

"GELD HAT MAN ZU HABEN"
— "SOWEIT NICHTS ANDERES VEREINBART".

UDO REIFNER

Inhalt

I.	Der Grundsatz: "Geld muß man haben."	624
	1. Die unbegrenzte Geldschuld	624
	2. Die Werterhaltung der Geldschuld	626
	3. Die sich selbst vermehrende Geldschuld	627
	4. Ergebnis	629
II.	Der "Angriff" auf die Grundfesten des Zivilrechts	629
	1. Arbeitslosigkeit und Verschuldung — Zum Ausgangspunkt der Kontroverse	630
	1.1 Einwendungsdurchgriff und Pfändungsschutz — Wozu und woher das Geld?	630
	1.2 Strukturelle Arbeitslosigkeit — Ist das Zivilrecht zuständig?	632
	2. Soziale Auslegung im Wirtschaftsrecht	632
	2.1 Die Abstraktheit des Zivilrechts und die prinzipielle Kritik	632
	2.2 Das System der Ausnahmen und die symptomatische Kritik	638
	2.2.1 Die symptomatischen Kritik	638
	2.2.2 Social Force Majeure — Ratenzahlung und Sozialexistenz	640
	3. Einwände gegen den Lösungsansatz	643
	3.1 Rechtsdogmatische Einwände	644
	3.1.1 Unbeschränkbare Geldschuld als Grundsatz des Zivilrechts?	644
	3.1.2 Rechtsunsicherheit?	646
	3.1.3 Aufgabe der Privatautonomie?	648
	3.2 Kein Beitrag zum Verbraucherschutz?	649
III.	Schluß	653

1975 erschienen unter dem fast identischen Titel "Abzahlungsgesetz und Verbraucherschutz" zwei Aufsätze¹, in denen unabhängig voneinander neben Übereinstimmungen der Arbeitsbereiche (Konsumentenkredit) und der Zielrichtung (Verbraucherschutz) auch methodische Differenzen und eine unterschiedliche Einstellung zur herrschenden Zivilrechtsdogmatik zum Ausdruck kamen. Diese Parallelität der Arbeiten des Verfassers zur Arbeit des Jubilars hat sich in 22 Jahren wenig geändert. Scheinbar komplementär ging es später um den Begriff des Verbrauchers (Rolle oder Funktion), die Art des Verbraucherinteresses (diffus oder kollektiv) und das Verhältnis zum Markt (komplementär/kompensatorisch oder instrumentell). Verbraucherschutz wurde ein

¹ Reich, Abzahlungsgesetz und Verbraucherschutz, JZ 1975, 550; Reifner, Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz, DuR 1975, 133.

konzeptioneller Stellenwert gegeben, der zumeist unterschiedlich jedoch in dem Bestreben an einem an sozialer Gerechtigkeit orientierten vor allem auch europäischen Rechtssystem definiert war. Norbert Reich war mit seinen (überwiegend kritischen) Reaktionen gleichwohl so etwas wie ein Einlaß in die etablierte Rechtswissenschaft für häufig als "unjuristisch" oder "politisch" apostrophierte Ideen, deren Diskussion sich die deutsche "unpolitische" Rechtswissenschaft nicht immer nur mit wissenschaftlicher Argumentation widersetzt. Dafür bin ich ihm zu großem Dank verpflichtet.² Deshalb freut es mich, daß, nachdem ich bisher auf die Kritik an meinen 1979 veröffentlichten Thesen zur "sozialen Auslegung"³ nicht geantwortet habe, eine dieser Thesen in dieser Festschrift aufgegriffen werden kann.⁴

I. Der Grundsatz: "Geld muß man haben."

1. Die unbegrenzte Geldschuld

Das BGB hat sich mit dem Geld und der Geldschuld nur peripher in wenigen Paragraphen (§§ 244 ff., 270) beschäftigt und dabei trotz seiner "überragenden Bedeutung"⁵ keine Definition gegeben. Allerdings erscheint das Geld nicht nur in denjenigen Vorschriften, die unmittelbar die Behandlung von Geldschulden betreffen (§§ 244, 245, 250, 270). Vielmehr wird durchgängig in seinen verschiedenen Formen bzw. Funktionen wie Zins (§§ 246, 248, 289-291, 535 S.2, 581, 608, 698), Rente (§ 759), Gewinn (§ 252, 721 f), Beitrag (§ 706), Preis (§§ 433 Abs.2, 651a), Vergütung (§§ 611 Abs.1; 631

2 Dies galt bereits schon 1979 vgl. Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, Neuwied 1979, S. 21 Anm. 1.

3 Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, Neuwied 1979.

4 Konzeptionelle Arbeiten zum Zivilrecht und zur Rechtstheorie habe ich wegen der geringen Diskussionsmöglichkeiten im deutschen Sprachraum im Ausland publiziert (vgl. Reifner, Individualistic and Collective Legalisation, in: R. Abel (Ed.) The Politics of Informal Justice, Vol. Social Economy, in: Wilhelmsson, T. (Ed.) Perspective of Critical Contract Law, Dartmouth 1992 Economics, in: Reifner, U./Ford, J. (Eds) Banking for People Vol. I Berlin/New York S. 23 ff.; nationalsozialismen, in: Refærd 1988 Nr. 1, S. 12 ff. (deutsch: Gemeinschaft und Feindschaft im (Hrsg.), Spuren des Unrechts, Köln 1989, S. 35 ff.; ders., Collective Consumer Redress. The Use of actions and consumer protection, Brussels: Story Cientia, 1992, S. 283-316 (das unveröffentlichte Buchmanuskript "Kollektiver Verbraucherschutz" lag N. Reich vor und ist in der ersten Auflage 3. Aufl. 1996, die unter dem Titel "Europäisches Verbraucherrecht" erschienen ist, findet sich noch der Literaturnachweis (S.536) kritisch kommentiert).

5 Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, Handbuch des Schuldrechts Bd. 3, 2. Aufl. Tübingen 1994, S. 200.

Abs. 1, 632), Lohn (§§ 611, 652), Belohnung (§ 657), Entgelt (§ 598), Wert (§ 472, 818 Abs. 2), oder Ersatz (§§ 250, 683) auf Geld Bezug genommen.

Alle diese Regelungen setzen Existenz und Zirkulationsfähigkeit des Geldes begrifflich voraus. In der modernen Sichtweise des Geldes, das neben dem Währungsgeld das nicht mehr gegenständliche Giralgeld einbezieht⁶ und damit lediglich den praktischen Entwicklungen der Zahlungsmittel vom "Gold" zur "Geltung", von der Münze zum electronic funds transfer folgt, ist Geld nur noch eine verlässliche Information darüber, daß der Inhaber über entsprechende Kaufkraft für Güter und Dienstleistungen auf dem Markt verfügt. Damit beherrscht das Geld das gesamte am Prinzip des "do ut des" orientierte zivilrechtliche Denken.⁷

Geht man zudem von der eigentlichen Aufgabe des Zivilrechts als Konfliktlösungsinstrument aus, dann gewinnt das Geld in der Differenzhypothese des Schadensrechts und dem Ausschluß immaterieller Schäden (§ 253) praktisch exklusive Bedeutung. Geldkompensation, wie es im common law selbstverständlich ist, ist letztlich das einzige von der Rechtsordnung nachhaltig bereitgestellte Kompensations- und Lösungsangebot an die Konfliktparteien.⁸ In dieser Konsequenz liegt es dann auch, daß für die Regel des § 253 BGB, die ja nicht den Schadensersatz, sondern allein den Geldersatz bei immateriellen Schäden ausschließt, praktisch keine Anwendungsfälle mehr gefunden werden.⁹

Existenz, Realisierbarkeit und generelle Substituierbarkeit von Rechten und Pflichten durch die Geldschuld ist somit von überragender Bedeutung für das Privatrecht. Nur mit der Voraussetzung einer solchen Schuld können die Gerichte aus Konfliktparteien "Gläubiger" und "Schuldner" machen, bei denen die Begleichung der Schuld als Befriedigung des Gläubigers den angestrebten Rechtsfrieden herstellt.

Insofern erscheint es geradezu existenznotwendig, daß das Privatrecht, das die Umwandlung fast aller Schulden in Geldschulden zuläßt, nicht auch noch die als endgültig angesehene Geldschuld grundsätzlich von subjektiven Faktoren der Schuldner abhängig machen kann. "Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) befreit den Schuldner auch dann nicht, wenn es auf unverschuldeter Ursache beruht. ... Die Vorstellung ist die, daß der Schuldner Sachen aus der unerschöpflichen Gattung Geld schuldet."¹⁰ Medicus¹¹ hat es nicht für anrühlich gehalten, diesen "unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung immanenten

6 Siehe *Gernhuber*, a.a.O., S. 203 mit Nachweis der älteren Gegenmeinung; *Musielak*, II.-J., Grundkurs BGB, 4. Aufl. München 1994, Rdn 184.

7 Dazu eingehend *Reifner*, *The Vikings and the Romans*, a.a.O., S. 171 ff.

8 Vgl. dazu *Schlechtriem*, P., Schadensersatz und Schadensbegriff, ZEuP 1997, 233, 243 ff. sowie zum "symbolischen Franc" S. 239.

9 "Geringe praktische Bedeutung", *Palandt-Heinrichs*, BGB, 55. Aufl., § 253 Anm. 2.

10 *Karsten Schmidt*, Geldrecht, Berlin 1983, Vorbem. C29 zu § 244 (Staudinger) m.w.N.

11 *Medicus*, "Geld muß man haben" — Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), S. 489 ff., 492; vgl. schon *Prot. Mugdan* II 537.

allgemeinen Rechtsgrundsatz¹² mit dem Titel "Geld hat man zu haben" zu umschreiben.¹³ Wenngleich Medicus¹⁴ zugesteht, daß es naheliegt, "diesen Satz angesichts seiner schwachen gesetzlichen Fundamentierung ... anzuzweifeln", hat dies wegen der immanenten Logik des Zivilrechts nach Windscheidt offenbar niemand mehr versucht.¹⁵ Nur hilfsweise wird daher zur Begründung der unbedingten Geldschuld teilweise auf § 279 BGB¹⁶ in der Regel aber auf die Existenz des Konkursverfahrens verwiesen. Probleme in der Sozialexistenz des Schuldners haben somit auf die dem Gläubiger zu erbringende Geldschuld keine unmittelbare Auswirkung.

2. Die Werterhaltung der Geldschuld

Diese Abstraktion der Geldschuld wird jedoch nicht unbeschränkt aufrechterhalten. Die Geldschuld soll nicht, wie es dann etwas abschätzig als "Nominalismus" bezeichnet wird, vollends von dem Wert der Güter und Dienstleistungen abgelöst werden, weil sonst der oben bezeichnete Grundsatz unter den Bedingungen drastischer "Veränderung der Sozialexistenz"¹⁷ zu einer inhaltsleeren Abstraktion würde. Dabei geht es nicht um die Wertesicherungsklauseln, sondern um die Frage, inwieweit auch ohne Regelung der Geldschuld der Bezug zur dadurch vermittelten Kaufkraft rechtlich immanent ist. Es nützt nämlich in der Tat den Gläubigern nichts, wenn sie in der Hyperinflation beliebig bezifferte Geldausdrücke zur Bezahlung ihrer Schulden erhalten, deren Kaufkraft täglich schwindet. Insofern gibt es im Unterschied zur praktisch nicht vorhandenen Diskussion um das Unvermögen des Schuldners bei Veränderungen seiner Sozialexistenz wie insbesondere einer Arbeitslosigkeit und Einkommensverlust auslösenden Wirtschaftskrise ein umfangreiches Schrifttum zur Anpassung von Geldschulden an die Kaufkraft.¹⁸ In engen Grenzen soll hier je nach der Funktion einer Geldschuld für die Sozialexistenz der Gläubiger (Altersvorsorge) nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Anpassungen einer Geldschuld an die aktuellen Kaufkraftbedingungen erfolgen. Dabei ergibt sich die eigenartige Besonderheit, daß die auf diese Weise vom Nominalismus und dem Vertragswortlaut befreite Geldschuld, die sich auf der Seite des Schuldners nicht selbsttätig verringern darf, zugunsten des Gläubigers durchaus nominell "vermehrten" kann. Für

12 So Palandt-Heinrichs, BGB, 56. Aufl. 1977, § 245 Rdn. 8.

13 Anders Karsten Schmidt, a.a.O., Rdn C30 "irreführend und unbrauchbar".

14 A.a.O., S.493.

15 Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Soziale Zivilrechtsinterpretation oder Realitätsverleugnung, Neuwied 1978, S. 308 ff.

16 So die ältere Lehre Nachweise bei Karsten Schmidt, a.a.O.

17 So bezeichnet Flume, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, New York 1979, S. 526, "Krieg und ähnliches Sozialgeschehen".

18 Zum Thema Geldentwertung und Recht vgl. die Schriftumsnachweise bei Karsten Schmidt, a.a.O., Vorbem. zu § 244 Rdn D1 ff.; MuKo-v. Maydell, BGB, § 244 Rdn 13 (Fn 38); ders., Geldwert und Geldschuld, München 1974; Medicus, Schuldrecht Allg. Teil, 7. Aufl. München 1993, § 46 Abs.2 2; krit. Flume a.a.O.

"Änderungen der Sozialexistenz" zulasten der Gläubiger fordert daher selbst Flume¹⁹, der der Lehre von der Geschäftsgrundlage ablehnend gegenübersteht, eine gerechte Risikoverteilung.

