

Thesen zur Dogmatik eines sozialen Nutzungsvertrages (Life Time Contract)

Udo Reifner

Inhaltsverzeichnis

A	Was ist Recht?	370
B	Wie organisiert Recht menschliche Kooperation (Zusammenarbeit)?	374
C	Welche Rechtsformen hat die Marktgemeinschaft hervorgebracht?	376
D	Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik?	379
E	Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft?	379
F	Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt?	383
G	Wie entwickelt sich eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge?	389

Der Jubilar hat sich dankenswerterweise mit zwei Beiträgen an den Arbeiten der European Social Contract Law Group (EuSoCo.eu) beteiligt, die in ihrem kürzlich erschienen Buch¹ Grundprinzipien über Lebenszeitverträge entwickelt hat, die die Gemeinsamkeiten von Verbraucher kreditrecht, Wohnraummietrecht und Arbeitsrecht hervorheben. Dabei kann der Jubilar für sich beanspruchen, dass er – wie kein anderer in diesem Projekt – alle drei Vertragsgebiete in gleicher Weise vertritt. Ihm ist daher auch der folgende Beitrag gewidmet. Er dokumentiert in verkürzter Thesenform die getrennt publizierten Vorüberlegungen², die zur Annahme geführt haben, dass es neben dem Eigentumserwerb durch Kauf ein allgemeines Eigen-

Prof. Dr. U. Reifner (✉)
Universität Trento Hamburg, Deutschland
e-mail: udo.reifner@iff-hamburg.de

¹ Nogler/Reifner, Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in labour, tenancy and consumer credit, 2014.

² Vgl. Reddy/Kumar/Reddy-Reifner, Global Perspectives in Consumer Law, 2011, S. 200–293; Antonioli/Fiorentini-Reifner/Nogler, A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, 2010, S. 365–407; Reifner/Nogler in: Jubilee Thomas Wilhelmsson, Vol. 3/4 2009, S. 437–455; Reifner/Nogler in: GS Zachert, 2009, S. 54–74; Wilhelmsson u.a.-Reifner, Private Law and the Cultures of Europe, 2007, S. 325–342; Reifner, VuR 2007, Sonderheft 20 Jahre iff, 1–31; Niemi-Kiesilainen/Ramsay/Whitford-Reifner, Consumer Bankruptcy in Global Perspective, 2003, S. 194–228; Wilhelmsson/Hurri-Reifner, From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatization and Private Law, 1999, S. 117–175; Brownsorth/Hird/Howells-Reifner, Good Faith in Contract, S. 269–310; Wilhelmsson-Reifner, Perspectives of Critical Contract Law, 1993,

tumsnutzungsverhältnis der Miete gibt, dessen Anerkennung Voraussetzung für ein soziales Zivilrecht ist. Methodisch erfolgte dies nicht durch äußere Ansprüche auf soziale Rücksichtnahme oder „sozialistisches ÖP“ im Zivilrecht, sondern aus den bereits vorhandenen in Spezialgebiete abgedrängten Inhalten des bestehenden Zivilrechts mit dem Konzept der Ent-Täuschungen. Dabei sind wir davon ausgegangen, dass die kaufrechtlich geprägte allgemeine Vertragsrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts in der modernen Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft dysfunktional geworden ist. An dieser Stelle werden nur die Ergebnisse vorgestellt, wobei allgemein als selbstverständlich nicht mehr hinterfragte Grundannahmen zum Vertragsrecht infrage gestellt werden. Auch wenn dies annahmend erscheinen mag, so lässt sich doch der Umbruch in den Formen und Denkmodellen zur Verrechtlichung sozialer Beziehungen nicht ohne diese Grundsatzfragen bewerkstelligen. Nur in dieser Rückführung kann das Recht seinen traditionellen Anspruch auf Gerechtigkeit dem wirtschaftlichen Effizienzstreben eines den faktischen Verhältnissen folgenden Vertragsrechts entgegenhalten. Daher gliedert sich das Thesenpapier nach den Fragestellungen: Was ist Recht? Wie organisiert Recht menschliche Kooperation? Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht? Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik? Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft? Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt? Wie entwickelt sich eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge?

A Was ist Recht?

Recht nennen wir die Summe der normativen Vorstellungen, die wir uns über soziale Beziehungen machen, um Konflikte eine für die Stabilisierung des jeweiligen Systems förderliche Gestalt zu geben. Sie werden damit zunächst theoretisch in eine gedachte Ordnung gebracht und dann praktisch lösbar gestaltet. Recht lässt den Menschen Lösungsmuster einfach, logisch und sogar intuitiv erfassbar erscheinen, sodass sie ihr Handeln danach ausrichten können. Es ist damit nahe am Bewusstsein der Menschen, das auf die jeweiligen Änderungen in den sozio-ökonomischen Verhältnissen reagiert. Recht ist damit eine Ideo-Logie oder Heuristik, d. h. eine an Ordnung interessierte Wiedergabe der Wirklichkeit. Es ist „unausgesetzte Arbeit und zwar nicht bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes. Jeder Einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, übernimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Anteil, trägt sein Seherflein bei zur Verwirklichung der Rechtsidee auf Erden.“⁴

Eine abstraktere Formulierung ermöglicht dabei eine stärker logische Orientierung, eine konkretere Formulierung führt zu eher intuitiven Verhaltensweisen. Da die Organisationseffizienz der Produktivkräfte in größeren Gesellschaften mit dem Abstraktionsgrad („dem Denken“) steigt, ist der Mensch in dem Maße überlegen,

S. 171ff.; Abel-Reifner, *Informal Justice*, 1980, S. 81ff.; Reifner, *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung*, Einleitung 1978.

³ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872.

wie er in der Lage ist, die Ideo-Logie zu verselbstständigen, als Aufgabe besonders befähigter Individuen fortzuentwickeln und damit für eine planerische Gestaltung zukünftiger Problemlagen zu nutzen. Aus der Ideo-Logie wird dadurch eine Theorie, eine Dogmatik oder Philosophie.

Recht ist unter den Bedingungen begrenzter Einsichts-, Planungs- und Abstraktionsfähigkeit seiner Unterworfenen oft eine (heuristische) **Täuschung** über die Wirklichkeit i. S. einer falschen Ideologie insofern es die logischen Implikationen menschlicher Gesellschaft niemals prinzipiell und wissenschaftlich (d. h. soziologisch), sondern heuristisch und teleologisch für eine allgemeine Praxis systemkonformen Handelns erfasst. Die Geltung dieser normativ gefassten Ideologie beruht auf Macht. Da Recht immer eine systematische Form hat, ist diese Macht Ausdruck von Herrschaft und damit unmittelbar mit den wesentlichen Strukturen einer Gesellschaftsordnung verknüpft. Recht ist also Herrschafts-Ordnung.

Recht entfaltet seinen **produktiven Nutzen**, wenn es sich ohne große eigene Kosten durchsetzt (effizient ist). Die für seine Geltung notwendige Herrschaftsausübung kann extern (Zwang, Sanktion, Staat (Geiger⁵)) oder als innerer psychologischer Vorgang (Einsicht, Selbstunterdrückung, Über-Ich (Freud), Gewohnheit, Sitte (Ehrlich⁶)) erfolgen. Die größte wirtschaftliche Effizienz erreicht Recht dort, wo es den geringsten äußeren Zwang anwenden muss, also die größte Internalisierung seiner Anschauungen aufweist. Dabei muss das Recht umso täuschender (ideologischer i. S. von Popper⁶) sein, je mehr es unter den Bedingungen ungleicher Ressourcenverteilung („Ungerechtigkeit“) oder systematischer Fremdbeherrschung nicht mit freiwilliger Akzeptanz rechnen kann. Die Systeme zur Internalisierung ideologischer Rechtsvorstellungen waren historisch die unmittelbare Gewalt (Naturzustand), die Religion (Feudalismus) und die formale Logik einer angenommenen Gleichheit von Kapital und Arbeit, von Zins und Lohn (Kapitalismus), die zudem mit Gratifikationen verbunden wurden wie Zuwendungen, ewiges Leben und Himmel, Aufstieg und Freiheit zur egoistischen Bereicherung. Die bürgerliche Gesellschaft hat dem Recht durch Formalisierung die Rechtssicherheit als hohes Gut hinzugefügt. Ihre „Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, dass sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe, – sie lassen sich nur brechen, nicht biegen.“⁷

Recht als ideologische Form der Wahrnehmung von gesellschaftlichen Vorgängen ist einem **doppelten Widerspruch** ausgesetzt:

- (1) Es wird zur **Fessel** der Gesellschaft, wo das System sich als Antwort auf die neuen Möglichkeiten der Produktivkräfte (Kooperation, Kapitalinten-

⁴ Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2. Aufl., 1970.

⁵ Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

⁶ Delanty/Strydom-Popper, *Philosophies of social science*, 2003, S. 42–46.

⁷ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872.

sität) fortentwickeln muss, das Recht sich aber wegen der Nutzung von ideologischen denkfernen (irrationalen) Mustern selbst „ent-“decken („entmystifizieren“) muss. Anstelle von Ruhe, Verhaltenssicherheit, Gemeinschaft und Schutz vor Sanktionen durch „regelrechtes“ Verhalten führt dieser „Ent“-Deckungsprozess von Recht z. B. zur Rechtskritik der Kolonialherren des 15. Jahrhunderts an den vorfeudalen Vorstellungen der Indianer oder Afrikaner, zur Rechtskritik des Lumière im Vormärz am religiös untermauerten Statusrecht (*Descartes, Pothier, Feuerbach, Robespierre*) oder zur sozialistischen Rechtskritik am Gleichheitsgebot des bürgerlichen Rechts (*Marx, Paschukanis*). Zwar behauptet jede neue Herrschaftsformation, dass ihr Recht das wahre Recht sei (gottgewolltes Recht, rechtsstaatliches Recht, Volksrecht etc.) oder gar, dass das als Ideologie „entlarvte“ Recht gezeigt habe, dass Recht überhaupt nur Unterdrückung sei (Herrschaft der Dämonen, unvernünftiges hierarchisches Recht, absterbendes bürgerliches Recht etc.). Tatsächlich dürfte jedoch jede Rechtskritik notwendig zu einer neuen Rechtsideologie führen, die auf die Mittel der Täuschung, Simplifizierung und Internalisierung heuristischer Vorstellungen nicht verzichten kann.

