

Die Ent-täuschungen des Zivilrechts
Die Wiederentdeckung sozialer Nutzungsverhältnisse im Recht
(Werkstattpapier 28.09.10)

Was bedeutet Recht für die Wirtschaft?.....	1
Wie organisiert Recht menschliche Arbeit?.....	4
Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht?.....	6
Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik?.....	7
Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft?.....	8
Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt?.....	12
Worin liegt die Besonderheit der Nutzung von Geld?.....	13
Wie verhalten sich Kapitalmiete (Kredit) und Kaufvertrag zueinander?.....	17
Wie wird eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge entwickelt?.....	19
Welche Rechtsprinzipien sozialer Nutzungsverhältnisse sind möglich?.....	21

Was bedeutet das Recht für die Wirtschaft?

1. **Recht** nennen wir die Summe der Vorstellungen, die wir uns über soziale Beziehungen machen, um Konflikten eine für die Stabilisierung des jeweils aktuellen Systems förderliche Gestalt zu geben und zunächst theoretisch dann praktisch lösbar zu gestalten. Recht lässt Lösungsmuster einfach, logisch und sogar intuitiv durch die Menschen erscheinen, die danach handeln können. Recht ist damit immer nahe an dem Bewusstsein der Menschen, das sich mit den jeweiligen sozio-ökonomischen Verhältnissen bildet. Recht ist damit eine Ideo-Logie ((im wertneutralen beschreibenden Sinne eines Karl Mannheim), die sehr konkret aber auch sehr abstrakt formuliert werden kann. „Recht ist unausgesetzte Arbeit und zwar nicht bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes. Jeder Einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, übernimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Anteil, trägt sein Scherflein bei zur Verwirklichung der Rechtsidee auf Erden.“(Jhering, Der Kampf ums Recht, 1872)

Eine abstraktere Formulierung ermöglicht dabei eine stärker logische Orientierung, eine konkretere Formulierung führt zu eher intuitiven Verhaltensweisen für die ihr Verhalten danach richtenden Menschen. Da die Organisationseffizienz der Produktivkräfte in größeren Gesellschaften mit dem Abstraktionsgrad ("dem Denken") steigt, ist der Mensch dem Tier ebenso wie weniger entwickelten Gesellschaften tendenziell in dem Maße überlegen, wie er in der Lage ist, die Ideo-Logie zu ver selbständigen, als Aufgabe besonders befähigter Individuen fortzuentwickeln und damit für eine planerische Gestaltung zukünftiger Problemlagen zu nutzen. Aus der Ideo-logie wird dadurch eine Theorie, eine Dogmatik und schließlich eine Philosophie. (Die pragmatische anglo-amerikanische Kultur benutzt das Wort "philosophy" für jede Art noch so kleiner systematischer Abstraktionsansätze. ("The philosophy of this event ..."

2. Recht ist unter den Bedingungen begrenzter Einsichts-, Planungs- und Abstraktionsfähigkeit seiner Unterworfenen notwendig eine (heuristische) **Täuschung** über die Wirklichkeit i.S. einer falschen Ideologie (im wertenden Sinne von Karl Marx, Karl Popper, Herbert Marcuse etc.), insofern es die logischen Implikationen menschlicher Gesellschaft niemals prinzipiell und wissenschaftlich (d.h. soziologisch) sondern heuristisch und teleologisch für eine allgemeine Praxis systemkonformen Produktivhandelns erfasst. Die Übernahme bzw. Geltung dieser normativ gefassten Ideolo-

gie beruht auf Macht. Da Recht immer eine systematische Form hat, ist diese Macht Ausdruck von Herrschaft (Werner Hofmann) und damit unmittelbar mit den wesentlichen Strukturen einer Gesellschaftsordnung verknüpft. Recht ist also Herrschafts-Ordnung.

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

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

(1) Es wird zur **Fessel** der Gesellschaft, wo das System sich als Antwort auf die neuen Möglichkeiten der Produktivkräfte (Kooperation, Kapitalintensität) fortentwickeln muss, das Recht sich aber wegen der Nutzung von ideologischen denk fernen (irrationalen) Mustern selber "ent-"decken ("entmystifizieren") muss. Statt Ruhe, Verhaltenssicherheit, Gemeinschaft und Schutz vor Sanktionen durch "regelrechtes" Verhalten führt dieser "Ent-"deckungsprozess von Recht z.B. zur Rechtskritik der Kolonialherren des 15.Jahrhunderts an den vorfeudalen Vorstellungen der Indianer oder Afrikaner, zur Rechtskritik des Lumière im Vormärz am religiös untermauerten Statusrechts (Descartes, Pothier, Feuerbach, Robbespierre) oder zur sozialistischen Rechtskritik am Gleichheitsgebot des bürgerlichen Rechts (Marx, Paschukanis). Zwar behauptet jede neue Herrschaftsformation, dass ihr Recht das wahre Recht sei (Gottgewolltes Recht, rechtsstaatliches Recht, Volksrecht etc.) oder gar, dass mit ihr das als Ideologie "entlarvte" Recht gezeigt habe, dass Recht überhaupt nur Unterdrückung sei (Herrschaft der Dämonen, unvernünftiges hierarchisches Recht, absterbendes bürgerliches Recht etc.). Tatsächlich dürfte jedoch jede Rechtskritik notwendig zu einer neuen Rechtsideologie führen, die auf die Mittel der Täuschung, Simplifizierung und Internalisierung heuristischer Vorstellungen nicht verzichten kann.

(2) Es **verletzt** in seiner Formalität und Abstraktion die Gefühle der Menschen, die sich als geistig seelische Wesen begreifen. Recht ist aber wirtschaftlich nur effizient, wenn es Wahrheit und Denken grundsätzlich beschränkt bzw. unterdrückt. Es widerspricht daher den Postulaten von Wissenschaftlichkeit und Gedankenfreiheit und führt, umso mehr es internalisiert wurde, zu Spannungen in der Psyche der Menschen, die neben der Effizienz bei der Gewährleistung der Reproduktion vor allem eine an Aufrichtigkeit und Unmittelbarkeit orientierte Empathie leben müssen. Summa ius, summam iniuria, Einzelfallgerechtigkeit gegenüber allgemeiner Gerechtigkeit, iustitia commutativa ge-

gen iustitia distributiva. Psychologisch ist es das "Es" und das "Über-Ich" soziologisch das Ärgernis seiner Gesellschaftlichkeit ("Rollenerwartung") für das Individuum. Recht ist nur gesellschaftlich, nicht individuell. Deshalb hat seine Unterdrückung des "es" durch das "Über-Ich" Grenzen des Verträglichen, die sich bei Entfremdung des Rechts in kollektiver Depression ("Rechtspessimismus") und Neurose niederschlagen und zu massenhaften Eruptionen führen können. (Kriege, Progrome, Anarchie etc.). Besonders schmerzhaft wird der Prozess, wo bei einem grundsätzlichen Systemwechsel die ideologischen Grundbausteine eines Rechtssystems infrage gestellt werden müssen. Diesen Abschied von einer bisher nützlichen internalisierten "Täuschung" nennen wir hier eine "Ent"-täuschung, die schon ihr Wortgebrauch negativ besetzt, obwohl in ihr doch an sich der positive Durchbruch von Wahrheit angekündigt wird. Die Psychotherapie setzt wesentlich daran an, Enttäuschungsprozesse zu ermöglichen, um grundlegende Beziehungsprobleme auf eine neue solidere Basis stellen zu können. Dies gilt auch für das Recht.

5. **Rechtsdogmatik** organisiert und verwaltet die beschriebenen Ideologien i.S. maximaler Einsichtigkeit unter den Bedingungen des geringsten Zwangs. Rechtswissenschaft muss jedoch mehr leisten: sie muss an den Bruchstellen des jeweils aktuellen Systems zunächst die Sinnhaftigkeit bestehender Ideologien und ihre Nützlichkeit verstehen, um auf der Basis dieses "Verständnisses" von Ideologien und für die darunter Handelnden die Konturen eines neuen Rechts bereits zu entwerfen. Die moderne Gesellschaft unterscheidet sich in ihrer grundsätzlichen Notwendigkeit, Rechtsideologien operational zu machen ebensowenig von historischen Formationen wie darin, dass sie vergänglich ist und sich selbst überholt. Sie hat als globalisierte Weltgesellschaft nicht mehr die Möglichkeit, sich in anarchistischer Form (wie in der inneren und äußeren Kolonialisierung, der französischen oder russischen Revolution) überholter Rechtsvorstellungen zu entledigen. Sie muss auf der Grundlage einer sozioökonomischen Analyse die "Rechts-Ent-täuschungen" so konstruktiv bewältigen, dass die Gesellschaft eine friedvolle Chance der Entwicklung neuer Formen erhält.

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

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

Exkurs: Ein Rechtssystem und seine Form hängt auch von der durch Machtfaktoren gebildeten jeweiligen Herrschaftsform und Staatlichkeit ab. Ob Fremdherrschaft, Tyrannei, Kalifat oder Kirchenstaat, ob Eroberung oder Herrschaft einer Klasse - ob Weltreich oder Nischenstaat, die Anzahl der Rechtsformen, in der das Allgemeine und Staatliche reflektiert wird, ist erheblich höher als in der Wirtschaft. Insofern spielen diese Faktoren eine Rolle auch für die Wirtschaft wie umgekehrt die Wirtschaft auf diese Staatsformen einen entscheidenden Einfluss hat. Es ist gleichwohl richtig, sich von der Vielfalt solcher Formen nicht den Blick für die jeweils dominierende Rechtsform einer Wirtschaft verstellen zu lassen. Dass unter faschistischen (Deutschland, Italien, Spanien) wie stalinistischen (China, Vietnam), feudalen (Saudi-Arabien, Jordanien) wie militärischen (Türkei, Südamerika) Diktaturen sich gleichwohl nicht automatisch eine bürgerliche Demokratie westlicher Prägung durchsetzt, hat nichts daran geändert, dass die Kerngebiete des Wirtschaftsrechts (Unternehmensrecht, Geldrecht, Arbeitsrecht, Verbraucherrecht, Property Rights) in allen diesen Gebilden der marktwirtschaftlichen Form der Akkumulation im wesentlichen folgten. Die Abspaltung des Privat-

rechts vom öffentlichen Recht, die Entpolitisierung von Wirtschaft als "privater Veranstaltung" gegenüber dem "Öffentlichen" zeigen, dass sich eine allein auf die Wirtschaft abgestellte Rechtsform einen dominierenden Platz in der Welt schafft und letztlich den staatlichen Überbau zu diesem Dualismus hin treibt. (vgl. die Konvergenz der Wirtschaftssysteme in Spanien und China, Irak und Saudi-Arabien, Südkorea und Japan etc.)

Je näher eine Rechtsform an der Regelung zentraler wirtschaftlicher Beziehungen ist, desto eher wird sie nicht nur die Ideologie ihrer Bewältigung sondern auch die Friktionen aus der Veränderung dieser Wirtschaft spiegeln. Von den wirtschaftsbezogenen Geboten der Bibel über den Codex Hammurabi, der Gesetzgebung des Solon über die zwölf Tafeln des römischen Recht, der Justianschen bis hin zu den modernen Gesetzgebungen des Code Napoleon, des Codice Civile und des BGB gibt es längst deutlich herausgearbeitete Kernbereiche von Rechtsformen, die Wirtschaft bewältigen.