3. Die sich selbst vermehrende Geldschuld

Mit der Unantastbarkeit der Geldschuld und der Sicherung ihres Wertes ist aber ihr eigentlich zivilrechtlicher Charakter noch nicht erschöpft. § 252 BGB zählt zum Ersatz des Schadens auch den entgangenen Gewinn und lenkt dabei die Aufmerksamkeit darauf, daß Geld als Kapital nicht nur Wertaufbewahrungs-, sondern auch zinstragendes Investitionsmittel ist. Wird eine Geldschuld dem Gläubiger vorenthalten, so hat der Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 286 BGB). Für Geldschulden gilt dabei gem. § 288 BGB, daß unabhängig von einem Schadensnachweis bei Verzug eine Vermehrung um 4% p.a. zu unterstellen und als Mindestschaden zu ersetzen ist. Allerdings müssen die Verzugsvoraussetzungen der Mahnung oder kalendermäßigen Bestimmtheit (§ 284) vorliegen. Andererseits entlastet aber auch hier das persönliche Unvermögen den Schuldner nicht, weil die Einwendung des § 285 BGB sich aus denselben Gründen wie die Unbegrenzbarkeit der Geldschuld nicht auf Umstände beziehen soll, die die Ursachen einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners betreffen.²⁰ Auch die Zinsen sind nach h.M. wiederum verzinslich, wenn die Verzugsvoraussetzungen hierfür vorliegen.²¹ Erheblich weiter geht § 353 S.1 HGB, der im kaufmännischen Verkehr ohne Mahnung und sonstige Verzugsvoraussetzungen eine Verzinsung von 5% p.a. in Form von Fälligkeitszinsen anordnet. Inzwischen hat für Verbraucherkredite § 12 VerbrKreditG eine schadensunabhängige Pauschale von 5% über dem Diskontsatz und eine 4%ige Verzinsung der aufgelaufenen Zinsen gesetzlich festgeschrieben, jedoch de facto durch eine Abweichung von der Tilgungsanordnung des § 367 BGB zugunsten vorrangiger Kapitaltilgung effektiv eine Verzinsung von ca. 3,5% über Diskont erreicht. Der Bundesgerichtshof²² hat grundsätzlich einer Bank als Gläubiger das Recht eingeräumt, die Höhe der Verzugszinsen unabhängig von einem konkreten Schadensnachweis abstrakt nach ihrem Anlagezinssatz abzgl. ersparter Aufwendungen zu berechnen. Damit können die größten Gläubiger auch außerhalb von beiderseitigen Handelsgeschäften von einer stetigen Vermehrung von Geldschulden rechtlich ausgehen.

19 A.a.O. § 26 Rdn 7.

20 Ganz h.M. vgl. oben Fn 10.

21 BGH WM 1993, 586; a.A. Reifner, Abschied vom Zinseszinsverbot, NJW 1992, 337.

22 BGH WM 1992, 586; Reifner, Handbuch des Kreditrechts, München 1991, S. 262, § 33 Rdn. 80 ff.; ders., Verzugszins- und Erfüllungsanspruch im Konsumratenkredit, JZ 87, 952; ders., Der Verzugschaden der Banken im Konsumentenkredit, ZIP 1987, 546; ders., Verzugszinspauschalen bei der Abwicklung gekündigter Konsumentenkredite, BB 1985, 87 ff.

In der Literatur²³ ist die bestehende Rechtslage als unzureichend gekennzeichnet worden. Es sei "unverständlich, daß das Gesetz parasitäres Schuldnerverhalten nur innerhalb bestimmter Schuldverhältnisse (kaufmännische, U.R.)" verfolge. Verzugszinsen hätten einen präventiven Zweck und müßten daher den Schuldner so treffen, daß er entmutigt wird, aus ökonomischem Kalkül die Zahlung der Geldschuld hinauszuzögern. Während Basedow²⁴ noch meint, ein solches Kalkül "dem Schuldner unterstellen (zu müssen), auch wenn er es in so reiner Form selten vollzieht", weil es "auch die Auffassung der Urheber des BGB"²⁵ gewesen sei, hält Kindler in seiner Konstanzer Habilitationsschrift die sich selbst verwertende Geldschuld für ein Naturgesetz. Geld weise eine "natürliche Produktivität" auf, weil es "für seinen Besitzer 'arbeitet'"²⁶. Man müsse den "Profit beim Schuldner abschöpfen"²⁷, der mit seinem Zinskalkül den Gläubiger um seinen Erfolg zumindest teilweise beraube.²⁸ Das gelte auch für den illiquiden Schuldner, der ja schließlich eine Kreditaufnahme erspare. "Dieser — ... — ohne weiteres einleuchtende Automatismus bedarf keiner weiteren empirischen Belege; er ergibt sich aus der Natur der Sache und gilt gleichermaßen für Kaufleute wie für Nichtkaufleute."²⁹

Juristisch wird dies entweder aus einem verobjektivierten Schadensbegriff, einem faktischen Kreditvertrag oder aus dem Bereicherungsrecht abgeleitet. Neu an diesen Positionen ist insoweit, daß die Unterscheidung zwischen handelsrechtlichen Bereichen, in denen Geld üblicherweise zinsbringend angelegt und Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs und beschränkte Haftung aufgefangen wird, und den Bereichen der Schulden privater Haushalte, bei denen das Geld kompensationslos verausgabt wird, ebenso wie die Unterscheidung zwischen Zahlungsrückstand aus Kalkül und Zahlungsrückstand aus subjektivem Unvermögen nicht einmal mehr zu unterschiedlichen Pauschalen und Verfahren führen sollen.

Die Position Kindlers ist nicht vereinzelt geblieben, sondern wurde in der Diskussion um die Höhe der Verzugszinsen, vor Erlaß des Verbraucherkreditgesetzes in der Literatur

23 Kindler, P., Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht — Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, Tübingen Mohr (Siebeck) 1996, mit Nachweis der in- und ausländischen Literatur; Basedow, Die Aufgabe der Verzugszinsen in Recht und Wirtschaft, ZHR 143 (1979) 317 ff.

24 A.a.O., S.323.

25 Verweis auf Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Teil 3 III, S. 69.

26 A.a.O. S. 143.

27 A.a.O. S.69.

28 A.a.O. S. 118, 169.

29 A.a.O. S.143.

häufig vertreten, indem man den Verzugszins im Ergebnis aber gleichartig am Erfüllungszinssatz des Vertrages orientieren wollte.³⁰

4. Ergebnis

Der Grundsatz der unbedingten Geldzahlungspflicht "Geld muß man haben" kann somit für die h.M. in der Zivilrechtswissenschaft darin zusammengefaßt werden, daß die Gläubiger prinzipiell einen Anspruch auf die ungeschmälerste sich selbst verwertende Kaufkraft haben, die durch eine Geldschuld repräsentiert wird. Unabhängig von den sozialen Bedingungen, unter denen eine Einkommenserzielung stattfindet, sollen auch die zahlungsunfähigen Schuldner dazu verpflichtet sein, die Geldmittel zur Begleichung einer Geldschuld zu verschaffen, den Geldwert evtl. sogar gegen Inflationsverlust zu erhalten und seine Steigerung nach den allgemeinen Verwertungsbedingungen von Kapital auf dem Markt zu gewährleisten.

II. Der "Angriff" auf die Grundfesten des Zivilrechts

In der 1976 unter dem Titel "Recht des Konsumentenkredites" fertiggestellten und 1979 als Buch unter dem vom Verlag bevorzugten Titel "Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung" veröffentlichten Dissertation habe ich das Prinzip der unbegrenzten Geldschuld als unsozial und als "implizites Denkverbot darüber, woher man dieses Geld zu haben hat"³¹ bezeichnet. Gleichzeitig wurden Vorschläge gemacht, wie über eine "soziale Auslegung"³² der Verträge im Bereich der an Monatseinkommen gekoppelten Ratenkredite für Konsumenten der Einkommens-"Vorrat", aus dem die Konsumenten ihre Raten bezahlen, in der zivilrechtlichen Bewertung sichtbar werden könnte. Dadurch sollten Fragen der Risikoverteilung nach den üblichen Verteilungsmaßstäben des BGB auch gesellschaftliche Risiken wie vor allem Arbeitslosigkeit möglich werden, die nicht ohne weiteres einem Vertragspartner allein zuzuordnen sind. Nachdem die Arbeit bereits heftige Kontroversen im Fachbereich Rechtswissenschaften der FU Berlin ausgelöst hatte³³, fand sie dann in der Literatur praktisch einhellige Ablehnung.³⁴

30 *Emmerich*, Zum Verzug bei Ratenkreditverträgen, WM 1984, 949; *Löwisch*, Die Zins- und Schadensersatzansprüche des Ratenkreditgebers bei Säumnis des Kreditnehmers, BB 1985, 959 ff.; *Reifner*, BB 1985, 87 ff.

31 A.a.O., S. 308.

32 A.a.O., S. 91 ff.

33 Es wurde eine gesonderte Zivilrechtslehrrsitzung einberufen, auf der der Fachbereichsvorsitzende vorschlug, die Dissertation, die von den Gutachtern Wesel und Gerlach mit sehr gut bewertet worden war, abzulehnen. Der Kompromiß bestand dann darin, daß zwei zusätzliche Gutachten der Professoren Konzen und v. Maydell erfolgten, aufgrund deren die Dissertation überarbeitet wurde.

34 Schwerpunktmäßig befassen sich mit der Arbeit *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem — eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts, Heidelberg 1981; *Medicus*, "Geld muß man haben" — Unvermögen und Schuldnerverzug

Die Vorwürfe reichten von "ideologischer Realitätsferne" und "Systemüberwindung" (Hadding S. 26), "ideologischer Natur" (Karsten Schmidt Rn C30), "Phrasen, (mit denen) die Privatautonomie dem gewollten Ergebnis geopfert (wird)" (Medicus S.495), "Schrittmacher der Systemveränderung" (Dauner-Lieb S.144), "Beseitigung der marktwirtschaftlichen Steuerung" (Gröner/Köhler S.72). Auch in der Verbraucherschutzliteratur gab es eher Ablehnung. Immerhin haben sich mehrere Bücher und Aufsätze und offensichtlich auch Seminare eigens mit diesen Thesen befaßt, ohne daß der Verfasser allerdings die Gelegenheit bekam, sich an dieser Diskussion selber zu beteiligen.³⁵

1. Arbeitslosigkeit und Verschuldung³⁶ — Zum Ausgangspunkt der Kontroverse

1.1 Einwendungsdurchgriff und Pfändungsschutz — Wozu und woher das Geld?

In der Arbeit werden auf der Grundlage empirischer Untersuchungen zum Konsumentenkredit³⁷ vor allem zwei Probleme behandelt:

1. die Frage der rechtlichen Trennung der Ratenzahlungsverpflichtung von den Einkommensverhältnissen der Kreditnehmer im Ratenkredit,

bei Geldmangel, AcP 188 (1988), 489 ff.; Dauner-Lieb, B., Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, S. 108 ff.; Gröner, H./Köhler, H., Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft, Tübingen 1987, S. 52-72 sowie die Buchbesprechungen von Reich, ZVP/JCP 1980, 277 f. und die umfassende Wiedergabe bei Scholz, FLF Nr. 4/80 (wieder abgedruckt in BKG (Hrsg.), Irreführende Verbraucherberatung im Ratenkreditgeschäft — Eine Dokumentation — Neue Schriftenreihe Nr. 5 in der Rubrik "Theoretischer Ausgangspunkt", S. 9 ff., Bonn 1985); direkte Stellungnahmen ferner bei Staudinger-Karsten Schmidt, Vorbem. zu § 244 Rdn. C30f, Hadding, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers im Konsumentenkredit? — Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag 1980, München 1980, S.26.

35 Diskussionseinladungen kamen aus dem Ausland vgl. zur Rezeption in Skandinavien Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law, London 1992, S.8 ff.; ders., Social Civilrätt, Vammala 1987; Zustimmung kam in Deutschland nur von Dubischar, Alternativkommentar BGB, § 279 Rz 6; eine Anfrage an die AcP, die "soziale Auslegung" dort erläutern zu dürfen, wurde abschlägig beschieden. Die Kritische Justiz hat auf das Angebot, den Aufsatz "The Vikings and the Romans" in Deutsch übersetzt abzdrukken, bis heute nicht reagiert.

36 Vgl. Reifner, Verbraucherverschuldung und Arbeitslosigkeit — Soziale Problematik und zivilrechtliche Bewertung, in: Arbeitslosigkeit als Problem der Rechts- und Sozialwissenschaften, Schriften Der Vereinigung für Rechtssoziologie (Hrsg. Winfried Hassemer, Wolfgang Hoffmann-Riem, Manfred Weiss), Bd. 4, Baden-Baden 1. Aufl. 1980, S. 355 ff.

37 Reifner/Weitz/Uessler, Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit, Tübingen 1976 (das Buch wurde auf der Grundlage einer von den Verfassern geleiteten Projektgruppe am Fachbereich Rechtswissenschaften der FU auf Anregung von dem damaligen Senatspräsidenten am OLG Stuttgart, Rolf Bender, verfaßt und von diesem in seiner Reihe Rechtstatsachenforschung nach nicht unerheblichen Querelen mit dem Verlag Mohr (Siebeck) doch noch publiziert, nachdem Bender seine Herausgeberschaft der Reihe in Frage gestellt hat). Es war deutlich, daß die Tatsachen die eigentliche Brisanz der Problematik waren. Das Buch diente dann der Hamburger Gruppe am MPI (damals federführend noch Gerhard Strate) als Grundlage für einen Forschungsantrag, der dann zu der Arbeit von Holzsheck/Hörmann/Daviter, Praxis des Konsumentenkredits, Köln 1976, wurde, die wiederum heftige Kontroversen auslöste.

2. die Ablösung des Konsumzwecks vom Geldgeschäft in der Trennung von Kaufvertrag und Kredit, wie sie unter dem Stichwort des Einwendungsdurchgriffs als Problem in Rechtsprechung und Lehre akzeptiert und inzwischen auch in § 9 VerbrKreditG reguliert wurde.

