätzlichen in Frage gestellt werden. Aber folgt daraus notwendigerweise wirklich, daß die Arbeitnehmerin trotz ihrer Lüge in *jeder* Hinsicht ebenso gestellt werden muß wie bei einem normalen, also nicht durch eine Lüge zustande gekommenen Arbeitsvertrag? Die Überlegungen zur Gerechtigkeitsproblematik haben gezeigt, daß die Interessenlage hinsichtlich der Erlangung und Beibehaltung des Status als Vertragspartei einerseits und der Ansprüche auf Geld andererseits durchaus unterschiedliche Dimensionen aufweist. Es liegt nahe, daran hier anzuknüpfen und demgemäß eine Lösung ins Auge zu fassen, die zwischen dem Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG und den Ansprüchen auf Entgeltzahlung nach §§ 11, 14 MuSchG differenziert.

aa) Den *Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG* kann man der Arbeitnehmerin in der Tat nicht absprechen. Das folgt schon daraus, daß die aus dem Benachteiligungsverbot des § 611a BGB hergeleitete Unwirksamkeit der Anfechtung nach § 123 BGB sonst im praktischen Ergebnis doch wieder weitgehend obsolet gemacht würde. Der Arbeitgeber könnte dann nämlich zu einer ordentlichen Kündigung Zuflucht nehmen, gegen die die Arbeitnehmerin grundsätzlich nur durch die verhältnismäßig kurze Frist des § 622 I BGB geschützt wäre (es sei denn, der Arbeitgeber würde törichterweise zu erkennen geben, daß die Schwangerschaft oder die

Lüge den Anlaß für die Kündigung bildet). In die gleiche Richtung weist auch der Schutzzweck des Kündigungsverbots nach § 9 MuSchG, das der Arbeitnehmerin u.a. im Interesse der Gesundheit von Mutter und Kind die Sorge um ihren Arbeitsplatz und die mit einer Kündigung typischerweise verbundene psychische und nervliche Belastung ersparen soll.²⁰¹

Eine erste Einschränkung ist freilich schon hier zu machen (die allerdings wohl nichts mit der Lüge zu tun hat, sondern folgerichtig auch dann gilt, wenn die Arbeitnehmerin selbst erst später von der Schwangerschaft erfahren hat, ja u.U. sogar dann, wenn diese erst kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist). Ganz sinnwidrig wäre es nämlich, wenn die *Frist des § 1 I KSchG*, die dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Kündigung eines neuen Arbeitsvertrags *ohne* sozialen Rechtfertigungsgrund i.S. von § 1 II KSchG binnen der ersten sechs Monate eröffnet und also eine Art gesetzlicher Probezeit begründet, während der Dauer des Kündigungsschutzes nach § 9 MuSchG liefe und die Arbeitnehmerin folglich u.U. geradezu in nahtlosem Anschluß an diesen den Kündigungsschutz nach § 1 II KSchG erhielte. Denn solange der Arbeitgeber wegen § 9 MuSchG überhaupt nicht kündigen *kann*, darf ihm die Möglichkeit zu einer keines Grundes bedürftigen Kündigung nach § 1 I KSchG sinnvollerweise nicht verloren gehen. Das folgt aus dem allgemeinen, in seinem Gerechtigkeitsgehalt unmittelbar einleuchtenden Grundsatz, daß die Verfristung eines Rechts nicht eintritt, solange dieses aus Rechtsgründen nicht ausgeübt werden kann²⁰² – ein Rechtsgedanke, der u.a. in den §§ 202ff. BGB Ausdruck gefunden hat. Demgemäß ist der Lauf der Halbjahresfrist des § 1 I KSchG während der Dauer des Kündigungsverbots nach § 9 MuSchG gehemmt. Für die Richtigkeit dieser Lösung spricht auch, daß die Arbeitnehmerin nach §§ 3 II, 6 I MuSchG sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Entbindung überhaupt nicht beschäftigt werden darf und der Arbeitgeber folglich während dieser Zeit ihre Arbeitsleistung, das Klima der Zusammenarbeit usw. nicht beurteilen kann und also nicht die von § 1 I KSchG als selbstverständlich vorausgesetzte Grundlage

²⁰¹ Vgl. z. B. MünchArbR/Heenen 1993, § 219 Rdn. 84 m. Nachw.

²⁰² Vgl. dazu näher Canaris Festschr. für Odersky, 1996, S. 758.

für seine Entscheidung über eine alsbaldige Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat.

bb) Eine andere Frage ist, ob die Arbeitnehmerin auch die *Ansprüche gegen den Arbeitgeber aus §§ 11, 14 MuSchG auf Entgeltzahlung* für die Zeiten hat, in denen sie aus mutterschutzrechtlichen Gründen nicht arbeiten kann oder darf. Die Anerkennung des Kündigungsschutzes nach § 9 MuSchG bedeutet keineswegs zwingend, daß auch alle anderen Vorschriften des MuSchG angewendet werden müssen, sondern läßt durchaus die Möglichkeit einer differenzierenden Lösung offen, bei der der Arbeitnehmerin – nur, aber immerhin – der Entgeltschutz gegenüber dem Arbeitgeber versagt wird.²⁰³ Allerdings sind die §§ 11, 13 MuSchG gesetzestechnisch an sich einschlägig, da der Arbeitsvertrag nach der – hier zugrunde gelegten – Ansicht des Bundesarbeitsgerichts wirksam und unanfechtbar ist. Methodologisch geht es daher um die Frage, ob die §§ 11, 14 MuSchG insoweit aufgrund einer *teleologischen Reduktion* außer Anwendung gelassen werden können.

Das läßt sich in der Tat mit überaus gewichtigen Gründen bejahen. Das MuSchG ist nämlich auf den Fall, daß die Arbeitnehmerin den Abschluß des Arbeitsvertrags durch bewußt wahrheitswidrige Leugnung einer schon bestehenden Schwangerschaft erschlichen hat, offenkundig nicht zugeschnitten. Das gilt schon deshalb, weil das MuSchG das Interesse der Schwangeren an der *Erlangung* eines Arbeitsplatzes überhaupt nicht schützt.²⁰⁴ Das ergibt sich aus seiner gesetzestechnischen Ausgestaltung, da das MuSchG jegliche Vorschriften für das Stadium vor Vertragsschluß vermissen läßt, und folgt im übrigen auch aus seinem Schutzzweck. Dieser liegt nämlich nach dem Inhalt sowohl des § 9 MuSchG als auch der §§ 11, 14 MuSchG primär darin, die Arbeitnehmerin vor der Gefahr zu bewahren, daß sie durch die Schwangerschaft ihren Arbeitsplatz verliert oder Einbußen an ihrem Arbeitsentgelt erleidet. Für eine Schwangere, die noch gar keinen Arbeitsplatz hat, beste-

²⁰³ Vorschläge in dieser Richtung finden sich, wenngleich ohne dogmatische und methodologische Vertiefung, vereinzelt auch schon bisher im Schrifttum, vgl. *Wiedemann* Festschr. für Herschel, 1982, S. 472 f.; *Coester* Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB Bl. 844; *Buchner* Festschr. für Stahlhacke, 1995, S. 98 f.

²⁰⁴ So mit Recht z.B. *MünchArbR/Buchner* 1992, § 38 Rdn. 86 a.E.; a.A. *Wiedemann* aaO S. 472; *Coester* aaO Bl. 843 Rückseite.

hen diese Risiken naturgemäß von vornherein nicht. Das Risiko, einen solchen wegen der Schwangerschaft nicht zu erlangen, kann damit auch nicht etwa im Wege der Rechtsfortbildung praeter legem auf eine Stufe gestellt werden, da das Interesse an der Beibehaltung einer schon erlangten Position wegen des hohen Rangs der Besitzstandsgerechtigkeit weitaus mehr Gewicht besitzt; ihre arbeitsvertragliche Stellung zu verlieren, würde die Schwangere unzweifelhaft ungleich härter treffen als die Notwendigkeit, ihre Bewerbung um einen Arbeitsplatz u. U. einige Zeit hinauszuschieben!

Ähnlich sieht es – gewissermaßen spiegelbildlich – hinsichtlich der Interessen des Arbeitgebers aus. Ohnehin fehlt es, wie dargelegt²⁰⁵, an einem einleuchtenden Gerechtigkeitsgrund dafür, daß gerade er und nicht die Gemeinschaft – sei es die der Steuerzahler oder sei es die der Sozialversicherungspflichtigen – die Entgeltspflichten der §§ 11, 14 MuSchG zu tragen hat. Diese Last wüchse vollends ins Unzumutbare, wenn der Arbeitgeber sie nun auch noch bei einer Arbeitnehmerin tragen müßte, die den Abschluß des Arbeitsvertrags durch die wahrheitswidrige Leugnung ihrer Schwangerschaft erschlichen hat. Denn bei Schaffung des MuSchG konnte sich der Arbeitgeber wenigstens vor *diesem* Risiko noch durch eine entsprechende Frage schützen, da damals § 611 a BGB noch nicht bestand und die Frage daher grundsätzlich zulässig war. Auch in dieser Hinsicht ist somit das MuSchG nicht auf die vorliegende Problematik zugeschnitten und demgemäß einer – partiellen – teleologischen Reduktion zugänglich, da es zwar die Kündigungs- und die Inhalts-, nicht aber die Abschlußfreiheit einschränkt. Das gilt umso mehr, als das Bundesverfassungsgericht die Verfassungskonformität von § 14 MuSchG u. a. auf die Erwägung gestützt hat, daß der Arbeitgeber „aufgrund freien (!) Entschlusses und im eigenen Erwerbsinteresse mit ... Frauen Arbeitsverhältnisse begründet“²⁰⁶; genau daran fehlt es, wenn er an eine schwangere Bewerberin gerät und diese nicht nach der Schwangerschaft fragen darf.

Hinzu kommt schließlich, daß der Arbeitgeber ohnehin schon die Last des Kündigungsschutzes nach § 9 MuSchG zu tragen hat,

²⁰⁵ Vgl. oben V 2 c cc = S. 94

²⁰⁶ So BVerfGE 37, 121, 130.

weil diese nach der „Natur der Sache“ nur ihn treffen kann; er ist also darauf angewiesen, für die schwangere Arbeitnehmerin alsbald nach Beginn des Arbeitsverhältnisses u.U. eine Ersatzkraft einzustellen oder ihren schwangerschaftsbedingten zeitweiligen Ausfall durch eine sonstige Organisationsmaßnahme aufzufangen. Demgegenüber besteht keinerlei Zwangsläufigkeit, daß ein etwaiger Entgeltsschutz für die Schwangere nun auch noch zu Lasten des belogenen Arbeitgebers gehen muß. Würde man einen solchen für geboten halten – etwa mit dem Argument, nur so könne der Anreiz beseitigt werden, trotz eines Beschäftigungsverbots zu arbeiten, oder nur so ließe sich dem Benachteiligungsverbot der Richtlinie 76/207 EWG voll Rechnung tragen –, so müßten sich die entsprechenden Ansprüche gegen einen anderen Adressaten, also gegen die Sozialversicherung oder den Staat richten. An der Unanwendbarkeit der §§ 11, 14 MuSchG auf die vorliegende Konstellation würde sich somit nichts ändern, da sie für diese nun einmal nicht passen.