- (2) Es **verletzt** in seiner Formalität und Abstraktion die Gefühle der Menschen, die sich als geistig und seelische Wesen begreifen. Recht ist wirtschaftlich nur effizient, wenn es Wahrheit und Denken grundsätzlich beschränkt bzw. unterdrückt. Es widerspricht daher den Postulaten von Wissenschaftlichkeit und Gedankenfreiheit und führt, umso mehr es internalisiert wird, zu Spannungen in der Psyche der Menschen, die neben der Effizienz vor allem eine an Aufrichtigkeit und Unmittelbarkeit orientierte Empathie leben müssen. *Summum ius, summa iniuria*, Einzelfallgerechtigkeit gegenüber allgemeiner Gerechtigkeit, *iustitia commutativa* gegen *iustitia distributiva*. Psychologisch ist es das „Es“ und das „Über-Ich“, soziologisch das Ärgernis der Gesellschaftlichkeit („Rollenerwartung“) des Individuums. Recht ist nur der gesellschaftliche Teil des Individuums, nicht seine emotionale Einzigartigkeit. Deshalb hat seine Unterdrückung des „Es“ durch das „Über-Ich“ Grenzen des Verträglichem, die sich bei Entfremdung des Rechts in kollektiver Depression („Rechtspessimismus“) und Neurose niederschlagen und zu gesellschaftlichen Eruptionen führen können (Kriege, Pogrome, Anarchie etc.). Besonders schmerzhaft wird der Prozess dort, wo bei einem grundsätzlichen Systemwechsel die ideologischen Grundbausteine eines Rechtssystems infrage gestellt werden müssen. Diesen Abschied von einer bisher nützlichen internalisierten „Täuschung“ nennen wir hier eine „Ent“-Täuschung, wobei das Wort zu Unrecht negativ besetzt ist, weil sich in ihm der positive Durchbruch von Wahrheit ankündigt. Die Psychotherapie setzt wesentlich daran an, Enttäuschungsprozesse zu ermöglichen, um grundlegende Beziehungsprobleme auf eine neue, solidere Basis stellen zu können.

Rechtsdogmatik organisiert und verwaltet die beschriebenen Ideologien i. S. maximaler Einsichtigkeit unter den Bedingungen des geringsten Zwangs. Rechtswissenschaft muss jedoch mehr leisten: Sie muss an den Bruchstellen des jeweils aktuellen

Systems zunächst die Sinnhaftigkeit bestehender Ideologien und ihre Nützlichkeit verstehen, um auf der Basis dieses „Verständnisses“ von Ideologien und *für* die dadurch bestimmt Handelnden die Konturen eines neuen Rechts bereits im Voraus zu entwerfen. Die moderne Gesellschaft unterscheidet sich in ihrer grundsätzlichen Notwendigkeit, Rechtsideologien operational zu machen, nicht von anderen historischen Formationen. Ihre Rechtsideologien sind vergänglich und überholen sich selbst. Die moderne Gesellschaft hat als globalisierte Weltgesellschaft jedoch nicht mehr die Möglichkeit, sich in anarchistischer Form überholter Rechtsvorstellungen revolutionär eruptiv zu entledigen. Sie ist dazu verdammt, die „Rechts-Täuschungen“ so radikal aber auch konstruktiv zu bewältigen, dass sie eine friedvolle Chance auf die Entwicklung neuer Formen erhält.

Jedes Recht hat **doppelte Form**. Es ist zunächst eine Form menschlicher Beziehungen zur Konfliktvermeidung und Konfliktlösung, die auf der Stufenleiter des kulturellen Umgangs der Menschen untereinander einerseits zwischen Kampf, Befehl aber andererseits noch unter Schlichtung und gütlicher Einigung (Vertrag/Demokratie) rangiert. Recht ist aber nicht nur Form menschlicher Kommunikation, sondern es hat selbst eine Rechtsform. In der Rechtsform ist die – je nach Wirtschaftssystem spezifische – Abstraktion menschlicher Verhältnisse zum Kommunikations- und Ordnungsmittel geronnen. Sie beherbergt die Logik der Verknüpfungen, die Auslassungen und Fiktionen, mit denen soziale Realität durch Recht einfachen Denkopoperationen und Regeln zugänglich gemacht wird. Diese Rechtsform spiegelt im Wesentlichen die Vorstellungen wider, unter denen die Menschen in der Wirtschaft kooperieren.

Die Rechtsformen, mit denen die Menschen ihre Anschauungen von Wirtschaft spiegeln, hängen von der **Gestalt des Wirtschaftssystems** ab.

Exkurs

Ein Rechtssystem und seine Form hängen auch von der durch Machtfaktoren gebildeten jeweiligen Herrschaftsform und Staatlichkeit ab. Ob Fremdherrschaft, Tyrannei, Kalifat oder Kirchenstaat, ob Eroberung oder Herrschaft einer Klasse, ob Weltreich oder Nischenstaat – die Anzahl der Rechtsformen, in denen das Allgemeine und Staatliche reflektiert wird, ist höher als die, die allein die Wirtschaft hervorbringt und braucht. Insofern wirken diese Faktoren auch auf die Wirtschaft zurück; ebenso wie umgekehrt die Wirtschaft auf diese Staatsformen einen entscheidenden Einfluss hat. Es ist gleichwohl wichtig, sich von der Vielfalt solcher Formen nicht den Blick für die jeweils dominierende Rechtsform einer Wirtschaft verstellen zu lassen. Dass sich unter faschistischen (Deutschland, Italien, Spanien) wie stalinistischen (China, Vietnam), feudalen (Saudi-Arabien, Jordanien) wie militärischen (Türkei, Südamerika) Diktaturen gleichwohl nicht automatisch eine bürgerliche Demokratie westlicher Prägung durchsetzt, hat nichts daran geändert, dass die Kerngebiete des Wirtschaftsrechts (Unternehmensrecht, Geldrecht, Arbeitsrecht, Verbraucherrecht, Property Rights) in diesen Gebilden häufig der marktwirtschaftlichen Form der Akkumulation folgten. Die Abspaltung des Privatrechts vom öffentlichen Recht, die Entpolitisierung von Wirtschaft als „privater Veranstaltung“ gegenüber dem „Öffentlichen“ zeigen, dass sich eine allein auf die Wirtschaft abgestellte Rechtsform einen dominierenden Platz in der Welt schafft und letztlich die Staatsform zu diesem Dualismus hintreibt.

Je näher eine Rechtsform an der Regelung zentraler wirtschaftlicher Beziehungen ist, desto eher wird sie nicht nur die Ideologie ihrer Bewältigung, sondern auch die Friktionen aus der Veränderung dieser Wirtschaft spiegeln. Von den wirtschafts-

bezogenen Geboten der Bibel über den Codex Hammurabi, der Gesetzgebung des Solon über die zwölf Tafeln des römischen Rechts, der Justinianen bis hin zu den modernen Gesetzgebungen des Code Napoleon, des Codice Civile und des BGB gibt es längst deutlich herausgearbeitete Kernbereiche von Rechtsformen, die Wirtschaft modern bestimmen und bewältigen.

Unter **Wirtschaft** verstehen wir unabhängig von den Formen ihrer Wahrnehmung und Distribution jede Verausgabung von Kraft zur kooperativen individuellen wie gesellschaftlichen Reproduktion (*Arbeit und Konsum*).

Exkurs

Damit gehört zur Wirtschaft auch die Aufzucht der Kinder, die Erhaltung der Umwelt, die Rekreation, die Arbeit an sich selbst (Foucault), die Organisation des Gemeinwesens und die Ermöglichung von Kohäsion und Empathie. Der volkswirtschaftliche Wirtschaftsbegriff ist für die Analyse systemischer Rechtsformen ungeeignet, weil er eine der marktwirtschaftlichen Rechtsform vergleichbare, vereinfachende Ideologie darstellt, die in einem Zirkelschluss nur das als „produktiv“ zulässt, was Gewinne erwirtschaftet, gleichzeitig aber weitere Produktionsfaktoren neben der Arbeit zulässt, allein weil sie wie Maschinen, Tiere, Ideen und sogar Geld für ihre Eigner einen Gewinn erwirtschaften (müssen).

Wirtschaft ist jedoch nur dort sozial und damit als Regelungsgegenstand von Recht relevant, wo sie zur Erhöhung der Produktivität einerseits Arbeitsteilung organisiert, andererseits verschiedene Kräfte kombiniert und koordiniert und/oder die Mittel zur produktiveren Gestaltung von Arbeit (qualifiziertes Human-, Sach- und Geld-)Kapital akkumuliert.

B Wie organisiert Recht menschliche Kooperation (Zusammenarbeit)?

Der Mensch lebt von der **Arbeit**. Er muss sich zu seiner Fortexistenz die Natur aneignen und zugleich dafür Sorge tragen, dass die endlichen Ressourcen der Natur reproduziert werden. Sich zu ernähren, zu kleiden, zu bewegen, zu bilden und mit anderen in Kontakt zu treten, sind dabei Prozesse, die Arbeit erfordern. Ob Arbeit dabei mühsam ist, ob sie in bestimmten Formen organisiert zu erfolgen hat, ob sie fremd- oder eigenbestimmt ist, ob sie Freude macht oder ob man sich durch sie erschöpft, ist für die Notwendigkeit des Menschen zur Arbeit letztlich gleichgültig. Wesentlich für die Charakterisierung der Arbeit als Lebensprozess ist die dadurch erreichte *Leistung* für den Zweck der Reproduktion. Ob es sich dabei um eine gesellschaftlich produktive Arbeit handelt, erschließt sich daher erst von ihrem Resultat her.

Wie bei den physikalischen Gesetzen über die Energie erfordert Leistung die Kombination zweier Faktoren: *Leistung = Arbeit * Zeit*. Während sich in der Physik jedoch die Leistung als bloßes Ergebnis von Arbeit und Zeit berechnet ist es bei der menschlichen Leistung umgekehrt. Die Arbeit wird durch die Qualifizierung der Leistung bestimmt. Nur eine Leistung im Sinne der menschlichen Reproduktion kann als Arbeit angesehen werden. Damit ergibt sich aber auch schon der zweite

Unterschied: Arbeit und Zeit, die das Produkt ausmachen, stehen – anders als bei der Energie – in keinem rein quantitativen Verhältnis. Vielmehr ergibt sich die Höhe der für die Menschheit so wichtigen wirtschaftlichen Leistung aus der Qualität der Arbeit und nicht allein aus ihrer Quantität. *Leistung = Produktivität * Arbeit * Zeit*.

