Reihe Alternativkommentare

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band 2
Allgemeines Schuldrecht

Bearbeitet von

Professor Dr. Gert Brüggemeier
Professor Dr. Roland Dubischar
Professor Dr. Claus Ott
Professor Dr. Helmut Rüßmann
Professor Dr. Gunther Teubner

Luchterhand
1980

Vorwort

Eine Kommentierung des Allgemeinen Schuldrechts ermöglicht es, vielfache Äußerungen über die soziale Funktion zentraler Schuldrechtsinstitute, die sich nicht erst in der neueren sozialwissenschaftlichen Literatur finden, mit zu registrieren. Ebenso wird die rechtstheoretische Diskussion über Struktur und Funktion von Generalklauseln, als deren praktisch wichtigste § 242 gilt, aufgegriffen. Ferner versteht sich, daß geld- und währungstheoretische Erkenntnisse in einen Schuldrechtskommentar gehören. Vereinzelte geschichtliche Bezüge sollen dokumentieren, wie die Judikatur, unbeirrt durch eine gelegentlich überdogmatisierte Lehre, sachgerechte gesetzesergänzende Tatbestände schafft.

Die rechts- und wissenschaftspolitischen Zielsetzungen dieser Kommentierung, wie sie in den Geleit- und Vorworten zum Band »Besonderes Schuldrecht« zum Ausdruck gelangen, brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Die Bearbeiter dieses Bandes teilen die Überzeugung, daß die vorerwähnten, auch in Lehrbücher leider nur beschränkt Eingang findenden Zusatzinformationen insgesamt einen Orientierungsrahmen für praktische und theoretische Arbeit im Schuldrechtsbereich abzugeben vermögen. Er wird die Einzelfallentscheidung nicht leichter machen, wohl die Richtigkeitsgewähr mit der Rücksicht auf außerdogmatische Entscheidungskriterien vergrößern können.

Die Bearbeiter hoffen, daß auch der eher am punktuellen Nachschlagen interessierte Benutzer es nicht als Zumutung empfindet, verschiedentlich längere Vorbemerkungen wenigstens passagenweise mitlesen zu sollen. Jedenfalls erscheint der redaktionelle Hinweis, daß gerade in ihnen neben der Literatur auch die sonst eher den Einzelkommentierungen zugeordnete Judikatur mitverarbeitet ist, nicht überflüssig. Für die Mitteilung einer eventuellen Unstimmigkeit, wie sie in einem Kommentar als Zahlenwerk nicht auszuschließen ist, sind alle Bearbeiter dankbar.

Die Verfasser

§ 242 (Grundsatz von Treu und Glauben)

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Literatur

1. Zur Theorie und Methode der Generalklausel

Betti Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, in: FS Müller-Erzbach, 1954, 7 ff.; *Boehmer* Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1952; *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Esser* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. 1974 (*Esser* Grundsatz); *Esser* § 242 BGB und die Privatautonomie, JZ 1956, 555 ff.; *Esser* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972 (*Esser* Vorverständnis); *Fikentscher* Methoden des Rechts I–IV, 1975–1977; *Garstka* Generalklauseln, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976; *Haberstumpf* Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1976; *Hedemann* Die Flucht in die Generalklauseln, 1933; *v. Hoyningen-Huene* Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978; *Köndgen* Selbstbindung ohne Vertrag, 1980; *Kramer* Die »Krise« des liberalen Vertragsdenkens, 1974; *Ladeur* Vom Gesetzesvollzug zur strafrechtlichen Rechtsfortbildung, Leviathan 3 (1979), 339 ff.; *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979 (*Larenz* Methodenlehre); *Limbach* Der verständige Rechtsgenosse, 1977; *Mestmäcker* Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235 ff.; *L. Raiser* Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria, 1963, 145 ff.; *Rebe* Privatrecht und Wirtschaftsordnung, 1978; *Rehbinder* Status-Kontrakt-Rolle, in: FS Ernst E. Hirsch, 1967, 141 ff.; *Reifner* Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979; *Reinhardt* Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, in: FS Schmidt-Rimpler, 1957, 115 ff.; *Röhl* Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages, in: FS Helmut Schelsky, 1978, 435 ff.; *Steindorff* Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: FS Larenz, 1973, 217 ff.; *Teubner* Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in: Lüderssen (Hrsg.), Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, 1978, S. 13 ff. (*Teubner* Generalklauseln); *Teubner* Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971 (*Teubner*

Standards); *Wieacker* Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, 1956 (*Wieacker* Präzisierung).

2. Zur Dogmatik der Generalklausel

Beuthien Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969; *Bosch/Habscheid* Vertragsrecht und Gewissenskonflikt, JZ 1954, 213 ff.; *Canaris* Ansprüche wegen »positiver Vertragsverletzung« und »Schutzwirkung für Dritte« bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.; *Dölle* Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103 (1943), 67 ff.; *Emmerich* Der sog. Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 1972, S. 447 ff. (*Emmerich* Geschäftsgrundlage); *Fikentscher* Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971 (*Fikentscher* Geschäftsgrundlage); *Gerhardt* Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis, JuS 1970, 597 ff.; *Gernhuber* Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, in: FS Larenz, 1973, 455 ff.; *Goltz* Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, 1973; *Kaufmann* Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht, AcP 161 (1962), 289 ff.; *Koller* Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979; *Larenz* Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo, in: FS Ballerstedt, 1975, 397 ff. (*Larenz* Culpa); *Larenz* Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt, MDR 1954, 515 ff.; *Larenz* Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963 (*Larenz* Geschäftsgrundlage); *Lorenz* Der Tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners, JuS 1972, 311 ff.; *Medicus* Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: FS Flume, Bd. I, 1978, 629 ff.; *Müller-Graff* Die Geschäftsverbindung als Schutzpflichtverhältnis, JZ 1976, 153 ff.; *Müller-Graff* Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *Prölss* Der Einwand der »unclean hands« im Bürgerlichen Recht sowie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, ZHR 132, 35 ff.; *Riezler* Venire contra factum proprium, 1912; *Scheschonka* Arbeits- und Leistungsverweigerungsrecht aus Glaubens- oder Gewissensnot, 1972; *Schmidt, Eike* Nachwort zu: Jhering, Rudolf, Culpa in contrahendo, Staub, Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, 1969 (*E. Schmidt* Nachwort); *Stoll* Tatbestände und Funktionen der Haftung für Culpa in Contrahendo, in: FS v. Caemmerer, 1978, 433 ff.; *Tegtmeyer* Der Geltungsbereich des Verwirkungsgedankens, AcP 142, 203 ff.; *Teubner* Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975 (*Teubner* Vertragsuntreue); *Ulmer* Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), 167 ff.; *Wieacker* Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und clausula rebus sic stantibus, in: FS Wilburg, 1965, 229 ff.; *Wieacker* Vertragsbruch und Gewissensnot, JZ 1954, 466 ff.; *Wieling* Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), 334 ff.; *Zöllner* Die vorvertragliche und nachwirkende Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in: Tomandl (Hrsg.), Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, 1975, 91 ff. (*Zöllner* Treuepflicht).

Inhaltsübersicht

		Rz
I.	»Präzisierung« von Unbestimmtheit	1
II.	Steigerung von Unbestimmtheit	4
1.	Unbestimmtheitsdimensionen	6
2.	Auswahlkriterien	13
III.	Treu und Glauben als nicht-konsensuelles Element des Vertrages	18
1.	»Materialisierung« desVertragsrechts	18
2.	Kompatibilisierung von drei gesellschaftlichen Steuerungsebenen	20
3.	Interaktion, Institution, Gesellschaft	21
IV.	»Interaktionsebene«: Informelle Verhaltenserwartungen	26
1.	Verrechtlichung der Interaktionsmoral	26
2.	Widersprüchliches Verhalten	31
3.	Verwirkung	33
4.	Geschäftsverbindung	37
5.	»Individueller« Rechtsmißbrauch	38
a.	Geringfügigkeit/Unverhältnismäßigkeit	40
b.	Unredlicher Rechtserwerb	41
c.	Gegenseitige Vertragsuntreue	42
d.	Treuwidrig erworbene Rechte	43
e.	Vereitelung	44
6.	Wechselseitige Rücksichtnahme	45
V.	»Institutionenebene«: Markt und Organisation	47
1.	»Kompensation« gesellschaftlicher Differenzierung	47
2.	Neue dogmatische Schlüsselbegriffe: Zweck, Rolle, Organisation	50
3.	Schutzpflichtverhältnis	55
a.	Haftungsgrund: Organisierter sozialer Kontakt	55
b.	Schutzpflichten in formalen Organisationen	61
c.	Schutzpflichten in einfachen Vertragsbeziehungen	64
d.	Schutzpflichten in nicht-vertraglichen Beziehungen	68
4.	Aufklärungspflichten	70
a.	Vertragsübergreifende Koordinierung durch Information	70
b.	Zweckgesteuerte Informationspflichten	72
c.	Rollenspezifische Beratungspflichten	75
d.	Organisationsbezogene Risikoverlagerung	79
5.	Kooperationspflichten	81
a.	Austausch und Kooperation	81
b.	Bestandssicherung durch Treupflichten	83
c.	Vertragsübergreifende Koordinationspflichten	87
d.	Positionsspezifische Risikoverteilung	88
6.	»Institutioneller« Rechtsmißbrauch	89
a.	Inhaltskontrollen	90
b.	Vertragsverbindungen	92
VI.	»Gesellschaftsebene«: Anforderungen der gesellschaftlichen Umwelten an den Vertrag	93
1.	Vertragsinterne Abstimmung mit gesellschaftlichen Funktionssystemen	93
2.	Änderung der Geschäftsgrundlage	94
a.	Störungen in der Vertragsumwelt	94
b.	Fallgruppen	96
c.	Rechtsfolgen	101
d.	Dogmatisierung?	102
3.	»Gesellschaftlicher« Rechtsmißbrauch	105
a.	Kollision subjektiver Rechte mit Prinzipien der Vertragsumwelten	105
b.	Drittwirkung der Grundrechte	106
c.	Kollision mit politischen Prozessen	107
d.	Widersprüche zum Rechtssystem	109
e.	Konflikt Vertrag/Familie	110

I. »Präzisierung« von Unbestimmtheit

1 Das heutige Methodenverständnis der Generalklausel des § 242 ist von einer doppelten Frontstellung geprägt. Es wendet sich einerseits gegen die traditionalistische Kritik an der **»Flucht in die Generalklauseln«**, welche die formale Rationalität der Vertragsrechtsdogmatik durch den Einbruch irrationaler Wertentscheidungen gefährdet sieht (*Hedemann*; *Boehmer* S. 77 ff.). Andererseits distanziert es sich von freirechtlichen Standesideologien, in denen die Generalklausel als »königlicher Paragraph«, der die Entscheidung allein dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft des Richters überantwortet, gepriesen wird

(*Fuchs* JW 1917, 504; *Kantorowicz* Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 20 ff.). Beides liefe auf ein Normverständnis des § 242 hinaus, das sich in einer Ermächtigung zu bloßen Billigkeitsentscheidungen erschöpfte.

2 Hiergegen setzt die moderne Lehre das Programm einer »Präzisierung der Generalklausel« (grundlegend *Wieacker* Präzisierung S. 17 ff.). Die bedrohliche Unbestimmtheit von »Treu und Glauben« sucht sie dadurch auszuschalten, daß sie die Rationalitätsgarantien eines modernen Richterrechts – analog zum anglo-amerikanischen »case-law« – dazu einsetzt, ein neuartiges Fallrechtssystem zu schaffen, das rechtsstaatlichen Anforderungen an Konsistenz und Berechenbarkeit durchaus genügt. **»Fallgruppenbildung«** dürfte inzwischen die allgemein akzeptierte Methode sein (vgl. MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 27 ff.; *Soergel/Knopp* § 242 Rz. 10; *Erman/Sirp* § 242 Rz. 43 f.; *v. Hoyningen-Huene* S. 89 f.; *Haberstumpf* S. 42 ff.). Das Fallmaterial wird allmählich in der Weise systematisiert, daß unter dem Gesichtspunkt der relevanten »ratio decidendi« Fallgruppen abstrahiert werden. Im Wege des Fallvergleichs werden dann neue Probleme und ihre Lösungen unter Anschlußzwänge an eine weitverzweigte Kasuistik gesetzt. Über die Techniken des »distinguishing« und »overruling« (Abweichung der neuen Entscheidungssituation von Fakten bzw. Entscheidungsregeln entschiedener Fälle) kann eine solche kasuistische Dogmatik veränderungs- und anpassungsfähig gehalten werden (vgl. dazu *Fikentscher* II S. 95 ff.). Die Fallgruppen ihrerseits bilden das Ausgangsmaterial, um daraus Regeln, Normen und Prinzipien zu erarbeiten, die eine dogmatische Durchdringung des Fallrechts vergleichbar der des Gesetzesrechts ermöglichen.

3 Auf einer abstrakteren Ebene werden diese tatbestandlichen Verfestigungen verknüpft mit einer **Typologie von Funktionen** der Generalklausel. Die für die Fallgruppen entwickelten Normen werden bestimmten »Funktionen« oder »Schichten« des § 242 zugeordnet. Im Rahmen der **»Ergänzungsfunktion«** (Fallgruppen der Nebenpflichten und weiteren Verhaltenspflichten) soll es nur darum gehen, den vorgegebenen Entwurf der vertraglichen Regelung zu konkretisieren. In ihrer **»Schrankenfunktion«** hingegen (Rechtsmißbrauchsfälle) soll die Norm die Ausübung von subjektiven Rechten begrenzen. Die **»Ermächtigungsfunktion«** (Geschäftsgrundlage, Vertragskorrekturen nach Zumutbarkeit) schließlich ermöglicht richterliche Neudefinition von Verhaltensnormen und von ganzen Rechtsinstituten (*Soergel/Knopp* § 242 Rz. 34 ff.; *Erman/Sirp* § 242 Rz. 50 ff.; *Larenz* SchuldR AT § 10 II). Solche Fallgruppen bestimmten Funktionen des § 242 zuzuordnen, dient nicht nur der Systematisierung, vielmehr sucht man damit den Anschluß an gewisse **Methodenprinzipien** des Richterrechts zu finden. Den drei Funktionskreisen des § 242 sollen drei unterschiedliche richterliche Arbeitstechniken genau entsprechen (*Wieacker* Präzisierung S. 20 ff.): Rechtsbildung »secundum legem« bei der Begründung von Nebenpflichten (officium iudicis); »praeter legem« bei der Formulierung rechtsethischer Schranken des Rechtsgebrauchs (exceptio doli); »contra legem« bei rechtsethischen Durchbrüchen durch das Gesetzesrecht (richterliche Neuschöpfung). Vgl. zu den drei Methodenprinzipien *Larenz* Methodenlehre Kap. 3 und 4.

II. Steigerung von Unbestimmtheit

4 Man kann dieses Methodenprogramm deswegen kritisieren, weil es seinen selbstgesetzten Ansprüchen nicht genügt. Präzisierungen über ein Fallrecht sind letztlich nicht präzise genug, da in den eigentlich kritischen Fällen neuartiger Problemkonstellationen der bloße Anschlußzwang an die Kasuistik gerade **keine Orientierungskriterien** liefert. Darüber hinaus dürfte die oben angesprochene exakte Zuordnung von Funktionskreisen des § 242 zu bestimmten Methodengrundsätzen prinzipiell unstimmig sein. Wie das Beispiel der Aufklärungspflichten von Banken und anderen Dienstleistungsorganisationen zeigt, sind gerade die vertraglichen Nebenpflichten, die doch nur die sinngemäße Verwirklichung des Wertungsplanes durch den Richter secundum legem bedeuten sollen, inzwischen zu einem der wichtigsten Instrumente einer richterlichen Durchbrechung der vertraglichen Risikoverteilung geworden (vgl. *Stoll* S. 467 f.; *E. Schmidt* JA 1978, 597 ff.). Umgekehrt sind die Regeln zur Geschäftsgrundlage – jedenfalls in Teilbereichen – so weit dogmatisiert und in das System der Leistungsstörungen reintegriert, daß sie in ihrem Ausmaß an »Gesetzestreue« ohne weiteres dem zweiten oder gar dem ersten Funktionskreis zuzuordnen wären (MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 97).

5 Doch setzt eine solche Kritik nicht grundsätzlich genug an, da sie die Prämissen des kritisierten Programms – Ausschaltung von Unbestimmtheit – letztlich teilt. Ist dies angesichts der Heterogenität der zu § 242 entschiedenen Fälle und der dazu entwickelten richterlichen Entscheidungskriterien überhaupt ein realistisches Programm? Wird man damit der faktischen Multifunktionalität der Generalklausel, der neben dem Schutz moralischer Verhaltensmaßstäbe zunehmend Aufgaben des Institutionen- und des Gesamtordnungsschutzes zugewachsen sind (*Rebe* S. 109 m. w. N.), noch gerecht? Eine prinzipielle Kritik müßte lauten: Der angestrebte Präzisierungsvorgang verfehlt die gesellschaftliche Funktion von Generalklauseln, gerade weil er ihre Unbestimmtheit vorschnell reduziert. Wenn man Generalklauseln mit Hilfe der Fallgruppentechnik »herunterkonkretisiert« in eine Summe von richterrechtlich definierten Konditionalprogrammen, dann hat man sich implizit auf eine Sicht von Generalklauseln festgelegt, die diese nur als einen (extremen und im Grunde planwidrigen) Sonderfall hinreichend eindeutiger Programmierung faßt. Im Verzicht auf eindeutige Programmierung scheint aber gerade der eigentliche Sinn von Generalklauseln zu liegen, die damit – und diese These wird im folgenden erläutert – gegenüber dem Normaltyp des Konditionalprogramms ein **»höherstufiges Programm«** der Zuordnung von gesellschaftlichen Konflikten und rechtlicher Entscheidung darstellen. Sie unterscheiden sich in ihrer Struktur von Konditionalprogrammen nicht bloß durch die Unbestimmtheit der verwendeten Rechtsbegriffe, sondern durch eine andere Normierungstechnik, nämlich ihre Verweisung auf »gesellschaftliche Wirklichkeit« (»Treu und Glauben«, »Verkehrssitte«, »gute Sitten«, »Sozialadäquanz«). Die übliche Tatbestand-Rechtsfolge-Verknüpfung fassen sie nur leerformelhaft ohne Informationsgehalt (dazu infor-

mativ *Topitsch* Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung, in: Logik der Sozialwissenschaften, hrsg. v. E. Topitsch, 1965, S. 17 ff.) und nehmen statt dessen auf Normbereichsanalysen und gesellschaftliche Wertkomplexe Bezug (vgl. hierzu die Definition dreier Submodelle bei *Teubner* Generalklauseln, S. 15, 22 ff.). Sie unterscheiden sich in ihrer Funktion vom üblichen »rechtsstaatlichen« Normtyp dadurch, daß sie über das Mittel der Unbestimmtheit einen eigenartigen Kompromiß zwischen Wirklichkeitsanpassung und Erwartungskonstanz herstellen und damit »lernendes Recht«, also flexible Reaktionen des Rechts auf gesellschaftliche Wandlungen, ermöglichen (dazu *Willke* Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 98 ff.).

1. Unbestimmtheitsdimensionen

6 Wenn dies richtig ist, dann sollte man Generalklauseln gerade in ihrer **Unbestimmtheit ernst nehmen** und sie nicht von vornherein als zu allgemein formulierte Konditionalprogramme fassen, die es schnellstens über Fallgruppenbildung zu konkretisieren gilt. Im Gegenteil, Unbestimmtheit darf dann nicht mehr eindimensional nur als Unbestimmtheit von Tatbestandsmerkmalen einer Norm verstanden werden, sondern umfassender in den vielfältigen Dimensionen der Normstruktur. Unbestimmtheit betrifft dann neben der Fassung des eigentlichen Rechtssatzes auch die Art der Bezugnahme auf gesellschaftliche Wirklichkeit ebenso wie die Inkorporierung von Rechtsprinzipien und politischen Handlungszielen. Sie bedeutet – wie im folgenden systematisch erläutert – Unbestimmtheit nicht nur der Tatbestände, sondern zugleich Unbestimmtheit der Normzwecke, des Programmtyps als solchen, der Sinnebene der Erwartungen, der normativen Qualität der Erwartungen, der Art und Weise der sozialen Institutionalisierung.

7 Man müßte dann »Unbestimmtheit« auf alle **drei Dimensionen der Generalisierung von Erwartungen** beziehen. Das verweist auf eine Normtheorie, welche Rechtsnormen als Verhaltenserwartungen definiert, die in unterschiedlichen Dimensionen generalisiert werden: sachlich als Herstellung eines konsistenten Sinnzusammenhanges, zeitlich als kontrafaktische Stabilisierung und sozial als Begründung von Konsensanforderungen (*Luhmann* Rechtssoziologie 1, 1972, S. 31 ff.).

8 Unbestimmtheit in der **Sachdimension** bedeutet dann mehr und anderes als bloß Allgemeinheit, Abstraktheit und Vagheit der verwendeten Rechtsbegriffe (*Garstka* S. 115). Unbestimmt ist vielmehr schon die Sinnebene, auf der Erwartungen überhaupt integriert werden. Während im Normalfall Rechtsnormen auf den Typ des Konditionalprogrammes festgelegt sind, bleibt bei Generalklauseln nicht etwa nur der Tatbestand eines solchen Programmes offen, sondern unbestimmt ist der Grad der Abstraktheit bzw. Konkretheit der Erwartungsstruktur, also der **Programmtyp** selbst. Erst im richterlichen Entscheidungsprozeß wird dieser Programmtyp festgelegt. Dies kann entweder auf einer ganz konkreten Ebene als einzelfallbezogenes »Situationsprogramm« geschehen, das Erwartungen gegenüber dem individuellen Vertragspartner aus der ganz besonderen Situation heraus definiert (etwa »persönliche Zumutbarkeit«, »Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles«, »Billigkeit«). Oder abstrakter schon werden durch richterliche Entscheidung die Erwartungen als »Rollenprogramme« in einem Erwartungsbündel integriert, das an die soziale Position des Vertragspartners anknüpft (»der ehrbare Gewerbetreibende«, »erforderliche Sorgfalt«, Berufspositionen). Nur noch einen Sonderfall der Generalklausel-Präzisierung stellen dann die »Konditionalprogramme« dar, die zur Zeit als das verbindliche Leitbild des Arbeitens mit Generalklauseln herausgestellt werden (typische Generalklausel-Kasuistik, Fallgruppenbildung, tatbestandliche Verfestigung). In Form von »Zweckprogrammen« schließlich können im Rahmen der Generalklausel Erwartungen auf der Ebene von Zwecken integriert werden, die zur konkreten Entscheidung noch der Auswahl der Mittel bedürfen (etwa: »funktionsfähiger Wettbewerb«). Schließlich dürften auf einer sehr abstrakten Ebene »Wertprogramme« Erwartungen um allgemeine Rechtsprinzipien, Grundgesetz-Wertungen oder politische Zielvorstellungen herum gruppieren (etwa: »Meinungsvielfalt«, »Gleichheit«, »Gewissensfreiheit«).

9 Wenn also **sachliche Unbestimmtheit** der Generalklausel bedeutet, daß schon der zu entwickelnde Programmtyp unbestimmt ist, und wenn erst der richterliche Entscheidungsakt die Wahl zwischen unterschiedlichen Sinnebenen trifft, muß man an der derzeit akzeptierten Konkretisierungsmethode Kritik anmelden. Dann ist es wenig sinnvoll, die dogmatische Verfestigung von Tatbeständen generell als überlegen gegenüber bloßen Billigkeitsentscheidungen darzustellen. Ausschließlich Konditionalprogramme innerhalb der Fallgruppen zu formulieren, erscheint entsprechend gar nicht immer wünschenswert, sondern nur dann, wenn sich die Abstraktionsebene allgemeiner Normen im Gegensatz zu der von Zwecken und Werten einerseits, von Rollen und Personen andererseits als geeignet begründen läßt. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, spezifische Methoden der Erwartungskonkretisierung bezogen auf die jeweilige Programmebene zu entwickeln und darüber hinaus Kriterien zu formulieren, an denen sich die Auswahl der Programmebene orientieren kann.

10 Entsprechend ist die Unbestimmtheit der Generalklausel in der **Zeitdimension** zu formulieren. Damit ist gemeint, daß die zu § 242 gebildeten Verhaltenserwartungen auf unterschiedliche Zeitperspektiven bezogen sein können. Die Unbestimmtheit von § 242 geht über sachliche Aspekte hinaus und betrifft damit auch das Verhältnis von Wirklichkeitsanpassung und Erwartungskonstanz von Außenweltmodellen des Rechts (dazu *Willke* a. a. O.). Generell läßt sich auch dies nicht festlegen. Es ist in der Formel von »Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte« noch offen, welchen **Erwartungsstil** sie konkret herausbildet: einen rigiden normativen Stil, der die gebildeten Erwartungen ohne Lernbereitschaft auch bei Diskrepanzen zur Realität unangefochten beibehält, oder einen kognitiven Stil, der seine Erwartungen flexibel an die sich wandelnde soziale Realität anpaßt. In den schillernden Formeln zu § 242, die einerseits auf die »Verkehrssitte«, also auf reale soziale Verhaltenskonformität verweisen, ande-

rerseits dieser nur Indizfunktion für die endgültige Festlegung von rechtlichen Verhaltensstandards zubilligen, zeigt sich ein eigentümliches Mischungsverhältnis von kognitivem und normativem Erwartungsstil. Die Unbestimmtheit in zeitlicher Hinsicht ist darin bewußt als ein Mittel der Umweltanpassung des Vertragsrechts eingesetzt. Im Unterschied zu gewöhnlichen Rechtssätzen, in denen normative Außenweltmodelle mit geringer kognitiver Flexibilität nur apokryphes Lernen über juristische Auslegungskünste zulassen, ermöglichen Generalklauseln ganz offen »lernendes Recht«. Dies geschieht jedoch nicht in der Weise, daß sie vollständig auf den kognitiven Erwartungsstil umstellen, wie es bei echten Verweisungsnormen (etwa: Regeln der Technik) der Fall ist, sondern daß sie zugleich beide Erwartungsstile – also normativ und kognitiv – deutlich ausbilden und diese miteinander kombinieren. Indem sie einen spezifischen Kompromiß zwischen Umweltanpassung und Erwartungsrigidität schließen, stellen sie einen Fall der gleichzeitigen Leistungssteigerung gegenläufiger Mechanismen dar (dazu *Teubner* Generalklauseln, S. 21). Als Beispiel mögen professionelle Pflichten von Ärzten, Rechtsanwälten etc. dienen. Hier wird einerseits der rechtliche Standard den normalen Handlungsabläufen und den regelmäßigen Erwartungen der gesellschaftlichen Praxis angepaßt, andererseits werden rechtliche Anforderungen kontrafaktisch gegen die herrschende Praxis stabilisiert. Und auch in dieser Hinsicht gibt es offensichtlich keine generelle Methode, das Rangverhältnis von kognitiven und normativen Mechanismen oder ihren »optimal mix« festzulegen, wie es etwa die h. L. mit ihrem Programm einer normativen Präzisierung von Generalklauseln tut. Vielmehr ist es wieder Sache des richterlichen Wahlaktes, das Ausmaß an Lernbereitschaft der einmal festgelegten Erwartungen zu bestimmen, was auch in dieser Hinsicht die Frage nach Methoden und Kriterien der Wahl aufwirft.