Insgesamt sprechen somit überzeugende Gründe für eine teleologische Reduktion der §§ 11, 14 MuSchG. Diese darf dann freilich nicht auf den Fall beschränkt bleiben, daß die Schwangere gelogen hat. Gleichzustellen ist vielmehr der Fall, daß sie um die Schwangerschaft wußte und der Arbeitgeber sie bei Kenntnis dieses Umstands nicht eingestellt hätte (was er zu beweisen hat). Anderenfalls würde nämlich der korrekte Arbeitgeber, der im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gar nicht nach der Schwangerschaft fragt, schlechter gestellt als derjenige, der die Frage trotz ihrer Unzulässigkeit stellt. Die Gleichstellung der beiden Fälle ist im übrigen auch insofern folgerichtig, als das früher gängige Argument gegen eine *Offenbarungspflicht der Schwangeren*, daß der Arbeitgeber ja eine entsprechende Frage an diese hätte richten können, nunmehr wegen deren Unzulässigkeit hinfällig geworden ist. Bei rein kommutativer, d.h. allein auf das Verhältnis zwischen der Bewerberin und dem Arbeitgeber beschränkter Betrachtungsweise ist es doch eine blanke Selbstverständlichkeit, daß eine redliche Frau diesen grundsätzlich auf ihre Schwangerschaft hinzuweisen und ihm die Entscheidung darüber zu überlassen hat, ob er sie trotzdem einstellen und die in Kürze auf ihn zukommenden schwangerschaftsbedingten Beeinträchtigungen

gungen in Kauf nehmen will! Wird aus distributiven Rücksichten, wie sie in § 611a BGB Niederschlag gefunden haben, einer gegenteiligen Lösung der Vorzug gegeben, so kann es keinesfalls Sache des betroffenen Arbeitgebers sein, zusätzlich zu den ohnehin unvermeidlichen betriebsorganisatorischen Nachteilen auch noch finanzielle Lasten zu tragen.

b) Die Verfassungswidrigkeit der Zahlungspflichten des Arbeitgebers nach §§ 11, 14 MuSchG

Als besonderes Gravamen hat sich bei der Lösung der Folgeprobleme, die sich aus der Unzulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft ergeben, die Tatsache erwiesen, daß die Pflichten zum Ausgleich der finanziellen Einbußen, die der Arbeitnehmerin durch die mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote drohen, gemäß §§ 11, 14 MuSchG weitgehend ihren Arbeitgeber treffen und nur zum Teil vom Staat und der gesetzlichen Krankenversicherung getragen werden. Daß es für diese Belastung des betroffenen Arbeitgebers, der ohnehin schon zwangsläufig den Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG und die damit für ihn verbundenen betriebsorganisatorischen Beeinträchtigungen hinzunehmen hat, unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinen überzeugungskräftigen Grund gibt, ist oben S. 94 bereits dargelegt worden. Auch rechtsvergleichend gesehen stellt die starke finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch das deutsche Recht eine Ausnahme, ja wohl geradezu eine Irregularität dar.²⁰⁷ Es fragt sich daher, ob auch in dieser Hinsicht bereits nach geltendem Recht Abhilfe geschaffen werden kann (wodurch zugleich die Problematik der Frage nach der Schwangerschaft teilweise entschärft würde). Das Rüstzeug der juristischen Methodenlehre ist dazu freilich von vornherein untauglich, da es grundsätzlich nicht die Abschaffung oder gänzliche Umgestaltung von Normen ermöglicht. Es bleibt daher nur der Rückgriff auf höherrangiges Recht, also auf das Grundgesetz. Dieser liegt im übrigen auch deshalb nahe, weil Gerechtigkeitsprobleme im Rechtsstaat häufig zugleich Verfassungsprobleme sind.²⁰⁸

²⁰⁷ Vgl. dazu Coester-Waltjen Mutterschutz in Europa, 1986, S. 66 ff.

²⁰⁸ Daß der Rechtsstaat auf Gerechtigkeit zielt, entspricht der st. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts, vgl. z.B. BVerfGE 7, 89, 92; 21, 378, 388; 25, 269, 290; 33, 367,

aa) In der Tat ist die Verfassungsmäßigkeit der §§ 11, 14 MuSchG schon des öfteren bezweifelt worden, doch hat das Bundesverfassungsgericht solchen Angriffen bisher eine Absage erteilt.²⁰⁹ Zum einen hat es dabei Art. 6 IV GG, wonach „jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat“, dahingehend ausgelegt, daß dieses Verfassungsgebot auch durch die Gewährung von Ansprüchen gegen Privatrechts-subjekte – hier also den Arbeitgeber – erfüllt werden könne. Zum anderen hat es eine Verletzung des Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 I GG im Hinblick darauf geprüft, daß bestimmte Gruppen von Arbeitgebern wie vor allem solche, die überproportional viele Frauen beschäftigen, gegenüber anderen Arbeitgebern ungleich belastet werden, doch hat es auch unter diesem Aspekt einen Verfassungsverstoß letztlich abgelehnt.

Eine wichtige Eigentümlichkeit der gesetzlichen Regelung besteht nun freilich darin, daß der Arbeitgeber nach § 14 MuSchG für die Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung – insgesamt für einen Zeitraum von 14 Wochen – die Differenz zwischen einem Sockelbetrag von DM 25,-, den die Arbeitnehmerin von ihrer gesetzlichen Krankenkasse erhält, und ihrem zuletzt verdienten Arbeitsentgelt zu zahlen hat. Da der Betrag von DM 25,- noch niemals erhöht worden ist, ist die prozentuale Belastung des Arbeitgebers zugleich mit dem allgemeinen Niveau der Arbeitsentgelte ständig angestiegen (insbesondere auch inflationsbedingt). Das Bundesverfassungsgericht hat bei seiner ersten Entscheidung im Jahre 1974 für erheblich gehalten, daß der Aufwand der Arbeitgeber nach § 14 MuSchG „die Leistungen sowohl des Bundes als auch der gesetzlichen Krankenversicherung für das Mutterschaftsgeld bei weitem nicht erreicht“.²¹⁰ In seiner zweiten Entscheidung aus dem Jahre 1985 hat es eine Richtervorlage nach Art. 100 GG zur Verfassungsmäßigkeit von § 14 MuSchG als un-

383; 52, 131, 144 f.; 70, 297, 308; vgl. dazu ferner z.B. *Robbers* Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, S. 23 ff., 72 ff.; *Diederichsen* Der Staat 1995, 51 ff. Außerdem besteht natürlich ein enger Zusammenhang zwischen dem Gerechtigkeitsgedanken und Art. 3 I GG, vgl. dazu z.B. *Kirchhof* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 1992, § 124 Rdn. 250 ff.

²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 37, 121, 125 ff.; 70, 242, 250.

²¹⁰ Vgl. BVerfGE 37, 121, 130.

zulässig verworfen, weil keine rechtserheblichen neuen Tatsachen gegenüber den tragenden Gründen der ersten Entscheidung zu erkennen seien. Es hat jedoch angedeutet, daß die verfassungsrechtliche Lage dann anders zu beurteilen sein könnte, wenn nicht mehr „der größere Teil der gemäß Art. 6 IV GG von der Gemeinschaft ... zu erbringenden Leistungen für den Mutterschutz vom Bund und den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung aufgebracht wird“²¹¹, sondern vielmehr von den Arbeitgebern. Inzwischen dürfte der Zeitpunkt gekommen sein, um unter diesem Gesichtspunkt die Verfassungskonformität von § 14 MuSchG angesichts des weiter gestiegenen Lohnniveaus erneut zu überprüfen.

bb) Indessen kommt bei dieser Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts die *zentrale Problematik* von vornherein nicht voll in den Blick. Diese liegt nämlich nicht darin, ob die Kostenlast zwischen den Arbeitgebern einerseits und dem Staat und den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung andererseits richtig aufgeteilt ist, sondern vielmehr darin, ob der *einzelne Arbeitgeber überhaupt zum Adressaten einer Pflicht zu Zahlungen an die Arbeitnehmerin wegen des mutterschutzrechtlich bedingten Entgeltausfalls gemacht werden darf*.

Das ist nicht allein unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 IV GG, sondern auch und vor allem unter dem eines *Eingriffs in die Freiheit der Berufsausübung gemäß Art. 12 I 2 GG* zu beurteilen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Einschlägigkeit dieses Grundrechts seinerzeit aufgrund eines sehr restriktiven Verständnisses seines Schutzbereichs von vornherein verneint.²¹² Inzwischen hat es sich jedoch über diese – in der Tat viel zu enge – Sichtweise (stillschweigend) hinweggesetzt und anerkannt, daß die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung an einen Arbeitnehmer während eines Sonderurlaubs an Art. 12 I 2 GG zu messen ist.²¹³ Für die Pflicht zur Entgelt- oder Entgeltersatzzahlung an Arbeitnehmerinnen während mutterschutzrechtlich bedingter Arbeitsunterbrechungen muß dann Art. 12 GG folgerichtig ebenfalls als Prüfungsmaßstab herangezogen werden, so daß die seinerzeitige Ent-

²¹¹ Vgl. BVerfGE 70, 242, 251.

²¹² Vgl. BVerfGE 37, 121, 131.

²¹³ Vgl. BVerfGE 77, 308, 332; 85, 226, 233.

scheidung insoweit nicht mehr maßgeblich ist (und insbesondere auch einer Richtervorlage nach Art. 100 GG nicht mehr entgegensteht).