8. Unter **Wirtschaft** verstehen wir jede Verausgabung von Kraft zur individuellen wie gesellschaftlichen Reproduktion (*Arbeit und Konsum*), die damit für die Gesamtgesellschaft produktiv ist.

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

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

Wie organisiert Recht menschliche Arbeit?

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

10. Wie bei den physikalischen Gesetzen über die Energie erfordert Leistung die Kombination zweier Faktoren: **Leistung** = *Arbeit* * *Zeit*. Während sich in der Physik jedoch die Leistung als bloßes Ergebnis von Arbeit und Zeit berechnet ist es bei der menschlichen Leistung umgekehrt. Die Arbeit wird aus der Qualifizierung der Leistung bestimmt. Nur eine Leistung im Sinne der menschlichen Reproduktion kann als Arbeit angesehen werden. Damit ergibt sich aber auch schon der zweite Unterschied: das Produkt aus Arbeit und Zeit ist anders als bei der Energie kein rein quantitatives Verhältnis. Vielmehr ergibt sich die Höhe der für die Menschheit so wichtigen wirtschaftlichen Leistung aus der Qualität der Arbeit und nicht allein aus ihrer Quantität. *Leistung* = *Produktivität* * *Arbeit* * *Zeit*.

11. Auch bei der **Zeit** gibt es eine Besonderheit. Während in der Physik die Zeit prinzipiell unbegrenzt zur Verfügung steht, verfügt der einzelne Mensch nur über die beschränkt verfügbare *Arbeitszeit*. Arbeitszeit ist immer zugleich *Lebenszeit* und unterliegt daher ihren Beschränkungen. So

ist das Leben insgesamt zeitlich begrenzt. Innerhalb des Lebens begrenzt sich wiederum die für die für menschliche Leistung verfügbare Lebenszeit durch Heranwachsen und Alter, durch Krankheit und Behinderung, durch Schlafnotwendigkeit und Müdigkeit sowie durch andere notwendige Arbeiten wie Essen, Kommunizieren, Kinder hüten und Alte und Kranke pflegen. Nach einer überschlägigen Berechnung wird von der gesamten verfügbaren Lebensarbeitszeit aller Menschen einer Gesellschaft wie in Deutschland nur 3% in der Form produktiver Arbeit so verausgabt, wie sie die herrschende Ideologie der Volks- und Betriebswirtschaftslehre als produktiv ansieht. Da diese Ideologie auch das Recht beherrscht, sind die Widersprüche offensichtlich, wenn immer weniger der tatsächlich geleisteten Arbeit einer Gesellschaft als "wichtig" für die Wirtschaft eingestuft werden.

12. Die verfügbare menschliche **Arbeitszeit** ist also grundsätzlich und darüber hinaus durch Zufälle bedingt eng begrenzt. Gleichzeitig steht aber der Mindestbedarf durchschnittlich zu verausgabender menschlicher Arbeitszeit (die "notwendige Arbeitszeit" (Marx)) im wesentlichen fest, so dass Gesellschaften, die darüber nicht (mehr) verfügen, zugrunde gehen. (Malthus) Die Besonderheit, die den Menschen zum Menschen gemacht haben, liegt nach der Theorie der Menschwerdung über die Nutzung von Werkzeugen ("toolmaking animals" Hauptthese der Anthropologie; Alternative: permanente Paarungsfähigkeit als Anstoß) nun darin, dass der Mensch die Gleichförmigkeit von Arbeit, wie sie das Tier beim Jagen und Sammeln übt, zu durchbrechen vermag und sie durch Nutzung von Werkzeugen (und akkumulierter Arbeitsleistung = Kapital) sowie durch geplante Kooperation mit anderen Menschen "produktiver" gestalten kann. Dies begann mit dem gemeinsamen Fallenstellen bei der Jagd, entwickelte sich über die Landwirtschaft, explodierte in der Industrie und endet vorläufig in der Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft, die über die EDV zu einer extrem planvollen und in Echtzeit koordinierbaren Kombination der Produktionsfaktoren geführt hat. (Allerdings hat diese Entwicklung leider nicht die Hoffnung der Menschheit bestätigt, dass mit der Produktivität der Arbeit der Zwang zur immer höheren Leistung entfiel. Umweltzerstörung und neue Probleme des Zusammenlebens im Rahmen der Globalisierung haben eher den Druck hin zu gesellschaftlich produktiverer Arbeit erhöht als ihn, wie Malthus oder Keynes voraussagten, ermäßigt.)

13. Weil das Recht diese wirtschaftliche Entwicklung ideologisch und praktisch organisieren konnte, waren die erfolgreichen Wirtschaften dieser Erde auch zugleich die am höchsten rechtlich organisierten Gesellschaften. (Diamond führt allein die Diversität der Ressourcen an und übersieht die Organisationsfähigkeit) Es gibt daher eine Koinzidenz von **Produktivkraftentfaltung** und Rechtsentwicklung, die beide ihre historische Wiege im südöstlichen (vierten) Quadranten des Mittelmeerraumes hatten. Ägypten -> Israel -> Babylon -> Syrien -> Griechenland -> Rom -> Byzanz/Konstantinopel/Istanbul, waren die Stationen, deren rechts schöpferische Leistungen prägend für die nachfolgenden Wirtschafts- und Herrschaftszentren in Oberitalien (Venedig), Spanien, England, Frankreich, Österreich, Preußen, USA und China hatten.

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

Welche Rechtsformen hat die Marktgesellschaft hervorgebracht?

14. Der Markt entsteht, wo Überschüsse getauscht werden sollen. Überschüsse können durch Beutzüge, Handel oder Überproduktion entstehen. Man kann annehmen, dass diese Reihenfolge auch historisch die **Entwicklung von Marktrecht** angibt. Das römische/oberitalienische /europäische Recht war nicht nur Repräsentant zunächst einer extremen Zentralisierung von Überschüssen durch Kriege und später durch Handel sondern auch ein lebendes System, dass in vorbildlicher Weise die Weisheit vor existierender Rechtssysteme in sich aufnahm und damit wissenschaftlich entwickelt wurde. Es bietet daher historisch die einmalige Chance, die Entwicklung der Rechtsformen unter

fortschreitender Globalisierung bei Verlagerung der Zentren der Produktivkraftentwicklung zu verfolgen. Hatte schon das griechische Recht die Weisheiten der vorangehenden Reiche in Nordafrika in sich aufgenommen, so bestand die Fähigkeit des römischen Stadtstaates bei der Beherrschung der Welt darin, sich zunächst eben deren Rechtswissen zu eigen zu machen und gleichzeitig unter Hinzunahme der Entwicklungen in immer größeren geographischen Räumen sich die Fähigkeit zu erhalten, sich neuen Gegebenheiten anzupassen. Es gelang Rom, Perspektiven aufzuzeigen und damit die Probleme der "Enttäuschung" durch Systemwechsel in den besetzten Gebieten in Grenzen zu halten, ohne dabei die Produktivkräfte entscheidend zu retardieren. So setzte noch Justinian für seine Digesten vier Gelehrte aus Ägypten, Mesopotamien, Rom und Byzanz als Entwickler einer gemeinsamen Rechtsform für das oströmische Reich ein. Das Neue Testament berichtet beim Prozess gegen Jesus Christus von parallelen Rechtssystemen der Juden (Herodes) und Römer (Pilatus). Diese Arbeiten konnten von den Handel treibenden oberitalienischen Städten genutzt und fortentwickelt werden, wobei sie sich hierbei von aller staatlichen Gängelung befreit international bis in den hohen Norden (*usus modernus*) ausbreiteten, wo wiederum die Rezeption und Fortentwicklung aus dem römischen Recht das moderne *Ius Commune* des 19. Jahrhunderts bildete, das *Common Law* über das Gewohnheitsrecht inhaltlich ausfüllte und das europäische Wirtschaftsrecht bestimmte. (Reinhard Zimmermann)

15. Der Nationalismus des 19. und 20. Jahrhunderts brachte jedoch gerade in Deutschland eine von industriellen Eigentümerinteressen gewollte **Erstarrung der Rechtsformen**. Dabei wurden die Quellen bewusst falsch interpretiert, (Sach)Kaufvertrag wie (Sach)Eigentum zur beherrschenden Rechtsideologie geführt, obwohl längst Nutzungsverträge und Nutzungsrechte die Wirtschaft durchdrangen (Grossi). In den beiden großen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts (Code Napoléon und BGB) entfaltete sich diese Rechtsideologie zum weltumspannenden Denksystem für eine globalisierte Wirtschaft, während das mangels gelehrter Jurisprudenz den Advokaten überlassene *Common Law* sich der Kautelarjurisprudenz widmete und die Ideologiebildung anderen Instanzen überließ. Dies erwies sich später als Vorteil, weil es im Übergang vom Handels- zum Industriekapitalismus nicht durch die Hierarchien überholter Ideologien gefesselt war. Während der Eigentumsbegriff im Zivilrecht als Sacheigentum bis heute eingefroren blieb, entwickelte das *Common Law* die *Property Rights*, während der Vertragsbegriff der Zivilrechtsländer in der Ideologie des freien Willens sich bis zur Unanwendbarkeit von den Problemen der Wirklichkeit entfernte, wurde der *Trust* ebenso wie der faktische Vertrag und der standardisierte Wille in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Regeln des *Common Law* zur *reasonable expectation* fortentwickelt, die den Sieg der faktischen über die Willensmacht in der Wirtschaft unterstützte..

16. Im **Arbeitsrecht** mussten dagegen die Täuschungen kapitalistischer Rechtsvorstellungen im Gegenseitigkeitsprinzip und *Synallagma* sowie im individuellen Willen, einer fiktiven Vertragsfreiheit und der Abstraktion von Zeit und Gruppe die Regelungsnotwendigkeiten einer inzwischen auf Lohnarbeit aufgebauten industriellen Gesellschaft aus politischen Gründen ignoriert werden. Daraus erfand sich kurzerhand eine separate Rechtsideologie und ein gesondertes Rechtsgebiet, das sukzessive alle Verbindungen zur offiziellen Rechtsform zerschnitt. Als Ausnahmerecht übernahm es allerdings auch überholte Denkmodelle vorkapitalistischer Wirtschaftsformen (Treue und Fürsorge, Allgemeinwohl und Quasi-Staat), um den neuen Gedanken von Zeit und Kollektiv den Durchbruch zu verwehren und Soziales Denken als rechts immanent auszuweisen. Ähnliches passierte in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts. So wurde etwa die Ideologie der unbegrenzten Geldschuld durch ein immer ausgeklügelteres Konkurs- und Insolvenzrecht vor Ent-täuschung bewahrt. Die Beschränktheit des Sacheigentumsbegriffs (§903 BGB) wurde durch ein wucherndes Recht zu Patenten, Gebrauchsmustern, Erfindungen, schöpferischen und weniger schöpferischen Werken vor Desavouierung bewahrt. Das immer kläglichere Dasein der Geldforderung als Ausdruck individueller Gläubiger-Schuldner-Beziehung verschwand in den neuen Gebieten des Wertpapierrechts, der Verbriefung und Unternehmensbeteiligung. Das Unternehmensrecht bewahrte schließlich die Vorstel-

lung über das gewollte vertragliche Zusammenwirken mehrerer arbeitender Unternehmer in der BGB-Gesellschaft vor Obsoleszenz, indem das feudale Statusrecht der rechtsfähigen Vereine unverstandene aber durchaus funktionale Grundlage des Unternehmensrechts (Aktiengesellschaft, GmbH, KG etc.) wurde.

