

Christian Joerges

Die Überarbeitung des BGB-Schuldrechts, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts¹

Die offiziösen Verlautbarungen zur »Überarbeitung« des Schuldrechts aus der Regierungszeit der sozialdemokratischen Justizminister Vogel² und Schmude³ klangen ehrgeizig: Nach 100 Jahren sollte, so schien es, endlich ein Vermächtnis der zeitgenössischen Kritik am BGB erfüllt und das Privatrecht »mit sozialem Pflichtgehalt« durchdrungen werden.⁴ Gleichzeitig ging es um eine Art Flurbereinigung, um eine Re-Integration der zahllosen schuldrechtlichen Sonder- oder Nebengesetze, um eine Modernisierung der Vertragstypologie des Besonderen Schuldrechts, um eine legislative Anerkennung und Begründigung richterlicher Rechtsfortbildung. Beides, die inhaltlich-reformpolitische Intention und die eher rechtstechnische Detailarbeit, sollte die Einheit des Schuldrechts neu begründen.

Zu einer Schuldrechtsüberarbeitung, die diesen Ankündigungen entspräche, ist es nicht gekommen und wird es nicht kommen. Gott sei's geklagt, meinen die einen, Gott sei's gedankt, die anderen. Dieser Beitrag wird in die Klagen nicht einstimmen, sich zum Schicksal der Bemühungen um eine Neukodifikation aber auch nicht mit Genugtuung äußern. Er soll sich statt dessen mit Stellungnahmen der akademischen Rechtswissenschaft zu den »sozialen« Intentionen der Gesetzgebungspolitik auseinandersetzen. Diese Auseinandersetzung benötigt zunächst einen Bezugsrahmen und soll dann in eine eigene Problembeschreibung einmünden. Den Bezugsrahmen entwickelt in einer notgedrungenen kurSORischen Form der erste Abschnitt unter dem Titel von der »Unbestimmtheit« des Rechts. Dieser Abschnitt wird aber nicht nur knapp ausfallen müssen, sondern auch abstrakt erscheinen, weil er sich nicht (oder jedenfalls nicht direkte) mit spezifischen Problemen der Gesetzgebungspolitik befaßt und ganz allgemein den Umgang mit dem Recht und die Rechtsentwicklung im Zivilrecht betrifft (I). Der dann folgende Hauptteil wird einen Ausschnitt aus den Auseinandersetzungen um die Schuldrechtsreform, nämlich die Debatte um das Verhältnis von Sondergesetzgebung und Kodifikation, aufgreifen und ausgewählte

¹ Dem Beitrag liegen zwei Vorträge zugrunde, die während eines Forschungsaufenthalts am Netherlands Institute for Advanced Study in the Humanities and Social Sciences, Wassenaar, 1. J. 1985/86 entstanden sind. Der erste über »Die Rolle des Verbraucherschutzgedankens bei der Überarbeitung des deutschen Schuldrechts« vor der »Gezelschap voor Konsumentenrecht« im September 1985 in Utrecht, Niederlande, enthielt eine Darstellung verbraucherpolitisch motivierter Gesetzgebungsvorhaben, auf deren Wiedergabe hier verzichtet werden kann. Der zweite über »Das Verhältnis der verbraucherrechtlichen Sondergesetzgebung zur Kodifikation des Bürgerlichen Rechts in den Auseinandersetzungen um die Überarbeitung des Schuldrechts« war für die Tagung »Soziales Schuldrecht« am 13./14. 3. 1986 in Bremen bestimmt.

² H.-J. Vogel, Gustav Radbruch – ein Rechtsdenker und Rechtspolitiker der deutschen Sozialdemokratie, Bonn 1978; Radbruch, auf den Vogel sich bezieht, steht seinerseits in einem sehr viel älteren Traditionszusammenhang.

³ J. Schmude, Schuldrechtsüberarbeitung – eine Herausforderung an den Gesetzgeber, NJW 1982, 2017 ff.

⁴ H.-J. Vogel, a. a. O., 24.

Stellungnahmen zu diesem Verhältnis auf ihren Umgang mit der »Unbestimmtheitsproblematik« hin analysieren und kritisieren (II). Im Schlußabschnitt geht es dann um die Konsequenzen dieser Kritik (III).