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit im Rahmen von Art. 12 I 2 GG stellt das Bundesverfassungsgericht maßgeblich darauf ab, ob eine „*Verantwortungsbeziehung*“ des Arbeitgebers zu dem Zweck der zu prüfenden Regelung besteht und wie „eng“ sie ist.²¹⁴ Unvereinbar mit Art. 12 I 2 GG ist danach die Belastung des Arbeitgebers, wenn „die Kosten der Entgeltfortzahlung Teil des Gesamtaufwands sind, der sich nicht einzelnen Arbeitsverhältnissen zuordnen läßt“.²¹⁵ Genau das trifft auf die Kosten für den Mutterschutz zu. Denn es ist unerfindlich, wie man diese unter dem Gesichtspunkt einer „*Verantwortungsbeziehung*“ des Arbeitgebers „*einzelnen Arbeitsverhältnissen zuordnen*“ soll. Irgendeinen auch noch so entfernten Nutzen, den das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang u.a. für relevant hält, bringt die Geburt des Kindes einer Arbeitnehmerin für deren Arbeitgeber nicht mit sich; ihn darauf zu verweisen, daß er durch die Einstellung von Frauen im gebärfähigen Alter selbst zu dem Risiko eines Arbeitsausfalls wegen Mutterschaft beigetragen habe, geht spätestens seit dem Inkrafttreten des Benachteiligungsverbots gemäß § 611a BGB nicht mehr an und dürfte überdies mit dem Schutz- und Aktualisierungsgebot von Art. 3 II GG²¹⁶ unvereinbar sein. Wo also soll eine „*Verantwortungsbeziehung*“ des jeweils betroffenen Arbeitgebers für das Ziel des Mutterschutzes – nicht zu verwechseln mit einer etwaigen Verantwortlichkeit der Arbeitgeberschaft im ganzen, d. h. als Kollektiv!²¹⁷ – und ein Ansatz für eine „*Zuordnung*“ der durch die mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote verursachten Kosten zu einem einzelnen Arbeitsverhältnis liegen?! Hierfür die gute alte Fürsorgepflicht zu bemühen, wäre heutzutage geradezu atavistisch und würde vor allem eine glatte *petitio principii* darstellen, weil es eine überzeugende Begründung dafür voraussetzen würde, daß diese ihrerseits eine Beteiligung des betroffenen Ar-

²¹⁴ Vgl. BVerfGE 77, 308, 337; 85, 226, 236 f.

²¹⁵ So BVerfGE 77, 308, 337.

²¹⁶ Vgl. dazu BVerfGE 85, 191, 207; 89, 276, 285.

²¹⁷ Vgl. dazu alsbald unten cc.

beitgebers an den Kosten des Mutterschutzes legitimiert; eine solche Begründung aber gibt es nicht und kann es nicht geben, da die Mutterschaft schlechterdings nichts mit dem einzelnen Arbeitsverhältnis zu tun hat.

Selbst wenn man aber eine „Verantwortungsbeziehung“ des betroffenen Arbeitgebers und die Möglichkeit einer „Zuordnung“ der Kosten zu einem einzelnen Arbeitsvertrag bejahen würde, wäre diese doch so schwach und locker, daß sie auch nur eine entsprechend geringfügige Belastung des Arbeitgebers wie etwa allenfalls die Pflicht zur Fortzahlung der Kranken- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge während der mutterschutzrechtlich bedingten Arbeitsunterbrechung zu rechtfertigen vermöchte.²¹⁸ Darüber gehen die Rechtsfolgen der §§ 11, 14 MuSchG weit hinaus. Zusätzlich zu dem Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG bürdet nämlich § 11 MuSchG dem Arbeitgeber die volle Entgeltspflicht und § 14 MuSchG nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest eine ungefähr „hälftige“ Entgeltspflicht auf, wobei diese jedoch im Einzelfall durchaus noch wesentlich höher liegen kann. Das sind massive Lasten, für deren Abwälzung auf den einzelnen Arbeitgeber ein hinreichend überzeugungskräftiger Sachgrund nicht einmal ansatzweise zu erkennen ist.

Insgesamt verstoßen somit die §§ 11, 14 MuSchG gegen Art. 12 I 2 GG, da dessen Schutzbereich nach der zutreffenden neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wesentlich weiter reicht als dieses seinerzeit bei der Entscheidung über die Verfassungskonformität von § 14 MuSchG angenommen hat.

cc) Aus ähnlichen Gründen kommt auch ein *Verstoß gegen Art. 3 I GG unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Sonderabgabe* in Betracht. Die Auferlegung einer solchen setzt nämlich u. a. voraus, daß eine „spezifische Beziehung (Sachnähe) zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck“ gegeben ist und die Belasteten „dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck evident näherstehen als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der Steuerzahler“. ²¹⁹ Daran fehlt es hier. Denn da eine „Verantwortungsbeziehung“ des be-

²¹⁸ Vgl. dazu BVerfGE 85, 226, 236 f.

²¹⁹ So BVerfGE 55, 274 Leitsatz 3 b; vgl. ferner vor allem BVerfGE 75, 108, 157.

troffenen Arbeitgebers wie dargelegt nicht besteht oder doch zumindest äußerst schwach ist, mangelt es an der „spezifischen Beziehung (Sachnähe)“ zu dem Zweck des Mutterschutzes und steht der einzelne Arbeitgeber diesem nicht „evident (!) näher als die Allgemeinheit der Steuerzahler“.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß die Pflicht der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung während eines Bildungsurlaubs des Arbeitnehmers nicht mit einer Sonderabgabe zu vergleichen sei.²²⁰ Zur Begründung hat es ausgeführt, daß keine Geldleistungspflichten gegenüber dem Staat begründet würden und es nicht darum gehe, Einnahmen für öffentliche Haushalte zu erzielen. Diese Argumentation vermag indessen in ihrem ersten Teil nicht zu überzeugen, weil es materiellrechtlich – anders als möglicherweise kompetenzrechtlich – grundsätzlich keinen Unterschied machen kann, ob der Staat von den Belasteten Abgaben erhebt und die eingenommenen Gelder dann an die Begünstigten verteilt oder ob er die gleiche Aufgabe durch einen unmittelbaren Zahlungsanspruch der Begünstigten gegen die Belasteten erfüllt. In ihrem zweiten Teil mag die Begründung des Bundesverfassungsgerichts eher tragfähig sein, doch läßt sie sich insoweit auf die vorliegende Problematik nicht übertragen, weil angesichts des Schutzgebots von Art. 6 IV GG ohne die Zahlungen der Arbeitgeber der Staat oder die Sozialversicherung einspringen müßte und also Ausgaben öffentlichrechtlicher Institutionen eingespart werden.

Insgesamt gelangt man somit zu dem *Ergebnis*, daß die Belastung des Arbeitgebers mit den Zahlungspflichten aus §§ 11, 14 MuSchG einer unzulässigen Sonderabgabe gleichkommt und aus diesem Grund gegen Art. 3 I GG verstößt.

dd) Hinzu kommt schließlich, daß die Belastung der Arbeitgeber mit den Zahlungspflichten aus §§ 11, 14 MuSchG diese davon abhalten kann, Arbeitnehmerinnen im gebärfähigen Alter einzustellen, worauf im Schrifttum oft genug hingewiesen worden ist. Diese Regelung stellt daher im Vergleich zu der Alternative, die

²²⁰ Vgl. BVerfGE 77, 308, 339. Auf den Begriff der Sonderabgabe kann hier nicht in allen Einzelheiten eingegangen werden, zumal die Rspr. des Bundesverfassungsgerichts in dieser Hinsicht z. T. unklar ist, weil sie nicht deutlich genug zwischen dem Tatbestand und den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Sonderabgabe unterscheidet.

betreffenden Zahlungspflichten einem anderen Träger aufzuerlegen, eine ausgesprochen *suboptimale Umsetzung der Schutzgebote aus Art. 6 IV GG und 3 II GG* dar, so daß insoweit geradezu ein *Verstoß gegen das Untermaßverbot*²²¹ in Betracht kommt.

ee) Eine andere Frage ist, ob eine volle Finanzierung des mutterschaftsbedingten Entgeltausfalls durch die *Sozialversicherung* ebenfalls verfassungswidrig wäre und also nur eine Übernahme dieser Lasten durch den *Fiskus* übrig bleibt. Das ist wohl zu verneinen. Denn auch wenn die Kosten sich nicht den einzelnen Arbeitsverhältnissen zuordnen lassen oder die Verantwortungsbeziehung des betroffenen Arbeitgebers zu schwach für deren Abwälzung auf ihn ist – wie das nach dem hier vertretenen Standpunkt für die Zahlungen nach §§ 11, 14 MuSchG zutrifft –, kommt doch gleichwohl immerhin noch die Möglichkeit in Betracht, diese den *Arbeitgebern als Gesamtheit* aufzuerlegen²²² und also die individuelle durch eine *kollektive Belastung* zu ersetzen.

Auch dafür bedarf es freilich eines einleuchtenden Grundes und einer besonderen Rechtfertigung²²³, die eine derartige, über die allgemeine Steuerpflicht hinausgehende Sonderlast legitimiert. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, daß die Arbeitnehmer sich in ihrer Lebenshaltung auf ihr Arbeitsentgelt einzustellen pflegen und ein schutzwürdiges Interesse an der Beibehaltung ihres Lebensstandards bei Arbeitsunterbrechungen durch Mutterschaft haben. Dieses Bedürfnis wird in einer primär privatrechtlich verfaßten Wirtschaft von der Arbeitgeberseite als Nachfragerin von Arbeit mitveranlaßt, so daß man für diese in ihrer Gesamtheit (im Unterschied zur Partei des jeweiligen einzelnen Arbeitsverhältnisses) durchaus eine gewisse Verantwortungsbeziehung, die auch in diesem Zusammenhang erforderlich ist²²⁴, wird bejahen können.²²⁵ Hinzu kommt, daß beide Seiten den finanziellen Ertrag unterneh-

²²¹ Vgl. zu diesem Begriff Canaris AcP 184 (1984) 228 und JuS 1989, 163; er ist inzwischen vom Bundesverfassungsgericht rezipiert worden, vgl. BVerfGE 88, 203, 254 ff.

²²² Vgl. BVerfGE 77, 308, 337; 85, 226, 237.

²²³ Vgl. BVerfGE 75, 108 Leitsätze 3 und 4.

²²⁴ Vgl. BVerfGE 75, 108, 157 ff.

²²⁵ Vgl. freilich auch die gewichtigen Einwände von Friauf DB 1991, 1779 gegen eine sozialversicherungsgrechtliche Lösung der Problematik des Pflegefallrisikos.

merischer Aktivitäten *gemeinsam* erwirtschaften. Auch deshalb erscheint es nicht von vornherein als sachwidrig, die Arbeitgeberseite an der Deckung von Bedürfnissen der Arbeitnehmer, die für diese durch einen zwischenzeitlichen Ausfall ihrer Arbeitskapazität entstehen, zu beteiligen; denn *aufs Ganze gesehen*, d.h. bei einer nicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis, sondern auf die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberseite als *Kollektive* bezogenen Betrachtungsweise sind diese Ausfallzeiten und die daraus erwachsenden Bedürfnisse der Arbeitnehmer völlig unausweichlich. Schließlich dürfte in dieser Hinsicht, d.h. soweit es um die Pflicht zur Tragung von Sozialversicherungsbeiträgen geht, auch dem Treue- und Fürsorgegedanken nach wie vor eine gewisse Legitimationskraft zukommen.²²⁶ Daß selbstverständlich auch die Arbeitnehmer ihrerseits zu dem Bedürfnis nach Entgeltfortzahlung wesentlich beitragen, kann man sachgerecht berücksichtigen, indem man sie an den Sozialversicherungskosten beteiligt, was ja ohnehin systemkonform ist.