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

18. Ein Höhepunkt in dieser wachsenden Dysfunktionalität von Recht in der modernen Wirtschaft ist der **DCFR**, der alle modernen Entwicklungen auf die Ideo-Logien des frühen 19. Jahrhunderts reduziert und damit konflikttheoretisch die Abdankung des staatlichen Rechts in der Wirtschaft zugunsten der Ausübung faktischer Macht durch die größten Wirtschaftseinheiten beschleunigt. Er fasst die überholten Ideologien zusammen und kombiniert das stagnierende System der Zivilrechtsdogmatik mit der pragmatisch kapitalistischen Orientierung des Common Law. Der Machtanspruch großer Unternehmungen wird als faktische Notwendigkeit ungefiltert ins Recht übernommen, wobei feudale Rechtsformen (buy out, squeeze out, hostile overtake, exclusion ..., shareholder value, hire and fire, Leiharbeit, Vertragsverkäufe, sale out lease back) eine Ordnung vorspiegeln, die es so nicht mehr gibt. Französische und deutsche Rechtsdogmatiker (z.B. Flume) beobachten, wie funktionale Ideo-Logie des Wirtschaftsrechts zu einer Einzelfallgerechtigkeit degeneriert, bei der das Verfahren Logik und Orientierung ersetzt.

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

Warum brauchen wir eine neue Vertragsrechtsdogmatik?

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

Wirtschaften ohnehin keinen Platz mehr findet und systemische Anschauungen die Entfaltung der Produktivkräfte eher behindern denn fördern?

21. Ruft man man sich die Voraussetzungen in Erinnerung, so muss man in der **Stagnation der Rechtsentwicklung**, bei der die juristische Arbeit von einer Wissenschaft zu einem Handwerk für die ohnehin Mächtigen mit standardisierten Verfahren der Interessendurchsetzung herabgestiegen ist, Probleme sehen. (1) Das Absterben einer für die Konfliktbewältigung moderner Gesellschaften funktionalen Rechtsform wird zum allmählichen Absterben von Recht als Form selber beitragen und damit die Gefahr erhöhter Gewalt bei der Konfliktbewältigung hervorrufen, die eine globalisierte Wirtschaft am meisten zu fürchten hätte. (2) Die in Jahrtausenden geleistete Arbeit an einer bis in die Details diskutierten und ausgestalteten Rechtsideologie, die für sich Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit beanspruchte und zugleich soziale Probleme zu schlichten versuchte, geht ohne Enttäuschung verloren.

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

Welche Rechtsformen braucht die Kreditgesellschaft?

23. Die moderne **Kreditgesellschaft** verschafft erst die Begrifflichkeit, unter der die historische Rechtsentwicklung verstanden und die Elemente einer adäquateren Rechtsideologie für Gegenwart und Zukunft erst entdeckt werden können. So schädlich die Ersetzung der rechtlichen durch eine wirtschaftliche Begrifflichkeit in den Gesetzen und Verträgen für die darin geronnene Dogmatik und ihre Gerechtigkeitsvorstellungen sind, so hilfreich sind sie jedoch, die Entwicklung der Rechtsform zu entdecken und zu verstehen. Das besondere der Kreditgesellschaft besteht darin, dass sie das Element der Zeit nach einem Jahrtausende langen Prozess seiner Eliminierung aus der Rechtsideologie der Wirtschaft wieder zurückbringt.

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

25. War **Kooperation** das Ziel jeder Wirtschaftsform, so ist Kredit die technische Umsetzung dieser Kooperation. So gibt sich der Handwerker selber Kredit, wenn er mit seiner Arbeit nicht Konsumgüter sondern Werkzeuge (Investitionsgüter) schafft, mit denen er *später* produktiver arbeiten kann.

Der Bauer kreditiert seine Arbeit, wenn er die Körner aussät statt sie zu essen. Kredit ist für beide die Verausgabung von Lebenszeit für eine Leistung, deren Nutzung aufgeschoben ist. Insofern kooperiert der Einzelarbeiter mit sich selber, indem er auf vergangene Lebenszeit zurückgreift, bei der die Entbehrung das kreditierte Produkt hervorgebracht hat. Diese Form bestimmt die ganze natürliche Reproduktion der Familien, bei denen Kinder aufgezogen werden, denen Leistungen zugeführt werden, die sie auf Kredit erhalten und mit einer späteren Leistung (ihrerseits Kinder aufziehen oder Alte versorgen) zu entgelten haben. Seine Entfaltung schafft der Kredit aber erst bei gesellschaftlicher Produktion und Kooperation. Hier stellt jeder Beteiligte sich selber, einem anderen oder der Gesamtheit die eigene vergangene (Eigentum, Ertrag, Produkt, Geld), gegenwärtige (kooperative Arbeit) oder zukünftige (Darlehensaufnahme, Wertpapier) Arbeitszeit zur Verfügung. Kredit bedeutet dabei nicht mehr und nicht weniger als die vom Inhaber der Ressourcen freiwillig bereitgestellte Nutzung fremder Ressourcen.

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

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

27. Der **Kreditbegriff** ist zur Bestimmung der Rechtsform weder geeignet noch als solcher historisch entwickelt worden. Zwar benutzt das öffentliche Recht für die Beaufsichtigung der Geldwirtschaft den zweckorientierten Kreditbegriff (Kreditinstitut, Kreditvergabe, Kredite etc.). Dies geschieht aber lediglich, um den Anwendungsbereich einer Norm zu klären. Entsprechend erfolgt auch die Nutzung des Kreditbegriffs als Bestimmung des Anwendungsbereichs von Verbraucherschutzregeln. Für eine rechtsförmliche Festlegung der Leistungen im vertraglichen Synallagma taugt der Begriff jedoch nicht. Das zeigt schon seine ideologische Aufladung, wenn zu seiner Erläu-

terung auf seine angeblich etymologische Bedeutung hingewiesen und auf den lateinischen Wortstamm "credere" (vertrauen) hingewiesen wird, der angeblich das Vertrauen des Kreditgebers in die Rückzahlungsfähigkeit des Kreditnehmers zum wichtigsten Prinzip erhebt. In dieser allgemein rezipierten Unterstellung kann man unschwer die an das Recht gerichteten Interessen der Finanzwirtschaft erkennen, die aus dem Mangel der Kreditrückzahlung einen Vertrauensbruch ableiten möchten, der überdeckt, dass jeder Zugriff auf künftiges Vermögen gerade auch für den Investor den Charakter einer sozialen Wette hat. Nur als Wettender würde die moralische Risikoverteilung je nach Umständen anders verlaufen. Frühere Zeiten benutzten Begriffe wie Darlehen, locatio conductio, mutuum, prêt, prestito.

28. Die Gleichsetzung des Darlehens mit dem **Creditum** erfolgte erst im aufblühende Kapitalismus des 19. Jahrhunderts beim Kampf gegen die Zinsverbote. Das creditum war bis dahin nur eine (unfreiwillige) Schuld und damit kein Darlehen. Diese Schuld entstand mit jeder Forderung. Daher heißt bis heute im Englischen wie in den romanischen Sprachen jeder Forderungsinhaber "Gläubiger" bzw. "creditor, créditteur, creditore". Im italienischen Codice Civile wird jede Forderung als "credito" (z.B. Art. 1992 ital. cc) bezeichnet, während der Code Civile und das BGB hier das autoritativ einseitige im Wort Forderung, creance bzw. Schuld oder Verpflichtung (dette, obligation) vorziehen. (z.B. Art. 1210 frz. cc; §362 BGB). Diese Zivilgesetzbücher meiden aus gutem Grund den Kreditbegriff (Kredit, crédit) als Rechtsbegriff zur Charakterisierung von Leistungen. Die Schuld aus einer Forderung hat daher nichts mit dem zu tun, was wir in der Geldwirtschaft als "Kredit" bezeichnen. Schuld und creditum sind Ausdruck notwendiger Ungleichzeitigkeit von Leistung und Gegenleistung (§320 BGB). Die Forderung ("credito") entsteht allein aus der Idee des modernen Tausches, wonach Verpflichtung und Erfüllung rechtlich auseinanderfallen und die Verpflichtung ein subjektives Recht hervorruft. Die Lebenszeit als Element der Leistung ist für das, was wir heute ökonomisch unter Kredit verstehen, im Forderungsbegriff ebenso wie im creditum ("Schuld") irrelevant. Jede Verpflichtung bringt automatisch eine Schuld zur Entstehung. Daraus entsteht grundsätzlich ein Gläubigerisiko, weil die Erfüllung mit der Entstehung der Schuld nicht mehr zusammenfällt, wie dies noch in den Anfängen des römischen Rechts der Fall war.

29. Der Begriff "Kredit" und damit auch der Begriff der "Kreditgesellschaft" (credit society, société de crédit) beruht daher auf einer **Täuschung**, die ihre Ursache in der noch näher zu beschreibenden ideologischen Überwindung der Zinsverbote (Usura, Wucher) hatte. Er ist die jedoch begrifflich so etabliert ist, dass man seine Nutzung als beschreibendem Begriff für Kapitalnutzungsverhältnisse nicht vermeiden kann. Kreditinstitut, Kreditvergabe, Kreditwürdigkeit, Kreditverkäufe etc. haben den Begriff, der prinzipiell wie im italienischen Recht noch sichtbar, allein eine Forderung bezeichnet, usurpiert. Es ist daher fast unmöglich sich mit diesem Begriff als Zentralbegriff zur Analyse von Rechtsformen menschlicher Kooperation durchzusetzen. Eine die Rechtsform entwickelnde Analyse kann jedoch von einer die Summe der als Kredit bezeichneten Rechtsphänomene umfassenden Begrifflichkeit nicht absehen. Dies ist umso wichtiger, als mit dem Begriff der "Finanzdienstleistungen" (financial services, service financière) bereits eine weitere Ideologisierung in der Ökonomie bezeichnet wird, in der die reine Bereitstellung von Kapital bereits als eigene "Arbeit" bzw. "Dienstleistung" angesprochen wird, worin der Charakter dessen, was wir unter Kredit verstehen, von der ursprünglichen Kooperation hin zu einer einseitigen Leistung der Kapitalbesitzer umdefiniert wird. Im Kredit wird in Geld gefrorene Zeit geleistet. Er ist damit eine indirekte Dienstleistung, die mit der Vermittlung von Krediten, wie sie die Banken allein vornehmen, nichts zu tun hat.

