

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 225

Vorenthaltung und Verpflichtung

**Philosophische Ansichten der Austauschgerechtigkeit
und ihr rechtshistorischer Hintergrund**

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

JAN DIRK HARKE

Vorenthaltung und Verpflichtung

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 225

Vorenthaltung und Verpflichtung

Philosophische Ansichten der Austauschgerechtigkeit
und ihr rechtshistorischer Hintergrund

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-11640-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Sassá und Nicky

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	9
§ 1 Aristoteles	11
I. Die <i>iustitia correctiva</i> im Vertragsrecht	11
II. Der antike Schuldvertrag als Zweckverfügung	16
III. Vorenthaltung als Quelle der Vertragsgerechtigkeit	23
§ 2 Cicero	26
I. Freiheit der Willensbildung als Richtigkeitsgewähr	26
II. Der Verpflichtungsakt als Rechtsquelle	30
§ 3 Thomas von Aquin	34
I. Die <i>iustitia commutativa</i> im Vertragsrecht	34
II. Die Verkürzungsanfechtung	38
III. Die privatautonome Entscheidung für die <i>communis utilitas</i>	41
§ 4 Hobbes	44
I. Der Vorrang vertraglicher Satzung	44
II. Vertragsgerechtigkeit als fiktiver Parteiwille	48
III. Eine konsequente Willentheorie	50
§ 5 Kant	52
I. Vertragliche Verpflichtung als Bereicherung	52
II. Vertragsgerechtigkeit durch Bereicherungsverbot?	59
§ 6 Fichte	64
I. Vertragliche Verpflichtung als Produkt staatlicher Zuteilung	64
II. Vertragsgerechtigkeit durch <i>iustitia distributiva</i>	71
§ 7 Hegel	72
I. Der Austauschvertrag als Eigentumsrespekt	72
II. Die Verkürzungsanfechtung als Anomalie	78

III. Mit der Phänomenologie in die vorrömische Antike	80
§ 8 Marx	82
I. Warenaustausch statt Eigentumsrespekt.....	82
II. Die Abkehr von der Verkürzungsanfechtung.....	86
III. Das antike Vertragsmodell als kapitalistisches Muster	87
§ 9 Max Weber	89
I. Vertragsfreiheit und Preisgerechtigkeit als Ziele in der Kontraktsgesellschaft	89
II. Austauschgerechtigkeit als Fremdkörper im Vertragsrecht.....	95
§ 10 Ergebnisse und Folgerungen.....	98
I. Vertragsgerechtigkeit und Vertragsmodell.....	98
II. Abschied von der <i>iustitia commutativa</i>	102

Einleitung

Philosophische Ansichten der im privaten Vertragsrecht wirksamen Gerechtigkeit, allen voran die aristotelisch-thomistische Lehre der *iustitia correctiva sive commutativa*, werden gewöhnlich ohne Rücksicht auf ihren rechtshistorischen Kontext, zuweilen gar mit Bezug auf die moderne Vertragsrechtsordnung behandelt. Ein solches Verfahren ist selbstverständlich zulässig, birgt aber die Gefahr, daß das Anliegen des Philosophen verkannt, seine Lehre für eine Auffassung in Anspruch genommen wird, die sich aus ihr gar nicht ergeben soll. Um dieser Gefahr zu entgehen, werde ich im folgenden ausgesuchte philosophische Ansichten der Vertragsgerechtigkeit vor den Hintergrund der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und ihren Fortschritt in der Erkenntnis des Vertrags als Rechtsquelle stellen.

Spreche ich von Rechtsquelle, darf dies nicht zu dem Mißverständnis führen, hier interessiere die Frage, ob ein Vertrag verbindende Wirkung schon als solcher oder nur kraft seiner Anerkennung durch Gesetz oder Satzung einer Rechtsgemeinschaft hat. Das Verhältnis von individuellem Rechtsgeltungsanspruch und seiner Akzeptanz durch die Rechtsgenossenschaft wird im folgenden nur am Rande, nämlich dort berührt, wo der Vertrag als Gesellschaftskontrakt selbst Konstruktionsmittel für die Rechtsgemeinschaft ist. Statt um die Rolle des Vertrags als Rechtsautorität geht es in dieser Untersuchung um die vorgelagerte Frage, ob die Verabredung über einen Leistungsaustausch, sei es allein, sei es in Verbindung mit einer vorrangigen Rechtsmasse, überhaupt geeignet ist, eine rechtliche Ordnung für die beteiligten Individuen hervorzubringen. Die positive Antwort hierauf ist uns heute so selbstverständlich, daß sie im Regelfall auch bei der Beschäftigung mit philosophischen Betrachtungen des Vertrags vorausgesetzt wird. Die solchermaßen erzielten Ergebnisse leiden jedoch unter einem Geburtsfehler, wenn der Philosoph, dessen Werk untersucht wird, gar nicht von der rechtsschöpfenden Wirkung eines Vertrags ausgeht. Daß der Vertrag selbst ein rechtliches Ordnungsschema für die Vertragspartner hervorbringen kann, ist als rechtswissenschaftliche Erkenntnis zwar alt, hat sich gerade in philosophischen Ansichten des Privatrechts aber erst spät und keineswegs nachhaltig durchgesetzt. Das Gegenmodell, das für den modernen Juristen nahezu undenkbar ist, war in der Philosophie noch bis in das 19. Jahrhundert am Werke. Seine Beständigkeit verdankt es seiner Verbindung mit dem Leitbild der philosophischen Analyse des Privatrechts: Aristoteles' Lehre der beiden Gerechtigkeitsarten.

