

Gleiche Freiheit und Austauschgerechtigkeit

Florian Rödl

I. Vorbemerkung

Mein Buch weicht ab von den Pfaden, die große Rechtsdenker der Gegenwart wie Robert Alexy, Jürgen Habermas, Gunther Teubner u.a. ausgetreten haben. Dabei irritiert es offenbar, dass ich mich nicht ausführlich mit den Schriften dieser Autoren (und, je nach Standpunkt, noch weiteren) auseinandergesetzt habe. Der Grund, warum ich anders vorgegangen bin, ist der, dass ich in meinem Buch eine Alternative vorstelle. Es ist eine Alternative, deren Entfaltung demonstriert, dass die Gewissheit nicht gedeckt ist, mit der Alexy, Habermas, Teubner und ihre Anhänger immer schon voraussetzen, dass etwa die Ideen einer grundbegrifflichen Differenz von Privatrecht und öffentlichem Recht, sowie der prinzipiellen Unterscheidbarkeit von politischer Rechtssetzung und juristischer Rechtsanwendung unhaltbar seien. Vor diesem Hintergrund hat es wenig Sinn, im Folgenden auf all diejenigen Bemerkungen einzugehen, deren Quintessenz darin besteht, mir die Abweichung meiner Position als solche vorzuhalten zu derjenigen Alexys, Habermas', Teubners (und, je nach Standpunkt, noch weiteren). Denn in dieser Abweichung lag von Anfang an die Pointe meiner Untersuchung.

Ich konzentriere mich darum im Folgenden auf die internen Einwände und starte dazu noch einmal mit einer verdichteten Zusammenfassung meiner elementaren These.

II. Kernthese

1. Gleiche Freiheit und ausgleichende Gerechtigkeit

Die elementare These meiner Arbeit ist, dass sich das geltende Privatrecht, soweit damit das Vermögensrecht des BGB bezeichnet ist, als weitreichend kohärente Artikulation einer Idee *gleicher Freiheit* und *ausgleichender Gerechtigkeit* rekonstruieren lässt. Die Idee gleicher Freiheit, um die es im Privatrecht geht, ist diejenige einer rechtlichen Freiheit. Rechtliche Freiheit bedeutet die durch rechtlichen Zwang gegen andere gesicherte Möglichkeit der Selbstbestimmung im Handeln. Selbstbestimmung im Handeln wiederum bedeutet, „das Eigene“ für beliebige Zwecke verwenden zu dürfen. Zu diesem „Eigenen“ zählt natürlich die eigene Person. Jeder darf seinen Körper und seine persönlichen Gaben für die eigenen, selbst gesetzten Zwecke einsetzen. Niemand kann in gleicher Weise wie die eigene auch eine fremde Person für die eigenen Zwecke einsetzen. Das ist die erste Pointe des modernen Privatrechts, mit der Leibeigenschaft und Sklaverei ausgeschlossen sind. Die zweite Pointe besteht in der Erweiterung dessen, was als „Eigenes“ zählt über die eigene Person hinaus:

Auch körperliche Gegenstände, also Sachen, und fremde Leistungen können zum Eigenen gehören, wenn man denn Inhaber entsprechender subjektiver Rechte ist.¹ Das Recht an der eigenen Person ist angeboren und unveräußerlich. Rechte an körperlichen Gegenständen und fremden Leistungen lassen sich erwerben. Sind solche Rechte erworben, dann gilt für sie Gleiches wie für die eigene Person. Erstens: Sie können vom Inhaber unabhängig von Willen und sogar Bedarfen anderer zur Verfolgung seiner selbst gesetzten Zwecke eingesetzt werden. Das ist die Idee gleicher Freiheit. Zweitens: Um den Einsatz von eigener Person, Sachen und fremden Leistungen zu den eigenen Zwecken zu sichern, bilden die Rechte eine Handlungsgrenze für andere.² Wer die durch fremde Rechte gesetzten Grenzen nicht einhält, kann zu ihrer Einhaltung gezwungen werden. Und er muss für den etwaigen Schaden einstehen, der durch die Grenzüberschreitung entstanden ist. Das ist die Idee ausgleichender Gerechtigkeit.

2. Für alle gleiche Freiheit: aber welche?

Man muss an dieser Stelle dringend gewärtigen, dass es hier nicht um den Freiheitsbegriff geht, der heute vielen Privatrechtsdenkern vor Augen steht.³ Bezeichnet wird mit jenem meist das individuelle Vermögen, möglichst viele verschiedene und möglichst komplexe Handlungspläne verfolgen zu können. Dieses individuelle Handlungsvermögen ist natürlich von Mensch zu Mensch ein je unterschiedliches, abhängig etwa von Glück und Gaben und ebenso abhängig vom Umfang des geldwerten Vermögens. Einige sprechen in diesem Zusammenhang auch von einem „materiellen“ Freiheitsbegriff, weil das Maß der Freiheit jedenfalls auch mit dem Umfang des geldwerten Vermögens korrespondiert. Es handelt sich letztlich um einen quantitativen Freiheitsbegriff. Quantitativ nicht in dem Sinne, dass der Umfang der Freiheit des Einzelnen unter einer Maßeinheit beziffert werden könnte. Aber quantitativ in dem Sinne, dass die Freiheit je nach Glück, Gaben und geldwertem

¹ Die dritte Pointe des Privatrechts ist die Anerkennung von Gesamthand (Ehe, Erbengemeinschaft, Personengesellschaft) und Körperschaft (Verein, Stiftung, Kapitalgesellschaft) als Rechtssubjekte, die vierte ist die Anerkennung von geistigen Gegenständen (Werk einerseits, Erfindung, Marke, Design andererseits) als Rechtsobjekte. Von diesen handelt mein Buch nicht, weshalb ich Einwände aus diesen Feldern auch hier nicht behandle. Gleiches gilt für das Familien- und Erbrecht. Für all diese Felder ließe sich meine Methode normativer Rekonstruktion (Gerechtigkeit unter freiem Gleichen, S. 30 ff.) sicherlich fruchtbar machen. Dabei erscheint klar, dass auch diese auf den Ideen gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit aufbauen, aber über sie hinausgehen.

² Das ist die Idee von Recht und Unrecht, die für das Privatrecht maßgeblich ist: die Überschreitung der durch den jeweiligen Gehalt fremder subjektiver Rechte konstituierten Handlungsgrenzen. Insofern ist es richtig, wenn *Lorenz Köhler* (###, sub III.1) sagt, dass die Ideen von Recht und Unrecht nicht aus der Idee ausgleichender Gerechtigkeit abzuleiten sind. Aber sie ergeben sich eben aus der hier entfalteten Idee gleicher rechtlicher Freiheit.

³ So etwa auch *Stefan Arnold*, ### (sub III.3) und *Bertram Lomfeld* (sub III.)

Vermögen unterschiedlich ausfällt, und der Einzelne im Vergleich zu einem anderen über mehr oder weniger davon verfügt.