Auch bei der **Zeit** gibt es eine Besonderheit. Während in der Physik die Zeit prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, verfügt der einzelne Mensch nur über beschränkte *Arbeitszeit*. Arbeitszeit ist immer zugleich *Lebenszeit* und unterliegt daher ihren Beschränkungen. So ist das Leben insgesamt zeitlich begrenzt. Innerhalb des Lebens begrenzt sich wiederum die für die für menschliche Leistung verfügbare Zeit durch Heranwachsen und Alter, durch Krankheit und Behinderung, durch Schlafnotwendigkeit und Müdigkeit sowie durch andere notwendige Arbeiten wie das Essen, Kommunizieren, das Kinderhüten und die Pflege von Alten und Kranken. Nach einer überschlägigen Berechnung werden von der gesamten verfügbaren Lebensarbeitszeit eines Menschen in einer Gesellschaft wie Deutschland nur 3 % in der Form produktiver Arbeit verausgabt, wie sie die herrschende Volks- und Betriebswirtschaftslehre definiert. Da diese Ideologie auch das Recht beherrscht, wird die tatsächlich geleistete Arbeit einer Gesellschaft tendenziell für die Wirtschaft als unwichtiger eingestuft.

Die verfügbare menschliche **Arbeitszeit** ist also grundsätzlich und darüber hinaus durch Zufälle bedingt eng begrenzt. Gleichzeitig steht aber der Mindestbedarf durchschnittlich zu verausgabender menschlicher Arbeitszeit (die „notwendige Arbeitszeit“⁸) fest, sodass Gesellschaften, die darüber nicht (mehr) verfügen, zugrunde gehen. Die Besonderheit, die den Menschen zum Menschen gemacht hat, liegt nach der Theorie der Menschwerdung durch die Nutzung von Werkzeugen („tool making animals“ Hauptthese der Anthropologie) darin, dass der Mensch die Gleichförmigkeit von Arbeit, wie sie das Tier beim Jagen und Sammeln übt, zu durchbrechen vermag und sie durch eine geplante, gleichzeitige (wie etwa bei der Nutzung von Arbeitsmitteln) und zeitversetzter **Kooperation** mit anderen Menschen „produktiver“ gestalten kann. Dies begann mit dem gemeinsamen Jagen, entwickelte sich über die kooperative Landbestellung, sprengte alle Grenzen in der industriellen Fertigung und mündet vorläufig in der Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft, die über die Informationstechnologien zu einer planvollen in Echtzeit koordinierbaren Kombination der Produktionsfaktoren geführt hat. Der Drang nach immer höherer Produktivität hat die Kooperation von Ort und Zeit hervorgebracht und zu einer Globalisierung fortentwickelt. Die hierdurch erforderliche Koordination erfolgt über soziale Normen, deren wichtigste Elemente das Rechtssystem verwaltet.

Weil das Recht diese wirtschaftliche Entwicklung ideologisch und praktisch organisieren konnte, waren die erfolgreichen Wirtschaften dieser Erde auch zugleich die am höchsten rechtlich organisierten Gesellschaften. Theorien, die die Diversität der Ressourcen oder die kulturelle Überlegenheit etwa der weißen Rasse hierfür zitieren, übersehen, dass Diversität mehr Organisation erfordert, die wiederum ein entwickeltes Recht verlangt. Es gibt daher eine Koinzidenz

⁸ Marx, Das Kapital – Zur Kritik der politischen Ökonomie, 1969.

von **Produktivkraftentfaltung** und Rechtsentwicklung. Beide Elemente haben eine gemeinsame Wiege im südöstlichen (vierten) Quadranten des Mittelmeerraumes. Ägypten → Israel → Babylon → Syrien → Griechenland → Rom → Byzanz/Konstantinopel/Istanbul waren die Stationen, deren rechtschöpferische Leistungen die nachfolgenden Wirtschafts- und Herrschaftszentren in Oberitalien (Venedig), Spanien, England, Frankreich, Österreich, Preußen, USA und China prägten.

Dabei führte die örtliche Verlagerung der Produktivkraftentfaltung zugleich zu veränderten Systemen, die darauf reagierten, dass immer mehr Menschen in immer größeren geografischen Distanzen und aus immer unterschiedlicheren Kulturen kooperierten und akkumulierten und damit die engen Grenzen der Produktivkraftentwicklungen überschritten.

C Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht?

Der Markt entsteht, wo Überschüsse getauscht werden sollen. Überschüsse können durch Beutezüge, Handel oder Überproduktion entstehen. Man kann annehmen, dass diese Reihenfolge auch historisch die **Entwicklung von Marktrecht** angibt. Das römische/oberitalienische/europäische Recht war nicht nur Repräsentant einer zunächst extremen Zentralisierung von Überschüssen durch Kriege und Handel, sondern auch ein lebendes System, das in vorbildlicher Weise die Weisheit vorher existierender Rechtssysteme in sich aufnahm und dadurch wissenschaftlich entwickelt wurde. Es bietet daher historisch die einmalige Chance, die Entwicklung der Rechtsformen unter fortschreitender Globalisierung bei Verlagerung der Zentren der Produktivkraftentwicklung zu verfolgen. Hatte schon das griechische Recht die Weisheiten der vorangehenden Reiche in Nordafrika in sich aufgenommen, so bestand die Fähigkeit des römischen Stadtstaates bezüglich der Beherrschung der Welt darin, sich zunächst eben deren Rechtswissen zu eigen zu machen und gleichzeitig – unter Hinzunahme der Entwicklungen in immer größeren geografischen Räumen – die Fähigkeit zu erhalten, sich neuen Gegebenheiten anzupassen. Es gelang Rom, Perspektiven aufzuzeigen und damit die Probleme der „Jint-Täuschung“ durch einen Systemwechsel in den besetzten Gebieten in Grenzen zu halten, ohne dabei die Produktivkräfte entscheidend zu retardieren. So setzte noch Justinian für seine Digesten vier Gelehrte aus Ägypten, Mesopotamien, Rom und Byzanz als Entwickler einer gemeinsamen Rechtsform für das oströmische Reich ein. Das Neue Testament berichtet beim Prozess gegen Jesus Christus von parallelen Rechtssystemen der Juden (Herodes) und Römer (Pilatus). Diese Arbeiten konnten von den Handel treibenden oberitalienischen Städten genutzt und fortentwickelt werden, wobei sie sich hierbei, von aller staatlichen Gängelung befreit, international bis in den hohen Norden (usus modernus) ausbreiteten, wo wiederum die Rezeption und Fortentwicklung aus dem römischen Recht das moderne *Ius Commune* und

die Pandekten des 19. Jahrhunderts bildete, das Common Law über das Gewohnheitsrecht inhaltlich ausfüllte und das europäische Wirtschaftsrecht bestimmte.⁹

Der Nationalismus des 19. und 20. Jahrhunderts brachte jedoch gerade in Deutschland eine von industriellen Eigentümerinteressen gewollte **Erstarrung der Rechtsformen**. Dabei wurden die Quellen im Lichte der neuen Wirtschaftsordnung interpretiert, wobei der (Sach-)Kaufvertrag wie auch das (Sach-)Eigentum zur beherrschenden Rechtsideologie wurden, obwohl längst Nutzungsverträge und Nutzungsrechte die Wirtschaft durchdrangen.¹⁰ In den beiden großen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts (Code Napoléon und BGB) entfaltete sich diese Rechtsideologie zum weltumspannenden Denksystem für eine globalisierte Wirtschaft, während das mangels gelehrter Jurisprudenz den Advokaten überlassene Common Law sich der Kautelarjurisprudenz widmete und praktische Rechtsformen entwickelte. Dies erwies sich später als Vorteil, weil es im Übergang vom Handels- zum Industriekapitalismus nicht durch die Hierarchien vorhandener Theorienansätze gefesselt war. Während der Eigentumsbegriff im Zivilrecht als Sacheigentum bis heute eingefroren ist, entwickelte das Common Law flexibel ausdehnbare **Property Rights**. Während sich der Vertragsbegriff der Zivilrechtsländer in der Ideologie des freien Willens von den faktischen Zwängen ökonomischer Wirklichkeit¹¹ entfernte, wurden der Trust und der standardisierte Wille in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Regeln des Common Law zur reasonable expectation fortentwickelt, die den Sieg des Empfängerhorizontes über den freien Willen in der Wirtschaft unterstützte.

Im **Arbeitsrecht** mussten dagegen Rechtsvorstellungen zum Gegenseitigkeitsprinzip und Synallagma, zum individuellen Willen, einer fiktiven Vertragsfreiheit und der Abstraktion von Zeit und Gruppe ignoriert werden. Daraus erlang sich kurzerhand eine separate Rechtsideologie, die in einem gesonderten Rechtsgebiet mündete, das alle Verbindungen zur offiziellen Rechtsform zerschneidet. Als Ausnahmerecht übernahm es überholte Denkmodelle vorkapitalistischer Wirtschaftsformen (Treue und Fürsorge, Allgemeinwohl und Quasi-Staat), um den neuen Gedanken von Zeit und Kollektiv den Durchbruch zu verwehren und soziales Denken als rechtsimmanent auszuweisen. Ähnliches passierte in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts. So wurde etwa die Ideologie der unbegrenzten Geldschuld durch ein immer ausgeklügelteres Konkurs- und Insolvenzrecht vor Ent-Täuschung bewahrt. Die Beschränktheit des Sacheigentumsbegriffs (§ 903 BGB) wurde durch ein wucherndes Recht zu Patenten, Gebrauchsmustern, Erfindungen, schöpferischen und weniger schöpferischen Werken vor Desavouierung bewahrt. Das immer kläglichere Dasein der Geldforderung als Ausdruck individueller Gläubiger-Schuldner-Beziehung verschwand in den neuen Gebieten des Wertpapierrechts, der Verbriefung und Unternehmensbeteiligung. Das Unternehmensrecht bewahrte schließlich die Vorstellung über das gewollte vertragliche Zusammenwirken mehrerer arbeiten-

⁹ Zimmermann, The law of obligations, 1996.

¹⁰ Grossi, Locatio ad longum tempus, 1963.

¹¹ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957.

der Unternehmer in der BGB-Gesellschaft vor Obsoleszenz, indem das feudale Statusrecht der rechtsfähigen Vereine zur unverstandenen aber durchaus funktionalen Grundlage des Unternehmensrechts (Aktiengesellschaft, GmbH, eG etc.) werden ließ.

Die **Täuschungen der Zivilrechtskodifikationen** des 19. Jahrhunderts sind in weiten Teilen der Wirtschaft heute ideologische Grale, die zwar für die Praxis der internationalen Wirtschaft unbedeutend geworden sind, gleichwohl aber die angehenden Juristen in ein apologetisches, der Stagnation verpflichtetes ideologisches Denken einweisen. Dieses Denken verhindert, dass neue Rechtsformen entwickelt werden, die die längst fällige Ent-Täuschung über das bestehende Recht so begrenzen, dass der Mut zur Nutzung der Möglichkeiten der Rechtswissenschaft bei der Gestaltung einer produktiven und zugleich friedvollen Zukunft gefasst wird.

