ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrech und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Ernst Steindorff und Professor Dr. Peter Ulm

Verlagsgesellschaft
Recht und Wirtschaft mbH
Heidelberg

© Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg. Printed in Germany.
Satz und Druck: Buch- und Offsetdruckerei Decker & Wilhelm, 6056 Heusenstamm.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt, gespeichert oder verbreitet werden.

REZENSIONSABHANDLUNG

Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen

Zur Fragwürdigkeit ihrer Re-Dogmatisierung*

Von Professor Dr. Gunther Teubner, M.A. Bremen/Florenz

ZHR 146 (1982) 625–642

I.

In der neueren Zivilrechtsdogmatik mehren sich die Versuche, das Recht der vertraglichen Geschäftsgrundlage zu re-dogmatisieren, und zwar in dem Sinne, daß die Geschäftsgrundlage als eigenständige Rechtsfigur abgeschafft oder jedenfalls ihr Anwendungsbereich drastisch eingeschränkt werden soll[1]. Die Rechtsprechungsentwicklung zur Geschäftsgrundlage, in der sich die Expansion der Generalklausel des § 242 BGB besonders dramatisch gezeigt hat, wird zunehmend als Fehlentwicklung eingeschätzt. Es sei nicht gelungen, sie durch Funktionsdefinition, Fallgruppenbildung und tatbestandliche Verfestigung rechtstheoretisch und rechtsdogmatisch ausreichend zu präzisieren. Um diese Fehlentwicklung zu korrigieren, plädiert man für eine Tendenzwende: erst durch die Rückeingliederung in das System des BGB, durch die Subsumtion unter klassische Rechtsfiguren (und allenfalls deren vorsichtige Weiterentwicklung) werde die Geschäftsgrundlagenproblematik dogmatisch kontrollierbar.[2] Als Kandidaten bieten sich folgende Rechtsfiguren an: ergänzende Vertragsauslegung und die Irrtumsregeln, das allgemeine Leistungsstörungsrecht, besonders das Unmöglichkeitsrecht und die Risikoverteilungsregeln der gesetzlich geregelten Vertragstypen. Tatsächlich werden in zahlreichen Varianten und Kombinationen die entsprechenden Lösungen der Geschäftsgrundlagenprobleme vorgeschlagen.

Nur vordergründig geht es dabei um Systematisierungsinteressen der Rechtsdogmatik, um Vermittlungsnotwendigkeiten der Rechtsdidaktik und um Disziplinierungsbedürfnis-

---

* Zugleich eine Besprechung von *Aristide Chiotellis:* Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München 1981.

1 Dezidiert *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960; Bd. I, S. 135 ff., *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979, § 26; *E. Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 378 ff.; *Brox*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 918, 2; *Rothoeft*, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968; *ders.*, Faktoren der Risikoverteilung bei privatautonomen Handeln, AcP 170 (1970), S. 230 ff.; *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969; *Medicus*, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, Festschrift für Flume, Köln 1978 Bd. I, S. 629 ff.; *ders.* Bürgerliches Recht, Rz. 151 ff; *Nicklisch*, Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre, BB 1980, 949; *Litthaski*, Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage 1981, 8; zurückhaltender *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, 5. Aufl. 1976, 924.

2 Gerade umgekehrt argumentiert *Canaris*, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395 ff., der die flexible Lösung der Geschäftsgrundlage der starren Regelung der §§ 459 ff. vorzieht.

se der in Treu und Glauben ausgeuferten Kommentarliteratur.[3] Hintergründig geht es um mehr: die bedrohliche Unbestimmtheit der Geschäftsgrundlage auszuschalten – und dies in durchaus selektiver Weise. Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit sollen dadurch gesteigert werden, daß man ganz an die begrifflichen Dispositionen einzelner zivilrechtlicher Rechtsfiguren anschließt und ihre Wertungsgrundlagen möglichst ausschließlich als Argumentationsbasis benutzt. Die eigentliche Funktion einer solchen Re-Dogmatisierung ist es, richterliche Entscheidungen so vorzustrukturieren, daß die Anzahl juristisch zugelassener Argumente drastisch beschränkt wird. Ohne Zweifel beeinflußt diese Argumentationsverkürzung auch die Qualität der Ergebnisse.

Wenn man etwa, wie Medicus es vorschlägt, Geschäftsgrundlage im wesentlichen auf ergänzende Vertragsauslegung umstellt, dann wird die Relevanzordnung möglicher Argumente in ganz bestimmter Weise vorweg festgelegt[4]. Ganz in den Vordergrund tritt dann die Suche nach Anhaltspunkten für tatsächliche Wünsche und Absichten der konkreten Vertragsparteien. Betont wird das hypothetische Weiterdenken der konkreten Vereinbarung auf den Störungsfall hin. Eher in den Hintergrund treten dagegen generelle Erwägungen zur Risikoverteilung und Risikoabsorption oder Überlegungen zu einem fairen Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern aus der Sicht einer dritten Instanz[5]. Als eigentlich illegitim müssen erst recht Argumente erscheinen, die sich auf einen „Lastenausgleich" zwischen den von der Grundlagenstörung betroffenen gesellschaftlichen Gruppen beziehen[6]. Gänzlich ausgeschlossen aus der Reihe juristisch zulässiger Argumente sind mit Selbstverständlichkeit Fragen der politischen Regelungs- und Steuerungsinteressen des Staates[7]. Was hat Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik mit ergänzender Vertragsauslegung zu tun, selbst wenn man diese mit einer neueren Lehre als eher „objektivierend" oder „normativ" versteht?

Das Beispiel macht schon deutlich, welche Gegenposition mit den hier vorgetragenen Überlegungen bezogen werden soll: Eine solche Re-Dogmatisierung verfehlt die gesellschaftliche Funktion der Generalklausel des § 242 BGB im allgemeinen, und die der Geschäftsgrundlage im besonderen. Wenn es richtig ist, daß der Generalklausel von Treu und Glauben neben dem Schutz der Vertragsmoral zunehmend Aufgaben des Institutionen- und Gesamtordnungsschutzes zugewachsen sind[8], dann kann man nicht mehr eine vor-

3 Anders *Jürgen Schmidt* in: Staudinger, 12. Aufl., § 242, 871, der die Frage eigenständiges Rechtsinstitut oder Ausgliederung ins BGB nur als „formales Vorgehen" der Argumentation bezeichnet.

4 So ausdrücklich *Medicus* (Fn 1), S. 637, dem es darum geht „dem Vertragsprinzip durch Berücksichtigung des Parteiwillens so weit wie möglich Geltung zu verschaffen".

5 Wie sie etwa neuerdings von *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979, herausgearbeitet werden.

6 Etwa *Kegel*, Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 135 ff., Tübingen 1953.

7 Ein solcher „wirtschaftsrechtlicher" Ansatz der Geschäftsgrundlage ist systematisch von *Ulmer*, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), S. 167 ff., herausgearbeitet worden. In allgemeinerer Perspektive *Steindorff*, Legal Consequences of State Regulation, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. XVII, Kapitel 11; *Dubischer*, in: Alternativkommentar zum BGB, 1980, vor GG 241 ff., 36 ff.

8 So trotz aller Divergenzen im theoretischen Ansatz *Ludwig Raiser*: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria, 1963, S. 145 ff.; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), S. 235 ff.; *Rehe*, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1978, S. 109 m. w. N.; *Steindorff*, Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum ius summa iniuria, 1963, S. 58 ff.; *ders.*, (Fn 7), Rz. 93; *Wiethölter*, Rechtswissenschaft Frankfurt 1969, S. 197.

schnelle Präzisierung der Unbestimmtheit durch Dogmatisierung wollen, sondern muß das genaue Gegenteil anstreben: Steigerung von Unbestimmtheit[9]. Denn gerade die Unbestimmtheit erlaubt den notwendigen Kompromiß zwischen Wirklichkeitsanpassung und Erwartungskonstanz, der „lernendes Recht" ermöglicht. Wenn es weiter richtig ist, daß in den Geschäftsgrundlagefällen Systemkonflikte aufbrechen zwischen der Vertragsordnung und ihren gesellschaftlichen Umwelten, dann bedarf es rechtlicher Abstimmungsmechanismen, die nicht einseitig vertragsrechtliche Lösungen favorisieren, sondern der Zwei- oder Mehrdimensionalität der Konflikte Rechnung tragen. Die These heißt: In einer Zeit *zunehmender Konflikte zwischen gesellschaftlichen Teilsystemen*, insbesondere zunehmender politischer Interventionen des Staates in die Wirtschaft, die zwangsläufig auch bestehende Vertragsordnungen tangieren, genügt der Rekurs auf das reine Vertragsrecht gerade nicht. Nicht eine Einengung, sondern eine Fortentwicklung der Grundsätze zur Geschäftsgrundlage ist dann gefragt, und zwar so, daß sich *Abstimmungsprozesse* von den individuellen Belangen der konkreten Vertragsparteien, Zwecken der speziellen Vertragsordnung, allgemeinen Risikoverteilungsprinzipien, institutionellen Gesichtspunkten, Funktionsprinzipien gesellschaftlicher Teilordnungen und Zielen staatlicher Wirtschaftssteuerung vollziehen lassen[10].