30. **Historisch** hat es also den Begriff Kredit nicht gegeben. Er ist eine Setzung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung des späten 19. Jahrhunderts, der erst Ende des 20. Jahrhunderts zur Charakterisierung umfassender Nutzungsverhältnisse benutzt wurde. Dies gilt auch für die Beschreibungen

wie Kreditinstitute (istituto di credito), die früher als Bank, Kasse, (banca, cassa) bezeichnet wurden. Dass, was er heute reduziert auf das Geldsystem bezeichnet, hat es jedoch immer gegeben: die Nutzung der Arbeitszeit anderer Personen in direkter oder thesaurierter Form. Dass das wesentliche im Kredit die Zeit ist, hat das Reichsgericht in den 1920ziger Jahren erkannt, als es in der Wucherrechtsprechung als wesentliche Leistung des Kreditgebers die Bereitstellung von Zeit ansah und ihm zwar die Zinsen nahm aber den Anspruch auf Kapitalrückzahlung beließ. Anders als §607 BGB bestimmte, war die (verwirkte) Leistung eben nicht die Hingabe des Kapitals sondern die Zeit seiner Nutzung. Auf diese Weise entwickelte die deutsche Rechtsprechung gegenüber Wucherern das Recht des Bewucherten auf einen unentgeltlichen Kredit, dass andere Länder (Belgien) als gesonderte Sanktion einführen mussten, während Frankreich und Holland es nicht kennen.

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

(1) Das direkteste Kreditverhältnis kapitalistischer Marktwirtschaft ist der **Arbeitsvertrag**. Hier findet eine unmittelbare Nutzung der Arbeitszeit des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber statt. Umgekehrt hat aber auch der Arbeitnehmer eine Kreditbeziehung zum Arbeitgeber, weil er dessen Sachkapital in Form der Produktionsmittel, der Organisation und Leitung des Betriebes thesauriertes Kapital für die Steigerung der Produktivität seiner Arbeitskraft nutzen kann. Diese gegenseitigen Nutzungsverhältnisse finden sich dabei nicht nur in der Form der juristisch als abhängig oder integriert definierten Arbeit. Auch der Werkunternehmer stellt seine Arbeitszeit dem Auftraggeber zur Verfügung und nutzt evtl. hierzu dessen Kapital und Einrichtungen bzw. zumindest dessen Fähigkeit, die Leistung in eine kooperative Leistung so einzufügen, dass sie erst hierdurch produktiv wird. Die Nutzung der Arbeitszeit bzw. des Sach- und Organisationskapitals des Unternehmers oszilliert dabei zwischen der Nutzung Arbeits- und Sachkapital und kann auch Geldkapital (Lieferantenkredite) einschließen.

(2) Bei der Nutzung von Sachkapital werden Arbeitsmittel im weitesten Sinne (incl. solcher Mittel für die Konsumarbeit wie eine Wohnung oder ein PKW) "**vermietet**" oder "geleast". Gleichzeitig erfolgt umgekehrt eine Mitnutzung des zukünftigen Einkommens des Mieters durch den Vermieter, der sich damit an der Arbeitszeit des Mieters beteiligt.

(3) Bei der Nutzung von Geldkapital ist die höchste Abstraktionsstufe von Kapital erreicht: aus der Arbeitszeit wurde im Produktionsprozess Sachkapital oder beim unmittelbaren Tausch von Dienstleistungen direkt Geld. Da aus dem Sachkapital ebenfalls Geld ertauscht wurde, nutzt der Darlehensnehmer im **Darlehen** die gesellschaftlich aufgehäufte Arbeitszeit anderer. Umgekehrt verschafft er dem Geldkapitalgeber eine Mitnutzung an den unmittelbaren Früchten seiner Arbeit, dem zukünftigen Arbeitslohn.

Wodurch sind soziale Nutzungsverhältnisse bestimmt?

32. **Kredit** ist somit die Nutzung von menschlicher Arbeitszeit in verschiedenen Formen auf beiden Seiten des Tauschverhältnisses. Die dem römischen Recht entnommene juristische Definition von Kredit als "Bereitstellung *und* Inanspruchnahme" (*locatio (et) conductio*) gibt somit einen korrekten Hinweis auf ein doppeltes Nutzungsverhältnis, weil die Bereitstellung die Nutzung der im Geldkapital und die Inanspruchnahme die Nutzung der im Arbeitskapital enthaltenen Arbeitszeit beinhaltet. Während diese "ent-täuschende" Trennung des nur noch einseitig gedachten Kapitalnutzungsverhältnis im Darlehen korrigiert werden muss, muss umgekehrt die täuschende Trennung der Kapitalnutzung in scheinbar grundverschiedene Nutzungsarten wie Arbeitsvertrag, Miete und Darlehen überwunden werden. Da nämlich alle Kapitalformen gegeneinander austauschbar sind, spielt es für das Verständnis der Zeitzutzungsverhältnisse keine Rolle, auf welche Nutzungsverhältnisse die grundsätzlichen Ideologien dieser Rechtsform anzuwenden sind.

33. **Arbeitsvertrag, Verbraucherkreditvertrag und Wohnraummietvertrag** beziehen sich somit auf untereinander austauschbare Nutzungsverhältnisse, die Arbeits- und Lebenszeit in unterschiedlichem Masse der Nutzung durch andere zur Verfügung stellen. Während diese Bereitstellung im Arbeitsvertrag direkt erfolgt, erfolgt sie in den beiden anderen Verträgen über die Beteiligung am Arbeitseinkommen indirekt. Damit kann es nicht mehr verwundern, dass die sozialen Problembereiche wie Einkommenslosigkeit (ideologisch "Arbeitslosigkeit"), Obdachlosigkeit und Überschuldung ebenso wie Kurzarbeit, Einkommensenkung, Krankheit, Unfall, Invalidität, Trennung und Verbrechen sich in allen Formen dieser Zeitzutzung bemerkbar machen und zu ähnlichen Konsequenzen (Lohnfortzahlung, Pfändungsschutz, Nutzungsfortdauer) im Recht führen.

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

35. Schlüssel für das Verständnis sozialer Nutzungsverhältnisse ist die **Geschichte der Rechtsformen**, in denen Überschüsse verfügbar gemacht wurden. (s.o. Ziff. 7, 14) Vor allem das römische (aber auch das byzantinische) Recht hat über 2300 Jahre Rechtsformen zu den Nutzungsverhältnissen der Arbeitszeit (*Kredit*) in ihren verschiedenen Kapitalformen von Humankapital (Arbeit, Werk, Leibeigenschaft, Sklave), Sachkapital (Arbeitsmittel und Grundstücke), Organisationskapital (Know how, Leitungsfunktion, Patente, Erfindungen, Kompetenz) und Geldkapital (vertretbare Sachen, Forderungen, Geld) entwickelt, die gut dokumentiert und diskutiert sind. Es handelt sich auch nicht um rein philosophische und theoretische Konstruktionen, weil sie in ihrer praktischen Funktion für die Wirtschaft der verschiedenen Epochen angefangen von der frühen Subsistenzwirtschaft (Agrarwirtschaft, feudale Strukturen) bis zu den Überschusswirtschaften praktisch erprobt wurden. In ihnen findet sich die Entwicklung der Überschusswirtschaften vom "Raubrittertum" der frühen Eroberungswirtschaften (Arbeitskräfteraub, Kriegsgefangene als Sklaven, Frauenraub) über den

zentral verwalteten Besatzungswirtschaften (Tribut, Ernteabgabe, Steuer, Frondienste), die dann von den freiwilligen gleichwohl über den ungleichen Tausch der Mächtigen florierenden Handelswirtschaften (ungleicher Tausch) zum Handelskapitalismus Oberitalienischer Städte (La Serenissima) führten, wo zum ersten Mal reines Geldkapital akkumuliert wurde. Dies erst ermöglichte den Industriekapitalismus des 19. Jahrhunderts (historische Rechtsschule, Common Law) und führte zur heutigen Kreditgesellschaft. Dabei sind alle Gesellschaftsformationen niemals in reiner Form sondern gleichzeitig aber mit unterschiedlicher Dominanz aufgetreten.

36. Die Institutionenökonomik unterscheidet unter dem Stichwort "**Verfügungsrechte**" entsprechend der historischen Entwicklung zwischen dem Recht ein Gut zu nutzen, damit Einkommen zu erzielen und dem Recht, es zu übertragen. Da das geschriebene Recht sich auch bei praktischer Obsoleszenz nur erheblich langsamer Umwälzt als die Realität, finden wir bis heute vor allem im französischen Code Civil ebenso wie aber auch das BGB die für zeitliche Nutzungsverhältnisse von Arbeit typischen Rechtsformen aller Epochen. Danach lassen sich drei Formen Stadien unterscheiden: (1) das feudale Grundeigentum, das die Nutzungsverhältnisse als Abspaltung von Machtbefugnissen bei prinzipiell nicht übertragbarem Eigentum im Sachenrecht durch Servitude, Grunddienstbarkeiten, Usus fructus (usufruit (Art. 619 cc); Nießbrauch) und andere sachenrechtliche Eigentumsderivate ohne Vertragsrecht regeln konnte, (2) das Stadium der Gewährung eines Lehens, das nunmehr das Eigentum unberührt lässt und die Nutzung vertraglich jedoch logisch unentgeltlich regelt in den drei *Realverträgen*: Darlehen, Verwahrung und Auftrag (mutuum/prestitum, depositum, mandatum, commodatum) (frz.: prêt, mandat, commodat, dépôt) und (3) das Stadium marktwirtschaftlicher Nutzungsrechte mit der locatio conductio (louage, Miete). Zentralbegriffe sind damit das feudale Grundeigentum (usufructus), das Lehen (prestitio) und die Miete (locatio).

37. Letztlich ergibt sich damit für alle diese Nutzungs- oder Kreditverhältnisse für die Marktwirtschaft eine gemeinsame Rechtsform, die das bezeichnet, was übrig bleibt wenn im Arbeitsvertrag von Arbeit und Diensten, im Darlehen von Geld und Konsum und im Mietvertrag von der Sache und dem Wohnen abstrahiert wird. Diese Figur hatte das römische Recht als *locatio conductio* bezeichnet, deren Logik auf die Arbeit (operarum (servi), operis), die Sachen (rei) sowie die vertretbaren geldähnlichen Gegenstände (specialis) übertragen wurde. Im Deutschen ist es die Miete (vgl. die allgemeinen Definitionen noch bei Brückner, Die Wohnungsmiete nach gemeinem Recht (Weim. 1877); Niendorff, Das preußische Mietsrecht (2. Aufl., Berl. 1887)) Im französische Code Civil findet sich die allgemeine Mietvertragsdefinition der locatio conductio in Art. 1709 cc: "faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps". §535 BGB ebenso wie Art. 1572 ital. cc haben das praktisch wörtlich übernommennnnnn: "Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren" bzw. "far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo". Nutzung und Zeit sind danach die zentralen Elemente dieser allgemeinsten Rechtsform für Arbeitsteilung und Kooperation über Human-, Sach-, Geld- und Organisationskapital. Das französische Recht bezieht ausdrücklich die Arbeit mit ein. Der erste Artikel der Miete in 1708 bestimmt: " Il y a deux sortes de contrats de louage: Celui des choses, et celui d'ouvrage." Der "contrat de louage de service personnel" gilt demnach noch für Hausangestellte, Knechte und Mägde in Art. 1667 cc, so wie es früher noch die feudale deutsche Dienstmiete (Windscheid/Kipp §399) oder Gesindemiete des 19. Jahrhunderts war.

Worin liegt die Besonderheit der Nutzung von Geld?