Beide Teile sind dabei insofern komplementär, als die Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff im finanzierten Abzahlungsgeschäft in den sechziger Jahren³⁸ von den führenden Vertretern der Zivilrechtslehre als Herausforderung an die Rechtsdogmatik begriffen wurde.³⁹ Insofern lag hier zu einem Zeitpunkt, als bereits wegen der Veränderungen auf dem Kredit- und Konsumgütermarkt das finanzierte Abzahlungsgeschäft kaum noch soziale Relevanz hatte, eine rechtsdogmatische "Baustelle" vor, die deutlich werden ließ, daß der Druck zur Einbeziehung "gebrauchswertaffizierter" Risikozuordnungen so viele Ausnahmen von der "Abkapselung des Schuldverhältnisses gegenüber dem Rest der Welt"⁴⁰ provoziert hatte, daß es sich anbot, diese Entwicklungen systematisch und vor allem auch in ihrer Symptomatik zu studieren. Nach den epistemologischen Ansätzen des französischen Philosophen Althusser über die historischen "Entdeckungsverfahren"⁴¹ neuer Ideen und Gedanken zur Ordnung der Welt (Ideologien) bot es sich daher an, nach konstruktiven Elementen zu suchen, die es erlaubten, die Problemstellung auch innerdogmatisch umzukehren und zu fragen, ob es nicht aus einer anderen Perspektive ("terrain") mehr Erkenntniswert habe, die in der bisherigen Dogmatik schwer einzuordnenden Ausnahmen als Regeln zu verstehen, von denen aus sich die Entwicklungen des Schuldverhältnisses weit besser verstehen ließ als es das "Ausnahme"-Instrumentarium⁴² der herrschenden Meinung vermochte.⁴³

38 Vgl. deren authentische Interpretation durch den Senatspräsidenten am BGH Pagendarm, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft — Bemerkungen zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofs, WM 1967, 434 ff.

39 Larenz, Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis — Zur Rechtslage des Käufers im finanzierten Abzahlungsgeschäft", Festschrift für Michaelis, Göttingen 1972, S. 193 ff.; Gernhuber, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund — Zur Lehre von den Vertragsverbindungen, Festschrift für Larenz, München 1973, S. 455 ff.; Esser, Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 87 ff.; Medicus, Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, 613 ff.

40 Medicus, Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, 613, 622

41 Das von Joerges angesprochene "Entdeckungsverfahren Praxis" (Joerges, S. 132 ff.) mit seiner Ablehnung eines theoretischen Gesamtkonzepts zum Verbraucher im Recht (S. 128) steht dabei methodisch gegen das "Entdeckungsverfahren Theorie", das die Entwicklungen, wie Althusser gezeigt hat, aus einer eigenen Geschichte der Widersprüche ableitet, wodurch der "materialistische" Ansatz sich als wesentlich idealistischer entpuppt als das doch recht politisierte Konzept einer Hoffnung auf Organisationen als Triebkräfte der Rechtsentwicklung.

42 Auch die gegen die Ansätze des Verfassers gerichteten Lösungsvorschläge von Medicus, AcP 188 (1988), 501 ff., sind mit "IV. Ausnahmen?" überschrieben.

43 Zum methodischen Ansatz des "Lernens an Widersprüchen" Reifner, S. 23 und zur "symptomatischen Kritik" Reifner, S. 80 ff.; dargestellt auch bei Joerges, a.a.O., S. 25 ff.

1.2 Strukturelle Arbeitslosigkeit — Ist das Zivilrecht zuständig?

Ganz anders ging es dagegen den Vorschlägen, die das Woher? des Geldes rechtsdogmatisch an die Sozialexistenz binden wollten. Dabei gab es auch hier bereits ausreichend Ausnahmen, wie etwa die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 808 ff., 850 ff. ZPO sowie den damals erst in den USA nunmehr auch bei uns eingeführten Verbraucherkonkurs (§ 286 InsO). Sie waren aber auf das Zwangsvollstreckungsverfahren begrenzt und ließen das Erkenntnisverfahren scheinbar unberührt. Nur in der Aufwertungsrechtsprechung vor allem zu Versorgungsbezügen waren Beziehungen zwischen Geldschuld und der Versorgungsfunktion von Einkommen auch im allgemeinen Zivilrecht deutlich geworden, wie sie im Arbeitsrecht (§ 616 BGB) Tradition haben.

Auf der Grundlage empirischer Forschung⁴⁴, die die große Bedeutung der Zyklen wirtschaftlicher Arbeitslosigkeit für das Scheitern von Kreditverträgen hervorhoben, wurde die Frage gestellt, warum die Arbeitslosigkeit selber ebenso wie die anderen Gründe der Zahlungseinstellung wie Kurzarbeit, Krankheit und Ehescheidung in der juristischen Bewertung nicht thematisiert werden und welche Folgen dies für die Adäquanz rechtlicher Konfliktlösungsangebote hat.

2. Soziale Auslegung im Wirtschaftsrecht

2.1 Die Abstraktheit des Zivilrechts und die prinzipielle Kritik

Die Antwort hierfür war bald in der Abstraktion des Zivilrechts von den sozialen Verhältnissen gefunden: "Der Anspruch des Zivilrechts, mit verbundenen Augen gegenüber der sozialen Wirklichkeit die gerechte Entscheidung bereit zu halten",⁴⁵ gehört nach Sinzheimer zum "Weltbild des bürgerlichen Rechts".⁴⁶

Wozu man eine erhaltene Geldsumme (ge)braucht und woher man das Geld zur Zahlung hat bzw. zu erhalten gedenkt, dies gehört nicht notwendig in das vertragliche Synallagma des "do ut des", sondern typischerweise in den Bereich der unbeachtlichen Motive. Geld ist sich danach auch rechtlich gesehen selbst Zweck genug. Zwar ist es nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit den Parteien unbenommen, solche dem Tauschprozeß fremden Motive zum Gegenstand der Vereinbarung zu machen. Allein im Bereich des Konsumenten-

44 Grundlegend waren hierfür vor allem die Arbeiten meines späteren Freundes *David Caplovitz*, *The Poor Pay More*, N.Y. 1967 sowie *Consumers in Trouble — A Study of Debtors in Default*, N.Y. 1975; vgl. *ders.*, *Credit Card Mania in America*, in: Reifner, U./Ford, J. (Eds.), *Banking for People*, S. 119 ff.; Reifner, *The Difficulties of Conducting Social Research with a Moral Commitment: In Memory of David Caplovitz*, JCP 15 (1992), 463 ff.

45 Reifner, a.a.O., S.24.

46 *Ders.*, *Ausgewählte Schriften "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie"*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1976, S. 79 ff.

tenkredits innerhalb einer durch Wettbewerb wenig korrigierten Form unterschiedlicher Verhandlungsmacht ist die Existenz solcher Vereinbarungen mehr als unwahrscheinlich. Auch gehören solche Motive nicht zur "Natur des Vertrages" (§ 9 AGB-G) und finden sich nur ausnahmsweise im dispositiven Gesetzesrecht des BGB etwa bei dem Verwendungszweck von Waren und Dienstleistungen in den Vorschriften über die Mängelhaftung.

Die "Abstraktion" wird, wie oben gezeigt, in bezug auf die Herkunft des Geldes absolut in dem Grundsatz zusammengefaßt, "Geld hat man zu haben". Allerdings ist die Privatautonomie, die diese Abstraktion erlaubt, zugleich auch das Mittel zu ihrer Begrenzung. Korrekterweise wäre nämlich der Satz zu ergänzen mit dem für die Vertragsfreiheit notorischen, "soweit nichts anderes vereinbart."⁴⁷ Daß solche Vereinbarungen möglich sind, ist unbestritten⁴⁸, wenn z.B. die GbR bei ihren Verträgen mit Dritten die Haftung der Gesellschafter auf die Einlage begrenzen kann⁴⁹, wie es bei Immobilienfonds in der Form der GbR sogar die Regel ist. Die Einmann-GmbH des § 1 GmbHG, die heute den Typus der GmbH dominiert, ist längst zum "Kaufmann mit beschränkter Haftung" geworden, bei dem zwar rechtstechnisch die Haftungsbegrenzung aus der Personifizierung von Kapital als juristischer Person herrührt, letztendlich aber eine konstruktivere Erklärung darin zu sehen ist, daß durch die Eintragung der GmbH ins Handelsregister und der Verdeutlichung der Haftungsbegrenzung durch die Firma nach außen jeder Vertragspartner diese Haftungsbegrenzung des Alleingeschafters als Teil des Vertragsangebotes akzeptiert. Die Beschränkung der Geldhaftung auf das für die Zwecke eines bestimmten Unternehmens eingesetzte (Stamm-)Kapital kann daher auch durch Auslegung der mit der GmbH geschlossenen Verträge (wie für die BGB-Gesellschaft anerkannt) konstruktiv erreicht werden.⁵⁰

Damit erweist sich die unbegrenzte Geldschuld nicht als Dogma, sondern eben nur als Anspruch des Zivilrechts, Verträge ohne Rekurs auf Einkommen und Gebrauchswerte anzuerkennen und durchzuführen.

Ich habe diese Erkenntnis von der Abstraktion des Zivilrechts von Konsum (Einwendungsdurchgriff) und Arbeit (Arbeitslosigkeit) als "prinzipielle Kritik" des Zivilrechts bezeichnet, weil sie sich auf die Prinzipien des Zivilrechts bezieht.

47 Vgl. *Medicus*, "Geld hat man zu haben", AcP 1988, 494, m.w.N. für die beschränkte Gattungsschuld.

48 So auch *Medicus*, a.a.O., 494 m.w.N. Fn. 16.

49 *Kübler*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1990, § 6 III 4 c bb), S. 58; BGH NJW 1987, 3124 f.

50 Dieser Ansatz erlaubt dann im übrigen auch ohne den dauernden und wenig eingrenzbaaren Rekurs auf § 826 BGB die Fallgruppen festzustellen, in denen der Durchgriff auf den Alleingeschafter deshalb gerechtfertigt ist, weil die Haftungsbegrenzung nicht offen gehandhabt und vor allem der Schutz durch Irreführung der Kontrahenten mißbraucht wurde. (Vgl. § 11 Abs. 2 GmbH-G)

Es ist keine "juristische", sondern im Kern eine soziologische Kritik, weil Recht über diese Abstraktion Realität aus der Konfliktbewertung ausschließt und damit als "unwichtig" definiert. Dieser Vorgang ist jedem Juristen in der Praxis ohne weiteres geläufig, wenn es darum geht, aus dem "Lebenssachverhalt" den "juristisch relevanten Sachverhalt" herauszulösen oder im Urteil den "Tatbestand" zu schreiben. Rechtliches Konfliktlösungspotential wird durch Realitätsverlust überhaupt erst möglich. Diese Reduktion von Komplexität, wie Luhmann⁵¹ es genannt hat, ist in gewissem Sinne notwendig und schafft erst die "Versachlichung" von Konflikten. Daß man mit einer einzigen Regel etwa des § 280 oder § 286 BGB praktisch eine unendliche Anzahl von höchst unterschiedlichen Konfliktsituationen mit angemessenen und akzeptablen Lösungen versorgen kann, hat dem modernen bürgerlichen Recht erst seine Funktionalität und damit auch seinen Sieg über andere Rechtsordnungen ermöglicht.⁵² Die Erkenntnis von Realitätsverlust im Recht ist keineswegs marxistisch oder systemüberwindend. Sie eröffnet im Arbeitsrecht seit langem Erklärungen dafür, wonach Konflikte um Lohn und Arbeit mehr Elemente enthalten als wie es die §§ 320 ff. BGB zum Ausdruck bringen. Auch in der Geschichte des Wohnraummietrechts hat man die Herauslösung der Wohnung aus den allgemeinen Mietsachen gerade deshalb für richtig gehalten, weil "Wohnen" eine im allgemeinen Teil des Schuldrechts nicht berücksichtigtes jedoch durchaus sozial relevantes "Motiv" eines Dauerschuldverhältnisses ist.

Marx kommt allerdings das Verdienst zu, daß er die Entstehung der spezifisch juristischen Abstraktion aus der Entwicklung der Geldwirtschaft im "Kapital" besonders pointiert beschrieben hat. Geld selber ist eine Abstraktion vom Wert der Waren, den er in doppelter Weise im Anschluß an Ricardo und Smith als Tauschwert und Gebrauchswert bezeichnet hat. Vertragsrecht ist die Widerspiegelung dieser Abstraktion im Recht. Daher macht allein die Existenz des Geldes die spezifische Abstraktionsleistung des Zivilrechts möglich und zu einem in der Konfliktbeilegung wirksamen Instrument. Nimmt man dem Zivilrichter den Geldersatz als Sanktionsmittel, so bleibt von dem hochentwickelten System allzu wenig übrig. Ein Wirtschaftsjurist ohne Rekurs auf das Geld ist wie ein Geiger ohne Instrument.

Im Unterschied zum Geiger, der sehr wohl weiß, daß man auch mit anderen Instrumenten Musik machen kann, hat Marx jedoch behauptet, daß die Abstraktionsleistung des bürgerlichen Rechts nicht ein Instrument, sondern sogar eine Weltanschauung sei. Die bürgerliche Klasse glaube daran, daß das Streben nach Geld und Profit allein Inhalt von Wirtschaft sei. Die bürgerliche Justiz wäre daher nicht nur Rechtsanwender, sondern auch Gralshüter einer Anschauung, in der die ausgesparten Elemente der Sozialexistenz

51 Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Kohlhammer, Stuttgart 1974

52 Reifner, *The Vikings and the Romans*, a.a.O.

nicht nur für unerheblich für die juristische Bewertung, sondern sogar für nichtexistent erklärt würden.