In drei Gedankenschritten soll diese These näher ausgearbeitet werden. Als Ausgangsbasis dient die Arbeit von Chiotellis, eine neuere gründliche Untersuchung zur Geschäftsgrundlage, in der Funktion, Dogmatik und Methodik der Geschäftsgrundlage eingehend analysiert werden. Im ersten Schritt geht es um die Funktion der Geschäftsgrundlage: Was bedeutet es, wenn man – mit Chiotellis – die Geschäftsgrundlage als „materiale Durchbrechungen des Vertrages als formalen Rechtsinstitutes"[11] bezeichnet? Ist es hinreichend, hierfür ein „beschränkt-subjektives Äquivalenzprinzip"[12] als Ordnungsprinzip des BGB anzuführen? Im zweiten Gedankenschritt wird die Dogmatik angesprochen. Chiotellis behauptet, daß sich in der Geschäftsgrundlage eine „Doppellücke" offenbare (Gesetzeslücke und Vertragslücke) und daß von daher das „Versagen gesetzesorientierter und vertragsimmanenter Lösungen" zu erklären sei. Statt dessen müßten das Äquivalenzprinzip und das Unzumutbarkeitsprinzip als materiale Lösungsansätze dienen. Die Frage ist jedoch, ob man mit einer solchen dogmatischen Vorgehensweise der Funktion der Geschäftsgrundlage ausreichend gerecht wird.

Der dritte Gedankenschritt führt zur Methodik der Konkretisierung. Chiotellis verläßt sich auf ein Mischverfahren. Ein Teil der Konstellationen („Geschäftsgrundlagenstörungen im weiten Sinne") soll durch Analogie zu Sachmängel-, Irrtums- und Unmöglichkeitsrecht erledigt werden. Für den Restbestand („Geschäftsgrundlagenstörung im engen Sinne") soll die „deutende Funktion des konkreten Rechtsverhältnisses" einspringen, die eine Konkretisierung des abstrakten Äquivalenzprinzips und des ebenso unbestimmten Unzumutbar-

9 Zu einer genaueren Ausarbeitung dieses Programms *Teubner* in: Alternativkommentar zum BGB, 1980, § 242.

10 *Teubner* (Fn 9), 93 ff.

11 *Chiotellis* (**), S. 14 ff.

12 S. 18 ff.

keitsprinzips leisten soll[13]. Wie ertragreich ist eine solche Methode, um den Abstimmungserfordernissen von Vertrag und Umwelt, insbesondere im Hinblick auf wirtschaftspolitische Eingriffe des Staates gerecht zu werden?

II.

Chiotellis wählt einen fruchtbaren Ausgangspunkt, wenn er als *Funktion der Geschäftsgrundlage* die materialen Durchbrechungen des formalen Vertragsbegriffes definiert[14]. Er kann damit an die Diskussion um die formalen Qualitäten des modernen Vertragsrechts und um neuere Materialisierungstendenzen anknüpfen[15]. Die Frage ist nur, zu welchen Konsequenzen das Verständnis einer Materialität des Vertrages führt und wie die Geschäftsgrundlage im Rahmen solcher Materialisierungstendenzen zu interpretieren ist. An dieser Stelle wartet Chiotellis mit dem Begriff der „beschränkt-subjektiven Äquivalenz" auf, der nicht mehr besagen soll, als daß die privatautonome Bestimmung der Vertragsäquivalenz durch Gesetzesrecht und richterliche Institute beschränkt ist[16]. Die Problematik der Geschäftsgrundlage sei jenseits aller Differenzierungen in einer Störung dieser beschränkt-subjektiven Äquivalenz zu sehen, was eine einheitliche Behandlung und Bewertung aller Geschäftsgrundlagenfälle erfordere.

Mit solchen Aussagen steht man jedoch erst noch am Anfang der Analyse. Der Begriff der „beschränkt-subjektiven Äquivalenz" reduziert den Begriff der Materialisierung des Vertrages vorschnell auf die allzu einfache Dichotomie von privater Selbstbestimmung und staatlicher Intervention (Gesetzes- und Richterrecht)[17]. Erst wenn man ein hinreichend komplexes Verhältnis eines materialen Vertragsbegriffs, vergleichbar der Analyse „antiformaler Tendenzen" im modernen Privatrecht durch Max Weber, voraussetzen kann, erschließt sich die aktuelle Funktion der Generalklausel des § 242 BGB und in deren Rahmen die Funktion der Geschäftsgrundlage.

Denn erst dann werden die durch sehr unterschiedliche Interessen vermittelten strukturellen Ursachen der Materialisierung des Vertrages sichtbar („Marktinteressen", „soziale Klasseninteressen", „soziale Forderungen der Demokratie", „Wohlfahrtsbürokratie", „interne Standesideologie der Juristen")[18]. Deutlich werden auch ihre durchaus ambivalenten gesellschaftlichen Konsequenzen und – worauf es in unserem Zusammenhang ent-

13 S. 29 ff. und S. 93 ff.

14 S. 16 ff.

15 Klassisch *Max Weber*, Rechtssoziologie, 1967, §§ 3,5; zur neueren Diskussion vgl. *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), in: *ders.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt/M. 1974, S. 9 ff.; *Ludwig Raiser:* Vertragsfreiheit heute (1958), in *ders.*, Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg/Ts. 1977, S. 38 ff.; *ders.:* Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in *ders.*, a.a.O., S. 62 ff.; *ders.:* Die Zukunft des Privatrechts (1971), in *ders.*, a.a.O., S. 208 ff.; *Kramer, Ernst:* Grundfragen der vertraglichen Einigung, München 1972; *ders.:* Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens, München 1973; *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges:* Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein 1980; *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen, 1981, S. 121 ff.; *Wiethölter*, Entwicklung des Rechtsbegriff, in: *Geßner/Winter*, Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen, 1982, S. 38 ff.

16 *Chiotellis* (*), S. 18 ff.

17 Eingehend zu dieser Kritik *Teubner* (Fn 9) § 242, 18 ff.

18 *Max Weber*, (Fn 15).

scheidend ankommt – die Vielfalt von Orientierungsebenen, auf die sich „Treu und Glauben" nunmehr bezieht. Materialisierung in diesem Sinne bedeutet nicht einfach „Überhandnehmen des richterlichen Interventionismus", in dessen Vollzuge „Gesetzes- und Vertragstreue gegen regulierende, kontrollierende und schließlich bevormundende Richtermacht"[19] eingetauscht wird. Es geht nicht um eine „Verstaatlichung", sondern um eine „Vergesellschaftung" des Vertrages. Es wäre zu eng, den Begriff der Materialisierung bloß für gesetzes- und richterrechtliche Bemühungen, die Vertragsgerechtigkeit wieder herzustellen, zu reservieren, wie es Chiotellis' Begriff der beschränkt-subjektiven Äquivalenz suggeriert. Vielmehr bezeichnet der Begriff umfassender die Versuche, mit rechtlichen Mitteln Folgeprobleme hochgradiger funktionaler Differenzierung zu bearbeiten, nämlich als vertragsinterne Abstimmung und Koordinierung widersprüchlicher gesellschaftlicher Anforderungen an die Vertragsbeziehung. Materialisierung heißt in diesem Sinne, die *Abhängigkeit* vertraglicher Erwartungsstrukturen von vielfältigen nicht-konsensualen Steuerungsmechanismen, darunter auch staatsinterventionistische, sichtbar zu machen und diese *vertragsintern zu koordinieren*[20].

Als für diese Zwecke wenig geeignetes analytisches Konzept sollte man das einfache Konsensmodell der klassischen Rechtsgeschäftslehre, in dem das Schicksal der Vertragsbeziehung primär von den übereinstimmenden Willenserklärungen her interpretiert wird, korrigieren und modernere Vorstellungen des Vertrages als einer verrechtlichten Sozialbeziehung zu Hilfe nehmen[21]. Die Vertragsbeziehung wird dann definiert als ein normativ geordneter Sinnzusammenhang von Handlungen[22], dessen interne Strukturen sich nicht nur von der Normierung durch Parteikonsens, sondern zugleich aus den Anforderungen sehr unterschiedlicher gesellschaftlicher Steuerungsebenen erklären lassen.