Indessen ist diese Problematik hier nicht weiter zu vertiefen, da sie außerhalb der Thematik meines Vortrags liegt. Hier kommt es nur darauf an zu zeigen, wie bedenklich die gesetzliche Abwälzung distributiver Aufgaben auf einzelne Privatrechtssubjekte ist – und das ist mit der verfassungsrechtlichen Kritik an den §§ 11, 14 MuSchG, die den einzelnen Arbeitgebern in hohem Umfang mutterschutzrechtlich bedingte Kosten auferlegen, bereits geschehen.

c) Die Verfassungswidrigkeit des Fehlens einer Kleinbetriebsregelung für die Entgeltfortzahlung an kranke Angestellte gemäß § 10 LFZG²²⁷

Neben der Belastung der Arbeitgeber durch das MuSchG hat im Verlauf der bisherigen Erörterungen vor allem die arbeitsvertrag-

²²⁶ Vgl. dazu *Isensee* in Zacher (Hrsg.) Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980, S. 461 ff., 487 und Referat auf dem 59. Deutschen Juristentag, 1992, Q 54 (bemerkenswert zurückhaltend!); *Friauf* DB 1991, 1779 m.w.Nachw.; *Leisner* Die verfassungszusätzliche Belastungsgrenze der Unternehmen – dargestellt am Beispiel der Personalzusatzkosten, 1996, S. 105 ff.

²²⁷ Vgl. zum folgenden eingehend *Canaris* RdA 1997 Heft 5; die Problematik hat sich in den Details als so komplex erwiesen, daß ich die nähere Erörterung in eine eigenständige Publikation „auslagern“ mußte, um den Rahmen der vorliegenden Abhandlung nicht zu sprengen.

liche Pflicht zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall als Beispiel für die Verwirklichung distributiver Ziele mit Hilfe vertragsrechtlicher Normen gedient. Demgemäß sei auch für diesen Problemkreis die Frage gestellt, ob sich aus den oben 2 entwickelten Überlegungen zu den einschlägigen Gerechtigkeitskriterien irgendwelche Konsequenzen für das geltende Recht ziehen lassen. Das ist in der Tat möglich – und zwar vor allem hinsichtlich der oben 2d herausgearbeiteten Besonderheiten bei Kleinbetrieben.

aa) Nach § 10 I LFZG erstatten die zuständigen Krankenkassen solchen Arbeitgebern, „die in der Regel ... nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigen“, 80% des nach § 3 EFZG „an Arbeiter fortgezählten Arbeitsentgelts“ sowie der nach §§ 11, 14 MuSchG an Arbeitnehmerinnen im Schwangerschafts- und Mutterschaftsfall zu leistenden Zahlungen. Die dafür erforderlichen Mittel werden nach § 14 LFZG durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht.

Der Zweck dieses Ausgleichs- und Umlageverfahrens ist, wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend ausgeführt hat, darin zu sehen, „kleine Betriebe vor den schwer kalkulierbaren Risiken der ihnen durch das LFZG auferlegten sozialen Verpflichtungen zu schützen, (wobei) die Regelung davon ausgeht, daß das Risiko der Erkrankung bei solchen Betrieben nicht hinreichend in eine unternehmerische Kostenrechnung einbezogen werden kann“. ²²⁸ Das entspricht den Überlegungen zur Belastungsgerechtigkeit, die oben 2d unter dem Aspekt der „Natur der Sache“ für Kleinbetriebe angestellt worden sind.

Der Gesetzgeber hat nun allerdings diesen Gedanken nicht konsequent zu Ende geführt. Aus Gründen, die teils historisch-zufälliger Art sind, teils auch auf politischer Scheu vor einem Aufgreifen dieser Problematik beruhen mögen, ist der Anspruch aus § 10 I Nr. 1 LFZG nämlich auf Zahlungen an kranke *Arbeiter* beschränkt, während er bei Zahlungen an kranke *Angestellte* nicht gegeben ist. Das folgt schon aus dem klaren Wortlaut der Vorschrift und ist auch durch das EFZG, das eigentlich die Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten bei der Entgeltfort-

²²⁸ So BVerfGE 48, 227, 234; ähnlich BSGE 36, 16, 20; BSG NJW 1974, 2104.

zahlung im Krankheitsfall beseitigen sollten, nicht geändert worden.²²⁹ Da darüber mit den Mitteln der juristischen Methodenlehre *lege artis* nicht hinwegzukommen ist²³⁰, drängt sich auch hier wieder die Frage auf, ob dieser Rechtszustand, der schon auf den ersten Blick überaus befremdlich wirkt, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

bb) Daß das zu verneinen ist, liegt in der Tat geradezu auf der Hand.²³¹ Denn wie sollte es vor dem *Gleichheitssatz des Art. 3 I GG* zu legitimieren sein, daß der Arbeitgeber zwar bei Zahlungen an kranke *Arbeiter*, nicht aber bei solchen an kranke *Angestellte* in den Genuß des Ausgleichsanspruchs aus § 10 I Nr. 1 LFZG kommt ?! Weder ist bei letzteren das Risiko einer Erkrankung generell signifikant niedriger als bei ersteren noch läßt es sich bei ihnen leichter kalkulieren, so daß gemessen am Zweck von § 10 I Nr. 1 LFZG keinerlei sachlich einleuchtender Grund dafür ersichtlich ist, insoweit zwischen Zahlungen an Arbeiter und an Angestellte zu differenzieren. Schon nach der älteren, am Willkürverbot orientierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und erst recht nach der etwas strengeren „neuen Formel“²³² liegt daher ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vor.

Unabhängig davon ist Art. 3 I GG des weiteren auch deshalb verletzt, weil § 10 I Nr. 2 und 3 LFZG dem Arbeitgeber in den Fällen der mutterschutzrechtlich bedingten Zahlungen nach §§ 11, 14 MuSchG den Erstattungsanspruch *ohne* Rücksicht darauf gewährt, ob die betreffende Arbeitnehmerin als Arbeiterin oder als Angestellte tätig ist. Damit zeigt der Gesetzgeber zum einen selbst, daß es auf diese Unterscheidung bei der Entgeltfortzahlung durch Inhaber von Kleinbetrieben nicht ankommen kann, und führt zum anderen einen zusätzlichen Verstoß gegen Art. 3 I GG herbei, indem er insoweit den *Krankheitsfall* ohne irgendeinen sachlich einleuchtenden Grund anders behandelt als den *Schwangerschafts- und Mutterschaftsfall*.

²²⁹ Das ist wohl unstreitig, vgl. z. B. *Schmitt* Entgeltfortzahlungsgesetz, 2. Aufl. 1995, § 10 LFZG Rdn. 20.

²³⁰ Vgl. näher *Canaris* aaO unter I 2 b.

²³¹ Vgl. zum folgenden eingehend *Canaris* aaO unter II 1.

²³² Grundlegend BVerfGE 55, 72, 88.

cc) Außerdem liegt auch eine *Verletzung von Art. 12 I 2 GG in Verbindung mit dem Übermaßverbot* vor.²³³ Daß die gesetzliche Auf-erlegung einer Entgeltfortzahlungspflicht grundsätzlich in den Schutzbereich von Art. 12 I 2 GG fällt, ist oben 3b bb bei Fn. 213 bereits dargelegt worden. Gegen das Übermaßverbot ist im vorliegenden Zusammenhang insofern verstoßen, als ein Ausgleichs- und Umlageverfahren wegen der Verbesserung der Kalkulationsmöglichkeit für die Inhaber von Kleinbetrieben das „mildere Mittel“ im Vergleich zu einer nicht auf diese Weise abgedeckten Entgeltfortzahlungspflicht darstellt. Davon geht ersichtlich auch das Bundesverfassungsgericht aus, indem es den Zweck der §§ 10 I, 14 LFZG darin sieht, den Arbeitgebern die Last, die für sie in der Auferlegung des Risikos einer Erkrankung ihrer Arbeitnehmer liegt, „durch ihre Einbeziehung in eine Ausgleichsgemeinschaft zu erleichtern“.²³⁴

Dogmatisch ist dieser Verfassungsverstoß von der zuvor gerügten Verletzung des Art. 3 I GG völlig unabhängig. Denn auch wenn es kein Ausgleichs- und Umlageverfahren für die Entgeltfortzahlung an kranke Arbeiter gäbe und die Ungleichbehandlung von Zahlungen an diese einerseits und an Angestellte andererseits also entfielen, bliebe es doch dabei, daß ein solches Verfahren bei Kleinbetrieben das „mildere Mittel“ bildet und also vom Gesetzgeber (in dieser oder einer ähnlichen Form) eingeführt werden muß, um einen Verstoß gegen Art. 12 I 2 GG zu vermeiden. Methodologisch ist das hochinteressant, weil hier die „*Natur der Sache*“ wieder einmal auf das positive Recht durchschlägt und den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einengt. Zwar mag dieser bei größeren Betrieben die Freiheit haben, eine arbeitsvertragliche Entgeltfortzahlung ohne kollektives Ausgleichsverfahren zu statuieren – worauf sogleich näher einzugehen sein wird –, doch trifft das für Kleinbetriebe nicht zu, weil mit abnehmender Betriebsgröße sowohl die Kalkulationsschwierigkeit als auch die Gefahr einer rein zufälligen Betroffenheit immer mehr zunimmt.²³⁵ Die Kleinbetriebe bilden daher – wie auch immer der Gesetzgeber sie zah-

²³³ Vgl. zum folgenden eingehend Canaris aaO unter II 2.

²³⁴ Vgl. BVerfGE 48, 227, 236 (Hervorhebung hinzugefügt).