Ich habe mit meiner Definition von Recht als an "Ordnung interessierter Herrschaft" (a.a.O., S. 72) mich von dieser Marx'schen These distanziert (ausdrücklich S. 67 oben). Ideologien beherrschen nicht die Menschen, sondern werden von ihnen zur Ordnung ihrer Umwelt und zur Verhaltenssteuerung benutzt. Es ist daher, wie bei den Rechtsfiktionen offensichtlich, durchaus möglich und sinnvoll, eine "falsche" oder "reduzierte" Sicht der Realität zu nutzen, um einfach und schnell notwendige und im Ergebnis verträgliche Entscheidungen zu produzieren. Erst wo Ideologien zu Glaubensätzen werden und die eigene Wahrnehmung ersetzen, entstehen Weltanschauungen, die dem Menschen als nicht mehr steuerbare fremde Macht gegenüberreten.

Marx und vor allem seine Apologeten waren insoweit lausige Soziologen und Betriebswirte. Menschen setzen auch im praktischen Alltag ("Wir wollen einmal unterstellen, daß ...") Ideologien als Instrumente zur Ordnung ihrer sozialen Verhältnisse einsetzen und damit ihren Alltag von Komplexität und Unsicherheit entlasten.⁵³ Daher ist es auch historisch keineswegs so gewesen, daß vornehmlich die "Arbeiterklasse" das Geld oder den Tauschvertrag in Frage stellten. Es waren vor allem bürgerliche Juristen wie Lasalle, Lenin, Liebknecht, Levi, die als sozialistische Theoretiker die politische Diskussion anführten und dabei eine neue Ideologie aufbauten, die auch nur in gewisser Weise für das eigene Bestreben nützlich, in ihrem Realitätsgehalt aber noch reduktionistischer als die bürgerliche Ideologie war.

Allerdings hat die Reaktion auf meine Präzisierung der prinzipiellen Kritik im Bereich des Ratenkredits den Eindruck hervorgehoben, als ob doch Marx zumindest insoweit recht hatte, als zumindest die Juristen daran glauben, daß ihre zu Zwecken des Rechts formulierte Weltsicht auch die erschöpfende Widerspiegelung sozialer Realität ist. Nicht anders kann der Verfasser sich den durchgängigen Ideologievorwurf erklären, mit dem gerade seiner Kritik an der "Realitätsverleugnung" des Zivilrechts begegnet wurde.

Bzgl. des Satzes "Geld hat man zu haben" hatte ich davon gesprochen, daß dieser Satz in die soziale Realität des Ratenkredits, der gerade deshalb in Raten rückzahlbar ist, weil er an das Monatseinkommen der abhängig Beschäftigten anknüpft, übersetzt lauten müßte: "Arbeitseinkommen hat man zu haben" (S.310).

Weniger provokativ könnte man den Satz so formulieren, daß auch im Ratenkreditvertrag das Zivilrecht grundsätzlich von der unwiderleglichen Vermutung ausgeht, daß jedermann, der Konsumkredite aufnimmt, für die Dauer der Rückzahlungsverpflichtung

53 Vgl. dazu Luhmann (Fn. 51); Reifner, *The Vikings and the Romans*, a.a.O.; meine Kritik an der Gruppe Ideologie-Theorie des marxistischen Philosophen F.W. Haug, in: Reifner/Sonnen, *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Frankfurt a.M. 1982.

über ein monatliches Arbeitseinkommen oder, was für soziologisch informierte nicht weniger fiktiv erscheint, ein Vermögen "aus einer Erbschaft, einem Lottogewinn oder anderswo geliehenem Geld"⁵⁴ verfügt.

Dies hat dann wiederum die logische Konsequenz, daß im Rahmen der §§ 322 ff. BGB die Berufung auf Arbeitslosigkeit ausgeschlossen ist und somit zwar derjenige, der die Kuh nicht rechtzeitig liefert, weil sie vor Lieferung gestohlen wurde, den Verzug nach § 322 ff. BGB nicht zu vertreten hat, derjenige, dem das Monatseinkommen in Zeiten struktureller Arbeitslosigkeit "abhanden gekommen" ist, dies jedoch im Ergebnis gleichwohl individuell zu vertreten hat. Gleichwohl macht der Satz Sinn, weil er, wie Medicus zu Recht meint, davon entlastet, in jedem Fall des Zahlungsverzugs sich mit kaum kontrollierbaren Entschuldigungen des Schuldners auseinandersetzen zu müssen. Gleichwohl muß es erlaubt sein, diese Funktion einer Zahlungsideologik bzw. Rechtsfiktion offenzulegen.

In dieser Feststellung kann eigentlich noch keine "Systemveränderung" oder gar ein Angriff auf die "Wirtschaftsordnung als Ganzes"⁵⁵ gesehen werden. Stärker herausgefordert hat wohl der Satz, daß das Prinzip der unbeschränkten Geldschuld ein "implizites Denkverbot darüber, woher man Geld zu haben hat", sei (S. 308).

Dieser Satz schießt in der Tat über das Ziel hinaus. Die Fiktion unbeschränkter Verfügungsmacht über Geldeinkommen in der Sphäre des Ratenkredits ist kein Denkverbot, sondern nur ein Ordnungsmittel. Jedem Juristen ist es unbenommen, sich ein eigenes Bild über die tatsächliche Lage der Kreditnehmer zu machen. In der Person des Senatspräsidenten am OLG Stuttgart Rolf Bender⁵⁶ hatte der Verfasser auch einen Förderer getroffen, der sich mit seinem Konzept einer Rechtsstatsachenforschung genau hierum aktiv kümmerte und damit deutlich machte, daß er als Richter durchaus die Abstraktionen des Zivilrechts als Instrumente achtet und doch sein Wissen um die soziale Realität zur Rechtsfortbildung nutzen konnte.⁵⁷

Gleichwohl haben die Reaktionen der akademischen Juristen überwiegend doch den Eindruck erweckt, als ob die bezeichnete Rechtsfiktion doch mehr als ein Ordnungsmittel sein soll. Wenn dem Verfasser, der sich in seiner Dissertation sowie den vorherigen Schriften ausgiebig mit der sozialen Realität und den hierzu verfügbaren Untersuchungen zur Verschuldung beschäftigt hatte, eine ideologische Sichtweise der Realität, Realitäts-

54 So die Beispiele von *Medicus*, a.a.O., S. 494.

55 So *Dauner-Lieb*, a.a.O., S. 144.

56 Vgl. *Bender, Rolf*, Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980, 1129.

57 Bender hat sich 1980 auf dem Juristentag ostentativ in dem Augenblick erhoben und neben den Verfasser gesetzt, als in einem Referat dessen Position als kommunistisch ausgegrenzt wurde. Angesichts der geschlossenen Front der Bankrechtler auf dem 80. Deutschen Juristentag, wie sie in den Protokollen nachzulesen ist, zeigt dies Zivilcourage.

ferne und Unverständnis für die Wirklichkeit von Juristen vorgeworfen wird, deren Erfahrungshorizont im Konsumentenkredit sich allenfalls aus der Zeitungslektüre oder Mutmaßungen über leichtfertige Verschuldung speist, dann liegt die Vermutung nahe, daß innerhalb der juristischen Profession eine solche Beschäftigung mit der Realität auch unerwünscht ist. Dies kann aber nur seinen Grund darin haben, daß man diese Realität bereits adäquat in der Rechtsfiktion zum Ausdruck gekommen sieht.

Als Soziologe hat mich immer gewundert, wie der Vorwurf der Ideologie gemacht werden kann, ohne daß das eigentliche Kriterium von Ideologie, das Verhältnis von Aussage und Wirklichkeit selber thematisiert wird.

Deutlich wird dies nicht zuletzt in der oben zitierten jüngst erschienen Habilitationsschrift von Kindler⁵⁸. Neben der bereits zitierten Passagen wird dort behauptet, da private Kapitalanleger ihre Präsenz am Kapitalmarkt verstärkt hätten, müsse davon ausgegangen werden, daß auch private säumige Schuldner ihr Geld statt zurückzuzahlen, dort investierten (S. 156). Illiquide Schuldner würden ihr Geld in aller Regel mutwillig zurückhalten, um sich den Vorteil zu verschaffen, "eine Kreditaufnahme zu vermeiden ..." (S. 157). Aber auch bei Dauner-Lieb⁵⁹ wird eher nebenbei darauf hingewiesen, daß "konsequenter Sozialschutz ... einen ... pervertierenden Aussperrungseffekt bewirken ... kann". Begründet wird dies mit "Entwicklungen am Lehrstellen- und Wohnungsmarkt."

Belegt wird das nicht. Empirische Erhebungen sind den Autoren unbekannt. Von daher erscheint es nicht abwegig, die damals aufgestellte Behauptung korrekter so zu formulieren: Rechtsfiktionen werden vor allem in Deutschland von Juristen zu Denkverboten und Wirklichkeitsbehauptungen mißbraucht.⁶⁰ Sie sind, und das ist vielleicht wichtiger als Korrektur anzumerken, keine Denkverbote. Genau darum ging es ja der Forderung nach "sozialer Auslegung".

Die prinzipielle Kritik der Abstraktion des Zivilrechts von der Sozialexistenz im Konsumkredit, wie sie in dem Satz, "Geld hat man zu haben" hervortritt, bedeutete somit nicht, daß die dahinterstehende Fiktion aufzuheben ist. Der Verfasser hatte auch damals, was die Kritik keineswegs übersieht⁶¹, deutlich gemacht, daß er das Prinzip der unbeschränkten Geldschuld nicht aufheben, umkehren oder gar wesentlich einschränken wollte. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, daß dieses Prinzip Grundlage der Marktwirtschaft ist und bei seiner Abschaffung keine vernünftigen Regelungsangebote des Zivil-

58 S.o. Fn 23.

59 A.a.O., S. 143.

60 Dies dürfte eine spezifisch deutsche Tradition sein, die ihre unseligsten Früchte im Nationalsozialismus gezeitigt hat. Vgl. *Reifner*, Juristen im Nationalsozialismus, ZRP 1983; vgl. dazu die Erwiderung von *Bertram*, Die sogenannten Rutenbündel des Faschismus, ZRP 1983, wo auch wiederum der Ideologievorwurf dominiert.

61 Vgl. *Medicus*, a.a.O., S. 396 sowie Fn 18; *Staudinger-Karsten Schmidt*, Rdn. C30.

rechts mehr denkbar sind. Insofern war Windscheid⁶², den Medicus als "prominenten Vorgänger" vorstellt, wohl erheblich radikaler.

Die prinzipielle Kritik hat in der "sozialen Auslegung" allein ideologiekritische Funktion. Ihr geht es darum, das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsfiktion und sozialer Wirklichkeit im Bereich des Konsumentenkredits bzw. im Bereich "sozialer Dauerschuldverhältnisse" des Arbeits-, Wohnraummiet- und Verbraucherrechts auch dem Rechtsanwender bewußt zu machen. Aus ihr ergibt sich nicht, und dies ist angesichts einiger recht moralisierender und damit mißverständlicher Stellen in der Ausarbeitung richtigzustellen, inwieweit diese Fiktionen verwendet werden sollen und müssen.

Darüber entscheiden der Gesetzgeber bzw. über die Gestaltung der Verträge die Vertragspartner sowie, soweit deren Entscheidungen nicht eindeutig sind, die Gerichte durch *lege artis* erfolgte Auslegung von Gesetz und Vertrag. Dieses Postulat sollte, wie Joerges⁶³ zutreffend dargestellt hat, die prinzipielle Kritik in den Rahmen der Rechtswissenschaft stellen. Was dagegen unzureichend verstanden wurde, ist die Begrenzungsfunktion der symptomatischen Kritik für die Schlußfolgerungen aus der prinzipiellen Kritik im Recht, wodurch die Arbeit sich gerade von üblichen Entlarvungsstrategien zum "bürgerlichen" Recht absetzen wollte.

2.2 Das System der Ausnahmen und die symptomatische Kritik

2.2.1 Die symptomatischen Kritik

Die symptomatische Kritik setzt nach dem in Althusser's Epistemologie beschriebenen methodischen Verfahren am Regel-Ausnahme-Schema wissenschaftlicher Analysen an und stellt deren Verhältnis zueinander auf den Kopf. Im Bild der Geographie läßt sich dies dadurch verdeutlichen, daß die Isolation der Geldschuld von Zweck und Herkunft des Geldes im Tauschprozeß und damit auch der Satz "Geld hat man zu haben" das eigentliche "Terrain" juristischer Argumentation ist. Das Verlassen dieses Terrains ist dogmatisch nicht erlaubt, worauf gerade Flume⁶⁴ immer wieder mit seiner Kritik hingewiesen hat. Mit der Aufwertungsrechtsprechung, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Scheidung bei der Ehegattenunterschrift unter Kreditverträge, dem Einwendungsdurchgriff, der Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten, bei Ansprüchen aus *culpa in contrahendo* gegen die Ausnutzung wirtschaftlicher Notlagen in der Umschuldung u.s.w. wird dieses "Terrain" verlassen. Juristisch wird dies mit dem Begriff der "Ausnahme" umschrieben. Soweit Ausnahmen einzelfallbezogen sind, sind sie im System des Rechts noch

62 *Pandekten II*, (9. Aufl.) § 277 zu Fn 8, 9 (nach *Medicus*, a.a.O., 497).

63 A.a.O., S. 26.

64 A.a.O., (oben Fn. 66).

mitgedacht, weil im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auch nicht generell faßbare Situationen zu berücksichtigen sind.

Immerhin muß dabei akzeptiert werden, daß ein Jurist auf diesem Gebiet nicht mehr handwerklich als Jurist tätig ist und sich daher für seine dem Rechtsgefühl und ähnlich definierten Legitimationsmustern geschuldeten Entscheidungen anderen Kontrollmechanismus als dem *lege artis* unterwerfen muß.