38. Historisch haben sich alle Nutzungsverhältnisse in der Kreditgesellschaft zu **Geldnutzungsverhältnissen** entwickelt. Im Finanzsystem hat sich der Geldkredit zur vollendetesten Form der Kapitalnutzungen entwickelt, der stellvertretende für alle anderen Kapitalformen zur reinen Kreditform geworden ist. Der Finanzinvestor verkörpert diese von allen Gebrauchswerten der anderen Kapital-

formen bereinigte Investition, die alle Schranken weltweiter Kooperation überspringt. Das Verständnis der Geldnutzungsverhältnisse ist damit der Schlüssel für das Verständnis aller Kreditverhältnisse.

"Das Nachdenken über die Formen des menschlichen Lebens, also auch ihre wissenschaftliche Analyse, schlägt überhaupt einen der wirklichen Entwicklung entgegengesetzten Weg ein. Es beginnt post festum und daher mit den fertigen Resultaten des Entwicklungsprozesses. Die Formen, welche Arbeitsprodukte zu Waren stempeln und daher der Warenzirkulation vorausgesetzt sind, besitzen bereits die Festigkeit von Naturformen des gesellschaftlichen Lebens, bevor die Menschen sich Rechenschaft zu geben suchen nicht über den historischen Charakter dieser Formen, die ihnen vielmehr bereits als unwandelbar gelten, sondern über deren Gehalt. So war es nur die Analyse der Warenpreise, die zur Bestimmung der Wertgröße, nur der gemeinschaftliche Geldausdruck der Waren, der zur Fixierung ihres Wertcharakters führte. Es ist aber ebendiese fertige Form - die Geldform - der Warenwelt, welche den gesellschaftlichen Charakter der Privatarbeiten und daher die gesellschaftlichen Verhältnissen der Privatarbeiter sachlich verschleiert, statt sie zu offenbaren." (Marx, Kapital I, S.90)

In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, warum die Idee der locatio conductio bzw. der Miete nicht unmittelbar auf das Gelddarlehen Anwendung fand sondern bis zum Jahre 2002 in Deutschland brauchte, um die archaischen Formen des Darlehens im alten §607 BGB zu überwinden.

39. Die **Natur des Geldes** erschließt sich, wie in dem vorstehenden Zitat ausgeführt, erst aus seiner modernen Gestalt. Die Idee, dass man Geld "nutzen" konnte, war den vorkapitalistischen Denkern fremd. Erst recht unvorstellbar war, dass "Geld" (so wie Tiere, Sklaven, Saatgut, Wagen, Arbeitsmittel etc) produktiv sein konnte. Erst im Kapitalismus erschien das Geld als Wert an sich. Marx erklärte es zum Warenfetisch (Kapital I S. 87). Es hatte seinen Vorläufer im gegenseitigen Tausch des §489 BGB bzw. der Art. 1702 ff frz cc ("L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre."), der sich dadurch erweiterte, dass er zeitversetzt sowie zum Ringtausch fortentwickelt wurde. Erst die Einführung eines tertium comparationis, das als haltbares bzw. allgemein begehrtes Tauschmittel zunächst in der Form des Naturalgeldes (Steine, Schmuck, Muscheln, Salz, Rinder, Ziegen etc) und dann in Gold und Silber sich zum Münzgeld entwickelte, wurden die sachlichen Begrenzungen des Tauschens durchbrochen und der Handel global möglich. In den verschiedenen Bezeichnungen dieses Wertausdrucks wie Geld (deutsch von Ghel = Gold), argent (frz. für Silber), denaro (Spanischen vom 10fachen Gewicht des römischen Denarius), so wie im Italienischen die Moneta oder im Englischen Money, die den Ort der römischen Münzpräge (Mint) bezeichneten, ist diese Verdinglichung ideeler Werte noch lebendig. Geld blieb für die Juristen eine Sache, die einen eigenen Wert, ein eigenes Gewicht und eine eigene Substanz haben musste, um getauscht werden zu können. Als bloßer Wertausdruck und Information über Kaufkraft, als Warensseele oder Buchgeld war eine Geldnutzung nicht fassbar.

40 Doch das man Geld nutzen konnte, wurde den Juristen der Antike durch die Praxis des **creditum** aufgedrängt. Verspätete Zahlungen in den Tauschgeschäften des Handels verlangten nach Kompensation. Anders als der Kreditbegriff heute suggeriert, ging es dabei nicht um die Bereitstellung von werthaltiger Zeit der Kapitalnutzung sondern um die Banalität, dass jeder Tausch mit seinem Zugum-Zug Prinzip (§320 BGB) Ungleichzeitigkeiten mit Vor- und Nachleistungen hervorbringt. Damit wird regelmäßig eine Partei zum Gläubiger, die andere Partei zum Schuldner, der eine Schuld, das "creditum", zu bezahlen hat. Das creditum war daher kein Kredit sondern, wie bereits gezeigt, nur die Bezeichnung für Schuld. Dass der Gläubiger (Creditor) dabei einen Nachteil hat, wenn der Schuldner verspätet das creditum zahlt, führte dabei zu einem Schadensersatzanspruch, der anders als beim Substanzverlust (§249 BGB damnum emergens) den entgangenen Gewinn (§252 BGB luctrum cessans) zu kompensieren hatte, der im Verzicht auf die Nutzung dieses Geldes für andere Ge-

schäfte bestand. Die Urform der Zinsen war damit der Verzugszins, der auf das creditum zu zahlen war. Zinsen fanden damit als Schadensersatz Eingang in das juristische Denken. Tatsächlich aber bot sich dort, wo der Zahlungsverzug über den Schadensersatz einen Preis erhalten hatte, auch die gewollte Bereitstellung von Geld zur entgeltlichen Nutzung an, die sich trotz religiösen Verboten dort, wo sie wie bei Juden gegenüber Nichtjuden nicht wirkten, durchsetzte.

41 Doch die Unfähigkeit, das Geld als substanzlosen aber gleichwohl nützlichen Wert zu verstehen, das Zinsen als Früchte hervorbrachte, die man ziehen konnte (**usus fructus**), überforderte den frühen Juristen doppelt. Seine Definition findet sich heute noch in Art. 578 cc: "L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance." Dass Bäume oder Tiere ebenso wie die Sklaven mit ihren Kindern oder ihrer Arbeit Früchte trugen (Art. 583 cc zählt Früchte der Erde, der Tiere und Pflanzen sowie von Mühe und Arbeit auf), war damit der Antike geläufig. Das Recht diese Früchte zu genießen, stand dem Eigentümer (dominus, propriété) 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. Wer die Arbeit hatte, hatte dann auch den Nutzen. Geld passte nicht in dieses Schema, weil es zumindest für Aristoteles "das 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 ergeben konnte.

Die Zinsen konnten daher nur der Not des Schuldners geschuldet sein, die der Geldverleiher ausnutzte. In den zinsfeindlichen Bewegungen der Neuzeit zu "natürlichem Geld" (Gesell, Creutz) oder in dem nationalsozialistischen Vorwurf der "Zinsknechtschaft" an die Banken findet sich das eigenartige Gemisch aus sozialer Anteilnahme und reaktionär korporativistischen Vorstellungen vergangener Zeiten wieder, die eine Ent-täuschung des Zivilrechts auch gesellschaftspolitisch lohnend erscheinen lassen.

42 Geld ließ sich daher nicht unter die fruchttragenden Sachen subsumieren. Es ähnelte vielmehr den "**verbrauchbaren Sachen**" (§92 BGB) wie Saatgut, Holz, Baumaterialien oder andere Lebensmittel, die ins Eigentum des Nutzers übergingen und nur in gleicher Art, Menge und Güte zu erstatten waren. Dazu gehören bis heute auch Sachen, deren "bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht". Damit war aber auch der Weg frei, um Geld als verbrauchbare Sache einzuordnen, obwohl wohl nichts weniger verbrauchbar ist als die Geldfunktion eines Klumpen Goldes. War der Verbrauch aus der Sicht des Nutzers noch das wesentliche Merkmal der Geldleihe, so änderte sich die Perspektive vom Nutzer zum Verleiher, als die verbrauchbare Sache im Zuge der Rechtsgeschichte fast vollständig durch das Merkmal der Vertretbarkeit (§93 BGB) ersetzt wurde. Entscheidend war nicht mehr, was mit der Sache passierte, ob sie in einen Prozess der Fruchterzielung oder des produktiven Verbrauchs eingebunden war. Entscheidend war nur noch, dass der Gläubiger Anspruch darauf hatte, Sachen gleicher Art und Güte zurückzuerhalten. Die sachliche Vorstellung hierfür war die Verwahrung (§688 BGB, Art. 1915 cc), bei der der Entleiher das Saatgut für spätere Zeiten verwahren lassen konnte, damit es nicht verdarb und damit für die Zukunft aufgespart wurde. In den modernen Geldgeschäften ist diese Anschauung noch beim Sparvertrag erhalten, bei dem die Hingabe des Sparer von Geld gegen Zinsen an eine Bank nicht mit dem Darlehensrecht sondern als *Sammelverwahrung* eingeordnet wird. (BGH, Urt.v. 24.04.1975). Tatsächlich will der Sparer auch nur sein Kapital erhalten. Die Zinsen decken gerade den Substanz-

verlust der Inflation, wodurch er sich vom Kapitalanleger unterscheidet. Die Ideologie des Gelddarlehens war damit die Auffassung von der Verwahrung, bei der dem Verwahrer (Darlehensnehmer) als Eigentümer der verbrauchbaren/vertretbaren Sache die Ergebnisse der Nutzung dieser Sache zustanden und er lediglich nach Ablauf der Darlehenszeit eine Geldsumme gleicher Art und Güte zurückgeben musste. Seine Leistung bestand in der integralen Verwahrung der Geldsumme und nicht, wie beim *usus fructus* in der Fruchtziehung.

43 Die Ablösung der sachenrechtlichen Nutzungsrechte durch gewillkürte Formen der Nutzung war noch lange im italienischen und französischen Zivilgesetzbuch bis heute durch das *Synallagma* aus Hingabe und Rückgabe geprägt, das als **Realvertrag** der willentlichen Verpflichtung keinen Raum gab. Für Art. 1875 cc liefert der Darlehensgeber (*prêt*) "*une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre*", was §607 BGB alter Fassung wie folgt umsetzte: "*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.*" Nach der Reform von 2002 gilt diese Definition immer noch für den der Geldfunktionen beraubten reinen Sachdarlehensvertrag des neuen §607 BGB. Für ein Entgelt war in dieser Konstruktion des *prestitum* oder *mutuum* kein Raum, weil der Verwahrer nicht noch dafür zu zahlen hatte, dass er dem Sparer half. Er trug schließlich das volle Verlustrisiko und musste auch dann die Darlehenssumme zurückzahlen, wenn sie ersatzlos verbraucht war, während beim *ususfructus* der Verleiher diese Gefahr trug.