²³⁵ Vgl. näher oben V 2 d.

lenmäßig abgrenzen mag – grundsätzlich eine Gruppe, die durch eine rein arbeitsvertragliche, d.h. in keiner Weise kollektivrechtlich flankierte Entgeltfortzahlungspflicht typischerweise wesentlich stärker belastet wird als die größeren Betriebe. Mißachtet der Gesetzgeber diese Besonderheit, indem er die Schaffung einer entsprechenden Ausnahmeregelung ohne zureichenden Sachgrund versäumt, so verstößt er sowohl gegen das Übermaßverbot als auch gegen Art. 12 I 2 GG in Verbindung mit dem – ebenfalls von Art. 3 I GG umfaßten – *negativen* Gleichheitssatz²³⁶, weil er dann zu Unrecht ungleiche Sachverhalte gleich behandelt.

d) Die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 EFZG auf dem Prüfstand der Verfassung

Wie ich bei der Problematik des Mutterschutzes im Anschluß an die Untersuchung eines Einzelproblems zu der prinzipiellen Frage nach der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit der gesetzlichen Grundkonzeption als solcher übergegangen bin, so drängt es sich auch bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf, über die Erörterung der – fehlerhaft geregelten – Kleinbetriebsproblematik hinauszugreifen und die gesetzliche Lösung, die ja hier ebenfalls die Kosten auf den einzelnen Arbeitgeber abwälzt, im Grundsätzlichen verfassungsrechtlich in Zweifel zu ziehen. In der Tat findet sich im Schrifttum die Ansicht, daß die sogenannte arbeitsvertragliche Lösung, wie sie dem § 3 EFZG zugrunde liegt, grundgesetzwidrig sei.²³⁷ Indessen dürfte diese Konsequenz hier – anders als bezüglich der §§ 11, 14 MuSchG – letztlich wohl doch zu weit gehen.

aa) Prüfungsmaßstab ist wiederum in erster Linie die *Freiheit der Berufsausübung gemäß Art. 12 I 2 GG* und in deren Rahmen die Frage nach einer „*Verantwortungsbeziehung*“ des einzelnen Arbeitgebers zu dem Zweck der verfassungsrechtlich zu prüfenden Regelung²³⁸, d.h. der Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall nach § 3 EFZG.

Eine solche Verantwortungsbeziehung läßt sich hier – anders als bezüglich der Mutterschaft – immerhin ansatzweise bejahen. Das

²³⁶ Vgl. dazu BVerfGE 30, 292, 327; 34, 71, 78 f.; 59, 336, 355; 68, 155, 173.

²³⁷ So Wank *Arbeiter und Angestellte*, 1992, S. 154 ff.; ders. BB 1992, 1993.

²³⁸ Vgl. oben V 3b bb bei Fn. 213.

gilt zunächst unter dem Aspekt der „Veranlassung“. Zwar greift die Entgeltfortzahlungspflicht nach § 3 EFZG unabhängig von der Art der Erkrankung und ihrer Ursache ein (abgesehen von der im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierenden Einschränkung bezüglich eines Verschuldens des Arbeitnehmers), so daß sie keineswegs *nur* berufsbedingte Krankheiten erfaßt, doch ist zu berücksichtigen, daß immerhin ein *erheblicher Teil* der Krankheiten beruflich veranlaßt ist oder zumindest sein könnte. So kann man sich z.B. die Grippe nicht nur im privaten Umfeld, sondern natürlich auch im Betrieb oder auf der Fahrt zur Arbeit in öffentlichen Verkehrsmitteln holen, Herz- und Kreislauferkrankungen, Magenleiden und dgl. können durch beruflichen Streß mitverursacht oder gar ausgelöst werden usw.

Hinzu kommt, daß die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in gewissem Maß auch im Interesse des Arbeitgebers liegt. Ohne sie bestünde nämlich die Gefahr, daß ein Arbeitnehmer nur deshalb trotz Krankheit weiterarbeitet, weil er das Entgelt nicht verlieren will, und sich dadurch gesundheitlich schädigt. Das könnte sich auch zum Nachteil des Arbeitgebers auswirken, da der betreffende Arbeitnehmer dann u.U. längerfristig ausfällt (womit selbstverständlich nichts gegen die Zweckmäßigkeit von „Karenztagen“ zu Beginn einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gesagt ist). Daß eine Regelung – wenn auch nur mittelbar oder in sehr entfernter Weise – gewisse Vorteile für den betroffenen Arbeitgeber mit sich bringen kann, stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Element dar, welches für die Bejahung einer „Verantwortungsbeziehung“ von Bedeutung sein kann.²³⁹

bb) Diese Gesichtspunkte muß man nun in Zusammenhang mit der Tatsache sehen, daß der einzelne Arbeitgeber die Last der Entgeltfortzahlung nur für maximal sechs Wochen – wenngleich u.U. viele Male²⁴⁰ – zu tragen hat; anschließend ist Krankengeld gemäß §§ 44ff. SGB V von den Krankenkassen, also letztlich vom Kollektiv der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu zahlen, und bei sehr langer Krankheitsdauer fällt dieses schließlich sogar ganz weg, so

²³⁹ Vgl. BVerfGE 85, 226, 236.

²⁴⁰ Vgl. dazu sogleich unter cc.

daß das Risiko insoweit allein den Arbeitnehmer trifft. Man kann daher die Abwälzung der Entgeltskosten auf den einzelnen Arbeitgeber für die Sechswochenfrist des § 3 EFZG wohl wie eine Erhöhung seines Beitrags zu den Ausfallkosten betrachten und eine gewisse Legitimation für diese zum einen in dem Anteil beruflich veranlaßter Krankheiten sehen, der sich nun einmal weder kausalitätsmäßig noch rechnerisch exakt erfassen läßt, und zum anderen in dem gewissen Eigeninteresse, das der Arbeitgeber wie gesagt an der Entgeltfortzahlung hat.

Es kommt hinzu, daß dieses Risiko (nach der verfassungsrechtlich gebotenen Erweiterung der Sonderregelung für Kleinbetriebe auf Zahlungen an Angestellte) nur mittlere und große Betriebe trifft und diese es kalkulatorisch einigermaßen gut abfangen können. Dadurch wird die Gefahr einer rein zufallsbedingten Betroffenheit des einzelnen Arbeitgebers stark abgemildert, so daß dieser Einwand an Gewicht verliert.

cc) Ein sehr wesentlicher Unterschied gegenüber den Fällen des Mutterschutzes besteht schließlich darin, daß es im Krankheitsfall *keinen spezifischen Kündigungsschutz* gibt. Ganz im Gegenteil kann die Krankheit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber einen *Grund zu einer Kündigung* bilden, der zu deren sozialer Rechtfertigung i. S. von § 1 II KSchG geeignet ist. Das gilt sogar hinsichtlich der in der Entgeltfortzahlungspflicht liegenden finanziellen Belastung für sich allein²⁴¹, sofern diese für den Arbeitgeber zu einer unzumutbaren Bürde wird, und erst recht für deren Zusammenwirken mit anderen Umständen wie Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs durch häufigen oder mutmaßlich langfristigen Ausfall eines Arbeitnehmers wegen Krankheit und dgl.

Hier gibt es somit ein wichtiges Mittel zu einem einzelfallbezogenen *Schutz des Arbeitgebers vor unzumutbaren Belastungen* durch die Entgeltfortzahlungspflicht aus § 3 EFZG. Freilich muß man darauf achten, daß dieser Ausweg in hinreichender Breite offengehalten und nicht durch eine restriktive Handhabung der Kündigungsmöglichkeit nach § 1 II KSchG unangemessen eingengt wird. Das kann geradezu ein *Gebot verfassungskonformer Auslegung* sein,

²⁴¹ Vgl. z. B. BAG AP Nr. 26 und 27 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit unter II 2 bzw. III 2 der Gründe.

weil anderenfalls ein Verstoß gegen Art. 12 I 2 GG i. V. mit dem Übermaßverbot droht.

dd) Insgesamt ist die arbeitsvertragliche Regelung von § 3 EFZG demgemäß wohl nicht so unausgewogen, daß man sie geradezu als verfassungswidrig bezeichnen muß. Unter reinen *Gerechtigkeitsgesichtspunkten* würde freilich eine sozialversicherungsrechtliche Lösung, bei der das Krankengeld auch für die ersten sechs Wochen voll von den gesetzlichen Krankenkassen getragen und damit von dem Kollektiv der Arbeitgeber und Arbeitnehmer finanziert wird, bei weitem den Vorzug verdienen. Das zeigt sich schon daran, daß die arbeitsvertragliche Lösung nur tragbar ist – und zwar wie dargelegt auch aus verfassungsrechtlichen Gründen! –, wenn man sie durch eine Ausnahmeregelung für Kleinbetriebe abfedert. Die Festlegung, was ein „Kleinbetrieb“ ist, enthält aber zwangsläufig immer ein höchst unerfreuliches Stück von Willkür; so entscheidet derzeit nach § 10 I LFZG die ziemlich beliebig „gegriffene“ Zahl von 20 Arbeitnehmern darüber, ob der Arbeitgeber in den Genuß des Ausgleichs- und Umlageverfahrens nach den §§ 10 ff. LFZG kommt! Außerdem sind die oben aa vorgetragenen Gründe für eine „Verantwortungsbeziehung“ des Arbeitgebers natürlich ziemlich schwach, weil der weit überwiegende Anteil der Krankheitsursachen vermutlich aus dem außerberuflichen Bereich stammt und der Nutzen des Arbeitgebers aus der Entgeltfortzahlung im Vergleich mit deren Nachteilen gering ist, vor allem aber, weil dieser ja ohnehin durch die hälftige Belastung mit den Sozialversicherungsbeiträgen schon zur Tragung dieses Risikos herangezogen wird. Was ungerecht ist, muß indessen angesichts des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers nicht immer zugleich verfassungswidrig sein – und nicht zuletzt zur Demonstration dieses Unterschieds habe ich die vorliegende Problematik näher erörtert.

Im übrigen erscheint das sozialversicherungsrechtliche Modell auch unter *Zweckmäßigkeitsaspekten* bei weitem als vorzugswürdig. Vor allem würde es durch die Erhöhung der Beitragspflichten deutlich offenlegen, wie viel die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wirklich kostet. Zugleich würde es den Arbeitnehmern vor Augen führen, wie viel diese demgemäß für sie als indirekter zusätzlicher Bestandteil ihres Entgelts wert ist. Außerdem könnte

man den Arbeitnehmern auf diesem Wege Wahlmöglichkeiten eröffnen wie z.B. die Alternative zwischen voller Absicherung vom ersten Tag an gegen einen höheren eigenen Beitrag einerseits und einer höhenmäßig beschränkten Entgeltfortzahlung und/oder der Inkaufnahme von Karenztagen gegen einen niedrigeren Beitrag andererseits.²⁴² Derartige Zweckmäßighkeitsüberlegungen liegen freilich vollends außerhalb des Rahmens der verfassungsrechtlichen Prüfung.

4. Fazit

a) *Das Erfordernis einer besonderen Legitimation für die Überbürdung distributiv bedingter Lasten auf Privatrechtssubjekte*

Insgesamt hat sich auch bei der Analyse dieses Fragenkreises das Ergebnis bestätigt, zu dem schon die Untersuchung der beiden zuvor erörterten Problemfelder geführt hat: Es gilt im Privatrechtsrecht ein *Regel-Ausnahme-Verhältnis* zwischen *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva*. Demgemäß dürfen vertragsrechtliche Normen zwar grundsätzlich zur Verwirklichung distributiver Zwecke eingesetzt werden, doch bedarf es dazu einer besonderen Legitimation. Dieses Erfordernis beruht vor allem darauf, daß die Überbürdung distributiv bedingter Lasten auf Privatrechtssubjekte diese meist rein zufällig trifft und eine *Belastung nach dem Zufallsprinzip* grundsätzlich ungerecht, ja u.U. geradezu ein Paradigma für Willkür ist (vgl. oben 2 a). Außerdem droht den betroffenen Privatrechtssubjekten eine *grundlose Schlechterstellung gegenüber anderen Personen oder Gruppen*, insbesondere gegenüber der Gemeinschaft der Steuerzahler (vgl. oben 2 c).

