

Geldvertragsrecht: Freiheit und Verbraucherschutz

B

Das rechtliche Grundverhältnis einer Gesellschaft, die über das Geld ihre Kooperation organisiert sowie das Geld zum Wertmesser aller Dinge und zum wichtigsten Kommunikationsmittel macht, ist der Vertrag. Prototyp für den Kapitalismus ist dabei die gewinnorientierte synallagmatische Form des Vertrages geworden, die mit der Vertragsfreiheit die Geldfreiheit (dazu II.B) zum vorherrschenden Inhalt der Gerechtigkeit gemacht hat. Der Siegeszug dieser Vertragsform ist untrennbar mit der Revolution in der Produktivität verbunden, die der Einzug des Geldes in die Kooperationsverhältnisse mit sich brachte. Dabei gab und gibt es auch heute rechtlich gültige Alternativen, die Geld ohne Gewinnerzielung und ohne synallagmatische Form nutzen.⁸⁶ Dazu gehören vor allem reziproke Formen der Geldnutzung aber auch Regeln des Verbraucher- und Schuldnerschutzes. Sie sind zur Lösung der anstehenden globalen Probleme in Umwelt und Gesellschaft interessant. Hierzu muss der vom Markt geforderte schuldrechtliche Vertrag wie schon das Geld selber vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Das Gerechtigkeitsideal des Rechts muss sich von der Verdinglichung und Objektivierung menschlicher Verhältnisse im Geld befreien. Dies geht auch im Recht ebenso wie in der Ökonomie nicht mit Alternativen zu Geld oder Vertrag, ohne dabei den Errungenschaften dieser Form für Wirtschaft und Freiheit zu schaden. Die historischen

⁸⁶ Das wird in den juristischen Lehrbüchern oft übersehen, die hier wie im Common Law den synallagmatischen Vertrag zum Vertrag schlechthin erklären. Das zeigt sich in der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104–185 BGB) des BGB. Der schuldrechtliche Vertrag (§ 311 ff BGB) mit Gewinnerzielungsabsicht wird zum Idealtypus aller Verträge (*Medicus, Lorenz 2012 – Allgemeiner Teil* Einleitung 3.), reine Einigungsverträge ohne Tausch (z. B. § 929 BGB (Grundstückseigentumsübergang) oder Synallagma (z. B. § 598 BGB (Leihe)) ebenso wie die älteren Realverträge (bis 2002 § 607 BGB (Darlehen)) werden statt aus ihren historischen Wurzeln als Anomalien des synallagmatischen Vertrags (§§ 320 ff BGB) behandelt. (ausführlich FN 99)

Alternativen zum Vertrag sind nicht nur mit geldfernen Zwecken, sondern auch mit autoritären Verteilungsstrukturen verbunden. Doch statt sie durch den gewinnorientierten Vertrag zu verdrängen müssen sie fortentwickelt werden und die verlorenen Dimensionen einen Platz im Vertragsdenken erhalten. Die wichtigsten Elemente der sozialen Anreicherung des die Wirtschaft organisierenden Rechts finden sich daher in der Entwicklung des Vertragsdenkens selbst. Die verschütteten Alternativen zum kaufrechtlichen Denken der Handelsgesellschaft in den Vertragsverhältnissen betrafen die reine Nutzung einer Sache, die sich im Rechtsdenken als mittelbare Folge des Habens (Eigentum) aus der juristischen Betrachtung verflüchtigte.

Im Folgenden werden wir zunächst die Bedeutung des Vertragsdenkens in der Geldwirtschaft für die Entwicklung von Freiheit aber auch Schutz in der Demokratie, bei der Globalisierung der Wirtschaft sowie für die staatliche Steuerung des Geldsystems behandeln. Danach wollen wir in der Rechtsgeschichte der Geldvertragsformen die vorkapitalistischen Miet- und Nutzungsverhältnisse aufspüren, die in kaufähnliche Verträge gepresst wurden. Beides dient dazu, für das für alle Geldbeziehungen grundlegende Kreditverhältnis aus dem Recht der Geldbesitzer zur Zinsnahme eine Rechtsform zu entwickeln, die daraus ein Kooperationsverhältnis zwischen Besitzer und Nutzer von Kapital zum Wohle aller erkennbar macht. Den Abschluss bildet eine symptomatische Kritik der Entwicklungen zum Verbraucherschutz im Geldsektor. Darin wird sich das Rechtsprinzip der verantwortlichen Kreditvergabe als Wegweiser für die Produktivität der Geldnutzung und als Motor der Entwicklung von Geldwert und Stabilität des Geldsystems erweisen.

1 Vertragsfunktionen im Geldsystem

Geld ist eine zirkulationsfähige Forderung. Um zirkulieren zu können darf diese Forderung nicht fällig sein. Sie beruht somit auf einem Kredit, der rechtlich als Darlehen oder Stundung unverbrieft oder verbrieft durch ein Wertpapier konstruiert sein kann. Mit diesen Zusammenhängen haben wir uns bei der Erläuterung des Geldes auseinandergesetzt. (I.B) Der Wert des Geldes hängt dabei von der Bonität einer Forderung ab, die die Fähigkeit des Schuldners umschreibt, im Zweifel diese Forderung mit realen arbeitsbezogenen Werten auch zu erfüllen oder zumindest den dafür geschaffenen Gegenwert in der Realwirtschaft aufrecht zu erhalten. Verträge, aus denen solche zirkulationsfähigen Geldforderungen entstehen, waren zwar notwendig aber unwichtig, solange diese Forderungen untrennbar mit Pfändern aus Gold und Edelmetallen versehen waren, in denen der Arbeitswert der Forderung zweifelsfrei vergegenständlicht schien. Seitdem vor

allem ab der Regierungszeit des Kaisers Augustus (13 v. Chr.) die Wertgarantie von den Pfändern auf die Staatsgarantien verlagert wurde, hat der Staat kontrolliert, welche Forderungen aus welchen Kreditverträgen als zirkulationsfähiges Zentralbankgeld anerkannt wurden. Der Freiheit, per Vertrag gestundete Forderungen zu entwickeln, stand ein staatliches Regime gegenüber, das darüber wachte, welche Forderungen als Zentralbankgeld⁸⁷ zirkulationsfähig oder, wie es heute heißt, *notenbankfähig* sein sollten.

Doch damit wollen wir uns hier nicht beschäftigen. Es geht nicht um die Entstehung des Zentralbankgeldes *durch* Kredit, sondern um Nutzung dieses staatlichen Geldes sowie auch des Privatgeldes *zum* Kredit. Es geht um die Ermöglichung

87 Die Zentralbank verleiht Kreditforderungen. Ihre Autorität macht aus Krediten Geld. Dieser ökonomisch immer gleiche Vorgang versteckt sich hinter dem Ankauf von Gold oder Wertpapieren (Kreditvergabe an die Verkäufer), Verwaltung von Schuldverschreibungen als Sicherheiten (Kreditvergabe an die Sicherungsgeber) oder der direkten Kreditvergabe der Zentralbank. Praktisch heißt das: Das Zentralbankgeld besteht aus dem Bargeld (Banknoten und Münzen) sowie den (weil 100 % sicher) zirkulationsfähigen Sichtguthaben der Banken bei der EZB. Neues Zentralbankgeld entsteht, wenn die Banken sich Geld bei der EZB »leihen«. Es entsteht also als Kreditforderung der EZB an die Banken. Die EZB legt fest, wie viel Geld sie für solche Kredite an die Banken bereitstellen will (*Tender*). Damit kann sie mengenmäßige Grenzen für das neu geschaffene Zentralbankgeld setzen, die allerdings, wie die Tender der EZB im Jahre 2015 über 1,2 Billionen Euro zeigen, sehr ausufernd bemessen sein können. Die von der EZB vergebenen Kredite (*Expansion der EZB Bilanz*) haben eine Laufzeit, nach der theoretisch die Banken das Geld wieder zurückzahlen müssten (*Reduzierung der EZB Bilanz*), so dass es wieder vernichtet würde, wenn die Kredite nicht durch neue ersetzt würden. Die Kredite sind auch verzinslich, was die Lust der Banken an der Geldvermehrung einschränken soll. Sie lag allerdings am 10. 8. 2014 bei 0,05 % p. a. und wurde 2016 auf 0 % reduziert. Banken, die Geld aus der Zirkulation entfernen also vernichten wollen und es deshalb bei der EZB deponieren, mussten sogar dafür 0,2 % p. a. (Straf)Zinsen bezahlen, d. h. eine Schrumpfung in Kauf nehmen. Zentralbankgeld entsteht also, indem die EZB Geld schöpft. Das darf sie auch, wenn sie mit diesem Geld Gold, Devisen oder international abgesicherte Sonderziehungsrechte etwa des IWF »kauft«. Verkauft sie diese wieder, so entzieht sie entsprechende Mengen dem Kreislauf. Ganz überwiegend entsteht neues Zentralbankgeld durch Kreditvergabe an die Banken. Damit diese die Zentralbank nicht zu einer Geldschöpfung zwingen, die zu unproduktiven Finanzierungen führt, die später abgesprochen werden müssen, muss die Zentralbank für diese Kreditaufnahme Sicherheit verlangen. Diese Sicherheit muss einen Grad erreichen, der die Forderungen *notenbankfähig* macht. Die als Forderung gegebene Sicherheit muss in Euro lauten und gegen einen Schuldner in einem Land der Eurozone gerichtet sein, der eine *hohe Bonität* vorweist. Ob sie vorliegt entscheidet das Zentralbanksystem selbst, für Deutschland die Bundesbank. Wird ein Unternehmen als »notenbankfähig« eingestuft, so kann die Bank die Forderungen aus Krediten an diese Unternehmen für die Aufnahme ihrer Zentralbankkredite nutzen, wodurch sicheres Zentralbankgeld geschöpft wird. (vgl. Art. 18.1 Satzung Europäisches System der Zentralbanken (ESZB); Kapitel 6 »Durchführung der Geldpolitik im Euro-Währungsgebiet: Allgemeine Regelungen für die geldpolitischen Instrumente und Verfahren des Eurosystems«) Welche Sicherheiten jeweils zugelassen sind findet sich in der täglich aktualisierten Liste der EZB (List of eligible marketable assets) In der Liste für Deutschland sind vor allem staatliche

zeitversetzter Kooperation durch Bereitstellung dieser Nutzungsmöglichkeiten mit *Finanzdienstleistungen*. Mit diesen Dienstleistungen bereiten Banken das Geld für die zeitliche Kooperation über Tausch, Kredit, Kapitalbildung und Risikostreuung auf und machen es im Verkehr zwischen den Wirtschaftssubjekten nutzbar. Gesicherter Kredit ermöglicht Geld, Geld ermöglicht Kredit. Quantifizierung und Kreditierung bedingen sich gegenseitig. Auch hier ist es *verkehrt* anzunehmen, dass das Geld dem Kredit vorgelagert sei. Geld bezeichnet nur einen Ausschnitt aus der Summe aller Kreditforderungen. Mit dem Siegeszug des Privatgeldes und der erweiterten Zirkulationsfähigkeit einfacher selbst unverbriefter Kreditforderungen ist der Unterschied zwischen Zentralbankgeld und Kreditforderungen nur noch formaler Natur. Jeder Kredit kann heute zu Geld werden. Der Umweg über die Zentralbank ist nicht mehr notwendig. Umgekehrt fallen allmählich die Fesseln der Zentralbank bei der Verleihung der staatlichen Geldgarantie für private Forderungen beim Fiat-Geld. Das Giralgeld nimmt dem Zentralbankgeld den staatlichen Schleier. Das Geldsystem hat damit nur noch ein einziges Wertproblem: wie generiert man produktive Kredite bzw. eine verantwortliche Kreditvergabe?

Die produktive Investition und die hohe Bonität der Schuldner sind der Schlüssel zur sozial gerechten Gestaltung von Wirtschaft wie auch zur Verminderung der Krisenanfälligkeit des Geldsystems. Es geht also um die rechtlichen Regeln, die den Darlehensvertrag beherrschen. Er ist die juristische Urform aller Finanzdienstleistungen. Ebenso wie der Kredit die Basis für Kapitalanlage und Sparen, Zahlungsverkehr und Versicherung ist, ebenso ist der Darlehensvertrag der Urtypus für die auf das Geld bezogenen Typen des Verwahrungsvertrages (Sparen), der Schuldverschreibung (Wertpapier), des Versicherungsvertrages (Assekuranz) und der Geschäftsbesorgung (Zahlungsverkehr). Doch auch das Darlehen ist nur abgeleitet. So, wie ökonomisch die Geldnutzung nur eine Unterform der Kapitalnutzung darstellt, ist das Darlehen rechtlich nur eine Unterform der Miete.

Stellen (Bund, Länder, Gemeinden) aber auch Banken und Sparkassen aufgeführt. (*European Central Bank- Eurosystem 01. 05. 2015 – List of eligible marketable assets*) .

Hier lag 2016 eines der größten Probleme. Zwar können Staaten nicht als Schuldner »sterben«. Sie können aber illiquide werden. Außerdem kann es sein, dass sie das frische Geld nicht in produktive Anlagen investiert haben, die den Wert erhalten oder mehrten, sondern in Prozesse reiner Konsumtion, die die Werte vernichten. Reichen dann auch die neuen Steuern nicht aus, so hat die EZB leeres Geld in Umlauf gebracht, wie es bei Griechenland der Fall war und bei anderen Südländern droht.

a Vertragsfreiheit und Geldfreiheit

Mit dem Grundsatz der Privatautonomie und seinem Vertragsmodell vertraut das Privatrecht die Kontrolle der Geldwirtschaft dem Markt und der Initiative privater Bürger an. Banken sollen sich nur an das Recht halten, das sie selbst unmittelbar mitgestaltet haben. Die freiwillige Unterwerfung der Kunden unter den Vertrag verbunden mit der Unterwerfung unter die Rechte der anderen Partei soll die Legitimation dafür verleihen, dass in der Zwangsvollstreckung mit staatlicher Gewalt die vertraglich geschützten Rechte der Gläubiger auch relativ rücksichtslos gegen die Schuldner durchgesetzt werden können. Gerechtigkeit ist dann, so scheint es, über den Umweg des Vertrages zur Privatangelegenheit der Stärkeren geworden. Ein Vertrag ist danach allein deshalb *gerecht*, weil er akzeptiert wurde. Eine Mäßigung des synallagmatischen Gewinnstrebens im Sinne der Grundidee allen Wirtschaftens, der Kooperation zur Herstellung des *guten Lebens* aller, scheint man vom Privatrecht nicht erwarten zu dürfen. Allein die Konkurrenz unter den Geldbesitzern soll bewirken, dass diejenigen, die das Geld nur nutzen und mit ihrer Arbeit verwerten, eine Chance erhalten, die Anbieter in Vertragsangebote zu locken, in denen auch ihre Bedürfnisse beachtet werden.

Doch weder die Schöpfer der bürgerlichen Gesellschaft noch ihre Nutznießer haben jemals geglaubt, dass sie allein damit die für eine produktive Volkswirtschaft notwendige soziale Kohäsion und Akzeptanz aller in der Gesellschaft bewirken können. Auch für sie war und ist der Markt nur ein unter bestimmten Bedingungen mögliches Mittel, das gute Leben zu fördern. Wo dieses Mittel sich als untauglich erweist oder seine Anwendung zu inakzeptablen sozialen und politischen Ergebnissen führt, bleibt der Staat, dem das Recht anvertraut ist, gefordert. Die Idee, das eigentliche Ziel aller Wirtschaft nur noch unter der Voraussetzung anzustreben, dass es marktwirtschaftlich erreicht werden kann, ist eine neo-liberale Illusion.

Diese Relativierung des Marktes ist schon im Demokratiemodell der bürgerlichen Gesellschaft⁸⁸ enthalten. Die Freiheit nach Eigentumsanteilen in der Aktio-

88 Grundlegend dazu Montesquieu, Weigand 1994 – Vom Geist der Gesetze und Tocqueville 1987 – Über die Demokratie in Amerika. Im Grundgesetz sind es folgende Artikel, die dafür Sorge tragen, dass der Markt nicht den Staat bestimmt: Artikel 1 (Würde), 2 Abs. 1 2. HS (Schrankentrias für die Geldfreiheit: Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung und Sittengesetz), 9 Abs. 3 S. 2 (kollektive Demokratie), 14 Abs. 2 (Sozialbindung des Eigentums), 15 (Vergesellschaftung von Produktionsmitteln), 20 Abs. 2 u. 21 (Wahl, Parlament, Parteien), 20a (Umweltschutz). Den eigentlichen Katalog der Maßnahmen zur Einbettung des Marktmechanismus in die politische Demokratie enthält Art. 74 GG als Zuständigkeitsregelung, wobei dies implizit auch die Funktion der parlamentarischen gegenüber der Aktionärsdemokratie beschreibt. Er füllt damit die Gesetzesvorbehalte in fast allen Grundrechten (»nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen«) aus.

närsversammlung steht der Freiheit nach Köpfen im Parlament gegen. Wer wen dominieren soll ist verfassungsrechtlich unstrittig.

Die Freiheit in der bürgerlichen Gesellschaft ist verfassungsrechtlich nur als *gleiche Freiheit* legitim. (s. II.B.3) Damit ist das Ideal des Privatrechts auch nur die Vertragsfreiheit in der Form der gleichen Vertragsfreiheit für beide Vertragspartner. Das Sozialstaatsgebot⁸⁹ verpflichtet die Zivilgerichte zu einer prinzipiell aktiven Rolle bei der Kontrolle der Geldwirtschaft. Der Gesetzgeber hat zugunsten der Bedürfnisbefriedigungsfunktion der Wirtschaft in die Geldfreiheit einzugreifen. Im Zivilrecht finden sich schon mit dem Beginn des Vertragsdenkens die Vertragsfreiheit begrenzende Prinzipien wie Wucher- und Wettverbote, Anpassung bei veränderter Geschäftsgrundlage, Minderjährigenschutz, Grenzen der *guten Sitten*, Verhaltenspflichten nach *Treu und Glauben*, Verbote *unangemessener* oder *grob unbilliger* Bestimmungen, Aufklärungs- und Beratungspflichten, Formerfordernisse, Warnpflichten, Pflichten zur Rücksichtnahme etc. Man fasst sie zu Unrecht als auf spezielle gesellschaftliche Gruppen wie Verbraucher, Anleger oder Schuldnerschutz zielende Ausnahmen zusammen.

In diesen Schutzkonzepten liegt eine ideologische Verklärung, die die Verhältnisse auf den Kopf stellt. Nicht dem verfassungsrechtlich mit der gesamten Staatsmacht unterstützten Eigentum der Geldbesitzer an Sachen und Forderungen wird das Schutzetikett umgehängt. Dieser Staatsschutz erscheint über das Eigentumsrecht »natürlich«. Sein Schutz ist daher »gerecht« und bedarf keiner Begründung mehr. Vom Staat »beschützt« werden nach dieser Ideologie nur diejenigen, die gerade wegen des »Staatsschutzes« für die *property rights* der Geldbesitzer nur noch Nutzer des für sie fremden Kapitals (Geld, Haus, Konsumgüter, Dienstleistungen) sein dürfen und bei ihrer Teilnahme an der Wirtschaft von den Investitionsentscheidungen der Geldbesitzer abhängen. Diese vom Staat herbeigeführte Schutzwürdigkeit wird dann aber nicht mit der ungleichen Rollenverteilung zwischen den Inhabern und den Nutzern der Vermögensrechte begründet, sondern damit, dass das zum Ausgleich bereitgestellte Mittel des Marktes hier aus relativ peripheren Gründen partiell versagt.⁹⁰

89 Nachweise der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesgerichtshofs anlässlich der Ehegattenbürgschaften im Kredit oben in FN II-155.

90 Man kann die auf diese Weise begründeten Schutzrechte mit dem Wirken von *Ärzten am Krankenbett des Kapitalismus* vergleichen. Diese Metapher hatte der SPD-Reichtagsabgeordnete Fritz Tarnow auf dem Leipziger Parteitag 1931 entwickelt, als er sagte: »Wenn der Patient röchelt, hungern die Massen draußen. Wenn wir das wissen und eine Medizin kennen, selbst wenn wir nicht überzeugt sind, dass sie den Patienten heilt, aber sein Röcheln wenigstens lindert, (...) dann geben wir ihm die Medizin und denken im Augenblick nicht so sehr daran, dass wir doch Erben sind und sein baldiges Ende erwarten.« Er meinte damit, dass es im Interesse der Arbeiter und der Erhaltung ihrer Kaufkraft läge, dass die SPD die Wirtschaftspolitik des Staates der Austerität zur Gesundung u. a. auch der Banken mittrage. Die

Mangel an Wettbewerb und nicht Indifferenz des Vertrags gegenüber den Bedürfnissen der Verbraucher sollen dann den Staat zum Eingriff legitimieren. Vertragsrecht und Vertragsfreiheit werden so von *einem* zu *dem* Mittel der Herstellung einer gerechten Ordnung der Dinge, die ideologisch mit der »Allmacht der Mehrheit umspannt ist.«⁹¹ Juristisch erscheint der Neo-Liberalismus damit im Gewand des Informationsmodells. Handeln die Verbraucher in ihrer großen Mehrzahl informiert und rational so werden sich die aufgezeigten Probleme des Geldsystems wie Wucher, Wettbetrug, Unbrauchbarkeit der Finanzdienstleistungen, Geldarmut und Überschuldung von selber auflösen. Sollte es nicht der Fall sein, dann ist der Kunde und nicht das System Schuld. Auch diese Aussage ist dabei nicht falsch, sondern nur *verkehrt*. Der Markt hat Möglichkeiten, die die Geldnutzer der Realwirtschaft nur bei informiertem und rationalem Gebrauch nutzen können. Allein der informierte rationale Gebrauch dieser Möglichkeiten schafft nicht mehr davon. Verbraucher-, Schuldner- und Anlegerschutztheorien lenken damit von grundsätzlichen Defiziten eines allein gelassenen Marktmechanismus ab, obwohl die Marktwirtschaft bis heute nicht vorgeben konnte, dass sie ohne staatliche Einbettung ihre Funktion von Wirtschaft optimal erfüllen konnte.

b Kaufvertrag und Globalisierung

Das Vertragsdenken und die Befreiung des Geldes von nationalen Fesseln wurden zum Motor der Globalisierung. Die Privatisierung der Bankgeschäfte⁹² hat die öffentlichen Geldprobleme ins privat organisierte Marktgeschehen verlagert. Sie sind damit auch dort zu lösen, wo seit der bürgerlichen Revolution menschliches

Rolle der Retter der sozialen Interessen der Arbeitslosen und Armen konnten dann allerdings Nazis und Kommunisten übernehmen. Man kann den Kapitalismus in einem Lande auch funktionsfähig erhalten, ohne ihn in den Augen des notleidenden Volkes prinzipiell in Schutz nehmen zu müssen, zumal die Marktideologie entwürdigende Schuldzuweisungen enthält. Den Erfolg der Zyriza-Partei in Griechenland oder von Podemos in Spanien kann man mit der wiedererlangten Würde erklären. Die Wirtschaft muss, wie das anschließende verantwortliche Regierungshandeln von Zyriza zeigte, keinen Schaden nehmen.

- 91 Alexis de Tocqueville (Ibid.) hat über die Demokratie im Amerika von 1835 geschrieben, dass zwar die Ketzerei abgeschafft sei, doch derjenige, der die Marktideologie nicht befolge, »allen möglichen Verdrießlichkeiten und täglichen Verfolgungen ausgesetzt« ist.
- 92 Privatisierung der Bankgeschäfte und Privatisierung von Banken sind zwei verschiedene Dinge. So sind die temporären Krisenverstaatlichungen in den USA (Citibank), England (RBS) und Deutschland (HRE, Commerzbank) tatsächlich Privatisierungen von Staatsvermögen, weil Staatsvermögen für private Bankschulden aufgeopfert wurde, ohne an dem privatrechtlichen Status (AG) oder den Handlungsformen (Vertrag) dieser Banken etwas zu ändern. Anders steht es mit den vom Staat bewusst und auf Dauer geführten Banken. Hier hat Deutschland (mit China und Frankreich) wegen seiner Landesbanken und Sparkassen den

Verhalten für privat, frei und individuell gehalten wird, wo Bürgertum, Marktgeschehen und Besitz vom Staat getrennt gedacht werden.

Die rechtliche Grundlage dafür ist der Vertrag. Er ist die entscheidende privatrechtliche Form, bei der durch Einigung zwischen zwei oder mehr Parteien die rechtlichen Grundlagen für Geldbeziehungen gelegt werden. Der Vertrag ermöglicht die Entstehung staatlich sanktionierter Forderungen in privater Hand, die übertragen und genutzt werden können. Er stellt damit die entscheidende verfassungsrechtlich garantierte Rechtsquelle zur Beurteilung des Verhaltens im Finanzsektor dar.⁹³ Diese Verträge sind eingebettet in das Finanzdienstleistungs-

weltweit größten Staatsbesitz. Doch auch dieser Staatsbesitz verschafft noch keinen nachhaltigen Einfluss des Staates auf die Banken.

Eine Sparkasse, die einer Stadt gehört, ist zwar eine staatliche Institution. Sie ist jedoch so in die privatrechtliche Organisation von Bankgeschäften eingebunden, dass der Staat im Wesentlichen nur wie jeder andere Eigentümer auftreten kann. Wettbewerb, Bankaufsicht, Marktbedingungen und privatrechtliches Vertragshandeln gelten für Sparkassen und Privatbanken gleich. Nur soweit der Staat in den Sparkassengesetzen der Länder öffentlich-rechtliche von der EU-Kommission kartellrechtlich für unbedenklich gehaltene Pflichten oder Rechte festlegt, gibt es öffentlich-rechtliche Überlagerungen, die wettbewerbsneutral einen gewissen Einfluss zugunsten des Gemeinwohls ausüben. Das zeigt sich im gemeinsamen Auftreten der Sparkassen mit den Banken gegenüber dem Staat. Weil sie keine Sonderrechte wie die Gewährträgerhaftung mehr haben, können sie auch um den Preis des Untergangs keine Sonderpflichten mehr erfüllen. Demgegenüber kann der Staat für seine hoheitlichen Aufgaben allerdings ebenso Banken unterhalten wie ein Automobilkonzern für den Absatz seiner Autos und darin seine Ziele verankern, die Banken subventionieren, für sie haften usw. Diese Banken können jedoch insoweit nicht am allgemeinen Wettbewerb teilnehmen. Hierzu gehören Bundesbank und EZB, Kreditanstalt für Wiederaufbau und die industriellen wie wohnungspolitischen Förderbanken der Länder. (Zum Bankensystem in Deutschland vgl. I.L.2) Umgekehrt hat aber der Staat die Möglichkeit, die rechtlichen Rahmenbedingungen auch für Privatbanken so zu gestalten, dass sie wettbewerbsneutral öffentliche Interessen zu beachten haben. Dies ist weltweit mit den Grundsätzen von Basel I, II und III auch geschehen. (s. FN IV-41; IV-44; I-101) Doch die Prinzipien der Heimatlandkontrolle und des einheitlichen Passes machen die nationale Aufsicht für ihr eigenes Land unzuständig und geben ihnen Aufgaben in Ländern, in denen sie nichts verstehen, bewirken können und wollen. Das ist anders beim zwingenden Gesetzesrecht im Privatrecht, das die Verträge in staatliche Vorgaben einbettet.

- 93 Die herrschende Rechtsquellenlehre im Privatrecht geht davon aus, dass Gesetz, Gewohnheit und Richterrecht die eigentlichen Rechtsquellen sind. (*Hübner 1996 – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* § 3) Der Vertrag sei nur eine vom Gesetz zugelassene Form der rechtlichen Bindung und daher keine eigene Rechtsquelle. Diese Lehre muss überdacht werden, weil sie die eigenständige Bedeutung der Vertragsfreiheit für das Recht relativiert und bzgl. der juristischen Praxis einen vordemokratischen Etatismus aufrechterhält. Tatsächlich lernt der Jurist, dass wo Verträge vorliegen zunächst die Ansprüche aus Vertrag zu prüfen sind, um das tatsächlich geltende Recht zwischen den Parteien feststellen zu können. Erst danach prüft man die gesetzlichen Einschränkungen der durch die Vertragsfreiheit gewährleisteten Selbstregulierungsbefugnisse. Am Schluss kommen dann die gesetzlichen Ansprüche, die zudem unschwer auch als Ausdruck des Gesellschaftsvertrags (*contrat social*) erkannt

recht, das die vertraglich begründeten Rechtsbeziehungen reguliert. Es reguliert das Zustandekommen und die Grenzen von Verträgen. Darüber hinaus organisieren die zwingenden Gesetzesvorschriften den zeitlichen, örtlichen und sozialen Transport zirkulationsfähiger Forderungen. Grundlage aller Finanzdienstleistungen ist der Kredit, bei dem der Wechsel der Perspektive der Bank vom Gläubiger zum Schuldner die unterschiedlichen Bezeichnungen wie Kredit, Anlage, Sparen, Wertpapier oder Versicherung hervorgebracht haben. Daher ist die rechtliche Grundform aller Finanzdienstleistungen der Darlehensvertrag. Je nach Perspektive und Grad der Verteilung von Risiken erscheint der Darlehensvertrag rechtlich als Spar- und Anlagevertrag, Schuldverschreibung, Wertpapier, Vermögensverwaltungsvertrag oder Versicherungsvertrag. Die Begriffe Kredit und Fi-

werden können. (vgl. z.B. *Adelsberger – Prüfungsschemata BGB*) Gewohnheitsrecht, wie es bei der durch die Reichsgründung erzwungenen Neuregulierung Ende des 19. Jahrhunderts aus Mangel an gesetzlichen Bestimmungen größere Bedeutung haben musste, spielt keine Rolle mehr. Gebräuche dienen heute nicht als Rechtsquelle, sondern sind bei der Vertragsauslegung »mit Rücksicht auf die Verkehrssitte« (§ 157 BGB) zu beachten. Das niederländische Zivilgesetzbuch bestimmt in Art. 6: 248: »1. An agreement not only has the legal effects which parties have agreed upon, but also those which, to the nature of the agreement, arise from law, usage (common practice) or the standards of reasonableness and fairness.«

Ein von Gesetz und Vertrag gesondertes Richterrecht findet sich dagegen weder in der Methodik der Falllösungspraxis noch beziehen sich Gerichte auf eine solche Rechtsquelle. Der Student lernt nicht, wie man Richter interpretiert. Er lernt, wie Richter das Gesetz interpretieren müssen. Nur das muss er verstehen. Ebenso wie die Rechtswissenschaft ist das Gericht daher nur eine Auslegungshilfe nicht aber eine eigene Quelle von Recht. Dass der Richter bei der Auslegung der Gesetze mehr Weisheit im Gesetz »findet« als wie sich der Gesetzgeber dachte, ist der Abstraktheit des Gesetzes geschuldet. Die Gesetzesgebundenheit des Richters ist ein in der Verfassung verankertes demokratisches Ideal (Art. 20 GG). Montesquieu, *L'esprit des lois*, formulierte dies 1748 wie folgt: »Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur« (Die Richter des Volkes sind der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht, sie sind leblos und können weder die Kraft des Gesetzes noch seine Wirkung verändern.) Der deutsche Richterstaat ist davon historisch abgewichen, weil in einem gesetzgeberisch zersplitterten Kulturraum des 19. Jahrhunderts gleichwohl ökonomische Kooperation rechtlich organisiert werden musste, wozu Rechtswissenschaft und Gerichte den fehlenden föderalen Gesetzgeber ersetzten. Sie wählten sich daher auch nach 1871 noch in einem *Richterkönigtum* (siehe in der Freirechtslehre *Fuchs 1907 – Schreibjustiz und Richterkönigtum*), das bis heute verheerende Folgen für die Demokratie hat. Das Reichsgericht wurde gerade deshalb zum Wegbereiter eines Unrechtsregimes vor und vor allem nach 1933. Das Richterrecht muss sich auf das Gesetz berufen, will es nur *Auslegung* statt *Einlegung* sein. (*Rüthers 2012 – Die unbegrenzte Auslegung*) Die Vertragsparteien schöpfen dagegen ihr eigenes Recht. Weil das Vertragsrecht nur relativ (inter partes) gilt, tangiert es erst dort die Allgemeinheit, wo es mit vorformulierten Bestimmungen gesetzesähnlich wird und daher vom Gesetz (§ 305 ff BGB) oder kollektiv (§ 1 TVG) zu kontrollieren ist. Die individuelle Vertragsfreiheit besteht daher auch in ihrem Kerngehalt nicht durch das Gesetz, sondern neben dem Gesetz (Art. 2, 14 GG).

nanzdienstleistung bezeichnen den Anwendungsbereich des gesetzlichen Rechts, der Begriff des Darlehens dagegen seine rechtliche Form, in dem sich Gerechtigkeit und Nutzen der zugrundeliegenden sozialen Beziehung ausdrückt.

Neben dem schuldrechtlichen Darlehensvertrag bzw. der Stundung spielt bei Geldgeschäften das sachenrechtliche Eigentum praktisch keine Rolle mehr.⁹⁴ Die Entmystifizierung des Geldscheins hat das Geld auch juristisch auf eine Forderung reduziert, die mit den Regeln des Vertragsrechts geschöpft, gestaltet, übertragen, geliehen und genutzt werden kann. Das bei Finanzdienstleistungen zwingende gesetzliche Privatrecht stellt somit die Summe der Regeln dar, die in die vertragliche Gestaltungsmacht über Geld auf dem Markt eingreifen.⁹⁵ Die Regu-

94 Sieht man im Erb- und Familienrecht Spezialmaterien zum Vertragsrecht, wobei im Erb-recht das »Vertragsangebot« an die Erben über den Tod hinaus verlängert wird und im Fa-milienrecht das Familienverhältnis vom Status zum Vertrag fortschreitet, so stehen sich in allen Kodifikationen letztlich nur noch Vertrag und Eigentum gegenüber. Der romanische Rechtskreis stellt das Eigentum in den Mittelpunkt und leitet daraus das Vertragsrecht ab. Der germanische Rechtskreis sieht zutreffend den Vertrag als das grundlegendere Element und das (Sach-)Eigentum als daraus hervorgehende und sich historisch anpassende (prop-erty rights) Form verdinglichter Forderungen. Weil der Eigentumsbegriff im kontinental-europäischen Zivilrecht weiter an die Sachen gebunden ist (§§ 90, 903 BGB) hat er sich dort überlebt, wo nur die Forderungen das Vermögen beherrschen. Wer sich im Geldsystem be-wegt braucht daher vom Eigentum kaum etwas zu verstehen. Die Forderung hat sich zu einem Gegenstand verfestigt, der allgemein wie Eigentum handelbar geworden ist. (§ 453 BGB) Hatte man sich früher noch damit beholfen, dass bei verbrieften Forderungen die Eigentumsübertragung des Briefes (»Recht am Papier geht dem Recht aus dem Papier vor«) die Forderung *mitnahm* und wie auch bei Münzen und Gold die zirkulationsfähige Forde-rung des Geldes als Sache fingiert wurde, so hat das Privatgeld und seine elektronische Ver-waltung bis hin zum Aktiendepot das Sacheigentum obsolet gemacht. Es spielt nur noch bei der Besicherung von Krediten durch Grundstücke eine Rolle, weil sie trotz Offenbarung ihr-er mangelnden Wertbeständigkeit in der Subprime Krise doch noch als bleibender Werte angesehen und genutzt werden. Sachenrecht muss daher nur noch als Kreditsicherungsrecht beachtet werden.

95 Die das Zivilrecht in Europa beherrschenden Gesetze spiegeln die Epochen und Verände-rungen der Wirtschaftssysteme. Die feudale Agrikulturgesellschaft spiegelt sich im Allge-meinen Preußischen Landrecht (ALR) von 1794, das öffentliches und privates Recht noch nicht deutlich voneinander trennte. Zur Handels- und Industriegesellschaft gehörte dann der Code Napoléon (Code Civil) von 1804, der in Italien 1865 übernommen wurde. 1811 folgte das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch der Kaiserin Maria Theresia für Österreich. Ver-zögert durch die fehlende deutsche Einheit trat erst 1900 das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in Deutschland in Kraft, das dann im Wesentlichen unverändert vier Reiche überdauer-te: Deutsches (Kaiser-)Reich 1900–1918; Weimarer Republik 1918–1933; Nationalsozialismus 1933–1945; DDR 1949–1960 (1960 mit der Unterscheidung von persönlichem und gesell-schaftlichem Eigentum durch das Zivilgesetzbuch ersetzt). Seit 1949 gilt es in der BRD. In der Schweiz wurde 1912 das Zivilgesetzbuch (ZGB) erlassen. Angepasst an die Wandlung zur Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft entstand 1942 noch während des Faschismus der ita-lienische Codice Civile und 1992 das Nieuw Burgerlijk Wetboek der Niederlande. Die deut-sche Schuldrechtsreform 2002 passte auch das deutsche Schuldrecht an die Veränderungen

lierung des Geldmarktes ist damit vom öffentlichen zurück in das Privatrecht verlagert worden.⁹⁶

Der Vertragsgedanke ist international. Verträge können überall und mit jedem in jeder Rechtsordnung, die die Vertragsfreiheit anerkennt oder die Geltung

von der Eigentums- zur Vertragsgesellschaft an. Sie machte den Siegeszug des Vertragsrechts über alle anderen Bücher des BGB deutlich. Frankreich hat diese Reform 2016 vollzogen. Der alte französische Code Civil ist bisher die wohl an Rechtsformen reichste Publikation, die sich weit weniger als die anderen Kodifikationen auf die synallagmatische Wirtschaft beschränkt hat und daher hier oft als Beispiel für die Artenvielfalt des Rechts in Bezug auf die Wirtschaft genutzt wird. Das Common Law der englischsprachigen Länder hat auf eine Kodifizierung verzichtet und den Gerichten das Vertragsrecht überlassen. Entsprechend gering ist seine systematische Durchdringung und damit auch die Chance, es zu den großen Idealen des Rechts wie Gerechtigkeit und Sicherheit in Bezug zu setzen. Gleichwohl gibt es in den USA das von der Wissenschaft gepflegte (zweite) Restatement of Contracts von 1981 (*American Law Institute 1981 – The Restatement Second of Contracts*), das wie ein Vertragsgesetzbuch die Grundlagen formuliert und praktisch wie ein Zivilgesetzbuch genutzt wird. Es hat wohl auch Pate gestanden für den Versuch der EU-Kommission, ein europäisches Zivilgesetzbuch (DCFR) zu schaffen. Der Entwurf orientiert sich im Aufbau an den abstrakten Gesetzeswerken der Zivilrechtsländer. Inhaltlich verkündet er Prinzipien und Grundsätze, die dem Case Law der USA entsprechen und deutlich der Effizienz im Sinne synallagmatischer Geldwirtschaft den Vorrang vor einer systemübergreifenden eigenen rechtlichen Gerechtigkeit einräumen. Die skandinavischen Länder stehen zwischen Zivilrecht und Common Law. Es gibt zwar keine Zivilgesetzbücher dafür aber Kaufrechtsgesetzbücher und andere Spezialmaterien. Die Rechtsvergleichung wird bei der Entwicklung zukunftsweisender Rechtsformen eine wichtige Rolle spielen, wenn sie mehr Forschungsergebnisse zur kulturellen Vielfalt der Vertragsformen anbietet. Während die Notwendigkeit neuer Rechtsformen auf Grund der Herausforderungen unregulierter Globalisierungen steigt, lässt sich beobachten, dass einerseits die Romanischen Länder die *Rechtswissenschaft* auf brotlose historisierende Erörterungen beschränken, während das Common Law umgekehrt praxeologisch Physiker durch Ingenieure ersetzt und das Recht ökonomisiert. Beide zusammen könnten eine erneuerte praxisrelevante und dogmatisch kohärente Wissenschaft vom Recht schaffen, die sich ihrer historischen Wurzeln bewußt wäre.

⁹⁶ Das 20. Jahrhundert hatte die freie Wahl von Partner, Form und Inhalt des Vertrages durch eine »Verdinglichung obligatorischer Rechte« gebracht. Die neuen property rights lösten die nationalstaatlichen Beschränkungen des Sacheigentums (numerus clausus der Sachenrechte) ab. Damit wurde auch die institutionelle Aufsicht über Banken geschwächt. Eine Bank (bank) war das, was sie machte (banking). Banken waren überall, wo ihr vertragliches Handeln stattfand. Das Geldbürgertum konnte auf diese Weise mit dem Vertragsrecht zum *vaterlandslosen Gesellen* werden und dabei im Kolonialismus des 19. Jahrhunderts auch noch die Vorteile der Globalisierung mit den staatsmonopolistischen Vorteilen eines zugleich militanten Nationalismus verbinden. Der Vorwurf der Vaterlandslosigkeit traf dann allerdings nur die Sozialdemokratie. Er wurde durch Otto von Bismarck dazu benutzt, seine (Anti-) Sozialistengesetze zu begründen. In der Tat zeigte die Arbeiterbewegung mit ihrer Betonung der Internationalität im sozialistischen Konzept (*Erste, zweite und dritte Internationale*), dass sie den Sinn der bürgerlichen Revolution zur Überwindung des kooperationsfeindlichen Nationalismus weit besser verstanden hatte als das Bürgertum. Das Besitzbürgertum sah sich dagegen trotz seines von regionalen Zwängen befreitem Expansionsstreben nicht

internationaler Abkommen oder die Vereinbarung ausländischen Rechts hierzu zulässt, geschlossen werden.⁹⁷ Weil der Kapitalmarkt nur Verträge braucht, um international funktionieren zu können, ist der Vertrag das Vehikel einer schrankenlosen Globalisierung der Geldwirtschaft. Jeder Vertrag enthält in seinem Text zugleich seine eigene Rechtsordnung.⁹⁸

Der Vertragsgedanke deckt sich nicht mit dem Vertragsbegriff des BGB, das neben dem schuldrechtlichen Vertrag noch andere Verträge kennt. Dort werden für das Zustandekommen eines vom Staat anerkannten Vertrages nur zwei übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 145 ff BGB) verlangt.⁹⁹ Für den Vertrag i. S.

daran gehindert, einen militanten Nationalismus zu verfolgen. Im Gegenteil, die Globalisierung berief sich im Kolonialismus sogar auf den Nationalismus, der die Überlegenheit der eigenen Nation und Religion als Rechtfertigung nutzte. Ludwig Thoma hat dies in seinem Gedicht »Vaterlandslose Gesellen« (*Thoma 1906 – Peter Schlemihl*) erkannt. Das Bürgertum hatte aus der Revolution von 1789 vor allem das Eigentum und das Recht zum Kapitalertrag, nicht aber Freiheit und Gleichheit der Menschen übernommen.

97 Man muss einen großen Teil der Menschenrechtsfragen wohl den Wirtschaftsinteressen an der Ausbreitung der Vertragsfreiheit zuordnen. Aus der gleichen Freiheit (vgl. II.B.3) wurde eine Geld- und Vertragsfreiheit auch dort, wo die materiellen und sozialen Bedingungen dafür, dass sich die kritisierten Staaten auf Augenhöhe mit den »Menschenrechts« Staaten hätten vertragen können, nicht vorhanden waren. Im Namen der Menschenrechte konnte es dadurch etwa in den arabischen Staaten, Südamerika, Afrika oder Indochina passieren, dass Regime unterstützt wurden, die ihre Bevölkerung in Abstimmung mit den externen *freiheitlichen* Mächten unterdrückten und ausbeuteten. Es ist daher nicht Paradox, dass die USA anderen Staaten innerhalb der internationalen Kapitalmärkte gerade im Namen der Menschenrechte die Geldfreiheit verweigern. Indem man sie auf die Liste der sog. »Schurkenstaaten« (Iran bis 2015, Irak bis zur Besetzung, Nord-Korea, Kuba bis 2015, neu ab 2015 sogar Russland) setzte, gab man vor, mit mehr Unfreiheit für diese Länder im internationalen Handel und Kapitalverkehr deren Freiheitlichkeit im Innern zu erzwingen. Das erinnert an einen Familienvater, der den Kindern mit Prügeln das Streiten austreiben möchte. Es ist wohl wahrscheinlicher, dass die Vertragsfreiheit in diesen Staaten nicht Ziel, sondern nur Mittel sein sollte, um die Freiheit der Staaten, die sich zu Richtern für die Einhaltung eigener Menschenrechte auf Gewinntransfer, ungleichen Handel, Lizenzgebühren etc. ernannt hatten, den sog. Schurkenstaaten aufzuzwingen. Indien oder Bangladesch, die anders als Russland, China und Kuba das Wohlgefallen des Westens finden, zeigen die rechtliche aber auch die soziale Problematik dieses Menschenrechtsexports.

98 Die Vertragsformulare des Common Law entsprechen ihrem Umfang nach dieser Idee. Deshalb können sie auch in Asien oder Afrika genutzt und durchgesetzt werden, weil sie anders als in den Zivilrechtsländern nicht den nationalen Fundus der Zivilgesetzbücher mitschleppen müssen, der sich dann fern von diesen Gesetzbüchern nicht aktivieren lässt. (s. a. FN IV-315) Es ist daher auch das US-amerikanische Vertragsrecht, das den systemischen Finanzkonzernen bei der globalen Ausdehnung bedeutend geholfen hat. Dies führt zu dem Paradox, dass die Bedeutung der New Yorker Börse dem nationalen Gesetzesrecht des Staates New York internationale Geltung verschafft.

99 §§ 145 BGB: »Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, ...«. Ähnlich Art. 1101 frz. Code Civil: »Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à

des BGB reicht die Einigung. Die kapitalistische Wirtschaft hat dagegen einen weit engeren Vertragsbegriff. Er erscheint bei der Definition des schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrags im zweiten Buch des BGB. Nur dieser Vertrag unterliegt dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und ist synallagmatisch. Muster hierfür war und ist der Kaufvertrag.

Das BGB stellt dies zunächst korrekt dar. Der Oberbegriff ist der Vertrag, der sich in schuldrechtliche und andere Verträge unterteilt. Dem schuldrechtlichen Vertrag wiederum unterfallen der Kaufvertrag sowie Miet- und andere Verträge. Doch schon die Realverträge wurden auch schon vor der Anpassung des Gesetzeswortlauts an die Rechtsgeschäftslehre (allein die Schenkung ist geblieben) hier eingeordnet, obwohl sie keines Konsenses bedurften. Die deutsche Rechtsgeschäftslehre¹⁰⁰ drehte das Verhältnis von allgemeinem und besonderen Vertrag jedoch um. Das Rechtsgeschäft wird aus dem Kaufvertrag abgeleitet und zum kleinsten Baustein des Vertragsrechts erklärt.

ne pas faire quelque chose.« oder Art. 6: 213 ntl. Zivilgesetzbuch: »1. An agreement in the sense of this Section is a more-sided (multilateral) juridical act under which one or more parties have subjected themselves to an obligation towards one or more other parties.« Daher wird im deutschen Recht anders als im Common Law der Vertragsbegriff auch im Familienrecht (§ 1408 BGB) oder bei reziproken Verhältnissen (z. B. Schenkung § 516 BGB) und beim vom Tauschdenken unabhängigen Eigentumsübergang (§ 929 BGB) ohne kapitalistischen Bezug genutzt. Das betrifft allerdings eher das Wort (*mot*) »Vertrag« als seinen Begriff (*concept*). Der Vertrag, der mit der Vertragsfreiheit in der französischen Revolution zum allumfassenden Konzept der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer kapitalistischen Wirtschaftsweise aufstieg (Gesellschaftsvertrag, Individualvertrag, Kollektivvertrag und Rechtsgeschäftslehre) dominiert letztlich auch das deutsche Recht. Dieses erklärt in den § 320 ff BGB (»Gegenseitiger Vertrag«) ebenso wie in den romanischen Rechtsordnungen den gewinnorientierten synallagmatischen Vertrag zum Grundmuster des Austausches geldwerter Leistungen. Art. 1102 Code Civil: »Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.« Im italienischen Codice Civile wird der Vertrag schon begrifflich auf das Vermögensrecht beschränkt. Art. 1321 Codice Civile: »Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.« Im US-amerikanischen Recht ist diese Okkupation des Vertragsbegriffs für den Kapitalismus vollendet. In den Restatements of Contract Law, die dort das Richterrecht zusammenfassen, heißt es: § 1. »A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.« § 17. (1) ... the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.« In der Erläuterung dazu heißt es: »Consideration is what one party to a contract will get from the other party in return for performing contract obligations. There must be a consideration for both parties (mutual consideration).« Reziproke Verträge sind hier ausgeschlossen. Das Interesse am Geldgewinn ist Vertragsvoraussetzung.

100 Das auch heute noch grundlegende Werk hierzu wurde im Geiste der Pandektisten Savigny und Windscheid von Werner Flume *Flume 1975 – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* als Band 2 seines Universalwerkes zum Allgemeiner Teil des BGB mit dem Titel »Das Rechts-

Trotzdem werden mit ihm selbst reziproke Verhältnisse gedacht und über den *Kommerzialisierungsgedanken* geldferne Beziehungen wie die Nutzung von Namen und Bild dem vertraglichen Denken unterworfen. Das Common Law hat ebenso wie der italienische Codice Civile von 1942 den Vertrag grundsätzlich auf geldwerte Beziehungen beschränkt. Nur dieser (kaufrechtliche) Vertragsbegriff hat die Regeln zur Marktgerechtigkeit und Privatautonomie zur Grundlage. Allein in dieser synallagmatischen Form ist er zur absolut dominierenden Handlungsform in einer gewinnorientierten Geldwirtschaft geworden, geprägt durch die drei großen Gs: Geld, Gegenseitigkeit und Gewinnerzielung.

Die Regulierung des Vertrags wirkt global, weil das Privatrecht nicht den Beschränkungen des Heimatlandprinzips der Bankenaufsicht unterliegt. Dafür ist das Vertragsrecht weitgehend auf die Privatinitiative individueller Kläger angewiesen. Die Gerichte sind wiederum an den Parteiwillen (*Beibringungsgrundsatz*, *Parteimaxime*) gebunden und können das Allgemeininteresse nur insoweit berücksichtigen, wie sie das materielle Recht und das Verfahrensrecht hierzu ermächtigen. Es besteht also eine Lücke: einem globalen jedoch wirkungslosen Vertragsrecht steht ein nur national effektives Aufsichtsrecht gegenüber. Das ist nicht unabänderlich. Der Kollektivgedanke baut die Brücke zwischen Allgemeinwohl und Privatinteresse der Geldnutzer. Für den Kaufvertrag ist dieser Prozess schon fortgeschritten.¹⁰¹

Juristisch ist die Globalisierung i. S. des Kaufrechtsgedankens praktisch abgeschlossen. Die internationalen Kaufrechtsabkommen ebenso wie die dichte Regulierung in den EU-Richtlinien¹⁰² haben im Bereich des Konsumgüterkaufes den Kaufvertrag ausführlich und zwingend reguliert (vgl. § 475 BGB). Danach ist sich

geschäft« veröffentlicht. Hier findet sich in reiner Form der entpolitisierte Formalismus des synallagmatischen Vertragsdenkens, bei dem dem Vertragsdenken auch die verfassungsmäßig gebotene soziale Rücksichtnahme fremd ist.

101 Dazu gehören das UN-Kaufrecht (CISG) und die UNIDROIT-Prinzipien von 63 Staaten.

102 Das EU-Kaufrecht entwickelte sich von der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG v. 25. 5. 1999 hin zum Verordnungsvorschlag der europäischen Kommission vom 11. Oktober 2011, KOM(2011), 635 (CESL), der vom Parlament am 26. 2. 2014 angenommen wurde. (zur Entwicklungsgeschichte vgl. Verlag C. H. Beck oHG, *beck-aktuell Gesetzgebung 1995–2015 – Informationen zu Gesetzgebungsvorhaben*). Im Januar 2015 hat aber die EU-Kommission diesen Vorschlag auf Grund der Kritik an der Überregulierung aus ihrem Programm gestrichen (*Clive* 07. 01. 2015 – *Proposal for a Common European*). Die parallele Entwicklung eines kaufrechtlich dominierten Vertragsrechtsentwurfs (Common Frame of Reference DCFR *Bar, Clive et al.* 2009 – *Principles*) durch ein Wissenschaftsnetzwerk (CoPECL) erteilte ein ähnliches Schicksal. Der Grund liegt darin, dass das Kaufrecht zum einen durch die internationalen Vertragswerke ausreichend standardisiert ist und zum anderen an Bedeutung in der Dienstleistungsgesellschaft verliert. Der Kauf wird vor allem durch das Umtauschrecht entrechtlicht. Zudem sind auch Kaufbeziehungen heute Dauerbeziehungen innerhalb von Rahmenvereinbarungen, in denen ein Pochen auf eigenen Rechten die Beziehung gefährdet.

der Staat auch hier wie zuvor schon bei der Eigentumsfreiheit bewusst, dass eine anarchische Vertragsfreiheit die Nutzung der Märkte für eine kostensparende Allokation von Gütern eher behindert als befördert. Anders als im national gebliebenen Aufsichtsrecht¹⁰³ ist zudem im Vertragsrecht für den Verbraucher anerkannt, dass die Regeln seines Heimatlandes und nicht diejenigen des Herkunftslandes des Anbieters gelten, so dass der Gesetzgeber des Landes zuständig bleibt, in dem die Verbraucher der Vertragsfreiheit des Anbieterseitsstaates unterworfen bleiben.¹⁰⁴

103 Das Zurückbleiben der Staatsaufsicht in der Globalisierung hat zudem zu einem neuen Aufsichtskolonialismus geführt. Weil die New Yorker Börse eine Monopolstellung in der Welt hat, ist die New Yorker Security and Exchange Commission (SEC) quasi auch zur Weltaufsichtsbehörde avanciert, die ihre Strafen über die Grenzen hinaus verhängt. Dass das weltweit tonangebende Regulierungskomitee von einer demokratisch nicht legitimierten Gruppe von Zentralbankchefs in Basel (Basel I, II, III) in der Schweiz residiert, während Weltbank und IWF in den USA ihren Sitz haben, lässt kaum das Vertrauen zu, hier könnten die entscheidenden Impulse für eine an der Realwirtschaft orientierte Bewältigung des Finanzsektors entstehen. Im politischen Raum hat man den Sitz der EU zu Recht nach Brüssel und nicht nach Berlin oder Paris gelegt. Allerdings hat dagegen die EZB ihren Sitz am Bankplatz Frankfurt/Main bekommen. Mit der avisierten Fusion der Frankfurter und Londoner Börse 2016 und ihrer trotz Brexit wohl faktischen Verlagerung nach London wird zudem die Frankfurter Börse der deutschen Aufsicht entzogen. Im Rahmen eines Projektes zur Effizienz von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu variablen Einkommensbestandteilen von Investmentbankern ergaben sich aus unabhängig erzielten Daten zwei Einsichten. Die Auswertung der Daten der Europäischen Bankenaufsicht ergab, dass nach den Zahlen über variable Bezahlung 92 % des Investmentbankings in Europa nach den Regeln von nur drei EU-Staaten: Großbritannien (56 %), Deutschland (26 %) und Frankreich (10 %) beaufsichtigt werden. Die Studie des internationalen Bankeninstituts 2009 (IIF/Wyman) gibt an, dass die von ihr befragten 26 Kreditinstitute für 60 % des weltweiten Investmentbanking zuständig sind und dabei überwiegend in Europa (17) und den USA (6) residieren.

104 Das Heimatlandprinzip der Verbraucher im Privatrecht war in Art. 29, 29a EG-BGB geregelt. Art. 6 der Rom I Verordnung Nr 593/2008 v. 17.6.2008 bestimmt, dass »ein Vertrag, den ein ... (»Verbraucher«), mit einem ... (»Unternehmer«) geschlossen hat, dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, (unterliegt).« Art. 16 EuGVVO verweist Klagen gegen den Verbraucher vor die Gerichte, wo der Verbraucher »seinen Wohnsitz hat«. Demgegenüber gilt für das Aufsichtsrecht das Heimatlandprinzip der Banken (auch einheitlicher europäischer Pass; single licence oder Herkunftslandprinzip genannt). Seit 1977 (Richtlinie 77/780/EWG) lautet dies so wie z. B. in Art. 6 Richtlinie 89/646/EG niedergelegt: »Die Aufnahmemitgliedstaaten dürfen ... von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstituten keine Zulassung ... mehr verlangen. Die Errichtung und Überwachung ... erfolgen gemäß den Artikeln 13, 19 und 21.« In § 53b Abs. 1 KWG heißt das dann: »Ein CRR-Kreditinstitut (Einlagenkreditinstitut U.R.) oder ein Wertpapierhandelsunternehmen mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums darf ohne Erlaubnis durch die Aufsichtsbehörde über eine Zweigniederlassung oder im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs im Inland Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen, wenn das Unternehmen von den zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaates zugelassen worden ist, die Geschäfte durch die Zulassung abge-

Mit dem Kollektivgedanken im Privatrecht ebenso wie im Aufsichtsrecht werden beide Rechtsgebiete miteinander verzahnt. Kollektiver Verbraucherschutz wird in der Aufsicht relevant, werthaltige Kredite im Privatrecht. Für beide gilt das Grundprinzip der *verantwortungsvollen Kreditvergabe*¹⁰⁵, das die Idee des historischen Wucherverbotes mit der Pflicht des Staates, eine produktive Kreditnutzung zu sichern, verbindet.

c Dauerschuldverhältnis: Wille und Zeit

Der Vertragsgedanke war die wichtigste juristische Heuristik der bürgerlichen Revolution. Die Vorstellung, dass menschliche Beziehungen und hier insbesondere Geldbeziehungen vom freien Willen des einzelnen bestimmt, begründet und beendet werden, überwand ein System, in dem die Beziehungen durch Geburt oder Verleihung eines Status auf Lebenszeit festgelegt waren. Die Statusgesellschaft der Kasten und Klassen war und ist eine auf Unterordnung und hierarchischen Gemeinschaften aufgebaute Gesellschaft, in der die individuelle Freiheit sich auf das beschränkte, was von Aristoteles bis Luther als Freiheit im Denken gepriesen und erst im Kapitalismus zum Ideal der gleichen Freiheit heranreifte. Deren soziale Umsetzung beherrscht heute die demokratischen Utopien. (II.B.3) Dieses vertragsrechtliche Denken wurde historisch als exklusives Muster von den Pandektisten des 19. Jahrhunderts in Deutschland dem römischen Vertrag (*contractus*) untergeschoben. Auf diese Weise verlieh man dem gewinnorientierten synallagmatischen Konsensualvertrag die Legitimität, die er brauchte, um trotz Fehlens eines einheitlichen deutschen Gesetzgebers ein wirtschaftsfreundliches einheitliches Zivilrecht zur Grundlage des bürgerlichen Rechts der Marktgesellschaft zu erheben.¹⁰⁶ Demgegenüber hatte das antike Recht sich ebenso wie das Gemeinrecht des Mittelalters auf die Beziehung der Kooperationspartner konzentriert und der Willenserklärung bei weitem nicht die Bedeutung zugemessen, die ihr heute zukommt. Das Recht interessierte sich historisch weit stärker für die Dauer der menschlichen Beziehungen und ihre Gestaltung. Dies zeigte sich auch am Be-

deckt sind und das Unternehmen von den zuständigen Stellen nach Maßgabe der Richtlinien der Europäischen Union beaufsichtigt wird.« (vgl. *Kohtamäki 2012 – Die Reform der Bankenaufsicht*)

105 Vgl. zur Kritik der öffentlich-rechtlichen Regelung in Deutschland FN I-546, zur Literatur und Bedeutung FN II-413 und zum Wortlaut FN I-73.

106 Zur Rolle der Pandektistik bei der Reduktion des Vertrags (*contractus*) auf den Konsensualvertrag *Rückert, Schäfer 2013 – Schuldrecht*-Lammel, § 607 BGB Rdn. 11: »Erst die Pandektistik hat daraus den institutionellen Begriff des Vertrages gemacht«. »Die Ableitungen wirken äußerst gekünstelt.« (FN 64).

griff des *Contractus*, der anders als in der deutschen Übersetzung als Vertrag nicht per se Willenselemente enthielt.¹⁰⁷ Dabei wurde missachtet, dass das Recht immer nur menschliche Verhältnisse und Beziehungen regelt und damit notwendig eine zeitliche Dimension besitzt. Anders als noch im parallelen Vertragsinstitut des römischen Mietvertrages glaubte man darauf verzichten zu können.¹⁰⁸ Der Vertrag wird von dort ab als zeitloses Geschäft angesehen, bei dem sich die Parteien nur zu einigen haben. Was danach passierte sollte den Vertrag als solches nicht mehr betreffen. Während der heute dominierende Vertrag den punktuellen Kontakt der Menschen als Willensakt betrifft, kennt das Recht durchaus auch den Teil der Rechtsbeziehung, die sich aus der Dauer dieser Beziehung ergibt. Hierfür werden die Begriffe *Verhältnis*, *Beziehung* oder *Relation* benutzt. Bei Verträgen, die über eine gewisse Dauer die Verhältnisse zwischen den Menschen bestimmen sollen, spricht man daher von *Dauerschuldverhältnissen*.¹⁰⁹ Wir finden den Begriff des Verhältnisses überall dort, wo die Gestaltung während der Dauer der Beziehung angesprochen wird. Arbeits-, Miet- und Darlehensvertrag werden daher auch als

107 In der Diskussion um die Rechtsnatur des Darlehensvertrags als Real- oder Konsensualvertrag wurde die Frage, ob das römische Recht eher die faktische Beziehung oder die willentliche Gestaltung im Auge hatte, deutlich zugunsten der faktischen Verhältnisse (Vertrauen, Anvertrauen, Hingeben, Nutzen etc.) entschieden. Dies wurde erst im 20. Jahrhundert mit dem Siegeszug des Konsensualvertrages bei Geldgeschäften Geschichte. (Rückert, Schäfer 2013-Lammel § 488 Rdn. 10 ff. Die Begriffe »obligatio« (Verpflichtung) ebenso wie »contractus« (Vertrag) »sprechen (nur) von einer ... rechtlichen Bindung, die ... nur aus einer Vermögensverschiebung, römisch-rechtlich »ex re« entstehen ... Contrahere bedeutete (zunächst) die Begründung einer Haftung«. Der Siegeszug der Willentheorie im Vertragsrecht ist daher dem Siegeszug der Marktgesellschaft geschuldet und nicht einer schon immer vorherrschenden Denkweise der Menschen in Bezug auf ihre wirtschaftlichen Kooperationsbeziehungen. Die Römer hielten das Darlehen für einen »contractus realis« (*Realvertrag*). Das bedeutete, dass der Vertrag selber noch nicht das Willenselement enthielt, wie es in den weiteren Begriffen des Konsensualvertrages und der stipulatio enthalten ist. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Sprachgebrauch im BGB. Die Überschriften für die Tausch- und Realverträge sprechen (ebenso wie im Code Civil) nicht vom Vertrag, sondern von Kauf, Tausch, Schenkung, Leihe, Auftrag, Verwahrung oder Gesellschaft während bei den synallagmatischen Dauerschuldverhältnissen jeweils das Wort *vertrag* angehängt ist, um den konsensualen Charakter zu betonen. (*Mietvertrag*, *Pachtvertrag*, *Darlehensvertrag*)

108 Die Rechtssoziologie sieht im Recht die Summe rechtlicher Regeln als Teilmenge (neben Moral, Sitte, Konvention) sozialer Normen, an denen sich die Menschen in ihrem Verhältnis zueinander orientieren bzw. orientieren sollen. Recht bezieht sich somit ausschließlich auf Beziehungen der Menschen untereinander, die mit dem Zeitaspekt verbunden sind. Wo keine Dauer, dort ist auch keine Beziehung.