Ein Höhepunkt in dieser wachsenden Dysfunktionalität von Recht in der modernen Wirtschaft entsteht im EU-Recht, das sich im Entwurf eines Europäischen Vertragsrechts (**DCFR**) ein Denkmal setzen wollte. Es reduzierte alle modernen Entwicklungen auf die Ideo-Logien des frühen 19. Jahrhunderts und verfolgte mit seinem Effizienzgedanken der ökonomischen Analyse des Rechts die Abdankung des staatlich gesetzten gerechten Rechts in der Wirtschaft zugunsten der Ausübung faktischer Macht durch die größten Wirtschaftseinheiten im Namen einer auf produktive Erfolge verengten Vertragsfreiheit. Der Machtanspruch großer Unternehmungen wird als faktische Notwendigkeit ins Recht übernommen, wobei feudale Rechtsformen (buy out, squeeze out, hostile overtake, exclusion, shareholder value, hire and fire, Leiharbeit, Vertragsverküufe, sale out lease back) eine Ordnung vorspiegeln, die es so nicht mehr gibt.

Das Ganze wird durch eine **Ökonomisierung der Rechtssprache** befördert. Sie ist im Common Law vollendet und wird in den EU-Richtlinien unter dem Deckmantel, dass sie ja nur Richtschnur für dogmatische Regelungen im nationalen Recht seien, genutzt. Tatsächlich wird aber das nationale Recht in den meisten Staaten, außer in Frankreich und Deutschland, durch die wörtliche Übernahme oder gar die unmittelbare Geltung dieser Richtlinien ersetzt. Die ökonomische Rechtssprache ersetzt die Form der Regel durch ihren Zweck und delegiert die Rechtssetzung an die zur teleologischen Auslegung ermächtigten Verfahren, deren Politik damit an die Stelle der Rechtssicherheit tritt. Der prinzipielle Unterschied zwischen ökonomischen und rechtlichen Begriffen wie Kredit und Darlehen, Verbraucher und Käufer, Unternehmen und Gesellschaft, Leasing und Mietvertrag, Arbeit und Dienstleistung, Eigentum und Verwertungsrecht ist dem anwendenden Juristen heute nicht einmal mehr bewusst. Die Bedenken, die die Methodenlehre Jahrhunderte lang gegen die teleologischen Auslegung hegte, sind vom Gesetzgeber mit einer ökonomischen Begrifflichkeit, die am (markt-)wirtschaftlichen Zweck ansetzt, hinweggefegt worden.

D Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik?

Warum ist nun eine rechtswissenschaftliche Begleitung und eine stetige **Ent-Täuschung** mit konstruktiver Neubesinnung aus dem Bewusstsein des Alten und seinen Funktionen heraus, wie es in der Geschichte der sich ablösenden Reiche und Machtzentren immer wieder erfolgreich durchgeführt wurde, wichtig? Reicht es nicht aus, dass man das abstrakte Recht (so wie die Institutionen des Gaius zu den *Digesten*) als Lehrbuch zum Grundverständnis begreift, während man das konkrete Recht immer pointillistischer an die wirtschaftliche Realität heranführt? Soll nicht die Effektivität des Rechts dadurch erhöht werden, dass es sich an die bestehenden Machtverhältnisse anpasst und denen Recht gibt, die es ohnehin durchsetzen können? Ist nicht eine einheitliche Rechtsüberzeugung in einer globalisierten Welt eine Utopie mit schwindendem Realitätsgehalt und letztlich überflüssig, weil planerisches Vorausdenken in immer kurzlebigeren Wirtschaften ohnehin keinen Platz mehr findet und systemische Anschauungen die Entfaltung der Produktivkräfte eher behindern denn fördern?

Die aktuelle **Stagnation der Rechtssystementwicklung** hat juristische Arbeit von einer Wissenschaft zu einem Handwerk mit standardisierten Verfahren der Interessendurchsetzung degradiert. (1) Das Absterben einer für die Konfliktbewältigung moderner Gesellschaften funktionalen Rechtsform wird zum allmählichen Absterben von Recht als Form selbst beitragen und damit die Gefahr erhöhter Gewalt bei der Konfliktbewältigung hervorrufen, die eine globalisierte Wirtschaft am meisten zu fürchten hätte. (2) Die in Jahrtausenden geleistete Arbeit an einer bis in die Details diskutierten und ausgestalteten Rechtsideologie, die für sich Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit beanspruchte und zugleich soziale Probleme zu schlichten versuchte, geht ohne Ent-Täuschung verloren.

Die für die **Funktion von Recht** in der Moderne erforderlichen Rechtsformen müssen erst noch entwickelt werden. Die Arbeit ist aber weitaus grundsätzlicher als in den vorangegangenen Jahrtausenden. Hatte es seit der Raub- und Sklavengesellschaft über die Handelsgesellschaften bis hin zum Kapitalismus des 19. Jahrhunderts eine kontinuierliche Entwicklung neuer Rechtsformen gegeben, die *Hegel*, *Kant* und *Rousseau* in den zentralen Kategorien von (Kauf-)Vertrag und (Sach-)Eigentum sahen, so versteht sich die Wirtschaft schon längst als Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft, die mit den alten Denkmodellen nicht mehr hinreichend beschrieben werden kann.

E Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft?

Die moderne **Kreditgesellschaft** erschafft erst die Begrifflichkeit, unter der die historische Rechtsentwicklung verstanden und die Elemente einer adäquateren Rechtsideologie für Gegenwart und Zukunft entdeckt werden können. So schädlich die Ersetzung der rechtlichen durch eine wirtschaftliche Begrifflichkeit in den Gesetzen und Verträgen für die darin geronnene Dogmatik und ihre Gerechtigkeitsvorstel-

lungen ist, so hilfreich ist sie jedoch, die Entwicklung der Rechtsform zu entdecken und zu verstehen. Das Besondere der Kreditgesellschaft besteht darin, dass sie das Element der Zeit – nach einem Jahrtausende andauernden Prozess seiner Eliminierung aus der Rechtsideologie – der Wirtschaft wieder zurückbringt.

Die herrschende Rechts-Ideologie des 19. Jahrhunderts tat sich nach Jahrhunderten der Entzeitlichung durch den Siegeszug des Kaufvertragsdenkens schwer, die Zeit wieder beachten zu können. Dies zeigt sich exemplarisch in ihrer begrifflichen Unfähigkeit, den **Kredit** adäquat zu erfassen. Der Kredit ist zur zentralen Figur hinsichtlich der Organisation der weltweiten Kooperation in der Wirtschaft zur Erzielung höherer Produktivität in der Arbeit aufgestiegen. Der Kredit als Wirtschaftsbegriff bezeichnet zum einen die Nutzung von Produktionsmitteln für die Ermöglichung eigener produktiver Arbeit und zum anderen die Nutzung erarbeiteter Sachen (Sachmiete) und schließlich die der Kaufkraft (Geldmiete). Kredit umfasst daher jede Form der geordneten ungleichzeitigen Kooperation, bei der verschiedene Menschen aus unterschiedlichen Motiven gezielt zusammenarbeiten wollen. Diese Motive können sowohl unmittelbare Bedürfnisse (Hunger, Durst, Schutz), Machtausübung (Sklaverei, Raub) oder auch der bloße tatsächliche oder eingebildete Eigennutz (Profit) sein. Kredit ist damit eine Kategorie, die allen Wirtschaftsformationen zugrunde liegt, der sich aber erst in der Kreditgesellschaft zu einem einheitlichen Begriff entwickelt hat.

War die **Kooperation** das Ziel jeder Wirtschaftsform, so ist Kredit die technische Umsetzung dieser Kooperation unter den Bedingungen der Ungleichzeitigkeit. So gibt sich der Handwerker selbst Kredit, wenn er mit seiner Arbeit nicht Konsumgüter, sondern Werkzeuge (Investitionsgüter) schafft, mit denen er *später* produktiver arbeiten kann. Der Bauer kreditiert seine Arbeit, wenn er die Körner aussät, statt sie zu essen. Kredit ist für beide die Vorausgabung von Lebenszeit für eine Leistung, deren Nutzung aufgeschoben ist. Insofern kooperiert der Einzelarbeiter mit sich selbst, indem er auf vergangene Lebenszeit zurückgreift, bei der die Entbehrung das kreditierte Produkt hervorgebracht hat. Diese Form bestimmt die natürliche Reproduktion der Familien, bei denen Kinder aufgezogen werden, denen Leistungen zuführt werden, die sie auf Kredit erhalten und mit einer späteren Leistung (ihrerseits Kinder aufziehen oder Alte zu versorgen) zu entgelten haben. Seine Entfaltung schafft der Kredit aber erst bei gesellschaftlicher Produktion und Kooperation. Hier stellt jeder Beteiligte sich selbst, einem anderen oder der Gesamtheit die eigene vergangene (Eigentum, Ertrag, Produkt, Geld), gegenwärtige (kooperative Arbeit) oder zukünftige (Darlehensaufnahme, Wertpapier) Arbeitszeit zur Verfügung. Kredit bedeutet dabei nicht mehr und nicht weniger als die vom Inhaber freiwillig bereitgestellte Nutzung fremder Ressourcen.

Die Wirtschaftswissenschaften reduzieren Kredit auf **Geld**, Nutzung auf **Kapitalnutzung** und verdecken ihre Sprachlosigkeit durch Anleihen im Recht.