Die Funktion des § 242 BGB ist in dieser Sicht, gegenüber den Parteivereinbarungen gesellschaftliche Anforderungen durchzusetzen. Die „nicht-vertraglichen Elemente"[23] des § 242 BGB sind dann nichts anderes als die innervertragliche Umsetzung solcher gesellschaftlicher Umweltanforderungen an den konkreten Vertrag. Sie sind Erwartungsstrukturen des Systems „Vertrag", die von drei unterschiedlichen Ebenen der Systembildung her gesteuert werden: (1) der persönlichen Beziehungsebene der konkreten Vertragspartner *(„Interaktionsebene")*; (2) der den Einzelvertrag übergreifenden Ebene von Markt und Organisation („Institutionen-Ebene"); (3) der gesamtgesellschaftlichen Ebene des Zusammenspiels von „Politik", „Wirtschaft", „Recht" *(„Gesellschaftsebene")*[24]. Die Formel von

19 *Esser*, § 242 BGB und die Privatautonomie, JZ 1956, 555 ff., 556.

20 Zu dieser Sicht der Generalklausel ausführlich *Teubner* (Fn 9), passim.

21 Hier handelt es sich um ganz unterschiedliche theoretisch fundierte Vorstellungen: Vertrag als „Institution" (*Ludwig Raiser*, Fn 8, S. 147); als „Organismus" (*Siber*, Schuldrecht, 1931, S. 1); als „Gefüge und Prozeß" (*Larenz;* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977, § 2 V); als „vertraglich ausgearbeiteter Plan" (*Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1975–1976, § 3 III).

22 Vgl. *Parsons/Smelser;* Economy and Society, 1956, S. 104 ff., 143 ff.

23 *Durkheim*, Über die Teilung der sozialen Arbeit, Frankfurt 1977, Kapitel 7, dazu aufschlußreich in rechtssoziologischer Perspektive *Röhl*, Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages in: Festschrift Schelsky 1978, S. 325 ff.; *Köndgen*,(Fn 15), S. 144 ff.

24 Dies schließt an, an eine Differenzierung von *Luhmann*, Interaktion, Organisation, Gesellschaft in: Soziologische Aufklärung II, Opladen 1975, S. 9 ff.

„Treu und Glauben" ist dann als Verweisung auf diese drei Systembildungsebenen zu verstehen, als Transformation von deren Steuerungsimpulsen und ihre rechtsspezifische Abstimmung für vertragsrechtliche Entscheidungen.

Anders als im klassischen Verständnis lassen sich heute die drei Ebenen nicht mehr als selbstgesteuert und die Integration dieser drei Ebenen nicht mehr als vom „anständigen Vertragspartner" moralgesteuert verstehen (so aber noch die Vorstellung von *Durkheim*). Vielmehr wird es heute zum Problem, ob und inwieweit auf allen drei Ebenen (Interaktion, Organisation, Gesellschaft) Selbststeuerung funktioniert und wie die Abstimmung zwischen den drei Ebenen zu bewältigen ist. Und dies macht exakt die aktuelle Problematik der „materialisierten" Generalklausel des § 242 BGB aus: die *„Kompatibilisierung"* widersprüchlicher gesellschaftlicher Anforderungen an die konkrete Vertragsbeziehung. In diesem Sinne kann man von einer „Vergesellschaftung" des Rechts in den Generalklauseln sprechen *(Ladeur)*, von einem Einbruch des „gesellschaftlichen Chaos" *(Struck)* in das Vertragsrecht.[25] Die okkasionelle Abstimmung von Systemkonflikten, die vom Vertragsrecht her gesehen „zufällig" und deshalb nicht generell beherrschbar sind – dies ist die aktuelle Konkretisierungsaufgabe der Generalklausel.

Mit dieser Unterscheidung dreier Steuerungsebenen, die ihre je eigenen Anforderungen an den Vertrag stellen, läßt sich nun auch ein vertieftes Verständnis der Geschäftsgrundlagenproblematik finden, das sich nicht damit begnügt, diese als bloße Störungen der beschränkt-subjektiven Äquivalenz zu definieren. Geschäftsgrundlage hat es mit der dritten der genannten Steuerungsebenen zu tun, der gesamtgesellschaftlichen Umwelt des Vertrages, deren Anforderungen ebenfalls die innere Vertragsstruktur beeinflussen. Gemeint sind die *gesellschaftlichen Funktionssysteme* „Politik", „Wirtschaft", „Familie", „Kultur", „Religion", zu denen die einzelne „private" Vertragsordnung in vielfältigen Wechselbeziehungen steht. Mit steigender funktionaler Differenzierung steigert sich die Autonomie der Teilsysteme, zugleich aber auch ihre Interdependenzen, verstärken sich die Eigengesetzlichkeiten der Teilsysteme, zugleich aber auch die Friktionen, Widersprüche, Konflikte zwischen ihnen. Von dieser Dynamik können Vertragssysteme nicht unberührt bleiben. Zwar fungieren Verträge durch ihre normative Festlegung von Zukunftsrisiken als Interdependenzunterbrechungen, sozusagen als Inseln der Stabilität in einem Meer von Turbulenzen. Von einer bestimmten Schwelle der Umweltstörungen an („Zumutbarkeit") aber bedarf es gewisser *Abstimmungsmechanismen*, die die Vertragsordnungen an die sich wandelnden gesellschaftlichen Umwelten anpassen. Ob es nun persönliche Gewissensanforderungen, strikte religiöse Gebote, politische Steuerungsvorgaben, Funktionsbedingungen des Währungssystems oder wirtschaftslenkende Maßnahmen sind: die Vertragsordnung kann nicht unbegrenzt auf dem Vorrang des individuellen Parteikonsens bestehen. Wegen ihrer hochgradigen Unbestimmtheit ist gerade die Generalklausel geeignet, solche Abstimmungen mit gesellschaftlichen Unsicherheiten, mit ständig wechselnden und miteinander konfligierenden Anforderungen zu leisten.

In dieser Sicht erschließt sich die Funktion der Geschäftsgrundlage im Rahmen eines „materialen Vertragsbegriffs". Mit den Regeln zur Geschäftsgrundlage hat die Rechtsprechung versucht, Störungen und drastische Veränderungen der Vertragsumwelt in bezug auf die innere Vertragsordnung zu verarbeiten und das Vertragsgefüge den veränderten Umweltbedingungen anzupassen. Die ursprüngliche „formale" Konzeption des BGB hatte die Vertragsordnung gegen Umweltstörungen weitgehend immunisiert. Prinzip war die *„rechtliche Einflußlosigkeit der Interessenänderung" (Jhering)*[26], wodurch vertraglich vereinbarte Leistungspflichten auch dann rechtlich stabil blieben, wenn in der Umwelt drastische Verschiebungen eingetreten waren. Erst die „Unmöglichkeit" der Leistung erlaubte es, Umweltveränderungen auch innervertraglich zu berücksichtigen. Die einfach konturierten, von dem Interesse an Verkehrssicherheit und Praktikabilität diktierten Regeln des Unmöglichkeitsrechts verlegen die Schwelle der Vertragsanpassung außerordentlich hoch[27]. Der bewußte Verzicht des BGB auf die gemeinrechtliche Figur der „clausula rebus sic stantibus" bzw. auf die Lehre einer „Voraussetzung" *(Windscheid)* beruht natürlich auch auf sozialmodelltheoretischen Prämissen. Ein solcher normativer Rigorismus der Vertragsordnung setzt eine berechenbare geordnete Umwelt voraus: Funktionierende Marktbedingungen, stabile politische Umstände, ein auf punktuelle Interventionen verzichtender Staat, eine im Ganzen stabile Geldwährung sind die Voraussetzungen dafür, daß dieser Rigorismus eine marktadäquate Verteilung der Vertragsrisiken hervorbringt.[28]