Die "Legitimation durch Verfahren" (Luhmann) reicht aber dort nicht mehr aus, wo Ausnahmen systematischer Natur sind, d. h. wo sie wie bei den oben gezeigten Problemkomplexen tatbestandlich fixiert gerade die Einzelfallgerechtigkeit ausschließen und damit dem Rechtsanwender den eingeräumten Spielraum nehmen. Hier ist es dann geradezu umgekehrt: Will der Rechtsanwender etwa bei der Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten zur Wirksamkeit eines wucherischen Kredites und damit zur Regel zurückkehren, so muß er etwa bei hohem Kreditrisiko nunmehr die Einzelfallgerechtigkeit bemühen, um ausnahmsweise überhöhte Zinssätze zu rechtfertigen.

Es hat sich somit ein neues Terrain von Regeln im "Gebiet der Ausnahmen" gebildet, die neben dem ursprünglichen Gebiet der Rechtsdogmatik Geltung beanspruchen. Wächst dieses Gebiet wie etwa im Bereich des Verbraucherschutzes oder früher schon im Arbeits- und Mietrecht an, (was sich nicht an der Zustimmung der akademischen Jurisprudenz, sondern allein an der sozio-ökonomische Bedeutung des entsprechenden Regelbestandes (law in action) mißt), so muß das Verhältnis dieser Terrains zueinander geklärt werden. Ziel muß die Einheit der Rechtsdogmatik sein, weil anders ihre Daseinberechtigung in der Verwirklichung der Grundaporien von Gleichheit und Sicherheit im Recht nicht erreichbar ist. Diese Einheit kann aber nur vom Terrain der Ausnahmen her wiederhergestellt werden, weil sich dieses Terrain ja gerade aus dem ursprünglichen Regelwerk ausgliederte. Es war dort nicht integrierbar, während die umgekehrte Fragestellung, ob sich die bisherigen Regeln im Terrain der Ausnahmen integrieren lassen, noch gar nicht gestellt wurde.

Dabei ist dieser Prozeß dialektischer Fortentwicklung von Theorie eingebettet in einen allgemeinen Prozeß von Beharrung und Reform, bei dem das Konservative im guten Fall dafür sorgt, daß die bestehenden Werte auch tatsächlich im dreifachen Wortsinn der Dialektik "aufgehoben" (aufbewahrt, abgelöst, auf eine höhere Ebene gehoben) werden. Im schlechteren Fall werden Entwicklungen blockiert, theoretisch die Einheit des Rechts undefinierbar und praktisch dem Recht Relevanz für die sozio-ökonomische Wirklichkeit genommen.

In der symptomatischen Kritik der dogmatischen Tradition von der unbegrenzten Geldschuld wird demnach konkret danach gefragt, ob 1. Ausnahmen von diesem Grundsatz oder allgemeiner vom Abstraktheitsprinzip des Zivilrechts von den sozialen Funktionen existieren, 2. welche Form sie angenommen haben und mit welcher Legitimation sie

entwickelt wurden, bevor aus ihnen 3. der Versuch einer allgemeinen Regelbildung abgeleitet wird, die die bisherigen Regeln einschließt, innerhalb derer dann 4. die soziale Problematik der Arbeitslosigkeit Verschuldeter juristisch thematisierbar wird.

2.2.2 *Social Force Majeure* — Ratenzahlung und Sozialexistenz

Die Arbeit kam dabei zu dem Ergebnis, daß 1. Elemente der Sozialexistenz typischerweise im Wegfall der Geschäftsgrundlage⁶⁵ als Ausnahmen thematisiert werden, daß 2. die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage teilweise als Form einer objektivierten Vertragsauslegung integrierbar erscheint⁶⁶, und daß hierzu 3. die Zweckbestimmung im Recht (causa) neu formuliert werden muß. In den Begriffen der Topik bedeutet dies, die formale Gerechtigkeit als Teil einer umfassenderen sozialen Gerechtigkeit zu begreifen.

In der Neuformulierung des rechtsgeschäftlichen Zwecks wird dem herrschenden *do ut des*⁶⁷ unterstellt, daß es im Nebeneinander und Miteinander von gebrauchswert- und tauschwertorientierten Transaktionen⁶⁸ verschiedene Zwecke vermitteln kann, wobei der Zweck der individuellen Gewinnmaximierung nur ein Unterfall der individuellen Nutzenmaximierung ist, die auch in sozialen Zwecken wie Konsum und Arbeit ihre Erfüllung findet. Dies verkennt nicht, daß die tauschwertorientierte Gewinnerzielung als historischer Grundfall des Vertragsrechts sich auf die Kodifikationen berufen kann. Unter dem Topoi formaler und sozialer Gerechtigkeit⁶⁹, wie es Wilhelmsson in seinem Rechtsprinzip der "Social Force Majeure"⁷⁰ inzwischen ausführlich mit Bezug auf die internationale Rechtslage dargelegt hat, erscheinen dann Ereignisse und Zwecke der Sozialexistenz als Vertragsinhalte ohne weiteres integrierbar, wenn sie im übrigen den Kriterien des Rechtssystem an Rechtssicherheit, Gleichheit und (Vertrags-) Freiheit standhalten können.

Im Ergebnis bedeutet dies, daß die Leistungspflicht eines im Ratenkredit verpflichteten Schuldners dahingehend auszulegen sei, daß *nur* in dieser spezifischen Konstellation die

65 Dies ist dann auch das dogmatische Angebot, das *Medicus*, a.a.O., S. 501 macht, um "den unverschuldet zahlungsunfähig Gewordenen (nicht) allemal ohne rechtliche Hilfe" zu lassen.

66 *Flume*, § 26 6. a) S. 518, sieht in der Aufwertungsrechtsprechung zum Ruhegehalt (BGHZ 61, 31) das Problem, daß das "Unterlassen der Vereinbarung einer Geldentwertungsklausel" nicht einseitig zu lasten des Ruhegeldempfängers gehen sollte.

67 Dazu im einzelnen *Reifner*, *The Viking and the Romans*, a.a.O., S. 191 f.

68 Hierzu vgl. *Reich*, *Markt und Recht*, Neuwied 1977, S. 180 ff. "Gebrauchswertaffizierung des Konsumtionsprozesses"; *Wilhelmsson*, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht 1992, S. 97 ff., 101 ff., "Need-orientation".

69 Dazu BVerfG WM 1993, 2199 zur Auslegung der Generalklauseln durch die Zivilgerichte im Lichte des Sozialstaatsprinzips, wonach die Sozialexistenz mithaftender Bürgen im Konsumentkredit Beachtung erfordere, was in Rechtsprechung (BGH ZIP 1989, 629; NJW 1991, 2015 ff.; BB 1992, 387) und Literatur (u.a. *Medicus*, ZIP 1989, 817 ff.; *Westermann*, JZ 1989, 746 ff.) nicht ausreichend berücksichtigt wurde.

70 A.a.O., S. 180 ff.

Verpflichtung so zu verstehen ist, daß der Schuldner, soweit keine anderen Vermögensbestände zur Rückzahlung erkennbar waren und auch zum Zeitpunkt der Insolvenz nicht vorhanden sind, vertraglich allein dazu verpflichtet ist, die Kreditrückzahlung aus seinem verfügbaren Monatseinkommen (Arbeits- oder Lohnersatzeinkommen) zu begleichen. Die Verfügbarkeit von Arbeit ist damit als ausdrückliche "Geschäftsgrundlage" Teil der vertraglichen Vereinbarung. Rechtsdogmatisch übersetzt bedeutet dies, daß eine Ratenzahlungsverpflichtung im Konsumtenkredit als eine durch vertragliche Vereinbarung beschränkte Gattungsschuld anzusehen ist (S. 317), wobei angesichts der h.M., die die Geldschuld nicht mehr hierunter subsumieren will, die übliche analoge Anwendung dieser Bestimmungen ausreicht. Rechtsdogmatisch hat diese Lösung den Vorteil, daß statt einer vagen "Anpassung" als Rechtsfolge eines allein auf § 242 BGB gestützten Wegfalls der Geschäftsgrundlage die differenzierten und entwickelten Regeln über Leistungsstörungen unmittelbare Anwendung finden könnten.

Für die Fälle vorübergehender unverschuldeter Arbeitslosigkeit bei fehlendem anderen Vermögen entfällt dadurch ganz oder teilweise das "Vertreten müssen" i.S. des §§ 281, 276 BGB, so daß eine zinslose Stundung das Ergebnis sein könnte. Für Arbeitsunfähigkeit, die heute schon häufig durch Versicherungen abgedeckt wird, wäre sogar an eine Anwendung der Unmöglichkeitvorschriften zu denken. Konstruktiv wäre darüberhinaus auch die Beschränkung der Gläubigerrechte auf die Erbmasse im Todesfall und damit die Unvererblichkeit von Schulden (§ 1990 BGB) geklärt.⁷¹ Darüber hinaus wäre über § 323 Abs.3 BGB sowie § 812 Abs.1 S.2 2. Alt., 818 Abs.2 und 3 BGB eine Abschöpfung evtl. entstehender Bereicherungen des Schuldners gewährleistet.

Zu einer Ausarbeitung der in der Dissertation auf 1½ Seiten zusammengefaßten dogmatischen Folgen hatte der Verfasser angesichts einer bereits während der Erarbeitung der Thesen deutlichen und vehementen Ablehnungfront keinen Anlaß. Praktische Relevanz würde der Konstruktion ohnehin selber nicht zukommen. Zunächst konnte es daher nur darum gehen, überhaupt die Denkmöglichkeit einer systematischen Einbeziehung sozialer Faktoren in das vertragliche Synallagma zu demonstrieren. Allein schon dieses Unterfangen stieß ja bereits auf Barrieren⁷², die nicht nur verbal, sondern auch konkret an Publikationsmöglichkeiten, Einbeziehung in Seminare, Kongresse und Vereinigungen und schließlich am beruflichen Fortkommen ansetzten. Entsprechend wurde in der Folgezeit auch nicht auf diese Konstruktion unmittelbar zurückgegriffen, sondern ihre Logik innerhalb der anerkannten Ausnahmekonstruktionen der §§ 138 Abs. 1, 315, 626 und 242

71 Daß die Konstruktion hier "überflüssig" ist (Staudinger-Karsten Schmidt, Vorbem. zu § 244 C30) zeigt gerade, daß sie gesetzliche Regelungen sinnvoll erklären kann.

72 Medicus, a.a.O., S. 501, hat das Urteil zusammengefaßt: "für die Ansicht Reifners fehlt jeder Anhalt"; Staudinger-Karsten Schmidt, Rdnr. C30 formuliert: "Offenbar ist aber auch die zivilrechtsdogmatische Unhaltbarkeit seines Lösungsansatzes".

BGB entwickelt, deren "Terrain" sich mit rasanter Geschwindigkeit seitdem ausgebreitet hat.⁷³

Inzwischen ist die Berücksichtigung der Sozialexistenz im Zivilrecht sogar verfassungsrechtlich abgesichert⁷⁴ und Verbraucherschutz höchststrichterlich als Rechtsprinzip anerkannt⁷⁵. Die Beachtung, die entsprechende Vorschläge in Gesetzgebung und Rechtsprechung⁷⁶ erfahren haben, machen jedoch deutlich, daß auf der Grundlage eines solchen Konzepts, wie es ähnlich Wilhelmsson in Skandinavien⁷⁷ entwickelt hat, Rechtsentwicklungen durchaus vorausschauend gestaltet und konsistent bestimmt und geordnet werden können. Dadurch könnte Rechtswissenschaft, die sich leider in Deutschland auf die nachträglichen Aufarbeitung der notwendig nachträglichen Reaktionen der Gerichte auf Entwicklungen in der Praxis beschränkt, wieder innovativ werden.

Immerhin haben inzwischen, nachdem die Diskussion der Thesen des Verfassers in der juristischen Literatur beendet wurde, Betriebswirte und Banken selber unter dem Stichwort der sozialen und regionalen Verantwortung der Kreditinstitute bzw. von Ethik und Bankgeschäft die Diskussion über soziale Verantwortung im Individualgeschäft begonnen,⁷⁸ in denen sie durchaus Eigeninteressen an sozial angepaßten Finanzdienstleistungen und damit auch an entsprechenden rechtlichen Gestaltungen artikulieren.⁷⁹ Demgegenüber bestärkt die akademische Rechtswissenschaft die Kreditgeber bisher vor allem im Festhalten am status quo, ohne auf die drängenden Fragen der strukturellen Arbeitslosigkeit, Verarmung und Diskriminierung innerhalb einer autonomeren Marktwirtschaft Antworten und Modelle zu entwickeln. Die negativen Stellungnahmen zur kreditnehmer-

73 Vgl. im einzelnen Reifner, Handbuch des Kreditrechts, München 1991, § 22 Rdn 1 ff. Sittenwidrige Herbeiführung einer Überschuldung; § 42 Rdnr. 214 ff. "Wegfall der Geschäftsgrundlage"; C.i.c. bei schädigenden Umschuldungen, § 38 Rdnr. 1 ff.; Einschränkung der Kündigung aus wichtigem Grund bei unverschuldeter Notlage (§§ 626, 242 BGB) § 30 Rdn. 32 ff.; Ausgestaltung des Verbraucherbankrotts, § 47 Rdn. 26 ff. sowie ders., Grundsätze zur Bewertung des Verbraucherbankrotts, VuR 1990, 132 ff.

74 BVerfG WM 1993, 2199

75 BGH NJW 1986, 2568; Urt. v. 13.7.1994 — IV ZR 219/93 —; NJW 1994, 262.

76 Vgl. dazu einerseits Struktur und Inhalt des VerbrKreditG sowie den Gesetzentwurf in meiner Dissertation sowie die Einfügung eines Schuldenbereinigungsverfahrens in die Insolvenzordnung aufgrund des Alternativentwurf zur InsO sowie die Rechtsprechung zu Kettenkrediten, Umschuldung, sittenwidrig überhöhten Zinsen, Ehegattenmithaftung, Bausparsofortfinanzierungen etc.