Eine hinreichende Legitimation für die Belastung von Privatrechtssubjekten kann vor allem dort gegeben sein, wo es um das Ziel der *Integration von besonders schutzbedürftigen Personen* wie z.B. von Müttern kurz vor und nach der Entbindung, resozialisierungsfähigen Straftätern, Schwerbehinderten usw. in das Wirtschafts- und Arbeitsleben geht (vgl. oben 2 b). Diesen z.B. einen

²⁴² So mit Recht *Schulin* Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag, 1992, E 129 und Festschr. für Kissel, 1995, S. 1063.

Arbeitsplatz zu sichern oder zu verschaffen, ist nämlich in einer primär privatrechtlich verfaßten Wirtschaftsordnung aufgrund der „Natur der Sache“ grundsätzlich gar nicht anders möglich als dadurch, daß man die damit verbundenen rechtlichen Lasten anderen Privatrechtssubjekten wie den Arbeitgebern auferlegt. Das ist sozusagen ein Preis für die privatrechtliche Verfaßtheit der Wirtschaftsordnung und den damit verbundenen weitgehenden Verzicht auf eine Staats- und Planwirtschaft. Zugleich liegt darin ein Legitimationsgrund dafür, daß hier u. U. eine Belastung nach dem Zufallsprinzip in Kauf genommen werden muß. Verfassungsdogmatisch tritt darin eine gewisse *Sozialpflichtigkeit der Privatautonomie* in Erscheinung; auch die Sozialpflichtigkeit des Eigentums kann ja zu zufallsbedingten Grundrechtsbeschränkungen führen, weil es aus der Sicht des Eigentümers häufig in der Tat einfach nur „Pech“ ist, daß gerade seine Sache z. B. dem Natur- oder Denkmalschutz unterliegt.

Grundlegend anders als in derartigen Fällen, in denen es um die Aufrechterhaltung oder Erlangung des „Status“ einer Vertragspartei geht, liegt es bei der *Auferlegung rein finanzieller Lasten* (vgl. oben 2 c). Denn diese können von der „Natur der Sache“ her genauso gut von anderen wie vor allem dem Fiskus, aber z. B. auch der sozialversicherungsrechtlichen Solidargemeinschaft getragen werden, so daß ihre Abwälzung auf einzelne Privatrechtssubjekte erst in letzter Linie in Betracht kommt und einer besonders überzeugungskräftigen Legitimation durch eine spezifische Verantwortungs- oder Zurechnungsbeziehung oder dgl. bedarf (vgl. oben 2 c, insbesondere unter bb).

Wie stets bei der Auferlegung von Lasten ist es ein elementares Gebot der Verteilungsgerechtigkeit, auf die *Belastungs- und Leistungsfähigkeit der betroffenen Privatrechtssubjekte* Rücksicht zu nehmen. Diese ist aufgrund der „Natur der Sache“ bei *kleinen Unternehmen* i. d. R. wesentlich geringer als bei mittleren und großen, so daß für jene wegen des Gebots, Ungleiches nach Maßgabe der Unterschiedlichkeit ungleich zu behandeln, u. U. Ausnahmeregelungen getroffen werden sollten. Eine solche kann insbesondere in einer Kollektivierung des Risikos durch ein Ausgleichs- und Umlageverfahren oder dgl. bestehen, welches die Kostenlast für die von ihr Betroffenen besser kalkulierbar und preislich abwälzbar

macht und zugleich die Gefahr einer rein zufallsbedingten Belastung stark abmildert (vgl. oben 2 d).

b) Methodologische und verfassungsrechtliche Konsequenzen

Derartige Überlegungen zur Belastungsgerechtigkeit sind nicht nur von rein rechtspolitischer Relevanz, sondern können auch *Konsequenzen für das positive Recht* haben – sei es für dessen Auslegung und Fortbildung nach den Regeln der juristischen Methodenlehre oder sei es im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung. So führt z.B. die Unterscheidung zwischen der Erlangung eines vertraglichen „Status“ und eines finanziellen Anspruchs im Eingangsbeispiel der lügenden Schwangeren zu der differenzierenden Lösung, daß diese zwar Partei des Arbeitsvertrags wird und insbesondere den Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG erhält, jedoch aufgrund einer teleologischen Reduktion nicht in den Genuß der Zahlungsansprüche gegen den Arbeitgeber aus §§ 11, 14 MuSchG kommt (vgl. oben 3 a).

Darüber hinaus dürfte sich die Belastung des Arbeitgebers mit diesen Ansprüchen ganz allgemein aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht halten lassen, weil es an der erforderlichen Verantwortungsbeziehung des einzelnen Arbeitgebers für die Zwecke des Mutterschutzes fehlt und daher ein Verstoß gegen Art. 12 I 2 GG vorliegt, der im Anschluß an die zutreffende neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen einer älteren Entscheidung auf diese Problematik anzuwenden ist; außerdem liegt eine unzulässige Sonderabgabe vor, die gegen Art. 3 I GG verstößt (vgl. oben 3b bb und cc). Auch die Besonderheiten von Kleinbetrieben haben sich als verfassungsrechtlich relevant erwiesen; denn es hat sich gezeigt, daß der derzeitige Rechtszustand bei der Entgeltfortzahlung an kranke Angestellte, auf die das Ausgleichs- und Umlageverfahren nach §§ 10 I, 14 LFZG keine Anwendung findet, sowohl mit Art. 3 I GG als auch mit Art. 12 I 2 GG unvereinbar ist (vgl. oben 3 c).

Freilich führt bei weitem nicht jeder Verstoß gegen die Gerechtigkeitskriterien, die für die Überbürdung von distributiv bedingten Lasten auf Privatrechtssubjekte maßgeblich sind, zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit, wie am Beispiel der „arbeitsvertraglichen“ Lösung des Problems der Entgeltfortzahlung im Krank-

heitsfall gemäß § 3 EFZG gezeigt worden ist (vgl. oben 3 d). Darin bestätigt sich die – an sich ohnehin selbstverständliche – Einsicht, daß zwischen Gerechtigkeitserwägungen einerseits und positivrechtlichen Konsequenzen andererseits eine tiefgreifende Differenz besteht, die nur – aber immerhin! – in besonders gelagerten Ausnahmefällen mit Hilfe des Instrumentariums der juristischen Methodenlehre oder durch den Rückgriff auf die Verfassung überwunden werden kann.

VI. Vom Nutzen der Philosophie für die Jurisprudenz

1. Die fortdauernde Fruchtbarkeit der Unterscheidung zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva für das Privatvertragsrecht

Aktuelle Probleme des geltenden Rechts unter dem Aspekt einer so altehrwürdigen Unterscheidung wie derjenigen zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva zu diskutieren, stellt grundsätzlich ein heikles Unterfangen dar. Im Rückblick darf man jedoch feststellen, daß es sich als fruchtbar erwiesen hat. Zwar lassen sich mit den beiden aristotelischen Gerechtigkeitsformen leider nicht alle Probleme angemessen einordnen, so daß eine Ergänzung durch andere Kategorien wünschenswert erscheint²⁴³, doch hat sich die alte Zweiteilung jedenfalls für die vorliegende Thematik weitgehend bewährt. Das gilt in mehrfacher Hinsicht.

a) Die Präzisierung der Fragen nach dem Verhältnis von Vertrag und Gerechtigkeit

Der Ruf nach (mehr) Vertragsgerechtigkeit erschallt immer wieder. Was darunter zu verstehen ist, bleibt dabei jedoch meist im dunkeln – und das umso mehr, je emphatischer er erhoben wird.²⁴⁴ Aber auch dort, wo vergleichsweise substantiiert über die Problematik der Vertragsgerechtigkeit gesprochen wird, spielt die Unterscheidung zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva häufig keine oder allenfalls eine marginale Rolle.²⁴⁵ Gleichwohl kann sie zumindest insofern Wesentliches zur Klärung beitragen, als sie eine Präzisierung der einschlägigen Fragen sehr erleichtert.

²⁴³ Vgl. oben II 1 d bb.

²⁴⁴ Charakteristisch *Zweigert* „Rechtsgeschäft“ und „Vertrag“ heute, Festschr. für Rheinstein, 1969, Bd. II S. 503 f.; kritisch dazu *Canaris* (1993) S. 882.

²⁴⁵ Charakteristisch *von Mehren* (1982) S. 64, wo „views of social and economic justice“ bei der Erörterung der „contractual justice“ ohne weiteres beiseite gelassen werden, als gehörten sie von vornherein gar nicht zu diesem Thema.

aa) Mit besonderer Deutlichkeit hat sich das bei der Erörterung der Frage gezeigt, wie sich eine auf den Prinzipien der Privatautonomie und des Wettbewerbs aufbauende Vertragsordnung als solche zu den Anforderungen der Gerechtigkeit verhält. Wenn letztere gegen erstere ins Feld geführt werden, liegen der Kritik nämlich häufig, obgleich meist unausgesprochen oder gar unbewußt, spezifisch distributive Vorstellungen zugrunde – und in der Tat ist eine Überprüfung der Vertragsordnung unter diesen Aspekten eine unabweisbare Aufgabe.²⁴⁶ Daß diese nicht allein oder auch nur primär mit Hilfe derjenigen Kriterien gelöst werden kann, welche – wie z.B. die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses, das subjektive Äquivalenzprinzip und dgl. – die Diskussion über die Austauschgerechtigkeit bzw. die ausgleichende Gerechtigkeit im Verhältnis der Parteien untereinander prägen²⁴⁷, liegt auf der Hand. Vielmehr müssen hierfür folgerichtig spezifische Postulate der *iustitia distributiva* wie vor allem die nach Leistungs-, Bedürfnis- und Chancengerechtigkeit thematisiert werden, was indessen bisher, soweit ersichtlich, gänzlich vernachlässigt worden ist.