Nach der deutschen Ausgabe von Wikipedia ist Kredit die „*Gebrauchstüberlassung* [von Geld (Banknoten, Münzen, Girogeld) oder vertretbaren Sachen (Warenkredit)] *auf Zeit*“, wobei in den eckigen Klammern nur Beispiele stehen können. Die englische Definition hebt zwar die Beschränkung auf diese Beispiele auf (*resources*), ersetzt dann aber die *Zeit* durch temporäre Vorenthaltung (*does not reimburse*) und verlangt bei der Forderung, dass ein juristischer Titel vorliegen müsse

(„*generating a debt*“). Mit der „Schuld“ ist Kredit dann doch wieder Geldschuld. Insgesamt heißt es: „Credit is the provision of resources (such as granting a loan) by one party to another party where that second party does not reimburse the first party immediately, thereby generating a debt, and instead arranges either to repay or return those resources (or material(s) of equal value) at a later date. It is any form of deferred payment.“ Die Definition stiftet durch ihr Durcheinander von **Recht**, **Ökonomie** und faktischem Verhalten mehr Verwirrung als Sinn. Die französische Ausgabe („Un *crédit* est une créance pour un prêt ou plus généralement une ressource pour l'entreprise.“) ist dann eher ein Beispiel für einen Kredit als eine Definition. Die italienische Ausgabe behauptet dagegen, dass Kredit kein ökonomischer, sondern ein Rechtsbegriff sei („In diritto il credito è la situazione giuridica soggettiva attiva del rapporto obbligatorio, ossia il diritto del creditore all'esecuzione della prestazione dovutagli dal debitore.“), was zu einem Zirkelschluss führt. Insgesamt führt die ökonomische Reduktion von Kredit auf Gelddarlehen und Geldstundungen zu einer ahistorischen Verkürzung gesellschaftlicher Sachverhalte, die weder vom Wort her gerechtfertigt noch sinnvoll ist. Die Ökonomie hat das Wort „Kredit“ nicht als Konzept, sondern (zudem eher beiläufig) zur Beschreibung einer Banktechnik benutzt. (*Keynes, The General Theory of Employment, Interest and Money; Adam Smith, Wealth of Nations*) und stattdessen die Begriffe **Zinsen**, **Kapital** und **Geld** zur Erklärung von Wirtschaft vorgezogen, obwohl Geld nur eine Form eines Kredites darstellt. Sie setzt beim Kredit somit erst auf der zweiten Stufe der Begrifflichkeit an. Wenn Kredit schließlich in der Praxis der Banken „als die Bereitstellung und Inanspruchnahme von Kaufkraft“ definiert wird, so benutzt man damit in der Wirtschaft die Vorgabe von Art. 3 (c) Richtlinie 2008/48/EG (Verbraucherkreditrichtlinie) („grants or promises to grant ... credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation“). Dadurch wird der Kreditbegriff nur verrechtlicht und durch Rechtsformen wie (Geld-)Darlehen, Stundung und Finanzierungshilfe erklärt. Ökonomie schafft Rechtsform, die wiederum die Wirtschaft erklärt – ein ideologischer Zirkel.

Der **Kreditbegriff** ist zur Rechtsform weder geeignet noch als solcher historisch entwickelt worden. Zwar benutzt das öffentliche Recht für die Beaufsichtigung der Geldwirtschaft den zweckorientierten Kreditbegriff (Kreditinstitut, Kreditvergabe, Kredite etc.). Dies geschieht aber lediglich, um den Anwendungsbereich einer Norm zu klären. Entsprechend erfolgt auch die Nutzung des Kreditbegriffs als Bestimmung des Anwendungsbereichs von Verbraucherschutzregeln. Für eine rechtsförmliche Festlegung der Leistungen im vertraglichen Synallagma taugt der Begriff jedoch nicht. Das zeigt schon seine ideologische Aufladung, wenn zu seiner Erläuterung auf seine angeblich etymologische Bedeutung und auf den lateinischen Wortstamm „*credere*“ (vertrauen) hingewiesen wird, der das Vertrauen des Kreditgebers in die Rückzahlungsfähigkeit des Kreditnehmers zum wichtigsten Prinzip erhebe. In dieser allgemein repetierten Unterstellung kann man unschwer die an das Recht gerichteten Interessen der Finanzwirtschaft erkennen, die aus dem Mangel der Kreditrückzahlung einen Vertrauensbruch ableiten möchten, der überdeckt, dass jeder Zugriff auf künftiges Vermögen gerade auch für den Investor den Charakter einer sozialen Wette hat.

Etymologisch gab es den Kredit erst im aufblühenden Kapitalismus des 19. Jahrhunderts. Frühere Zeiten benutzten stattdessen Begriffe wie Darlehen, *locatio conductio*, *mutuum*, *prêt*, *prestito*. Das *Creditum* war eine Schuld und kein Darlehen. Es entstand mit jeder Forderung. Daher heißt bis heute im Englischen wie auch in den romanischen Sprachen jeder Forderungsinhaber „Gläubiger, creditor, créateur, creditore“ und etwa durchgehend im italienischen *Codice Civile* jede Forderung „credito“ (z. B. Art. 1992 ital. cc) während der *Code Civile* und das BGB hier von

Förderung, creance bzw. Schuld oder Verpflichtung (dette, obligation) sprechen (z. B. Art. 1210 frz. cc; § 362 BGB). Sie meiden aus gutem Grund den Kreditbegriff (Kredit, crédit) als Rechtsbegriff zur Charakterisierung von Leistungen. Eine Schuld hat daher nichts mit dem zu tun, was wir in der Geldwirtschaft als „Kredit“ bezeichnen. Der Begriff ist Teil einer Moralisierung von kooperativen Nutzungsverhältnissen. Auch die feudalen Nutzungsverhältnisse kannten solche moralischen Untermauerungen, wenn Unterwerfung, Gehorsam und Steuer („Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist“) als gottgefällig dargestellt wurden. Der „Zehnte“, „Hand- und Spanddienste“ waren moralisch als Gemeinschaftsaufgaben ausgestattet.

Die **Forderung** („credito“) entsteht allein aus der Idee des modernen Tausches, wonach Verpflichtung und Erfüllung rechtlich auseinanderfallen und die Verpflichtung ein subjektives Recht hervorruft. Die Lebenszeit als Element der Leistung ist für das, was wir heute ökonomisch unter Kredit verstehen, im Forderungsbegriff ebenso wie im creditum („Schuld“) irrelevant. Jede Verpflichtung lässt automatisch eine Schuld entstehen. Daraus erwächst grundsätzlich ein Gläubigerisiko, weil die Erfüllung mit der Entstehung der Schuld nicht mehr zusammenfällt, wie dies noch in den Anfängen des römischen Rechts der Fall war.

Der Begriff „Kredit“ und damit auch der Begriff der „Kreditgesellschaft“ (credit society, société de crédit) beruht daher auf einer Täuschung, die jedoch begrifflich so etabliert ist, dass man seine Nutzung als beschreibenden Begriff für Kapitalnutzungsverhältnisse um den Preis der Unverständlichkeit nicht vermeiden kann. Es ist daher kaum möglich, sich mit diesem Begriff als Zentralbegriff zur Analyse von Rechtsformen menschlicher Kooperation durchzusetzen. Eine die Rechtsform entwickelnde Analyse kann jedoch von einer die Summe der als Kredite bezeichneten Rechtsphänomene umfassenden Begrifflichkeit nicht absehen. Dies ist umso wichtiger, als mit dem Begriff der „Finanzdienstleistungen“ (financial services, service financier) bereits eine weitere Ideologisierung in der Ökonomie bezeichnet wird, in der die reine Bereitstellung von Kapital bereits als eigene „Arbeit“ bzw. „Dienstleistung“ angesprochen wird, worin der Charakter dessen, was wir unter Kredit verstehen, von der ursprünglichen Kooperation zu einer Leistung der Kapitalbesitzer wird. Im Kredit wird in Geld gefrorene Zeit geleistet. Er ist damit eine indirekte Dienstleistung, die mit der Vermittlung von Krediten, wie sie die Banken allein vornehmen, nichts zu tun hat.

Historisch hat es also den Begriff Kredit nicht gegeben. Er ist eine Setzung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung des späten 19. Jahrhunderts, der erst Ende des 20. Jahrhunderts zur Charakterisierung umfassender Nutzungsverhältnisse angewandt wurde. Dies gilt auch für Beschreibungen von Banken als Kreditinstitute (istituto di credito), die früher als Bank, Kasse, (banca, cassa) bezeichnet wurden. Das, was er heute – reduziert auf das Geldsystem – bezeichnet, hat es jedoch immer gegeben: die Nutzung der Arbeit anderer Personen in direkter oder thesaurierter Form. Dass das Wesentliche im Kredit die Zeit ist, hat das Reichsgericht Anfang der 1920er-Jahre erkannt, als es in der Wucherrechtsprechung als wesentliche Leistung des Kreditgebers die Bereitstellung von Zeit ansah und dem Kreditgeber zwar die Zinsen nahm, aber den Anspruch auf Kapitalrückzahlung beließ. Anders als § 607 BGB a. F. bestimmte, war die (verwirkte) Leistung eben nicht die Hingabe des Ka-

pitals, sondern die Zeit seiner Nutzung. Auf diese Weise entwickelte die deutsche Rechtsprechung gegenüber Wucherern ein Recht des Bewucherten auf einen unentgeltlichen Kredit.

Ist der Kredit somit eine Nutzung von Arbeitszeit, so erfährt er seine entscheidende Erweiterung dadurch, dass sich **Arbeit im Kapitalismus** in verschiedenen Formen vergegenständlichen kann.

- (1) Das direkteste Kreditverhältnis in der Marktwirtschaft ist der **Arbeitsvertrag**. Hier findet eine unmittelbare Nutzung der bereitgestellten Produktionsmittel durch den Arbeitnehmer statt, der damit in die Lage versetzt wird, auf hohem Niveau produktiv und kooperativ zu arbeiten. Gleichzeitig belässt er jedoch entsprechend dem gesellschaftlichen Charakter seines Arbeitserfolges das Werk beim Arbeit(smittel)geber und erhält dafür einen gesellschaftlich durchschnittlich berechneten Werklohn. Er hat also eine Kreditbeziehung zum Arbeitgeber, weil er dessen Sachkapital in Form der Produktionsmittel, seine Organisation und Leitung des Betriebes für die produktive Verwendung seiner Arbeitskraft nutzen kann. Als Werkunternehmer stellt er die Arbeitsergebnisse unter die Bestimmung des Auftraggebers und nutzt dessen Kapital und Einrichtungen bzw. zumindest dessen Fähigkeit, sein Kapital in eine kooperative Leistung so einzufügen.
- (2) Bei der Nutzung von Sachkapital werden Arbeitsmittel im weitesten Sinne (inkl. solcher Mittel für die Konsumarbeit wie eine Wohnung oder ein Pkw) **„vermietet“** oder „geleast“.
- (3) Bei der Nutzung von Geldkapital ist die höchste Abstraktionsstufe von Kapital erreicht: Arbeitszeit verwandelt sich als Produkt in Sachkapital, Dienstleistungen in Geldkapital. Da Sachkapital ebenfalls in Geld getauscht wird, nutzt der Darlehensnehmer im **Darlehen** die gesellschaftlich aufgehäuften Arbeitsprodukte anderer. Umgekehrt verschafft er dem Geldkapitalgeber eine Mitnutzung an den unmittelbaren Früchten seiner Arbeit, dem zukünftigen Arbeitslohn.

F Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt?

Kredit ist somit eine Form menschlicher Kooperation in der Zeit. Die dem römischen Recht entnommene juristische Definition von Kredit als „Bereitstellung und Inanspruchnahme“ (locatio conductio) von Kapital gibt somit einen korrekten Hinweis auf dieses Nutzungsverhältnis, weil die Bereitstellung die Nutzung der im Geldkapital und die Inanspruchnahme die Nutzung der in den Arbeitsprodukten enthaltenen Arbeit beinhaltet. Während diese „ent-täuschende“ Trennung des nur noch einseitig gedachten Kapitalnutzungsverhältnisses im Darlehen korrigiert werden muss, muss umgekehrt die täuschende Trennung der Kapitalnutzung in scheinbar grundverschiedene Nutzungsarten wie Arbeitsvertrag, Miete und Darlehen überwunden werden. Da nämlich alle Kapitalformen gegeneinander austauschbar sind, spielt es für das Verständnis der ungleichzeitigen Kooperation im Kredit keine Rolle, auf welche Nutzungsverhältnisse diese Rechtsformen anzuwenden sind.