Ein solcherart quantitativ verstandener Freiheitsbegriff steht folglich nicht für eine Freiheit, die für alle die gleiche sein könnte, auch nicht unter günstigen Umständen. Schon das persönliche Handlungsvermögen zur Verfolgung von Handlungsplänen ist aufgrund von Glück und Gaben unterschiedlich. Die Unterschiede wachsen noch einmal, wenn man die Ungleichheit der Verteilung des geldwerten Vermögens hinzunimmt. Man kann noch nicht einmal davon sprechen, dass alle die gleiche Chance hätten, das individuelle Handlungsvermögen zu erhöhen. Denn in welchem Sinne bestehen gleiche Chancen auf ein Elternhaus mit hohem Sozialkapital, auf eine schnelle Auffassungsgabe oder auf einen jährlichen Vermögenszuwachs von einer Million Euro? Der „materielle“ Freiheitsbegriff ist also mit der Idee der Gleichheit begrifflich inkompatibel.

Die oben erläuterte Idee der Freiheit, die für das Privatrecht als Ordnung gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit maßgeblich ist, ist darum eine andere. Es geht um die Freiheit, das eigene Handeln selbst zu bestimmen. Die rechtliche Sicherung dieser Freiheit garantiert die Möglichkeit, *das Eigene* (also die eigene Person, Sachen und fremde Leistungen) *unabhängig vom Willen anderer* im Handeln für die eigenen Zwecke zu verwenden. Diese Freiheit hat kein von Person zu Person unterschiedliches Maß. Sie ist nicht quantifiziert, sondern sie ist rechtlich verwirklicht oder nicht. Glück und Gaben, Umfang geldwerten Vermögens spielen keine Rolle. Diese Freiheit ist unter der Geltung des Privatrechts tatsächlich für alle die gleiche.⁴

Wenn die Freiheit, um die es dem Privatrecht gehen soll, irrig als individuelles Handlungsvermögen verstanden wird, müssen die wesentliche Regeln des Privatrechts immer wieder als Null-Summen-Spiele erscheinen. Die Ansprüche, die das Privatrecht dem einen gegenüber dem anderen einräumt, sind Mehrungen der Freiheit des einen und Minderungen der Freiheit des anderen. Es ist darum nicht klar, woran sich die Regelungen orientieren sollen. Eine Orientierung an der Idee der Freiheit ist aufgrund der Regelung als Null-Summen-Spiels jedenfalls ausgeschlossen. So kommen dann andere Orientierungen ins Spiel, etwa die volkswirtschaftliche Effizienz, aber auch die Förderung von Kooperation oder Rücksichtnahme oder was

⁴ Dieser Freiheitsbegriff des Privatrechts wird, weil er kein „materieller“ Freiheitsbegriff im obigen Sinne ist, immer wieder etwas abschätzig „formal“ genannt. Doch es ist nicht klar, in welchem Sinn die rechtliche Unabhängigkeit des eigenen Handelns vom Willen anderer etwas „Formales“ sein soll. Nebenbei bemerkt: Die Idee „materieller“ Freiheit steht entgegen verbreitetem Verständnis nicht in Opposition zur Idee der Freiheit als Selbstbestimmung, sondern diese nimmt jene immer schon in Anspruch: Wenn von Freiheit als einem individuellem Handlungsvermögen auch auf der Basis von geldwertem Vermögen die Rede ist, dann ist offenbar immer schon vorausgesetzt, dass die einzelnen Gegenstände des Vermögens unabhängig vom Willen anderer im Handeln verwendet werden können.

auch immer einfällt⁵. Wenn Freiheit hingegen als Selbstbestimmung im Handeln verstanden wird, dann entstehen Ansprüche aus Verletzungen subjektiver Rechte. Ob ein Anspruch gewährt wird, bedarf keiner gesonderten Orientierung, sondern sie ist zwingende Folge rechtlich gesicherter Freiheit, das Eigene im Handeln zu beliebigen Zwecken zu verwenden.

3. Beispiel: Deliktische Haftung für reine Vermögensschäden

Nehmen wir das Beispiel der deliktischen Haftung. Wenn jemand vorsätzlich oder fahrlässig lediglich fremdes Vermögen mindert, dann erhält er unter § 823 Abs. 1 BGB keinen Ersatz. Wenn man die Idee der Freiheit als individuelles Handlungsvermögen zugrunde legt, kommt die Regelung der Freiheit des Handelnden zugute und beschränkt die Freiheit des Geschädigten. Würde man hingegen deliktischen Schutz des Vermögens als solchen gewähren, käme dies der Freiheit des Geschädigten zugute und beschränkte die Freiheit des Handelnden. Ob der mit § 823 Abs. 1 BGB festgelegte grundsätzliche Ausschluss der deliktischen Haftung für reine Vermögensschäden richtig ist, lässt sich auf dieser Grundlage mit Blick auf die Idee der Freiheit als individuelles Handlungsvermögen nicht entscheiden. Man müsste darum andere Gesichtspunkte heranziehen.⁶

Legt man hingegen die Idee der Freiheit als Selbstbestimmung zugrunde, ändert sich das Bild. Selbstbestimmung bedeutet, das Eigene (eigene Person, Sachen und fremde Leistungen) nach Belieben im Handeln verwenden zu können. Rechtliche Sicherung der Selbstbestimmung verlangt, dass die subjektiven Rechte des einen die Handlungsgrenzen für andere liefern. Die Überschreitung der Handlungsgrenzen verpflichtet zum Schadensersatz. Eine deliktische Haftung für die Verletzung vertraglicher Rechte an fremden Leistungen scheidet aus, weil das vertragliche Recht nur eine Handlungsgrenze des Vertragspartners, nicht aber jedes Dritten markiert. Erst recht scheidet die deliktische Haftung für die bloße Vermögensschädigung aus. Denn am bloßen Vermögen, als Wert der Gesamtheit subjektiver Rechte, besteht überhaupt kein subjektives Recht. Wer also lediglich fremdes Vermögen mindert, verletzt kein Recht, überschreitet keine Handlungsgrenze, schuldet keinen Schadensersatz.⁷ Auf der Grundlage der Idee von Freiheit als Selbstbestimmung erscheint darum die in § 823 Abs. 1 BGB getroffene Entscheidung zum Ausschluss reiner Vermögensschäden zwingend.

⁵ Welche Orientierungen (oder „Werte“ oder „Prinzipien“) eine Rolle spielen könnten, kann der Pluralismus nicht einhegen. Das ist eines seiner zentralen Probleme. Einige Vertreter appellieren immerhin, es dürften nicht zu viele werden.

⁶ Gut zu studieren bei *Gerhard Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 2013., § 826 Rn. 12 ff.

⁷ Erläuterungsbedürftig sind dann freilich die Fälle, in denen über § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB ausnahmsweise doch Ersatz für bloßen Vermögensschaden zu leisten ist. Diese behandle ich in *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, S. 98 ff. und 139 ff.