77 Die skandinavischen Reaktionen auf das Konzept von Wilhelmsson zur social force majeure, bei dem er ausdrücklich die Parallelität zur "sozialen Auslegung" (vgl. Wilhelmsson, a.a.O., S. 2; 8 ff.; 31, 75 Fn. 66; 180 ff.) unterscheiden sich signifikant.

78 Vgl. z.B. Deutscher Sparkassentag 1996; Schuster, Banken und Ethik, München 1997; Einladungen zur Bankakademie, zu Fortbildungsveranstaltungen und Diskussionsforen kommen in Deutschland praktisch ausschließlich aus der Betriebswirtschaftslehre.

79 Vgl. die Beiträge in Reifner/Haane (Eds.), Banque et Region — L'Union Monétaire et la Responsabilité Régionale des Institutions Financière envers le Consommateurs, Hamburg: IFF 1996.

freundlicheren Rechtsprechung⁸⁰ haben dabei teilweise noch immer den gleichen Charakter wie vor 20 Jahren, wenn Adomeit⁸¹ Reich vorwirft, Theorieansätze zu vertreten, die dem untergegangenen Marxismus bzw. sogar der Zeit des Nationalsozialismus angehören und Deutschland als Anlageort gefährdet sieht.

3. Einwände gegen den Lösungsansatz

Gegen den hier vorgebrachten Lösungsansatz einer sozialen Auslegung im Wirtschaftsrecht sind vor allem mit dem Ideologie- und Systemveränderungsvorwurf politische Einwände geltend gemacht worden.⁸² Sie waren erstaunlich unjuristisch. Den Ideologievorwurf kann man nicht entkräften, weil Theorien immer auch Ideologien i.S. von begrifflichen Erklärungsgebäuden sind. Es geht daher, was in der Rechtswissenschaft trotz ihrer ideologisch überfrachteten unbewältigten nationalsozialistischen Vergangenheit⁸³ immer noch unterdrückt wird, nicht um die Abschaffung, sondern um die Verifizierung von Ideologien sowie ihrer Funktionsbestimmung im Recht. Zum Verständnis der Implikationen des Vorwurfs der Systemveränderung muß man schon im Deutschland der 70er Jahre gelebt haben, um zu verstehen, warum eine Systemveränderungsabsicht junger Wissenschaftler eine solche Diskriminierung rechtfertigt.⁸⁴ Demgegenüber haben Me-

80 Besonders drastisch die Ablehnung, die das Bundesverfassungsgericht mit seiner Bürgschaftsentscheidung (oben Fn. 69) in der h.M. gefunden hat (vgl. Adomeit, Die gestörte Vertragsparität — ein Trugbild, NJW 1994, 2467; Rittner, NJW 1994, 3330: "höchst gefährliche Rechtsunsicherheit"; Hesse/Kauffmann, Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, JZ 1995, 219 ff.: "Hier verschafft sich — so wird behauptet — ein lediglich subjektiv und partikular begründbarer Helfer-Wille Geltung" "Überhandnehmen materialer gegenüber formaler Prinzipien"; Weber, Buchbesprechung zu Scholz/Lwowski, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. 1994, NJW 1995, 2837 "Rechtsunsicherheit"; anders Reich, Grundgesetz und internationales Vertragsrecht, NJW 1994, 2128; Materialisierung und Prozeduralisierung von Vertragsfreiheit, Festschrift Borge Dahl, 1994, S. 202 ff.; ders., Kreditbürgschaft und Transparenz, NJW 1995, 1857; Kohte, Vertragsfreiheit und gestörte Vertragsparität, ZBB 1994, 172 ff.

81 A.a.O., S. 2468.

82 Vor allem die teilweise den Charakter von Glaubensschriften annehmenden Arbeiten von Gröner/Köhler, Dauner-Lieb und Hadding (oben Fn. 34); eine echte Kampfschrift gegen den Verfasser wurde dann in der Tat vom Teilzahlungsbankenverband unter dem Titel BKG (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Irreführende Verbraucherberatung im Ratenkreditgeschäft — Eine Dokumentation, herausgegeben, die diesen Ansätzen den Charakter einer Verschwörung gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verleihen wollte. In dieselbe Richtung geht auch wieder die Besprechung von Reifner, Social Banking and New Poverty — Towards a New Approach in Law and Economics in: Reifner/Ford (Eds.), Banking for People, 1991, S. 23 ff. durch Köndgen, WM 1996, 1167, 1168 "eher politische Aufbruchstimmung, als daß er wissenschaftlichen Fortschritt bringt".

83 Vgl. dazu Rütters, Entartetes Recht — Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1988; Reifner, Institutionen des faschistischen Rechtssystems, in: ders. (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt a.M. 1981; Reifner/Sonnen (Hrsg.), Strafrecht und Polizei im Dritten Reich, Frankfurt a.M. 1982.

84 Nach Abschluß seiner Dissertation mußte der Verfasser für die Einstellung als wissenschaftlicher Assistent immerhin eine Anhörung zu seinen politischen Einstellungen über sich ergehen lassen und ein Jahr lang auf seine Einstellung warten. Die Dissertation wäre ohne das beherzte Eintreten

dicus und Karsten Schmidt immerhin sich die Mühe gemacht, einen an sich "undiskutablen Ansatz" im einzelnen zu kritisieren, was die Chance rechtsdogmatischer Wahrnehmung sowie der Fortentwicklung dieses Ansatzes gab.

3.1 Rechtsdogmatische Einwände

3.1.1 *Unbeschränkbare Geldschuld als Grundsatz des Zivilrechts?*

Medicus⁸⁵ hat in seiner Kritik darauf verwiesen, daß der Grundsatz "Geld hat man zu haben" zum unumstößlichen Fundament der Zivilrechtsordnung gehört. Der Text des BGB gibt dazu, wie Medicus zugibt, wenig her. In der Gesetzgebungsgeschichte findet sich dann auch allzuwenig, so daß letztlich doch der Verweis auf § 164 Konkursordnung helfen muß, wonach selbst das Konkursverfahren nicht von Schulden befreit. Darüber hinaus wird darauf verwiesen, daß der Ort für den Schuldnerschutz bei Geldleistungen die ZPO bzw. die Konkursordnung sei. Das Erkenntnisverfahren solle von solchen Erwägungen befreit sein.

Inzwischen sind die Argumente der Konkursordnung gerade für natürliche Personen in § 286 der neuen Insolvenzordnung entkräftet. Der Schuldner wird nunmehr, wie schon seit langem im US-amerikanischen Recht die Regel, "von seinen Verbindlichkeiten befreit." Geld hat man zumindest nach dieser Regel nicht mehr unbegrenzt zu haben. Die differenzierte Anknüpfung an das pfändbare Monatseinkommen über 7 Jahre, die Möglichkeit in einem Schuldenbereinigungsplan mit richterlicher Hilfe auch bessere Lösungen zu erhalten, alles das macht deutlich, das Personen, deren einziger Zugang zu Vermögen im Monatseinkommen liegt, vom Rechtssystem anders behandelt werden, als zu juristischen Personen erstarkte Kapitalien.

Es bleibt damit nur die Behauptung, der richtige Ort der Regelung sei das Vollstreckungsrecht. Windscheids These von der begrenzten Geldschuld dürfte aber gerade darin ihren Ursprung haben, daß im aktionenrechtlichen Denken des gemeinen Rechts die Trennung von materiellem und formellem Recht keineswegs selbstverständlich war. Auch das common law, das etwa in der Gestalt der torts die Klagbarkeit als Anspruchsbedingung sieht, hat wenig Verständnis für das kontinentaleuropäische Recht, wo auch die Feststellung nicht einklagbarer Ansprüche (Naturalobligationen) eine juristische Aufgabe zu sein scheint. Wirtschaftlich ist es schon lange nicht mehr sinnvoll, teure Erkenntnisver-

von Prof. Gerlach in der Fakultät nicht angenommen worden. Schließlich wurde auch ein Brief der Professoren Scholz und Mußgnug an den Senat öffentlich, wonach von meiner Einstellung abzusehen sei. Im illiberalen Klima der Berufsverbote konnte die Hysterie auch parteilose Querdenker treffen.

85 A.a.O., S. 500; ebenso die einhellige Meinung in der Standardliteratur vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 245 Anm. 8; *Medicus*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1990, S.88; *Staudinger-Karsten Schmidt*, BGB, C 29.

fahren durchzuführen, um dann in der Vollstreckung festzustellen, daß dies alles sinnlos war. Die Tendenz geht dahin, vollstreckungsrechtliche Barrieren zu antizipieren und frühzeitig im Kommunikationsprozeß zwischen Gläubiger und Schuldner zu implementieren. Dies ist in den §§ 394, 400 BGB bei Aufrechnung und Abtretung mit ihrem Verweis auf das Pfändungsrecht seit jeher anerkannt, gilt aber auch für die Berücksichtigung der Zahlungsunfähigkeit, die zunehmend über Aufklärungsverschulden, Wegfall der Geschäftsgrundlage zugunsten oder über arglistige Täuschung und Schadensersatz wegen falscher Angaben bei Vertragsschluß in den Kreditvertrag einbezogen und damit vorgezogen werden. Das Verbraucherkreditgesetz schafft in §§ 11 f VKG mit der Pflicht zum Gespräch vor Kündigung sowie qualifiziertem Zuwarten auf einen relevanten Rückstand ebenso Elemente mediativer Konfliktlösung. Die neue Insolvenzordnung hat mit dem vertragsähnlichen Schuldenbereinigungsplan sogar eine zweite Vertragsphase zwischen den ursprünglichen Vertrag und die Insolvenz geschaltet, um Gläubiger und Schuldner dazu zu zwingen, die Insolvenz im Bereich der Vertragsfreiheit zu berücksichtigen.

Eine eingehendere Analyse der Tendenzen zur Entstaatlichung der Vertragsabwicklung über Mediation und Anpassungsmechanismen, wie sie vor allem in der Praxis auf Betreiben der an der Vermeidung unsinniger Vollstreckungskosten interessierten Gläubiger mit der Schuldenberatung entwickelt werden, ist hier vielversprechend. Das Festhalten an einer strikten Trennung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren ist ökonomisch unsinnig und überholt.

Leider wird in der ökonomischen Analyse, mit der Schäfer/Ott⁸⁶ die vom Verfasser aufgestellten Thesen analysiert haben, nur auf ökonomische Theoreme von Rawls (positiv) bzw. Kaldor-Hicks (negativ) zurückgegriffen, bei denen das Pareto-Optimum sich aus der Frage ableitet, ob die übrigen Kreditnehmer bereit sind, den zusätzlich auf sie entfallenden Kostenanteil langfristig zu tragen. Was hier erheblich erhellender wäre, ist die betriebswirtschaftliche Frage, wieviel Kosten die Kreditgeber kollektiv einsparen, wenn sie unverschuldete Insolvenzsituationen ausdrücklich vertraglich regeln würden und damit aus dem staatlichen Kompetenzbereich in den eigenen Aufgabenbereich übertragen würden. Beispiele hierfür gibt es angefangen vom ratenfreien Monat bis hin zur Kollektivvereinbarung zwischen den elsässischen C.I.A.L. Banken und Verbraucherverbänden.⁸⁷ Voraussetzung sind allerdings auch rechtliche Anreize, wie sie das französische

86 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 2. Aufl. 1996, S.42.

87 Abgedruckt in Reifner/Ford, Banking for People, Berlin 1992, S. 67 ff. "Jeder Kreditvertrag wird eine obligatorische Arbeitslosigkeitsversicherung enthalten. Diese Versicherung wird ihre Leistungen drei Monate nach Eintritt der Arbeitslosigkeit gewähren und 50% der Raten während der folgenden 9 Monate und 100% der Raten während weiterer 12 Monate abdecken." "Schuldner, die aufgrund von Arbeitslosigkeit ihre Zahlungen einstellen, erhalten eine zinslose Stundung von 6 Monaten, die um weitere 6 Monate verlängert werden kann".

Recht durch die Möglichkeiten richterlicher Vertragshilfe insbesondere bei Arbeitslosigkeit⁸⁸ vorsieht.

Letztlich sieht dies auch Medicus im Unterschied zu den anderen Kritiken, indem er dem sozial-ökonomischen Anliegen des Verfassers und vor allem einiger Untergerichte den Weg über § 242 BGB ebnet.

3.1.2 Rechtsunsicherheit?

Der weitere Einwand betrifft die Rechtssicherheit. Soziale Materialisierungen des Zivilrechts werden allgemein nur für die Einzelfallgerechtigkeit als tauglich angesehen. Mißbrauch und Willkür seien Tür und Tor geöffnet, wenn jeder Schuldner seine höchstpersönlichen Lebensumstände rechtsrelevant werden lassen könnte.

Merkwürdigerweise hat diesen Einwand der Verfasser gerade als Stärke seiner Position gegenüber den Versuchen von Reich und Wilhelmsson geltend gemacht, sozialen Verbraucherschutz als auf die formale Vertragskonstruktion von außen einwirkende Regel aus Treu und Glauben einzuführen.⁸⁹ Ist der Vertrag erst einmal aus dem Kommunikationszusammenhang der Beteiligten gelöst, so erhält sozialer Verbraucherschutz zugleich immer etwas bevormundendes, patriachalisches, wie dies am deutlichsten etwa in den Konzeptionen v. Hippels⁹⁰ hervortritt, der Verbraucherschutz mit dem Schutz des Schwächeren im Recht gleichsetzt (und damit auch begrenzt). Soziale Implikationen haben sich historisch in den Nachbardisziplinen des Arbeits- und Mietrechts ebenfalls über die Generalklauseln Bahn gebrochen, gleichwohl aber mit der Zunahme der Quantität eine neue dogmatische Qualität erhalten.