167

1. Die »Unbestimmtheit« des Rechts

Der Streit um den Sinn der Kodifikation des Zivilrechts und um dessen »sozialen« Gehalt ist bekanntlich alt und die Streitgeschichte höchst wechselhaft. Am Beginn des 19. Jahrhunderts trugen aufklärerisch-liberale Hoffnungen die Kodifikationsidee, bei ihrer Verwirklichung aber ging es dann lediglich noch um die Aufzeichnung »gesicherter« Bestände der Pandektistik. In der Weimarer Republik analysierten marxistische Rechtstheoretiker bereits den »Funktionswandel« des Privatrechts; danach mißfiel die formal-liberale Anlage des BGB dem Zeit-«geist» aus anderen Gründen. Die Brüche und Tragödien der deutschen Geschichte belasten bis heute die rechtspolitische und rechtstheoretische Diskussion – auch dann, wenn sie nicht angesprochen werden. Und diese Erblasten sind (mit) dafür verantwortlich, daß in der Nachkriegszeit die Auseinandersetzung mit den sozialen Funktionen des Zivilrechts und seiner Kodifikation recht verhalten ausgetragen wurde, daß erst in den 60er Jahren ein neuer Grundlagenstreit ausbrechen konnte, in dem die unterdrückten Traditionen der Kritik allmählich wieder entdeckt wurden.

Das Lehrstück einer umfassenden Geschichte der rechtstheoretischen und rechtspolitischen Auseinandersetzungen mit der Kodifikation, das die Kontextabhängigkeit aller einander ablösenden »herrschenden« und »kritischen« Positionen darstellen würde, ist nicht geschrieben, und mit seinem Erscheinen ist in absehbarer Zukunft auch nicht zu rechnen. Immerhin sind in den Kontroversen der 60er Jahre, in ihren wissenschaftspolitischen Nachwirkungen und in den an sie anschließenden Reflexionen doch rechtstheoretische Fragestellungen sichtbar geworden, die eine partielle Rekonstruktion der Berechtigung und der Schwierigkeiten einer kritischen Privatrechtstheorie erlauben.

1. Die Paradoxie der Unbestimmtheit und der Vorhersehbarkeit des Rechts

Am Anfang der Auseinandersetzungen zwischen »herrschenden« Selbstverständnissen und rechtskritischen Ansätzen in den 60er Jahren stand die Wiederentdeckung einer alten Einsicht: Die Beziehungen zwischen der Entscheidung eines konkreten Streitfalles, den gesetzlichen Vorgaben, den Beständen der Dogmatik und den Instrumentarien der juristischen Methodenlehre sind, so haben wir damals gelernt⁴, kontingent. Streifälle können mit guten juristischen Gründen in gegensätzlicher Weise aufbereitet werden, zu Regeln lassen sich Ausnahmen finden, gerichtliche Präjudizien und dogmatische Prinzipien sich durch alternative Traditionenbestände in Frage stellen, die unterschiedlichen Auslegungsmethoden sich gegeneinander ausspielen; kurzum: Das ganze Arsenal juristischer Arbeitstechniken etabliert eben keine zwingende Beziehung zwischen den autoritativ vorgegebenen Materialien und den konkreten Resultaten des Rechtsfindungsprozesses.

Diese Einsichten in die begrenzte Erklärungskraft von Gesetzestexten, Dogmatik und Methode sind alt und insofern auch trivial. Als Friedrich Carl von Savigny sein

⁴ Vgl. nur H. Rottleuhner, Zur Eigentümlichkeit der Rechtswissenschaft, in: ders., Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt 1973, 168 ff.