109 Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses Gierke 1914 – *Dauernde Schuldverhältnisse*; Michalski 1979 – *Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses*; Oetker 1994 – *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*; Wiese 1965 – *Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen*.

Arbeits-, Miet- und Darlehensverhältnis angesprochen, ohne dass das Gesetz wie für den Vertragsbegriff in den §§ 145 ff BGB hierzu eine Definition anbietet.¹¹⁰

Die Lösung der »Beziehungsprobleme«, die diese Verhältnisse aufwarfen, überließ man dem Gesetzgeber oder im Arbeitsrecht den Tarifvertragsparteien, die hier ein Ausnahmerecht entwickelten. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben das Arbeits- und Wohnraummietrecht in Sondergebieten verbannt. Ähnlich erging es auch dem Gesellschaftsrecht, das die Beziehungen innerhalb eines Unternehmens regelte.¹¹¹ Dadurch wurde die Entwicklung in den wirtschaftlich wichtigsten Vertragsrechtsgebieten nicht im Allgemeinen Schuldrecht verarbeitet. Ein gleiches Schicksal war auch dem Recht der Finanzdienstleistungen mit seinen Grundmustern von Kredit und Versicherung zgedacht. So wurden 1894 zur Zügelung der Abzahlungsverträge ein gesondertes Abzahlungsgesetz und 1991 das Verbraucherkreditgesetz außerhalb des BGB in Sondergesetzen geregelt. Die Folge dieses Mangels war ein ausuferndes Umgehungsrecht. Im Arbeitsrecht verdrängte der Werkvertrag oder die finanzierte Scheinselbständigkeit das Arbeitsschutzrecht, im Wohnraummietrecht vor allem in England, den USA oder Spanien entstand das voll finanzierte Scheineigentum, bei dem die Banken die

110 Das BGB hat sich anders als der Code Civil oder das common law dafür entschieden, die Verpflichtungsgeschäfte und Verträge im zweiten Buch mit der Überschrift »Schuldverhältnisse« zu versehen. Während wir dann aber beim Kaufvertrag ebenso wie seiner Schwester, dem Werkvertrag, vergeblich nach dem Kauf- oder Werkverhältnis suchen müssen (den Begriff Verhältnis finden wir hier nur in seiner anderen Bedeutung der *Proportion*), wird das Verhältnis als Relation und Beziehung bereits in der Überschrift zum Mietvertrag (»Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse«) benutzt. Der Verhältnisbegriff bestimmt auch die Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kindern sowie der Erben untereinander. Die Miete beherrschte schon im römischen Recht als Alternative zum Kauf die zeitliche Dimension der Nutzungsverhältnisse. Entsprechend finden wir dann auch bei ihr (durchgehend für das gesamte Mietrecht vgl. z. B. § 536 Abs. 4, 540, 542 usw.), beim Dienst- und Arbeitsverhältnis (z. B. §§ 113, 613a, 617 ff BGB) und auch beim Darlehen für Fragen, die die Dauer betreffen (z. B. § 493 »Informationen während des Vertragsverhältnisses«; § 504 bei der Kontoüberziehung) gleichberechtigt neben dem Vertragsbegriff den Verhältnisbegriff.

111 Das Handelsgesetzbuch wurde noch vor der Reichseinigung und damit vor Erlass des BGB als Allgemeines Handelsgesetzbuch 1861 verabschiedet und dann mit dem BGB als HGB im Jahre 1900 neu in Kraft gesetzt. Als Kaufmannsrecht sollte es die Besonderheiten des Handelsverkehrs privilegieren. (Anerkennung von Handelsbräuchen) Grundlage blieb aber das Schuldrecht der Pandektisten und später des BGB. Im HGB fanden sich alle Unternehmensformen der Personengesellschaft (OHG, KG) sowie die Aktiengesellschaft geregelt. Mit dem GmbH-Gesetz von 1892 wurde auch diese international gebräuchliche Form (*ltd.*) durch Sondergesetz für Deutschland anerkannt. 1889 folgte das Genossenschaftsgesetz. 1937 wurde die AG aus dem HGB in das Aktiengesetz verlagert. Die Interpretation der Urform der BGB-Gesellschaft in den § 705 ff BGB für Nicht-Kaufleute folgte den ausgegliederten Materien. Für das Allgemeine Schuldrecht blieben deren Prinzipien daher ebenso ungenutzt wie diejenigen von Arbeits- und Mietrecht. Bis heute bleibt der Kaufvertrag das eigentliche Modell des Vertragsrechts, während die Dauerbeziehungen Fremdkörper geblieben sind.

Vermieterrolle übernehmen, während beim Abzahlungsrecht neue Darlehensformen, Leasing, Factoring, Forderungsverkauf, Kontoüberziehung oder finanzierte Geldanlage den erreichten Verbraucherschutz wieder infrage stellten.

Die Vorstellung von einer Rechtsbeziehung als Verhältnis ist weit älter als diejenige des Vertrags. Es waren die autoritativ gebildeten Statusverhältnisse, in denen der Vertrag und in ihm erst Recht der um die Zeitdimension beraubte Konsensualvertrag zunächst nur ein sehr unselbständiges Dasein fristeten.¹¹² Anders als es der Begriff der Schuldverhältnisse im BGB impliziert¹¹³ ist daher logisch zwischen dem heutigen schuldrechtlichen *Vertrag*, der dem Modell des Darlehensvertrags zugrunde liegt, und dem *Verhältnis* der Parteien zu unterscheiden. Der Vertrag ist zeitlos und idealtypisch wie im Kaufvertrag mit der Annahme des Angebots geschlossen. Das Verhältnis der Parteien dagegen beschreibt die Zeit, in der dieser Vertrag gelebt wird. Im Handelskauf, in dem die Gewährleistungsrechte ausgeschlossen sind, kann sich der Vertrag ohne Verhältnis zeigen. In dem Arbeitsvertrag mit einem Minderjährigen (ebenso wie bei Nichtigkeit oder fehlender Vertretungsmacht auf der Seite des Arbeitgebers) hat die Rechtsprechung mit der Figur des faktischen Vertrages ein *Arbeitsverhältnis* ohne einen (Konsensual)Vertrag gesehen und die Vertragsbestimmungen entsprechend angewandt.¹¹⁴

112 Der römische Jurist Gaius unterschied zwischen Verpflichtungen aus Vertrag, Delikt und Quasi-Vertrag (Bereicherung). (Gaius Inst. 3, 88) Der Vertrag spaltet sich nach ihm wiederum in vier Arten auf, den Real-, Verbal-, Litteral- und erst an letzter Stelle den Konsensualvertrag. (Gaius D 3.89). Die Versuche bis heute, ihm als Prototyp den heutigen Willensvertrag zu unterstellen, sind interessierte Fehlinterpretationen. (Patricio 2011 – *Der Vertrag*, S. 15 f)

113 Der Begriff »Verhältnis« in der Überschrift zum Schuldrecht wurde vor allem deshalb genutzt, weil es damit gelang, auch diejenigen Schuldverhältnisse zu erfassen, die nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz beruhen. (Delikts- und Bereicherungsrecht) Damit wäre jeder Vertrag auch ein Verhältnis. Dem widerspricht aber, dass bei Kauf und Werkvertrag der Begriff nicht vorkommt, während das Familien- und Erbrecht auch ohne schuldrechtlichen Vertrag ein Verhältnis kennt. Die Umgangssprache reduziert das *Verhältnis* bei spontaner Nennung sogar auf eine Liebesbeziehung. Das BGB benutzt den Verhältnisbegriff in vierlei Weise: als Oberbegriff für privatrechtliche Verpflichtungsgründe (Obligation), als Proportion im Kaufrecht (Proportion), als Status im Familienrecht (Relation) und schließlich als Bezeichnung der Zeitdimension in den Dauerschuldverhältnissen (Beziehung). Andere Gesetzbücher kennen diesen verwirrenden Oberbegriff nicht. Sie verwenden den Begriff der Verpflichtungen (z. B. das schweizerische *Obligationenrecht* und das *droit des obligations* im frz. Code Civil). Der römische Kaiser Justinian machte in seinem Lehrbuch *Institutiones* (3. Buch, Abschnitt 13) den Begriff *obligatio* zum grundlegenden schuldrechtlichen Begriff: »*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*«. Der römische Jurist Gaius (D 44.7.1pr) führt ihn als Oberbegriff für Vertrag und Delikt ein. Art. 1173 des ital. Codice Civile nimmt dies auf.

114 BAG NZA 1998, 199 (Minderjähriger). Entsprechend aber auch bei Anfechtung eines Arbeitsvertrages, wo nicht der Vertrag aber das Verhältnis für die Zukunft vernichtet wird. (BAG NZA 2001, 315)

Doch beides gehört zusammen. Alle mit der Lebenszeit von Menschen verknüpften Geschäfte (dies gilt auch für den Kauf wegen der Gewährleistungszeit (§§ 476, 437 BGB)) enthalten heute eine zeitliche Dimension, in der die beiden Parteien ein rechtlich organisiertes Verhältnis zueinander unterhalten. Umgekehrt kann es zumindest nach herrschender Meinung unter Juristen keine privatrechtlichen Rechtsverhältnisse außerhalb von Vertrag und Gesetz geben. Die Lehre von den faktischen Verträgen wird ebenso wie die Abschaffung des Arbeitsvertrages zugunsten eines durch Eingliederung erreichten faktischen Arbeitsverhältnisses allgemein als Nachwirkung des nationalsozialistischen Gemeinschaftsdenkens abgelehnt.¹¹⁵ Dass der Vertrag nicht für alle Probleme im Verhältnis Vorsorge treffen kann, ergibt sich aus der Zeitdimension. Niemand kennt die Umstände, unter denen die beabsichtigte Kooperation stattfinden muss. Die Ehescheidung bei der Ehegattenbürgschaft, die Arbeitslosigkeit im Ratenkredit, die Krankheit in der Altersvorsorge, die unfreiwillige Not bei langfristigen Sparverträgen – alle diese Umstände sind für den einzelnen auch dann nicht vorherzusehen, wenn sie statistisch gesehen nahezu sicher eintreten. Das neue Recht hat dies grundsätzlich in § 313 BGB anerkannt. Wo die Verhältnisse sich entscheidend verändern («Geschäftsgrundlage»), dort kann der Vertrag nicht mehr die alleinige Quelle der Bestimmung von Rechten und Pflichten sein. Treu und Glauben, Zumutbarkeit, Verantwortung, Rücksicht – das Zivilrecht kennt viele Rechtsfiguren, die den Vertrag ergänzen. Deshalb ist es seit langem schon angebracht, dass das Recht von dieser Entwicklung hin zum Dauerschuldverhältnis bei Finanzdienstleistungen Notiz nimmt und die Veränderung der Umstände, Anpassungen und Rücksicht nicht mehr als Unfälle, sondern als typische Elemente einer durch Geld vermittelten Dauerbeziehung ansieht.

Umgekehrt dürfte aber nach den Erfahrungen mit den Gemeinschaftsideologien von Faschismus wie Stalinismus deutlich geworden sein, wie wichtig die

115 Die Lehre geht auf *Haupt 1943 – Über faktische Vertragsverhältnisse* zurück, der damit ein Denken transportierte, das durch andere NS-Rechtsgelehrte wie Karl Larenz (*konkret-allgemeine Begriff*), Schmidt-Rimpler und Carl Schmitt (*konkretes Ordnungsdenken*) als Absage an die Privatautonomie zugunsten einer Einflussnahme von »Volk und Staat« begriffen werden konnte. (Ausführlich dazu *Rüthers 2012 – Die unbegrenzte Auslegung* S. 365 ff »Der neue Vertragsbegriff«) Im Arbeitsrecht gab es eine entsprechende Gruppe, die den Arbeitsvertrag vom Willen der Parteien lösen und durch ein bloß faktisches Arbeitsverhältnis, das durch Eingliederung in den Betrieb begründet sein sollte, ersetzen wollte. An die Stelle des Arbeitsvertrages trat ein Arbeitsverhältnis, das aus der unter der Führung des Unternehmers stehenden Betriebsgemeinschaft als »Gliedstück der konkreten Gemeinschaftsordnung« aufgefasst wurde. (dazu ausführlich *Ibid.* S. 381 ff »Das neue Arbeitsverhältnis«). Die Lehren sind aber noch keineswegs überwunden. Im sozialtypischen Verhalten, das eine Willenserklärung ersetzt, ebenso wie beim faktischen Vertrag lebt das feudale Verhältnissen denken weiter fort. (vgl. Nachweise dazu FN I-38)

Beibehaltung des Vertragsgedankens auch in Dauerschuldverhältnissen ist. Abschluss und Beendigung sowie die Grundlagen für die Gestaltung des Verhältnisses müssen im Vertrag von den Parteien gemeinsam bestimmt werden. Der Staat hat dafür zu sorgen, dass die durch die Konsumbindung geschwächte Partei reelle Chancen hat, auch ihren Willen individuell aber vor allem auch kollektiv zur Geltung zu bringen. Umgekehrt muss der Staat Regeln bereitstellen und auf ihre Einhaltung achten, die adäquate Lösungen für das gelebte Verhältnis selber i. S. produktiver Geldnutzung erlauben. Da die Bereitschaft zur Wahrnehmung von Rechten durch Arbeitnehmer, Verbraucher oder Wohnungsmieter während einer Dauerbeziehung äußerst gering ist¹¹⁶, geht es hier wie es die Institutionen-Ökonomen beobachtet haben, darum, geeignete Verfahren für einen Interessenausgleich bereitzustellen. Mit Prinzipien zur Verantwortung im Kredit ist dann zu gewährleisten, dass die produktive Verwendung von Geld, an dessen Gewinn man partizipieren will, nicht durch die Zerschlagung der ökonomischen Grundlage des jeweils anderen Partners verhindert wird.

d Verbraucherschutz: Schutz des Schwächeren oder Zügelung wirtschaftlicher Macht

Das Recht schützt den Schwächeren. Dieses archaische Rechtsprinzip¹¹⁷ beherrschte das Rechtsdenken. Seine Ausprägungen waren je nach Wirtschaftssystem unterschiedlich. Als Integrationspflicht in die Gemeinschaft, als Almosengebot, als Wohlfahrts- oder Sozialstaatsgebot, als Ausdruck von Humanität oder Empathie ist es ein Prinzip jeder Wirtschaft. Es erklärt sich aus den Notwendigkeiten der Kooperation. Diejenigen Gesellschaften sind produktiver, die ihre Kooperationsmöglichkeiten nicht nur nach außen, sondern auch nach innen so ausschöpfen, das jedes auch noch so geringe Potenzial der weniger Produktiven genutzt und die Kosten für die Unterdrückung des Überlebenskampfes der Ausgeschlos-

116 Kreditnehmer wehren sich vor Gericht in der Regel erst nach Kreditkündigung. Arbeitnehmerprozesse sind ganz überwiegend Kündigungsschutzprozesse, Mieter ziehen den Rechtsverzicht der Bedrohung durch die Sanktionierung ihres Klageverhaltens vor. Ärzte werden erst verklagt, wenn die Beziehung beendet ist. Über Klagen lassen sich Verhältnisse nicht produktiver gestalten. Mediation kann das solange nicht kompensieren, wie sie auf dem individualistischen Modell beruht. (zum Problem vgl. *Wendenburg 2013 – Der Schutz der schwächeren Partei*) Daher sind, wie das Arbeitsrecht mit seinem Betriebsrats- und Tarifmodell deutlich gemacht hat, kollektive Ausgleichsmechanismen zukunftsfruchtiger. Im Finanzdienstleistungsrecht bedeutet dies, dass der kollektive Verbraucherschutz als Element der Bankaufsicht sowie in der Verbandsklage besser die Schwächen der individuellen Rechtsdurchsetzung von Verbrauchern innerhalb von Dauerbeziehungen überwinden kann.

117 *Pfaff 1897 – Über den rechtlichen Schutz; Ellis 1879 – On the variability of Sphaeria.*

senen auf Dauer gering gehalten werden können.¹¹⁸ Es gilt aber nur langfristig. Kurzfristig erscheint es oft billiger und produktiver, die schwächsten Glieder einer Kette auszusortieren, um die Kosten ihres Unterhalts einzusparen, mit weniger Menschen zu teilen und stattdessen intensiver wirtschaften zu können.¹¹⁹ Wie alle nachhaltigen strukturellen Organisationsformen sozialen Verhaltens muss es

118 Die besondere Betonung etwa des historischen Rechtes der Witwen und Waisen deutet darauf hin, dass für die Gemeinschaft die Aufzucht der Kinder grundlegende Bedeutung hat. Sie muss gegenüber dem Eigeninteresse der Produktiven geschützt werden. Im Alten Testament wird das Prinzip der Rücksichtnahme auf die Schwachen im Recht ausdrücklich auf die Witwen und Waisen, die Heimatlosen, Elenden, Unterdrückten, Hungernden, Fremden, Kranken und Gefangenen bezogen und damit als Recht der Gemeinschaft religiös überhöht. (Hiob 31,16–23: »Wenn ich Armen, Witwen, Waisen nicht geholfen hätte.« Psalm 82,3 »Schafft Recht dem Geringen, der Waise, dem Bedürftigen«; Jesaja 1, 17: »Weist Unterdrücker zurecht, schafft der Waise Recht, führt den Prozess der Witwe«; Jesaja 58, 6–12: »den Hungerigen, Heimatlosen, Elenden geben, was sie brauchen«.) Im neuen Testament tritt das Almosen in den Vordergrund: (Matthäus 25,31–46: »Hungernden, Fremden, Kranken, Gefangenen helfen wird von Chr. im Gericht (belohnt); Matthäus 25, 31–46: »nicht zu helfen wird mit ewigem Feuer bestraft.«)

119 Der natürliche Überlebensdrang der Menschen ist mit der Ausnahme des Mutter-Kind-Instinkts immer zunächst individuell und damit spontan egoistisch. Er wird erst durch die Sozialisierung des Menschen in der Gemeinschaft (Gemeinnutz) oder Gesellschaft (Solidarität) rechtlich zu einer allgemeinen Einsicht. Die Muster der positiven wie negativen Sanktionierung gemeinnützigen, staatstragenden bzw. solidarischen Verhaltens sind daher eher kompensatorisch als präventiv. Was in den Handelsgesellschaften (z. B. Heiliggeist-Hospital Lübeck im Mittelalter; Wichern'sche Waisenanstalten im 19. Jahrhundert) als Armenfürsorge organisiert wurde, war in der sippenorientierten Gemeinschaft durch die Familienbande abgedeckt. Jede Gesellschaftsformation (nicht nur der Kapitalismus) hatte entsprechende Lernprozesse und insbesondere Rückfälle in den Egoismus zu verkraften. In der Antike wurden die Gefangenen zunächst getötet, bevor man erkannte, dass sie als Sklaven, die den Status versorgter Kinder genossen, zur Arbeit genutzt werden konnten. Kranke (z. B. Lepra auf der Lepreinsel Spinalonga vor Agios Nikolaos in Kreta bis 1957) wurden oft ausgeschlossen, bevor man sich dann um ihre Lebensbedingungen kümmerte.

Der Kapitalismus hat dies Denken modifiziert, indem er der Exklusion in der Arbeitslosigkeit produktive Funktionen abgewann. Durch Selektion der Arbeitenden steigerte er die Produktivität der Verbliebenen, schaffte Flexibilität und Mobilität der Arbeitskräfte über den Marktmechanismus, was ohne das Angebot Arbeitsloser nicht möglich gewesen wäre. Arbeitslose waren wie Marx es nannte die *industrielle Reservearmee*. Ihr Ausschluss war aber nicht endgültig, sondern nur Vorratsbildung. Die Arbeitslosen, Unproduktiven in Bereitschaft zu halten war letztlich produktiver als das, was Marx die *absolute Verelendung* nannte. Die englischen Kapitalisten merkten, wie es Polanyi (Polanyi 2007 – *The great transformation* S. 78 ff) am Beispiel der Mindestlohnsubventionierung im Speenhamland Act von 1795 aufzeigte, dass die absolute Verarmung das Reservepotential unterminierte. Kinderschutzgesetzgebung und Sozialhilfesysteme sowie ein System der Arbeiterwohlfahrt folgten. Der Nationalsozialismus war auch hier ein Rückfall in die Barbarei. Als Raubtierkapitalismus lebte er von der rassistischen, politischen und kriegesischen Umverteilung und nicht von der erhöhten Produktion. Daher konnte sich in ihm kurzfristig die Ideologie vom *lebensun-*

rechtlich verankert sein. Tatsächlich kennt das vorkapitalistische Recht eine Vielzahl von streng sanktionierten Pflichten zu Fürsorge, Almosen und Reziprozität, die sich auch für das bürgerliche Recht angeboten hätten.

Doch das Vertragskonzept des Kaufvertrages steht dem entgegen. Es verlagert die Betrachtung von Stärke und Schwäche vom Menschen auf die Ware. Gleiche Ware kompensiert die Ungleichheit der Menschen. Eine gute Ware ist ihren Preis wert, auch wenn der Verkäufer dieser Ware selber schwach ist. Das Recht wurde hierzu entpersonalisiert. Nach den Grundsätzen der Geldfreiheit mussten die auf dem Markt auftretenden Menschen nicht mehr gleich sein, weil der von ihnen feilgebotene Tauschwert, ob in Geld oder Ware, sich als Gleiches gegeneinander austauschen ließ. Die Verkündung der Gleichheit aller Menschen (vor Gott) war vom Ideal (status positivus) zum Ausschlusskriterium (status negativus) geworden. Niemand sollte allein deswegen, weil der andere nach Status oder Fähigkeiten ungleich war, diesen von der Möglichkeit ausschließen können, Waren und Dienstleistungen gegen eine bestimmte Summe Geld tauschen zu können. Die »majestätische Gleichheit vor dem Gesetz« war die »Wohltat der französischen Revolution«. ¹²⁰ Weil der Status des Adels ihm eine rechtliche Vormachtstellung im Staat und damit eine Ausbeutungsgarantie der unteren Stände garantierte, sollte Gleichheit dadurch hergestellt werden, dass der Staat fern zu halten war. Die Ungleichheit der Stände sollte den Reichtum nicht mehr hindern. Umgekehrt bedeutete dies aber auch, dass die Ungleichheit der Armen in der Gesellschaft nicht mehr beachtet werden sollte und damit auch nicht zu kompensieren war. Freiheit war die Freiheit vom Staat. Die Sorge für die Schwächeren verschwand aus der privaten Wirtschaft.

Gefahr ging in erster Linie vom Staat aus. Verwaltungsgerichte wurden zur Begrenzung dieser Machtausübung eingerichtet. ¹²¹ Die Zivilgerichte hatten dagegen

werten Leben entwickeln, die den Untermenschen ebenso wie die Euthanasie hervorbrachte und die SS-Konzentrations- und Todeslager zu einem Wirtschaftsfaktor der Kriegsindustrie werden ließen.

- 120 »Sie (die Armen U.R.) müssen im Angesicht der majestätischen Gleichheit vor dem Gesetz, die dem Reichen wie dem Armen verbietet, unter Brücken zu schlafen, in den Straßen zu betteln oder Brot zu stehlen, ihre Arbeiten verrichten. Das sind die Wohltaten der Revolution.« (Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain. C'est un des bienfaits de la Révolution.) (*France 1894 – Le Lys rouge* . S. 81; *France 2003 – Die rote Lilie*)
- 121 Obwohl schon seit 1863 im demokratischen Baden Verwaltungsgerichte geschaffen wurden, vor denen der Staat verklagt werden konnte, gilt die Einrichtung des Königlich Preussischen Oberverwaltungsgerichts in Berlin mit Gesetz vom 3. Juli 1875 als Durchbruch für die Überwachung des Staatshandelns nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit. Legislative und Judikative bilden darin ein Gegengewicht zum Polizei- und Wohlfahrtsstaat. (Pauly ©1987 – *Organisation; Bräutigam 1975 – Ein Jahrhundert Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin*). Den

die Aufgabe, dem Recht zwischen den Bürgern (Privatrecht, Zivilrecht) Geltung zu verschaffen. Sie sollten als Kompensation für das Selbsthilfeverbot der Bürger den reichlich legitimierte Interessen der Eigentümer staatliche Zwangsmittel zur Seite stellen. Reichtum war kein Status mehr, sondern in der Form des Eigentums zu einem durchsetzbaren Recht (§§ 985, 1004 BGB) geworden. Zu diesem Recht gehörte die Vertragsfreiheit. Die (gleichgültig aus welcher Not heraus abgegebene) Unterwerfungserklärung der durch einen Vertrag Verpflichteten sollte die Inanspruchnahme staatlicher Macht legitimieren. Macht im Vertrag entschied die Macht mit dem Vertrag. Zwangsvollstreckung und polizeilicher Schutz des Eigentums waren die Eckpfeiler des Systems von Freiheit, Gleichheit und Sicherheit. Die Brüderlichkeit und Fürsorge kam für die Schwachen im Polizei- und Wohlfahrtsstaat erst 1848 hinzu, als das Volk die Geldfreiheit auch als Betrug an seiner eigenen Freiheit wahrnahm.¹²²

Der Wohlfahrtsstaat reichte jedoch nicht aus. Er hatte, wie Polanyi nachwies, sogar gegenteilige Effekte. Umso mehr der Staat versuchte, durch Subventionen die Benachteiligung der Besitzlosen zu kompensieren, umso mehr führte der Marktmechanismus zu einer noch rücksichtsloseren Ausbeutung und Exklusion.¹²³ Brüderlichkeit ging im Sozialstaatsprinzip auf. Staat und Religion ermahnten nicht mehr die herrschenden Klassen sich gemeinschaftsdienlich zu verhalten. Es ging auch nicht um den Schutz des Bürgertums vor dem Staat und seiner staatstragenden Klasse aus Adel und Klerus, wie er in den Freiheitsrechten seinen Nie-

Anfang hatte das königliche Berliner Kammergericht mit seinem überraschenden Urteil gegen den Preußenkönig im sog. Müller-Arnold-Fall gemacht. (Luebbe 1999 – *Frederick the Great*; Diesselhorst 1984 – *Die Prozesse des Müllers Arnold*)

122 Dazu FN II-76.

123 »In the long run the result was ghastly. Although it took some time till the self-respect of the common man sank to the low point where he preferred poor relief to wages, his wages which were subsidized from public funds were bound eventually to be bottomless, and to force him upon the rates. Little by little the people of the countryside were pauperized; the adage, ›once on the rates, always on the rates‹ was a true saying. But for the protracted effects of the allowance system, it would be impossible to explain the human and social degradation of early capitalism.« (Polanyi 2007 – *The great transformation* S. 80) Ähnliche Entwicklungen lassen sich auch heute feststellen. So führte etwa die Idee der CDU-Regierung im Land Niedersachsen, einen Fonds für Überschuldete (»Familie in Not«) zu gründen, dazu, dass Kreditvermittler Wucherkredite an Arme verkauften, indem sie gleichzeitig die Antragsformulare für Leistungen dieser Fonds zur Schuldentilgung mitbrachten. Bausparsubventionen für einkommensschwache Familien führten zu einem Produkt, das den Zweck einer Baufinanzierung nicht mehr erfüllen konnte und zum Subventionssparen degenerierte. Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen führten zu Beschäftigungsgesellschaften, in denen eine Dequalifizierung durch sinnlose Arbeit erfolgte wie z. B. Zerlegen von alten Fahrrädern mit anschließendem Wegwerfen der Teile oder ein Verdrängungswettbewerb wie beim subventionierten Essen auf Rädern.

derschlag gefunden hatte. Es ging um eine Remedur derjenigen Schwäche, die das bürgerliche Recht unter den Bürgern bewusst in Kauf genommenen hatte, als es den Gleichheitssatz ohne Rücksicht auf Eigentum und Geld entwickelte.

Rechtstechnisch kehrte der Schutz des Schwächeren aus dem öffentlichen Recht ins Privatrecht zurück. Mit dem Arbeits- und Wohnraummietrecht und später mit dem Verbraucherschutzrecht antwortete der Staat auf die Vertragsfreiheit. Abgesichert durch die Verfassung sollte nun wieder die private Machtausübung der Kontrolle der Zivilgerichte unterstellt werden.¹²⁴ »Der Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung« (Art. 74 Ziff. 16 GG) sollte mit dem Schutz des Schwächeren im Privatrecht gegenüber den »gleichen Bürgern« der Eigentümergesellschaft gezügelt werden. Der Schutz des Schwächeren als Schutz der Verbraucher, Arbeitnehmer und Mieter gegenüber denjenigen, bei denen sie arbeiten, wohnen, konsumieren, sparen oder Geld leihen, wurde zum allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzip des Mieter-, Arbeitnehmer- und Verbraucherschutzes ausgebaut. Die »Pflicht zur Rücksichtnahme« gegenüber den Interessen der anderen Vertragspartei in § 241 Abs. 2 BGB kann als Anerkennung eines allgemeinen Vertragsprinzips der Solidarität gelesen werden.¹²⁵

124 Die Zivilgerichte werden durch eine Klage zur Durchsetzung von Rechten angerufen, die in aller Regel vom Inhaber von Geldansprüchen ausgeht. (§ 253 ZPO) Stellen die Richter die Rechtmäßigkeit des Begehrens fest, so fällen sie ein Urteil. (§ 311 ZPO) Dieses Urteil wiederum dient als Grundlage (»Titel«) für die Mobilisierung staatlicher Gewalt für den obsiegenden Kläger. Ist der Titel nicht mehr mit Berufung oder Revision angreifbar (»rechtskräftig«), so erteilt das Gericht die »Vollstreckungsklausel«, die den beauftragten Gerichtsvollzieher ermächtigt, nötigenfalls auch mit Unterstützung der Polizei diese Gewalt im Privatinteresse auszuüben. § 724 Abs. 1 ZPO lautet: »(1) Die Zwangsvollstreckung wird auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung) durchgeführt.«

125 »(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.« Welche Bedeutung dieses Prinzip in der Praxis hat, bleibt bisher unklar. Teilweise wird es als Anti-Diskriminierungsregel verstanden, die die entsprechenden Sonderregelungen verdoppelt. (*Dammann 2011 – Die Grenzen zulässiger Diskriminierung*) Überwiegend besteht aber die Tendenz, dieses Prinzip nicht als Pflicht zum Schutz des Schwächeren im Recht zu verstehen, sondern es ohne zukunftsweisende Bedeutung als nicht selbständig einklagbare bloße Zusammenfassung von auch bisher schon anerkannten Aufklärungs- (§ 311 BGB) und Verkehrssicherungspflichten (§ 823 BGB) in anderen Vorschriften einzuordnen. (vgl. z. B. Palandt-Grüneberg, BGB 74. Aufl. 2015 § 241 Rdn 7 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH (NJW 2010, 1135; 2014, 3366) zu § 242 BGB.) Dagegen hat Brigitta Lurger in ihrer umfassenden Darstellung zur Rücksichtnahmepflicht im Vertragsrecht insbesondere im Zusammenhang mit der Entwicklung des Verbraucherschutzes das Neue an diesem Prinzip in den internationalen Rechtsordnungen nachgezeichnet. (*Lurger 2002 – Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts*) Bedenklich ist, dass die Unfähigkeit im Zivilrecht, dieser Vorschrift einen gebührenden Inhalt vor allem bei sozialen Dauerschuldverhältnissen zu verleihen, geradezu umgekehrt dazu geführt hat, dass einzelne Arbeitsgerichte mit diesem Prinzip die schwä-

Der Schutz des Schwächeren im Recht ist damit so komplex wie es das Nebeneinander von Wirtschaftsformen in der heutigen Gesellschaft erfordert. Alle Arten der Ungleichheit bestehen dort nebeneinander. Entsprechend heterogen sind die rechtlichen Antworten. Doch während man im Recht durchaus erkennen könnte, auf welche Schwäche es reagieren möchte – auf die Schwäche des Bürgers gegenüber dem Staat, auf geringere Status, gegenüber Krankheit, Minderjährigkeit, gegenüber der Missachtung sozialer Interessen, dem Mangel an Vermögen und Geld oder gegenüber dem Ausschluss aus den Möglichkeiten der Kooperation, werden dem Gesetz ganz andere Motive unterstellt. Damit soll erreicht werden, dass ein Rechtsschutz für Schwache angeboten wird, der die Stärke der Mächtigen nicht einschränkt, sondern nur die Auswüchse glättet. Das Bekenntnis zum Verbraucherschutz kann dann politisch übergreifend bzw. unpolitisch formuliert sein. Definiert man die Schwäche der Verbraucher nicht als Funktion der Stärke der Anbieter auf dem Markt, sondern persönlich als Unerfahrenheit, Unwissenheit, Irrationalität und Leichtsinn, so muss sich nicht das System der Macht, sondern die Ohnmacht rechtfertigen. Dies hat große praktische Bedeutung in den Begründungsthesen zum Verbraucherschutz, die als politische Handlungsanleitungen bis in die Wirtschafts-, Sozial- und Rechtswissenschaften hineinreichen. Die mit der Entwicklung der Wirtschaft von der Kauf- zur Dienstleistungsgesellschaft notwendig gewordenen Strukturveränderungen werden erschwert.¹²⁶

chere Partei, den Arbeitnehmer, zur weiteren Unterordnung unter die Interessen des Arbeitgebers verpflichten (vgl. z. B. ArbG-Düsseldorf 10. 11. 2010 – 8 Ca 4900/10 bei wahrheitswidrigen Aussagen über den Arbeitgeber; LAG Berlin-Brandenburg 25. 10. 2011 – 19 SA 1075/11 Herstellung von Partydrogen durch Polizisten).

- 126 Personalistische Konzepte bei Barancová, Lazar et al. (Hg.) 2014 – *Rechtsschutz des schwächeren Subjekts*; Hippel 1982 – *Der Schutz des Schwächeren*; Messer 2000 – *Der Schutz des Schwächeren*. Funktionale Konzepte dagegen bei Simitis 1976 – *Verbraucherschutz*; Reich, Tonner et al. 1976 – *Verbraucher und Recht*; Reifner, Weitz et al. 1978 – *Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit*; Bourgoignie 1983 – *La protection du consommateur*; Tamm, Tonner 2012 – *Verbraucherrecht* Rn. 1–30. Zu beidem ablehnend Weitnauer 1975 – *Der Schutz des Schwächeren*; Dauner-Lieb 1983 – *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts*. Um eine Klärung hat sich vor allem Norbert Reich bemüht. Während die funktionalen Probleme 1976 (Reich, Tonner et al. 1976 – *Verbraucher und Recht*) noch deutlich im Vordergrund standen, verwischten sich bei ihm die Unterschiede 1977 durch den Rückgriff auf rollentheoretische Erwägungen. (Reich 1977 – *Markt und Recht*) Zusammen mit Micklitz beschreibt er die EU-rechtlichen Regelungsmaterien 1997 wieder funktional als »diffuse interest« (Reich, Krämer et al. (Hg.) 1997 – *Law and diffuse interests*). Die Konzentration auf das, was als Verbraucherrecht bei der EU tatsächlich verabschiedet wird, führte ihn zurück zu personalistischen Konzepten. (Reich 2014 – *European consumer law*; Micklitz, Reich 2012 – *The Commission proposal*; Micklitz, Reich et al. 2009 – *Understanding EU consumer law*) Micklitz bekannte sich in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag 2012 zum personalistischen Modell. (Micklitz 2012 – *Brauchen Konsumenten und Unternehmen*; vgl. auch Micklitz 2011 – *Die Austreibung des Schutzes*) Entsprechend den politischen Be-

Die konkreten Antworten des Rechts auf die Schwäche der Verbraucher im Vertrag können als Symptome angesehen werden, die im Sinne einer symptomatischen Kritik des Vertragsrechtssystems die Richtung zu mehr Gerechtigkeit weisen. Sie bezeichnen die Situationen, in denen Menschen schwach erscheinen. Doch sie bestätigen nicht die These von der natürlichen Schwäche der Menschen, mit der der Kapitalismus seine Spannung zum Prinzip der Gerechtigkeit rechtfertigt. Wo Verbraucherschutzrechte effektiv sind wie etwa beim Wucher, regeln sie nicht die Schwäche der Menschen, sondern deren *Ausnutzung*. Wo sie wie bei der Zinsanpassung die Information über deren Grundlage verlangen deutet ihr Regelungszweck nicht auf die Uninformiertheit der Verbraucher, sondern darauf hin, dass der Verzicht auf solche objektiven Grundlagen und die Willkür der Kreditgeber das Problem sind. Wo Schadensersatz wegen mangelnder Aufklärung über überhöhte Innenprovisionen auferlegt wird, wird die Rechtmäßigkeit solcher Innenprovisionen selber zum Regelungsgegenstand.

Das Gesetz weist, anders als die Ideologien des Verbraucherschutzes, in seinen einzelnen Regelungen darauf hin, dass Schwäche relativ ist – also immer ein Ausdruck der Stärke eines anderen. Diese Stärke ist den Menschen nicht angeboren, sondern verliehen. Schwächen sind meist auch ein Hinweis darauf, dass an-

streben zur Reduktion der Regulierungen im Konsumbereich bei der Generaldirektion Justiz und Verbraucherschutz, nicht allein den Nationalstaaten den sozialen Verbraucherschutz zu überlassen, sondern ihn dann auch gleich auf »vulnerable consumer« (verwundbare Verbraucher) zu begrenzen, prägt er ein Prinzip, das Verbraucherrecht zur Ausnahme im Vertragsrecht erklärt. Mit der Behauptung, Verbraucherschutz sei strukturell letztlich nur für die Gruppe der sozial Schwachen notwendig, wird die Schwäche des Systems zur Schwäche seiner Opfer. Der Ausgleich struktureller Schwäche des Konsums im synallagmatischen Tausch der Marktwirtschaft verliert an Bedeutung. Tatsächlich ist das bestehende Europarecht in erster Linie Marktrecht unter falscher Bezeichnung. (siehe hierzu differenzierend Reich, Micklitz et al. 2014 – *European consumer law*; Reich, Nordhausen Scholes et al. 2014 – *Understanding EU internal market law*) Doch dies Recht ist in eine Sackgasse geraten. Die EU-Richtlinien im Privatrecht sind für die Machtbegrenzung wirkungslos und für die Nationalstaaten eher eine Informationsüberlastung. Die eigentlichen Entwicklungen erfolgen nach 2008 im öffentlichen Bankrecht (kollektiver Verbraucherschutz), bei der Bankensicherheit (verantwortliche Kreditvergabe) sowie im Schuldnerschutz (Insolvenzrecht), während im EU-Verbraucherrecht das Informationsmodell des »dummen« Verbrauchers dominiert. Es wurde bei Finanzdienstleistungen zum Leitbild erhoben. Verbraucherschutz ist ein Ziel (Telos) und keine Regel (Norm). Nur für letztere ist nach den Grundsätzen der (subjektiven) teleologischen Auslegung (Pawlowski 1999 – *Methodenlehre für Juristen* Rdn. 3c) der Gesetzgeber zuständig. Der Rechtsanwender hat das Gesetz im Lichte der Gerechtigkeit anzuwenden, soweit Wortlaut und Systematik es zulassen. Diese Gerechtigkeit verlangt im Zivilrecht der Stärke des gleichen Eigentums und seiner Vertragsfreiheit einen Schutz des Schwächeren im Recht gegenüberzustellen. Je nach Stärken und Schwächen ist dabei die Anwendung verschiedener Verbraucherschutzmodelle erforderlich. Warum ein Verbraucher in der schwächeren Position ist, muss daher sozialwissenschaftlich erfasst werden. (Vgl. Reifner, Weitz et al. 1978 – *Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentencredit*).

dere Menschen vom Recht in einer Weise gestärkt werden, sodass sich erst aus diesem Zusammenspiel die Schutzwürdigkeit ergibt. Gerade das Recht der Geldfreiheit gibt den Mächtigen in der Gesellschaft Rechte, mit denen ihnen ein Teil der Staatsgewalt anvertraut ist. Der Schutz durch das Recht ist dann nur die vielleicht scheinheilige Rücknahme eines kleinen Teils derjenigen Schwächung, die durch die Stärkung der Starken ganz grundsätzlich bewirkt wird. Man kann den Umstand, dass der Herrenchiemsee-Entwurf des Grundgesetzes seine ursprüngliche Absicht, den Verbraucherschutz ausdrücklich zu regeln, fallen ließ, auch damit erklären, dass mit dem Grundsatz des Art. 74 Nr. 16 GG zur Verhütung des »Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung« ein spezieller Verbraucherschutzartikel überflüssig geworden ist.¹²⁷ Wer in einem Konfliktfall nur an eine Partei Waffen verteilt, wird nicht behaupten können, dass er schon deshalb den Schutz der Schwächeren übernommen hat, weil er sich anschickt, die mit diesen Waffen geschlagenen Wunden zu versorgen.

Im Feudalismus war der Status von Adel und Klerus vom Recht mannigfach abgesichert. Es war dieses Recht der Stände und Kasten, die die Rechtlosigkeit der indischen Dalit bzw. Paria und der europäischen leibeigenen Bauern des 19. Jahrhunderts begründete, aus denen dann die ebenso rechtelose Industriearbeiterschaft hervorging. In der bürgerlichen Gesellschaft ist es der öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Schutz des Eigentums sowie der Mechanismen seiner Vermehrung auf Kosten der Arbeit, der die relative Schwäche der Arbeit gegenüber dem Kapital bewirkte.¹²⁸ Noch größere personelle Schwäche hat diese Rechtsord-

127 Am 1. September 1948 trat auf der Insel Herrenchiemsee eine Kommission von Gelehrten und Politikern zusammen, die innerhalb von 14 Tagen einen Entwurf des Grundgesetzes ausarbeiteten, der dann weitgehend vom Parlamentarischen Rat am 19. Mai 1949 übernommen wurde. Art. 74 Ziff. 23 des Herrenchiemsee-Entwurf hatte bei der Regelung der Gesetzeskompetenz dabei zwei Fassungen: a: Erzeugung, Verteilung und Preisbildung von wirtschaftlichen Gütern und Leistungen; b: Eingriffe in die Wirtschaft zur Sicherung der Erzeugung und zum Schutze der Verbraucher. Ziff. 25 regelte daneben die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen. Das Grundgesetz übernahm dann nur Letzteres. In Art. 74 Nr. 20 GG taucht dann allerdings der Schutzbegriff als Gesundheitsschutz auf, der den »Schutz beim Verkehr mit Lebens- und Genußmitteln sowie Bedarfsgegenständen, mit Futtermitteln, mit land- und forstwirtschaftlichem Saat- und Pflanzgut und den Schutz der Bäume und Pflanzen gegen Krankheiten und Schädlinge« in die Bundeszuständigkeit verweist. Ähnlich hatte Art. 74 Nr. 37 des Entwurfs noch den »Arbeitsschutz« erwähnt, der dann in Art. 74 Nr. 12 GG durch das Arbeitsrecht ersetzt wurde. Der Schutzbegriff wurde bei Arbeit, Konsum und Wohnen aus dem Grundgesetz entfernt. Jugend, Mütter, Natur, künftige Generationen, Grundrechte, Grundordnung oder Grenzen werden stattdessen dem Schutz des Staates anvertraut. Im Verhältnis der Bürger zueinander aber geht es eher um die Zügelung wirtschaftlicher Macht.

128 Zu zeigen, dass sich an diesem Prinzip grundsätzlich nichts geändert hat, ist das Verdienst der Arbeit von *Piketty 2014 – Das Kapital im 21.*

nung abgesichert, indem sie die Arbeiten der Menschen in produktiv und unproduktiv einteilt und dabei die Produktivität nicht an den menschlichen Bedürfnissen, sondern am Geldwert und der Nachfrage orientierte. Die Schwäche der Überschuldeten ist Folge einer rechtlichen Anerkennung der unbedingten Geldschuld, die von den Möglichkeiten der Einkommenserzielung abstrahiert und dem Gläubiger einen Titel auf staatliche Gewaltanwendung gegen den säumigen Schuldner auch dann zuerkennt, wenn letzteren an seinem Schicksal der Mittellosigkeit kein Verschulden trifft. Erst mit der Kreditkündigung wird eine unbezahlbare Restschuld fällig. Dass Gesetz und Rechtsprechung dies ermöglichen, indem sie jeder verzögerten Zahlung der Raten individuelles Verschulden unterstellen¹²⁹,

129 Mit der Frage, warum der Gläubiger, der nach dem Gesetz (§§ 280 Abs. 1 S. 2; 276 BGB) nur bei *schuldhafter* Verzögerung der Leistung den Kredit kündigen (§ 498 BGB) und Verzugszinsen (§ 497 BGB) verlangen kann, dieses Recht auch dann erhält, wenn ein Kreditnehmer bei betriebsbedingter Kündigung *schuldlos* den Teil seines Einkommens verliert, den er zur Ratenzahlung braucht, habe ich mich ausführlich beschäftigt (Reifner 1979 – *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel*). Diese Arbeit stellte den Ausgangspunkt meiner Überlegungen zur Gerechtigkeit im Zivilrecht dar. (Reifner 2013 – *Soziale Nutzungsverhältnisse*) Der Ansatz wurde damals als Absage an die Geldschuld und damit an die Fundamente des aktuellen Zivilrechts aufgefasst. (Medicus 1988 – *Geld muß man haben*) Dies ist ein Missverständnis. Es ging darin nicht um eine Absage an die unbedingte Geldschuld. Die unbedingte Geldschuld ist eine Heuristik, auf der die aktuelle Wirtschaftsweise beruht und ohne die, wie in diesem Buch immer wieder betont, ihre produktiven Effekte nicht erreicht werden können. Dies anzuerkennen ist das Anliegen der prinzipiellen Kritik an diesen Zumutungen. Die Enttäuschung darüber ist notwendig, damit dem Streben nach hoher Produktivität nicht das Streben nach Gerechtigkeit allein schon deshalb geopfert wird, weil man sich über die Wirklichkeit täuscht und die Verschuldeten tatsächlich als Schuldige ansieht. (dazu oben II.E.1.b)) Es geht darum, die Opfer derjenigen anzuerkennen, die im Interesse des Funktionierens im Gesamtsystem in der Überschuldung enden. Erkennt man sie an, so kann man das Prinzip durchaus verteidigen aber sollte es, im Interesse der Gerechtigkeit, auf das unbedingt notwendige Maß begrenzen. Es wurde daher auch vom Verfasser niemals vorgeschlagen, nach den Grundsätzen einer prinzipiellen Kritik einem Arbeitslosen die Schulden vollends zu streichen oder unabhängig von den vertraglichen Vereinbarungen ein gesetzliches Kreditverhältnis jenseits des Marktes zu verlangen. Vielmehr wurde angemahnt, die existenziellen sozialen Wirkungen dieser Schuldenheuristik auf das Notwendigste, d. h. die Erhaltung der Geldschuld trotz fehlender Kapitalwerterhaltung beim Schuldner, zu begrenzen und lediglich die Fälligkeit dieser Schuldentilgung sowie der darauf entfallenden Zinsen für die Dauer der Einkommensminderung hinauszuschieben. (Reifner 1997 – *Geld hat man zu haben*) Dass die Anpassung von Krediten der Insolvenz vorzuziehen ist, haben seitdem die Insolvenzrechtsreformen nach der Finanzkrise und insbesondere das neue Regime, das bei Banken im Insolvenzfall anzuwenden ist, gezeigt. (dazu III.C.2.a)) Inzwischen hat sich das Rechtssystem auch für die Verbraucher in diese Richtung bewegt. Die *Restschuldbefreiung* nach Abtretung des pfändbaren Einkommens inzwischen für fünf bzw. drei Jahre in § 300 InsO ist international anerkannt. (Reifner 2004 – *Thou shalt pay thy debts*). Die Forderungen der Geldbesitzer sind gesetzlich blockiert. Hier treffen wir dann einen sozialen Verschuldensbegriff als Obliegenheitsverletzung. Nach § 287b InsO hat der Schuldner eine

ist keine Formalität. Es zeugt von der Parteinahme des Staates für die geldbesitzenden Gläubiger, die durch den Schuldnerschutz gemildert nicht jedoch aufgehoben wird.

Beim informationellen Verbraucherschutz ebenso wie beim Anlegerschutz wird weder der Konsum noch das Sparen für zukünftige Bedürfnisse (z. B. Altersvorsorge) geschützt. Geschützt wird hier stattdessen ein Instrument, der Markt, und ein vom Markt verlangtes Rollenverhalten, das die irrtumsfreie, informierte, selektive Erwerbsentscheidung voraussetzt. Ob dieses Vertragskonstrukt geeignet ist, das zukünftige Verhältnis mit seinen Veränderungen und Bedingungen überhaupt bedürfnisgerecht zu strukturieren, spielt dabei prinzipiell keine Rolle. Es wird unterstellt, dass das Instrument der Vertragsfreiheit die Probleme von Reproduktion und Vorsorge löst. Dabei geht nach diesem Konzept dem Spiel auf dem Markt das Recht der Anbieterseite voraus, im Rahmen der Gewerbe- und Vertragsfreiheit durch fehlerhafte oder unterlassene Beratung, durch Zulassung bewusst schädigender Produkte, durch Werbung, die die Probleme unterdrückt sowie Vertragsgestaltungen, die für die Kunden nicht durchschaubar sind, letztlich die Kunden individuell um ihren angestrebten Erfolg zu bringen. Gelingt dies, so ist der *König Kunde* unfähig gewesen und muss sich wie ein unmündiges Kind behandeln lassen. Nicht die Wirtschaft ist hier für das gute Leben der Menschen zuständig, sondern der Mensch ist für das gute Funktionieren der Wirtschaft auch dann verantwortlich, wenn sie ihm nichts anderes verspricht als ihr Überleben.

Die größte Bedrohung der Verbraucher durch das Recht stellt die Konstruktion der Konsumgeschäfte selber dar. Der Grundvertrag aller Geldgeschäfte, das Darlehen, wird in einer Rechtsform gewährt, die die Natur des Darlehens in § 488 BGB auf die Gewinnerzielung reduziert. Seine zeitlichen und kooperativen

»Ewerbsobliegenheit«, um Schulden zu tilgen. Kommt er dieser nicht nach, so kann gem. § 290 Abs. 1 Ziff. 7 InsO die Restschuldbefreiung versagt werden. Dann aber heißt es weiter: »Dies gilt nicht, wenn den Schuldner kein Verschulden trifft.« Hier ist das Verschulden an der Arbeitslosigkeit gemeint, das wir schon in den §§ 286, 276 BGB berücksichtigt finden wollten. Ähnlich sehen dies auch die Gerichte im Unterhalts- und im Strafrecht. (FN IV-4) Der Gedanke wurde nur in die Insolvenzordnung verlagert, um das privatrechtliche heuristische Denksystem aufrechterhalten zu können. Dass dies in Deutschland wie auch der USA nur als prozessrechtlicher Schutz ausgestaltet ist, ohne den Darlehensvertrag in seiner Gnadenlosigkeit zu modifizieren, ist keineswegs zwingend. Das finnische Zivilrecht kennt ein solches gesetzliches Stundungsrecht mit der figur der *social force majeure*. Das französische Recht gibt dem Richter die Macht, bestehende Darlehensverträge bei Überschuldung anzupassen, Zinsen zu reduzieren, Stundungen anzuordnen oder bei Hypothekenkrediten (wie auch in vielen Einzelstaaten der USA) die Restschuld auf den Zwangsversteigerungserlös des Grundstücks zu reduzieren. (Reifner 2014 – *Responsible Bankruptcy*)

Funktionen werden als rechtlich unwichtig in die Motive und Geschäftsgrundlagen verwiesen. Die Konsumenten werden dazu gezwungen, ein zeitliches Verhältnis im Voraus nach dem Tausch- und Gewinnprinzip als Kauf einer Dienstleistung zu strukturieren. Die Ausblendung dieser Zeitdimension rächt sich bei allen Problemlagen, die durch Veränderungen im Leben der Menschen entstehen. Die Anbieter der Finanzdienstleistungen können dabei immer auf ihre anfängliche vertraglich gesicherten Erwartungen verweisen. Der Verbraucher muss sich (auf die letztlich rechtlich unbeachtliche) Veränderung seiner Umstände berufen. Zu dieser strukturellen Schwäche kommt noch die rechtliche Sicherung vor der bedrohlichen Stärke der Geldbesitzer hinzu: sie können ihre Geldgeschäfte ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse der Verbraucher wie Altersvorsorge, Erwerb von Konsumgütern, Liquiditätsausgleich, Überwindung von Not oder Erziehung der Kinder so abschließen, als ob alle Menschen nur ein einziges Interesse am Geld hätten: es zu vermehren. Diese Ignoranz des Rechts gegenüber Bedürfnis und Zeit (Lebens-Zeit) führt erst zu der Schwäche, die die Menschen im Geldsystem haben.¹³⁰

Doch bei aller systematischen Kritik kapitalistischer Wirtschaftsweise sollte nicht übersehen werden, dass das Kaufvertragsmodell selbst auch auf eine Schwäche aller Verbraucher antwortet: die Schwäche gegenüber Staat und Willkür. Die Pflicht, Verträge einzuhalten trifft nicht nur die Verbraucher, sondern auch die Anbieter. Das Recht, nur den vereinbarten Preis zu bezahlen und im Vertrag eine sichere Vorausschau auf Rechte und Pflichten zu erhalten, dient auch dem Verbraucherschutz. Das Eigentumsrecht bedeutet schließlich auch, dass die vertraglich errungenen Rechtspositionen zur Nutzung von Gegenständen von der Rechtsordnung geschützt werden. Dies sollte bei aller Kritik, die die rücksichtslose Nutzung dieser Rechte gegen die Verbraucher hervorrufen muss, nicht übersehen werden. Es zeigt sich, dass die zunehmende Vermachtung der Wirtschaft, die Verobjektivierung und Ablösung der Willenserklärung vom Willen im Internetzeit-

130 Diese Einsicht war nach Befreiung vom Nationalsozialismus in Deutschland schon einmal Allgemeingut. In der Präambel des Ahlener Programm (*CDU Britische Wirtschaftszone 1947 – Ahlener Programm 3*) heißt es: »Das kapitalistische Wirtschaftssystem ist den staatlichen und sozialen Lebensinteressen des deutschen Volkes nicht gerecht geworden. Nach dem furchtbaren politischen, wirtschaftlichen und sozialen Zusammenbruch als Folge einer verbrecherischen Machtpolitik kann nur eine Neuordnung von Grund aus erfolgen. Inhalt und Ziel dieser sozialen und wirtschaftlichen Neuordnung kann nicht mehr das kapitalistische Gewinn- und Machtstreben, sondern nur das Wohlergehen unseres Volkes sein. Durch eine gemeinwirtschaftliche Ordnung soll das deutsche Volk eine Wirtschafts- und Sozialverfassung erhalten, die dem Recht und der Würde des Menschen entspricht, dem geistigen und materiellen Aufbau unseres Volkes dient und den inneren und äußeren Frieden sichert.« (*Wikipedia 2014 – Ahlener Programm*).

alter, die langfristige Bindung der Nutzer, Fusionen und Vertragsverkäufe immer mehr zu Verhaltensweisen treiben, die das Bürgertum erfolgreich beim feudalen Staat abwehrte und bekämpfte. Wo durch Kreditverkäufe Verbraucher mitverkauft werden, variable Konditionen und willkürliche Kündigungsrechte den Vertragstext selbst zum unverbindlichen Dokument werden lassen, wo unbegrenzte Risikoüberwälzungen die versprochene Gegenleistung zu einer unverbindlichen Aussicht degradieren, wo unbewusste Mausklicks die Willenserklärung ersetzen oder im Schadensersatzrecht bei Verzug oder Vorfälligkeit die Finanzdienstleister sich wie Strafrichter gerieren, dort werden die Prinzipien der Vertragsfreiheit und des Eigentumsschutzes gerade von denjenigen zunehmend missachtet, die ihre Machtstellung diesen Prinzipien verdanken.¹³¹

Deshalb gehört in die folgende Tabelle zum Verbraucherschutz auch der Schutz von Eigentum und Vertragsfreiheit der Verbraucher gegen Staat und wirtschaftliche Macht.

Tabelle 2 Personaler und struktureller Schutz im Vertragsrecht

Bezeichnung	Stärke	Schwäche	Schutz	Beispiel	
Minderjährigen- und Behinderten-schutz	Pacta sunt servanda	eigener Wille	Gesetzlicher Vertreter	§§ 104 ff BGB	Personell
Informationel-ler Verbrau-cherschutz/ Anlegerschutz	Anerkennung von AGB, Fik-tion kon-kludenter Zustimmung	Geschäftliche Unerfahren-heit, mangelnde Rationalität, Überlegung	Information, Beratung, Widerruf, Aufklärungs-verschulden	Art. 246 ff EG-BGB; §§ 305 ff BGB	
Schuldnerschutz	Verzug ohne Schuld	Unstetes Ein-kommen	Verzugszins, Kündigungs-schutz, Schuld-befreiung	§§ 497 BGB; 286 InsO	
Sozialhilfe	Geldgesell-schaft	Armut, Exklu-sion, Krankheit, Arbeitslosig-keit	Pfändungs-schutz, So-zialhilfe, Wucherverbot	SGB XII	

131 Dazu passt die Aussage von Marx und Engels im Kommunistischen Manifest: »Die Waf-fen, womit die Bourgeoisie den Feudalismus zu Boden geschlagen hat, richten sich jetzt ge-gen die Bourgeoisie selbst ...« Ausführlich FN I-25.

Bezeichnung	Stärke	Schwäche	Schutz	Beispiel	
Marktschutz	Staat, Monopol, Internet	Verhandlungsmacht	Vertragsfreiheit, Vertragsbindung, Eigentum	§§ 145 ff, 903 BGB; 1 UWG	Strukturell
Nachhaltigkeitschutz (Zeit)	Kaufvertrag, spot contract	Zeitabhängigkeit, Zukunftsunsicherheit	Anpassung, Kündigungsschutz	§ 313 BGB	
Sozialer Verbraucherschutz	Gewinnorientierung	Bedürfnisorientierung	Produktregulierung, Schadensersatz, Wucherverbot bei Konsum, Altersvorsorge	§ 138 BGB	

2 Vertragstypen im Geldrecht

Für eine vor allem international wirksame privatrechtliche Regulierung des Geldsystems muss juristisch ein Vertragstypus entwickelt werden, der die widersprüchlichen Anforderungen von freiem Willen einerseits und vertrauensvoller Zusammenarbeit andererseits, von Gewinnerzielung und Kooperation, von geldwerter Nachfrage und bedürfnisgeleitetem Konsum im Sinne der Gerechtigkeit und damit *gleicher Freiheit* erfassen kann. Das seit dem 19. Jahrhundert herrschende kaufrechtliche Modell eines allgemeinen Schuldvertrags wird diesen Anforderungen auch in der Praxis der Finanzdienstleistungen nicht mehr gerecht. Die Symptome dieses Veränderungsprozesses im Recht müssen von ihrem Ausnahmecharakter befreit werden.

Die im kaufähnlichen (bereicherungsrechtlichen) *Darlehen* vernachlässigten Elemente von Zeit und Leben sind im modernen *Darlehensvertrag* und seinen Erscheinungsformen bei Sparen, Wertpapieren und Versicherung in vielen Ausnahmeregelungen bereits berücksichtigt. Sie können als Symptome eines alternativen Vertragsmodells angesehen werden.¹³² Kapitalüberlassung, Nutzung, Zeit und Zins stellen die Frage nach der synallagmatischen Gerechtigkeit in anderer Form als die Idee des Tausches von Ware gegen Geld im Kaufvertrag. Das Informations-

¹³² Man kann hier eine ähnliche Umkehrung sehen, wie sie in der Religionskritik entwickelt wurde, wo das Himmlische des Überirdischen erst durch das Jämmerliche des Irdischen seinen Glanz erhält, mit dem es Religion erstarkt, wie es Heine im Anschluss an Marx besang. (Text dazu in FN I-162. Zur Projektion Gottes FN II-12) .

modell des Verbraucherschutzes suggeriert noch, dass der informierte mündige Verbraucher die rechtlichen Brüche des Kaufvertragsmodells durch rationale Entscheidungsfindung heilen könne. Doch zeitliche Kooperation und tauschrechtliche Entscheidungen können sich gegenseitig nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Wird das *Streben nach dem guten Leben* durch den (produktiven) Konsum verkörpert, so muss der *verantwortliche Kredit* dies rechtlich gebieten. Die Geschichte der Vertragsformen im Geldrecht ist dann die Geschichte der historischen Verirrungen zur Funktion des Darlehens, die zugleich die richtigen Elemente seiner rechtlichen Begrifflichkeit enthalten.

Rechtsformen korrespondieren mit den Wirtschaftsformen. In Band 1 haben wir bei der Geschichte des Geldes (I.B)¹³³ verschiedene Kooperationsformen unterschieden, die bei der Organisation der Produktion von Gütern und Dienstleistungen das Geld nutzten. Jedem dieser Systeme entsprach eine Vorstellungswelt, in die die zirkulationsfähigen Forderungen eingeordnet wurden. In den archaischen Gesellschaften, wo der sakrale Ursprung des Geldes liegt, waren es die Rechtsfiguren der Opfergabe, der Spende und des Almosens (lat. *sacrum*, *honor*, *donum*). Wo sie zu hierarchisch organisierten feudalen Gemeinwesen weiterentwickelt waren erschien die Geldnutzung in den Formen von Abgabe, Tribut und Steuer (lat. *tributum*, *vectigal*). Wo, wie in den Stadtstaaten, Patrizier sich als Gleiche begegneten, nutzte man fremdes Geld in den reziproken Formen von Leihe oder *Darlehen* (lat. *mutuum*). Die Marktwirtschaft entwickelte dann für die ungleichzeitige Kooperation mit dem Geld die Form des gewinnorientierten synallagmatischen Darlehensvertrages (lat. *locatio conductio irregularis*). Weil sich das jeweils gültige historische Gerechtigkeitsideal in juristischen Formen ausdrückt, Gottesfurcht, Untertänigkeit, gegenseitige Achtung aber auch gleiche Freiheit zur Geltung bringen kann, ist die Frage, in welcher Rechtsform die Geldnutzung gedacht wird, von entscheidender Bedeutung für die Art, wie mit Geld Herrschaft ausgeübt werden kann.

Dies soll zunächst vertieft werden, bevor wir versuchen wollen, die aktuellen Rechtsformen und ihre ideologischen Implikationen zu diskutieren. Erst daran anschließend wollen wir uns getrauen, positiv die Rechtsform eines Geldnutzungsverhältnisses zu skizzieren, die nach unserer Auffassung das Ziel einer gerechten Organisation menschlicher Kooperation für ein gutes Leben ausreichend transportieren kann.

133 Genau genommen gibt es keine Geschichte des Geldes, sondern nur eine Geschichte der Menschen mit dem Geld. Diese Geschichte aber ist die Geschichte ihrer Kooperationsfähigkeit, die vereinfacht als Wirtschaftsgeschichte bezeichnet werden kann. Wir haben im Kapitel über das Geld über die Ursprünge dessen berichtet, was als Forderung zirkulierte. Eine Auseinandersetzung mit den Geschichten zum Geld haben wir dort in den Fußnoten geführt. (vgl. z. B. FN I-55; I-75; I-108)

a Kreditvertrag (§ 1 VerbrKreditG 1991): Ökonomisierung der Vertragsgerechtigkeit

Ein *Kreditvertrag* könnte seinem Inhalt nach der Nutzung von Geld im Kredit heute am ehesten gerecht werden. Tatsächlich bestimmen auch beide Begriffe, *Kredit* (credit, crédit, credito, Krediet) und *Darlehen* (loan, prêt, prestito), rechtlich die wirtschaftliche Leistung¹³⁴ d.h. die »zeitweilige Überlassung von Kaufkraft (Geld) ... aufgrund des Vertrauens des Gläubigers in die Zahlungsfähigkeit des Schuldners«¹³⁵. Während das öffentliche Recht mit dem *Kreditwesengesetz* das »Kredit(geschäft)« (§ 1 Abs. 1 Ziff. 2 KWG) und die *Kreditinstitute* (§ 1 Abs. 1 KWG) in den Mittelpunkt stellt, hat das deutsche Privatrecht ab 2002 (ebenso wie der französische Code Civil) nach kurzfristiger Auslagerung des von der EU favorisierten Verbraucherkreditvertrags in das Verbraucherkreditgesetz¹³⁶ den Kreditvertrag wieder durch den Begriff »Darlehen« (§ 488 ff BGB; Art. 247 EG-BGB) ersetzt.