44 Demgegenüber entwickelte die römische Rechtslehre für die Hingabe einer fruchttragenden unverbrauchbaren und unververtretbaren Sache das Bild einer doppelten Leistung des Verleihers: ebenso wie der Darlehensgeber erfolgte die Übergabe der Sache an einen anderen Ort (**locatio**) aber anders als bei ihm war damit die Gewährung des Fruchtziehungsrechtes (**conductio**) verbunden. Dies wurde nun auf alle produktiven Dinge ausgedehnt. Für die Nutzung der Arbeit anderer gab es die *locatio conductio operarum* (Arbeitsvertrag) bzw. *operis* (Werkvertrag), für die Nutzung fremder Sachen die *locatio conductio rei* (Miet- oder Pachtvertrag). Hier wurde in der Tat schon früh Zeit gegen Geld getauscht. Für Geldschulden war dieser Gedanke unanwendbar. Eine Geldmiete (*locatio conductio pecuniae*) lässt sich im Rahmen der *locatio conductio specialis* für vertretbare Sachen nur ganz ausnahmsweise im römischen Recht finden. Sie war verpönt und mit dem Geruch des Wuchers versehen. Wo sie sich in der Praxis über das *creditum* durchsetzte, gebrauchte man das *mutuum* oder *prestitum* mit einer separaten Zinsvereinbarung (*stipulatio*).

45 Zinsen waren also **Wucher** und nicht nur die überhöhten Zinsen. Das, was in §138 Abs.2 BGB normiert ist und inzwischen in der deutschen Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten beim Doppelten des Üblichen entsubjektiviert wurde, hat mit dem, was historisch der Wucher (*usura*) war, wenig zu tun. Das "auffällige Missverhältnis" verallgemeinert nur die alte kaufrechtliche Regel über Marktversagen, die in der *laesio enormis* ihren Niederschlag fand, wie sie heute noch in §934 öster. ABGB formuliert ist: "*Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Theile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpuncte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.*" Hier geht es wie in §138 Abs.2 BGB um zweiseitig verpflichtende willentlich geschlossene Einmalschuldverhältnisse, bei denen Leistung und Gegenleistung das marktgerechte Verhältnis spiegeln. Seine Übertragung auf das Darlehen, wie sie heute allgemein angenommen wird, hat trotz entsprechender Anstrengungen gleichwohl zu keiner großen praktisch großen Wirksamkeit in den vielen Ländern Europas geführt. Während die romanischen Länder mit administrativen Zinsobergrenzen im *taux d'usure* eher wertneutral intervenierten, hat nur die deutsche Rechtsprechung den morali-

schen Vorwurf des §138 BGB auf Darlehen angepasst.

46 Im **Geldwucher** ist anders als im Kaufvertrag die Zinsnahme der Wucher gewesen. Bibel, Koran und die Lehren des Buddha haben wie Aristoteles die Waage der ausgleichenden Gerechtigkeit (iustitia commutativa) gestört gesehen, wenn zusätzlich zur Rückzahlung der vollen geliehenen Summe und der Übernahme der Gefahr ihres Untergangs vom Schuldner für die Nutzung einer prinzipiell verbrauchbaren unproduktiven Sache wie dem Geld ein Zins abverlangt wird. "Die Sünde, die usura (Zinsnehmen, Wucher) heißt und im Darlehensvertrag ihren eigentlichen Sitz und Ursprung hat, beruht darin, daß jemand aus dem Darlehen selbst für sich mehr zurückverlangt, als der andere von ihm empfangen hat." schreibt Papst Benedikt XIV 1745 in seinem apostolische Rundschreiben "Über den Wucher und andere ungerechte Gewinne (Vix Pervenit)". 350 Jahre später hat sich das Denken bereits grundlegend geändert. Papst Leo XII beschwört in seiner Enzyklika *Rerum Novarum* nur noch die Iustitia distributiva als Mittel der Kirche gegen Ausbeutung und Wucher.

47 Doch die **Geldmiete** hat sich inzwischen längst durchgesetzt. Während bei Sach- und Dienstmiete Tauschdenken möglich war und man daher die locatio conductio dort neben den unentgeltlichen Leihensverhältnisse des depositum und mandatum, der Verwahrung (§688 BGB, Art. 1915 cc) und des Auftrags (§662 BGB, Art. 1986 cc) entwickeln konnte, hat der Geldkredit unter der Tarnkappe des unentgeltlichen Darlehens zum gegenseitigen entgeltlichen Vertrag zinstragenden Kapitals in der Zeit entwickelt. Die Vereinbarung von Zinsen, zunächst verpönt und nachdem im Schuldnerverzug Verzugszinsen als entgangener Gewinn zugelassen hoffähig wurden, bahnte sich ihren Weg bis zur heutigen Formulierung in Art. 2 Verbraucher-Kreditrichtlinie, wie sie in §488 BGB des 2002 reformierten Darlehensrechts formiert wurde: *"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"* Das BGB, genötigt über das EU-Recht, folgt dem Kreditbegriff des Common Law, der im *"Zur Verfügung stellen"* die Nutzung der Zeit zum wesentlichen Leistungselement macht. 63 Jahre nach der entsprechenden Entscheidung des großen Senats des Reichsgerichts (RGZ 161, 52ff) vom 30. Juni 1939 wird damit die Zeit als Nutzungsparameter in den Mittelpunkt des Synallagma gestellt und die Ideologie vom unentgeltlichen Realvertrag zugunsten der Geldmiete verlassen. Im französischen Recht (*Du prêt à usage, ou commodat Art. 1875 cc*) ist diese Geschichte noch in der Abfolge der Regelungen sichtbar, wo im dritten Abschnitt nach dem *Sachdarlehen*, das den Verbrauch der geliehenen vertretbaren Sachen erlaubt (*Du prêt de consommation, ou simple prêt Art. 1892 cc*) das entgeltliche Gelddarlehen folgt. (*Du prêt à intérêt. (Art. 1905 cc)*).

48 Die **Ent-täuschung des Gelddarlehens** ist der Schlüssel für die Wiederentdeckung sozialer Nutzungsverhältnisse, die sich vom usus fructus über die Verwahrung bis zur Miete entwickelt haben. Die Geschichte des Geldes ist die Geschichte der Fehlvorstellungen, mit denen Geldbeziehungen rechtlich geregelt wurden. Die moderne Vorstellung, Geld trage Früchte in Form von Zinsen, ist eine neuzeitliche Ideologie, die mit der Vollendung kapitalistischer Märkte ihre Funktion erfüllt hat. Geld trägt keine Früchte. Gleichwohl kann Geld produktiv eingesetzt werden, indem es als Investition Arbeitsprozesse so kombiniert und organisiert, dass sie produktiver werden. Die Zinsen sind damit zwar nicht aus dem Geld als Frucht jedoch durch das Gelddarlehen und dessen Einsatz als Kapitalüberschuss entstanden. Sie sind nicht die Frucht des Geldes sondern Wertausdruck einer Leistung, die der Kreditnehmer durch Kombination verschiedener Produktionsfaktoren zusätzlich erwirtschaftet hat.

Man könnte daher meinen, dass das Geld doch wie die verbrauchbaren Sachen aus dem eigenen Verbrauch einen Nutzen erwirtschaftet. Doch Geld verbraucht sich nicht. Es ist nur Wertausdruck, der sich erhält. Anders als das Saatgut verschwindet es nicht im Prozess einer Investition sondern erhält seinen Wert, auch wenn es der Entleiher an Dritte verliert. Der Kapitalmarkt verliert nichts,

das Kapital taucht lediglich an anderer Stelle wieder auf. (Kostelany)

Geld ist somit eine ganz besondere Ware, die in das Schema derjenigen Waren mit Doppelcharakter als nützlichem Ding mit Gebrauchswert sowie als verkäuflichem Wert mit Tauschwert keinen rechten Platz findet. Daher finden die Vorschriften über Ansprüche auf Sachleistungen auch weitgehend keine Anwendung auf Geldschulden. Geld ist eine Gattungsschuld, auf die deren Vorschriften nicht anwendbar sind. (§§243 BGB) Die Verlustgefahr trägt immer der Schuldner (§270 Abs.1 BGB), sie kann jeder Leistung substituiert werden (§249 Abs.2, 250, 251 BGB), wer Geld entbehrt hat immer einen Schaden und muss Zinsen zahlen (§§288 Abs.1, 291, 668 BGB) und überhaupt "Geld hat man zu haben" (Medicus AcP)

49. Der **Nutzen des Geldes** ergibt sich nicht aus seinem Gebrauch sondern aus seiner Hingabe. Er erweist sich darin, dass der Darlehensnehmer bereit ist, dafür ein Entgelt, die Zinsen, zu zahlen. Das Geheimnis seines Nutzens besteht dann darin, dass es den Wert einer Sache oder Dienstleistung, die getauscht werden soll, repräsentiert. Wo also Leistungen getauscht werden, dort entsteht notwendig auch Geld, weil in der Leistung die Zeit enthalten ist - entweder thesauriert in der Sachleistung oder unmittelbar in der Dienstleistung. Kann ich aber eine Leistung wie der Händler im Tauschprozess nutzen, ohne dass mich ihr Gebrauchswert interessiert, so ergibt sich bei jedem Gegensatz eine Kapitalnutzungsmöglichkeit. Der Kredit macht dies nur deutlich und verhindert eine Verwechslung mit der nützlichen Verwendung eines Gegenstandes. Auch der Vermieter gibt aus seiner Sicht nicht den Wohnnutzen weiter sondern die Kapitalnutzung an dieser Wohnung, die er sich entgelten lässt. Entsprechend arbeitet der Arbeitnehmer auch nicht, um dem Arbeitgeber einen unmittelbaren Nutzen zu verschaffen sondern um den Lohn dadurch zu verdienen, dass er dessen Kapital für ihn nutzt und vermehrt. In der Miete bzw. der locatio conductio ist dies seit über 2000 Jahren anerkannt. Sie hat sich allmählich durchgesetzt. Deshalb gehört es zu den wichtigen Enttäuschungen, dass man gedanklich vom Gelddarlehen zur Geldmiete übergeht und die Gemeinsamkeiten mit den anderen Kapitalmieten wie Wohnraummiete und Arbeitsmiete herausarbeitet. Das Gelddarlehen entschleiern in seiner radikalen Absage an jede Gebrauchswertnutzung die modernen Nutzungsverhältnisse.

50. Damit wird aber die **über Jahrtausende entstandene rechtliche Weisheit** nicht obsolet. Der Sinn des alten Wucherverbotes (usura) lag in der Risikoverteilung und Partizipation. Nur wer das Risiko des Untergangs beim Darlehensnehmer mitträgt, kann ein Entgelt für die Nutzung verlangen. Restschuldbefreiung und Pfändungsschutz haben diese Einsicht viel zu spät ins Recht zurückgebracht und vorläufig noch vor den Toren des materiellen Zivilrechts im Verfahrensrecht geparkt. Die Vertragsfreiheit erlaubt im übrigen die Risikoverlagerung und die unbedingte Einstandspflicht des Darlehensnehmers für den Nennwert der Darlehensschuld. Doch eine solche Verlagerung muss i.S. der iustitia commutativa "gerecht" sein. Es muss sich im Zinnsatz niederschlagen, dass der Schuldner ein Risiko des Darlehensgebers mitträgt. Daher ist die laesio enormis ebenso wie die administrativen Zinssatzgrenzen ein zutreffendes Mittel der austeilenden (formalen) Gerechtigkeit. Umgekehrt muss derjenige, der den geldwerten Nutzen des Darlehensnehmers abschöpfen will, auch alles dafür tun, dass ein solcher Nutzen überhaupt möglich ist. Dieses alte Prinzip der Mitverantwortung, wie es das islamische ebenso wie das alte kanonische Recht in der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung und im partiarischen Darlehen sieht, hat im modernen Kreditrecht im Prinzip der "verantwortlichen Kreditvergabe" (Schweizer Konsumentenkreditgesetz, Belgisches Gesetz, Erwägungsgründe der RiLi 2008/48/EU) seine Wiederauferstehung gefunden. Die Rechtswissenschaften könnten hier weit bessere Geburtshilfe für ein soziales Kreditrecht geben, wenn sie die Enttäuschungen konsequent und historisch verfolgt. Die Strukturen einer locatio conductio als zweitem Zivilrechtsprinzip neben der emptio vendita würden der Rechtsdogmatik erwünschte gesellschafts- und sozialpolitische Effekte in den sozialen Dauerschuldverhältnissen von Arbeit, Wohnen und Konsum bereiten.