Mit der symptomatischen Kritik des Grundsatzes "Geld hat man zu haben" war keine voraussetzungslose Anerkennung der Sozialexistenz eingefordert worden. Vielmehr sollte die Materialisierung nicht als Alternative, sondern als zusätzlicher Inhalt der formalisierten Vertragsbeziehung Akzeptanz finden. Nur insoweit sich neben dem Kapitalprinzip auch bedürfnisorientierte Zwecke allgemeingültig im Vertrag selber ausdrük-

88 Dazu a.a.O., S. 472 ff, weitere Beispiele bei *Wilhelmsson* a.a.O., S. 131 ff.; in Finnland hat der Gläubiger nach dem Abzahlungsgesetz von 1966, das insoweit in § 7:16 des Konsumentenkreditgesetzes übernommen wurde, die Möglichkeit bei "Krankheit, Arbeitslosigkeit und anderen Gründen, die nicht vom Schuldner zu vertreten sind" der Fälligkeit diese Gründe entgegenzuhalten. (*Wilhelmsson*, Unemployment, Debt and the legal principle of "social force majeure", in: Reifner/Ford, a.a.O., S. 420).

89 So etwa schon die Differenz in *Reich*, a.a.O. (oben Fn. 1); zur Antwort *Wilhelmsson*, wonach diese Ausnahmen auf eine kollektive Ebene zu heben sind, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 75 zu Fn. 66; Rückgriff auf Treu und Glauben nehmen auch *Karsten Schmidt*: "Es kann nur in Extremfällen durch gerechte Einzelfalllösung nach § 242 geholfen werden." A.a.O., C31; *Medicus*, a.a.O., S.501 ff.: "Ausnahmen"

90 Das gleichnamige Buch sowie *ders.*, Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen 1986; vgl. dazu auch eingehend *Joerges* (oben Fn 34).

ken und zwar an seiner sichtbaren und i.S. der Lehre vom Empfängerhorizont eindeutigen Oberfläche, sollte die Verknüpfung zwischen Arbeitseinkommen und Ratenzahlungspflicht Eingang in den Vertragsinhalt finden.

Hierzu war in der Arbeit darauf verwiesen worden, daß sämtliche Vertragsformulare diese Verknüpfung nicht nur durch die Lohnvorausabtretung, sondern über die Kreditwürdigkeitsprüfung und die Angaben über das Einkommen und Vermögen herstellen. Kein Kreditgeber wird heute in Abrede stellen, daß Konsumatenkredite regelmäßig als Vorgriff auf zukünftiges Arbeitseinkommen vergeben und in Anspruch genommen werden. Es geht somit nicht um ein zufälliges oder willkürliches Merkmal. Es geht, wie damals in Kritik der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage formuliert wurde, nicht darum, was die "Parteien redlicherweise", sondern was die "Parteien richtigerweise" vereinbart hätten, wenn sie die Problematik vorhergesehen hätten.

Damit sollte nur bei Schweigen des Vertrages der Regelfall einer Ratenkreditvereinbarung näher an der Wirklichkeit ("sozial") interpretiert werden, wozu § 157 BGB zumindest eine Aufforderung zu enthalten scheint. Indem die Zivilgerichte von einer der Wirklichkeit entgegenstehenden Regelvermutung ausgehen, wonach die Kreditrückzahlung aus irgendwelchem Vermögen geschuldet ist, kann die Frage der Arbeitslosigkeit nicht sinnvoll thematisiert werden. § 242 BGB ist dabei allenfalls eine Notbremse, die immer dann angewendet wird, wenn andernfalls der politische Druck allzu groß würde und Schlimmeres zu befürchten ist.

Mit der Forderung einer sozialen Auslegung ist somit tatsächlich nur die Auslegung gemeint und damit den Parteien mehr Rechtssicherheit an die Hand gegeben als ein durch Generalklauseln einzelfallorientiert korrigiertes Rechtssystem. Insofern hat der Verfasser nie einen Hehl daraus gemacht, daß er die Rechtsprechung zu § 138 BGB als beliebig verfügbare Korrekturmöglichkeit für bedenklich hält und stattdessen vertragliche Ansätze wie c.i.c., Beratungsvertrag, Wegfall der Geschäftsgrundlage oder positive Vertragsverletzung, Unmöglichkeit und Verzug bevorzugen würde.⁹¹

Das schließt auch ein, daß die Kreditgeber auf eine solche soziale Auslegung mit formularmäßigen Ausschlußklauseln oder Einzelvereinbarungen reagieren werden, die deutlich machen würden, worum es in der Auseinandersetzung zwischen Kreditgebern um Schuldner bezüglich der Risiken der Arbeitslosigkeit geht.

Damit würde dann die Diskussion in den Bereich des § 9 AGB-G verlegt, wo über das Transparenzgebot und das Verbot der Denaturierung des Kreditvertrages ein rechtliches Instrumentarium bereitsteht, mit dem die Probleme unterdrückter Kommunikation adäquater gelöst werden können. Durch die "Realitätsverleugnung" der Zivilrechtsinterpre-

⁹¹ Reifner, S. 396: "Es geht hier nur um die Abwehr von Extremfällen, für die § 138 BGB den gesetzlichen Auftrag gibt". Anders Joerges, a.a.O., S.91.

tation kommt es jedoch gar nicht zu einem sichtbar regelungsbedürftigen Teil, weil die Rechtswissenschaft denjenigen, die die Bedingungen formulieren, die Transparenz erspart. Insofern ist dem von Joerges⁹² dem Verfasser entgegengehaltenen "Entdeckungsverfahren Praxis" zu entgegnen, daß der Praxis ein "Entdeckungsverfahren Theorie" vorgeschaltet sein muß, weil kommunizierbare Themen im Rechtssystem vom Rechtsstab selber verwaltet werden und daher dieser mehr Verantwortung für die Stagnation in der Rechtsentwicklung trägt, als er anzunehmen bereit ist.

3.1.3 Aufgabe der Privatautonomie?

Warum mit dem beschriebenen Ansatz nach Auffassung praktisch aller Kritiker⁹³ und durch Zuordnung dieses Ansatzes zum "marktkompensatorischen Verbraucherschutz"⁹⁴ auch nach Auffassung der Vertreter des Verbraucherrechtsgedankens die Privatautonomie aufgegeben sein soll, ist mir trotz der vehementen Kritik nicht klar geworden. Typischerweise wird der Beweis für das "Ende der Privatautonomie" (Medicus) einfach dadurch geführt, daß die von mir vertretene Position dargestellt wird. Offensichtlich scheint es dabei einen Konsens zu geben, daß diese Position für sich selbst spricht.

Privatautonomie ist das Recht der Marktteilnehmer ihre Rechtsbeziehungen unter den Bedingungen des Marktmechanismus eigenständig zu regeln und zu definieren. Mit der sozialen Auslegung wird darin nicht eingegriffen. Vielmehr werden die Parteien aufgefordert, sich dezidiert zu gerade denjenigen Fragen zu äußern, die inzwischen regelhaft die Kreditabwicklung bestimmen, im Vertrag aber nur unvollkommen oder gar nicht geregelt sind. Wenn die Parteien davon keinen Gebrauch machen wollen, überlassen sie notwendig die Interpretation dem angerufenen Gericht, das ja kein geringeres Potential als den staatlichen Gewaltapparat Privaten zur Durchsetzung ihrer Forderungen zur Verfügung stellt. Der Staat muß sich daher vergewissern, was objektiv gesehen der Vertragsinhalt ist.

Insofern wird durch diesen Ansatz keine auch noch so geartete Vereinbarung prinzipiell unmöglich gemacht. Eine Klausel, wonach der Kredit aus einer zu erwartenden Erbschaft, aus dem pfändbaren Einkommen oder durch Liquidierung des übrigen Vermögens zurückzahlbar ist oder der einfache Hinweis "Arbeitslosigkeit und Krankheit befreien nicht von der Pflicht zur Rückzahlung der vollen Monatsraten", wie dies die Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff bereits schon einmal praktisch erzwungen hatte, als

92 A.a.O., S. 111 ff.

93 Vgl. die Nachweise oben bei Fn. 34.

94 So Reich, Markt und Recht, S. 218 ff.; Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, S. 29 "alternative ökonomische Strukturprinzipien".

alle Kreditgeber im finanzierten Abzahlungsgeschäft den heute noch in den Kreditkartenbedingungen geregelten Einwendungsausschluß⁹⁵ entwickelten, sind durchaus möglich.

Erst nachdem somit Privatautonomie als transparenter Aushandlungsprozeß durch eine soziale Auslegung dort, wo regelungsbedürftige Fragen offen bleiben, erzwungen wird, kommt dann der weitere Schritt einer rechtlichen Diskussion darüber, ob eine Umdefinition von Wirklichkeit unter den Bedingungen unvollkommener Märkte und damit privater Machtentfaltung rechtlich in jedem Fall hinzunehmen ist. Dabei bieten sich, wie zu treffend bemerkt wurde, im allgemeinen Zivilrecht lediglich eng begrenzte Ausnahmen beim Monopolmißbrauch an. Im AGB-Recht wird schon eine differenziertere Beurteilung möglich, die Angemessenheit, Transparenz, Überraschungsmoment und Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht miteinbeziehen. Darüberhinaus geht es auch um die Umdefinition von Rechtsformen, die etwa durch die Umgehungsverbote der Verbraucherschutzgesetze eingeschränkt überprüfbar und korrigierbar sind.

Soweit in diesem Rahmen keine sozialen Lösungen herstellbar sind, plädiert auch dieser Ansatz nicht für eine freirechtliche Rechtsfortbildung, sondern dafür, gesetzgeberisches Handeln im demokratischen Willensbildungsprozeß einzufordern. Dies setzt aber voraus, daß zunächst einmal umsetzbare Regelungskonzepte entworfen werden, und nicht mit Denk- und Kommunikationssperren Rechtswissenschaft zur Apologetik des Bestehenden verurteilt wird. Insofern war bereits 1979 den dogmatischen Konstruktionen ein Gesetzesentwurf zum Verbraucherkredit beigegeben worden, dem Gesetzentwürfe etwa zum Rechtsberatungsgesetz sowie zur Verbraucherinsolvenz oder zum Girokonto gefolgt sind.

Inwieweit aber eine bestehende Kreditpraxis mit dem Argument der Privatautonomie, die ja ganz offensichtlich bisher bei Fragen der Arbeitslosigkeit eher die Kreditgeberseite und ihre (kurzfristigen) Interessen im Störungsfalle berücksichtigte, auch gegen den Gesetzgeber ins Feld geführt werden kann, darüber herrscht offenbar der eigentliche Dissens. Mehr Verbraucherschutz kann mit guten Gründen auch als ein Mehr an Wettbewerb und Marktfreiheit verstanden werden.⁹⁶ Eine Qualitätssicherung des Wettbewerbs bedeutet er allemal. Nur, dieses Problem ist letztlich mit juristischen Mitteln nicht zu lösen, sondern ökonomischer Natur.

3.2 Kein Beitrag zum Verbraucherschutz?

Die Arbeit erschien zu einem Zeitpunkt, als umfangreiche gesetzgeberische Aktivitäten sowie eine intensive Rechtsprechung den Gedanken des Verbraucherschutzes zu einem

95 Störungen im Erwerbsgeschäft können dem Kreditkartenunternehmen nicht entgegeng gehalten werden. Dazu meine Besprechung zu *Hammann*, Die Universalkreditkarte — ein Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs?, in: ZBB 1993, 50 ff.

96 So vor allem *Joerges*, a.a.O., S. 93 ff.

Rechtssprinzip reifen ließen. Da es auch in der Infragestellung der unbeschränkten Geldschuld im Ergebnis um den Schutz der individuellen Konsumtion ging, fiel der Ansatz in die unter dem Titel "Verbraucherrecht" geführte Diskussion um die Bewältigung bzw. Integration der neuen Prinzipien und Vorschriften des Verbraucherschutzes, in der vor allem der Jubilar eine führende Rolle einnahm.

Die soziale Auslegung war kein geborenes Kind einer an der optimalen Information des Verbrauchers orientierten Verbraucherpolitik. Die Möglichkeit, seine Arbeitslosigkeit dem Kreditgeber als Einwendung gegen den Verzug entgegenzuhalten, hat eine soziale Komponente, die nicht mit dem Informationsmodell wohl aber einer Vielzahl von Vorschriften des Pfändungsschutzes bzw. des individuellen Verbraucherschutzes zu tun hat.

Gleichwohl wurde dieser Ansatz auch innerhalb der Verbraucherschutzdiskussion in denjenigen absoluten Schutzbereich eingeordnet, dem Reich⁹⁷ den Namen "marktkompensatorischen Verbraucherschutz" gegeben hat. Da "strukturelle Machtdifferenzen gegeben sind, kann es für einen wirksamen Verbraucherschutz nicht ausreichen, diese Marktprozesse lediglich zu verbessern."⁹⁸ Da Reich dabei jedoch den "Individualschutz" zum "marktkomplementären" Verbraucherschutz rechnete, blieb für das Marktkompensatorische nur, die systemkritische Kontrolle von Anbietermacht und Verbrauchergegenmacht.

Darüber hinaus hatte Tonner⁹⁹ den Verbraucherbegriff weiter personalisiert und mit dem Begriff des Arbeitnehmers verbunden, wodurch der "marktkompensatorische Verbraucherschutz" deutlich in die Auseinandersetzungen zwischen Arbeit und Kapital eingeordnet wurde.¹⁰⁰ Mit den personalistischen Konzepten war zugleich auch die Theorie eines gesonderten Verbraucherrechts verknüpft, die dem rechtsdogmatischen Ghetto der anderen sozialen Dauerschuldverhältnisse: Arbeitsrecht und Mietrecht ein weiteres hinzufügte.