Arbeitsvertrag, Verbraucherkreditvertrag und Wohnraummietvertrag beziehen sich somit auf strukturell gleiche Nutzungsverhältnisse. Während die Bereitstellung des Arbeitserfolges im Arbeitsvertrag direkt erfolgt, erfolgt sie in den beiden anderen Verträgen indirekt über die Beteiligung am Arbeitseinkommen. Soziale Probleme wie Einkommenslosigkeit („Arbeitslosigkeit“), Obdachlosigkeit und Überschuldung machen sich daher ebenso wie Kurzarbeit, Einkommensenkung, Krankheit, Unfall, Invalidität, Trennung und Verbrechen in allen Formen bemerkbar und provozieren analoge Schutzmechanismen im Recht (Lohnfortzahlung, Pfändungsschutz, Nutzungsdauer).

Zur notwendigen Ent-Täuschung hinsichtlich der Begrifflichkeit sozialer Lebenszeit-Schuldverhältnisse gehört aber auch die klare **Trennung von ökonomischer und juristischer Begrifflichkeit**. Arbeit, Konsum sowie Wohnen sind keine Rechtsformbegriffe, sondern sozial-ökonomische Zwecke, die den Telos der gesetzlichen Eingriffs- und Schutzrechte widerspiegeln. Es geht somit nicht um den Schutz jeder Tätigkeit, jedes Aufbrauchens und jeder Hausnutzung, sondern solcher (re)produktiver leistungsbezogener Tätigkeiten, für die ein Schutz als notwendig angesehen wird. Es handelt sich somit rechtsförmlich um Mietverträge, mit dem Zweck der Leistung von Diensten für abhängige Arbeit, um Mietverträge zur Sachnutzung zum Zweck des Wohnens und um Mietverträge mit dem Zweck der Geldkapitalnutzung für Konsumzwecke. Arbeit, Konsum und Wohnen sind – ebenso wie Dienste, Sachen oder Geld – eigene Bestimmungen, die nicht den Vertrag, sondern nur die gesetzlichen Eingriffe in dessen Freiheit begrenzen sollen. Sie sind eine rechtliche Umsetzung des vor allem aus den Verbraucherschutzrichtlinien der EU bekannten Prinzips des „Umgehungsverbot“, das der Rechtsformwahl die Freiheit verwehrt, die Natur des Vertrages sowie den ökonomischen Zweck der Schutzgesetzgebung zu umgehen.

Aufschluss über das Verständnis sozialer Nutzungsverhältnisse bietet die **römische Rechtsgeschichte**. Die im römischen Recht über 2300 Jahre lang erfolgte Entwicklung von Rechtsformen zu den Nutzungsverhältnissen von Arbeit (*Kredit*) in ihren verschiedenen Formen (Werk, Leibeigenschaft, Sklaverei), Sachkapital (Arbeitsmittel und Grundstücke), Organisationskapital (Know-how, Leitungsfunktion, Patente, Erfindungen, Kompetenz) und Geldkapital (vertretbare Sachen, Forderungen, Geld) ist gut dokumentiert. Ihre praktischen Funktionen für die Ordnung der Wirtschaft kann aus dem Fallrecht der verschiedenen Epochen – angefangen bei der frühen Agrarwirtschaft (feudale Struktur) zu den Überschusswirtschaften wie Eroberungswirtschaft (Arbeitskräfteraub, Sklavenimport aus Kriegsgefangenen), Besatzungswirtschaft (Tribut, Sachraub), Handelswirtschaft (ungleicher Tausch), Handelskapitalismus (oberitalienische Städte) bis hin zum Industriekapitalismus des 19. Jahrhunderts (historische Rechtsschule, Common Law) und der heutigen Kreditgesellschaft – abgelesen werden. Sie sind niemals in Reinkultur, sondern überlappend und gleichzeitig mit unterschiedlicher Dominanz aufgetreten.

Die Entwicklung der Rechtsinstitute erschließt sich, wenn der ökonomische Kern der Kapitalformen zur Definition benutzt wird. So unterscheidet die Institutionenökonomik unter dem Stichwort „**Verfügungsrechte**“ im „Eigentum“ entsprechend der historischen Entwicklung das Recht, ein Gut zu nutzen, damit

Einkommen zu erzielen oder es zu übertragen. Da das geschriebene Recht sich **auch bei praktischer Obsoleszenz** nur erheblich langsamer umwälzt als die Realität, finden wir bis heute vor allem im französischen Code Civil, aber auch im **BGB**, die für zeitliche Nutzungsverhältnisse von Arbeit typischen Rechtsformen **aller Epochen**. Danach lassen sich drei Stadien unterscheiden: (1) das feudale **Grundeigentum**, das die Nutzungsverhältnisse als Abspaltung von Machtbefugnissen bei prinzipiell nicht übertragbarem Eigentum im Sachenrecht durch Servitute, **Grunddienstbarkeiten**, Usus fructus (usufruit (Art. 619 cc); Nießbrauch) und anderen sachenrechtlichen Eigentumsderivaten ohne Rückgriff auf das Vertragsrecht **regeln** konnte, (2) das Stadium der Gewährung von Lehen, die eine vertragliche **Abspaltung vom Eigentum** zulassen und die unentgeltliche Nutzung in den drei **Realverträgen**: Darlehen, Verwahrung und Auftrag (mutuum/prestitum, depositum, mandatam, commodatum) (frz.: prêt, mandat, commodat, dépôt) regeln, sowie (3) das Stadium marktwirtschaftlicher Nutzungsrechte, die in der locatio conductio (louage, Miete) ihre Rechtsform fanden. Grundeigentum (usufructus), Lehen (prestitio) und Miete (locatio) verkörpern daher die Geschichte der Kapitalnutzungsverhältnisse in verschiedenen Wirtschaftssystemen.

Für alle Nutzungs- oder Kreditverhältnisse in der Marktwirtschaft ergibt sich **damit eine gemeinsame Rechtsform**, die das bezeichnet, was übrig bleibt, wenn **aus dem Arbeitsvertrag Arbeit und Dienste**, aus dem Darlehen Geld und Konsum **und aus dem Mietvertrag Sache und Wohnen** entfernt werden. Diese Form hatte das **römische Recht als locatio conductio** bezeichnet, deren Logik auf die Arbeit (operarum (servi), operis), die Sachen (rei) sowie die vertretbaren geldähnlichen **Gegenstände (specialis)** übertragen wurde. Im Deutschen Recht ist es die Miete.¹² Im französischen Code Civil findet sich die allgemeine Mietvertragsdefinition der locatio conductio in Art. 1709 cc: „faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps“. § 535 BGB ebenso wie Art. 1572 ital. cc haben dies wörtlich übernommen, wenn es heißt: „Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren“ bzw. „far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo“. Nutzung und **Zeit** sind danach die zentralen Elemente dieser allgemeinsten Rechtsform für **Arbeitsteilung und Kooperation** über Human-, Sach-, Geld- und Organisationskapital. Das französische Recht bezieht ausdrücklich die Arbeit mit ein. Der erste Artikel der Miete in 1708 bestimmt: „Il y a deux sortes de contrats de louage: Celui des choses, et celui d'ouvrage.“ Der „contrat de louage de service personnel“ gilt demnach **noch für Hausangestellte, Knechte und Mägde** in Art. 1667 cc, so wie die deutsche **Dienstmiete**¹³ oder Gesindemiete des 19. Jahrhunderts.

Bei der **Geldmiete** war die Vorstellung, wonach man „Geld nutzen“ könne und es damit an sich bereits „produktiv“ sei, für eine weitgehend noch feudal-agrarische **Gesellschaft** undenkbar. Die kanonischen Zinsverbote, wie sie die Enzyklika Vix Pervenit von 1745 erläutert, die Meinung des *Aristoteles*, dass Geldverleiher Diebe seien, machten eine locatio conductio pecuniae indiskutabel. Das einzige Abstrak-

¹² Vgl. die allgemeinen Definitionen noch bei Brückner, Die Wohnungsmiete nach gemeinem Recht, 1877; Niendorff, Das preußische Mietsrecht, 2. Aufl., 1887.

¹³ Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1887, § 399.

tum für die Religionsstifter, die den Zusammenhalt einer noch vorkapitalistischen Gesellschaft zu organisieren hatten, war Gott, der nicht durch ein goldenes Kalb ersetzt werden konnte, bevor das rationale (Natur-)Recht Geld und Zins den Raum gab, den schon die anderen Kapitalformen seit Langem besaßen. Jesus, Mohammed und Buddha haben daher die Geldmiete verteuert, aber Raum für die Kapitalmiete in anderen Bereichen gelassen. Während bei der Sach- und Dienstmiete ideologisch bereits früh kapitalistisches Tauschdenken möglich war und man daher die locatio conductio nicht unter den unentgeltlichen Lebensverhältnissen des depositum und mandatum, der Verwahrung (§ 688 BGB, Art. 1915 cc) und des Auftrags (§ 662 BGB, Art. 1986 cc) verstecken musste, hat sich die Geldmiete als höchste Form kapitalistischer Abstraktion von der Arbeitszeit der Menschen und ihrem gesellschaftlichen Produktivitätsfordernis über die Formen des reziproken Tauschens wie unentgeltliche Schenkung (prestitum) oder Verwahrung (mutuum) mit separatem Zinsvertrag den Weg gebahnt, während die synallagmatische Geldmiete gleichbedeutend mit dem Wucher (usura) war. Die Vereinbarung des Entgelts (der Zinsen) war zunächst verpönt und wurde nur als Schadensersatz zugelassen. Die Aufteilung des Darlehens in eine bloße Hingabe und eine Rückgabe vertretbarer Sachen mit einem getrennten Vertrag (stipulatio) über die Zinsen erreichte aber ein ähnliches Ziel. Versuche einer direkten Anwendung hatte es durchaus gegeben. Schon im römischen Recht wurde gelegentlich die locatio conductio für die Geldmiete verwandt. Für vertretbare Sachen, also Dinge, die nach Art und Zahl bewertet wurden, hatte man die locatio conductio specialis entwickelt, die dem Umstand Tribut zollte, dass es – anders als bei der Sach- und Sklavenmiete – auf die Rückgabe des gemieteten Gegenstandes nicht ankommen durfte.