Kredit und Darlehen werden im Gesetz wechselseitig in Bezug gesetzt. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 KWG nutzt das *Gelddarlehen* zur Definition der *Kredite* im Bankgeschäft. Umgekehrt nutzt das BGB den Kreditbegriff, um wirtschaftliche Sachverhalte zu erfassen.¹³⁷ Beim *Kreditauftrag* (§ 778 BGB; Art. 1958 ital. cc) ist nach der Schuldrechtsreform das Wort Kredit nur noch in der Überschrift geblieben. Im Text wurde wie überall Kredit durch »Darlehen und Finanzierungshilfe« ersetzt. Bei der historisch unveränderten »Aufnahme von Geld auf den *Kredit* des Mündels« (§ 1822 Ziff. 8 BGB) war Kredit noch Haftung zulasten des Mündels¹³⁸, wie es im römischen Recht für jede Forderung galt. Die §§ 488 ff BGB haben den *Verbraucherkreditvertrag* des § 1 VerbrKreditG 1991¹³⁹ zugunsten eines *Verbraucherdarlehensvertrages* (§ 491 BGB) aufgegeben, der mit einer neuen synallagmatischer

134 Vgl. Stein, Kirschner 1991 – *Kreditleistungen* 3. Teil 2.1 sowie Eichwald, Pehle Helmut 2000 – *Die Kreditarten* unter 2.2.

135 Büschgen 2011 – *Das kleine Börsenlexikon* Stichwort »Kredit«.

136 Reifner 2001 – *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Verbraucherschutz bei Finanzdienstleistungen*.

137 Kreditanstalt, Kreditinstitut, Kredit (§§ 248, 551, 648a BGB), Kredit(würdigkeit) (§§ 824, 505b BGB) oder Kreditgewährung (§§ 312b, 675k BGB).

138 RG JW 1912, 590. Nicht dazu gehören soll allerdings ein Abzahlungskauf. (BGH NJW 1972, 689) Diese Einschränkung ist nur aus einem begriffsjuristischen Ansatz verständlich, der den Kredit doch noch als realvertragliches Darlehen ansieht.

139 § 1 VerbrKreditG 1991 übernahm den Wortlaut der Definition aus Art. 1 c) der Richtlinie 87/102/EWG von 1987 und damit den *Kreditvertrag* als Abgrenzung für die Anwendbarkeit des gesetzlichen Rechts: »(2) Kreditvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.« Der Verweis auf das *Darlehen* zeigte, dass man dessen Natur nicht mitregeln wollte, auch wenn die Anga-

Definition den alten Realvertrag des »Darlehens« in § 607 BGB a. F. verdrängt hat, der zu einem willensgetragenen Verhältnis umformuliert (»Darlehensvertrag«) heute nach seinem Absatz 2 nicht mehr für Geld, sondern nur noch für andere vertretbare Sachen gilt.

Kredit und Darlehen sind somit einander überschneidende Rechtsbegriffe mit unterschiedlichem Schwerpunkt und Funktion.¹⁴⁰ Europarechtlich dominiert der Kreditvertrag. Art. 3 (c) Verbraucher kreditrichtlinie 2008/48/EG ebenso wie Art. 6 (7) Fernabsatzrichtlinie bei Finanzdienstleistungen 2002/65/EG machen ihn zur Grundlage des EU-Rechts für die Bestimmung des Anwendungsbereiches verbraucherschützender Vorschriften der EU im nationalen Recht. Der Entwurf für ein europäisches Vertragsrecht (DCFR) geht dagegen vom Darlehensvertrag (»loan contract«) und vom Gelddarlehen (»monetary loan«) aus. Doch das ist nur die Oberfläche. Darlehen wird nämlich durch »Kredit« bestimmt. Kredit sei die die Leistung im Darlehensvertrag, die ihn von anderen schuldrechtlichen Vertragstypen unterscheiden soll.¹⁴¹

Das EU-Recht ist hier dem Common Law gefolgt, das zwar noch den Begriff des Darlehens (»loan«) nutzt, gleichwohl im Verbraucherschutzrecht schon seit langem den Begriff »credit« bevorzugt. Im US-amerikanischen Recht bezeichnet »credit« das Rechtsverhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer, während das englische Recht dem Kredit den Vertragsbegriff anfügt (»credit agreement«).¹⁴² Großbritannien aber auch Österreich¹⁴³ und Italien¹⁴⁴ sowie die meisten EU-Mitgliedsstaaten haben anders als Deutschland und Frankreich bei der Um-

bepflichten in § 4 VerbrKreditG dann deutlich werden ließen, was man sich als Inhalt dieses Kreditvertrages vorzustellen habe. Art. 2 c) Richtlinie 2008/48/EG hat daran nichts geändert. Auch hier wird mit dem Wortlaut der Vorgängerrichtlinie auf das Darlehen verwiesen.

140 Meincke, Hingst 2011 – Der Kreditbegriff im deutschen Recht.

141 »(2) A loan contract is a contract by which one party, the lender, is obliged to provide the other party, the borrower, with credit of any amount for a definite or indefinite period (the loan period), in the form of a monetary loan or of an overdraft facility and by which the borrower is obliged to repay the money obtained under the credit, whether or not the borrower is obliged to pay interest or any other kind of remuneration the parties have agreed upon.« DCFR IV.F. – 1: 101 (2) (Bar, Clive et al. 2009 – Principles)

142 15 U.S.C. 1601 Sec. 103 (e): »The term »credit« means the right granted by a creditor to a debtor to defer payment of debt or to incur debt and defer its payment.« UK Consumer Credit Act 1974 (c. 39) 8 (1): »Consumer credit agreements: A consumer credit agreement is an agreement between an individual (»the debtor«) and any other person (»the creditor«) by which the creditor provides the debtor with credit of any amount« 9. (1) In this Act »credit« includes a cash loan, and any other form of financial accommodation.«

143 § 2 östr. Verbraucher kreditgesetz 2010: »Verbraucher kreditvertrag«.

144 Art. 40 ff ital. Codice del Consumo; Art. 124 ital. Bankgesetz (Testo Unico Bancaria) benutzen den Begriff »contratto di credito al consumo« und regeln zivilrechtliche Wirkungen, wobei mehrfach auf das Darlehen (»prestito«) Bezug genommen wird.

setzung der Verbraucherkreditrichtlinie einen »Kreditvertrag« im Privatrecht akzeptiert.

Das französische Recht macht die Unterschiede deutlich. Es verwendet den Kreditbegriff nicht als rechtsdogmatische Vertragsform, sondern nur zur Kennzeichnung des Anwendungsbereiches zwingender gesetzlicher Regeln. Während der Begriff im Code Civil nicht vorkommt, regelt das Konsumgesetz (Code de la Consommation) unter »3. *Verschuldung a) Kredit (1) Verbraucherkredit*« die europarechtlichen Vorgaben. Es schafft dadurch aber keinen *Kreditvertrag*, sondern spricht unjuristisch von *Kreditoperationen* (opération de crédit). Kreditsicherheiten, finanzierte Miet- und Abzahlungsgeschäfte werden auf diese Weise in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen. Kredit ist der ökonomische Anwendungsbereich eines Darlehensvertragsrechts, das seine Natur weiterhin dem Lehen, d. h. dem Nutzungsverhältnis schuldet.

Diese Bestimmung erreicht auch das deutsche Recht. Es benutzt dafür jedoch das Umgehungsverbot in § 512 S. 2 BGB. Hier soll mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise¹⁴⁵ sichergestellt werden, dass das Schutzrecht nicht durch Rechtsformwahl abbedungen werden kann.

Privatrechtlich verzweigt sich ein Geldkredit in Darlehensvertrag oder Stundung. Einen juristischen Vertragstypus *Kreditvertrag* gibt es in Deutschland nicht.¹⁴⁶ Es gibt nur Verträge, in deren Rechtsform Kredite vergeben und in Anspruch genommen werden. Kredit ist der äußere Zweck des Darlehens bzw. der Stundungen in den anderen synallagmatischen Vertragstypen, an den der Gesetzgeber anknüpft, um das Verhalten derjenigen effektiv zu regeln, die über die Macht verfügen, ihre Rechtsgestaltungen auf dem Markt durchzusetzen und damit eine rein rechtsdogmatisch definierte Darlehensregelung umgehen könnten.

Ähnlich wie Konsum, Wohnen und Arbeiten ist auch der Kredit nur ein Vertragszweck. Den gleichen wirtschaftlichen Zwecken können sehr unterschiedliche Vertragsformen dienen. Während der Arbeitsvertrag in der Regel ein Dienstvertrag mit dem Zweck unselbständiger Arbeitsleistung, der Wohnraummietvertrag ein Mietvertrag zu Wohnzwecken ist, hat der Begriff »Verbraucher-Kredit« aber gleich zwei wirtschaftliche Zwecksetzungen ins Darlehensrecht eingefügt.

Warum ordnet man nicht das gesamte Vertragsrecht nach den wirtschaftlichen Zwecken? Dann gäbe es im BGB einen Verbraucher- oder Kaufmannsvertrag, einen Bankvertrag und z. B. ein finanziertes Abzahlungsgeschäft. Das Recht

¹⁴⁵ Dazu FN I-254.

¹⁴⁶ Zutreffend Bülow in: *Schulze, Schulte-Nölke 2001 – Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund* 153, 154 f; BT-Drucks. 14/6040, 252; anders de lege ferenda *Meinhof 2002 – Neuerungen im modernisierten Verbrauchervertragsrecht*; *Köndgen 2001 – Darlehen, Kredit und finanzierte Geschäfte* 1637, 1641.

hat sich historisch anders entschieden. Es gibt keinen Geldvertrag. Es gibt auch keinen Kreditvertrag, keinen Kapitalanlagevertrag oder Finanzdienstleistungsvertrag. Auch der Bank- oder Verbrauchervertrag sind keine rechtlich anerkannten Vertragstypen.¹⁴⁷ Vertrag und wirtschaftlicher Zweck passen nicht zusammen. (dazu oben I.D.3).

Weil alles Vertrag ist, kann der Vertrag nicht alles sein. Der Vertrag bezeichnet nur einen Aspekt eines sozialen Verhältnisses: die Tauschbeziehung in gleicher Freiheit. Damit verkörpert der *Vertrag* ein Konzept der Gerechtigkeit und Demokratie, das jedem wirtschaftlichen Verhältnis im Markt ein Ideal vorhält, nach dem es zu streben hat. Dieses Ideal lässt sich nach Aristoteles auch weder in seiner reziproken noch in seiner synallagmatischen Form allein dem Gewinnprinzip unterordnen. (vgl. I.C.5.a)) Es ist das Ideal der gleichen Freiheit.

Das Vertragsrecht hat eine eigene Systematik, die quer zu den wirtschaftlichen Handlungsbereichen steht und einer eigenen Logik folgt, die allein der Rechtswissenschaft eigen ist.¹⁴⁸ Insofern ist das Vertragsrecht jedem Wirtschaftssystem

147 Gerade in der Wirtschaft und im Wirtschaftsrecht treffen wir immer wieder auf Versuche, Vertragstypen nach dem handelbaren Gegenstand zu bestimmen. Autovertrag, Finanzvertrag oder Publikationsvertrag umreißen das Anwendungsgebiet atypischer Verträge, die sich häufig aus Kauf, Dienstleistung und Werkvertrag zusammensetzen und daher keinen integrierenden Namen erhalten haben. Das rechtlich Wesentliche dieser Verträge kommt im Namen nicht vor. Dies führt zu einer Ausschaltung der Rechtsdogmatik, die sich an der Vertragsform und nicht am Zweck orientiert. Die Inhaltsbestimmung wird an die entsprechenden Praxisfelder delegiert, die allein noch wissen können, was diese Verträge typischerweise ausmacht. Ähnlich ist es mit den wirtschaftlich funktionalen Vertragsbestimmungen wie Finanzdienstleistungsvertrag, Internetvertrag, Vermögenssorgevertrag, Kreditvertrag oder Sparvertrag. Weil sie sich auf ökonomische Zwecke beziehen, die den Geschäften nicht *auf der Stirn geschrieben* sind, können sie nur von der Praxis inhaltlich ausgefüllt werden. Kommt es zum Streit, so gibt es keine einheitliche Antwort mehr und der Richter kann auf kein gesichertes rechtliches Wissen mehr zurückgreifen. Dies hat zu der Tendenz geführt hat, die faktischen, sozialtypischen oder konkreten Machtverhältnisse bestimmen zu lassen. Noch einschneidender sind die Versuche der Wirtschaft statt der funktionalen oder objektorientierten Bestimmung von Vertragskonglomeraten sich selber zum Inhalt des Vertrages zu machen. Hervorstechendes Beispiel ist hier der sog. Bankvertrag, bei dem die Banken sich einseitig als typenbildendes Vertragsmuster vorschlagen und damit Einfluss auf deren Typizität erhalten, obwohl jeder Vertrag aus mindestens zwei Parteien besteht. (Ähnlich unsinnig ist daher auch die Schaffung eines Verbrauchervertrages. Demgegenüber ist der Versicherungsvertrag ein eigener historischer Vertragstypus, nach dem umgekehrt die Versicherer benannt wurden.) Geht es dagegen nicht um den Vertragstypus mit seinem spezifischen Gerechtigkeitsgehalt, sondern um die Bezeichnung eines Rechtsgebietes, so sind objektorientierte (Geldrecht) sowie funktionale Bezeichnung (Finanzdienstleistungsvertragsrecht) sinnvolle deskriptive Definitionen, um den Anwendungsbereich von nicht vertraglich geschaffenen Gesetzesrecht zu klären.

148 Recht, Soziologie und Ökonomie verwenden für identische Prozesse unterschiedliche Begriffe, weil ihr Erkenntnisinteresse verschieden ist. Die Ökonomie orientiert sich am Zweck

übergeordnet. Es vermittelt in allen Formationen eine eigene Idee der Gerechtigkeit. Historisch hat sich dieser Vertrag zu Archetypen konkretisiert, die das BGB als Kauf-, Miet-, Werk-, Gesellschafts-, Vermittler-, Dienstvertrag und Auftrag zu Mustern erklärt hat. Sie antworten auf die beiden großen historischen Alternativen für die Kooperationsbeziehungen der Wirtschaft: Eigenbesitz oder Fremdnutzung. Man kann mit anderen kooperieren, indem man deren Arbeitsergebnisse als *eigene beherrscht* (Haben, Besitz, Eigentum, Erwerb, Befehl) oder in dem man deren Arbeitsergebnisse als *fremde nutzt* (Miete, Pacht, Dienste, Leihe, Dienstbarkeiten). Die vertragsrechtlichen Prototypen für *Haben und Sein* sind *Kauf und Miete*.¹⁴⁹

Bei der rechtlichen Umsetzung kommt es somit darauf an, welche Zwecke der Staat verfolgt. Will er illegitime Macht zurückdrängen, so muss er diese Machtbildung an ihren wirtschaftlichen Wurzeln treffen. Mit wirtschaftlicher Abgrenzung (z. B. Kreditrecht) und Umgehungsverboten versucht er sowohl im öffentlichen Recht als auch im Schutzrecht effizient zu regulieren und alle Fälle zu erfassen, in denen ein unerwünschter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Will er den Gerechtigkeitsgehalt des Vertrages zur Geltung bringen und bewahren, so wird er sich auf die spezifisch juristische Handlungsform einlassen. Geht es dagegen, wie

kooperativen Handelns, das Recht an der *gleichen Freiheit* (Gerechtigkeit) vergleichbarer Handlungen, während die Soziologie nach dem sozialen Sinn einer Interaktion fragt. Für den Ökonomen ist ein Kredit eine Finanzierung, d. h. die Bereitstellung von Kapital für eine produktive Investition. Für den Juristen ist der Kredit ein Darlehensvertrag, d. h. die willentliche Überlassung von vertretbaren Sachen (z. B. Geld) für einen Zeitraum, in dem dafür Zinsen zu zahlen sind. Für den Soziologen ist Kredit Kooperation zwischen Menschen. Alle Wissenschaften haben ihre eigene Perspektive, mit der sie die Wirtschaft betrachten. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftswissenschaften und Wirtschaftssoziologie machen gerade in ihren begrifflichen Unterschieden deren heuristischen Charakter deutlich. Gerechtigkeit, Effizienz und Frieden können ihnen als übergreifende Werte zugeordnet werden. Der Gesetzgeber muss sich allerdings entscheiden, welche Ziele er mit dem Recht noch verbinden will. Entsprechend muss er begrifflich abgrenzen.

- 149 Die juristische Systematik privatautonomer Rechtsformen gilt nur für Verträge und nicht für das Gesetzesrecht. Hier ist der Gesetzgeber unter Beachtung des Grundprinzips der Vertragsfreiheit frei, korrigierend in die vertraglichen Beziehungen einzugreifen und damit weitere politische Ziele wie Effizienz, Ordnung, Arbeitsplätze, Wohnraum, Umwelt- und Verbraucherschutz zu verfolgen. Daher gibt es neben Schuld- und Sachenrecht durchaus Rechtsmaterien, die die staatlichen Eingriffe in die Vertragsfreiheit nach dem Sinn und Zweck der Regelung als Kredit-, Kapitalanlage-, Geld- bzw. Finanzdienstleistungsrecht anordnen. Das gilt auch für die Titel meiner Abhandlungen zum »Kreditrecht« wie Reifner 1977 – *Das Recht des Konsumentenkredits*; Reifner 1991 – *Handbuch des Kreditrechts*. Die Abhandlungen zum *Darlehensvertrag* folgen dagegen nicht ohne Grund der Vertragssystematik: Reifner 2014 – *Verbraucherdarlehensvertrag*; Reifner 2014 – *Darlehensvertrag als Kapitalmiete locatio conductio*.

vor allem im Verfahrensrecht, um Frieden und Kommunikation, so wird er soziologische Begrifflichkeiten der Kommunikation (z. B. Gespräch, Schlichtung) nutzen.

Die Ökonomisierung der Rechtssprache seit der bürgerlichen Revolution, zunächst im Common Law und befördert durch die EU-Rechtssetzung dann auch im kontinentaleuropäischen Zivilrecht, hat den Siegeszug des ökonomischen Gewinnziels im Recht befördert. Verloren ging dabei der Gerechtigkeitsgehalt im Vertragsdenken, der in Jahrtausenden eine Vielzahl von rechtlichen Vertragstypen hervorgebracht hat. Die kapitalistische Effizienz gerät dabei an ihre Grenzen. In dem Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches (DCFR) ist Gerechtigkeit nur noch ein Zweck neben Effizienz und anderen Regelungszielen des Vertragsrechts.¹⁵⁰ Recht hat damit an Eigenständigkeit gegenüber der Politik verloren. Sie kann dem Vertragsrecht in seiner ökonomisierten Form beliebige dem Zeitgeist geschuldete Ziele unterschieben. Ein Messen an den historisch gewachsenen Gerechtigkeitsvorstellungen ist erschwert.

Den *Kreditvertrag* sollte es daher weiterhin rechtlich nicht geben. *Kreditrecht* ist dagegen die zutreffende Bezeichnung für die Summe der Regeln, die gesetzlich und vertraglich die Kooperation mit dem Geld bestimmen. Der kurzzeitige Tribut des deutschen Gesetzgebers an eine rein ökonomisch informierte EU-Gesetzgebung, die ohne Not meinte, auch den Vertragsbegriff ökonomisch fassen zu müssen¹⁵¹, ist mit Recht vorbei.

150 »For the broader purposes of the DCFR we suggest that the underlying principles should be grouped under the headings of freedom, security, justice and efficiency.« (*Bar, Clive et al. 2009 – Principles* p. 13, ausführlich FN 192). Der Entwurf setzt sich bewusst von den konkurrierenden Prinzipien der frankophonen Gruppe der *Association Henri Capitant (Fauvarque-Cosson, Mazeaud et al. (Hg.) 2008 – European contract law)* ab, die sich am klassischen Bild der Vertragsgerechtigkeit und deren Aufspaltung in Vertragsfreiheit, Sicherheit und Vertragstreue (*liberté contractuelle, sécurité contractuelle et loyauté contractuelle*) orientiert. Sie stellt damit zumindest nicht infrage, dass alles Recht nur ein Leitmotiv, die Gerechtigkeit, hat. Allerdings »vergisst« auch die französische Gruppe das wichtigste Element moderner Vertragsgerechtigkeit, die Gleichheit. Gerechtigkeit ist wie oben dargelegt (II.B.3), die *gleiche Freiheit und Sicherheit*, letztere ergänzt in der sozialen Form der Sicherheit, der Solidarität. (Für entsprechende Entwicklungen zur Ökonomisierung der Rechtssprache im Insolvenzrecht vgl. FN 333).

151 Aber auch in diesen 11 Jahren seiner Geltung zwischen 1991 und 2002 hatte der Verbraucherkreditvertrag in Lehre und Rechtsprechung keine Bedeutung. Das lag daran, dass sowohl der EU-Gesetzgeber (RiLi 87/106/EWG; 2008/48/EG; 2015/17/EU) wie auch § 1 VerbrKreditG den Verbraucherkreditvertrag mit dem Darlehensbegriff ausfüllten und damit auf § 607 BGB verwiesen. Daneben wird bis heute die Stundung und die Finanzierungshilfe aufgeführt. Damit werden alle gestundeten Verträge zu Verbraucherkreditverträgen, obwohl sie mit dem Darlehen sonst nichts gemein haben. Der deutsche wie auch der französische Gesetzgeber haben daher Recht daran getan, den Darlehensbegriff zum Darlehensvertrag fort-

b Darlehen (§ 607 BGB a. F.): reziproker Realvertrag

In § 607 a. F. BGB war bestimmt: »Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.« Dieses Darlehen, das die Römer *mutuum* nannten (*mutuus gegenseitig; reziprok*), hatte mit unserem heutigen Darlehensvertrag nur gemeinsam, dass man das Geld eines anderen für einen Zeitraum nutzen konnte.¹⁵² Es war kein Vertrag i. S. willensbestimmter Vereinbarung, weil allein die reale Hingabe von Geld ausreichte, um die Rückzahlungsverpflichtung auszulösen. Zinsen waren nicht vorgesehen, weil der Beweggrund für die Darlehensüberlassung auf Zeit im reziproken Tauschdenken zu finden war. Danach halfen sich ebenbürtige Bürger untereinander. Der Ausgleich wurde dadurch bewirkt, dass sich alle so zu verhalten hatten. Im *Dar-Lehen* finden wir auch heute noch das *Leihen*, das § 598 BGB grundsätzlich für unentgeltlich erklärt und mit Altruismus statt mit dem reziproken Tauschdenken erklärt wird. Diese Eigenschaft hat es mit der Schenkung, dem Auftrag, der Leihe und der Verwahrung gemein. Die Überhöhung dieser Pflichten als würdevolles Verhalten hatte mit der Idee des Almosens nichts zu tun, sondern entsprach der vorkapitalistischen Kultur. Doch ebenso wie der Handelskapitalismus schon früh seine Nischen fand, so hat es bis heute auch nicht an Versuchen gefehlt, die Geschichte reziproken Wirtschaftens und insbesondere von Darlehen und Banken aus der Perspektive der Marktwirtschaft so darzustellen, als ob das gewinnorientierte Synallagma schon immer das Darlehen bestimmt hätte.¹⁵³

zuentwickeln. Für den Verbraucherschutz genügt ein »Kreditrecht«, für das ebenso wenig ein Kreditvertrag notwendig ist wie die Existenz eines Verbrauchervertrages für das Recht der Verbraucher im Kaufrecht.

- 152 Dass das Geld als ökonomische Tatsache seine Grundlage im Recht hat, haben wir bereits im ökonomischen Teil abgehandelt. (Zu Funktion und Ideologie der reziproken Wirtschaft vgl. die Abschnitte I.D.2; I.D.5 und I.E.2.) Zur Einpassung des Darlehens als Bereicherung in das synallagmatische Denken des neuen Vertragsrecht durch *Savigny 1853 – Das Obligationenrecht als Theil* vgl. II.E.1.b). Der Kontext mit den anderen Realverträgen wird in FN I-464 behandelt und zu den verbliebenen Elementen des alten Darlehens im neuen § 607 BGB in FN I-291 in Beziehung gesetzt. Zum Begriff der Reziprozität allgemein vgl. FN I-216 und speziell zum reziproken Darlehensvertrag FN I-247.
- 153 So wird auch in der ausgezeichneten Darstellung der römisch-rechtlichen Wurzeln des Darlehens bei *Rückert, Schäfer 2013 – Schuldrecht*-Lammel §§ 488 BGB Rdn 10 ff darauf hingewiesen, dass es zwar keine Geldmiete (*locatio conductio*) gab, jedoch das sog. Seedarlehen (*foenus nauticum* bzw. *Bodmerei Matthias 1881 – Das Foenus Nauticum*) als Konsensualvertrag synallagmatisch mit Zinsen ausgestattet war. Zweifel sind angebracht. Der Vertrag regelte nicht die Kapitalnutzung als Kooperation, sondern »übernahm die Seegefahr«. Schiffe und Schiffsladungen wurden in dieser Weise *versichert*. Der »Kreditgeber« übernahm das Risiko der Verschlechterung bzw. des Untergangs der Ware. Er entsprach, da keine Prämien

Die Römer kannten das synallagmatische Nutzungsverhältnis. Mit ihm hätte der entgeltliche synallagmatische Kredit rechtlich ausgedrückt werden können. Es war der Mietvertrag (*locatio conductio*). Er wurde für die Nutzung von Sach- (Wohnraum, Schiffe) und Humankapital (Sklavenmiete aber auch Werkverträge mit Ärzten und Steuerberatern) angewandt, nicht jedoch für die Nutzung von Geldkapital. Der Grund war das Fehlen einer Heuristik, die sich mit den herrschenden Gesellschaftssystemen vertragen hätte. Der Mietvertrag wurde so gedacht, wie wir heute noch den Pachtvertrag verstehen: die Beteiligung an den Früchten eines Feldes oder den Arbeitsergebnissen eines Sklaven aber auch den Ergebnissen ärztlicher Hilfe, wenn der Patient wieder gesundete. Geld aber trug offensichtlich keine Früchte – eine Einsicht, zu der die moderne Ökonomie

zu zahlen waren, einer Wette i. S. eines Futures. Zwar ist Basis hier die Darlehensidee allerdings in einer kollektiven Sparform. Ein weiterer Versuch, dem Bankdarlehen eine lange kapitalistische Geschichte zu unterstellen, ist die bei Bankhistorikern verbreitete Behauptung, die Geldwechsler (*Argentarii*) wären die Vorläufer der Banken gewesen und hätten damit das Kreditwesen schon vor Christi Geburt zu einer Profession gemacht. Tatsächlich kann die Bezeichnung Bank, die vom Wechseltisch (ital. *banco*) abgeleitet sein soll, nur als Hülle für Tätigkeiten angesehen werden, die mit den Erscheinungsformen des Geldes zu tun hatten. Die Funktion der Bank im marktwirtschaftlichen Gebrauch des Geldes ist aber die Kapitalbildung, auch wenn noch außerhalb der Kapitalbildung archaische Funktionen wie Zahlungsverkehr und Versicherung eine Rolle spielten. Die archaischen Funktionen bestanden vor allem darin, das Geld für die jeweiligen Kooperationszwecke einer Wirtschaft funktional zu gestalten. Wo keine einheitliche Währung wie Dollar, Euro, Yen greifbar waren und das Gold als Währung nicht mehr ausreichte, musste bei einem Handel, der die z. T. winzigen Währungsgebiete überflügelte, permanent von einer Währung in die andere gewechselt werden. Diese Funktion gab es schon vor dem Handel. In den religiösen Heiligtümern mussten Opfer gebracht werden. Diese dienten zugleich der Finanzierung dieser staatsvertretenden Einrichtungen. So war im Tempel in Jerusalem der Erwerb von Opfertieren, die man nicht aus seinem Heimatland mitbringen konnte, nur gegen eine Einheitswährung, den *Schekel des Heiligtums* möglich, so dass die Vertreibung der Geldwechsler durch Jesus auch etwas über seine negative Einstellung zum Opfern von Tieren für Gott aussagte. Erzbischof Adalag eröffnete 966 n. Chr. in Bremen eine Wechselstube. Da alles dies den Umgang mit fremden Währungen erforderte, waren numismatische Kenntnisse erforderlich. Die Tätigkeiten mussten entlohnt werden, so dass Abschläge gemacht wurden. Dazu gehörten durchaus auch kurzfristige Kredite. Ohne sie war damals wie heute ein Zahlungsverkehr, der nicht in Echtzeit abgewickelt werden kann, nicht denkbar. So erwies sich bald die Übermittlung von Geld durch Verrechnung zwischen den Geldwechslern als kostensparendes Mittel. Dabei musste die für Handelsfahrten notwendige Zeit bis zum Rücktausch berücksichtigt werden. Daher wurden die Gebühren nicht nur nach Aufwand, sondern auch nach Zeit berechnet. Dieser Zins ist weder eine Aufwandsentschädigung noch eine Versicherungsprämie, sondern eine standardisierte Gewinnbeteiligung, die die Akkumulation von Kapital und damit eine erweiterte produktive Kooperation notwendig macht. Seine Wiege liegt in der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung. Darlehen und Bank sind damit ebenso wie das Geld selber nur begriffliche Hülsen für historisch sehr unterschiedliche Beziehungen in der jeweiligen Wirtschaftsform.

wieder zurückgefunden hat, während die Väter des BGB und des Code Civil noch anderer Meinung waren.¹⁵⁴ Wer gleichwohl Zinsen nahm, der konnte diese Zinsen nicht durch seine Geldleihe verdient, sondern musste sie dem anderen geraubt haben. Zins war daher Wucher und verboten. Dass dies eine falsche Vorstellung war, weil der Zins eine Beteiligung des Darlehensgebers am Kapitalwachstum (dem Gewinn) beim Darlehensnehmer darstellt, das sich aus der durch die Geldhingabe ermöglichten intertemporalen Kooperation ergibt, haben wir erörtert. (I.E) Dies ist auch der Grund, warum sich die Zinsnahme trotz Ablehnung durch die religiös geprägte Gesellschaft bis ins 19. Jahrhundert immer wieder Bahn brach. Es waren gerade nicht nur die Darlehensgeber, die sich aus dem Zins einen Vorteil versprachen, sondern auch die Darlehensnehmer, die begriffen, dass auch bei Zinszahlungen für sie die Nutzung von fremdem Geldkapital einen Vorteil brachte.

Die Rechtsformentwicklung verlief dann symptomatisch. Das Denksystem änderte sich dabei nicht. Zins und erst recht Zinseszins blieben Wucher. Doch weil das Verbot auf Dauer nicht durchsetzbar war, ließ man Ausnahmen zu. Insbesondere waren gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, wo der Zins als Gewinn- aber auch Wagnisbeteiligung ausgestaltet war, wie wir es bis heute im Islamic Finance finden, zulässig. Zulässig war auch ein Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn, der wie ein Zins berechnet wurde. Über viele Jahrhunderte war es auch immer wieder zugelassen worden, über die Zinsen einen gesonderten Vertrag (stipulatio) abzuschließen, der scheinbar mit dem Darlehen nichts zu tun hatte. Auf

154 Art. 578 frz. Code Civil definiert Nutzung als Fruchtziehung i. S. des römischen Rechts nach wie vor wie folgt: »L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.« Bäume oder Tiere ebenso wie Sklaven mit ihren Kindern oder ihrer Arbeit trugen Früchte (Art. 583 cc zählt Früchte der Erde, der Tiere und Pflanzen sowie von Mühe und Arbeit auf). Das Recht diese Früchte zu genießen stand dem Eigentümer (dominus, propriétaire) zu, der auch die Verlustgefahr des zufälligen Untergangs (casus) trug. (casum sentit dominus). Dafür hatte der Nutzer die Pflicht, die Substanz zu erhalten und ggfs. Schadensersatz zu zahlen. (damnum emergens). Dieses Fruchtziehungsrecht konnte der Eigentümer durch den usus fructus auf einen Dritten übertragen, wenn dieser sich die Arbeit machte, den Baum zu pflegen, das Tier zu füttern, den Acker zu bestellen, die Sklaven zu beherbergen und anzutreiben sowie die Früchte zu ernten. Es gab, wie ein Vergleich von Art. 14 Abs. 2 GG mit § 903 BGB zeigt, im ius commune des Mittelalters ein doppeltes Eigentum: das absolute Eigentum und das Nutzungs- oder Gebrauchseigentum. (Peignot, Guyvarc'h et al. 2007 – *Le statut du fermage* S. 1 ff; Meynial 1908 – *Notes sur la formation* S. 414 ff) Das Gebrauchseigentum war für die Nutzungen entscheidend. Wer die Arbeit hatte, sollte auch den hauptsächlichen Nutzen haben. Geld passte nicht in dieses Schema, weil es wie Aristoteles es ausdrückte, »ein Wuchergewerbe war, das aus guten Gründen verhasst ist, da es seinen Erwerb aus dem Gelde selbst zieht und nicht aus den Dingen, zu deren Vertrieb das Geld eingeführt wurde.« Zinsen waren Diebstahl und Geldverleiher Schurken, die dem Schuldner einen Tribut abpressten, der sich aus dem geliehenen Geld selber nicht als Frucht ergeben konnte. (ausführlich zur Fruchtheorie beim Zins I.E.3)

diese Weise vermied man den Eindruck, dass die Zahlungen aus den Früchten der Darlehensnutzung stammten. Allein weltweit konnte sich kein Rechtssystem zur Anerkennung einer synallagmatischen Geldmiete im Sinne der *locatio conductio* bewegen lassen, obwohl auch bei Sach- und Dienstmiete allmählich deutlich wurde, dass es sich nicht um eine Früchtebeteiligung nach Art des feudalen Zehnten, sondern um eine Beteiligung am Kapitalwachstum aus fremder Arbeit handelte.

Inzwischen ist international anerkannt, dass das Grundverhältnis der Geldnutzung, der Geldkredit, rechtlich als Kapitalmietvertrag aufzufassen ist. Geblieben ist nur noch der reziproke Name »Darlehen« (frz. *prêt*, ital. *mutuo*, engl. *loan*). Beide EU-Richtlinien zum Kredit ebenso wie das entsprechende Recht der Mitgliedsstaaten und der 2002 eingefügte § 488 BGB nehmen den Sachmietvertrag als Muster für das nunmehr als Darlehensvertrag bezeichnete Kreditverhältnis. Von der Idee des ohne vertragliche Willenseinigung durch Hingabe unentgeltlich und jederzeit rückforderbaren Darlehens ist nichts übrig geblieben. Die korrekte Bezeichnung dieses gewinnorientierten synallagmatischen Darlehensvertrags aber wäre Geldmiete (*locatio conductio pecuniarum*) gewesen. Sie ist das, was heute mit dem in sich widersprüchlichen Begriff des *Darlehens-Vertrags* bezeichnet wird.

Das Darlehen (*mutuum*) war dagegen kein synallagmatischer Vertrag, sondern ein Realvertrag. Der Realvertrag wiederum war eine Rechtsbeziehung, an die schon das römische Recht unter dem Namen *contractus* Pflichten knüpfte.¹⁵⁵

155 Das hat der Gesetzgeber von 1900 auch korrekt zum Ausdruck gebracht, indem er bei der Bezeichnung für Realverträge wie Darlehen, Leihe, Verwahrung, Auftrag und Schenkung anders als bei Kauf und Miete auf den Zusatz »Vertrag« verzichtete. Das Schuldrecht kennt dagegen nur einen Vertrag, der mit zwei übereinstimmenden Willenserklärungen das synallagmatische Verhältnis organisiert. Im deutschen Verb »vertragen« ist das Willenselement präsent, auf das die Realverträge gerade verzichten. Allein durch die Hingabe eines Darlehens entstand ein Rechtsverhältnis, das die Verpflichtung begründete, den Betrag später zurückzugeben. Hierfür hatten die Römer eine besondere Klage, die *actio certae creditae pecuniae*. Demgegenüber standen an Kauf und Miete orientierte Rechtsverhältnisse, bei denen übereinstimmende Willenserklärungen erforderlich waren. Sie wurden im römischen Recht über die *stipulatio* erreicht. Daraus lässt sich folgern, dass dem römischen Recht das Denken in den Kategorien der Willensfreiheit des 18. und 19. Jahrhunderts, die den deutschen Vertragsbegriff im Allgemeinen Schuldrecht wie im Allgemeinen Teil des BGB bestimmen, fremd war. Noch Savigny sah daher in einem realvertraglichen Darlehen eine ungerechtfertigte Bereicherung, die als gesetzliches und nicht als vertragliches Schuldverhältnis ausgestaltet war. Gleichwohl wird in der Literatur behauptet, der Realvertrag habe schon zu Zeit des römischen Rechtsgelehrte Gaius bestanden (Kaser 1971 – *Das römische Privatrecht* S. 179), obwohl man den Realvertrag vom Konsensualvertrag deutlich zu unterscheiden wusste. Ein *Konsensualvertrag* ist somit nach deutschem Recht (§§ 145 ff BGB) ein Pleonasmus. Jeder Vertrag setzt heute eine Einigung voraus. Beim »Vertrag« übersetzte man den römischen Begriff *contractus*, wie ihn die anderen Sprachen weiterverwenden, obwohl in dessen Wortlaut (*contrahere* = zusammenziehen) das Willenselement noch nicht enthalten war. Nach dem BGB ist der Realvertrag zwar kein Vertrag aber ein *contractus*. Erst als § 607 BGB

Deshalb war der Darlehensbegriff an sich auch für das unbrauchbar, was sich im 19. Jahrhundert als verzinsliche Kreditierung zunächst im Handel und dann in der industriellen Wirtschaft durchsetzte. Geld konnte man genauso wie Sachen und Sklaven mieten. Das Rechtssystem des 19. Jahrhunderts hatte somit eine Doppelmoral: auf der Oberfläche lebte weiter der Realkontrakt eines nicht synallagmatischen Darlehens fort, dessen Reziprozität als Altruismus missverstanden wurde. Unter dieser Oberfläche entwickelte sich die Geldmiete unter falscher Bezeichnung.

Die Geschichte ist gut dokumentiert allerdings wenig verstanden.¹⁵⁶ Zunächst akzeptierte man die getrennte Zinsvereinbarung und machte sie zum Vertragsbestandteil. Schon § 607 Abs. 2 BGB a.F. ließ damit das Paradox eines verzinslichen reziproken Vertragstypus zu, der damit bereits synallagmatisch war. Doch das Reichsgericht sollte bis 1939 warten, um den synallagmatischen Charakter von Darlehensnutzung und Zinsen und damit das synallagmatische Darlehen anzuerkennen. Anlass war § 817 S. 2 BGB, der bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Rückforderung dessen, was der andere geleistet hatte, ausschließt. Die Gerichte mussten nun entscheiden, was die Leistung des Darlehensgebers sein sollte: das Geld oder die Geldnutzung. Es entschied sich nunmehr und seitdem für die Geldnutzung, so dass bei sittenwidrigen Darlehen das Darlehen selber zwar zurückzuerstatten ist, die Nutzungszeit jedoch beim Darlehensnehmer verbleibt. Damit war das Darlehen zur Geldmiete geworden.¹⁵⁷ Der weitere Weg bestand dann darin, den Konsens im Darlehen zu verankern. Dies geschah über die Figur eines konstruierten Vorvertrages, der implizit geschlossen sein sollte und alles Wesentliche regelte. Man konnte aus dem Vorvertrag nicht auf Darlehensauszahlung, wohl aber auf Abschluss eines Darlehens klagen, was den gleichen Effekt hatte.¹⁵⁸ Letztlich stand dies dann auch in der missglückten Definition des Verbraucherkreditgesetzes von 1991 und fand seinen Abschluss in der Formulierung im BGB im Jahre 2002.

Doch es war nicht rechtswissenschaftliche Dummheit, die der faktisch durchgesetzten Geldmiete den rechtsdogmatisch zutreffenden Ausdruck im Recht ver-

durch § 488 BGB ersetzt wurde, reduzierten sich die Vertragsverhältnisse auf solche, die dem Schuldvertragsmodell der Willensfreiheit entsprachen.

156 Statt zu erkennen, dass das traditionelle Darlehen (*mutuum*) mit dem modernen Darlehensvertrag nichts zu tun hatte, sondern lediglich als begriffliche Hülle benutzt wurde, um dem aufkommenden Finanzkapitalismus einen Platz im angestammten Kanon der Verträge zuweisen zu können, wurde bei jedem weiteren Schritt der Entfremdung diese Entwicklung als Entdeckung des wahren Kerns des Darlehens dargestellt. (vgl. zur jüngsten sowie älteren Geschichte *Rolle 2002 – Die Reform des Darlehensvertrages*; *Friess 2014 – Der Darlehensvertrag in historisch-rechtsvergleichender Sicht*; *Lübnow 1965 – Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*)

157 RGZ 161, 52 bis 61 Entscheidung vom 30. Juni 1939; anders noch RGZ 151, 70 von 1936.

158 BGHZ 83, 76 ff. (81).

weigerte. Überall in der Welt benutzte der aufkommende Kapitalismus reziproke Denk- und vorkapitalistische Kooperationsformen für das aufkommende Vertragsdenken. Es trug zur ideologischen Akzeptanz der von Religion, Feudalherren, Religionsstiftern, Kirchenvätern und antiken Philosophen gleichermaßen verpönten Geldmiete bei, die heuristisch das sich selbst verwertende Kapital mit der Arbeit gleichstellte.

Es gab parallele Entwicklungen auch bei den anderen Arten der Miete: bei Wohnung und Arbeit. Auch dort wurde die damals gebräuchliche *locatio conductio rei* (Sachmiete wie Sklavenmiete) sowie die *locatio conductio operis* (Werkvertrag) weder zum Vorbild des modernen Wohnraummiet- noch des Dienstvertrages genommen. Auch hier verweigerte man sich der Anerkennung des ebenfalls synallagmatischen Vertragsdenkens in der Miete. Man nahm sich beim Arbeitsvertrag stattdessen das Knechtschafts-, Dienst- und Sklavenverhältnis der Antike zum Vorbild. Bei der Ausgestaltung des Wohnraummietrechts für die in die Städte strömenden Arbeiter setzte sich trotz begrifflicher Einordnung als Miete als Idealtypus das Bauernhaus mit seinen rechtlosen Gesindewohnungen durch.¹⁵⁹ Die Folge war, dass das Vertragsrecht des 19. Jahrhunderts die feudalen Unterordnungsverhältnisse fortsetzte und das Denkmodell marktmäßiger freiheitlicher Kooperation, den Kaufvertrag, auf das Eigentum begrenzt blieb.

Kredite und Häuser waren Produkte, die man auf dem Markt ebenso anbot wie die Produktionsmittel, mit denen man die Arbeit der Menschen in die Kapitalverwertungsbedingungen einpasste. Alles wurde käuflich. Arbeit, Wohnen aber auch Konsum wurden zwar auf dem Markt angebahnt, dann aber in Unterordnungsverhältnissen fortgesetzt.

c Darlehensvertrag (§ 488 BGB): Geldkauf und Verbriefung

Das reziproke Darlehen des § 607 BGB a. F. war bereits vor 2002 in der Rechtsanwendung dazu benutzt worden, auch synallagmatische gewinnorientierte Darlehen auszudrücken. Die Neufassung bestätigte diese Entwicklung: »(1) *Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.*«

Beide Seiten verpflichten sich im *Konsens*. Nicht der Erwerb des Eigentums am Geld bestimmt das Darlehen. Es ist die *Verfügbarmöglichkeit* über den Geldbe-

¹⁵⁹ Ausführlich dazu die Beiträge in Nogler, Reifner (Hg.) 2014 – *Life Time Contracts* sowie Reifner 2013 – *Soziale Nutzungsverhältnisse*.

trag, also die Nutzung, die seinen Charakter repräsentiert. Der Vermögenserwerb ist anders als beim Kaufvertrag nicht mehr Vertragszweck, sondern nur noch Mittel, um Kapital temporär nutzen zu können.¹⁶⁰

Doch die Definition des § 488 BGB bleibt ambivalent. Sie suggeriert, dass man die *Zinsen* für das *Zurverfügungstellen* des Kapitals und nicht für seine *Nutzung* bzw. seinen *Gebrauch* zahlt. Der Gesetzgeber hätte sich das Modell des synallagmatischen Mietvertrages in § 535 BGB genauer anschauen müssen, wo Nutzung und Mietzins deutlich gegenübergestellt werden. Doch dieses Versäumnis ist nicht zufällig, sondern der weiterhin gepflegten ideologischen Verbindung der Kapitalnutzung mit Kaufvertrag und Erwerbsgeschäften geschuldet.

Die Elemente des gewinnorientierten synallagmatischen Vertragsmodells der Handelsgesellschaft wurden auf das Darlehen übertragen.¹⁶¹ Es wurde zum *Vertrag*. Das Nutzungsverhältnis wurde in den rechtsfreien Raum verlagert. Praktisch

160 Die römischen Juristen entwickelten das Darlehen, weil sie für die Anwendung des Mietrechts dogmatische Probleme hatten. Bei Getreide, Holz oder anderen »beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen« (»vertretbare Sachen« § 91 BGB) oder »deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht« (»verbrauchbare Sachen« § 92 BGB), musste die Nutzung logisch das Eigentum verletzen bzw. beeinträchtigen, weil dieses Eigentum durch die Nutzung unterging. Deshalb brauchte der Nutzer das volle Eigentum. Er versprach aber, nach Vertragsende dafür Dinge gleicher Art und Güte zurückzuerstatten (Vgl. B.2.b)). In Miete und Leihe musste dagegen dasselbe zurückerstattet werden. Das Darlehen repräsentierte damit den Konflikt zwischen Eigentum und Kapitalnutzung. In Art. 1875 frz. Code Civil finden wir diese Sonderregeln noch heute. Der neue Paragraph für das Sachdarlehen spricht in § 607 BGB auch bei vertretbaren Sachen von einem synallagmatischen Vertrag. Das Eigentumsrecht zeigte in der Geschichte, dass seine gedachte Exklusivität nutzungsfeindlich ist. Letztlich braucht die Wirtschaft kein exklusives Eigentum, sondern die Möglichkeit, das Kapital nutzen zu können, das andere erarbeitet haben. Der Eigentumsbegriff erleichtert das Handeln, nicht aber die Nutzung. Marx ersetzte in seinem späteren Hauptwerk anders als in den Frühschriften den Eigentumsbegriff durch den Kapitalbegriff. Schon 1800 sei nicht das Eigentum, sondern nur die Verfügungsmacht über Kapital dem Bürgertum »heilig« gewesen. Piketty (Piketty 2014 – *Das Kapital im 21*) benutzt den Kapitalbegriff wiederum nicht in der Marx'schen Tradition, sondern in der Tradition des Eigentumsbegriffs. Er füllt ihn in Übereinstimmung mit der anglo-amerikanischen Sichtweise der property rights mit dem Vermögen auf und analysiert dessen Verschiebungen. Vermögen ist i. S. des Art. 14 GG sowie der property rights dann nur noch Geldbesitz, so wie ihn die Finanzberater in ihrem »Vermögensaufbauplan« verstehen. Der Titel »Kapital« ist bei Piketty falsch gewählt. Er befeuert damit ein Missverständnis, wonach die Probleme des Kapitalismus nicht im Missbrauch von Eigentum(smacht), sondern schon in der Akkumulation von Kapital bestehen.

161 § 433 BGB: »(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. ... (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen ...« § 320 BGB lautet dann: »(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern ...«. Durch den Verweis auf den Schadensersatz der §§ 249 ff BGB in § 325 BGB wird zudem deutlich, dass die Gegenleis-

hat die historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts (Pandektisten) die rechtsschöpferische Entwicklung des römischen Rechts des Mittelalters (*ius commune*) durch die Option für das Marktmodell der Kaufgesellschaft geopfert. Savigny und Windscheid reinigten das Vertragsrecht von seinen Nutzungs- und Zeitelementen, wie sie in der Miete (*locatio conductio*) entwickelt vorlagen. Entsprechend in Vergessenheit geriet auch das Nutzungseigentum (*dominium utile*). Das exklusive Eigentum (*dominium directum* § 903 BGB) blieb allein übrig. Das kaufrechtliche Denken zum Darlehen stellte allerdings dessen Natur auf den Kopf.

Waren die für die dauernden Verhältnisse bei Konsum, Arbeit und Wohnen adäquaten Rechtsformen ausgeschaltet, so bestand ein Formenvakuum, das der Großindustrie und den Landjunkern aber auch dem Bauern und der Hausherrschaft die Möglichkeiten beließ, feudale Herrschaftsverhältnisse über die Arbeitenden fortzusetzen. Allein Abschluss und Beendigung des Vertrages wurden meist zudem nur formal der Vertragsfreiheit unterstellt. Im Arbeitsrecht endete die Vertragsfreiheit am Werktor. Dort begannen Dienerschaft und Unterordnung. Die Nutzung der Produktionsmittel durch den Arbeiter, die den Grund seiner Verdingung darstellte, fand im Vertrag keine Berücksichtigung. Nicht viel besser erging es den Wohnungsmietern, die nach Vertragsschluss der Herrengewalt des Eigentümers des Hauses ausgeliefert blieben. Im Darlehensvertrag musste der Kapitalnutzer in die Rolle des Schuldners schlüpfen, der mit der Kapitalsumme ungerechtfertigt bereichert war. Über Bürgschaft, Hypothek, Grundschuld, Sicherungseigentum und Lohnvorausabtretung wurde die feudale Befehlsgewalt der Gutsherren über Leben, Arbeit und Konsum der Schuldnerfamilien auch den Gläubigern verliehen. (II.E.1.b))

Die handelskapitalistische Heuristik, wonach der Schuldner durch das Recht zu freiem Vertragsschluss und Beendigung seines Glückes Schmied geworden war, legitimierte in den bezeichneten Bereichen Dauerunterordnungsverhältnisse.¹⁶² Wer den Kredit aufnimmt, weil er einen bestehenden Kredit umschulden

tung, wo sie nicht schon in Geld besteht, in Geldwerten zu bemessen ist und mit einem Gewinnerzielungsinteresse (§ 252 BGB) verbunden wird.

- 162 Für die Arbeit der Knechte und Mägde auf dem Lande sowie der Dienstboten im Haushalt der Reichen erlaubten Code Civil und das preußische Allgemeine Landrecht auch im Kapitalismus des 19. Jahrhunderts Diener- und Sklavenverhältnisse, die Kündigungen ausschlossen. Entgegen den allgemeinen Verkündungen der Theoretiker und Reformer der bürgerlichen Gesellschaft setzte sich die marktmäßige Form von Arbeit, Wohnen und Geldnutzung lange nicht durch. Mitte des 19. Jahrhunderts dominierten feudale Abhängigkeitsverhältnisse wie Familie und Dienerschaft bei der Arbeit, Patriarchat bei Haus und Hof (*pater familias*), Grunddienstbarkeiten und dingliche Pacht (*usus fructus*) bei den Grundstücken oder einfache Hierarchien wie das Lehen und die Leibeigenschaft oder aber auch die Fabrikarbeit. Das Recht hätte Besseres anzubieten gehabt. Die Zerteilung der über das Geld vermittelten Kooperation in Kauf- und Nutzungsverhältnisse hatte sich schon in der Frühzeit in der Zwei-

muss, wer eine Arbeitsstelle braucht, um Einkommen zu erzielen oder einen Mietvertrag schließt, um ein Dach über dem Kopf zu haben, der ist mit demjenigen nicht vergleichbar, der im Handelsgeschäft kalkuliert, ob es sich für ihn lohnt. Arbeitslosigkeit, Obdachlosigkeit und Überschuldung wurden zur Geißel der Moderne, ohne dass das kaufrechtliche Vertragsmodell bei Arbeits-, Wohnraummiet- und Darlehensvertrag einen Platz für sie gehabt hätte. Doch die Symptome dieser Inadäquanz werden erst in der Dienstleistungsgesellschaft unübersehbar. In der Handelsgesellschaft waren Konsum und Arbeit noch nicht ausreichend vergesellschaftet, sondern fanden in individueller Form statt, so dass das Eigentum (Hausbesitz, täglicher Lebensbedarf, bäuerliche Selbständigkeit, Handwerker) noch ausreichende Nutzungsmöglichkeiten vermittelte. Erst die Verbreitung des Arbeitsvertrags in der Industriegesellschaft des späten 19. Jahrhunderts verlangte nach Ergänzungen. Doch die sollten das kaufrechtliche Schuldrechtsmodell nicht berühren. Die zeitlichen und sozialen Elemente der Nutzung wurden statt in den Dienstvertrag des BGB in das kollektive Arbeitsrecht verlagert, das von Gewerkschaften und Staat verwaltet wurde. Obwohl die Tarifverträge nur den kollektiven zeitbezogenen Kern des individuellen Arbeitsvertrags sichtbar machten und mit ihrer normativen Wirkung ausfüllten, führte dies nicht zu einem neuen Begriff des Individualarbeitsvertrages, sondern zu einer Zersplitterung des Arbeitsrechts in einen kaufrechtlich gedachten Arbeitsvertrag und einen nutzungsorientierten Kollektivvertrag.

Der Grund dafür, dass die Symptome verdeckt und die Revolution zu mehr gleicher Freiheit im juristischen Denken unterdrückt wurde, liegt im Primat des freien Austauschs von Waren auf den Märkten. Soweit es um Zugang und Beendigung, um *hire and fire* geht, sollte das kaufrechtliche Denken dominieren. Den Rest notwendiger Regeln verlagerte man in arbeitsschutzrechtliche Ausnahmen, Betriebsverfassungsverfahren und Tarifvertragsauseinandersetzungen. Dienstleistungen bleiben daher trotz ihrer fundamentalen Andersartigkeit punktuell austauschbare Waren in marktmäßigen Prozessen.¹⁶³ Ein dem Kaufrecht entsprechendes Recht der marktmäßigen Kapitalnutzungen mit eigenen Prinzipien

teilung des synallagmatischen Vertrags in Kauf und Miete, *emptio vendita* und *locatio conductio*, niedergeschlagen. Doch im Vertragsverständnis zählte nur das Kaufrecht. Das zeigt sich bei den Fällen, die die Romanisten und Schuldrechtler in der Lehre bemühen. Es sind fast ausschließlich Eigentums- und Kaufrechtsfälle. Die Miete wird eher nebenbei behandelt. (Zur relativ geringen Bedeutung des Mietrechts im römischen Recht vgl. Kaser 1971 – *Das römische Privatrecht*; Honsell 2010 – *Römisches recht*; Schmidlin, Dunand et al. 2012 – *Droit privé romain*).

163 Etwa bei der Bestimmung von Märkten: »Produkt- und Dienstmärkte« (§ 14 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz), beim Bruttonationaleinkommen bzw. Bruttosozialprodukt: »Summe aller Güter und Dienstleistungen in der jeweiligen Landeswährung« Bundeszentrale für politische Bildung 09. 09. 2015 – *Bruttosozialprodukt* | bpb »Bruttosozialprodukt«.

und Grundformen hat sich nicht entwickeln dürfen, weil sich darin die reine Informationsideologie des Marktes hätte infrage stellen müssen.

Historisch ist dies verständlich. Der (Außen) Handel der Antike brachte den Kaufvertrag (*emptio venditio*) und damit das Marktparadigma hervor. Die Märkte, die die Grundlage der Verstädterung und ihrer alternativen Denkweisen bildeten, waren Kaufmärkte. Dazu gehörte auch die Sklavenarbeit, da Sklaven typischerweise gekauft oder zugeteilt wurden. Die Nutzung des selbst oder von anderen Menschen erarbeiteten Kapitals erfolgte über die persönliche Herrschaft (*dominium*/Eigentum). Die Titel dazu konnten in der feudalen Form von Erbschaft und Lehen (*dominium, patrimonium*) oder der bürgerlichen Form des Kaufs (*dominium, proprietas*) erworben werden. Auf diese Weise konnte das bürgerliche Recht die Herrschaft des *dominus* gegen den Gleichheitsgrundsatz verteidigen. Es rechtfertigte damit sogar die Sklaverei des 19. Jahrhunderts. Die bürgerlichen Ideologien der Naturrechtler des 17. Jahrhunderts versöhnten sich angesichts des Nutzens des Kolonialismus für den Kapitalismus nicht nur in den USA mit der Sklaverei.¹⁶⁴

Gegen das kaufvertragliche Pathos der Privatautonomie verteidigten die neuen Herren im 19. Jahrhundert die »persönliche Abhängigkeit« der *Dienstmiethe* im Arbeitsverhältnis, den Schuldturm im Kreditrecht und eine rechtlose Stellung der Wohnungsmieter gegenüber den Hauseigentümern. Die allzu groben Widersprüche wurden nicht zuletzt in Folge politischen und sozialen Druck später durch Arbeits-, Mieter-, Verbraucher- und Schuldnerschutzrechte gemildert.

Die Vernachlässigung der Kapitalnutzung gegenüber dem Kapitalbesitz ist aber nicht Schuld des römischen Rechts. Es hatte für diese beiden Alternativen wirtschaftlicher Kooperation durchaus zwei gleichwertige Vertragsformen hervorgebracht: den Kauf- und den Mietvertrag.¹⁶⁵ In ihnen waren unter den freien Bürgern die Ideen der bürgerlichen Revolution von Gleichheit, Freiheit und Sicherheit verwirklicht. Weder Sklaverei noch Freundschaft, sondern Freiheit und Eigennutz sollten dort die Verhältnisse bestimmen. Die rechtsdogmatische Revolution hat sich sehr einseitig auf den freien Eigentumserwerb der Besitzenden

164 Pufendorf, als Vater des Vernunftrechts verehrt, erklärte (ähnlich wie Hobbes und Grotius) die Sklaverei synallagmatisch. Sie sichere nur die berechtigte Forderung des Herrn an den Sklaven nach Rückzahlung einer Investition, die durch die Aufzucht bzw. die Zahlung des Kaufpreises an den Vorbesitzer vorgeleistet wurde. (ausführlich Franke 2009 – *Sklaverei und Unfreiheit im Naturrecht*)

165 Dass Pothiers seinem Werk über den Kauf (*Pothier 1806 – Traité du contrat de vente*) ein Werk über die Miete (*Pothier 1806 – Traité du contrat de louage*) folgen ließ, ist nur scheinbar ein Widerspruch. Das Mietrecht wurde bei ihm wie bei Savigny ohne Rücksicht auf die fundamentalen Unterschiede von Vertrauensbeziehungen gegenüber Willensverhältnissen in die vom Kaufrecht geprägte Rechtsgeschäftslehre der Vertragsfreiheit eingepasst. Seine Besonderheit gegenüber dem Kauf ging dadurch verloren.

beschränkt. Befehlswirtschaftliche Formen für das Verhältnis der Eigentümer zu denjenigen, die dieses Eigentum nur *nutzen* konnten, waren vorteilhaft und deren Dominanz daher einem moralischen Opportunismus geschuldet. Als Denkmodelle waren sie auch für das unbewusste Funktionieren des Marktes notwendig.

Das gilt für seine *Zeitlosigkeit*¹⁶⁶. Sie trennt die Transaktionen, die für die Nutzungsmöglichkeit erforderlich sind, von der Nutzung selber. Der Kontakt der Menschen wird auf eine logische Sekunde reduziert. Während sich die Nutzung in der Realität abspielt, verlegt der Kaufvertrag sie ins Denken. Ökonomen bezeichnen diese Form des Vertrages als *Spot Contract*¹⁶⁷ (Punkt-Vertrag). Es ist der Wille der Parteien, der das Vertragsverhältnis bestimmt, nicht die tatsächlich damit erreichte andauernde Kooperation. Die Nutzung der Ergebnisse fremder Arbeit,

166 Es gibt in der Realität keine Beziehung ohne Zeit (und Raum). Zeit- und Raumlosigkeit sind Heuristiken (Fiktionen, Modelle, Ideologien), die soziale oder natürliche Prozesse gedanklich organisieren und zugänglich machen sollen. Die Rechtswissenschaft hat für das vertragliche Synallagma der Kaufgesellschaft deshalb die Gleichzeitigkeit durch die »logische Sekunde« erklärt. (Kuhnel 1992 – *Die juristische Sekunde*; Marotzke – *Die logische Sekunde*) Ihr entspricht in der Geometrie der »Punkt« ohne Ausdehnung bzw. ohne Teile, wie ihn Pythagoras und Euklid neben *Gerade* und *Kurve* entwickelten. Die Umgangssprache weiß von dieser Fiktivität. Sie versteht unter *Zeitlosigkeit* gerade ihr Gegenteil. Definitionen in einer populären Frage-Website (*wer-weiss-was GmbH 2008 – Was bedeutet Zeitlos*) lauten: »Ich würde zeitlos gleichsetzen mit den Attributen immerwährend, fortdauernd, beständig, klassisch; Synonym von ewig, klassisch, unvergänglich, unendlich; der Begriff wird gerne mit dem Gegenteil von »modisch, aktuell, innovativ« identifiziert, besonders wenn diese Eigenschaften etwas Vergängliches meinen; »zeitlos« kann ein Gegenstand sein, dessen Aussehen über die Zeiten hinweg als schön und ansprechend empfunden wird.«

167 Der Begriff kommt aus der ökonomischen Vertragstheorie (Bolton, Dewatripont 2005 – *Contract theory*). Während die Juristen den Vertrag mit der Heuristik des freien Willens als das letztlich einzige rechtlich anerkannte Kommunikationsmittel unter Menschen konstruieren, um festzustellen, an welcher Stelle und für welche Formen der Staat Verträge schützen und durchsetzen soll (*pacta sunt servanda*), haben sich vor allem Betriebswirte mit der Frage beschäftigt, wie effizient man mit dem Mittel einer einmaligen Vereinbarung ganz unabhängig von der rechtlichen Geltung Kooperationsbeziehungen etwa zwischen Aufsichtsrat und Management eines Unternehmens regulieren kann. Für Langzeitbeziehungen wie ein Arbeitsverhältnis haben sie festgestellt, dass die juristisch erzwungene Art von Verträgen mit der Fiktion des freien Willens nicht nur dysfunktional, sondern sogar schädlich ist. Die darin vorausgesetzte intellektuelle Möglichkeit der Vorsorge für zukünftige Konfliktbewältigungen i. S. der gegenseitigen Interessenwahrung fehlt den Dauerschuldverhältnissen. Arbeitsverhältnisse wie auch Kreditbeziehungen sind *Verhältnisse* von Dauer. Sie erfordern nach Vertragsschluss weitere Anstrengungen der Partner zur Findung von vorher nicht gedachten Lösungen. Die VertragsökonomInnen halten daher für Langzeitverhältnisse die Denkfigur eines Vertrages, der sich für den einmaligen Austausch wie beim Kaufvertrag mit einer nur logischen Beziehungssekunde (*Spot*) eignet, für nicht geeignet. Erfahrene Eheleute werden sich über diese Einsicht der Ökonomen kaum wundern, wenn sie erfolgreiche Konfliktlösungen mit dem

die der Kauf vermittelt, bleibt in einem Arbeits- oder Konsumtionsprozess grundsätzlich ein unbeachtliches Motiv, während die Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt wird. Für die Risiken des Erwerbers gilt im Grundsatz die Regel: *casum sentit dominus* – der Käufer trägt das Nutzungsrisiko.

