

Freud, Sigmund: "Der Untergang des Odipuskomplexes" (1924), in: Studienausgabe Bd. 5, Frankfurt a.M. 1972, S. 243-251.

Udo Reifner

Freud, Sigmund: "Abriß der Psychoanalyse" (1938). Frankfurt a.M. 1953.

Frommel, Monika; Volksmar Geysner, Hrsg.: "Normenerosion." Baden-Baden 1996.

Gleichmann, Peter R.: "Über die Verhäuslichung der Beziehungen von Männern und Frauen", Referat bei der 15. Wiss. Tagung der Dt. Ges. f. Sexualforschung in Hannover, 1985.

Gruter, Margarete: "Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft." Berlin 1976.

Jacoby, Russel: "Die Verdrängung der Psychoanalyse", engl. 1983, Frankfurt a.M. 1985.

Joas, Hans: "Institutionalisierung als kreativer Prozeß", in: Jenseits der Utopie, hrsg. v. S. Müller-Doohm, Frankfurt a.M. 1991, S. 339-363.

Leites, Edmund: "Puritanisches Gewissen und moderne Sexualität." Engl. 1986, dt. Frankfurt a.M. 1988.

Lorenz, Konrad: "Über tierisches und menschliches Verhalten", Bd. 2. München 1965.

Mahlmann, Regina: "Psychologisierung des Alltagsbewußtseins." Opladen 1991.

McDougall, Joyce: "Plädoyer für eine gewisse Anormalität." Frankfurt a.M. 1985.

Morgensthaler, Fritz: "Sexualität und Psychoanalyse", in: Sexualtheorie und Sexualpolitik, hrsg. v. M. Dammecker, V. Sigusch, Stuttgart 1984, S. 20-38.

Nunner-Winkler, Gertrud: "Normenerosion." In: Frommel/Gessner 1996, S. 15-32.

Parin, Paul: "Fürchte deinen Nächsten wie dich selbst." Frankfurt a.M. 1971.

Passett, Peter: "Die Aufhebung des Widerspruchs in der Bewegung", in: Sexualität, hrsg. v. Psychoanalytisches Seminar Zürich, Frankfurt a.M. 1984, S. 157-203.

Rottleuhner, Hubert: "Die Bedeutung biologischer Determinanten für das Recht", in: Beiträge zur Rechtsanthropologie (ARSP, Beiheft 22), hrsg. v. E.-J. Lampe, Wiesbaden 1985a, S. 112-120.

Rottleuhner, Hubert: "Biologie und Recht", in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 6, 1985b, S. 104-126.

Schröter, Michael: "Staatsbildung und Triebkontrolle", in: Macht und Zivilisation (Materialien zu Norbert Elias' Zivilisationstheorie 2), hrsg. v. P. Gleichmann u.a., Frankfurt a.M. 1984.

Schröter, Michael: "Wo zwei zusammenkommen in rechter Ehe..." Frankfurt a.M. 1985.

Schur, Max: ""Das Es und die Regulationsprinzipien des psychischen Geschehens", engl. 1966, Frankfurt a.M. 1973.

Tyler, Tom R.: "Why People Obey the Law." New Haven 1990.

Ussel, Jos van: "Sexualunterdrückung." Reinbek 1970.

Weber, Max: "Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus." In: Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Bd. I, S. 17-206, Tübingen, 1920.

Recht ohne Richter – Zur Soziologie des Rechtsgebrauchs

Grund und zugleich Gegenstand dieses Beitrags ist die enge Zusammenarbeit des Verfassers mit dem Jubilar in dem Projekt „Rechtshilfe für sozial Schwache“¹ am Wissenschaftszentrum Berlin zwischen 1977 und 1981. Dieses Projekt war für einen Juristen, der die Sozialisation von Studium und Referendariat sowie juristischer Promotion gerade hinter sich gelassen hatte, eine schwer zu bewältigende Herausforderung, galt es doch in einem empirischen Projekt mit dem neben Wolfgang Kaupen wohl einzigen deutschen Rechts "Soziologen" in der Schar der Soziologie "juristen" zusammenzuarbeiten, für den das Recht nicht schon deshalb existierte, weil man es durch Staatssexamina attestiert beim Repetitor als solches gelernt habe. Erhard Blankenburg stellte kompromißlos an das Recht die gleichen Anforderungen wie an alle anderen gesellschaftlichen Phänomene, nämlich sich mit den Methoden der Empirie wahrnehmbar zu „zeigen“. Insofern blieb er immer ein überzeugter Soziologe, der der Versuchung widerstand, um der besseren Kommunikation willen auch nur kurzfristig die Empirie gegen die Hermeneutik einzutauschen. Die spannenden und spannungsgeladenen Diskussionen zwischen zwei Denkwelten waren nicht nur wichtig, weil in ihnen die juristische Denkweise zumindest für den Verfasser eine in Deutschland verlorene Bodenhaftung zurückgewinnen konnte, was sich in den anschließenden von Blankenburg geförderten Projekten der Aktionsforschung² niederschlug. Sie waren auch wichtig, weil die bedingungslose Ideologiekritik auch die Ansätze der kritischen Theorie, mit der der Verfasser

1 Vgl. Blankenburg, E./Reifner, U., Rechtsberatung – Soziale Definition von von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote, Neuvedi: Luchterhand 1982 mit einem Verzeichnis der Projektiliteratur aaO S. 298 f.; vgl. ferner zu weiteren Veröffentlichungen aus diesem Arbeitszusammenhang Reifner, U. Unengehörliche Rechtsberatung in West-Berlin, in: Blankenburg, E.; Kaupen, W. Rechtbedürfnis und Rechtshilfe – Empirische Ansätze im internationalen Vergleich, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 5, Westdeutscher Verlag 1978 S. 43 ff.; Blankenburg, E., Falke, J.; Kaupen, W. Rasehorn, T.; Reifner, U., Beratungshilfegesetz – Kritik am Gesetzentwurf der Bundesregierung und Alternativentwurf mit Begründung, in: Materialien zur Rechtssoziologie, Hrsg. Arbeitskreis für Rechtssoziologie, §1 Hannover Februar 1980; Blankenburg, E., Reifner, U., Conditions of Legal and Political Culture Limiting the Transferability of Access-To-Law Innovations, in: Cappelletti, M. (ed.) Access to Justice and the Welfare State, Sijthoff, Alphen aan de Rijn 1981 S. 217 ff.; Reifner, U. Types of Legal Needs and Modes of Legalization: The Example of the Berlin Tenants Initiative, in: Blankenburg, E. (Ed.) Innovations in the legal Services, Anton Hain: Königstein 1980 S. 29 ff.; Reifner, U.; Gorges, I., Alternativen der Rechtsberatung, Dienstleistung, Fürsorge und kollektive Rechtshilfe, in: Blankenburg, E.; Klausen, E.; Rottleuhner, H. (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. VI Op-laden: Westdeutscher Verlag 1980 S. 233 ff.; Blankenburg, E.; Hegenbarth, R.; Reifner, U. Der Gebrauch von Recht – Themeneinführung, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie Heft 1/1981 S. 2 ff.

2 Vgl. dazu Reifner, U., Vokmer, M. Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, Campus: Ffm 1986.

Dafür die von den Juristen von rechts wie von links euphemistisch gepräsene Wohltat des Rechtszugangs in unserem Projekt empirisch als Kostenerhöhung, Zeitver schwendung und Konfliktverschärfung für soziale Interessen analysierbar war, bedeute für Blankenburg keineswegs, daß deshalb die sozialen Alternativen zum Recht notwendig besser abschneiden müßten. Dies hat in dem erwähnten Projekt zu einem Ergebnis geführt, das in Wirklichkeit nur eine Fragestellung war: In „Gebrauch von Recht“ allein läßt sich der soziale Definitionsprozeß studieren, in dem der Nutzen von Recht entsteht. Dies war ein prätönöser Anspruch, der das Studium des Gebrauchs von Recht im Nationalsozialismus³, bei der Durchsetzung sozialer Interessen ebenso wie in der Regelung wirtschaftlicher und privater Beziehungen als Aufgabe nannte. Die Forschungseinheit „Rechtsdienste“, wie sie Blankenburg damals für das Wissenschaftszentrum konzipierte, wurde in Deutschland bisher nicht verwirklicht. Eine zu frühe Institutionalisierung der noch kaum existenten Rechtssociologie zum juristischen Prüfungsfach sowie, nimmt man die seit je selbständige Kriminologie aus, die Verein nahmung durch Rationalisierungsforschungen, bei denen im Interesse des Fiskus schneller, besser und kostengünstiger geurteilt und administriert werden sollte, haben Implementationsforschungen den Vorrang vor dem Gebrauch von Recht eingeräumt und damit auch viel von der historisch kritischen Dimension der Rechtssociologie für das Recht in Vergessenheit geraten lassen.

Nachdem die hierfür besser gerüstete Betriebswirtschaftslehre institutionalisiert in den Unternehmensberatungen die Justiz- und Verwaltungsanalyse übernommen hat, könnte die Rechtssociologie sich auf ihre eigentlichen Ziele besinnen. Die empirische Erforschung des Rechtsgebrauchs, wie sie Erhard Blankenburg in vielen Einzeldarstellungen immer wieder vorzeigbar gestaltet und organisiert hat, bekäme dann eine neue Chance in der „juristischen“ Rechtssociologie.⁴ Mit einer solchen Bestimmung auf das, was der Jurist „bewirkt“, könnte auch das ins Abseits geratene kontinentaleuro päische Rechtswirken wieder die Bodenhaftung bekommen, die es angewünscht der Globalisierung für den Bestand im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen ebenso wie für ihre Glaubwürdigkeit bzgl. ihres Beitrages zu den aktuell drängendsten wirtschaftlichen, politischen und sozialen Problemen benötigt.

I. Der Gebrauch von Recht in der rechtssociologischen Forschung

„Soziologen haben das Recht häufig lediglich in seiner Funktion als Sozialkontrolle gesehen. Politologen sehen es in erster Linie in seiner Funktion als Steuerungsmittel für Politik. Beide Sichtweisen sind zentriert auf Handlungswissen obrigkeitlicher Instanz und Zielsetzungen staatlicher oder parastaatlicher Verbände. Wie aber sieht rechtliches Verhalten aus, wenn man es von der anderen Seite instrumentalisiert?“⁵ So beginnt die Einführung zum Gebrauch von Recht, die wir 1981 dem Themenheft der Zeitschrift für Rechtssociologie voranstellten. Inzwischen kann man die These weiter akzentuieren. Recht existiert überhaupt nur in der zuletzt genannten Perspektive. Die Tendenz zur Demokratisierung und zur Marktwirtschaft hat den Anspruch außerhalb der Bürger angesiedelter Subjekte, wie Staat und Verbände, eigenständige Interessen und eigenständigen Sinn dem Rechtssystem zu unterstellen, zurückgedrängt. Staat und Verbände ebenso wie das Rechtssystem sind nichts anderes als Instrumente der Bürger, derer sie sich bedienen können und die sie in ständigem Prozeß weiterer Vergesellschaftung zu optimieren suchen. Die Frage nach dem „rechtlichen Sollen“ ist als typisch juristische Fragestellung zwar von heuristischem Wert für eine Rechtswissenschaft, die sich in Deutschland immer noch auf den Richter als den Prototypen des Rechtssystems kapriziert. Tatsächlich geht es aber um die eher anwaltsliche Fragestellung nach dem „rechtlichen Können“, die die Praxis der Rechtsentwicklung beherrscht. In diesem Zusammenhang kommt es aber darauf an, wo das Recht sich in der sozialen Praxis wahrnehmbar manifestiert.