Projekt einer historischen Rechtswissenschaft ins Werk setzte, stand für ihn außer Frage, daß ein Gesetzbuch den Prozeß der »Bewegung und Entwicklung« des Rechts nicht würde stillstellen können⁵, und von seinen ohnehin flexibel gehaltenen vier Auslegungsmethoden erhoffte er sich nicht mehr als eine Richtungsangabe bei der Rechtsfindung.⁶ Gewiß entfaltete sich dann nach Savigny das Ideal eines »nur« an das Gesetz gebundenen und dessen Rechtsprinzipien bloß konstruktiv zu Ende denkenden Richters. Aber dieses Ideal, gegen das im übrigen gleich nach der Jahrhundertwende die Freirechtsschule mit noch heute gültigen Argumenten zu Felde zog⁷, war, aufs Ganze gesehen, eine relativ kurzlebige Vorstellung, deren (vorübergehende) Dominanz sich nicht zuletzt der Präokkupation der deutschen Privatrechtswissenschaft mit der Kodifikation des bürgerlichen Rechts verdankt.⁸ Nicht anders steht es um das allzu kurzatmige Bemühen der Heckschen Interessenjurisprudenz, Jherings Einsichten in die Interessen-, Bedürfnis- und Zweckabhängigkeit des Rechts⁹ mit dem Postulat der Gesetzesbindung durch das Theorem vom »denkenden Gehorsam« zu versöhnen.¹⁰ Dieser Versuch wurde sehr rasch durch den Übergang zur sog. Wertungsjurisprudenz wieder ad acta gelegt.¹¹ War also die Wiederentdeckung der Unbestimmtheitsproblematik eine bloße Don Quichotterie? Gewiß nicht. Denn die Einsicht in die Unbestimmtheit autoritativer Texte und rechtlicher Entscheidungen war und ist gerade deshalb beunruhigend, weil sie nur *ein* Element zweier gegenläufiger Erfahrungen bezeichnet: Man weiß nicht nur über die Grenzen der Gesetzesbindung und der juristischen Methodik Bescheid, sondern »weiß« zugleich immer auch, daß die Unbestimmtheit des Rechts die Funktionsfähigkeit des Rechtssystems nicht wirklich beeinträchtigt, daß ungeachtet aller Ungewißheiten stabile Verhältnisse herrschen.¹² Die Praxis versteht sich darauf, mit Ungewißheiten umzugehen, die akademische Rechtswissenschaft produziert stets verfeinerte und speziellere Regel-Ausnahme-»Systeme«. Die Unbestimmtheitsproblematik erweist sich als Paradoxie: Man weiß, daß man nicht weiß, warum das Recht funktioniert; aber man weiß auch, daß man handeln kann, weil es eben funktioniert.

2. Die »relative« Eigenständigkeit des Rechts

Der Versuch, die Unbestimmtheit-Paradoxie durch eine Identifikation im Verborgenen wirksamer Bestimmungs(Herrschafts-)Mechanismen aufzulösen, ist ein Spezifikum, durch das sich rechtskritische gegenüber herrschenden Ansätzen der

⁵ Vgl. F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 11 (vgl. 8).

⁶ F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, 207; vgl. genauer R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jh.*, Frankfurt 1986, 144 ff.

⁷ Vgl. nur E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig 1903, 19 ff.; G. Flavius (H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)*, in: H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Rechtszoologie*, hrsg. von Th. Wurtenberger, Karlsruhe 1962, 141.

⁸ Vgl. das Urteil von W. Fikentscher, *Methoden des Rechtes*, Bd. 3, Tübingen 1976, 365 ff.

⁹ Vgl. R. von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3. Theil, 1. Abt., 3. Aufl., Leipzig 1877, 326.

¹⁰ Vgl. Ph. Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzesstreue* (1905), in: G. Ellscheid/W. Hassemer, *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt 1974, 32 ff.; ders., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914.

¹¹ Vgl. den Überblick bei W. Fikentscher, a. a. O., 405 ff.; H. M. Pawłowski, *Methodenlehre für Juristen*, Karlsruhe 1981, 60 ff.

¹² Vgl. C. M. Yablon, *The Indeterminacy of Law: Crucial Legal Studies and the Problem of Legal Explanation*, *Cardozo Law Review* 6 (1985), 917 ff.; Yablons Auflösung der Unbestimmtheitsparadoxie durch eine Unterscheidung zwischen der »normalen« Jurisprudenz, der es um die Behandlung praktischer Rechtsfälle zu tun sei, und einer kritischen Rechtswissenschaft, die den sozialphilosophischen Implikationen der Dogmatik nachspüre, ist freilich viel zu einfach.

Rechtswissenschaft unterscheiden. In den 60er Jahren jedenfalls hat man sich zur Auflösung der Paradoxie auf die Marxsche Gesellschaftstheorie besonnen: »In letzter Instanz« seien für die spezifischen Rechtsverhältnisse der kapitalistischen Gesellschaft deren Produktionsverhältnisse verantwortlich.¹³ Eine marxistische Ableitung von Rechtsstrukturen verfehlt nun aber gerade die Pointe der Unbestimmtheitserfahrung. Selbst wenn sich etwa für eine (welche?) liberal-kapitalistische Phase die Funktionalität rechtlicher Basisinstitutionen und herrschender Rechtsvorstellungen aufzeigen lässt, so bleiben doch die widersprüchlichen Elemente der faktischen Rechtsentwicklung und die theoretische Vielfalt der Diskussion rätselhaft; in der uns vorrangig interessierenden »post-klassischen« Epoche jedenfalls sind alle eindimensionalen gesellschaftsstrukturellen Erklärungsversuche gescheitert: Sie vertragen sich nicht mit der Widersprüchlichkeit vorfindbarer Entwicklungen, mit der »Überbestimmtheit« konkreter Rechtslagen durch eine Vielfalt von Wirkungsfaktoren, aus denen sich historische »Gesetzmäßigkeiten« schlechterdings nicht abstrahieren lassen.