11 Schließlich ist die Generalklausel des § 242 auch in bezug auf die **Sozialdimension**, also in bezug auf die **Konsenserfordernisse** unbestimmt. Sie läßt sich nicht generell entweder auf den Typ einer »Verweisungsnorm« oder auf den einer »Ermächtigungsnorm« festlegen, wie dies in konkurrierenden Theorien der Generalklauseln versucht wird. Während für gewöhnliche Rechtsnormen der genau definierte Konsens verfassungsmäßig kompetenter und demokratisch legitimierter Gesetzgebungsgremien hinreichend und erforderlich ist, bleibt es hier gerade offen, welche Qualität eines Konsenses welcher sozialer Gruppen in welchem Ausmaße die Konfliktentscheidung stützen soll. Die berühmten Praxisformeln vom »redlichen Vertragspartner«, vom »verständigen Gewerbetreibenden« und von anderen »anständigen« Berufsrollen sowie ganz besonders die Formel von den »billig und gerecht Denkenden« (dazu *Limbach* S. 18 ff.; *Haberstumpf* S. 42 ff.) zeigen das Spektrum der Wahlmöglichkeiten, vor das sich der Richter gestellt sieht. Sie können sich auf ganz unterschiedliche soziale Gruppen beziehen, entweder auf komplementäre Erwartungen der konkreten Vertragspartner selbst oder auf den Konsens einer Bezugsgruppe, meist also auf die formalisierten Erwartungen einer Profession (»Berufsordnungen«) bzw. auf deren informelle Normen oder schließlich auf gesamtgesellschaftlich institutio-

nalisierte Erwartungsmuster. Selbst wenn bereits zwischen solchen Orientierungsebenen gewählt ist, bleiben Ausmaß und Qualität des Konsenses offen. Welcher Grad an faktischem Konsens ist erforderlich? Und: In welchem Maße ist der Konsens bloß unterstellt, fingiert, antizipiert, dekretiert? Auch in dieser Dimension würde eine generelle Festlegung (hier: der Konsenserfordernisse) der Funktion von Generalklauseln widersprechen. Erst im richterlichen Entscheidungsprozeß stellt sich die komplizierte Wechselbezüglichkeit von sozialen Vertrags- und Verkehrserwartungen, politischen Zielvorgaben und richterlichen Normdefinitionen her (vgl. *Esser* Grundsatz, S. 63, 96 ff.; *ders.* Vorverständnis, S. 62 ff.).

12 Wenn man also entgegen den meisten Generalklausel-Theorien die Unbestimmtheit nicht durch Konkretisierungsanweisungen von vornherein reduziert, sondern im Gegenteil erst drastisch steigert, dann wird in allen drei Dimensionen der Normstruktur – sachlich, zeitlich, sozial – eine Fülle von Konkretisierungs-Alternativen sichtbar. Auf keine dieser Alternativen läßt sich die Generalklausel allgemein festlegen. Dann aber darf man die folgenden Fragen nicht vorab entscheiden. Sachlich: Welcher Programmtyp ist im Konkretisierungsvorgang zu entwickeln? Zeitlich: Welches Mischungsverhältnis von normativen und kognitiven Mechanismen ist anzustreben? Sozial: Welche Konsensanforderungen sind an welche soziale Gruppe zu stellen, um die konkrete Entscheidungsregel zu stützen? Erst die richterliche Formulierung der Fallnorm kann unter den vielfältigen Alternativen eine begründete Auswahl treffen (zum Begriff der Fallnorm *Fikentscher IV* S. 202 ff.). Mit einem solchen Generalklausel-Programm, nämlich ihre Unbestimmtheit zu steigern, wird man wahrscheinlich ihrer gesellschaftlichen Funktion, »gesellschaftsadäquate« Rechtsentscheidungen zu ermöglichen, besser gerecht. Denn solche flexibilisierten Generalklauseln sind universell einsetzbar, um das Recht sowohl an soziale Wandlungen anzupassen als auch mit dessen Hilfe aktiv in gesellschaftliche Prozesse zu intervenieren. Insofern stellen Generalklauseln gegenüber »einfachen« Normen ein »höherstufiges Programm« der Zuordnung von gesellschaftlichen und rechtlichen Modellen dar, insbesondere, weil sie auf die Punkt-für-Punkt-Zuordnung von Sozialkonflikt und Rechtsnorm verzichten. Zugleich mit einer solchen Interpretation der Generalklausel aber erschwert man sich selbst die Anwendungsprobleme. Denn dann stellt sich verschärft die Frage nach **Auswahlkriterien** – nun aber auf einer Meta-Ebene, und zwar in allen drei Dimensionen.

2. Auswahlkriterien

13 Ein Blick auf die Gerichtspraxis zu § 242 zeigt, daß es durchaus realistisch ist, die Unbestimmtheit derart umfassend zu formulieren. Denn richterliche Entscheidungen pflegen sich den Präzisierungsanweisungen der Doktrin nicht zu fügen. Sie orientieren sich sachlich an sehr unterschiedlichen Ebenen der Sinnidentifikation, formulieren zeitlich Entscheidungsregeln mit wechselndem ko-

gnitiven oder normativen Gehalt und stellen sozial recht variable Konsensanforderungen. Kriterien für die Wahl allerdings werden nur ad hoc, nur aus den Bedürfnissen des Einzelfalles entwickelt. Ein solches **»opportunistisches Verfahren«** ist mit Sicherheit ein besonderes Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung. Die zu § 242 entwickelten leerformelartigen Leitprinzipien, deren Subsumtionsfähigkeit dennoch unterstellt wird, das inkrementelle Von-Fall-zu-Fall-Entscheiden innerhalb einer Präjudizienkette, das Abstellen auf die »Umstände des Einzelfalles«, das Orientieren an Entscheidungsfolgen und schließlich die im Rahmen von § 242 universal angewendete Methode der Interessenabwägung – dies alles sollte als Mittel der Kriteriengewinnung nicht deshalb geringgeachtet werden, weil es nicht oder nur schwer verallgemeinerbar ist.

14 Ob es darüber hinaus möglich ist, generelle Leitlinien zu entwickeln, ist eine offene Frage. **»Kongruente Generalisierung«**, also die wechselseitige Abstimmung des Generalisierungsgrades in sachlicher, zeitlicher, sozialer Hinsicht, dürfte ein weiteres Mittel darstellen, die Alternativenvielfalt zu beschränken (dazu *Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 94 ff.). Denn die Wahlmöglichkeiten in den unterschiedlichen Dimensionen sind nicht beliebig miteinander kombinierbar; hieraus ergeben sich Beschränkungen, die auf eine Einengung des Möglichkeitsspielraums hinauslaufen.

15 Vermutlich aber wird man in anderer Richtung nach Auswahlkriterien suchen müssen. Die Generalklausel-Problematik anzubinden an eine allgemeine Gesellschaftstheorie, die materiale Kriterien – wenigstens auf der Meta-Ebene – liefern könnte, steht nicht zu erwarten. Vielleicht gar würden derartige Vorstellungen eines »soziologischen Naturrechts« die notwendige Lernfähigkeit der Generalklauseln behindern. Mögliche Richtungsangaben dürften eher aus einer Analyse des **Entsprechungsverhältnisses von Rechtsstrukturen und Sozialstrukturen** (vgl. *Ott* Jb f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 345 ff.) zu gewinnen sein. Es ist vorstellbar, daß sich Kriterien für die Konkretisierung aus den rechtsrelevanten Besonderheiten der jeweiligen Sozialsysteme entwickeln lassen, nicht im Sinne einer Ableitung von Rechtskonstruktionen aus der »Natur der Sache«, sondern im Sinne der von *Selznick* beschriebenen doppelten Variabilität von gesellschaftlicher Rezeptionsfähigkeit und rechtlicher Regelungskapazität (Law Society and Industrial Justice, 1969, S. 243 ff.). »Opportunity structure« des Sozialsystems für rechtsförmige Regulierung und »conceptual readiness« des Rechtssystems für die Bewältigung sozialer Entwicklungen sind die beiden kritischen Faktoren, aus deren Relationierung über die »Politik des Gesetzes« (*Steindorff* in FS Larenz, 1973, 217 ff.) sich Kriterien für die Generalklausel-Konkretisierung in sachlicher, zeitlicher und sozialer Hinsicht ergeben müßten. Am Beispiel Marktsteuerung durch Recht läßt sich diese Art Analyse verdeutlichen. Je nach empirischer Marktstruktur (insbes. Konzentrationsgrad) einerseits und politischen Steuerungskonzepten andererseits sind die sachlichen, zeitlichen und sozialen Generalisierungsniveaus von Rechtsnormen unterschiedlich zu bestimmen: als universal geltendes, auf Dauer angelegtes Konditionalprogramm, als universales, aber flexibles politisches Zweckprogramm oder als partikularistische, kurzfristige Intervention (Situationsprogramm).

16 Gesucht ist also eine Konkretisierung der Generalklausel, die ihre Kriterien aus der wechselseitigen Limitierung von deren empirischen, prospektiven und operativen Submodellen gewinnt (dazu *Teubner* Generalklauseln, S. 30 ff.). Ein solch anspruchsvolles Programm wird notwendig wegen seiner Abstraktheit – jedenfalls im Rahmen einer Kommentierung zu § 242, ob nun alternativ oder nicht – praktisch folgenlos bleiben, wenn es nicht gelingt, die Funktionen der Generalklausel gegenüber ihrem jeweiligen gesellschaftlichen Regelungsbereich näher herauszuarbeiten. Angesichts des kaum noch überschaubaren Geltungsbereichs des § 242, der vom Schuldrecht ausgehend in das Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Gesellschaftsrecht, in die sogenannten bürgerlichrechtlichen Nebengebiete bis in das öffentliche Recht ausstrahlt (dazu etwa MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 58 ff. m. w. N.), müssen solche Funktionsanalysen sehr heterogen ausfallen. Um sinnvoll weiterzukommen, muß man sich drastische Beschränkungen auferlegen. Im folgenden soll daher ausschließlich eine **Funktionsanalyse der Generalklausel des § 242 in Hinblick auf die zentrale Institution des Vertrages** versucht werden.

17 Vielversprechend erscheint, eine solche Funktionsanalyse des § 242 an ein schon klassisches soziologisches Konzept anzuschließen, an das Konzept der **»nichtkontraktuellen Elemente des Vertrages«**, das *Durkheim* im Rahmen seiner **Theorie funktionaler Differenzierung** entwickelt hat (*Durkheim* De la divison du travail social, 1893; dt.: Über die Teilung der sozialen Arbeit, 1977, 1. Buch, Kap. 7; dazu aufschlußreich in rechtssoziologischer Perspektive *Röhl* Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages, in: FS Schelsky, 1978, 435 ff.). Durkheim bezeichnet damit rechtliche und moralische Kontrollen von Austauschnetzen, die wegen ihrer integrativen Wirkung Prozesse hochgradiger Arbeitsteilung kompensieren und damit überhaupt erst ermöglichen. Im folgenden sollen hierzu zwei Thesen ausgearbeitet werden. Die erste besagt – mit Durkheim: Die Funktion von »Treu und Glauben« ist es, solche gesellschaftlichen nichtkontraktuellen Elemente des Vertrages zu verrechtlichen, die sich einer generellen Vorregulierung durch das staatliche Vertragsrecht entziehen (vgl. schon *Durkheim* a. a. O. S. 252 selbst zur schuldrechtlichen Generalklausel des Art. 1135 Code Civil und S. 255 zu den Wirkungen der Vertragsmoral). Die zweite These lautet – gegen Durkheim und gegen den Wortlaut von § 242: Erst wenn es gelingt, solche nichtkontraktuellen Elemente neu zu formulieren, weg von Moralzwängen (»organische Solidarität«) hin zu einer vertragsinternen reflexiven Kompatibilisierung von widersprüchlichen gesellschaftlichen Steuerungsebenen, hat man einen Schlüssel für ein modernes Verständnis des »königlichen Paragraphen« gefunden.

III. Treu und Glauben als nicht-konsensuelles Element des Vertrages

1. »Materialisierung« des Vertragsrechts

18 Erst vor dem Hintergrund der traditionellen Rechtsgeschäftslehre wird die Notwendigkeit, die Unbestimmtheit des § 242 zunächst drastisch zu steigern, ehe man von einer höheren Ebene aus sie reduzieren kann, sichtbar. In der klassischen willenstheoretisch orientierten Vertragsdoktrin konnte dem Grundsatz von Treu und Glauben nur marginale Bedeutung beigemessen werden (zur klassischen Vertragsdoktrin ausführlich mit umfangreichen Nachweisen *Kramer* S. 19 ff.). Der Schwerpunkt sozialer Integration lag auf dem privatautonomen Konsensmechanismus, dessen gesellschaftliche Kontrollen sich auf formale und generelle Gesetzesnormen und gelegentliche Rückgriffe auf bürgerliche Moral beschränkten. Indem die Formel von Treu und Glauben auf Maßstäbe anständigen Verhaltens verwies, übernahm sie nur sehr begrenzte **Korrektivfunktionen** gegenüber weitgehender Privatisierung vertraglicher Koordination und hochgetriebener Formalisierung des staatlichen Vertragsrechts. Die Billigkeitsklausel war nicht mehr als nur ein »kasuistischer Ausgleich gegen die logische Strenge der dogmatisch festgelegten Institutionen« (*Esser* Grundsatz, S. 151 f.). Die residuale Funktion von Treu und Glauben machte die Unbestimmtheit der Generalklausel in allen drei oben beschriebenen Dimensionen problemlos handhabbar (vgl. *Betti* S. 10). Sachlich wurden die Verhaltensnormen integriert auf der relativ konkreten Sinnebene der Interaktionsmoral von »redlichen Vertragspartnern«, zeitlich als dauerhafte Gebote der »einfachen Sittlichkeit« (vgl. *Bollnow* Einfache Sittlichkeit, 1957, S. 20 ff.) verstanden und sozial allgemein konsentiert als »zusätzliches Korrektiv kraft bürgerlicher Wohlanständigkeit« (*Scheyhing* Unbestimmte Rechtsbegriffe in der Sicht des Zivilrechts, SchlHA 1962, 113 f.).

19 Nur unzureichend werden die oft beschriebenen dramatischen Entwicklungsprozesse des § 242, die ihn zur »beherrschenden Vorschrift nicht nur im Schuldrecht, sondern im ganzen bürgerlichen Recht und im Recht schlechthin« gemacht haben (*Staudinger/Weber* § 242 Rz. A 1), mit der Formel, es handele sich um eine Zunahme »hoheitlicher Gestaltungskräfte« zu Lasten privatautonomer Gestaltung, interpretiert (etwa *Reinhardt* S. 115 ff.). Denn dies reduziert die Norm auf die allzu einfache Dichotomie von privater Selbstbestimmung und staatlicher Intervention (mit den entsprechenden ideologischen Konnotationen) und bietet kaum einen Ansatzpunkt für die gesuchte inhaltliche Orientierung. Angemessener lassen sich die Wandlungen des § 242 als Prozesse der **»Materialisierung« des Privatrechts** deuten, sofern man ein hinreichend komplexes Verständnis dieses Begriffes, vergleichbar der Analyse »antiformaler Tendenzen« im modernen Privatrecht durch *Max Weber* (Rechtssoziologie, 1967, S. 332 ff.) voraussetzen kann. (Anspruchsvolle Konzepte der privatrechtlichen Materialisierungsprozesse mit unterschiedlichen Nuancierungen je nach theoretischer Ausgangsposition finden sich bei *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges*

Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, 1980, S. 32 ff., 71 ff.; 187 ff., 249 ff.; zu den Grenzen des Materialisierungsprogrammes *E. Schmidt* JZ 1980, 158 f.) Denn erst dann werden die durch sehr unterschiedliche Interessen vermittelten strukturellen Ursachen sichtbar (»Marktinteressen«, »soziale Klasseninteressen«, »soziale Forderungen der Demokratie«, »Wohlfahrtsbürokratie«, »interne Standesideologie«, vgl. *Max Weber* a. a. O.). Deutlich werden auch ihre durchaus ambivalenten gesellschaftlichen Konsequenzen und – worauf es in unserem Zusammenhang entscheidend ankommt – die Vielfalt von Orientierungsebenen, auf die sich »Treu und Glauben« nunmehr bezieht. Materialisierung in diesem Sinne bedeutet nicht nur »Überhandnehmen des richterlichen Interventionismus« (*Esser* JZ 1956, 556), in dessen Vollzuge »Gesetzes- und Vertragstreue gegen regulierende, kontrollierende und schließlich bevormundende Richtermacht« eingetauscht wird. Es geht nicht um eine »Verstaatlichung«, sondern um eine »Vergesellschaftung« des Vertrages. Es wäre zu eng, den Begriff der vertragsrechtlichen Materialisierung bloß für staatsinterventionistische Kompensationen von auftauchenden Marktdefiziten zu reservieren. 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 des Vertrages heißt in diesem Sinne, die **Abhängigkeit vertraglicher Erwartungsstrukturen von vielfältigen nicht-konsensualen Steuerungsmechanismen**, darunter auch staatsinterventionistischen, sichtbar zu machen und diese **vertragsintern zu koordinieren.**

2. Kompatibilisierung von drei gesellschaftlichen Steuerungsebenen

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 Vertrags als einer verrechtlichten Sozialbeziehung zu Hilfe nehmen. Den Vertrag als »Institution« zu definieren, verweist auf den Zusammenhang von Rechtsnormen mit sozialen Handlungsstrukturen (*L. Raiser* S. 147). Im Schuldverhältnis als »Organismus« (*Siber* Schuldrecht, 1931, S. 1) findet sich das Modell eines Ganzen bestehend aus geordneten Elementen, das sich in Austauschprozessen mit seiner Umwelt erhält. Auf zwei zentrale Systemaspekte, nämlich Struktur und Prozeß, verweist die Begriffsfassung des Schuldverhältnisses als »Gefüge und Prozeß« (*Larenz* SchuldR AT § 2 V). Organisierte Zielgerichtetheit schließlich betont die Definition des Vertrages als eines »vertraglich ausgearbeiteten Plans« (*Esser/Schmidt* § 3 III). Solche Vorstellungen, welche »die dem Schuldverhältnis eigene Beweglichkeit in der Auseinandersetzung mit der Sozialwirklichkeit« (*Gernhuber* S. 53) bewußt machen, sind weiterzuentwik-

keln zu einem Konzept des Vertrages als eines **sozialen Handlungssystems**, das nicht nur das Ziel des Parteikonsenses einlöst, sondern zur Grenzerhaltung bestimmte Funktionsprobleme zu lösen hat (vgl. *Parsons/Smelser* Economy and Society, 1956, S. 104 ff., 143 ff.). Die Vertragsbeziehung wird dann definiert als ein normativ geordneter Sinnzusammenhang von Handlungen, dessen interne Strukturen sich nicht nur von der Normierung durch Parteikonsens, sondern zugleich aus den Anforderungen sehr unterschiedlicher gesellschaftlicher Steuerungsebenen erklären lassen.

3. Interaktion, Institution, Gesellschaft

21 Die »nicht-konsensuellen Elemente« des § 242 sind nichts anderes als die innervertragliche Umsetzung solcher gesellschaftlichen 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 (**»Institutionenebene«**); (3) der gesamtgesellschaftlichen Ebene des Zusammenspiels von »Politik«, »Wirtschaft«, »Recht« (**»Gesellschaftsebene«**). Diese Ebenen sind nicht hierarchisch aufeinander aufgebaut zu verstehen, sondern als prinzipiell unterschiedliche Modi der Systembildung, die zunehmend voneinander verselbständigt werden, in die aber dennoch das Handlungssystem »Vertrag« gleichermaßen verflochten ist (zu den drei Ebenen der Systembildung vgl. *Luhmann* Interaktion, Organisation, Gesellschaft, in: Soziologische Aufklärung 2, 1975, S. 9 ff.). Die Formel von »Treu und Glauben« ist dann als Verweisung auf diese drei Systembildungsebenen zu verstehen, als Transformation von deren Steuerungsimpulsen und ihre rechtsspezifische Abstimmung für vertragsrechtliche Einzelentscheidungen.

22 Anders als im klassischen Verständnis läßt sich heute die Integration dieser drei Ebenen nicht mehr als vom »anständigen Vertragspartner« moralgesteuert vorstellen (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 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* S. 346), von einem Einbruch des »gesellschaftlichen Chaos« (*Struck*) in das Vertragsrecht. Die okkasionelle Abstimmung von Systemkonflikten, die vom Vertragsrecht her gesehen »zufällig« und deshalb nicht generell beherrschbar sind, macht die heutige Konkretisierungsaufgabe der Generalklausel aus.

23 Mit dieser Unterscheidung dreier Steuerungsebenen, die ihre je eigenen Anforderungen an den Vertrag stellen, läßt sich nun an das oben entwickelte Programm der Steigerung und Reduktion von Unbestimmtheit anknüpfen (s. o. Rz. 4 ff.). Die ebenenspezifische Identifizierung »nichtkontraktueller Elemente des Vertrages« eröffnet Chancen, **Kriterien für die Wahl unter Alternativen der Unbestimmtheit** zu gewinnen, die je nach Steuerungsebene unterschiedlich ausfallen muß. In der Sachdimension, also für die Sinnebene der in § 242 entwickelten Entscheidungsregeln, könnte dies bedeuten: Das Abstraktionsniveau der Erwartungsintegration ist je anders zu bestimmen, je nachdem ob vertragliche Verhaltensanforderungen aus der konkreten Interaktion der Partner entwickelt werden (Person- und Situationsprogramme) oder ob der Vertrag von arbeitsteiligen Markt- und Organisationszusammenhängen her beeinflußt wird (Rollen- und Normprogramme) oder ob gesamtgesellschaftliche, insbes. politische Steuerungsvorgaben in den Individualvertrag zu inkorporieren sind (Zweck- und Wertprogramme). In der Zeitdimension bedeutet dies, daß für jede der Steuerungsebenen genauer zu bestimmen ist, welcher Grad an normativer Verfestigung oder kognitiver Flexibilität der Verhaltenserwartungen ebenenadäquat ist. Und ebenso stellt sich in der Sozialdimension für jede der Steuerungsebenen die Frage, welcher Grad an sozialer Institutionalisierung vorausgesetzt werden kann. Es muß für jede der Ebenen entschieden werden, ob eine Verweisung auf selbstregulatorische soziale Mechanismen in Frage steht (»Standards«) oder ob ein »Versagen« solcher Steuerungsmechanismen eine kompensatorische rechtliche Formulierung von Verhaltensanforderungen (»Direktiven«) notwendig macht (dazu *Teubner* Standards, S. 65 ff.). Die richterliche Diagnose darüber, ob und inwieweit auf der jeweiligen Ebene Selbststeuerung funktioniert, entscheidet dann über die Therapie, nämlich in welchem Ausmaße soziale Normen bloß zu rezipieren oder rechtliche Anforderungen kompensatorisch zu formulieren sind (vgl. *E. Schmidt* JZ 1980, 160). Auf der Interaktionsebene heißt dies, daß eine Verweisung auf informelle Verhaltenserwartungen in Frage steht, daß aber bei »Interaktionsversagen« »objektive« Vertragszwecke und Verhaltenspflichten richterlich definiert werden. Entsprechend geht es auf der Institutionenebene darum, daß bei »Marktversagen« die bloße Übernahme von »Verkehrssitten« und »Handelsbräuchen« in § 242 ersetzt wird durch die Formulierung eines richterlichen Marktverhaltensrechts, durch die autoritative Formulierung von Aufklärungspflichten und professionellen Standards. Dies ist nichts anderes als ein privatrechtlicher Reflex auf die Umstellung staatlicher Interventionen von »marktkomplementären« Regelungen durch »marktkompensierende« Maßnahmen (vgl. *Reich* Markt und Recht, 1977, S. 198 ff.). Auf gesamtgesellschaftlicher Ebene schließlich verweist § 242 auf die in Rechtsnormen verbindlich gemachte »Politik von Gesetzen« (*Steindorff* FS Larenz 1973, 217 ff.). Bei einem »Versagen« der politischen Mechanismen aber bleibt es der richterlichen Entscheidung überlassen, wie im Einzelfall die »public policy« zu definieren ist.