Wie verhalten sich Kapitalmiete (Kredit) und Kaufvertrag zueinander?

51. Die locatio conductio ("Miete", "Kredit") bestimmt das **Grundverhältnis wirtschaftlicher Kooperation** durch gegenseitige Kapitalnutzung, dessen wesentliches Element die Zeit ist, die für eine gesellschaftlich anerkannte produktive Leistung verausgabt wird. Sie scheint dabei neben der anderen weit besser erarbeiteten Rechtsform der wirtschaftlichen Kooperation zu stehen, der emptio vendita. Diese wird im deutschen Recht ideologisch auf den Kauf und in anderen Rechtsordnungen auf den Verkauf (sales contract, vente, vendita) verkürzt. Obwohl sie eine Kapitalnutzung auf "Lebenszeit" des Käufers bzw. der Sache ("lifetime" steht im Englischen auch für Abnutzung) vermittelt, scheint das Zeitelement in dieser Rechtsform abwesend zu sein. Dies zeigt sich auch in der Bezeichnung als "Einmalschuldverhältnis" (Spot Contract) zur Abgrenzung vom Dauerschuldverhältnis der locatio conductio gebracht hat. Tatsächlich ist die emptio vendita eine auf unendliche Zeit geschlossene locatio conductio, die ursprünglich aller sozialer Rücksichtnahme auf die Lebenszeitinteressen des Nutzers ("caveat emptor") entkleidet war. Es ist diese Rücksichtslosigkeit, die dem Kaufvertrag zusammen mit einer globalisierten kapitalistischen Tauschgesellschaft die Durchsetzung ermöglicht hat, hinter der der Sachmietvertrag bis zur Unkenntlichkeit zurücktreten musste. Nur bei den direkten Nutzungen der Arbeitskraft hat sich die soziale Rücksichtnahme des Mietvertrages erhalten, wobei der kapitalistischer Sklavenhandel der Neuzeit und Werkverträge auch hier das kaufvertragliche Denken des caveat emptor eingeführt haben.

52. Der **Kaufvertrag** als emptio vendita ist eine Täuschung darüber, dass eine umfassende Nutzung an aufgehäufter Arbeit vermittelt wird. Sein Siegeszug ist untrennbar mit dem Eigentum verbunden. Tatsächlich wurde Zeit und Nutzung nicht aus dem Kaufvertrag eliminiert sondern lediglich in das **Eigentum** verlagert, das zugleich zum zentralen Gegenstand des Kaufvertrages und glaubt man den Einteilungen des französischen Code Civil des gesamten Vertragsrechts wurde. Zwar begnügt sich der Kaufvertrag mit dem Tausch zweier Eigentümer von Sache und Geld in einer logischen Sekunde. Der Kaufvertrag ist damit sozio-ökonomisch gesehen zweck- und zeitlos. Gleichzeitig aber wird das Nutzungsrecht zum selbstverständlichen Inhalt des Eigentums erklärt und das Eigentum mit einer Ewigkeitsgarantie versehen. Lebenszeit und Gebrauch sind somit nur begrifflich verschwunden jedoch tatsächlich präsent, was sich in der Moderne in der Entwicklung des immer länger währenden Gewährleistungsrechtes der EU-Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie zum Nutzungsschutzrecht auf Zeit post contractum durchgesetzt hat. Die Auslagerung von Zeit und Nutzung auf das Eigentum hat sich zur zentralen Rechtsideologie des 19. Jahrhundert entwickelt. In der Rechtsdogmatik ist die Trennung von Sachenrecht (3. Buch des BGB; Livre II Des biens et des différentes modifications de la propriété) und Schuldrecht (Vertragsrecht) niedergeschlagen. Das Vertragsrecht kommt dabei im Code Civil im dritten Titel direkt nach dem Eigentum und nennt sich dort nur Eigentumserwerbsrecht. (Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété). Die Enttäuschung darüber, dass es genau umgekehrt ist - der Kaufvertrag schafft das Eigentum als Ort, um Arbeitszeit und Nutzungsmöglichkeiten zu thesaurieren, hatte Hegel, der das Eigentum aus dem Vertrag ableitete anders eingeschätzt. Seine Differenzierung bestimmte dann auch den Aufbau des BGB.

53. Der **wirtschaftliche Erfolg der Kaufvertragsideologie**, die zur beherrschenden Rechtsideologie aller marktwirtschaftlichen Ordnungen führte, das feudale Lehns- und Statusrecht ablöste und damit die letzten 250 Jahre bestimmte, war der Elimination von Arbeitszeit und Lebenszeit konkreter Menschen aus dem Kaufvertragsdenken (das letztlich auch den Werkvertrag bestimmt) geschuldet. Gerade die Verdrängung des Jansénismes (Pothier (s. Cottret 1998; Carbonnier 1999, 135) sowie der deutschrechtlichen Schule (Otto v. Gierke) durch die historische Rechtsschule (Windscheid vorbereitet durch Savigny/Jhering) bzw. das Vernunftrecht (Portalis) konnte zu einer Entpersonlisierung des Rechts führen, das zugleich weltweite Kooperationsbeziehungen nach Ort und Zeit ver-

schiedener Arbeiten erlaubte, ohne dass die Menschen noch miteinander in Beziehung treten müssen. An den Börsen, als dem abstraktesten Ausdruck der Kaufgesellschaft, werden Verträge ("Kontrakte") so gehandelt, als ob sie mit Menschen nichts mehr zu tun hätten. Über den Kaufvertrag werden die Arbeiten in vielen Ländern der Welt zu verschiedenen Zeiten zusammengestellt. Das caveat emptor Prinzip des Kaufrechts befreite denjenigen, der die Nutzung bereitstellte, von jeglicher Verantwortung dafür, dass diese Nutzung beim Nutzer auch "produktiv" eingesetzt werden konnte.

54. Die **Produktivitätsgewinne** durch ein von den Fesseln sozialer Beziehungen abgelöstes Tauschverhältnis haben eine Globalisierung möglich gemacht, die wir mit den internationalen Kaufrechtsabkommen, den Freihandelsabkommen (UNCTAD, WTO) und Wirtschaftsgemeinschaften (EU, NAFTA, Mercosur etc.) weitgehend als abgeschlossen ansehen. Wir haben heute andere Ziele als die weitere rechtliche Förderung einer immer einfacheren Globalisierung und Durchlässigkeit wirtschaftlicher Kooperation. Die Probleme des 21. Jahrhunderts sind eher sozialer Natur bei der Koordinierung der Arbeit. Heute kooperieren selbst Großunternehmen nicht mehr über den Kauf und Tausch sondern über die strategische Beteiligung und durch kartellartige Zusammenfassung von Mitbewerbern am Markt zu einem einzigen großen weltweiten Produktionsagenten. Kooperation ist zur internen Angelegenheit der Wirtschaftssubjekte geworden, die durch Dauerverträge zu sichern ist. Die Kredit- und Dienstleistungsgesellschaft muss daher die Zeit in das Vertragsdenken zurückholen und das caveat emptor Prinzip durch auf Vertrauen und gegenseitige Rücksichtnahme aufgebaute Risikoverteilungen in Dauerbeziehungen ersetzen. Die im Kaufrecht geschulten Juristen moderner Ausbildungsstätten sind daher heute oft Hemmschuh denn Ermöglichung internationaler Kooperation. Kreditbeziehungen im weitesten Sinne und mietvertragliches Denken erschließen erst, was Corporate Governance und die ökonomische Contract Theory von ihnen erwartet.

Wie wird eine Rechtsdogmatik sozialer Nutzungsverträge entwickelt?

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

56. **Methodisch** geht es um ein dialektisches Vorgehen, mit der die Entwicklung des Neuen aus dem Alten erforscht werden kann. Dies gilt auch für die Rechtswissenschaften. (Hegel) Danach ist das neue Recht eine doppelte Negation des alten und als Synthese aus der Kritik am bestehenden Rechtsverständnis. Die Kritik an der bestehenden Rechtsform ist als Antithese mit den Funktionen und Positionen der bestehenden Rechtsform des Kaufvertrages (These) zur Synthese des Neuen zu verbinden. Dazu sind die Leistungen und Funktionen der Kaufvertragsideologie (These) bereits hinreichend beschrieben und herausgearbeitet. Die daran geübte Kritik hat jedoch bisher wenig Neues und Alternatives hervorgebracht. Sie muss *systematisch und konstruktiv* gewendet werden. Konstruktiv ist die Kritik der bestehenden Rechtsformen nur, wenn sie deren logische Widersprüche einerseits, andererseits aber zugleich die empirisch vorfindbaren konkreten Antworten auf bisherige Dyfunktionalitäten einbezieht. Die logische Kritik bleibt nämlich abstrakt und bringt keine konkreten Rechtsformen sondern nur Prinzipien hervor, denen diese Rechtsformen gehorchen sollen. Die Rechtsformen ("theoretische Praxis" Althusser) selber leiten sich aber aus einer Vielzahl weiterer gesellschaftlicher Bedingungen ab, die niemals konstruiert sondern nur empirisch aus der Rechtsan-

wendung und Rechtsschöpfung erfasst werden können. Die Praxis weiß daher immer mehr als die Theorie, weshalb die Theorie als Filter zu einer neuen Diese beiden Formen sind an anderer Stelle (Reifner 1979) als systematische und symptomatische Rechtskritiken beschrieben und auf die Auslegungsmethoden des Zivilrechts angewandt worden.

57. In Bezug auf die sozialen Nutzungsverhältnisse geht es daher zunächst um die bereits gut dokumentierte **prinzipielle Kritik** am kaufrechtlichen Denken, wie sie bereits bei der Entwicklung von BGB und Code Napoléon geäußert und seitdem von konservativer wie sozialistischer Seite verfeinert wurde. Wesentliche Elemente dieser Kritik sind hier bereits aufgeführt wie die Entzeitlichung des Vertrags, seine Individualisierung und soziale Abschottung von den Verhältnissen, in denen sie wirken und bestimmt sind, die Versachlichung und damit Enthumanisierung der Leistungspflichten, die unreflektierte Externalisierung der Nutzung auf die (relativen wie absoluten) Eigentumsrechte, die Betonung des freien Willens bei der Bestimmung auch zukünftiger Zwänge der Kooperation, das Fehlen des Vertrauensgedankens und vor allem das caveat emptor Prinzip, das denjenigen, der an der Bereitstellung der Nutzungsmöglichkeit verdient, von jeder Verantwortlichkeit für ihren Erfolg frei spricht, ihm aber gleichzeitig im Tausch eine makellos nutzbare Ware, das Geld, verspricht. In der Frage der Entzeitlichung haben v. Gierke, Mengoni und französische Juristen bereits wertvolle Analysen vorgelegt.

