

Schriftenreihe zur  
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

---

Band 52

# Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages

Von

Dr. Walter Schmid



Duncker & Humblot · Berlin

**WALTER SCHMID**

**Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages**

**Schriftenreihe zur  
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

**Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder**

**Band 52**

# Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages

Von

Dr. Walter Schmid



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Abdruck der der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05309 5

## Vorwort

Dies ist ein außergewöhnliches Buch: klar geschrieben, intelligent und — wie ich glaube — ein eigenständiger Beitrag zur Rechtssoziologie. Es war ein Vergnügen zu beobachten, wie die Arbeit während des Jahres, das Walter Schmid hier an der Universität Stanford, Kalifornien, arbeitete, Form annahm.

Manchmal wird gesagt, daß sich die amerikanische und europäische Soziologie in ihrem Stil beachtlich unterscheiden. Europäer (so wird gesagt) lieben das Theoretische. Sie malen mit dem breiten Pinsel. Amerikaner dagegen sind skeptisch, pragmatisch. Auf dem Gipfel der Theorie ist die Luft für ihre Lungen etwas zu dünn. Wie so oft, liegt auch in diesem Stereotyp ein Körnchen Wahrheit. Doch Walter Schmid hat einen Sinn für das Abstrakte *und* das Konkrete; es gelingt ihm, beide Traditionen auf der Grundlage des common sense bruchlos und *nutzbringend* zu verbinden.

Als wesentliche Neuheit muß Schmid's Untersuchung der Wirkung dogmatischer Rechtstheorien auf die vertragsrechtlichen Entscheidungen amerikanischer Gerichte hervorgehoben werden. Die Frage lautet: Haben moderne Theorien, Konzepte und juristische Begriffe irgendeinen Einfluß auf die Art und Weise, wie Gerichte ihre Fälle entscheiden? Der Computer machte es möglich, Datenmaterial zu untersuchen, das bisher unzugänglich war, und wenn die Frage auch nicht definitiv beantwortet werden kann, so wirft die Untersuchung doch einiges Licht auf diesen Problemkreis. Die Resultate dieses „empirischen Exkurses“ erscheinen im Kapitel IV: wir finden keinen Beweis dafür, daß neue Vertragstheorien einen *unmittelbaren* Einfluß auf das Verhalten der Gerichte haben. Natürlich entscheiden Gerichte des 20. Jahrhunderts anders als Gerichte des 19. Jahrhunderts. Aber wir können nicht nachweisen, daß es Vertragstheorien waren, die den Wandel dieses Verhaltens bewirkt haben. Die Gerichte scheinen ziemlich unbeeinflusst von Lehrmeinungen zu sein. Einige sind es mehr, andere weniger, aber Gerichte, die neue juristische Vertragstheorien in ihren Entscheidungen anführen (wie etwa die Theorie des „contract of adhesion“), entscheiden nicht anders als Gerichte, die dies nicht tun.

In der Forschung ist es oft interessant und wichtig, zu beweisen, daß Dinge *nicht* geschehen, wo man gemeinhin annimmt, daß sie geschehen.

Schmids Ergebnisse bestätigen die zentrale Lehre der Rechtssoziologie, nämlich den vorrangigen Einfluß der Gesellschaft auf das Recht. Rechtliche Theorien sollten Veränderungen des gesellschaftlichen Umfeldes widerspiegeln, doch es sind die gesellschaftlichen Kräfte, die rechtliche Theorien hervorbringen, und gleichzeitig die Verhaltensmuster schaffen, welche die Theorien zu bestätigen scheinen. Deshalb beurteilen die Gerichte Standardverträge mehr oder weniger ähnlich — unabhängig davon, ob sie die Lehre vom “contract of adhesion” kennen oder nicht, ob sie die Lehrbücher lesen oder nicht, ob sie die Lehrmeinungen zitieren oder nicht. Sie entscheiden aufgrund gleichbleibender Verhaltensmuster, weil Gerichte und Richter in die Gesellschaft eingebettet sind und sich den Einflüssen der Umwelt gleichermaßen ausgesetzt sehen.