Recht als empirisches Phänomen ist erst im Konflikt existent.⁶ Offensichtlich ist dies dort, wo gerichtliche Verfahren über den unmittelbar materiellen Eingriff des Staates in den Prozeß privater Konfliktregulierung nicht nur die Beziehungen der in Konflikt geratenen Parteien unmittelbar durch Urteil oder indirekt durch den auf Vorschlag des Gerichts abgeschlossenen Vergleich regeln und gestalten. Diese Verfahren werfen darüber hinaus schon „ihre Schatten voraus“, indem sie als Drohpotential die vor- und außengerichtliche Konfliktbewältigung durch die Parteien selbst wesentlich beeinflussen.⁷ Diese verfahrensrechtlichen Wirkungen des Rechtssystems („Vergerechtlichung“) auf die Konfliktlösungsprozesse innerhalb der Gesellschaft werden ergänzt und überlagert von den Wirkungen des materiellen Rechts, soweit es in der außengerichtlichen Kommunikation der Konfliktparteien thematisiert wird⁸. Während hinsichtlich der Gerichts-

5 Blankenburg, E.; Hegenbarth, R.; Reifner, U. Der Gebrauch von Recht – Themeneinführung, in: Zeitschrift für Rechtssociologie Heft 1/1981 S. 2.

6 „Jedenfalls ist Recht im Verhalten erst beobachtbar, wo es nicht ohne weiteres befolgt wird.“ aaO mit Verweis auf Theodor Geigers Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts.

7 Vgl. die Beiträge in Blankenburg, E. /Klages, H. /Strempe, D., Überlegungen zur einen Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit, Speyer 1987; Sander, F., Gerichtliche und außengerichtliche Streitbeilegung – Überblick über die Erfahrungen in den USA, in: Gottwald, W. /Strempe, D. (Hrsg.), Streitshilfrichtung, Köln 1995, S. 31 ff., 37 f.

8 Reifner, U./Volkmer, M., Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, Campus Verlag, 1988.

3 Vgl. die durch die Studien zur Geschichte der Rechtsberatung in Deutschland im Projekt angeregte Arbeit zu diesem Thema, wo mit dem provozierenden Titel Recht als juristischer Begriff seinem soziologischen Begriff gegenübergestellt wurde: Reifner, U. (Hrsg.) Das Recht des Unrechtsstaates, Campus: Ffm 1986.

4 Zur Unterscheidung von juristischer und soziologischer Rechtssociologie vgl. Reifner, U. Rechtliche Werte und rechtliche Handlungsformen in der Wirtschaft, Forschungen zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft am Institut für Finanzleistungen e.V., in: Hof, H. (Hrsg.) Verhalten und Recht, Volkswagengesellschaft Hannover 1998 (im Erscheinen).

verfahren neben den Wirkungen ihrer Beendigungstatbestände auf die Parteien vor allem die Transaktionskosten, Zeit und immaterieller Aufwand des Verfahrens, aber auch die dadurch bewirkte Reduktion von Komplexität, Unterdrückung der Emotionalität und Partizipation sowie Vergangenheitsorientierung⁹ eine Rolle spielt, führt die außergewöhnliche Thematierung von Recht („Verrechtlichung“) einerseits zu Problemen der Konfliktverhärtung und zur Reduktion der Alternativen möglicher Konfliktlösungen.¹⁰ Zum anderen werden aber über Recht auch kompensatorische Wirkungen erzielt und zwar durch Vermittlung von Verhandlungssicherheit. Außerdem wird Verhandlungsstärke durch das Gefühl der Berechtigung vermittelt, und es werden überindividuelle Komponenten des Konflikts erkennbar, so daß solidarische Lösungsmöglichkeiten wiederum wahrscheinlicher werden.¹¹ Diese Wirkungen von Recht sind vor allem seit Beginn der 70er Jahre unter Begriffen wie Verrechtlichung¹², Zugang zum Recht¹³, Alternativen zu und in der Justiz¹⁴, außergerichtliche Konfliktbeilegung und Schllichtung¹⁵ sowie in neuerer Zeit unter dem Begriff Mediation¹⁶ diskutiert worden. Die Fragestellungen, unter denen das Thema anwendungsbezogen behandelt wird, sind dabei sehr unterschiedlich.

So werden die Entlastung der Justiz, die Entlastung der Konfliktlösungsprozesse von streitfördernden Elementen des Rechts zugunsten friedlicher Lösungen ebenso wie auch die Vermittlung von Problembewältigungskompetenz zurück an die Konfliktparteien und die Erweiterung des Spektrums möglicher Konfliktlösungen zum Ansatz der Untersuchung verschiedener Verfahren genommen. Gerichtsverfahren, Güteverfahren, Vergleichsverfahren, Konkurs sowie individuelle wie kollektiv institutionalisierte Aushandlungsprozesse werden auf ihre Chancen für die vorgenannten Ziele hin untersucht.¹⁷ Dabei sind Institutionen wie Anwaltschaft, Schuldnerberatung, Rechtsberatung

9 Falke, J. /Gessner, V., Konflikt Nähe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streitbehandlung, in: Blankenburg, E. /Gottwald, W. /Strempe, D., Alternativen in der Ziviljustiz, Köln 1982, S. 289 ff.

10 Breidenbach, S., Mediation – Struktur, Chancen, Risiken zur Vermittlung im Konflikt, Köln 1995, S. 48; Blankenburg, E. /Reifner, U., Rechtsberatung – Rechtsprobleme durch soziale Definition, Neuwied 1982, S. 8 ff.

11 Reifner, U. /Volkner, M., a.a.O.

12 Abel, R., Delegalization: A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences, in: Blankenburg, E. /Klausa, E. /Rottenthner, H. (Hrsg.) Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 6, Opladen 1980, S. 27 ff.; Abel, R., Informal Justice, Vol. 1 und 2.

13 Eine Zusammenstellung der Forschungen bei Reifner, U., Zugangs- und Erfolgsbarrieren in der Justiz, Demokratie und Recht 1981, 143 ff., 396 ff.

14 Dazu die Arbeiten zum Prozeßvergleich von Röhl, K. F., Der Vergleich im Zivilprozeß, Opladen 1983.

15 Einen Überblick bieten Gottwald, W./Strempe, D. (Hrsg.), Streitschlichtung, Köln 1995.

16 Zusammenfassend Breidenbach, S., a.a.O.

17 Zusammenfassend Stock, J. /Thüne, P.-I. /Wolff, H., Schnittstellen von außer- und innergerichtlicher Konfliktbearbeitung im Zivilrecht, Köln 1995.

der Gewerkschaften und Verbraucherverbände sowie öffentliche Rechtsberatung untersucht worden.¹⁸ Diesen institutionsorientierten Untersuchungen stehen bereichsspezifische Ansätze gegenüber, die die Wirkungen verschiedener rechtlicher Verfahren und der Thematierung von Recht in bezug auf Konfliktbereiche wie Ehescheidung,¹⁹ Arbeit,²⁰ Konsum²¹, Wohnung²² u.ä. untersuchen. Auffallend ist dabei, daß mit Ausnahme der anlässlich der Reform des Konkurrenzrechts vorgenommenen Untersuchungen²³ die Auswirkungen des Rechtssystems auf die wirtschaftliche Kommunikation in Konfliktsituationen weniger im Vordergrund stand als die Konfliktbereiche mit stark persönlichem Einschlag. Dies hat offensichtlich seinen Grund darin, daß in der Beziehung von großen Unternehmen zueinander auf Grund der Rationalität der Auseinandersetzungen die "Entgerichtlichung"²⁴ bereits weit fortgeschritten ist.

Das ganze System dieser empirischen Untersuchungen erscheint dabei relativ beliebig und die studierten Objekte willkürlich ausgewählt. Unklar ist auch, welchen Beitrag die Vielzahl der Einzeluntersuchungen zur Soziologie des Rechts überhaupt machen können, da sie untereinander nicht vermittelt sind. Die deutsche Rechtssoziologie ist in den Prämissen der akademischen Juristenausbildung gefangen, bei der das Gesetz und der Richter die zentralen Ausgangspunkte des Rechtssystems bilden. Deshalb führt ihre Forschung immer wieder zu diesen unreflektierten Voraussetzungen zurück, so daß das Gesetz als wichtigstes Instrument der Bestimmung von Verhaltenserwartungen und der Richter als Mittelpunkt der Konfliktbeilegung quasi nach einer *petitio principii* die Ergebnisse bestimmen. Forschungen zum Rechtsgebrauch vertragen solche Setzungen nicht, weil es auf das Gesetz als solches ebenso wenig ankommt wie auf das Angebot der richterlichen Entscheidung. Vielmehr kommt es darauf an, inwieweit und in welcher Gestalt das Gesetz ebenso wie das richterliche Angebot im Prozeß des Gebrauchs von

18 Vgl. Reifner, U., in: Blankenburg, E. /Reifner, U., a.a.O., Das Rechtsberatungsangebot, S. 133 - 293; ders., Kollektiver Rechtsgebrauch, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1981, 88 ff.; Reifner, U. /Volkner, M., Neue Formen der Rechtsberatung a.a.O.; Reifner, U., Individualistic and Collective Legalization: The Theory and Practice of Legal Advice for Workers in Prefascist Germany, in: Abel, R., The Politics of Informal Justice, Vol. 2, Academic Press 1982, S. 81 - 123; Reifner, U. /Laatz, W., Überschuldungssituation und Schuldnnerberatung in der Bundesrepublik Deutschland – Ein Problemfall, Zeitschrift für Sozialreform 1995, 213-235.

19 So der Schwerpunkt bei Breidenbach, a.a.O.

20 So der Schwerpunkt der Rechtssoziologie auf dem 20. Deutschen Soziologentag 1980 mit den Beiträgen in Zeitschrift für Rechtssoziologie 1/81, 3 ff.; Schönholz, S., Alternatives im Gerichtsverfahren. Zur Konfliktlösung vor dem Arbeitsgericht unter besonderer Berücksichtigung des Prozeßvergleichs, Amsterdam 1984; Reifner, U./Blankenburg, E., Conditions of Legal and Political Culture Limiting the Transferability of Access-To-Law Innovations, in: M. Cappelletti (ed.), Access to Justice and the Welfare State, 1981.

21 Reifner, U., Die Durchsetzung von Verbraucherrechten, in: Österreichisches Ministerium für Jugend, Umwelt und Familie (Hrsg.), Verbraucherricht und Verbraucherecht, Wien 1989, S. 61 - 96.

22 Reifner, U., Types of Legal Needs and Modes of Legalization, in: Blankenburg (Hrsg.), Innovations in the Legal Services, Berlin 1980.

23 Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1978.

Recht im Konflikt in Erscheinung tritt. Der normative Anspruch der Juristen, daß das Recht die Wirklichkeit beherrsche, ist dann eine nützliche Berufsideologie aber zur soziologischen Forschung unauglich.

Eine adäquاتere Anknüpfung, die auch der empirischen Evaluation standhielt, müßte sich dagegen statt an *Gesetz und Richter*²⁴, an Vertrag und Anwalt orientieren, was im übrigen auch der akademischen Rechtswissenschaft höheren Realitätszugang erlauben würde.²⁵ Eine solch Systematik könnte dabei die Ansätze aufnehmen, die in dem eingangs beschriebenen Projekt entwickelt und bisher nur im Ausland publiziert wurden.²⁶

2. Elemente des Rechtsgebrauchs

Der Gebrauch von Recht ist an die Existenz sozialer Interessen gebunden, die den Prozeß ihrer Durchsetzung dadurch verrechtflichen, daß sie ihr Verhalten an allgemeinen Normen orientieren, die von einer Zentralgewalt sanktioniert werden (können).²⁷

2.1 Recht als Kommunikationsform über Konflikte

Der „Gebrauch von Recht“ ist somit identisch mit der Verrechtlichung innerhalb konfliktuöser Beziehungen. Dabei hat allerdings die Verrechtlichung kein Monopol in der Interessendurchsetzung. Die exklusive Behandlung von Verrechtlichung in rechtssoziologischen Untersuchungen unterstellt a priori, daß die Lösung der zugrundeliegenden Konflikte allein im Recht selber zu finden ist. Da Verrechtlichung jedoch nur eine Orientierung innerhalb sozialer Prozesse bestimmt, würden damit andere Orientierungen und insbesondere weit wirksamere tatsächliche Handlungszwänge als intervenierende Variablen aus der Betrachtung ausgeschlossen. Man erhält dann die merkwürdigen Ergebnisse etwa der Studien über „legal needs“, in denen das Rechtshilfebedürfnis daran

24 Auch die Rechtssoziologie ist immer noch allzu entscheidungs- und richterzentriert. Sie transportiert damit die Selbststeinschätzung der juristischen Systems. Eine Zufallsauswahl der Hefte der Jahre 1996 und 1997 der Zeitschrift für Rechtssoziologie ergibt, daß 10 von 22 Abhandlungen sich auf Gerichtsprozesse beziehen, während kein einziger Beitrag und keine Rezension sich auf Rechtsberatung und Anwaltschaft bezieht.