4. Normative Rekonstruktion versus Kritik des privatrechtlichen Freiheitsbegriffs

Auch und vielleicht erst recht nach Beseitigung der chronischen Unklarheit über den Gehalt des privatrechtlichen Freiheitsbegriffs wird man jedenfalls von gesellschaftskritischer Seite eine Kritik erwarten dürfen. Die Kritik wird diesen Freiheitsbegriff als „liberal“, in Überspitzung als „neo-liberal“, oder, etwas feiner, als „bürgerlich“ bezeichnen. Sie wird dem vielleicht einen Freiheitsbegriff entgegenhalten, in dem Freiheit die Selbstverwirklichung in Gemeinschaft meint, und in dem die Abgrenzung von individuellen und rechtlich garantierten Handlungssphären keinen Platz hätte.⁸ Unabhängig von der interessanten Frage, ob sich dieser Idee von Freiheit ein verständlicher Sinn geben lässt, der neue Formen der Vergesellschaftung tatsächlich anzuleiten vermag, wäre es verfehlt, solche Kritik gegen meine Rekonstruktion des Freiheitsbegriffs des Privatrechts zu wenden. Denn ich habe mich nicht an der philosophischen Diskussion um eine Alternative zum privatrechtlichen Freiheitsbegriff beteiligt. Ich habe die Frage gestellt, welcher Freiheitsbegriff dem Privatrecht zugrunde liegt.⁹ Und meine Ergebnisse implizieren (wenig überraschend): der Freiheitsbegriff des Privatrechts ist keiner, welcher vielleicht einem Programm des demokratischen Sozialismus zugrunde liegen würde.¹⁰ Es ist aber auch kein Freiheitsbegriff, der das individuelle Handlungsvermögen auf der Basis von Fähigkeiten und geldwertem Vermögen bezeichnet und darum die Idee einer *für alle gleichen* Freiheit nicht einzuholen vermag (das ist vor dem Hintergrund des mit dem modernen Privatrecht verbundenen Gleichheitsversprechen an sich auch nicht überraschend, aber heute offenbar wichtig zu betonen).

II. Zur Methode normativer Rekonstruktion

⁸ Vgl. etwa den jüngsten Versuch von *Axel Honneth*, *Die Idee des Sozialismus*, 2015, 45 f.

⁹ *Lorenz Kähler* meint, ein reiner Blick von außen, ohne eigenen Standpunkt, sei unmöglich (###, sub II.1). Das ist ein sehr wichtiger Punkt. Doch ich widerspreche dem nicht, im Gegenteil. Ich mache nur geltend, dass es möglich ist, die tragenden Grundideen des Privatrechts zu rekonstruieren, ohne sie zu bejahen, so wie man jede andere philosophische Position auf der Basis eines diese Position ausdrückenden Textes rekonstruieren kann, ohne sich die Position zu eigen zu machen. Richtig ist aber – auch wenn ich diesen Aspekt in meinem Buch nicht herausstelle –, dass die Rekonstruktion einer fremden Position nur vor dem Hintergrund einer eigenen vernunftrechtlichen oder (wie *Lorenz Kähler* es ausdrückt:) rechtsethischen möglich ist. Diese Einsicht liefert m.E. den grundlegenden Einwand gegen die Idee des Rechtspositivismus, den ich näher entfalte in: *Zur Kritik rechtspositivistischer Menschenrechtskonvention*, in: *Margit Wasmeier-Sailer/Matthias Hoesch* (Hg.), *Universelle Geltung – kontroverse Rechtfertigung*, erscheint 2017.

¹⁰ Anders als *Bertram Lomfeld* annimmt, kann sich der Rechtsanwender die Bedeutung des Rechts auch nicht einfach biegen, sei es allein oder im Diskurs. *Lomfeld* unterschätzt m.E. den ehernen Charakter der privatrechtlichen Struktur. „Ideologisch“ erscheint mir darum nicht meine nüchterne Auskunft, sondern allenfalls *Bertram Lomfelds* Behauptung, der gesellschaftliche Sinn des Privatrechts sei in offener politischer Auseinandersetzung immer wieder neu zu bestimmen. Er beschönigt damit haltlos den Ernst der Lage.

Meine Kommentatoren in diesem Band greifen meine Rekonstruktion eigentlich nicht fundamental an.¹¹ Weder attackieren sie die Idee ausgleichender Gerechtigkeit als unverständlich¹², noch die Idee gleicher Freiheit als widersprüchlich oder aus anderen Gründen unhaltbar. Wenn ich recht sehe, tritt folgerichtig auch niemand der These entgegen, dass beide Ideen eine wichtige Rolle spielen.¹³

Anstoß genommen wird vielmehr an meiner These, dass sich das Vermögensrecht im Wesentlichen im Lichte der Grundideen gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit, sowie mit den begrifflichen Mitteln, die diese Grundideen bereitstellen, rekonstruieren lasse. Dabei ist die Einschränkung auf „im Wesentlichen“ wichtig. Meine Arbeit identifiziert selbst einige Bereiche, in denen die Rekonstruktion nicht gelingt. Das ist etwa die Gefährdungshaftung oder die Irrtumsanfechtung, und ich habe in diesem Zusammenhang keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Insofern bin ich etwas im Unklaren darüber, inwiefern es im Ansatz als grundlegende Kritik oder nicht eher als Ergänzung meiner Arbeit gedacht ist, wenn weitere Bereiche des Vermögensrechts angeführt werden, in denen die Rekonstruktion ebenfalls nicht gelingt.¹⁴

Das gibt mir Anlass, noch einmal den methodischen Ansatz meines Unternehmens zu erläutern. Es tritt zunächst einmal an gegen alle theoretischen Unternehmungen, die gleiche Freiheit und ausgleichende Gerechtigkeit für irrelevant oder nichtssagend

¹¹ Die Kritik von *Per Zumbansen* ist natürlich fundamental, aber in einem anderen Sinne. Sie greift nicht meine Rekonstruktion an, sondern die Idee jeder Rekonstruierbarkeit (###, sub A.). Diese Kritik ist nach meinem Eindruck von der Überzeugung getragen, dass jede Rechtsphilosophie des Privatrechts ein hoffnungsloses Unternehmen ist, sofern sie sich nicht auf eine gesellschaftliche Funktion verpflichtet. Damit ist freilich die Frage nach der Möglichkeit von Philosophie insgesamt berührt, die *Per Zumbansen* und ich offensichtlich entgegen gesetzt beantworten.

¹² Eine Ausnahme bildet *Stefan Arnold* (###, sub. IV), der die Idee ausgleichender Gerechtigkeit für unbestimmt hält, weil sie die Idee subjektiver Rechte voraussetzt und diese wären Gegenstand einer Verteilung. Ihr Bestand beim Einzelnen unterläge darum einer Form von Verteilungsgerechtigkeit. In einem systematischen Herzstück meines Buches (Gerechtigkeit unter freien Gleiche, S. 185 ff.) erkläre ich, dass dem nicht so ist.