Der „empirische Exkurs“ ist lediglich ein Beispiel für das Besondere und Originelle der Arbeit, die Schmid vorlegt. Auch in einer weiteren Hinsicht finde ich sie bewundernswert: juristisches Denken tendiert zur Kleinräumigkeit — gebunden durch Sprache, Landesgrenze und kulturelle Eigenheit. Wir müssen Studien wie diese begrüßen, die erfolgreich den Ozean überqueren, Sprachbarrieren überwinden und es der Rechtswissenschaft ermöglichen, die engen Grenzen der jeweiligen Rechtskultur zu überschreiten.

Lawrence M. Friedman

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	13
<b>Erstes Kapitel: Zum Begriff des Vertrages</b> .....	19
1. <i>Rechtsdogmatische Definition des Vertrages</i> .....	20
2. <i>Rechtssoziologische Umschreibungen des Vertrages</i> .....	23
a) Eugen Ehrlich .....	23
b) Emile Durkheim .....	31
c) Max Weber .....	38
d) Karl N. Llewellyn .....	42
e) Stewart Macaulay .....	46
f) Jean Carbonnier .....	48
3. <i>Vertragliches Verhalten — Vertrag — Vertragsrecht</i> .....	50
a) Vertragliches Verhalten .....	50
b) Vertrag .....	52
c) Vertragsrecht .....	53
<b>Zweites Kapitel: Wurzeln des Vertrages</b> .....	59
1. <i>Personale Matrix</i> .....	62
2. <i>Austausch</i> .....	65
a) Homans und der austauschtheoretische Ansatz .....	69
b) Parsons und der strukturfunktionale Ansatz .....	74
c) Kritik .....	78
3. <i>Kulturelle Matrix</i> .....	82
a) Kommunikationsmittel .....	83
b) Werte .....	83
c) Die Reziprozitätsnorm .....	84



<b>Drittes Kapitel: Deskriptive Aspekte des Vertrages</b> .....	96
1. <i>Standardisierung des Vertrages</i> .....	96
a) Kenntnisse des Konsumenten vom Vertragsinhalt .....	97
b) AGB-Kollisionen oder 'Battle of the Forms' .....	100
c) Vertikale Unternehmensintegration durch den Standardvertrag	100
2. <i>Gebrauch und Nicht-Gebrauch des Vertrages</i> .....	101
3. <i>'Transactional' und 'Relational' Vertragsverhältnisse</i> .....	108
4. <i>Empirische Bilder und das Vertragsmodell</i> .....	113
<b>Viertes Kapitel: Gesellschaftliche Einflüsse auf das Vertragsrecht</b> .....	118
1. <i>Forderungen an den Rechtsstab</i> .....	121
a) Forderungen an die Gerichte .....	122
b) Forderungen an den Gesetzgeber .....	127
2. <i>Inhalt der Forderungen</i> .....	130
a) Forderungen an die Gerichte .....	130
b) Forderungen an den Gesetzgeber .....	131
3. <i>Die Regelung sozial relevanter Austauschbeziehungen verliert an Vertraglichkeit</i> .....	135
4. <i>Gesellschaftliche Einflüsse auf das allgemeine Vertragsrecht und die Rolle der Rechtslehre: Ein empirischer Exkurs</i> .....	139
a) Die Fragestellung .....	139
b) Drei Hypothesen .....	140
c) Kein direkter Einfluß der rechtssoziologischen Literatur auf die Rechtsprechung zum Vertrag .....	142
d) Bescheidener Einfluß der Rechtslehre auf die Rechtsprechung zum Vertrag .....	145
aa) Ein soziales Phänomen: Vertragsstandardisierung .....	145
bb) Ein rechtliches Konzept: 'contract of adhesion' .....	147
cc) Verwendung des Konzeptes in den State Supreme Courts ..	148
α) Gibt es eine Gesetzmäßigkeit? .....	150
β) Unterschiedliche Verwendung in den einzelnen Staaten	151
dd) Bedeutung des juristischen Konzeptes für die Rechtsprechung zum Standardvertrag .....	156
e) Soziale Anschauungen der Richter .....	159
<i>traglichkeit</i> .....	135