Dieser Einwand trifft nun aber nicht nur marxistisch inspirierte Ableitungsversuche, sondern auch deren »bürgerliches« Pendant, nämlich die ökonomische Analyse des Rechts. Deren führender Exponent, Richard M. Posner, beansprucht allen Ernstes und offenbar unbeeindruckt von der ironischen Affinität seiner Thesen zur Marxschen Kritik, eine positiv und normativ brauchbare Schlüssel-Kategorie in der Hand zu haben: Das Konzept der ökonomischen Effizienz soll nicht nur rationale Kriterien zur Entscheidung normativer Fragen zur Verfügung stellen, sondern zugleich zur Erklärung für die reale Entwicklung (zumindest) der zivilistischen Kernmaterien des Common Law taugen.¹⁴ Posner überfordert damit seinen Ansatz: Ob eine bestimmte Regel effiziente Resultate hervorbringt, lässt sich nicht allein abstrakt-konzeptionell, sondern immer nur im Verbund mit empirischen Verhaltensmaßnahmen klären, über die es indessen kein abgesichertes Wissen gibt.¹⁵ Deshalb bleibt die ökonomische Realisierung bestimmter Rechtsregeln in aller Regel ein fragwürdiges Unterfangen, deshalb müssen auch die normativen Empfehlungen der ökonomischen Rechtsschule im Ungewissen operieren; daß sie überdies den Inhalt der Auseinandersetzungen über konkrete rechtliche Fragen notwendigerweise wegen der ökonomistischen Einseitigkeit ihres Rationalitätskonzepts verfehlten, sei nur am Rande vermerkt.¹⁶

3. »Formale« und »materiale« Rechtsrationalität

Die Einsichten in die Grenzen des juristischen Handlungsinstrumentariums, aber auch die Unbestimmtheit des Verhältnisses von Recht, Ökonomie und Gesellschaft erklären ein Stück weit die praktische und die konzeptionelle Attraktivität der Fluchtbewegungen vom Recht in die Politik: Wenn die Rechtsfindung sich in Freiräumen vollzieht, wenn die »gesellschaftlichen Verhältnisse« das Recht nicht determinieren, kommt dann nicht der Politik ein gleichsam natürlicher Führungsanspruch in der Rechtsfortbildung zu? Jhering hat dieser »Lösung« durch seine funktionalistisch-instrumentelle Rechtsauffassung Vorschub geleistet¹⁷, der ameri-

¹³ Vgl. K. Marx, Einleitung zur Kritik der politischen Ökonomie, in: K. Marx/F. Engels, Werke Bd. 13, Berlin 1969.

¹⁴ R. M. Posner, Economic Analysis of Law, 2. Aufl., Boston-Toronto 1977, 18.

¹⁵ Vgl. die Kritik von D. Kennedy, Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique, Stanford L. Rev. 33 (1981), 587 ff.

¹⁶ Vgl. auch unten II 1.

¹⁷ Vgl. R. Ogorek, a. a. O. (Fn. 6), 3. Teil III 1 f und g.