24 Eine solche Differenzierung der Generalklausel nach gesellschaftlichen Steue-

rungsebenen steht »quer« zu der heute gebräuchlichen Einteilung nach Funktionskreisen (s. o. Rz. 3). So sind etwa die zu einer einheitlichen Gruppe zusammengefaßten weiteren Verhaltenspflichten, die der »Ergänzungsfunktion« des § 242 zugerechnet werden, von allen drei Steuerungsebenen zugleich beeinflußt. Sie lassen sich teilweise aus konkreten wechselseitigen Erwartungen der individuellen Vertragspartner erklären, teilweise sind sie aus dem Zusammenhang arbeitsteiliger ökonomischer Funktionsabläufe oder aus richterlichen Korrekturen von Marktungleichgewichten herzuleiten, teilweise schließlich sind sie nur von Abstimmungserfordernissen zwischen gesellschaftlichen Teilsystemen, insbesondere von politischen Zielvorstellungen her zu verstehen. Das gleiche gilt für den »Rechtsmißbrauch«: Er kann »individuell« begründet sein aus dem Widerspruch zu Normen der Interaktionsmoral oder »institutionell« als Verstoß gegen die Zwecke der sozialen Institution, in die das subjektive Recht eingebettet ist, oder schließlich »gesellschaftlich« aus einem Konflikt zu fundamentalen Prinzipien gesellschaftlicher Funktionssysteme. Auch die Fälle der Einschränkung der gesetzlichen Form nach § 125 lassen sich letztlich nur von einer solchen Dreiteilung her verstehen. Darüber hinaus sind auch (wie bei jeder analytischen Systematisierung) keine exakten und ausschließlichen Punkt-für-Punkt-Zuordnungen von »Fall« und Steuerungsebene möglich. Nur schwerpunktmäßig lassen sich für typische Konstellationen Zuordnungen vornehmen, bei denen die eine Steuerungsebene im Vordergrund steht, während die anderen nur sekundär zu berücksichtigen sind (vgl. zu einer parallelen Problematik bei § 1 UWG *L. Raiser* Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, 443 ff.). Das alles muß aber kein Nachteil sein. Im Gegenteil, diese Art der Systematisierung bietet Chancen, inhaltliche und methodische Kriterien zu entwickeln, indem sie nicht wie die übliche Einteilung nur formal zwischen richterlicher Ergänzung, Korrektur oder Neuformulierung von Vertragsnormen unterscheidet, sondern indem sie auf die **Ursprünge der Erwartungsbildung in unterschiedlichen Sozialzusammenhängen** verweist. Sie regt dazu an, die sozialen Probleme zu identifizieren, zu deren Lösung Rechtsnormen im Rahmen des § 242 eingesetzt werden sollen. Damit dürfte sie etwa die richterliche Definition von Verhaltenspflichten unter stärkere Begründungszwänge setzen, als es ihr üblicher Bezug auf »Treu und Glauben« oder ihre Rechtfertigung als »gesetzliche« Pflichten vermögen. Größere Tiefenschärfe wird sich freilich erst erreichen lassen, wenn man auf den unterschiedlichen Steuerungsebenen mit »Normbereichsanalysen« (*F. Müller* Normstruktur und Normativität, 1966, Kap. 11) einsetzt, also mit konkreten Interaktionsanalysen, Marktanalysen, Politikanalysen. Die sorgfältige Differenzierung einzelner Vertragstypen, eingehende Analysen von Einzelmärkten und die Untersuchung unterschiedlicher »Politik-Arenen« könnten insbesondere die Frage klären, ob gesellschaftliche Ungleichgewichtslagen Korrekturen durch richterliche Feinsteuerung notwendig machen. Dies kann im folgenden selbstverständlich nicht geschehen. Es wird – weitaus bescheidener – nur darum gehen, die Fruchtbarkeit einer solchen Systematisierung an der Kasuistik auszuprobieren und gewisse Neuinterpretationen bekannter Fallgruppen im Rahmen

der hier gewählten Perspektive zu versuchen.

25 Bei einem solchen Versuch der Neusystematisierung stößt man immer wieder auf das Phänomen des **»konstruktiven Mißbrauchs«** von bekannten Rechtsfiguren. Die **Rechtsprechung** benutzt vertraute Rechtskonstruktionen wie Verwirkung, widersprüchliches Verhalten, Rechtsmißbrauch, die ihre Begründung aus der konkreten Interaktionsmoral – also auf der ersten der hier genannten Ebenen – finden, um damit Konflikte zu regulieren, die eigentlich auf den anderen beiden Ebenen anzusiedeln sind, etwa Mißbrauch von Marktmacht oder widersprüchliche Anforderungen von gesellschaftlichen Teilsystemen. Diese Vorgehensweise ist einerseits – jedenfalls in einem frühen Entwicklungsstadium – vorteilhaft, da sie Innovationen ermöglicht und zugleich den Anschlußzwängen an bewährte Rechtsnormen genügt. Andererseits aber verdunkelt sie die eigentlich relevanten Entscheidungskriterien, indem sie Steuerungs- und Koordinationserfordernisse als moralische Grundsätze von »redlichen Vertragspartnern« darstellt (vgl. etwa die Rspr. zur Kontrolle in AGB: *BGH* 41, 150, 155; *BGH* 60, 353, 361; *BGH* 62, 251 ff.). Demgegenüber auf die relevanten Problemlagen und auf mögliche andere Entscheidungsgesichtspunkte hinzuführen, dürfte der eigentliche Sinn der angestrebten Neusystematisierung sein.

IV. »Interaktionsebene«: Informelle Verhaltenserwartungen

1. Verrechtlichung der Interaktionsmoral

26 Die in diesem Abschnitt darzustellenden dogmatischen Figuren des § 242 betreffen ausschließlich Verhaltenserwartungen, die von der ersten der drei genannten Steuerungsebenen her zu interpretieren sind. Angesprochen sind Normen einer konkreten **»Vertragsmoral«**, die sich aus der persönlichen Interaktion der Vertragspartner herausbilden und die über § 242 richterlich sanktioniert werden. In der Sache geht es darum, die im rechtsgeschäftlichen Konsensakt formalisierten Vertragsnormen zu ergänzen um eine Fülle von informellen Erwartungen, die gerade nicht auf explizite Erklärungsakte zurückzuführen sind, die sich aber auch nicht einfach mit der Formel »ex lege« (*Flume* Bd. II, § 10, 3 b) erklären lassen. »Ex lege« bringt zwar den Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Begründung ausreichend zur Geltung; es verweist zugleich mit Recht auf Prozesse richterlicher Rechtsfortbildung (*Canaris* S. 432 Fn. 42). Jedoch vermittelt es irreführende Vorstellungen über die prinzipielle Möglichkeit, solche Verhaltensnormen tatbestandlich zu verfestigen (*Canaris* a. a. O.), da diese nur sehr unterschiedlich dogmatisierbar sind. Zugleich verdeckt sie den eigentlichen Geltungsgrund: die richterliche Sanktionierung von konkreten Interaktionsnormen (vgl. *Köndgen* 2. Kap. I 4).

27 Die Rechtssoziologie hat hier subtile Analysen der **sozialen Normgenese** in der Zweierbeziehung geliefert, wonach sich über wechselseitige Verhaltenskoordination und ihre zeitliche Stabilisierung festgefügte Erwartungsmuster herausbil-

den, die das Verhalten der Interaktionspartner nicht minder stark bestimmen als formalisierte Erklärungen (vgl. grundlegend *Max Weber* Rechtssoziologie, 1967, S. 80 ff.; *Geiger* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 46 ff.; *Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 31 ff.). Komplementarietät und **Reziprozität** der Erwartungen und **Konsistenzanforderungen** der Selbstdarstellung dürften dabei die wesentlichen Normbildungsmechanismen darstellen, welche auch die juristische Definition von Verhaltenspflichten beeinflussen.

28 Aus den soziologischen Besonderheiten der konkreten Interaktionsbeziehung lassen sich Gesichtspunkte herleiten, die die oben angesprochene Unbestimmtheit der Generalklausel des § 242 (s. o. Rz. 7 ff.) in sachlicher, zeitlicher und sozialer Hinsicht reduzieren können. In der Sachdimension bedeutet dies, daß Interaktionsbeziehungen einen ganz bestimmten Programmtyp produzieren. Denn nur ganz spezifische **person- und situationsabhängige Verhaltenserwartungen** lassen sich entwickeln, wenn man die Auswirkungen der konkreten Interaktionsbeziehung auf die Vertragsstruktur erfaßt. Sie bleiben der partikularen, auf das einmalige Austauschverhältnis abstellenden Problemsicht grundsätzlich verhaftet (*Limbach* S. 98). Die Sinnidentifikationsebene (dazu oben Rz. 8 f.) ist somit sehr konkret anzusetzen; eine Generalisierung in Richtung auf gesellschaftliche Rollen oder gar auf allgemeine Normen ist prinzipiell ausgeschlossen. Hier also findet die Rechtsprechungsformel der »Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles«, d. h. eine Entscheidung nach »Billigkeit«, ihr legitimes Anwendungsfeld (abweichend *v. Hoyningen-Huene* S. 89 ff.). Gemeint ist damit freilich nicht unkontrollierte Billigkeitsjustiz, sondern ein Entscheidungsstil, der sich aus einer situationsspezifischen Anpassung der Vertragspflichten an konkrete Verhaltensweisen der Vertragspartner legitimiert.

29 Ähnliche Flexibilitäten zeigen sich in der Zeitdimension. Die angesprochenen informellen Interaktionsnormen weisen durchweg einen relativ geringeren Grad an normativer Rigidität auf als formelle Normen aus Erklärungsakten. »Normemergente Prozesse verlangen relativ **hohe Elastizität des Erwartens**, m. a. W.: auch die Destabilisierung der Norm ist erleichtert« (*Köndgen* 2. Kap. II 3.2.2). Dies dürfte einer der Gründe sein, weswegen sich solche flexiblen Verhaltenserwartungen der Dogmatisierung und der tatbestandlichen Verfestigung weitgehend entziehen.

30 In der Sozialdimension schließlich ist das Verhältnis von Normalität und Normativität recht prekär: Rezipiert die Justiz konkrete Erwartungen der Interaktionspartner oder ist es die Justiz selbst, die Maßstäbe anständigen Vertragsverhaltens definiert? Die Frage dürfte noch zu einfach gestellt sein. Das Verhältnis von sozialer Normgenese und richterlicher Normdefinition läßt sich nicht auf die klargeschnittene Alternative von Rezeption oder Oktroi bringen. Vielmehr handelt es sich – wie sich an der diffusen Formel vom »redlichen Vertragspartner« ablesen läßt (*Limbach* S. 77 ff.) – um ein je unterschiedliches Mischungsverhältnis von Übernahme und Kontrolle, das sich danach ausrichtet, wie nach dem richterlichen Verständnis das Funktionieren der jeweiligen Vertragsbeziehung zu beurteilen ist. Am einen Ende der Skala stehen Fälle, in denen die

konkreten Erwartungen der Parteien richterlich voll sanktioniert werden, am anderen Ende der Skala sind die Konstellationen anzusiedeln, in denen der Richter ein **»Versagen« des vertraglichen Selbststeuerungsmechanismus** diagnostiziert und entsprechende kompensatorisch »objektive« Vertragszwecke und Verhaltenspflichten formuliert.

2. Widersprüchliches Verhalten

31 Einen ersten Anwendungsfall der nur aus der konkreten Interaktion verständlichen Erwartungsbildung bildet das Verbot des **»venire contra factum proprium«** (dazu *Riezler* S. 1 ff.). Der Vertragspartner, der sich zu seinem früheren Verhalten, das beim anderen ganz bestimmte Erwartungen ausgelöst hat, in Widerspruch setzt, verstößt gegen fundamentale **Kontinuitätserwartungen** der Selbstdarstellung, die zugleich auch die Identität des Partners und ihre beiderseitige Beziehung betreffen (*Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 74 f.). Ähnlich der Forderung zum »Worthalten«, dem »pacta sunt servanda«, wird eine Konsistenz des erwartungsauslösenden Verhaltens verlangt (*Wieacker* Präzisierung S. 27). Hier jedoch mit rechtsgeschäftlichen Verzichtserklärungen zu arbeiten (*Wieling* AcP 176 (1976), 334 ff.), heißt, den informellen Mechanismus der Erwartungsbildung gründlich mißzuverstehen. Ebensowenig ist ein Verschuldensvorwurf bezüglich des Vorverhaltens impliziert (*BGH* WPM 1978, 876; problematisch aber *BAG* WPM 1973, 1308), da die Erwartungskonstanz als solche geschützt ist. Entscheidend ist, ob das Vorverhalten konkretes, individuell feststellbares Vertrauen im Vertragspartner geweckt hat (MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 299), das durch Indizien der »Vertrauensinvestition« (*Canaris* S. 338) erschlossen werden kann. Allerdings baut die Rechtsprechung noch eine Relevanzschwelle ein, indem sie über eine Interessenabwägung, besonders unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Nachteile, über die Schutzwürdigkeit der konkret gebildeten Erwartung befindet (*BGH* 47, 184, 189).

32 An den folgenden **Beispielen** aus der Kasuistik wird insbesondere deutlich, wie sehr konkret und wie wenig verallgemeinerungsfähig solche Erwartungen aus »widersprüchlichem Verhalten« definiert sind: In einem Fall hatte ein Erbe an einem Vertrag mitgewirkt, in dem ein geschäftsunfähiger Erblasser ein Grundstück veräußerte; er durfte sich nicht auf die Nichtigkeit berufen (*BGH* 44, 367). Einem Makler wurde verwehrt, eine Alleinauftragsklausel geltend zu machen, weil er sie vorher als bloße Formsache bezeichnet hatte (*BGH* NJW 1969, 1625). Als ein Architekt in Kenntnis aller relevanten Umstände eine »Schlußrechnung« erteilte, wurde er als daran gebunden erklärt (*BGH* 62, 211; *BGH* NJW 1978, 319). Ein Anwalt, der ein an sich unwirksames Erfolgshonorar vereinbart hatte, durfte, als er erfolglos blieb, keine Vergütung verlangen (*BGH* 18, 347). Einem Schuldner wurde verwehrt, die Verjährungseinrede geltend zu machen, weil er den Gläubiger davon abgehalten hatte, den Ablauf der Verjährung zu unterbrechen (*BGH* 8, 5; st. Rspr.). Entsprechend wurde für den Ablauf

von Ausschlußfristen entschieden (*BGH* MDR 1979, 384). Die Verjährungseinrede wurde so lange verwehrt, wie zwischen den Parteien Gespräche über die Regulierung von Schmerzensgeldansprüchen in Gang waren (*OLG München* VersR 1972, 206). Ein Erbe soll sich widersprüchlich verhalten, wenn er einerseits Vorteile aus einem ungewöhnlich starken Engagement des Nachlaßverwalters zieht, andererseits den Verwalter für von diesem verschuldete Verluste voll haftbar machen will (*BGH* FamRZ 1975, 576).

3. Verwirkung

33 Ebenfalls auf nicht-konsensuale Mechanismen der Erwartungsbildung verweisen die Grundsätze der Verwirkung. Die Verwirkung in rechtsgeschäftliche Verzichtserklärungen umzudenken, beruht auf einer reinen Fiktion und erfaßt gerade nicht die von Erklärungen, ja von intentionalen Momenten unabhängige Wirkungsweise (»Willensunabhängigkeit« der Verwirkung: *BGH* 25, 47, 52). Verwirkung beruht ebenso wie »venire contra factum proprium« allein auf Kontinuitätserwartungen der Selbstdarstellung (vgl. dazu die subtile Analyse von *Köndgen* 2. Kap. II 3.22). Hieraus ergeben sich Konsequenzen für die **subjektiven Zurechnungselemente.** Der Wille des Berechtigten, auf sein Recht zu verzichten, ist prinzipiell irrelevant. Selbst die Kenntnis seiner Berechtigung ist nicht unbedingt erforderlich, da Kontinuitätserwartungen auf der Gegenseite ausschlaggebend sind, die nicht davon abhängen, ob der Berechtigte sein Recht kannte oder nicht (so i. E. auch *Palandt/Heinrichs* § 242 Anm. 9 d cc; *BGH* NJW 1966, 645; a. A. *Soergel/Knopp* § 242 Rz. 300; MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 354; *Jauernig/Vollkommer* § 242 Anm. IV.3). Nur in den Fällen, in denen die Gegenseite im Bewußtsein der Unkenntnis des Berechtigten gar keine Kontinuitätserwartungen bildet, kommt es auf die Kenntnis des Berechtigten mittelbar an (MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 354).

34 Vorweg ist eine **Differenzierung** zu treffen. Soweit die Rechtsfigur der Verwirkung dazu benutzt wird, die Härten von langen Verjährungsfristen mit Anspruch auf Institutionalisierung zu korrigieren oder Ausschlußwirkungen kraft Zeitablauf generell einzuführen (*Soergel/Knopp* § 242 Rz. 288 f.), gehört sie nicht in den Zusammenhang interaktionsgesteuerter konkreter Erwartungen. Solche Probleme über »Verwirkung« zu lösen, bedeutet, diese Rechtsfigur konstruktiv zu mißbrauchen (s. o. Rz. 25). In Wahrheit handelt es sich um eine »teleologische Reduktion« (*Larenz* Methodenlehre, 4. Kap. 1 c) der strikten Verjährungsregeln. Nicht mit einem individuellen Vorwurf »illoyaler Verspätung«, sondern mit offenen rechtspolitischen Argumenten und mit Anspruch auf allgemeine Geltung ist zu begründen, warum und in welchem Ausmaß eine neue Befristung der Rechtsausübung eingeführt werden soll. Insbesondere die »Verwirkung« im Warenzeichenrecht ebenso wie im Urheber- und Patentrecht hat nichts mit der Erwartungsbildung in Zwei-Personen-Beziehungen zu tun, sondern beruht letztlich auf Motiven wirtschaftspolitischer Steuerung des Verhältnisses von »Vor-

stoß und Imitation« (vgl. dazu *Klaka* GRUR 1970, 265 u. GRUR 1978, 70; *Beier/Wieczorek* GRUR 1976, 566; *BGH* NJW 1974, 2282; *BGH* GRUR 1970, 308; *BGH* GRUR 1977, 34). Wettbewerbspolitische Gründe sprechen dafür, das begrenzte »Monopol« des Warenzeichenberechtigten jedenfalls dann nicht mehr zu schützen, wenn der »Verletzer« seinerseits einen »wertvollen Besitzstand« erlangt hat (*BGH* NJW 1974, 2282). Ähnliches gilt für eine Verkürzung der allgemeinen Verjährung durch richterliche Rechtsfortbildung. Sollten im Verjährungsrecht die Gerichte tatsächlich dazu übergehen, statt der 30jährigen Verjährungsfrist 8–10 Jahre als »Verwirkungs«-Frist zu bestimmen (*LG Hof* WPM 1971, 882), so müßte dies dann auch mit rechtspolitischen Korrekturerfordernissen begründet werden. Man wird hier wahrscheinlich nach einzelnen Vertragstypen differenzieren müssen. So haben die Gerichte besonders im Mietrecht für Ansprüche auf Mieterhöhung und besonders für Nebenansprüche wie Heizkosten eine »Verwirkungsfrist« von etwa einem Jahr festgelegt, was weniger mit individuellem Vertrauen als mit dem rechtspolitischen Interesse an schneller Abwicklung zu begründen ist (*BGH* JZ 1965, 682; *LG Mannheim* MDR 1968, 417; *LG Düsseldorf* MDR 1971, 1013). Ein ähnliches Interesse an kurzfristiger endgültiger Abwicklung ist im Arbeitsrecht anerkannt worden (*BAG* 6, 165; *BAG* 15, 275; *BAG* 17, 185).

35 Verwirkung im Sinne »illoyaler Verspätung« (*BGH* 25, 47, 52) ist demgegenüber anders zu verstehen. Nach der Rechtsprechung ist ein Recht dann verwirkt, wenn der Berechtigte über einen längeren Zeitraum hinweg untätig geblieben ist, dadurch bei der Gegenpartei den Eindruck erweckt hat, sie brauche mit der Geltendmachung dieses Rechtes nicht mehr zu rechnen, die Gegenpartei sich darauf eingerichtet hat und ihr die verspätete Inanspruchnahme nicht mehr zugemutet werden kann (*BGH* a. a. O. S. 51; *Jauernig/Vollkommer* § 242 Anm. IV 1). Die Länge des Zeitraums generell zu bestimmen, ist nicht möglich. Alles hängt von der Erwartungsbildung innerhalb der konkreten Interaktion, also von den »Umständen des Einzelfalles« ab (*Soergel/Knopp* § 242 Rz. 296). Üblicherweise werden zwei Momente betont: Zeitablauf und Untätigkeit. Doch dürfte das entscheidende Moment anderswo liegen: In der konkreten Vertragssituation sind spezifische **Tätigkeitserwartungen** angelegt, die vom Vertragspartner so lange nicht befolgt werden, bis die eigentlich nicht zu erwartende Untätigkeit ihrerseits normativ erwartet und im konkreten Vertrauen auf sie gehandelt wird. Es kommt also entscheidend darauf an, ob Indizien dafür bestehen, daß der Berechtigte zunächst eigentlich hätte handeln müssen (*Tegtmeyer* AcP 142 (1936), 203, 220 ff.). So etwa, wenn ein Bauherr bei der Schlußabrechnung eine Vertragsstrafe wegen Verspätung des Baues nicht einmal erwähnt, obwohl dies in der konkreten Situation zu erwarten war (*OLG Köln* OLGZ 1968, 260). Oder wenn ein Nachbar sich nicht gegen ein Bauvorhaben wehrt, obwohl es vor seinen Augen durchgeführt wird (*BVerwG* NJW 1974, 1260). Oder wenn bei einem Mietverhältnis die Partner nicht von Zeit zu Zeit die Höhe ihrer Ansprüche überprüfen, damit der andere sich auf etwaige Nachforderungen rechtzeitig einstellen kann (*AG Hamburg* ZMR 1971, 219).

Dies gilt natürlich erst recht, wenn die Tätigkeitserwartung gar noch vertraglich fixiert ist wie in dem Falle, daß der Vermieter vertraglich verpflichtet ist, die Mietnebenkosten zu einem bestimmten Zeitpunkt abzurechnen. Wenn dann die Abrechnung erst ein Jahr später erfolgt, so kann der Nachzahlungsanspruch verwirkt sein (*LG Berlin* ZMR 1978, 237). Eine Verwirkung von Erstattungsansprüchen tritt auch dann ein, wenn der Vermieter während der gesamten Mietzeit nicht abgerechnet hat und die Abrechnung erst einige Zeit nach Auszug des Mieters erteilt (*LG Düsseldorf* MDR 1971, 1013). Dieser Aspekt der an sich zunächst vorhandenen Tätigkeitserwartung, die durch das Verhalten des Berechtigten erst zerstört wird, ist auch in einer Entscheidung des BVerfG angedeutet (*BVerfG* NJW 1972, 675).

36 Wie sehr die Verwirkung von der konkreten Vertragsbeziehung beeinflußt wird, zeigt sich an der prinzipiellen Notwendigkeit des Nachweises, daß das Verhalten des anderen konkretes Vertrauen ausgelöst hat, welches sich in **»Vertrauensinvestitionen«** manifestiert hat (MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 356 f.). Solche »Vertrauensinvestitionen« können etwa dazu führen, daß der Einwand der Formnichtigkeit verwirkt wird, wenn nämlich der erste Vertragspartner längere Zeit hingenommen hat, daß der andere in Erwartung der Durchführung des Vertrages erhebliche Aufwendungen an persönlicher Arbeit, Zeit und Geld auf sich genommen hat (*BGH* NJW 1970, 2210). Eine Vertrauensinvestition liegt aber auch schon dann vor, wenn der Partner sich in seiner Lebensführung auf das Verhalten des anderen eingestellt hat. So kann ein Räumungsanspruch schon dann verwirkt sein, wenn der Vermieter die Räumungsvollstreckung nach Zahlung von Mietrückständen wiederholt aussetzen läßt und damit zu erkennen gibt, daß er den Schuldner in der Wohnung belassen will (*AG Wolfsburg* DGVZ 1979, 26). Allerdings verlieren Vertrauensinvestitionen ihre Schutzwürdigkeit, wenn der Berechtigte sich wiederholt die Inanspruchnahme seines Rechts vorbehält. Auch bei diesem »Tatbestandsmerkmal« wird wiederum deutlich, daß Verwirkung keine tatbestandlichen Verfestigungen erlaubt, daß vielmehr die »Umstände des Einzelfalles« die entscheidende Rolle spielen (*BGH* WPM 1968, 916; *BGH* WPM 1971, 1084).

4. Geschäftsverbindung

37 Betrafen die bisherigen Konstellationen Probleme der Kontinuitätserwartungen, so wird in dieser Fallgruppe **Reziprozität** als Normbildungsmechanismus selbst relevant. Hier geht es um den Geltungsgrund des **»Geschäftsverbindungsbrauches«**, der seinerseits normative Grundlage von vielfältigen rechtlich verbindlichen Verhaltenspflichten ist, ohne daß diese in rechtsgeschäftlichen Erklärungen konsentiert worden sind. *Müller-Graff* hat erfolgreich diverse Theorien zum Geltungsgrund des Geschäftsverbindungsbrauches kritisiert (*Müller-Graff* S. 165 ff.). Weder läßt sich seine Geltung aus rechtsgeschäftlicher Vereinbarung, noch aus Vertragsauslegung nach § 157, noch aus einem nach § 346 HGB

verbindlichen Handelsbrauch herleiten. Vielmehr ist er als »Folge des Erwartungsschutzes auf Beibehaltung eines tatsächlich befolgten Geschäfts- und Verhaltensmusters« zu begreifen (*Müller-Graff* S. 180). Der Geltungsgrund einer solchen individuellen Geschäftsgewohnheit liegt in der Reziprozität von komplementären Verhaltenserwartungen, die sich gerade nicht aus Erklärungen gegenseitiger Verpflichtung ergeben, sondern aus informeller Verhaltenskoordination (dazu *Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 32 ff.). Seine Auswirkungen auf die Bildung vertraglicher Erwartungen sind nicht generell zu bestimmen, sondern nur aus den Besonderheiten der jeweiligen Geschäftsbeziehung (zur Kasuistik ausführlich *Müller-Graff* S. 133 ff.).

5. »Individueller« Rechtsmißbrauch

38 Waren die vorigen Konstellationen dadurch gekennzeichnet, daß interaktionsgesteuerte Erwartungen die rechtsgeschäftlich begründeten Rechte und Pflichten ergänzten und überlagerten, so geht es in den Rechtsmißbrauchsfällen um einen offenen **Konflikt beider Normbildungsmechanismen**: Eine »formale« Vertragsrechtsposition ist zwar rechtsgeschäftlich korrekt begründet worden, sie widerspricht aber »materiellen« Anforderungen einer unter den Vertragspartnern wirksamen Interaktionsmoral. Dieser Konflikt von Erklärung und Interaktion wird nicht etwa generell zugunsten der informellen Erwartungen entschieden; im Gegenteil, die formale Erklärung verdrängt im Regelfall die informelle Verhaltenskoordination. Deshalb bedarf es für eine Derogation der formellen Normen erst besonderer Momente. Diese Rolle übernimmt insbesondere das **Verschuldensprinzip**, das erst begründet, warum die Diskrepanz nicht zu Lasten des Verhaltens, sondern der Erklärung geht. Sofern Rechtsmißbrauch auf Gründe der Interaktionsmoral gestützt wird, muß also regelmäßig das Berufen auf die formale Vertragsposition von einem individuellen Schuldvorwurf diskreditiert sein. Das betrifft aber nur die Rechtsmißbrauchsfälle im engen hier gemeinten Sinne (vgl. ähnlich *Wieacker* Präzisierung S. 35; differenzierend auch MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 236 ff.). Dagegen spielt individuelles Verschulden keine Rolle, wenn es darum geht, die sozialen Grenzen subjektiver Rechte zu definieren (dazu unten Rz. 89 ff.).

