

Schriften zur Rechtslehre

Hef 103

**Rechtswissenschaftlicher Begriff
und soziale Wirklichkeit**

untersucht am Beispiel der Lehre vom Vertragsschluß

Von

Rüdiger Nierwetberg



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

RÜDIGER NIERWETBERG

Rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale Wirklichkeit

Schriften zur Rechtslehre

Heft 103

Rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale Wirklichkeit

untersucht am Beispiel der Lehre vom Vertragsschluß

Von

Rüdiger Nierwetberg



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Die Drucklegung wurde gefördert
durch die Hanns Martin Schleyer-Stiftung

Nierwetberg, Rüdiger:

Rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale
Wirklichkeit: unters. am Beispiel d. Lehre vom
Vertragsschluß / von Rüdiger Nierwetberg. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zur Rechtstheorie; H. 103)

ISBN 3-428-05320-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05320 6

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung über das Verhältnis von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit — insbesondere des Vertragsschlusses — gründet auf der Geschichtsphilosophie Wilhelm Schapps. Der philosophische Ansatz Wilhelm Schapps ist von Jan Schapp gerade im Hinblick auf die juristische Vertragslehre aufgenommen und fortentwickelt worden. Es ist deshalb für diese Untersuchung in ganz besonderer Weise förderlich gewesen, daß mir Herr Prof. Dr. Jan Schapp bei der Abfassung der Arbeit mit seinem Rat zur Seite stand. Ihm schulde ich besonderen Dank.

Gießen, im Dezember 1982

Rüdiger Nierwetberg

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------|-----------|
| Einleitung | 13 |
|-------------------------|-----------|

Teil A

Die These von der Krise der Vertragslehre

| | |
|---|----|
| <i>I. Die überkommene Vertragslehre nach dem BGB</i> | 16 |
| 1. Die Regelung des BGB | 16 |
| 2. Der geistesgeschichtliche Hintergrund: Privatautonomie und Willensdogma | 18 |
| <i>II. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen</i> | 21 |
| 1. Begründung der Lehre durch G. Haupt | 21 |
| a) Diskrepanz von zivilistischer Vertragskonzeption und sozialer Wirklichkeit | 21 |
| b) Die Relativierung der überkommenen Vertragsdogmatik | 24 |
| 2. Rezeption der Lehre Haupts und Ablehnung durch die herrschende Meinung | 25 |
| a) Rezeption der Lehre Haupts | 25 |
| aa) Simitis | 26 |
| bb) Larenz | 27 |
| cc) Rechtsprechung | 28 |
| dd) Zusammenfassung | 29 |
| b) Ablehnung der Lehre Haupts durch die herrschende Meinung | 30 |

Teil B

Rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale Wirklichkeit

| | |
|---|----|
| <i>I. Begriffserklärung</i> | 34 |
| 1. Recht und rechtswissenschaftlicher Begriff | 34 |

| | |
|---|-----------|
| 2. „Sollen und Sein“ und das Verhältnis von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit | 36 |
| <i>II. Veränderungen der sozialen Wirklichkeit des Vertragsverkehrs?</i> | <i>38</i> |
| 1. Lage vor und im Kodifikationszeitraum | 38 |
| 2. Der nachkodifikatorische Zeitraum | 40 |
| 3. Problemstellung und weiterer Gang der Darlegungen | 42 |
| <i>III. Normlogistische Isolierung der rechtswissenschaftlichen Begrifflichkeit von der sozialen Wirklichkeit</i> | <i>46</i> |
| 1. Die Reale Rechtslehre Ernst Wolfs | 47 |
| a) Ontologischer Status der rechtlichen Verhältnisse | 47 |
| b) Verhältnis der Realen Rechtslehre zu anderen Positionen des Normlogismus | 50 |
| aa) Konvergenzen | 50 |
| bb) Divergenzen; Wolfs Ontologie | 52 |
| 2. Folgerungen für die Vertragslehre | 54 |
| 3. Kritische Würdigung des Normlogismus | 57 |
| a) Normlogismus im allgemeinen | 57 |
| b) Die naturalistische Variante des Normlogismus | 61 |
| 4. Zusammenfassung | 64 |
| <i>IV. Die Ontologische Rechtslehre</i> | <i>66</i> |
| 1. Die Geschichtenphilosophie W. Schapps | 67 |
| a) Aufgabe und Angriffsrichtung | 67 |
| b) Die Geschichten | 69 |
| c) Ganzheitliche Betrachtungsweise | 76 |
| aa) Allgemeiner Begriff und allgemeiner Gegenstand | 77 |
| bb) Der Horizontcharakter der Geschichten | 81 |
| d) Asymptotische Annäherung an die soziale Lebenswirklichkeit | 82 |
| 2. Rechtsverhältnisse als Geschichten. Die Vertragsgeschichte | 84 |
| a) Eigentum und Wozuding | 85 |
| b) Der Vertrag als Geschichte | 86 |
| 3. Die Bedeutung der Ontologischen Rechtslehre | 91 |
| a) Zutreffende Beschreibung der sozialen Wirklichkeit | 91 |