Die Auswahl der untersuchten Werke ist so willkürlich wie bei jedem Thema, das sich wegen der Fülle des Stoffs eigentlich der monographischen Bearbeitung entzieht. Auswahlkriterium war, daß der jeweilige Autor sich zum Vertragsrecht nicht nur beiläufig geäußert hat, Philosoph, kein Jurist und sein Werk prägend für die europäische Rechtsgeschichte war. Von dieser ohnehin schon sehr vagen Regel bin ich in drei Fällen sogar noch abgewichen: bei Cicero und Max Weber, die zwar keine regelrechten Juristen, aber auch keine Philosophen waren, bei Fichte, dessen Schriften auf die Rechtsentwicklung so wenig Einfluß hatten wie auf die sonstige Geistesgeschichte. Mit Cicero habe ich mich gleichwohl beschäftigt, weil sich in seinem Werk der Stand der Philosophie in der römischen Antike niederschlägt. Max Weber findet Berücksichtigung, weil er sich ausführlich mit unserem Thema beschäftigt hat und eine Trennung seiner Lehre von der Hegels und Marx' künstlich wäre. Die frühen Arbeiten von Fichte sind schließlich deshalb von besonderem Interesse, weil sie ein wesentliches Ergebnis der Beschäftigung mit den anderen Schriftstellern vorwegnehmen.

§ 1 Aristoteles

I. Die *iustitia correctiva* im Vertragsrecht

Ursprung der traditionellen Lehre von der Austauschgerechtigkeit ist das Werk Aristoteles', ihre maßgebliche Quelle seine Nikomachische Ethik. Hier entwirft Aristoteles eine Gerechtigkeitslehre, die weitaus differenzierter als die der großen Ethik ist. Er unterscheidet nicht nur zwischen der allgemeinen, gesetzlichen und der besonderen Gerechtigkeit. Er teilt auch die besondere Gerechtigkeit in zwei, vermutlich in Auseinandersetzung mit den Lehren der Pythagoreer¹ entwickelte Formen, deren mathematischer Ausdruck die arithmetische und die geometrische Gleichheit sind. Die geometrische Gleichheit ist Vorbild und Maßstab der austeilenden Gerechtigkeit (*dikaion dianemetikon*), später durchaus treffend *iustitia distributiva* genannt. Sie bestimmt das Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern. Gerechtes Handeln bedeutet hier nicht schlichte Gleichbehandlung, sondern Zuteilung nach Würdigkeit, also gerade nicht ohne, sondern in Ansehung der Personen: Nur wer gleich würdig ist, darf gleiche Zuteilung erwarten. Sind zwei Personen ungleich würdig, müssen sie auch ungleich behandelt werden. Als formales Verteilungsmuster ist die *iustitia distributiva* nicht inhaltlich festgelegt. Das Ergebnis, das sie auswirft, hängt von einer wertenden Vorgabe, nämlich davon ab, wie man die Würde bestimmt. Aristoteles nennt als Beispiel die unterschiedlichen Kriterien, welche die Vertreter dreier Staatsformen anwenden: Die Demokraten bestimmen die Würdigkeit aus der Freiheit, die Oligarchen aus Reichtum oder adliger Abkunft, die Aristokraten schließlich aus der Leistung des einzelnen.²

Eine solche Varianz im Ergebnis ist bei der an arithmetischer Gleichheit ausgerichteten anderen Form der Gerechtigkeit ausgeschlossen. Sie wirkt ohne Ansehung der Person und damit für alle Mitglieder einer Gemeinschaft nicht nur im Maßstab, sondern auch im Resultat gleich. Aristoteles nennt sie die korrigie-

¹ Manthe, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, SZ 113 (1996) 1ff., 8ff., 27f.

² NE 1131a.