39 An der unterschiedlichen Behandlung des Verschuldens erweist sich erneut, daß sich unter dem Etikett der Vertragsmoral ganz disparate Regelungsprobleme verbergen. Notwendig ist eine deutliche **Differenzierung der Einheitsformel »Rechtsmißbrauch«.** Generell ist Rechtsmißbrauch durch den Widerspruch von formaler Rechtsposition und materiellem Prinzip definiert. Es trägt aber nur zur Verdunkelung der jeweils maßgeblichen materiellen Prinzipien bei, wenn man sie als »rechtsethische Grundsätze« beschreibt (*Canaris* S. 266 ff.). Denn diese Prinzipien leiten sich von ganz unterschiedlichen Orientierungsebenen her. Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob der Rechtsmißbrauch aus Normen der Interaktionsmoral oder aus Widersprüchen zu Rechtsinstitutionen oder zum

»ordre public« begründet wird (vgl. *Esser/Schmidt* § 5 I—III). Diese Unterscheidung von »individuellem« und »institutionellem« Rechtsmißbrauch ist ähnlich der von »Rechtsmißbrauch« und »Institutsmißbrauch« (grundlegend dazu *L. Raiser* S. 161 ff.). Im Falle des institutionellen Rechtsmißbrauchs lautet das Urteil generell: jedes derartige Verhalten wäre in einer vergleichbaren Situation zu beanstanden. Im Falle des individuellen Rechtsmißbrauchs: dieses Verhalten ist in dieser Lage »schikanös, grob egoistisch, widersprüchlich« (*Esser/Schmidt* a. a. O.). Es sind also je andere Möglichkeiten der Normgeneralisierung angesprochen (s. o. Rz. 8). Im Interesse klarer Begründungszusammenhänge sollten dann aber auch die Fallkonstellationen nicht einheitlich unter der Rubrik »Unzulässige Rechtsausübung« behandelt werden (so aber noch die moderne Kommentierung MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 229 ff.), sondern differenziert nach unterschiedlichen Steuerungsebenen. Im jetzigen Zusammenhang interessiert ausschließlich die Interaktionsebene, also eine Begründung von **Rechtsmißbrauch aus den persönlichen Verhältnissen der Parteien** oder etwa dem früheren gegensätzlichen Verhalten des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten und dem damit geschaffenen Vertrauenstatbestand (*L. Raiser* S. 150). Markt- und politikbezogene Mißbrauchsfälle dagegen werden hier ausgeklammert (dazu unten Rz. 89 ff.). Denn es hat wenig Sinn, mit Kategorien der Interaktionsmoral, etwa »rücksichtslosem und übermäßigem Eigennutz« (*Jauernig/Vollkommer* § 242 Anm. III 2 ee), zu arbeiten, wenn es um richterliche Korrekturen von wirtschaftlichen Machtpositionen geht.

a. Geringfügigkeit/Unverhältnismäßigkeit

40 Strikt im Bereich der individuellen Vertragsbeziehung sind die Fälle der **Geringfügigkeit** und **Unverhältnismäßigkeit** anzusiedeln. Die »Wechselbezüglichkeit der Perspektive und die Besonderheit der Situation« (*Limbach* S. 99) erfordern von den Partnern eine gegenseitige Rücksichtnahme, die den Gebrauch von formal an sich bestehenden Vertragsrechten dann ausschließt, wenn die Vertragsverletzungen nur minimal sind oder wenn die Sanktion im Verhältnis zum eingetretenen Schaden unproportional wäre. Geringfügige Fristüberschreitungen (etwa bei einem Fixgeschäft) berechtigen deshalb nicht automatisch zum Rücktritt (*RG* 117, 354; *LG Berlin* NJW 1972, 1324), wobei aber den Besonderheiten der Situation, insbesondere Verschuldensmomenten, Rechnung zu tragen ist (*BGH* NJW 1974, 360). Dabei kommt es besonders darauf an, ob der Berechtigte durch sein Verhalten beim Partner die Erwartung ausgelöst hat, die Zeitdifferenz sei nicht von besonderer Bedeutung (*BGH* NJW 1980, 1043). Das gleiche gilt für andere Vertragsverletzungen, wenn sie nur von geringem Gewicht sind, so wenn der Vertragspartner nur mit wenigen Rückständen in Verzug ist (*RG* 86, 335; *RG* 152, 251; *RG* 169, 143; *BGH* 21, 136) oder wenn nur geringfügige Verfehlungen im Arbeitsverhältnis vorliegen (*BAG* NJW 1961, 1422). Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kann es im Einzelfall angezeigt sein, daß manche Sanktionen ganz ausgeschlossen sind bzw. nur abgestufte Sanktionen eingesetzt werden dürfen: Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

erst nach Abmahnung von Vertragsverstößen geringerer Bedeutung (*BGH* MDR 1967, 993); kein Konkursantrag wegen einer geringen Forderungssumme (*LG Mannheim* Rechtspfleger 1976, 364); kein Antrag auf Teilungsversteigerung, wenn auch Realteilung zumutbar wäre (*BGH* 58, 146); kein Antrag auf Zwangsvollstreckung in Grundbesitz, wenn Mobiliarzwangsvollstreckung möglich ist (*BVerfG* NJW 1979, 535); generell Vollstreckungsmißbrauch bei Minimalforderungen (*Schneider* DGVZ 1978, 166; *Braun* DGVZ 1979, 109, 129; *LG Stade* DGVZ 1978, 171).

b. Unredlicher Rechtserwerb

41 In den Fällen des **unredlichen Rechtserwerbs** kommt die formale Vertragspositionen derogierende Kraft von Interaktionsnormen besonders deutlich zum Ausdruck. *Wieacker* führt dies zurück auf das »Strukturgesetz der Rechtsgemeinschaften, nach dem die Rechtsgenossen selbst die Maßstäbe schaffen, nach denen sie beurteilt werden; denn die Rechtsgemeinschaften werden durch das Verhalten ihrer Glieder beständig integriert, nämlich hervorgebracht und erhalten. Sie also bestimmen den Standard mit, den man als Rechtsgenosse beanspruchen kann« (*Wieacker* Präzisierung S. 32). Präziser kann man kaum ausdrücken, daß nicht nur formalisierte Erklärungen, sondern auch nicht-rechtsgeschäftliches informelles Verhalten die Vertragsstandards beeinflussen, ja daß im Konfliktfalle Interaktionsnormen sogar den Vorrang beanspruchen können.

c. Gegenseitige Vertragsuntreue

42 **Gegenseitige Vertragsuntreue** ist hierfür ein wichtiges Beispiel (dazu *Lorenz* JuS 1972, 311; *Larenz* SchuldR AT § 22 II a. E.; MünchKomm-*Emmerich* § 275, Rz. 268 f., § 325 Rz. 5 ff., § 326 Rz. 59 ff.; *Palandt/Heinrichs* § 326 Anm. 4; *Prölss* ZHR 132, 35). Der Gläubiger, dessen eigene Vertragsverletzung sich derart auf das Vertragsverhältnis auswirkt, daß sie den ursprünglich intendierten Zweck gefährdet oder vereitelt, kann nicht mehr von Maßstäben einer »ungestörten« Beziehung, wie sie sich aus den rechtsgeschäftlichen Erklärungen ergeben hat, ausgehen, wenn der Schuldner nun seinerseits den Vertrag verletzt. Auf das Pflichten- und Sanktionsgefüge des Vertrages müssen sich Pflichtverletzungen des Schuldners anders auswirken, wenn der Gläubiger dieses Gefüge schon beeinträchtigt hat (*Teubner* Vertragsuntreue, S. 21). Die Rechtsprechung hat hierzu den Grundsatz entwickelt: Wer selbst nicht vertragstreu ist, kann, solange dieser Zustand währt, aus der Vertragsverletzung des Gegners keine Rechte herleiten (*RG* 67, 313; *BGH* NJW 1977, 580 m. w. N.). Dieser Grundsatz wurde aber von so zahlreichen Ausnahmen und Gegenausnahmen durchbrochen (insb. *BGH LM* § 242 (Cd) Nr. 148), daß von der Geltung eines allgemeinen Prinzips keine Rede sein kann (vgl. MünchKomm-*Emmerich* § 326 Rz. 61 ff.). Demgegenüber wird man Differenzierungskriterien auf dem Hintergrund des vertraglichen Reziprozitätsprinzips entwickeln müssen. Versteht man das gesetzlich formulierte Synallagma in einem umfassenderen Sinne, so daß es auch die Reziprozität von informellen Erwartungen mit einschließt, dann lassen

sich die Fälle gegenseitiger Vertragsuntreue in der Weise systematisieren, daß sie nach einer **dreistufigen Intensitätssteigerung** der Vertragsverletzungen behandelt werden (vertragszweckneutral, -gefährdend, -vereitelnd). Die tu-quoque-Formel der Rechtsprechung kann man dann auf ein Prinzip **»vertraglicher Proportionalität«** zurückführen: Wer selbst vertragsuntreu ist, kann wegen einer »gleichstufigen« Vertragsverletzung des Gegners nur das Integritätsinteresse verlangen, nicht aber sonstige Gläubigerrechte geltend machen. Er hat dagegen alle Gläubigerrechte, wenn der Gegner die Beeinträchtigung des Vertragszweckes »eskaliert« (dazu und zur umfangreichen Kasuistik *Teubner* a. a. O., S. 32 ff.).

d. Treuwidrig erworbene Rechte

43 Eine verallgemeinerte, nicht auf das vertragliche Synallagma bezogene Fassung dieses Grundsatzes findet in § 162 Abs. 2 Ausdruck: Unzulässig ist die Geltendmachung von treuwidrig zustande gekommenen Rechten. Der Einwand des **unredlichen Rechtserwerbs** hindert das Berufen auf eine formal korrekte Rechtsposition, wenn der Erwerber gegen Grundsätze der Vertragsmoral verstoßen hat. Dies gilt schon für das Zustandekommen von vertraglichen Verpflichtungen. Der Gläubiger kann sich nicht auf Vertragsrechte berufen, wenn er den Vertragsschluß treuwidrig herbeigeführt hat (*BGH* LM WoBauG Nr. 18). Allerdings soll wegen des Vorrangs von § 124 nach Ablauf der Anfechtungsfrist auch die Berufung auf § 242 ausgeschlossen sein (*BGH* NJW 1969, 604). Heimlich in den Vertrag aufgenommene Klauseln (*BGH* NJW 1969, 1624) haben keine rechtliche Wirkung. Auch wenn ein Vertrag durch Mißbrauch der Vertretungsmacht zustande gekommen ist, greift der Einwand des unredlichen Rechtserwerbs (*BGH* 50, 112). Wer treuwidrig die Nichtigkeit eines Vertrages herbeiführt, muß sich so behandeln lassen, als sei der Vertrag gültig (*BGH* 44, 367). Gleiches gilt für das treuwidrige Schaffen von Rechtspositionen innerhalb eines bestehenden Verhältnisses. Der Gläubiger kann keine Vertragsstrafe beanspruchen, wenn er das vertragswidrige Verhalten selbst veranlaßt hat (*BGH* NJW 1971, 1126). Ein Bürge darf nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner dazu veranlaßt hat, nicht zu zahlen (*BGH* MDR 1966, 498) oder den Bürgschaftsfall illoyal herbeigeführt hat (*BGH* BB 1968, 853). Ein Pachtvertrag kann nicht wegen Zahlungsrückstands des Pächters gekündigt werden, wenn der Verpächter diesen selbst mitverursacht hat (*BGH* LM § 242 Cd Nr. 55). Man kann sich nicht von einem vertraglichen Wettbewerbsverbot befreien, wenn man selbst den Vertragspartner zur Kündigung provoziert (*BGH* LM § 123 Nr. 12). Schließlich gelten ähnliche Grundsätze, wenn der Berechtigte seine Rechtsposition dadurch »verwirkt«, daß er eigene Pflichten verletzt. Hier wirkt der Grundsatz von Treu und Glauben in der Weise, daß er über das vertragliche Synallagma hinaus eine Reziprozität der wechselseitigen Rechtspflichten herstellt, die in den sozialen Erwartungen der Interaktionsbeziehung schon angelegt ist. So kann man sich nicht mehr auf ein gesellschaftsrechtliches Mitwirkungsrecht berufen, wenn man selbst die Mitwirkung beharrlich verweigert hat (*BGH* NJW 1972, 862). Der Verkäufer, der in grober Weise gegen seine Vertragspflichten verstößt, »verwirkt« seine Rechte aus dem Akkreditiv (*BGH* BB 1955, 462). Nach einem gröblichen Treueverstoß verwirkt man seine Rechte auf Versorgungsanspruch (*BAG* NJW 1956, 158; *BGH* 55, 277). Sofern man die Gegenseitigkeitsbeziehung im Schuldvertrag nur weit genug definiert, wird man solche Fälle nach den differenzierenden Kriterien für gegenseitige Vertragsuntreue behandeln können (s. o. Rz. 42).

e. Vereitelung

44 Ähnlich gelagert sind die **Vereitelungsfälle**. In § 162 ist ein Spezialfall des allgemeinen Prinzips normiert: Wer die Entstehung einer günstigen Vertragsrechtsposition der Gegenseite »treuwidrig« vereitelt, muß sich so behandeln lassen, als sei die Rechtsposition dennoch entstanden. Obwohl also die formellen Voraussetzungen der Rechtsposition gar nicht vorliegen, führen Verstöße gegen die intersubjektive Vertragsmoral zur Rechtsbegründung. Hierzu gehören die Fälle der treuwidrigen Zugangsvereitelung. Wer den Zugang einer Willenserklärung treuwidrig vereitelt, muß sich so behandeln lassen, als sei die Erklärung zum rechten Zeitpunkt zugegangen (st. Rspr. *RG* 157, 67, 73 ff.; *BGH* 67, 278 f.). Problematisch ist in diesen Fällen, welche Maßstäbe angelegt werden, um ein Verhalten des Empfängers als »Vereiteln« zu bewerten: Nichtabholen eines Einschreibens bei der Post (*LAG Düsseldorf* DB 1974, 1584); Nichtabholen eines hinterlegten Schriftstückes (*BGH* BB 1977, 67). Ähnliches gilt für das arglistige Vereiteln einer Beweislage im Prozeß (*BGH* NJW 1978, 2337). Auch aus dem Gesellschaftsrecht sind solche Vereitelungsfälle bekanntgeworden: Gesellschafter einer OHG oder KG, die einem Wettbewerbsverbot oder einer sonstigen Unterlassungspflicht unterliegen, versuchen, durch die Neugründung einer Gesellschaft dieser Pflicht auszuweichen. Die Rechtsprechung hat auch die neue Gesellschaft der Unterlassungspflicht unterworfen (*RG* 136, 266, 270; *BGH* WPM 1972, 882; *BGH* WPM 1975, 777).

6. Wechselseitige Rücksichtnahme

45 Die Rechtspraxis zu § 242 hat eine verwirrende Vielfalt von **Nebenleistungspflichten, Nebenpflichten, weiteren Verhaltenspflichten, Schutzpflichten** entwickelt (zur Typologie solcher Pflichten § 241 Rz. 4). Nur zu einem geringen Teil lassen sich diese Pflichten auf die individuelle Interaktionsbeziehung zwischen den Parteien zurückführen. Zum größeren Teil stellen sie Verhaltenspflichten dar, die als nichtkontraktuelle Elemente des Vertrages von anderen gesellschaftlichen Ebenen her bestimmt werden, insbesondere aus arbeitsteiligen ökonomischen Funktionszusammenhängen, als Korrekturen wirtschaftlicher Ungleichgewichte oder als vertragsrechtliche Konsequenzen politischer Steuerungsvorgaben. Zwar werden diese oft an die Rhetorik der individuellen Vertragsmoral angeschlossen. In der Sache aber beruhen sie auf anderen Gründen

und sollen deshalb auch in anderem systematischen Zusammenhang erörtert werden (dazu ausführlich unten Rz. 55 ff., 70 ff., 81 ff.). Es gibt aber daneben eine Gruppe von **Verhaltenspflichten,** die unmittelbar mit dem individuellen Verhältnis der Vertragspartner, mit wechselseitiger Rücksichtnahme, mit der besonderen Struktur der individuellen Beziehung zusammenhängen (*Soergel/Knopp* § 242 Rz. 112 ff.). Als direkt von der individuellen Interaktionsebene her gesteuert erweisen sich insbesondere die im folgenden zu behandelnden Rücksichtspflichten und leistungssichernden Nebenpflichten.

46 **Rücksichtspflichten** betreffen die ursprüngliche Kernfunktion von Treu und Glauben. Die Art und Weise der Vertragserfüllung soll dem berechtigten Vertrauen eines redlichen Vertragspartners entsprechen. Eine generelle Normierung solcher Erwartungen ist nicht möglich; sie bilden sich als situationsspezifische Konkretisierungen einer von beiden Partnern geteilten Vertragsmoral heraus. So soll der Schuldner bei der Leistungserbringung auf die Belange des Gläubigers Bedacht nehmen. Er darf nicht zur Unzeit leisten (*RG* 92, 208, 210). Wenn die Leistung am eigentlichen Erfüllungsort dem Gläubiger nicht zumutbar ist, muß er einen angemessenen anderen Ort wählen (*RG* 107, 122; *OGH* NJW 1949, 465). Er darf durch Teilaufrechnung nicht für den Gläubiger besondere Belästigungen schaffen (*RG* 59, 359). Auch den Gläubiger treffen entsprechende Rücksichtspflichten. Insbesondere muß er geringfügige Abweichungen in der Vertragsabwicklung hinnehmen, so die Überweisung auf ein anderes Empfängerkonto (*BGH* NJW 1969, 320), Scheck statt Barzahlung (*RG* 78, 142), unbedeutende Fristüberschreitungen (*RG* 117, 354). Zu den Rücksichtspflichten im weiteren Sinne zählen auch die **leistungssichernden Nebenpflichten** (MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 148 ff.; *Palandt/Heinrichs* § 242 Anm. 4 B a). Sie sind unmittelbar auf das vertraglich vereinbarte Leistungsinteresse bezogen; der Vertragspartner soll situationsgerecht Rücksicht darauf nehmen, daß der Leistungserfolg nicht vereitelt wird. Dies kann dazu führen, daß bestimmte Gelder verzinslich angelegt werden müssen, etwa eine Mietkaution (*LG Mannheim* NJW 1977, 1067) oder eine nicht transferierbare Geldsumme (*BGH* 26, 7). Eine leistungssichernde Nebenpflicht trifft etwa die Bahn, die Frachtgut auch dann ordnungsgemäß verwahren muß, wenn es nicht rechtzeitig abgeholt ist (*RG* 108, 341). Ein Handelsvertreter darf nicht für die Konkurrenzfirma tätig sein (*BGH* 42, 61). Solche leistungssichernden Pflichten sind von den sog. Schutzpflichten (dazu unten Rz. 55 ff.) scharf zu trennen. Diese beruhen auf dem von der konkreten Vertragsbeziehung unabhängigen »Schutzpflichtverhältnis aus sozialem Kontakt« (Integritätsinteresse), jene auf dem jeweiligen Vertragsverhältnis selbst (Leistungsinteresse).

V. »Institutionenebene«: Markt und Organisation

1. »Kompensation« gesellschaftlicher Differenzierung

47 Verträge sind nicht nur verrechtlichte Ausschnitte von persönlichen Interaktionen, deren informelle Erwartungen über § 242 formalisiert werden. Verträge nehmen zugleich teil an übergreifenden institutionellen Zusammenhängen – Markt und Organisation –, von denen sie entscheidende, auch rechtlich zu berücksichtigende Steuerungsimpulse empfangen. Und für Verträge wird auch die Ebene der Gesamtgesellschaft relevant, wenn es nämlich um die vertragsinterne Abstimmung von Anforderungen geht, die von den gesellschaftlichen Funktionssystemen »Politik«, »Wirtschaft«, »Recht«, »Kultur«, »Religion«, »Familie« ausgehen. »Treu und Glauben« vermittelt den Einzelvertrag mit diesen drei Ebenen, indem er das vom Parteienkonsens in Gang gesetzte Erwartungsgefüge in vielfältiger Weise modifiziert (zu den drei Steuerungsebenen oben Rz. 20 ff.). Im folgenden soll allein die »mittlere« Ebene von Markt und Organisation interessieren unter der Fragestellung, in welcher Weise § 242 **Anforderungen der »Institutionenebene«** vertragsintern umsetzt.

Wie schon der Wortlaut des § 242 nahelegt, geschah diese Umsetzung ursprünglich derart, daß die »Verkehrssitte« zum Vertragsinhalt wurde (dazu *Sonnenberger* Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; *Rummel* Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, 1972). *Max Weber* nannte dies »der Sache nach, die Anerkennung der Durchschnittsauffassungen der Interessenten, also eines generellen und sachlich-geschäftlichen Merkmals wesentlich faktischer Art, als des von den Interessenten befugtermaßen durchschnittlich erwarteten und deshalb von der Justiz zu akzeptierenden Normalmaßstabs« (*Max Weber* Rechtssoziologie, S. 334). Die These lautet nun – zunächst abstrakt –, daß unterschiedliche **gesellschaftliche Differenzierungsprozesse** diese ursprüngliche Funktion der Generalklausel drastisch verändern. Mit zunehmend arbeitsteiliger Aufspaltung von Markt- und Organisationsprozessen – mit der Entwicklung unterschiedlicher Absatzstufen, mit der Herausbildung spezialisierter Teilmärkte, der Ausdifferenzierung von Marktformen mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität, mit der organisierten Durchdringung von Austauschnetzen – tauchen für privatrechtliche Beziehungen neuartige Koordinierungsprobleme auf, die weder vom klassischen Vertragsrecht noch vom klassischen Deliktsrecht zu lösen sind. Vertragsrechtliches Denken in der Willenskategorie ist ebensowenig wie deliktsrechtliches Sphärendenken in der Lage, die durch funktionale Differenzierung neu auftauchenden Risikolagen und Interdependenzen zwischen hochspezialisierten und hochorganisierten Positionen zu bewältigen (vgl. zur deliktsrechtlichen Problematik vor §§ 823 ff. Rz. 44 ff. m. w. N.). Es entsteht ein Bedarf für ein neues **»restitutives Recht«** (*Durkheim*) zwischen Vertrag und Delikt, dessen Funktion gerade darin bestehen soll, »die Sonderbeziehungen der verschiedenen Funktionen zu definieren und zu regeln« (*Durkheim* Über die Teilung der sozialen Arbeit, 1977, S. 245). Und genau diese okkasionelle Feinabstimmung

des »Außenverhältnisses« des Vertrages übernimmt die Generalklausel von Treu und Glauben. Erst die Entwicklung von solchen Verhaltenspflichten – Informations-, Mitwirkungs-, Schutzpflichten –, die ihren Grund eigentlich nur »außerhalb« der Vertragsbeziehung finden, erst die Beschränkung von subjektiven Rechten durch Gesichtspunkte »außerhalb« der persönlichen Interaktion (»institutioneller Rechtsmißbrauch«) ermöglichen, daß sich im Rahmen von § 242 ein solches »restitutives« Koordinationsrecht herausbildet. Die Generalklausel wird hier also dazu eingesetzt, **über die Zweierbeziehung des Vertrages hinauszugreifen und eine institutionelle Koordination zwischen arbeitsteilig spezialisierten gesellschaftlichen Positionen mit haftungsrechtlichen Mitteln zu erbringen.**

48 Definiert man derart die »institutionelle« Funktion des § 242, dann erscheint die vertragsrechtliche Behandlung des Phänomens **wirtschaftlicher Macht** nur noch als – wenngleich brisanter – Teilaspekt der umfassenderen Koordinationsfunktion von Treu und Glauben (vgl. *L. Raiser* S. 161 ff.). In der Tat lassen sich ein Großteil der zu § 242 entwickelten Aufklärungspflichten ebenso wie Teilkomplexe des »institutionellen Rechtsmißbrauchs« in der Weise interpretieren, daß über richterliche Feinsteuerung versucht wird, nachträgliche sozialstaatliche Korrekturen gegen Machtungleichgewichte und ihre »Aushandlungs«-Ergebnisse aufzubauen. Aber mit solchen Kompensationsversuchen ist die institutionelle Funktion des § 242 nicht erschöpft, zahlreiche Fälle der Aufklärungspflichten, des institutionellen Rechtsmißbrauchs und insbesondere des Schutzpflichtverhältnisses sind damit nicht zu erklären. Die theoretische Fixierung auf das Phänomen wirtschaftlicher Macht, wie es insbesondere in manchen Generalklausel-Interpretationen mit Hinweis auf Wertungen des GWB anzutreffen ist (*Mestmäcker* AcP 168 (1968), 235 ff., 255; *Rebe* S. 197 ff.), blendet allzu leicht andere Koordinierungsfunktionen der Generalklausel in organisierten Märkten aus. Demgegenüber sollte das Phänomen wirtschaftlicher Macht seinerseits als Folgeproblem gesellschaftlicher Differenzierungsprozesse interpretiert werden mit der möglichen Konsequenz, daß nicht Machtneutralisierung, sondern Bedürfnissensibilität in das normative Zentrum der Analyse rückt.