Materialisierungstendenzen in der Rechtsprechung brachten dann das Rechtsinstitut der Geschäftsgrundlage zur Geltung. In der in den zwanziger Jahren voll einsetzenden Rechtsprechungswelle zur Geschäftsgrundlage reflektiert sich der Einbruch des „gesellschaftlichen Chaos" in das Vertragsrecht. Nach den Erfahrungen des Weltkriegs, der Kriegswirtschaft und der Inflation wurden Vorstellungen relativ stabiler Vertragsumwelten nachhaltig diskreditiert. Die spektakuläre Aufwertungsrechtsprechung des RG stärkte eine Rechtsentwicklung, die in der Konsolidierung eines über § 242 BGB entwickelten gänzlich neuen Rechtsinstituts endete[29]. „Geschäftsgrundlage" sind nach ständiger Rechtsprechung, die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut[30]. Die Anknüpfung der Rechtsprechung an diese subjektive Formel in der Nachfolge *Oertmanns* war allerdings nur verbal. In der Sache lehnt die Rechtsprechung eine dogmatische Ausformung mehr oder weniger offen ab und unternimmt eine umfassende *„Interessenabwägung"*.[31] Sie findet ihre Kriterien im Vertrag, in den Parteierwartungen, im Vertragszweck, in Äquivalenzvorstellungen, insbesondere über das Ausmaß der Störung, aber auch in Begleitumständen, in der gesellschaftlichen Rolle der Vertragsparteien, in deren wirtschaftlichen Situation, in der allgemeinen wirtschaftlichen Lage, in wirtschaftsverfassungrechtlichen Prinzipien und in sozialstaatlichen Erwägungen[32]. Doch lassen sich auch Tendenzen zur Einschränkung umfassender Inter-

25 *Ladeur*, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, Leviathan, 3 (1979), S. 339 ff.; *Struck*, Ungleichzeitigkeit im Zivilrecht, DuR 10 (1982), S. 259 ff.

26 *Ihering*, Der Zweck im Recht I, 1884, S. 76

27 *Koller* (Fn 5), S. 9 ff.

28 Siehe *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 520.

29 Seit RGZ 103, 332; BGHZ 25, 392.

30 BGH DB 1979, 352.

31 *Palandt-Heinrichs*, 41 A. 1982, § 242, 6Bf.

32 Vgl. die Analyse von *Wieacker*, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus, Festschrift für Wilburg 1965, S. 239 ff.; *Koller*, (Fn. 5), S. 44 ff.

essenabwägung registrieren. In manchen Entscheidungen kommt deutlich zum Ausdruck, daß über eine tatbestandliche Verfestigung eine „innere" Dogmatisierung der Geschäftsgrundlage angestrebt wird.[33]

III.

Damit ist schon der zweite Gedankenschritt eingeleitet: Welche *dogmatische Systematisierung* wird der eben definierten Abstimmungsfunktion der Geschäftsgrundlage gerecht? Die Alternativen sind bekannt: Anknüpfung an und vorsichtige Weiterbildung von überkommenen zivilrechtlichen Rechtsfiguren (Irrtum, Unmöglichkeit, ergänzende Vertragsauslegung, Sachmängel- und Risikoverteilungsvorschriften des besonderen Schuldrechts) oder Fortentwicklung des eigenständigen Rechtsinstituts der Geschäftsgrundlage im Rahmen des § 242 BGB, wobei sich für diese Alternative die Frage der inneren Dogmatisierung, der Differenzierung, der Typenbildung und der tatbestandlichen Verfestigung stellt[34].

Chiotellis entwickelt hierzu die interessante Vorstellung einer „Doppellücke", deren Nichtberücksichtigung zu einem „Versagen" der rein gesetzesorientierten und der vertragsimmanenten Lösungen führt[35]. Eine Störung der Geschäftsgrundlage offenbare sowohl eine Vertragslücke, da die Parteien eine vertragliche Regelung des Störungsfalles planwidrig versäumt haben, als auch eine Gesetzeslücke, da das BGB – aus heutiger Sicht des beschränkt-subjektiven Äquivalenzprinzips – planwidrig unvollständig sei. Diese Vorstellung einer Doppellücke führt Chiotellis zu einer Kritik sowohl rein gesetzesorientierter als auch rein vertragsimmanenter Lösungen. Gesetzliche Lösungen (Orientierung am Irrtumsrecht, am dispositiven Gesetzesrecht im besonderen Schuldrecht) seien zu einseitig, da sie die Vertrags-Lücke-Natur vernachlässigten. Ebenso einseitig sei aber auch die an ergänzender Vertragsauslegung orientierte Lösung, da sie entweder die Gesetzes-Lücke-Natur übergehe oder aber unter dem Deckmantel des hypothetischen Parteiwillens unzulässige und unkontrolliert außerhalb des Parteiwillens liegende Gesichtspunkte einführe. Erst wenn beide Betrachtungsweisen sinnvoll miteinander kombiniert würden, seien Lösungen im Rahmen des beschränkt-subjektiven Äquivalenzprinzips möglich, die die Einseitigkeit der beiden anderen Lösungen vermeiden[36].

Man kann dieser Kritik im Prinzip zustimmen. In der Tat führt die dogmatische Reduktion der Geschäftsgrundlage auf Vertrag oder Gesetz, jedenfalls wenn sie wirklich konsequent durchgehalten wird, zu nicht akzeptablen Einseitigkeiten und Verkürzungen der Argumentation. Die Kritik geht aber noch nicht weit genug. Wenn die Dogmatik der Geschäftsgrundlage der Abstimmungsfunktion der Generalklausel gerecht werden soll, dann müssen die begrifflichen Vorentscheidungen so getroffen werden, daß sie die Mehrdimensionalität des Systemkonflikts einfangen können. M. a. W., *die Rechtsdogmatik der Generalklausel muß die Eigengesetzlichkeiten, Funktionsanforderungen und Leitprinzipien der vertraglichen Umwelten gegenüber Vertrag und Gesetz systematisch zur Geltung bringen können.*

33 In dieser Richtung BGHZ 81, 298.
34 Zu dieser und den damit zusammenhängenden Alternativen *Staudinger – Jürgen Schmidt*, § 242, 855.
35 *Chiotellis* (*), S. 24 ff.
36 S. 29 ff.

Aus dieser Sicht sind die genannten Dogmatisierungstendenzen in der Literatur kritisch zu beurteilen, weil sie die Abstimmungsfunktion der Generalklausel dadurch restringieren, daß sie die Geschäftsgrundlage allein auf den Parteiwillen oder das dispositive Gesetzesrecht zurückführen und entsprechend den Systemkonflikt nicht mehr systematisch abbilden. Entsprechendes gilt für die „innere Dogmatisierung", in der durch tatbestandliche Verfestigung die Flexibilität und Offenheit der Geschäftsgrundlage eingeschränkt wird.[37] So hat der Versuch, die Geschäftsgrundlage stärker an die ergänzende Vertragsauslegung anzubinden oder gar voll durch diese zu ersetzen[38], durchaus seine Verdienste, weil er in Abkehr von allgemeinen Formeln die Risikostruktur des konkreten Vertrages in die Interessenabwägung einbringt. Fragwürdig daran ist aber die Tendenz, den (hypothetischen) Parteiwillen zum alleinigen oder auch nur zum vorrangigen Entscheidungskriterium zu machen. Damit verfehlt man gerade die Besonderheit des zumindest zweiseitigen Systemkonflikts und löst ihn einseitig aus der Perspektive der Vertragsordnung. Meist jedoch läuft dies Verfahren letztlich auf die subkutane Einführung heteronomer Wertungen hinaus[39]. Kritisch zu beurteilen ist aber auch die Auflösung der Geschäftsgrundlage in die Vertragstypen des dispositiven Gesetzesrechts, von denen behauptet wird, ihnen lasse sich eine Risikoverteilung für die problematischen Fälle entnehmen[40]. Es ist zwar richtig, daß gegenüber generellen Normierungen der Geschäftsgrundlage das Abstellen auf den Vertragstyp Topoi für die Interessenabwägung liefern kann.[41] Jedoch verfehlt auch dieses Vorgehen die Notwendigkeit der Abstimmung mit der vertraglichen Umwelt.