Die Regeln des gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrages leiten sich aus der Vorstellung ab, Eigentum werde gegen Geld im Interesse der Gewinnerzielung unmittelbar getauscht. Die Freiheit, die die Vertragspartner durch Eigentum und Geld gegenüber dem jeweils anderen erworben haben, ist das kostbare Gut der bürgerlichen Revolution, mit der die Menschen vom Untertan zum Bürger befreit wurden. Seiner Verteidigung galten alle zwingenden Vorschriften des Privatrechts. Frei sein konnte nur die Rechtsperson (§§ 1, 21 BGB), gebunden sein konnte nur, wer dem Vertrag zugestimmt hatte (§ 145 BGB). Wer wegen Minderjährigkeit oder Geistesschwäche nicht erfassen konnte, was er vereinbarte, erhielt einen Vertreter. (§§ 104 ff BGB) Wer sich über Teile des synallagmatischen Inhalts des Vertrages irrte, konnte ihn mit der Folge der Nichtigkeit anfechten. (§§ 119 ff BGB) Wo die eine Leistung nicht erfolgt war, konnte die andere zurückgehalten werden. (§ 320 BGB) Wer nicht das leistete, was er versprochen hatte, musste den Geldwert ersetzen. (§§ 437, 280 BGB) Verträge verloren ihre Rechtswirkungen, wenn sie erfüllt waren. (§ 362 BGB) Die Erfüllung sollte im Zweifel sofort erfolgen. (§ 271 BGB) Weil keine Dauer für die Beziehung vorgesehen war, kam es auch auf traditionelle

vergleichen, was sie bei Eingehung der Ehe für die Basis ihrer Beziehung hielten. Eheverträge sind daher auch gut für die Scheidung, nicht jedoch für die Aufrechterhaltung der Ehe.

In der Praxis des Finanzsystems wird die Lösung für die Unzulänglichkeiten des Spotvertrags für Konfliktlösungen in das Verfahrensrecht verlegt. Grundsätzlich (Ausnahme § 313 BGB Wegfall der Geschäftsgrundlage) bleibt der Vertrag nach Punkt und Komma entscheidend für »das (materielle) Recht«. Tatsächlich aber wird der Vertrag oft nicht mehr konsultiert, weil das dazugehörige Verfahren der Gerichte mit abschließendem Richterspruch durch Verfahren, die den Vertrag ignorieren dürfen, verdrängt wird. (»Mediation«, »out-of-court-settlement«) Gerichtsentscheidungen, die sich an den zu Beginn des Verhältnisses erfolgten Bestimmungen im Vertrag orientieren müssen, werden durch vertragliche (»gegenseitiges Nachgeben« § 779 BGB), gerichtliche (§ 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) oder vor staatlichen Gütestellen abgeschlossene Vergleiche (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) verdrängt. Zur allmählichen Obsoleszenz des Spot-Vertrags gehört auch die Verdrängung traditioneller staatlicher Gerichte durch internationale Schiedsgerichte vor allem im Finanzsektor. Das 2016 verhandelte Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Abkommen zwischen den USA und der EU zum Freihandel und Investmentschutz hatte hier seinen Hauptstreitpunkt. Wie schon unter Banken international üblich sollten an die Stelle der Gerichte Schiedsgerichte treten, deren rechtsstaatliche Einbindung und Kontrolle ungeklärt war. Der ehemalige Verfassungsrichter Broß hielt dieses Abkommen (ebenso wie das Parallelabkommen mit Kanada CETA) wegen der Schiedsgerichtsklausel für verfassungswidrig. (*Kwasniewski* 19. 01. 2015 – TTIP: Ex-Verfassungsrichter hält Schiedsgerichte Spiegel Online, Januar 19, 2015). (Vgl. weiter Reifner 2011 – *Poverty and Contract Law*).

Werte rechtlich verfasster menschlicher Kooperation wie Vertrauen, Verlässlichkeit, Rücksichtnahme grundsätzlich nicht an. Hat der Verkäufer geliefert, so hat er seine Schuldigkeit getan.

Dieses Vertragsmodell des homo oeconomicus, das sich juristisch als Heuristik der freien Willenserklärung im Vertrag manifestiert, dominiert bis heute auch die juristischen Modelle, mit denen Geldgeschäfte beurteilt werden. Es passt nicht mehr. Der Kauf von Geld verschafft Eigentum am Geld, das noch keinen Nutzen bringt. Erst wenn man das Geld für Tauschgeschäfte gebraucht, erweist es seinen Nutzen. Da der Preis beim Kauf von Geld auch in Geld ausgedrückt wird, macht es keinen Sinn, gleiche Währungen gegeneinander auszutauschen. Das Gesetz vermutet die Vereinbarung der eigenen Währung als Schuld sogar dann, wenn sie in Fremdwährung ausgedrückt wurde. (§ 244 BGB) Geld ist neben der Arbeitskraft die einzige Ware, die sich nicht kaufen, sondern nur nutzen lässt.¹⁶⁸ Zudem werfen Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich zusätzliche Rechtsfragen auf, die bei den Einmalschuldverhältnissen in den nachvertraglichen Raum verbannt werden.¹⁶⁹

Das Recht spiegelt die Ideologie der Praxis. Der Banker hält Finanzdienstleistungsprodukte vor, verkauft Kredite, deren Preis die Zinsen sind. Zuständig ist der Salesmanager. Das Massengeschäft wird als Retailbanking (Einzelhandelsbankgeschäft) bezeichnet. Die Verkaufsorganisation bestimmt das Marketing. Auch Richter denken in diesen Kategorien. Ihr ganzes Augenmerk liegt auf dem Kreditabschluss. »Man hätte diesen Kredit nicht aufnehmen sollen«, »wer bürgt wird erwürgt«, »sie haben unterschrieben« bestimmen das Bild von der Überschuldung, auch wenn die empirischen Untersuchungen keinen Zweifel daran lassen, dass Überschuldung ein Ereignis im Kreditverhältnis und nicht eine Folge des Darle-

168 Beim Menschen anders wie beim Tier sollte aber die Fremdnutzung ausgeschlossen sein. Zwar können Mensch wie Pferd ihre Kraft nutzen. Doch beim Menschen gehört die Nutzung immer dem Träger der Arbeitskraft. Die Arbeitskraft sollte untrennbar von der Person sein. Im Arbeitsrecht hat man dies ignoriert. Man löste gedanklich die Arbeitskraft vom Menschen und wandte kaufähnliche Regeln auf diesen verobjektivierten Gegenstand *Arbeitskraft* an. Man konnte so die »Arbeit« vom Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag »kaufen«. Marx hat dieses Denken als Inkarnation kapitalistischen Denkens angeprangert. Er übersah, dass dieser Kauf gerade nach den Idealen des bürgerlichen Rechts bereits unzulässig war. Arbeitskraft und Mensch lassen sich nicht voneinander trennen. Die entgegenstehenden Heuristiken widersprechen der gleichen Freiheit. Nach dem Verbot des Kaufs von Menschen sollte im Recht auch deren »Nutzung« verboten werden. Das hindert keine moderneren industriellen Arbeitsbeziehungen, verlangt aber, sie anders zu denken. (Vgl. eingehend zum Arbeitsvertrag unten III.B.3.b) insbesondere FN 253 bis 261; sowie Reifner 2013 – *Soziale Nutzungsverhältnisse* Kapitel 2)

169 Oetker 1994 – *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*; Michalski 1979 – *Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses*; Wiese 1965 – *Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen*; Gierke 1914 – *Dauernde Schuldverhältnisse*.

hensvertrages ist.¹⁷⁰ Das Gegenseitigkeitsschema, wonach wer Geld erhalten hat, es auch zurückzahlen muss, verbindet die historische Vorstellung des Realvertrages und die durch ihn unterstellte ungerechtfertigte Bereicherung des Darlehensnehmers mit der kaufrechtlichen Vorstellung des *do ut des*. Leichtfertige Risikoübernahme zur Gewinnsteigerung oder der unbedingte Wunsch eine wenn auch zehnfach überteuerte Restschuldlebensversicherung abzuschließen, werden Verbrauchern unterstellt. Der Abschluss eines betrügerischen Kreditverhältnisses kann damit in ihre Verantwortung verwiesen werden.

d Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB): Verbriefung als Kredit?

Die Kaufvertragsideologie des Kredites wird in der Verbriefung (securitization) auf die Spitze getrieben. Als Verbriefungen zirkuliert nicht nur die Banknote. Idealtypisch erkennbar ist sie bei Wechsel und Scheck. Ihre Grundform sind das Schuldanerkenntnis und das Schuldversprechen, wie sie als Unternehmens- oder Staatsschuldverschreibungen bzw. Staatsanleihen »verkauft« (*emittiert*) werden, um Kredit »beim Publikum« aufzunehmen. Aber auch Aktie und Aktienoption sind verbrieft Kreditforderungen. Werden zukünftiger Wertverlust, Uneinbringlichkeit aber auch Gewinn und Verzinsung von einer Kreditforderung abgespalten und einem anderen Schuldner »verkauft«, wodurch sie »versichert« erscheinen, so sind auch diese *Futures* verbrieft. Sie machen einen immanenten Teil einer Kreditforderung zirkulationsfähig. Alle Verbriefungen zusammen sind *Wertpapiere* (*securities*). Sie machen den Kern des Investmentbankings aus. Dazu gehören auch die zirkulationsfähigen Kreditsicherheiten. Grundschild und Hypothek waren historisch mit dem Grundschildbrief bzw. Hypothekenbrief Vorreiter der Verbriefung. Trotz ihrer engen Beziehung zum werthaltigen Grundstück sind sie aber nur Sicherheiten und damit letztlich verbrieft Forderungen, die mehr (Hypothek) oder weniger (Grundschild) eng an das Schicksal der Kreditforderung angelehnt sind.¹⁷¹ Wir haben uns mit ihrer Funktion bei der Ermöglichung der Zirkulationsfähigkeit von Krediten (I.D.7), den dadurch gegebenen Möglichkeiten zur Streuung von Kreditrisiken und ihrem Missbrauch in den Finanzkrisen (IV.C.3) beschäftigt. Als Grundvoraussetzung des Geldes ist die Verbriefung ein

170 Knobloch, Reifner et al. 2014 – iff-Überschuldungsreport 2014.

171 § 1113 Abs. 1 BGB bestimmt die Hypothek als eine Schuld die (nur) »wegen einer ihm (dem Hypothekengläubiger U.R.) zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek)«, während § 1191 Abs. 1 BGB die Grundschild noch abstrakter als vom Kredit unabhängig definiert wird. Danach ist nur noch »eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen (Grundschild)«.

Grundelement jeder entwickelten (und damit geldbasierten) Wirtschaft. Doch wie beim Geld insgesamt gilt auch hier, dass der unbestreitbare Nutzen der Verbriefung das Nachdenken darüber nicht ersparen sollte, wie sie einen rechtlichen Rahmen erhalten kann, der die Vorteile und Funktionen für die Kooperation erhält, gleichzeitig aber ihre Nachteile bannt.

Es fehlt nicht an rechtlichen Regelungen für Wertpapiere. Sie sind in Bezug auf Zulassung, Art, Transparenz, Zirkulationsfähigkeit und Verkauf etwa im Wechsel- und Scheckgesetz, im Wertpapierhandelsgesetz aber auch in vielen Vorschriften des Bankaufsichtsrechts, des Börsenrechts oder internationaler Vereinbarungen global geregelt. Doch alle diese Regelungen haben ein Defizit gemeinsam: sie folgen allein der Kaufideologie, weil die Verbriefung ein Kreditverhältnis in eine Ware verwandelt und damit ganz grundlegend aus einem Kapitalnutzungsverhältnis ein Wert»papier« macht, das im BGB als Sache i. S. der §§ 433 (Sachkauf) bzw. Forderung i. S. des 453 (Rechtskauf) BGB zum Kaufgegenstand wird. Eine Kreditbeziehung verwandelt sich in eine Kaufsache. Entsprechend beziehen sich alle Vorschriften zu Wertpapieren auch auf den Erwerb dieser verbrieften Forderungen. In der logischen Kaufsekunde soll sichergestellt werden, dass das Wertpapier werthaltig bleibt, Betrugsformen ausgeschlossen sind, die Anzahl der Emissionen begrenzt, die Transparenz gewährleistet, die Preisbildung in (geregelter oder unregelter) Märkten erfolgt und die Forderungen in Registern und Grundbüchern aufgeführt eine gewisse Objektivität und Publizität erlangen.

Die auch heute noch geltende historische Grundlage hierfür findet sich in § 781 BGB. Danach gibt es einen »Vertrag, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis)«. Es ist nach dem Siegeszug des synallagmatischen Vertrages eine merkwürdige Vertragsform, die hier als Grundlage des Investmentbanking zum wesentlichen Bestandteil des Finanzkapitalismus geworden ist. Es soll ein schuldrechtlicher *Vertrag* sein, der ohne Gegenleistung ist. Es ist ein willensgetragener Vertrag und gehört damit nicht zu den faktischen und unentgeltlichen Realverträgen. Das Schuldanerkenntnis ist kein synallagmatischer Vertrag. Mit ihm allein kann keine wirtschaftliche Transaktion ermöglicht werden. Vielmehr ist es nur als unselbständiges Mittel in synallagmatischen Tauschprozessen gedacht. Es soll das Eintreiben einer Forderung vereinfachen. Das Gesetz geht explizit davon aus, dass es ein »Schuldverhältnis« und nicht nur eine *Forderung* gibt, die »anerkannt« wird. Ein solches Schuldverhältnis ist regelmäßig ein synallagmatischer Vertrag mit Leistung und Gegenleistung. Doch das Gesetz verlangt nicht, dass dieses Schuldverhältnis nachgewiesen wird. Es muss also nicht bestehen. Das Anerkenntnis ersetzt es nach Grund und Höhe. Man kann also *ohne Schuld schulden*, allein weil man eine »Anerkennungserklärung« (§ 781 BGB) abgegeben hat. Der Wille des Schuldners ersetzt die nachgewiesene Existenz einer Schuld. Die Schuld wird fingiert.

Damit sind die beiden Grundprobleme der Verbriefung benannt, die in der Finanzkrise so überaus deutlich geworden sind: (1) Gegen Schuldner wird wegen Forderungen durch ihnen unbekannte Gläubiger vollstreckt, deren Entstehung und Wert sie nicht bestreiten können. Gerichte werden so zu Inkassostellen der Gläubiger degradiert (Subprime-Krise).¹⁷² Entsprechend können wertlose oder im Wert zweifelhafte Wertpapiere zirkulieren und die Finanzstabilität untergraben. (2) Das Kreditverhältnis als Kooperationsbeziehung spielt nach der Verbriefung keine Rolle mehr. Der Schuldner kann vom Gläubiger keine Nachsicht und Unterstützung für den produktiven Gebrauch mehr verlangen.

Beides wird als Grundvoraussetzung eines Kapitalmarktes für unumgänglich gehalten. Es war gerade die Abstraktion von den zugrundeliegenden Darlehensverträgen und -forderungen, die den Siegeszug der Kapitalakkumulation einleitete. Die Menschen würden niemals in Schulden investiert (*Geld angelegt*) haben, wenn der Schuldner von jedem Investor verlangen könnte, dass ihm bei Vollstreckung nachgewiesen würde, dass er dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber auch zur Zahlung dieser Summe bei Fälligkeit verpflichtet sei. Diese *Abstraktion* wurde für Transfer und Akkumulation von Sacheigentum entwickelt. Sie setzt sich nur konsequent in seiner erweiterten Form des Geldvermögens an Forderungen und Anteilen fort.¹⁷³

Forderungen könnten ohne Abstraktion nicht zirkulieren, ihre Risiken nicht gestreut und das Kapital vieler Anleger nicht genutzt werden, wenn mit jedem

172 Zum Abstraktionsprinzip beim Wechsel vgl. Wittig 1996 – *Das abstrakte Verpflichtungsgeschäft*. Im Wechselprozess gem. den §§ 602 ff ZPO (entsprechend für Schecks gem. § 605a ZPO) ist diese Rechtlosigkeit, die für alle Urkundenprozesse sowie für Prozesse aus Grundschulden paradigmatisch ist, präzisiert. Es gibt einen vereinfachten Gerichtsstand für den Gläubiger beim Zahlungsort (§ 603 ZPO). Das Verfahren wird beschleunigt (§ 604 ZPO), auch der Gläubiger selber kann ausnahmsweise als Zeuge in eigener Sache auftreten (§ 605 ZPO), Einwendungen gegen die Forderung werden nicht zugelassen. (Dem entspricht auch das »Anerkenntnis« von Schulden im Prozess in § 307 ZPO). Zum wertpapierrechtlichen Abstraktionsprinzip vgl. Canaris 1971 – *Der Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht*. Grundlegend zum Verhältnis von individueller Willensfreiheit und marktorientierter Vertrauenserwartung vgl. dessen Habilitationsschrift Canaris 1971 – *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*.

173 Das Sachenrecht im dritten Buch des BGB baut auf dem Abstraktionsprinzip auf. Wer Eigentümer eines Grundstücks ist soll sich nur noch mit dem Grundbuch und nicht aus den jeweiligen Geschäften legitimieren müssen. Deshalb kann auch ein Sacheigentümer, der das Eigentum nur behauptet hat, aber im Grundbuch eingetragen wurde, das Eigentum wirksam übertragen. (§§ 873, 925 BGB) Bei beweglichen Sachen gibt es ebenfalls den gutgläubigen Erwerb (§ 932 BGB) vom Nichteigentümer. Doch anders als das italienische oder französische Recht geht das deutsche Recht noch einen Schritt weiter. Mit dem Abstraktionsprinzip verwehrt es dem ursprünglichen Eigentümer sogar bei nichtigem schuldrechtlichen Vertrag sich wieder auf sein Eigentum berufen zu dürfen. Die Eigentumsübertragung selber ist ebenso »abstrakt« wie ein Schuldanerkentnis. Das Gesetz gibt dem geprellten Voreigentümer

auch noch so kleinen Teil einer Forderung zugleich Kooperationspflichten mit dem Schuldner verbunden wären.

Doch können diese Funktionen heute nicht in Regeln eingebettet werden? Könnten nicht Betrug, Verantwortungslosigkeit und Spekulation in der Kreditvergabe und während der Kapitalnutzung sowie beim Inkasso einen weniger umfassenden Frei(*beuter*)brief erhalten, wie es Verbriefung und Abstraktionsprinzip im modernen Geldmarkt gewähren? Der Inhalt einer solchen Regulierung gehört wahrscheinlich zu den Schlüsselfragen eines Geldsystems der Zukunft, das Gerechtigkeit und realwirtschaftlichen Bezug zurückgewinnen soll. Hierzu nur ein paar Anregungen.

Die wirtschaftlichen Gründe, die für das Abstraktionsprinzip sprachen, verlieren an Bedeutung.

- Das Internet und die elektronische Informationsverarbeitung erlauben heute Transaktionen auch verbriefter Forderungen bis in ihre Entstehungsbedingungen hin zurückzuverfolgen. Die Geldwäschebestimmungen nutzen dies für ein Spezialgebiet. Die Pflicht zur Informationsspeicherung bei Verbriefungen ist technisch umsetzbar und mit keinen weiteren Kosten belastet. Das Löschen unerwünschter Informationen bei Weitergabe ist weit aufwändiger.
- Dies gilt auch für die Vermischung verbriefter Forderungen in Fonds. Ein strukturiertes Papier, das mehrfach geschachtelt auf immer wieder neu zusammengesetzte Fonds aufsetzt, kann durchaus mit der Pflicht versehen werden, seine Geschichte nachzuzeichnen, auch wenn daraus nur Spezialisten realwirtschaftliche Bezüge ableiten können.

Juristisch gibt es die Möglichkeit kleiner Schritte.

Das Abstraktionsprinzip im Wirtschaftsrecht muss nicht notwendig die gesamte Gläubiger-Schuldnerbeziehung erfassen. Die Zirkulationsfähigkeit und das Vertrauen der Investoren ist ein hohes Gut. Für dieses Gut wurde das Abstraktionsprinzip ausgebaut. Wie der große unverbrieft Darlehensmarkt verdeutlicht war es nur in geringem Maße notwendig, um das Risiko der Durchsetzbarkeit von Kreditforderungen zu senken. Man brauchte es für die späteren Erwerber der Schuld und damit für die Zirkulation.

mer nur einen sehr schwachen allgemeinen Bereicherungsanspruch. (§§ 812, 818 Abs. 3 BGB) Begründet wird dies einhellig mit der Vertrauensfunktion bei der Feststellung der Besitzverhältnisse für Dritte. Genau dies aber ist auch die Begründung für die Abstraktion der Wertpapiere durch Verbriefung. Die Ausdehnung des Eigentums auf Forderungen (»Verdinglichung obligatorischer Rechte«) wird hier nur konsequent fortgesetzt. (vgl. *Bönninghaus 2014 – Sachenrecht II*; *Buchholz 1978 – Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*; zu den neueren Entwicklungen vgl. *Kaspar 2002 – Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip*).

Damit bietet es sich an, zwischen den Abstraktionswirkungen für den ursprünglichen Gläubiger und Generator der Schuld und den späteren Erwerbern zu trennen. Dem zugrundeliegenden synallagmatischen Kreditverhältnis kann eine eigenständige Bedeutung belassen werden. Es lebt auch heute trotz Abstraktion weiter ist aber praktisch vom Schuldner undurchsetzbar, weil der Rückgriff verlangt, dass er zunächst zahlen muss. Man könnte aber die ursprüngliche Beziehung aufwerten. Die Rechte *aus* dem Papier müssen nicht die Pflichten aus der vertraglichen Beziehung mit dem ersten Gläubiger *mit* dem Papier ersetzen. Der ursprüngliche Gläubiger braucht auf die Privilegien der Verbriefung nicht verzichten, sollte aber auch nicht von der persönlichen Beziehung befreit werden. Dies ist auch heute ein verfassungsrechtlich gesichertes Grundprinzip des Eigentums. Der Kreditgeber kann sich nicht allein durch den »Trick der Abstraktion« von seinen Pflichten aus dem Darlehensverhältnis (§ 415 BGB)¹⁷⁴ befreien. Sie sind genauso beständig wie die Einreden, die der Schuldner gegen den ursprünglichen Kreditgeber hatte. (§ 404 BGB)

Das Darlehensverhältnis besteht somit weiter. Im Mietrecht, dem grundlegenden Bedeutung für das Verständnis der Natur des Darlehensvertrages zukommt (s. 3), gilt »Kauf bricht nicht Miete« (§ 566 BGB).¹⁷⁵ Ferner hat der Mieter ein Vorkaufsrecht (§ 577 BGB). Das Vertrauensverhältnis wird nicht einfach der Zirkulationsfähigkeit geopfert. Vielmehr kennt das Mietrecht einen Interessenausgleich.

174 Der Kreditgeber kann seine Pflichten aus dem Darlehensverhältnis weder einseitig aufgeben noch ohne Zustimmung des Schuldners übertragen. (§ 415 BGB) Dass die Kreditgeber gleichwohl behaupten können, sie könnten sich durch (den Trick der) Abstraktion von Einwendungen des Schuldners sowie eigenen Verpflichtungen befreien ist eher ein pragmatisches aber letztlich rechtswidriges Zugeständnis, das Gerichte ihnen machen, die arbeitssparend auf die Überprüfung der zugrundeliegenden Forderungen verzichten. Doch die Gerechtigkeit hat hier schon einige Lücken geschaffen. Wer z. B. bei einer erzwungenen Umschuldung im Formular für den Folgekredit die Restforderung aus dem umgeschuldeten Kredit »anerkennen« lässt, hat sich nach der Rechtsprechung mit diesem »Trick der Abstraktion« nicht davor geschützt, als Wucherer (im ersten Kredit) entlarvt zu werden. (BGH 24. 3. 1988 – IIII ZR 30/87 Rz 12: Einwendungen bleiben erhalten, Sittenwidrigkeit ergreift auch das Anerkenntnis) Beim Kreditverkauf besteht das Kreditverhältnis zudem bzgl. der Pflichten weiter. Die Rechte kann der Kreditgeber gem. § 398 BGB an einen Dritten auch ohne wirksame Zustimmung des Kreditnehmers übertragen. (Ausführlich dazu für den Fall des Verkaufs von Immobiliendarlehen ohne Zustimmung des Kreditnehmers *Reifner 2008 – Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen*; zur Abstraktion bei Kettenkrediten siehe *Reifner 2009 – Die neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten*).

175 Das römische Recht löste den Konflikt im Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter, also Darlehensgeber und Darlehensnehmer. Der Erwerber erhielt zwar das Haus und konnte es auch vom Mieter herausverlangen (*rei vindicatio*). Das aber beendete nicht den Mietvertrag. Vielmehr stellte sich die Räumung (*evictio*) als Bruch des Mietvertrages dar. Der Vermieter schuldete dem Mieter Schadensersatz. (*Hattenhauer 2003 – Bricht Miete Kauf* S. 153 ff, 154 mit Darstellung der Sachlage im internationalen Recht und in der Rechtsgeschichte.)

Beim Wertpapierverkauf geht dies ins Leere. In der Verbriefung durch den Schuldner liegt bereits die Zustimmung zum Weiterverkauf. Damit aber ist das Schuldanerkenntnis ein eigenes Kreditverhältnis ohne Rücksicht und Verantwortung. Doch die Praxis ist hier pragmatischer als das Recht. Wie die Griechenlandkrise aber auch die Krisen von Unternehmen und Gemeinden, die der Vollstreckung aus verbrieften Forderungen ausgesetzt sind, zeigt, wird das Problem leerer, künstlich aufgeblähter und unproduktiver Kreditvergabe durch die Verbriefung nicht behoben. Ob verbrieft oder unverbrieft, die Gläubiger sind gezwungen Rücksicht zu nehmen. Schuldenschnitt, Moratorium, fresh money sind die Begriffe, mit denen die Gläubiger im Eigeninteresse auch ohne rechtliche Verpflichtung den Schuldner verbriefter wie unverbriefter Forderungen retten. Dabei wird plötzlich ein Gläubiger-Schuldner-Verhältnis erkennbar, das die Rücksichtnahme (allerdings viel zu spät) erzwingt, um den Totalausfall zu verhindern. Allein das Vertragsrecht steht abseits. Nur im Insolvenzrecht (unten f)) zwingt der Staat die Parteien in ein solches Verhältnis und deckt damit auf, dass auch verbrieft Forderungen nichts anderes sind als Kreditgewährungen, bei denen Rückzahlung und Verzinsung aus dem aus der Nutzung erwirtschafteten Gewinn zu erzielen sind.

Das BGB ist an dieser Formalisierung nicht schuld. Schadensersatz und Bereicherungsausgleich treten als gesetzliche Schuldverhältnisse dort ein, wo das Gesetz einen Rechtsverlust im Interesse der Gemeinschaft zulässt. Es sind die Gerichte und die Zwangsvollstreckung, die in der Praxis gewährleisten, dass sich die Verbriefungen der Schuld immer weiter vom zugrundeliegenden Kreditverhältnis entfernen und damit aus ihren realwirtschaftlichen Bedingungen lösen konnten. In den strukturierten Papieren hat sich das Schuldanerkenntnis zu einer praktisch unwiderleglichen Schuldfiktion fortentwickelt. Der Schuldner kann Schaden und Bereicherung geltend machen. Er muss dies jedoch beweisen. Bei internationalen Kapitalmärkten, strukturierten Papieren, abgespaltenen Risiken, Fonds und ständig wechselnden juristischen Personen als Gläubiger ist das praktisch unmöglich gemacht worden. Das Recht hätte guten Grund, mit neuen Informationsvorhaltgeboten den Rückgriff auf das Grundverhältnis zu erleichtern.

Die Geschichte zeigt dafür ausreichend Symptome.¹⁷⁶ Das römische Recht

176 Die ideologische Überhöhung des Abstraktionsprinzips als Vertrauensprinzip (Canaris a. a. O.) oder als Vorrang der reasonable expectations über die Beachtung des freien Willens beider Vertragsparteien verkennt, dass es ja nicht um das Vertrauen aller Marktteilnehmer geht. Es sollen nur potenzielle Gläubiger geschützt werden. Gleichwohl werden die Kosten dieses Vertrauensprinzips den Schuldner und Kapitalnutzern allein aufgebürdet. Es kann also, will man Gläubiger und Schuldner an die Stelle von Unternehmer und Arbeitnehmer als Klassen sehen (vgl. I.D.2), als Prinzip eines Klassenrechts i. S. der marxistischen Theorie angesehen werden. Allerdings ist die Bevorzugung einer funktionalen Klasse auch im Interesse der Allgemeinheit möglich. Klassenrecht ist daher nicht per se undemokratisch.

kannte kein Abstraktionsprinzip beim Eigentum,¹⁷⁷ sondern nur bei der Schuld. Dort hatte es Möglichkeiten eines Ausgleichs vor allem durch das gesetzliche Schuldverhältnis (den *Quasi-Vertrag*, Art. 1371 Code Civil) der »ungerechtfertigten Bereicherung« (§ 812 BGB). Das römische Recht gab die Klagemöglichkeit, der »*condicto sine causa*«, der »Rückgewährung von grundlos Erhaltenem«. Diese Möglichkeit stellt das Schuldanerkennen nicht infrage. Es gibt jedoch dem Schuldner einen Anspruch, vom Erwerber das als Sacheigentum, Schuldverschreibung oder Wechsel einredefrei *Erlangte* zumindest seinem Wert nach (§ 818 Abs. 2 BGB) u. U. auch direkt (§ 816 BGB) erstattet zu bekommen. Dieser Anspruch ist zwar schwach, weil sich der Gläubiger auf den seitherigen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen kann und der Schuldner kein Recht hat, wenn er bei Unterzeichnung wusste, dass man nichts schuldete (§ 814 BGB). Doch das Grundprinzip des Aufopferungsanspruchs in Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ist daraus erkennbar: wer seine Rechte für das Gemeinwohl opfert soll hierfür entschädigt werden.¹⁷⁸ Zudem muss die Aufopferung auf das unbedingt notwendige Maß be-

177 Der eigenständige dingliche Vertrag des § 929 BGB wurde als Ausdruck des Abstraktionsprinzips des BGB von Savigny (*Savigny 1841 – System des heutigen römischen Rechts* S. 41) dem römischen Recht eher untergeschoben, um es historisch zu legitimieren. Die von ihm herangezogenen Stellen beschreiben nur Fälle, die diese Lehr nicht stützen (Inst. 2.1.40 28 und Julian D. 41.1.36), während bei Ulpian (D. 12. 1. 18) deutlich die Rechtslage so geschildert wird, wie sie auch in den romanischen Ländern heute noch besteht. Tragend ist dagegen seine politische Begründung. Savigny möchte ein unumschränktes Freiheitsrecht des Eigentümers gesetzlich verankern, das auch durch seine eigenen vorherigen Geschäfte nicht eingeengt ist. (*Strack 2011 – Hintergründe des Abstraktionsprinzips*, zum Ganzen vgl. *Laborenz 2014 – Solutio als causa*). (zur entsprechenden Fehlinterpretation des Darlehens sowie des politischen Credos durch Savigny vgl. FN I-462 sowie II.E.1.b.)

178 Man wird dem entgegenhalten, dass Art. 14 GG ja nur die vom Staat unfreiwillig erzwungene Aufopferung von Vermögen für das gemeine Wohl betrifft, also nur die Folgen einer »rechtmäßigen hoheitlichen Maßnahme« (BVerfG 1 BvR 2736/08 23. 2. 2010 Rdn 28) lindern will. Die Idee des gewohnheitsrechtlichen Aufopferungsanspruchs geht aber weit darüber hinaus. Der Anspruch hat sich aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 (ausführlich BGH 19. 2. 1953 – III ZR 208/51 – BGHZ 9,83) fortentwickelt. Dort heißt es in der Einleitung §. 75: »Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.« Am Beispiel der Impfschäden ist dies bis heute fortentwickelt worden. Bereits § 1 Impfgesetz vom 8. 4. 1874 (RGBl S. 31) ordnete die Schutzimpfung gegen Pocken an und überließ die Entschädigung dem ALR. § 20 Abs. 6 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen v. 20. 7. 2000 erlaubt nun den Landesministerien vorrangig aber dem Bundesgesundheitsministerium Impfpflichten zu statuieren. Gleichwohl knüpft der Aufopferungsanspruch in § 60 über die »Versorgung bei Impfschäden« nicht an die Pflicht zur Impfung, sondern an die Impfung als solche an. Er lässt genügen, dass eine solche Impfung öffentlich »empfohlen« (Abs. 1 Ziff. 1) wurde, also durchaus auch freiwillig erfolgte, jedoch der Allgemeinheit zugutekam. Der Gesetzgeber hat die Kreditaufnahme

grenzt werden. Die Zirkulationsfähigkeit von Forderungen auf dem Markt ist ein solches Gut. Die Abstraktion des Wertpapiers von den Bedingungen der Schuld stellt ein Opfer des Schuldners dar.

Daraus lassen sich gerechte Einschränkungen des Abstraktionsprinzips ableiten:

- Das Abstraktionsprinzip darf nur in dem Rahmen zugelassen werden, der sich aus seiner für das Gemeinwesen wichtigen Funktion in der Zirkulation notwendig ergibt. Darüber hinaus muss es eingeschränkt und in eine verantwortliche Kreditvergabe eingebunden werden.
- Soll das Abstraktionsprinzip im Interesse der Allgemeinheit gelten, so muss das Recht Sanktionen gegen die Gläubiger vorsehen und Kompensationen für die Schuldner bereithalten, die verhindern, dass sich hinter der Abstraktion allein egoistisches oder gar kriminelles und sittenwidriges Verhalten verstecken kann.

Schuldanerkenntnis und Verbriefungen setzen also Darlehensverhältnisse voraus und ersetzen sie nicht. Die Werthaltigkeit des Wertpapiermarktes und damit auch des Privatgeldes der Banken beruht auf der Werthaltigkeit der zugrundeliegenden Kreditforderungen. Durch die Abstraktion darf ein Betrug am Schuldner und auch beim Erwerber nicht rechtlich unantastbar werden. Schuldanerkenntnisse können nichtig sein, wo sie allein der Übervorteilung anderer dienen.¹⁷⁹ Bei Scha-

beim Publikum den Banken als Monopol anvertraut. Er zwingt dadurch die Kreditsuchenden, dort auch die Darlehen aufzunehmen oder aber bei Kreditaufnahme direkt bei anderen Bürgern die verbrieft Form zu wählen, d. h. Wertpapiere zu verkaufen. Das schafft im Interesse des öffentlichen Wohls und eines funktionierenden Marktes Sicherheit und Vertrauen im Bereich zirkulierender Forderungen (»Geld«). Dann liegt der Gedanke nicht fern, dass die damit verbundenen Risiken nicht allein von den Schuldnern zu tragen sind, wenn damit allgemeine Grundsätze der Gerechtigkeit (Verträge sind zu halten! Forderungen beruhen auf Gegenseitigkeit!) eingeschränkt werden.

- 179 Die Rechtsprechung zu nichtigen Schuldanerkenntnissen beschränkt sich allzu oft auf das sittenwidrige Zustandekommen des Anerkenntnisses (OLG Düsseldorf 26. 3. 1999 22 U 193/98). Richtig ist, dass bei gesetzlich angeordneter Nichtigkeit auch deklaratorische Schuldanerkenntnisse, die die Schuld eines nichtigen Vertrags betreffen, nichtig sind. Ansonsten würde eine (erschlichene) Unterschrift gesetzliche Rechte vernichten. (BGH 24. 06. 2010 – V ZR 225/09 –; NJW 2005, 2991, 2993; LG Berlin 17. März 2011 – 5 O 412/10 – (str.)) Jedem Wertpapierbegebungsvertrag liegt ein Darlehensvertrag zugrunde. Das Anerkenntnis ist also deklaratorisch. Die Abstraktion hat rein zivilprozessuale Bedeutung. Das Bereicherungsrecht muss hier den Ausgleich schaffen. Das hat der Bundesgerichtshof bei Vollstreckungsbescheiden aus sittenwidrigen Ratenkrediten auch einem an sich unangreifbaren gerichtlichen Vollstreckungstitel entgegengehalten. Er hat das über das Institut der bewussten sittenwidrigen Schädigung in § 826 BGB erreicht statt den Bereicherungsausgleich des § 812 BGB zu wäh-

densersatz- und Bereicherungsansprüchen sollte der erste Gläubiger die Beweislast dafür tragen, dass ein verantwortliches Kreditverhältnis zu seiner Entstehung geführt hat. Tendenzen hierzu werden mit den Pflichten bei Fonds, Mindestanteile am eigenen Fonds zu halten und nicht alle Risiken weiterzugeben, sichtbar. Die Eigenkapitalunterlegungspflichten bei Risikogeschäften haben denselben Effekt, weil die Haftung für das unterlegte Eigenkapital beim Emittenten bleibt. Eine digitalisierte Informationsgesellschaft wird tendenziell kein Abstraktionsprinzip mehr brauchen.

e Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 BGB): Verbraucherrecht und Verbraucherschutz

Mit der Schuldrechtsreform 2002 und der Integration aller Verbraucherverträge ins BGB sowie der Definition des Darlehensvertrages nach dem Modell einer mietrechtlichen Nutzung hätten Konsum und Nutzung generell Eingang in die relevanten Zwecksetzungen des Vertragsrechts finden können.¹⁸⁰ Das ist jedoch nicht geschehen. Verbraucherschutz fand weder als Wort noch als Prinzip einen Platz im Gesetz. Er wurde auch nicht zum *Konsum-* oder *Verbrauchsschutz* fort-

len. Es gibt also einen rechtlichen Grund, man soll sich darauf aber nicht berufen dürfen. Dadurch sollte die Durchbrechung der Rechtskraft »auf besonders schwerwiegende, eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt bleiben«. (BGH 24. 9. 1987 – III ZR 187/86) Regel und Ausnahme werden auf den Kopf gestellt. Abstraktion und Verbriefung sind bereits Ausnahmen vom Prinzip der Vertragstreue. Die Ausnahme von der Ausnahme stellt die Regel insoweit her, wie ihre Durchbrechung nicht notwendig ist.

- 180 Die Entdeckung des Zwecks im Recht wird Rudolf von Jhering (*Jhering 1884 – Der Zweck im Recht*) zugeschrieben, der im Vorwort schrieb, der Boden habe unter seinen Füßen gewankt, als er erkannte, dass die Leistung im Recht durch Zwecke gesteuert sei. Im Recht des Ausgleichs ungerechtfertigter Bereicherung (»zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens«) wurde diese Lehre für das Schuldrecht prägend. Während das französische Recht die *causa* als Grund eines Vertragsschlusses ansieht, haben die Pandektisten den Zweck herausgearbeitet. (*Westermann 1967 – Die causa im französischen*) Dies war ein wichtiger rechtsdogmatischer Fortschritt, der den weiteren Weg des Vertragsrechts weist. Die Einbeziehung des sozialen Bedürfnisses sowie der sozialen Folgen ins Synallagma kann auf dieser Zwecklehre aufbauen. Die *causa consumendi*, die Konsum als (sozialen) Zweck eines Vertragsverhältnisses ins Blickfeld rückt (*Reifner 1979 – Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel*), wird bisher nur ausnahmsweise im Gewährleistungsrecht oder bei bewusster Täuschung beachtet. Der Konsum bestimmt inzwischen deutlich die vertraglichen Schutzrechte im Verbraucherrecht. Dies hat ein Ausmaß angenommen, das auch die Natur des Verbraucherdarlehensvertrags beeinflusst. Der freie Willen ist demgegenüber nur eine Heuristik, mit der Vertragsschluss und Beendigung von Darlehensverträgen in das kaufvertragliche Denken eingepasst werden können. Begrenzt man ihn auf das, was unbedingt notwendig ist, um die Freiheit der Vertragsparteien zu wahren, so entsteht Raum für eine Berücksichtigung der Konsum-

entwickelt. Die Informationsrechte, die im Namen des Verbraucherschutzes ins Gesetz geschrieben wurden, beziehen sich auf den Schutz bei persönlicher Schwäche von Menschen, die aus rechtlich unbeachtlichen Gründen ihre Bedürfnisse durch marktmäßigen Erwerb befriedigen wollen und dabei am Formalismus des Rechts und der Geschäftsgewandtheit der Anbieter scheitern.

(1) Verbraucherschutz als Schutz des Marktverhaltens: Verbraucherrecht

Mit der einheitlichen Definition des Verbrauchers in der EU¹⁸¹, die in den §§ 13, 491 BGB in deutsches Recht transferiert wurde, übernimmt das Gesetz die Überzeugung, dass Geschäfte zwischen Unternehmen (B2B) rechtlich anders zu behandeln sind als Geschäfte eines Unternehmens mit einem Verbraucher (B2C).¹⁸² Was es bedeuten soll, darüber herrscht Verwirrung. *Verbraucher* (§ 13 BGB) und *Verbraucherdarlehensvertrag* (§ 491 BGB) suggerieren einen Verbrauchervertrag. Ihnen steht die Bezeichnung *Verbrauchsgüterkauf* (§ 474 BGB) gegenüber. Beide berufen sich auf dieselbe Idee des *Verbraucherschutzes*. Doch dies ist bisher nur im Aufsichtsrecht verankert. Verbraucher oder Verbrauch, Person oder Funktion – was soll geschützt werden? Verbraucherschutz, Konsumentenschutz, consumer protection, la protection du consommateur – immer erscheint die Person als Schutzobjekt. Doch dies kann in doppelter Weise geschehen: durch Schutz seiner oder ihrer Person oder durch Schutz von Funktionen, die er oder sie als Person notwendig ausüben müssen um zu existieren. Wer das Leben eines Menschen schützt, schützt auch seine Person. *Verbraucherschutz* ist daher immer auch *Ver-*

bedürfnisse der Menschen. Wo z. B. die Erreichung des dem Vertrag zugrundeliegenden Konsumzwecks des Kreditnehmers durch unproduktive Kreditvergabe und kollusive Kreditkooperation gänzlich unmöglich gemacht wird und dies mit der Vertragsfreiheit der Verbraucher gerechtfertigt wird, sind die Grenzen der Zulässigkeit der Verwendung dieser Heuristik erreicht.

- 181 *Verbraucher*: »eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann« Art. 3 (a) Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG. (Ebenso Art. 4 (1.) Hypothekarkreditrichtlinie 2014/17/EU sowie Art. 2 (1.) Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU).
- 182 Die Abkürzungen kommen aus der Unterscheidung in den USA. B2B heißt danach Business-to-Business. B2C bedeutet Business-to-Consumer. Mit dem Englisch der *Short Message Services* (SMS) wird Sprache von ihrem historischen Kontext isoliert und auf emotionale Floskeln reduziert. Beispiele aus den SMS sind: 2L8 Too late (zu spät); 2G4U Too good for you (zu gut für dich); 4e Forever (für immer); 4u For you (für dich); 1oq Thank you (danke); 2d4 To die for (dafür würde ich sterben); 2day Today (heute); 2f4u Too fast for you (zu schnell für dich). (www.maxiflife.de »SMS-Kürzel«)

braucherschutz. Verbraucherschutzrecht teilt sich auf in das Recht, das die Person in ihrer Entscheidungsfreiheit auf dem Markt schützt (Verbraucher(schutz)recht) und das Recht, das den Konsum unmittelbar betrifft und ihn schützt (Verbrauchs(schutz)recht).

Nicht die Person, sondern die Funktion ist Schutzobjekt. Es werden nicht alle, sondern nur bestimmte Geschäfte natürlicher Personen geschützt. Zweck der Geschäfte ist der Konsum. Nur deshalb heißt die geschützte Person Verbraucher. Doch rechtlich wird zwischen dem Schutz des Mittels und dem Schutz des Zwecks unterschieden: Marktschutz ist Wettbewerbsschutz, Verbraucherschutz ist Schutz des Konsums.

Etwas anderes lässt die Gerechtigkeit des Rechts nach dem Konzept »gleicher Freiheit« im Rechtsstaat nicht zu. Recht soll ohne Ansehen der Person regulieren. Verbraucherschutzrecht umfasst daher die Summe der Regeln, die den bezeichneten gesetzgeberischen Zweck verfolgen. Verbraucherschutz kann daher über die Stärkung der Rolle des Verbrauchers als Käufer auf dem Markt oder marktunabhängig durch die Regulierung der Konsummöglichkeiten (Produkt- bzw. Angebotsregulierung) erreicht werden.

Die Gruppe der Verbraucher ist personell nicht unterscheidbar. Anders als einst Adel, Bürgertum oder Bauer ist jeder Mensch Verbraucher. Der Verbraucher eignet sich auch nicht als Zielgruppe eines besonderen Schutzes nach askriptiven Merkmalen wie Arme, Behinderte, Frauen oder Kinder. Entsprechend bemüht sich das Gesetz auch gar nicht erst, den Verbraucher als Person mit bestimmten Merkmalen zu erfassen. Es ignoriert ihn. Verbraucherrecht ist alles, was nicht Unternehmensrecht ist. Die Definition ist negativ und funktional. Das geschäftsmäßige Verhalten macht den Unternehmer zum Anknüpfungspunkt des Rechts. Doch auch der wird nicht etwa mit einer Gewinnerzielungsabsicht versehen. Seine Qualifikation erhält er aus dem öffentlichen Gewerbe- und Berufsrecht. Für die Verbraucher bleibt nur die Negation. Derjenige ist gem. § 13 BGB Verbraucher, der nicht in erster Linie gewerblich oder frei beruflich handelt.¹⁸³ Die anglo-ger-

183 Die Gewinnorientierung (kommerziell, unternehmerisch, geschäftsmäßig, beruflich etc.) ist zwar der Hintergrund der Regulierung. Da es sich bei ihr jedoch im Vertrag um einen von zumindest einer Partei subjektiv gesetzten Zweck handelt, also um ein *Telos*, würde eine ausschließliche Orientierung daran rechtlich nicht fassbar sein. Entweder würde damit der Richter der Willkür der Parteien ausgeliefert sein, die behaupten, dass sie genau diesen Zweck (nicht) verfolgt haben oder die Bürger wären der Willkür der Richter ausgesetzt, die ihnen solche Zwecke unterstellten. Entsprechend bemüht sich die Rechtsprechung auch bei der Abgrenzung um den Nachweis objektiver Umstände wie z.B. das Vorhalten einer geschäftsmäßigen Organisation, der Eintragung ins Handelsregister, Kaufmannseigenschaft u. ä. m., um bei Fehlen dieser Merkmale von einem Verbrauchergeschäft auszugehen. (BGH 30. 9. 2009 – VIII ZR 7/09; OLG Celle 22. 9. 2010 · 3 U 75/10.)

manistische Rechtsanwendung folgt der personalistischen Ideologie¹⁸⁴, wie sie seit der Kennedy-Resolution von 1962¹⁸⁵ die marktwirtschaftlichen Systeme der Welt dominiert. Verbraucher ist nicht, wer verbraucht, sondern wer auf dem Markt als Nachfrager auftritt und dabei nicht geschäftsmäßig oder freiberuflich handelt. Der Grund liegt darin, dass die Marktwirtschaft zumindest in der herrschenden Vorstellungswelt den Konsum privatisiert hat. Er soll durch die freie Entscheidung des Konsumenten bei der Auswahl der im Wettbewerb stehenden Anbieter geschützt werden. Der Konsument ist damit sein eigener Beschützer, auch wenn eine Vielzahl von Regeln wie insbesondere der Schuldnerschutz darauf hindeuten, dass das Recht auch andere Konzepte kennt.

Im Verbraucherdarlehensvertrag ist der kaufrechtlich orientierte Darlehensvertrag zur Leitfigur des Verbraucherschutzes erhoben worden. Der Markt wird als exklusives Instrument zur Allokation von Waren und Dienstleistungen für den privaten Konsum festgeschrieben. Der Weg wird zum Ziel erklärt. Die deutlich

184 In Deutschland gibt es einen Lehrstuhl für Verbraucherrecht in Bayreuth, gestiftet vom ehemaligen »Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz« (inzwischen »Ministerium für Justiz und Verbraucherschutz«). Es hat aus guten Gründen selber nicht die Bezeichnung *Verbraucherministerium* gewählt, auch wenn die Minister sich von der Presse so titulieren lassen. Die Internationale Vereinigung für Verbraucherrecht (IACL) bezieht sich weltweit auf den Verbraucher als Person. In der deutschen, englisch-sprachigen und italienischen Rechtsliteratur nehmen Bücher zum *Verbraucherrecht* zu (Consumer Law, Verbraucherrecht, diritto del consumatore), während Frankreich die Funktion betont (*droit de la consommation*). (vgl. »*Verbraucherrecht*«: Tamm, Tonner 2012 – *Verbraucherrecht*; Bülow, Artz et al. 2014 – *Verbraucherprivatrecht*; Bourgoignie, Trubek 1987 – *Consumer law*; Micklitz, Reich et al. 2009 – *Understanding EU consumer law*; Reich 2014 – *European consumer law*; Bourgoignie 1983 – *La protection du consommateur*; »*Verbrauchsrecht*«: Calais-Auloy, Temple 2015 – *Droit de la consommation*; Baum, Methner et al. 2009 – *Abkassiert*. Bei Thévenot, Reich et al. (Hg.) c 2006 – *Droit de la consommation* oder Baum 2009 – *Rettet die Grundrechte* werden die mehrsprachigen Titel in Englisch und Deutsch mit dem »Verbraucher«, im Französischen aber mit dem »Verbrauch« übersetzt. Korrekt und unideologisch ist allein die französische Bezeichnung.

185 »Jeder Mensch ist per definitionem Verbraucher. Verbraucher sind das größte Wirtschaftssubjekt der Volkswirtschaft [...]. Aber sie bilden die einzige wichtige Gruppe der gesamten Wirtschaft, die nicht effizient organisiert ist, deren Ansichten oft kein Gehör finden. [...] Verbraucher können folgende Rechte ausüben: ... (1) Das Recht auf Sicherheit (2) Das Recht auf Information (3) Das Recht auf Wahlfreiheit (4) Das Recht, Gehör zu finden.« (gekürzt nach *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* 2014 – John F. Kennedy) Die Rede hat wenig mit dem Verbraucher der Verbraucher aber weit mehr mit ihrer Funktion als leistungssteigernde Nachfrager auf dem Markt (»größtes Wirtschaftssubjekt«) zu tun. In einer international konkurrenzfähigen Wirtschaft muss die Nachfrage genauso »effizient organisiert« sein wie Produktion und Absatz. Das Recht auf nachhaltigen Konsum beschränkt sich daher auf die Gesundheit. (Sicherheit) Bei allen anderen Gütern reicht danach ein Recht auf Auswahl, Information und Beschwerde. Verbraucherschutz reduziert sich so auf Marktschutz.

auftretenden Probleme der Konsumenten in der kapitalistischen Wirtschaft, die bereits im Bereich der abhängigen Arbeit und beim Wohnen rechtlich beachtet wurden, werden begrifflich zu Problemen imperfekter Nachfrage unfähiger Käufer bzw. als Marktversagen eingestuft.¹⁸⁶

Das Investment der Geldbesitzer und ihr Anlegerschutz¹⁸⁷, obwohl im Gesetz nicht zum Verbraucherschutz gerechnet, sind Prototypen dieses Schutzkonzeptes. In der logischen Sekunde des Abschlusses eines Vertrages soll der Verbraucher sein Glück bestimmen. Mit dieser Marktbetätigungsfreiheit kann anleger- und nachfrageorientierter Verbraucherschutz auskommen.¹⁸⁸ Informationen und

186 Norbert Reich hat dies Regulierungsmodell (im Anschluss an Scherhorn) als marktkonformen Verbraucherschutz bezeichnet und ihm aber als Erklärungsmodell den marktkompensatorischen Verbraucherschutz entgegengestellt. (Reich 1977 – *Markt und Recht*) Dies ist problematisch. Auch das Informationsmodell der Regulierung benutzt nicht den Markt, um die Verbraucherrolle zu schützen, sondern greift mit seinen Informationsrechten einseitig zugunsten einer Partei ein, um gerade die Defizite des Marktes in der Information staatlich zu kompensieren. Dabei kann die Intensität solcher Eingriffe sogar größer sein als ein unmittelbar am Konsumerfolg ansetzendes Regulativ. Umgekehrt kann eine Produktregulierung wie die Wuchergrenze den Markt durchaus stärken und ihn nutzen, weil auch der Wettbewerb nur *marktkonform* funktionieren kann, wenn die Beteiligten sich an bestimmten Werten orientieren und Rahmenbedingungen einhalten statt in wettbewerbsarmen Marktnischen die Chance zu sehen, relativ Kreditunwürdige mit überhöhten Kosten weiter auszugrenzen. Etzioni nannte dies *embedded competition*. (Etzioni 1988 – *The moral dimension*). Der Unterschied der Konzepte lässt sich besser daran festmachen, ob der bedürfnisgerechte Konsum *unmittelbar* (Schuldnerschutz, ökologischer Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz) oder nur *mittelbar* über die Wettbewerbsposition der Verbraucher erreicht werden soll. Dies würde auch eine Differenzierung zwischen Konsumschutzrecht und Verbraucherschutzrecht zum Ausdruck bringen. Versteht man die funktionale Differenzierung, die dem Informationsmodell (»nicht gewerblich«) ebenso wie dem sozialen Verbraucherschutz (»bedürfnisgerechter Konsum«) zugrunde liegt, so kommt es auf die Worte nicht mehr an. Verbraucherschutz bleibt das Ziel und der Oberbegriff. Bei dem daraus abgeleiteten Begriff des Verbraucherrechts aber wird sich auf lange Sicht wie im Arbeits- und Mietrecht die Einsicht durchsetzen, dass der Begriff des Konsumrechts den Regelungsgegenstand weit besser widerspiegelt. Interessant ist in diesem Zusammenhang die mit der Schuldrechtsreform und den EU-Vorschriften zum Kaufrecht weitgehend überwundene Differenzierung zwischen direkten und indirekten Schäden bei der Mängelhaftung im Kauf. (Einerseits §§ 434, 437 BGB und andererseits §§ 280, 823 BGB vgl. <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2003/Vorlesung/mangelfolgeschaden.htm>).

187 Während die EU Richtlinien den Begriff »Verbraucherschutz« nicht einmal verwenden, dominiert der Begriff »Anlegerschutz« die Kapitalanlage. Die Kapitalanlegerschutzrichtlinie (MIFID) schützt nicht den Verbraucher, sondern gem. Art. 4 RiLi 2014/65/EU folgende Personengruppen: »(9.) »Kunde« jede natürliche oder juristische Person, für die eine Wertpapierfirma Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringt; (10.) »professioneller Kunde« einen Kunden, der die in Anhang II genannten Kriterien erfüllt; (11.) »Kleinanleger« einen Kunden, der kein professioneller Kunde ist.«

188 Wir finden diese Ideologie auch in der Rechtsprechung des 11. Senats des Bundesgerichtshofs. Über 100 Jahre galt in § 56 Abs. 1 Nr. 6 Gewerbeordnung das Verbot, Kredite an der

Überlegungszeit sollen im Wettbewerb ausreichen, um vor Überschuldung, Altersarmut, wertlosen Anlageprodukten, schlechten Versicherungen und nutzlosen Kontodienstleistungen zu schützen. Während zur Verhinderung von Obdach- und Arbeitslosigkeit Warnhinweise und Widerrufsmöglichkeiten als Zynismus verstanden würden, hat sich der Verbraucherschutz bei Finanzdienstleistungen allein dem Schutz der Entscheidungsfreiheit auf dem Markt verschrieben.¹⁸⁹ Wer Kredite, Wertpapiere, Girokonten und Versicherungen »erwirbt«, geht rechtlich keine Beziehung ein, sondern »kauft« ein Produkt. Nach dem caveat emptor (Käufer, hüte dich!) Prinzip übernimmt er damit auch die persönlichen Risiken in dem sich anschließenden Dauerschuldverhältnis. Die Spekulationsinteressen des An-

Haustür zu verkaufen. Die Rechtsprechung hatte dies für so wichtig gehalten, dass entsprechende Kreditverträge als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB eingeordnet, für nichtig und damit zinsfrei erklärt wurden. (BGH 15. 6. 1993 – XI ZR 172/92) Mit der neo-liberalen Informationsgesetzgebung des Haustürwiderrufgesetzes (inzwischen in § 356 BGB geregelt) sollten nach der EU-Richtlinie 85/877/EWG »geeignete Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher vor missbräuchlichen Handelspraktiken bei Haustürgeschäften getroffen werden«. (Ziff. 4 der Erwägungen) Doch führte dies in Deutschland zum Gegenteil: Haustürgeschäfte wurden fortan als wirksam angesehen. »Entscheidend ist, dass ein Widerrufsrecht des Kunden als Ausgleich dafür, dass seine Entscheidungsfreiheit bei Vertragsschluss beeinträchtigt war, angemessener ist als die unabhängig vom Willen des Darlehensnehmers eintretende Rechtsfolge der Nichtigkeit.« (BGH 16. 01. 1996 – XI ZR 116/95) Der verbraucherfreundliche 3. Senat hatte dies nur für den Erwerb von Steuersparmodellen angenommen. (BGH, 10. 10. 1985 – III ZR 92/84). Der Gesetzgeber hat diesen Schutz endgültig abgeschafft und selbst das öffentlich-rechtliche Verbot auf Vermittlungen reduziert, die für den Darlehensnehmer entgeltlich sind.

- 189 In dieses Denken, in dem Bedürfnis und Nutzungsart für Auslegung und Wirksamkeit eines Vertrags ignoriert werden, werden angehende Juristen an Hand der in der Praxis obsoleten Regeln über die Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) eingeübt. Danach berechtigt ein Irrtum über den Inhalt einer Erklärung wegen einer Fehlvorstellung über die benutzten Ausdrücke (Mangelnde Deutschkenntnisse oder ein Sich-Versprechen) (Abs. 1) einen Vertrag rückwirkend zu vernichten. Ein Irrtum ist danach jedoch unbeachtlich, wenn es sich um »Erklärungen, die auf einen im Stadium der Willensbildung unterlaufenen Irrtum im Beweggrund – Motivirrtum – beruhen« handle. (BGHZ 139, 177, 180) § 119 Abs. 2 BGB erlaubt eine Ausnahme. Er lässt eine Anfechtung wegen eines Motivirrtums zu, wenn sich dieser Irrtum nicht nur auf den Nutzen und damit das Bedürfnis des Erwerbers, sondern auf das Geld- und Handelsinteresse bezieht. Die Produkteigenschaft muss »verkehrswesentlich« und nicht »konsumwesentlich« sein. Während in der Rechtswissenschaft damit der »objektive Wert«, den die Zivilrechtler mit dem Handelswert identifizieren, gemeint ist, lässt die Rechtsprechung jedoch teilweise auch einen subjektiven Wert ausreichen, was dem widersprechen könnte. So zählt der BGH (BGH 26.10. 78 VII ZR 202/76 unter I. 3. a); vgl. schon BGHZ 34, 32 [41]; RGZ 21, 308 [311]; 52, 1 [2]; 59, 240 [243]; 61, 84 [86]; 64, 266 [269]) auch die Bedeutung für »die Brauchbarkeit einer Sache« zur verkehrswesentlichen Eigenschaft. Sie könne auch nur die subjektive »Wertschätzung einer Sache« betreffen. Anders als das Schadensersatzrecht, das in § 253 BGB den Schadensersatz für geldlich nicht fassbare Werte grundsätzlich ausschließt, könnte somit in § 119 BGB (wie auch in der Mängelhaftung) der Ge-

legers gelten für alle Konsumenten als typisch. Aufklärung und Risikowarnungen reichen aus, um den arbeitslos gewordenen Kreditnehmer davor zu schützen, dass er bei eintretender Langzeitarbeitslosigkeit nach Ablauf von ca. 15 Monaten und einem drastisch reduzierten Einkommen seine Raten nicht mehr wird bezahlen können. Die Wirtschaftswissenschaften sekundieren. Die Schwäche der Verbraucher resultiere aus einer Informationsasymmetrie.¹⁹⁰ Im behavioral finance

brauchswert gemeint sein. Die konkret entschiedenen Fälle stützen dies allerdings nicht. Sie betreffen Eigenschaften wie das Alter des PKWs, die Echtheit einer Perle in einer Muschel, die Bebaubarkeit eines Grundstücks, Kreditwürdigkeit eines Kreditnehmers, die alle den Geldwert erhöhen. Das Gesetz spricht von »verkehrswesentlicher Eigenschaft.« Unter dem Verkehr meinte das BGB den Handel und damit den Markt. Die »Wertschätzung« ist so geldwertorientiert geworden, dass sich die Gerichte unabhängig vom Geldwert keinen anderen Wert mehr vorstellen können. Der allmähliche Durchbruch des funktionalen Fehlerbegriffs im Verbrauchsgüterkaufrecht (§ 434 BGB »Eine Sache ist frei von Mängeln, ... wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet«) hinterlässt aber auch im Allgemeinen Zivilrecht seine Spuren und ist zumindest sprachlich offen für eine Bedürfnisorientierung. (vgl. Titze 1956 – *Vom sogenannten Motivirrtum*).

Das Anfechtungs-, Schadensersatz- und Gewährleistungsrecht mit seinem kaufrechtlichen Charakter ist immer weniger für die Dauerschuldverhältnisse brauchbar. Davon zeugt auch die Einfügung eines speziellen Paragraphen vor allem für Zeitverhältnisse. § 313 BGB berücksichtigt den »Wegfall der Geschäftsgrundlage«. Dies ist ein Symptom, das den Blick auf die Funktionen des Vertrags für die Bedürfnisse beider Vertragsparteien öffnet. Sein Tatbestand soll daher auch einen »doppelten Motivirrtum« betreffen, der zur Anpassung berechtigt. (Goltz 1973 – *Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag*) Doch der Weg ist noch weit. Bisher jedenfalls ist es nicht möglich, bei gescheitertem Hauskauf und wegen der daraus folgenden Unbrauchbarkeit des hierfür aufgenommenen Hypothekenkredits diesen anzufechten oder nach dem Prinzip des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vom Darlehensvertrag Abstand zu nehmen. Die Rechtsprechung erlaubt es hier den Banken, die Verbraucher mit überhöhten Nichtabnahmeentschädigungen für ihr Unglück zu bestrafen, wenn sie sich von dem für ihr Bedürfnis sinnlos gewordenen Geschäft lösen müssen. (so z. B. BGH 7.11.2000 XI ZR 27/00; dazu Reifner 2009 – *Die Entschädigung für vorfällige Hypothekenkredite*) Das neuerliche Widerrufsrecht auch bei Hypothekenkrediten (§ 495 BGB) erlischt schon 14 Tage nach Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 BGB)

- 190 Akerlof 84 – *The Market for Lemons* hat in seinem vielzitierten Aufsatz, der als Beweis für die Stichhaltigkeit dieses Mythos dient, die Kaufprobleme bei Gebrauchtwagen behandelt und logisch hergeleitet, dass es rational für einen Gebrauchtwagenverkäufer sei, vor allem die schlechtesten Gebrauchtwagen zu verkaufen, weil Käufer weniger für gute Autos bezahlen wollten, wenn darin Unsicherheit enthalten sei. Empirisch überprüft hat er dies allerdings nicht. Im Bereich der Reputationsschäden gibt es gegenüber dieser Logik jedoch durchaus gewichtige Gegenargumente. Bei Finanzdienstleistungen gilt die Logik ohnehin nicht, weil es sich um eine Dauerbeziehung handelt. Anders als beim Kauf ist es nicht der Abschluss, sondern die Gestaltung des Verhältnisses der Parteien, die dem Anbieter wettbewerbsfreie Macht zur Ausnutzung der Gefangenensituation des Verbrauchers während der Dauer der Beziehung sowie bei Überschuldung verleiht. (anders allerdings Sinn 26. April 2008 – *Wenn Banken mit Zitronen handeln*)

Ansatz¹⁹¹ wird das irrationale Bild vom rational handelnden homo oeconomicus mit einer Ergänzung gerettet. Menschliches Verhalten sei *auch* emotionsgesteuert. Der Verbraucher soll durch kompensatorische emotionale Elemente in die richtige Entscheidung gedrängt werden. Daran, dass das Instrument Marktauswahl das Ziel Bedürfnisbefriedigung ersetzt, ändert auch dieses Konzept nichts.