49 § 242 institutionell als Koordinationsnorm zu definieren, wird jedoch erst dann für analytische und interpretative Zwecke sinnvoll, wenn es gelingt, Prozesse gesellschaftlicher Differenzierung genauer auf konkrete, innerhalb der Generalklausel entwickelte Rechtsfiguren zu beziehen. (Zur Differenzierungsthese allgemein: *Eisenstadt* Social Change, Differentiation and Evolution, American Sociological Review 29 [1964], 375 ff.; in bezug auf das Recht *Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 132 ff.) Aufklärungspflichten etwa lassen sich mit **»horizontaler Differenzierung«** in Verbindung bringen, also der zunehmend arbeitsteiligen Erbringung von eigentlich einheitlich zu verstehenden Leistungen. Der hier entstehende Koordinationsbedarf wird nun teilweise über § 242 befriedigt, indem positionsspezifische Informationspflichten die funktionellen Zusammenhänge herstellen sollen. Beispiel: Die Rspr. statuiert Aufklärungspflichten beim finanzierten Kauf und bei ähnlichen Geschäften, um gegenüber vertragsrechtlich

isolierter Leistungserbringung die wirtschaftliche Einheit zur Geltung zu bringen (*BGH* 47, 241; *BGH* DB 1978, 1026). Dagegen sind es eher Prozesse **»vertikaler Differenzierung«**, also die Herausbildung von verschiedenen Absatzstufen (juristisch: Vertragsketten), aus denen sich verschiedene Mitwirkungspflichten und Aufklärungspflichten, besondere »Drittwirkungen« des Vertrages, erklären lassen. Das neue »restitutive« Recht des § 242 (wie übrigens auch ein Großteil der deliktsrechtlichen Entwicklungen wie Produktenhaftung und Verkehrssicherungspflichten, dazu vor §§ 823 ff. Rz. 44 f.) stellt den übergreifenden Zusammenhang zwischen den isolierten Verträgen her. Schließlich sind manche Formen des »institutionellen Rechtsmißbrauchs«, bestimmte Fürsorge- und Loyalitätspflichten und insbesondere das Schutzpflichtverhältnis auf **»organisationelle Differenzierung«** zurückzuführen. Damit ist nicht nur die Herausbildung von arbeitsteilig organisierten, handlungsfähigen Einheiten gemeint, für deren Außenbeziehungen § 242 Zurechnungsprobleme lösen muß (Schutzpflichtverhältnis), bzw. für deren Innenbeziehung Loyalitäts- und Fürsorgepflichten aus § 242 hergeleitet werden. Wichtig ist vor allem die organisatorische Durchdringung von Austauschnetzwerken, also das Phänomen, daß isolierte Vertragsverhältnisse organisatorisch miteinander verbunden sind. Hierauf muß § 242 mit der rechtlichen Verknüpfung zu einem »Vertragsverbund« antworten (aufschlußreich *Gernhuber* Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, in FS Larenz 1973, 455 ff.). Ähnliche Probleme zur rechtlichen Bewältigung des Organisationsproblems stellen sich bei marktmächtigen Dienstleistungsunternehmen, die ihre Kunden in ein Organisationsnetz einspannen, sie aber gleichwohl formell individualvertraglich behandeln. Das AGB-Problem ist ein weiteres markantes Beispiel für vertragliche Unterwerfung unter organisatorische Bedingungen, auf das bis zum Erlaß des AGB-Gesetzes nur § 242 als das hauptsächliche Rechtskorrektiv zur Verfügung stand.

2. Neue dogmatische Schlüsselbegriffe: Zweck, Rolle, Organisation

50 Schon diese illustrierenden Beispiele sollten deutlich machen, daß man die zu § 242 entwickelten Rechtsfiguren nicht unvermittelt auf gesellschaftliche Differenzierungsprozesse beziehen kann, daß es vielmehr der Zwischenschaltung **neuer rechtsdogmatischer Schlüsselbegriffe** bedarf, die die Funktion der »Verkehrsmoral« des § 242 als Bindemittel der Gesellschaft übernehmen. Die »Verkehrssitte«, die vom Richter mit Hilfe der Kunstfigur des »verständigen Rechtsgenossen« kontrolliert wurde, kann solche Integrationsaufgaben nicht wahrnehmen (vgl. dazu eindringlich *Limbach* S. 90 ff.). An ihre Stelle treten abstraktere dogmatische Konzepte, welche die Rechtsbildung in § 242 anleiten: Vertragszweck, Rolle, Organisation.

51 Die Kategorie des **Vertragszweckes** hat in der Rechtspraxis des § 242 eine bemerkenswerte Karriere hinter sich. Dies zeigt sich etwa bei der Entwicklung der Aufklärungspflichten. Aufzuklären ist über Umstände, die zur Vereitelung

des Vertragszweckes geeignet sind (*RG* 132, 305; *BGH* BB 1954, 360; *BGH* NJW 1971, 1795; *BGH* NJW 1974, 849). Eine ähnliche Rolle spielt der Vertragszweck bei der positiven Vertragsverletzung (*BGH* 11, 84; *BGH* NJW 1978, 260), bei Vertragsverbindungen wie bei finanzierten Geschäften (*BGH* NJW 1970, 701). Es wäre zu einfach, dies nur als einen Einbruch instrumentalen Denkens in den Vertrag anzusehen. Dafür wären zwar die leistungssichernden Pflichten ein gutes Beispiel, die nämlich die Mittel zur Realisierung des ursprünglichen Zieles liefern sollen (dazu MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 148 ff.). Die Karriere des Vertragszweckes ist aber eher damit zu erklären, daß der Zweckbegriff den **Umweltbezug** des Systems, hier: des Vertrages, systematisch herstellt (vgl. *Luhmann* Zweckbegriff und Systemrationalität, 1973, S. 179 ff.). Den Parteiwillen zum Vertragszweck umzuformulieren, erlaubt der Rechtsprechung, den Einzelvertrag mit übergreifenden Zusammenhängen zu koordinieren – notfalls auch gegen den erklärten Willen der Parteien, wie das Beispiel des finanzierten Kaufes zeigt (dazu § 6 AbzG Rz. 5 ff.). Die Rechtspraxis kann damit »externe« Probleme der Arbeitsteilung bearbeiten und sie über den Vertragszweck als »internes« Erfordernis umsetzen (und auch darstellen).

52 Ob nun der Begriff explizit benutzt wird oder nicht, das Denken in **sozialen Rollen** wird in § 242 zum dominierenden Normierungsstil (zur Rezeption der Rollentheorie vgl. *Rehbinder; Wüstmann* Rolle und Rollenkonflikt im Recht, 1972; *Limbach* S. 59 ff.; *Mertens* VersR 1974, 509; *ders.* AcP 178 (1978), 145). Es kennzeichnet diesen Stil, daß er die Sinnebene von generellen Normen auf positionsspezifische Rollen verlagert. Dies wird wieder am Beispiel der Aufklärungspflichten deutlich. Die allgemeine Verhaltensregel der Rechtsprechung, daß ein Vertragspartner den anderen über sämtliche wesentlichen Umstände aufklären muß (*BGH* 70, 342; *BGH* 72, 388), ist nur vorgeschoben; sie bietet keine brauchbare dogmatische Argumentationsebene. Die entscheidungsorientierenden Informationen werden ein Stockwerk tiefer angeliefert: auf der Ebene der positionsspezifischen Anforderungen an den Arzt, den Rechtsanwalt, den Fachhändler, den Finanzierungsspezialisten. Freilich gibt es auch hier ein »soziologisches Mißverständnis« (aufklärend *Ott* in: FS L. Raiser, 1974, 413 ff.). Juristische Rezeption der soziologischen Rollentheorie kann nicht einfach bedeuten, daß soziale Rollenerwartungen in empirisch-analytischer Vorgehensweise erforscht und dann mit rechtlicher Verbindlichkeit ausgestattet werden (kritisch dazu *Joerges* Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, 1977, S. 52 f., 64 f.). Der Lerngewinn aus dem Rollenkonzept ist abstrakter. Rollentheorie kann sehr wohl juristischen Nutzen stiften, wenn sie eine **Umstellung des richterlichen Normierungsstils** anleitet. Die Definition partikularer Rollen erfordert eine gänzlich andere Modellierungstechnik als die Formulierung allgemeiner Normen. In der Rechtspraxis wird nun »künstlich« der »natürliche« soziale Prozeß der Rollendefinition nachgebildet, sozusagen simuliert. Und über Strukturen und Prozesse solcher Definitionen kann die Rollensoziologie aufklären. Die Vorzüge eines solchen »Als-ob-Konzepts« bestehen etwa in folgenden Punkten:
(1) Wahl einer relativ konkreten Sinnebene »unterhalb« von generellen Normen, aber noch »oberhalb« von einzelfallabhängigen personzentrierten Erwartungen (dazu *Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 86 f.);
(2) Definition einer »Leitidee«, eines »Grundgedankens« – etwa: »Profession«, »Verbraucher« oder ökonomische Funktion – als Definitions- und Interpretationshilfe;
(3) die Rekonstruktion von Intra- und Interrollenkonflikten als Widersprüche zwischen Anforderungen unterschiedlicher Umwelten und Bezugsgruppen an den Positionsinhaber (*Teubner* Standards S. 85 ff., 92 m. w. N.);
(4) die Lösung von Rollenkonflikten durch »Interessenabwägung« und Berücksichtigung von Machtungleichgewichten, von funktionalen Interdependenzen und politischen Zusammenhängen (vor §§ 662 ff. Rz. 25; *Köndgen* JZ 1978, 389);
(5) die Abstimmung von (empirisch zu erforschenden, aber nicht soziologisch mißzuverstehenden) »spontanen« sozialen Rollendefinitionen, ihrer »Positivierung« durch organisierte Gruppen (mit den entsprechenden Macht- und Kontrollproblemen) mit Normen und Prinzipien des geltenden Rechts und ihre Kontrolle auf »Funktionalität« (*Claessens* Rolle und Macht, S. 45 ff.);
(6) die Reduzierung von inhaltlicher Vertragsfreiheit auf die Freiheit zur Wahl/Nichtwahl eines gesetzlich oder richterrechtlich fixierten »Rollenkontraktes« in den Fällen asymmetrischer Machtbeziehungen (dazu *Luhmann* Rechtssoziologie 2, S. 327 f.);
(7) die richterliche Verteilung von rollenspezifischen Risiken zur Formulierung von Informations- und Verhaltenspflichten unter den Gesichtspunkten von Risikobeherrschung und Risikoabsorption (vgl. *Koller* S. 77 ff.).

53 Das Konzept der **»Organisation«** schließlich erlaubt es, auf vielfältige Überlagerungen von Tauschrelationen (Vertrag/Markt) durch Kooperationsbeziehungen rechtlich zu reagieren (s. o. Einführung zu §§ 241 ff., Rz. 6 ff.). Hier sind es einmal die zu § 242 entwickelten gesteigerten Treuepflichten im Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht, die mit »Treue« wenig zu tun haben, um so mehr aber mit der Ausrichtung der Mitgliedschaftsrolle auf den Organisationszweck (vgl. *Th. Raiser* ZRP 1973, 16 ff.). Entsprechende Pflichten werden an die Organisationsspitze gerichtet: die vielfältigen »Fürsorgepflichten« sind entstanden aus einer Umdefinition von reziproken Pflichten in Austauschverhältnissen hin zu »Fairneß«-Pflichten innerhalb von **Beziehungen sozialer Herrschaft.** Diese wurden nicht nur für das Innenverhältnis in formalen Organisationen, besonders im Arbeitsrecht, entwickelt, sondern ebenso im Außenverhältnis zwischen marktstarken Organisationen und ihren Klienten. »Aufklärungspflichten« von Banken und insbes. die Billigkeitsanforderungen des aus § 242 entwickelten § 9 AGB sind dafür markante Beispiele. Solche »Fairneß«-Anforderungen an Herrschaftsausübung in und durch marktstarke Organisationen orientieren sich prinzipiell nicht mehr am Äquivalenzprinzip als Korrelat von Austauschprozessen. Vielmehr könnte man das dahinterstehende Prinzip als treuhänderische Verpflichtung, als Korrelat zu Herrschaftsbeziehungen auffassen. Dies erklärt die von *Stoll* näher analysierten Entwicklungstendenzen im Bereich der Neben-

pflichten (etwa *BGH* NJW 1974, 849), die dazu führen, daß die Rechtsprechung diese Pflichten allmählich umformt zu einem »Recht der schwächeren Partei auf fürsorgende Hilfe beim Vertragsschluß« (*Stoll* S. 467 f.). Dies wirft zugleich ein neues Licht auf das gewählte richterliche Modellierungs- und Entscheidungsverfahren. Ersichtlich handelt es sich dabei nicht um marktkomplementäre Verfahren, etwa die Ausrichtung der Vertragsergebnisse an einem simulierten Aushandlungsprozeß unter Bedingungen eines »Als-ob-Wettbewerbs«. Vielmehr sind dies marktsubstituierende Entscheidungsverfahren, in denen Markt/Vertrag durch Organisation substituiert wird und durch organisationsspezifische Simulationen (zu dieser Terminologie vgl. *Reich* Markt und Recht, 1977, S. 198 ff., 218 ff.). »Treuhand« verweist auf Herrschaft und Organisation; ihre rechtliche Nachbildung in § 242 wirft freilich sofort die Frage nach adäquater und authentischer Interessenartikulation auf.

54 Insgesamt ist die **»institutionelle« Funktion** des § 242 folgendermaßen zusammenzufassen: Die Generalklausel übernimmt Koordinierungsaufgaben im »Außenverhältnis« der Verträge, die vom klassischen Vertrags- und Deliktsrecht nicht bewältigt werden können, indem sie neue Verhaltenspflichten normiert bzw. subjektive Vertragsrechte begrenzt. Dann läßt sich auf dieser Ebene die Unbestimmtheit der Generalklausel in ihren drei Dimensionen – sachlich, zeitlich, sozial – folgendermaßen reduzieren. In der Sozialdimension (dazu oben Rz. 11 und 23) wird die Verweisung des § 242 auf soziale Standards der Verkehrsmoral abgelöst durch die Formulierung richterlicher Direktiven. Marktkomplementäre Verweisungsnormen werden bei diagnostiziertem Marktversagen nicht mehr akzeptiert. Gefragt sind jetzt marktkompensierende Interventionen (*Reich* a. a. O. S. 198 ff.). Nicht mehr die beteiligten Verkehrsinteressen, sondern Justizinstanzen bestimmen dann die Konsensanforderungen. Dies bedingt in der Sachdimension (dazu oben Rz. 9 und 23) einen Wechsel der Generalisierungsebene. Von universellen Normen orientiert man sich um auf partikulare Rollenerwartungen. Dazu verwendet man neue dogmatische Schlüsselbegriffe – Vertragszweck, Rolle, Organisation –, welche die inhaltliche Präzisierung der Verhaltensanforderungen des § 242 steuern. In der Zeitdimension (dazu oben Rz. 10 und 23) schließlich bedeutet dies, daß die Generalklausel auf einen flexibleren, kognitiv eingefärbten Stil umstellt: Rollenanforderungen können je nach Situation in lernender Anpassung neu definiert werden, zugleich aber lassen sie sich jederzeit gegen die beteiligten Interessenten kontrafaktisch stabilisieren.

3. Schutzpflichtverhältnis

a. Haftungsgrund: Organisierter sozialer Kontakt

55 Eine wichtige Gruppe der zu § 242 entwickelten Nebenpflichten sind die sogenannten Schutzpflichten, welche die Rechtspraxis mit der Absicht geschaffen hat, im Rahmen des Zumutbaren Person und Eigentum des Vertragspartners vor

Schäden zu schützen (*RG* 78, 240; *BGH* JZ 1979, 569). Der Geltungsbereich solcher Schutzpflichten ging weit über die Vertragsabwicklung im engeren Sinne (positive Vertragsverletzung) hinaus. Die Schutzpflichten wurden allmählich zu umfassenden **vertraglichen »Verkehrspflichten«** ausgeformt (vgl. § 241 Rz. 6; vor §§ 275 ff. Rz. 29). Sie gelten heute im vorvertraglichen Stadium (culpa in contrahendo) ebenso wie im Stadium nach Erfüllung der eigentlichen Leistung (nachvertragliche Schutzpflichten) wie sogar während der Abwicklung nichtiger Verträge und auch in gesetzlichen Schuldverhältnissen (*BGH* BB 1953, 956). Selbst in Gefälligkeitsbeziehungen sollen solche quasi-vertraglichen Schutzpflichten geschuldet sein (etwa *BGH* 21, 102; *OLG Karlsruhe* NJW 1961, 1867). Weitgehend werden sogar vertraglich nicht gebundene Dritte in den Bereich von vertraglichen Schutzpflichten einbezogen (»Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte«, Drittschadensliquidation) bzw. mit vertraglichen Schutzpflichten belastet (»Sachwalter«: *BGH* 63, 382). Die dogmatische Entwicklung ist inzwischen so weit gediehen, daß all diese Rechtsfiguren allmählich aus ihrer ursprünglichen vertraglichen Verknüpfung gelöst und in einer neuen Kategorie, dem **»gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis«**, zusammengefaßt werden (*Canaris* JZ 1965, 475; *Thiele* JZ 1967, 649; *Gerhardt* JuS 1970, 597; *Zöllner* Treuepflicht, 98 ff.; *Müller-Graff* JZ 1976, 153; *Esser/Schmidt* § 4 IV; § 29 I; *Medicus* Rz. 203; gegen diese Konstruktion *Larenz* SchuldR AT § 9 II; *Evans-von-Krbek* AcP 1979 (1979), 90 f.).

56 Gemeinsames Merkmal ist, daß die Pflichten auf das Integritätsinteresse, also nicht auf das vertragsspezifische Leistungsinteresse ausgerichtet sind und daß ihre Geltung »ex lege«, also vertragsunabhängig angeordnet ist. Weithin ungeklärt ist jedoch der **Haftungsgrund** dieser Schutzpflichten, der letztlich ihre dogmatische Konturierung bestimmt. Die Kennzeichnung als »gesetzliches« Schuldverhältnis, das kraft Gewohnheitsrecht oder schöpferischer Rechtsfortbildung gelte (vgl. *Larenz* SchuldR AT § 9 I), ist zwar formal korrekt, sagt aber außer der Legitimation durch Richterrecht nichts über die Notwendigkeit eines dritten Haftungsprinzips zwischen Vertrag und Delikt aus. **»Vertrauenshaftung«** (*Canaris* a. a. O.) scheint sich inzwischen praktisch als Legitimationsgrundlage durchzusetzen (etwa *BGH* 66, 51), ist aber dennoch theoretisch unergiebig. »Vertrauen« als empirisches Phänomen ist so vielgestaltig (vgl. die Typisierung bei *Luhmann* Vertrauen, 1968, S. 40 ff.), daß es nicht ernsthaft als rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Definition von Schutzpflichten in Frage kommt. Das Problem ist überdies nicht so sehr, welches empirisch vorfindliche Vertrauen zu schützen ist, als vielmehr, welches Vertrauen die Rechtsprechung durch die Definition von Schutzpflichten überhaupt erst schaffen soll. »Vertrauen« ist zudem viel zu sehr mit privaten, persönlichen, gefühlsmäßigen Konnotationen belastet, so daß es eher der individuellen als der institutionellen Ebene von § 242 zuzuordnen wäre. Dies alles hindert natürlich keineswegs, daß »Vertrauen« vorzüglich geeignet ist als ein Übergangsbegriff, unter dessen Schutz die Entwicklung neuer Haftungsfiguren mit positiven Assoziationen an »Treu und Glauben« und an individuelle Vertrauensbeziehungen vorangetrieben werden

kann. Es bleibt aber die Frage zu klären, welche Problemsituationen denn die Vertrauenslücke schaffen, die offensichtlich vom klassischen Delikts- und Vertragsrecht nicht abgedeckt wird. Auch die bisher gründlichste Untersuchung über Vertrauenshaftung bietet hier keine Antworten (*Canaris* Vertrauenshaftung, S. 424 ff.; *ders.* JZ 1965, 475).

57 **»Sozialer Kontakt«** (*Dölle* ZgStW 103 (1943), 67; *Soergel/Knopp* § 242 Rz. 152 ff.; *Esser/Schmidt* § 4 IV, II, § 29 I) dagegen weist schon die Richtung, daß nämlich das gesetzliche Schutzpflichtverhältnis Rechtsgütergefährdungen in bestimmten Sozialbeziehungen angehen soll, die weder in die allgemeinen deliktischen Verkehrskontakte noch in die konsensualen Kontakte des Vertragsrechts einzuordnen sind. Die Kategorie bleibt aber darüber hinaus unspezifisch und besagt nicht viel mehr, als daß gesteigerte soziale Interaktionen zusätzliche Haftungsprobleme aufwerfen können. Ihr ist daher zu Recht vorgeworfen worden, daß sie ohne weiteres auch das Verhalten im Straßenverkehr und ähnliche »deliktische« Kontaktformen betreffen müßte (*Larenz* MDR 1954, 15, 17). Die Frage bleibt, was das Spezifische an solchen »sozialen Kontakten« ausmacht, das die Normierung von quasi-vertraglichen Schutzpflichten auslösen soll.

58 Die hier vorgeschlagene Sicht der institutionellen Funktion von § 242 (s. o. Rz. 54) legt folgende Antwort nahe: Haftung aus **organisiertem sozialen Kontakt**. Die Definition von außervertraglichen und nicht-deliktischen Schutzpflichten wird in dem Maße notwendig, als Formen arbeitsteiliger Organisation marktförmige Austauschrelationen überlagern. »Organisation« – hier in einem weiten Sinne als eine Zusammenlegung von Ressourcen in einer arbeitsteiligen Kooperation verstanden – wirft mit dem Phänomen der **»organisierten Verantwortungslosigkeit«** neue Haftungsprobleme auf, für die klassisches Deliktsrecht und klassisches Vertragsrecht wegen ihres individualistischen Bias prinzipiell nur unzureichend Antwort geben können. Klassisches Deliktsrecht ist als individueller Rechtsgüterschutz gegen individuelle Eingriffe konzipiert. Selbst § 831 löst organisatorische Beziehungen in individualrechtliche Kategorien auf (»Verrichtungsgehilfe«). Gefährdungen durch Organisationshandeln konnten erst durch mühselige »Wandlungen des Deliktsrechts«, insbesondere in den Verkehrssicherungspflichten (dazu § 823 Rz. 17 ff.), den Organisationspflichten (dazu vor §§ 823 ff. Rz. 31 f.), der Produktenhaftung (dazu vor §§ 459 ff. Rz. 44 ff.; § 463 Rz. 14 ff.) aufgefangen werden – mit rechtspolitisch immer noch unbefriedigenden Ergebnissen. Klassisches Vertragsrecht hingegen kennt an Kooperationsformen nur den Individualvertrag, selbst das Gesellschaftsrecht ist noch individualistisch konzipiert (vor §§ 705 ff. Rz. 5 ff.). Die »emergent properties« aus vertragsübergreifenden arbeitsteiligen Organisationszusammenhängen, zu denen unter anderen neuartige Rechtsgütergefährdungen zählen, können demnach im Prinzip auch vom Vertragsrecht nicht erfaßt werden. Erst die Umorientierung auf »gesetzliche Schutzpflichtverhältnisse« brach endgültig aus dem individualistischen Reduktionismus aus.

59 Man wird in dieser Sicht die quasi-vertraglichen Schutzpflichtverhältnisse und

die quasi-deliktischen Haftungsformen, insb. die Verkehrspflichten, als funktionale Äquivalente ansehen können. Es bietet sich an, sie zu einer dritten Haftungsform neben Vertrag und Delikt, als **»Haftung aus organisiertem sozialen Kontakt«** systematisch zusammenzufassen. Ihre Rechtfertigung finden sie als eine Art **Gefährdungshaftung für Organisation**, als Reaktion auf Gefährdungen, die – ganz in Analogie zur »technischen« Gefährdungshaftung – von arbeitsteilig kooperierenden sozialen Einheiten, den »sozialen Maschinen« ausgehen. Im Recht der Verkehrssicherungspflichten wurde hierfür das Prinzip entwickelt, das auf die quasi-vertraglichen Schutzpflichten übertragbar ist: Wer einen »Verkehr« eröffnet (abstrakter und besser: ein arbeitsteilig organisiertes Handlungssystem), ist für die typischen Gefährdungen verantwortlich, die von dem Verkehr (Handlungssystem) für die davon Betroffenen ausgehen.

60 Die von der organisierten Beziehung Betroffenen – das sind (1) die **»Mitglieder«** der Kooperationsbeziehung selbst, das ist (2) ihr **»Publikum«**, das sind schließlich (3) **außenstehende Dritte**, die mit der arbeitsteiligen Beziehung in Zufallskontakt geraten. Möglicherweise kann der Grad der Betroffenheit ein dogmatisches Abgrenzungskriterium zwischen Verkehrssicherungspflichten und »vertraglichen« Schutzpflichten abgeben. Heute bestehen zwischen beiden Haftungsformen zahlreiche Überschneidungen, aber andererseits existiert auch keine volle tatbestandliche Deckung, da die Anforderungen aus vertraglichen Pflichten immer noch höher sind (dazu *Medicus* Rz. 199; *Larenz* Culpa S. 402). Die Wahl zwischen beiden Formen entscheidet sich zur Zeit danach, ob eine Vertragsbeziehung »in der Nähe« ist, der man die Schutzpflichten »entnehmen« kann. Die hier vertretene Lösung legt es dagegen nahe, die gesetzlichen Schutzpflichten des § 242 für die »Mitglieder« der organisierten Beziehung und für die geplanten »Publikums«-Kontakte zu reservieren, während man die Zufallskontakte »deliktisch« über Verkehrssicherungspflichten bearbeiten sollte.

b. Schutzpflichten in formalen Organisationen

61 Der Charakter der Schutzpflicht als Organisationspflicht gegenüber den Mitgliedern wird verständlicherweise im **Arbeitsrecht** am deutlichsten (dazu § 611 Rz. 88 ff.). Die umfassenden Schutz- und Obhutspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer lassen sich nicht vom individualrechtlichen Austauschvertrag her verstehen (entsprechende Tendenzen aber bei *Schwerdtner* ZRP 1970, 62). Sie sind weder von seiner formalen Geltung abhängig noch von seinen leistungsspezifischen Inhalten. Entscheidend ist das »Ausgeliefertsein« an Umstände, Handlungen und Entwicklungen im Einwirkungsbereich der Organisation (*Zöllner* Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979, § 16 vor I). Irreführend ist auch ihre Rückführung auf persönliche Vertrauensbeziehungen in einem »personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis« (dazu kritisch *Th. Raiser* ZRP 1973, 16 ff.). Schutzpflichten für den Arbeitnehmer finden ihren Rechtsgrund in der Einbindung des Individuums in die Organisation und in den »Ausstrahlungen, die seine Verflochtenheit in den Interaktionsprozeß des Unternehmens auf seine eigene Rechtsstellung hat« (*Th. Raiser* a. a. O. 17).