Dieser Ansatz hat einen doppelten Vorzug. Zum einen läßt sich nämlich bei genauerer Analyse zeigen, daß eine auf Privatautonomie und Wettbewerb aufbauende Vertragsordnung auch die Erreichung distributiver Ziele fördert – und zwar nachgerade in erstaunlich hohem Maße.²⁴⁸ Zum anderen aber trägt die Herausarbeitung der distributiven Defizite, welche eine solche Vertragsordnung zwangsläufig aufweist, wesentlich dazu bei, deren Überforderung durch falsche Erwartungen zu vermeiden. Zugleich lassen sich dadurch die Bereiche näher eingrenzen, in denen andere Mittel wie vor allem diejenigen des Steuer- und des Sozialrechts zur Verwirklichung distributiver Ziele einzusetzen sind.

bb) Ob in deren Dienst auch Normen des Privatrechts gestellt werden dürfen oder gar sollen, ist eine weitere Frage, für deren Erörterung die Unterscheidung zwischen *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* überaus hilfreich, um nicht zu sagen unerlässlich ist. Denn während die Statuierung von Normen, welche die Aus-

²⁴⁶ Vgl. oben IV 1.

²⁴⁷ Vgl. dazu oben IV 2.

²⁴⁸ Vgl. oben IV 3 und 4.

tauschgerechtigkeit bzw. die ausgleichende Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien gewährleisten sollen, eine genuine, ja zentrale Aufgabe des Privatrechts ist, droht diesem eine Überfremdung oder gar Denaturierung, wenn mit seiner Hilfe distributive Postulate *unmittelbar* – d.h. nicht lediglich durch die systemimmanenten allgemeinen Wirkungen des Markt- und Wettbewerbssystems, sondern durch eine gezielte Instrumentalisierung des Vertragsrechts – durchgesetzt werden. Demgemäß besteht dafür, wie sich gezeigt hat, ein *besonderer* Legitimationsbedarf.²⁴⁹

Das gilt nicht nur unter Gerechtigkeitsaspekten, sondern kann geradezu ins Verfassungsrecht durchschlagen und demgemäß nicht nur auf der rechtsphilosophischen, sondern sogar auf der positivrechtlichen Ebene Relevanz erlangen²⁵⁰, wobei insbesondere das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Erfordernis einer spezifischen „Verantwortungsbeziehung“ zwischen dem betroffenen Privatrechtssubjekt und dem Zweck der belastenden Regelung eine wesentliche Rolle spielt.²⁵¹ Themenkreise wie die arbeitsvertragsrechtliche (Teil-)Lösung des Mutterschutzes und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall haben sich in dieser Hinsicht als besonders heikel erwiesen.²⁵² Auch die – in dieser Abhandlung ausgesparte – Problematik des Schutzes der Wohnungsmieter verdient eine nähere Analyse unter dem Blickwinkel, inwiefern sie distributiver Natur ist und einer entsprechenden Legitimationsprüfung standhält.

b) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen iustitia commutativa und iustitia distributiva im geltenden Vertragsrecht sowie seine Gründe und seine Konsequenzen

aa) Nach einer verbreiteten Ansicht ist „die ausgleichende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts“.²⁵³ Das hat sich im Laufe der Untersuchung zwar für das Vertragsrecht nicht

²⁴⁹ Vgl. oben V 2 a cc.

²⁵⁰ Vgl. oben V 3.

²⁵¹ Vgl. BVerfGE 77, 308, 337; 85, 226, 236 f.; vgl. dazu näher oben V 3 b bb.

²⁵² Vgl. dazu oben V 3 a, b und d.

²⁵³ So Radbruch (1956) S. 126; ähnlich z. B. Adomeit (1992) S. 103.

uneingeschränkt bestätigt, doch hat sich noch weniger die – bisher ohnehin eher vereinzelt gebliebene – Gegenposition bewährt, welche die austeilende Gerechtigkeit im Vertragsrecht grundsätzlich gleichrangig und gleichgewichtig auf eine Stufe mit der ausgleichenden Gerechtigkeit stellt.²⁵⁴ Herauskristallisiert hat sich vielmehr ein deutliches Regel-Ausnahme-Verhältnis mit einem grundsätzlichen Vorrang der ausgleichenden Gerechtigkeit bei erheblichen Ergänzungen und Korrekturen durch die austeilende Gerechtigkeit.

Das gilt für alle drei einschlägigen Problemfelder. Hinsichtlich der Frage nach der Bindung der *Privatrechtssubjekte selbst* an die Postulate der *iustitia distributiva* ist es geradezu evident, daß sie nur, aber immerhin für besonders gelagerte Konstellationen wie z.B. den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu bejahen ist.²⁵⁵ Auch bezüglich der *Vertragsordnung als solcher* hat sich gezeigt, daß sich neben ihrem – selbstverständlichen – Bezug auf die Austauschgerechtigkeit bzw. die ausgleichende Gerechtigkeit²⁵⁶ auch weitreichende, wenngleich nicht unmittelbar angezielte Übereinstimmungen mit distributiven Postulaten finden.²⁵⁷ Was schließlich die *Normen* des Vertragsrechts angeht, so sind diese zwar ebenfalls in erster Linie kommutativ geprägt, können aber auch zur Erreichung distributiver Zwecke eingesetzt werden, wie vor allem an den Beispielen des Mutterschutzes, der Entgeltfortzahlung an kranke Arbeitnehmer und der Privatrechtswirkung einer Tilgung von Vorstrafen näher dargelegt worden ist.²⁵⁸

bb) Den Hauptgrund dafür, daß die Erfüllung distributiver Postulate durch das geltende Vertragsrecht nur Ausnahmecharakter hat, bildet naheliegenderweise die *Dominanz der Vertragsfreiheit*. Diese kann zwar ohne korrespondierende Gewährleistung der Austauschgerechtigkeit bzw. der ausgleichenden Gerechtigkeit – insbesondere ihrer prozeduralen Grundlagen – nicht angemessen verwirklicht werden²⁵⁹, steht jedoch zu den Postulaten der austei-

²⁵⁴ So vor allem *Kronman* (1980) S. 498 ff.; ähnlich *Collins* (1992) S. 65.

²⁵⁵ Vgl. dazu oben III 1 und 3.

²⁵⁶ Vgl. dazu oben IV 2.

²⁵⁷ Vgl. oben IV 3 und 4.

²⁵⁸ Vgl. oben V 1 a – c.

²⁵⁹ Vgl. dazu oben IV 2.

lenden Gerechtigkeit grundsätzlich jedenfalls dann in Widerspruch, wenn diese von der Rechtsordnung unmittelbar, also nicht nur als willkommener Nebeneffekt angestrebt werden; denn dadurch wird den Vertragsparteien bzw. einer von ihnen die Verwirklichung bestimmter inhaltlicher Ziele vorgegeben – und eben das ist grundsätzlich unvereinbar mit dem Prinzip der Selbstbestimmung, für die die Möglichkeit zur freien, u.U. geradezu willkürlichen Definition selbstgesetzter Zwecke essentiell ist.

Hinzu kommt, daß die Belastung von Privatrechtssubjekten mit der Erfüllung distributiver Aufgaben meist weitgehend nach dem *Zufallsprinzip* erfolgt. Der Arbeitgeber, bei dem sich eine lügende Schwangere um einen Arbeitsplatz bewirbt – um noch einmal das Ausgangsbeispiel zu bemühen –, hat eben „Pech gehabt“, wenn ihm die Rechtsordnung nunmehr die Lasten des Mutterschutzes auferlegt. Dadurch wird nicht nur die Austauschgerechtigkeit zugunsten von – insoweit gegenläufigen – Postulaten der Verteilungsgerechtigkeit hintangesetzt, sondern auch diese selbst beeinträchtigt, indem der betroffene Arbeitgeber nicht nach spezifischen Kriterien der Belastungsgerechtigkeit, sondern durch die mehr oder weniger zufälligen Abläufe des wirtschaftlichen und sozialen Geschehens, also u.U. geradezu willkürlich bestimmt wird. Es ist somit nicht nur der Gegensatz zum Freiheitsprinzip, sondern auch die Gefahr von Kollisionen auf der Gerechtigkeitsebene selbst, was der Verwirklichung distributiver Postulate durch das Vertragsrecht entgegensteht und diese zu einer Ausnahmeerscheinung macht.

Andererseits aber kann es für solche Ausnahmen gute Gründe geben. So ist z.B. eine effiziente Wiedereingliederung von Straftätern in die Gesellschaft nun einmal nur dann möglich, wenn diese ihre Vorstrafe (auch) im Privatrechtsverkehr verschweigen dürfen²⁶⁰, und der Schutz werdender Mütter vor einem Verlust ihres Arbeitsplatzes läßt sich nicht anders gewährleisten als dadurch, daß die Rechtsordnung das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränkt.²⁶¹ Darin liegt, wie schon gesagt, ein „Preis“ dafür, daß der Staat die Wirtschaft nicht in die eigene Hand nimmt, sondern sie in weitem Umfang den Privatrechtssubjekten überläßt.

²⁶⁰ Vgl. oben 2 b cc.

²⁶¹ Vgl. oben V 2 b aa.

Die Auffassung, daß die *iustitia distributiva* gänzlich aus dem Vertragsrecht (oder gar dem Privatrecht) zu verbannen sei, widerspricht somit nicht nur der *lex lata*, sondern erweist sich auch als rechtsphilosophisch unfundiert.

cc) Als Konsequenz ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* in erster Linie, daß die Verwirklichung distributiver Postulate mit Hilfe des Privatvertragsrechts grundsätzlich einer *besonderen Legitimation* bedarf und die *Argumentationslast* folglich denjenigen trifft, der für diesen Weg plädiert. Andere Regelungsmöglichkeiten wie vor allem diejenigen des Steuerrechts zum einen und des Sozialrechts zum anderen sind nämlich meist wesentlich besser als das Vertragsrecht dazu geeignet, distributive Ziele zu erreichen.²⁶² So greift eine steuerliche Belastung wegen ihres rein finanziellen Charakters i.d.R. weit weniger intensiv in die Verhältnisse der Betroffenen ein als eine Beschränkung ihrer Privatautonomie²⁶³ und vermeidet außerdem das damit allzu oft verbundene Zufallselement. Letzteres gilt *mutatis mutandis* auch für den Einsatz des Sozialrechts, weil dieses ziemlich zielgenau, ja oft geradezu punktuell und individuell Unterstützung gewähren kann, wohingegen privatrechtliche Regelungen häufig eine viel zu breite Streuwirkung haben, also z.B. Nichtbedürftigen ebenso zugute kommen wie Bedürftigen usw.

Diese Überlegungen zum Legitimationserfordernis und zur Argumentationslast haben nun freilich primär nur Bedeutung auf der rechtspolitischen Ebene. Bei einer besonderen Zuspitzung der Problematik können sie jedoch auch für das geltende Recht relevant werden – sei es im Rahmen der Rechtsfindung und -fortbildung nach den Regeln der juristischen Methodenlehre oder sei es im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung. Das ist oben für den arbeitsvertraglichen Mutterschutz näher ausgeführt und

²⁶² Demgemäß wird in diesem Zusammenhang häufig für einen Vorrang des Steuerrechts plädiert, jedoch i. d. R. in zu undifferenzierter Weise und ohne die notwendige Einschränkung, daß ein ergänzender Einsatz des Privatvertragsrechts auf manchen Problemfeldern unerlässlich ist; vgl. z. B. *Fried* (1981) S. 106; *Lucy* (1989) S. 147.