Aus dieser Sicht wird aber auch der mittlere Weg, den Chiotellis mit seiner dogmatischen Lösung einzuschlagen versucht, fragwürdig[42]. Chiotellis wendet sich einerseits entschieden gegen Re-Dogmatisierungsversuche, gegen rein gesetzesorientierte und/oder vertragsimmanente Lösungen. Jedenfalls für den Kernbereich der Geschäftsgrundlage („im engen Sinne")[43] sei ein „gesetzesüberschreitender Schritt"[44] nötig: Gesichtspunkte seien aus dem Äquivalenzprinzip, dem Unzumutbarkeitsprinzip, dem ganzen Arsenal der zu § 242 BGB entwickelten Rechtsfiguren und der „deutenden Funktion des konkreten Rechtsverhältnisses" zu gewinnen[45]. Chiotellis kommt aber andererseits den Re-Dogmatisierungstendenzen entgegen, wenn er zwischen die Figuren des klassischen Vertragsrechts und der Geschäftsgrundlage noch eine dritte Rechtsfigur einschiebt: die Einzelanalogie zu den gesetzlichen Vorschriften („Geschäftsgrundlage im weiten Sinne")[46]. Argumentiert man von der Abstimmungsfunktion der Geschäftsgrundlage her, so erscheint die je gewählte Einzelana-

37 BGHZ 81, 298.
38 *Medicus* (Fn 1), S. 629 ff.; *Nicklisch* (Fn. 1); Skeptisch zu diesen Versuchen *Beuthien* (Fn 1), S. 52 f.; *Köhler*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971, S. 156 ff.; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966, S. 54 ff.; skeptisch auch *Flume* (Fn 1), § 26, III, der sich dann aber ausführlich selbst dieser Methode bedient.
39 Vgl. die treffende Kritik von *Koller* (Fn 5), S. 36.
40 *Flume* (Fn 1), § 26, V.
41 Vgl. BGHZ 74, 373.
42 *Chiotellis* (*), S. 29 ff.
43 S. 47.
44 S. 34.
45 S. 35 ff.
46 S. 46.

logie „zufällig" und wenig geeignet, den Konflikt Vertrag/Umwelt systematisch zu erfassen. Aufhebenswert bleibt freilich auch hier der Gedanke, im Rahmen einer Gesamtabwägung Wertungsgesichtspunkte zur Risikoverteilung aus dem vertragstypischen Recht oder aus der allgemeinen gesetzlichen Regelung zu gewinnen, aber eben – und darauf kommt es an – nur als Teilaspekt.

Das Abstimmungsproblem von Vertrag und Umwelt wird dagegen von Fikentscher berücksichtigt, wenn er eine umfassende Interessenabwägung fordert, um die Risikozurechnung festzulegen[47]. Auf dieser Linie liegt auch der Ansatz von Koller, der die Notwendigkeit der Einbeziehung „objektiver", vertragsunabhängiger Abwägungstopoi betont. Auf die objektiven Risikoverteilungsgesichtspunkte „abstrakte Beherrschbarkeit", „Absorption von Störungen" und „arbeitsteilige Veranlassung", die er allesamt explizit aus einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Konzeption herleitet, stützt Koller seine Lösungsvorschläge[48]. An dieser durchaus plausiblen Konzeption ist aber problematisch, daß Koller diese Topoi mehr oder weniger exklusiv zur Benutzung empfiehlt. Damit reduziert er aus überzogenen Ansprüchen an Rechtssicherheit und Praktikabilität die einschlägigen wirtschafts- und sozialpolitischen Wertungsgesichtspunkte und ist letztlich gezwungen, andere Abwägungstopoi entgegen der eigentlichen Konzeption doch wieder einzuführen[49].

Am konsequentesten entspricht die Position von Ulmer der Abstimmungsfunktion der Generalklausel, da er für die Geschäftsgrundlage eine *wechselseitige Abstimmung von Vertragszwecken und politischen Steuerungszielen* in Fällen der Vertragsstörung durch wirtschaftslenkende Maßnahmen fordert[50]. Bei „lenkungsbedingten" Störungen solle die Interessenabwägung nicht nur die vertraglichen Interessen der Parteien und das Ausmaß von deren Störung berücksichtigen, sondern daneben auch den mit der staatlichen Maßnahme verfolgten *Lenkungszweck* für die Bestimmung der Rechtsfolge beachten[51]. Mit Blick auf die „Zukunft des Privatrechts" (L. Raiser) und unter Berufung auf die „Politik des Gesetzes" (Steindorff) formuliert Ulmer seine gewiß provozierende These das Zivilrecht auf den Zweck wirtschaftsrechtlicher Normen auszurichten[52].

Damit ist der zur Zeit vielleicht wichtigste Aspekt der Gesellschaftsabhängigkeit des Vertrages angesprochen: Ziele der Wirtschaftspolitik als „nichtvertragliche Elemente" des Vertrages (Durkheim), die – sofern rechtlich verbindlich – über die Generalklauseln in die Vertragsordnung hineintransformiert werden. Die hier vorgetragene Konzeption der Geschäftsgrundlage im besonderen und der Generalklausel im allgemeinen sieht wirtschaftspolitische Lenkung jedoch nur als einen Spezialfall möglicher Konflikte zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Umwelten. Sie legt die Generalisierung nahe. Nicht nur in Fällen wirtschaftspolitischer Lenkung, sondern auch in anderen Konstellationen der Geschäftsgrundlage müssen die *Leitprinzipien und Eigengesetzlichkeiten des vertragsstörenden Umweltsystems und die Zweck- und Risikostruktur des Einzelvertrages in einer umfassenden Interessenabwägung aufeinander abgestimmt werden*[53].

47 *Fikentscher, Wolfgang*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München 1971, S. 35, 43.

48 *Koller* (Fn 5), S. 207 ff.

49 S. 77, vgl. auch die Kritik von *Weitnauer*, ZHR 146 (1982), S. 188 ff.

50 *Ulmer* (Fn 7).

51 S. 194.

52 *Ludwig Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts (Fn 15); *Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift für Larenz, S. 217 ff., München 1973; *Steindorff* (Fn 8), besonders 66 a.E.

IV.

Die bisherigen Überlegungen haben uns u. a. dazu geführt, rein gesetzesorientierte und vertragsimmanente Lösungen für die Geschäftsgrundlagenproblematik deshalb zu verwerfen, weil sie der Abstimmungsfunktion der Generalklausel vom Ansatz her nicht gerecht werden können. Die Chancen für eine funktionsadäquate Dogmatik stehen besser, wenn man im Rahmen eines eigenständigen Rechtsinstituts der Geschäftsgrundlage einer Konkretisierungsmethode folgt, die die Geschäftsgrundlagenstörung als Systemkonflikt konzipiert und den Funktionsbedingungen und Leitprinzipien beider (oder mehrerer) konfligierender Systeme in einem wechselseitigen Abstimmungsprozeß von Vertrag und Umwelt gerecht zu werden sucht. Im dritten Gedankenschritt wird also nach der *funktionsadäquaten Methodik der Geschäftsgrundlage* gefragt.

Chiotellis schlägt hierzu vor, das Prinzip beschränkt-subjektiver Äquivalenz mit dem Unzumutbarkeitsprinzip zu kombinieren und beides mit Hilfe der „deutenden Funktion des konkreten Rechtsverhältnisses" zu konkretisieren[54]. Diese Konkretisierungsmethode erscheint hinreichend komplex, weil sie wegen ihrer hochgradigen Unbestimmtheit sehr flexible Lösungen ermöglicht. Sie bedarf aber an entscheidender Stelle der Respezifikation, um Richtungsangaben für den zwei- oder mehrseitigen Abstimmungsprozeß zu ermöglichen.

Wenn man sich aus der Sicht der Geschäftsgrundlage als eines nur „privaten" Konfliktes zwischen den Vertragspartnern löst und statt dessen der Mehrdimensionalität des Konfliktes gerecht werden will, dann muß man die Abwägungstopoi für eine umfassende *„Interessenabwägung"* aus zwei verschiedenen Konfliktfeldern gewinnen: (1) aus dem Interessenkonflikt zwischen Gläubiger und Schuldner (Äquivalenzstörung, Zumutbarkeit, vertragliche Risikoverteilung); (2) aus dem Konflikt zwischen Vertragsordnung und „störender" gesellschaftlicher Teilordnung (Leitprinzipien, Funktionsanforderungen von „Markt", „Organisation", „Privatsphäre", „Arbeitswelt", „Wirtschaftspolitik", „Sozialpolitik", „Kultur" etc. im Verhältnis zu den vertraglichen Verhaltensforderungen und Risikoverteilungen).

Dogmatische Konsequenzen sind dann in zwei Richtungen zu erwarten: (a) eine innere Differenzierung der Geschäftsgrundlage nach den „störenden" Vertragsumwelten; (b) eine Systematisierung von Abwägungstopoi im Sinne der Anforderungen der Vertragsumwelten an den Vertrag. Beides soll abschließend wenigstens versuchsweise skizziert werden.

Innere Differenzierungen der Geschäftsgrundlage sind bisher unter mannigfachen Gesichtspunkten – Ursachen, Tatbestände, Auswirkungen – entwickelt worden[55]. Solche Differenzierungen sind nicht beliebig, sondern lassen sich danach beurteilen, ob sie sich dazu eignen, Beurteilungskriterien systematisch zu gewinnen. Unter diesem Aspekt erscheint die traditionsreiche Differenzierung nach „objektiver" und „subjektiver" Geschäftsgrund-

53 Zur theoretischen Begründung vgl. *Teubner* (Fn 9).

54 *Chiotellis* (*), S. 40 ff., S. 99 ff.