¹³ *Lorenz Köhler* meint allerdings, dass sie nicht nur im Privatrecht eine Rolle spielen. Er führt die polizeirechtliche Verantwortlichkeit des Störers an, die er auch als ausgleichende Gerechtigkeit versteht (###, sub III.2). Das ist ein interessanter Punkt. Mir scheint er aber nicht triftig: Im Polizeirecht steht der Störer der öffentlichen Sicherheit gegenüber. Beide stehen untereinander in keinem Verhältnis gleicher rechtlicher Freiheit. Darum haftet der Störer auch unabhängig von Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

¹⁴ *Bertram Lomfelds* Kritik an meinem Versuch, den Wertaspekt beim Eigentumserwerb bei Herstellung neuer Sachen nach § 950 BGB einzuholen (###, sub II.2), akzeptiere ich: dessen Aufnahme durch die zweite BGB-Kommission war durch deplatziertes bereicherungsrechtliches Denken motiviert. Ein schlichtes Missverständnis liegt indessen *Bertram Lomfelds* Kritik meiner Erläuterung des gutgläubigen Erwerbs zugrunde: Ich behaupte nicht aus der Luft gegriffen, Besitz und Eigentum müssten auseinanderfallen. Ich lege (im Anschluss an Kants Rechtslehre) dar, dass die Möglichkeit des Auseinanderfallens die Pointe des privatrechtlichen Eigentums (bei Kant „idealer Besitz“) darstellt, im Kontrast zu einem bloßen Schutz des Besitzes (bei Kant „realer Besitz“) (Gerechtigkeit unter freien Gleichen, S. 246 ff.).

halten und sich darum auf eine andere Grundlage beziehen. Der relevante Kandidat ist die ökonomische Analyse des Rechts in ihrer starken Version, welche sich nicht bloß mit dem Aspekt der Effizienz in eine pluralistische Wertungsjurisprudenz einmischen will, sondern welche eine ihrerseits einheitliche („monistische“) Grundlage des Privatrechts behauptet. In diesem Zusammenhang zeige ich zunächst, dass die ökonomische Analyse des Rechts noch nicht einmal auf ihrem stärksten Terrain, der deliktischen Haftung, die geltenden Regeln zu erläutern vermag. Erst anschließend wende ich mich in einem zweiten Schritt gegen die pluralistische Wertungsjurisprudenz, indem ich zeige, dass sie nicht notwendig ist, um die Grundstruktur von Delikt, Eigentum und Vertrag verständlich zu machen.¹⁵

Sicherlich lässt sich geltend machen, dass sich einzelne Normen wie die des § 241a BGB nicht als ausgleichende Gerechtigkeit erläutern lassen. Da kann ich nur beipflichten. Die Existenz dieser Norm liefert jedoch keinen Einwand gegen meine Rekonstruktion.¹⁶ Der Gesetzgeber ist frei darin, das Privatrecht für seine Zwecke zu instrumentalisieren. Meine Rekonstruktion zielt nicht auf eine Einschränkung des Gestaltungsspielraums demokratischer Gesetzgebung, sondern auf die Erhellung unserer durch Privatrecht strukturierten Gesellschaftsordnung. Für die spielt § 241a BGB keine größere Rolle, wohl aber die Anerkennung subjektiver Rechte an Sachen und fremden Leistungen (Eigentum und Vertrag).

Auch für jene Kerninstitutionen wird weitgehend bestritten, dass sie sich in Begriffen gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit erläutern ließen. Diesem Bestreiten trete ich in meiner Arbeit entgegen. Entsprechend liegt die Pointe der Arbeit eigentlich in der Behandlung von Regelungen, in denen es für viele Privatrechtsdogmatiker klar erscheint, dass sie zwar zu den Strukturmomenten der Privatrechtsordnung zählen, und doch die Idee gleicher Freiheit nicht weit führt. Den grundsätzlichen Ausschluss der deliktischen Haftung für reine Vermögensschäden habe ich bereits angesprochen. Weitere wichtige Regelungen sind der objektive Empfängerhorizont als Maßstab der Auslegung von Willenserklärungen, das objektive Maß im Rahmen deliktischer Fahrlässigkeitshaftung oder die Zulassung des gutgläubigen Eigentumserwerbs. Die geltende Privatrechtsdogmatik muss bei objektivem Empfängerhorizont und

¹⁵ Ich erläutere in meinem Buch, dass man den herrschenden Pluralismus nur durch die Entfaltung einer monistischen Alternative kritisieren, nicht aber widerlegen kann (Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 270 ff.). Mein Eindruck ist, dass die in sich präzise methodologische Kritik von *Lorenz Kähler* (###, sub. II.3) eben das übersieht. Wenn aus pluralistischer Perspektive systematisch zentrale Regelungen wie der gutgläubige Erwerb mit Effizienz begründet werden, muss ich zur Entfaltung der monistischen Alternative nicht belegen, dass die Regelung unter dem Aspekt der Effizienz irrelevant ist, sondern dass der Aspekt der Effizienz zur Erläuterung der Regelung neben den Ideen von gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit nicht zwingend erforderlich ist.

¹⁶ Der Umstand, dass eine Norm wie § 241a BGB nicht als ausgleichende Gerechtigkeit erläutern lässt, macht jedoch gut verständlich, dass diese und vergleichbare Normen in der Lehre immer wieder auf so scharfe Kritik stoßen.

gutgläubigem Erwerb mit „Verkehrsschutz“ arbeiten und die geltenden Regeln als Kompromiss zwischen Freiheit (wieder falsch verstanden als individuelles Handlungsvermögen) und Verkehrsschutz präsentieren, das objektive Maß der Fahrlässigkeit als Kompromiss zwischen den konkurrierenden Handlungsfreiheiten von Schädiger und Geschädigtem. Demgegenüber zeige ich, dass sich alle drei Regelungen aus der Idee gleicher Freiheit entwickeln lassen.¹⁷ Die für die herrschende Privatrechtsdogmatik charakteristische pluralistische Erläuterung dieser Regelungen als Kompromiss konkurrierender Interessen erweise ich damit als überflüssig.

III. Schwächerenschutz oder Austauschgerechtigkeit?

1. Austausch zu fairen Bedingungen

Meine Kommentatoren konzentrieren sich zudem noch auf ein anderes Feld. Es ist offenbar der Eindruck entstanden, dass ich das Vertragsrecht, soweit es zwingendes Recht zum Schutz der schwächeren Vertragspartei enthält, also namentlich im Verbraucherschutz-, Miet- und Arbeitsrecht, für unvereinbar mit den Ideen von gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit halten müsste.¹⁸ Das ist ein Missverständnis, aber zu diesem hat sicherlich beigetragen, dass ich mich im Vertragsrecht auf die Rekonstruktion der Verbindlichkeit des Vertrages beschränkt habe, und für die Rekonstruktion des zwingenden Schutzrechtes auf andere Arbeiten verwiesen habe. Meine Auskunft, die ich andernorts skizziert habe¹⁹, lautet *in nuce*: Im Vertragsrecht fungiert Austauschgerechtigkeit als Grenze der Vertragsfreiheit.²⁰

¹⁷ *Bertram Lomfeld* kritisiert meine Rekonstruktion der deliktischen Fahrlässigkeitshaftung (###, sub II.1) mit dem Hinweis, die Präventionsperspektive könne die Fahrlässigkeitshaftung mindestens ebenso gut tragen. Ich habe allerdings in meinem Buch anhand der ökonomischen Analyse gezeigt, dass die Idee der Schadensprävention im Feld deliktischer Haftung weder die Voraussetzung der Verursachung, noch die Folge der Schadensersatzpflicht erläutern kann (Gerechtigkeit unter freien Gleichen, S. 84 ff.). Gleiches gilt für jede andere Präventionsperspektive, auch wenn sie nicht ökonomisch ausbuchstabiert ist. Vielleicht besteht ein Missverständnis: Ich bestreite nicht die präventive Wirkung der Fahrlässigkeitshaftung; die Leute sind ja nicht dumm. Aber der Grund der Haftung ist nicht ihre präventive Wirkung mit Bezug auf den gesamtgesellschaftlichen Schadensbestand. Wenn es darum ginge, müsste das entsprechende Rechtsfeld, wie ich gezeigt habe, ganz anders aussehen als das geltende Deliktsrecht.