| | |
|--|-----|
| b) Aufdeckung des Mißverständnisses wissenschaftlicher Begriffe als Ontologie | 95 |
| c) Ontologische Rechtslehre und Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen | 102 |
| 4. Die Problematik der Ontologischen Rechtslehre | 106 |
| a) Ortslosigkeit wissenschaftlich-systematischer Begriffe | 106 |
| b) Wert rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung | 110 |
| aa) Begriffliches System als Wissenschaftskonstitutivum | 112 |
| bb) Rationalität und begriffliches System | 115 |
| c) Immanente Kritik der Ontologischen Rechtslehre | 125 |
| aa) Postulat vollständiger Deskription als zusätzliche Prämisse | 125 |
| bb) Normativität rechtlicher Begriffe | 127 |
| cc) Das deskriptive Element rechtlicher Begriffe | 131 |
| 5. Zusammenfassende Folgerungen für das Verhältnis von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit des Vertrages .. | 134 |
| | |
| V. <i>Der Dialektische Ansatz: Wechselbeziehung zwischen rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit</i> | 136 |
| 1. Simitis' dialektischer Ansatz | 136 |
| a) Methodisches Programm: Exakte Induktion | 136 |
| b) Anknüpfung an die Forschungsergebnisse der Interessenjurisprudenz | 137 |
| c) Die soziale Funktion des Rechts | 139 |
| aa) Die Form des Rechtsinstituts als Erstarrungsprodukt des historisch-gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses | 140 |
| bb) Der Inhalt des Rechtsinstituts als Träger seiner sich wandelnden sozialen Funktion | 141 |
| cc) Die dialektische Entwicklung von Form und Inhalt | 142 |
| 2. Folgerungen für die Vertragslehre | 143 |
| a) Wandel der sozialen Funktion des Vertrages | 143 |
| b) Fortentwicklung der Vertragsdogmatik zur Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen | 144 |
| 3. Kritische Würdigung des Dialektischen Ansatzes | 145 |
| a) Simitis' Objektivismus | 145 |
| b) Die Problematik der Denkfigur von Form und Inhalt | 150 |
| aa) Versuch einer Verortung | 151 |
| bb) Die Präferenz zugunsten des Inhaltselements | 155 |
| (1) Selbsttätige Angleichung der Form an den Inhalt | 155 |
| (2) Simitis' Verhältnis zum marxistischen Ansatz | 158 |

| | |
|--|------------|
| cc) Simitis' Soziologismus | 161 |
| dd) „Form und Inhalt“ als Ausdruck des ontologisch-funktio- nalen Mißverständnisses | 163 |
| (1) Ontologisches Mißverständnis | 163 |
| (2) Deskriptivistisches Mißverständnis | 165 |
| ee) Die Parallele zum institutionellen Rechtsdenken | 166 |
| c) Wandel der „bürgerlichen“ zur „sozialen“ Rechtsordnung? | 170 |
| aa) BGB und Liberalismus | 170 |
| bb) Die doppelte relative Indifferenz der überkommenen Ver- tragslehre | 172 |
| 4. Zusammenfassende Betrachtung zur Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse | 181 |
| Literaturverzeichnis | 187 |

Einleitung

Der Gegenstand dieser Untersuchung ist das Verhältnis von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit. Sie verfolgt auf diese Weise ein primär methodologisches Interesse. Dennoch wird aber — wie schon der Untertitel der Arbeit ausweist — nicht darauf verzichtet, jene methodologische Zielsetzung anhand eines bestimmten Ausschnittes der rechtswissenschaftlichen Dogmatik darzulegen. Es handelt sich um die im BGB positiviertete Dogmatik der Schließung eines Vertrages, die ein Kernstück der wissenschaftlichen Dogmatik des Privatrechts beinhaltet.