<b>Fünftes Kapitel: Der Einfluß des Vertragsrechtes auf die Gesellschaft ..</b>	<b>166</b>
1. <i>Wirkungen der Sanktionen</i> .....	167
a) Vertragsrechtliche Sanktionen .....	168
b) Andere rechtliche Sanktions- und Sicherungsmechanismen ....	176
c) Soziale Sanktionen .....	178
2. <i>Wirkungen der Vertragsnormen</i> .....	180
a) Wirkungen auf die Prozeßparteien .....	181
b) Wirkungen auf die Vertragspartner .....	184
3. <i>Die Geschichte vom Tod des Vertrages</i> .....	188
<b>Sechstes Kapitel: Wandel und Funktionen des Vertrages .....</b>	<b>193</b>
1. <i>Das Vertragsverhalten</i> .....	194
2. <i>Das Vertragsrecht</i> .....	200
a) Wandel der wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen	201
aa) Das 19. Jahrhundert und der Mythos vom 'Laissez-faire' ..	201
bb) Die Jahrhundertwende .....	203
cc) Die pluralistische Gesellschaft .....	205
b) Funktionen .....	206
c) Wandel des Vertragsrechts .....	210
d) Eine Anmerkung zur Vertragsfreiheit .....	213
3. <i>Die Vertragsdogmatik</i> .....	214
<b>Ausgewählte Literatur .....</b>	<b>217</b>

## Abkürzungsverzeichnis

A 2d	= Atlantic Reporter, 2d Series
Akron L. Rev.	= Akron Law Review
Am. Bus. L. J.	= American Business Law Journal
Am. J. Comp. L.	= American Journal of Comparative Law
Am. J. Leg. Hist.	= American Journal of Legal History
Am. Soc. Rev.	= American Sociological Review
Am. U. L. Rev.	= American University Law Review
BGE	= Schweizerischer Bundesgerichtsentscheid
Buffalo L. Rev.	= Buffalo Law Review
Cal. L. Rev.	= California Law Review
Col. L. Rev.	= Columbia Law Review
Eng. Rep.	= English Reporter
Harv. L. Rev.	= Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	= Hofstra Law Review
Ind. L. Rev.	= Indiana Law Review
J. Confl. Res.	= Journal of Conflict Resolution
J. Econ. Issues	= Journal of Economic Issues
J. Law & Econ.	= Journal of Law and Economics
J. Leg. Educ.	= Journal of Legal Education
JRR	= Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
Law & Contemp. Prob.	= Law and Contemporary Problems
Md. L. Rev.	= Maryland Law Review
Mich. L. Rev.	= Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	= Minnesota Law Review
NE 2d	= North-Easter Reporter, 2d Series
NW 2d	= North-Western Reporter, 2d Series
Nw. U. L. Rev.	= Northwestern University Law Review
OR	= Schweizerisches Obligationenrecht
Ore. L. Rev.	= Oregon Law Review
P 2d	= Pacific Reporter, 2d Series
S. Cal. L. Rev.	= Southern California Law Review
Stan. L. Rev.	= Stanford Law Review
Temp. L. Q.	= Temple University Law Quarterly
Tul. L. Rev.	= Tulane Law Review
UCC	= Uniform Commercial Code
U. Chi. L. Rev.	= University of Chicago Law Review
U. C. L. A. L. Rev.	= U. C. L. A. Law Review
U. Pa. L. Rev.	= University of Pennsylvania Law Review
US	= US Supreme Court Reports
USC	= Uniform Sales Code
U. Toronto L. J.	= University of Toronto Law Journal

Virg. L. Rev.	= Virginia Law Review
Wash. U. L. Q.	= Washington University Law Quarterly
Wis. L. Rev.	= Wisconsin Law Review
WM & Mary L. Rev.	= William and Mary Law Review
Yale L. J.	= Yale Law Journal



## Einleitung

Diese Studie befaßt sich mit dem Vertrag. Drei Phänomene spielen darin die Hauptrollen: das Vertragsverhalten, das Vertragsrecht und die Vertragsdogmatik. Es handelt sich dabei nicht um drei Untersuchungsgegenstände, die aus analytischen Überlegungen auseinandergehalten werden, sondern um drei real verschiedene Erscheinungen.