kanische Rechtsrealismus hatte sich ihr verschrieben¹⁸, in der neueren deutschen Diskussion wurde sie durch das Sozialstaatspostulat überhöht. Indessen: Die Gesetzgebungspolitik pflegt, soweit sie politische Forderungen aufgreift, selektiv, sporadisch und kompromißfreudig zu agieren.¹⁹ Sie erledigt die Unbestimmtheitsproblematik nicht, sondern fördert die inhaltliche Desintegration der Rechtsordnung. »Die Politik« und ihr methodisches Äquivalent, die »Politik des Gesetzes«²⁰, wirken auch dann nicht integrativ, wenn man das gesamte positive Recht als Instrument zur Realisierung bestimmter Zielvorstellungen begreift. In solchen Deutungen müssen ja die Zwecke erst einmal bestimmt und abgestimmt werden, die dann als verbindlich ausgegeben werden – eben deshalb bedeutet die »politische Instrumentalisierung« des Rechts eine Steigerung seiner »Unbestimmtheit«.²¹ Dieses Dilemma der modernen Rechtsentwicklung hat Max Weber frühzeitig erkannt. In den »materialen Anforderungen an das Recht von seiten eines Teils der Rechtsinteressenten ... einerseits, der Rechtsideologen andererseits«²² sah er eine Gefährdung der formalen Qualitäten des modernen Rechts, die zu einer heillos-irrationalen Remoralisierung und Repolitisierung führen werde. Aber Weber war eben gleichzeitig Realist. Die von ihm selbst beklagte Transformation des Formalrechts führte er auf dessen eigene Verfassung zurück.²³ Anders gewendet: Die Unbestimmtheitsproblematik hat bereits das formalrationale Recht belastet, und die schrittweise Durchsetzung von partikularen Rechtsforderungen, die eben nicht mehr bloß auf den Schutz von formalen Handlungsfreiheiten, sondern auf die Anerkennung von materiellen Bedürfnissen und Interessen abzielen, ist ein irreversibler Prozeß. Freiheitsschutz und Interessenschutz stehen im heutigen Recht nebeneinander; die Inkompatibilität »formaler« und »materialer« Rechtsbegriffe erklärt die Schwierigkeiten aller Versuche der Dogmatik, das geltende Recht als inhaltlich stimmiges System zu erfassen.²⁴

Die Zwischensumme all dieser noch sehr abstrakten Überlegungen klingt zunächst einmal destruktiv: Wenn – so die erste These – Gesetzestext, Dogmatik und Methodenlehre die juristische Praxis nicht erschöpfend erklären, wenn – so die zweite These – die Suche nach »objektiven« gesellschaftlichen Determinanten und eindimensionalen Rationalitätskonzepten für die Rechtsentwicklung aussichtslos sind, wenn – so die dritte These – von der Politik konsistente Anleitungen nicht erwartet werden dürfen, so bedeutet dies, daß sich die tägliche faktische Lösung der Unbestimmtheitsproblematik ohne theoretische Aufklärung und Anleitung vollzieht. Diese Diagnose läßt sich auch positiv umformulieren (und bleibt dabei beunruhigend): Sie besagt ja, daß die Juristen die Unbestimmtheit des Rechts ständig »produktiv« auflösen, daß es ihre rechtsproduktive Tätigkeit ist, die den Umgang mit dem Recht »bestimmt«, die zwischen gesellschaftlichen Bedürfnissen und Rechtsentwicklung vermittelt, die in die Gesetzgebungspolitik eingeht und gleichzeitig die Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt.

¹⁸ Vgl. die prägnante Zusammenfassung bei R. S. Summers, *Pragmatic Instrumentalism and American Legal Theory. A Summary Statement*, Rechtstheorie 13 (1982), 257 ff.

¹⁹ Vgl. F. Kübler, *Kodifikation und Demokratie*, JZ 1969, 645 ff.; J. Esser, *Gesetzesrationale im Kodifikationszeitalter und heute*, in: H.-J. Vogel/J. Esser, *100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, Tübingen 1977, 13 ff.

²⁰ Vgl. E. Steindorff, *Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht*, FS Karl Larenz, München 1973, 217 ff.

²¹ Vgl. schon oben zu 1 bei Fn. 11.

²² M. Weber, *Rechtssoziologie* (hrsg. von J. Winckelmann), 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1967, 335.

²³ Vgl. A. T. Kronman, *Max Weber*, London 1983, 72 ff., 92 ff.; D. M. Trubek, *Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society*, Law and Society Rev. 20 (1986), 573 ff.

²⁴ Vgl. R. Wietholer, *Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht*, in: G. Brüggemeier/Ch. Joerges (Hrsg.), *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, ZERP-Materialien 4, Bremen 1984, 25 ff.

Die skizzierten Dimensionen der Unbestimmtheitsproblematik sind in der Gesetzgebungspolitik virulent, auch wenn deren Protagonisten eine andere Sprache sprechen: Wie lassen sich (Meta-)Prinzipien finden, mit deren Hilfe die Desintegration des Zivilrechts zu beheben wäre? Darf man »dem Gesetzgeber« die kognitive und politische Kompetenz zutrauen, die Unsumme strategischer Einflussnahmen auf die inhaltliche Fortbildung und die praktischen Auswirkungen des Zivilrechts zu durchschauen und zu kompensieren? Wie ist ein Gesetzestext abzufassen, der den Umgang der Praxis mit der Kodifikation dauerhaft inhaltlich bestimmen soll? Das Schicksal der Neu-Kodifikationspläne, das durch eine zunehmende Selbstbescheidenheit geprägt ist, dürfte zur Genüge belegen, daß die Praxis auf alle genannten Fragen durchaus reagiert.