25 Vgl. zu entsprechenden Neuorientierungen in der Juristenausbildung Rittershaus, Forum – Anwaltsorientierte Juristenausbildung, JUS 1998, 302 ff; zu internationalen Orientierung vgl. Machura, „Dialog Presentation“. Bericht über den third International Workshop on Procedural Justice in Ofnati, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie H. 1 1996 S. 168 ff.

26 Vgl. Reifner, U. Individualistic and Collective Legalization: The Theory and Practice of Legal Advice for Workers in Prefascist Germany, in: Abel, R. the Politics of Informal Justice, Vol. 2 Academic Press, New York 1982 p. 82 ff; der theoretische Teil wurde allerdings dort nur äußerst verkürzt und findet sich vollständig in dem Discussion Paper des Wissenschaftszentrum mit dem gleichen Titel Nr. IIM-dp 79-52 Part 1 S.4 - 47.

27 Vgl. Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1972:182; Geiger, Th., Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied 1968: 206.

gemessen wurde, inwieweit Juristen in einem Problem eine rechtliche Lösungsmöglichkeit sahen.²⁸ Entsprechend zeigten solche Studien dann auch die meisten unbefriedigten Rechtsbedürfnisse bei der gehobenen Mittelschicht, weil die Einsicht, daß Obdachlose keine Mietprobleme dafür aber extreme Wohnungsprobleme haben, sich empirisch nicht niederschlagen kann, wenn sich Obdachlosigkeit eben nicht im Rechtssystem als Rechtsverletzung niederschlägt.²⁹ Ausgangspunkt des Rechtsgebrauchs sind die Menschen selber und ihre Interessen.³⁰ Diese Interessen bestimmen den Konflikt und damit auch Umfang und Art des Rechtsgebrauchs. Daß das Rechtssystem von sozialen Interessen wie Konsum, Wohnung, Arbeit, Gesundheit etc. weitgehend abstrahiert und sie unter ökonomische Interessen an Eigentum und Gewinn subsumiert, hat etwas mit der Funktion juristischer Abstraktion für die staatlich vermittelte Konfliktlösung innerhalb von Marktgemeinschaften zu tun, die sich bei ihrem Konfliktlösungsangebot historisch immer mehr auf das Geld als dem allumfassenden Parameter für Interessen verkürzen.³¹ So nützlich diese Reduktion von Komplexität innerhalb der am Marktinstrumentarium orientierten interessierten juristischen Abstraktion sein mag, soziologisch gesehen ist es eine Ideologie, die den Blick für die Alternativen zum Rechtsgebrauch verstellt, da die bestimmenden Handlungsfaktoren sich gerade aus den Elementen ableiten, die der im Rechtsprinzip des *do ut des* für erforderlich gehaltenen Reduktion von Komplexität zum Opfer fallen.

Verrechtlichung kann damit als eine mit Bezug auf das System staatlich sanktionsierter Regeln gewählte Form der Kommunikation in Konfliktinstitutionen angesehen werden. Die rechtliche Form der Kommunikation steht dabei in Konkurrenz zu anderen Formen, wobei die älteste Form des Konfliktlösungs, der durch den Rechtsfrieden verdrängte Kampf, nur eine *Form der Kommunikation in Konflikten* ist. Der Fortschritt der ersten Rechtsordnungen, die häufig zugleich unter dem bezeichnenden Titel „Landfrieden“ verkündet wurden, besteht darin, daß Verrechtlichung die Kriegsführung ablöste. Was damit allerdings aus dem Blickfeld verloren ging war die Tat- sache, daß die Verrechtlichung für diesen Fortschritt keineswegs ein Monopol besaß

28 Sykes, G.M., „The Legal Needs of the Poor in the City of Denver, Law and Society Review 1969, 225.

29 Griffith, J., „A Comment on Research into ‘Legal Needs’“, in: Blankenburg, E. (Hrsg.), Innovations in the Legal Services, Hain: Königstein 1980; R. White, P. Lewis (eds.) Social Needs and Legal Action. London: Martin Robertson 1973.

30 Galanter, M., Delivering Legality: Some Proposals for the Direction of Research, 11 Law & Society Review 1976, 225; ders. Legality and its Discontents: Some Preliminary Notes on Current Theories of Legalization and Delegalization, in: Blankenburg, E. Klaus, E. Rottleuthner, H. (Hrsg.) Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Opladen: Westdeutscher Verlag Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie, Bd. 6 S. 11 ff.

31 Vgl. dazu Reifner, U., The Vikings and the Romans, in: Th. Wilhelmsson, T. (Ed.) Perspectives of Critical Contract Law, Dartmouth 1992 S. 169 ff; Reifner, Geld hat man zu haben – sowie nichts anderes vereinbart, in Krämer, L., Micklitz, H.W., Tonner, K. (Hrsg.) Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden 1997 S. 623 ff.

und mit ihrem Fortschritt zugleich auch erhebliche Nachteile und zudem Mißbrauchs-möglichkeiten staatlicher Machtträger vermittelte. Neben dem Rechtsgebrauch hat der Bürger folgende weitere Angebote:

- Kämpfen
- Dulden und Nachgeben,
- Überzeugen,
- Abstimmen in kollektiv eingebundenen Konflikten
- Einschalten von Vermittlern
- Gebrauch nichtrechtlicher Normativsysteme wie
 - Religion,
 - Ethik
 - Moral
- Gruppennormen (Betrieb, Familie, Verein, Hausgemeinschaft)
- Zwanghaft erfolgt die Verrechtlichung, wenn andere Alternativen verspiert sind, wie etwa bei einer zwangsweisen Verrechtlichung in Bereichen von Strafrecht und öffentlichem Recht oder aber wenn die Wahl des Gegners zur Verrechtlichung führt und die Rechtsregeln wie z.B. im Säumnisverfahren oder beim Konkursantrag den Zwang ausüben, sich dem zu stellen.

- Freiwillig erfolgt die Wahl, wenn die Vorstellung der Betroffenen dadurch geprägt ist, daß der Rechtsgebrauch der mit den geringsten Kosten verbundene Weg zu einer relativ optimalen Interessendurchsetzung ist. Diese Vorstellung kann sich
 - auf entsprechende objektive Gegebenheiten stützen,
 - gleichzeitig aber auch durch umfangreiche Fehlvorstellungen über Kosten und Möglichkeiten des Rechtssystems geprägt sein.

Eine soziologische Analyse des Rechtsgebrauchs muß logisch immer erst mit den objektiven Zwängen der Verrechtlichung sich beschäftigen, bevor deren subjektive Wider-spiegelung im Bewußtsein der Betroffenen erforscht werden kann. Dabei sind auch bei zwanghaften Situationen individuelle Wahlentscheidungen (Opportunitätsprinzip der Staatsanwaltschaft, Ermessensspielraum der Verwaltung, Verrechtlichung durch den Konfliktgegner) der eigentliche Ansatzpunkt zum Verständnis des Rechtsgebrauchs, was u.U. den Objektwechsel in der empirischen Forschung erforderlich macht.

2.2 Verrechtlichung als Objekt empirischer Forschung

2.2.1 Stufen der Verrechtlichung

Objektiv kommt es wiederum darauf an, inwieweit die einzelnen Stufen des Verrechtlichungsprozesses erfolgreich durchlaufen werden können bzw. auf diesen Stufen für soziale Interessen erfolgreiche Angebote produziert werden.

- Die *Stufen der Verrechtlichung* kann man wie folgt bezeichnen:
 - Rechtsentstehung / Rechtesetzung: Gesetzgebung, Vertragsinhaltsbestimmung, Setzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verwaltungsvorschriften etc.)
 - Rechtsauklärung: Information über die Existenz von Normen, ihrer Anwendung, die Institutionen ihrer Umsetzung, Kosten und Möglichkeiten)
 - Rechtsberatung: Konkretisierung der Informationen der Rechtsaufklärung für die konkrete Interessenkonstellation
 - Rechtsentscheidung: gerichtliche oder administrative Entscheidung über den Sachverhalt und die Zuordnung von Rechtsansprüchen und Durchsetzungsmitteln zu sozialen und wirtschaftlichen Interessen.
 - Rechtsdurchsetzung: Zwangsvollstreckung, Zuordnung von Selbsthilferechten, Bestätigung und Sicherung von Interessenlagen.

2.2.2 Elemente der Verrechtlichung

- Quer zu diesen Stufen der Verrechtlichung sind die *Elemente der Verrechtlichung* zu sehen, die zwar auf verschiedenen Verrechtlichungsstufen unterschiedlich stark auftreten, grundsätzlich aber auf jeder Stufe eigenständig vertreten sein können. Hierzu gehören:

- Regeln: Gesetze, Verwaltungsvorschriften, Verträge, Allgemeine Geschäftsbedingungen, ungeschriebene normative Verhaltensweisen im Rechtssystem wie etwa den Verhaltenskodex deutscher Juristen
- Berufstypen: Richter, Anwalt, Funktionäre, Vermittler, Tribun etc.
- Leitbilder für die Konfliktbeurteilung: Tauschgerechtigkeit, materiale Gerechtigkeit, generelle und einzelfallorientierte Konfliktdarstellung, etatistische und private Verteilungen, kollektive und individualistische Leitbilder.
- Sanktionsformen: kompensatorische, restitutive, repressive, deklaratorische und demonstrative Formen
- Konfliktentscheidungsformen: zwei Parteien Systeme (Vergleich, Vertrag) versus Einziehung einer Dritten Partei (Urteilsprozeß, Schiedsspruch)
- Institutionen: fremdgesteuerte (Gerichte bei Amtsermittlungsgrundsatz); responsive (Ombudsman, Schlichtungsstelle, Anwälte), kollektive (Verbandsgremien, Parla-menien).

Mit den Stufen der Verrechtlichung und den Aspekten der Verrechtlichung läßt sich eine Matrix bilden, in der auf jeder Stufe die Manifestation des entsprechenden Elementes der Verrechtlichung eingetragen werden kann. So bestimmen Regeln jede Stufe der Verrechtlichung. Sie bestimmen die Rechtssetzung scheinbar primär durch materielles Recht jedoch bei näherer Betrachtung weit stärker wiederum durch Verfahrensrechte, wenn man den Bereich privatautonomer Rechtsentstehung miteinbezieht, in dem zunehmend allein das Verfahren allgemein geregelt ist. Im Bereich der Rechtsaufklärung gibt es eher professionelle Gewohnheitsregeln, während bei der Rechtsberatung mit dem Rechtsberatungsgesetz sogar das gesamte anwaltliche Standesrecht einschlägig wird. Im Rechtsentscheidungsverfahren gilt der entsprechende Teil der Prozeßordnungen, die auch noch die Regeln für die Sanktionierungen enthalten. Diese Matrix ließe sich nun weiter ausfüllen.