Das Vertragsverhalten ist eine spezifische Form der sozialen Interaktion. Im Zentrum steht ein Austausch, bei dem zwei oder mehrere Personen Gegenstände oder Aktivitäten, die sie für mehr oder weniger kostspielig oder wertvoll halten, auf der Grundlage der Gegenseitigkeit geben und empfangen. Vertragliches Verhalten ist ein besonders qualifiziertes Austauschverhalten. Es zeichnet sich durch einen gewissen Bestimmtheitsgrad der auszutauschenden Leistungen aus, es verbindet die Interaktionspartner über den Augenblick hinaus und beruht auf einem Mindestmaß an Freiwilligkeit.

Das Vertragsrecht ist jener Teil des Rechts, der das Vertragsverhalten steuert und Konflikte aus Vertragsverhältnissen regelt. Genauer betrachtet zeigt sich allerdings, daß die meisten rechtlichen Normen direkt oder indirekt auf das Vertragsverhalten Einfluß nehmen; eine genaue Abgrenzung des Vertragsrechts von anderen Rechtsgebieten gestaltet sich recht schwierig. Im Sinne einer Annäherung ist das Vertragsrecht vorerst als Summe jener Normen zu beschreiben, deren spezifische Funktion die Regelung vertraglicher Transaktionen und Beziehungen ist.

Die Vertragsdogmatik sodann ist die Lehre vom Vertragsrecht, die sich mit dem Sinngehalt der Vertragsnormen auseinandersetzt. Sie entwickelt im Interesse der Rechtsfindung und des Rechtsunterrichts Systeme, in die sich die verschiedenen vertragsrechtlichen Normen integrieren lassen.

Was Vertragsverhalten, Vertragsrecht und Vertragslehre verbindet, ist ihr gemeinsamer Bezug zur sozialen Institution des Vertrages. Untereinander stehen sie in einem Interaktionsverhältnis.

Der Vertrag stand in der jüngeren Vergangenheit nur selten im Rampenlicht der rechtssoziologischen Forschung. Vertragsverhalten und Vertragsrecht scheinen auf den ersten Blick von gesellschaftlichen Ver-

änderungen weniger stark erfaßt zu werden als andere soziale Institutionen und ihr Recht. Gesetzmäßigkeiten der Interaktion von Recht und Gesellschaft lassen sich daher in diesem Bereich nicht leicht aufzeigen. Das Vertragsrecht eröffnet im wesentlichen rechtlich anerkannte Freiräume, innerhalb derer das Individuum seine wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen autonom regeln kann. Es sieht weitgehend davon ab, Transaktionen und Beziehungen zwingend zu normieren. Vertragliche Verhaltensweisen können sich deshalb ohne oder nur mit minimaler Unterstützung durch das Recht weiterentwickeln und hinterlassen umgekehrt auch keine tiefen Spuren im Recht. Dieser Umstand erschwert hier die Gewinnung von Erkenntnissen über die Interaktion von Recht und Gesellschaft.

In den großen theoretischen Werken der frühen Rechtssoziologen nimmt der Vertrag jedoch eine gewichtige Stellung ein. Namentlich Eugen Ehrlich, Max Weber und Emile Durkheim erkennen in ihm eine soziale Institution, deren Einfluß und Wandel für die Rechtsentwicklung schicksalsbestimmend geworden sind. In den letzten Jahrzehnten hat das Interesse der Rechtssoziologie am Vertrag wieder zugenommen. Es wuchs die Erkenntnis, daß er — von manchen schon totgesagt — zulange im Schatten der öffentlich- und sozialrechtlichen Problemstellung gestanden hatte und daß seine Funktion im Wirtschaftsleben und sein Beitrag zur Integration des Individuums in das komplexe Beziehungsnetz moderner, postindustrieller Gesellschaftsordnungen unterschätzt wurde. Der Vertrag ist nun in Europa, besonders aber in den Vereinigten Staaten Amerikas, wieder zum Untersuchungsgegenstand zahlreicher theoretischer Studien und der empirischen Forschung geworden.