²⁶³ Die Einwände von *Kronman* (1980) S. 501 ff. überzeugen nicht, weil sie zu stark auf Sonderkonstellationen abstellen, statt die typischen Situationen in den Mittelpunkt der Argumentation zu rücken.

auch für die arbeitsvertragliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eingehend erörtert worden.²⁶⁴ Andere Problemfelder erscheinen ebenfalls als diskussionsbedürftig. So hat das heutige Recht der Wohnungsmiete, das durch die Kombination des weitreichenden Kündigungsschutzes nach den §§ 556a, 564b BGB und der Beschränkung der Möglichkeit zu Mieterhöhungen durch das MHG mit der rigiden 20%-Grenze von § 5 II WiStG für Neu- und Erstvermietungen zu besonders drastischen Einschränkungen der Privatautonomie führt²⁶⁵, seine verfassungsrechtliche Feuerprobe noch keineswegs bestanden. Bei einer solchen wird es nicht nur um eine Prüfung am Maßstab der Freiheitsrechte wie vor allem Art. 14 und 12 GG (hilfsweise Art. 2 I GG) in Verbindung mit dem Übermaßverbot gehen, wobei das – wiederholt erwähnte – Erfordernis einer spezifischen „Verantwortungsbeziehung“ des Vermieters für die mit dem Mieterschutz verfolgten Ziele auch hier eine Rolle spielen könnte, sondern auch um die Heranziehung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 I GG gemäß der „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts; denn beim Mieterschutz in seiner heutigen Form handelt es sich weitgehend um die Verfolgung spezifisch distributiver Zwecke, und daher stellt sich dringend die Frage, warum die daraus folgenden Belastungen allein vom Kreis der Vermieter zu tragen sind, während die übrigen Staatsbürger und Steuerzahler, die ihr Geld nicht in die Errichtung von Mietwohnungen, sondern z.B. in die Schaffung von gewerblich genutzten Mietobjekten investiert oder in Aktien, Anleihen und dgl. angelegt haben, von den mit der Wohnungsproblematik verbundenen Lasten gänzlich verschont bleiben.

2. „Vera philosophia“?

Was war das Ziel meines Vortrags? In erster Linie ging es mir natürlich um die Erörterung einiger juristischer Probleme, die vielleicht auch für Nichtjuristen von einem gewissen Interesse sein könnten, weil in ihnen Grundstrukturen unserer Rechtsordnung

²⁶⁴ Vgl. oben V 3 b und d.

²⁶⁵ Vgl. dazu zuletzt *Emmerich* Auf dem Weg in den Sozialismus, Festschr. für Mestmäcker, 1996, S. 989 ff.

sichtbar werden. Zugleich wollte ich zeigen, daß uralte rechtsphilosophische Gedanken sich auch heute noch als fruchtbar erweisen und – was mir noch weitaus wichtiger erscheint – nicht lediglich von rein philosophischem Interesse, sondern u.U. auch von Bedeutung für die Arbeit am geltenden Recht sind. Das mag zugleich als kleiner Beitrag zur Beantwortung der Frage verstanden werden, warum auch solche Juristen, deren wissenschaftliches Tätigkeitsgebiet primär das positive Recht bildet, einen Platz in der „philosophisch-historischen“ Klasse einer Akademie haben.

So könnte ich versucht sein, *Ulpian*s berühmten Satz zu bemühen, wonach die Jurisprudenz „vera philosophia“ ist,²⁶⁶ doch muß ich gerade aus unserer Mitte den Einwand gewärtigen, daß darin möglicherweise ein beträchtliches Stück Berufspropaganda steckt.²⁶⁷ Deshalb halte ich mich lieber an einen unverdächtigen Zeugen wie den Philosophen *Julius Ebbinghaus* – einen einsamen Kantianer in dürftiger Zeit, der mit *Kant* auch eine besondere Affinität zur Jurisprudenz teilt. Anfang der 50er Jahre hat er gesagt, jede Wissenschaft solle „es meiden, vom Baume der Philosophie zu essen“ mit Ausnahme der Theologie und der Jurisprudenz, „nicht weil sie der Philosophie bedürfen, sondern deswegen, weil sie zu einem Teile selber zur Philosophie gehören“.²⁶⁸ Ähnlich hat unlängst *Ronald Dworkin*, korrespondierendes Mitglied unserer Akademie, pointiert bemerkt: „It is my view, in fact, that law is in large part philosophy“.²⁶⁹ In der Tat enthält die Arbeit am geltenden Recht nicht selten zugleich ein Stück praktischer Philosophie. Darin liegt einer der Hauptgründe dafür, daß diese Tätigkeit, trotz der Vergänglichkeit und nationalen Begrenztheit ihres Gegenstandes, Freude machen kann.

²⁶⁶ Vgl. D. 1, 1, 1, 1.

²⁶⁷ Vgl. D. *Nörr* *Iurisperitus sacerdos*, Festschr. für Zepos, 1973, Bd. I S. 570f.; vgl. zu dem Wort *Ulpian*s im übrigen eingehend *Waldstein* (1996) S. 59ff. sowie *Römische Rechtswissenschaft und wahre Philosophie*, Index 22 (1994) S. 31 ff.

²⁶⁸ Vgl. *Ebbinghaus* *Gesammelte Schriften* Bd. 3, 1990, S. 525.

²⁶⁹ Vgl. *Dworkin* *Law, Philosophy and Interpretation*, ARSP 80 (1994) S. 475.

Verzeichnis des abgekürzt zitierten Schrifttums

- Adomcit, Klaus* Rechts- und Staatsphilosophie Band I: Antike, 2. Aufl. 1992
- Alexander, Larry/Wang, William* Natural Advantages and Contractual Justice, Law and Philosophy Vol. 3 (1984) 281
- Aristoteles* Nikomachische Ethik, Ausgabe des Akademieverlags, 1956, übersetzt und kommentiert von *Dirlmeier*, hier zit. nach der Lizenzausgabe der Wissensch. Buchgesellschaft, 7. Aufl. 1979
- Benn, Stanley/Peters, Richard* Social Principles and the Democratic State, 7. Aufl. 1969
- Bien, Günther* Gerechtigkeit bei Aristoteles, in *Höffe, Otfried* (Hrsg.) Aristoteles Die Nikomachische Ethik, 1995, 135
- Böhm, Franz* Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966) 75
- Brunner, Emil* Gerechtigkeit, 1943
- Bydlinski, Franz* Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988
- derselbe* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991
- derselbe* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab kraft Sach- und Systemzusammenhangs, Festschr. für Mayer-Maly, 1996, 107 (1996 a)
- derselbe* System und Prinzipien des Privatrechts, 1996 (1996 b)
- Campbell, Tom D.* Justice and the Law of Contract, Rechtstheorie Beiheft 11 (1991) 209
- Canaris, Claus-Wilhelm* Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, Festschr. für Lerche, 1993, 873
- Coleman, Jules L.* Risks and Wrongs, 1992
- Collins, Hugh* Distributive Justice through Contracts, Current Legal Problems Vol. 45 (1992) 49
- derselbe* The Law of Contract, Second Edition, 1993
- Dreier, Ralf* Recht – Staat – Vernunft, 1991
- Engisch, Karl* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971
- Fikentscher, Wolfgang* Wirtschaftsrecht, 1983
- Finnis, John* Natural Law and Natural Rights, 1980
- Fried, Charles* Contract as a promise, 1981
- Gauthier, David* Morals by Agreement, 1986
- Gordley, James* Equality in Exchange, 69 Cal. L. Rev. (1981) 1587
- derselbe* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, 1991

- Hart, Herbert Lionel A. Der Begriff des Rechts, deutsche Ausgabe, 1973
 von Hayek, Friedrich A. Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2, 1981
 Henkel, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977
 Hoffe, Otfried Politische Gerechtigkeit, 1987
 Hoffmann, Roland Verfahrensgerechtigkeit, 1992
 Hoppmann, Erich Moral und Marktsystem, ORDO 41 (1990) 3
 Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958
 Huster, Stefan Rechte und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993
- Kant, Immanuel Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, 1797, hier zitiert nach der Ausgabe der Königlich-preussischen Akademie der Wissenschaften Bd. VI
- Kaufmann, Arthur Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989
 Kerber, Walter/Westermann, Claus/Spörlein, Bernhard in Franz Böckle u.a. (Hrsg.) Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilband 17, 2. Aufl. 1981, S. 46 ff.
 Koller, Peter Die Idee der sozialen Gerechtigkeit, Gedächtnisschr. für Tammelo, 1984, S. 97
 Koslowski, Peter Ethik des Kapitalismus, 4. Aufl. 1991
 Kriele, Martin Kriterien der Gerechtigkeit, 1963
 Kronman, Anthony T. Contract Law and Distributive Justice, Yale Law Journal 89 (1980), 281
 Küster, Otto Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit, nach Aristoteles, Festschr. für Raiser, 1974, S. 541
- Larenz, Karl Richtiges Recht, 1979
 Lucy, W.N.R. Contract as a Mechanism of Distributive Justice, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 9 (1989) 132
- von Mehren, Arthur A general view of contract, in International Encyclopedia of Comparative Law Vol. VII, 1982
 Miller, David Social Justice, 1976
- Nef, Hans Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941
- Perelman, Chaim Über die Gerechtigkeit, 1967
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956
 Raiser, Ludwig Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948) 75
 Rawls, John Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975
 Röhl, Klaus F. Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung, 1992
 derselbe Allgemeine Rechtslehre, 1995
- Salomon, Max Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, 1937

Tammelo, Ilmar Theorie der Gerechtigkeit, 1977

del Vecchio, Giorgio Die Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1950

Waldstein, Wolfgang Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles,

Cicero und Ulpian, Festschr. für Mayer-Maly, 1996, 1

Walzer, Michael Sphären der Gerechtigkeit, 1992

von Weizsäcker, Carl Christian Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit – ein Widerspruch? in: *Rahmsdorf/Schäfer* (Hrsg.) Ethische Grundlagen der Wirtschafts- und Rechtsordnung, 1988, 23

Zacher, Hans F. Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, Festschr. für Wannagat, 1981, 715

derselbe Sozialrecht und Gerechtigkeit, Festschr. für Maihofer, 1988, 669

derselbe Verfassung und Sozialrecht, Festschr. für Dürig, 1990, 67

Zippelius, Reinhold Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1994

Zöllner, Wolfgang Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1992