Dem Informationsmodell des Verbraucherschutzes wurde im Auftrag der EU-Kommission mit dem nicht umgesetzten Entwurf eines Europäischen Vertragsrechts (DCFR) letztlich ein Denkmal geschaffen.¹⁹² Doch dies Konzept funktioniert immer schlechter und schon gar nicht bei Dauerschuldverhältnissen. Die Informationsflut bei Verbraucherdarlehen¹⁹³ in den Art. 247 §§ 1–17 EG-BGB bzw. der unter denkwürdigen Umständen zustande gekommenen EU-Richtlinie

191 *Diamond, Vartiainen 2007 – Behavioral economics and its applications; Hens, Bachmann 2008 – Behavioural finance for private banking.* Vgl. auch FN 191; II-578.

192 Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches wurde im Jahre 2008 als DCFR (Draft Common Frame of Reference) publik gemacht. Kredit-, Arbeits- und Wohnraummietrecht blieben ausgespart. Der rein kaufrechtliche Ansatz des allgemeinen Teils fiel dadurch weniger auf. Begründet wurde der DCFR damit, dass die (verstreuten und uneinheitlichen) EU-Regeln über Verbrauchergeschäfte (Consumer Acquis) einen legitimatorischen Rahmen für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch ergäben. Entsprechend dominieren Informations- und Überlegungsrechte den Entwurf. Wirtschaftliche Effizienz wird als Rechtsprinzip gleichberechtigt der Gerechtigkeit gegenübergestellt. Die historisch gewachsenen Formen des Verbraucherschutzes von den Zinsverboten über den Schuldnerschutz, die ethischen, moralischen und sozialen Mindeststandards, die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen für Gesundheit, Umwelt und Jugend sowie die wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitskriterien werden mit der Bemerkung, alles dies bliebe dem nationalen Gesetzgeber überlassen, aus den Grundprinzipien des europäischen Rechts ausgeschlossen. Während die äußere Form die nationalen Zivilgesetzbücher, vor allem das BGB, kopiert, sind die Inhalte aus dem US-amerikanischen Common Law entlehnt. Die »berechtigten Erwartungen« (reasonable expectations) machen eine synallagmatische Rationalität zum fiktiven Inhalt jeder Willenserklärung und begrenzen den Anspruch des Rechts auf Herstellung gerechter Verhältnisse. »Guter Glaube und faires Handeln« beschränken das Streben des Menschen nach dem guten Leben auf ein Verfahren, dessen Ergebnis der rechtlichen Kontrolle entzogen ist. Im Prinzip der »wirtschaftlichen Wohlfahrt« wird in Nr. 29 der Erläuterungen auf die »Stärkung der Marktkräfte« und auf das individuelle Gewinnerzielungsrecht (»allowing individuals to increase their economic wealth«) Bezug genommen. Die Parteinahme des Rechts zugunsten schwächerer Parteien wird dem »Marktversagen« durch asymmetrische Information (caused by inequality of information) zugeordnet. »Mehr Wettbewerb und deshalb ein bessere Funktionieren des Marktes« sind die Ziele. Die Diskriminierungsverbote (Nr. 31) sparen die soziale Diskriminierung aus. Andererseits wird allgemein postuliert es müsse »ein Minimum an Solidarität zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft« bestehen. Einen Niederschlag im Text hat dies nicht gefunden. (Vgl. auch FN 192, 95, 102)

193 Zum Vergleich mit den bedürfnisorientierten Inhalte des Kommissionsvorschlags 2002 sowie zu weiteren Nachweisen vgl. FN 359.

2008/48/EU¹⁹⁴ sowie den Regeln zum Widerruf in den §§ 355–359 BGB wird nicht nur auf Verbraucherseite beklagt.¹⁹⁵

Beim Verbraucherkredit entstand daraus eine fünffache Information¹⁹⁶ mit weitgehend identischen Inhalten¹⁹⁷ in der Werbung, vor Vertragsschluss, im Ver-

194 Die Kommission hatte vor 2002 Studien zum nationalen Recht erarbeiten lassen. Sie bildeten eine solide Grundlage für den Vorschlag der Richtlinie über den Verbraucherkredit vom 11.9.2002 KOM 2002 443 (edg). (dazu Pérez Carillo 2014 – *The EU Consumer Credit Directive*) Doch dieser Entwurf wurde im Rechtsausschuss des Europaparlaments pauschal abgelehnt. Der Abgeordnete Wuermeling von der CSU stellte einen komplett neuen Entwurf vor, dessen Herkunft im Dunkel blieb und der allein von der Geldfreiheit der Kreditgeber inspiriert war. Er überschritt dabei wie später in der Rüge des Parlamentsplenums festgestellt wurde, rechtswidrig die Kompetenzen des Ausschusses. Als das Parlament seinen Entwurf nicht behandelte, transformierte er (als Nicht-Fachmann) wieder in wenigen Tagen seinen Neuentwurf in über hundert Abänderungsanträge zum Kommissionsentwurf. Dieser Entwurf wurde dann in erster Lesung noch im alten Parlament und dann ohne Neuaufnahme der Beratungen mit der neuen Parlamentszusammensetzung in zweiter Lesung verabschiedet. Befragte Abgeordnete waren über die Unterschiede der Entwürfe nicht im Bilde und verwiesen auf die Komplexität der Materie. In der EU-Kommission selber wurden die Fachleute, die den ursprünglichen Entwurf gefertigt hatten, von der Materie entbunden. Rettungsversuche von Elementen des alten Entwurfs durch die österreichische und finnische Präsidentschaft scheiterten im Ministerrat. (zum Ganzen vgl. Reifner 2009 – *Die weitere Deregulierung des Verbraucherkredites*)

195 Die Herkunft dieser Informationsideologie kann durch den Vergleich der Informationspflichten beim Kauf (Art. 246 EG-BGB) mit den Informationspflichten beim Darlehensvertrag (Art. 247 EG-BGB) sichtbar gemacht werden. Während die Qualität einer Ware bereits bei Abschluss feststeht, ergibt sich die Qualität der Dienstleistung erst bei Durchführung. Die Informationsflut spart das Wesentliche des Dauervertrages aus. Sie hält die Anwendung des kaufrechtlichen caveat emptor auf die Finanzdienstleistungsverträge aufrecht. Dass der Verbraucher betrügerische und schlechte Leistungen der Anbieter erhält bzw. diese Dienstleistungen keine humanen Lösungen für die unvorhersehbaren Problemlagen enthalten und sogar noch zu Gewinnzwecken ausgenutzt werden können ist danach allein Schuld des Verbrauchers. Man unterstellt ihm, er hätte ja eine bessere Leistung »einkaufen« bzw. auf diese sich im Nachhinein als schlecht entpuppende Leistung verzichten können. Er sei ja über alles informiert worden. Besonders irrational ist dies etwa bei Totalverlust der Altersvorsorge, wenn in einem 40seitigen Prospekt auf S. 34 unten geschrieben stand, dass man auch alles verlieren könne. Gleichwohl stellt das OLG Karlsruhe (28.06.2006 7 U 225/05) fest: »Ein dem Anlageinteressenten statt einer mündlichen Aufklärung übergebener Prospekt über die Kapitalanlage kann als Mittel der Aufklärung genügen, sofern er so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss überlassen wurde, dass sein Inhalt vor der Anlageentscheidung zur Kenntnis genommen werden konnte.«

196 Werbung (§ 6a PAngV); vorvertraglich (Art. 247 § 1–5 EG-BGB; § 491a BGB); im Vertrag (Art. 247 §§ 15–17 EG-BGB; § 492 II BGB), nachvertraglich etwa bei Zinsanpassung (Art. 247 §§ 6–14 EG-BGB), im Produktinformationsblatt (Anhang zu § 6 PrAngVO).

197 *Vertragspartner*: Name und Anschrift des Darlehensgebers Art. 247 § 3 I Nr. 1 EG-BGB (§ 491a BGB); Name und Anschrift des Darlehensnehmers § 6 I Nr. 2; *Vermittler*: Name und Anschrift des Darlehensvermittlers § 13 I; Höhe der Vergütung des Darlehensvermittlers (i. S. d. § 655a BGB) § 13 II Nr. 1; Tatsache, ob und ggf. Höhe einer von einem Dritten er-

trag selbst und während der Laufzeit. Zusätzlich wird ein Produktinformationsblatt ausgehändigt. Die Flut der überwiegend überflüssigen Informationen, die die Kreditvertragsformulare von 2 auf 30 Seiten ausgedehnt hat, ist auch für Fachleute nicht mehr verständlich.

Bei Verbraucherdarlehensverträgen würde der Verbraucher nur zwei Informationen brauchen: den Preis der Dienstleistung, um ein Produkt mit anderen auf dem Markt vergleichen zu können, d.h. den effektiven Jahreszinssatz, und die Wirkungen, die das Produkt für seine zukünftige Haushaltsführung haben wird, d.h. einen Tilgungsplan. Diese beiden wichtigsten Informationen aber werden

haltenen Vergütung (§§ 655a BGB) § 13 II Nr. 2; Information, ob Darlehensvermittler (i.S.d. § 655a BGB) für einen oder mehrere Darlehensgeber tätig ist bzw. sonstige Befugnisse § 13 II Nr. 3; sonstige Nebenentgelte des Darlehensvermittlers (i.S.d. § 655a BGB) bzw. deren Maximalbetrag § 13 II Nr. 4; *Aufsicht*: Aufsichtsbehörde des Darlehensgebers § 6 I Nr. 3; Zugang und Bedingungen von außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren § 7 Nr. 4; *Darlehensvertrag*: Art des Darlehens § 3 I Nr. 2; Vertragslaufzeit § 3 I Nr. 6; Vertragsbedingungen; Bindung an vorvertragliche Information § 4 I Nr. 4; Vertragsformular § 491a II BGB (Entwurf); *Zahlungen*: Nettodarlehensbetrag § 3 I Nr. 4; Auszahlungsbedingungen § 3 I Nr. 9; Betrag, Zahl und Fälligkeit der Teilzahlungen § 3 I Nr. 7; Tilgungsaussetzung: Zeiträume und Bedingungen für Zahlung der Sollzinsen; (nicht) wiederkehrenden Kosten § 8 II 1; Reihenfolge der Tilgung durch Teilzahlungen auf unterschiedliche Forderungen § 3 IV 2, 3; Gesamtbetrag § 3 I Nr. 8; Tilgungsplan Hinweis/Aushändigung § 3 I Nr. 15; 6 I Nr. 4 (Hinweis); *Zinssätze*: Effektiver Jahreszins § 3 I Nr. 3; repräsentatives Beispiel § 3 III 1; Sollzinssatz § 3 I Nr. 5; Hinweis auf potentielle Erhöhung des eff. JZ aufgrund unterschiedlicher Auszahlungszeiten § 3 III 3; Bedingung und Zeitraum für Sollzinssatz (-sätze), Bedingungen der Anpassung § 3 IV 1, 3; Index/Referenzzinssatz, von dem Sollzinssatz (-sätze) abhängig ist/sind § 3 IV 2, 3. *Weitere Kosten*: sonstige Kosten/Bedingungen ihrer Anpassung § 3 I Nr. 10; Hinweis auf Tragung der Notarkosten durch Kreditnehmer § 4 I Nr. 1; Kreditsicherheiten § 4 I Nr. 2; Verzugszinssatz; Anpassung ggf. Verzugskosten § 3 I Nr. 11; Warnhinweis zu ausbleibenden Zahlungen § 3 I Nr. 12;

Beendigung: Kündigungsverfahren; Recht zur vorzeitigen Rückzahlung § 3 I Nr. 14; Vorfälligkeitsentschädigung und deren Berechnungsmethode § 4 I Nr. 3; *Beratung*: Erläuterungen hinsichtlich Zweck und Vermögensverhältnissen § 491a III BGB; Unterrichtung bei unechter Abschnittsfinanzierung § 493 I, IV BGB; Unterrichtung bei echter Abschnittsfinanzierung § 493 II, IV BGB; Unterrichtung bei offener Zession oder Vertragspartnerwechsel § 496 II 1 i. V.m. Art. 246 § 1 I Nr. 1 bis 3 EGBGB; *Widerrufsrecht*: Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts § 3 I Nr. 13; Frist und Bedingungen des Widerrufsrechts, Hinweis auf Rückzahlungs- und Vergütungspflicht (Zinssatz pro Tag) § 6 II 1, 2; Verbundener Vertrag (§ 358 BGB) bzw. Vorliegen der Voraussetzungen des § 359a BGB; Gegenstand und Barzahlungspreis § 12 I Nr. 1; Datenschutz Rechte aus § 29 VII BDSG § 3 I Nr. 16; *Verbunde Verträge*: zwingender Charakter einer Zusatzleistung oder eines -vertrags § 8 I 1; Kontoführungsgebühren sowie deren Bedingungen der Anpassung § 8 I 2; Hinweis, dass Ansparrprodukt nicht Kredit tilgung absichert (es sei denn, dies ist ausdrücklich vereinbart) § 8 II 2. Die Informationsflut könnte an Hand der Richtlinien zum Anlegerschutz (MiFiD) und zur Versicherungsvermittlung (IDD (vormals IMD II)) (Reifner, Neuberger et al. 2013 – Study on remuneration structures) sowie zum Zahlungsverkehr (PSD) (Riefa, Reifner et al. 02. 2013 – Study On The Impact) ebenso beschrieben werden.

ihm bei Vertragsschluss vorenthalten. Als Effektivzins erhält er einen Parameter, in dem bis zu 50 % des Preises nicht enthalten sein muss, weil ihre »Freiwilligkeit« (Restschuldversicherungsprovisionen) fingiert wird (Art. 247 § 3 I Nr. 3 EG-BGB).¹⁹⁸ Den Tilgungsplan erhält er, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist und dann nur auf Antrag. (Art. 247 § 3 I Nr. 15 EG-BGB) Die Informationen über einen *Sollzins*, der von den Banken willkürlich gestaltet werden darf,¹⁹⁹ führt weg von der Wahrheit der Zinssätze.

198 Die Effektivzinsangabe ließ bis zu 50 % der den Banken aus dem Kredit zufließenden Kosten außer Acht. Der Effektivzins ist daher in hohem Maße irreführend. Er hat auch die mühsam errungene Wuchergrenze unterlaufen, weil die Rechtsprechung zur Rechenersparnis sich auch beim Wucher auf diese Angabe stützen. Grund ist die bewusst eingefügte Gesetzeslücke, wonach der Kreditgeber seine Zinsen dadurch umleiten darf, dass er dem Kreditnehmer eine weit überteuerte im Voraus zu zahlende Versicherung aufzwingt, und die dort gezahlten Prämien als Provision verkleidet über die Versicherung der Bank zufließt. (im einzelnen *Reifner 2008 – Die Restschuldversicherung im Ratenkredit*) Diese Kosten gelten nicht als Kreditkosten, wenn der Verbraucher gedrängt durch die Drohung mit Kreditverweigerung im Vertrag ankreuzt, dass er sie freiwillig abgeschlossen habe. Dieser Betrug hätte wie im EU-Richtlinienentwurf 2002 vorgesehen war, gestoppt werden können. Danach sollten alle Kosten aus Kreditversicherungen, die zu gleich Zeit wie der Kredit vertraglich vereinbart wurden, einbezogen werden. In dem 1998 gefertigten Gutachten für die EU (*Reifner 17.3.1998 – Harmonisation of Cost Elements*) war vorgeschlagen worden, die Rechtsfigur eines »verbundenen Geschäftes« (linked agreement) zu benutzen, die seit den 1950ziger Jahren in Gesetz und Rechtsprechung für die Verbindung von Kaufvertrag und Kreditvertrag zu einer »wirtschaftlichen Einheit« (economic unit) galt. Art. 1 der Richtlinie 87/107/EWG sollte folgenden Wortlaut haben: »(d) »total cost of the credit to the consumer« means all the costs, including interest and other charges, which the consumer has to pay for the services linked to the credit« (e) The »annual percentage rate of charge« is the equivalent, on an annual basis, to the present value of all payments (loans, repayments and charges), future or existing, which concern either the credit or the services linked to the credit calculated in accordance with the mathematical formula set out in Annex II. Four examples of the method of calculation are given in Annex III by way of illustration. (f) A service and any payment for such service are »linked to the credit« if it forms an »economic unity« with the credit. An »economic unity« exists where the service or payment supports general credit related functions such as, but not limited to the marketing and take-up of the credit, the supply of information for credit scoring and advice, the administration of the credit and re-payment schedule and the allocation and administration of risk.« Deutschland, Großbritannien, Irland und die Niederlande verhinderten diese Regelung, die alle anderen Staaten in einer gemeinsamen Sitzung befürworteten. Auch der Entwurf der Kommission 2002 wurde verhindert und die Lücke bewusst aufrechterhalten. (dazu FN 359)

199 Ausführlich hierzu *Reifner 2014 – Zinsberechnung im Recht*.

(2) Verbraucherschutz als Schutz des Verbrauchens: Konsumrecht

Verbraucherschutz allein zur Stärkung der Rolle der Verbraucher als Nachfrager auf dem Markt verdrängt die Probleme, für die der Markt als Instrument keine ausreichenden Lösungen vorhält. Überschuldung, persönliche Abhängigkeit, Ausbeutung, Verarmung und Schuldenlawine sind Begriffe, mit denen Phänomene der Geldgesellschaft bezeichnet werden, die nicht nur dann unannehmbar erscheinen, wenn sie auf marktwidrige Weise zustande gekommen sind. Das Recht aller Wirtschaftsformen hat sich mit diesen Auswüchsen beschäftigt und systemübergreifende Regeln der Gerechtigkeit aufgestellt, die dies verhindern sollen. Historisch wurden eine Vielzahl von Rechtsformen und Rechtsprinzipien entwickelt, in denen eine spezifische Form des Verbraucherschutzes als Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens Konturen angenommen hat. Sie sind aber vor allem im Rechtsverständnis des 19. Jahrhunderts verloren gegangen. Wir finden sie heute eher unter den Begriffen des Schuldnerschutzes sowie des Rechts der Zinsbegrenzungen und teilweise in den Produktregulierungen des Bankaufsichts- oder des Subventionsrechts verborgen. Eigentlich liegt der Schwerpunkt des Verbraucherschutzes in diesem historischen Fundus der Marktregulierung. Allein die Ideologie des 20. Jahrhunderts seit der Kennedy-Verbraucherresolution hat den Begriff des Verbraucherschutzes für das Informationsmodell monopolisiert und damit ein kohärentes Konzept des Verbraucherrechts im Zivilrecht unmöglich gemacht.

Es ist zwar zutreffend, dass dieser Mechanismus dort, wo der Verbraucher seine Bedürfnisse durch Nutzung der marktmäßigen Möglichkeiten befriedigen kann, vorzuziehen ist. Doch der Markt muss sich beweisen. Wo Bedürfnisse nicht zur Nachfrage werden können, weil sie nicht mit Geld ausgestattet sind, wo Anbieter in prekären Konsumkonstellationen aus Gewinninteresse ausbeuten, Spielsucht verbreiten, leere Produkte vertreiben oder soziale Risiken maximieren, wo also Marktkräfte gerade den nachhaltigen Konsum eher bedrohen als ihn fördern, dort ist der Eignungstest und ein Durchgriff auf die eigentliche Bestimmung des Verbraucherschutzes angebracht.

Der Verbraucher ist Verbraucher, weil er verbraucht bzw. konsumiert. Er ist funktional in Bezug auf ein Wirtschaftsmerkmal bestimmt, das über allen spezifischen Kooperationsformen steht. Das »gute Leben« als Ziel jeder Wirtschaft besteht aus Konsum und Arbeit. Beides sind verschiedene Aspekte des Prozesses der Reproduktion der Menschen. Konsum ist Arbeit (an sich selbst und an der Gruppe), Arbeit ist Konsum (von Kraft und natürlichen Ressourcen). Die Unterscheidung in produktive Arbeit und unproduktiven Konsum²⁰⁰ fingiert einen na-

200 Dieses wirtschaftliche Vorverständnis spielt in der juristischen Auslegung eine durchaus wichtige Rolle. (dazu Esser 1970 – *Vorverständnis und Methodenwahl*) So sieht Lammel

türlichen Widerspruch.²⁰¹ Mit ihm wird der Verbraucher entsolidarisiert, der Verbraucherschutz zum Feind des Arbeitnehmerschutzes erklärt und im Sinne der

(Rückert, Birr (Hg.) 2013 – *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* – §§ 488–512 Rdn 18) das reziproke Darlehen im Unterschied zum »merkantilen Darlehen« als »altruistisch« an. Der Konsum ist für ihn unproduktiv (a. a. O. Rdn 1), der Unterschied zwischen Kredit und Darlehen (vgl. dazu oben III.B.2.a)) wird auf terminologische Probleme und die altruistische Form des Darlehens bezogen (a. a. O. Rdn 2). Den Unterschied zwischen rechtlicher Miete (locatio) und wirtschaftlichem Kredit (oikos nomos) als Betrachtungsweise fehlt. Auf diese Weise erhalten moderne Geldideologien des Kapitalismus einen relativ leichten Zugang zu den allgemeinen Grundmustern der Gerechtigkeit im Recht und helfen sie funktional an die Kapitalinteressen anzupassen.

- 201 Der Widerspruch von Arbeit und Konsum, von Mühe und Genuss, von der Produktion von Gütern und ihrer Vernichtung, vom Reich des Zwangs und dem der Freiheit spielte eine große Rolle in der Legitimation des Kapitalismus. Der Antagonismus zwischen (lohnabhängiger) Arbeit und (gewinnorientiertem) Kapital wurde damit auf eine natürliche Grundlage zurückgeführt. Aus ihrer systemischen Einbettung in den Markt befreit sollten Arbeit und Konsum den systemübergreifenden Antagonismus erklären, für den der Kapitalismus weder verantwortlich gemacht werden könne und für den er nicht einmal zuständig sei. Entsprechend wurde daraus eine natürliche Feindschaft zwischen Arbeitern und Konsumenten, zwischen Gewerkschaften und Verbraucherverbänden. Der Verbraucher als Gruppe wurde das sichtbare Gegenbeispiel zum Klassenbegriff der Sozialisten im Arbeitsbereich. Verbraucher sei jeder, Arbeitnehmer nur derjenige, der nicht Unternehmer sei. Marx (zitiert oben FN I-164) hat auf die Unsinnigkeit der Unterscheidung hingewiesen. Er hat den Unterschied als Ausdruck einer fiktiven Spaltung zwischen der für die Gesellschaft insgesamt (Gewinn, gutes Leben) und der allein für das Kapital (Profit, Gewinn) geleisteten produktiven Arbeit erklärt. (Marx 1969 – *Das Kapital* S. 531f) Für den Unterschied zwischen Konsum und Arbeit wird die Unterscheidung nicht herangezogen. In der Philosophie unterscheidet man lieber die *vita activa* von der *vita contemplativa*. Die Arbeit als Teil des aktiven Lebens schaffe Güter, die verbraucht oder gebraucht werden. (Arendt 1994 – *Vita activa oder vom tätigen*) Inzwischen löst sich der Unterschied in der Praxis auf. Ökologisch verantwortlicher Konsum macht den Konsum zur Selektionsarbeit, do-it-yourself führt zu fremdbestimmten Arbeitsprozessen innerhalb der Konsumtion, Beziehungsarbeit bezeugt ein realistische Bild von der Geschlechterbeziehung im Konsumsektor, *Konsumterror* macht die Fremdbestimmungsmöglichkeiten im Konsum deutlich. Krankenversicherer möchten die Versicherten per Armband überprüfen und für ein gesundheitsförderliches sportliches Freizeitverhalten mit Prämienabschlägen belohnen. Sie wollen also Konsumarbeit bezahlen. Die share economy senkt Konsumkosten, indem der Konsum durch Verteilungsarbeit angereichert wird. Umgekehrt entpuppen sich Arbeitsprozesse vor allem im selbstbestimmten Bereich geistiger schöpferischer Tätigkeit der Kulturschaffenden, Wissenschaftler und Forscher aber auch beim Handwerker, Koch, Lehrer oder Erzieher und nicht zuletzt in funktional statt in skalar und entfremdet organisierten Fertigungsprozessen der Unternehmen als wichtiges Element der Selbstverwirklichung und des Genusses. Die immer häufigere Beschwerde, der Arbeitnehmer kehre nicht mehr abends rechtzeitig in die private Konsumsphäre zurück, verzichte auf Urlaub und Feiertage wird zwar in den Kategorien der Fremdbestimmung gedacht. Doch die Wehklagen über diese Tendenz sollten nicht über eine Realität hinwegtäuschen, in der der gesellschaftlich organisierte Arbeitsprozess für viele Menschen erheblich mehr Wohlbefinden und Freiheit vermittelt als die oft noch gemeinschaftlich organisierte »Frei-

protestantischen Ethik dämonisiert. Das Recht hat mit einer Ausnahme im US-amerikanischen Verbraucherkreditgesetz²⁰² aus dem Konsumbegriff keine Konsequenzen gezogen. Ob der Verbraucher verbraucht, ist weder für seine Intention noch für die Anwendbarkeit der Vorschriften wichtig, die seinem Schutz gewidmet sind. Die verwandten anderen Nutzungsverträge sind hier weiter. Das *Arbeitsrecht* hat das *Arbeiterrecht* bzw. das Recht der *Arbeitnehmer* abgelöst.²⁰³ Das *Wohnraummietrecht* hat sich an die Stelle des *Mieterrechts* gesetzt.²⁰⁴ Arbeitnehmer- und Mieterschutz verlangen nicht die dazugehörigen Rechtsgebiete personalistisch einzugrenzen. Allein der Verbraucherschutz bleibt dem patriarchalischen Stigma personeller Hilfeleistung ausgeliefert, wenn Lehrstühle für Verbraucher-

zeit«. Letztlich kehrt die Gesellschaft zu den Tätigkeitsformen der Subsistenzwirtschaft zurück. Konsum (Kirschenessen) und Arbeit (Kirschenpflücken) waren noch nicht durch die Fremdbestimmungen einer arbeitsteiligen Wirtschaft vergesellschaftet, bevor die Erweiterung der Kooperation durch den Markt getrennte Kollektive hervorbrachte.

Es gibt letztlich nur eine sinnvolle Unterscheidung im Kapitalismus: die gewinnorientierte Kapitalvermehrung und die bedürfnisorientierte Reproduktion. Profit ist ein Mittel zur Erreichung des durch Reproduktion vorgegebenen Ziels. Die Unterscheidung zwischen Konsum und Arbeit stellt die Verhältnisse auf den Kopf. Der Konsum wird in der Form der Nachfrage zum Mittel, die Wirtschaft (Arbeit) »anzukurbeln«, die Arbeit wird bloßes Mittel zur Ermöglichung eines einkommens- und geldabhängigen Konsums. Soziologisch gesehen sind Arbeit wie Konsum produktive Tätigkeiten. Die Unterscheidung hat daher nur heuristischen Wert. Während wir diejenigen produktiven Tätigkeiten, deren Ergebnisse nur gesellschaftlich der Konsumtion dienen, als *Arbeit* bezeichnen, nennen wir *Konsum* diejenigen Tätigkeiten, bei denen das Ergebnis des Produktionsprozesses unmittelbar beim Konsumenten spürbar wird. Mit der Vergesellschaftung integrieren sich beide Prozesse und werden tendenziell ununterscheidbar.

202 15 U.S. Code § 1602 – »Definitions and rules of construction (i) The adjective »consumer«, used with reference to a credit transaction, characterizes the transaction as one in which the party to whom credit is offered or extended is a natural person, and the money, property, or services which are the subject of the transaction are primarily for personal, family, or household purposes.«

203 Vgl. Jacobi 1919 – *Einführung in das Gewerbe*; Menzen (Hg.) 1890 – *Bibliothek für Arbeiterrecht*; Städtgen 1904 – *Das Arbeiterrecht*; Walter 1895 – *Das Arbeiterrecht*. Alle Lehrbücher heute sprechen das *Arbeitsrecht* an. (Gamillscheg 2006 – *Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht*; anders nur Nipperdey 1929 – *Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes: Arbeiterschutzrecht*) (zum NS-Gedankengut bei Hans-Carl Nipperdey vgl. Wahsner ©1981 – *Faschismus und Arbeitsrecht*; Michel ©1981 – *Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit*; Hollstein 2013 – *Hans Carl Nipperdey 1895–1968. Dagegen Mayer-Maly 1970 – Gedenkrede auf Hans Carl Nipperdey*). Arbeitsschutz ist heute der Begriff, mit dem eine Arbeitsbehörde ihre Sicherheits- und Gesundheitsaufsicht umschreibt. (vgl. *Stadtportal Hamburg.de* 2014 – *Arbeitsschutz in Hamburg*)

204 Das Mietrecht wurde 1931 durch das *Mieterschutzgesetz* (MSchG) geregelt. Auch hier dominierte trotz einiger Versuche (vgl. Androwsky 1925 – *Das neue Mieterrecht*; Uppenkamp 1937 – *Das absolute Element im Mieterrecht*) letztlich die Miete. Die Lehrbücher heute sprechen vom *Mietrecht*.

recht eingerichtet, Forschungen im Verbraucherrecht gefördert werden und immer mehr Lehrbücher zum *Verbraucherrecht* erscheinen, die die Studierenden nicht darauf hinweisen, dass es ein solches Recht ebenso wenig geben kann wie ein Arbeiter- Mieter- oder Tierrecht. Im Schutzbegriff kann die Person als Ziel fungieren, auch wenn es sich nur um eine ihrer Lebensfunktionen handelt. In der Regelung müsste sie jedoch nach dem Gleichheitsgebot vor dem Gesetz durch die Funktion ersetzt werden, deren Ausübung als bedroht anzusehen ist. Damit würde sich auch der Rechtsanwender mit der Frage auseinandersetzen, warum das Konsumieren dem Marktmechanismus nicht allein und nicht ohne verpflichtende Zielvorgaben überlassen werden kann. Das Gesetz ist hier weiter als seine Exegeten. Die Inhalte der Vorschriften, auf die sich Verbraucherrechtler beziehen, werden nicht ausreichend beachtet.

Im Gesetz findet man beide Arten des Verbraucherschutzes: den Schutz der Verbraucherentscheidung und die Regulierung von Produkten und Konsum. Selbst das Kaufrecht zeigt diese Entwicklung von einer Rollen- zu einer Konsumorientierung. Mit der Verbreitung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Massenkauverträgen wurden Zweifel laut, ob private Anbieter mit Normsetzungen nicht ähnliche Macht ausüben wie der Staat und daher wie im öffentlichen Recht auch das Privatrecht eine staatliche Kontrolle über den Missbrauch wirtschaftlicher Macht durch einseitige Bestimmungen ausüben müsse.²⁰⁵ Doch der Schutz der Käuferrolle war nicht der eigentlich revolutionäre Inhalt der neuen Materien. Die neuen Regeln entwickelten ohne große Aufmerksamkeit der Wissenschaft das Kaufrecht vom reinen Vertrags(abschluss)recht zum Vertragsverhältnisrecht fort, weil sie den Konsumzweck einbezogen, der regelmäßig erst nach Vertragserfüllung realisiert wird. Zentraler Gegenstand des Kaufrechts wurde die Gewährleistung bei Mängeln der Kaufsache, die mit dem Konsumzweck den Konsum selber, also die

205 Bereits 1935 veröffentlichte Ludwig Raiser hierzu seine Monographie *Raiser 1961 – Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Etwa zur gleichen Zeit zweifelte auch sein amerikanischer Kollege Karl Llewellyn an, ob man es bei der Verwendung einseitig gesetzter Vertragsbedingungen noch mit Verträgen oder autoritär gesetzten Normen zu tun habe. Llewellyn schrieb: »Instead of thinking about ›assent› to boiler-plate clauses, we can recognise that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are a few dickered terms, and the broad type of transaction ... The fine print which has not been read has no business to cut under the reasonable meaning of those dickered terms which constitute the dominant and only real expression of agreement. ...« (*Llewellyn 1960 – The Common Law Tradition* S. 370 f) Bei einer Vermachtung der Rechtsbeziehungen macht Vertragsfreiheit wie in Luthers Schafe-Wölfe-Beispiel aufgeführt (vgl. FN II-104) wenig Sinn, wenn man nicht eine ähnliche Kontrolle wie gegenüber staatlichen Akten ausübt. (Für einen Überblick über die parallele Entwicklung in den USA *Whitford 1995 – Contract Law and the Control*; für Deutschland und Europa *Coester-Waltjen, Coester 2014 – Deutsches AGB-Recht unter dem Einfluss*).

dauernde Nutzung der gekauften Sache, in den Mittelpunkt des Verbrauchsgüterkaufrechts rückte.²⁰⁶

Auch das Abzahlungsgesetz von 1894 stärkte in § 5 nicht den Verbraucher in seiner Rolle als Käufer. Es sicherte vielmehr Nutzung und Verbrauch der auf Abzahlung gekauften Möbel auch dann, wenn der Käufer seine Raten nicht mehr bezahlen konnte. Hierfür war nämlich regelmäßig eine Gesamtfälligkeit der Restraten vereinbart worden, die zugleich die Nutzung der Möbel vorenthielt.²⁰⁷ Dieser erste Kündigungsschutz zur Stärkung der Konsumfunktion hat sich entsprechend den Systemen im Arbeits- und Wohnraummietrecht im Kündigungsschutz (Frist, Mindestrückstand, Gesprächsangebot) des § 498 BGB erhalten. Auch die Rechtsprechung zum wucherischen Zins (§ 138 BGB) schützt den Konsum. Die Raubmöglichkeiten der Kreditgeber am Konsumeinkommen der Verbraucher, deren Marktschwäche sie ausnutzten, wurden von der Rechtsprechung auf das Doppelte des Üblichen reduziert.²⁰⁸ Das Prinzip verantwortlicher Kreditvergabe in § 505a BGB (§ 18a KWG) bürdet einer Bank zugleich die Pflicht auf, sich um die Auswirkungen einer Kreditvergabe um die Existenzmöglichkeiten eines pri-

206 Die Anerkennung des Verbraucherschutzgedankens wird häufig auf die Entscheidung des BGH v. 29. 10. 1956 (II ZR 79/55 (BGHZ 22, 90, 97 ff) datiert, bei der die fehlerfreie Nutzung fabrikneuer Möbel zu einem wesentlichen Bestandteil eines Verbrauchsgüterkaufvertrags erklärt wurde. Der durch den Willen getragene Vertragsschluss mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen sollte keine Klausel mehr ertragen, die im Kaufvertrag jede Gewährleistung ausschloss. Der amtliche Leitsatz lautete: »Bei einem Verkauf fabrikneuer Möbel an den letzten Abnehmer können die Sachmängelinwendungen des Käufers durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers nur ausgeschlossen werden, wenn dem Käufer statt dessen ein Nachbesserungsrecht eingeräumt ist. Ist jedoch die Nachbesserung unmöglich oder wird sie von dem Verkäufer verweigert, unzulänglich vorgenommen oder ungebührlich verzögert, so stehen dem Käufer stattdessen die Sachmängelinwendungen gegenüber dem Verkäufer zu.« Weniger bekannt ist, dass dieses Urteil auch die Abstraktion eines Finanzierungsgeschäftes von dem Konsumzweck durchbrach und die Bank mithaften ließ: »Ist ein Abzahlungsgeschäft in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen in zwei selbständige Verträge – einen Kaufvertrag mit dem Verkäufer und einen Darlehensvertrag mit einem Kreditinstitut – aufgespalten, so kann der Käufer gegenüber dem Zahlungsbegehren des Kreditinstituts auf die Sachmängelinwendungen gegenüber seinem Verkäufer zurückgreifen, wenn dieser seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht ordnungsgemäß nachkommt.« Dieses Recht ging in der Folgezeit wieder verloren, als die Banken das Konsumentenkreditgeschäft im eigenen Interesse aus ihren Vertragsformularen verbannten und sog. »freie (zwecklose) Kredite« vereinbarten. (Zur konsequenten Weiterentwicklung des Darlehensrechts mit einer *causa consumendi* vgl. Reifner 1979 – *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel* S. 148–264).

207 Zur Geschichte vgl. Reifner (1979) – *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel* S. 116 ff; Reifner, Weitz et al. 1978 – *Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit*; Heck, Jastrow et al. 1891/1892 – *Wie ist den Mißständen*; Benöhr 1974 – *Konsumentenschutz vor 80 Jahren*.

208 Der Umfang dieser Zinsbeschränkungen im Recht der EU-Staaten ist nachgezeichnet in Reifner, Schröder 2012 – *Usury laws*.

vaten Haushaltes und dessen Konsum zu kümmern. Die Einbeziehung des Konsumzwecks erfolgt dann vor allem in den Beratungspflichten für Finanzdienstleistungsverträge wie z. B. in § 491a BGB (»den von ihm verfolgten Zweck«)²⁰⁹ oder § 31 Abs. 4 WpHG (»Anlageziele«).²¹⁰ Bei Missachtung des Konsumzwecks droht Schadensersatz.

Damit wurde ein großer Teil des Vertragsrechts des BGB zum »Verbrauchsrecht« umgestaltet.²¹¹ Das Allgemeine Vertragsrecht hat in den §§ 241 ff BGB auch

209 »(3) Der Darlehensgeber ist verpflichtet, dem Darlehensnehmer vor Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags angemessene Erläuterungen zu geben, damit der Darlehensnehmer in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird. Hierzu sind gegebenenfalls die vorvertraglichen Informationen gemäß Absatz 1, die Hauptmerkmale der vom Darlehensgeber angebotenen Verträge sowie ihre vertragstypischen Auswirkungen auf den Darlehensnehmer, einschließlich der Folgen bei Zahlungsverzug, zu erläutern.«

210 »(4) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ... muss von den Kunden alle Informationen einholen über ... die Anlageziele der Kunden und über ihre finanziellen Verhältnisse, die erforderlich sind, um den Kunden ein für sie geeignetes Finanzinstrument oder eine für sie geeignete Wertpapierdienstleistung empfehlen zu können. Die Geeignetheit beurteilt sich danach, ob das konkrete Geschäft, das dem Kunden empfohlen wird, oder die konkrete Wertpapierdienstleistung im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung den Anlagezielen des betreffenden Kunden entspricht, die hieraus erwachsenden Anlagerisiken für den Kunden seinen Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar sind und der Kunde mit seinen Kenntnissen und Erfahrungen die hieraus erwachsenden Anlagerisiken verstehen kann.«

211 Die Integration in die Vertragsrechtsdogmatik des BGB wurde mit der Reform 2002 erreicht. Das AGB-Gesetz von 1976 wurde in den §§ 305–310 BGB in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts eingefügt. Das Widerrufsrecht fand in den §§ 355–361 BGB Platz. Dass Verbraucherverträge eine andere Sichtweise erfordern stellen nunmehr die §§ 312 ff BGB fest, die auch das Haustürwiderrufsgesetz für Verbraucher ins BGB einfügten. Der Vertragsschluss mit dem Verbraucher erhielt damit seine besondere Regelung im allgemeinen Zivilrecht, was Arbeitnehmern bis dahin versagt blieb. Bzgl. des Inhaltes des Vertrages blieb es bei der Kerndefinition des synallagmatischen Vertrages in den §§ 320–327, die weiterhin ein auf den Kaufvertrag hin orientiertes Denken transportieren. Dafür aber wurde das Kreditrecht in den §§ 488 BGB, das vor allem dem Verbraucherdarlehensrecht (§§ 491 ff BGB) gewidmet ist, ins BGB zurückgeholt. Das gleiche gilt für das Kontorecht des Zahlungsverkehrs in den §§ 675c ff BGB, während das Versicherungsrecht im VVG verblieb und das Recht des Sparens und der Kapitalanlage weit verstreut vor allem aber im Wertpapierhandelsgesetz geregelt wurde. (Einen Überblick über das Verbrauchsrecht geben *Tamm, Tonner 2012 – Verbraucherrecht* und *Bülow, Artz et al. 2014 – Verbraucherprivatrecht* für Deutschland, *Reich 2014 – European consumer law* für die EU und *Calais-Auloy, Temple 2015 – Droit de la consommation* für Frankreich. In Frankreich, Italien aber auch in Brasilien und Quebec wurden diese Vertragsvorschriften außerhalb der Zivilgesetzbücher im Code de la Consommation (Frankreich), im Codice del Consumo (Italien) bzw. im Código del Consumo (für Kredite in Katalonien) gebündelt. Dieser rechtsdogmatische Fehler hat in Italien dazu geführt, dass zwei Konzepte relativ beziehungslos miteinander konkurrieren und drei sich widersprechende Definitionen (Codice Civile, Testo Unico Bancario, Codice del consumo) gelten, die Studierende auswendig lernen nicht aber verstehen können. Bei den Gerichten, die die

offiziell vom Verbrauchsrecht Kenntnis genommen. Zu den Mächten, die die Freiheit des Individuums tendenziell bedrohen, zählt das Recht nicht mehr nur den Staat, sondern auch die gewerblich tätigen Anbieter von Finanzdienstleistungen. Der Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 BGB) und seine Derivate²¹² stellen auf die Schutzwürdigkeit nicht-kommerzieller Interessen von Menschen im Markt ab. *Arbeitsunternehmer*²¹³ werden den Verbrauchern gleichgestellt, weil die Nutzung der Finanzdienstleistungen durch sie ebenso mit ihrem für die Bedürfnisbefriedigung unmittelbar notwendigen Einkommen zusammenhängt wie es bei der Nutzung von Geldkapital durch Verbraucher der Fall ist.

Zivilgesetzbücher kennen, sind die separaten Verbrauchergesetzbücher relativ unbekannt geblieben. In Brasilien kümmert sich vornehmlich die Staatsanwaltschaft um den Verbraucherschutz, der damit weniger Chancen hat, auf die zivilrechtlichen Ursachen der Unbeachtlichkeit des Konsums in der Vertragsgerechtigkeit einzuwirken.

- 212 Auf den Verbraucher bezogene Schutzvorschriften bei Finanzdienstleistungen finden sich bei Stundungskrediten (§§ 506–509 BGB), Ratenlieferungsverträgen (§ 510 BGB), Teilzeit-Wohnrechtverträgen (§ 481 BGB), Darlehensvermittlungsverträgen (§ 655a BGB), Kapitalanlagen (§§ 31, 36b WpHG), Zahlungsverkehrsdienstleistungen (Girokonto) (§§ 675e, 675t BGB, Art. 248 EG-BGB), Versicherungsvermittlung (§ 34d GewO). Übergreifend für alle Verbraucherverträge nicht nur aus Finanzdienstleistungen gelten die §§ 312 ff BGB bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen §§ 305, 308, 310 BGB und für die im Fernabsatz abgeschlossenen Finanzdienstleistungen Art. 246b EG-BGB. Ferner gehört dazu die im Interesse der Verbraucher ausgeübte Banken- (§ 23 KWG) bzw. Versicherungsaufsicht. (§§ 127, 129 VAG) Im Versicherungsrecht ergibt sich der Verbrauchszweck aus dem versicherten Risiko (Hausrat, Leben, Gesundheit etc.).
- 213 Als »Arbeitsunternehmer« haben wir diejenigen Kleingewerbetreibenden und Selbständigen bezeichnet, deren eigene Arbeitsleistung wesentlicher Faktor für ihre Einkommenserzielung ist. (Reifner 2003 – *Kleinunternehmen und Kreditwirtschaft*; Reifner 2002 – *Les Entrepreneurs-Travailleurs*; Reifner, Größl et al. 2003 – *Kleinunternehmen und Banken*) Sie werden im Arbeitsrecht (Kündigungsschutz § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG, Betriebsrat § 4 BetrVG weniger als 6 Angestellte) eher wie Arbeitnehmer als wie Arbeitgeber behandelt. Im Mietrecht werden die Vermieter, die im selben Haus wohnen wie die Mieter, vom Mieterschutz verschont. (§ 573a BGB) Die Arbeitsunternehmer werden gem. § 512 BGB im Darlehensrecht und gem. § 304 Abs. 1 S. 2 InsO auch im Insolvenzrecht den Verbrauchern gleichgestellt. Karl Marx hat sie als (Schein)Arbeitgeber angesehen, die »im Profit ihr Salär« vergessen. Sie stellten sich selbst an und beuteten sich dabei aus. Sie glaubten sich im Gewinn, weil sie bei der Gewinnkalkulation vergessen würden, ihren Arbeitslohn davon abzuziehen. Alle Finanzdienstleistungen an Verbraucher sind letztlich Finanzdienstleistungen, die auf den Arbeitslohn bezogen sind. Sie sollen ihn lediglich nach Zeit (Kredit, Anlage), Ort (Zahlungsverkehr) und Risiko (Versicherung) verfügbar gestalten.

f Insolvenzverhältnis (§ 304 InsO)

Geld hat keinen Wert. Es drückt aber Wert aus. Die kollektive (durchschnittliche) Zahlungsfähigkeit aller Schuldner zirkulationsfähiger Forderungen macht den Wert dessen aus, was als Gold, Metall, Papier oder elektronische Information zirkuliert. Doch der kollektive Wert des Geldes stimmt nicht immer mit dem individuellen Wert einer Forderung überein. Deshalb können alle Geldbesitzer auch dann makellos (geld)reich sein, wenn die Zahlungsfähigkeit aller Schuldner drastisch reduziert ist. Solange sie nicht wie beim Pokerspiel ihr Geld »zum Sehen« anmelden, sondern entweder horten oder weiter zirkulieren lassen, sind sie bilanziell reich. Gerade diese abstrakte Zirkulationsfähigkeit von Geldforderungen ermöglicht die unbegrenzten intertemporalen Kooperationsmöglichkeiten im Finanzkapitalismus. Die Fiktion, dass Geld einen eigenen Wert hat und daher jede Schuld schon durch Hingabe von Papier oder Kontobuchungen erfüllt werden kann, ist daher eine wertvolle Heuristik moderner Wirtschaft. Wird sie insgesamt durchbrochen, so bricht die Währung entweder durch Hyperinflation oder durch Akzeptanzverweigerung zusammen. Die auf Geldtausch aufgebaute synallagmatische Wirtschaft kommt zum Erliegen. (dazu I.B) Die Aktionen in der Eurozone seit 2008 retteten daher nicht nur die Banken, sondern auch insgesamt die Zirkulationsfähigkeit des Euro und seine Wertfiktion in den Augen der Weltwirtschaftsteilnehmer.

(1) Nominalismus und Überschuldung

Die Wertfiktion des Geldes kann nur aufrechterhalten werden, wenn ihr auch eine spezielle Wertfiktion für jede einzelne Darlehensforderungen zugrunde liegt. Deshalb folgt das Vertrags- und Darlehensrecht dem Grundsatz des *Nominalismus*. *Mark = Mark* (Euro = Euro) bildet die wirtschaftliche Vertrauensgrundlage für das Funktionieren des Zivilrechts. Müsste jeder Gläubiger ständig überprüfen, ob seine Forderungen noch werthaltig sind und sie bei Weitergabe entsprechend abwerten, so müssten die nachfolgenden Geldbesitzer den Wertverlust offen legen.²¹⁴ Einen Geldüberhang, wie wir ihn durch die Explosion des Geldvolumens seit 1976 beklagen, gäbe es dann nicht mehr. Es gäbe aber auch keine Währung

214 Gibt das Recht wie in der Aufwertungsrechtsprechung des Reichgerichts (dazu FN 203; 279) dem Gläubiger die Möglichkeit, seine Forderung aufzuwerten, um die Hyperinflation zu kompensieren, so bezeichnet man dies als *Valorismus*. Der *Metallismus*, wie die Wertschwankungen der Edelmetalle im Geld genannt wurden, ist dagegen kein echter *Valorismus*, sondern eine eingebaute mehr oder minder berücksichtigte Geldentwertungsrage, die

mehr, sondern nur noch werthaltige Forderungen, deren Zirkulationsfähigkeit eingeschränkt wäre. Geld würde auf den Status eines Wechsels zurückfallen.²¹⁵ Der Nominalismus ist also nicht nur eine Geldschutzideologie, sondern mit ihm wird jedem Gläubiger einer Geldforderung wie bei einem Eigentümer einer Sache das Recht verliehen, den Wert unabhängig von der Zahlungsfähigkeit und Liquidität seines Schuldners über die Gerichte einzutreiben, d. h. mit Hilfe staatlicher Gewalt zwangsweise zu vollstrecken.²¹⁶ Das führt zu dem für Schuldner traurigen Ergebnis, dass das Zivilrecht rücksichtslos gegen sie und ihre Familien vollstreckt, weil der Gläubiger auf die fiktive Makellosigkeit seiner Forderung auch dann verweisen darf, wenn der Schuldner durch Arbeitslosigkeit, Krankheit, Trennung, Unfall, Einkommensminderung oder Umzug einen der Gründe aufweisen kann, die nunmehr seit über 50 Jahren in den empirischen Untersuchungen regelmäßig als Ursache zur Überschuldung der Verbraucher erkannt werden.²¹⁷ Der unschul-

von der Quantität des zirkulierenden Edelmetalls im Verhältnis zur Geldnachfrage abhängt. Wird die Akzeptanz allein durch staatliche Macht mit einem entsprechenden Aufdruck über Quantität und Garantiegeber vermittelt, so ist der Metallwert ohnehin zweitrangig.

215 Ausführlich zum Wechselrecht bei FN I-279.

216 Um dieses Recht zu erhalten müssen Gläubiger sich nicht einmal der richterlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit ihrer Forderungen unterwerfen. So wird mit dem richterfreien Vollstreckungsbescheid fingiert, dass ein Schuldner, der sich zwei Mal (Mahnbescheid sowie Vollstreckungsbescheid) nicht mit Widerspruch oder Einspruch gewehrt hat, auf den Richter verzichten will. (§§ 708, 794 Abs. 1 Nr. 4, 796 ZPO) Das Gesetz lässt auch ein notarielles Anerkenntnis genügen. (§ 794 Ziff. 5 ZPO) Es fingiert bei einer Grundsuld, dass bei einer notariell beglaubigten Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung der Hypothekenkreditschuldner auch dann keine gerichtliche Überprüfung haben möchte, wenn die Grundsuld an einen US-Investor abgetreten wurde. (krit. dazu Reifner 2008 – *Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen*. Zurückweisung der Kritik in BGH 30. März 2010 – XI ZR 200/09.) Das BGH-Urteil wurde von der Presse gleichwohl als Verbraucherschutz gefeiert, obwohl es nur eine Selbstverständlichkeit des Rechts wiederholte. Sicherungsrecht und Forderung gehören auch in Deutschland zusammen. Das Klausel erteilende Gericht hat dies wie alles Recht auch gegenüber der Bank zu gewährleisten. (Zutreffend daher der Internetkommentar zum Pressespiegel Varlemann 31. 03. 2010 – *BGH-Urteil zu Kreditverkauf*: »Als juristischer Laie frage ich mich, wo denn hier der bessere Schutz der Verbraucher vor Zwangsversteigerungen zu finden ist, zumal es sich hier um bereits gekündigte und dann »verkaufte« Darlehen handelt.«) Nicht beachtet wurde auch, dass das vom Gesetzgeber 1900 in die Notare gesetzte Vertrauen längst von den Mondscheinnotaren bei Schrottimmobilienvverkäufen als unbegründet widerlegt wurde. (Zum Wert solcher »Titel« vgl. FN I-277)

217 Hierzu die jährlichen Überschuldungsreports des iff. (z. B. Knobloch, Reifner et al. 2014 – *iff-Uerschuldungsreport 2014*). Die Studien reißen in der angelsächsischen Welt nicht ab, obwohl sie zu den vorliegenden Ergebnissen bei Caplovitz 1974 – *Consumers in trouble*; Ford 1988 – *The indebted society*; Reifner, Ford (Hg.) 1992 – *Banking for people* kaum etwas Neues beitragen. (Zusammenfassung der Studien in Reifner, Schröder 2012 – *Usury laws*; Reifner, Niemi-Kiesiläinen et al. 2010 – *Overindebtedness in European Consumer Law*) Als Begründung dafür, dass immer dieselben Studien verfasst werden, wurde 2015 im bankruptcy panel der Konferenz der Law and Society Association in Seattle angegeben, dass Politik und Stif-

dige Schuldner wird im Recht als Schuldiger behandelt, weil er schon vorsätzlich handelt, wenn er nicht zahlt, gleichgültig warum.

tungen sowie Kreditgeber immer von neuem behaupten würden, Überschuldung sei ein Problem des Luxuskonsums. Man müsse daher dies ständig für jedes Land und sogar für die Einzelstaaten im Land erneut widerlegen. Tatsächlich ließ die EU-Kommission auf ihrem Workshop zur Überschuldung am 1. Juni 2015 wieder allein darüber diskutieren, wie man Verbraucher präventiv beraten könne, damit sie sich nicht überschuldeten. Den Höhepunkt bildete ein niederländischer Modelltheoretiker, der seine persönliche Vorliebe für glitzernde Autos (»Frauen sind mehr für Schuhe!«) zum Überschuldungsfaktor entwickelte und hierfür Abhilfe vorschlug – ein nicht nur soziologisch uninformatiertes, sondern vor allem autoritär patriarchalisches Modell, mit dem die Schuldnerberatung der Zukunft dahin zurückverwandelt wird, woher sie kommt: zur Anti-Kredit-Erziehung. (dazu schon Udo Reifner *Reifner 1987 – Wer hat Schuld*)

Der Überblick über Überschuldungsursachen ergab für die Hauptursachen in Deutschland (»big five«) von 2005 bis 2012 bei mehreren Zehntausend erfassten Haushalten in den jährlichen iff-Überschuldungsreports folgende Angaben (<http://www.iff-ueberschuldungsreport.de>):

Tabelle 3 Überschuldungsauslöser (in Prozent)

Überschuldungsauslöser	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Arbeitslosigkeit, reduzierte Arbeit	45,6	43,0	40,3	41,3	45,9	48,1	45,8	40,0		
<i>ist Hauptauslöser der Überschuldung</i>	30,7	32,2	30,1	30,6	33,6	33,5	31,8	26,1	28,4	26,8
Scheidung/Trennung	21,3	22,7	19,0	19,0	18,9	19,7	18,7	19,4		
<i>ist Hauptauslöser der Überschuldung</i>	13,4	14,2	11,9	12,3	11,7	12,9	12,0	15,0	10,3	9,0
Konsumverhalten	21,4	20,9	18,7	19,6	17,4	16,9	17,2	19,8		
<i>ist Hauptauslöser der Überschuldung</i>	11,1	10,8	9,7	11,3	10,7	9,9	10,8	13,7	7,7	8,6
Krankheit	9,5	12,5	14,7	12,9	16,2	14,0	16,7	18,5		
<i>ist Hauptauslöser der Überschuldung</i>	5,0	7,0	7,8	6,9	9,8	8,8	10,2	11,8	8,0	7,7
Gescheiterte Selbstständigkeit	14,3	14,5	13,7	12,9	11,4	11,7	11,1	9,1		
<i>ist Hauptauslöser der Überschuldung</i>	12,3	12,0	11,3	11,0	9,3	9,6	9,5	7,4	10,3	10,0

Je nach Sozialsystem sind die Gewichtungen bei den Ausgaben insofern anders als in den USA, wo aus Mangel an öffentlicher Gesundheitsvorsorge die Krankheitskosten eine wichtigere Ursache für Zahlungsprobleme sind. Eine Auswertung nach Alter für 2014 ergab, dass bei über 65jährigen Einkommensarmut die Arbeitslosigkeit als Hauptursache ablöst. Es gibt guten Grund zur Annahme, dass die Kategorie »Konsumverhalten« nicht valide festgestellt wird. Sie wurde überall (auch im iff) eingefügt, weil Politik und Auftraggeber sie erwarten, obwohl sie nur rein subjektiv beantwortet werden kann und zu den anderen objektiven Ursachen nicht passt. Sie wird auf Grund einer Meinungsäußerung der Schuldnerberater oder der Betroffenen, die sich oft selbst des Fehlverhaltens bezichtigen, festgehalten. Es gibt hierfür keine objektiven Indikatoren. Gegen die Zahlen zum Fehlkonsum spricht, dass das Scheitern einer Kreditbeziehung in der Regel erst nach vielen Ratenzahlungen und mehreren Umschuldungen eintritt. Hier wirken ideologische Schuldzuweisungen: der Überschuldete hat sich mit Luxusgütern übernommen (Gier), der Arbeitslose sucht keine Arbeit (Faulheit), der Ausländer wird straffällig (Kriminalität). Dies wird immer wieder empirisch untersucht. Allein die Existenz immer neuer Untersuchungen suggeriert dann, dass trotz häufiger empirischer Widerlegung die zugrundeliegenden Hypothesen bedeutsam bleiben. Das dies falsch ist, hat David Caplovitz schon 1963 gezeigt. (*Caplovitz 1963 – The poor pay more*) Die Externalisierung sozialer Kosten im Kapitalismus als Folge des reduzierten Produktivitätsbegriffs, mit dem Reichtum bei denjenigen akkumuliert wird, die schon reich sind, kann nicht mit

Doch schließt dies den Gegenbeweis aus? Die Fiktion des Geldhabens gilt nicht, wo die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Die Vereinbarung, man werde nur zurückzahlen, wenn man im Lotto gewonnen hat, ist wirksam.²¹⁸ Seine Vertragsfreiheit kann niemand infrage stellen. Demnach hält man dies für illusorisch. Keinem Kunden würde es gelingen, seine Bank ähnlich einer GmbH eine Haftungsbegrenzung auf sein Einkommen seiner Bank ins Kreditvertragsformular hineinzudiktieren. Doch auch konkludente bzw. stillschweigende (engl. *implicit*) Vereinbarungen sind gültig. Tatsächlich nimmt die Bank auf das Einkommen im Formular mehrfach Bezug. Sie gleicht die zukünftigen Raten mit dem zukünftigen Einkommen ab. Nach neuem Recht zwingt sie sogar das Prinzip der verantwortlichen Kreditvergabe (§§ 505a BGB, 18a KWG) dazu. Sie muss Kredite verweigern, wenn den Raten kein adäquates Monatseinkommen gegenübersteht. Der Kreditgeber lässt sich auch den Lohn im Voraus zur Ratenabsicherung abtreten. Der Kunde muss eine Lohnbescheinigung vorlegen usw.

Der Bezug zwischen Kreditrückzahlung und Einkommen ist unübersehbar. Ist dies rechtlich irrelevant? Anders als die entrüsteten Kritiker dieses Vorschlags von 1979 meinten, soll dies auch nicht zur Schuldbefreiung führen. Es geht nur um Schuldanpassung. Die Anerkennung der durch das Einkommen *begrenzten Vorratsschuld* bei unverschuldeter und unvorhersehbarer Arbeitslosigkeit würde eine temporäre Ratenanpassung ermöglichen und die Bestrafung durch zusätzliche Inkassokosten und Verzugszinsen vermeiden.²¹⁹

dem Fehlverhalten seiner Opfer begründet werden. Umgekehrt aber sollte auch die Kapitalismuskritik lernen, dass der Gesamtnutzen solcher Opferrituale oft so groß ist, dass aus ihm Kompensation erfolgen könnte. Man muss den Kapitalismus also gar nicht ablehnen, um seinen Opfern zu helfen. Die Vorträge der Law & Society Association in Seattle Juni 2015 geben einen Überblick über den Stand der US-amerikanischen Forschung, wo mit 800 000 Verbraucherinsolvenzen die Problematik am drängendsten ist. (Butelli, Maristrello 30. 05. 2015 – *A survey-based assessment of over-indebtedness*; Bruloot, Muynck 30. 05. 2015 – *Why Borrowing Individual Entrepreneurs Should*; Lindblad 30. 05. 2015 – *Bankruptcy Decisions of Lower-Income Homeowners*; Lawless, Porter et al. 30. 05. 2015 – *Waiting for Bankruptcy*; Porter, Thorne 30. 05. 2015 – *Hardships among Chapter 13 Debtors*; Jungmann 30. 05. 2015 – *Connection between amicable and statutory*; Sternberg Greene 30. 05. 2015 – *A Presumption of Good Faith?*; Martin 30. 05. 2015 – *The Banking and Credit Habits*; Maristrello, Sampaio 30. 05. 2015 – *Who is over-indebted in Brazil*; Ben-Ishai, Schwartz 30. 05. 2015 – *Two Randomized Trials of Student*; Reifner 31. 05. 2015 – *How can protection against early*; Fox 31. 05. 2015 – *Abandoned Properties and Abandoned Foreclosures*; Kiviat 31. 05. 2015 – *Borrowing History*)

218 Titel meiner Entgegnung auf Medicus 1988 – Geld muß man haben in Reifner 1997 – Geld hat man zu haben.

219 Dieser Grundsatz könnte auch aus § 313 BGB (Vertragsanpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage) entnommen werden. In Finnland führte er zu dem Prinzip der *social force majeure*, die vom Gesetz her Stundung von 6 Monaten bei Arbeitslosigkeit erlaubt. Französische Verbraucherverbände im Elsass hatten entsprechende Vereinbarungen mit Banken geschlossen. Weitere Beispiele aus dem Unterhalts- und Strafrecht, wo die Einrede der *Dürf-*

Das Problem der Verbraucher (wie auch der überschuldeten Unternehmen und Staaten) ist ja nicht die Schuld, sondern deren Fälligkeit. Niemand ist überschuldet, der seine Schulden (noch) nicht bezahlen muss. Der Sinn eines Darlehens liegt gerade im Hinausschieben der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs. Der Kreditnehmer erhält im Kredit Zeit. Mit der Verfügungsmöglichkeit über diese Zeit ist er trotz hoher Schulden nicht überschuldet.²²⁰ Genau das aber zerstört das Recht mit der fristlosen Kündigungsmöglichkeit des Kredits. Die Kündigung ist erlaubt, wenn der Kreditgeber meint, die Vermögenssituation des Kreditnehmers würde sich verschlechtern und die Rückzahlung unsicher machen (§ 490 BGB).²²¹ Bei Verbrauchern ist das Gesetz noch härter. Es reicht der Rückstand mit zwei vollen Raten, um eine »Gesamtfälligkeit« aller Raten zu bewirken und damit die Liquidität des Konsumenten zu ruinieren.²²² Es ist somit die Kündigung, die

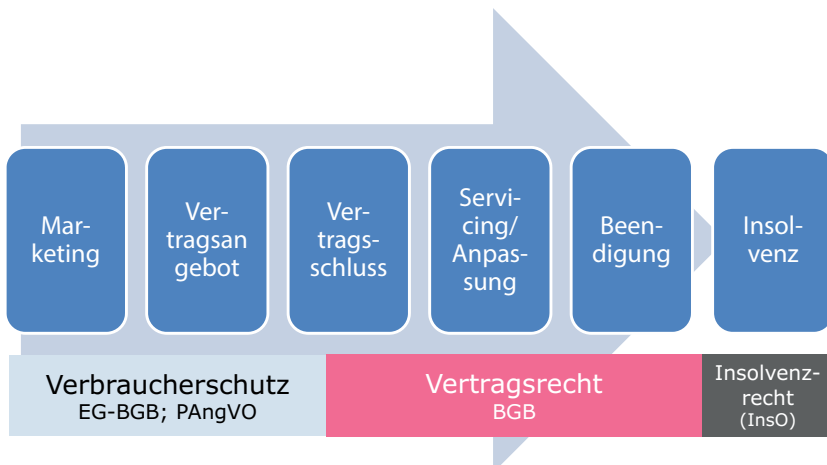
tigkeit des Einkommens (bei der Erbschaft ist sie gestattet vgl. § 1990 BGB) erhoben werden kann. Zur Diskussion der Thesen in der Literatur vgl. FN II-13 und 4.