Diese Anknüpfung der Untersuchung an eine konkrete Figur der rechtswissenschaftlichen Dogmatik hat einen doppelten Vorteil. Zum einen werden die methodologischen Ausführungen, welche sich naturgemäß auf einem vergleichsweise abstrakten Reflexionsniveau befinden, bis zu einem gewissen Grade davor bewahrt, jede Anschaulichkeit einzubüßen. Mag man diesen Gesichtspunkt einer exemplarisch orientierten methodologischen Arbeit vielleicht mit dem Hinweis geringschätzen, die Vermittlung anschaulicher Darlegungen sei nicht Aufgabe wissenschaftstheoretischer Erörterungen, so hat die Orientierung an einem allseits bekannten Beispiel doch auf der anderen Seite noch einen wichtigeren, nämlich kritischen Vorzug aufzuweisen: Durch den konkreten Bezug auf einen bestimmten Begriff aus der rechtswissenschaftlichen Dogmatik werden jene „Fälle“ benannt, anhand derer die zum Vortrag kommenden Überlegungen entwickelt wurden. Auf diese Weise wird von vornherein dem Eindruck eines zu weit reichenden Geltungsanspruchs der Untersuchung entgegengewirkt. Diese selbstkritische Vorgabe schließt indessen eine auf der Typizität des gewählten Beispiels ruhende allgemeinere Bedeutung der Arbeitsergebnisse nicht aus, sondern verweist sie lediglich in angemessene Grenzen. Für die Zivilistik, deren Gedankenkreis sicherlich bedeutsame Ansätze klassischer juristischer Methodenlehre entstammen, darf man ja gerade die Lehre vom Vertrage durchaus als eine dogmatische Figur bezeichnen, der eine solche Typizität zukommt.

Der Gedankengang der vorliegenden Untersuchung, welcher im folgenden — ergänzt um einige Bemerkungen zum Selbstverständnis unserer Darlegungen — zum Zwecke einer besseren Gesamtübersicht kurz skizziert werden soll, spiegelt die soeben dargelegten Grundsätze.

In einem ersten Hauptteil werden zunächst die Dogmatik des Vertragsschlusses nach der Regelung des BGB und die gegen sie vorgebrachten Angriffe von seiten der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen dargestellt, deren Verfechter diese Modifikation rechtswissenschaftlicher Dogmatik als notwendige Antwort auf tiefgehende Veränderungen der sozialen Wirklichkeit des Vertrages begreifen. Am deutlichsten wird dieser soziale Wandel nach der genannten Lehre bei Vertragsverhältnissen des *Massenverkehrs der Daseinsvorsorge*, die wir deshalb für die Zwecke unserer Untersuchung allein herausgreifen. Mit dieser grundlegenden Kritik an der überkommenen Vertragslehre ordnet sich die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen in den umfassenden Zusammenhang eines heute weit verbreiteten Tenors der Zivilrechtswissenschaft ein, demzufolge wir in der Gegenwart Zeugen einer tiefgreifenden Krise der als liberal angesehenen Vertragsdogmatik sind.

Der zweite Hauptteil befaßt sich sodann mit dem an dieser Entwicklung der Vertragsdogmatik aufscheinenden methodologischen Problem des Verhältnisses von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit. Den zentralen Anknüpfungspunkt bildet hierbei die Frage, inwieweit Veränderungen der Wirklichkeit des sozialen Lebens, im gegebenen Beispiel also des Vertragsverkehrs, zugleich auch Verschiebungen der rechtswissenschaftlichen Begrifflichkeit notwendig machen. Die nachfolgende Untersuchung sieht ihre Aufgabe vor allem darin, einige im Zusammenhang mit der Vertragslehre erarbeitete Stellungnahmen zum Verhältnis von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit aufzugreifen und eingehend zu diskutieren. Die Darstellung der verschiedenen Positionen ist in ihrer jeweiligen Ausführlichkeit an dem Ziel orientiert, die Arbeit aus sich heraus verständlich zu machen.