Vorweg sei bereits festgehalten: Den Vertrag als eine einheitliche Institution zu behandeln, erweist sich als problematisch; zu vielfältig sind die Transaktionen und sozialen Beziehungen, die gemeinhin mit diesem Begriff eingefangen werden. Was hat etwa ein Akkreditivverhältnis mit einer Verlobung gemeinsam? Was verbindet den Kauf eines Stahlkombinates mit jenem einer Zigarre? Jeder Transaktions- und Beziehungstypus gehorcht seinen eigenen Gesetzmäßigkeiten; insbesondere interagiert jeder Vertragstypus auf eine ihm eigene Weise mit dem Recht. Das allen Verträgen Gemeinsame reduziert sich auf einige ganz wenige Merkmale, die zwangsläufig sehr abstrakter Natur sind.

Diese Arbeit setzt sich zum Ziel, die theoretische Diskussion und die Ergebnisse der empirischen Forschung zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages aufzuarbeiten. Dabei liegt das Schwergewicht auf den amerikanischen Beiträgen zum Thema, die einem breiteren Leserkreis zu-

gänglich gemacht werden sollen; daneben werden auch europäische Arbeiten mitberücksichtigt. Darüber hinaus will sie Anregungen zur weiteren Erforschung der Interaktionszusammenhänge zwischen Vertragsverhalten, Vertragsrecht und Vertragsdogmatik vermitteln und mit einer empirischen Studie einen eigenen Beitrag zur Frage leisten, inwieweit die Vertragslehre für die Rechtsprechung von Bedeutung ist. Dieses ambitionöse Unterfangen muß Stückwerk bleiben. Einmal sind von der unendlichen Vielfalt vertraglicher Verhaltensweisen und ihrer Beziehung zum Recht erst wenige Facetten empirisch ausgeleuchtet worden. Sodann ist eine theoretische Soziologie des Vertrages, die den revolutionären Veränderungen des Vertragsverhaltens in den letzten hundert Jahren gebührend Rechnung trägt, erst in den Anfängen erkennbar, und schließlich können im Rahmen dieser Arbeit nur einige ausgewählte Problemkreise angeschnitten werden.

In einem ersten Kapitel setzen wir uns mit den Vertragsbegriffen auseinander, wie sie von den bedeutendsten Vertretern der Rechtssoziologie entwickelt wurden. Aus ihrer Verschiedenartigkeit wird deutlich, daß jeder Vertragsbegriff ein analytisches Instrument ist, das je nach der Fragestellung an den Untersuchungsstoff und die Ergebniserwartungen anders formuliert wird. Es gibt keine richtigen oder falschen, sondern lediglich mehr oder minder taugliche Vertragskonzepte. Gleichzeitig bietet die Diskussion der Terminologie Gelegenheit, auf die Stellung des Vertrages in den rechtssoziologischen Modellen einiger der bedeutendsten Autoren einzugehen.

Vertragliches Verhalten begegnet uns in verschiedenen Formen quer durch Kulturen und Epochen. Die Wurzeln des Vertrages müssen demnach in Voraussetzungen liegen, die in jeder Gesellschaftsordnung gegeben sind. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Austausch als der kleinsten Einheit sozialer Interaktion zu. Er allein vermag die vielfältigen Formen vertraglichen Verhaltens allerdings nicht zu erklären. Er ist lediglich ein Mechanismus, der Vertragsverhalten ermöglicht. Dieses wird darüber hinaus durch die dem Menschen anhaftenden physiologischen und psychologischen Eigenschaften sowie dessen intellektuellen Fähigkeiten bestimmt. Der Vertrag bedarf zudem einer sozialen Struktur, innerhalb deren er sich entwickeln kann. Sprache, Symbole und geteilte Wertvorstellungen sind unabdingbare soziale Voraussetzungen für den Vertrag. Besondere Bedeutung kommt dabei der Reziprozitätsnorm zu, auf die am Schluß des zweiten Kapitels ausführlich eingegangen werden soll.

Im dritten Kapitel wenden wir uns theoretischen und empirischen Untersuchungen zu, die sich mit den bedeutendsten Veränderungen des Vertragsverhaltens in den letzten Jahrzehnten auseinandersetzen. Da-