- 220 Entsprechend interessiert sich die von Banken zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Unternehmen angewandte cash-flow-Methode (Liquiditätsrechnung) nicht dafür, ob verfügbares Geld aus einer Kreditgewährung oder aus Gewinnen oder Einnahmen stammt. Jeder Zufluss wird gleich bewertet. Diese cash-flow-Methode hat die traditionelle Kreditwürdigkeitsprüfung nach Vermögen (Bilanz-Methode) längst abgelöst. Zahlungsfähig ist wer liquide ist und nicht derjenige, der viel besitzt. (vgl. *Jury, Timothy D. H 2012 – Cash flow analysis and forecasting*)
- 221 § 490 BGB »Außerordentliches Kündigungsrecht: (1) Wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder eintreten droht, durch die die Rückzahlung des Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdet wird, kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag vor Auszahlung des Darlehens im Zweifel stets, nach Auszahlung nur in der Regel fristlos kündigen.«
- 222 § 498 BGB »Gesamtfälligkeitstellung bei Teilzahlungsdarlehen: Wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers kann der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, nur kündigen, wenn der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mit mindestens 10 Prozent, bei einer Laufzeit des Verbraucherdarlehensvertrags von mehr als drei Jahren mit mindestens 5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug ist und ... eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.« Die Rechtsprechung sieht § 498 BGB als Norm an, die § 490 BGB bei Ratenkrediten verdrängt. Das klingt verbraucherfreundlich ist jedoch das Gegenteil. Das Recht der außerordentlichen Kündigung ist, wie § 314 BGB allgemein deutlich macht, kein Recht der Vergeltung wegen einer unterlassenen Zahlung, sondern ein Recht, das eine Vermögensprognose verlangt, aus der sich ergibt, dass »die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.« § 314 BGB ist ein allgemeines Prinzip. Es kann nicht durch Spezialregelungen unterlaufen werden. Deshalb reicht auch bei Ratenkrediten der bezeichnete Rückstand nicht aus. § 498 BGB ist zusammen mit §§ 490, 314 BGB so auszulegen, dass der Rückstand nur ein notwendiges Indiz für eine Vermögensverschlechterung ist, diese aber noch gesondert festgestellt werden muss.

den Kreditnehmer zum Überschuldeten werden lässt. Der Rückstand mit zwei Raten kann kaum als Indiz dafür gewertet werden, dass nun die gesamte Restkreditsumme verfügbar gemacht werden kann. Anders als der Sachmieter hat der Geldkapitalmieter das Geld investiert. Es ist in fixem Kapital wie etwa in einem PKW so eingefroren, dass dessen erzwungene Rückverwandlung in Geld das Problem nur verschärft. Überschuldung, Autollosigkeit und Wertverfall treffen zusammen. Ein Rückstand mit zwei Raten besagt zur Überschuldung nur, dass in dieser Höhe temporäre Illiquidität besteht. Da ganz überwiegend auch Arbeitslosigkeit, Krankheit und Trennung nur zeitlich begrenzte Einkommensbelastungen darstellen, erlaubt das Gesetz den Geldbesitzern mit Kreditkündigung die Überschuldung als Druckmittel einzusetzen. Damit besteht aber ein Widerspruch zum Versprechen bei Vertragsschluss, das Kapital gegen Zinsen zeitweise nutzen zu dürfen.

Zur Fiktion einer werthaltigen Geldschuld kommt daher noch die Fiktion einer ständig liquiden Verfügbarkeit der bereitgestellten Darlehensmittel. Kein Geldkreditgeber muss sich für die Kündigung rechtfertigen, während Sachkreditgeber (Vermieter) gesetzlich so reguliert sind wie die Arbeitgeber, die den Arbeitnehmern die weitere Nutzung ihrer Produktionsmittel nicht unbesehen verwehren können. Es ist die dem Kaufvertragsdenken entlehnte Vertragskonstruktion, die ein weiterhin sinnvolles Nutzungsverhältnis zerstört. Die Gläubiger rechtfertigen dies damit, dass sie den ersten Zugriff auf das (in der Regel bei Kreditnehmern ohnehin nicht vorhandene) Vermögen haben. Die Statistiken zu Vorkommen und Dauer der Überschuldungsgründe deuten darauf hin, dass mindestens

Grafik 1 Darlehensentwicklung und Rechtsbrüche



ein Drittel der Kündigungen unnötig sind. Durch Anpassung der Rückzahlungsverpflichtungen an die veränderte Situation hätten sie vermieden werden können. Doch anders als im Arbeits- und Mieterschutzrecht findet man im Darlehensrecht keinen materiellen Kündigungsschutz.

Dass Überschuldung wirtschaftliche Kooperation lähmt, wird durchaus erkannt. Es gibt auch eine rechtliche Antwort. Sie ist nur in ein anderes Rechtsgebiet verlagert worden, das durch verschiedene Barrieren (öffentliches versus Privatrecht, Verfahrensrecht versus materielles Recht) vom Vertragsrecht getrennt ist.

Das Grundproblem des Darlehensvertrags, dass er nur für den Vertrag, nicht aber für das Verhältnis der Parteien Lösungen bereitstellt, wird im Insolvenzrecht durch ein gesetzlich geregeltes Quasi-Vertragsverhältnis kompensiert, das wie schon beim Arbeitsvertrag eher sein Modell im römischen Schuldklaven als beim vertraglichen Kapitalnutzer unter Gleichen abgeschaut hat. Der Schuldner muss sich dem Insolvenzverwalter oder Treuhänder unterordnen, der als Vertreter aller Gläubiger auftritt. Allerdings wird dies Verhältnis befristet und mit Schuldbefreiung abgeschlossen.

(2) Schulden»verhältnis«

Mit der Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens in den §§ 304 ff InsO im Jahre 1994 wurde für Überschuldete die faktische Möglichkeit eröffnet, trotz Kündigung aller Kredite weiter in Raten zu zahlen. Die Raten werden der Höhe nach auf das beschränkt, was der säumige Kreditnehmer ohne Gefährdung des Existenzminimums erübrigen kann. Zwar gab es auch davor schon Pfändungsschutzvorschriften, nach denen die Gläubiger de facto nicht mehr vom Monatseinkommen der Schuldner nehmen konnten. Doch neu ist die Schuldbefreiung am Ende der Wohlverhaltensperiode. Nach maximal 5 Jahren hat man »Geld nicht mehr zu haben«. Das prozessuale Verfahren überlagert das materielle Vertragsrecht. Das Insolvenzrecht schafft weltweit eine *Death of Debt Doctrine*.²²³

Überschuldete Unternehmen²²⁴ und Verbraucher haben die gesetzliche Möglichkeit, ein solches Verfahren zu durchlaufen.²²⁵ Sie werden durch Gerichtsbe-

223 Zu den Einzelheiten vgl. die Nachweise FN 232.

224 Für Banken gelten nach der Finanzkrise Besonderheiten. (III.C.2.a)) Damit wurde ein Bestandsschutz für Banken in der Schuldnerrolle erreicht, der tendenziell auf ihre Gläubigerrolle gegenüber den anderen Schuldnern Auswirkungen haben wird.

225 Das englische und irische System kennt parallel drei Verfahren, die sich nach Zugang, Dauer und Höhe der Forderungen unterscheiden. Die übrigen Länder haben ein doppeltes System, das einmal vertragsähnlich einen Schuldentilgungsplan zum anderen eine gesetzliche Schuldbefreiung ohne Plan vorsieht. Dies System ist dem US-amerikanischen System des

schluss von unbezahlbaren Schulden gegenüber den Geldbesitzern befreit (Schuldbefreiung, discharge) oder die Schuldzahlungen werden so angepasst, dass die Schuldner die Zahlungen in ihre Hauswirtschaft integrieren können. Während des Verfahrens ist die Vollstreckung ausgesetzt. Geldforderungen werden reduziert (Befreiung), für uneinbringlich erklärt (Pfändungsschutz), unverzinslich gestaltet oder gestundet.

Allen Systemen gemeinsam ist eine formale Barriere zwischen dem Insolvenzrecht als öffentlich-rechtlichem Verfahrensrecht und dem Darlehensrecht, das privat-rechtliches Vertragsrecht bleibt. (s. o. Grafik 1) Die ideologische Mauer zwischen der unbedingten Geldschuld im Vertrag und dem Tod der Schulden im Verfahrensrecht verhindert, diese Trennung allmählich zu überwinden. Die verkehrte Ideologie im Kapitalismus, dass Schulden Schuld sind und daher vergeben werden müssen, wird institutionell unangreifbar gemacht, obwohl die praktischen Konsequenzen längst nicht mehr gezogen werden. Doch Prävention wäre besser. Passt man den Darlehensvertrag an die Lebensverhältnisse der Verbraucher an statt ihn mit der Kündigung aufzuheben, so könnte man sich, bis auf die Fälle endgültiger lebenslanger Insolvenz, die richterliche Insolvenzbürokratie sparen. Die Gläubigerideologie braucht die Schuld der Schuldner als Grundlage des Inkasso, auch wenn der Schuldner nur Nutzer ist. Das Symptom Überschuldung kann so nicht zum Erkenntnisgewinn inadäquater Darlehensvertragsformen beitragen.²²⁶

Chapter 13 und des Chapter 7 des bankruptcy code nachgebildet. In der EU hatten bis Anfang 2016 bisher nur Spanien (außer einem Kleininsolvenzverfahren für Kleinunternehmen) und Bulgarien noch keinen besonderen Verbraucherkonkurs geregelt. (Zur Situation in Europa 2002 vgl. *Reifner, Niemi-Kiesiläinen et al. 2010 – Overindebtedness in European Consumer Law* ferner *Kilborn 2007 – Comparative consumer bankruptcy*; *Kilborn 2011 – Expert recommendations and the evolution*). Einen Gesamtüberblick über die wichtigsten Elemente findet sich in *World Bank Report 2013*. Die international profiliertesten Kenner der Entwicklungen im Verbraucherkonkurs sind Iain Ramsay (UK), Jason Kilborn (USA), Johanna Niemi (Finnland) und Bill Whitford (USA). Sie haben an den verschiedenen Studien für EU-Kommission, Europarat und Weltbank mitgewirkt. Einen Gesamtüberblick gibt *Ramsay 2015 – Bankruptcy in the 21st Century*.

- 226 Das Problem ist allen Dauerbeziehungen im Recht eigen. Das am deutlichsten ausgeprägte Beziehungsrecht ist das Familienrecht und hier die Eltern – Kind – Beziehung. Innerhalb einer Ehe war dieses Verhältnis historisch vom juristischen Vertragsdenken ausgenommen. Die Familienhierarchie ersetzte das kontraktualistische Denken. Der Vater bestimmte über die Mutter und beide über die Kinder. Vertragsähnliche willensgetragene Abmachungen zur Regelung gab es nicht. Im Salomonischen Urteil (1. Könige 3, 16–28) wird ebenso wie im Urteil des Richters Azdak im daran anknüpfenden Schauspiel von *Brecht 1985 – Kaukasischer Kreidekreis* über die Zuordnung des Kindes zur Mutter geurteilt. Die Lösung der Bibel scheint rein kaufrechtlichem Denken entlehnt, wenn allein die Zuordnung und damit das »Eigentum« am Kind geklärt werden sollen. Doch die Urteile sind weit moderner als das aktuelle Umgangsrecht, weil sie auf die Liebe der Mutter für die zukünftige Beziehung zum Kind abstellen, nur das Salomo sie bei der leiblichen Mutter vermutet, während Brecht

In den USA, die das freie Unternehmertum zur Grundlage ihrer Wirtschaftskraft machte, dominierte zunächst die Idee des *fresh start*. Man erlaubte dem Überschuldeten wie bei der Auflösung einer GmbH die Schulden zu streichen. In Deutschland, Österreich aber auch Japan, wo die Wirtschaftskraft auf Plichterfüllung, Fleiß und Ordnungsliebe der Arbeitenden aufbaut, herrscht die Idee einer

sie sozial festgestellt sehen will und damit ein modernes Gender-Paradigma aufnimmt. Das Mutter-Kind-Verhältnis ist damit auf eine emphatische und nicht auf eine vertragliche Grundlage gestellt. Mit der Auflösbarkeit der Ehe tritt die Vertragsfreiheit mit ihrem Kündigungsideal auf den Plan und befreit die Familienmitglieder von patriarchalischer Unterwerfung. Doch eine Scheidung von Kindern ist nicht vorgesehen. Unterhaltsvereinbarungen, Umgangsvereinbarungen, Besuchsregelungen suggerieren vertragliche Vereinbarungen der Eltern über dieses Verhältnis. Dies missverstehen Eltern häufig als negative Fortsetzung ihrer geschiedenen Ehe, die sie deshalb nicht beenden dürfen. Doch die durch Ehescheidung aufgelöste Familie besteht nur in Bezug auf die Kinder fort. Die Regelungen werden vertraglich gedacht und ähnlich wie im Insolvenzverfahren mit richterlicher Hilfe bzw. richterlichem Zwang abgeschlossen. Die Praxis des Kindesumgangs zeigt dann, dass das Vertragsdenken des Umgangsrechts die sich verändernden Realitäten mit neuen Partnern, Patchwork Familie, Streit der Eltern, Umzug, Erziehungszielen, unvorhergesehenen Ereignissen nicht sinnvoll regeln kann. Wo das Kind wohnt, dort liegt dann die Macht. Der Vertrag ändert wenig daran. (Dazu die Reportage von Eckardt 06.06.2015 – *Trennung: Im Kreidekreis*) Das Gericht kann allenfalls dem anderen Elternteil eine Basis für zukünftig notwendige Verhandlungen verschaffen. Diese Verhandlungen müssen jedoch ständig im Interesse des Kindes geführt werden. Ohne Kooperation mit einem Minimum an gegenseitigem Respekt und Vertrauen ist dies für die Kinder, die beide Eltern brauchen, ein Alptraum. Die jahrelangen Streitigkeiten gerade vor deutschen Familiengerichten, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits kritisierte (EGMR 15.1.2015 Az. 62198/11), suggerieren aber, dass man den Kindeswillen nach Art eindeutiger Vertragsgestaltung »feststellen« kann. Psychologen halten dies für verfehlt, weil ein Kind reagiert und nicht entscheidet. (zum Parental Alienation Syndrome der Beeinflussung des Kindeswillens vgl. Dettwiler-Bienz 2003 – *Die Entfremdung des Kindes*; Gardner (Hg.) 2010 – *Das elterliche Entfremdungssyndrom Parental Alienation*) Die fortbestehende Familie bei geschiedener Ehe ist ein Kooperationsverhältnis zugunsten Dritter, nämlich des Kindes. Es ist zwischen den Eltern reziprok und nicht synalagmatisch organisiert. Der Vorteil des Vertragsdenkens für die Emanzipation von Frauen und Kindern schlägt um in einen großen Verlust, wenn das Verhältnis nicht auch in die richtige Rechtsform integriert wird. Dauerbeziehungen sind Verhältnisse, in denen kooperiert werden muss, was dem Alles-oder-Nichts-Prinzip des kaufvertraglichen Denkens widerspricht. (Zur reichhaltigen sozialwissenschaftlichen Literatur vgl. Basler 2003 – *Ehescheidung und Scheidungskinder*; Johnston 2007 – *Entfremdete Scheidungskinder*; Largo, Czernin 2014 – *Glückliche Scheidungskinder*; Schabetsberger 2012 – *Scheidungskinder und ihre Väter*; Büte 2005 – *Das Umgangsrecht bei Kindern geschiedener*; zum Umgangsrecht vgl. Stett – *Auswirkung des elterlichen Konfliktniveaus*) Weil die Wirtschaft letztlich auch die sozialen Umgangsformen beeinflusst bedeutet die Entwicklung eines Vertragsmodells des *Life Time Contract* (Nogler, Reifner (Hg.) 2014 – *Life Time Contracts*) zugleich auch die Basis für eine Lösung der immer gravierender werdenden Probleme der Vereinzelung und Entsolidarisierung im Kapitalismus, ohne dabei in die Barbarei der Gemeinschaftsideologien zurückfallen zu müssen.

verdienten Schuldbefreiung (*earned start*). Im etatistischen Frankreich ebenso wie in Irland ist die Schuldanpassung eher als Akt administrativer sozialer Hilfe ausgestaltet, die vor allem den Schwächsten nützen soll. In Skandinavien und Holland finden sich mit der Betonung sozialer Kohäsion vom Konsensgedanken dominierte Modelle, die Mitarbeit und Integrationschancen verbinden. Doch die kulturellen Unterschiede nivellieren sich.²²⁷ Heute enthält jedes System in unterschiedlicher Ausprägung alle drei Elemente: Schuldbefreiung, Schuldanpassung und Schuldstundung. Der marktorientierte *fresh start* steht neben dem *earned start* einer Versorgungswirtschaft und der Schuldsanierung einer Integrationswirtschaft.²²⁸

Doch letztlich entscheidet wie bei allen Rechtsformen der offensichtliche wirtschaftliche Nutzen einer bestimmten Heuristik. Dies zeigt sich an der großen Bedeutung des Insolvenzrechts in den USA. In deren Wirtschaft werden praktisch alle menschlichen Beziehungen in Geld gedacht.²²⁹ Das US System unterscheidet zwischen der sofortigen Schuldbefreiung überschuldeter Verbraucher (Kapitel 7 *fresh start*) und der Anpassung der Schuldentilgung an die zukünftige Lebenssituation unter Beibehaltung wichtigen Vermögens (Kapitel 13 *rehabilitation*). Es kennt aber auch den Ausschluss von Schuldnern vom Verfahren wegen vermuteten Missbrauchs (*earned start*).

Was für die Verbraucher in einem fingierten Vertragsverhältnis gilt, hat sein Vorbild in der geregelten Entwertung von Geldforderungen in der Wirtschaft. Die

227 Der frühere Integrationswille zerbricht am Aufstieg der Rechten in Dänemark (Dänische Volkspartei), Norwegen (Fremskrittspartiet), Schweden (Jimmie Akesson Schwedendemo-kraten) und den Niederlanden (PVV Geert Wilders) angesichts der Immigrationsprobleme. In den USA wurde unter G. W. Bush mit dem Konkursmissbrauchsgesetz von 2005 der *earned start* eingeführt, während in Deutschland liberalisiert wurde.

228 Die Unterschiede zeigen sich schon in der Bezeichnung der Konkursordnungen. Die USA bleiben beim zerbrochenen Tisch, dem *Bankrott* (bankruptcy code). Deutschland hat sich 1974 von seiner alten *Konkursordnung* (Gläubigerzusammenlauf) verabschiedet und eine eher wertfreie *Insolvenzordnung* erlassen. In den Niederlanden gibt es dagegen eine *Schuld-sanierungsordnung* und in Schweden das »Lag om företagsrekonstruktion«.

229 Der Europäer wird von dieser Geldorientierung der US-Kommunikationskultur erdrückt. Die Wahlen sind vom Fundraising und den Budgets überdeckt. Das offen dargestellte Einkommen ist das wichtigste Statussymbol. Geldreichtum wird selbst dort, wo man seine mä- fiösen Wurzeln kennt, bewundert und verehrt. (Rockefeller, Kennedy, Ford) Es ist das Land der Rabatte und Schnäppchen, der Sonderangebote und der reinen Preiswerbung. Soziale Probleme wie Armut, Gesundheit, Alter, Erziehung, Bildung werden allein als Probleme von Geldmangel gesehen und diskutiert. Preise wie Lehrstühle an Universitäten leiten ihre Bedeutung von der Dotierung ab. Das Vermögen wird auch dann in Dollar angegeben, wenn es aus Gegenständen wie Haus, Pferden, Autos etc. besteht. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Linke (»liberals«) nicht von der Rechten (GOP) oder vom liberal-konservativem Mainstream (»Americans«). Sie wollen alle das Geld nur in andere Hände (die Armen, die Reichen, die Richtigen) gelegt sehen.

Wirtschaft hat sich unabhängig vom Konkurs ein eigenes Entschuldungssystem geschaffen, den Tod. Forderungen erloschen, weil der Schuldner »starb«. Der Kapitalismus des 19. Jahrhunderts erlaubte den Menschen, ihr Vermögen mit einer fiktiven Persönlichkeit als juristische Person (AG, GmbH oder Ltd.) zu verselbständigen. Erhielt dieses Unternehmen Kredit, so war die Forderung auf Rückzahlung und Zinsen nur so lange etwas Wert, wie dieses Unternehmen nicht seine Persönlichkeit aufgab. Diese konnte einfach aufgegeben werden. Mit der Löschung des Unternehmens im Handelsregister war der fiktive Tod einer fiktiven Person eingetreten.²³⁰ Der Kapitalbesitzer erhielt eine Chance zum Neubeginn. Die ehrbaren persönlich haftenden Kaufleute mussten dagegen schon im Mittelalter den Konkurs durchlaufen, der nicht die Schulden, sondern nur die Verteilung ihres Vermögens unter die Gläubiger regelte. Für ihre Schulden hafteten sie mit allem, was sie in Zukunft verdienen konnten, weiter. Für sie gab es keinen Neubeginn. Die Forderungen hatten allerdings nur den Wert, den ihre Wirtschaftskraft ausmachte und konnten daher nicht zirkulieren.

Der Unternehmenskonkurs einer juristischen Personen war danach nicht mehr Vermögensverteilung, sondern Todeserklärung. Die Gläubiger verloren die Schuldner. Forderung und Geld hatten ihren Wert verloren. Der Schuldner war vernichtet bzw. aus dem Verkehr gezogen. Die Geldmenge passte sich der Kaufkraft an. Doch auch im Unternehmenskonkurs entdeckte man, dass ein Unternehmen mehr war als eine den Gläubigern zur Verfügung stehende Vermögensmasse, die aus Geldwerten bestand. Maschinen, Arbeitsplätze, regionale Wirtschaftsleistung, Verbraucher, Kunden, Zulieferer und Steuerzahler – ein überschuldetes Unternehmen ist kein Zombie, sondern ein durchaus lebendiges Wesen. Es besteht aus den kollektiv zusammengefassten Lebensinteressen der *Stakeholder* (Interessenten), die anders als die *Shareholder* (Aktionäre) nicht nur ihr Geld im Unternehmen wachsen sehen wollen. Die Todeserklärung der institutionellen Schuldner verlor daher ihre Bedeutung im Konkursrecht. Der Sanierungskonkurs verdrängte

230 Das Gesellschaftsrecht erhält diese Personen so lange fiktiv am Leben (Namenszusatz »in Liquidation«, »in Liqu«, »i. L.«), wie bei ihnen noch Vermögen vorhanden ist, das verteilt werden kann. (vgl. §§ 131 I Nr. 3 HGB, § 263 AktG, § 69 GmbH-G) Diese Gesellschaften in Liquidation führen ein Leben, das für das Genre der Zombie-Filme (z. B. *Shaun of Dead*, *Die Nacht der lebenden Toten*, *Zombie – Dawn of the Dead*) Pate gestanden haben dürfte. So führt Hitlers Chemiegigant *I. G. Farben* trotz Zerschlagung durch die Alliierten als *i. L.* ebenso weiter ein Zombie-Dasein wie viele verstaatlichte Unternehmen etwa des zaristischen Russlands, für die man heute noch Entschädigungen für die Verstaatlichung erhalten will. In den USA leiten Banken Hausversteigerungen ein, um die Eigentümer aus den Häusern zu entfernen. Sie führen die Zwangsversteigerung aus steuerlichen Gründen dann aber nicht durch. Weil durch den Zuschlag keine Entschuldung eintritt, werden solche Versteigerungen als *Zombie foreclosures* bezeichnet. (Ivry 2014 – *The Seven Sins of Wall S.* 179)

den Liquidationskonkurs. Der Konkursverwalter avancierte zum Schulden- bzw. Insolvenzverwalter, der den Tod abwenden sollte.

Mit der Einbindung der Verbraucher und Arbeitnehmer in das Geldsystem ebenso wie mit der Vergesellschaftung der Konsumsphäre durch das Geld zeigten sich nicht nur in Griechenland, Argentinien und Russland im Staatssektor ähnliche Entwicklungen. (II.B) Die Masse der wertlosen Forderungen gegenüber zahlungsunfähigen Schuldnern erweist sich als zunehmender Ballast der Wirtschaft. Zwangsvollstreckungsversuche, Verzugsschadensersatz und Schuldturn zerstören das Arbeitspotenzial. Sie produzieren eine Zombiewirtschaft. In der Logik der Buchhalter sind diese Forderungen auszubuchen. Die Chance, damit den Schuldner zu quälen, schafft weit weniger Wert als eine bereinigte Bankbilanz. Volkswirtschaftlich ist es sinnlos, fiktive Forderungen, die zudem verbrieft als Geld zirkulieren, weiter mit den Wirkungen aufrecht zu erhalten, die Schuldner an normaler Arbeit und üblichem Konsum hindern und ihre Familie und sogar ganze Stadtteile ruinieren.²³¹

Doch dem Verbraucher ging es nicht besser als dem ehrbaren Kaufmann. Weil der Überschuldete in aller Regel kein Vermögen mehr hatte, lohnte sich ein Konkursverfahren nicht, auch wenn, wie in Deutschland oder Spanien, es auch für Verbraucher prinzipiell offen stand. Das Gesetz lehnte die Eröffnung des Konkurses auch ab, wenn das Vermögen (die *Masse*) nicht für die Bezahlung der Gebühren des Konkursverfahrens ausreichte. Es hätte nahegelegen, dass die Verbraucher ihre Einnahmen und Ausgaben einschließlich des liquidierbaren Vermögens ebenfalls in einer GmbH verselbstständigt hätten und dann bei Überschuldung die GmbH auflösten und damit deren Tod bekannt gegeben hätten. Entsprechende Versuche hat es gegeben doch der Gesetzgeber hatte dem einen Riegel vorgeschoben. Nur kaufmännisches Verhalten berechtigt zur Errichtung eines Kollektivs mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Meyer GmbH ist Werft und nicht Familie.

Ohne Lösung durften die Verbraucher jedoch nicht bleiben. Was die juristische Person für den Kaufmann war, wurde für den Verbraucher die Schuldbefreiung. Darin starb nicht das zur Person mutierte (negativ gewordene) Vermögen des überschuldeten Verbrauchers, sondern kraft gesetzlicher Anordnung starb die

231 In der Studie *The Poor Pay More* beschreibt David Caplovitz schon 1963 (*Caplovitz 1963 – The poor pay more*), wie sich die Überschuldung der Afroamerikaner im New Yorker Stadtteil Harlem nicht nur als Elend ihrer Familien, sondern eines ganzen Stadtteils fortsetzt. Die Geschäfte schließen, die Nachfrage sinkt und es werden keine Steuern mehr bezahlt. Diese Verslumung durch Kreditvergabe ist in den USA als Folge der Konsumkreditvergabe von Citibank in Slums immer wieder beklagt worden. Ähnliche Phänomene lassen sich auch in Städten mit hohem Überschuldungsgrad wie im Ruhrgebiet oder Wilhelmshaven nachzeichnen. Im Gefolge des Microlending wird dies auch für Orte in Bangladesch berichtet, die von diesen Maßnahmen betroffen waren. (siehe oben II.F.3.d))

Schuld. Die »*death of debt doctrine*«²³² hat in den Gesetzgebungen nach Zeit und Umfang viele Formen angenommen. Entsprechend der jeweiligen Schuldenideologie werden entweder die »reichen« Überschuldeten mit kurzen Zeiten bevorzugt (Deutschland, Österreich, Dänemark) oder aber sie werden benachteiligt (Niederlande) bzw. die Armen bevorzugt. (Frankreich, USA).²³³ Nicht alle Schulden sterben. Verfahrenskosten und Forderungen aus Delikten, Unterhalt, Steuern und staatlichen Studienkrediten sind (zum Teil) von der Befreiung ausgenommen oder manchmal nur privilegiert.²³⁴

Doch auch hier hat man erkannt, dass die Vermögensverteilung und damit die Zerschlagung der wirtschaftlichen Grundlage trotz einiger die Produktivität erhaltender Einschränkungen im Pfändungsschutz letztlich Arbeitspotenzial vernichtet. Auch ein Mensch hat nicht nur Gläubiger (shareholder). Jeder Mensch hat auch stakeholder seiner Wirtschaftskraft wie Partner, Angehörige, Nachbarn, Gemeinde oder auch Arbeitgeber.

Anders als beim Unternehmenstod gibt es den »Schuldentot« in Europa nur auf Raten. Die Jahre nach Beginn des Verfahrens wird der Überschuldete bis zur Pfändungsfreigrenze gedrückt. Ansätze wie ein höherer Selbstbehalt gegen Ende der *Wohlverhaltensperiode* sind gut gemeint doch folgenlos. Ein Überschuldeter wird vernünftigerweise in der Wohlverhaltensperiode unpfändbares Kapital durch Bildung und Akkumulation von Wissen und Fähigkeit statt liquidierbares Vermögen ansammeln. Für Arme ist es dagegen ein Schuldgefängnis mit Freigang ohne vorzeitige Entlassungsmöglichkeit wegen guter Führung.

232 Dazu Reifner 2014 – *Responsible Bankruptcy*. Diese Theorie wurde nun auch vorgetragen von Dallie Jiminez, *Theorizing Consumer Debt Collection* 2015 (FN 217). Ähnlich Pulgar 2014 – *A contractual approach to overindebtedness*.

233 Die Dauer der Wohlverhaltensperiode von der Verfahrenseröffnung bis zur Schuldbefreiung beträgt (in Jahren) in Österreich 7–10 (letzteres falls nicht 10 % bezahlt wird); Belgien 3–5 (falls das Haus behalten wird); Tschechien 5 (30 % Rückzahlung ist notwendig); Dänemark 3–5 (Verlängerung möglich); England/Wales 1–3; Estland 5; Frankreich 0–8 (0 bei Einkommenslosigkeit); Deutschland 5 (3 falls 35 % bezahlt); Griechenland 4; Litauen 3 ½; Luxemburg 7 oder weniger; Niederlande 3–5 (letzteres falls hohes Einkommen); Norwegen 5 (Verlängerung auf 10 möglich); Polen 5 (oder weniger); Slowakei 3; Slowenien 2–5; Schweden 5 (Verlängerung auf 7); USA 0 oder 5 (bei Vermögenbehalt).

234 Während Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Litauen und Luxemburg wenige Ausnahmen kennen, gibt es weit mehr Ausnahmen vor allem von öffentlichen Schulden in Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Tschechien und Großbritannien. Die Ausnahme von Steuerschulden wie Strafen hat repressive Funktion und ist wirtschaftlich unsinnig. Steuern beziehen sich nicht auf gegenwärtige, sondern vergangene Produktivität der Schuldner. Sie sind fiktiv, wenn bei Überschuldung Veranlagung stattfindet, weil Steuererklärungen fehlen. In den USA wird hierdurch der Schuldenerlass oft zur Farce.

Das Insolvenzverfahren hat eine deutliche Kompensationsfunktion für das privatrechtliche System der Darlehensverträge und anderer vertraglicher Kreditformen. Es entwickelt sich zu einem vollwertigen Darlehensersatz, der allmählich optional auch vertragliche Grundsätze der Beteiligung beider Parteien zur Geltung bringt. Neben das Verfahren der Restschuldbefreiung kraft Amtes ist ein Planverfahren getreten, in dem der Schuldner den Gläubigern einen Schuldenbereinigungsplan vorlegen kann, dem die Gläubiger zustimmen können. (§§ 305a, 308 InsO). Etwas Ähnliches gibt es für Unternehmen mit dem Insolvenzplan (§§ 217 ff InsO). Er entspricht einem staatlich überwachten und regulierten kollektiven Kreditvertrag mit allen Gläubigern. Im Sinne produktiver Kreditvergabe orientiert er sich am Einkommen des Schuldners. Zahlungen entfallen wo kein Einkommen vorhanden ist. Da die Banken als Mehrheitsgläubiger letztlich den Ausschlag geben, ob ein Schuldenbereinigungsplan zustande kommt, stimmen sie keinem Plan zu, der ihnen weniger als das gesetzliche Verfahren verspricht. Dies führt in der Praxis dazu, dass die Pläne lediglich das regulierte Restschuldbefreiungsverfahren mit Wohlverhaltensperiode abbilden. Ansatzweise finden wir aber auch fortschrittliche Vertragsgestaltungen, die vom kaufvertraglichen Denken abrücken. Nichtzahlung ist dort kein Verschulden mehr. Zur Verweigerung der Restschuldbefreiung müssen persönlich vorwerfbare Gründe vorliegen.²³⁵

Im Unternehmensinsolvenzrecht ist die Entwicklung zur Kontraktualisierung des Insolvenzverfahrens schon deutlich weiter fortgeschritten.²³⁶ Die Entwicklung vertragsähnlicher Insolvenzverhältnisse wird früher oder später das allgemeine Darlehensrecht erreichen und dort Zeit, Produktivität und Anpassung ins Vertragsrecht einbringen. Der Vertrag muss sich dabei ebenso zum Verhältnis entwickeln wie das Insolvenzverhältnis freiheitliche vertragliche Züge erhalten sollte.

Allerdings zeigt das schuldnerbezogene Verhältnisdenken in der Insolvenz noch eine andere zu überwindende Schwachstelle des kaufvertraglichen Denkens bei der Kapitalnutzung: seinen Individualismus. Eine sinnvolle Regelung ist letztlich nur möglich, wenn die Kapitalnutzungsverträge einen Bezug aufeinander haben. Das kann das Zivilrecht vom Insolvenzplan lernen, der auf dem Kollektiv der Gläubiger aufbaut. Im Arbeits- aber auch im Mietrecht ist die kollektive Dimen-

235 § 295 InsO zählt die Pflicht auf, eine angemessene Erwerbstätigkeit (auch § 287b InsO) auszuüben bzw. sich darum zu bemühen. Schuldhaft ist es auch, wenn nicht die Hälfte des Erbteils abgeliefert und der Wohnsitzwechsel nicht angezeigt wird oder Zahlungen an Dritte statt an den Treuhänder erfolgen. Auch unter den Schulden gibt es eine Hierarchie der Vorwerfbarkeit. Gem. § 302 InsO gibt es keine Befreiung von Geldstrafen und Schadensersatz aus deliktischem Verhalten.

236 Die vertragsähnlichen Verfahren vor Konkurseröffnung haben inzwischen den gleichen Umfang wie das Konkursrecht selber angenommen. (vgl. *Pulgar 2012 – Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*)

sion durch Einbeziehung anderer Arbeitnehmer, des Hauserwerbers und der Familienangehörigen schon weiter entwickelt. Diese soziale Dimension muss auch im Darlehensvertragsrecht ihren Platz finden. Dann kann dieses Recht von einem Recht zur gewillkürten Überschuldung durch die Gläubiger bei Zahlungsproblemen zu einem Recht der Überschuldungsprävention werden, das zugleich das Geldsystem nachhaltig vor Krisen schützt.

3 Geldmiete: Rechtsform zur Kapitalnutzung

Gesucht, der menschliche Vertrag.²³⁷ Das Modell des willensgetragenen punktuellen Kaufvertrags als Muster für *Vertragsbeziehungen* ist eine ungerechte für die Entwicklung globaler menschlicher Kooperation jedoch notwendige Heuristik. Das Modell war produktiv, weil es eine Anschauung befördert hat, die weltweite Kooperation ermöglichte und das Individuum aus den Fesseln lokaler wie ideologischer Gemeinschaften zum Weltbürger befreite. Erst mit dem Geld konnte dieser synallagmatische Vertrag das Denken bestimmen und seine wichtigste Antriebskraft erhalten: das individuelle Gewinnstreben. Erst wo das Geld als Zwischenware, die man gegen alle anderen Waren und Dienstleistungen tauschen konnte, genutzt wurde, war der Tausch ohne Gemeinschaft möglich. Es entstand die (bürgerliche) Gesellschaft. Wirtschaft (Kooperation) wurde ohne skalare Herrschaft (hierarchisch), ohne Familie und Volk (gemeinschaftlich) oder Freundschaft (reziprok) denkbar. In dieser Form der Befreiung des Individuums war Demokratie nicht länger der Feind der Effizienz, sondern ihre Bedingung.²³⁸

237 In dem von David Caplovitz gewählten Titel zu *Reifner, Ford (Hg.) 1992 – Banking for people* haben wir dieses Programm schon für das Bankgeschäft insgesamt aufgestellt. Demgegenüber verkörpert der berühmte Titel »Gesucht: Der mündige Verbraucher« (*Scherhorn 1973 – Gesucht*) das Kontrastprogramm des informationellen Verbraucherschutzes. Scherhorn suchte Menschen, die in ihren Bedürfnissen und Verhaltensweisen zum konkurrenzkapitalistischen Kaufvertragsmodell passten. Das ist einsichtig, soweit es keine Alternativen gibt. Bei einem Badesee, der keine flachen Stellen aufweist, muss man in der Tat vor dem Baden erst das Schwimmen erlernen. Doch man könnte auch flache Stellen schaffen, so wie es heute jedes öffentliche Schwimmbad für Kinder vorhält. Baut man es ohne diese Möglichkeiten, so ist der Verdacht nicht auszuschließen, dass man Kinder und andere Nichtschwimmer in dieser Badeanstalt nicht haben möchte. Die Marktwirtschaft als reine Kaufgesellschaft könnte, nachdem es für diese Form noch gute Gründe in der Geschichte gab, heute zu einer solchen, die Verbraucher diskriminierenden Veranstaltung geworden sein.

238 Nicolo Macchiavellis Schrift *Der Fürst* (*Machiavelli, Rehberg et al. 2015 – Der Fürst*) wird gemeinhin als Ausdruck des feudalen anti-demokratischen Machtstrebens i.S. der Philosophie des Absolutismus (*Bodin 1976 – Über den Staat*) gesehen. Tatsächlich ist Macchiavelli aber wohl ein Philosoph des modernen Effizienzstrebens, das den vorkapitalistischen Gesellschaftsformationen fremd war. Wie die Jesuiten propagierte er das Prinzip, wonach die

Das Modell ist zugleich inhuman, weil es das Streben des Menschen nach dem guten Leben aus dem Blickfeld der Tauschbeziehung verbannte, aus dem Mittel,

Herrschaft des Staates als Zweck die Mittel heiligt. (so Reinhardt (Hg.) 2015 – *Der Machtstaat* S. 209) Herrscher sollten effizient herrschen. Sie müssten sich daher für die eingesetzten Mittel nicht verantworten. Er fand es als Politikberater in Florenz auch effizienter, die sklavennähnlichen Söldnerheere durch ein Heer freier Bürger zu ersetzen. Der Stadtstaat agierte dann ebenso erfolgreich wie das nach der französischen Revolution 1793 eingerichtete Bürgerheer (Levée en masse = Allgemeine Wehrpflicht). Dies war mit seinem freien Kampfgeist den Truppen der Koalition der Feudalstaaten (Preußen, Österreich etc.) im ersten Koalitionskrieg (1792–1797) überlegen. Die Effizienz baut auf der Heuristik des freien Willens auf. Sie ermöglicht aber auch extreme Ausbeutung und Menschenverachtung. Immer wieder begegnet man nicht nur in der Politik Sätzen wie »Diktaturen sind effizient, Krieg ist der Vater aller Dinge« (Moltke), das Parlament ist die »Schwatzbude der Nation« (Lenin). Bei gesellschaftlichen Institutionen heißt es »Demokratisierung der Universität führe zur Dequalifizierung« (Bund Freiheit der Wissenschaft 1970); Quoten für Frauen oder Minderheiten seien eine »Absage an das Leistungsprinzip«, Mitbestimmung sei »Sand im Getriebe eines Unternehmens«. Die Grundhaltung ist gleich: Demokratie schadet der Effizienz. Es hat mit dem Geld zu tun.

Das moderne Effizienzprinzip kam mit dem Geld auf, weil zum ersten Mal in der Geschichte der Wirtschaft ein eindeutiges Ziel formuliert und seine Erreichung in Geldmengen gemessen werden konnte. Ist aber vom Standort A das Ziel B klar, dann ist es die Linie, die mathematisch die kürzeste Entfernung und wirtschaftlich den effizientesten Weg vorschreibt. Es geht nur noch darum, alle Beteiligten in der Kooperation auf diesen geraden Weg zu verpflichten. Befehl und Unterordnung sind dadurch per definitionem effizient. Doch nach der Aristotelischen Definition der Wirtschaftsziele im »Streben nach dem guten Leben« für alle ist nichts mehr klar. Wirtschaften ist immer zugleich ein Prozess des Suchens nach den Zielen, für die sich die Arbeit der Menschheit lohnt. Es ist ein Entdeckungsverfahren mit vielen Facetten. Das Geld hilft nur bei einer (wenn auch der bisher wichtigsten) dieser Facetten: der Allokation von Ressourcen bei den erfolgreichsten Investitionen. Weil Geld als Mittel gleichwohl zum Zweck an sich geworden ist, ist der Kapitalismus die Grundlage eines eindimensionalen Machtdenkens, wie es Macchiavelli beschrieb. Die Annahme, man habe das Ziel des Wirtschaftens in der Steigerung des Bruttonationalprodukts bzw. des Bilanzgewinns identifiziert, verliert an Überzeugungskraft. Geldeffizienz hat nicht nur zur kostensparenden Produktion der Güter geführt, die eine Menschheit ernähren und reproduzieren können. Sie hat auch zu Kriegen, Faschismus, Umweltzerstörung, Sklaverei, unmenschlichen Arbeitsbedingungen und schädigendem Konsumverhalten (Adipositas, Drogenkonsum, Lungenkrebs) beigetragen. Die Bewunderung des deutschen Kapitalismus (*Wirtschaftswunder*) ist oft verknüpft mit der Einsicht, dass auch seine Verbrechen und Zerstörungen *effizient* waren. Der Neo-Liberalismus hat Effizienz auf das Mittel der Geldakkumulation als Wirtschaftsziel verkürzt. Das erklärt, warum sich Militärdiktatoren und Wirtschaftsliberale so gut verstehen können. (siehe oben II.B.1)

Die Ideologen eines allgemeinen Effizienzstrebens wollen u. a. in der *ökonomischen Analyse des Rechts* (ÖAR) auch die Gerechtigkeit dem Effizienztest aussetzen. Sie schrecken nicht davor zurück, mit ihrem auf Geld begrenzten Instrumentarium auch etwas über die Effizienz der gesellschaftlichen Funktion von Kinderkrippen, Sozialhilfe, Kunst und Kultur sowie von Ehe, Mutterschutz, Familie und Freundschaft sowie Naturschutz auszusagen. Sie krankten an der Inhaltsleere ihres Zentralbegriffs. Deutsch übersetzt heißt er kostensparend. Doch was sind Kosten? Ebenso ist Effizienz immer nur Effizienz in Bezug auf ein bestimm-

dem Geld, ein Ziel an sich machte und die für Konsum und Reproduktion wichtige zeitliche Dimension durch ein Denken in punktuellen Willenskonsumenten ersetzte. Es löste den Menschen aus seinem sozialen Zusammenhang und machte die individualistische Betrachtung seiner Gesellschaftlichkeit zur allgemeinen Weltanschauung. Adam Smith hat dies mit der »unsichtbaren Hand«²³⁹ auf den Punkt gebracht. Die Menschen erreichen ihr Ziel ohne es zu beachten.

Dieses Modell hat sich mit der Globalisierung erfüllt. Ausdruck dieser Globalisierung ist ein internationales Rechtssystem, in dem die wichtigsten ideologischen Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft: Individuum, Eigentum, Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und parlamentarische Demokratie zu Menschenrechten erhoben und von internationalen Organisationen (UNO, Europarat) sanktioniert werden.²⁴⁰ Gleichzeitig wird in diesem Modell bewusster, dass der Verlust der hu-

tes Interesse oder das Interesse bestimmter Personen. Gelingt es einer Gruppe in der Gesellschaft, ihre Interessen als allgemeine Interessen anerkannt zu bekommen, wie dies die Geldbesitzer in Bezug auf Kapitalakkumulation bzw. Vermögensaufbau ins Werk gesetzt haben, so ist effizient, was ihnen nützt. Das Problem von Demokratie, Respekt vor der bunten Vielfalt der Ziele im Streben nach dem guten Leben zu erhalten, wird durch die Produktivität für das Herrschende gelöst. Effizient, so heißt der Zirkel, ist das, was denjenigen nützt, die effizient wirtschaften.

239 »by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an *invisible hand* to promote an end which was no part of his intention.« (Smith 1902 – *The wealth of nations* IV.2.9)

240 Die Erfahrung mit dem Nationalsozialismus (aber auch der Sklaverei in den USA) war an sich Anlass genug, das Eigentum an Unternehmen und dessen Unterordnungsprinzip (»Vernichtung durch Arbeit«, Entwürdigung, Entmenslichung) dialektisch auch als Gefährdung der politischen Menschenrechte zu erkennen. Dies war in der europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950 (Rom) noch präsent. Sie baute die Menschenrechte nicht auf dem Eigentum, sondern auf der Person auf. Freiheit und Sicherheit (Art. 5) wurden nach den Erfahrungen des kapitalistisch organisierten Faschismus in den Zusammenhang von Folter (Art. 3), Sklaverei (Art. 4), unfairen Gerichtsverfahren (Art. 6, 7), Leben (Art. 2) und Kommunikation (Art. 8–11) gestellt. Erst ab 1952 wurden dann die Insignien der mit der Marktwirtschaft untrennbar verwobenen US-amerikanischen Menschenrechtsauffassung in den Zusatzprotokollen eingeführt: Zusatzprotokoll Nr. 1 v. 20. 3. 1952: Art. 1 Schutz des Eigentums (entspr. Art. 14 GG); Art. 3 Recht auf freie Wahlen (entspr. Art. 20 GG); Art. 4 Recht auf Freiheit und Leben (entspr. Art. 2 GG); Zusatzprotokoll Nr. 12 v. 4. 11. 2000 Art. 1 Diskriminierungsverbot/Gleichheitssatz (entspr. Art. 3 GG). Das Grundgesetz vom 24. 5. 1949 baut zwar ähnlich auf war aber von Anfang an ambivalenter. Es versteckte seine Zweifel am Kapitalismus in Art. 15; 14 Abs. 2, 9, 20 (Sozialstaatsgebot). (dazu Hartwich 1970 – *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*; Abendroth 1978 – *Das Grundgesetz*) Die UN-Menschenrechtskonvention v. 10. 12. 1948 schließt an die US-amerikanische wie französische Erklärung der Grundfreiheiten an und entspricht dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland von 1949. Lediglich Art. 1 GG (Würde) wurde in die Präambel verschoben. (Art. 1 Gleichheit; Art. 2 Anti-Diskriminierung; Art. 3 Leben, Freiheit und Sicherheit; Art. 4 Sklaverei; Art. 5 Folter; Art. 6–12 Rechtsschutz; Art. 17 Eigentum etc.) Im Angesicht der fa-

manen Dimension einen immer höheren Preis für die Zukunft der Menschheit fordert und angesichts der Ablösung des Handelskapitalismus durch den Dienstleistungs- und Finanzkapitalismus auf die neuen Fragen humaner Beziehungen adäquate Antworten vermissen lässt. Rechtlich tritt dem anglo-amerikanischen Konzept der liberalen Menschenrechte das sozialistische Konzept vieler Entwicklungsländer gegenüber. Der freie Handel wird mit dem Herkunftslandprinzip und dem Fair Trade konfrontiert. Dem Prinzip der Fairness und Verfahrensgerechtigkeit macht das Prinzip der Verantwortung und Ergebnisgerechtigkeit in Konsum, Arbeit und Wohnen Konkurrenz. Der Haben-Ökonomie tritt die Nutzer-Ökonomie (share economy)²⁴¹ entgegen.

-
- schistisch-kapitalistischen Regime der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Europa haben die 1948–1950 erlassenen Konventionen das Eigentum recht deutlich hinter die politischen Rechte der Menschen gestellt. Im kalten Krieg wurde dann die Umkehrung zur Waffe.
- 241 Bei Weitzman 1987 – *Das Beteiligungsmodell* wird der Nutzen vor allem auf die Kooperation der Unternehmen im Arbeitsbereich bezogen. Doch die Revolution der Nutzerökonomie findet seit 2015 im Konsumbereich und hier vor allem im Bereich der physischen wie verbalen Kommunikation statt. Die Großstädte aller Kontinente haben Fahrraddepots zur zeitwilligen Nutzung eingerichtet. Das Carsharing wie z. B. *Car2Go* ist Schrittmacher der Entwicklung. Opel stellte im Juni 2015 als erste ein markenunabhängiges Car-Sharing zur Verfügung (CarUnity), bei dem neben den Wagen des Autoverleihers auch Privatleute ihre Autos einstellen und von anderen nach Vertrauenskriterien ausgesuchten Kunden nutzen lassen können. BMW folgt 2016 mit seinem DriveNow System, das mit SIXT ohne Einbeziehung von Privat-PKW betrieben wurde. FIAT hatte dies bereits früh allerdings nur in Turin entwickelt. Vorläufer waren ideologisch am Umweltschutz orientierte Systeme des Carsharing (vgl. z. B. *Car Sharing Torino 2012 – Official Homepage*), die sich allerdings gerade als Alternative zum Privatwagen etablieren wollten und damit am Nutzerinteresse der Masse der Bevölkerung vorbeigingen. Das Marktpotenzial zur Verringerung des Automobilbestandes soll 50 % betragen. (vgl. Scheiwe, Krawietz (Hg.) 2014 – *Keine Arbeit wie jede andere; Sharing Economy 2015; Linne (Hg.) 2014 – Smart Tourism; Oermann 2015 – Wirtschaftsethik; Welskop-Deffaa 2014 – Share Economy and Care Economy*). Ende der 1970er Jahre betrug nach unseren damaligen Berechnungen der Nutzungsgrad eines privaten PKW in Bezug auf seine Lebenszeit 3 %. Seine Erhöhung auf 12 % hätte ein hohes Potenzial für eine Nutzerökonomie bedeutet. Das System sollte mit Chipkarten organisiert werden und mit Beiträgen finanziert sein, damit der achtsame, vorsichtig fahrende, die Stoßzeiten vermeidende Nutzer am Ende des Monats den Differenzbetrag wie einen Lohn für die Konsumarbeit zurückerhielt. Das System sollte ein Jahr auf Probe in einer Kleinstadt laufen, um die Fahrgewohnheiten der Teilnehmer zu testen. Es sollte auch individuelle Verfügbarkeiten (Standzeiten) ermöglichen und in das System des öffentlichen Verkehrs einschließlich von Taxis preislich integriert sein. Der Vorschlag wurde ausgearbeitet und dem Vorstand und Betriebsrat des VW-Werkes in Wolfsburg übersandt. Er beruhte auf dem Ansatz, dass die Zukunft der industriellen wie gewerkschaftlichen Organisation sich von den Produktionsgegenständen (Metall, Chemie, Kohle, Dienste etc.) lösen und eine funktionale Wirtschaftsbetrachtung (Transport, Kommunikation, Unterhaltung) übernehmen sollte. Der Vorschlag wurde abgelehnt. Er ist mit der »Stadt der Autos« in dem Manuskript »Stattansichten« verarbeitet.

Ganz anders funktioniert dagegen das US-amerikanische System UBER mit der App UberPOP. Es ermöglicht privaten Fahrern sich als bezahlte Taxichauffeure Kunden zu su-

a Nutzung als Basis des Mietvertrages

Die Suche nach der angemessenen rechtlichen Form gerechter Geldnutzungsverhältnisse gestaltet sich komplex. Was als Entwicklung des Rechts vom »Status zum Vertrag« analysiert wurde²⁴² erweist sich als Entwicklung vom »Verhältnis zum Vertrag«. Der Vertrag befreite den Menschen aus feudalen Dauerverhältnissen, in denen er als Familienangehöriger, Sklave, leibeigener Bauer oder Untertan der jeweiligen Obrigkeit gefangen war. Der Vertrag zerschneidet die »buntscheckigen Feudalbande«. Er ersetzt die Verhältnisse durch die Willenserklärung, die Geburt durch den Vertragsschluss, die Pflichten aus Unterordnung durch die Pflichtenübernahme durch Zustimmung. Er begrenzt Vertragsverhältnisse auf einen Zeitraum (Befristung) bzw. schafft das einseitige Recht zur Befreiung durch Kündigung in unbefristeten Verhältnissen.

chen. Es ersetzt also nicht die Privatnutzung, sondern gerade die öffentliche Taxinutzung. Es baut auf dem System der Mitfahrerzentralen auf, die in der sozialistischen Tschechoslowakei schon vor 1990 mit staatlicher Versicherung und Fahrtenbuch die PKW-Knappheit überwinden sollten. Tatsächlich wird bei UBER vor allem die Professionalität und Regulierung des Taxigewerbes umgangen. Es ähnelt der Zulassung der Tchibo-Kreditvermittlung für Santander durch die BaFin oder dem McDonald-Franchising System als Befähigungsnachweis für Restaurants. Es baut erreichte Kultur ab, indem Preise unterlaufen werden. Das Landgericht Frankfurt hat, wie auch Gerichte und Behörden im Ausland (Spanien, Niederlande, Indien), diese Abwertung des Taxigewerbes als nicht zulassungsfähig angesehen. (Verbot in LG 18. 03. 2015 3-08 O 136/14) In Deutschland funktioniert UBER als Taxivermittlung ähnlich wie die FinTechs bzgl. der Bankgeschäfte. Wer andere fährt oder Finanzdienstleistungen vermittelt, sollte Verantwortung tragen. Diese Verantwortung muss wie bei jedem Lebensmittelgeschäft kontrolliert werden.

- 242 Maine (*Maine 1863 – Ancient law* Kapitel V: »From Status to Contract«) schrieb sein Essay aus der Sicht der Befreiung der Gesellschaft durch Vertrag, wodurch die feudale Gesellschaft als unfreie Gesellschaft in Erscheinung trat. Er fand den Status schon weitgehend durch Vertrag aufgehoben, weil er vor allem Sklaven, Frauen und Kinder darin gefangen sah. Dass der freie Arbeiter zu seiner Zeit in England oder gar in Indien noch weit weniger frei war, als der griechische Hauslehrer und Sklave in Rom der Antike, musste ihm entgehen. Der Status war weit grundlegender für die Gesellschaft und betraf durchaus nicht nur die Sklaverei, sondern das gesamte ständische Wesen. Zudem passen Status und Vertrag nicht zueinander. Der Status bezeichnet das Ergebnis einer sozialen Schichtung und damit entsprechender gesellschaftlicher Verhältnisse. Der Vertrag bezeichnet dagegen die Form der Herstellung solcher Verhältnisse. Das Pendant zum Status (Herrschaft, dominium) wäre das Eigentum (Kapital, proprietas) gewesen, das Pendant zum Vertrag dagegen das Lehen. Die Verwechslung von sozialem Mechanismus und seinen Produkten hat eine verkehrende Funktion. Die bürgerliche Gesellschaft schafft hier die Flexibilität des Vertrags, der Feudalismus ist im Status erstarrt. Tatsächlich aber ist es umgekehrt. Der Kaufvertrag gefriert ein soziales Verhältnis in zwei Objekten, dem Eigentum und der Forderung. Demgegenüber repräsentiert der Status ein sich ständig entwickelndes Verhältnis, das lediglich sein System der Unterordnung nicht infrage stellen kann. (Vgl. Kervégan 2009 – *From Status to Contract*).

Mit dieser Vertraglichung wurde der demokratische Fortschritt hin zum Individuum vollzogen. Doch seinen praktischen wie juristischen Erfolg verdankte der Gedanke des synallagmatischen Vertrags letztlich nicht der mit ihm vollzogenen Befreiung aus den Banden der Agrargesellschaft, sondern dem Produktivitätsfortschritt, den der Handel und seine Rechtsform, der Kaufvertrag, für eine weltweite Kooperation brachten.²⁴³ Die Kooperation ohne Verhältnis und Vertrauen, ohne Rücksichtnahme und Beziehung, ohne Familienbande und Unterordnung durch die unreglementierte Vereinbarung einer beliebigen Anzahl von Spot-Contracts über eine ebenso beliebig begrenzte Auswahl von Arbeitsergebnissen (Waren) war allen gemeinschaftsbasierten Kooperationsformen überlegen. Hansestädte und Serenissima konnten diese Überlegenheit nicht besser illustrieren. Dabei war der Kaufvertrag nicht nur eine Rechtsidee, sondern eine gelebte Realität, in der Fein-

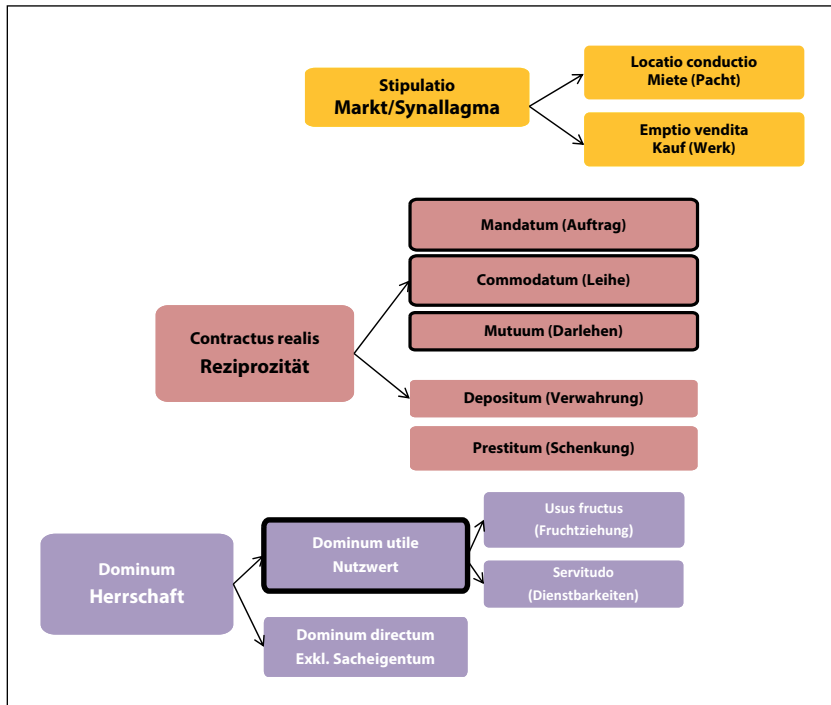
243 Diese Produktivität ahnten auch die klügsten Vertreter des Absolutismus. Es fehlte daher nicht an Versuchen, sich mit dem Beelzebub zu verbünden und den Kapitalismus ohne seine politische Komponente der Demokratie als Rettung der schwindenden Systemkonkurrenzfähigkeit zu benutzen. Ludwig XIV ließ in Frankreich seinen Finanzminister (1661–1683) Jean-Baptiste Colbert ebenso marktorientierte Reformen durchsetzen wie es die Freiherren v. Stein (Preußen 1807; Russland 1812) und v. Hardenberg (Minister in Preußen 1804–1822) für ihre Potentaten machten. Die Hansestädte wurden von den umliegenden Heeren der Feudalstaaten verschont nicht weil sie so mächtig gewesen wären aber weil selbst das, was bei ihrer Produktivität für die Anrainer abfiel, noch mehr war als was eine Einverleibung hätte bringen können. Jüdische Hof-Bankiers waren in Preußen ebenso wie in Frankreich gefragt. Die DDR versuchte mit der Neuen ökonomischen Politik des Günther Mittag ihr Feudalsystem marktwirtschaftlich zu unterfüttern und produktiver zu gestalten. Das heutige China erlebte mit den freien Wirtschaftszonen seit Deng Xiaoping eine solche Zweiteilung zwischen Feudalstaat und Marktwirtschaft, die erfolgreich wurde. Eine in Tausenden von Jahren eingebaute Gemeinschaft hat dem chinesischen Feudalismus eine kapitalistisch wichtige Funktion vermacht: die Herstellung eines wirklich gemeinsamen Marktes für 1,3 Milliarden Verbraucher in autoritär vorangetriebener Gleichschaltung, forcierter Kapitalstruktur, Mobilität und Schaffung einer großen Infrastruktur für die Produktion. Dies war vorher nur den USA gelungen. Ähnlich autoritäre Versuche in Europa sind gescheitert. Der demokratische Versuch der Markterweiterung in der EU erweist sich als recht mühsam. Doch er lohnt sich in Frieden, Solidarität und Demokratie allen Machtfantasien zum Trotz. Markt und Feudalsystem vertragen sich nicht auf Dauer. Die Leistungen feudaler Markterweiterung und Industrialisierung wie in der Sowjetunion unter Stalin im ersten Fünfjahresplan 1928–1932, in China unter Mao Tse Tung mit dem autoritär organisierten »Großen Sprung nach vorn« (1958–1961) sind allenfalls Hilfestellung. Nur in China wurden sie im 9. Fünfjahresplan 1996–2000 zum Markt. Der Markt aber verändert die Menschen und die Vorstellung über ihr Zusammenleben. Sie lassen sich auf Dauer nicht mehr in ihrer entdeckten Individualität unbegrenzt mit Konsummöglichkeiten, Sicherheit und Gemeinschaft einkaufen. Wer dies ignoriert, muss internationale Kriege wie Bürger- und Religionskriege, Generalstreiks, sowie religiöse und Militärdiktaturen gewärtigen. Letztlich frisst der sich gewaltsam Gehör verschaffende politische Teil der marktwirtschaftlichen Revolution deren Produktivitätsfortschritte. Feudal-kapitalistische Systeme werden durch Demokratie abgelöst oder versinken in Anarchie.

de miteinander Handel trieben. Das »Aus den Augen aus dem Sinn« befreite die Menschen voneinander und machte sie kooperationsfähiger.

Dass dies allerdings nicht die letzte Stufe in der Rechtsformentwicklung war, deutete sich früh an. Verhältnisse und Beziehungen waren nicht verschwunden, sondern dauerten fort in Familie und Hof, im Staatsapparat und den Glaubensgemeinschaften, in der Nation und im Handwerksbetrieb, in den Wohngemeinschaften und Wohnbezirken. Sie nahmen sogar zu, als die Menschen in den Fabriken und Industrieorten zusammenströmten und der Nationalismus den kriegesischen Raubkapitalismus zur Alternative machte. Das Recht teilte sich in ein öffentliches Verhältnisrecht und ein privates Vertragsrecht. Die Fabrik wurde zum rechtsfreien Raum, der die sklavenähnlichen Unterordnungsverhältnisse als Vorbild diente, um gleichzeitige und unmittelbare Kooperation zu organisieren und Bedingung arbeitsteiliger Produktionsstätten wurde.