Mit dieser Einordnung bekam Verbraucherschutz in der Tat einen politischen Stellenwert, der die Machtfrage in der Gesellschaft im traditionellen Sinne stellen könnte, so daß der Vorwurf der Systemveränderung eine Infragestellung der Marktwirtschaft insgesamt betraf.

97 Markt und Recht, S. 218 ff.

98 Vgl. zuvor schon Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, Göttingen 1976, S.21 ff.

99 Verbraucherschutz und Klassentheorie — Erwiderung auf Enzo Roppo, DuR 3/76, 241 ff.

100 "So muß sich der Verbraucher diese Tauschwerte auf dem Arbeitsmarkt durch Veräußerung seiner Ware Arbeitskraft beschaffen" (Reich/Tonner/Wegener, a.a.O., S. 12).

Reich selber hat diesem Ansatz eine rollentheoretische Einordnung des Verbrauchers gegenübergestellt, die inzwischen jedoch ebenso wie die sozial-ökonomische Einordnung dem Rückgriff auf "diffuse Interessen"¹⁰¹ gewichen ist.

Indem nun die Verbraucherschutzliteratur einhellig den hier vertretenen Ansatz in den "marktkompensatorischen Verbraucherschutz" einordnete¹⁰², wozu der Verfasser selber in einem vorher erschienenen Aufsatz unüberlegterweise beigetragen hatte¹⁰³, wurde aus der sozialen Auslegung allzu leicht eine "sozialistische Einlegung".

Dabei hatte sich der Verfasser ausdrücklich von der Klassentheorie abgesetzt, mit der allein politisch-sozialistische Vorstellungen im Sinne der herkömmlichen Auseinandersetzungen um die Marktwirtschaft transportierbar gewesen wären.¹⁰⁴ Damit nicht genug. Das Anliegen, jede Verwechslung mit Personalisierungen zu vermeiden, ging so weit, daß in der Arbeit der Begriff "Verbraucherschutz" bzw. "Verbraucherrecht" und alle personalistischen Konzepte unter Einschluß rollentheoretischer Konzepte abgelehnt wurden.

Statt dessen sollte es ebenso wie im Arbeits- und Mietrecht "Verbrauchsrecht" und "Verbraucherschutz" heißen, die lediglich Aspekte von Rechtsverhältnissen im sozialen Wirtschaftsrecht betreffen. Ein spezielles Verbraucherrecht wurde mit dem Hinweis darauf, daß auch im Kreditvertrag Gewinninteresse und Verbrauchsinteresse koexistierten, abgelehnt.

Es ging also gerade nicht um die Anerkennung des Klassenkampfes der Verbraucher gegen die Unternehmer, sondern um die Berücksichtigung einer sozialen Funktion in Austauschprozessen. In einem umfangreichen Manuskript zum Thema "Kollektiver Verbraucherschutz" habe ich zudem darzulegen versucht, daß das Verbraucherinteresse als "collective interest" nichts mit "organisierten Interessen" zu tun hat, sondern eine mit spezifischem Blick auf die Gesellschaftlichkeit eigener Interessen bestimmte Form der Interessenartikulation darstellt. Die Durchsetzung von Verbraucherinteressen war damit auch nicht auf der Organisationsfrage aufgebaut, zu der Olson¹⁰⁵ Abschließendes gesagt hat, sondern auf Öffentlichkeit und individuellem Handeln von Betroffenen.

Wie bereits erwähnt hat Marx neben seiner in Anlehnung an Ricardo und Smith formulierten ökonomischen Theorie zu Markt und Tauschprozessen, Geld und Kapital, auch eine verhängnisvolle soziologische Klassentheorie entwickelt, die er nie auch nur ansatz-

101 Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die EG, 1987.

102 Reich, Markt und Recht, S. 196, der mir sogar pauschal die Option für eine sozialistische Gesellschaft unterstellte; Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, S. 27.

103 Reifner, Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 2 (1978), S. 208 ff.

104 S. 410 "Auch Unternehmer stehen in Gefahr, zu unnützen, wertlosen oder gar schädlichen Erwerbungen verleitet zu werden".

105 Die Logik des des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, Tübingen 1978 (Es ist eine Theorie der organisierten Gruppen und keineswegs des kollektiven Handelns).

weise mit der Realität und soziologischen Einsichten über das Verhalten der Menschen konfrontiert hat. Insofern war Marx mit seiner Theorie davon, daß man nur auf der richtigen Seite der kapitalistischen Produktion sein müsse, um "richtige" Einsichten zu haben, ein lausiger Soziologe und es ist alles andere als schmeichelhaft, wenn man insofern zum Marxisten gestempelt wird.

Genau dies ist jedoch nach Erscheinen der Arbeit passiert, wobei die Denunziationen der den Teilzahlungsbanken nahestehenden Literatur eine merkwürdige Ergänzung in der Verbraucherschutzliteratur fanden.

Insofern macht mich die umfangreiche und an sich schmeichelhafte Besprechung meiner Thesen durch Joerges¹⁰⁶ eher ratlos als zufrieden. Joerges referiert weitgehend zutreffend die darin aufgestellten Ableitungen, wobei ihm m.E. sein allzu starkes Interesse, seinen eigenen Theorieansatz des Entdeckungsverfahrens Praxis als überzeugende Alternative zu präsentieren, den Weg zu einer sinnvollen Zusammenstellung dieser Einzelstücke verstellt.

Insofern versucht Joerges immer wieder nachzuweisen, daß das Konzept einer sozialen Auslegung im sehr plakativen vordergründigen Sinne "marxistisch" ist, wobei der Marxismus bei Joerges sich vornehmlich in der Klassenkampfhese und ihren Bedingungen erschöpft, die zudem noch in eigener Interpretation dem zu begutachtenden Text unterstellt werden.

Dabei wird in der Weise vorgegangen, daß Joerges, der selber sich deutlich von materialistischen Konzeptionen absetzt, als "besserer Marxist" in der Lage ist, das angeblich fehlende in meinen Thesen herauszuarbeiten, um sogleich wiederum dessen Unhaltbarkeit zu demonstrieren. So wird ähnlich wie in den Kritiken von Dauner-Lieb und Gröhner/Köhler unterstellt, der Verfasser müsse von einem mechanistischen Geschichtsbild ausgehen (S.28), lehne die Marktwirtschaft ab und habe ein (dann allerdings wieder eingefordertes) alternatives Strukturmodell der Ökonomie (S.29). Die Erstreckung von Schutzgesetzen auf Kleingewerbetreibende, inzwischen durch Einbeziehung der Existenzgründerdarlehen ins Verbraucherkreditgesetz Realität, setze "letztlich auf gesellschaftspolitische Bündnishoffnungen, deren Abstraktion gegenüber der sozialen Realität unübersehbar ist." Typisch ist auch der Nachhilfeunterricht in Marxismus, wenn "bei einer Inanspruchnahme der Marxschen Analyse gezeigt werden müßte, warum die Produzenten-Konsumenten-Beziehung als ein Konfliktfeld interpretierbar ist, in dem ein dem Antagonismus von Kapital und Arbeit entsprechender Grundwiderspruch ausgetragen wird" (S. 38). Obwohl dies hier eingefordert wird, wird es später (S. 72) bereits unterstellt, wenn dort von "seiner (Reifners) Interpretation der Produzenten-Konsumenten-Beziehung als antagonistisches Konfliktverhältnis" oder an anderer Stelle von einem

106 Verbraucherschutz als Rechtsproblem, Heidelberg 1981.

"Antagonismus in der Konsumsphäre" oder gar einem "Gebrauchswert/Tauschwert-Antagonismus" (S.54) gesprochen wird.

Zutreffend erkennt Joerges dann wiederum, daß diese Theorie sich "nicht mit seiner eigenen Forderung (S.227)" verträgt, was sich einfach daraus erklärt, daß sie gar nicht meine Theorie ist, sondern das, was Joerges unter einer marxistischen Theorie versteht.

Bei dem Rückgriff auf meine Arbeiten zur kollektiven Selbsthilfe werden "langfristig politische Perspektiven" sowie mit dem unkommentierten Rekurs auf die Arbeiterbewegung als Vorbild der Verbraucherbewegung (S.54) das suggeriert, was dann wiederum als eigenes Konzept dem Verfasser unterlegt wird, da ja offensichtlich sei, "wie dringend nach alledem Reifners Verbraucherrecht auf ein soziales Substrat angewiesen ist, das jenem Problemdruck Ausdruck verleiht" (S.53).

Wichtig scheint es Joerges zudem auch, immer wieder eine Identifikation von Arbeiterbewegung und Verbraucherschutz beim Verfasser zu diagnostizieren, wenn es etwa als Trick dargestellt wird, daß Verbraucherprobleme auf den Zeitpunkt nach dem Erwerb beschränkt werden und die Gleichbehandlung von Arbeit und Konsum als soziale Funktionen für das grundsätzliche Problem angesehen wird, weil auch dies wieder nicht soziologisch (in jeder Arbeit wird etwas verbraucht und der eigentliche Verbrauch setzt Arbeit zum Erwerb der Güter voraus), sondern vulgärmarxistisch als Antagonismusprinzip interpretiert wird.

Trotz der vielen Belobigungen und Anerkennungen in diesem Text habe ich in ihm ebensowenig einen Ansatzpunkt für Diskussion gefunden wie in den Arbeiten von Dauner-Lieb und Köhler. Die Unterstellungen sind nicht nachvollziehbar. Das Urteil darüber, ob sie "marxistisch" sind, möchte ich Berufeneren überlassen. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, als ob hier die These, die soziale Auslegung sei eine intelligent verpackte Klassenkampftheorie mit einer versteckten Aufforderung zur Abschaffung der Marktwirtschaft, nur wesentlich komplexer und in der schwer zu entschlüsselnden Sprache der Frankfurter Schule dargebracht wird. Joerges hatte wohl übersehen, daß unter den Bedingungen, unter denen die Marx'schen Theorien im Deutschland der 70er Jahre diskutierbar waren, eine solche Schrift leicht politisch mißbrauchbar war. Für ihn selber bot sie die Möglichkeit, "aus der Perspektive einer 'systemkonformen', auf die Funktionsbedingungen marktlicher Prozesse ausgerichteten Verbraucherpolitik" seinen eigenen Theorieansatz eines Verbrauchersonderechts durch Materialisierung des Wettbewerbsgedankens in einem Entdeckungsverfahren Praxis darzubringen.

III. Schluß

1. Soziale Dauerschuldverhältnisse kommen im Allgemeinen Teil des Schuldrechts nicht vor.

2. Die Entwicklungen zur Integration sozialer Problemlagen einer Dienstleistungsgesellschaft ins Schuldrecht, wie sie durch den Rückzug des Staates aus der sozialen Vorsorge und Ersatzhaftung ebenso wie durch sich deutlich abzeichnende regionale und soziale Diskriminierungstendenzen auf dem Markt befördert werden, wird daher eine Lücke im Schuldrecht zu schließen haben.

Mit den Aspekten der Dauer, der persönlichen Bindung, der Abhängigkeit von der Sozialexistenz und ihrer Bedeutung für die Grundversorgung sind die Merkmale benannt, die das Arbeitsrecht mit dem Miet- und Kreditrecht verbindet. Dabei wird es darauf ankommen, das Zivilrecht für Risikofaktoren, ökologische und soziale Anforderungen responsiv zu entwickeln, weil anderswo als im individuellen Geschäftsverhältnis jedes einzelnen Marktteilnehmers die öffentlichen Funktionen nicht mehr nachhaltig verankert und gewährleistet werden können.

Dabei werden die traditionellen Dichotomien von privat und öffentlich, Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft, Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, gesetzliches und vertragliches Schuldverhältnis zu überprüfen sein, weil sie nicht mehr die wesentlichen Parameter für die Verortung von Verantwortlichkeit enthalten.

Die soziale Auslegung wird sich dabei auch ohne theoretische Diskussion in der Rechtswissenschaft in der Praxis etablieren, weil, wie insbesondere die US-amerikanische Entwicklung zeigt, es zur Abwendung sozialer und ökologischer Krisen tendenziell kein anderes Mittel mehr geben wird, als in jeder Transaktion auf dem Markt die entsprechenden Konsequenzen sichtbar und mitgestaltbar zu machen.

Soziale Interessen erscheinen dabei in der Form des *collective interest* in Verfahren, die privatautonom gestaltet sowohl die Schließung von Verträgen als auch ihre Durchführung, Anpassung sowie ihre Vollstreckung betreffen. Eine Rekonstruktion der arbeitsrechtlichen Entwicklung, die die Absonderung des *collective interest* vom Individualvertrag durch das System der Kollektivvereinbarungen und Schutzgesetze theoretisch rückgängig macht, wird dabei ebenso wie Entwicklungen im Mietrecht sowie bei den Finanzdienstleistungen die Fragen von Abschluß, Inhalt, Anpassung, Kündigung und Durchsetzung sozialer Dauerschuldverhältnisse klären helfen.

Die Marktwirtschaft selber mit ihrer Privatisierung sozialstaatlicher Funktionen, mit der Herausbildung eines neuen informationsreicheren Geldes und der Bereitstellung komplexerer Informationsverarbeitungsmöglichkeiten wird dafür der Schrittmacher sein. Das System verändert sich von selber, die Frage ist lediglich, inwieweit die Rechtswissenschaft dabei mithalten kann und sich die Kompetenz zur produktiven Gestaltung und Konfliktlösung bewahrt. Mit einer gescheiterten Studienreform, einer dogmatischen Abkapselung gegenüber den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften und einer durch fortwährende Politisierung von Reformansätzen vermiedenen innovativen Diskussion, schließlich dank der personellen Konstellation nach den politischen Säuberungsprozessen

an den Fakultäten in den 70er Jahren, einer Zentrierung auf richterliche Funktionen und verwaltungsmäßige Entscheidungen scheint sie dafür in Deutschland alles andere als vorbereitet zu sein.