In der Rechtswissenschaft indessen hat das Vorhaben der Schuldrechtsüberarbeitung, wenn man von den frühen Mahnungen namentlich Josef Essers²⁵ absieht, keineswegs zu grundsätzlichen Selbstzweifeln geführt. Die Vorgehensweise des Bundesjustizministeriums ließ, nachdem sie einmal hingenommen war, zu entsprechenden Überlegungen auch kaum noch Zeit. Durch die Vergabe der zahlreichen Gutachtenaufträge zu wichtigen Materien wurde die Rechtswissenschaft in eine Ausarbeitung bereichsspezifischer Restatements verstrickt, in denen allgemeine konzeptionelle Vorfragen einer inhaltlich-systematischen Neustrukturierung ausgeklammert blieben.

Eine Diskussion, in deren Verlauf die sozialen Funktionen des modernen Schuldrechts und dann auch die allgemeinen Aufgaben der Gesetzgebungspolitik direkt angesprochen wurde, hat sich jedoch an der Intention entzündet, die verbraucherpolitisch motivierte zivilrechtliche Sondergesetzgebung in die Kodifikation zu integrieren. Dies ist kein Zufall. Zum einen haben der Vorwurf, durch das BGB werde die soziale Aufgabe des Privatrechts negiert und auf Spezialgesetze abgewälzt, und die Forderung, das Gesetzbuch müsse »tief genug gegründet und hoch genug gewölbt sein, um alle diese Sondergesetze in seinen Gedankenbau aufzunehmen«, bereits die Kodifikationsarbeiten des 19. Jahrhunderts begleitet²⁶; zum anderen haben die modernen Protagonisten des Verbraucherrechts selbst die Unverträglichkeit verbraucherpolitischer Zielsetzungen mit der Prämissenwelt des bürgerlichen Recht dargelegt.²⁷ So überrascht es nicht, wenn die Idee einer Integration des Verbraucherschutzgedankens in die Schuldrechtskodifikation als »eminent-rechtspolitisches, u. U. sogar systemsprengendes Postulat« empfunden wurde.²⁸

Die Auseinandersetzung um die Integration des Verbraucherschutzgedankens in die Kodifikation war auf allen Seiten (auch) durch strategische und folglich kontingente Prämissen bestimmt. So haben gerade Exponenten einer sozialen Schuldrechtskonzeption vor einer Integration der verbraucherrechtlichen Sondergesetzgebung gewarnt, als die Chancen einer Durchsetzung verbraucherpolitischer Anliegen im

²⁵ Oben Fn. 19. Der erste Beitrag, der unnachsichtig auf einer Klärung der Vorfragen einer Abkehr vom BGB insistiert (und deshalb auch zur inhaltlichen Programmatik der Schuldrechtsreform nicht direkt Stellung nimmt) ist die Monographie von J. Schmidt, *Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform*, Berlin 1983.

²⁶ O. von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889, 16f.

²⁷ Vgl. vor allem N. Reich, *Markt und Recht*, Neuwied-Darmstadt 1977, 64ff.; U. Reifner, *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung: Realitätsverleugnung oder soziale Auslegung im Zivilrecht*, Neuwied-Darmstadt 1977, 21ff.

²⁸ M. Lieb, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, *AcP* 183 (1983), 327ff., 349.

Gesetzgebungsprozeß noch relativ günstig erschienen²⁹, während heute der langfristig wirksame Problemdruck und die Unabhängigkeit der Justiz zum Träger der Hoffnungen auf ein soziales Schuldrecht avanciert sind.³⁰ Die folgenden Abschnitte sollen jedoch den Verlauf der Debatte nicht umfassend analysieren, sondern werden sich auf die Positionen von Verteidigern der Kodifikation gegen eine Neuorientierung im Sinne eines verbraucherrechtlichen Sozialschutzes konzentrieren. Das argumentative Spektrum dieser Positionen wird durch drei neuere Arbeiten erschöpfend repräsentiert³¹: Eine Schrift von B. Dauner-Lieb über den »Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher«; das vom Bundesminister der Justiz in Auftrag gegebene Gutachten zum Verbraucherschutz von H. P. Westermann sowie die Monographie von H. H. Jakobs über »Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht«.