¹⁸ Vgl. *Bertram Lomfeld*, ### (sub II.3), *Stefan Arnold*, ### (sub III.1) und *Per Zumbansen*, ### (sub A.). Angesprochen wird auch das Anti-Diskriminierungsrecht, das ich aber selbst für ein Feld halte, das sich nicht im begrifflichen Rahmen von gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit hält.

¹⁹ Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Marcus Bieder/Felix Hartmann (Hg.), *Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung*, 2012, 82–101; Contractual Freedom, Contractual Justice and Contract Law (Theory), in: *Law and Contemporary Problems* 76 (2013), 57–70.

²⁰ In diesem Zusammenhang muss ich klarstellen: Die Austauschgerechtigkeit, die den vertraglichen Erwerb des Rechts an fremder Leistung regiert, ist etwas anderes als die ausgleichende Gerechtigkeit, die die Folgen der Verletzung erworbener vertraglicher Rechte bestimmt (so zurecht *Lorenz Kähler*, ### sub. III.1 bei Fn. 52). Ebenso wie die Grundregel des ersten Gebrauchs für den originären Eigentumserwerb (dazu Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 226 ff.) leitet sich auch die

Austauschgerechtigkeit bedeutet Tausch von Leistung gegen Geld zu fairen Bedingungen. Deswegen sind Vertragserklärungen im Zweifel so auszulegen, dass sie einen fairen Bedingungen beinhalten (§§ 157, 305c Abs. 2 BGB). Deswegen sind die fehlenden Nebenabreden eines Vertrags durch die Regeln des dispositiven Vertragsrechts zu ergänzen, obgleich sie von den Parteien nicht bewusst gewollt sind. Aber sie liefern eben faire Bedingungen.²¹ Deswegen sind unfaire Nebenabreden unwirksam (§§ 242, 307-309 BGB). Auch die Regeln zur Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und zum Ausschluss der Leistungspflicht bei Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) gehören hierher.

Schließlich lässt sich auf dieser Grundlage auch das zwingende Schutzrecht im Wohnungsmiet- und Arbeitsvertragsrecht verstehen, ebenso das Verbraucherschutzrecht. Nehmen wir hier nur das Beispiel des Kündigungsschutzes im Wohnungsmiet- und im Arbeitsvertragsrecht. Bei Verträgen über die Vermietung von Wohnungen oder die Nutzung von Arbeitskraft besteht keine Kündigungsfreiheit, sondern es sind vernünftige Gründe erforderlich. Im Wohnungsmietrecht ist es namentlich der Eigenbedarf, im Arbeitsvertragsrecht die Störung des Arbeitsverhältnisses durch personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe. Diese Vorgabe des Vertragsrechts beruht nicht auf der Drittwirkung von Art. 14 GG im einen Fall und Art. 12 GG im anderen Fall, auch wenn das Bundesverfassungsgericht diese Hebel benötigte, um den Zivilgerichten die Bedeutung fairer Bedingungen im Austausch beizubringen. Sie beruht auch nicht auf einer Idee von Verteilungsgerechtigkeit, denn auch hier wäre wieder nicht begreiflich zu machen, wer was an wen nach welchem Kriterium verteilt. Sie beruht schließlich auch nicht auf einer etwaigen Ungleichheit von Mieter und Vermieter oder auf einer etwaigen Ungleichheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.²² Sie erklärt sich aus dem Gegenstand des vertraglichen Tauschs: Wohnung und Arbeitskraft. Eine Wohnung ist etwas anderes als etwa ein Parkplatz, Arbeitskraft etwas anderes als etwa anwaltliche Beratungstätigkeit. Es ist nicht unfair, wenn bei der Vermietung eines Parkplatzes oder der Nutzung anwaltlicher Beratung bei der Kündigung nur eine Frist einzuhalten ist. Es ist aber unfair, wenn ein Vermieter seinen Mieter grundlos um die Wohnung und

Austauschgerechtigkeit als Prinzip des originären Erwerbs vertraglicher Rechte aus der Idee gleicher Freiheit ab, auch wenn ich das an dieser Stelle nicht ausführlich entwickeln kann (vgl. nur *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 77).

²¹ Darunter fallen auch die Regelungen zur Fälligkeit oder zum Erfordernis von Fristsetzungen, die mir *Lorenz Köhler* (###, sub III.1) darum zu Unrecht vorhält.

²² Erläuterungen des so genannten Schwächerenschutzes im Vertragsrecht starten häufig mit der Diagnose, dass die geschützte Partei der anderen aufgrund der Ungleichgewichtslage nicht als Gleiche gegenüber stünde (vgl. auch *Stefan Arnold*, ### sub V.) – eine normativ irritierende Festlegung vor dem Hintergrund des Gleichheitsversprechens, welches modernes Privatrecht und demokratische Verfassung gemeinsam transportieren. Unter der hier vorgestellten Lesart wird deutlich, dass der Schutz nicht darauf beruht, situativ den Status als Gleiche zu bestreiten.

der Arbeitgeber seinen Beschäftigten grundlos um die finanzielle Lebensgrundlage bringen könnte.²³

2. Austausch zum gerechten Preis

Die Verpflichtung auf die Fairness der Bedingungen hänge jedoch etwas in der Luft, wenn sie nicht komplementiert würde durch das Gebot des Austauschs zum gerechten Preis. Denn jede an sich bestehende mangelnde Fairness in den Bedingungen des Austauschs lässt sich an sich ausgleichen durch eine Anpassung im Preis. Ohne die Idee des gerechten Preises könnte man also eigentlich nicht beurteilen, ob eine Bedingung auch im Kontext des gesamten vertraglichen Austauschs tatsächlich unfair ist. Folgerichtig untersteht in der Tat der vertragliche Austausch auch dem Gebot des gerechten Preises. Das wird zwar regelmäßig bestritten, aber zu Unrecht. Zwei Argumente werden angeführt.