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

59. **Beispiele von Symptomen** struktureller Inadäquanz sind die Auseinandersetzung um adäquate Rechtsformen zur Bewältigung der Mehrseitigkeit solcher Verhältnisse. (1) Die **Dreiecksbeziehungen** zwischen Kreditgeber, Verkäufer und Kunde (die ihre Entsprechung zwischen Arbeitgeber, Leiharbeitgeber und Arbeitnehmer oder zwischen Eigentümer, Vermieter und Mieter finden könnte) führte nur im Darlehensrecht zu einer Theorie der Vertragsverbindungen (*Einwendungsdurchgriff*). Die Vielzahl der dogmatischen Versuche, sie konstruktiv zu bewältigen (BGB-Gesellschaft, Treu und Glauben, Vertrag zugunsten Dritter etc.) zeigt Richtungen der Entwicklung an. (2) Die Ideologie der Willensfreiheit hat zur Abmilderung ihrer Folgen für die Situation armer Menschen in allen Zivilrechtsländern die Renaissance des **Wucherverbotes** im Verbraucherkreditrecht in der Form der modernen Zinsrestriktionen gebracht. Es geht dabei nicht um das marktwirtschaftliche Übermassverbot sondern um das Prinzip der produktiven oder verantwortlichen Kreditvergabe, das weder Zinsen zulässt, die weit mehr als den produktiven Nutzen abschöpfen noch das Risiko des Kapitaluntergangs einseitig allein dem Darlehensnehmer aufbürdet. Das Prinzip der verantwortlichen Kreditvergabe befindet sich im Zentrum des Synallagmas bei den guten Sitten. Es entspricht im Arbeits- und Wohnraummietrecht dem Tarif- und Mindestlohn sowie der Vergleichsmiete als Preisre-

gulation. (3) Die Entdeckung der Zeitlichkeit von Schuldverhältnissen findet sich in einem umfangreichen **Kündigungsschutzrecht**. (4) Die humane Bindung der Arbeitszeit mit dem Leben der Menschen zeigt sich in der **sozialen Rücksichtnahme** bei Krankheit, Alter, Unglück, wobei allein das Verbraucherkreditrecht rechtsdogmatische Anstrengungen unternimmt, sie in der Schuldrechtsideologie zu verankern. (Wegweisend der Auftrag der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts an die Zivilgerichte zur Entwicklung einer Dogmatik der sozialen Rücksichtnahme). (5) Die unbegrenzte Verfügbarkeit von Einkommen bei Geldschulden wird jedoch immer noch nicht als symptomatische Fehlvorstellung des kaufrechtlichen Denkens verstanden sondern in prozedurale oder öffentlich-rechtliche Vorkehrungen verbannt. So wird in Europa inzwischen flächendeckend eine **Schuldbefreiung bei Verbraucherinsolvenz** angeboten. Ferner werden Vorkehrungen wie die Sozialversicherungen als Ausfallhaftung für unterbrochene Einkommen der Arbeitnehmer (und dem Fehlen entsprechend zu versichernder Verpflichtungen zur Weiterbeschäftigung auf der Arbeitgeberseite) vorgehalten. Mietzuschuss, Wohngeld, die Zuweisung von Notunterkünften und sozialer Wohnungsbaus ermöglichen im Mietrecht, die Auswirkungen des caveat emptor Prinzips abzufedern.

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

61. Die meisten Abweichungen ergeben sich jedoch im **Kaufrecht** selber, so wie es in der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie festgeschrieben und in IV. A. – 2:201 ff. des DCFR übernommen wurde. Danach ist der Verbrauchsgüterkaufvertrag kraft Gesetzes zum Dauerschuldverhältnis erweitert, bei dem (6) die caveat emptor Regel prinzipiell zugunsten einer Haftung für die produktive Nutzungsmöglichkeit des bereitgestellten Gegenstandes innerhalb der dem Vertragsschluss folgenden drei Jahre der Gewährleistung niedergelegt ist. (7) Der Kaufvertrag ist durch die Produkthaftungsrichtlinie erweitert auf das soziale Umfeld des Käufers, seine Lebensgüter wie Gesundheit und Familie und verbindet zugleich die Akteure einer Absatzkette zu einer Haftungsgemeinschaft. Das Kaufvertragsrecht bietet somit in sich die deutlichsten Symptome dafür, dass die Kaufrechtsideologie des Allgemeinen Schuldrechts überholt ist. Allein aus diesen Veränderungen sind dort noch keine abstrakteren und prinzipiellen Konsequenzen gezogen worden, so dass man heute auch das Verbrauchsgüterkaufrecht als aus dem Zivil ausgelagertes Spezialrecht sozialer Nutzungsverhältnisse ansehen kann.

Welche Rechtsprinzipien sozialer Nutzungsverhältnisse sind möglich?

62. **Soziale Nutzungsverträge:** Soziale Nutzungsverträge sind aus Mietverhältnissen abgeleitete Dauerschuldverhältnisse, die für einen Teil der Lebenszeit natürlicher Personen lebenswichtige Güter, Dienstleistungen und Einkommensmöglichkeiten bereitstellen.

Die **Nutzung** betrifft Arbeit, bewegliche und unbewegliche Sachen, Geld oder Einrichtungen Dritter, die diese Möglichkeiten bereitstellen. **Lebenswichtig** sind Nutzungsmöglichkeiten über Arbeit,

Wohnen, Einkommen und Konsum, wenn sie die Lebenszeit betreffen. **Natürliche Personen** sind Arbeitnehmer, Verbraucher einschließlich Wohnender. **Dauerschuldverhältnisse** haben als Leistungsgegenstand die Zeit, soziale Dauerschuldverhältnisse menschliche Lebenszeit. **Sozial** sind diese Verhältnisse, wo sie Menschen in gesellschaftlichen kollektiven Zusammenhängen betreffen, die zudem sozialen Risiken ausgesetzt sind..

63. Rücksichtnahme und Lebensnotwendigkeit: Die Bereitstellung von Nutzungsmöglichkeiten für Verbraucher und Arbeitnehmer erfordert soziale Rücksichtnahme. Das Gesetz kann nach Art, Dauer und nach dem Grad der Bedeutung einer Nutzung für die Lebensverhältnisse der Betroffenen verschiedene Stufen der Rücksichtnahme und damit der Anwendbarkeit dieser Grundsätze einräumen

Der **soziale Zweck** der Nutzung verbindet die gesellschaftliche und die humane Dimension der Nutzungen. In gesellschaftlicher Hinsicht geht es um die Einbindung der jeweils individuellen Interessen der Nutzer in einen kollektiven Zusammenhang. In humaner Hinsicht geht es darum, die Lebenszeit der Menschen nur so einzubeziehen, wie sie sich tatsächlich unter Einschluss von Bedürfnissen, Lebensmöglichkeiten. Die Unterscheidung von Nutzungsarten nach ihrer Bedeutung im Leben der Betroffenen (**first necessity**, basic services, wichtigste Einkommensquelle etc.) kann zu einer unterschiedlichen Gewichtung der Rücksichtnahme führen.

64. Produktive Nutzung und verantwortliche Bereitstellung: Wer die Nutzung bereitstellt hat alles zu unterlassen, was deren sozialen Zweck gefährdet.

Der Zweck einer sozialen Nutzung ist die produktive Verwendung der damit bereitgestellten Mittel für das eigene Leben. Aus dem Grundsatz der Zweckförderung ergeben sich die Verbote der Kündigung zur Unzeit, das Gebot der Anpassung, der Vorrang von gütlicher Einigung vor Lösung und Verweigerung.

65. Kollektivität: Arbeitnehmer und Verbraucher können verlangen, dass kollektive Systeme zu ihrer Interessenwahrung ebenso wie kollektive Wertsysteme von Treu und Glauben sowie den guten Sitten in den Prozessen von Abschluss, Gestaltung und Auflösung sozialer Dauerschuldverhältnisse Eingang und Berücksichtigung finden.

Gewerkschaften aber auch Verbraucher- und Mieterverbände können von den Betroffenen in ihrer individuellen Situation zur Wahrung der kollektiven Interessen einbezogen werden. Die kollektiven Wertsysteme, soweit sie nicht bereits ausdrücklich im Gesetz verankert sind, finden über Tarifverträge aber auch durch richterliche Entscheidung über Treu und Glauben (bona fides) sowie die guten Sitten und den ordre public Eingang.

66. Zugang: Wer soziale Nutzungsverträge bereitstellt muss in Ankündigung, Vorbereitung und Abschluss sowohl bei der Definition der Gruppe, für die diese Nutzung bereitgestellt wird, wie auch innerhalb der Gruppe jede Diskriminierung nach persönlichen wie sozialen Merkmalen unterlassen.

Die Nutzung erfolgt als Tauschverhältnis. Der Anbieter ist prinzipiell frei in der Definition von Preis und Zugangsvoraussetzungen. Er ist allerdings durch die Diskriminierungsverbote der Anti-Diskriminierungsgesetzgebung an sein eigenes Verhalten insoweit gebunden, als er die getroffenen Entscheidungen daran messen und sich in der Durchführung seine allgemein und abstrakt gehaltenen Definitionen halten muss.

67. Anpassung: (1) Haben sich die sozialen und wirtschaftlichen Umstände, die die Grundlage des Vertrags bilden, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt schließen müssen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung und

seines sozialen Zwecks, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil den Vertrag kündigen.

(4) Der Nutzer kann bei der Anpassung eines Vertrages dafür vorgesehene kollektive Beratungs- und Vermittlungsinstanzen einbeziehen.

68. **Kündigung:** (1) Die Kündigung sozialer Nutzungsverträge gegenüber Verbrauchern und Arbeitnehmern muss transparent, nachvollziehbar und sozial verträglich gestaltet sein. Sie ist ultima ratio. Sie muss die wahren und angemessenen Gründe nennen und diskriminierungsfrei erfolgen. Sie soll sich nur an Gründen in der Person oder im Verhalten des Nutzenden sowie der Wirtschaftlichkeit der Bereitstellung für den Anbieter orientieren. Bei wirtschaftlichen Gründen sind kollektive Mechanismen des Interessenausgleichs zu suchen. Es ist Gelegenheit und Zeit für Vorschläge zur Vermeidung von Kündigung und/oder Kündigungsfolgen zu schaffen.

(2) Soziale Nutzungsverhältnisse kann jeder Vertragsteil **aus wichtigem Grund** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

69. **Begrenzte Gattungsschuld:** Soweit soziale Nutzungsverhältnisse regelmäßige Einkommen verschaffen, diese zeitlich und örtlich verfügbar machen oder sich auf Zahlungen aus solchem Einkommen beziehen, ist zu gewährleisten, dass das für die Sicherung des Existenzminimums notwendige Einkommen nicht geschmälert wird.

70. **Soziale Diskriminierung:** Die durch Arbeitslosigkeit, Obdachlosigkeit und Überschuldung bedingten sozialen Risiken müssen in der individuellen wie kollektiven Gestaltung der Nutzungsverträge angemessen berücksichtigt werden.