Es war aber noch nicht der Industriekapitalismus mit Großunternehmen und Machtstaaten, sondern erst der Finanzkapitalismus, der die Umkehrung einleitete. Das Geld verband die Menschen wieder zu Verhältnissen, die zwar nicht mehr durch Geburt und Gewährung dafür aber durch Wahl und Wille begründet erschienen. Die traditionellen Merkmale der Dauer, gleichzeitigen Zusammenarbeit, des Vertrauens und sachbezogener Unterordnung erwachten zu neuem Leben. Dies geschah nicht nur in den weiterhin gemeinschaftlich organisierten Kooperationsverhältnissen wie in Haus, Fabrik, Familie und Staat, sondern auch im Kaufvertrag selber. War die Nutzung der Waren in der Handelsgesellschaft allein ein Problem der Käufer, so wurde sie mehr und mehr zur Anforderung an die Verkäufer, die als Zulieferer zu andauernden Partnern wurden. Der Rahmenvertrag bei Sukzessivlieferungsverhältnissen drängte die darunter geschlossenen freien Einzelverträge in die Rolle reiner Ausführungsverträge. Aus dem Handelspartner ebenso wie aus dem Konkurrenten wurden im Interesse verbesserter Kooperation und kostengünstigerer Produktion Teilhaber, Töchter oder Untergliederungen einer Holding. Während die Gemeinschaftsverhältnisse in Ehe und Familie, im Beamtentum und Militär, in kirchlichen Gruppen und im Betrieb, in Handwerk und Agrikultur immer deutlicher vertraglichen Charakter aufwiesen und damit Freiheit und Gegenseitigkeit erlaubten, nahmen umgekehrt die dauernden Verhältnisse im Kernbereich der Wirtschaft wieder zu. Alle Versuche Vertrag und Verhältnis gegeneinander auszuspielen haben politisch verheerende Folgen gezeigt. Die Verhältnisökonomie des Faschismus und Stalinismus ist auch wirtschaftlich gescheitert. Die neo-liberale Vertragsökonomie hat dagegen materielle wie psychische Verelendung und Armut nicht nur in der Dritten Welt geschaffen.

Eine Rechtsform, die die auf freiwilliger Grundlage geschaffene Kooperation von selbständigen Individuen mit gleicher Freiheit widerspiegeln und dabei Grundmuster der Konfliktbereinigung bereitstellen kann, die Vertrauen, Rezipro-

Grafik 2 Haben und Nutzen im römischen Recht

zität und Gegenseitigkeit spiegelt, muss daher Vertrag und Verhältnis zugleich sein. Wir stehen dabei nicht am Anfang. Es hat vor allem seit dem Mittelalter im ius commune die Parallelität zweier Rechtsformen, des endgültigen Erwerbs und der bloßen Nutzung, gegeben, die im 19. Jahrhundert aus dem Blick geriet. Das römische Recht kannte von Anfang an zwei Konzepte der Kooperation: das Haben fremder Arbeitsprodukte und deren bloße Nutzung. Es unterschied in seiner feudalen Frühphase schon die Herrschaft (dominium) von der Fruchtziehung (usus fructus). In seinen reziproken Verhältnissen war die bloße Nutzung mit Rechtsformen wie Darlehen (mutuum), Leihe (commodatum) und Auftrag (mandatum) gegenüber der Schenkung (prestitum) sogar überproportional vertreten. Auch die aufkommende synallagmatische Marktgesellschaft beschränkte sich nicht auf den Erwerb und das Haben durch den Kauf (emptio venditio), sondern entwickelte ein Vertragsmodell, das die Nutzungsverhältnisse in synallagmatischer Form denkbar machte: den Mietvertrag (locatio conductio). In ihm war die eigenartige

Spannung zwischen Besitz und Nutzung erhalten geblieben. Die Begründung des Mietverhältnisses mit der Festlegung von Nutzung, Mietgegenstand und Mietzins sowie die Beendigung erfolgten in vertraglicher Form. Für die Mietzeit aber galt nach Treu und Glauben der Grundsatz der bewussten Kooperation, um für beide Parteien den größtmöglichen Nutzen zu erwirtschaften. Der Vermieter sollte die Mietsache erhalten, der Mieter durch Nutzung das Kapital vermehren, aus dem Erhaltung und Gewinn für beide erwirtschaftet wurden.

b Kredit als Miete (locatio conductio)

Der Darlehensvertrag als Grundlage aller Geldgeschäfte besteht aus einer (möglichst) freien Vereinbarung zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer und einer (möglichst vertrauensvollen) dauernden Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern zur Erzielung eines gemeinsamen Nutzens. Damit sind zwei Regulierungsebenen zu unterscheiden:

- 1) die *vertragliche* Ebene des Abschlusses und der Beendigung, bei der es im Sinne von Verbraucherschutz um Wettbewerb, Marktchancen, Zugang, Information und Machtmissbrauch geht.
- 2) die *Verhältnisebene*, bei der es um die vertrauensvolle Zusammenarbeit während der Laufzeit des Vertrages geht.

Das Modell des Mietvertrages (locatio conductio) zeigt auch heute noch für alle diese Verhältnisse die wesentlichen Grundbedingungen auf. In § 535 BGB sind Vertrag und Verhältnis gleichgewichtig berücksichtigt. Neben der Festlegung des Synallagmas (Zeitpunkte und Äquivalenz) geht es auch um das Verhalten während der Dauer der Mietzeit. Die Teilhabe am unwiderleglich vermuteten Gewinn des Nutzers durch den versprochenen Mietzins ist Anreiz genug für den Mieter, die Mietsache produktiv zu verwenden. Deshalb sieht das Modell anders als beim Kaufvertrag den Schwerpunkt der Pflichten während der Nutzung beim Vermieter:

»Der Vermieter hat dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren (und ...) die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten.« Der Mieter hat die Pflicht, »dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.«

Diese Form verspricht adäquate und vor allem gerechte Lösungen für Probleme, die beim Nutzer als dem produktiven Teil eines Kapitalnutzungsverhältnis-

ses auftreten. Adäquat ist sie, weil die Handelsglobalisierung zu einer globalen Dienstleistungsgesellschaft geführt hat. Die Eigentums- und Kaufgesellschaft verwandelte sich in eine Miet- und Nutzungsgesellschaft. Aus dem kaufrechtlichen Vertragsdenken schälte sich in den *Nutzungsverhältnissen* ein Element heraus, das die Zeit neben den vom Willen getragenen Vertrag stellte und zu seinen Bestimmungen in ein die Probleme der Realität gut reflektierendes Spannungsverhältnis setzte. Gerecht ist diese Form, weil der Mieter hier nicht mehr als *Kreditnehmer* oder *Schuldner*, als *Arbeitnehmer* oder *Beschäftigter*, bzw. als *Lizenznehmer* erscheint, während der Kapitalist als *Kreditgeber*, *Arbeitgeber*, *Wohnungsgeber* oder *Lizenzgeber* begrifflich die moralische Grundlage des Altruismus für sich beanspruchen kann.²⁴⁴

Das eigentlich Revolutionäre des mietrechtlichen gegenüber dem kaufrechtlichen Denken besteht in der Beachtung der Zeitdimension. Während im kaufrechtlichen Denken der Zeitpunkt den Zeitbegriff nur zur Bestimmung eines Punktes in der Zeit benutzt, wird im Mietverhältnis die Zeit als Dauer begriffen. Sie ist damit gelebte Zeit, also Lebenszeit (Life Time)²⁴⁵, in der sich die sozialen Verhältnisse der Menschen widerspiegeln müssen, die durch Alterung und Lebensphasen, Natur, Körperlichkeit, Unglück wie Glück und die Veränderung des sozialen Umfelds bestimmt sind.

Um die reichhaltige Diskussion hierüber freizulegen sowie das juristische Geröll über der *locatio conductio* wegzuräumen, das das 19. Jahrhundert darüber geschüttet hat, muss der Weg ins Mittelalter zurückgegangen werden. In ihm wurde der Wert bloßer Nutzungsverhältnisse unter Gleichen entdeckt, als nach dem Versiegen des Zustroms von Kriegsgefangenen und dem auch von der katholischen Kirche ideologisch beförderten Ende der Sklavenarbeit die Arbeitskräfte knapp wurden. Hierarchische Wirtschaft musste zwangsläufig durch die synallagmatische Kooperation ergänzt werden. Auf reziproke Kooperationsformen konnte nicht zurückgegriffen werden, weil ohne den Überschuss aus der Sklavenarbeit die Besitzenden ihren Reichtum nunmehr durch andere Nutzungsformen vermehren bzw. erhalten mussten. Brach liegende Ackerflächen und Hungersnöte in Oberitalien brachten den Staat dazu, das Recht an die Bedürfnisse der Kooperation unter Gleichen und Freien anzupassen. Es konnte weder Kauf noch Unterordnung sein. Das Ergebnis war der Ausbau der schon in der Antike erarbeiteten Grundlagen des Mietvertrages, der »*locatio conductio*«, des *Hinstellens* und *Weg-*

244 Die große Bedeutung des Begriffs »geben« für die soziale Rechtfertigung von wirtschaftlichem Verhalten kommt aus den Religionen, für die das Almosen die Existenzberechtigung abgab. (Nachweise in FN I-206) (vgl. in der Bibel Apostelgeschichte 20, 35: »Ich habe euch in allem gezeigt, dass man so arbeiten und sich der Schwachen annehmen muss im Gedenken an das Wort des Herrn Jesus, der selbst gesagt hat: *Geben* ist seliger als nehmen.«)

245 Dazu oben FN 226.

nehmens von Sachen. Dieses Denkmodell der Miete, das vom exklusiven Eigentum seine inklusive Nutzung abspaltete (*dominium utile*) findet sich bis heute in allen Zivilgesetzbüchern der Welt unter einer Vielzahl unzusammenhängender Begriffe wie Leasing, Pacht, Lizenzvertrag, Darlehen, Pfandleihe oder Werkvertrag versteckt.²⁴⁶

Mit dem Konzept der Miete (*locatio conductio*) regelte das römische Recht, wie es Grossi beschreibt,²⁴⁷ die Nutzung von Fremdkapital schlechthin. Sie ist das verloren gegangene Grundmodell aller synallagmatischen Nutzungsverhältnisse. Ob ein römischer Bauer einem Fuhrunternehmen sein Saatgut zur Verschiffung über den Tiber bis ans Meer anvertraute, ob ein Schuldner seinen Sklaven zum Abbau der Schulden beim Gläubiger arbeiten ließ, ob ein freier Bürger in Rom ein Gebäude für seinen Hausstand oder als Amtssitz mietete, ob nach einer Missernte ein Bauer sein Saatgut von einem anderen lieh, ob man ein Schiff oder als freier Bauer ein Stück Land von den Klöstern pachtete oder ob ein Schneider ein Kleid aus selbst beschaffter oder vom Kunden gelieferter Seide herstellte, ob ein Redner sich die Rede anfertigen ließ oder ein Arzt oder Jurist oder Buchhalter seine Dienste anbot – immer war es die *locatio conductio*, die für die Verteilung der Risiken, für die Anpassung der Leistungspflichten nach Veränderungen der Geschäftsgrundlage, für Kooperations- und Vertrauenspflichten in der gegenseitigen Rücksichtnahme dem römischen Prätor (Richter) bei der Urteilsfindung das Konzept für gerechte Entscheidungen lieferte.

Mit der Abnahme feudaler und reziproker Nutzungsverhältnisse übernahm die Miete immer mehr kooperative Funktionen. Bürdete sie am Anfang noch nach dem kaufvertraglichen Denken des Handels die meisten Risiken dem Mieter auf, so stärkte man nach Abschaffung der Sklavenwirtschaft im frühen Mittelalter den Pächter. Die Kündigungsrechte wurden eingeschränkt, die Zahlungspflichten angepasst und lebenslange Mietverhältnisse ermöglicht, die eigentumsgleiche Rechte verliehen. Das *ius commune* der *locatio conductio* folgte damit der These, dass die Schuldner dieser Welt für die Wirtschaft insgesamt Produktivität und Wachstum garantieren. Die Gläubiger, Geldbesitzer, Kapitaleigner und Investoren mögen ähnlich wie die Sklavenhalter und Feudalherren mit ihrer Gewalt, ihrem Organisationssinn, ihrem Machtbewusstsein aber auch mit ihrer patriarcha-

246 Im Englischen konkurrieren *loan*, *lease*, *rent*, im Französischen *louer*, *frêter*, im Italienischen *noleggiare*, *affitare*, *locare*.

247 Dies hat Grossi 1963 – *Locatio ad longum tempus* gerade auch mit Blick auf die moderne Kreditgesellschaft herausgearbeitet. (Speziell zur Geldschuld Grossi 1960 – *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel* sowie Grossi 2003 – *Quale spazio oggi per lo*. Einen Überblick über alle Facetten des historischen Nutzungsrechtes von Kapital bietet Fiori 1999 – *La definizione della locatio conductio*. Im pandektistischen Geist dagegen die Abhandlung Mayer-Maly 1956 – *Locatio conductio*.)

lischen Fürsorge oder ihrer intellektuellen Genialität dafür gesorgt haben, dass die Schuldner nicht das Erarbeitete verzehrten, das keine unnütze Arbeit erfolgte und eine größtmögliche Kapitalakkumulation zum Wohl des Ganzen bei der Steigerung des Bruttonationaleinkommens beitrug.²⁴⁸ Die zunehmende Trennung von Eigentums- und Managementfunktionen hat vor allem den großen Geldbesitzern viel von dem Nimbus genommen, den das Unternehmertum noch im 19. Jahrhundert für sich beanspruchen konnte.²⁴⁹

Die Miete ist hier weniger ideologisch. So wie ein Kleinunternehmer alles Erdenkliche tun wird, um seinen Meister, den wichtigsten Gesellen oder Vorarbeiter in dessen Arbeit und Produktivität zu unterstützen, weil er letztlich nur seine Produktionsmittel und Betriebsorganisation an diesen zur Nutzung überlässt und damit *vermietet*, so sollte nach dem Gerechtigkeitsideal der Miete ein verantwortlicher Vermieter, Kreditgeber oder Arbeitgeber alles unterlassen, was geeignet sein könnte, den Nutzer der bereitgestellten Kapitalien bei deren Verwertung zu behindern. Es ist ein Fehler, den Kapitalismus mit dem kaufrechtlichen Denken zu identifizieren. Das kooperative Denken eines synallagmatischen Mietverhältnisses ist letztlich für die Zukunft der Industriegesellschaft weit prägender als das kaufrechtliche Nullsummenspiel im Handel des 19. Jahrhunderts.²⁵⁰

248 Das Spannungsverhältnis ist in dem Gedicht von Bertolt Brecht, *Fragen eines lesenden Arbeiters*, (1935) wiedergegeben, wobei die notwendige Koordination (Leitung) kombinierter Arbeit in der erweiterten Kooperation nicht thematisiert wird.

Wer baute das siebentorige Theben? / In den Büchern stehen die Namen von Königen. / Haben die Könige die Felsbrocken herbeigeschleppt? / Und das mehrmals zerstörte Babylon / Wer baute es so viele Male auf? / In welchen Häusern des goldstrahlenden Limas wohnten die Bauleute? / Wohin gingen an dem Abend, wo die Chinesische Mauer fertig war, die Maurer? / Das große Rom ist voll von Triumphbögen. Wer errichtete sie? ... So viele Berichte. So viele Fragen.

249 Es ist nicht ungewöhnlich, dass Banken als Geldverwalter zusammen mit dem Management etwa bei Familienunternehmen wie Fichtel & Sachs, Dornier, Krupp aber auch bei den Wagenerfestspielen in Bayreuth helfen mussten, das Unternehmen vor allem vor der zweiten oder dritten Generation der Eigentümer zu beschützen. Viel Geldbesitz ist in der Erbengeneration kein Garant für gutes Management mehr. Gleichwohl ist der Zusammenhang zwischen Familie und Unternehmen noch groß. Die Hälfte des Umsatzes und die Mehrheit der Arbeitsplätze entfallen noch auf *Familienunternehmen*. (Wikipedia) Allerdings gibt es keine verlässlichen Zahlen, wie viele Unternehmen noch vom Eigentümer gemanagt werden. Mit zunehmender Größe nimmt dies ab. Das Schrifttum dazu ist stark ideologisch geprägt. (vgl. *Stiftung Familienunternehmen 2015 – Offizielle Homepage*) Familie und Privateigentum sind Eckpfeiler einer Ideologie, deren empirische Grundlage schwindet und daher überprüft werden müsste. (dazu schon Engels 1969 – *Der Ursprung der Familie*)

250 Wie weit wir davon entfernt sind zeigt die Beschreibung des Kreditmarktes in den Finanzkrisen. (Abschnitt IV.A) Für Arbeitsverhältnisse gibt es viele Beschreibungen von Ausbeutung und Arbeitsbehinderung durch Unternehmer. Bei der Ausbeutung etwa von Immigranten und Asylbewerbern durch skrupellose Vermieter nehmen die Berichte zu. Ein Fehler des Zivilrechts, der sich im Rechtsdenken der Bürger kapitalistischer Staaten fortsetzt, liegt in der antagonistischen Betrachtungsweise des Verhältnisses von Kapitalbesitzern und Kapitalnut-

Die Rechtsprechung und Rechtslehre zur *locatio conductio* sah schon im Mittelalter in der Nutzung aller wirtschaftlichen Ressourcen und in der Bekämpfung brach liegender Arbeitspotenziale dessen Regelungsaufgabe. Elemente dieses Denkens sind in den davon abgeleiteten Vertragsformen heute noch erkennbar. Im Mietrecht gehört dazu die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache für den produktiven Gebrauch des Mieters (§ 535 BGB). Im Werkvertrag haftet der Besteller, der den zu bearbeitenden Stoff (»Produktionsmittel«) für die Herstellung des Werkes bereitstellt ebenso für deren Mängel wie auch für die Folgen fehlerhafter Anweisungen (»Direktionsrecht«) (§ 645 BGB). Im Arbeitsvertragsrecht finden wir einen umfangreichen Pflichtenkatalog des Arbeitgebers in Bezug auf Zustand und Beschaffenheit der Produktionsmittel, die Pflicht zur Sorge für Gesundheit und Arbeitsmöglichkeiten des Arbeitnehmers und Bereitstellung einer arbeitnehmerfreundlichen Arbeitsorganisation.²⁵¹ Auch das Wohnraummietrecht wurde vom Kooperationsgeist beseelt. Die aus dem kaufrechtlichen Denken geborene Eigentumsfreiheit des Vermieters etwa bei der Zulassung der Gebrauchsüberlassung an Dritte (§ 535 BGB), bei Mietzins (§§ 559a ff BGB; § 556d BGB) und Vertragsstrafe (§ 555 BGB), bei Kündigungsschutz und Modernisierung ist zugunsten der Nutzer eingeschränkt. Ferner hat er für die Barrierefreiheit der Mietsache (§ 554a BGB) zu sorgen. Eine umfangreiche Rechtsprechung sichert, dass ein Mieter in den Räumen des Vermieters leben und dessen Eigentum nutzen darf. Das Bundesverfassungsgericht²⁵² hat daraus den Schluss gezogen, dass nicht nur

zern. Der Kapitalbesitzer verdient scheinbar nur daran, dass er dem Nutzer einen Zins abverlangt. Befürworter wie Gegner teilen sich diese Anschauung, obwohl sie der Realität der meisten dieser Verhältnisse nicht entspricht. Dort herrscht die Idee der Kooperation zur Erzielung eines gemeinsamen Nutzens vor. Allein das Gerechtigkeitsdenken ist davon kaum beeinflusst.

251 »Beschäftigungspflicht, sofern nicht wichtige Gründe entgegenstehen; Schutz des Arbeitnehmers gegen Gefahren für Leben und Gesundheit, § 618 BGB, insbes. durch Beachtung der Unfallverhütungs- und Arbeitsschutzvorschriften; Schutz von Persönlichkeitsbelangen (z.B. personenbezogene Daten); Sorge um die vom Arbeitnehmer berechtigtermaßen eingebrachten Sachen; Pflicht zur Urlaubsgewährung; ordnungsgemäße Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherung; Gleichbehandlungspflicht, § 611a BGB; Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen und Schäden an eigenen, vom Arbeitnehmer bei der Arbeit benutzten Sachen; Pflichten nach §§ 81 ff BetrVG (Information, Einblick in Personalakte); Pflicht zur Zeugniserteilung, § 630 BGB.« (Meub 2013 – *Offizielle Homepage*)

252 BVerfG 16.1.2004 – 1 BvR 2285/03: »Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht nur die Eigentumsposition des Vermieters. Auch das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 89, 1, 5 ff.). Die Befugnisse von Mieter und Vermieter zuzuordnen und abzugrenzen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Er muss die schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Die allgemein zuständigen Gerichte haben bei der Auslegung und Anwendung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften des einfachen Rechts ebenfalls die durch die Eigentumsgarantie gezogenen Grenzen zu beachten; sie müs-

die Position des Grundbucheigentümers als Vermieter, sondern auch die Position des Mieters ähnlich wie schon im römischen Recht des Mittelalters durch ein von Art. 14 GG geschütztes Nutzungs- bzw. Besitz Eigentum (*dominium utile*) geschützt ist.

Doch das erscheint immer noch als Ausnahme. Der Grundgedanke einer Alternative zum Kaufvertrag im gleichberechtigten Mietvertrag der *locatio conductio* hat sich noch nicht durchgesetzt. Nutzungsvertrag und soziales Dauerschuldverhältnis bei Arbeit, Konsum und Wohnen haben im Allgemeinen Schuldvertragsrecht der § 241 ff BGB kaum Spuren hinterlassen. Es sind Spezialgebiete für Spezialisten geworden, die zur allgemeinen Vertragsidee nichts beitragen. Dabei herrscht auch hier eine verkehrte Welt. Der Nutzungsvertrag ist nicht aus dem Erwerbsvertrag abgeleitet. Es gilt eher umgekehrt: alles Eigentum dient der Nutzung. Das auf die Nutzungszeit begrenzte Nutzungseigentum ist daher die Grundform. Die Verlängerung der Nutzungsmöglichkeit ins Unendliche führt dann zu dem Spezialfall des exklusiven Eigentums.

Hier setzt die symptomatische Analyse an, die aufzudecken hat, warum sich die kooperative Idee der *locatio conductio* zwar in der Praxis nicht jedoch in der Rechtsideologie der Nutzungsverhältnisse gegen das kaufrechtliche Denken behaupten konnte. Parallel dazu muss die gemeinsame Wurzel aller mietähnlichen Dauerschuldverhältnisse offengelegt werden.²⁵³ Die Unterdrückung der Ideen zum

sen die im Gesetz auf Grund verfassungsmäßiger Grundlage zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachvollziehen, die den beiderseitigen Eigentumsschutz beachtet und unverhältnismäßige Eigentumsbeeinträchtigungen vermeidet (vgl. BVerfGE 89, 1, 8; BVerfG NJW 2000, S. 2658, 2659).«

- 253 Dies geschieht aktuell im Rahmen der International Social Contract Law Gruppe (Nogler, Reifner (Hg.) 2014 – *Life Time Contracts*) mit den Forschungen zu den römisch-rechtlichen Wurzeln von Arbeits-, Miet- und Kreditrecht. (dazu im Manuskript Reifner 2011 – *Der soziale Nutzungsvertrag*) Dabei bildet die Erläuterung des wohl ergiebigsten Kooperationsrechtes, des Arbeitsrechts, das größte ideologische Hindernis. Eine Allianz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern hält aus konträren Motiven am eher kaufrechtlichen Charakter eines Dienstvertrages fest. Die »Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien« erfordert den kollektiven Schutz beim »Kauf der Ware Arbeitskraft«. Die sklavennähnlichen Pflichten wie die individuelle Unterordnung bei nur kollektiver Gleichordnung sichern Arbeitgeber und Gewerkschaften im Betrieb ihr exklusives Recht. Das Dogma, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer (d. h. seine Arbeitskraft) nutzt, scheint unumstößlich. Es wirft das Arbeitsrecht aus den Kapitalnutzungsverhältnissen, weil es scheinbar keine Kapitalnutzung gibt. Selbst Anhänger der Human Capital Idee sehen nach Abschaffung der Sklaverei weder Arbeit noch Arbeitskraft der Arbeitnehmer als Kapital an. Karl Marx erklärte mit dem Begriff des »variablen Kapitals« (vgl. Marx 1969 – *Das Kapital*: 6. Kapitel »Konstantes und Variables Kapital« S. 214 ff) den Arbeitsprozess zu einem Geldschöpfungsprozess, der den an die Produktionsfaktoren zu verteilenden Mehrwert schöpfte. Die eigentliche Kapitalnutzung in der Nutzung der Produktionsmittel geriet aus dem Blickfeld. Während der Arbeitgeber den kaufrechtlichen Individualarbeitsvertrag liebt, möchten die Gewerkschaften ihn durch den nicht min-

kooperativen Dauernutzungsverhältnis in der Rechtsentwicklung zwischen 1750 und 1900 erklärt sich mit dem wirtschaftlichen Nutzen, den die Kapitaleigner mit der Kaufheurstik zogen. Es genügte für die Unterwerfung von Arbeitern, Wohnenden und Schuldnern unter die marktwirtschaftlichen Verwertungsgesetze die Berufung auf deren Freiwilligkeit. Die bürgerliche Freiheit konnte im kaufrechtlichen Denken als eine Willensbetätigung aufgefasst werden, bei der die konkreten Menschen das Recht erhielten, ihre Freiheit aufzugeben. Die Diktatur der Fabrik, der moderne Schuldturm und das Patriachat der Hausbesitzer wären im mietrechtlichen Modell nicht legitimierbar gewesen. Im Kaufvertrag reicht das Papier, um das weitere Schicksal der Unterordnung zu besiegeln.

Die Rechtsgeschichte der Pandektisten des 19. Jahrhunderts ist dem Prinzip des *divide et impera*, des machiavellinischen²⁵⁴ Teile und Herrsche gefolgt. Zunächst wurde die *locatio conductio* (l. c.) des römischen Rechts in Miet- und Pachtverhältnisse aufgeteilt.²⁵⁵ Anschließend teilte man den Mietvertrag in drei

der kaufrechtlichen kollektiven Tarifvertrag überformen. Statt für die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer streiken sie eher für die Tarifaufonomie der Gewerkschaften. Dabei zeigt das Aufkommen des Arbeitsvertrages mit Beginn der industriellen Revolution, dass die Nutzung von Produktionsmitteln, die Arbeitsteilung und Kooperation unter gemeinsamer Leitung es sachnotwendig machen, den Arbeitsvertrag als Nutzungsvertrag fremden Kapitals für persönliche Bedürfnisse der Arbeit erklären. (Zu den Konsequenzen für ein neues von der *Locatio Conductio* abgeleitetes Modell eines Vertrages über Arbeit, der sich auf den Werkvertrag stützt, vgl. FN 255 und I-462) .

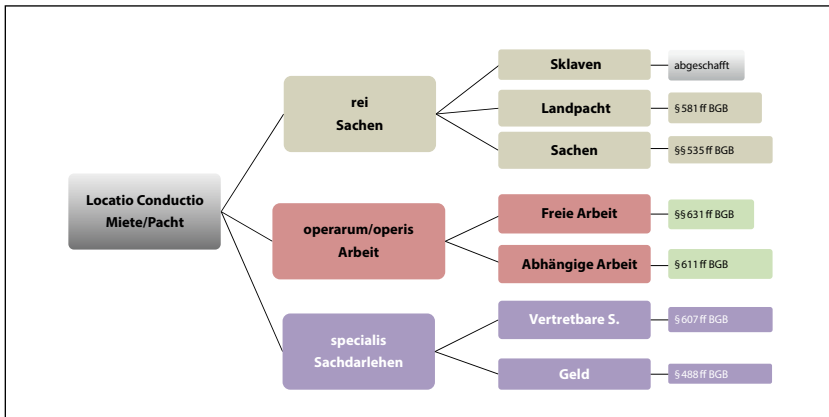
²⁵⁴ Dazu vgl. FN 238.

²⁵⁵ Das römische Recht folgte im Pachtverhältnis noch den vorkapitalistischen Rechtsformen der Fruchtziehung (*usus fructus*). Danach war in einer agrarischen Gemeinschaft kraft Abspaltung des Nutzungsrechts vom Eigentum ein unmittelbares Recht gegeben, die Früchte eines Ackers, Baumes oder Tieres zu ernten und den Eigentümer daran zu beteiligen. (zur Fruchtverteilung in einer Gemeinschaft vgl. § 743 BGB) Dieses Fruchtziehungsrecht blieb dann auch das Modell für das Verständnis von Abgaben, die wie bei der Sklavenmiete oder beim Saatgutdarlehen an einen Bauern sich an der Arbeit des Nutzers festmachten und damit allein aus dem bereitgestellten Gegenstand keine sichtbaren Ergebnisse mehr hervorbrachten. Arbeit und Ertrag vermischten sich. Das Recht blieb aber bis heute in den Definitionen der §§ 99 und 101 BGB der Anschauung verhaftet, Zinsen seien Früchte des Kapitals. (ausführlich dazu FN I-335 und 154) Der Pachtvertrag in § 581 BGB definiert den Gewinn des Pächters als den »Genuss der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind«. Dafür muss die »Pacht« d. h. der »Pachtzins« (§§ 581, 587 BGB) bezahlt werden. Dass es sich um eine vermutete Beteiligung am durchschnittlichen marktmäßig erzielbaren Gewinn handelt, zeigt sich in § 587 Abs. 2 BGB, wonach »der Pächter von der Entrichtung der Pacht nicht dadurch befreit (wird), dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Nutzungsrechts verhindert ist.« Außerdem verlangt die Rechtsprechung beim Pachtvertrag immer die Gewinnerzielungsmöglichkeit, während im Mietvertrag die Nutzung reicht. (BGH NJW-RR 1919, 906) Der Verweis auf den Erlass der Mietzinsen auch für die Pacht, wenn die Mietsache nicht zur Verfügung steht, zeigt die Gemeinsamkeit. Als Abgrenzung wird daher auch nicht mehr auf das Fruchtziehungsrecht gegenüber der Kapitalnutzung, sondern auf die Unterschiede im

verschiedene Verträge auf: Sacheigentumsmiet (l. c. rei), Miete vertretbarer Sachen (l. c. specialis) und Werkvertrag (l. c. operis). Die eigentliche Nutzung der Arbeit erfolgte nicht vertraglich, sondern durch Befehl. Die Sklavenmiet (l. c. rei) war daher ein Mietvertrag zwischen Sklavenbesitzer und Sklavennutzer. Sklaven waren eine Sache. Dass es für die Arbeit unter Freien zwei Verträge gegeben haben soll, neben dem Werkvertrag (l. c. operis) noch einen Arbeitsvertrag (l. c. operarum), ist von den Pandektisten dem römischen Recht unterstellt worden, weil es ein für die Industriearbeit passendes Unterordnungsverhältnis suggerierte.²⁵⁶

nutzbaren Objekt abgestellt. Mieten kann man nur eine »Sache« (§ 90 BGB), pachten dagegen jeden »Gegenstand« also auch ein Recht. (vgl. *Palandt 2015 – Bürgerliches Gesetzbuch-Weidenkauff Einf. § 535 Rdn. 16*) In der kapitalistischen Wirtschaftsform hat es neben dem Mietvertrag (locatio conductio) keinen Pachtvertrag gegeben, der statt des geldorientierten Synallagmas eine Beteiligung bei der Fruchtziehung anbot. Solche unsicheren Verträge, wie sie heute im Future-Markt für Wertpapiere vorkommen, kannte die Geschichte nicht. Doch dem Mietvertrag wurde nach den Arbeits-, Wohn- und Darlehensverhältnissen auch noch die Bedeutung für die agrarische Nutzung von Grund und Boden entzogen. Er fristet heute ein kümmerliches Dasein bei der mietweisen Nutzung alltäglicher Gegenstände wie etwa der Möbel- oder Nähmaschinenmiet. Auch sie wurden in Form eines Abzahlungskaufs (hire purchase) abgewickelt, bis 1894 das Abzahlungsgesetz dies begrenzte.

- 256 Die pandektistische Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag ist bis heute für die Plaktheit der Arbeitgeber aus dem Arbeitnehmerschutzrecht prägend. Rundfunkanstalten und Presseorgane, Universitäten aber auch große Firmen versuchen, Arbeiten, die vormalig in geschützten Arbeitsverträgen der §§ 611 ff BGB verrichtet wurden, auf die außerhalb des Arbeitsrecht angesiedelten Werkverträge der §§ 631 ff BGB zu verlagern. (Beispiele bei *Fohrbeck, Wiesand et al. 1976 – Arbeitnehmer oder Unternehmer*) Daraus hat die sozialdemokratische Bewegung schon seit den Reichstagsanhörungen zum BGB den Schluss gezogen, das Primat des Arbeitsvertrags über den Werkvertrag zu stellen. Dies ist auch der Tenor bei *Kocher 2015 – Zur Kritik der unlogische[n]*. Doch so wünschenswert das Ergebnis ist, Abhängigkeit und Schutz zusammen zu halten, so steht doch auch diese Argumentation auf dem Kopf. Mit dem Arbeitsvertrag und seinem Schutz für alle Arbeitenden wird nämlich zugleich das Freiheitspostulat aufgegeben und durch die Unter- und Einordnung als wichtigstes Unterscheidungskriterium ersetzt. (konsequent daher auch *Kocher 2014 – Schutz und kollektive Privatautonomie* S. 358 ff) Korrekter wäre es, den Werkvertrag als den Überbegriff für alle Verträge über Arbeit anzusehen, bei dem entsprechend der Kollektivität der zu verrichtenden Arbeit und dem Grad der Nutzung bereitgestellter Produktionsmittel und damit auch der Unterordnung unter die Organisations- und Bestimmungsbefugnisse des Besitzers der Produktionsmittel diejenigen Schutzrechte angewandt werden, die hierfür geschaffen wurden. Das Schutzrecht wäre dann situationsbezogen und nicht vertragsbezogen auszulegen. Kocher (Ibid.) kollektiviert ihr Konzept insoweit, als sie die Schutzrechte des Individualarbeitsrechts letztlich im kollektiven Arbeitsrecht verankert sieht. Doch es hilft wenig, weil § 1 TVG das kollektive Recht an den Arbeitnehmerbegriff des Individualarbeitsrechts anhängt. So gilt auch dort kein Arbeitsschutz, sondern ein Arbeitsvertragsschutz. In einer Dogmatik, die den Werkvertrag als Grundlage jeder Arbeit ansähe, gälte dagegen die Freiheitsvermutung des Vertrages grundsätzlich für alle *Arbeitenden* (im soziolo-ökonomischen Sinne ausführlich FN I-40). Rücksichtnahme, Vertrauen und Kooperation würden sich an der funktionalen Beherrschung orientierten. (vgl. FN II-118; I-462) Zur Herstellung

Grafik 3 Teile und Herrsche – die locatio conductio im BGB

Die italienische Romanistik ist sich heute darin einig, dass das römische Recht selber nur eine einheitliche locatio conductio kannte, die neben der ebenso einheitlichen emptio venditio zum Grundprinzip synallagmatischer Vertragstypen gehörte. Die Aufspaltung vor allem im Bereich der Arbeit in Arbeits- und Werkvertrag war dem römischen Vertragsrecht fremd. Dass das Darlehen nicht davon erfasst wurde, hatte mit dem Zinsverbot und der Früchtetheorie zu tun. Der Fabrikarbeiter war noch nicht geboren und nach Abschaffung der Sklaverei gab es für das Mietmodell im Arbeitsbereich nur noch die freien Berufe.²⁵⁷ Die neuen Verhältnisse im städtischen und industriellen Wohnen²⁵⁸ und bei der Industrie-

von Rechtssicherheit könnte ein Stufenmodell dienen. Die Lückenfüllung wäre bei funktionalem Schutz einfacher, weil der Zweck und nicht die Form im Vordergrund stünde. Die Flucht aus dem geschützten Arbeitsverhältnis durch Rechtsformwahl wäre nicht mehr möglich.

257 Eingehend dazu Reifner 2013 – Soziale Nutzungsverhältnisse unter C. Die historischen Wurzeln, S. 47–78. Die deutschen Pandektisten des 19. Jahrhunderts (FN II-199) (er)finden ihr bürgerliches Recht aus der Geschichte des römischen Rechts neu, indem sie ihr Schuld- und Sachenrecht auf Kaufvertrag und exklusivem Eigentum aufbauten. Es ging ihnen wie schon dem Vater des Code Napoleon, Poithier, um die schrankenlose Ermöglichung einer kaufrechtlichen Handelsgesellschaft. Dem kam entgegen, dass die agrarischen Fremdnutzungsverhältnisse durch die Bauernbefreiung an Bedeutung verloren. Andererseits aber entwickelte der Kapitalismus in weit größerem Ausmaß neue Fremdnutzungsverhältnisse.

258 Die Industrialisierung war darauf angewiesen, dass durch die fallenden Lebensmittelpreise auf dem Land die Landbevölkerung in die Städte und zu den Fabriken getrieben wurde. Diese Landvertreibung, die den Arbeitern ideologisch als Landflucht zugerechnet wurde, war ohne Wohnraummiete nicht denkbar. Die mittellosen Arbeiter mussten in den Städten

arbeiterschaft²⁵⁹ sollten nicht von der Idee der bürgerlichen Freiheiten infiziert werden, die auch im synallagmatischen Mietvertrag zwei gleich freie Personen

Wohnungen haben, die sie nicht käuflich erwerben konnten. Sie mussten damit zugleich das Sachkapital der Besitzenden verzinsen. Werkwohnungen, Arbeitersiedlungen, Kostgänger im Haushalt des Bürgertums, Zimmervermietung und Geschoßwohnungsbau bis zu den Wohnsilos der Moderne brauchten ein Mietrecht. Es hätte im Lichte der bürgerlichen Revolution auf die *locatio conductio* zurückgreifen müssen. Doch auch hier bevorzugte man das Kaufrechtsmodell, bei dem nach Bezug der Wohnung der Vermieter keine Pflichten mehr hatte. Mit der Kaufrechtsidee konnten unbewohnbare Flächen zu Wucherpreisen vermietet werden. Kooperation zum beiderseitigen Wohl war eine überholte Freiheitsideologie. Zwar hatte das dispositive Gesetzesrecht noch im Vertragsmodell den Erhalt der Brauchbarkeit zu Wohnzwecken ins Gesetz geschrieben. Doch mit der Vertragsfreiheit wurde dieses Risiko wie im Kaufrecht üblich auf den Mieter abgewälzt. Übrig blieb ein Wohnraummietrecht, das sich von den Haussklaven und Familienangehörigen der Antike eher noch durch ein geringeres Schutzniveau unterschied. Dass dies ökonomisch zu einer Selbstschädigung führen musste und z. B. die Kampffähigkeit der Soldaten beeinträchtigte, deren Familien zu Hause ohne Wohnrecht waren bzw. die bei Rückkehr obdachlos wurden, veranlasste dann auch die arbeiterfeindlichen Regierungen, Mieterschutzgesetze zu erlassen, um die Wohnungsnot zu mildern. Doch die Konsequenzen wurde mit einer Almosenideologie gezogen und nicht als logischer Inhalt von Kapitalnutzungsverhältnissen angesehen.

- 259 Noch weit gravierender wich der Arbeitsvertrag dann von der *locatio conductio* ab. Durch die Industrialisierung mit ihrer Anhäufung von Maschinerie und der Kollektivierung von Arbeit im Betrieb war die selbständige Arbeit für die Masse der Menschen nicht mehr produktiv genug. Es entstand der Lohnarbeiter, der auf die Nutzung des von den Geldbesitzern und Eigentümern akkumulierten Kapitals sowie auf deren Koordination kollektiver Arbeit in der Fabrik angewiesen war. Das römische Recht hatte hier naturgemäß wenige Vorbilder zu bieten. Wo Arbeit kollektiviert war herrschten vertragsfreie Sklaven- und Familienverhältnisse oder Beamten- und Soldatentum. Dort, wo man synallagmatisch kooperieren konnte, handelte es sich um die wenigen freien Berufe wie Arzt oder Konsulent. Auf sie wurde die *locatio conductio* (*operis*) angewandt, die auch im heutigen Werkvertrag (§ 631 BGB) sowie bei den Arbeiten höherer Dienste (z. B. § 630a ff BGB Arztleistungen) als Kooperationsverhältnis ausgestaltet sind (z. B. § 630c BGB). Dasselbe galt auch für die freien Bauern, die in der Form der *locatio conductio* das damalige Produktionsmittel, Grund und Boden, pachteten und über diese Form mit den Grundbesitzern kooperierten. Lohnarbeiter als Handarbeiter kannte das römische Recht dagegen nicht, auch wenn dies mit der sog. *locatio conductio operarum* bis heute suggeriert wird.

Die Arbeiter der Fabriken des 19. Jahrhunderts konnten hieran nicht anknüpfen. Sie hatten die Idee der bürgerlichen Revolution niemals erfahren, wonach man die Produktionsmittel nutzen und auf Augenhöhe mit deren Besitzern kooperieren konnte. Sie kamen aus den leibeigenen Verhältnissen auf dem Lande und waren leicht an neue Herrschaft zu gewöhnen. Dazu half das Auftreten der neuen Herren, die vor allem in Deutschland im feudalen Gewand als *Schlotbarone* auftraten. Das Eigentum an Produktionsmitteln verhinderte die Anwendung der Grundsätze von Freiheit, Gleichheit und Sicherheit für diese Menschen. Der Lohn war alles, was die neue Freiheit für sie brachte. Ihr vorheriges Los auf dem Lande war teilweise sogar würdiger und besser gewesen. Die Idee vom Sklaven im Kapitalismus durchzog die Arbeiterbewegung bis ins 20. Jahrhundert. Im kommunistischen Manifest heißt es: *Die Bourgeoisie ist unfähig zu herrschen, weil sie unfähig ist ihrem Sklaven die Existenz selbst innerhalb seiner Sklaverei zu sichern.* In dem Lied der Arbeiterbewegung, der »In-

voraussetzte, die sich auf Augenhöhe zu begegnen hatten, um dann in ein kooperatives Verhältnis miteinander einzutreten. Erst recht galt dies für jede Art eines Kreditverhältnisses, in dem die Geldbesitzer und Forderungsberechtigten es nicht mit gleichberechtigten Nutzern einer Geldmiete zu tun haben wollten.²⁶⁰ In allen diesen Rechtsformen orientierte man sich daher nicht an der Miete, sondern an den feudalen Abhängigkeitsverhältnissen. Dies war angesichts der Verwirrung darüber, was das Modell der *locatio conductio* als synallagmatischer Vertrag und dauerndes Verhältnis besagte, nicht schwierig. Die Väter des Arbeitsrechts, Lotmar und Barassi,²⁶¹ stellten dem Arbeitsvertrag die Miete in Form der Vermietung eines Sklaven durch sich selbst gegenüber, eine logische Unmöglichkeit für

ternationalen«, heißt es: »*Heer der Sklaven, wache auf!*« Überall wird die Marx'sche Gleichsetzung von Lohnarbeit und Sklaverei aufgenommen. Empirisch hatten die Marxisten Recht. Die Lebensverhältnisse der Arbeiter waren nicht besser als die der Sklaven. Rechtsdogmatisch erlagen sie einem gravierenden Irrtum. Der synallagmatische Mietvertrag wäre gerade das Vehikel zur Befreiung der Arbeiter gewesen und nicht die Anerkennung seiner Unterdrückung und Ausbeutungsmöglichkeit. Er musste dazu aber vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Vermieter ist nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber, der damit wie in allen Verhältnissen der *locatio conductio* die Möglichkeit der Kapitalnutzung vermittelt. Er gibt zwar nicht die Arbeit aber die Arbeitsgelegenheit. Der Mieter wäre dann der Arbeitnehmer. Die Begrifflichkeit stimmt daher. Der Lohn ist dann das Entgelt für die Nutzung der Arbeitsergebnisse durch den Arbeitgeber, nicht aber das Entgelt für die Nutzung der Arbeitskraft wie bei der Sklavenmiete.

- 260 Auch das Kreditverhältnis orientierte sich an der Sklaverei. Statt i.S. des *locatio conductio* den Darlehensnehmer als produktiven Geldnutzer zu respektieren, wurde er zum schuldigen Schuldner, der keine Rechte, sondern nur Gnade erwarten konnte. Die willkürliche Kündigungsmöglichkeit eines Nutzungsverhältnisses, bei dem der Nutzer als ungerechtfertigter bereicherter Schuldner in Erscheinung trat, macht bis heute aus jedem Geldnutzer einen Überschuldeten. Gegen ihn können alle Zwangsmittel des Gesetzes so benutzt werden, wie es historisch mit der Strafe der Schuldsklaverei oder des Schuldturms erfolgte. Hatte im kaufrechtlichen Synallagma die eine Seite geleistet, so war es ein Verbrechen, wenn die andere treuwidrig ihre fällige Leistung nicht erbracht hatte. Diese Idee wurde nun auf das Verhältnis von Darlehenshingabe und Darlehensrückzahlung angewandt, als ob der Darlehensnehmer sich Geld gekauft hätte, für das er nun den Kaufpreis in gleicher Höhe (die Rückzahlung) nicht erbringen wolle.
- 261 Philipp Lotmar 1902–1908 – *Der Arbeitsvertrag* und Lodovico Barassi 1901 – *Il contratto di lavoro* haben 1901 und 1902 in ihren grundlegenden Werken zum Arbeitsvertrag die Bestimmungen, die sich aus den bereits vorhandenen rechtlich nicht anerkannten Tarifverträgen sowie den Deklarationen der Gewerkschaften und Arbeiterparteien für ein humanes Arbeitsrecht ergaben, in der Natur des Arbeitsvertrages zu verorten versucht. Während Lotmar den Mietvertrag (*locatio conductio*) als Form kategorisch ablehnte und einen Arbeitsvertrag *sui generis* forderte, weil die i. c. dem Modell der Sklavenmiete folge, hat Barassi sich zunächst noch an der Miete orientiert und ein Konzept befürwortet, in dem das Einzelarbeitsvertrag als ein Verhältnis angesehen und ihm mehr als das blanke Interesse an der Lohnerzielung zugeordnet war. Beide nahmen die Kritik der Marxisten auf, dass die Warenform der »Arbeitskraft« letztlich den Menschen nur als Sklaven ansehen konnte und verlangten eine humane Sicht der Arbeitsverhältnisse. Während Lotmar dies gegen die wirtschaftslibe-

einen freien Menschen. Die humane Dimension des Arbeitsvertrages sollte gerade dadurch erhalten werden, dass man kein Mietrecht anwendete. Noch weiter verdunkelt wurde das kooperative Mietverhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer, Bank und Kreditnehmer, Wohnungsbesitzer und Wohnungsmieter durch die

rale historische Rechtsschule verteidigte, die eine *locatio conductio operarum* als Miete der Arbeitskraft zulassen wollte, konnte Barassi unbefangener auf die Tradition des oberitalienischen Rechts zurückgreifen.

Für Barassi war der Arbeitsvertrag kein Vertrag der Unterordnung. Er enthielt als wesentliche Bestimmung 1. das gegenseitige Vertrauen (*fiducia*), 2. die Dauerhaftigkeit (*temporaneità*) und 3. die Gegenseitigkeit (*commutativa*). Das Vertrauen sei wesentlich, wo es um ein Tun gehe. Allerdings verteidigt dann Barassi dies doch mit Bezug zur Sklavenmiete. Er betonte die schon bei Aristoteles nachweisbare humanere Sicht des Sklaventums, bei dem der Sklave dem Familienmitglied gleich gestellt war. Die Trennung der Arbeitskraft vom Arbeiter sei bereits im Sklavenhalterverhältnis erfolgt. »Im römischen Recht (hatte) die *locatio conductio operarum* kaum eine Bedeutung, weil in seinem ökonomischen und rechtlichen System das Sklaventum herrschte. Der Vertrag sei durch die Herren der Sklaven aufgetreten ... Der Sklave sei in Wahrheit eine Sache gewesen, die jedoch« mit einem Verweis auf Endemann »als menschliche Wesen behandelt wurden, wo es nicht um ihren Verkauf, sondern darum ging, die Rechte der Herren über sie zu begrenzen, indem der Gebrauch der Arbeit auf einem abstrakten Begriff beruhte, der die Person des Sklaven quasi intakt ließ und sich darauf beschränkte, ein Recht auf die Tätigkeit und die Verausgabung der Kraft des Sklaven zu postulieren.« »Selbst bei den Tieren«, so schreibt Barassi, »ging es nicht darum, an ihnen selber einen Nutzen zu begründen, sondern um ihre Fähigkeit zur Arbeit.« Ähnlich weist er die humane Dimension im Nießbrauch nach, wo auch der Sklave als Sache angesprochen wurde letztlich es aber dabei um »die Arbeiten des Sklaven« (S. 114) ging. »Die Nutzung der Arbeit des Sklaven hatte somit eine eigene Physiognomie, die sich deutlich von der reinen Sklaverei der Welt der nicht mit Geisteskräften belebten Sachen absetzte.« Man könne »eine Sache nicht aber einen Menschen benutzen ... Nicht die Person, sondern die Arbeit der Person ist das Objekt des Vertrags.« (123) Bei der Arbeit müsse man zudem unterscheiden zwischen der geistigen und der körperlichen Arbeit. Das römische Recht hätte selbst bei der Sklavenvermietung unterschieden zwischen der Vermietung der Person des Sklaven und der Vermietung seiner Arbeit. (125) Es sei der Vorteil des Kapitalismus, dass er nur Letztere brauche. Zudem habe »im römischen Recht, was allgemein bekannt sei, nur die Handarbeit Gegenstand der *l. c. operarum* sein können« (153), eine Aussage, die angesichts der *l. c.* bei höheren Diensten nicht zutreffend war.

Während Lotmar (in späteren Auflagen auch Barassi) mit dem modernen Arbeitsrecht den Arbeitsvertrag als Neuschöpfung propagierten, birgt die frühe Analyse von Barassi den höheren Erkenntnisgewinn. Der Begriff des »Dienstvertrags« hatte nicht nur zufällig etwas mit der rechtlosen »Dienstmagd« auf dem Lande zu tun. Seine Entsprechung im Lateinischen war der Servicevertrag, wie das romanische wie englische Recht den Arbeitsvertrag auch heute noch bezeichnet. Die Wurzel der Sklaverei (*servus Sklave*) ist deutlich erkennbar und hat im Unterordnungsprinzip (*Subordination*) (Nogler 2009 – *The concept of subordination*) das Arbeitsverhältnis in die Nachfolge der Sklaverei gestellt. Allerdings haben umfangreiche gesetzliche Schutzrechte sowie das kollektive Arbeitsrecht dies Sklavenverhältnis dem angenähert, was als Miete von Produktionsmitteln im Werkvertrag als Ausdruck des Verhältnisses Gleicher und Freier historische Anerkennung gefunden hat. (ausführlich Reifner 2013 – *Soziale Nutzungsverhältnisse* Kapitel G. Der Arbeitsvertrag S. 112 ff)

Nutzung eines reziproken Vokabulars, das in den synallagmatischen Verhältnissen nichts zu suchen hatte. Die Geldnutzung wurde trotz Verzinsung als *Darlehen* bezeichnet und bis 2002 entsprechend falsch im BGB als Realvertrag geregelt. Im Arbeitsverhältnis spukt bis heute im *Leiharbeitsgesetz* die unentgeltliche Leihe herum, während man die Wohnraummiete in die öffentlich-rechtlichen Bahnen der Sozialfürsorge und Staatswirtschaft leitete.²⁶²

Eine Fortentwicklung des Darlehensvertrags aus dem Realvertrag in § 607 BGB a.F., dem Verbraucher kreditvertrag (§ 1 VerbrKreditG) und dem Konsensualvertrag (§ 488 BGB n.F.) ist schon früher versucht worden.²⁶³

Diese Definition gilt im Grundsatz für alle Finanzdienstleistungsprodukte, die sich wie Sparen und Anlage, Zahlungsverkehr und Versicherung auf Kredit und Geld aufbauen. Bei Anlage und Versicherung geht es neben der Zinszahlung um die zielgerechte Verfügbarkeit für den Kunden, denen je nach Vertragstypus die Risikopräsumption untergeordnet sein können. Im Zahlungsverkehr wird die zeitliche Überbrückung zum Mittel des Geldtransportes. Gleichwohl gilt auch hier das Darlehensprinzip.

Sie gehören damit zu den sozialen Kapitalnutzungsverhältnissen. Formuliert man sie auf der Grundlage der römisch-rechtlichen Urform der *locatio conductio* so allgemein, dass die Miete für jede Form der Kapitalnutzung gilt, so könnte sie folgenden Wortlaut haben:

»Wer Vermögen für die Nutzung durch andere bereitstellt (locatio), verpflichtet sich, dem Nutzer die Verwendung dieser Rechte während der (gesamten) Vertragslaufzeit zu gewähren und dabei durch vertrauensvolle Zusammenarbeit dafür Sorge zu tragen, dass die Möglichkeit zur produktiven Verwendung während dieser Zeit erhalten bleibt. Der Nutzer ist verpflichtet, aus den im Vertrag festgelegten durchschnittlich zu erwartenden Gewinnen das vereinbarte Entgelt zu zahlen.«²⁶⁴

262 Das Wohnraummietrecht ist öffentlich-rechtlich überlagert. Das Mieterschutzgesetz konnte bis in die 1970er Jahre die Funktion der Amtsgerichte als *Mieteinigungsämtern*, die umfangreiche behördliche Eingriffsbefugnisse hatten. In Zweckentfremdungsverordnung, Miethöhegesetz, Wohnungsbauförderung, Wohnriester aber auch der Sozialklausel des § 574 BGB sind Elemente kooperativen Verhaltens für Vermieter vorgeschrieben, die aus der Logik der *locatio conductio* erklärbar wären, hätte man sie nicht öffentlich-rechtlich nur dem Sozialstaat zugeordnet.

263 Vgl. die 15 Paragraphen des Gesetzentwurfs für ein Konsumentenkreditgesetz in *Reifner 1979 – Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel* S. 429 ff. insbesondere die Bestimmung der Vertragsnatur sowie bei Verzug des Darlehensnehmers (abgedruckt unten in Anhang I sowie FN IV-4)

264 Im Einzelnen bedeuten die Begriffe:

Vermögen: Das Eigentum hat sich erweitert. Heute ist jedes geldwerte Recht, über das der Inhaber verfügen kann, ein Eigentumsrecht i. S. des Art. 14 GG. Das Zivilrecht hat anders als

Sie wurden im Projekt zum sozialen Vertragsrecht (*eusoc.eu*) als *life time contracts (ltc)* bezeichnet.

Lebenszeitverträge sind soziale Dauerschuldverhältnisse, die mit Bezug zu einem Teil der Lebenszeit natürlicher Personen lebenswichtige Güter, Dienstleistungen, Arbeit und Einkommensmöglichkeiten zur Selbstverwirklichung und sozialen Teilhabe bereitstellen. (Prinzipien sind abgedruckt unten in Anhang 4)

das Common Law diese Entwicklung, die aus der Erweiterung des Sachkaufs um den Rechtekauf folgte, ignoriert. Dies geschah wohl, um den Druck eines stark regulierten Sacheigentums (*numerus clausus* der Sachenrechte) von den Geldbesitzern zu nehmen, die nur Forderungsrechte ihr eigen nennen können. (vgl. § 1922 BGB zum Vermögensübergang bei Erbfolge.) Der Vermögensbegriff wird durchgehend benutzt und bestimmt den Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB.

Produktive Verwendung/Gewinn: diese Kerndefinition der Miete baut auf dem Verständnis der Miete als Kooperationsform auf. Produktiv ist im umfassenden Sinne von Wirtschaft zur Schaffung eines guten Lebens für alle in gleicher Freiheit zu verstehen, wie sie hier im Gegensatz zur Reduktion von Wirtschaft auf synallagmatische Erzielung von Geldgewinnen gefordert wird.

Durchschnittlich zu erwartende Gewinne: Im Kapitel über den Zins (I.E.) haben wir den Ursprung aus der Gewinnbeteiligung dargelegt. Allerdings haben wir daraus nicht den Schluss gezogen, dass der Geldnutzer Gewinne wie Verluste mit dem Geldbesitzer teilen kann bzw. muss. Die Kapitalakkumulation gerade auch kleiner Kapitalien hat die produktive Heuristik des Zinses als besondere Form des garantierten Gewinns hervorgebracht. Um auch kleinste Sparsbeträge für die Akkumulation anzulocken wurde das Risiko, dass der Geldnutzer nicht den durchschnittlichen Gewinn erreicht oder gar Verluste macht, dem Geldgeber abgenommen und dem Geldnutzer aufgebürdet. Dafür erhielt der Nutzer dann aber auch das Recht, den Gewinn, den er über dem Zinssatz macht, zu behalten, was wiederum einen produktiven Anreiz zur Fremdkapitalaufnahme bietet, wie es sich in der goldenen Finanzierungsregel der Unternehmen ($\text{Fremdkapital} / \text{Eigenkapital} \leq 1$) niederschlägt.

Während für Darlehen sowie Miet- und Lizenzvertrag nach heutigem Recht das Nutzungsentgelt der Geldform entspricht, steht es im Arbeitsvertrag auf dem Kopf. Scheinbar erhält der Arbeitnehmer den Zins als Lohn. Doch das täuscht. Der Arbeitnehmer nutzt die Produktionsmittel (das »Unternehmen«) und stellt dafür das Ergebnis seiner Arbeit, also seinen Gewinn aus Arbeit und Nutzung der Produktionsmittel, dem Unternehmer zur weiteren Verwertung bedingungslos zur Verfügung. Für diese Verfügungsmöglichkeit über die *Arbeitsergebnisse* (und eben nicht *die Arbeit* oder gar *die Nutzung der Arbeitskraft*) zahlt der Unternehmer dem Arbeitnehmer ein Entgelt, den Lohn. (dazu FN 203 ff)

4 Prinzipien verantwortlicher Geldnutzung

Nachfolgend werden bisherige Ergebnisse internationaler Projekte referiert, die der Reform des Finanzdienstleistungsrechts galten. Die dazu entwickelten Gesetzentwürfe²⁶⁵ konnten nur Erfolg haben, wo in der Öffentlichkeit, bei Gerichten und Politikern Einigkeit über die dahinter liegenden Prinzipien der Gerechtigkeit bestanden. Daher bildete die Formulierung rechtsnaher Prinzipien einen Kernbestand dieser Aktivitäten. Sie kam der neuen Gesetzgebungsform der EU entgegen, die die jeweils tragenden Prinzipien der Richtlinie erläuternd voranstellt. Prinzipien haben den Vorzug, dass sie nicht formalisiert und auch nicht durch rechtssichere Formulierung entpolitisiert sein müssen. Sie bauen eine Brücke zum Alltagsbewusstsein der Menschen. Sie stellen die abstrakten Geldgeschäfte in einen sozialen Zusammenhang, der ihren instrumentellen Charakter offenlegt und damit der Gefahr der Verabsolutierung des Mittels über den Zweck entgegenwirkt. Prinzipien führen zudem zu einer breiteren Solidarisierungsmöglichkeit sozialer Bewegungen und halten den Kontakt zur Politik.²⁶⁶

Der zunehmend kritischen Einstellung gegenüber einer formalen Geldfreiheit und ihrer kaufvertragsähnlichen Umsetzung in Öffentlichkeit und Gesetzgebung muss mit alternativen Prinzipien ein konstruktives Gesicht verliehen werden. In diesem Sinne wurden die weltweit von über 80 Organisationen der Zivilgesellschaft mitgetragenen »sieben Prinzipien verantwortlicher Kreditvergabe« entwickelt. Für diese Prinzipien wurden internationale Konferenzen organisiert.²⁶⁷ Trotz vieler Erfolge wurde schon bald deutlich, dass die Beschränkung auf Finanzdienstleistungen zu eng war. Recht ist kein Recht der Geldgeschäfte, sondern ein Recht der Menschen. Deshalb wurde die Basis für gerechte Dauerschuldverhält-

265 Vgl. Reifner (1979) – *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel S. 429–433* mit Verweis auf die Begründungen im Text (S. 433 f) zum *Entwurf eines Konsumentenkreditgesetzes*. (unten Anhang 1) Ferner *Entwurf eines Finanzdienstleistungsinformationsgesetz 2004 – Allgemeiner Teil* (Reifner, Tiffe 2015 – *Schutz der wirtschaftlichen Interessen*) (s. unten Anhang 3 und FN 275); *Richtlinienentwurf für die Angabe des Effektiven Jahreszinssatz* (Reifner 17.3.1998 – *Harmonisation of Cost Elements*) (s. FN 198); *Gesetzentwurf zur Vorfälligkeitsentschädigung* in § 490 Abs. 2 S. 3 (Reifner 2009 – *Die Entschädigung für vorfällige Hypothekenkredite*) (s. FN 288).

266 Abrufbar in mehreren Sprachen unter <http://www.eusoco.eu/?p=1012#more-1012>. Zur Bedeutung der Entwicklung von Prinzipien für die Rechtsentwicklung vgl. Reifner 2009 – *A Call to Arms*. Der etwas kryptische Titel durch die Herausgeber hätte heißen sollen »Principles – a Means to fight for Responsible Credit«.

267 Unten Anhang 2. Die Prinzipien sind ferner abrufbar auf den vier untereinander verbundenen Websites responsible-credit.net; credit-responsable.net; credito-responsabile.net und verantwortliche-kreditvergabe.net. Sie finden sich auch abgedruckt in Reifner 2009 – *A Call to Arms*. Für eine Übertragung auf Insolvenzverfahren vgl. Reifner 2014 – *Responsible Bankruptcy*.

nisse sozial erweitert. Dies führte zu dem Projektverbund der International Social Contract Group (EuSoCo.eu), bei der der historische Rückblick auf die gemeinsamen Rechtsgrundlagen der Kapitalnutzung für soziale Zwecke in der *locatio conductio* zu einer Zusammenarbeit von Bank-, Arbeits- und Mietrechtlern führte. Aus dieser Zusammenarbeit entstanden die *Prinzipien der Lebenszeitverträge* (principles of life time contracts). (Anhang 4). Beide Prinzipiensysteme legen folgende Erwägungen zugrunde.

a Willensfreiheit: Transparenz und Wettbewerb (P1, 2; E8,13)

Auf der vertraglichen Ebene hat sich das Verbraucher-, Anleger- und Existenzgründerschutzrecht zu einem umfangreichen Recht zu Information, Beratung, Aufklärung und Bildung entwickelt. Der Markt ist danach ein Mittel, Volkswirtschaft produktiv zu gestalten. Sein Funktionieren erfordert das aktive Engagement der Nachfrager. Die Heuristiken der Gewinnerzielung sowie von Wette und Spiel bei der Risikostreuung werden als Anreizsysteme genutzt. Der Wettbewerb soll die entfesselte Bereicherungsabsicht im Zaum halten. Beides wird erhalten, indem die Menschen für sich selber sorgen und Nachfragemacht aufbauen. Wo der Markt das Ziel des guten Lebens für den einzelnen herstellen kann, ist auch aus Sicht der Nutzer die marktmäßige Auswahl und Beeinflussung geeigneter Finanzdienstleistungen vorzuziehen. Als kaufkräftigen Nachfragern sind den Verbrauchern die informationellen Grundlagen ihrer Nachfrage nach den Prinzipien von Wahrheit, Klarheit, Vollständigkeit, Rechtzeitigkeit und Verständlichkeit bereitzustellen.²⁶⁸ Der Markt bleibt aber Mittel und Instrument. Für die Menschen auf

²⁶⁸ Diese Grundsätze sind in dieser allgemeinen Form spezialgesetzlich vor allem im Anlegerrecht niedergelegt wie z. B. in § 31 WpHG oder für die Anlagevermittlung in Art. 24 RiLi 2014/65/EU (MiFiD II) bzw. in der Versicherungsvermittlung Art. 16 ff IDD (2016/97/EU). (s. FN I-477) Für den Verbraucherkredit gilt dasselbe in Art. 246 EG-BGB, für den Hypothekenkredit steht dies nun in RiLi 2014/17/EU Erwägungen 40 ff sowie Art. 11 (Werbung), 13 (vorvertragliche Aufklärung) sowie detailliert in Teil A und B über das Ausfüllen des Europäischen Standardisierten Merkblatts (ESIS). (Zur Umsetzung in Deutschland vgl. BT 18/5922 v. 7.9.2015) Einbock 2015 – *Vorvertragliche Pflichten der Kreditinstitute* S. 38 ff sieht hier zu Recht eine einheitliche Aufklärungspflicht, die sich aus Gesetz (z. B. § 31 WpHG), aus einem impliziten Beratungsvertrag oder aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis aus c. i. c. gem. § 311 BGB sowie aus Delikt in Verbindung mit Schutzgesetzen ergibt. Die dem freiheitsfeindlichen Konzept des faktischen Vertrag entlehnten Figuren der »Geschäftsverbindung«, eines impliziten »Bankvertrags« sowie einer gesonderte »Vertrauens- oder Berufshaftung« als weiterer Rechtsgrundlage hält er zu Recht für unnötig und für zu rechtsunsicher. Seine Dissertation untersucht dann vor allem die Übertragbarkeit der Aufklärungspflichten im Wertpapierrecht auf das Kreditgeschäft (S. 120–280). Damit stellt er die Problematik allerdings auf den Kopf. Das Wertpapierrecht ist ein besonderes Recht verbrieftter Kredite aus der Perspek-

der Schattenseite des Marktes, für Schuldner und Arme, ist er oft eher Gegner als Hilfe.