2.2.3 Formen der Verrechtlichung

Die interessanteste Entdeckung der Zugangsforschung zum Recht war aber die Entdeckung der Rechtsform als allgemeinem Strukturprinzip des gesamten Verrechtlichungsprozesses. Aus der Analyse des materiellen Rechts ist nicht erst seit der Analyse der Hegelischen Rechtsphilosophie sowie der marxistischen Rechtskritik von Marx, Engels und Paschukanis die Beziehung der Rechtsform der bürgerlichen Gesellschaft zu den dort vorherrschenden Wirtschaftsbeziehungen herausgearbeitet worden. „From Status to Contract“ bezeichnet dabei den Prozeß der Entstehung von Rechtsregeln, für die die Form des Befehls durch den Vertrag abgelöst wird, das Unterordnungsprinzip durch das Gleichordnungsprinzip und die ausgleichende Gerechtigkeit durch die Tauschgerechtigkeit ersetzt wird. Diese Prinzipien sind idealtypisch in der Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht, wie es das Polizeirecht im Verhältnis zum Kaufrecht pointiert zum Ausdruck bringt, jedem Juristen geläufig, der mit den Abgrenzungstheorien wie der Subordinationstheorie, der Subjekttheorie oder der Ulpianischen Interessentheorie schon im ersten Semester lernt, daß das Recht verschiedene Rechtsformen kennt.

Was allerdings erst jetzt allmählich sich auch in der juristischen Dogmatik durchsetzt, daß die administrative Rechtsform keineswegs auf das öffentliche Recht beschränkt ist und sich etwa auch im Recht der „diktiierten“ Verträge (AGB, Franchising, Beherrschungsverträge etc.) niederschlägt, umgekehrt aber auch die Tauschform des Vertragsrechts mit dem Trend zur Entstaatlichung und Privatisierung auch das Verwaltungsrecht erobert³², ist für die soziologische Betrachtung selbstverständlich. Die Formen normativer Gestaltungen ergeben sich aus ihrer Daseinsform und nicht aus ihrer

Zugehörigkeit zu einem Normensystem. Damit handelt es sich um Rechtsformen, die unabhängig vom Recht aus ökonomischen und sozialen Handlungsformen heraus zu definieren sind. Diese Handlungsformen bestimmen, wie die Analyse der Rechtsberatungsinstitutionen ergeben haben³³, nicht nur die Stufe der Rechtssetzung (Gesetzgebung versus Befehl) und das Element der Rechtsregel (Gesetz versus Verwaltungsakt) sondern alle Stufen und auch alle Aspekte des Verrechtlichungsprozesses. Sie bestimmen die Berufsbilder, die sich von Richterbild ableiten, und die man nicht nur in den Gerichten sondern auch beim Verwaltungsbeamten oder Bankjuristen finden kann, oder des Anwalts, der in der advokatorischen Rolle nur Prototyp anderer Akteure in der Konfliktbewältigung ist. Es gilt auch für Sanktionsformen und Organisationsprinzipien von Institutionen.

Besteht bzgl. der Unterscheidbarkeit von administrativen, statusbezogenen, vorbürgerlichen Rechtsformen und den synallagmatischen Rechtsformen einer warentauschenden Gesellschaft kein Zweifel, so zeigen doch alle einschlägigen Untersuchungen, daß mit diesen beiden Typen allein keine erschöpfende Kategorisierung der bestehenden Rechtsformen möglich ist. Im materiellen Recht reizte von jeher die Form der Vereins- oder Gemeinde- und Stiftungssatzung sowie des Tarifvertrages dazu, von einer dritten kollektiven Rechtsform auszugehen, die teilweise auch als responsive oder autopoetische Rechtsform bezeichnet wurde. Das gleiche gilt aber auch für die Rechtsberatung, wo innerhalb gewerkschaftlicher Aktionsformen Prozesse analysiert werden konnten, die Beratung etwa als wechselseitigen Informationsprozeß begreifen, indem nicht der Rechtsrat des Beraters an den Klienten sondern die Information des Klienten über die Manifestation eines kollektiv interessierenden Problems an den Berater im Mittelpunkt stand.³⁴ Kollektive, diffuse oder gemeinsame Interessen führen in selbstorganisierten Konfliktlösungsprozessen zu neuen Rechtsformen, die sich in allen Stufen und Aspekten des Verrechtlichungsprozesses widerspiegeln.³⁵

2.2.4 Dreidimensionale Matrix zur Analyse des Rechtsgebrauchs

Im Ergebnis haben wir dann eine drei-dimensionale Matrix, bei der Stufen und Aspekte der Verrechtlichung durch ein drittes Kriterium, die Form der Verrechtlichung, die wiederum in drei Formen, administrative, synallagmatische und kollektive Verrech-

³² Vgl. Holznagel, B., Konfliktlösung durch Verhandlungen, Nomos: Baden-Baden 1990 p. 213 ff ; Hoffmann-Riem, W., Selbstbindung der Verwaltung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL) 40 (1992) p. 187 ff.

³³ Vgl. Reifner, Individualistic and Collective Legalization: The Theory and Practice of Legal Advice for Workers in Prefascist Germany, in: Abel, R., The Politics of Informal Justice, Vol. 2, Academic Press 1982, S. 81ff, 93 ff.

³⁴ Vgl. Reifner, Individualistic and Collective Legalization: Dienstleistung, Fürsorge und kollektive Rechtshilfe, in: Blankenburg, E.; Klausu, E.; Rottlenthner, H., Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, in: Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie Bd. VI Opladen: Westdeutscher Verlag 1980 S. 233 ff.

³⁵ Vgl. Reifner, Individualistic and Collective Legalization: The Theory and Practice of Legal Advice for Workers in Prefascist Germany, in: Abel, R., The Politics of Informal Justice, Vol. 2, Academic

zugehörigkeit zu einem Normensystem. Damit handelt es sich um Rechtsformen, die unabhängig vom Recht aus ökonomischen und sozialen Handlungsformen heraus zu definieren sind. Diese Handlungsformen bestimmen, wie die Analyse der Rechtsberatungsinstitutionen ergeben haben³³, nicht nur die Stufe der Rechtssetzung (Gesetzgebung versus Befehl) und das Element der Rechtsregel (Gesetz versus Verwaltungsakt) sondern alle Stufen und auch alle Aspekte des Verrechtlichungsprozesses. Sie bestimmen die Berufsbilder, die sich von Richterbild ableiten, und die man nicht nur in den Gerichten sondern auch beim Verwaltungsbeamten oder Bankjuristen finden kann, oder des Anwalts, der in der advokatorischen Rolle nur Prototyp anderer Akteure in der Konfliktbewältigung ist. Es gilt auch für Sanktionsformen und Organisationsprinzipien von Institutionen.

Besteht bzgl. der Unterscheidbarkeit von administrativen, statusbezogenen, vorbürgerlichen Rechtsformen und den synallagmatischen Rechtsformen einer warentauschenden Gesellschaft kein Zweifel, so zeigen doch alle einschlägigen Untersuchungen, daß mit diesen beiden Typen allein keine erschöpfende Kategorisierung der bestehenden Rechtsformen möglich ist. Im materiellen Recht reizte von jeher die Form der Vereins- oder Gemeinde- und Stiftungssatzung sowie des Tarifvertrages dazu, von einer dritten kollektiven Rechtsform auszugehen, die teilweise auch als responsive oder autopoetische Rechtsform bezeichnet wurde. Das gleiche gilt aber auch für die Rechtsberatung, wo innerhalb gewerkschaftlicher Aktionsformen Prozesse analysiert werden konnten, die Beratung etwa als wechselseitigen Informationsprozeß begreifen, indem nicht der Rechtsrat des Beraters an den Klienten sondern die Information des Klienten über die Manifestation eines kollektiv interessierenden Problems an den Berater im Mittelpunkt stand.³⁴ Kollektive, diffuse oder gemeinsame Interessen führen in selbstorganisierten Konfliktlösungsprozessen zu neuen Rechtsformen, die sich in allen Stufen und Aspekten des Verrechtlichungsprozesses widerspiegeln.³⁵

³² Vgl. zur Diskussion um die diffuse Interess, Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäische Gemeinschaft, 3. Aufl. Nomos Baden-Baden 1993 (4. Aufl. unter dem Titel „Europäisches Verbraucherrecht“).

lichungsformen unterteilt werden kann, definiert sind. Die zuletzt genannte Rechtsform ist aktuell von entscheidender Bedeutung. Während wir relativ viel in der rechts historischen und rechtssoziologischen Forschung etwa bei Eugen Ehrlich über vor bürgerliche Rechtsformen und bei Max Weber oder Stuart Maine über die bürgerliche Rechtsform erfahren können, gibt es über die erst rudimentär vorhandene nachbürgerliche Rechtsform nur Andeutungen, wenn etwa von communal law, von responsive law, von diffusen Interessen im Recht gesprochen wird. Ebenso wie für die anderen Rechtsformen kommt es aber auch hier darauf an, daß nicht nur die Form an Hand der Normen sondern ihre Merkmale in allen anderen Stufen und Elementen des Verrechtlichungs prozesses aufgespürt wird.

Es ist im übrigen auch die Form des Rechts, die seine Möglichkeiten für soziale Interessen entscheidend bestimmt. Die Form des Rechts bestimmt schließlich auch die Abfolge der Stufen und die Art der Aspekte, die im Vordergrund der Stufen steht. Jede Rechtsform hat ihre besondere Stufenabfolge und Gewichtung. Während die administrative Rechtsform das Gewicht auf der Sanktion hat, die damit etwa im Verwaltungsrecht zugleich auch die erste Stufe darstellt, wenn der Staat zunächst vollstrecken darf, bevor der Bürger über die Anfechtungsklage die Vergerichtlichung für seine Interessen betreiben kann, hat die synallagmatische Rechtsform ihren Schwerpunkt im Verfahren der Normgewinnung und Konfliktbeilegung, wie es idealtypisch im Zivilprozeß niedergelegt ist. Der Legitimation durch Macht in der administrativen Rechtsform entspricht dann die Legitimation von Verfahren in der marktkonformen Rechtsform.

2.3 Kollektive Verrechtlichungsprozesse als Alternativen zum Gericht

Die aktuelle gesellschaftliche Situation in den entwickelten Industriestaaten ist gekennzeichnet durch eine radikale Überwindung von vorbürgerlichen Rechtsformen, die vor allem im öffentlichen Bereich des Polizei- und Wohlfahrtsstaates sich erhalten konnten, weil die Finanzierung öffentlicher Aufgaben bisher jedenfalls nicht über Marktmechanismen sondern über Umverteilungssysteme von Steuern und Gebühren erfolgte. Mit der „Privatisierung des Sozialstaates“³⁶ werden dabei nicht nur die Effizienzkriterien des Marktes an die Versorgung mit öffentlichen Gütern herangebracht. Der Marktmechanismus und damit auch die ihn steuernden und widerspiegeldenden Rechtsformen werden zugleich auch in ihrer eigenen Basis herausgefordert. Der gegenseitige Vertrag ebenso wie die entgeltliche anwaltliche Dienstleistung und das auf der Parteimaxime aufbauende individualisierende Zivilprozeßverfahren müssen beweisen, daß sie in der Lage sind, soziale, kollektive und ökologische Interessen in die Rechtsform zu integrieren. Die Abkapselung des Vertragsdenkens von dem Rest der Welt, die Naivität der auf der Parteimaxime aufbauenden Verteilung der Konfliktlösung im Zivilprozeß, die for-

male Ausschließung von Ursachen- und Folgenbewertungen für die ganze Gesellschaft stehen dann auf Bedarfssituationen in der Gesellschaft, die sich mit den historischen Verdiensten dieser Rechtsform nicht mehr zufrieden geben.