Das erste nimmt schon am objektiven Charakter des gerechten Preises Anstoß. Es sei nicht möglich, diese objektive Größe zu bestimmen. Doch das stimmt einfach nicht. Sicherlich ist der gerechte Preis für eine Sache oder Leistung eine objektive Größe, nämlich ihr Wert. Aber es kann doch nicht die Rede davon sein, dass dem Privatrecht die Idee des Wertes fremd wäre. Der Wert taucht explizit auf in den Ansprüchen auf Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB, § 347 Abs. 1 BGB). Darüber hinaus wäre das gesamte Schadensersatzrecht nicht denkbar ohne die Idee der Wertgröße. Bei Unmöglichkeit der Naturalherstellung hat der Gläubiger in Geld zu entschädigen (vgl. § 251 Abs. 1 BGB). Letzteres bedeutet nichts anderes als die Pflicht, die Folgen der Rechtsverletzung wertmäßig auszugleichen. Die Höhe des Ersatzes ist durch den Minderwert der fremden Gegenstände bestimmt, fußt also auf deren objektivem Wertmaß. Und das ist keine Zufälligkeit des geltenden Rechts: Wie würde denn ein Schadensersatzrecht und damit ein Privatrecht aussehen, das die Idee des objektiven Wertes tatsächlich verabschiedet hätte?

Aber das Privatrecht kennt den Wert als objektive Größe nicht nur im Rahmen von Haftung und Bereicherungsausgleich. Es bestimmt ihn zudem im Rahmen des Vertragsrechts als Maß des gerechten Preises. Dies geschieht in § 138 Abs. 2 BGB, in dem der wucherische Austausch für nichtig erklärt wird. Merkmal des wucherischen Austauschs ist wesentlich, dass Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis stehen. Das auffällige Missverhältnis kann man aber nur feststellen vor dem Hintergrund eines angemessenen Verhältnisses, wobei die Angemessenheit unabhängig vom Konsens der Parteien, und also objektiv bestimmt sein muss.

²³ An dieser Stelle kommt die menschliche Lebensform der freien und gleichen zweckverfolgenden Wesen, um die es im Privatrecht eigentlich nur geht (so meine Kritik in Gerechtigkeit unter freien Gleichen, S. 444 ff.), ausnahmsweise zur Geltung, freilich nur in sehr eingeschränkter Form, wenn nämlich bereits vertragliche Rechte an existentiell notwendigen Leistungen bestehen.

Entsprechend ist das Maß der Angemessenheit unter § 138 Abs. 2 BGB natürlich der Wert der Leistung. So steht es zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, aber so sagt es die Rechtsprechung, und es gibt auch gar keine andere Möglichkeit.

Die Wertgröße liefert nach der Rechtsprechung der Marktpreis, womit freilich ein kompetitiver Marktpreis gemeint ist. Diese Idee des kompetitiven Marktpreises als gerechter Preis folgt einer langen Tradition philosophischen Vertragsrechtsdenken, die auf Thomas und Aristoteles zurückgeht. Das mag gesellschaftskritische Denker erneut enttäuschen, aber es gibt soweit ersichtlich unter im Übrigen privatrechtlichen Vorzeichen keine Alternative. Dem ernst zu nehmenden Konkurrenten, der Arbeitswertlehre der Klassik, ist es jedenfalls nicht gelungen, sich als umfassendes nicht-marktförmiges Preissystem zu präsentieren. Gleichwohl ist diese scheinbar affirmative Festlegung des kompetitiven Marktpreises als gerechter Preis vertraglichen Austauschs am Ende nicht ohne kritische Pointe: Für Gegenstände, für die sich ihrer Natur nach kein kompetitiver Markt bilden kann, muss der gerechte Preis nicht-marktförmig festgelegt werden.²⁴

Daneben gibt es noch einen zweiten Einwand gegen die Behauptung, der vertragliche Austausch unterliege dem Gebot des gerechten Preises. Dieser Einwand akzeptiert mutmaßlich den Gedankengang bis hierher, aber er macht geltend: Das Vertragsrecht bringe das Gebot des gerechten Preises nicht in jedem Austausch zur Geltung.²⁵ Die Vereinbarung eines ungerechten Preises sei schließlich nur dann als wucherisches Geschäft nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig, wenn es „unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche“ zustande gekommen ist. Wann immer diese Voraussetzung nicht gegeben sei, stelle das Vertragsrecht die Preisvereinbarung frei. Daraus soll gefolgert werden: Das Gebot des gerechten Preises begrenzt die Vertragsfreiheit nicht generell, sondern nur in Ungleichgewichtslagen. Und damit rücke die Ungleichgewichtslage in einen logischen Vorrang zum gerechten Preis.

Doch so ist die Regelung in § 138 Abs. 2 BGB missverstanden. Der Grund für die Freistellung der Preisvereinbarung liegt nicht etwa darin, dass das Gebot des gerechten Preises wenigstens in Gleichgewichtslagen irrelevant wäre. Es kommt vielmehr einfach deswegen nicht zum Tragen, weil man davon ausgehen kann, dass Austausch ober- oder unterhalb des gerechten Preises in Gleichgewichtslage von der wertmäßig benachteiligten Partei gewollt ist. Dieser Wille, einen überhöhten Preis zu

²⁴ Zum paradigmatischen Fall der menschlichen Arbeitskraft sogleich. Weitere Fälle sind Boden und Geld. Die Parallele zu den *false commodities* von Karl Polanyi (The Great Transformation, 1944/1957) ist nicht zufällig; dazu sage ich etwas mehr in: Tarifautonomie und Vertragsgerechtigkeit: der Beitrag des kollektiven Arbeitsrechts zur Vertragstheorie, in: Luca Nogler/Udo Reifner (Hg.), Life Time Contracts, 2014, 397–415, 398 ff.

²⁵ So etwa Lorenz Kähler, ### sub III.1

zahlen oder einen allzu niedrigen Preis zu erhalten, ist nicht deswegen anzuerkennen, weil die Idee des gerechten Preises irrelevant wäre, sondern weil es auch erlaubt ist, sich einem anderen vertraglich zu einer unentgeltlichen Leistung zu verpflichten (als Schenkung, als Auftrag). Wenn es das Privatrecht ermöglicht, sich rechtlich zur Schenkung eines Geldbetrags zu verpflichten, dann wird es auch erlauben, sich zur Zahlung eines überhöhten Preises zu verpflichten. Wer in Gleichgewichtslage einen überhöhten Preis vereinbart, der wollte offenbar die übersteigende Spanne unentgeltlich zuwenden. Dagegen hat das Vertragsrecht nichts einzuwenden. Wer jedoch in Ungleichgewichtslage einen ungerechten Preis vereinbart, der wollte nichts schenken, sondern konnte nicht anders. Hiergegen hat das Vertragsrecht auf der Basis des Gebots des gerechten Preis etwas einzuwenden, und darum ist die Preisabrede unwirksam.

Die zusätzlichen Anforderungen in § 138 Abs. 2 BGB kommen also nicht deswegen ins Spiel, weil die Idee des gerechten Preises in Gleichgewichtslage keine verständliche Bedeutung hätte. Die zusätzlichen Anforderungen sind vielmehr die Folge dessen, dass das Vertragsrecht auch die vertragliche Verpflichtung zu unentgeltlicher Leistung anerkennt, wenn sie denn auf authentischem generösem Willen beruht. Die Idee des gerechten Preises ist und bleibt darum unabhängig von der (Un)Gleichgewichtslage im Spiel, diese hat logischen Vorrang vor jener.