62 An dieser Stelle bewährt sich das Denken in **organisationsbezogenen Rollensegmenten**, insofern als die Schutzpflichten mit besonderer Intensität jene Persönlichkeits- und Rechtsgütersphären schützen müssen, die nicht die organisationsunterworfenen Mitgliedsrollen betreffen, die aber dennoch zwangsläufig dem Einflußbereich der Organisation ausgesetzt sind. Ein wichtiges Beispiel bilden die modernen technischen Arbeitskontrollen, die immer zugleich die Persönlichkeitssphäre verletzen (dazu § 611 Rz. 93; vgl. *BAG* AP Nr. 1 zu § 611 – Persönlichkeitsrecht).

63 Ein Großteil der **arbeitsrechtlichen Schutzpflichten** ist bereits gesetzlich geregelt (§ 618; Arbeitsschutzrecht; § 636 RVO). Daneben bestehen Pflichten aus § 242 insbesondere für den Schutz eingebrachter Sachen (*BAG* AP Nr. 25 zu § 611 – Fürsorgepflicht; *Kramer* Arbeitsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, 1975, S. 69 ff.), die bis hin zu einer Versicherungspflicht gehen können (*Becker/Schaffner* VersR 1972, 322). Weiter wurden »Verkehrspflichten« für die Sicherheit von Parkmöglichkeiten aufgestellt (*BAG* AP Nr. 26 und 58 zu § 611 – Fürsorgepflicht). Auch die Freistellungsansprüche aus gefahrgeneigter Arbeit (*BAG* AP Nr. 9 zu § 611 – Haftung des Arbeitnehmers) und Anspruch auf Versicherung gegen Haftungsrisiken (*BAG* NJW 1966, 2233; *LAG Bremen* DB 1979, 1235) gehören in diesen Zusammenhang.

c. Schutzpflichten in einfachen Vertragsbeziehungen

64 In **einfachen Vertragsverhältnissen** erscheint es dagegen weniger plausibel, Schutzpflichten als Haftung für organisiertes Handeln zu deuten. Sollte hier nicht doch das individuelle Vertrauen der Vertragspartner die dogmatische Leitkategorie abgeben (so etwa *BGH* 66, 51)? Doch wird der Organisationsbezug der Schutzpflichten deutlich, wenn man zunächst vom Modell des individuellen und transitorischen Austauschvertrages ausgeht. Dort genügt noch klassisches Deliktsrecht, um Rechtsgütergefährdungen ausreichend zu sanktionieren, da der reine Tausch deliktsrechtlichen Vorstellungen der Berührung von individuellen »Sphären« voll entspricht. »Linoleumrollen« und »Bananenschalen« stellen insoweit keine Probleme (*RG* 78, 239; *BGH* NJW 1962, 31). Erst das Auftauchen von längerfristigen Kooperationsbeziehungen einerseits und von arbeitsteiliger Leistungserbringung andererseits, also die **Phänomene von Kooperation und Organisation**, schaffen die neue Gefährdungslage, auf die Schutzpflichten und Verkehrssicherungspflichten reagieren mußten. Entsprechend wird auch als maßgeblicher Grund für die »Erfindung« des Schutzpflichtverhältnisses die Fassung des § 831, also das deliktsrechtliche Organisationsproblem angegeben, welches selbst nach einer Reform des § 831 nicht beseitigt wäre (vgl. zu der Frage der Rückeingliederung in das Deliktsrecht *Medicus* in: FS Kern, S. 327 ff.; *Larenz* Culpa S. 400 ff.; *Hohloch* JuS 1977, 305 ff.). Aber auch das Vertragsrecht kann letztlich die durch organisiertes Handeln geschaffenen Gefährdungslagen nicht auffangen. Dies zeigt sich am deutlichsten beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ebenso wie natürlich bei culpa in contrahendo, bei positiver Vertragsverletzung in nichtigen Verträgen und bei den

nachvertraglichen Schutzpflichten. In all diesen Konstellationen einer »Bereichshaftung nach Vertragsgrundsätzen« (*Frotz* in: FS Gschnitzer, 174) geht es darum, daß **Gefahren, die vom organisierten Einwirkungs- und Machtbereich** auf bestimmte Rechtsgüter ausgehen, mit einer neuen Haftungsform sanktioniert werden müssen, gleichgültig, ob nun ein Vertrag bestanden hat oder nicht. In dieser Sicht löst sich auch das dogmatische Sekundärproblem, wie denn die Schutzpflichten innerhalb einer bestehenden Vertragsbeziehung zu konstruieren sind, ob als genuin »vertragliche« Pflichten oder als gewissermaßen parallel laufende »gesetzliche« Pflichten (*Larenz* SchuldR AT § 9 II gegen *Canaris* JZ 1965, 475) Das Vertragsverhältnis ist regelmäßig Teil der umfassenderen Organisationsbeziehung, die aber ihrerseits von der Gültigkeit des Vertragsschlusses unabhängig ist. Das bedeutet dogmatisch: Die Schutzpflichten werden mit dem faktischen Eintreten in die organisierte Beziehung begründet und setzen sich über § 242 ohne weiteres in die vertragliche Formalisierung um.

65 Die Schutzpflichten entstehen mit dem **faktischen Eintritt** in den organisierten Einflußbereich (vgl. *BGH* NJW 1962, 31). Dabei kommt es nicht darauf an, ob später ein Vertrag geschlossen wurde, auch nicht, ob er intendiert war oder ob Vertragsverhandlungen aufgenommen wurden. Es genügt der planmäßige Kontakt. Einschlägig sind besonders die Fälle, in denen fremde Geschäftsorganisationen betreten werden, deren Sicherheit sich aber als nicht ausreichend herausstellt. Beispiele: die nicht gesicherte Linoleumrolle (*RG* 78, 239), die Bananenschale oder das Gemüseblatt auf dem Fußboden (*BGH* NJW 1962, 31; *BGH* 66, 51), mangelnde Sicherheit von Zugängen, Rolltreppen und Fahrstühlen (*BGH* Vers 1964, 974; *RG* LZ 1929, 1463). Hierbei sollte man endgültig die dogmatische Anknüpfung an den späteren Vertragsschluß aufgeben. Die Schutzpflichten gelten nicht nur für Kunden mit noch unklarer Kaufabsicht (so die Untergrenze bei *BGH* 66, 51), sondern auch für Kunden, die sich nur über Preise informieren wollen, ebenso aber auch für Besucher ohne Kaufabsicht (*BGH* 66, 51; dagegen MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 194). Auch das Kriterium des »geschäftlichen Interesses« (*Hohloch* JuS 1977, 304 f.) erscheint noch zu eng. Nach dem Sinn einer Organisationshaftung sollte **jeder plangemäße Kontakt** zur Geschäftsorganisation Schutzpflichten auslösen. Dann bedarf es auch nicht der reichlich komplizierten Kumulation von culpa in contrahendo und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, wenn Begleitpersonen von Geschäftskunden innerhalb der Organisation zu Schaden kommen (so aber *BGH* 66, 51). Haftungsgrund ist nicht das aus Vertragsanbahnungen entstehende individuelle Vertrauensverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, das dann zusätzlich auf Dritte erstreckt werden muß, aber nur auf solche, für deren »Wohl und Wehe« der Käufer verantwortlich ist (so aber *BGH* a. a. O.). Das muß zu gequälten Abgrenzungsversuchen führen (Familienangehörige? Ständige Begleiter? Freunde? Zufallsbekanntschaften?). Entscheidend ist nur der Umstand, daß Begleitpersonen ebenso wie Kunden der Geschäftsorganisation »ausgeliefert« sind. Entgegen dem *BGH* werden dadurch die Grenzen zum Deliktsrecht durchaus nicht verwischt, da hier ein dritter Haftungstyp – Haftung aus »organisiertem Kon-

takt« – angesprochen ist. Ähnliches gilt für die Schutzpflichten von Werkunternehmern (*BGH* VersR 1964, 238; *BGH* LM § 631 Nr. 15). Nicht das enttäuschte Vertrauen des Kunden ist Haftungsgrund (so aber *BGH* 60, 221), sondern die Haftung für Gefahren, die für den Besteller vom organisierten Geschäftsbetrieb ausgehen (andere Einzelfälle *Palandt/Heinrichs* § 242 Anm. 4 B b).

66 Schutzpflichten aus »organisiertem Kontakt« bestehen auch nach Abschluß des Vertrags fort und werden über § 242 in das vertragliche Erwartungsgefüge inkorporiert. Sie können nun durch ausdrückliche Parteivereinbarung oder auch durch die implizite vertragliche Risikoverteilung modifiziert werden. So sind Steigerungen des Pflichtmaßstabs denkbar, wenn höhere Sicherheit mit entsprechender Gegenleistung »erkauft« wird (vgl. *Medicus* Rz. 203; *E. Schmidt* JA 1978, 597 ff.). Dann überlagert die Austauschbeziehung den organisierten Kontakt. Schwieriger zu beurteilen sind vertragliche **Haftungsmilderungen**. Sie wären zwar ohnehin nur in den Grenzen von § 11 Ziff. 7 und § 9 AGB-Gesetz möglich. Der Haftungsgrund »organisierter Kontakt« macht es aber dennoch problematisch, Schutzpflichten mit vertraglichen Pflichten gleichzustellen. Aber auch die Parallele zu deliktischen Pflichten, auf die eine vertragliche Haftungsmilderung nach st. Rspr. durchschlagen soll (*BGH* 9, 306; differenzierend *Deutsch* VersR 1974, 305; *Esser/Weyers* § 54 IV), führt in die Irre. Angesichts der Gefahren, die von organisierten Sozialbeziehungen auf das Integritätsinteresse des Betroffenen ausgehen, sollte eine vertragliche Freizeichnung von Schutzpflichten ausgeschlossen sein (vgl. *E. Schmidt* Nachwort S. 156 f. mit wichtigen Differenzierungen; *Esser/Schmidt* § 29 III 2.3; *Gerhardt* JuS 1970, 597 ff.).

67 Schutzpflichten bleiben auch über das Erfüllungsstadium des Vertrages hinaus wirksam (dazu *Strätz* FS Bosch 1976, 999; *von Bar* AcP 179 (1979), 452 ff.). Als **nachvertragliche Schutzpflichten** gelten sie so lange, bis die Einwirkungsmöglichkeiten aus dem Organisationsbereich des Partners beendet sind. Bis zum Verlassen des Geschäftes ist der Kunde vor Schädigungen geschützt (*RG* JW 1918, 171; *RG* LZ 1929, 1463). Erst mit Verlassen des Busses (*BGH* VersR 1970, 179) bzw. erst mit dem Ausgang aus dem Bahnhof (*RG* 55, 335) enden die Schutzpflichten von Beförderungsorganisationen.

d. Schutzpflichten in nicht-vertraglichen Beziehungen

68 Problematisch ist die Geltung von Schutzpflichten in **»Gefälligkeitsverhältnissen«**. Während vertragliche Begründungen der Schutzpflichten wenigstens geschäftliche Kontakte verlangen (vgl. *Larenz* MDR 1954, 515), läßt die Lehre vom »sozialen Kontakt« auch sonstige gesellschaftliche Kontakte, insb. auch Gefälligkeitsverhältnisse genügen (*Dölle* ZStW 103 (1943), 72 f.; *Esser/Schmidt* § 29 I). Das Kriterium »private Organisation« ermöglicht auch hier Differenzierungen: In privaten Individualkontakten sind die »Rechtskreise«-Vorstellungen des Deliktsrechts noch adäquat. Sobald aber eine private Organisation eröffnet wird, taucht das Bedürfnis für eine gesteigerte Haftung auf, ohne daß es darauf ankäme, ob es sich um wirtschaftliche, kulturelle, politische oder gesellschaftliche Kontakte handelt. Dies gilt etwa für Idealvereine ebenso wie für Gewerkschaften oder politische Parteien. Auch Entgeltlichkeit ist für die Geltung von Schutzpflichten ohne Belang. Die unentgeltliche »Ausleihe« eines Lkw-Fahrers (*BGH* 21, 102) ebenso wie die unentgeltliche Bereitstellung von Gasträumen (*OLG Karlsruhe* 1961, 1867) lösen gesteigerte Schutzpflichten aus.

69 Die spezifischen Gefährdungen aus arbeitsteiliger Organisation werden schließlich besonders deutlich beim **Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte**. Die Anknüpfung an §§ 328 ff. ebenso wie die Rechtfertigung durch ergänzende Vertragsauslegung waren natürlich nur Übergangsformeln, um für rechtliche Neuentwicklungen dem Anschlußzwang an die Dogmatik zu genügen (*RG* 91, 24 – Mietvertrag mit Wirkung für Dritte; *RG* 87, 65 – Beförderungsvertrag; *RG* 160, 155 – Saalmiete). In Wahrheit geht es um **»Leistungsnähe«** (*Gernhuber* in FS Nikisch, 265 ff.), also darum, daß die »Dritten« von der organisierten Sozialbeziehung in gleicher Weise betroffen sind wie der eigentliche Vertragspartner, ohne daß es dabei auf einen Vertragsschluß ankäme. Der Vertrag ist nur der rechtlich formalisierte Ausschnitt einer organisierten Sozialbeziehung, die nicht nur den Vertragspartner, sondern planmäßig miteinbezogene Dritte betrifft (vgl. *Esser/Schmidt* § 34 IV 2.2). Um den Kreis der Betroffenen und damit das Haftungsrisiko überschaubar zu halten, hat die Rechtsprechung aber festgelegt, daß die Schutzwirkung nur für solche Personen gelten soll, für deren »Wohl und Wehe« der Vertragspartner verantwortlich ist (*BGH* 51, 96; *BGH* 56, 269; *BGH* NJW 1977, 2208). Für Organisationsbetroffenheit ist dies jedoch kein angemessenes Kriterium. Hier kommt es auf die **»bestimmungsgemäße« Einbeziehung** des Dritten an, wobei nicht so sehr der individuelle Vertrag als vielmehr der davon unabhängige Organisationszweck ausschlagebend ist. Entsprechende Tendenzen auf Umformulierung des Merkmals »Wohl und Wehe« in »bestimmungsgemäße Einbeziehung« sind in der neueren Rechtsprechung durchaus zu erkennen (*BGH* 61, 233; *BGH* NJW 1976, 1843; *BGH* 69, 82). Zur Kasuistik vgl. § 328 Rz. 14 ff.; *Palandt/Heinrichs* § 328 Anm. 3 a.

4. Aufklärungspflichten

a. Vertragsübergreifende Koordinierung durch Information

70 Die allgemeine Rechtsprechungsformel, ein Vertragspartner habe den anderen über sämtliche für ihn wesentliche Umstände aufzuklären (*BGH* 70, 342; *BGH* 72, 388), hat nicht nur geringen Informationswert, sondern gibt auch den derzeitigen Rechtszustand nur unzulänglich wieder. Unveränderter Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist immer noch der **»natürliche Interessenwiderstreit«** im klassischen Vertragsmodell – informierte, eigenverantwortliche Entscheidung der Vertragspartner unter funktionierenden Marktverhältnissen –, welcher eine Rechtspflicht zur wechselseitigen Aufklärung prinzipiell ausschließt (*BGH* WPM 1970, 132; *BGH* WPM 1976, 50). Jede Partei müsse sich über das allgemeine Marktrisiko und die Vertragsrisiken in der eigenen Sphäre selbst

informieren (*RG* 111, 233). Als Leitidee gilt der Rechtsprechung immer noch der Grundsatz, daß jede Partei in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko ihre Interessen bestmöglich wahrnimmt.

71 Nach der Rechtsprechung greift erst dann eine Aufklärungspflicht ein, wenn **»besondere Umstände des Einzelfalles«** vorliegen, wenn der andere Teil »nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen redlicherweise Aufklärung verlangen« dürfe (*RG* 62, 150; *BGH* NJW 1970, 653). Dies ist zu Recht als eine punktuelle Billigkeitsrechtsprechung die mit tautologischen Begründungsformeln arbeitet, kritisiert worden (*Reich* NJW 1978, 514, 519). Untersucht man das Rechtsprechungsmaterial genauer, so tauchen jedoch hinter den Billigkeitsformeln die oben geschilderten neuen dogmatischen Schlüsselbegriffe auf – Vertragszweck, Rolle, Organisation –; mit Hilfe dieser Kategorien versucht die Rechtsprechung mehr oder weniger erfolgreich, Informationspflichten kompensatorisch einzusetzen (siehe oben Rz. 50 ff.).

b. Zweckgesteuerte Informationspflichten

72 Besonders die Kategorie des **Vertragszwecks** wird in dem oben näher bezeichneten Sinne (oben Rz. 51) dazu benutzt, die Vertragsumwelt systematisch in das interne Pflichtengefüge einzubeziehen. Nach der Rechtsprechung sollen solche Umstände eine Aufklärungspflicht begründen, welche zur »Vereitelung des Vertragszweckes« geeignet sind (st. Rspr. *RG* 132, 305, 309 f.; *BGH* 70, 342; *BGH* 72, 388). Damit sind aber regelmäßig Umstände angesprochen, die gerade nicht innerhalb des von den Parteien vereinbarten Vertragszweckes liegen, sondern die den Einzelvertrag in einen übergreifenden Zusammenhang stellen und die Erreichung des »wirtschaftlichen Gesamtzweckes« der Transaktion garantieren sollen. Das ist besonders dann der Fall, wenn die außervertraglichen Voraussetzungen und/oder Konsequenzen des Einzelvertrages derart unübersichtlich sind, daß eine allgemeine Kenntnis nicht vorausgesetzt werden kann. In diesem Sinne hat die Rechtsprechung etwa den Banken gesteigerte Aufklärungspflichten auferlegt, wenn die komplizierten Zusammenhänge der Bankgeschäfte von den Bankkunden nicht ohne weiteres zu durchschauen waren. Solche Aufklärungspflichten betreffen etwa verwickelte steuerrechtliche und devisenrechtliche Vorschriften (*BGH* 28, 368; *BGH* WPM 1964, 609; *BGH* 23, 222, 227). Weiterhin wurden Banken verpflichtet, unerfahrene Kunden über riskante Börsentermingeschäfte oder Effektengeschäfte aufzuklären und vor gefährlichen Konsequenzen zu warnen (*RG* WarnRspr. 1916, 277; *RG* WarnRspr. 1908, 463). Ähnliches gilt für die Warnpflicht vor rechtlichen Gefahren des Wechselverkehrs (*BGH* WPM 1966, 619; *BGH* WPM 1967, 1077).

73 Aufklärungspflichten werden also »kompensatorisch« definiert, um Risikosteigerungen aus arbeitsteiligen Spezialisierungen zu begegnen und um einen übergreifenden wirtschaftlichen Funktionszusammenhang herzustellen. Besonders deutlich wird dieser Versuch bei den **finanzierten Abzahlungskäufen** (dazu eingehend § 6 AbzG Rz. 2 ff.; *Reifner* S. 149 ff.). Hier wird die Bank verpflichtet, über Informationen den Abnehmer vor den Gefahren der arbeitsteiligen

Leistungserbringung, der Trennung von Lieferung und Kredit, zu bewahren. Sie muß durch auffällige Warnklauseln vor den Risiken einer Vorausquittung warnen (*BGH* 33, 293; *BGH* 40, 65; *BGH* 47, 217). Sie muß außerdem darauf hinweisen, daß die Rückzahlungsverpflichtung unabhängig von Lieferung und Mangelfreiheit besteht (*BGH* 47, 207; *BGH* NJW 1973, 452). Die Statuierung solcher Informationspflichten auf andere finanzierte Geschäfte wird inzwischen vorangetrieben (*BGH* NJW 1978, 1427 – Kauf eines Waschsalons; *BGH* NJW 1978, 2145 – Vermögensbildungsmodell mit Bankfinanzierung; für andere Verträge vgl. *Gilles* JZ 1975, 305). Freilich wurde in diesen Fällen die begrenzte Tragweite von bloßen Informationspflichten deutlich; der Einwendungsdurchgriff stellt ein eher geeignetes Kompensationsmittel dar (zur rechtspolitischen Diskussion *Reich/Tonner* DB 1974, 1148; *Gilles* JZ 1975, 305; *Reifner* S. 148 ff. zu einem neuen § 607 a BT-Drs. 8/3212 (1979)).

74 Auch in anderen Bereichen übernahm der Vertragszweck die Funktion, arbeitsteilige Aufsplitterungen wenigstens durch Information in den Vertrag zu reintegrieren. So muß etwa ein Architekt auf Falschberechnungen des Statikers hinweisen (*BGH* VersR 1964, 1045; *BGH* VersR 1967, 260). Auch nach Abwicklung des Vertrages muß er den Bauherrn in Sachmängelfragen beraten (*BGH* NJW 1973, 1457). Einen Baubetreuer treffen vergleichbare Koordinationspflichten (*BGH* NJW 1974, 849). Ähnliches gilt für den Makler (*BGH* 35, 323; *BGH* DB 1967, 2215). Gemeinsam ist all diesen Fällen das Prinzip, daß durch Informationspflichten die **Koordination** des arbeitsteilig aufgesplitterten Gesamtzusammenhangs erreicht werden soll, und zwar regelmäßig durch den Vertragspartner, dessen berufliche Position solche Koordinationsleistungen erwartbar macht. Die am »Vertragszweck« orientierten Aufklärungspflichten sollen sozusagen die bei hochgradiger Differenzierung nicht länger zu unterstellende Markttransparenz wiederherstellen.

c. Rollenspezifische Beratungspflichten

75 Damit ist schon der zweite Gesichtspunkt angesprochen, aufgrund dessen Aufklärungspflichten statuiert werden: die gesellschaftlich definierte Rolle eines Vertragspartners (s. o. Rz. 52 und ausführlich vor § 662 Rz. 10 ff., bes. 24 f.; § 676 Rz. 1 ff.; vor §§ 823 ff. Rz. 44 ff.; § 826 Rz. 16 ff.). Rollenspezifische Aufklärungspflichten werden nicht nur dazu eingesetzt, Markttransparenz herzustellen, sondern spezieller zur richterlichen Definition eines »Rollenkontraktes«: Informations-, Kompetenz- und Machtasymmetrien sollen dadurch aufgefangen werden, daß die »Konditionen« des Vertrages justiziell diktiert werden und damit nicht mehr nur zur Disposition der Parteien stehen (s. o. Rz. 52). Hieraus folgt, daß sich die allgemeine Aufklärungspflicht zu einer speziellen und konkreten Beratungspflicht verdichtet, etwa wenn die Kreditgeberseite als Experte in Finanzfragen auftritt, auf deren fachmännischen Rat sich der Kreditnehmer verlassen kann. Solche **Beratungspflichten aus professioneller Rollenhaftung** hat die Rechtsprechung immer dann angenommen, wenn ein geschäftlich unerfahrener Kunde mit einem fachlich und geschäftlich versierten Vertrags-

partner, insbesondere einer Dienstleistungsorganisation, in Beziehungen trat (*BGH* NJW 1962, 1196; *BGH* NJW 1971, 1795; *BGH* NJW 1977, 1055).

76 Dieser Gesichtspunkt traf schon zu auf die oben zitierten Entscheidungen zur Aufklärungspflicht bei riskanten Bankgeschäften, beim finanzierten Abzahlungskauf und beim Wechselverkehr (vgl. oben Rz. 72 f.). Das **Informationsgefälle** zwischen den Parteien ist der Auslöser, dem einen Vertragspartner Aufklärungspflichten über solche Umstände aufzuerlegen, für die gerade er die notwendigen Spezialkenntnisse besitzt: er muß über drohende Gefährdungen aufklären (*BGH* NJW 1978, 41). Auch in neueren Entscheidungen zur Anlageempfehlung von Wertpapieren ist der Gesichtspunkt des Einstehenmüssens für professionelle Fähigkeiten benutzt worden. Anlageberater wurden dazu verpflichtet, ihre Kunden auch über Nachteile und Risiken aufzuklären; dies sei Teil ihrer beruflichen Pflichten (*BGH* NJW 1978, 997; *BGH* WPM 1978, 711; *Köndgen* JZ 1978, 389 ff.). Speziell auf die berufliche Position der Beteiligten stellt der BGH ab, wenn er feststellt, daß einem auch beratenden Wohnungsbauunternehmen bei der Finanzierung des Hauses eines Handwerkers in abhängiger Stellung mit geringem Eigenkapital hätten Zweifel kommen müssen, ob es genüge, mit ihm nur einen Finanzierungsplan aufzustellen, ohne auch im einzelnen zu erörtern, welche monatliche Dauerbelastung er für Tilgung und Zinsen übernehmen müßte. Eine solche Hinweispflicht gebiete die Redlichkeit vor allem gegenüber unerfahrenen Angehörigen der **sozial schwächeren Bevölkerungsschicht**, um der Gefahr ihrer finanziellen Überforderung vorzubeugen (*BGH* NJW 1974, 849). Diese Grundsatzentscheidung macht deutlich, in welchem Ausmaße juristische Rollendifferenzierungen auf seiten beider Vertragspartner inzwischen das Denken in generellen Normen abgelöst haben (dazu speziell *Reich* ZRP 1974, 187; *ders.* NJW 1978, 513). Aus beruflichen Positionen beider Seiten rekonstruiert die Rechtsprechung typische Situationen eines Informationsgefälles, um dann zu dessen Einebnung Aufklärungspflichten einzusetzen. In dieser Weise argumentierte etwa der *BGH*, als er einer Bank, die ein »Vermögensbeteiligungsmodell« durch persönliche Darlehen finanzierte, auferlegte, konkret über die Gefahren dieser Finanzierung für die persönliche Sphäre der Darlehensnehmer zu informieren (*BGH* NJW 1978, 2145; vgl. auch *BGH* NJW 1979, 2092). Zur Kasuistik rollenspezifischer Aufklärungspflichten im einzelnen vgl. MünchKomm-*Roth* § 242 Rz. 210 ff.

77 Die **Grenzen** einer solchen professionellen Beratungspflicht wurden in *BGH* WPM 1967, 1077 deutlich. Ein junger Handwerksmeister hatte eine wegen Wechselgeschäften riskante Kreditablösung vornehmen lassen. Von den beruflichen Positionen der Beteiligten her steckte der *BGH* die Grenzen der Beratungspflicht ab: Es genüge, auf Gefahren der Wechselgeschäfte hinzuweisen, eine eindringliche Warnung oder gar der Versuch, den Vertragspartner vom Geschäft abzuhalten, sei aber nicht erforderlich.