1. B. Dauner-Lieb: Marktrationalität als Rechtsprinzip

Mit dem Verbraucherschutzgedanken habe die rechtswissenschaftliche Literatur, so moniert Dauner-Lieb³², sich überwiegend vordergründig-pragmatisch arrangiert: Man dokumentiere verbraucherrechtliche Trends in Gesetzgebung und Rechtsprechung, erweitere dabei unauffällig tradierte Argumentationsmuster, manipuliere und kompliziere die Dogmatik dergestalt, daß die »als konsensfähig empfundenen Lösungen« sich als integraler Bestandteil des positiven Rechts darstellen können. Diese Diagnose kennzeichnet den »herrschenden« Stil der zivilrechtlichen Rechtsfortbildung allzu knapp³³, aber doch jedenfalls hinlänglich präzise, um das Anliegen von Dauner-Lieb verständlich zu machen: Dauner-Lieb möchte die Unverzichtbarkeit und den Gehalt von Orientierungen darlegen, mit deren Hilfe sich überhaupt erst qualifizieren läßt, ob und wie eine Integration des Verbraucherschutzgedankens das Privatrechtssystem tangiert.

a) Wenn und weil die Mannigfaltigkeit des positiven Rechts sich gegenüber immant-juristischen Ordnungsversuchen als undurchdringlich erweist, müssen die gesuchten Orientierungen außerhalb des Rechtsstoffes angesiedelt werden. Deshalb greift Dauner-Lieb die von Wieacker³⁴ eingeführte Denkfigur des »Sozialmodells« auf, die – in ihrer Deutung – »das Bild der wirtschaftlichen Realität« bezeichnet, »auf die sich das Recht bezieht« (S. 52 Fn. 91). Dieses Realitätsbild soll nun exakt den Modellvorstellungen einer Marktwirtschaft entsprechen, die das Individuum als homo oeconomicus konzipiert und den gesellschaftlichen Zusammenhang der Individuen dem Markt und dem Wettbewerb überantwortet. Den ökonomischen Modellvorstellungen von Konsumentensouveränität, unternehmerischer Freiheit und

²⁹ B. Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Berlin 1983; H. P. Westermann, Verbraucherschutz, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, Köln 1983, 1 ff.; H. H. Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Paderborn-München-Wien-Zürich 1983.

³⁰ Repräsentativ R. Damm, Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, 171 ff.

³¹ Vgl. G. Brüggermeier, Überarbeitung des Schuldrechts – Herausforderung oder Überforderung des Gesetzgebers?, KJ 1984, 186 ff.

³² A. a. O. (Fn. 29), 25 (die im Text genannten Seitenzahlen beziehen sich auf die Monographie von Dauner-Lieb); vgl. auch dies., Konsumentenkreditrecht – ein besonderes Privatrecht für Verbraucher?, Bank und Markt. Sonderausgabe: Konsumentenkredit in der Diskussion, 1985, 8 ff., 12.

³³ Vgl. unten zu 2b.

³⁴ Die klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Königstein 1974, 9 ff.

marktförmiger Organisation des Wirtschaftsprozesses entspreche das Privatrechtssystem dann – und nur dann – wenn es drei Prinzipien anerkenne: Die »formal-abstrakte Gleichheit« aller Rechtssubjekte, mit der die vorausgesetzte Befähigung zur Artikulation und Durchsetzung ökonomischer Bedürfnisse institutionalisiert werde; die Privatautonomie, die als rechtliches Medium des individuell-nutzenmaximierenden Handelns fungiere; die individuelle (»dezentrale«) Zurechnung von Fehlschlägen und Risiken, die der Abstraktion des Privatrechts von allen das Vertragshandeln motivierenden Zwecken und der aus solchem Handeln resultierenden sozialen Folgen entspreche (S. 52 ff.).