Die „Geldmiete“ fehlte jedoch nur scheinbar in den Zivilrechtskodifikationen. Sie wurde vielmehr durch den **Darlehensbegriff** des prestitum oder mutuum (loan, prêt, prestito) substituiert, unter dessen realvertraglicher Begrifflichkeit sie sich allmählich durchsetzte. Tatsächlich ist das Darlehen in allen Rechtsordnungen zu einem modernen Mietsurrogat geworden, das sich der Geldwirtschaft als Rechtsform anbot.¹⁴

Das deutsche und das französische Recht kennen bis heute die **locatio conductio specialis** in Form eines Sachdarlehensvertrages (§ 607 BGB). Im französischen Recht (*Du prêt à usage, ou commodat Art. 1875 cc*) stellt sie sogar die Grundlage der Geldmiete dar, weil erst im dritten Abschnitt nach dem *Sachdarlehen*, das den Verbrauch der geliehenen vertretbaren Sachen erlaubt (*Du prêt de consommation, ou simple prêt Art. 1892 cc*), verschämt das entgeltliche Gelddarlehen folgt. (*Du prêt à intérêt, Art. 1905 cc*). In Deutschland ist diese Verwandlung des prestitum/mutuum zur locatio conductio specialis erst in der Zivilrechtsreform 2002 durchgesetzt worden. Aus den heute noch in den französischen und italienischen Gesetzen benutzten Definitionen, wonach nicht die Zeit, sondern Hingabe

¹⁴ Ausführlich Nogler/Reifner-Reifner, Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in labour, tenancy and consumer credit, 2014, S. 289–304.

und Rückgabe des Geldes entscheidende Elemente des Vertrages sind, der nicht durch Willen, sondern durch Taten („real“) geschlossen wird,¹⁵ ist in § 488 BGB¹⁶ nunmehr der moderne Kreditbegriff des Common Law geworden, der im „Zur Verfügung stellen“ fast 100 Jahre nach der entsprechenden Entscheidung des Reichsgerichts die Zeit und Nutzung des Kapitals in den Mittelpunkt des Synallagmas stellt und sich von unentgeltlichen Realvertragsvorstellungen verabschiedet.

Die locatio conductio („Miete“, „Kredit“) bestimmt das **Grundverhältnis wirtschaftlicher Kooperation** durch gegenseitige Kapitalnutzung, dessen wesentliches Element die Zeit ist, die für eine gesellschaftlich anerkannte produktive Leistung verausgabt wird. Sie scheint dabei neben der anderen – weit besser erarbeiteten – Rechtsform der wirtschaftlichen Kooperation zu stehen, der emptio vendita. Diese wird im deutschen Recht auf den *Kauf* und in anderen Rechtsordnungen auf den *Verkauf* (sales contract, vente, vendita) verkürzt. Obwohl sie eine Kapitalnutzung auf die Lebenszeit des Käufers bzw. der Sache („lifetime“ steht im Englischen auch für Abnutzung) vermittelt, scheint das Zeitelement in dieser Rechtsform abwesend zu sein. Dies zeigt sich auch in der Bezeichnung als „Einmalschuldverhältnis“ (spot contract) zur Abgrenzung vom Dauerschuldverhältnis der locatio conductio. Tatsächlich ist die emptio vendita eine auf unendliche Zeit geschlossene locatio conductio, die von aller Rücksichtnahme auf die Lebenszeitinteressen des Nutzers („caveat emptor“) befreit war. Es ist diese „Rücksichtslosigkeit“, die dem Kaufvertrag zusammen mit einer globalisierten Tauschgesellschaft die Durchsetzung ermöglicht hat, hinter der der Sachmietvertrag bis zur Unkenntlichkeit zurücktreten musste. Nur bei den direkten Nutzungen der Arbeitskraft hat sich die soziale Rücksichtnahme des Mietvertrages erhalten, wobei der neuzeitliche Sklavenhandel in Amerika ebenso wie die Werkverträge des Scheinunternehmertums kaufrechtliches Denken und das Caveat-emptor-Prinzip bei der abhängigen Arbeit eingeführt haben, indem man die Selbstversklavung von der Abschaffung der Sklaverei ausnahm.

Der **Kaufvertrag** und die emptio vendita verbergen, dass es sich um ein umfassendes Nutzungsrecht an aufgehäuften Arbeitsprodukten handelt. Er ist untrennbar mit dem Eigentum verbunden. Tatsächlich wurden die Zeit und die Nutzung keineswegs aus dem Kaufvertrag eliminiert, sondern lediglich in das Eigentum verlagert, das zugleich zum zentralen Gegenstand des Kaufvertrages und – glaubt man dem französischen Code Civil – des gesamten Vertragsrechts wurde. Zwar begnügt sich der Kaufvertrag mit dem Tausch zweier Eigentümer: dem Eigentum an der Sache und dem Eigentum an dem Geld, die ihre „Herren“ (dominus) in einer logischen

¹⁵ „livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre“ bzw. § 607 BGB alter Fassung: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzustellen.“

¹⁶ „Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen.“

Sekunde wechseln. Er ist damit sozio-ökonomisch gesehen zweck- und zeitlos. Gleichzeitig aber wird das Nutzungsrecht zum selbstverständlichen Inhalt des Eigentums erklärt und das Eigentum mit einer Ewigkeitsgarantie für den Eigentümer versehen. Lebenszeit und Gebrauch sind somit nur begrifflich verborgen, materiell jedoch weiter im Kaufvertrag präsent, was sich in der Moderne in der Entwicklung eines unabdingbaren fortdauernden Gewährleistungsrechtes für Verbraucher erkennbar gemacht hat. Die Abstraktion von Zeit und Nutzung und ihre Auslagerung im sachenrechtlichen Eigentum hat sich zur zentralen Rechtsform des 19. Jahrhunderts entwickelt. In der Rechtsdogmatik hat sich diese in der Trennung von Sachenrecht¹⁷ und Schuldrecht (Vertragsrecht) niedergeschlagen. Das Vertragsrecht kommt im Code Civil direkt nach dem Eigentum und behauptet, dass es ihm nur auf den Erwerb dieses Eigentums ankomme.¹⁸ Die Ent-Täuschung darüber, dass es genau umgekehrt ist – der Kaufvertrag schafft das Eigentum als Ort, um Arbeitszeit und Nutzung im Interesse seiner Tauschfähigkeit zu materialisieren, hatte Hegel, der das Eigentum noch als Bedingung der Freiheit und damit aus dem Vertrag ableitete, besser erkannt. Diese Sichtweise bestimmt auch das BGB.

Der **wirtschaftliche Erfolg der Kaufvertragsanschauung**, die zur beherrschenden Rechtsideologie aller marktwirtschaftlichen Ordnungen wurde, das feudale Lehns- und Statusrecht ablöste und damit die letzten 250 Jahre bestimmte, bewirkte die Elimination von Arbeitszeit und Lebenszeit konkreter Menschen aus dem Kaufvertragsdenken. Gerade die Verdrängung des Jansénismus durch *Pothier*¹⁹ sowie der deutschrechtlichen Schule durch die historische Rechtsschule bzw. des Vernunftrechts konnte zu einer Entpersonalisierung des Rechts führen, das so zugleich weltweite Kooperationsbeziehungen nach Ort und Zeit verschiedener Arbeiten erlaubte, ohne dass die Menschen noch miteinander in persönliche Beziehung treten mußten. An den Börsen, als dem abstraktesten Ausdruck der Kaufgesellschaft, werden Kredite als verbrieftete Verträge („Kontrakte“) so gehandelt, als ob sie im Papier einen eigenen Wert besäßen und mit Menschen nichts mehr zu tun hätten. Der Kaufvertrag vermag es, den Computer aus der Arbeit vieler Menschen aus vielen Ländern rund um die Welt zusammenzustellen. Das Caveat-emptor-Prinzip befreite denjenigen, der die Nutzung bereitstellte, von der Verantwortung dafür, dass die Nutzungsmöglichkeit sich beim Nutzer auch „produktiv“ auswirkte.

Die **Produktivitätsgewinne** – durch ein von den Fesseln sozialer Beziehungen abgelöstes Tauschverhältnis – haben eine Globalisierung möglich gemacht, die wir mit den internationalen Kaufrechtsabkommen, den Freihandelsabkommen (UNCTAD, WTO) und Wirtschaftsgemeinschaften (EU, NAFTA, Mercosur etc.) weitgehend als abgeschlossen ansehen können. Wir haben heute andere Probleme als die rechtliche Förderung einer immer einfacheren Globalisierung und Durchlässigkeit wirtschaftlicher Kooperationen. Die Probleme des 21. Jahrhunderts sind

¹⁷ 3. Buch des BGB; Livre II Des biens et des différentes modifications de la propriété.

¹⁸ Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

¹⁹ Historische Gesellschaft der Deutschen Bank und Deutsche Bank Frankfurt 2005; vgl. Mannheim, Ideologie und Utopie, 8. Aufl., 1995, S. 135.

cher sozialer Natur und liegen bei der Koordinierung der Arbeit. Heute kooperieren **Großunternehmen** nicht mehr über den Kauf und Tausch, sondern über die **strategischen Beteiligungen** und kartellartigen Zusammenfassungen von Konkurrenten zu **einem einzigen weltweiten Produktionsagenten**. Kooperation ist zur internen **Angelegenheit** der Wirtschaftssubjekte geworden, die durch Dauerverträge und **Organisation** zu sichern ist. Die Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft muss daher die **Zeit** in das Vertragsdenken zurückholen und das Caveat-emptor-Prinzip durch auf **Vertrauen** und gegenseitige Rücksichtnahme aufgebaute Dauerbeziehungen **ersetzen**. Die im Kaufrecht geschulten Juristen moderner Ausbildungsstätten sind daher für die internationale Kooperation nicht mehr ausreichend gerüstet, wo **Kreditbeziehungen** im weitesten Sinne und mietvertragliches Denken erst das erschließen, was **Corporate Governance** und die ökonomische Contract Theory von ihnen erwarten.

G Wie entwickelt sich eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge?

Es ist an der Zeit die **gemeinsamen Wurzeln** eines sozialen Nutzungsverhältnisses, das die Arbeitszeit der Menschen in allen Rechtsformen sichtbar macht, neu zu entdecken. Erst dann können auch die sozialen Gemeinsamkeiten ihrer – den **staatlichen** oder **kollektiven** Eingriff erforderlich machenden – Zwecke wie **Dienste**, **Sachen** und **Geld** (direkte und indirekte Nutzungen von Zeit) einerseits sowie **ihre** an das Leben der Menschen geknüpften Zwecke wie **Arbeit**, **Konsum** und **Wohnen** (Nutzung von Lebenszeit) herausgearbeitet werden. Daraus kann eine moderne **Rechtsdogmatik sozialer Zeitschuldverhältnisse** entstehen, die ein Vertragsrecht bezeichnet, das die Lehren aus einer **dysfunktionalen Entzeitlichung** gezogen hat und sich der Dogmatik von Kredit- und Mietrechtsverhältnissen i. S. der *locatio conductio* zuwendet.