Dieser Befund erhält zusätzliche Stütze durch die Vergütungsregelungen bei den Vertragstypen Dienst- und Werkvertrag. Beim Abschluss von Verträgen dieser Art ist sicherlich nicht grundsätzlich von einer Ungleichgewichtslage auszugehen, in der Werkunternehmer oder selbständiger Dienstleister auch noch stets die schwächere Partei wären. Trotzdem ist es für das Zustandekommen von Verträgen dieser Art ausnahmsweise nicht erforderlich, dass sich die Parteien über die Höhe der Vergütung geeinigt haben, obgleich die doch zu den *essentialia negotii* gehört. Wenn nämlich nur feststeht, dass die Werk- oder Dienstleistung nicht unentgeltlich erfolgt, sondern getauscht werden soll, dann gibt das Gesetz die Höhe des Preises vor (§ 612 Abs. 2 BGB, § 632 Abs. 2 BGB). Ebenso wie beim dispositiven Recht zur Ergänzung fehlender Nebenabreden gibt das Gesetz an dieser Stelle natürlich nicht irgendeine beliebige, sondern eine faire Bestimmung vor, also einen gerechten Preis. Insofern bringt das Vertragsrecht auch im Gleichgewichtsverhältnis ausdrücklich einen gerechten Preis ins Spiel. Der gerechte Preis entspricht der üblichen Vergütung, und das ist ebenfalls im Einklang mit dem bisher Gesagten im Regelfall der Marktpreis. So entsteht eine innere Kohärenz des gesamten materiellen Vertragsrechts, welches den Inhalt von Austauschverträgen kontrolliert. Sie reicht von § 138 Abs. 2 BGB über § 242 BGB, §§ 307-309 BGB, über zwingendes Schutzrecht bis zum dispositiven Recht einschließlich §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB: Alles lässt sich so erläutern, dass die Vertragsfreiheit nicht den Abschluss von Austauschverträgen beliebigen Inhalts

deckt, sondern den Austausch zum gerechten Preis zu fairen Bedingungen. Wer dem entgegentritt, muss für die einzelnen Terrains des Vertragsrechts unterschiedliche und untereinander disparate Erläuterungen geben. Das ist auf dem methodischen Boden unbeschwerter pluralistischer Wertungsjurisprudenz natürlich nicht ausgeschlossen. Es ist freilich angesichts der hier präsentierten vollständigen Alternative sicherlich nur mäßig attraktiv. Aber das mag an dieser Stelle auf sich beruhen. Jedenfalls kann man der Rekonstruktion des Vertragsrechts als ausgleichende Gerechtigkeit nicht vorhalten, dass sie die Grenzen der Vertragsfreiheit zum Schutz der schwächeren Vertragspartei nicht einholte.²⁶ Das Gegenteil ist der Fall, denn behauptet wird eine einheitliche und grundlegende Grenze: Im Fall des Austauschvertrags deckt Vertragsfreiheit nur den Austausch zum gerechten Preis und zu fairen Bedingungen.²⁷

IV. Von der Austauschgerechtigkeit zu Wettbewerbsrecht und kollektivem Arbeitsrecht

Der Strang lässt sich noch weiter führen. Wenn jeder Vertrag grundsätzlich dem gerechten Preis unterliegt, entsteht die Notwendigkeit, überall dort für kompetitive Marktstrukturen zu sorgen, wo dies möglich ist. Mit anderen Worten: Die Idee des Vertragsrechts als ausgleichende Gerechtigkeit trägt darum das gesamte Wettbewerbsrecht, und zwar sowohl des Kartellrechts, als auch des Lauterkeitsrechts. Kartelle führen zu Preisen, die höher liegen als der mögliche kompetitive Marktpreis und darum ungerecht sind. Unlauterer Wettbewerb führt ebenfalls zu Preisen, die letztlich unverdient höher liegen als der Preis, der aus fairem Wettbewerb resultiert.

²⁶ Nicht in diesen Zusammenhang gehört der Fall der Bürgschaft seitens vermögensloser Familienangehöriger. Die Bürgschaft ist kein Austauschvertrag, darum hilft dessen Verpflichtung auf Austauschgerechtigkeit nicht weiter. Aber anders als *Stefan Arnold* (###, sub V.) meint, hat auch hier die Anordnung der Nichtigkeit nichts damit zu tun, dass dem Familienbürge der Status als Gleicher abgesprochen würde. Relevant ist vielmehr das familiäre Band zwischen Schuldner und Bürge, das der Gläubiger nicht ausbeuten können soll. Auch hier handelt sich also um einen Punkt, an dem die spezifisch menschliche Lebensform in der Welt der freien und gleichen zweckverfolgenden Wesen des Vermögensrechts ausnahmsweise zur Geltung gebracht wird, ermöglicht durch § 138 Abs. 1 BGB.

²⁷ *Bertram Lomfeld* hat aufgrund einer Passage in meiner Rekonstruktion der Grundrechtswirkung im Vertragsrecht den Eindruck gewonnen, ich hätte diese Position aufgegeben (###, sub II.3). Doch ich halte in jener Passage (Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 370 f.) nur fest, dass die herrschende Meinung zur dogmatischen Konstruktion der Grundrechtswirkung nicht auf dem Vorrang der Austauschgerechtigkeit vor der Vertragsfreiheit aufbaut. Ich selbst mache diesen Vorrang durchaus weiterhin geltend (und verweise entsprechend, a.a.O., S. 371 Fn. 23 ausdrücklich auf meine oben in Fn. 19 zitierten Texte zur Austauschgerechtigkeit), aber nicht im Zusammenhang mit der Grundrechtswirkung. Denn tatsächlich trägt der Vorrang der Gerechtigkeit die Grundrechtswirkung gerade nicht. Es ist keine Frage der Austauschgerechtigkeit, keine Frage der Höhe des Preises, inwieweit ich bestimmte grundrechtlich geschützte Handlungsmöglichkeiten wirksam verkaufen kann. Diese bestimmten Handlungsmöglichkeiten sind vielmehr, soweit sie denn einen konstitutiven Zusammenhang zur demokratischen Ordnung aufweisen, schlicht unverkäuflich (Gerechtigkeit unter freien Gleichen, S. 394).