In einer sozial verantwortlichen Marktwirtschaft wird nach den Elementen einer neuen Rechtsform gefragt, in der mehr materiale Wertungen Platz haben als in dem im Austauschzweck formalisierten Gerechtigkeitsgedanken des Allgemeinen Schuldrechts des BGB, das immer noch den Kernbereich des Tauschrechtes gültig definiert. In der modernen Dienstleistungsgesellschaft wird das Zeitelement zum entscheidenden Faktor der Leistungs- und Entgeltdeterminierung, gegen das sich die punktuelle Sichtweise des traditionellen Tauschdenkens sträubt. In der Kreditgesellschaft, die die kollektiven Risiken von Inflation, Zinsniveau und Wirtschaft in die individuellen Marktbeziehungen integriert, geht es um eine Rechtsform, die diesen Bezug angedeutet im „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ zu thematisieren in der Lage ist. In der Risikogesellschaft braucht man schließlich Rechtsformen, die individuelle Risiken als kollektive Wahrscheinlichkeiten auch so vermitteln, daß sie überhaupt tragbar werden. In einer ökologisch orientierten Wirtschaft geht es schließlich darum, die Ressourcennutzung nicht mehr nur als relative vertraglich regelbare Beziehung zwischen Individuen zu sehen, die über diese Ressourcen befinden können, sondern als Verbrauch der Lebensgrundlage der gesamten Bevölkerung. In der multikulturellen Gesellschaft gilt es schließlich Gruppenbezüge in die Austauschbeziehungen zu integrieren und in der solidarischen Gesellschaft den Generationenvertrag ebenso wie den Stadtteilvertrag („community reinvestment“) als private Form der Verrechtlichung zu organisieren. Allen diesen Anforderungen muß das moderne Rechtssystem sich stellen, wobei die Rückkehr zur administrativen Rechtsform als der einfachste Weg in einer steuer- und staatsmünden Gesellschaft versperrt ist. Rechtssoziologische Forschung kann nun in doppelter Weise dazu beitragen, bei der Bestimmung solcher neuen auf die Anforderungen der (post-)modernen Gesellschaft regierenden Rechtsformen beizutragen:

- Theoretisch geht es darum, mit Systemen wie der vorstehend entwickelten Matrix und ihrer Ausfüllung für die bisher bekannten Rechtsformen nach Art des periodischen Systems in der Chemie die Orte zu definieren, wo solche Rechtsformen wahrscheinlich auffindbar sind sowie die Elemente auf den einzelnen Stufen der Verrechtlichung so zu beschreiben, daß sie als responsive Formen der Verrechtlichung erkannt werden können.
- Empirisch geht es darum, bestehende Formen „kollektiver“ Verrechtlichung zu analysieren bzw. in Versuchsanordnungen einer Aktionsforschung solche Formen zu erzeugen, um sie entsprechend empirisch studieren zu können.

Beides geht dabei nach Anforderungsprofilen und sozialen Aktionsfeldern spezifiziert Hand in Hand. Aus der in herrschenden Rechtsanschauungen über Funktion und Wirkungsweise „des“ Rechtssystems verankerten theorielosen Empirie der Effizienzfor-
36 Vgl. dazu Reifner, Solidarische Wirtschaftspolitik, in: Reifner, U., Mattfeldt, H., Oppholzer, A. (Hrsg.) Privatisierung des Wohlfahrtsstaates, Budrich & Leske 1998.

male Ausschließung von Ursachen- und Folgenbewertungen für die ganze Gesellschaft stehen dann auf Bedarfssituationen in der Gesellschaft, die sich mit den historischen Verdiensten dieser Rechtsform nicht mehr zufrieden geben.

In einer sozial verantwortlichen Marktwirtschaft wird nach den Elementen einer neuen Rechtsform gefragt, in der mehr materiale Wertungen Platz haben als in dem im Austauschzweck formalisierten Gerechtigkeitsgedanken des Allgemeinen Schuldrechts des BGB, das immer noch den Kernbereich des Tauschrechtes gültig definiert. In der modernen Dienstleistungsgesellschaft wird das Zeitelement zum entscheidenden Faktor der Leistungs- und Entgeltdeterminierung, gegen das sich die punktuelle Sichtweise des traditionellen Tauschdenkens sträubt. In der Kreditgesellschaft, die die kollektiven Risiken von Inflation, Zinsniveau und Wirtschaft in die individuellen Marktbeziehungen integriert, geht es um eine Rechtsform, die diesen Bezug angedeutet im „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ zu thematisieren in der Lage ist. In der Risikogesellschaft braucht man schließlich Rechtsformen, die individuelle Risiken als kollektive Wahrscheinlichkeiten auch so vermitteln, daß sie überhaupt tragbar werden. In einer ökologisch orientierten Wirtschaft geht es schließlich darum, die Ressourcennutzung nicht mehr nur als relative vertraglich regelbare Beziehung zwischen Individuen zu sehen, die über diese Ressourcen befinden können, sondern als Verbrauch der Lebensgrundlage der gesamten Bevölkerung. In der multikulturellen Gesellschaft gilt es schließlich Gruppenbezüge in die Austauschbeziehungen zu integrieren und in der solidarischen Gesellschaft den Generationenvertrag ebenso wie den Stadtteilvertrag („community reinvestment“) als private Form der Verrechtlichung zu organisieren. Allen diesen Anforderungen muß das moderne Rechtssystem sich stellen, wobei die Rückkehr zur administrativen Rechtsform als der einfachste Weg in einer steuer- und staatsmünden Gesellschaft versperrt ist. Rechtssoziologische Forschung kann nun in doppelter Weise dazu beitragen, bei der Bestimmung solcher neuen auf die Anforderungen der (post-)modernen Gesellschaft regierenden Rechtsformen beizutragen:

- Theoretisch geht es darum, mit Systemen wie der vorstehend entwickelten Matrix und ihrer Ausfüllung für die bisher bekannten Rechtsformen nach Art des periodischen Systems in der Chemie die Orte zu definieren, wo solche Rechtsformen wahrscheinlich auffindbar sind sowie die Elemente auf den einzelnen Stufen der Verrechtlichung so zu beschreiben, daß sie als responsive Formen der Verrechtlichung erkannt werden können.
- Empirisch geht es darum, bestehende Formen „kollektiver“ Verrechtlichung zu analysieren bzw. in Versuchsanordnungen einer Aktionsforschung solche Formen zu erzeugen, um sie entsprechend empirisch studieren zu können.

Beides geht dabei nach Anforderungsprofilen und sozialen Aktionsfeldern spezifiziert Hand in Hand. Aus der in herrschenden Rechtsanschauungen über Funktion und Wirkungsweise „des“ Rechtssystems verankerten theorielosen Empirie der Effizienzfor-

schung, (die in Deutschland nur die weit häufiger anzutreffende empirielose Theorie-
stisierungen über Recht ergänzt) wird so ein auf der Grundlage der historischen Erfah-
rung über Entwicklungsprozesse von Verrechtlichung in der Gesellschaft erbautes theo-
retisches Gerüst, das die Erkenntnisleitenden Fragestellungen für die empirische Rechts-
soziologie hervorbringt. An dieser Stelle kann dabei nur eine einzige Einsicht abgeleitet
und begründet werden: die Einsicht, dass die postmodernen Rechtsformen kollektiven
Rechtsgebrauchs ihren Schwerpunkt weiter nach „vorne“ auf der Stufenleiter der Ver-
rechtlichung verlegt haben. Aus der Sanktionsorientierung in der administrativen Form,
der Gerichtsorientierung in der marktorientierten Form wird eine auf der Rechtsberatung
und Rechtsinformation zentrierte Rechtsform, die die vorgerichtlichen Formen des
Rechtsgebrauchs zum eigentlich tragenden Bereich der Verrechtlichung machen. Statt
der Erwartung des Bürgers an den Rechtsgebrauch in der administrativen Rechtsform,
dass seine Interessen mit staatlicher Gewalt durchgesetzt werden, der Erwartung in der
autonomen Rechtsform, dass darüber mit Endgültigkeit entschieden wird, was die
„Wahrheit“ ist und wer „Recht hat“, tritt der Anspruch des Bürgers, in seiner Kommuni-
kation über Konflikte in der Gesellschaft durch eine Beratung unterstützt zu werden, die
Verhaltenssicherheit, Legitimation und Solidarität mit seinen Interessen vermittelt. Die
scheinbar logische Abfolge individueller Verrechtlichung von Beratung, Entscheidung
hin zur Sanktion erweist sich damit kollektiv als „Verkehr“. Am Endpunkt eines Pro-
zesses, der mit der staatlichen Sanktion, mit gerichtlichen Entscheidungen und der Bera-
tung des Bürgers beginnt, steht dann die Rechtesetzung in der einvernehmlichen Kon-
fliktlösung. Das Recht stellt sich in diesem Verfahren nicht über sondern allenfalls mit
einer eher untergeordneten Hilfe der Gerichte her. Richterliche Verfahren sind dann
sogar kontraproduktiv, soweit die soziale Basis der Kommunikation in Konfliktlagen
kollektive Elemente zulässt und erfordert.

schung, (die in Deutschland nur die weit häufiger anzutreffende empirielose Theore-
stisierungen über Recht ergänzt) wird so ein auf der Grundlage der historischen Erfah-
rung über Entwicklungsprozesse von Verrechtlichung in der Gesellschaft erbautes theo-
retisches Gerüst, das die Erkenntnisleitenden Fragestellungen für die empirische Rechts-
soziologie hervorbringt. An dieser Stelle kann dabei nur eine einzige Einsicht abgeleitet
und begründet werden: die Einsicht, dass die postmodernen Rechtsformen kollektiven
Rechtsgebrauchs ihren Schwerpunkt weiter nach „vorne“ auf der Stufe, die nach dem gleichen Prinzip sich aufbaut.
Bei notleidend gewordenen Ratenkrediten für Konsumenten, bei denen der Aspekt der
„guten Sitten“ das Bindeglied zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Kommuni-
kation bildete³⁹, der Topos des arbeitsamen „Häuslebauers“, der sich in undurchsichti-
gen Bausparsortfinanzierungen verbirgt und juristisch im Beratungsverschulden sei-
nen Ausdruck findet⁴⁰ sowie das arbeitsplatzvernichtende Scheitern von Mittelstandsfin-
anzierungen, bei denen das personelle Element der Unternehmerpersönlichkeit im Ge-
gensatz zu „Treu und Glauben“ unberücksichtigt bleibt, wurden die Erkenntnisse aus
den Forschungen über die Thematisierung und über den Gebrauch von Recht in Konflik-
ten zwischen Anbietern und Verbrauchern in Modelle umgesetzt. Dabei wurde von fol-
genden Prämissen ausgegangen, die in der rechtssoziologischen Forschung zu den Al-
ternativen zur Justiz⁴¹ entwickelt wurden:

- Konfliktvermeidung ist kein Wert an sich. Konflikte können ebenso gut produktiv für die Entwicklung der weiteren Beziehungen der Konfliktparteien wie für die Gesell-
schaftsstruktur insgesamt sein, als auch schädlich und zerstörend wirken. Es kommt somit darauf an, „unproduktive“ Konflikte zu vermeiden, die produktiven Möglich-
keiten im Prozeß der Konfliktbewältigung dagegen zu aktivieren.
- Allerdings dürfen Alternativen zu Justiz und Recht nicht hinter die im materiellen
ebenso wie im formellen Recht erreichten Standards zurückfallen. Hierzu gehört nicht nur das Freiheits- und Gleichheitspostulat in seinen verschiedenen Ausprägun-
gen im Vertrags- und Prozeßrecht, sondern auch das Prinzip des Schutzes des
Schwächeren im Recht.
- Neue Konfliktlösungsmechanismen sollten nicht an die Stelle, sondern in Konkur-
renz zu gerichtlichen Verfahren treten, um der Praxis selber die Chance zu geben,
durch Gebrauch und Verneidung über die Tauglichkeit der angebotenen Modelle selber zu entscheiden.
- Konfliktlösungsprozesse, die als Gerichtsverfahren formalisiert, öffentlich und in Be-
zug auf die Entwicklung jeweils genereller Standards hin eingerichtet sind, sollten so

3. Forschungsansätze für richterlosen Rechtsgebrauch

3.1 Der Forschungsansatz zur Verrechtlichung außerhalb der Gerichte

Forschungen, die nach Art der Aktionsforschung die Verrechtlichung von Konflikt-
situationen nach dem Modell jener justizvermeidend Rechtsberatung induzierten, die
bei den gewerkschaftlichen Arbeitserkretariaten um die Jahrhundertwende³⁷ dokumentiert und in dem Projekt über den Zugang zum Recht als Grundbausteine einer neuen
responsiven Form der Verrechtlichung bestimmt wurden,³⁸ sind im Anschluß an das
Berliner Projekt im Bereich der Verbraucherrechtsberatung durchgeführt worden. Ge-
zielte Praxisintervention nach dem Muster der Aktionsforschung wurden zu einem
rechtssoziologischen Instrumentarium entwickelt. Darin wird spiralförmig vom theore-
retischen Forschungsansatz über das Modell einer datenerhebenden Rechtsberatung, der
Entwicklung neuer Rechtsformen, die für außergerichtliche Kommunikationsprozesse
angepaßt wurden (prinzipienorientiert, umgangssprachlich, solidarisch, zu anderen Nor-
mensystemen vermittelt (Moral)) ein öffentliche Kommunikation der individuellen Kon-
fliktbearbeitung zur Seite gestellt, die wiederum neue Problematikulationen generiert.
Diese bilden die Basis für eine neue Stufe, die nach dem gleichen Prinzip sich aufbaut.