55 Vgl. die eingehende Diskussion bei *Jürgen Schmidt* in Staudinger, § 242, 855 ff.

lage nur wenig ergiebig[56], da sie allenfalls die Nähe zum Irrtumsrecht einerseits und die zu den Leistungsstörungen andererseits suggeriert, bzw. die Erinnerung an historische Vorbilder (Voraussetzung und clausula) wachhält. Skeptisch zu beurteilen sind auch solche Differenzierungen, die Fallgruppen danach unterteilen, ob sie sich an gesetzliche Figuren wenigstens anlehnen lassen (ergänzende Vertragsauslegung, Unmöglichkeit, Mängelrecht etc.) oder ob sie doch in einen Bereich fallen, der nur noch verzweifelt umschrieben wird als Bereich der „Billigkeitsjustiz, die sich jenseits der anerkannten Auslegungsregeln befindet"[57]. Denn einerseits sollte es doch gerade darum gehen, diesen Billigkeits-Bereich mit nachvollziehbaren Rechts-Argumenten zu versorgen, andererseits dürfte der Ausschließlichkeitsanspruch der „anerkannten Auslegungsregeln" relevante Argumente illegitim verkürzen. Diese Kritik trifft auch die dreifache Unterteilung von Chiotellis[58].

Interessanter schon erschienen Differenzierungen nach den konkreten Vertragstypen, denen man nicht in ihrer „Singularität", sondern in ihrer Typizität Hinweise auf die Verteilung des Wirklichkeitsrisikos entnehmen könne[59]. Das gleiche gilt für Differenzierungen nach typischen Risiken[60]. Solche Vorstellungen sind jedoch nur dann fruchtbar, wenn sie nicht nur eine Typisierung von individuellen Parteivereinbarungen bewerkstelligen, sondern zugleich die konkrete Abstimmung der einzelnen Vertragstypen mit ihrer gesellschaftlichen Umwelt. Das klassische Argument, wonach sich die Geschäftsgrundlage nach den Vertragstypen richten sollte, wird hier sozusagen umgekehrt. Die Definition des vertragstypischen Wirklichkeitsrisikos richtet sich seinerseits nach der Methode der Geschäftsgrundlage, nämlich Vertrag und gesellschaftliche Umwelt so aufeinander abzustimmen, daß der Vertrag auch gesellschaftlichen Anforderungen gerecht wird.

Fruchtbar erscheint schließlich die von Kegel eingeführte Unterscheidung der „großen" und „kleinen" Geschäftsgrundlage[61]. Hier ist am ehesten schon das Prinzip verwirklicht, Geschäftsgrundlagenstörungen danach zu systematisieren, aus welcher gesellschaftlichen „Sphäre" die Störung stammt. Diese Differenzierung eignet sich dazu, aus der Sicht des spezifischen Systemkonfliktes Abwägungstopoi und Lösungsgesichtspunkte zu entwickeln. (Etwa: Existenzvernichtung zulässiger Topos? Solidarische Schadensteilung als Lösung?) Ulmer hat vorgeschlagen, diese Typisierung um die Kategorie der „lenkungsbedingten Störungen" zu bereichern, innerhalb welcher Vertragszweck und politischer Lenkungszweck aufeinander abzustimmen wären[62]. Diese Ansätze gilt es weiterzuentwickeln zu einer *Differenzierung der Geschäftsgrundlage nach den gesellschaftlichen Störungsquellen,* nach den mit dem Vertrag in Konflikt geratenen gesellschaftlichen Funktionsbereichen, mit denen dieser neu abgestimmt werden muß.

Denkt man unter diesem Gesichtspunkt bekannte Konstellationen durch, so wird klar, daß auch bisher schon häufig unter dem Deckmantel der ergänzenden Vertragsauslegung

56 *Larenz,* Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München 1963, *Wieacker* (Fn 32); *Köhler* (Fn 38) S. 119 ff.
57 *Medicus* (Fn 1).
58 *Chiotellis* (*), S. 93 ff.
59 *Flume* (Fn 1), § 26, V.
60 *Staudinger – Jürgen Schmidt,* § 242, 966 ff.
61 *Kegel* (Fn 6).
62 *Ulmer* (Fn 7), S. 193 ff.

oder der verkehrstypischen Erwartungen sich Strukturprinzipien des jeweiligen gesellschaftlichen Funktionsbereiches in der Vertragsordnung oder gegen diese stillschweigend durchgesetzt haben.

(I) So gilt es bei Störungen aus der *„Marktsphäre"* als selbstverständlich, daß die Geschäftsgrundlageregeln grundsätzlich nicht (bzw. erst bei extremen Störungen) eingreifen[63]. Doch ist die Begründung mit ergänzender Vertragsauslegung, mit Verkehrssitte oder mit Vertragstypik nur vordergründig. Parteiwille, Verkehrssitte und dispositives Gesetzesrecht widerspiegeln in Wahrheit nur ein Strukturprinzip funktionierender Märkte: die Verkoppelung von Eigentum, Kontrolle und Risiko. Darin liegt der eigentliche Grund, warum bei „internen" – branchenspezifischen, sektoralen oder gesamtwirtschaftlichen – Störungen des „Normalverlaufs" die Rechtsprechung die Schwelle für Vertragsanpassungen sehr viel höher ansetzt als etwa bei „externen" Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderungen. Im übrigen setzen sich, wie Koller eingehend analysiert hat, im Leistungsstörungsrecht und im Recht der Geschäftsgrundlage – notfalls auch entgegen den Regeln ergänzender Vertragsauslegung – marktadäquate Risikoverteilungsprinzipien durch, die mit den technischen Begriffen der „abstrakten Beherrschbarkeit", der „Risikoabsorption" und „arbeitsteiliger Veranlassung" bezeichnet werden[64]. Hiermit sind Strukturprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft angesprochen, die durchaus mit den beteiligten Parteiinteressen oder einer konkreten Vertragsordnung konfligieren können und die erst in einem wechselseitigen Abstimmungsprozeß miteinander auszugleichen sind.

(II) Ganz ähnlich beherrschen gesellschaftliche Strukturprinzipien – und nicht hypothetische Parteivorstellung – die Konflikte geschäftlicher Verträge mit der *„privaten Lebenswelt".* Daß der private Verwendungszweck regelmäßig nicht als Geschäftsgrundlage anerkannt wird[65], ist funktional zu erklären als die notwendige Abschottung des entpersonalisierten Geschäftsverkehrs von privaten Motiven der Lebensführung. Doch ganz dicht lassen sich die Schotten nicht schließen. Dogmatisch hat man die Durchlässigkeit so hergestellt, daß man in solchen Fällen die privaten Verwendungsabsichten zum „Vertragszweck" umformulierte und dann „mit Selbstverständlichkeit" die Lösungen „im Vertrag selbst" finden konnte[66]. So besonders deutlich in den Fällen geschäftlicher Beziehungen zwischen Familienmitgliedern, die später durch eine Scheidung belastet wurden[67]. Oder bei Tod des Käufers, wenn die Leistung auf seine Person zugeschnitten ist.[68] Wenn man jedoch einräumt, daß über den Austauschzweck hinaus regelmäßig ein gemeinsamer Vertragszweck nicht existiert, sondern nur eine richterliche „Mystifikation" darstellt[69], dann wird auch der argumentatorische Zweck der Zweck-Argumentation deutlich. Jedesmal,

63 Roth, § 242, 581. Vgl. etwa BGHZ 17, 327: Umsatzrückgang; BGH WPM 1964, 1253: Unerwartete Lohnsteigerungen; BGH WPM 1979, 907: Wirtschaftlicher Mißerfolg bei gemieteten Räumen; BGHZ 74, 374; Risiko der Verwertbarkeit.
64 *Koller* (Fn 5), S. 77 ff.
65 Z. B. OLG Braunschweig, NJW 1976, 570: Bestellung eines Hotelzimmers und nachträglicher Ausfall einer Ausstellung, die das Motiv für die Zimmerbestellung bildete. Allgemein *Esser-Schmidt,* S. 267.
66 *Flume* (Fn 1), § 26 V c.
67 BGH NJW 1966, 542; NJW 1972, 580.
68 OLG Frankfurt MDR 1974, 401.
69 Etwa *Fikentscher* (Fn 41), S. 9.