78 Als **allgemeiner Grundsatz der professionellen Rollenhaftung** gilt somit: Anders als bei der Begründung mit dem »Vertragszweck«, aus der nur eine allgemeine Aufklärungspflicht über typische Geschäftsrisiken folgt, werden hier spezielle

Beratungspflichten aufgestellt. Sofern ein Unternehmen, das als »Experte« in bestimmten Gebieten auftritt, es mit geschäftlich unerfahrenen Kunden zu tun hat, entstehen persönliche Beratungspflichten, die über die bloße Information bezüglich der komplizierten Dienstleistung noch hinaus gehen. Die Rechtsprechung begnügt sich hier nicht mit solchen Informationen, die sozusagen die Markttransparenz für autonome Wirtschaftssubjekte herstellen, sondern verlangt eingehende individuelle Beratung, die insb. auch das Abschätzen von Risiken für den persönlichen Bereich des Kunden betreffen. Allerdings werden Grenzen gesetzt: Der Fachmann ist nicht verpflichtet, nach offengelegtem Risiko vom Vertragsschluß abzuraten oder gar das Risiko für die Sphäre des anderen zu übernehmen.

d. Organisationsbezogene Risikoverlagerung

79 Eine solche drastische Risikoverlagerung tritt erst unter ganz spezifischen Bedingungen ein. Wie *Stoll* in einer Rechtsprechungsanalyse herausgearbeitet hat, neigt die Rechtsprechung inzwischen immer mehr dazu, »den mit der Lehre von der culpa in contrahendo erreichten Schutz der Entscheidungsfreiheit zu erweitern und umzuformen zu einem **Recht der schwächeren Partei auf fürsorgende Hilfe beim Vertragsschluß**« (*Stoll* S. 467 f.). Gerade mit Hilfe von Aufklärungspflichten werde inzwischen »richterliche Vertragshilfe« zugunsten der schutzbedürftigen Partei geübt. Untersucht man das Rechtsprechungsmaterial genauer, so stellt sich heraus, daß ganz spezifische Voraussetzungen gegeben sein müssen, wenn Unternehmen, insb. Kreditinstitute, für das Vertragsrisiko in der Sphäre des Verbrauchers, insb. des Kreditnehmers, verantwortlich gemacht werden sollen. So hat im Fall eines einfachen Personaldarlehens die finanzierende Bank zwar professionelle Aufklärungspflichten (siehe oben Rz. 75 ff.), nicht aber schon die Verantwortung für das Vertragsrisiko des Kreditnehmers (vgl. *BGH* WPM 1967, 1077). Vielmehr muß es sich um eine besonders enge und dauernde geschäftliche Verbindung handeln, die gerade auch auf Beratung und Fürsorge für den anderen Vertragspartner angelegt ist (*BGH* NJW 1974, 849; *BGH* WPM 1976, 50). Dies trifft auf Beziehungskonstellationen zu, für die sich auch hier die Kategorie der **»Organisation«** als angemessen erweist (dazu oben Rz. 53). Regelmäßig liegt eine organisatorische Durchdringung von Marktstrukturen vor; formal handelt es sich um reine Austauschverträge, in der Sache aber geht es um organisatorische Beziehungen zwischen Organisationsspitze und »Mitgliedschaft«.

80 Ein interessantes Beispiel bieten **Bausparverträge**. Die Rechtsprechung bezeichnet sie inzwischen als eine besonders enge und dauernde geschäftliche Verbindung, deren Abschluß in vielen Punkten dem Beitritt zu einer echten Gesellschaft vergleichbar sei (*BGH* WPM 1976, 50). Dieser Vergleich mit einer Organisation wird damit gerechtfertigt, daß ein jahrelanges Dauerschuldverhältnis begründet wird, das überwiegend erhebliche Geldsummen betrifft. Aus dieser Qualifikation eines durch Organisation vermittelten Beratungs- und Betreuungsverhältnisses werden dann weitgehende Aufklärungspflichten herge-

leitet: Die Bausparkasse ist danach verpflichtet, den Bausparer über spezielle Risiken aufzuklären, die zu einer Verlängerung der Zuteilungsfrist führen können. Sie ist dazu verpflichtet, auch und gerade wenn es ihrem Eigeninteresse widerspricht (*BGH* a. a. O.; im konkreten Fall nur deshalb im Ergebnis verneint, weil z. Z. des Vertragsschlusses solche Risiken noch nicht absehbar waren). Ähnlich wurde für **Wohnungsbaugesellschaften** entschieden, daß diese ein umfassendes Beratungs- und Betreuungsverhältnis zu ihren Kunden hätten, mit der Konsequenz, daß die Gesellschaft dazu verpflichtet ist, den Zweck des anderen Vertragspartners – nämlich »Erlangung von Wohnungseigentum zu einem angemessenen Preis« – zu fördern. In der Sache bedeutet dies, einen gemeinsamen Organisationszweck zwischen Unternehmen und Kunden anzuerkennen (*BGH* NJW 1974, 849). Wenn der *BGH* das Unternehmen mit einer Prüfungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners belastet, so verlangt es letztlich, daß es die Risiken des Vertrages in der persönlichen Sphäre des Schuldners zu verantworten habe. Der in diesen Fällen von der Rechtsprechung vorgenommene Vergleich mit gesellschaftsrechtlichen Konstellationen macht es erforderlich, die Grundsätze zur Aufklärungs- und Fürsorgepflicht im Gesellschaftsrecht mit heranzuziehen. Zwar würde es zu weit gehen, den Vergleich mit persönlicher Treubindung in echten Personengesellschaften durchzuführen, aber ein Vergleich mit den eher anonymen Publikums-Kommanditgesellschaften wird den Grundsätzen der Rechtsprechung durchaus gerecht. Dort wird die Aufklärungspflicht sehr weit formuliert: »Zu den nach Treu und Glauben zu offenbarenden Tatsachen gehören auch solche Umstände, von denen noch nicht feststeht, die es aber wahrscheinlich erscheinen lassen, daß sie der vorgesehenen Durchführung des Vertrages entgegenstehen werden« (*BGH* WPM 1979, 141). Ähnliche Aufklärungspflichten werden **anderen Dienstleistungsunternehmen** gegenüber ihren Klienten/»Mitgliedern« auferlegt, so der Post (*BGH* 66, 302), den Versicherungen (*BGH* 47, 101; *BGH* 48, 7). Auch hier zeigt sich also die Tendenz, das Risiko der Vertragsdurchführung einseitig auf den anderen Vertragspartner zu verlagern, in der Sache also die Verpflichtung eines »Treuhänders«, eigene Geschäftsinteressen hintanzustellen und eine sozusagen objektive, neutrale Interessenabwägung zwischen eigenen Belangen und denen des Verbrauchers vorzunehmen.

5. Kooperationspflichten

a. Austausch und Kooperation

81 Neben Schutz- und Aufklärungspflichten hat die Praxis noch einen dritten Typ von weiteren Verhaltenspflichten entwickelt, über den Anforderungen von Markt und Organisation vertragsintern umgesetzt werden: die Kooperationspflichten. Auch diese haben letztlich ihren Ursprung in der **Überlagerung von Austauschnetzen durch organisierte Beziehungen**. Im Rahmen von § 242 werden sie als »gesteigerte Treupflichten« relevant, wie sie vor allem in Dauer-

rechtsverhältnissen entwickelt wurden, seien es nun Dauerlieferungsverträge, langfristige Lizenzverträge, Verlagsverträge, Kontokorrentverhältnisse oder gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse bis hin zu den Gesellschaftsverhältnissen selbst (*A. Hueck* Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947; *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 335 ff.; *Lutter* AcP 180 (1980), 102 ff.). Der Grund liegt in einer Veränderung der Interaktionsbeziehung, in einem Wandel von reinen Austauschbeziehungen hin zu Kooperationsbeziehungen, in denen die Beteiligten ihre Ressourcen »poolen«. Die wechselseitigen Erwartungen werden dann nicht mehr nur von wechselseitiger Rücksichtnahme auf die jeweiligen Leistungsinteressen bestimmt, sondern von der Ausrichtung auf das Kooperationsziel.

82 Im Zusammenhang der »Kooperationspflichten« gilt es, auf eine wichtige Unterscheidung zu achten, nämlich auf die **Differenz von Interaktion und Organisation** (dazu oben Rz. 21). Angesprochen sind hier nicht solche Konstellationen, in denen die Dauer und Intensität der persönlichen Interaktionen gesteigerte Rücksichten verlangt (dazu oben Rz. 45). Gemeint sind in diesem Zusammenhang Rechtsverhältnisse, in denen der Individualvertrag sich tendenziell zur Organisation wandelt oder in denen er zugleich Steuerungsimpulse von einer umfassenderen arbeitsteiligen Kooperationsbeziehung erfährt. In solchen Fällen besteht die Funktion von § 242 nicht darin, die gesteigerten Erwartungen aus der persönlichen Interaktion in den Vertrag zu integrieren, sondern dann geht es um richterliche Rezeption und zugleich wichtiger noch um öffentliche Kontrolle der von der umfassenderen Organisation ausgehenden Anforderungen. Auch wenn beides in der Fallgruppe der »Treupflichten« dogmatisch zusammengefaßt wird (z. B. MünchKomm-*Roth* Rz. 120 f.; *Soergel/Knopp* Rz. 112 ff.), so ist doch mit Nachdruck der unterschiedliche Konstitutionszusammenhang zu betonen. Arbeitsverhältnis und Gesellschaftsverhältnis geben hier reichlich Anschauungsmaterial. Im Gesellschaftsverhältnis laufen die persönlichen Rücksichtspflichten der Gesellschafter untereinander, und die »Treupflicht« gegenüber der Gesellschaft auf getrennten Schienen. Die einen Pflichten gründen sich auf persönliche Interaktion, die anderen auf **Loyalität gegenüber dem abstrakten Organisationszweck** (dazu aufschlußreich *Th. Raiser* Das Unternehmen als Organisation, 1969, S. 144 f.). Mit Recht wird daher im Gesellschaftsrecht der prinzipielle Unterschied beider Pflichtentypen, der eben nicht nur ihre Intensität betrifft (so aber MünchKomm-*Roth* Rz. 121), betont (*Hueck* Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 16 f.; *Fischer* Großkommentar HGB § 105, Anm. 31 a; *Lutter* Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, 226 ff.; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, 1980, Bd. I, § 2 I 1). Und das tendenzielle Zusammenfallen beider Treupflichten in den Personengesellschaften, bes. in der BGB-Gesellschaft, hat nichts mit falscher Begriffswahl, sondern etwas mit mangelnder Ebenendifferenzierung von Interaktion und Organisation in der sozialen Realität loser Gruppierungen zu tun. Ebenso dürfte es im Arbeitsrecht wenig angemessen sein, »Treupflichten« aus einem persönlichen Vertrauensverhältnis von

Arbeitnehmer und Arbeitgeber herzuleiten. Die Qualifizierung als »personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis« (etwa *Hueck-Nipperdey*, Arbeitsrecht I, § 22 II 1; kritisch *Th. Raiser* ZRP 1973, 16 f.; differenzierend *Zöllner* Arbeitsrecht § 11 II 7) vermischt persönliche Interaktionsmoral mit Anforderungen zu rollenkonformen, also organisationszweckfördernden Verhalten innerhalb einer wirtschaftlichen Großorganisation. Entsprechend müssen auch an die zweckrationalen Anforderungen einer Organisation ganz andere Rechtskriterien als an persönliche Rücksichtsanforderungen gestellt werden (vgl. *Th. Raiser* a. a. O.). Dies sind Fragen, die nicht »rechtsethisch« auf der Ebene individueller Moral zu behandeln sind, sondern im Kontext von Organisations- und Marktsteuerung und ihrer öffentlichen Kontrolle. Und auch in diesem Zusammenhang spielen die neuen dogmatischen Begriffe Zweck, Rolle, Organisation eine Schlüsselrolle.

b. Bestandssicherung durch Treupflichten

83 Der Begriff der **Organisation** lenkt die Aufmerksamkeit auf das **Bestandsproblem**, zu dessen Lösung Kooperationspflichten einsetzbar sind. Je länger und je intensiver sich die Parteien vertraglich binden, um so mehr erlangt die sich zwischen ihnen entwickelnde soziale Beziehung an Eigenständigkeit und Gewicht. Auf diese Weise entfernen sich Dauerrechtsverhältnisse mehr und mehr vom Typus »Vertrag« und nähern sich dem Typus »Organisation« an, dessen Eigendynamik und Systemerfordernisse auch rechtlich nicht ignoriert werden können (vgl. Strukturanalysen von *Th. Mills* Soziologie der Gruppe, 1974, S. 154 ff.; *Broom/Selznick* Sociology, 1973, zur rechtssoziologischen Diskussion von »Vertrag«, »Verband«, »Organisation«). Das einfache Schuldverhältnis läßt sich noch einer ersten Kategorie von Kooperationszwecken zuordnen, die auf unmittelbare Befriedigung der Partnerbedürfnisse gerichtet sind. Der gemeinsame Vertragszweck ist nur als vager Austauschzweck, als wechselseitige Verwirklichung individueller Zwecke definiert; entsprechend steht das Regelungsproblem der Sicherung der Reziprozität im Vordergrund. Dauerschuldverhältnisse sind dagegen auf einen Doppelzweck bezogen: Befriedigung unmittelbarer Bedürfnisse und Aufrechterhaltung der Bedingung der Bedürfnisbefriedigung. Mit dem Bestandsproblem, das das transitorische Schuldverhältnis in dieser Weise nicht kennt, treten neue Probleme der Koordinierung, der Autorität, der Normsetzung und der Normrevision auf (*Th. Mills* a. a. O.).

84 Als wichtiger Teilaspekt der Bestandssicherung sind die in der Organisationssoziologie vieldiskutierten Phänomene **informeller Beziehungen** zu nennen, welche die formalen Beziehungen überlagern, sie unterstützen oder sabotieren (*Luhmann* Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964). Juristisch ist diese Erfahrung fruchtbar gemacht worden, allerdings mit der mißverständlichen Formel, daß in Dauerrechtsverhältnissen das **»persönliche Vertrauensverhältnis«** eine maßgebliche, über Treu und Glauben zu berücksichtigende Bedeutung besitzt (vgl. *BGH* NJW 1978, 260; *Larenz* SchuldR AT § 2 VI).

85 Die gesteigerten Treupflichten dienen also einem **Doppelzweck.** Sie sind einmal

auf die Verfolgung des mehr oder weniger spezifizierten Kooperationszweckes bezogen. Zugleich dienen sie der Bestandssicherung der Dauerrechtsbeziehung. Solche Erwartungen können im Gegensatz zu den relativ exakt spezifizierten Pflichten der einfachen Schuldverhältnisse bloß als »diffuse« Treupflichten gefaßt werden, die nur noch situationsspezifisch zu konkretisieren sind. Sie sind inhaltlich unbestimmt, aber in ihrer doppelten Zielsetzung dienen sie der Normsetzung für noch unbestimmte zukünftige Situationen und der Normrevision unter veränderten Umständen.

86 Entsprechend diesem Doppelzweck hat die Rechtsprechung eine Fülle von situationsabhängigen **Treuepflichten in Dauerschuldverhältnissen** anerkannt, deren Verletzung regelmäßig die Kündigung aus wichtigem Grunde rechtfertigte. Maßstab für die Treupflichten war dabei stets entweder der Zweck der gemeinsamen Operation oder die Bestandssicherung des Dauerrechtsverhältnisses, insbesondere die Aufrechterhaltung eines »persönlichen Vertrauensverhältnisses«. In solchen Fällen hat die Rechtsprechung eine Kündigung, die regelmäßig auf § 242 gestützt wird, zugelassen (*BGH* NJW 1951, 836; *BGH* 29, 172; *BGH* 41, 108). Die Kündigung ist nicht durch Abreden auszuschließen (*BGH* BB 1973, 819). Sie muß in angemessener Frist ausgeübt werden (*BGH* 71, 211). Entsprechende Treupflichten hat die Rechtsprechung für viele Dauerrechtsverhältnisse statuiert, etwa für folgende Verträge: Darlehen (*BGH* DB 1975, 2032); Gebrauchsüberlassungsvertrag (*BGH* 50, 315; *BGH* WM 1978, 273); Maklervertrag (*BGH* NJW 1969, 1626); Schiedsvertrag (*BGH* 41, 108; *BGH* 51, 79); Vertriebsvertrag (*BGH* DB 1972, 2054); Bierlieferungsvertrag (*BGH* LM (Bc) Nr. 10); Wärmelieferungsvertrag (*BGH* 64, 294). Zu den modifizierten Rechtsfolgen beiderseitiger Treuepflichtverletzungen im Dauerschuldverhältnis vgl. *Teubner*, Vertragsuntreue, S. 92 ff. m. w. N.

c. Vertragsübergreifende Koordinationspflichten

87 Ähnlich wie bei den Aufklärungspflichten wird auch hier der Begriff des **Vertragszwecks** dazu benutzt, um den isolierten Einzelvertrag in das Geflecht von **vertragsübergreifenden Beziehungen** einzubinden. Kooperationspflichten sollen die Parteien dazu veranlassen, über die Vereinbarung hinaus die bei arbeitsteiligen Abläufen notwendigen Interdependenzen zu anderen Teilprozessen herzustellen. Sie müssen in der »Umwelt« des Vertrages die notwendigen Voraussetzungen für die Durchführung schaffen und Erfüllungshindernisse beseitigen (MünchKomm-*Roth* Rz. 165). Wichtigstes Beispiel hierfür sind **behördliche Genehmigungen** (z. B. § 3 WährG; § 51 BBauG). Sie liegen prinzipiell außerhalb der vertraglichen Vereinbarung, sind aber zugleich ein notwendiger Teilprozeß der übergreifenden ökonomischen Transaktion. Mit Hilfe der »Treuepflicht« werden nun die Vertragsparteien gezwungen, die funktionalen Zusammenhänge solcher arbeitsteiligen Abläufe in ihr Verhaltenskalkül einzubeziehen: sie werden von Rechts wegen dazu verpflichtet, die Voraussetzungen für die Genehmigung zu schaffen, die Genehmigung selbst mit herbeizuführen und alles zu unterlassen, was die Erteilung der Genehmigung hindern könnte (st.

Rspr.: *RG* 115, 35; *BGH* 14, 1; *BGH* BB 1976, 1291). Die Abhängigkeit des Vertrages von dem behördlichen Akt geht sogar so weit, daß die Parteien verpflichtet werden können, den ursprünglichen Vertrag in gewissem Umfang abzuändern, wenn er dadurch genehmigungsfähig wird (*BGH* 67, 35). Die Rechtsprechung hat hier gewisse Grundsätze entwickelt, wie weit die Grenzen des Zumutbaren zu ziehen sind (*BGH* NJW 1957, 543; *BGH* NJW 1960, 523; *BGH* NJW 1967, 830). Notfalls besteht eine Verpflichtung zum Neuabschluß (*BGH* MDR 1963, 837; *BGH* NJW 1973, 1498; vgl. auch *BGH* NJW 1976, 1939). Diese Mitwirkungspflichten sind als selbständige Nebenpflichten klagbar (*RG* 168, 343; *BGH* NJW 1973, 1498), weil nur auf diese Weise garantiert werden kann, daß der funktionelle Gesamtzusammenhang hergestellt wird.

d. Positionsspezifische Risikoverteilung

88 Problematisch sind die Grenzen solcher Mitwirkungspflichten. Denn Mitwirkungspflichten aus § 242 bedeuten in der Sache eine staatlich veranlaßte Ausweitung des vertraglich ausgehandelten **Risikobereichs**. Zur Definition des Risikobereichs kann sich auch hier der **Rollenbegriff** als hilfreich erweisen, der die Mitwirkungspflichten an der sozialen Position des Vertragspartners, d. h. an den realen Einwirkungsmöglichkeiten, an sozialen Erwartungen und an funktionalen Zusammenhängen orientieren kann. Entsprechende Tendenzen lassen sich in der Rechtsprechung finden, die die Mitwirkungspflichten sehr konkret an die jeweilige soziale Position anbindet, z. B. Bauträger (*BGH* 70, 391); Besteller beim Werkvertrag (*BGH* 11, 89; *BGH* 50, 178; *Nicklisch* BB 1979, 537); Pfandgläubiger von Wertpapieren (*RG* 101, 47); Unternehmer beim Handelsvertretervertrag (*BGH* 26, 161).

6. »Institutioneller« Rechtsmißbrauch

89 Im Unterschied zu den bisher behandelten institutionellen Auswirkungen des § 242 resultiert die Kategorie des Rechtsmißbrauchs nicht in der justiziellen Anordnung von weiteren Verhaltenspflichten, sondern in einer **Begrenzung subjektiver Rechte**. Wie schon oben gezeigt, ist es wenig sinnvoll, die ursprünglich moralisch begründeten Rechtsmißbrauchsfälle wegen ihres angeblich »rechtsethischen« Gehalts auch dogmatisch und systematisch einheitlich zu behandeln; denn die Begründungsgesichtspunkte für den »Mißbrauch« subjektiver Rechte leiten sich von unterschiedlichen gesellschaftlichen Ebenen her (vgl. Rz. 21, 23, 39). Entsprechend der hier entwickelten Differenzierung dreier Steuerungsebenen sollte die Trennung von »individuellem« und »institutionellem« Rechtsmißbrauch (*L. Raiser* S. 150 ff.; *Esser/Schmidt* § 5) noch um die gesamtgesellschaftliche Dimension erweitert werden. »Individueller« Rechtsmißbrauch liegt vor, wenn die Rechtsausübung im Einzelfall gegen konkrete Normen der Interaktionsmoral verstößt (oben Rz. 39); Beispiel: tu quoque. »Institutioneller« Rechtsmißbrauch begründet sich aus einem Widerspruch zu dem Zweck der sozialen Institution

(Markt und Organisation), dem das subjektive Recht funktionell zugehört (*L. Raiser* a. a. O.); Beispiel: Stimmrechtsmißbrauch; AGB-Problematik; Durchgriff bei juristischen Personen. »Gesellschaftlicher« Rechtsmißbrauch schließlich betrifft die »an sich« institutionsgerechte Ausübung eines subjektiven Rechts, das aber in Konflikt mit fundamentalen Funktionsprinzipien eines anderen gesellschaftlichen Teilsystems gerät; Beispiel: Unzumutbarkeit wegen »Gewissensnot«.

a. Inhaltskontrollen

90 Der »institutionelle« Rechtsmißbrauch fand sein wichtigstes Anwendungsfeld im Bereich der richterlichen Kontrolle von Marktmacht. Die richterliche **Inhaltskontrolle von Verträgen,** insbesondere von AGB, ist als ein Versuch anzusehen, ein Versagen des Selbststeuerungsmechanismus Markt zu diagnostizieren und hierauf kompensatorisch durch richterliche Definition von Vertragsstandards zu reagieren. Die Rechtsmißbrauchskategorie konnte dazu eingesetzt werden, Ergebniskontrollen im Einzelfall durchzuführen, ohne daß damit freilich das Phänomen wirtschaftlicher Macht strukturell angegangen wurde (*L. Raiser* Das Recht der AGB, 1935; in vertragstheoretischer Sicht: *Hart* AGB und Justizsystem, 1975). Inzwischen ist die Problematik durch gesetzgeberische Entscheidung aus § 242 hinausverlagert und unterliegt einer sondergesetzlichen Behandlung durch das AGB-Gesetz. Damit ist § 242 jedoch nicht funktionslos geworden. Er behält seine Bedeutung für die in §§ 23, 24 AGBG vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommenen Verträge und für richterliche Kontrolle von Marktmacht, die sich anders als über Allgemeine Geschäftsbedingungen manifestiert (vgl. *Lieb* AcP 178 (1978), 196 ff.).