³⁷ Dazu Reifner, Individualistic and Collective Legalization: The Theory and Practice of Legal Advice
for Workers in Fascist Germany, in: Abel, R., The Politics of Informal Justice, Vol. 2, Academic
Press 1982, S. 81ff, 93 ff

³⁸ Vgl. Reifner, U./Volkmer, M. Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, Campus: Ffm 1988

³⁹ Reifner, U./Volkmer, M., Ratenkredite für Konsumenten, Hrg. Verbraucher-Zentrale Hamburg 1984
(Studie im Forschungsbereich Alternativen zur Justiz im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz
und der EG-Kommission, teilweise wiedergegeben in: Neue Formen der Rechtsberatung a.a.O.

⁴⁰ Reifner, U./Keich, R., Risiko Baufinanzierung, 2. Aufl. Krifit 1996 (Studie im Auftrag des Bundes-
ministerium für Bau und Wohnungswesen).

⁴¹ Vgl. die Zusammenstellung der Anforderungen an Mediation bei Breidenbach a.a.O., 5. Kapitel,
Rechtspolitische Folgerungen.

- organisiert sein, daß sie neben der Qualität individueller Befriedung auch die Funktionen haben, zu einer generellen, auf Prävention unproduktiver Konflikte ausgerichteten zur Strukturverbesserung zu führen.
- Die rechtlichen Regelungsmaterien, die den entsprechenden Konfliktbereich bestimmten, sind auf ihre konfliktverschärfenden wie auch konfliktvermeidendenden Potentiale hin zu untersuchen. Modelle für Intermediäre sind zu entwerfen, die neben Schlichtung und Beratung auch die Qualität beisteuern können, Machtunterschiede zu kompensieren und Beratungsprozesse als „wechselseitige Informationsprozesse“⁴² zu organisieren.

Im folgenden sollen zwei aktuelle Forschungsvorhaben, die in diesen Zusammenhang hineingehören, skizziert werden.

3.2 Konfliktlösungsbedingungen beim Scheitern der Finanzierung von Klein- und Mittelbetrieben.⁴³

Die Situation der Klein- und Mittelbetriebe in ihrem Verhältnis zu den Banken wird in der Öffentlichkeit als unbefriedigend angesehen⁴⁴. Trotzdem spiegelt sich das Konfliktpotential im Rechtssystem so nicht wieder, auch wenn sich einige Selbsthilfegruppen lautstark artikulieren. Es gibt eine kaum nennenswerte Anzahl von Schadensersatzprozessen von geschädigten Existenzgründern gegen Banken, und auch sonstige gerichtliche Verfahren wie insbesondere das gerichtliche Konkursverfahren spielen „mangels Masse“ trotz der erheblichen Anzahl von Insolvenzen nur eine untergeordnete Rolle. Die Erfahrungen aus der Anfertigung von Gutachten in Einzelprozessen von gescheiterten mittelständischen Unternehmen deuten jedoch darauf hin, daß die Gerichtsverhandlung angesichts der Schwere der durch ein Scheitern der Finanzierung betroffenen Unternehmen nicht freiwillig gewählt ist. Folgende Ursachen waren aus den bisher behandelten Einzelfällen erkennbar:

- Den Existenzgründern und Kleinunternehmern fehlen in einer finanziellen Problemsituation sowohl das Wissen, als auch die finanziellen und zeitlichen Ressourcen, um sich mit ihren Kreditgebern auseinanderzusetzen. Dies liegt nur z.T. an einer komplexen Rechtsmaterie. Zum großen Teil ist die mit ökonomischem Fachwissen zu bewältigende Problemanalyse noch weit schwieriger zu erreichen.
- Das System der Kreditsicherung mit seinen vielfältigen Selbsthilferechten (Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, Kontosperrung und Pfand- sowie Aufrechnungsmöglichkeiten im Konto) bringen die Kleinunternehmen in die Situation einer Klagezumutung, während etwa im Konsumentenkredit nach Abschaffung der Selbsthilfemöglichkeiten bei den Sachsicherheiten (Rücknahme des Sicherungsgutes) der Zwang zur Klageerhebung und die Zuordnung der undankbaren Klägerolle bei den Kreditgebern liegt.
- Der untrennbare Zusammenhang von Privat- und Geschäftssphäre bei klein- und mittelständischen Unternehmen (Kontidenität, Privatwohnung als Sicherheit, Mitarbeit von Familienangehörigen etc.) führt bei geschäftlichen Schwierigkeiten regelmäßig auch zu privaten Krisen, die wiederum eine hohe Emotionalität in der Konfliktauseinandersetzung nach sich ziehen, wodurch formalisierte und insbesondere vergerichtliche Lösungsmechanismen schwerer einsehbar und handhabbar werden.
- Klein- und Mittelunternehmen leiden in besonderer Weise darunter, daß bei ihren Hauptproblemen in der Finanzierung nur unzureichende spezialisierte Hilfsangebote vorhanden sind. Die Anwaltschaft hat Schwierigkeiten, sich in diesem wenig lukrativen Bereich mit überschuldeten Kleinunternehmern zu engagieren, so daß das Spezialwissen vor allem bei solchen Soziätien liegt, die es im wesentlichen für eine Mandantschaft der Anbieterseite bereithalten⁴⁵. Compensatorische Beratungsangebote wie die Verbraucher- oder Schuldnerberatung sind für sie nicht offen, da sie die Zugangs voraussetzungen nicht erfüllen. Die Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern wären grundsätzlich ein möglicher Anbieter, haben in der Praxis aber nur in einzelnen Regionen auf die Finanzierungsprobleme von Kleinunternehmen spezialisierte Beratungsangebote entwickelt. Zudem besteht bei der Industrie- und Handelskammer ein Interessenkonflikt, da hier auch die Kreditgeber organisiert sind. Eine Vielzahl von Selbsthilfegruppen von Kleinunternehmen, die vor allem die Moral als Referenzsystem und die Öffentlichkeit als Sanktionspotential im Konflikt mit Kreditgebern nutzen, haben dagegen kein Potential für systematische Analyse und Problemdarstellungen, die das Machtungleichgewicht kompensieren könnten.

42 In den Studien zur Rechtsberatung wurde als wesentliches Merkmal strukturverbessernder Rechtsberatung herausgearbeitet, daß der Rechtsberater bzw. Schlichter die persönliche, technische und institutionelle Fähigkeit erwirbt, die in der Beratung anfallenden Informationen zu sammeln, aufzubereiten und an die Träger der Struktur zurückzumelden.

43 Die nachstehenden Überlegungen fassen die Ansätze für ein 1998 zur Förderung bei der VW-Stiftung eingereichten Forschungsantrages des Instituts für Finanzdienstleistungen e.V. zusammen.

44 Vgl. z.B. Welt am Sonntag vom 2.3.1997; Der Stern vom 20.2.1997; Hamburger Abendblatt vom 4.6.1996 zu Mittelstand und Bankenmarkt; Handelsblatt vom 26.4.1991. Zeugnis gibt auch die Vielzahl von „Bankenmach“, Süddeutsche Zeitung vom 26.4.1991. Zeugnis gibt auch die Vielzahl von Selbsthilfvereinen in diesem Bereich wie z. B. Aktion Solidarität – Bundesverband für die Opfer Deutscher Banken- und Wirtschaftskriminalität e.V.; Verein Selbständiger und persönlich haftender Unternehmer (Ausw.v.J.); Gelber Ring e.V., Bundesverband zum Schutz gewerblicher und freiberuflicher Kreditnehmer.

45 Ein hinsichtlich Vergleichabschlüssen von Kleinunternehmen und Kreditgeber erfolgreicher Hamburger Anwalt bestätigte, daß er die Seite der Kleinunternehmen nur aus persönlicher Präferenz („mein Hobby“) einnimmt, aus wirtschaftlichen Gründen die damit verbundene Arbeitsbelastung aber nur in Einzelfällen durchstehen kann.

Es besteht somit die Vermutung, daß in finanzielle Bedrängnis geratene Klein- und Mittelunternehmen in mehrfacher Hinsicht in ihren Konfliktlösungsmechanismen von dem Bild des aktiven mündigen Prozeßbürgers abweichen:

- Sie erfahren Recht nur passiv in der Form von Mitteilungen ihrer Bank, nämlich darüber, daß Kredite gekündigt, Kreditlinien reduziert und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet sind.
- Ihre Konfliktbeilegungsprozesse sind individuell und privat, so daß kein ausreichender Analyse- und Rückkopplungsprozeß für Strukturveränderungen stattfinden kann.
- Individuelle Lernprozesse sind für spätere Verhaltensweisen nicht verwertbar, da die Insolvenz angesichts der persönlichen Haftung regelmäßig zur Überschuldung führt und damit Neugründung und Wiederaufgang zur Verwertung des erreichten Wissens eher die Ausnahme sein dürfte.

Das Rechtssystem reagiert zum Teil insoweit auf diese Situation, als sich in der Rechtsprechung Beratungs- und Fürsorgepflichten der Kreditinstitute etablieren, Pflichten zum Verzicht etwa einer „Kündigung zur Unzeit“ oder zur Erhöhung von Kreditlinien judiziert wurden.⁴⁶ Parallel dazu versuchen Bund und Länder über staatliche Kreditvergabe und Bürgschaften die Situation der Klein- und Mittelunternehmen ökonomisch so aufzuwerten, daß sie zu Partnern der Kreditgeber werden können. Es sind somit im wesentlichen drei rechtliche Regelungsmaterien, die für die Situation von gescheiterten Klein- und Mittelunternehmen eingehender in ihren Zielen und Auswirkungen auf die Konfliktlösungsprozesse zu untersuchen wären:

1. die kreditrechtliche Situation im Privatrecht, wobei die Ansätze der Erstreckung des personalistisch ausgerichteten Verbraucherkreditgesetzes auf Existenzgründungsdarlehen besondere Beachtung erfordern;
2. das für Klein- und Mittelunternehmen praktisch anwendbare Insolvenzrecht, wobei insbesondere dessen Neugestaltung ab 1999 mit seinem Kleinverfahren sowie dem außergerichtlichen Verbraucherkonkurs interessante Ansatzpunkte bietet;
3. das Subventionsrecht für den Mittelstand, bei dem der Staat mit der moralisch orientierten Mittelstandsrethorik eine Basis für öffentliche Kommunikation zugunsten des Mittelstandes bietet.

Zu fragen ist, welche Effizienz den Regelungsmaterien bzw. ihrer Zielsetzung in diesem Bereich auf Grund der bestehenden Konfliktlösungsstrukturen zugeordnet werden kann. Auf der Grundlage der Analysen entsprechenden Fallmaterials sind typische Geschehensverläufe zu rekonstruieren, aus denen präventive Maßnahmen erkennbar werden. Dieser rechtssoziologische und juristische Teil der Analyse muß auf Grundlage einer intensiven

- Erfassung der ökonomischen Struktur der zugrundeliegenden Problematik erfolgen, wobei nicht nur betriebswirtschaftliche, sondern auch volkswirtschaftliche Zielsetzungen hinsichtlich der Rolle von Klein- und Mittelunternehmen auf dem Arbeitsmarkt eine Rolle spielen. Rechtliche bzw. rechtsvertretende Konfliktlösungsmechanismen müßten dann so beschaffen sein, daß sie in Bezug auf die analysierten ökonomischen Probleme nicht nur dazu führen, daß individuell Rechte gewahrt, Freiheit für unternehmerisches Handeln zurückgewonnen und sozialer Schutz für die individuellen Lebensverhältnisse der Betroffenen und ihrer Angehörigen erreicht wird. Vielmehr müßte darüber hinaus in Modellvorstellungen sichergestellt werden, daß die kollektiven Akteure in diesem Bereich, d.h. insbesondere die Kreditgeber ebenso wie der Staat, die für sie wichtigen Informationen für zukünftige Kreditvergabepolitiken erhalten und austreichend Anreize zum regelkreisartigen Lernen entstehen.