Zweifelhaft ist auch, ob Informationen immer positive Auswirkungen auf die Entscheidungen haben. Für die Manipulation durch werbende Information ist das Problem bekannt. Es gilt aber auch für einige gesetzliche Informationsrechte, die in die falsche Richtung weisen. Sie suggerieren, dass der Nutzer es bei Vertragsabschluss selber in der Hand hat, seine Geschicke für die Vertragslaufzeit zu regeln. Ist er, so die implizite Behauptung, gut über das informiert, was das Gesetz dem Kreditgeber als Pflicht auferlegt, so hat das Recht seine Schuldigkeit getan. Informationsflut und Widerrufsrechte lenken davon ab, dass man die Geldmechanismen auch regulativ beherrschen kann. Sie machen statt des Urhebers einer unproduktiven Finanzdienstleistung eine Fehlentscheidung des Nutzers für das Problem verantwortlich. In dieser Verkehrung kann sich das Recht desavouieren und das Rechtsbewusstsein der Bürger dem geltenden Gesetz entfremden. Im Arbeitsrecht und im Wohnraummietrecht wird das Informationsmodell daher auch gar nicht erst angeboten, weil es den verzweifelt nach Arbeit und Wohnung Suchenden wie ein Hohn vorkommen muss, wenn der Gesetzgeber ihnen eine fiktive Auswahl unterstellen würde. Dasselbe gilt für die Kettenumschuldung im Kredit, wo der Anschlusskredit alternativlos ist und die Kreditgeber die prekäre Situation derjenigen, die in Säumnis geraten, ausnutzen, um die Kosten zu vervielfachen.

Doch unter dem Druck individueller Fallgerechtigkeit haben die Gerichte immer schon einen Ausgleich gesucht und damit bewiesen, dass das Gefühl von Gerechtigkeit nicht von der Marktideologie absorbiert werden kann. Die rechtlichen Informationspflichten wurden zu faktischen Verhaltenspflichten gemacht, indem die recht fernliegende Vermutung aufgestellt wurde, dass z. B. ein wucherisches Produkt nur deshalb gekauft worden sei, weil der Verbraucher vorher mangelhaft informiert wurde. Durch die unwiderlegliche Vermutung verpflichtete schon der wucherische Erfolg zum Schadensersatz aus Beratungsverschulden (c. i. c.). Es wurde im Ergebnis marktunabhängig das Produkt reguliert. Beim Widerrufsrecht fanden die Gerichte entsprechend Formfehler in der Belehrung, so dass der Ver-

tive der Wertpapiererwerber bzw. Kreditnehmer. Daher ist der Darlehensvertrag auch seine Grundlage. Die von ihm kritisierte Ablehnung einer allgemeinen Aufklärungspflicht bei Kreditgeschäften durch die Rechtsprechung ist deshalb auch nicht unhaltbar. Einer Übertragung der Grundsätze des Anlegerschutzes auf den Kredit bedarf es ebenso wenig wie man bei der Übertragung der Grundsätze zum allgemeinen Vertrag auf den Darlehensvertrag auf Analogien zurückgreifen müsste. Jeder synallagmatische Vertrag bedarf der Aufklärung über das Angebot. Beim Darlehen wird dies durch die Dauer und das Verhältnis verstärkt. Allerdings ist das Ausmaß der Aufklärung funktional begrenzt. Das hat dann aber nicht mit Kredit und Anlage, sondern mit der Risikoverteilung zu tun. Ein Sparbuch braucht erheblich geringere Aufklärungspflichten als ein Fixatenkredit mit endfälliger Tilgungsumleitung in eine Kapitallebensversicherung. Beides sind Darlehen und beides sind Anlagen.

braucher auch nach Kündigung noch widerrufen konnte. Statt einer Überlegungsfrist verschaffte es einen goldenen Ausweg aus einer verantwortungslosen Dienstleistung.

Mit dem bei Formfehlern verlängerten Widerrufsrecht konnte der Hypothekenkreditnehmer, wenn er umziehen musste oder auf eine betrügerisch finanzierte Schrottimmoblie hereingefallen war, sich von einer Vorfälligkeitsentschädigung befreien. Es galt die Fiktion, dass der Kreditnehmer zu Beginn der Beziehung nicht deutlich über sein Widerrufsrecht belehrt worden sei und nur deshalb im Vertrag festsäße. Auch der überschuldete Ratenkreditnehmer konnte sich bis 2016 noch Jahre später von seiner wucherischen Restschuldversicherung befreien, wenn das Gericht in der Widerrufsbelehrung Fehler entdeckte.²⁶⁹

Das System gerät aber in eine Sackgasse. Verbraucher, Verbraucherverbände, Anwälte und Gerichte befassen sich nicht mit den systematischen Problemen in den Angeboten, sondern mit Grammatik und Schriftgröße von Belehrungen, mit Fristen sowie der Frage, ob es ein besseres Angebot gab, das der Verbraucher hätte wählen können. Rechtsprechung hängt vom Gerechtigkeitsgefühl der jeweiligen Kammer ab. Statt Recht zu sprechen sind fiktive Situationen zu bewerten. Selbst der Revisionsrichter darf sich die Fakten so zurechtlegen, dass die für ihn als gerecht empfundene Entscheidung im Einzelfall logisch erscheint.

2016 wurde dieser »Missbrauch« der Informationsrechte durch die Verbraucher beendet. Die Nutzung des Widerrufsrechts zur Vertragskorrektur wurde auf 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss begrenzt (§ 356b BGB). In Ergänzung zum Widerrufsrecht wurde aus Frankreich das Recht der Verbraucher vorgeschlagen, von einer Bank ein 14 Tage bindendes Hypothekenangebot zu erhal-

269 Vgl. dazu u. a. die info-Briefe des iff e.V. (*Institut für Finanzdienstleistungen e. V., Financial Services Information System (FIS) Mones Advice 2012 – iff Infobriefe*) Nr. 48628 (»Ewiges Widerrufsrecht«); Nr. 48624 (Widerruf Hypothekenkredit). Aus der Rechtsprechung: BGH 30. 09. 2014, AZ XI ZR 168/13, WM 2014, 2091 (Verbundene Geschäfte; Widerruf; 18. 01. 2011, AZ XI ZR 356/09 Konsumentenkredite; Verbraucherkredite; Restschuldversicherung; Widerruf; Widerrufsbelehrung; Rückabwicklung); 26. 10. 2010, AZ XI ZR 367/07, WM 2011, 23–27; ZIP 2011, 16–20 (Widerrufsrecht; Widerrufsbelehrung; Widerruf; Fondsgesellschaften; Verbundene Geschäfte; Verbraucherkredite); 12. 07. 2010, AZ II ZR 269/07, WM 2010, 1589–1590; ZIP 2010, 1689–1690 (Immobilienfonds, geschlossene; Widerrufsrecht; Haustürgeschäfte; Widerruf); 16. 12. 2009, AZ IV ZR 126/09, (Restschuldversicherung; Widerruf; Verbraucherkredite; Konsumentenkredite; Verbundene Geschäfte); 27. 05. 2008, AZ XI ZR 132/07 Kreditvertrag; Widerruf; Haustürwiderrufsgesetz; Feststellungsklage; Mieten; Aufklärungspflichten; Aufklärungsverschulden); 05. 05. 2008, AZ II ZR 292/06 (Vertrag; BGB-Gesellschaft; Immobilienfonds, geschlossene; Kündigung, fristlose; Haustürgeschäfte; Widerruf; Zwangsvollstreckung; Rückzahlungsanspruch); 11. 03. 2008, AZ XI ZR 317/06, WM 2008, 828–830 (Widerrufsbelehrung; Verbraucherkredite; Haustürwiderrufsgesetz; Fondsgesellschaften).

ten.²⁷⁰ Man hätte damit nur das wiederhergestellt, was das Marktrecht 1900 in § 145 BGB verlangt hatte: der Anbieter, der das Produkt erstellt hat, macht ein Angebot, der Verbraucher entscheidet, ob er es (an)nehmen will.²⁷¹

Der Unmut von Presse und Verbraucherverbänden über diese Entrechtung der Kreditnehmer greift zu kurz. Es gibt falsche Verbraucherrechte, deren individuelle Vorteile als Bestechung für den kollektiven Verzicht wirken. Das Recht muss in seinen Lösungen die wirklichen Probleme widerspiegeln. Die Gewährung eines Informationsrechtes gegenüber schädigendem Verhalten ist auch dann problematisch, wenn damit im Einzelfall Schäden kompensiert werden. Doch auch die Verweigerung gegenüber dem Almosen ist falsch. Die Häufung neuer für das Informationsmodell unpassender Rechte ist ein Symptom für dessen Scheitern. Diese Symptome vermitteln die Erkenntnisse, wo die Grenzen des Marktes für gerechte Lösungen liegen. Zugleich drängen sie die Betrachter zu einem Terrainwechsel im Denken.²⁷² Man muss den Markt in seinen Versprechungen auch dort ernst nehmen, wo man ihm nicht glaubt.²⁷³ Die Quantität seiner Ausnahmen weist dann auf eine neue Qualität seiner Lösungen hin. Der Weg geht daher durch die Perfektionierung von Informations- und Aufklärungspflichten. Sie müssen am Ziel produktiver Kreditnutzungsmöglichkeit gemessen werden. Wer über den produkti-

270 In Umsetzung der Hypothekarrichtlinie 2014/17/EU mit dem Gesetzentwurf BT-Drucks 18/5922 v. 7.9.2015 wurde in § 356b Abs. 2 BGB für den »Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag« die Möglichkeit bei gescheiterten Kreditbeziehungen wegen Formfehlern noch zu widerrufen auf »12 Monate« begrenzt. Damit ist dessen Nutzung als faktischer Kündigungsschutz praktisch entfallen. Stattdessen erwähnte § 491a Abs. 2 BGB jetzt nach französischem Vorbild ein *offre préalable*: »Der Darlehensnehmer kann vom Darlehensgeber einen Entwurf des Verbraucherdarlehensvertrags verlangen.« Statt dies jedoch zu einem verpflichtenden Angebot auszugestalten und an die Stelle des Widerrufsrechtes zu setzen, wird es weitgehend unverbindlich gestaltet.

271 Die Rechtsprechung hat dies umgekehrt. Sie erlaubt der Praxis, ihr Angebot als rechtlich unbeachtliche Aufforderung an den Verbraucher (*invitatio ad offerendum* bzw. »freibleibend«) zu deklarieren. Daraus ergibt sich die lebensfremde Situation, dass nur die Verbraucher bindende Angebote abgeben und die Banken die Möglichkeit behalten, deren Markt- und Auswahlfreiheit zu blockieren, selber frei zu bleiben, ohne dafür etwas leisten zu müssen. (z. B. BGH NJW 2013, 598; 2004, 3699) Hat dies bei generellen Schaufensterauslagen im Kaufrecht noch einen Sinn, weil die Nachfrage nach einem Angebot unübersehbar groß ist, so ist dies bei entsprechend der jeweiligen Kreditwürdigkeit maßgeschneiderten Angeboten der Banken an eine einzige Person eine wirtschaftlich sinnlose wettbewerbsbeschränkende Umkehrung der tatsächlichen Verhandlungssituation.

272 Zu dieser Methodik vgl. I.A.4.b) sowie II.A.

273 Der Spruch des Äsop »Hic Rhodos, hic salta«, der einen Angeber zum Beweis seines sportlichen Könnens auffordert, ist von Marx 1969 – *Der achtzehnte Brumaire des Louis* S. 118 auf die Dialektik der Kämpfe der Arbeiterbewegung gemünzt worden. Danach sei das Ziel erreicht, wenn »die Verhältnisse selbst rufen Hic Rhodus, hic salta! Hier ist die Rose, hier tanze!« (dazu auch das Zitat zum »Tanzen der Verhältnisse« FN I-221)

ven Nutzen einer Finanzdienstleistung im Leben der Nutzer adäquat aufzuklären hat (§ 491a Abs. 3 BGB), wird dabei gedrängt, auch einen verantwortlichen Kredit (§§ 18a KWG, 505a BGB) anzubieten. Aus der Aufklärungspflicht wird eine Kooperationspflicht.

Die Ineffizienz der Informationspflichten hat sich in einer *Normenflut* und *Regulierungswut* manifestiert. Dabei wären die Informationsbedürfnisse der Geldnutzer überschaubar und mit wenigen allgemeinen Regeln zu gewährleisten. Es müssen vier Eigenschaften jeder Finanzdienstleistung für die Auswahl von Produkt und Anbieter *verständlich, vollständig und wahr* verfügbar sein: das *Preis-Leistungsverhältnis* für den Marktvergleich, der *Nutzen* bzw. die *Belastung* für den Nutzer, das *Veränderungsrisiko* bei Gefahren und die *Tauglichkeit* des Produktes für den angestrebten Zweck. Hier hat sich für das Preis-Leistungsverhältnis der Effektivzins bzw. die Rendite herausgebildet. Für Nutzen und Belastung ist es der Tilgungs- bzw. Liquiditätsplan, beim Risiko geht es um eine Verlust- bzw. Belastungswahrscheinlichkeit und bei der Tauglichkeit darum, dass *was draufsteht, auch darin sein muss* (WYSIWYG).²⁷⁴

274 Die Revolution in der EDV, eingeleitet in den 1970er Jahren in den Palo Alto Research Labs, hat die logisch mathematische Nutzung der »Rechen«maschinen (engl. computing, frz. ordinateur) mit dem behaviouristischen Windows-System ersetzt, das ähnlich wie das Geld im Tausch weniger Verstehen des Prozesses erfordert. Dieses neue System verlangt kein Verständnis der Programmlogik mehr wie in MS-DOS oder USCD-Pascal, sondern gehorcht dem WYSIWYG-Prinzip: What you see is what you get. So wie der Nutzer die Eingaben auf dem Formular gemacht hat, so soll auch die Ausgabe auf Bildschirm und Drucker sein. (True Type Schrifttypen, HTML-Editoren) Der Prozess soll sich in der Darstellung der Oberfläche selber erklären, ohne dass die einzelnen Stufen verstanden werden müssen. Man zieht mit der Maus eine Zahl auf die andere, um sie zu addieren, statt ein + einzutippen. Das Addieren aber muss man immer noch verstehen. Im Programmieren löste damit die *objekt-orientierte* die *logische* oft maschinensprachliche Programmierung ab, die bei alten Computern mit kleinem Arbeitsspeicher unverzichtbar war. Wer Finanzdienstleistungen mathematisch begriffen hatte, wurde durch das objektorientierte Programmieren zum hilflosen Nutzer fertiger Module anderer. Dies hat die Fortentwicklung der iff-Programme (iff-CALS, -FOAB; -BAUFUE wurde zu iff-FinanzCheck; iff-CADAS wurde zu iff-CAWIN) stark behindert. Inzwischen berufen sich viele Computer-Systeme auf WYSIWYG. Vergleicht man mit dieser Entwicklung die neo-liberalen Modelltheorien des Behavioral Finance (FN 191; II-578), die ihren Blick erst dann und nur so weit auf die Praxis freigeben, wie es der Überprüfung ihrer Modellannahmen dient, so kann man die soziologische Diaspora im Verbraucherverhalten verstehen. Jede noch so kleine Computerfirma weiß heute mehr darüber, wie Verbraucher bei Finanzdienstleistungen handeln und entscheiden als diejenigen, die vom Modell des Kapitalanlegers ausgehen, der nichts anderes möchte, als sein Kapital zu vermehren. Praktischer Nutzen für Verbraucher entsteht dadurch kaum. Doch die Einbeziehung »emotionaler Grüntöne« in die Markttheorie hilft einmal mehr, deren Grundannahmen zu bestätigen.

Tabelle 4 Die vier Grundlagen der Finanzinformation

	Preis-Leistung	Nutzen/ Belastung	Risiko/ Veränderung	Tauglichkeit
Funktion	Marktvergleich	Überschuldungs- prävention, cash flow	Geldverlust, Überschuldung	Konsumzwecke (PKW- Finanzierung; Bildung; Wohnen; Altersvor- sorge)
Bezeichnung	Preis, Rendite, Zins	Liquiditätsaus- wirkung	Verlustrisiko	ausreichend, recht- zeitig, verfügbar
Mittel	Effektivzins Effektivrendite	Tilgungsplan/ Liquiditätsplan	Risikoquote, -faktor	Produktwahrheit

Mit diesem Gerüst sollte der Gesetzgeber in der Lage sein, ein kohärentes Raster für Informationen bereitzustellen, wie wir es in einem Finanzdienstleistungsinformationsgesetz vorgeschlagen haben.²⁷⁵ Der Übergang von den Informationsrechten zu den Verhaltenspflichten findet sich bereits in den Grundprinzipien zur Willensfreiheit des BGB angedeutet. Irrtum, Täuschung und Drohung wurden als vorvertragliches Aufklärungsverschulden dem römisch-rechtlichen Grundsatz der Verhaltenspflicht aus culpa in contrahendo zugeordnet, der nunmehr in §§ 241 Abs. 2 i. V. m. 311 Abs. 2 u. 3 BGB niedergelegt ist.²⁷⁶ Dieser Zusammenhang von Willensfreiheit und vorvertraglichen Pflichten schafft durch die Vorverlagerung der Pflichtenentstehung bei einer »auf Dauer« angelegten *Beziehung* den Übergang vom kaufvertraglichen Denken zur Kooperationspflicht. Dazu gehört die Rechtsprechung zur unwiderleglichen Verletzung einer vorvertraglichen

275 Die im Anhang 3 abgedruckten Auszüge aus einem Gesetzentwurf sind einem interdisziplinären Projekt des Verfassers für das Bundesverbraucherministerium entnommen. Es sollten aus den vorhandenen gesetzlichen Informationsrechten bei Finanzdienstleistungen Grundsätze herausgefiltert werden, die den theoretischen und begrifflichen Rahmen für eine einheitliche Behandlung der Verbraucherinformation bieten könnten. Es zeigte sich, dass dies möglich ist. Die in sich widersprüchliche, Anlass bezogen ausufernde und verstreute Gesetzgebung wurde darin in zwanzig Paragraphen zusammengefasst. Aus dem Konglomerat der Informationsrechte wurde Konzept und Struktur erkennbar. (Reifner, Tiffe 2015 – *Schutz der wirtschaftlichen Interessen*; Tiffe 2006 – *Die Struktur der Informationspflichten*).

276 Zur Entwicklung vgl. Jhering 1969 – *Culpa in contrahendo*; Lorenz, Huber (Hg.) 2001 – *Aufklärungspflichten*; Medicus 1989 – *Die culpa in contrahendo*; Procchi 2012 – *Licet emptio non teneat*; Schulze 1929 – *Culpa in contrahendo*. § 311 Abs. 2 BGB lautet: »(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.«

»Aufklärungspflicht« beim Wucher.²⁷⁷ Bei Finanzdienstleistungen ist der Einzelvertrag in eine Geschäftsbeziehung eingebettet, bei der sich die Dauer von Rahmenvereinbarung und Einzelvertrag überschneiden können. Informationsrechte sind Instrumente zur Verwirklichung der Pflicht zur verantwortlichen Vergabe von Finanzdienstleistungen. Erweist sich die Erfüllung der Pflicht angesichts der Handlungsmöglichkeiten als Aufklärung über die Rechtlosigkeit, so kann dem Nutzer der mangelnde Gebrauch dieser Rechte nicht als Verschulden angerechnet werden. Das der Aufklärung zuge dachte Ergebnis muss daher auch ohne Aufklärung erreichbar gemacht werden. Dies ist in den Prinzipien verantwortlicher Kreditvergabe (P1–P7) sowie in den Prinzipien sozialer Dauerschuldverhältnisse (E1–E16) formuliert.

b Kooperation: Zeit, Anpassung und Kündigungsschutz (P4; E3, 10, 11, 12, 16)

Verhaltenspflichten sind im Darlehensvertrag Nebenpflichten neben dem willensbestimmten genetischen Synallagma. Nach Vertragsschluss sind sie aber die bestimmenden Elemente des Darlehensverhältnisses. Zu diesem Zeitpunkt können Informationsrechte keine Marktkräfte mehr mobilisieren, weil der Vertragspartner wirtschaftlich gesehen nicht mehr aus dem Vertrag aussteigen kann. Daher haben Arbeits- und Wohnungsmietrecht ein umfangreiches Regelungs werk aufgestellt, in das diese Verhältnisse eingebettet werden.

Mit der Anerkennung des Mietrechtsmodells, der *locatio conductio*, als Grundlage der Finanzdienstleistungsverträge entstehen entsprechende gesellschaftsähn-

277 BGH 12. 11. 1986, AZ VIII ZR 280/85, ZIP 1987, 35–38 »Seit jeher hat die Rechtsprechung für bestimmte Sachverhaltsgestaltungen die Ansicht vertreten, daß bei einem unwirksamen Vertrag die Partei wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen schadensersatzpflichtig sein kann, die den Grund der Unwirksamkeit zu vertreten hat (...) so etwa bei unterlassener Aufklärung über das Fehlen einer nach dem Gemeinderecht gültigen Vollmacht (BGHZ 6, 330, 333), über die devisa rechtliche Genehmigungsbedürftigkeit eines Geschäfts (BGHZ 18, 248, 252 f.), über die gesetzliche oder vertragliche Formbedürftigkeit eines Vertrages (BGH Urteil vom 29. Januar 1965 – V ZR 53/64 = NJW 1965, 812, 814; Senatsurteil vom 19. April 1967 – VIII ZR 8/65 = WM 1967, 798) und über die Nichtigkeit eines Geschäfts wegen Gesetzwidrigkeit (OLG Düsseldorf BB 1975, 201) oder bei schuldhafter Herbeiführung eines sogenannten »versteckten Dissenses« (RGZ 104, 265, 267 f.). Im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspricht es der neueren Auffassung des Bundesgerichtshofs (...) und der nahezu einhelligen Meinung des Schrifttums (...), daß der Verwender unwirksamer Geschäftsbedingungen sich bei Verschulden seinem Vertragspartner gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann, wenn dieser im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Klausel oder des ganzen Vertrages nutzlose Aufwendungen tätigt. Nicht anders kann es bei der schuldhaften Verwendung eines nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Benachteiligung des anderen Teils sittenwidrigen Vertrages liegen (...).«

liche Kooperationspflichten der Parteien. Das Gesellschaftsrecht, aus dessen Gewinnbeteiligung sich der Zins ableitet, unterscheidet sich, wie das Gesellschaftendarlehen deutlich macht, vom allgemeinen Darlehensvertrag im Wesentlichen nur durch die kollektive Risikotragung. Doch auch wo die Risikotragung den Nutzern insgesamt übertragen wurde, ist noch Kooperation bei der Gewinnerzielung notwendig. Letztlich hängen beide Kollektive, Geldbesitzer wie Geldnutzer, vom gemeinsamen Erfolg der Gesamtinvestition ab. Zwar mag jeder einzelne Geldbesitzer davon leben können, dass die Probleme nicht bei ihm, sondern bei anderen Geldbesitzern auftreten. Doch der Anstieg von Überschuldung, leeren Forderungen und Inflation wird sich letztlich auf alle Gläubiger negativ auswirken.

Der Grundsatz »pacta sunt servanda« (Verträge müssen gehalten werden), der vor allem kaufrechtlich als Sieg der Willentheorie gegen die Schuldner gewendet wird, muss innerhalb des mietvertraglichen Denkens auf die gesamte Zeitdauer des Vertrages erstreckt werden. Was im ursprünglich festgelegten Austauschverhältnis (genetischen Synallagma) mit dem Vertragsschluss vereinbart wurde, ist auch der Maßstab für das, was später an Veränderungen kooperativ zu bewältigen ist. Veränderte Umstände können dann nicht mehr einseitig dazu missbraucht werden, bei Zahlungsproblemen eine Umschuldung in einen weit schlechteren Kredit zu erzwingen oder dem Darlehensnehmer überteuerte Zusatzleistungen aufzunötigen.

Die teilweise bei Zahlungsschwierigkeiten der Schuldner bewusst herbeigeführten Kettenumschuldungen (vgl. I.H.2) verletzen das Prinzip produktiver Kreditvergabe. Sie spalten die Wuchermöglichkeit vom Insolvenzrisiko ab. Kredite, die uneinbringlich sind und nur wegen ihrer Verwandlung von Zinsen in Kapital in der Umschuldung den juristischen Schein der Produktivität erhalten, sollten wie gescheiterte Kredite geschützt werden. Sie müssen an Krediten im Verzug gemessen werden, für die der Vorrang der Kapitaltilgung, Verzugszinsgrenzen und ein erweitertes Gebührenverbot gelten. Dies zu gewährleisten ist Aufgabe der Gerichte, denen der Gesetzgeber aufgetragen hat, den Schutz bei Verzug und Insolvenz zu gewährleisten, so dass »diese Vorschriften auch dann Anwendung finden, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.« (§ 512 S. 2 BGB) Umschuldungen bei Zahlungsproblemen als das Grundübel des modernen Finanzkapitalismus sind nicht nur im Verbraucherrecht, wo sie ausdrücklich genannt sind,²⁷⁸ eine missbrauchsanfällige Gestaltung.

278 Art. 2 (6) RiLi 2008/48/EU verleiht den Mitgliedsstaaten das Recht *nicht schädigende* Umschuldungskredite zu privilegieren. Damit wird implizit davon ausgegangen, dass es auch faire Umschuldungen in der Not des Kreditnehmers gibt, wenn dort die Kriterien wie folgt bestimmt sind: »Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass für Kreditverträge, die vorsehen, dass Kreditgeber und Verbraucher Vereinbarungen über Stundungs- oder Rückzahlungsmodalitäten treffen, wenn der Verbraucher seinen Verpflichtungen aus dem ursprünglichen

Dem Prinzip der Vertragstreue stehen auch Regelungen entgegen, bei denen sich die Darlehensgeber von eigenen Bindungen befreien, gleichzeitig aber die Verbraucher aus ihrer Bindung nicht entlassen. Der Verbraucher darf auch denjenigen Vertrag *nicht* brechen, in dem der Anbieter sich das Recht vorbehalten hat, den Vertrag *nicht* einzuhalten. Die Freiheit des einzelnen wird hier zum Recht, seine Freiheit aufzugeben. Variable Konditionen, einseitige Gestaltungsrechte, Kündigungsmöglichkeiten und Fälligkeitstellungsklauseln entfernen das Vertragsverhältnis vom ursprünglichen Synallagma des Vertrags.

Die Kooperationspflicht hat mit der »*clausula rebus sic stantibus*« (Wegfall der Geschäftsgrundlage) inzwischen Eingang ins Gesetz gefunden. § 313 BGB verlangt eine Anpassung des Vertragsinhalts an solche veränderten Umstände, die schon bei Vertragsschluss hätten beachtet werden müssen. Überschuldung sollte ein solcher Umstand sein, der eine Anpassungspflicht auslöst.²⁷⁹

Das aktionenrechtliche Denken des gemeinen Rechts, das Klage und Anspruch als Einheit ansah, Nutzen dem Haben gleich stellte und Verpflichtung und Schuld trennte (*actio, obligatio, debitum, culpa, usus*), enthält Gerechtigkeitsvorstellungen, die für eine allgemeine Kooperationspflicht im modernen Recht genutzt werden könnten. Die mannigfachen Aufteilungen des Rechts in Verfahrens- und materielles Recht, *law in action* und *law in the books*, öffentlich-rechtliche Aufsicht und privatrechtliche Verantwortung, Eigentümer- und Nutzerrecht, Bereicherte und Berechtigte steht der Erkenntnis im Wege. Mit der Globalisierung und dem Siegeszug des privatrechtlichen Denkens werden diese Barrieren allerdings tendenziell an Bedeutung verlieren.

Kreditvertrag nicht nachgekommen ist, lediglich [Paragrafen] ... gelten, sofern a) durch solche Vereinbarungen voraussichtlich ein Gerichtsverfahren wegen Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtungen vermieden werden kann und b) der Verbraucher *dadurch im Vergleich zum ursprünglichen Kreditvertrag nicht schlechter gestellt wird.*« Deutschland hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Das impliziert, dass alle Umschuldungen in Deutschland diesen Kriterien entsprechen. Tatsächlich hat der Bundesgerichtshof (FN I-515) dies einmal so ausgedrückt. Die Praxis ist jedoch eine andere.

279 Stattdessen hat das Reichsgericht (RGZ 107, 78) auch dies Prinzip noch kaufrechtlich zugunsten der Geldbesitzer ausgelegt und daraus einen Inflationsschutz zulasten der Schuldner abgeleitet. (dazu oben FN 48). Immerhin stellt der Wegfall der Ehe bei Ehescheidung einen solchen Umstand dar, der die Auflösung gesamtschuldnerischer oder bürgschaftlicher Haftungsverbünde erzwingen kann. (dazu FN 189)

c Produktive Kreditvergabe: Zins-, Zinseszins- und Wucherverbot (P3; E4, 6, 7, 9)

Das Prinzip der produktiven Kreditvergabe ist als Rechtspflicht zur *verantwortlichen Kreditvergabe* in den Richtlinien zum Verbraucher- und Hypothekenkredit sowie im Zivil- wie Bankaufsichtsrecht niedergelegt.²⁸⁰ Die Gefahr, dass dieser Grundsatz auf eine Pflicht zur Kreditverweigerung i. S. der Einlagensicherheit reduziert wird und damit produktive Kreditvergaben auf die Zukunft verhindert, dürfte durch die gesetzliche Anerkennung des kollektiven Verbraucherschutzes gebannt sein. Eine Bank handelt danach verantwortlich, wenn sie Produkte entwickelt und anbietet, die dem Nutzer die Chance sichern, durch Gebrauch des Geldes einen Gewinn zu erwirtschaften, aus dem die Zinsen gezahlt werden können.

Damit bekommt das historische Wucherverbot, die »usura«, wieder einen Sinn, so wie es das Zinseszinsverbot (»Anatozismus«) bis heute ausdrückt. Ein striktes Zinsverbot hat es historisch nie gegeben. Die historische Usura erklärte zwar jede Zinsnahme für unzulässig. Bibel und Koran hielten sie für Sünde.²⁸¹ Zinsen sollten aber durchaus geschuldet sein, soweit sie sich als Schaden aus entgangenem Gewinn (*lucrum cessans*) oder durch die Vorenthaltung der Geldsumme aus einem direkten Schaden (*damnum emergens*) herleiteten.²⁸² Zudem sind Zinsen selbst im islamischen Bankgeschäft in der Form einer gesellschaftsrechtlichen Gewinnbeteiligung erlaubt, wenn auch eine Verlustbeteiligung eingeschlossen ist. Mit dem Wucherverbot sollten daher nur solche Zinszahlungen verhindert werden, die weder in der Produktivität des Nutzers noch in einem Schaden des Kreditgebers ihre Grundlage hatten. Dem Kapitalnutzer sollte keine rechtliche Unterstützung des Staates für eine willkürlich festgelegte abstrakte Gewinnvermutung gewährt werden, die dem Schuldner seine Subsistenzmittel wegnimmt.

Dies kam vor allem im Zinseszinsverbot zum Ausdruck, bei dem die antike Vorstellung, es würden Zinsen noch einmal verzinst, die Vermutung des Raubes stützte. Doch diese Sichtweise ist in einer modernen mathematischen Wachstumsbetrachtung überholt. Zinseszinsen sind nur eine logische Rechenvoraussetzung für Wachstumsbetrachtungen. Der effektive Wachstumssatz, wie er dem Effektivzins zugrunde liegt, muss vom stetigen Gesamtwachstum ausgehen.

Darüber hinaus ist auch die Abstraktion des Zinses vom Gewinn gerechtfertigt, wenn die Proportionen gewahrt bleiben. Um dies zu verstehen muss die individuelle durch eine kollektive Betrachtung ersetzt werde. Verlust und Gewinn

280 Nchw. in FN 79 sowie FN I-547.

281 Nchw. FN I-295 f.

282 Dies übersieht die im Übrigen ausgezeichnete Abhandlung von Benöhr 2009 – *Zweitausend Jahre Kampf*.

gleichen sich nicht beim einzelnen aber durchaus kollektiv für alle Nutzer aus, soweit der Zinssatz das am Markt erzielbare durchschnittliche Ergebnis spiegelt. Daher ist es korrekt, wenn heute der Wucher nicht mehr im Zins an sich, sondern nur in einem überhöhten Zinssatz gesehen wird. Beim »Doppelten des Üblichen« ist gerade kollektiv davon auszugehen, dass der Kapitalgeber sich ohne Rücksicht auf den marktmäßig erzielbaren Nutzen Zinsen versprechen lässt, die sich nicht mehr aus Kapitalnutzung, sondern durch Ausnutzen einer strukturellen Überlegenheit im Markt ergeben.

Diese Zinsbegrenzungsregeln als Ausdruck produktiver Kreditvergabe gelten europaweit. Überall werden überhöhte Zinssätze als Wucherzinssätze (»usury, usura, usure«)²⁸³ bezeichnet, bei denen wegen Marktversagens (»Ausbeutung der Unerfahrenheit, Not etc.«) nach der gesetzlichen Definition in § 138 Abs. 2 BGB »ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung« besteht. Der Wucher ist möglich, weil der Kreditnehmer in einer Zwangslage schlechtere Konditionen akzeptiert. Er empfindet zumindest subjektiv, dass er den Kredit auf jeden Fall erhalten muss.²⁸⁴ In der Regel besteht die Zwangslage darin, dass bereits Schulden bestehen, die man nicht bedienen kann und damit die Zwangsvollstreckung oder Insolvenz fürchten muss. Heute bestehen diese Schulden in der Regel in Kreditschulden, ob aus Ratenkrediten wie in Deutschland, Kreditkartenkrediten in England und Amerika, Staatsanleihen in Griechenland, Spanien und Slowenien oder Entwicklungskrediten in Afrika. Der alte Kredit zwingt zum neuen Kredit.²⁸⁵ Dieser Zwang widerspricht der Idee des Marktes, der zur Herstellung ei-

283 Ausführlich dazu *Reifner, Clerc-Renaud et al. 2010 – Study on interest rate restrictions*.

284 Meisterhaft wird das beschrieben in Dostojewskis Roman »Schuld und Sühne« (besser übersetzt »Verbrechen und Sühne«) 1866, in dem Raskolnikov die Ermordung einer Pfandleiherin rechtfertigt. Für Dostojewski steht die Pfandleiherin Aljona Iwanowna, die von der Not der anderen lebt und durch Raskolnikov erschlagen wird, für das System der Zinsnahme durch die bürgerliche Klasse insgesamt. Die Pfandleihe war die erste Form des modernen Konsumentenkredits und entsprach den Payday Darlehen heute in England. Sie diente der kurzfristigen Überbrückung von Not führte jedoch häufig nur zu ihrer Verschärfung. Sie verkörperte daher für die beiden großen Sozialschriftsteller des 19. Jahrhunderts, Dostojewski und Balzac, das System der Zinsen, das wiederum für die kapitalistische Tauschwirtschaft insgesamt stand, der beide zutiefst misstrauten. (Zur Geschichte des Romans und der Verwechslung von Schuld und Verbrechen in den Übersetzungen vgl. FN II-184 f)

285 Dass dies auch Großunternehmen berühren kann, hat in der Krise 2009 die Heidelberg-Cement erleben müssen. Der Konzernchef Scheifele erklärte im Interview mit der SZ v. 16. 8. 2012 über »seine bitteren Erfahrungen mit Banken«: »Die Verhandlung über die Umschuldung mit unserem Bankenconsortium waren äußerst schwierig. Es ist manches passiert, was ich nie für möglich gehalten hätte. Ohne CDS, also die Kreditausfallversicherungen der Banken, hätten wir diese heikle Lage einfacher überstanden. Derartige Produkte verlieren ihren volkswirtschaftlichen Nutzen, wenn Kreditgeber mit der Pleite eines Kreditnehmers mehr Geld verdienen als bei dessen Überleben. Diese Situation gab es bei uns. ... Jedes Mitglied

nes gerechten Preises eine freie Entscheidungssituation des Kreditnehmers über das *Ob*, *Wie* und *Wieviel* des Kredites verlangt. Das Egoismus Prinzip der Marktwirtschaft führt hier zum Anreiz für eine Ausbeutung, die nicht mehr durch Wettbewerb im Zaum gehalten wird. Der Kreditnehmer ist auf das Wohlwollen des alten Kreditgebers angewiesen. (Ratenstundung, Umschuldung rückständiger fälliger Zinsen in einen neuen Kredit, Kreditaufstockung etc.). Wuchergrenzen wurden zudem außer Kraft gesetzt, als der Wucher in Zusatzprodukte (Restschuldversicherungen) verlagert und Zinsen in Provisionen umdefiniert wurden. Erweitert wurde dies durch die Thesaurierung von Zinsen in Kapital bei Kettenumschuldungen. Auch die verhinderte Tilgung durch Umleitung der Zahlungen in niedriger verzinsliche Anlageprodukte erhöhte die Wuchergrenzen. Dies geschah durch die Manipulation des Effektivzinssatzes. Ein Gesetzesvorschlag²⁸⁶ wäre nicht nötig, wenn die Rechtsprechung das Umgehungsverbot Ernst nehmen würde.

Eine andere Form des Wuchers stellt der fiktiv überhöhte Schadensersatz in einer wirtschaftlich schwierigen Situation dar. Der Geschädigte soll nach dem Recht keinen Vorteil aus der Schädigung ziehen und mehr als den Schaden verlangen. (§ 249 BGB: Grundsatz der *Naturalrestitution*) Dabei muss der Geschädig-

des Bankkonsortiums hatte ein Vetorecht. Einzelne Banken haben versucht, das meiste herauszuholen; von diesen Banken haben wir uns später getrennt.« Dabei war die Heidelberg Cement 2011 keineswegs wirklich notleidend, sondern hatte lediglich Liquiditätsprobleme, die ausgenutzt wurden. 2012 hatte sie bereits wieder einen Umsatz von 13 Mrd. € und machte einen Gewinn von 534 Mio. €. Zu ähnlichen Beispielen der Ausnutzung von Liquiditätsproblemen mittelständischer Unternehmen vgl. *Reifner, Gröfl et al. 2003 – Kleinunternehmen und Banken*.

- 286 E-§ 138 Abs. 3 BGB (Kreditwucher): »(1) Bei Geschäften i.S. der §§ 491–506 BGB wird vermutet, dass ein Unternehmer (Kreditgeber) sich in sittenwidriger Weise der Einsicht verschlossen hat, dass sich der Kreditnehmer auf die Bedingungen nur aufgrund seiner schwächeren Situation eingelassen hat, wenn ein auffälliges Missverhältnis vorliegt. (2) Von einem solchen Missverhältnis ist auszugehen, wenn die effektive Belastung des Kreditnehmers, ausgedrückt in einem Jahreszinssatz, der auf der Grundlage aller anlässlich der Kreditvergabe erfolgten Zahlungsströme, mathematisch exakt berechnet wird, die von der Deutschen Bundesbank monatlich für die Kreditarten der §§ 498, 493, 492 Abs. 1a S. 2 und 507 BGB gesondert festgelegten Durchschnittsinssätze um das doppelte oder um 12 % absolut überschreitet. Der Abstand zum Durchschnittsinssatz sollte mindestens 12 % betragen. (3) Die Berechnung erfolgt nach den im Anhang zu § 6 sowie in § 6 Abs. 5 Preisangabenverordnung angegebenen Bedingungen. (4) Es sind alle Zahlungen des Kreditnehmers einzubeziehen, die ihn aus den bei Abschluss des Darlehens- oder Teilzahlungsvertrages im Zusammenhang mit der Kreditgewährung übernommenen Verpflichtungen belasten. (5) Die Umleitung von Tilgungsleistungen in Anlageprodukte ist zu berücksichtigen. (6) Bei Umschuldungen (§ 655c S. 2 BGB) sind unabhängig von der Feststellung in jedem einzelnen Vertrag zusätzlich die Zahlungen aus allen Verträgen mit demselben Kreditgeber sowie diejenigen Verträge mit dem Vorkreditgeber einzubeziehen, deren Ablösung mit Wissen des neuen Kreditgebers erfolgt ist.«

te Anstrengungen machen, um den Schaden gering zu halten. (§ 254 BGB) Dieses Gerechtigkeitsideal wurde für die Geldwirtschaft außer Kraft gesetzt. Hier soll mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ein Schaden fingiert werden dürfen. Eine Bank könne im Vertrag »abstrakt« definieren, wie hoch ihr Schaden im Verzug oder bei vorzeitiger Rückzahlung des Kredites sei. Sie entscheide, wo sie ihr Geld angelegt hätte. Während das Problem der Willkür im Verzug erkannt wurde,²⁸⁷ ließ man im umgekehrten Fall der vorzeitigen Zahlung weit überhöhte Schäden als sog. *Vorfälligkeitsentschädigung* zu.²⁸⁸

d Überschuldungsprävention (P6; E15)

Überschuldung bezeichnet den Zustand, in dem sich für den Geldnutzer die mangelnde Produktivität des Kredites in seinem Leben erweist. (vgl. 2.f)) Die Überschuldung der Geldnutzer korrespondiert mit der Zunahme des Reichtums einer immer kleineren Zahl von Geldbesitzern. Ob Staaten wie Griechenland, Argentinien oder die Sahel-Länder, ob Privathaushalte, Kleinbetriebe oder Kommunen, Überschuldung lähmt die Möglichkeiten der Teilhabe an der Wirtschaft. Sie legt Ressourcen brach, weil sie den Zugang zu den für Kooperation notwendigen Möglichkeiten in Familie, Konsum, Wohnen und Produktionsmitteln versperrt, die finanziellen Mittel hierfür vorenthält und mit ihrem Inkasso die Bürger, Staaten und Gemeinden, Mitarbeiter der Betriebe und Kinder beeinträchtigt, die mit dem Schuldner verbunden sind.

Schuldenerlass kommt zu spät. Mangelnde Kooperation, unverantwortliche und unproduktive Kreditvergabe, Intransparenz und Betrug müssen schon dort bekämpft werden, wo sie entstehen. Die Einsicht in der Gesellschaft, dass es letzt-

287 Vgl. dazu jetzt die Bestimmung in § 288 Abs. 1 BGB, die der Theorie folgt, dass bei Vorenthaltung von Gelder bei verspäteter Rückzahlung der Schaden einer Bank in dem Aufwand besteht, den sie betreiben muss, um entsprechende Gelder zu ersetzen (Refinanzierungsthese). (So schon Reifner 1982 – *Die Verzugszinsen der Banken*; Reifner 1985 – *Verzugszinspauschalen bei der Abwicklung gekündigter*; Reifner 1987 – *Der Verzugschaden der Banken*). Allerdings wurde die Refinanzierungsthese durch einen Zuschlag von 5 % gewinnbringend verändert. (Vom Mittelstand dürfen sogar konjunkturunabhängig 9 % mehr genommen werden.)

288 Dies gilt allerdings nur für Hypothekenkredite in § 490 Abs. 2 S. 3 BGB, wonach ein *Schaden* durch eine *Vorfälligkeitsentschädigung* zu ersetzen ist. (Reifner 2009 – *Die Entschädigung für vorfällige Hypothekenkredite*). Bei Ratenkrediten gilt dagegen eine strenge Begrenzung in § 502 BGB (0,5 % bzw. 1 % vom Restkredit). § 490 Abs. 2 S. 3 BGB sollte wie folgt gefasst werden: »Soweit vereinbart kann der Darlehensgeber in den Grenzen eines pauschalierten Schadensersatzanspruches einen angemessenen Ausgleich in Geld für die Nachteile verlangen, die ihm dadurch entstanden sind, dass das Marktzinsniveau für Darlehensverträge dieser Art seit Vertragsschluss gefallen ist (Vorfälligkeitsentschädigung).« (Ibid.)

lich der Geldnutzer und Darlehensnehmer und nicht der Investor ist, der den Reichtum für alle erwirtschaftet, muss auch das Recht bestimmen. Das Nutzungseigentum tritt neben das Exklusiveigentum. Der Geldnutzer und Kapitalmieter muss das Leitbild vom Kreditschuldner ablösen. Das Modell des Darlehensvertrages ist hier die Grundlage. Aber auch die Art, wie die staatliche Bewältigung der Überschuldung gesehen und geregelt wird, entscheidet, welche Rückwirkungen dieses Verfahren auf Kreditgeber und Gesellschaft hat. Sie organisieren einen reflexiven Lernprozess für einen verantwortlichen Kredit.

e Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität der Nutzerrechte (P5, 7; E7)

Wer Geld hat, hat ein Selbsthilferecht, das sich ohne besondere staatliche Gewalt umsetzt. Alle zirkulationsfähigen Forderungen werden von Polizei und Justiz aber auch von öffentlicher Moral und Ethik als Eigentum oder eigentumsgleiches Recht geschützt. Das Gleiche gilt für den darin verbrieften Anspruch, mit Geld Güter und Dienstleistungen erwerben und seine Schulden bezahlen zu dürfen. Demgegenüber müssen den geldlosen Schuldner erst per Gesetz Rechte zugewiesen werden, mit denen den Geldbesitzern Zügel angelegt und ihre abstrakten Ansprüche auf Geldvermehrung den realen Möglichkeiten der Produktivität der Schuldner angepasst werden. Doch sie scheitern am Individualismus des Verfahrensrechts. Wer geltend macht, dass die Geldforderungen sein Leben, Arbeit und Konsum zerstören, der muss sich auf Ausnahmerechte berufen, die nur in Bezug auf seine Persönlichkeit gelten und nur durch Eigeninitiative durchgesetzt werden können.

Die Gegenrechte zum Geldbesitz sind heterogen, beziehen sich auf schwer zu treffende bewegliche Ziele, sind in verschiedene Rechtsgebiete verstreut und müssen sich gegen die Grundwahrheiten des kapitalistischen Systems behaupten. Das war nicht immer so.²⁸⁹ Die bürgerliche Revolution erst hat das Prozessrecht vom materiellen Recht abgespalten und damit den Beweis erschwert, dass wie es Friedrich Engels behauptete, der eine Teil der Menschheit in der bürgerlichen Revolution »im Großen und Ganzen alle Rechte und der andere nur alle Pflichten« erhalten habe. Die Geldbesitzer erhalten schon im materiellen Recht ihre Macht zugewiesen. Die Schuldner müssen sich einzelne Rechtspositionen mühsam im Verfahrensrecht erstreiten. Die vermögensbezogenen Zugangs- und Er-

289 Wikipedia 2012 – *Liste der actiones des Römischen*. Ferner zum Verhältnis des aktionsrechtlichen Denkens zur Moderne vgl. Windscheid, Muther 1969 – *Die Actio des römischen Zivilrechts*.

folgsbarrieren in der Justiz²⁹⁰ sorgen dafür, dass die Frage, ob man Recht bekommt, wenn man Recht hat, unterschiedlich zu beantworten ist.²⁹¹ Die Arbeiterbewe-

290 Aus dem Recht als einem staatlichen (Praetor) Instrument der Gerechtigkeit wurde das Recht als *omnipresence in the sky* (W.G. Becker). Es wurde zur Vorstellung und konnte damit seinen Anspruch auf Allgemeinheit, Gleichheit und prinzipieller Geltung aufrechterhalten. Damit aber war es die Heuristik einer bestimmten bürgerlichen Gerechtigkeitsvorstellung. Recht haben reicht aus. Dass dies nicht durchgehalten werden kann, zeigen die immer kürzer gewordenen Verjährungsfristen, unklagbare Forderungen (Naturalobligationen), der Vorbehalt der Schiedsgerichtsvereinbarungen und die Summe der Möglichkeiten, unter denen ein Prozess schon von Rechts wegen nicht mehr stattfinden und damit eine staatliche Rechtsfindung und Durchsetzung nicht mehr erfolgen kann. (Versäumnisurteil, gerichtliches Mahnverfahren, Anerkenntnis, Zurückweisung verspäteten Vorbringens, Mangel des Bestreitens als Zugeständnis, unzulässige Beweise) Das Recht des Vollstreckungsschutzes hat in der juristischen Ausbildung keinen Platz bekommen. Es wurde von der gelehrten Universitätsausbildung in die praktische Referendarausbildung der Oberlandesgerichte verbannt. Die Theoretiker des materiellen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts schauten auf die Vertreter des Verfahrensrechts herab. Historisch hat sich gezeigt, dass die demokratische Kraft des Rechts über das Verfahrensrecht und die Anwaltschaft vermittelt wurde. Sie standen gegen die Nazi-Diktatur, die sich dagegen auf die Unterstützung durch die meisten Vertreter des materiellen Rechts verlassen konnte. Der soziologische Realismus des Verfahrensrechts zur Rechtswirklichkeit zeigt die Schwachstellen des bürgerlichen Rechtssystems weit besser auf als die Illusion eines universellen Rechts, das allein die Macht verklärt. (Reifner 2002 – *The Heritage of Jewish Lawyers*).

291 Zu den vielen Barrieren gerade für Verbraucher im Finanzdienstleistungsbereich gegenüber Banken und wie sie im Prozess der Mobilisierung von Verbraucherrecht überwunden werden können vgl. Reifner 1981 – *Zugangs- und Erfolgsbarrieren*; Reifner 1982 – *Individualistic and collective legalization*; Blankenburg, Reifner 1982 – *Rechtsberatung*. Die Diskussion über die Effektivität von Recht (Bryde 1993 – *Die Effektivität von Recht*; Glazyrin 1982 – *Effektivität der Rechtsnormen*; Jost 1998 – *Effektivität von Recht aus ökonomischer*; Katsas 2002 – *Effektivität und Geltung von Rechtsnormen*; Rehbinder, Schelsky (Hg.) 1972 – *Zur Effektivität des Rechts*; Schroll 2012 – *Der Einfluss interner und externer*.) ist dabei irreführend. Rechtseffektivität ist kein Wert an sich. Gesetztes wie vertragliches Recht ist angesichts der Erfahrungen mit Unrechtssystemen sowie auch aus der Perspektive von Schutzrechten gegenüber wirtschaftlicher Machtdurchsetzung kein eigenes Ziel. Entscheidend ist welches Recht effektiv sein soll. Das gilt schon technisch. Mit dem streng durchgesetzten Urheberrecht der intellectual properties heute kann auch im privaten Bereich jede auch die wirtschaftliche Kommunikation zum Erliegen kommen. Das Recht des geistigen Eigentums schneidet die nächste Generation vom Reichtum der geistigen Arbeit der vorherigen ab und macht Wissen und Einsicht zu einer Frage der eingeschränkten Nützlichkeit für die Geldbesitzer. In Wissenschaft, Forschung, Kultur, Kommunikation und vor allem auch in der öffentlichen Kontrolle des Anbieterverhaltens wirkt dies Recht als Entmündigung der Gesellschaft. So hat die Monopolisierung der Computersprache durch Unternehmen der USA die Entwicklung des Gesamtnutzens für die Weltwirtschaft erheblich verlangsamt. Nicht die Besten, sondern die Stärksten haben sich, wie Computerexperten bzgl. der Betriebssysteme erklären, durchgesetzt. Im Bereich der Schutzrechte für die Nutzer ist zudem die Stärkung eines Rechtssystems, das den Stärkeren bevorzugt, zugleich eine Bedrückung der Schwächeren. Pressenachrichten werden neuerdings in Bezahlssysteme eingeschlossen, wo sie für die Verbraucherpolitik unerreichbar wurden. Die in über 20 Jahren mit EU-Hilfe gesammelten 40 000 Nachrich-

gung des 19. Jahrhunderts hatte dies erkannt und an die Stelle der Machtillusion durch Recht die Einsicht gestellt, dass Rechtsverwirklichung bereits gesellschaftliche Macht voraussetzt, die aber erst kollektiv mit Streiks oder politischem Einfluss errungen werden musste.²⁹² Auch die Nutzer des Geldes, die Verbraucher, haben erste Spuren solcher Macht im Recht gelassen.²⁹³

Die prinzipielle Kritik des individualistischen Modells der Rechtsdurchsetzung bringt noch keine Lösungen. Sie sind vielmehr mit einer symptomatischen Kritik zu erarbeiten, die die rechtlichen Elemente des gerade ins Gesetz aufgenommenen kollektiven Verbraucherschutzes entwickelt. Dabei sind die Erfahrungen von Mietern und Arbeitnehmern auszuwerten.²⁹⁴ Inzwischen aber gibt es

ten über fehlerhaftes Bankverhalten (Financial Information System FIS www.money-advice.net) für die Verbraucherberatung musste deshalb stillgelegt werden. Mit der Zahlung für fiktive Schäden aus der unentgeltlichen Bereitstellung dieser Artikel an einige Presseorgane (SZ, FAZ, Gruner & Jahr) wurde dieses Gedächtnis für fehlerhaftes Bankverhalten vernichtet. Während die Gerichte noch die Angriffe betroffener Finanzdienstleister auf das System abwehrten, ließen sie die Vernichtung durch die Presse zu. Die den Journalisten abgetrotzten Nutzungsrechte geben den Zeitungsverlagen in ähnlicher Weise wie den Banken eine Gewinnvermutung (§ 32 UrhG), mit der sie die gemeinnützige Information der Verbraucher unterbinden können. Kritischer Wirtschaftsjournalismus gerät in einen Interessenkonflikt zum Geschäftsbetrieb der Presseorgane. Man könnte ihn zugunsten der Pressefreiheit lösen. Dies haben Spiegel, Axel Springer und Handelsblatt den Verbraucherverbänden mit ihrem Verständnis und ihrer Toleranz bewiesen. Anders die vorher genannten Organe, bei denen der Geschäftsbetrieb mit dem Eigentumsrecht sich gegen den Journalismus gestellt hat. Das Urheberrecht weiß von diesem Konflikt. Allzu offensichtliche Fehlentwicklungen (Symptome) werden mit den Ausnahmen in den §§ 44a – 63 UrhG verhindert. Das erschwert es zu erkennen, dass prinzipiell aus der Freiheit zur Information die Freiheit der Informationseigner bzw. Geldbesitzer geworden ist. Der kollektive Verbraucherschutz, den das Bankaufsichtsrecht jetzt gesetzlich fordert, wird eingeführt, nachdem seine datenmäßige Grundlage unmöglich gemacht wurde. Öffentliche Mittel werden bereitgestellt, um »Marktwächter« zu finanzieren, denen man vorher die Hellebarden und Lanzen genommen hat. (vgl. dazu II.G.3.e))

292 Reifner 1979 – *Gewerkschaftlicher Rechtsgebrauch*; Blankenburg, Reifner 1982 – *Rechtsberatung*.

293 Zur kollektiven Interessendurchsetzung der Verbraucher vgl. II.H.3. In unserer Umfrage von 1978 zur Nutzung von Recht bei gravierenden Problemen im Verbraucher-, Miet- wie Arbeitsrecht zeigte sich, dass die Verbraucher nur zu 0,3 % Gerichte als Problemlösungsmöglichkeiten nutzten. Für zukünftiges Verhalten wurde dem Recht jedoch eine weit wichtigere Rolle zugeschrieben. (Die Ergebnisse der Studie sind abgedruckt in Blankenburg, Reifner 1982 sowie Reifner, Gorges 1979 – *Verbraucherprobleme und ihre Lösungsmöglichkeiten*. Zur kollektiven Interessendurchsetzung der Verbraucher vgl. II.H.3.)

294 Was ein »kollektiver Rechtsgebrauch« ist, erschließt sich aus den historischen Handlungsformen sozialer Bewegungen mit Bezug auf das Rechtssystem. Für die Geschichte der Gewerkschaftsbewegung musste dafür der Kollektivbegriff neu definiert werden. Die Akteure selber denken ihn organisatorisch, die Realität zeigt seine Interessenorientierung. Danach ist jedes Handeln *kollektiv*, das bewußt seine Wirkungen für Interessen erzielen möchte, die eine Gruppe von Menschen gemeinsam haben. (dazu ausführlich I.A.1.b); II.A) Der Kol-

rechtliche (Verbandsklage, Anhörungsrechte) und außerrechtliche (Streik) Handlungsformen, die die Grenzen des materiellen Rechts überwinden und damit etwas vom aktionenrechtlichen Denken des römischen Rechts zurückgewinnen. Der Allgemeinheitsanspruch des materiellen Rechts verlangt immer deutlicher nach Verbesserung seiner Durchsetzungsmechanismen.

Tabelle 5 Kollektive Prinzipien und rechtliche Umsetzung

Prinzip	Beispiel	Privatrecht	Kollektiver Schutz	Kollektive Aktion
Willensfreiheit	Irrtum, Irreführung	Vertragsrecht	Strafrecht Nötigung, Untreue, Betrug	UWG Verbandsklage; UKlaG
Kooperation	Anpassung	Vertragsrecht	Insolvenzrecht	
Produktive Kreditvergabe	Wucher	Vertragsrecht	Strafrecht	Bankaufsicht mit Verbraucherbeteiligung
Überschuldungsprävention	Sicherung der Würde	Prozessrecht	Vertragsrecht (Verzug, Kündigung)	Insolvenzrecht, Schuldenbereinigungsplan

Das Recht spiegelt die Entwicklung sozialer Handlungsformen wider. Wo die Gesellschaft individualistisches Handeln zum Leitprinzip und zur dominierenden Heuristik erhoben hat, folgt ihm das Recht. Im kollektiven Gebrauch verändern sich jedoch individualistisch gedachte Rechte. Massen- und Musterklagen verlieren juristisch gesehen nicht ihren Charakter als Individualklagen. Tatsächlich aber entwickelt sich mit ihnen eine ganz andere Art von Prozessführung.²⁹⁵

lektivbegriff bei Olson 1998 – *Die Logik des kollektiven Handelns* vertauscht das kollektive Handeln mit organisiertem Handeln. (Vgl. FN 368 sowie Reifner, Halfmeier et al. 2013 – *Kollektiver Verbraucherschutz in der Finanzdienstleistungsaufsicht*; Reifner 1992 – *Collective Consumer Redress*; Reifner 1986 – *Verbraucherschutz*; Reifner 1986 – *Die Verknüpfung von Individualberatung*; Reifner 1982 – *Individualistic and collective legalization*; Reifner 2014 – *Fundamental Freedoms and the Inability*; Reifner, Volkmer 1988 – *Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung*)

²⁹⁵ Die Richter in Massen- und Musterklagen nehmen miteinander Kontakt auf. Versammlungen der Richter beim Arbeitsgericht waren dafür ebenso typisch wie das Aussetzen der Termine, bis das andere Gericht entschieden hatte. Urteilsbegründungen werden ebenso ausgetauscht wie Beweiswürdigungen. Richter nehmen die Herausforderung an, wenn ihnen praktisch vor Augen geführt wird, dass Rechtsprechung nicht nur Falllösung, sondern auch Rechtsfeststellung für alle bedeutet. Banken, die in ihren Klagebegründungen die kollektive Bedeutung für ihr Unternehmen oder für Banken insgesamt gerne betonen, versuchen umgekehrt, mit Klagerücknahme, Vergleich und Anerkenntnis die durchgeführten Verfahren, die viele Verbraucher betreffen, so zu beeinflussen, dass keine demokratische Willensbildung unter Richtern möglich ist.

Doch entwickeln sie ganz eigene rechtliche Handlungsformen, die mit zunehmender Quantität die Qualität der Rechtsverwirklichung verändern. Dabei zeigt sich, dass die außergerichtliche Nutzung von Rechten eine wesentliche Bedingung zum Erreichen für kollektives Handlungspotenzial schafft. Rechte zu haben vermittelt *Verhaltenssicherheit*, *Legitimation* und *solidarisches Verhalten*. Die Selbstunterwerfung der Nutzer unter ein dichotomisches Gesellschaftsbild des »Ihr da oben, wir da unten«²⁹⁶ lässt sich demokratisch verändern. Gerichtsurteile, in denen die Richter sich trotz ihrer konflikttheoretischen Beschränkung (*Streitbeilegung*) im Bewusstsein dessen, dass sie zugleich *Recht* für die 99 % der Bürger *sprechen*, die in diesem Prozess nicht vertreten, gleichwohl aber in einer vergleichbaren Situation sind, schafft dann kommunikative Bezugspunkte für gesellschaftliche Prozesse der Rechtsfortentwicklung.²⁹⁷ Dagegen ist der Pensenschlüssel der Gerichte, der Belastbarkeit mit Akten festlegt, zum Instrument der Rückbildung des Rechts zu einem effizienten Konfliktbeilegungsmechanismus geworden, der die Potenziale dieser Konflikte für die Gestaltung einer humanen Zukunft nicht nur ignoriert, sondern auch in Vergleichen, Klagerücknahmen, Anerkenntnissen und kopierten Urteilen unterdrückt.

296 Praktisch beschrieben in Engelmann, Wallraf 1975, c1973 – *Ihr da oben*, wissenschaftlich erforscht in Popitz, Behrdt et al. 1957 – *Das Gesellschaftsbild des Arbeiters*.

297 Diese Funktion von Recht in der Kommunikation sozialer Interessen wurde in einer empirischen Studie, die Wunsch und Wirklichkeit der Betroffenen konfrontierte (Blankenburg, Reifner 1982 – *Rechtsberatung*) erforscht. Die Ergebnisse wurden dann mit einer Aktionsforschung für eine kollektive Umgestaltung der Verbraucherberatung in Hamburg genutzt. (Reifner, Volkmer 1988 – *Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung*). Recht dient neben seiner Funktion als Juristenrecht auch der Darstellung kollektiver Interessen in sozialen Auseinandersetzungen, auf die keine soziale Bewegung verzichten kann. »Volksrecht«, »Recht der Arbeiterklasse«, »Pasagarda Law« in den Slums von Rio de Janeiro bestätigten die These, dass soziale Bewegungen erst dort politisch werden können, wo sie ihre Forderungen »unter anderem auch in neuen Rechtsforderungen äußern«. (Engels, Kautsky 1969 – *Juristen-Sozialismus* S. 495) Kollektive Rechtsformen finden sich dabei auch dort, wo reaktionäre Gegenbewegungen, wie etwa die nationalsozialistische Arbeitsrechtstheorie und das NS-Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit von 1934, kollektive Rechtsformen abschaffen oder für kollektiven Gebrauch untauglich machen. Dies gilt auch für eine individualisierende Streikrechtsprechung im Nachkriegsdeutschland. (z. B. BAGE 1, 291 – 28. 1. 1955).

Das Geld

Band 3 Recht des Geldes - Regulierung und
Gerechtigkeit

Reifner, U.

2017, X, 339 S. 8 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-14105-9