wenn man auf Umformulierungen des Parteiwillens zum Vertragszweck stößt, dann kann man damit rechnen, daß – notfalls auch gegen den empirischen Willen der Parteien – ein Stück Umwelt in den Vertrag internalisiert wird[70]. Ob diese Umformulierung geschieht, ist eine selten begründete, aber doch höchst begründungsbedürftige richterliche Entscheidung. In unseren Scheidungsfällen bedeutet dies, daß Vertragsnormen und soziale Normen des (nach-) familiären Lebens in Konflikt geraten sind und zugunsten des letzteren entschieden wird. Also führt dies zu einer Anpassung des entpersonalisierten geschäftlichen Kontraktes an die Normen der privaten Lebenswelt und nicht etwa bloß zu einer Anpassung an die enttäuschten Erwartungen der Schwiegermutter[71]. Man kann auch vermuten, daß dem Herrn Sauerbruch von Wilhelm Busch, wenn er tatsächlich einem deutschen Gericht die Frage vorlegte, ob er den gekauften Sarg für seine Frau, die doch nur scheintot war, abnehmen und bezahlen müßte, mit der Geschäftsgrundlage geholfen würde[72]. Wie die zu § 1 UWG ergangenen Fälle der Werbung von Bestattungsunternehmen deutlich zeigen, pflegen Gerichte in Konflikt zwischen Pietät und Geschäft doch den gesellschaftlichen Normen Vorrang einzuräumen[73]. Der schillernde Begriff der „Zumutbarkeit" entfaltet hier eine eigenartige Bedeutung. Man müßte ihn mit „gesellschaftlicher Tragbarkeit" der Vertragserfüllung umschreiben.

Besonders deutlich wir die Anpassung des Vertrags an die „private Lebenswelt" in den *Unterhaltsverträgen* oder in Verträgen mit Versorgungscharakter (BGH NJW 1962, 2147; VersR 1966, 37; 1968, 451). Die fundamentalen Erfordernisse privater Lebensführung schlagen gegenüber dem Vertrag in solcher Weise durch, daß man in diese Verträge die clausula rebus sicstantibus als stillschweigend enthaltend konstruiert. Sie sind ohne weiteres an die veränderten Umstände anzupassen.

(III) Ein offenkundiger Beleg für die Abstimmungsfunktion der Geschäftsgrundlage in einem Systemkonflikt sind die Störungen aus dem „*Währungssystem*"[74]. Rechtsprechung und Literatur benutzen offen währungs- und sozialpolitische Argumente, um Geldwertveränderungen in Verträgen zu berücksichtigen bzw. gerade nicht zu berücksichtigen[75]. Eine Rückbindung an das bürgerlich-rechtliche Instrumentarium mit der dazugehörigen Einschränkung zulässiger Argumente kommt hier offensichtlich am wenigsten in Betracht. Der Rekurs etwa auf die „gesetzes- und verkehrstypische Risikoverteilung"[76], wonach der Geldgläubiger das Entwertungsrisiko trägt, ist allenfalls als „starting point of reasoning" akzeptabel, wird ansonsten jedoch bei weitem nicht der Komplexität der auch für das Vertragsrecht relevanten Konfliktlage gerecht[77]. Ebensowenig macht es Sinn, die vielschichtigen Erwägungen des BGH und des BAG zum Ruhegehalt als „so sachgerecht" zu erklären, „daß sie ohne Mühe auch als Bestandteil des hypothetischen Willens redlicher Parteien dargestellt werden könnten."[78] Vielmehr steht man hier vor einem Systemkonflikt zwischen Funktionsbedingungen des Geldsystems, staatlicher Währungspolitik und privatautonomer bzw. richterlicher „Inflationsbewältigung", der nur durch sorgfältige Abwägung unterschiedlicher öffentlicher und privater Interessen zu bearbeiten ist[79]. Freilich ist es richtig, daß die Gerichte „keine Währungspolitik" betreiben können und sollen, aber der Aufgabe einer Abstimmung von Währungspolitik und privaten Interessen können sie sich gar nicht entziehen[80]. Die Ruhegehaltsfälle sind geradezu ein Musterbeispiel dafür, daß es sich hier nicht einmal um nur zweiseitige, sondern um mehrseitige Systemkonflikte handelt. Denn hier spielen durchaus widersprüchliche wirtschafts-, währungs- und sozialpolitische Gesichtspunkte hinein, was die Entwicklung allgemeingültiger Grundsätze außerordentlich erschwert. Einen erfolgversprechenden Lösungsansatz dürfte die „funktionale" Analyse[81] bieten, wonach die Umweltfunktionen des konkreten Vertrages zu währungspolitischen Gesichtspunkten und zu den Interessen der Vertragspartner in Beziehung zu setzen sind. Kurz: Die Währungsfälle sind ein Paradebeispiel dafür, daß „punktuelle fallbezogene vertragsethische Gesichtspunkte" unzureichend sind. Die Vertragsethik wird offen und legitim durch sozialstaatliche und wirtschaftspolitische „policies" überlagert[82].

(IV) Einen kritischen Testfall für die Abstimmungsfunktion der Geschäftsgrundlage bieten schließlich die Konflikte zwischen Vertrag und *Wirtschaftspolitik*. In den Fällen „lenkungsbedingter Störungen" schlägt Ulmer vor, den Vertrag an wirtschaftspolitische Erfordernisse anzupassen und zwar nicht im Sinne einer einseitigen Politisierung des Vertrages, sondern einer beiderseitigen Kompatibilisierung von „Lenkungszweck" und „Vertragszweck".[83] Dies steht im direkten Gegensatz zu strikt privat-autonomen Lösungen, die von einer klaren Priorität, wenn nicht von einer Exklusivität vertragsethischer Gesichtspunkte ausgehen. Die Rechtsprechung ist merkwürdig ambivalent[84]. Manche Entscheidungen deuten darauf hin, daß der Lenkungszweck im Ergebnis mitberücksichtigt worden

70 Zu dieser Funktion des Vertragszweckes vgl. *Teubner* (Fn 9), 50.

71 Vgl. die Argumentation bei *Flume*, § 26, V e.

72 Dazu *Lange*, NJW 1958, S. 623; *Flume* (Fn 1) § 26, V a (Fn 43). Bezeichnend an der Lösung von Flume ist, daß er das sich von unserem Ansatz „mit Selbstverständlichkeit" herausstellende Ergebnis nur durch dogmatische ad-hoc-Begründungen erreichen kann.

73 Etwa RGZ 145, 396; BGH MDR 1967, 378.

74 Vgl. hierzu *von Maydell* Geldschuld und Geldwert, München 1974, S. 53 ff., 92 ff.; *Horn*, Geldwertveränderungen, Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Karlsruhe 1975; *Simitis*, Inflationsbewältigung im Zivil- und Arbeitsrecht (Generalreferat) in: Kötz, Hein/Reichert-Facilides, Fritz, Inflationsbewältigung im Zivil- und Arbeitsrecht, S. 49 ff., Frankfurt/M. 1976.

75 BGH NJW 1959, 2203; NJW 1966, 105; NJW 1974, 1186; NJW 1976, 142. Weitere Nachweise bei *Roth*, Münchener Kommentar, § 242, 54f ff.

76 *Flume* (Fn 1), § 26, VI a.

77 Vgl. etwa die Vielzahl der relevanten Gesichtspunkte, die in einer rechtsvergleichenden Analyse bei *Simitis* (Fn 74) herausgearbeitet werden.

78 *Medicus* (Fn 1) S. 643. In einer anderen Veröffentlichung betont gerade Medicus die vielfältigen sozialpolitischen Aspekte des Phänomens und löst sich erfolgreich von einer allein auf den Vertrag fixierten Sicht, vgl. *Medicus*, Privatrechtliche Fragen zu Geldentwertung, Betr. 1974, S. 759 ff.

79 So zutreffend *Medicus* (Fn 78), der am Schluß seines Aufsatzes ein weiteres Eingreifen der Rechtsprechung sogar von allgemeinpolitischen Entwicklungen abhängig machen will. Eine solche „Politisierung" der Geschäftsgrundlage erscheint selbst von dem hier gewählten Ansatz als doch zu extrem.

80 *Horn* (Fne 66); *Simitis* (Fn 66).

81 *v. Maydell* (Fn 74), S. 105 f.; *Simitis* (Fn 74), S. 82 ff.; *Chiotellis* (*), S. 144 ff.

82 *Horn* (Fn 74), S. 33 ff.

83 *Ulmer* (Fn 7), besonders S. 199. Es ist bemerkenswert, daß der wirtschaftsrechtliche Ansatz Ulmers, der gewiß zu weitreichenden Änderungen der Geschäftsgrundlageregeln führen würde, bisher in der zivilrechtlichen Literatur zur Geschäftsgrundlage kaum positive oder negative Resonanz gefunden hat.