3.3 Thematisierung von Recht in der außergerichtlichen Konfliktbeilegung Überschuldner⁴⁷

Schuldnerberatung ist in der neuen Insolvenzordnung 1999 ein Zentralpunkt außergerichtlicher Bewältigung der individuellen Zahlungsunfähigkeit. Sie hat die Möglichkeit, im Rahmen des Rechts als Schutzsystem für die Schwächeren auch innerhalb der Marktwirtschaft und vor allem dort, wo die marktwirtschaftlichen Zugänge wegen akuter Kreditunwürdigkeit verstellt sind, über Mediation gesteuerte andauernde Kommunikationsprozesse zwischen Kreditgebern und Schuldern zu initiieren. Dadurch werden nicht nur fortdauernde Lösungen begünstigt. Die Schuldner sollen auch neuen Problemen gewachsen sein. Schuldnerberatung soll eine Reintegration fördern und darüber hinaus auch die individuellen Rechte der Betroffenen subjektiv wie objektiv stärken.

In dieser Hinsicht haben Gerichtsverfahren gerade hinsichtlich der sozial Schwächeren traditionell keine guten Noten erhalten. Sie sind gerade in Kreditangelegenheiten langsam, zu teuer, durch Fachsprache und Fachleute entfremdet und reduzieren das Potential der Selbststeuerung erheblich, ohne daß die Komplexität sozialer Verhältnisse gerade Überschuldeter ausreichend gewürdigt werden könnte. Der Vorteil einer außergerichtlichen Einigung liegt demgegenüber zunächst darin, daß sie es Schuldern und Gläubigern ermöglicht, ohne gesetzliche Auflagen einen Vergleich zu schaffen, der ihren individuellen Interessen entspricht und so zu einem Abbau der Überschuldung unter gleichzeitiger Wahrung der Gläubigerinteressen führt. So hat das gesetzlich vorgeschriebene (weitere) Verfahren erhebliche Kritik erfahren⁴⁸, die sich in

⁴⁷ Der Projektbericht erscheint unter dem Titel Reifner, U./Veith, S. Außergerichtliches Verbraucherinsolvenzverfahren – Anforderungs- und Ausstattungsprofil der Schuldnerberatungsstellen, Ausgestaltung des außergerichtlichen Vergleichs Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V. (AgV), Bundesanzeiger: Köln 1998.

⁴⁸ Kurze Zusammenfassung der Kritik von Brutschke, in: AGV, DRK (Hrsg.), Der neue Schuldnerreport, Kritik 1995, S. 113 f.

einem außergerichtlichen Vergleich vermeiden läßt. Wichtige Kritikpunkte besonders des Restschuldbefreiungsverfahrens sind auch jetzt noch:

- Der Schuldner muß über einen langen Zeitraum seinen Lebensunterhalt aus seinem pfändungsfreien Einkommen bestreiten. Die Dauer des Verfahrens, die mit sieben Jahren angesetzt ist, wird sich erwartungsgemäß durch die Vorlauf- und Nachlaufzeiten auf neun bis zehn Jahre erstrecken. Dieser Zeitraum ist unverhältnismäßig lang; erfahrungsgemäß spielt sich die Lebensplanung der betreffenden Bevölkerungskreise in wesentlich kürzeren Zeiträumen ab.⁴⁹ Ein Zehnjahreszeitraum bietet keine ausreichende Perspektive, so daß eine konstruktive Mitarbeit des überschuldeten Verbrauchers hier kaum zu erwarten sein dürfte. Wenn dann auch noch die Unsicherheit besteht, ob die Restschuldbefreiung nach dem Fristablauf versagt wird, dürfte dies den Rest der Motivation zerstören und im Ergebnis ein Durchhalten äußerst fraglich machen.
- Bei vielen Schuldern liegt das pfändbare Einkommen unter Umständen noch unter den sich aus dem Bundessozialhilfegesetz ergebenden notwendigen Lebensunterhalt. In einer solchen Situation stellt sich für den Schuldner sicherlich auch die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Ausübung einer (legalen) Erwerbstätigkeit, wenn er auf dem Wege der Sozialhilfe den notwendigen Lebensunterhalt erhält.
- Bürgen und Mitschuldner können nach den gesetzlichen Vorgaben der Insolvenzordnung nicht in das Verfahren des Schuldners einbezogen werden. Sie sind gezwungen, ein eigenes Verfahren durchzuführen, wenn sie nicht weiterhin dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt sein wollen, selbst wenn der eigentliche Schuldner bereits von seinen Verbindlichkeiten befreit wurde.
- Freiwillige Sonderleistungen des Schuldners sowie freiwillige Hilfe Dritter können zugunsten der Gläubiger nicht sinnvoll berücksichtigt werden.

Bei vielen Schuldern liegt das pfändbare Einkommen unter Umständen noch unter den sich aus dem Bundessozialhilfegesetz ergebenden notwendigen Lebensunterhalt. In einer solchen Situation stellt sich für den Schuldner sicherlich auch die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Ausübung einer (legalen) Erwerbstätigkeit, wenn er auf dem Wege der Sozialhilfe den notwendigen Lebensunterhalt erhält.

Bürgen und Mitschuldner können nach den gesetzlichen Vorgaben der Insolvenzordnung nicht in das Verfahren des Schuldners einbezogen werden. Sie sind gezwungen, ein eigenes Verfahren durchzuführen, wenn sie nicht weiterhin dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt sein wollen, selbst wenn der eigentliche Schuldner bereits von seinen Verbindlichkeiten befreit wurde.

Freiwillige Sonderleistungen des Schuldners sowie freiwillige Hilfe Dritter können zugunsten der Gläubiger nicht sinnvoll berücksichtigt werden.

Hier lassen sich außergerichtlich möglicherweise Lösungen finden, die den Interessen von Schuldern und Gläubigern eher gerecht werden als die gesetzlich vorgesehenen. Das außergerichtliche Vergleichsverfahren kann die Kritikpunkte vermeiden, indem es beispielweise Pläne mit einer maximalen Laufzeit von vier bis fünf Jahren entwickelt, Bürgen zugleich mit dem Schuldner vertraglich von ihrer Zahlungspflicht befreit, flexible Raten enthält, die der Schuldner auch auf Dauer erfüllen kann etc. Die gesetzlichen Regelungen sind nachrangig zu einem vorgerichtlichen Entschuldungsverfahren. Erst wenn ein mit Hilfe einer qualifizierten Schuldnerberatungsstelle erstellter Vergleich von den Gläubigern abgelehnt ist, steht der Rechtsweg offen. Die gesetzliche Restschuldbefreiung ist, wie oben dargestellt, ein rechtssicherer und effizienterer Weg.

freigung mit ihrer siebenjährigen Wohlverhaltsperiode ist für überschuldete Verbraucher dann nur die ultima ratio, als letztes Mittel gedacht. Darüber hinaus ist eine außergerichtliche Einigung auch besser als ein gerichtliches Verfahren mit seinen Vorgaben und seinem Zwang dazu geeignet, Schuldner und Gläubigern nicht nur ein bestimmtes Ergebnis zwangsweise aufzuzwingen, sondern über Aufklärung und Information über Ursachen und (negative) Folgen ihres Verhaltens eine Veränderung zu erzielen, um solche Konflikte zukünftig zu vermeiden.

Abbau der konkreten Überschuldung einerseits und Prävention andererseits können besser durch eine außergerichtliche Einigung als durch die andere Alternative, die (gerichtliche) Restschuldbefreiung, erreicht werden. Der Zugang zum Restschuldbefreiungsverfahren vor Gericht ist jedoch wichtig als Maßstab, Drohpotential und Ausfallverfahren.

3.3.1 Veränderung von Schuldnerverhalten

Schuldner können ihr Verhalten nur verändern – und damit eine zukünftige Überschuldung selbst aktiv verhindern –, wenn sie ihre Lage erkennen, begreifen und eigenverantwortlich an einer Veränderung ihrer als negativ erkannten Situation mitwirken können. Ausgangspunkt kann dabei die Information und Aufklärung eines Schuldnerberaters sein, vor allem aber die Diskussion im Kreise von Freunden und Bekannten. Wichtig ist dabei, daß sich Verhaltensänderung durch Kommunikation und Diskussion ergibt. Der Schuldnerberater hat dabei die Aufgabe, durch entsprechende Aufklärung und Information den Lernprozeß in Gang zu setzen, der dann jedoch in den sozialen Beziehungen des Schuldners stattfindet. Nur durch diese schichtenspezifische Kommunikation lassen sich das Vertrauen und die Glaubwürdigkeit aufbauen, die notwendig sind, um die gravierenden Änderungen vorzunehmen, die zu einem zukünftig schuldenfreien Leben erforderlich sind. Der Lernprozeß wirkt sich dann sowohl auf das weitere Kommunikationsverhalten (erneute Kreditaufnahme) als auch auf das Kommunikationsverhalten aus (Bericht über die Überschuldung und ihre Bewältigung im Bekanntenkreis, bei Arbeitskollegen sowie Anwendung der Erfahrungen bei zukünftigen Kreditaufnahmen).⁵⁰

Betroffene Verbraucher übernehmen über die Lösung ihres eigenen Problems hinweg die Funktion öffentlicher Meinungsführerschaft⁵¹. Ein Beispiel hierfür ist die Gründerin des Vereins für Kreditgeschädigte und in finanzielle Not geratene Menschen e. V. in Sulingen, die als Betroffene ihr eigenes Problem und dessen Lösung öffentlich machte und heute ihre daraus gewonnenen Erkenntnisse über den Verein anderen zur Verfügung stellt. Ein Verfahren, das den solchermaßen mündigen Verbraucher fördert will, muß ihn befähigen, als Subjekt mit seiner Überschuldung umzugehen. Hierzu sind grundsätzlich die Verhandlungen über einen außergerichtlichen Vergleich mit Unter-

⁴⁹ Friese/Janßen, Das neue Insolvenzrecht und seine Bedeutung für die soziale Arbeit, 1996, S. 27, empfehlen eine Laufzeit von maximal 5 Jahren. Vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 187 mit unverwirklichen Vorschlägen zu einer flexiblen und einzelfallangemessenen Wohlverhaltsperiode von drei bis sieben Jahren.

⁵⁰ S. hierzu ausführlich Reifner/Volkmer, Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, 1988, S. 144.

⁵¹ Reifner/Volkmer, Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, 1988, S. 144.

stützung der Schuldnerberatung geeignet, sofern der Berater seine Aufgabe als Vermittler und nicht als „Macher“ begreift. Er soll nicht alles „für“ den Schuldner tun und ihm jede Handreichung abnehmen.⁵² Dadurch degradiert er den Schuldner zum Objekt, mit dem alles nur geschieht, und der keine Möglichkeit erhält, seine Probleme selbst in die Hand zu nehmen. Vielmehr soll er ihn ermutigen, sich selbst um eine Lösung zu bemühen, denn nur, was der Schuldner selbst begriffen, selbst getan hat, wird er auch als seinen neuen Weg empfinden und akzeptieren.

Vor allem aber benötigt der Schuldner für eine solche aktive Herangehensweise ein Verfahren, das ihm hilft, seine Interessen nicht nur zu erkennen, sondern auch als gleichberechtigter Partner gegenüber seinen Gläubigern durchzusetzen. Der Schuldner muß in die Lage versetzt werden, auf gleicher Ebene mit seinen Gläubigern zu verhandeln, was tendenziell gleiche Verhandlungsmacht von Gläubigern und Schuldner voraussetzt. Bisher war der Schuldner den Gläubigern aufgrund ihrer Organisiertheit, der Vielzahl der in ihrer Hand gebündelten Fälle sowie ihrer finanziellen Möglichkeiten strukturell unterlegen. Das außergerichtliche Verfahren – in Verbindung mit den weiteren Vorschriften der Verbraucherinsolvenz – schafft hier eine neue Verhandlungsbasis:

- Solidarisierungseffekt

Nicht nur die Gläubiger, auch die Schuldner können sich als Gruppe begreifen, denn sie alle haben nun die Möglichkeit, das Verbraucherinsolvenzverfahren mit dem Ergebnis der Schuldenbefreiung zu durchlaufen. Hier ist die Thematisierung von Recht in der Kommunikation gut geeignet, einen Solidarisierungseffekt hervorzurufen, denn über Abstraktion lassen sich die persönlichen Probleme entindividualisieren und als allgemeingültige begreifen. Die gesetzliche Legitimation führt zu einer größeren Identifikationschance anderer Verbraucher mit dem individuellen Anliegen, weil es sich hier nicht nur um eine individuelle Interessenwahrnehmung handelt⁵³.

- Gefühl der Berechtigung

Das Verbraucherinsolvenzverfahren gibt dem Schuldner das Gefühl, daß er eine Berechtigung hat, mit dem Gläubiger zu verhandeln, daß er nicht wie bisher als Gescheiterter und damit als Bittsteller auf das Entgegenkommen der Gläubiger angewiesen ist. Konsumentenkredite werden in Zukunft ähnlich wie Unternehmenskredite behandelt werden. Analog zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird dann auch der Konsument zu einem Menschen mit beschränkter Haftung. Die Parallelität liegt dabei nicht im wirtschaftlichen Verschwinden einer juristischen Person, denn die Schuldner sollen

trotz Verbraucherkonkurs weiter am Wirtschaftsleben teilnehmen. Vielmehr liegt dem Verbraucherkonkurs ein Verständnis zugrunde, wonach Menschen Vermögen und Ge- genstände zu bestimmten Zwecken investieren. So gründet ein Geschäftsmann eine GmbH, um mit dieser GmbH bestimmte Ideen im Wirtschaftsleben umzusetzen. Hierbei übernimmt er bestimmte Risiken, die als Motor unserer Wirtschaft politisch erwünscht sind. Entsprechend niedrig muß daher die „Bestrafung“ sein, wenn sich das in jedem unternehmerischen Engagement enthaltene Risiko im Einzelfall verwirklicht. Dies geschieht dadurch, daß nach Liquidierung einer GmbH der Unternehmer eine neue Chance hat, seine Riskobereitschaft unter Beweis zu stellen. (Däß dies in der Praxis von Banken bei Kleinunternehmen durch deren persönliche Mitverpflichtung unterlaufen wird, steht auf einem anderen Blatt.)

Auch der Konsum des Verbrauchers ist als Investitionswagnis anzusehen. Wer z. B. ein Auto kauft, um Arbeitssstelle und Kindergartenplätze erreichen zu können, dafür sein zukünftiges Einkommen über Kredit mobilisiert, der geht ein Risiko ein, das in dieser Gesellschaft gewünscht ist, weil es die Wirtschaft ankurbelt und den Fortschritt im Konsumniveau befähigt und die Möglichkeiten zur produktiven Gestaltung des Lebens erweitert. Erfüllen sich die Erwartungen auf zukünftiges Einkommen beispielsweise wegen Arbeitslosigkeit nicht, erweisen sich Ersatzeinkommen als nicht ausreichend, so ist das auch beim Verbraucher in jeder Investition enthaltene Risiko verwirklicht. Das Verbraucherinsolvenzverfahren gibt den Schuldner hier ebenso wie den Gläubigern die neue Botschaft, daß im Wirtschaftsleben das Eingehen von Risiken nie zu einem endgültigen Scheitern im Leben führen soll. Mut zur Investition in den eigenen Konsum, um sich selbst mehr Wohlstand zu schaffen, ist dabei ebenso Ausdruck dieser Regelung wie die Warnung an die Gläubiger, unter Umständen unbedachte Risikoreise nicht auszunutzen, um allein ein gutes Geschäft zu machen. Durch gemeinsame Wachsamkeit sollen möglichst Risiken vermieden, aber auch gemeinsam getragen werden. Diese Legitimation führt nicht nur beim Verbraucher zu einer stärkeren Verhantensicherheit, die ihm psychologisch das Gefühl der Berechtigung verleiht und damit sein Auftreten gegenüber den Gläubigern in den Vergleichsverhandlungen effektiviert.

- Machtausgleich

Weiter gibt das Verbraucherinsolvenzverfahren dem Schuldner die Möglichkeit, den Gläubigern in den Verhandlungen mit gleichen Waffen gegenüberzutreten. Als rechtliche Basis hat er das Restschuldbefreiungsverfahren, das bei Scheitern einer außergewöhnlichen Einigung droht, und mit dessen Kosten er jonglieren kann, um zu einem angemessenen Vergleich zu kommen. Dieser Vergleich ist dann das Ergebnis einer Kommunikation, innerhalb derer Konflikte ausgetragen werden, bis die Beteiligten zu einem für beide Seiten tragfähigen Ergebnis kommen. Die Verbraucherinsolvenz öffnet sich damit im außergerichtlichen Verfahren einem gesetzlich basierten Selbstregulierungsmechanismus, mit dessen Hilfe der Schuldner in die Lage versetzt wird, als gleichbe-

⁵² Ähnlich auch Fries/Janßen, Das neue Insolvenzrecht und seine Bedeutung für die soziale Arbeit, 1996, S. 18.

⁵³ Reifner/Volkmer, Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, 1988, S. 39.

rechtiges Subjekt seinen konkreten Fall der Überschuldung zu lösen und darüber hinaus auch zukünftig Überschuldung zu vermeiden. Das gerichtliche Verfahren hingegen hat diese positiven Effekte nur in geringem Maße. Hier kommt die Lösung des Problems „von oben“ und für den Schuldner unbeeinflussbar. Der Schuldner ist lediglich Objekt eines Urteils, nicht gleichberechtigter Verhandlungspartner. Einen Grund für ihn, sein Verhalten zu ändern, gibt es nicht. Es gibt auch keinen Kommunikationsprozeß, der ihn veranlassen könnte, sein Verhalten mit dem Ziel der Prävention zu ändern. Würde man also den außergerichtlichen Bereich mit seinen Kommunikationsmöglichkeiten vernachlässigen, wäre ein wesentliches Ziel des Verbraucherinsolvenzverfahrens nicht erreicht.

3.3.2 Veränderung von Gläubigerverhalten

Die Anbieter haben durch eine Änderung ihrer Geschäftspolitik die besten Präventionsmöglichkeiten für Verbraucherprobleme. Ihnen muß lediglich ein materielles Interesse an einer entsprechenden Verhaltensänderung verdeutlicht werden. Dies bedeutet, daß hier gesellschaftliche Verhaltensweisen in betriebswirtschaftliche Kategorien übersetzt werden müssen. So ist z. B. der verbraucherpolitische Appell an moralische Unterstützung sowie an gemeinsames Weritebewußtsein für die Anbieter als potentieller Imageverlust mit Gefahr der Kundenabwanderung zu verstehen. Die Kündigung von Krediten Drogenabhängiger birgt die Gefahr negativer Publizität und irrationaler Abwanderung von Kunden, was wiederum Umsatzverluste nach sich zieht oder aber durch aufwendige Werbung kompensiert werden muß⁵⁴. Rechtswidriges Verhalten ist ein Prozeßkostenrisiko, wobei zu den Prozeßkosten noch der Aufwand im Betrieb hinzugerechnet werden muß.

Ein deutliches Beispiel für die erfolgreiche Änderung von Gläubigerverhalten war die Rückforderung von Kreditkosten bei sittenwidrigen Ratenkrediten. Schätzungen sprechen von ca. 2 Milliarden DM, die die Teilzahlungsbanken nach der geltenden Rechtsordnung den Verbrauchern hätten zurückstatten müssen. Übertragen auf die Überschuldungssituation bedeutet dies, daß die Gläubiger die Kosten der Überschuldung für ihre Unternehmen stärker ins Kalkül ziehen müssen: In den ersten drei Monaten des Jahres 1992 erfolgten 30% der Zahlungen auf Forderungen nicht rechtzeitig⁵⁵. Die Beitreibung rückständiger Forderungen kostet dabei bis zu DM 3,- je eingetriebene Mark. Allein die Inkassounternehmen in Deutschland hatten schon damals ein Forderungsvolumen von 20 Mrd. DM jährlich mit steigender Tendenz⁵⁶. Die durch Zahlungsrückstände hervorgerufene Tätigkeit von Rechts- und Mahnabteilungen der Kreditinstitute dürfte ebenso mit erheblichen Kosten zu Buche schlagen.

Hier hat das außergerichtliche Einigungsverfahren einen erheblichen Kostensparniseffekt für die Gläubiger. Die Gläubiger haben für einen (mit Hilfe der Schuldnerberatungsstellen geschlossenen) Vergleich nur geringe Kosten aufzuwenden: Es fallen keine Kosten für Anwälte, Gerichte oder Inkassounternehmen an. Daneben bietet ein Vergleich mit feststehenden monatlich zu zahlenden Raten den Gläubigern den Vorteil, daß sie mit einer festgesetzten Summe rechnen können. Aber selbst bei einem Vergleich mit flexiblen Raten sind die Gläubiger nicht schlechter gestellt als im Restschuldhofreieungsverfahren, wo der Schuldner verpflichtet ist, das jeweils pfändbare Einkommen abzutreten, das durch Arbeitslosigkeit, Änderung von Unterhaltspflichten etc. erheblich variieren kann. Es ist also davon auszugehen, daß die Gläubiger (zumindest) aus betriebswirtschaftlichen Gründen tendenziell geneigt sind, einen außergerichtlichen Vergleich zu unterstützen. Hierbei sind sie dann gleichzeitig mit der Überprüfung ihrer eigenen Forderungen konfrontiert und sind gehalten, diese an der rechtlichen Meßlatte beurteilen zu lassen. Sofar sich hier immer wieder die gleichen Probleme stellen – z. B. überhöher Verzugszins –, bewirken ständige Kommunikation und Verdeutlichung der Kosten möglicherweise auch hier eine Verhaltensänderung.

Bei grundsätzlicher Bereitschaft der Gläubiger zu einer vertraglichen eher als zu einer gerichtlichen Lösung ist dann weiter anzunehmen, daß sie auch den bisher oft üblichen Kündigungsautomatismus zugunsten einer Gesprächs- und Vergleichs- und Vergleichs- und Vergleichslösung aufgeben werden. Der Kündigungsautomatismus mache nur so lange Sinn, wie die Gläubiger im üblichen Mahn- und Inkassoverfahren den idealen Weg sahen, um zu ihrem Geld zu kommen. Wird nun aber für sie der Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs interessant, spricht viel dafür, daß sie sich schon vor einer Kündigung für einen Vergleich in Form einer Stundung etc. einsetzen, bevor es zum „großen“ Verbraucherinsolvenzverfahren kommt.

4. Schluß

Recht wirkt in den Kommunikationsprozessen über Konflikte und ihre Lösungen vornehmlich direkt. Recht ist insofern in erster Linie eine Kommunikationsform, die durch Gesetzgeber und Rechtsstab weiter bestimmt ist. Orientieren sich beide zu sehr, wie dies für das kontinentaleuropäische stattsorientierte Rechtsdenken noch überwiegend der Fall ist, an ihren eigenen Funktionen im formalisierten Rechtsdurchsetzungsverfahren, so verfehlten sie die Potentiale, die Recht zur Steuerung von Verhalten in der Gesellschaft bietet.

54 S. zu Beispielen Reifner/Volkmer a.a.O. S. 141.

55 Vgl. Frankfurter Rundschau v. 5.5.1992, S. 9.

56 Vgl. Frankfurter Rundschau v. 5.5.1992, S. 9.