91 Unter den **Bereichsausnahmen** des § 23 AGBG spielt besonders das Gesellschaftsrecht eine Rolle. Die Inhaltskontrolle von **Gesellschaftsverträgen**, insbesondere bei Publikumsgesellschaften (*BGH* 64, 238; *KG* Betr. 1978, 1025, 1922) wird durch § 23 AGBG nicht berührt. Denn leitender Gesichtspunkt ist nicht machtkompensierender Verbraucherschutz. Wenn auch die Formel »Anlegerschutz« an individualrechtliche Gesichtspunkte als Interessenausgleich unter den Gesellschaftern anknüpft (vgl. *H. P. Westermann* AcP 175 (1975), 376 ff.), so dürfte doch im Vordergrund die gesellschaftsrechtliche Absicherung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, also die »institutionelle« Funktion des § 242 im hier beschriebenen Sinne, stehen (*Hopt* ZHR 141 (1977), 389; *Schwark* ZGR 1976, 271). Dies hat Konsequenzen für die Kontrollmaßstäbe, die sich dann eher an einer Steigerung von Mobilitäts- und Kontrollrechten als an einer inhaltlichen Ausgestaltung orientieren (dazu *Martens* JZ 1976, 511; eingehend zur Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen *Schneider* ZGR 1978, 1). Am Phänomen der Organisationsmacht knüpft die richterliche Kontrolle von **Verbandssatzungen** an, die ausgehend von Kontrollen des Monopolverbandes sich immer mehr zu einer Zugangs- und Inhaltskontrolle ausgeweitet hat (*RG* 147, 11; *BGH* 47, 385; *BGH* NJW 1973, 35; dazu *Nicklisch* JZ 1976, 105; *Teubner* Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 265 ff.). Eine weitere Bereichsausnahme des AGBG, für die § 242 weiterhin

Bedeutung besitzt, ist der Einzelvertrag im **Arbeitsverhältnis**. Auch hier muß § 242 als Korrektiv zu Organisationsmacht eingesetzt werden und eine Inhaltskontrolle einzelvertraglicher Bestimmungen ermöglichen (*BAG* 22, 194; *BAG* DB 1974, 294; *Zöllner* AcP 176 (1976), 224; *v. Hoyningen-Huene* S. 127 ff.).

b. Vertragsverbindungen

92 »**Vertragsverbindungen**« stellen ein weiteres wesentliches Anwendungsgebiet des institutionellen Rechtsmißbrauchs dar. Insbesondere bei den **finanzierten Abzahlungskäufen** wurde § 242 dazu benutzt, mit dem Mittel des Einwendungsdurchgriffs Nachteile, die sich aus arbeitsteiliger Aufsplitterung von Kreditkäufen für den Verbraucher ergeben, rechtlich zu kompensieren. (Zu den Einzelheiten vgl. § 6 AbzG Rz. 14 ff.; § 812 Rz. 34.) Als Leitgesichtspunkt stellt die Rechtsprechung heraus, daß es mit Treu und Glauben nicht vereinbar sei, den »juristisch und geschäftlich unerfahrenen« Verbraucher durch die Aufspaltung des einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs schlechter zu stellen (*BGH* NJW 1952, 141; *BGH* NJW 1956, 705; *BGH* NJW 1961, 164; *BGH* NJW 1967, 1022; *BGH* NJW 1975, 1317; *BGH* WPM 1979, 489). Demgegenüber wird in den Konstruktionsvorschlägen der Literatur das Bemühen deutlich, die institutionelle Funktion des § 242 durch begriffliche Präzisierungen herauszuarbeiten. Es wird insbesondere die Kategorie des »Vertragszweckes« benutzt, den Umweltbezug der isolierten Einzelverträge herzustellen, so daß Störungen im Kaufvertrag sich auf den Kreditvertrag auswirken. Im einzelnen geschieht dies über die Konstruktion der Geschäftsgrundlage (*Strätz* JR 1972, 99; *Baur* NJW 1975, 2008), über den Zweckbegriff im Bereicherungsrecht (*Esser* FS Kern, S. 109), über den Finalnexus von Darlehen und Kauf (*Gernhuber* FS Larenz, S. 455), über die »causa consumendi« (*Reifner* S. 230). Andere Konstruktionen knüpfen an die ökonomische Rolle der Beteiligten an, wobei die Komplementärrolle des Verbrauchers im Vordergrund der Analyse steht (*Th. Raiser* RabelsZ 1969, 457; *Reich* JZ 1975, 554). Ein dritter Ansatz benutzt die Kategorie der Organisation, um in gesellschaftsrechtlichen Normen (*Emmerich* JuS 1971, 279) oder im »multilateralen Verbund« (*Gernhuber* a. a. O.) den übergreifenden institutionellen Zusammenhang herzustellen. Sinnvoll erscheint, diese drei Lösungsperspektiven aufeinander zu beziehen. Mit dem Begriff der Vertragsorganisation ist die zielgerichtete Verflechtung der Einzelverträge zu klären und die rechtlichen Kontrollanforderungen an das koordinierende Zentrum zu präzisieren. Die verobjektivierte Zweckkategorie erlaubt, den übergreifenden Zusammenhang der Einzelverträge herzustellen und gibt Einsatzpunkte für ihre richterliche Kontrolle. Die Anknüpfung an den Rollenbegriff ermöglicht eine positionsspezifische Verteilung der Vertragsrisiken nach den Prinzipien der Risikobeherrschung und Risikoabsorption. Dogmatisch empfiehlt es sich, der von *Gernhuber* (a. a. O.) entwickelten und von *Reifner* (a. a. O.) modifizierten Anknüpfung an das genetische und funktionelle Synallagma zu folgen. Diese Lösung läßt sich auf andere Fälle der finanzierten Verträge verallgemeinern (*Gilles* JZ 1975, 305; *BGH* NJW 1978, 1427; *BGH* NJW 1978, 2145) und gibt

einen Ansatz, das Problem des multilateralen Vertragsverbundes generell anzugehen (*Gernhuber* S. 65 ff.).

VI. »Gesellschaftsebene«: Anforderungen der gesellschaftlichen Umwelten an den Vertrag

1. Vertragsinterne Abstimmung mit gesellschaftlichen Funktionssystemen

93 Die bisherigen Ausführungen betrafen die Fragen, wie die persönlichen Beziehungen der Parteien über § 242 in die Vertragsbeziehungen hinein »verrechtlicht« werden und welche Anforderungen von den Institutionen Markt und Organisation ausgehen. Nun kommt eine dritte Steuerungsebene in den Blick – die gesamtgesellschaftliche Umwelt, 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 zunehmender 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 (*Luhmann* Rechtssoziologie 1, S. 132 ff.). 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 gesellschaftliche Umwelt anpassen. Ob es nun persönliche Gewissensanforderungen, strikte religiöse Gebote, politische Steuerungsvorgaben oder wirtschaftslenkende Maßnahmen sind: die Vertragsordnung kann nicht unbegrenzt auf dem Vorrang des individuellen Parteikonsenses bestehen. Wegen ihrer hochgradigen Unbestimmtheit ist gerade die Generalklausel geeignet, solche Abstimmungen mit gesellschaftlichen Unsicherheiten, mit ständig wechselnden und miteinander konfligierenden Anforderungen zu leisten.

2. Änderung der Geschäftsgrundlage

a. Störungen in der Vertragsumwelt

94 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 Konzeption des BGB hatte die Vertragsordnung gegen Umweltstörungen weitgehend immunisiert. Prinzip

war die **»rechtliche Einflußlosigkeit der Interessenänderung«** (*Jhering* Der Zweck im Recht, Bd. I, 1884, S. 76), wodurch vertraglich vereinbarte Leistungspflichten auch dann aufrechterhalten wurden, 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 (vgl. *Koller* S. 9 ff.). Der 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.

95 In der in den zwanziger Jahren einsetzenden Rechtsprechungswelle zur Geschäftsgrundlage reflektiert sich dann jedoch der Einbruch des »gesellschaftlichen Chaos« in das Vertragsrecht. In dieser Zeit wurden Vorstellungen relativ stabiler Vertragsumwelten nachhaltig diskreditiert. Die spektakuläre Aufwertungsrechtsprechung des *RG* leitete eine Rechtsentwicklung ein, die in der Konsolidierung eines über § 242 entwickelten gänzlich neuen Rechtsinstituts endete (seit *RG* 103, 332). »Geschäftsgrundlage« sind nach st. Rspr. die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (*RG* 103, 332; *BGH* 25, 392; *BGH* DB 1979, 352). Die Anknüpfung der Rechtsprechung an diese subjektive Formel in der Nachfolge *Oertmanns* ist allerdings nur verbal. In der Sache lehnt die Rechtsprechung eine dogmatische Ausformung mehr oder weniger offen ab und unternimmt eine umfassende **»Interessenabwägung«**. Sie findet ihre Kriterien im Vertrag, in den Parteierwartungen, im Vertragszweck, in Äquivalenzvorstellungen, aber auch in Begleitumständen, in der allgemeinen wirtschaftlichen Lage, in wirtschaftsverfassungsrechtlichen Prinzipien und in sozialstaatlichen Erwägungen (vgl. die Analyse von *Wieacker* Clausula, S. 229 ff.).

b. Fallgruppen

96 In den folgenden Fallkonstellationen hat sich diese Rechtsprechungsentwicklung niedergeschlagen (vgl. auch § 323 Rz. 4 ff.). Bei schwerwiegenden **Äquivalenzstörungen** durch unvorhersehbare Ereignisse soll der Vertrag an die veränderten Verhältnisse angepaßt werden (*RG* 147, 289; *BGH* NJW 1958, 906). Dies gilt allerdings nur bei akutem Währungsverfall. Inflationsbedingte Äquivalenzstörungen unter Bedingungen »schleichender« Inflation sollen nach der Rechtsprechung vom Geldgläubiger getragen werden (*BGH* NJW 1959 2203; *BGH* NJW 1976, 142; zur Kritik *Medicus* DB 1974, 759). Der tragende Gesichtspunkt liegt für die Rechtsprechung nicht nur in einer Abwägung der Parteiinteressen, sondern besonders im wirtschaftspolitischen Prinzip des Nominalismus (*BGH* 61, 38; *BVerfG* NJW 1979, 1154; vgl. dazu vor §§ 244, 245 Rz. 17 ff.). Deswegen wurde eine Anpassung verweigert bei langfristigen Kaliabbauverträgen (*BGH* NJW 1959, 2203; *BGH* NJW 1966, 105), Mietverträgen (*BGH* NJW 1976, 142), Erbbaurechtsverträgen (*BGH* NJW 1974, 1186; *BGH* NJW 1976, 846), Fernwärmeverträgen (*BGH* BB 1977, 1547). Von diesem Grundsatz gelten aber Ausnahmen für Verträge mit Versorgungscharakter. Ruhegeldvereinbarungen (*BAG* NJW 1977, 2370; *BGH* 61, 31), Unterhaltsverträge (*BGH* VersR 1966, 37; *BGH* VersR 1968, 451) sind an geänderte Verhältnisse anzupassen.

97 Bei **Rechtsänderungen**, sei es durch gesetzliche Eingriffe, sei es durch Rechtsprechungswandlungen, ist die Rechtsprechung im allgemeinen bereit, die Regeln zur Geschäftsgrundlage anzuwenden. Dies betraf die Steuergesetzgebung (Branntweinsteuer: *RG* 21, 178; Umsatzsteuer: *BGH* NJW 1958, 907; *BGH* BB 1978, 634), ebenso die Aufwertungsgesetzgebung (*RG* 112, 333; *RG* 133, 66). Auch die Aufhebung der Apothekenkonzessionierung durch das BVerfG hatte entsprechende Vertragsanpassungen zur Folge (*BGH* NJW 1960, 91). Gleiches gilt bei unerwarteten Rechtsprechungsänderungen (*BGH* 58, 362; *BGH* 70, 298). Angesichts zunehmender wirtschaftslenkender Eingriffe wird diese Fallkonstellation immer bedeutsamer. Auch und besonders hier geht die Interessenabwägung über die Parteiinteressen hinaus und berücksichtigt zugleich politische Steuerungszwecke (*Ulmer* AcP 174, (1974), 167).

98 Veränderungen innerhalb des **Wirtschaftssystems** werden von der Rechtsprechung dagegen nur sehr eingeschränkt in die Geschäftsgrundlage einbezogen. Marktrisiken soll jeder Vertragspartner selbst tragen. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um gesamtwirtschaftliche, sektorale oder branchenspezifische Entwicklungen handelt (MünchKomm-*Roth* Rz. 581). Nur ausnahmsweise, bei Erschütterungen der »Sozialexistenz« oder bei extremem Ausmaß der Wertveränderung greift die Rechtsprechung auf die Geschäftsgrundlage zurück. Ein vereinbarter Festpreis bleibt auch bei unerwarteten Kostenerhöhungen bindend (*BGH* WPM 1969, 1021; *BGH* LM (Bb) Nr. 91). Erst ganz extreme Änderungen des Leistungsumfangs rechtfertigen hier eine Anpassung (*BGH* NJW 1974, 1864).

99 In Fällen der **Zweckstörung**, insbesondere bei Störung des Verwendungszwecks, ist die Rechtsprechung relativ großzügig bei der Anerkennung als Geschäftsgrundlage. Sie stellt regelmäßig auf die Kenntnis des Vertragspartners ab. *BGH* LM (Bb) Nr. 12 erkannte die Weiterveräußerungsmöglichkeit von speziellen Bohrhämmern in die DDR als Geschäftsgrundlage an, *BGH* LM (Bb) Nr. 54 die Bezugsmöglichkeit für eine Gaststätte beim Kauf von Gaststätteninventar, ebenso *BGH* JZ 1966 beim Kauf eines Fertighauses für die Errichtungsmöglichkeit auf dem Grundstück. Steht der eine Vertragspartner gar noch in enger

Beziehung zum Verwendungszweck des anderen, so erklärt die Rspr. diesen Zweck regelmäßig zur Geschäftsgrundlage (*BGH* WPM 1967, 561; *BGH* LM (Bb) Nr. 6).

100 Schließlich gibt es noch die als **»gemeinschaftlicher Irrtum«** umschriebenen Konstellationen, in denen der Vertragskonsens auf einer unzutreffenden Faktengrundlage beruhte. Auch hier wendet die Rechtsprechung die Grundsätze der Geschäftsgrundlage an (*RG* 122, 203; *BGH* 25, 392; *BGH* NJW 1976, 565). Hierzu gehören die Fälle des beiderseitigen Kalkulationsirrtums (*OLG Frankfurt* MDR 1971, 841), des Irrtums über das Umstellungsverhältnis (*BGH* 25, 393), über den Verkehrswert eines Grundstücks (*BGH* NJW 1972, 152), über die Spielberechtigung eines transferierten Spielers (*BGH* NJW 1976, 565).

c. Rechtsfolgen

101 Die **Rechtsfolgen** einer Störung der Geschäftsgrundlage sind regelmäßig nicht Auflösung des Vertrages, sondern seine **Anpassung** an die veränderten Umweltbedingungen (*BGH* 47, 52). Dies kann bedeuten: Herabsetzung der Schuld (*BGH* NJW 1958, 785), Teilzahlung oder Stundung (*OGH* 1, 69), Begründung eines Ausgleichsanspruchs (*BGH* NJW 1958, 906) oder eines Aufwendungsersatzanspruchs (*BGH* LM (Bb) Nr. 20). Erst wenn eine Anpassung nicht möglich ist, kommt eine Auflösung des Vertrages in Betracht (Unzumutbarkeit: *BGH* 2, 188; *BGH* JZ 1978, 235).

d. Dogmatisierung?

102 Die angeführten Rechtsprechungsgrundsätze, insbesondere die dem Vertragsrecht sonst weitgehend fremde Methode einer flexiblen Anpassung statt der Alternative Auflösung/Aufrechterhaltung, reflektieren deutlich die gesellschaftliche Funktion der Generalklausel: den Vertrag mit der gesellschaftlichen Umwelt kompatibel zu halten. Diese Abstimmungsfunktion des § 242 entzieht sich notwendig sehr weitgehend der Dogmatisierung und der Ausformung fester Tatbestände. Die funktionsadäquate Methode ist eine **umfassende Interessenabwägung**. Das schließt Typisierungen nicht aus. Statt feste Tatbestände zu bilden, wird es jedoch darum gehen, für typische Konstellationen, die sich aus dem Konflikt eines spezifischen Vertragstyps mit einem spezifischen gesellschaftlichen Teilsystem ergeben, einen **Kanon von Abwägungstopoi** zu entwickeln (Tendenzen in dieser Richtung bei *Koller* S. 77 ff., 383 ff.).

103 Von dieser Sicht sind **Dogmatisierungstendenzen** in der Literatur kritisch zu beurteilen, weil sie die Abstimmungsfunktion der Generalklausel dadurch restringieren, daß sie die Geschäftsgrundlage auf den Parteiwillen oder das dispositive Gesetzesrecht zurückführen wollen. So ist der Versuch, die Geschäftsgrundlage stärker an die ergänzende Vertragsauslegung anzubinden oder gar voll durch diese zu ersetzen (*Flume* AT II § 26, 3; *Beuthien* S. 183 ff.; *Medicus* FS Flume, 1978, 629 ff.), zwar insoweit wichtig, 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 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 auf die subkutane Einführung heteronomer Wertungen hinaus (vgl. die Kritik von *Koller* S. 36). Kritisch zu beurteilen ist 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 (*Flume* AT II § 26, 5). Es ist zwar richtig, daß gegenüber generellen Normierungen der Geschäftsgrundlage das Abstellen auf den Vertragstyp Topoi für die Interessenabwägung liefern kann. Jedoch verfehlt auch dieses Vorgehen die Notwendigkeit der Abstimmung mit der vertraglichen Umwelt.

104 Das Abstimmungsproblem wird dagegen in der Konzeption von *Fikentscher* (Geschäftsgrundlage S. 35, 43) deutlich angesprochen, wenn darin eine umfassende Interessenabwägung gefordert wird, um die **Risikozurechnung** festzulegen. Auf dieser Linie liegen auch die Ansätze von *Ulmer* und *Koller*, die die Notwendigkeit der Einbeziehung objektiver, vertragsunabhängiger Abwägungstopoi betonen. 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 (S. 207 ff.). An dieser durchaus überzeugenden Konzeption ist nur problematisch, daß *Koller* mehr oder weniger exklusiv nur diese Topoi zur Benutzung empfiehlt. Damit reduziert er aus überzogenen Ansprüchen an Rechtssicherheit und Praktikabilität die einschlägigen wirtschaftspolitischen Wertungsgesichtspunkte und ist letztlich gezwungen, andere Abwägungstopoi entgegen der eigentlichen Konzeption doch wieder einzuführen (S. 77). Am konsequentesten entspricht die Position von *Ulmer* AcP 174 (1974), 167 ff. der Abstimmungsfunktion der Generalklausel, da sie in Fällen der Geschäftsgrundlage eine **wechselseitige Abstimmung von Vertragszwecken und politischen Steuerungszielen** bei Vertragsstörung durch wirtschaftslenkende Maßnahmen fordert. Dieses Konzept sollte jedoch generalisiert werden: Auch in anderen Konstellationen der Geschäftsgrundlage müssen die Eigengesetzlichkeiten des vertragsstörenden Umweltsystems und die Zweck- und Risikostruktur des Einzelvertrages in einer umfassenden Interessenabwägung aufeinander abgestimmt werden.

3. »Gesellschaftlicher« Rechtsmißbrauch

a. Kollision subjektiver Rechte mit Prinzipien der Vertragsumwelten

105 Vom »institutionellen« Mißbrauch, der durch den Widerspruch von formaler Rechtsposition und sozialer Funktion der Institution gekennzeichnet ist, sind die Fälle des »gesellschaftlichen« Rechtsmißbrauchs zu unterscheiden. Die Ausübung des subjektiven Rechts ist hier durchaus institutionsgerecht, sie gerät aber

in Widerspruch zur Funktionslogik eines anderen gesellschaftlichen Teilsystems, mit dem es zwangsläufig in Berührung kommt (s. o. Rz. 39, 89). Hier berührt sich § 242 mit der »ordre public«-Lehre zu § 138. Wenn das gesamte Vertragswerk in Widerspruch zu Fundamentalprinzipien der gesellschaftlichen Gesamtordnung oder einzelner Teilsysteme gerät, greift die Nichtigkeitsfolge des § 138 ein. Kollidiert aber innerhalb eines gültigen Vertrages die Ausübung eines subjektiven Rechts mit dem **ordre public**, dann kommt die Kategorie des »gesellschaftlichen Rechtsmißbrauchs« zum Zuge. Ob nun vertragliche Leistungsansprüche in Widerspruch zu »Politik«, »Gewissen«, »Familie« geraten, regelmäßig wird § 242 dazu benutzt, die widersprüchlichen Anforderungen des Vertrages und der gesellschaftlichen Teilordnungen kompatibel zu halten.

b. Drittwirkung der Grundrechte

106 Als Leitkriterien für diese Abstimmungsprozesse dienen insbesondere die Ergebnisse einer **»Drittwirkung der Grundrechte«**. An dem Streit über unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung (dazu *Leisner* Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 285 ff.; *Dürig* FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff.). interessiert nicht so sehr die Umsetzungsform (ob direkte Wirkung oder Umsetzung über zivilrechtliche Generalklauseln). Entscheidend ist vor allem, daß man Drittwirkung nicht als Konflikte von subjektiven Rechten fassen darf, in denen die Vertragspartner ihre Vertragsrechte gegen ihre Grundrechte ausspielen, sondern als vertragliche Berücksichtigung von **Systemkonflikten**, von Fundamentalprinzipien verschiedener Teilordnungen, die über § 242 kompatibel gehalten werden müssen. Von daher erklärt sich auch die Flexibilität der Tatbestände und der Rechtsfolgen. Tatbestandlich wird über den Begriff der »Unzumutbarkeit« eine umfassende Interessenabwägung eingebaut (vgl. *Gusseck* Die Zumutbarkeit – Ein Beurteilungsmaßstab, 1972), und in den Rechtsfolgen versucht man, einen Kompromiß zwischen rigider Vertragstreue und gesellschaftlicher Rücksichtnahme zu finden. Häufig wird diese Form des »gesellschaftlichen« Rechtsmißbrauchs als Mangel schutzwürdiger Eigeninteressen oder als Überwiegen der Interessen des anderen Teils umschrieben (*Palandt/Heinrichs* Anm. 4 C d; MünchKomm-*Roth* Rz. 410, 424). Damit aber individualisiert man den Konflikt als Problem des Interessenausgleichs unter Vertragspartnern und blendet den Systemkonflikt als die eigentliche Ursache, die dazu nötigt, vom Prinzip der Vertragstreue abzuweichen, aus.

c. Kollision mit politischen Prozessen

107 Für diese Form des »gesellschaftlichen« Rechtsmißbrauchs lassen sich folgende Beispiele aus der Kasuistik anführen. Im Konflikt zwischen Vertragsbindung und **politischen Prozessen** wurde die Rechtsmißbrauchskategorie bemüht, um Folgewirkungen des Nationalsozialismus zivilrechtlich aufzuarbeiten. So wurde die Geltendmachung von Versorgungsansprüchen als rechtsmißbräuchlich angesehen, wenn sie allein wegen der Zugehörigkeit zur NSDAP eingeräumt waren (*BGH* 13, 349) oder wenn sich der Berechtigte an Gleichschaltungsmaßnahmen

beteiligt hatte (*BGH* 9, 96). Ähnlich wurde geurteilt, als es um die zivilrechtliche Abwicklung von Enteignungsfällen im Ostblock ging. So wurde die vertragliche Forderung eines Ostblockstaates als rechtsmißbräuchlich abgelehnt, wenn sie sich auf Enteignungsmaßnahmen zurückführen ließ (*BGH* 42, 1; *BGH* 56, 66).

108 Schwierige Abstimmungsprobleme werfen die Konflikte zwischen Vertragsbindung und **politischer Meinungsfreiheit** auf. Beispiele: Weigerung von Hafenarbeitern, Schiffe mit Munition zu verladen (*LAG Hamburg* AP Nr. 52 Nr. 105, 494); Weigerung eines Druckereiangestellten, nationalsozialistische Literatur weiterzuverarbeiten (*LAG Bayern* SAE 1958, 164); Vertragsaufsage eines Hotels für Saalmiete eines »verfassungsfeindlichen« Vereins (*LG Heidelberg* NJW 1966, 1922); Zahlungsverweigerung von Atomkraftgegnern gegenüber Stromwerken durch Überweisung eines Teilbetrags auf ein Sperrkonto (*AG Stuttgart* NJW 1979, 2047). Solche Systemkonflikte zwischen Vertrag und Politik lassen sich nicht durch eindeutige Prioritätenbestimmung lösen (für Vorrang des Vertrages *Diederichsen* FS Michaelis, 1970, 36; für Vorrang der Gewissensfreiheit *Kaufmann* AcP 161 (1962), 289). Nur über eine Interessenabwägung und eine weitgehende Anpassung des ursprünglichen Vertragsinhaltes lassen sich angemessene Lösungen finden (*Esser/Schmidt* § 5 III 6.1 und 6.2). Als Gesichtspunkte müssen inhaltliche Stellungnahmen des Gerichts ausscheiden (so aber *AG Stuttgart* a. a. O.) die Integrität politischer Meinungsbildungs- und Meinungsartikulationsprozesse steht dagegen im Vordergrund. Im Stuttgarter AKW-Fall wäre besonders zu berücksichtigen, daß eine zulässige politisch motivierte Boykott-Aktion (vgl. *BVerfG* 7, 198 – Lüth) in einer Monopolsituation nicht möglich ist, so daß die Zahlungsverweigerung als nichts anderes als ein Boykott-Ersatz erscheint (vgl. zu diesem Urteil *Lüke* NJW 1979, 2049; *Knieper* KJ 1980, 77). Ähnliche Grundsätze müssen in den Fällen der **Gewissensnot** gelten (dazu *Bosch/Habscheid* JZ 1954, 213; *Wieacker* JZ 1954, 466; *Scheschonka*).

d. Widersprüche zum Rechtssystem

109 Zu Widersprüchen mit Anforderungen des **Rechtssystems** geraten vertragliche Ansprüche in den Fällen des »dolo agit qui petit quod redditurus est«. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß subjektive Vertragsrechte zwar wirksam begründet sind, ihre Ausübung sich aber unmittelbar in Widerspruch zu anderen Rechtsnormen setzen würde, die Gegenrechte des Partners begründen. § 242 muß die aus rechtstechnischen Gründen notwendige Trennung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses überwinden. Oft sind dies Konsequenzen des Abstraktionsprinzips. So kann z. B. keine Grundbuchberichtigung verlangt werden, wenn eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung zur Übereignung oder zur Bestellung von dinglichen Rechten vorliegt (*BGH* LM (Cd) Nr. 177). Ähnliches gilt für den Grundschuldgläubiger, der die Grundschuld verwerten will, der aber vertraglich zur Rückübertragung verpflichtet ist (*BGH* 19, 205; vgl. auch *BGH* MDR 1971, 567). Ebensowenig kann der Schuldner auf Erfüllung in Anspruch genommen werden, wenn er die Leistung aufgrund Schadensersatzes (*BGH* 66,

305) oder aufgrund Bereicherung (*BGH* 56, 25) zurückerstatten müßte. Eine Bruchteilsgemeinschaft darf nicht aufgehoben werden, wenn der Betreibende dazu verpflichtet ist, seine Anteile auf den anderen Partner zu übertragen (*BGH* NJW 1977, 1234). Ähnliche Widersprüche zwischen subjektiven Rechten und Rechtssystem tauchen auf, wenn gegen den Vertragspartner prozeßrechtliche Maßnahmen geltend gemacht werden. Zu diesen Problemen *Baur* JZ 1962, 95; *Hopt* Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968.

e. Konflikt Vertrag/Familie

110 Schließlich kann die Ausübung vertraglicher Rechte in Konflikt mit Fundamentalprinzipien der **Familie** geraten. Über § 242 werden an sich gegebene subjektive Vertragsrechte durch besondere familienrechtliche Pflichten eingeschränkt (*Esser/Schmidt* § 5 III 6.3). Beispielsfall ist die Zwangsversteigerung eines Grundstücks, das zur Ehewohnung benutzt wird (*BGH* NJW 1962, 1244; vgl. auch *BGH* LM (Cd) Nr. 154). Ebenso wurde es als rechtsmißbräuchlich angesehen, daß durch die Ausübung eines gesellschaftsrechtlichen Übernahmerechts ein Ehemann seine Frau aus dem Unternehmen verdrängen wollte (*BGH* 34, 80).