Wenn bei dieser Darstellung die einzelnen Stellungnahmen zu dem genannten Verhältnis in den übergreifenden Kategorien von „Normlogismus“, „Ontologischer Rechtslehre“ und „Dialektischem Ansatz“ erfaßt werden, so darf diese Gruppierung in einem zweifachen Sinne nicht fehlgedeutet werden: Einmal haften diese Kennzeichnungen den dargestellten Positionen nicht dergestalt an, daß sie sich selbst in diesem Sinne etikettierten und man diese Etiketten nunmehr lediglich abzulesen bräuchte; vielmehr ist die vollzogene Klassifikation maßgeblich bereits durch den Gedanken beeinflußt, die Ebenen rechtswissenschaftlicher Begrifflichkeit und sozialer Wirklichkeit überhaupt einander gegenüberzustellen, und insoweit also zunächst heuristische Konsequenz der sich aus dem selbst vorgegebenen System ergebenden Denkmöglichkeiten: Danach kann man die Betonung entweder auf die Ebene rechtswissenschaftlicher Begrifflichkeit oder aber auf die soziale

Wirklichkeit legen, schließlich jedoch auch den Versuch unternehmen, beide Ebenen in einer gegenseitigen Wechselbeziehung zu deuten.

Über das soeben Gesagte hinaus zeigt sich die heuristische Qualifikation der vorgenommenen Gruppierung aber auch darin, daß die näheren Überlegungen zu den Positionen von Normlogismus, Ontologischer Rechtslehre und Dialektischem Ansatz immer von neuem dazu Anlaß geben, die scheinbare Schärfe dieser Klassifikation kritisch in Frage zu stellen, da sich Elemente der einen Modellvorstellung durchaus auch in anders klassifizierten Positionen wiederfinden.

In dem zentralen Teil dieser Arbeit wird regelmäßig die *Darstellung* der jeweils in Betracht gezogenen Position zum Verhältnis von rechtswissenschaftlichem Begriff und sozialer Wirklichkeit der kritischen *Würdigung* dieser Position vorangeschickt. Auch dieser Aufbau ist wohl einer verdeutlichenden Anmerkung bedürftig: Die Unterscheidung von Darstellung und Würdigung kann sicherlich nicht bedeuten, daß erläuternde und erweiternde Gedanken nicht schon in die Darstellung selbst Eingang nähmen. Dies ist die natürliche Folge davon, daß auch eine als ‚Darstellung‘ ausgewiesene Erörterung das Dargestellte jeweils mit den Augen desjenigen sieht, der die Darstellung unternimmt; jede Darstellung hat damit ein nicht eliminierbares interpretatives Moment in sich, welches je nach dem stärker oder schwächer in Wirkung sein kann. Das soeben Gesagte gilt insbesondere für die bewußt ausführlich referierte *Geschichtenphilosophie* Wilhelm Schapps, weil die vorliegende Untersuchung sich diesen philosophischen Ansatz bis zu einem gewissen Grade zu eigen macht.¹

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung wird und kann nicht eine abschließende Aussage darüber sein, was rechtswissenschaftliche Begrifflichkeit und soziale Wirklichkeit „sind“ oder wie ihr Verhältnis zueinander „ist“. Diese Problematik ist Gegenstand einer zweitausendjährigen philosophischen oder — wenn man so will — wissenschaftstheoretischen Diskussion.² Ziel dieser Arbeit kann damit nur sein, einen Beitrag zu dieser Diskussion zu liefern, welche für die Zivilrechtswissenschaft gerade in dem Augenblick von erhöhtem Interesse sein muß, in welchem man in die Reformdiskussion zentraler Gegenstandsbereiche dieser Wissenschaft eintritt.³

¹ Vgl. die Darstellung und kritische Würdigung des geschichtenphilosophischen Ansatzes unten B. IV.

² Zur Geschichte des Begriffs der juristischen (und medizinischen) Dogmatik vgl. neuestens *Herberger*, Dogmatik.

³ Vgl. *Gutachten* und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz.