Verbraucherschutz und Neo-Liberalismus

DCFR, EU-Verbraucherrichtlinien und die Kritik Stürners

Prof. Dr. Udo Reifner, Hamburg

Wurde Verbraucherschutz in der Diskussion der 1970er Jahre ähnlich wie am Anfang des Jahrhunderts im Miet- und Arbeitsrecht noch als sozialistischer Angriff auf Einheit und Gleichheit des Zivilrechts angesehen, der die Rechtsperson des §1 BGB der Ungleichheit zwischen Verbraucher und Unternehmer opfere¹, so hat er sich inzwischen zum Paradebeispiel europäischer Rechtsvereinheitlichung und zum Grundpfeiler des Zivilrechts entwickelt, sodass Canaris² davon sprechen kann, dass eigentlich das gesamte Zivilrecht Verbraucherrecht und das Recht der Unternehmen nur der Spezialfall sei.

A. Verbraucherschutz

I. Verbraucherrechtsrichtlinienentwurf vom 08.10.2008

Die Europäische Kommission hat jetzt den *Acquis Consommation* in einer eigenen Richtlinie zusammengefasst und behauptet damit ein konsistentes EU-Verbraucherschutzrecht vorzulegen, das so zur Grundlage eines zukünftigen europäischen Vertragsgesetzbuch werden soll.

Nachdem sich die vielfältigen Versuche, – die gemeinsamen Prinzipien des europäischen Vertragsrechts herauszufiltern und darauf eine für Zivilrecht wie Common Law einheitliche Schuldrechtslehre aufzubauen, die den Ansprüchen einer begrifflichen Klarheit und Dogmatik gewachsen ist, – angesichts des vor allem französischen Widerstandes, als undurchführbar erwiesen haben, hat der Erfolg der Verbrauchsgüterrichtlinie 1999/44/EG beim Eindringen ins Herz der Zivilrechtskodifikationen der Mitgliedsstaaten die Befürworter eines rein EU-rechtlichen Vereinheitlichungsansatzes („28th Regime“) zu rechtlichen Kehrtwendungen veranlasst. Die Generaldirektion Verbraucherschutz erhielt eine Abteilung Vertragsrecht unter Dirk Staudenmayer, die seither mit Maximalharmonisierung, gegenseitiger Anerkennung und informationstheoretischen Nutzermodellen das Europäische Vertragsrecht durchzusetzen versucht.

Mit der Zusammenfassung der kaufrechtlichen „Haustürwiderrufsrichtlinie“ 85/577/EWG, der „Klauselrichtlinie“ 93/13/EWG, der „Fernabsatzrichtlinie“ 97/77/EG und der „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“ 1999/44/EG im Entwurf für eine neue „Verbraucherrichtlinie“ vom 08.10.2008, die zum einen den „Schutz“ als Element des Verbraucherrechts aufgibt, zum anderen aber die Mindestharmonisierung in eine Vollharmonisierung überführt, wird das Kaufrecht trotz der Entwicklung zur Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft wieder als unumschränkter ideologischer Herrscher der Marktwirtschaft inthronisiert. Um diese Ideologie ebenso wie schon in den allgemeinen Teilen des französischen und italienischen Verbrauchergesetzbuches plausibel zu machen, zahlt man einen hohen Preis: Die dominierenden Rechtsverhältnisse der

modernen Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft bleiben ebenso ausgespart, wie dies 1900 beim BGB der Fall war. Das EU-Vertragsrecht ist Kaufrecht. Arbeitsrecht und Verbraucherkreditrecht, Wohnraummietrecht und die anderen sozialen Dauerschuldverhältnisse in den Bereichen Bildung, Massenkommunikation, Versorgung mit Elektrizität, Wasser und Wärme bleiben vor der Tür.³ Die Verknüpfung von Konsum und Arbeit mit den Lebenszyklen und dem sozialen Umfeld der Menschen bleibt ebenso ausgespart wie Arbeitslosigkeit, Überschuldung, Obdachlosigkeit und das Elend in der fremdbestimmten Massenkommunikation.

In den sozialen Dauerschuldverhältnissen würde allzu deutlich werden, wie überflüssig ein Widerrufsrecht oder die Informationsflut bei Vertragsabschluss angesichts der sich weiter verengenden Wahlmöglichkeiten bei Arbeit, Wohnung und Konsum wären. Die sozialen Dauerschuldverhältnisse werden daher auch im Draft Common Frame of Reference ebenso ausgespart, wie in dem Gutachtenauftrag zum *Acquis* der EU-Kommission und in den verbraucherpolitischen Leitbildern oder anderen Konzepten der Marktrechtsvereinheitlichung der EU. Das „Weltbild des bürgerlichen Rechts“ (*Sinzheimer*) der isolierten Spotverträge, deren sozialer Inhalt sich allein durch den Markt und die Wahlfreiheit der Erwerber in einem nur noch fingierten Wettbewerb Geltung verschafft, feiert im Verbraucherrecht seine ideologischen Urstände und kann nun zum Bollwerk gegen alle Versuche ausgebaut werden, eine Responsabilisation de l'économie oder etwa einen responsible credit zu erreichen, Wucherverbote bei Arbeit, Geld und Wohnung durchzusetzen und der Geldgier die Grenzen historisch überkommener Gesetzgebung zu setzen. Im modernen Verbraucherrecht ist der Verbraucher selbst schuld. Die Wirtschaft reagiert nur auf seine Dummheit.

II. Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG

Das Konzept, dass der Markt den sich verschärfenden sozialen Differenzierungen zum Trotz rechtsideologisch nur noch eine Asymmetrie kennt, den unterschiedlichen Zugang zur Information, wird besonders dort deutlich, wo mit der neuen

1 Vgl. Diskussion auf dem 50. Deutschen Juristentag 1974 in Hamburg mit den Gutachten von *Ulmer u. Kötz*, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? 1974; sowie die klare Weichenstellung zwischen reinem Informationsmodell (damals als Modell der „Konsumentensouveränität“ bzw. der „marktkomplementären Konzeption“ bezeichnet, *Reich*, Markt und Recht, 1977 S. 198 ff.) und einem marktkompensatorischen, bedürfnisorientierten Verbraucherschutz (dazu *Reich*, a.a.O. S. 218 ff.) vor allem aber *Sinits*, Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976.

2 Der Verbraucherbegriff habe nur negativ die Funktion, den Verbraucher dort aus dem Gesetz herauszunehmen, wo es um reine Wirtschaftsabläufe gehe, *Canaris*, AcP (200) 2000, 273, 359 ff.; zum Ganzen ausführlich *Reifner*, VuR Sonderheft 20 Jahre iff 2007, 12 ff. (auch erhältlich beim iff@iff-hamburg.de).

3 Ausführlich hierzu *Reifner*, VuR Sonderheft 20 Jahre iff 2007, 1 ff.

Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG, die den Verbraucherschutzentwurf von 2002 in sein Gegenteil verkehrte, dem Neoliberalismus ein Denkmal gesetzt wurde. In ihrer Umsetzung in deutsches Recht füllt sie 100 Seiten und verstopft die juristische Diskussion mit einer Flut von sich wiederholenden Informationen und Bevormundungen der Verbraucher zur Kreditaufnahme, die durch ein komplexes System von undurchdringlichen Widerrufsrechten bei offenen Sanktionen begleitet wird.

Das gesetzgeberische Monstrum hat – mit unzähligen kleinen Ausnahmeregelungen vom Anwendungsbereich in engem Kontakt zu jeder noch so kleinen Lobbyistengruppe – allen bisher bekannten Finanzschöpfungen nachgespürt und den Anbietern als Preis für den Verzicht auf nationalen wie europarechtlichen Verbraucherschutz aufgegeben, unzählige unsinnige Details dem Verbraucher gleich vier Mal, nämlich in der Werbung, in der Vertragsanbahnung und im Vertrag und schließlich noch in einem „vereinfachenden“ Informationsblatt zu unterbreiten. Wer die Praxis des Kreditrechts und die zu vernachlässigende Bedeutung der bisherigen Informationsrechte sowie Widerrufsrechte beim effektiven Verbraucherschutz kennt, kann der Ersetzung weit effektiverer Regeln des Schuldnerschutzes und des unlauteren Wettbewerbs nur einen fanatischen Glauben an das Informationsmodell unterstellen.

Dabei werden die wichtigsten Informationen auch noch vor-enthalten. Der Effektivzins verschleiert weiter den Wucher, weil die Hälfte der Zinsen über Kick-Back-Provisionen über die beige-packten Restschuldversicherungen umgeleitet werden können.⁴ Dieser Zinssatz bleibt zudem willkürlich, weil risikoadjustierte Preisgestaltung weiterhin einseitige Bestimmungen in letzter Minute ermöglicht. Kombiprodukte, bei denen zur optischen Zinssenkung Tilgungen umgeleitet werden, und die den Anleger am Ende als Verschuldeten belassen, müssen nur über das drohende Elend aufklären. Die wichtigste Verbraucherinformation, der Tilgungsplan, wird einer nachgelagerten Antragspflicht des Verbrauchers unterstellt, den Ketten- und open-end-Kredit, die mit jeder Umschuldung den beim Kreditgeber einbehaltenen Teil immens steigern, wird soziale Intention zur Schuldenregulierung unterstellt, über die nur und dann auch noch geringer informiert werden muss. Umgehungsgeschäfte, wie etwas das Finanzierungsleasing ohne Andienungsrecht und vor allem das Flipping und Churning mit Kreditkarten- und Kleinstkrediten, werden offiziell anerkannt und aus dem Regelungsbereich ausgenommen. Überhöhte Verzugszinsen werden zu „Überschreitungs-zinsen“ umdefiniert, die so für vertragliche und damit wucherische Ausnutzung der Zwangslage geöffnet werden.

Das neue Verbraucherrecht, in dem konsequent in Art. 1 Verbraucher- und Schuldnerschutz als Ziel gestrichen wurden, scheut keine Kosten für Papier und Juristen, um der Kaufrechtsideologie auch im Finanzdienstleistungsmarkt materielle Gestalt zu geben: Der Markt schafft alles und das gerecht. Er braucht nur informierte Mitspieler, die ihre Entscheidungen kurzfristig widerrufen können. Angesichts der Subprime Krise und dem Berg notleidender Kredite bei steigenden alternativlosen Umschuldungen und Überschuldungen der Verbraucher ist dies ein sozialdemokratisches Lehrstück des Neoliberalismus geworden.

Aber es besteht kein Grund zur Resignation. Wie bei allen ideologischen Übertreibungen entwickelt sich auch in ihr die dialektische Chance vom Umschlagen der Quantität in eine neue Qualität, bei der die Gerichte gezwungen sein könnten,

das Informationstheorem, ebenso wie schon bei sittenwidrigen Krediten, culpa in contrahendo oder schädigenden Kombinationen und ruinösen Anlagen, dem Effizienztest zu unterziehen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung, die bei den Tilgungsverrechnungsklauseln, der Aufklärung bei Junkbonds, den Lebensversicherungskrediten im Ratengeschäft oder bei ungünstigen Umschuldungen oder Wucherzinsen aus dem trotz Aufklärung fortbestehenden Ergebnis ableitete, dass in diesen Fällen eine adäquate und den Effekt verhindernde Information über bestimmte wucherische Praktiken gar nicht möglich ist, hat schon lange aus Informationspflichten faktisch Verhaltens- und Unterlassungspflichten entwickelt, die nur durch die temporäre neoliberale Besetzung des 11. Senats des BGH unterbrochen wurde.

Die neue Pflicht zur Rücksichtnahme in §241 BGB, die in §311 Abs.2 BGB für die Informationspflichten ausdrücklich relevant gemacht wurde, verlangt mehr als nur die plastische Darstellung der Nachteile, mit denen eine globalisierte Wirtschaft die Verbraucher belasten möchte.

III. EU-Vertragsrechtsentwurf 2008 (Draft Common Frame of Reference)

Der Acquis Consommation der EU-Richtlinien ist inzwischen auch Grundlage für das europäische Vertragsgesetzbuch geworden.⁵ Unter Federführung von *Schulte-Nölke* will der Acquis Ansatz das europäische Vertragsrecht auf den EU-Richtlinien zum Verbraucherrecht aufbauen.⁶ Verbraucherschutz wird dabei nur technisch verstanden i. S. des Flickenteppichs, den die entsprechend benannten EU-Richtlinien bilden. Die historisch gewachsenen Formen des Verbraucherschutzes von den Zinsverboten über den Schuldnerschutz, die ethischen, moralischen und sozialen Mindeststandards, die öffentlichen Gewährleistungen für Gesundheit, Umwelt und Jugend sowie die wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitskriterien bleiben außen vor. Im II. Diskussionsforum der EU-Regierung zum Vertragsrecht, unter Leitung des BGB-Reformators *Schmidt-Räntsch*, wird nur noch das 1973 im Abzahlungsrecht geborene Widerrufsrecht diskutiert.⁷

Das von *Schulte-Nölke* ebenfalls geleitete EU-Projekt zum „Acquis Communautaire du droit de la consommation“⁸ wurde koordiniert, wobei Finanzdienstleistungen ebenso wie Wohnraum- und Arbeitsrecht ausgeschlossen blieben. Die vier Teile seines Abschlussberichts beschränken daher auch das Verbraucherrecht auf: „A. Der Begriff des ‚Verbrauchers‘, B. Der Informationspflichten“, C. Das Widerrufsrecht und D. dieser Art von Verbraucherrechtstheorie wird dabei durch die Definition seines Gegenstandes im EU-Recht wie in §13 BGB treffend wiedergegeben: Verbraucher ist, wer kein Unternehmer ist – ein Pferd ist, wenn es kein Esel ist.

4 Dazu *Reifner*, WM 2008, 2330 ff.; *ders.*, BKR 2009 (im Druck).
5 Bemerkenswert ist das Fehlen der Vertreter etwa aus der International Association of Consumer Law oder aus dem verbraucherrechtlichen Schrifttum in diesem wohl größten Forschungsvorhaben zum Verbraucherrecht, das vom internationalen Kaufrecht inspiriert ist.
6 *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2008 Einleitung Nr. 58 (Draft Common Frame of Reference (DCFR)).
7 Révision de l'acquis consommation, abzurufen unter: http://www.bundesjustizministerium.com/files/-/2252/Resume_forums_fr.pdf.
8 In Deutsch abzurufen unter: <http://www.eu-consumer-law.org/index.de.cfm>.
9 Universität Bielefeld (Hrsg.), EU-Verbraucherrechtskompendium, (Leitung Schulte-Noelke, Mitarbeiter Twigg-Flessner, Ch. Ebers, M.; Böger, A. Fischer, Sandra; Meyer, Leonie; Scheuren-Brandes).

Was in Italien und Dänemark noch im PECL als interkultureller Forschungsansatz begann, wurde unter neuer deutscher Führung auf ein quasi-mathematisches Gebäude kaufrechtlicher Denkmuster im „Nicht-Unternehmer-Recht“ reduziert, finanziell gefördert aus den Forschungsprogrammen der EU sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft.¹⁰ Das deutsche BGB von 1900/2002 aber auch der französische Code Civil (1807), der italienische Codice Civile (1942) und das niederländische Burgerlijk Wetboek (1992) haben dem Werk seine Struktur gegeben.

Der allgemeine Teil des Schuldrechts ist um die Rechtsgelehrtenlehre des ersten Buches des BGB erweitert in den Büchern 1-3 (1. Allgemeines, 2. Verträge, 3. Rechte und Pflichten) niedergelegt, bevor entsprechend dem Besonderer Teil des Schuldrechts einige modernisierte „Modellverträge“ im vierten Buch ihren Niederschlag gefunden haben. Auf das Verbraucherdarlehen müssen wir noch ebenso warten wie auf das Arbeits- und Wohnraummietrecht. Die Wohnung erscheint als Sache („Lease of goods“) und im Abschnitt C über die „Services“ (IV.C.1:101 ff) fehlt der Arbeitnehmer. In den drei letzten Büchern finden sich die gesetzlichen Schuldverhältnisse.

Der Schein dieser Systematik trägt aber. Nicht das Zivilrecht mit seinem Gerechtigkeitsgehalt dispositiven Gesetzesrecht (§307 Abs.2 BGB), seinen guten Sitten (§§138, 826 BGB) und seinem Schuldner-, Arbeitnehmer- und Mieterschutzrecht, sondern ein dem Prinzip sozialer Rücksichtnahme feindlich gegenüberstehendes Common Law hat den Sieg davongetragen. Der Sprachvorteil einer von philosophischer Begrifflichkeit verschonten Weltwirtschaftssprache, der sich im rein englischen Erstentwurf sowie in der Kommunikationssprache der Gruppe niederschlug, hat Common-Law-Erfahrung prämiert. Seine Verdienste um oder je nach Standort auch sein sozialer Schrecken in Globalisierung und Herstellung großer Märkte auf den neuen Kontinenten sowie seine Dominanz in den internationalen Handelsabkommen hat ihm den Sieg gesichert, nachdem die Wirtschafts- und Rechtssprache¹¹ in den EU-Verbraucherschutzrichtlinien, die die Basisstruktur bilden sollten, im Stile des Common Law aufbereitet wurden.

Der DFCR ist im Gefolge des EU-Verbraucherrechts ein internationales Kaufgesetzbuch zur Regelung punktueller Tauschakte zwischen Individuen geworden, die, anstatt mit Bedürfnissen mit Gewinninteressen begabt, nicht mehr Hunger, Sehnsucht oder Entbehrung sondern nur noch einen Mangel kennen, den Informationsmangel. Der Dualismus zwischen Verantwortung (für das erzielte Ergebnis) und Fairness (im Verfahren), Wucher und Irrtum, guten Sitten und Treu und Glauben, ordre public, gesetzlichem Verbot und Vertragsfreiheit, zwingendem und dispositivem Recht, sozialem und informationellem Verbraucherschutz ist aufgegeben. Der Markt muss nur noch fair („good faith and fair dealing“ I.-1:102; II.-1:102; III.-1:103;106), transparent und rechtssicher funktionieren.

In Annex I wird „good and fair dealing“ einem „objektiven Verhaltensstandard“ zugeordnet, während „good faith“ als „subjektive Einstellung, die oft durch das Fehlen von Wissen über Umstände bestimmt sei, die wenn sie bekannt wären, die moralische Einordnung des Verhaltens geändert hätten“,¹² angesehen wird. Die guten Sitten seien doppelt interpretierbar¹³; als Treu und Glauben (Fairness) oder als gute Sitten (good faith).¹⁴ Einige sähen es als Grundprinzip, das sein „Ziel in sich selber trägt“, andere sähen es als „Rechtstechnik, um faire und effiziente Ergebnisse zu erzielen.“ Der Text entscheidet sich für

das Letztere, wenn er als Beispiel anführt, dass man nicht von „guten Handelsbräuchen abweicht, bei denen eine Partei unfaire (!) Vorteile über die andere erreicht“ (Einleitung Nr. 33).

Guter Glaube wird beschwichtigend zum allgemeinen „Grundprinzip“ erklärt („may be called fundamental“), obwohl in Nr. 73 der Einleitung zutreffend festgestellt wird, dass die Länder des Fairnessprinzips dies nicht so anerkennen, wie dies für die guten Sitten der Fall ist.¹⁵ Der nationale Gesetzgeber müsse es daher explizit in den Text hineinschreiben oder seine Umsetzungen normieren (Nr. 73). Im AGB-Recht und beim informationellen Verbraucherschutz (consumer acquis) ebenso wie bei „vorvertraglichen Informationspflichten“ sei dies bereits der Fall. Treu und Glauben werden somit ebenfalls auf das Informationsmodell reduziert.

Nr. 22 der Einleitung kennt neben den „mehr formalen Zielen“ wie „Rationalität, Rechtssicherheit, Voraussehbarkeit und Effizienz“ auch materiale Ziele wie „Gerechtigkeit, Freiheit, Menschenrechte, wirtschaftliche Wohlfahrt, Solidarität und soziale Verantwortlichkeit“ sowie „Erhaltung kultureller und linguistischer Vielfalt“. Ihnen wird aber das Ziel der „Förderung des Binnenmarktes“ im Zivilrecht auf gleicher Ebene zugeordnet. Während Wohlfahrt und Solidarität nicht das meinen, was sie in der Sprache aussagen, bleibt der einzige begriffliche Anhaltspunkt für „soziale Verantwortung“ ohne Bodenhaftung, weil sein Einfallstor ins Vertragsrecht, die „guten Sitten“, im Text selbst fehlt. Die Einschränkungen der Vertragsfreiheit, begrenzt durch das Prinzip der „minimum intervention“ (Nr. 28), werden nicht auf der Verletzung materialer Prinzipien sondern auf „asymmetrischer Information“ und „ungleicher Verhandlungsmacht“ (Einleitung Nr. 27) aufgebaut. Gemeint ist immer nur das Informationsdefizit, „most common when a consumer is dealing with a business“. Das Prinzip der „wirtschaftlichen Wohlfahrt“ wird in Nr. 29 auf die „Stärkung der Marktkräfte“ und auf das individuelle Gewinnerzielungsrecht („allowing individuals to increase their economic wealth“) bezogen. Die ökonomische Analyse des Rechts wird in Nr. 30 zur gesetzlichen Aufgabe, wonach der Eingriff zugunsten schwächerer Parteien auf „Marktversagen“ (caused by inequality of information) und im Ziel auf die Herstellung von „mehr Wettbewerb und deshalb einem besseren Funktionieren des Marktes“ bezogen wird. Bei den Menschenrechten (Nr.31) wird Nicht-Diskriminierung genannt, soziale Diskriminierung bleibt dabei ausgespart.

Die Erläuterung zu „Solidarität und sozialer Verantwortung“ ist schlicht. Anders als bei den anderen Prinzipien müsse hier (nur) „ein Minimum an Solidarität zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft“ bestehen. Das bedeute im Rückgriff auf konservative Gemeinschaftsideale, dass Altruismus und Kooperation (!) möglich sein müssen. Was gemeint ist zeigt dann der Hinweis, dies verwirkliche sich in den Vorschriften über die Schenkung und in der Geschäftsführung ohne Auftrag, die im Zivilrecht allerdings nicht dazu zählen, sondern mit ihnen nur die Abweichung vom Tauschprinzip bzw. das Fehlen

10 DFCR, a.a.O. 5.16 Introduction 30; kritisch dazu *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Focus neoliberaler Marktideologie, 2007, S.89 ff.

11 Dazu *Reifner* a. a. O., (s. Fn. 3).

12 „on its own refer to a subjective mental attitude, often characterizes by an absence of knowledge of something which, if known, would adversely affect the morality of what is done.“

13 DFCR a. a. O., Einführung Nr. 33.

14 Dazu die Beiträge in *Brownworth/Hild/Howells*, Good Faith in Contract, Ashgate:Dartmouth 1999.

15 „It is not recognised as a general rule of direct application in the Common Law jurisdictions“.

der consideration gemein haben. Was an Solidarität verbleibt, wird schließlich noch mit dem Prinzip der Fairness (good faith) sowie dem Prinzip der Förderung der ökonomischen Wohlfahrt identifiziert.

Absatzsicherheit, Wettbewerb, Einheitlichkeit und Effizienz sollen das zukünftige Zivilrecht leiten. Die teleologische Interpretation wird durch die ökonomischen Analyse des Rechts ausgefüllt, die in Nr. 30 der Einleitung das Gesetz auf wirtschaftliche Effizienz festlegt. Mehr als eine Chance zur Selbstinformation der Verbraucher ist zur Rechtfertigung von Gewinnerzielung nicht erforderlich.

Angefüllt mit Informationsrechten (II:3-101 bis 401: 5 Seiten) werden die traditionellen Vorschriften über Irrtum, Aufklärung und Haustürgeschäfte mit dem Fernabsatz unter dem Begriff der „reasonable expectations“ zusammengefasst, die die einstmalige Vertragsfreiheit begründende freie Willensbetätigung durch den Empfängerhorizont der Anbieterseite ersetzt. Dahinter sind die autoritären illiberalen Gestaltungen des deutschen Zivilrechts in den „faktischen Verträgen“, dem „sozialtypischen Verhalten“ und den „konkreten Ordnungen“ kaum verdeckt. Was der einfache Verbraucher, Arbeitnehmer, Mieter noch wollen darf, ergibt sich aus den verbleibenden Verhaltensalternativen in Dauerschuldverhältnissen. Die ausufernde Regulierung des Widerrufsrechts ersetzt die verlorene faktische Freiheit und den faktischen Schutz durch die Modellannahmen dieses Rechtsinstituts (II.-501 bis 202: 4 Seiten).

Die im deutschen und französischen Recht verankerten Verantwortungsprinzipien der guten Sitten (bonnes moeurs), des gesetzlichen Verbots bzw. des ordre public werden dem nationalen Recht vorbehalten, dem man ganz generell weiterhin zugesteht, Grundprinzipien und zivilrechtlich wirksame Verbote (II.-7:301-304) zu erlassen, die der Richter jedoch abmildern oder sogar sanktionslos stellen darf (II.-7:302). Europäische Bedeutung haben sie damit nicht mehr.

So wird aus dem individuellen Wucherparagrafen des § 138 Abs.2 BGB, der das Prinzip der guten Sitten exemplifizierte und Parte für die weit größere Rolle des §138 Abs.1 BGB als Schranke sozialer Diskriminierung in Deutschland oder als Leitgedanke für die staatlichen Zinsobergrenzen in anderen Ländern stand, ein einfaches Fairnessgebot mit dem Verbot der „unfair exploitation“ (II.-7:207).

Nach angloamerikanischem Rechtsbrauch werden die Definitionen aus ihrem Regelungskontext herausgelöst und in einem Wörterbuch der Wirtschaftsrechtssprache in Annex I ausgliedert, wodurch nach der teleologischen auch die systematische Interpretation aus dem Kanon der juristischen Methoden zur Auslegung des europäischen Vertragsgesetzbuches verbannt erscheinen.

Das Prinzip der Humanität und seine Materialisierung in den Prinzipien, die die Anpassung an die Lebensverhältnisse der Menschen verlangen, fehlt. Geburt, Krankheit, Alter, Armut, Überschuldung, soziale Schwäche und wirtschaftliche Macht, Frieden und soziale Gerechtigkeit haben auch nach den Erfahrungen mit faschistischer und stalinistischer Wirtschaft und ihrer unbegrenzten Auslegung mit Vertragsrecht nichts zu tun. Verbannt in den Anti-Diskriminierungsparagrafen hat allein Geschlecht, Nationalität und Ethnie Relevanz erhalten. Alter, politische oder sexueller Orientierung oder gar die sozialen Diskriminierungen wie in den US-amerikanischen Vorschriften aufgrund der Art des Einkommens (z. B. Sozialhilfe) ignoriert der Entwurf.¹⁶

Der DCFR spaltet die Verbraucher in zwei soziale Hälften, die er höchst ungleich bedenkt: die Käufer und die Mieter, die Wohneigentümer und die Wohnungsmieter, die Anleger und die Kreditnehmer, die Unternehmer und die Arbeitnehmer. Das Vertragsrechtsbuch für die erste Gruppe ist vorhanden, auf das für die zweite Gruppe warten wir noch. In der zweiten Gruppe entscheidet sich aktuell allerdings die soziale Kohäsion der Gesellschaft, hier zeigen sich qualitativ wie quantitativ die Probleme, die die Zukunft Europas bestimmen und hier liegt der Regelungsbedarf der Zukunft. Wenn Europa sich nur in diesem neoliberalen Kontext als Markterweiterung zeigt, werden immer mehr Menschen auf dieses Europa verzichten wollen.

B. Neoliberalismus

Was sich in den Richtlinien und Entwürfen in Brüssel artikuliert ist kein genuin juristisches Konzept, sondern es reflektiert eine Indienstnahme des Rechts für neoliberale Wirtschafts- und Sozialpolitik.

I. Neoliberalismus als Gesellschaftslehre

Deregulierung, Privatisierung, Selbstheilungskräfte des Marktes, Eigenverantwortung der Bürger, freier Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, Bürokratieabbau, Kampf der Regulierungswut, wider den Versorgungsstaat und die Selbstbedienungsmentalität, „Geiz ist geil“, „Leistung soll sich wieder lohnen“, „Fordern (statt) Fördern“ all dies sind Stichwörter einer Ideologie des bellum omnium contra omnes, die seit *Reagan, Thatcher, Pinochet* erläutert durch die *Chicago Boys Friedman* und *Posner* oder in Deutschland durch *Sinn, Raffelhüschen, Rürup* und *Straubhaar* als „Neuer“ (Neo-) Liberalismus den Kapitalismus und seine Wahrnehmung geleitet und legitimiert haben.

Bush, Berlusconi, Blair, Brown, Baroso haben mit den („Neuen“) Sozialdemokraten der Agenda 2010, mit New Labour und New Democrats nicht nur den traditionellen Sozialstaat in der Altersvorsorge (Rürup, Riester, Eichel), der Arbeitsverwaltung (Hartz IV), der Gesundheitsreform und im Bankensystem (Abkoppelung der Sparkassen und Landesbanken, Deregulierung der Finanzmärkte, Verbraucherkreditrichtlinie), sondern auch die politischen Parteien so „umgebaut“, dass man an ihrer Wiedergewinnung „wie am Berliner Stadtschloss“ arbeiten müssen. Die sozialen Kollateralschäden haben eine geteilte Gesellschaft, Kinderarmut, Immigrantentghettos und international dokumentierte Bildungsarmut bei weiten Teilen der Bevölkerung zurückgelassen und eine neue Elite hochgespült, die sich gegen die Kritik am Ausverkauf des Staatshaushaltes durch private Bankmanager sogar mit der Judenverfolgung (so Hans Werner Sinn) gleichsetzen.¹⁷

16 Antirassismus-Richtlinie vom 29.06.2000 (2000/43/EG), Rahmenrichtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 (2000/78/EG), Revidierte Richtlinie zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf vom 23.09.2002 (2002/73/EG), Richtlinie zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (KOM 2003/657 endg.).

17 Vgl. Hans Werner Sinn und die Juden – Überlegungen zur Rolle des Neo-Liberalismus in der aktuellen Kreditkrise, unter: FIS ID42009, abrufbar unter: www.money-advice.net und www.verantwortliche-kreditvergabe.net.

Der freigesetzte Kasinokapitalismus, den *Luther* treffender als freie Kommunikation zwischen zusammengesparten Wölfen und Schafen beschrieb¹⁸, brachte eine erstaunliche neue Schlichtheit im Denken („Ich glaube an den Markt“). Die Wahrnehmung von Realität und mit ihr auch die sozialwissenschaftliche Forschung wurden durch ökonomische Modellannahmen zu Markt und Mensch ersetzt, die die menschliche Erkenntnis und planvolle Vorausschau, gekrönt von Nobelpreisen, einer finanzmathematischen Formalisierung unterwarf, die zwar nichts von dem was sie versprach erreichte, die dafür aber umso unduldsamer ihre Heilslehren mit Projektausschreibungskoeffizienten, Mittelsperren und künstlicher Penurie verbreiteten. Der Verarmung der Staatswissenschaften und der Nationalökonomie in den „Economics“ folgte die Ökonomisierung des Rechts (ökonomische Analyse des Rechts) und der Sozialwissenschaften („game theory“, „behavioral economics“), die mit einer Kommerzialisierung von Kultur abgesichert wurde. Geld und Gewinn sind zum Gradmesser für Gut und Böse, Erfolg und Misserfolg und zum Bewertungsstab für den Menschen geworden. Sie beherrschen die berufliche Karriere und das Anreizsystem (Provisionen, Tantiemen, Apanagen, Gratifikationen, Boni), die Bildungschancen (Schulgeld, Studiengebühren) und den rational kalkulierbaren inneren wie äußeren Krieg. Exzellente, Elite(Universitäten), Leistungsträger, „Leuchttürme“ von „heraus- oder hervorragender internationaler Bedeutung“ sind die sinnentleerten Joker zur Legitimation ungerechter Verteilung der Ressourcen.

Rationalitätsglaube, religiöser Fundamentalismus und martialische Politik haben bei der Freisetzung wirtschaftlicher Macht ebenso wie bei der Ausrottung des Bösen, des Terrorismus und des Schlechten überhaupt eine Ergänzung gefunden, die dem Jakobinertum schon nach der französischen Revolution nicht fremd war.

Ihre praktischen Konsequenzen hatte die neue Denkungsart in einer ungebremsen Globalisierung, bei der alle Vermögens- und Eigentumspositionen, alle Property Rights auf Rohstoffe oder den Mehrwert der Arbeit anderer in der ganzen Welt in Fonds und ähnlichen Kapitalsammelstellen eingebracht wurden, auf die dann auf Dollar, Euro oder Yen lautende Anteilscheine in Bargeld, Wertpapieren oder Derivaten ausgestellt wurden. Die Umverteilung des gesellschaftlichen Reichtums konnte dadurch ohne die Hässlichkeit des Raubes durch ungleichen Geldtausch erfolgen, den unsere Vorfahren noch als Wucher brandmarkten. Die Aneignung fremder Arbeit und Ressourcen allein im und damit über das Geldsystem, die Einverleibung fremder Unternehmen, bezahlt mit deren eigenem Wert im Aktientausch oder hostile overtake und dem Wirken der auf produktiver Arbeit beruhenden Unternehmenskultur durch Finanzinvestoren, wurde einem anschwellenden Heer von Finanzjongleuren überlassen, die in New York, London, Frankfurt oder in deren Ablegern in Dublin oder auf den Caymen Inseln dafür zu sorgen hatten, dass aus Geld mehr Geld wurde, gleichgültig, was dies für die Versorgung der Menschen durch ihre Wirtschaft bedeutete.

Nicht vorhergesehen wurde die Eigendynamik in dieser virtuellen Welt des Geldes, in deren Kulturlosigkeit Menschen nur überleben können, wenn sie Ersatzbefriedigungen in der Spielsucht, einer ungebremsen Gier nach immer sinnlosem Reichtum entwickeln, Machtbedürfnisse entfalten und befriedigen oder aber grotesken Konsumkult betreiben, bei der nur noch die Auffälligkeit des Konsums, nicht aber das Konsumieren selbst, Glück verheißt. Indem die nicht nur bei VW, Siemens und in den Landesbanken persönlich abgefundenen

politischen Funktionäre diesen Jongleuren im Sale-out-lease-back-System unsere Schulen, in der spekulativen Anlage von Staatsgeldern unsere öffentlichen Banken, aber auch unsere von Finanzinvestoren betriebenen Kindergärten und privaten Bildungseinrichtungen überließen, mussten sie mit den Marktgläubigen der Wirtschaft erkennen, dass immer mehr von dem globalen Geldfonds, der den gesellschaftlichen Reichtum spiegelt und dazu Zugang verschaffen soll, von den Croupiers dieses Systems abgezweigt wurden. Die Banken wurden zu den Gewinnern eines allseits leck geschlagenen Geldsystems, das bei der Umverteilung den größten Nutzen den Umverteilern gewährte.

II. Linke und rechte Kritik am Neoliberalismus

Einer solchen Kritik am Neoliberalismus schließen sich Konservative ebenso wie Sozialisten häufig an, hat der Neo-Liberalismus mit dem Liberalismus doch scheinbar vieles gemein und knüpft er doch „– seinem Selbstverständnis nach – an Traditionenbestände des klassischen Liberalismus an, wenngleich er versucht ihn, unter den Bedingungen und auf der Höhe des entwickelten Kapitalismus, neu zu formulieren.“¹⁹ Bei *Stürmer* ist der Neoliberalismus gar identisch mit dem Liberalismus. Im Text geht es um Individualismus, Markt, Wettbewerb und Staat schlechthin und nicht nur um Neoliberalismus.²⁰

Damit erreicht diese Kritik von rechts wie von links aber eine Erhöhung des Neoliberalismus als Spielart des Liberalismus, der ihm ebenso wenig zukommt wie die Überhöhung des Stalinismus als Spielart des Sozialismus oder des Faschismus als Spielart des Konservativen.

Das Andocken dieser drei autoritären Modellideologien an jeweils eines der drei großen politisch-ideologischen Konzepte der Moderne bringt eine perverse Logik hervor, die *Carl Schmitt* am skrupellosesten auszunutzen empfahl: Gemeinschaft durch Feindschaft.²¹ Neoliberalismus, Stalinismus und Faschismus leben von ihren Ab- und Ausgrenzungen und sichern sich den für das Überleben notwendigen Zusammenhalt trotz humanitätsfremder Ideale dadurch, dass sie die Feindschaft der anderen als eigene Existenzbedingung erkennen, fördern und provozieren.

Der Neoliberalismus ist ebenso wenig liberal, wie, was wir an dieser Stelle nur behaupten können, der Faschismus konservativ oder der Stalinismus sozial waren. Obwohl sich Diktaturen selbst ernannter Eliten auf Liberalismus, Ständestaat oder Sozialismus beriefen und das Individuum, die Gemeinschaft oder das Kollektiv beschworen, verachteten sie doch grundsätzlich deren Grundlagen. Sie sind sich bis heute darin einig, dass die wirklichen empirisch erfassbaren und mit Wünschen, Fähigkeiten, Gebrechen und Träumen ausgestatteten Men-

18 „Wollte man sich darum das Wagnis zutrauen, ein ganzes Land oder die Welt mit dem Evangelium zu regieren, so ist das ebenso, wie wenn ein Hirte Wölfe, Löwen, Adler und Schafe in einem Stall zusammentäte und jedes frei unter den andern gehen liesse und spräche: „Da weidet euch und seid rechtschaffen und friedlich untereinander; der Stall steht offen, Weide habt ihr genug, Hunde und Prügel braucht ihr nicht zu fürchten.“ Da würden wohl die Schafe Frieden halten und sich in dieser Weise friedlich weiden und regieren lassen; aber sie würden nicht lange leben, und kein Tier würde vor dem andern erhalten bleiben“ in: *Luther*, Von weltlicher Obrigkeit und Wieweit man ihr Gehorsam schuldig sei, 1523.

19 *Urban*, a. a. O., ders. Einleitung: Was ist eigentlich Neoliberalismus a.a.O., S. 9; anders aber *Urban-Zimm*, a. a. O. Stichwort „Neoliberalismus“ S. 164: „Der Neoliberalismus stellt die Entartung eines sinnvollen Grundgedankens dar. (...) Neoliberalismus ist der Totalitarismus des Marktes.“

20 *Stürmer*, a. a. O.(s. Fn. 10), die Überschriften z. B. S. 3 ff. („Liberalisierung des Angebots Wettbewerbs“), S.33 ff. („Markt- und Wettbewerbsdenken“), S. 87 ff. („Marktidee und Marktideologie“).

21 *Bennhold-Reifner*, Spuren des Unrechts, 1988.

schen nur im Modell vorkommen dürfen. Der stalinistische „Arbeiter“, das faschistische „Mitglied der Volksgemeinschaft“ und der neoliberale „Konsument“ sollen gerade nicht solidarisch, gemeinschaftlich oder individuell frei handeln und fühlen können.

Der Neoliberaler ist keine auf die Spitze getriebener Liberaler sondern das Gegenteil von dem, was Adam *Smith* zunächst in seinem Buch über den Altruismus²² entdeckte und später dann in „Wohlstand der Nationen“ ausführte: dass die Effekte des Altruismus auch über individualistische Verhaltensweisen erreicht werden können, Marktvorstellungen also sinnvolle Instrumente für gemeinwohlorientierte Verteilungen sein können aber eben doch Instrumente und nicht, wie der Neoliberalismus suggerierte, bereits das Ziel selbst sind.²³

III. Rolf Stürmer: „Markt und Wettbewerb über alles?“

1. Buch und Autor

Rolf *Stürmer*²⁴, Professor mit Schwerpunkt im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht in Freiburg, hat eine „Analyse der gegenwärtigen gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen“ (VI), die er unter dem Begriff des Neoliberalismus zusammenfasst, geschrieben. Zu den 360 Seiten, die sich mit der aktuellen Widerspiegelung dieser Ideologie im Recht, den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie den Möglichkeiten seiner Überwindung auseinandersetzen, gehören 1645 Fußnoten, die, von den Zeitungsberichten, vornehmlich der FAZ, über die amerikanische und die deutsche rechtswissenschaftliche sowie ökonomische Literatur ausgehend, einen Überblick über das hierzu Geschriebene geben und dabei die vielen Details einem Konzept zuordnen, das nicht nur die Einzelheiten verständlich macht sondern auch die Konsistenz der Theorie belegt.

Stürmer beschränkt sich in der Tradition des deutschen Universalgelehrten nicht auf die eigene Disziplin, sondern geht bis in die Musik und Literatur mit Zitaten literarischer Klassiker des Bürgertums zu Werk, wobei für ihn Immanuel *Kant* eine herausgehobene Rolle zur Erklärung der geistesgeschichtlichen Grundlagen unserer Kultur spielt.

Jeder Rechtswissenschaftler, Geisteswissenschaftler und Soziologe (den aktuellen Vertretern der Ökonomie dürfte *Stürmer* kaum die Fähigkeit, diese umfassende Analyse zu verstehen, zutrauen) sollte sich der Mühe unterziehen, dieses Buch und seine Fußnoten zu studieren, um allein schon in der Differenz der Vorgehensweise die Verrohung der Sitten in der neoliberalen Wissenschaft zu erkennen und zu erahnen, die außer ihren eigenen Gedankenmodellen nichts mehr zu kennen scheint.

Stürmer zeigt auf, wie einfach neoliberale Denkmodelle konstruiert sind, auf die ein so komplexes formelhaftes Denkgebäude aufgebaut wurde. Er seziert das Image vom reinen „Marktmensch“ (S. 128) und die Perverterung zur „ästhetisierenden Garnierung eines Profitmaximierungskonzepts“ (S. 130) im ethischen Investment. Man kann ihm nur beipflichten, wenn er denjenigen, die mit feierlich aufgeplusteter Stimme bei Diskussionen verkünden, sie glaubten „an die Selbstheilungskräfte des Marktes“ („I believe in markets“), Ersatzreligion „und spießbürgerlichen Materialismus“ (S. 140) unterstellt. *Stürmer* ist erschreckt über das mit Nobelpreisen versehene „hohe Priestertum der Marktdeutung“ (S. 144) und „über die gedankliche Schlichtheit“ (S. 156) einiger Vertreter der Law- und Economics-Bewegung.²⁵ Im Vorstellungshori-

zont eines dem Bildungsbürgertum Humboldtscher Prägung zugehörigen Gelehrten ist die mediale Aufmerksamkeit, aber auch die Unterstützung auf höchster politischer Ebene für Thesen unfassbar, zu denen die Erreichung des Kopfrechnenniveaus ausreichende Grundlage bieten würde.

2. Die Kritik

In der erfrischenden Lektüre, in die *Stürmer* seine langjährigen Erfahrungen in den USA und Europa im Bereich der Finanzmarktregulierung auch praktisch einbringt, stoßen wir auf viele Details wie etwa den merkwürdigen Auswahlprozess von Nobelpreisträgern, die fast schon korrupte Zusammensetzung von Kommissionen wie der zum Corporate Government Index oder zu Basel II und die Konzernstrategien, mit denen der Neoliberalismus gerade in Europa und den USA zum eigenen Nutzen etabliert wurde.

Eher seltener dafür aber prägnant in dem durchaus rechtswissenschaftlichen bzw. philosophischen Buch sind die Passagen, in denen ökonomische und soziologische Tatbestände mit einem guten investigativen journalistischen Stil recherchiert werden. So werden die bisher in den USA gepredigten Kapitalmarkt-konzepte vornehmlich in den Fußnoten mit den Fakten zu den tatsächlichen Krisen konfrontiert und Details zum Diskussionsprozess um den Verfassungsentwurf der EU aber auch zur DOHA-Runde bei der WTO sowie zur „exekutivlastigen Gesetzgebungsmaschinerie“ (S. 183) der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs beigebracht.

Stürmer verbindet mit dieser detaillierten Kritik neoliberaler oder neoökonomischer Konzepte keine Frontstellung. In seinem Bestreben, sich von sozialistischer oder linker Kritik abzusetzen, lehnt er jede Ideologisierung und jedes ideologisch aufgebaute Denksystem als verkürzend ab (z. B. S. 314). Er möchte ausgewogene Modelle zwischen „Flexibilisierung und Solidarität“, zwischen Privatisierung und staatlicher Verantwortung (S. 291) vorschlagen, die „das Extrem meiden“ (S. 311). Insofern nimmt er immer wieder die Argumente der Vertreter des Neoliberalismus ernst und relativiert seine Kritik mit Einleitungen wie „es ist sicher richtig (...)“ (S. 250) oder „es wäre völlig verfehlt (...)“ (S. 252). Flexibilisierung, Privatisierung, Kapitalisierung, Gewinnmaximierung, Freiheitserhalt durch freie Wirtschaft – all dies sind für *Stürmer* nicht nur neoliberale Floskeln sondern auch Elemente einer modernen Gesellschaft, die er bejaht.

In 1. Kapitel geht es um Rechtsentwicklungen in der Bundesrepublik, die von der EU geprägt seien. Er zeichnet mit seherischer Fähigkeit, für die erst jetzt deutlich hervorgetretene Bedeutung dieser Analyse, die Deregulierung der Finanzmärkte, die Privatisierung öffentlicher Unternehmen nach und nimmt sich der Vermarktung der freien und rechtsberatenden Berufe, der steuerrechtlichen Deregulierung sowie (aus seiner universitären Erfahrung) der Deregulierung des Bildungssystems an. Zu den Speerspitzen zählt er auch den Verbraucherschutz, in dem der „Marktmensch“ sich von dem ethischen Wesen befreit hat.

22 *Eckstein*, Theorie der ethischen Gefühle, 2004.

23 Vgl. dazu *Reifner*, Geld nutzen, 2007 S. 22 ff.

24 *Stürmer*, a. a. O. (s. Fn. 10).

25 Dies Gefühl hatte der Verfasser schon in einer Diskussion mit *Mackay* (s. *iders.* (ed.), *Les certitudes du droit/Certainty and the Law*, Montreal, editions Themis, 1999) 1986 an der McGill University, als dieser den Preis eines Unfalltodes pro Baukostenkilometer der Montrealer U-Bahn diskutieren wollte und auch nicht aufhörte, als der Verfasser ihn bat, doch einfach einmal zu unterstellen, der Tote sei sein Sohn.

Die Ursachen des Siegeszugs des Markt- und Wettbewerbsdenkens werden im zweiten Kapitel behandelt, wobei diese Analysen die konstruktiven Vorschläge in der zweiten Hälfte des Buches eigentlich erklären und besser dort platziert worden wären. Dazu später.

Theoretisch am spannendsten dürfte Kapitel 3 über die Grenzen des Marktes sein, wo sich der Verfasser nicht darauf beschränkt, die üblichen Angriffe auf Marktfreiheit, Tauschprinzip und Utilitarismus zur Grundlage seiner eigenen Theorie zu machen, sondern sehr detailliert auf die Einzelelemente des Kapitalismus wie Risikoauslagerung und hier das für den Verbraucherschutz so wesentliche Informationsmodell der Marktwirtschaft (S. 89 ff. u. S. 254 ff.) eingeht.

Von der Verkehrung des Verbraucherschutzgedankens bei der Generaldirektion Verbraucherschutz der EU vom Schutz des Schwächeren zur ideologischen Rechtfertigung der Abschaffung sozialen Schutzes im Namen des selbstbestimmten informierten Verbrauchers, führt bei *Stürmer* ein gerader Weg zum Widerrufsrecht, das als Paradigma der hohepriesterlichen Informationsideologie angesehen wird.

Dem „Weg zu einem Europa der Wirtschaft“ mit seinen unitaristischen Marktintegrationskonzepten ordnet er alle Entwicklungen im regulativen Bereich zu. Der EuGH besetzt dabei, ähnlich wie in der Kritik Roman *Herzogs*,²⁶ die Rolle einer „Gallionsfigur“ (S. 198) und eines Motors der Deregulierung. Er habe mit einem zehnfach größerem Output als der des US-amerikanischen Supreme Courts kulturelle Diversität mit dem allzu schmalen Grundrechtskatalogs der Marktfreiheiten in Europa abgebaut. Unterstützt werde er von der EU-Kommission, die sich über ihre Beihilfepolitik immer konkreter in die Politiken der Mitgliedsstaaten einmische. Mit ihren Prinzipien der Heimatlandkontrolle und der Beschneidung am Gemeinwohl orientierter staatlicher Tätigkeit auf non-profit, werde die Chance eines solidarischen Kapitalismus schrittweise aufgegeben.

3. Die Alternativen

Stürmer beschränkt sich nicht auf die Kritik, sondern macht eine Vielzahl sehr konkreter und interessanter Vorschläge für eine zukünftige Gestaltung der Europäischen Union. So soll dem Europäischen Gerichtshof ein Kompetenzgerichtshof zur Seite gestellt werden, der zwischen nationaler Gerichtsbarkeit und EuGH entscheidet und aus Richtern beider Instanzen zusammen gesetzt sein soll. Bezüglich der Anwendung des Prinzips der Heimatlandkontrolle, befürwortet *Stürmer* eine Differenzierung nach der Nutzungsintensität nationaler Einrichtungen durch den Anbieter, sodass der Verkauf aus einem anderen Land heraus dessen Heimatlandrecht bevorzugen sollte, während das Gastlandrecht dort anzuwenden sei, wo es sich um Dienstleistungen oder komplexere Produkte handele, bei denen das nationale Umfeld des Gastlandes genutzt, aber auch beeinträchtigt werde. Bei der Frage des „mit unästhetischer Wortwahl“ immer weiter ausgedehnten Widerrufsrechts für Verbraucher, plädiert *Stürmer* für dessen Abschaffung und der Rückkehr zu den situationsbezogenen gesetzlichen Verboten wie etwa dem Haustürvertriebsverbot für Kreditgeschäfte in der Gewerbeordnung. Bei der privaten Rechtsetzung durch immer mehr und immer undurchschaubarer werdende Kontrollgremien, fordert *Stürmer* die parlamentarische Kontrolle, zumindest durch eine Rahmengesetzgebung nach dem französischen Vorbild zum Verhältnis von Loi und Decret. Während er den Rückgang kompetenter eige-

ner Gesetzgebung zugunsten der reinen Ausführung europarechtlichen oder privat gesetzten Rechts in Deutschland beklagt, sieht er in der „EU-Normenflut und Bürokratisierung“ (S. 287) das Instrumentarium einer „Kulturrevolution“, die der Neoliberalismus in den einzelnen Mitgliedsstaaten der EU anfacht.

Ein „Europa der Mitgliedsstaaten“ (S. 311) soll der in der Tradition abendländischer Kultur wurzelnden „immateriellen Sinnggebung“ (S. 313 u. durchgängig) wieder Platz schaffen. *Stürmer* verlangt, den Universitäten wieder mehr Freiraum vor ökonomischer output-Messung zu geben und der Ethik in den freien Berufen, insbesondere in den rechtsberatenden Berufen, eine Chance gegenüber dem Profitinteresse zu verschaffen (S. 271). Die Argumente des Neoliberalismus wie die Abkehr vom Protektionismus (S. 161) oder die Inflexibilität staatlicher Steuerung weist er nicht pauschal zurück, sondern will sie nur auf den wirklichen Kern begrenzt wissen, aus dem sie längst durch eine Ideologisierung und religiöse Verobjektivierung zum Damoklesschwert für die „coordinated market economy“ (S. 158) europäischer Prägung geworden ist, die den „Kernbestand staatlichen Grenzschutzes“ gegenüber dem Markt (S. 163) und die Balance „zwischen individueller Freiheit und solidarischer Bindung“ (S. 170) eines solidarischen Kapitalismus bedrohe. Den Autoren des internationalen Währungsfonds wirft er „theoretisierende, ohne jede eigenen breiteren Erfahrungen und ohne Kenntnis regionaler Gegebenheiten“ gebildete Anschauungen vor (S. 170).

Das Interesse für die Mediation auch im DCFR sieht *Stürmer* im Verlangen nach dem Abbau des rechtsstaatlichen Verfahrens zugunsten von Mauschelentscheidungen, bei denen der Richter zum Komplizen wird und das Recht durch Effizienz ersetzt wird.

Kultur bildet sich nach *Stürmer* gerade dort, wo, wie in der Kindererziehung, Schule und Universität, in Kunst, Philosophie und Emotionalität (S. 128, S. 306) allenfalls ein „Kapital mit gemäßigter Gewinnerwartung“ (S. 279) vermutet wird. An die Stelle des Paradigmas des Schutzes des Marktes vor dem Staat müsse der Schutz von Kultur und Solidarität vor dem Markt durch den Staat treten.

C. Kritik der Kritik: Nur eine liberale Kritik kann den Neoliberalismus treffen

Dem Buch ist eine breite Diskussion zu wünschen. Es ist genau, materialreich und durchdacht. In seiner Ablehnung eines kohärenten ideologischen Theorierahmens reiht es sich jedoch in die Tradition konservativer Kapitalismuskritik ein, die bei *Lorenz von Stein*, *Eugen Ehrlich* oder *Otto von Gierke* die Zerschlagung der „buntscheckigen Bande des Feudalismus“ wie es *Marx* einmal genannt hat, als Kulturverlust und Primitivierung der Gesellschaft angesehen werden. Seine Kritik gilt dabei nicht nur dem Neoliberalismus, sondern in vielen seiner durchaus ausgewogenen weniger mit Wut als mit süffisanten Lächeln vorgetragenen mitleidigen Kritiken auch dem Liberalismus selbst.

Das bisher ausgesparte Kapitel II macht diese Problematik des Buches deutlich. So sieht er auf S. 33-47 das Aufkommen des

26 *Herzog/Gierken*, F.A.Z. v. 08.09.2008 (Stoppt den Europäischen Gerichtshof – Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten werden ausgehöhlt. Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangen nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz“).

Neoliberalismus in den USA als typisch an für eine Gesellschaft, der die einheitlichen gemeinschaftlichen Züge kontinental europäischer Gesellschaften fehle. Dabei erwähnt *Stürmer* nicht nur den naiven Glauben an das Glück (pursuit of happiness), den individualistischen Grundaufbau der amerikanischen Gesellschaft, den unbegrenzten Optimismus, den Utilitarismus und das Prinzip des fresh start, das jedem immer wieder einen Neuanfang erlaubt und ihn quasi „auf Null“ setzt, sondern auch die jüdische Zuwanderung. Die USA seien zur „Heimat sehr leistungsstarker jüdischer Eliten geworden, die zum konkurrenzialen Gesellschaftsmodell und seiner Festigung wesentlich beigetragen haben“ (S. 39). Dabei werden die Juden als eine „nicht sesshafte Population“ bezeichnet, die positiv ausgedrückt „Freiheit zur Leistung stärker zu nutzen“ wisse (S. 39). Der US-amerikanische Gerechtigkeitsbegriff sei bei *Rawls* (S. 36) in einem vorteilsorientierten Pragmatismus gebildet, der bei *Posner* eine „konsequente moderne Ausformung der Staatsdoktrin der Gründungsväter“ gefunden habe. Der Protestantismus (S. 60) habe dem Utilitarismus, insofern der Theorie *Max Webers* folgend, den Weg bereitet.

Zu den Wiegen des Neoliberalismus werden dann auch die 68er gezählt. (S. 61ff). „Die Emanzipationsbewegung der späten 60er und 70er Jahre hat diese Tugenden“ (der fleißige, zuverlässige, disziplinierte Marktteilnehmer oder Arbeitnehmer) als formale Kategorien abgewertet und ihre Eignung zum Missbrauch durch den Nationalsozialismus betont.“ *Stürmer* konzediert, dass es Tugenden waren, „mit denen man auch ein KZ verwalten konnte“. Gleichwohl meint er: „Der Angriff der 68er auf diese überkommenen missbrauchten bürgerlichen Ordnungsprinzipien hat die folgenden Jahrzehnte in Erziehung, Ausbildung und gesellschaftlicher Entwicklung nachhaltig geprägt.“

Stürmer diagnostiziert eine depressive Grundstimmung, die an *Spengler's* Untergang des Abendlandes erinnert. Immer wieder kehrt er zu den konservativen Tugenden zurück, wenn er die begrenzende, Kultur erhaltende und Ordnung stiftende Funktion des Staates anspricht. Das „Konzept des normativ gestalteten Marktes“ (S. 58) einer Verteilungsgesellschaft, die auf einer „menschlichen Sinnstiftung“ (S. 306) aufbaut, und „garantierte Mindestwohlschwellen“ (S. 292) innerhalb einer „staatlich organisierten Solidarität“ (S. 291) anhäuft, und dabei Kapital für Notfälle ansammelt, das nicht dem Marktmechanismus preisgegeben wird, weist sein korporativistisches Weltbild aus.

In dieser Hinsicht ist fraglich, ob sein (den gesamten konstruktiven zweiten Teil des Buches) beherrschendes Prinzip der Solidarität wirklich Solidarität meint, die sich ja als kollektives Prinzip aus der Übereinstimmung sozialer Interessen von Arbeitnehmern in der wirtschaftlichen Auseinandersetzung entwickelt hat. Bei *Stürmer* ist Solidarität nämlich eher Gemeinschaftsgefühl²⁷ und Gemeinschaftspflicht, bei der jeder und gerade der Reiche die Pflicht hat, für die Armen zu sorgen, in der aber die Armut als solche und die Not und auch die Dummheit der Bevölkerungsschichten vorgegeben ist. Ob die „christlich humanistische Tradition“ (S. 155) und der Altruismus (S. 148), die „hedonistischen Züge“ des neokapitalistischen Weltbildes ablösen können, hängt wohl auch von der Attraktivität des konservativen Weltbildes für die Menschheit nach Überwindung nationalstaatlicher Hemmnisse und feudaler Klassenstrukturen ab.

Wenn *Stürmer* „das Mutterideal mit seinen Zügen bedingungsloser Selbstaufgabe“ und „das Ideal des fürsorgenden Vaters“

(S. 147) vor ihrer Diffamierung als Mittel familiärer Herrschaft und Ausbeutung schützen möchte und entsprechend Familienunternehmen und Genossenschaften als Alternative zur Arbeitnehmerbeteiligung (S. 208) ansieht und die „traditionellen mütterlichen Verhaltensmuster“ (S. 307) gegen eine Reduktion von Ausbildung zur Schaffung von geeignetem Humankapital verteidigt, so hängt er selbst einem Modelldenken an, das er bei den Neoliberalen so verabscheut. Die 1968 begonnene Aufklärung in Deutschland, nach dem Scheitern im Jahre 1848, wollte den Müttern und Vätern selbst die Möglichkeit verschaffen, ihr Bild einer Familie zu finden, nachdem vorhergehende konservative Familienbilder empirisch nachweisbar zu Herrschaftszwecken missbraucht wurden. Konservative Modellannahmen zur „richtigen Familie“, zum „richtigen Recht“ (*Larenz*), zum „guten Professor“ bedürfen ebenso der empirischen Überprüfung wie das Bild von der emanzipierten alleinerziehenden Frau, dem Kind, das ohne Autorität schon selbst das Richtige findet oder aber Bildern von einem Markt der grundsätzlich die bessere Alternative und größere Freiheit verspricht.

In *Stürmer's* Buch fehlt die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus. *Stürmer* kann das Modelldenken des Neoliberalismus nicht grundlegend infrage stellen, wenn er dagegen nur eigene Modelle wendet. Friedrich v. *Hayek*²⁸ hatte ebenfalls diesen Anspruch, als er mit dem Modell des absolut freien Marktes Faschismus und Stalinismus zu überwinden suchte. Er kannte die sozialen Probleme des Neoliberalismus, sah in ihnen zu seiner Zeit aber im Verhältnis zur Bedrohung der Welt durch faschistische Gemeinschaften und das stalinistische Kollektiv, die er beide dem Sozialismus zuordnete, ein erheblich kleineres Übel. Vielleicht hatte er darin sogar Recht. Lassen wir ihn selber zu Wort kommen:

„Erst als das Vordringen totalitärer Regierungsformen unverkennbar zeigte, daß die Entwicklung, die auf dem Gebiete der Wirtschaft begonnen hatte, schließlich unvermeidbar auch die geistige Freiheit bedrohte, begann in jenen Intellektuellen-schichten, die die Führer in der Abkehr vom Liberalismus gewesen waren, eine Umkehr. In den Jahren, in denen die Drohung des Totalitarismus am größten war, übten dann die Schriften von *Walter Lippmann*, *Louis Rougier*, *Wilhelm Röpké*, *Friedrich A. v. Hayek*, *Walter Eucken* und anderer eine weitgreifende Wirkung aus, die den früheren Arbeiten von v. *Mises*, denen jene zum großen Teil die Anregung verdankten, zunächst versagt geblieben war. Der neue Liberalismus unterscheidet sich vom alten vor allem darin, daß er sich des engen wechselseitigen Zusammenhanges zwischen wirtschaftlichen und politischen Institutionen bewußter ist. Nicht nur, daß politische Freiheit ohne freie Wirtschaft unmöglich sei, sondern vor allem auch, daß das befriedigende Funktionieren der Wettbewerbswirtschaft ganz bestimmte Erfordernisse bezüglich des rechtlichen Rahmenwerkes stelle, sind die Grundkenntnisse, auf die sich der neue Liberalismus gründet. An die Stelle der stets irreführend gewesenen Formel „Laissez faire“ trat das ausdrückliche Bemühen um eine Gestaltung der Rechtsordnung, die der Erhaltung und dem ersprießlichen Wirken des Wettbewerbs günstig ist und das Entstehen von privaten Machtpositionen auf der Seite sowohl der Unternehmer wie der Arbeiter zu verhindern sucht. Es war klar gewor-

27 *Reifner*, Gemeinschaftsdenken und Kollektiv, Forum Kritische Psychologie 9, Argument Sonderband 72 (1978) S.171-180; *Bennhold-Reifner*, Spuren des Unrechts, 1988.

28 *v. Hayek*, Politischer Liberalismus in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 6 (1959) S. 591-596.

den, daß die klassischen „Grundrechte“, in denen die liberalen Ideale des 19. Jh. vor allem ihren Niederschlag gefunden hatten, nicht dadurch wirklich gesichert werden können, daß die Verfassungen sie einfach aussprechen, sondern daß der ganze Charakter der Rechtsordnung ihrem Geiste entsprechend gestaltet werden muß und daß es vornehmlich die wirtschaftliche und soziale Gesetzgebung der beiden letzten Generationen gewesen ist, die die Freiheit bedrohte, die jene Grundrechte hatten schützen sollen. Das Ziel des wiedererstandenen Liberalismus, der zur Zeit noch mehr eine intellektuelle als eine politische Bewegung darstellt, ist somit im wesentlichen eine Wiederbelebung des Rechtsstaatsideals, wobei das Prinzip der strengen Bindung der Gewaltausübung des Staates durch das Gesetz und die weitestgehende Verminderung aller Ermessensvollmachten an die Stelle der vagen Gegnerschaft des älteren Liberalismus gegen alle „Staatsintervention“ getreten ist.“

Hayek will somit nicht die Barbarei der Wertlosigkeit fördern. Er verlangt in seiner durchaus empirischen Orientierung, mit der er sich von seinem Lehrer *v. Mises* absetzte, eine radikale Verwirklichung der Grundrechte. Insoweit war er liberal und nicht neoliberal. Neoliberal wurde dessen Umsetzung um jeden Preis in ein System, das sich um seinen Ausgangspunkt, der Bewahrung der Grundrechte und des Rechtsstaates, nicht mehr kümmerte, sondern das vermeintliche Mittel zu seiner Erreichung, den freien Markt und das Geld, auch dort zum Ziel erhob, wo es in der Kooperation von Milton *Friedman* mit Augusto *Pinochet* mit Füßen getreten wurde.

Liberalismus, Konservatismus und Sozialismus haben ihre Achillesfersen und sind jeder für sich nicht geeignet, eine Gesellschaft zu gestalten, die die Humanität der Menschheit, wie sie in den Grund- und Menschenrechten zum Ausdruck gebracht ist, zu garantieren vermag. Der Mensch ist ein Gemeinschaftswesen und damit konservativ, er ist in der Lage, sich selbst zu bestimmen und ist damit liberal. Er hat die Fähigkeit zu kollektivem Handeln und ist damit sozialistisch.

Die drei großen Strömungen der Neuzeit sollten sich diese gegenseitige Koalitionsfähigkeit attestieren und in ihrer Kritik der drei großen Missbräuche, dem Neoliberalismus, Faschismus und Stalinismus die Achtung vor den darin missbrauchten Idealen der jeweils anderen Strömung nicht verlieren.

Eine Kritik des Neoliberalismus sollte daher auch von Gegnern als liberale Kritik formuliert werden. Sie kann nachweisen, dass der von Regulierung befreite Markt nicht frei ist, eine staatsferne Wirtschaft Recht und Staat benutzt, Geld nicht rational und sachlich sondern gierig und religiös macht und der egoistische Mensch erst wirklich dort an sich denkt, wo er zu sich selbst über den anderen findet.

Die liberale Prämisse, dass jeder Mensch das Recht habe, produktiv zu sein und ihm dafür die Mittel gegeben werden müssen, ist angesichts der Tatsache, dass das Aufziehen von Kin-

dern unproduktiv organisiert ist, dass Lernen und Liebe, Empathie, Genuss und das Gefühl des Zusammenseins aus marktwirtschaftlicher Sicht ineffizient und irrational ist, in sich widersprüchlich. Aus liberalem Gedankengut heraus müssten wir den unproduktiven Konsumsektor nicht vor dem Markt schützen, sondern dem Markt abverlangen, dass er nicht nur die eingebildete und egoistische Produktivität sondern die wirkliche Produktivität dieser Gesellschaft belohnt und in Geld aufwiegt. Nicht der Geldausdruck ist das Problem, sondern der Mangel an Geldausdrücken für wirkliche Werte.

Die Unterschiede zeigen sich dann auch im Detail. Nicht die Abschaffung des Widerrufsrechts und die Rückkehr zur staatlich verordneten Nichtigkeit von Haustürgeschäften ist die Lösung, sondern das französische *offre préalable*, bei dem die Freiheit des Verbrauchers seinen tatsächlichen Möglichkeiten von Freiheitswahrnehmung angepasst wird. Die Entwertung des Bankangebots zur *invitatio ad offerendum* ist ja die eigentliche hausgemachte Ursache der Entmündigung, die die Rechtssicherheit allein der Wirtschaft zuordnet. Das Widerrufsrecht verdeckt nur diese ungerechtfertigte Risikoverlagerung, die im bindenden Angebot rückgängig zu machen ist.

Bei einem an Prinzipien orientierten Ansatz würden dann auch Deklarationen internationaler Organisationen wie Amnesty oder Greenpeace oder der European Coalition for Responsible Credit (ECRC) Beachtung finden können, weil in ihnen Produktivität und Adäquatheit zur Verbraucherentscheidung besser gewahrt sind als in der Informationsideologie des EU-Kreditrechts. Auch die Privatisierung ist nicht unbedingt ein Problem, wenn sich die Privaten mit gleichen Chancen gegenüberstehen. Einheitliche Normsetzung auf EU-Ebene kann nationales Recht besser machen, wenn sie gut ist, den sozialen Fortschritt spiegelt und die Interessen berücksichtigt, die im kapitalistischen Produktivitätsbegriff zu kurz kommen.

Für den Verbraucherschutz bedeutet dies, dass der Verbraucher als Konsumenten ernst zu nehmen ist und nicht zum Nutzer, Entscheider, Nicht-Unternehmer oder Durchschnittsverbraucher degradiert wird, für den dann erst die Modellannahmen und Lösungen des Neoliberalismus passen. Es geht um das Konsumieren selbst, das ein Prozess der Reproduktion ist, bei dem das Arbeitseinkommen im Lebenszyklus so verfügbar gestaltet werden muss, dass damit die Funktionen im Leben einer Familie sozial gerecht und in größtmöglicher Eigenverantwortung wahrgenommen werden können. Verbraucherschutz kann ohne empirische soziologische Forschung zu Überschuldung, Arbeitslosigkeit, Armut, Ausbeutung, Bildung, Gesundheit, Mobilität, Kultur etc. zur Durchsetzung neoliberaler Wahnvorstellungen verkommen, deren Ziele mit dem Konsumenten nichts, dafür aber mit den Interessen einer sich global gerierenden Wirtschaft viel zu tun haben. Verbraucherrecht sollten daher zum Verbraucherschutzrecht zurückkehren und dem Informationsmodell als einem zum Ziel erklärten Mittel ein Ende bereiten.