84 Vgl. BGH MDR 1958, 322, WM 1960, 655; 1961, 505; 1962, 150; BGH LM § 242 (Bb) Nr. 33; BGH, WM 1975, 917.

ist, dies geschieht jedoch – im Unterschied zu den Geldentwertungsfällen – nur selten mit offenen nachvollziehbaren Argumenten. Hier dürfte es die Aufgabe der Rechtsdogmatik sein, Argumentationskataloge zu entwickeln, die legitime Wertungsgesichtspunkte einführen – und begrenzen.

An folgende Leitfragen ist zu denken:

(1) Lenkungszweck:

Welche Rechtsfolge der Geschäftsgrundlage – Aufhebung des Vertrages, Anpassung oder Aufrechterhaltung – wird dem Lenkungszweck am ehesten gerecht? Diese Frage ist nicht nur zu stellen, wenn das Lenkungsgesetz ausdrückliche Bestimmungen zur Vertragsanpassung enthält[85], sondern gerade im Falle des Schweigens des Gesetzes ist eine gesetzeskonforme Anwendung der Geschäftsgrundlage vom Richter zu erwarten. Hier wird man kurzfristige Verträge, bei denen es nur um eine zeitlich begrenzte Übergangsfrist geht, anders beurteilen müssen als langfristige Verträge, deren Durchführung die Lenkungsmaßnahme auf Dauer beeinträchtigen kann. Bei langfristigen Verträgen wird sich der Lenkungszweck also weitaus intensiver durchsetzen müssen als bei kurzfristigen. Einfuhrerschwerungen etwa („Türkischer Wein")[86] erlauben, den Lenkungszweck so zu definieren, daß bestehende Verträge eher angepaßt oder gar aufgehoben werden. Denn die Durchführung laufender Verträge würde tendenziell die wirtschaftspolitische Maßnahme vereiteln. Gleiche Überlegungen müßten im bekannten Fall der Aufhebung der Apothekenkonzession dafür sprechen, auch schwebende Verträge an die neue Rechtslage anzupassen, denn damit wird der Interventionszweck – Freigabe der Apotheken – nachhaltig und sofort gefördert[87]. Ebenso sollte man bei Steueränderungen dem Lenkungszweck, sofern nicht nur fiskalische Interessen im Vordergrund stehen, mit einer Anpassung/Nichtanpassung der Verträge gerecht werden. Klassisches Beispiel ist die Alkoholsteuer, bei der die prohibitiven Zwecke der Maßnahme eher dafür sprechen würden, auch laufende Verträge ihren Wirkungen zu unterwerfen[88].

(2) Politik des Gesetzes:

In zahlreichen Fällen staatlicher Intervention ist der Lenkungszweck von der Art der Vertragsanpassung nicht betroffen. Die Geschäftsgrundlageregeln können dann lenkungszweckneutral angewandt werden. Gleichwohl ist bei der Anpassung auf den „ordre public" Rücksicht zu nehmen, auf die in Rechtsform positivierte Wirtschaftspolitik für den jeweiligen Sozialbereich. Hier ist nicht mehr teleologische Interpretation (des Lenkungsgesetzes) im engeren Sinne angesprochen, sondern das allgemeinere Phänomen der „Politik des Gesetzes"[89]. Die Währungsfälle liefern hierfür reichliches Anschauungsmaterial, wenn nämlich die Gerichte bei der Vertragsanpassung staatliche Währungspolitik zu berücksichtigen

85 So aber *Chiotellis* (*), S. 132 f.
86 BGH WM 1975, 917.
87 BGH LM § 242 (Bb), Nr. 33.
88 Vgl. RGZ 21, 178.
89 *Steindorff* (Fn 52).

haben. Ähnlich wird man die neueren Ölfälle interpretieren dürfen[90]. Die Weigerung der Rechtsprechung, auch bei extremen Preisschwankungen großzügig anzupassen und weiter die Belastung der Ölimporteure mit einer „Einlagerungspflicht" dürfte im Einklang stehen mit der Politik, durch Bevorratungsmaßnahmen eine allzu starke Abhängigkeit von außenpolitischen Turbulenzen zu vermeiden.

(3) Risikoabsorption:

Eine dritte Möglichkeit, den wirtschaftspolitischen Absichten von intervenierenden Gesetzen gerecht zu werden, besteht darin, das spezielle Lenkungsgesetz oder den „ordre public" des konkreten Wirtschafts- und Sozialbereichs daraufhin zu untersuchen, welche Risikoabsorption durch welche gesellschaftliche Gruppen am ehesten den gesetzlichen Intentionen gerecht wird. Dies wird etwa deutlich bei den polizeilichen Verboten von bestimmten Umsatzgeschäften, die aus Qualitäts- oder Sicherheitsgründen erlassen werden[91]. Hier liegt es nahe, die für Qualität und Sicherheit verantwortliche Verkäuferseite mit der Absorption des Risikos zu belasten. Die Rechtsprechung sollte darauf achten, daß die eigentlich gemeinten Adressaten der Staatsintervention nicht vertraglich das Risiko verlagern. Umgekehrt ist oft die eigentliche Zielgruppe des Gesetzes nicht identisch mit dem formalen Adressaten des Gesetzes[92]. Hier – etwa in den Fällen, in denen die Maßnahme eine vorgelagerte Handelsstufe trifft – wäre eine richterliche Anpassung lenkungsadäquat.

(4) Zielkonflikte:

Häufig dürfte die Formel vom Konflikt zwischen Vertrag und Wirtschaftspolitik ihrerseits noch zu einfach sein, um der komplexen Konfliktlage gerecht zu werden. In den Währungsfällen etwa überschneiden sich Währungspolitik, Einkommenspolitik, Sozialpolitik und Verbraucherpolitik[93]. Auch hier bleibt der Rechtsprechung nichts übrig als eine Kompatibilisierung solcher widersprüchlicher Anforderungen im Sinne „praktischer Konkordanz" zu versuchen. Freilich hat Flume recht, wenn er die fachliche und rechtliche Kompetenz der Gerichte bezweifelt, in „Institutionen als Ganzes" – wie etwa in das System der Betriebspensionen – einzugreifen[94]. Aber man sollte sich klar darüber sein, daß „non-decisions" eben auch zu verantwortende Entscheidungen sind, für die sich das Kompetenzproblem ebenso stellt. Und angesichts solcher unausweichlicher Entscheidungszwänge macht es wenig Sinn, den Vorrang der Privatautonomie zu beschwören. Dann muß man schon versuchen,das Kompetenzproblem als solches anzugehen[95].

V.

Alles wie gehabt? Sind in einer solchen Konzeption der Geschäftsgrundlage nicht fatale Parallelen zu der Formel „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" erkennbar? Diskreditiert sich

90 BGH NJW 1977, 2262; JZ 1978, 235; dazu *Braun* JUS, 1979, 692.
91 Dazu RGZ 62, 267.
92 Hierauf hat insbesondere *Ulmer* (Fn 7), S. 196 f. hingewiesen.
93 Eindringlich *Simitis* (Fn 74).
94 *Flume* (Fn 1), § 26 VI a.
95 Weiterführende Überlegungen zur Steigerung der Entscheidungskompetenz im „Entdeckungsverfahren Praxis" bei *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, passim.

das Ganze nicht schon durch den Hinweis, daß 1942 in einer Studie über „Die Einwirkungen der Marktordnung auf die Gültigkeit von Verträgen"[96] gefordert wurde, schwebende Verträge seien grundsätzlich an die Lenkungsmaßnahmen des Staates anzupassen?

Eigentlich müßte die hier abstrakt entwickelte Konzeption der Generalklausel, die gerade nicht auf eine „Verstaatlichung", sondern auf eine „Vergesellschaftung" des Vertrages hinausläuft, und auch die Diskussion einer Vielzahl von gesellschaftlichen Umwelten als „Störungsquellen" solche groben Mißverständnisse ausschließen. Um es jedoch klarzustellen: Es geht nicht um eine politische Instrumentalisierung privatautonomer Ordnungen, wie es den entdifferenzierenden Tendenzen des totalen Staates entsprochen hat. Ganz im Gegenteil: Es geht um die *wechselseitige Abstimmung autonomer pluraler gesellschaftlicher Teilordnungen,* die u.a. das Ziel verfolgt, die zivilisatorischen Errungenschaften ihrer relativen Autonomie zu sichern[97].

96 Hensching, Die Einwirkungen der Marktordnung auf die Gültigkeit von Verträgen, 1942, S. 132 ff.

97 Zum theoretischen Hintergrund *Teubner,* Reflexives Recht, Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialwissenschaften 1982, S. 47 ff.