Methodisch geht es um ein Vorgehen, mit dem die Entwicklung des Neuen aus dem **Alten** symptomatisch erforscht werden kann. Danach ist das neue Recht eine **doppelte** Negation des alten und als **Synthese** der Kritik am bestehenden **Rechtsverständnis** anzusehen. Die Kritik an der bestehenden Rechtsform ist als **Antithese** mit den Funktionen und Positionen der bestehenden Rechtsform des Kaufvertrages (**These**) zur **Synthese** des Neuen zu verbinden. Die Leistungen und Funktionen der **Kaufvertragsanschauung** (**These**) sind bereits hinreichend beschrieben und **herausgearbeitet**. Die daran gefübte Kritik hat jedoch bisher wenig Neues und Alternatives **hervorgebracht**. Sie muss **symptomatisch** und **konstruktiv** gewendet werden. **Konstruktiv** ist die Kritik an den bestehenden Rechtsformen nur, wenn sie deren **Widersprüche** einerseits, andererseits aber zugleich die empirisch vorfindbaren Antworten des **gelebten Rechts** auf bisherige **Dysfunktionalitäten** betrachtet. Die logische Kritik **bleibt** abstrakt und bringt keine konkreten Rechtsformen, sondern nur **Prinzipien** hervor, denen diese Rechtsformen gehorchen sollen. Die **Rechtsformen** („**theoretische Praxis**“) selbst leiten sich aber aus einer Vielzahl weiterer **gesellschaftlicher Bedingungen** ab, die niemals konstruiert, sondern nur empirisch aus der Rechts-

anwendung und Rechtsschöpfung erfasst werden können. Die Praxis weiß daher immer mehr als die Theorie, weshalb die Theorie als Filter zu einer neuen Anschauung dient. Diese beiden Formen sind an anderer Stelle²⁰ als systematische und symptomatische Kritik beschrieben und auf die Auslegungsmethoden des Zivilrechts angewandt worden.

In Bezug auf die sozialen Nutzungsverhältnisse geht es daher zunächst um die bereits gut dokumentierte **prinzipielle Kritik** am kaufrechtlichen Denken, wie sie bereits bei der Entwicklung von BGB und Code Napoléon von konservativer wie sozialistischer Seite geäußert wurde. Wesentliche Elemente sind die Entzeitlichung des Vertrags, seine Individualisierung und soziale Abschottung von den Verhältnissen, in denen er entsteht und wirkt, die Versachlichung der Leistungspflichten, die Externalisierung der Nutzung auf die (relativen wie absoluten) Eigentumsrechte, die Reduktion des Vertrags auf den Willen bei Abschluss ohne Rücksicht auf seine Bestimmung durch zukünftige Zwänge der Kooperation, das Fehlen des Vertrauensgedankens, die Befreiung desjenigen, der an der Bereitstellung der Nutzungsmöglichkeit verdient, von jeder Verantwortlichkeit für den Erfolg, die Anwendung der Gedanken der Fruchtziehung (Zins) auf die Wachstumsprozesse von Kapital und damit die Erfindung scheinbar naturgesetzlicher Vermehrungszwänge dort, wo selbst die Mathematik in der Zinsrechnung Wachstum und Schrumpfung gleichbehandelt. Die Kritik von v. Gierke oder Mengoni am Fehlen einer Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse hat hier bereits viel geleistet.

Weniger Vorarbeiten gibt es in der **symptomatischen Kritik**. Sie forscht nach den Antworten, die das Recht selbst auf seine mangelnde Funktionalität bei der praktischen Entscheidung von Konflikten gefunden hat. So können Arbeitsrecht, Wohnraummietrecht und Verbraucherkreditrecht als symptomatische Bruchstellen des kaufrechtlichen Denkmusters im Allgemeinen Schuldrecht angesehen werden. Soweit ersichtlich hat es im Arbeitsrecht nach den frühen Arbeiten von Lotmar und Sinzheimer keine umfassende Darstellung der Abweichungen des angewandten Arbeitsrechts von den kaufrechtlichen Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts mehr gegeben. Kaufvertrag und Arbeitsvertrag sind bisher selten gegenübergestellt, sondern nur für miteinander unvereinbar erklärt worden. Auch im Wohnraummietrecht fehlt eine solche Analyse. In dem Bestreben, sich als eigenes Rechtsgebiet darzustellen, haben beide ihre Funktion als Bruchstellen des traditionellen Systems eher wohlmeinend verdeckt, als sie in aller Schärfe herauszuarbeiten. Demgegenüber ist das recht junge und in den Zivilrechtsländern noch wenig verselbstständigte Verbraucherkreditrecht schon seit den 1920er-Jahren als Herausforderung an die Prinzipien des allgemeinen Schuldrechts begriffen worden, zumal es im Abzahlungsrecht unmittelbar aus dem Kaufvertrag und der entgeltlich gestundeten Kaufpreisforderung entstanden ist. Diese Diskussionen können weit grundsätzlichere Probleme der sozialen Kapitalnutzungsverhältnisse beleuchten.

Symptom struktureller Inadäquanz ist z. B. die Auseinandersetzung um adäquate Rechtsformen zur Bewältigung der Mehrseitigkeit von Kreditverhältnissen.

²⁰ Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied 1979, S. 66ff.

(1) Die **Dreiecksbeziehungen** zwischen Kreditgeber, Verkäufer und Kunde (die ihre Entsprechung zwischen Arbeitgeber, Leiharbeiter und Arbeitnehmer oder zwischen Eigentümer, Vermieter und Mieter finden könnte) führten nur im Darlehensrecht zu einer Theorie der Vertragsverbindungen (*Einwendungsdurchgriff*). Die Vielzahl der dogmatischen Versuche, sie konstruktiv zu bewältigen (BGB-Gesellschaft, Treu und Glauben, Vertrag zugunsten Dritter etc.) zeigt Richtungen der Entwicklung an. (2) Die Willensfreiheit als dogmatische Figur hat zur Abmilderung ihrer Folgen dort, wo sie soziale Zwänge ignoriert, für die Situation armer Menschen in allen Zivilrechtsländern die Renaissance des **Wucherverbotes** im Verbraucherkreditrecht gebracht. Arbeits- und Wohnraummietrecht haben dagegen den Mindestlohn und die Vergleichsmiete als Preisregulierung eher ins öffentliche oder öffentlich verwaltete Privatrecht und die Tarifverträge verbannt. (3) Die Entdeckung der Zeitlichkeit von Schuldverhältnissen findet sich in einem umfangreichen **Kündigungsschutzrecht**. (4) Die humane Bindung der Arbeitszeit mit dem Leben der Menschen zeigt sich in der **sozialen Rücksichtnahme** bei Krankheit, Alter, Unglück. Allein das Verbraucherkreditrecht unternimmt dabei rechtsdogmatische Anstrengungen, sie im allgemeinen Schuldrecht selbst zu verankern, so etwa der Auftrag des Bundesverfassungsgerichts an die Zivilgerichte zur Entwicklung einer Dogmatik der sozialen Rücksichtnahme bei Bürgschaften aus persönlicher Abhängigkeit. (5) Die unbegrenzte Verfügbarkeit von Einkommen bei Geldschulden wird dagegen nicht als symptomatische Abstraktion des kaufrechtlichen Denkens von den Lebensverhältnissen diskutiert, sondern außerhalb des Zivilrechts kompensatorisch prozessrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Grenzen unterworfen. So wird in Europa inzwischen flächendeckend eine **Schuldbefreiung bei Verbraucherinsolvenz** angeboten. Sozialversicherungen ergänzen das durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Reproduktionseinkommen der Arbeitnehmer, Mietzuschuss, Wohngeld, die Zuweisung von Notunterkünften und sozialer Wohnungsbau ergänzen das privatrechtliche Mietverhältnis, das die Eigentümer der Wohnmöglichkeiten von dieser Verantwortung weitgehend entlastet.

Einige **Prinzipien sozialer Nutzungsverhältnisse** haben bereits ihre Spuren im Allgemeinen Vertragsrecht moderner Zivilrechtskodifikationen wie auch im BGB nach der Schuldrechtsreform 2002 und jetzt auch im DCFR hinterlassen: so insbesondere (1) das Prinzip der „Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils“ (§ 241 BGB), (2) die Anpassung der Verpflichtungen zeitlicher Verträge an veränderte Umstände (§ 313 BGB), (3) die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB), (4) Section III. – 1:104 des DCFR kennt sogar eine generelle Kooperationspflicht, die begrifflich Zeitverhältnisse voraussetzt, wobei in Abweichung von der caveat emptor Regel die produktive Nutzung auch in die Verantwortung desjenigen gelegt wird, der die Nutzungsmöglichkeit bereithält („to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor's obligation.“), (5) Der nachfolgende Artikel III. – 1:105 verbietet Diskriminierungen jenseits des vertraglichen Synallagmas, wenn auch der Zugang zum Vertragsabschluss diskriminierungsfrei sein soll. (6) In III. – 1:111 wird eine stillschweigende Verlängerung von befristeten Dauerverträgen unterstellt.

Die meisten Abweichungen ergeben sich jedoch im **Kaufrecht** selbst, so wie es in der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie festgeschrieben und in IV. A. – 2:201ff. des DCFR übernommen wurde. Danach ist der Verbrauchsgüterkaufvertrag kraft Gesetzes zum Dauerschuldverhältnis erweitert, bei dem (7) die caveat emptor Regel prinzipiell zugunsten einer Haftung für die produktive Nutzungsmöglichkeit des bereitgestellten Gegenstandes innerhalb der dem Vertragsschluss folgenden zwei Jahre der Gewährleistung niedergelegt ist. (8) Der Kaufvertrag ist durch die Produkthaftungsrichtlinie auf das Verhältnis zum Produzenten sowie auf das soziale Umfeld des Käufers, auf seine Lebensgüter wie Gesundheit und Familie erweitert. Er verbindet die Akteure einer Absatzkette zu einer Haftungsgemeinschaft. Das Kaufvertragsrecht bietet Anhaltspunkte dafür, dass die Kaufrechtsanschauung im Allgemeinen Schuldrecht Brüche aufweist, sodass man das Verbrauchsgüterkaufrecht teilweise als dem allgemeinen Schuldrecht widersprechendes ausgelagertes Spezialrecht sozialer Nutzungsverhältnisse verstehen kann.