In umgekehrter Richtung entsteht, wie schon angesprochen, die Notwendigkeit, für Gegenstände, für die sich von vorne herein kein kompetitiver Markt bilden kann, den gerechten Preis nicht-marktförmig zu bestimmen. Zentraler Fall eines solchen Gegenstandes ist die menschliche Arbeitskraft. Ökonomisch betrachtet ist der Arbeitsmarkt charakterisiert durch das sogenannte Konkurrenzparadox: Sinkende Nachfrage führt nicht zur Reduzierung des Angebots von Arbeitskraft, sondern zur Ausweitung. Ein unregulierter Arbeitsmarkt würde darum Preise für die menschliche Arbeitskraft auswerfen, die im Vergleich mit einer Preisbildung auf einem normalen kompetitiven Markt systematisch zu niedrig wären. Um dem vertragsrechtlichen Gebot des gerechten Austauschs gerecht zu werden, bedarf es darum einer nicht-marktförmigen Bestimmung des Lohns. Das kann einerseits durch staatliche Mindestlohngesetze geschehen, andererseits prozedural durch die Gewährleistung von Tarifautonomie, also dem Grundrecht für Tarifvertragsparteien, Regelungen mit Normwirkung für ihre Mitglieder zu vereinbaren. Die Gewähr von Tarifautonomie repräsentiert also keine Abweichung von einer angeblich unsozialen Logik des privaten Vertragsrechts. Vielmehr wird die Gewähr von Tarifautonomie von der für das Vertragsrecht grundlegenden Idee der Austauschgerechtigkeit verlangt.²⁸

So eröffnet sich auf Grundlage meiner Rekonstruktion des Privatrechts die Möglichkeit einer privatrechtstheoretischen Erläuterung dieses wesentlichen Feldes des kollektiven Arbeitsrechts. Deren Pointe besteht darin, wesentliche Aspekte des geltenden Arbeitsrechts vollständig einzuholen, und gerade nicht als Verletzungen der Privatautonomie zu bedauern. Während die gegenwärtige Arbeitsrechtsdogmatik immer noch an den begrifflichen Spannungen herumlaboriert, die von der Idee der Tarifautonomie als „kollektiv ausgeübter Privatautonomie“ herrühren, die schon die Rechtsnormwirkung tariflicher Regelungen rätselhaft macht, findet das hier entfaltete Verständnis des Vertragsrechts seine konsequente Fortsetzung in einem Grundverständnis des Arbeitsrechts, welches das Tarifvertrags- und Arbeitskämpfrecht in seiner geltenden Form zwanglos trägt.²⁹

²⁸ Dabei wäre der nach Art. 9 Abs. 3 GG geltende Vorrang tariflicher vor gesetzlicher Normierung noch genauer zu entfalten. Aber das führt im vorliegenden Zusammenhang zu weit.

²⁹ Mit diesen Erläuterungen von Wettbewerbsrecht und kollektivem Arbeitsrecht setze ich mich scheinbar in Kontrast zur kritischen Großerzählung von der Herausbildung eines „Arbeits- und Wirtschaftsrechts“ als im Zuge des 20. Jahrhunderts herausgebildete dritte Rechtsmaterie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht (prägend: *Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Dieter Hart/Christian Joerges* (Hg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 1980; vgl. auch *Per Zumbansen*, ###, sub A.). Tatsächlich aber stünde meine *historische* Auskunft dazu nicht in direktem Widerspruch. Sie wäre in erster Linie anders akzentuiert: Die jüngere Herausbildung von Materien des Arbeits- und Wirtschaftsrecht erscheint nicht als Kritik des Privatrechts, sondern als kontextualisierende Ausarbeitung seiner Grundstruktur. Dieser alternative Akzent erleichtert es freilich, auf die Potentiale des Arbeits- und Wirtschaftsrecht einen nüchternen Blick zu bewahren, der aus Perspektive der Gegenwart nur allzu berechtigt erscheint.

V. Ein abschließendes Wort zur Rechtsvergleichung

Auch in der Philosophie fungiert der Umstand, dass man über viele Dinge unterschiedlicher Ansicht sein kann und/oder in der Geschichte unterschiedliche Ansichten gesellschaftlich herrschend waren, häufig als vermeintlicher Beleg dafür, dass dann doch niemand wirklich richtig liegen könne. Wer trotzdem versuche richtig zu liegen, betreibe ein hoffnungsloses und sogar „ideologisches“ Unterfangen. Entsprechend wird gegen meine Rekonstruktion eingewandt, dass doch die Unterschiede in den verschiedenen staatlichen Privatrechtsordnungen belegen würden, dass die Regelungen des BGB, die ich in meinem Buch im Wesentlichen behandle, nicht so zwingend sein können, wie ich es bisweilen darstelle.³⁰ Die Entgegnung ist hier wie dort dieselbe: Unterschiedliche Ansichten in Gegenwart und Geschichte mögen belegen, dass es schwierig ist, die richtige Antwort auf die jeweilige Frage zu finden. Aber sie sind kein Beleg dafür, dass sich die Suche nach der richtigen Antwort nicht lohnte, weil es die richtige Antwort ohnehin nicht gäbe.

Wenn ich behaupte, dass sich das geltende Privatrecht aus den Ideen gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit entfalten lässt, dann ist damit zugleich der Ausgangspunkt für eine fruchtbare Rechtsvergleichung geliefert. Das *tertium comparationis* des Vergleichs ist hier, anders als in der funktionalen Rechtsvergleichung, kein außerrechtlich beschreibbares Problem, das die einzelnen Rechtsordnungen dann je nach Befund unterschiedlich oder ähnlich oder gleich bewältigten. *Tertium comparationis* ist die Idee gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit, um deren kohärente Artikulation es in jeder modernen Privatrechtsordnung jedenfalls auch geht. Auf dieser Grundlage widerlegen Unterschiede in den Rechtsordnungen nicht die These vom Privatrecht als kohärente Artikulationen der Ideen gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit, sondern werfen die Frage auf, welche Rechtsordnung die stimmigere Artikulation repräsentiert. So lässt sich etwa fragen, ob die deutsche Großzügigkeit bei der Irrtumsanfechtung im Lichte gleicher Freiheit richtig erscheint oder die restriktiveren Regeln des anglo-amerikanischen oder des österreichischen Rechts. Es lässt sich fragen, ob die deliktische Vorsatzhaftung unter § 823 Abs. 1 BGB anders als die Haftung für *tort of trespass* im anglo-amerikanischen Recht im Lichte ausgleichender Gerechtigkeit zurecht Vorsatz nicht nur hinsichtlich des Gebrauchs, sondern auch hinsichtlich der Schädigung der fremden Sache verlangt. Es lässt sich fragen, ob die Haftung für Nichterfüllung des Vertrags im Lichte beider Ideen zurecht anders als das anglo-amerikanische Recht zusätzlich mindestens Fahrlässigkeit verlangt.

³⁰ Stefan Arnold, ### (sub III.5): Die Regelungen der Privatrechtsordnungen seien „kontingent“ sowie Lorenz Kähler, ### (sub III.3.): Erst auf der Basis eines Pluralismus würden Wertungsunterschiede zwischen den Rechtsordnungen diskutierbar.

Natürlich kann man in der Rechtsvergleichung auch andere Fragen stellen. Geltend gemacht sei nur, dass die Unterschiede in den einzelnen Privatrechtsordnungen furchtbaren Gegenstand liefern für und sicherlich keinen Einwand gegen das von mir entfaltete Verständnis des geltenden Privatrechts als gleiche Freiheit und ausgleichende Gerechtigkeit.