Die Konsequenzen dieses Denkansatzes für die rechtliche Inkorporation des Verbraucherschutzgedankens liegen auf der Hand. Mit den skizzierten ökonomischen Modellvorstellungen und ihren rechtlichen Korrelaten sind nur solche Verbraucherschutzmaßnahmen vereinbar, die dadurch zur Perfektionierung des »liberalen Sozialmodells« beitragen, daß sie die Voraussetzungen individuell-marktrationalen Handelns verbessern. Deshalb müsse sich die Rechtsfortbildung im Zivilrecht auf eine Beseitigung von Informationsdefiziten, die der Artikulation und Durchsetzung ökonomischer Bedürfnisse entgegenstehen können, konzentrieren und beschränken. Derart an den Funktionsbedingungen des Marktprozesses orientierte Maßnahmen respektieren die Rechtsprinzipien der formal-abstrakten Gleichheit, der Privatautonomie und der dezentralen Risikoverteilung, und es berühre die Geltung dieser Prinzipien nicht, wenn die rechtliche Kompensation von Informationsdefiziten im Ergebnis in erster Linie den Privatrechtssubjekten in ihrer Rolle als private Endverbraucher zugutekomme (S. 62 ff.). Jenseits des liberalen Modells bewegen sich dann definitionsgemäß alle Regelungen oder Regelungsvorstellungen, die sich nicht mit einem Ausgleich von Informationsdefiziten zufriedengeben, die beispielsweise sozialpolitisch motivierte Umverteilungen anstreben oder gar paternalistisch ansetzen und deshalb immer auf die Privilegierung bzw. Diskriminierung gesellschaftlicher Gruppen hinauslaufen (S. 116 ff.). Manfred Lieb hat in seinem Vortrag auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrer in Stuttgart 1983 die gesetzgebungspolitischen Konsequenzen dieser Argumentation verdeutlicht. Jede »personelle Differenzierung« im Zivilrecht weiche »in grundlegender und daher fast schon sensationeller Weise vom geltenden Bürgerlichen Recht ab«³⁵; das Zivilrecht habe die Eigenverantwortlichkeit aller Marktbürger zu respektieren und eine Kontrolle ökonomischer Macht grundsätzlich dem Wettbewerbsrecht zu überlassen.³⁶

b) Die hier nur knapp nachgezeichnete Argumentation bietet vielerlei Angriffsflächen. Es lohnt sich z. B., das Verhältnis der im Namen des liberalen Sozial- und Informationsmodells postulierten Prinzipien zum positiven Recht genauer zu untersuchen. Eine solche Analyse offenbart sehr rasch nicht nur zahlreiche mit den eigenen Prämissen schwer vereinbare Konzessionen an modellwidrige Rechtsinhalte³⁷, sondern vor allem auch ausdrückliche Einschränkungen des Geltungsanspruchs des Modells selbst.³⁸ Solche Unstimmigkeiten indizieren offenbar faktisch unüberbrückbare Diskrepanzen zwischen Modell und Realität. Aber was faktisch

35 A. a. O. (Fn. 28), 364 (vgl. 350).

36 A. a. O., 362 ff.

37 Bei der Inhaltskontrolle nach dem AGBG soll es um die Reaktion auf das typische Informationsgefälle zwischen den Anbietern und der Markttegenseite gehen, das sich durch Aufklärungsmaßnahmen allein nicht ausgleichen lasse (a. a. O., 72 ff.). Was bedeutet es für den Geltungsanspruch eines Modells, daß seine Undurchführbarkeit bereits feststeht?

38 Die »Durchbrechung des Prinzips der formal-abstrakten Gleichheit« durch das Mieterschutzrecht soll der »existentiellen Bedeutung des Vertragsgegenstandes Wohnung« Rechnung tragen (a. a. O., 50). Bedeutet die rechtliche Anerkennung solcher existentieller Enklaven, daß der Universalitätsanspruch des liberalen Sozialmodells politisch zur Disposition steht?

nicht ins Bild paßt, läßt sich allemal normativ zurechtrücken: Die faktische Entwicklung, so argumentiert Dauner-Lieb, dürfe nicht »durch sich selbst legitimiert« werden, oder, was dasselbe besagt, bei dem Sozialmodell, das dem BGB zugrundeliegen soll, haben wir es nicht mit einer bloßen Rekonstruktion ökonomie-theoretischer Prämissen einer bestimmten historischen Epoche, sondern mit einer zeitlos gültigen Ordnungskonzeption zu tun (S. 55). Diese unvermeidliche Voraussetzung ihres Denkansatzes unterbreitet Dauner-Lieb freilich in einer eigentümlich zurückhaltenden Form. Sie unterstellt nämlich keineswegs die *rechtliche* Verbindlichkeit ihres Modells und erklärt auch eine intersubjektiv nachprüfbare außerrechtliche Begründung ihrer Postulate für ausgeschlossen. Das Modell erlangt Gültigkeit dadurch, daß man sich für seine Geltung entscheidet (S. 145).³⁹

2. H. P. Westermann: *Integration durch Evolution*

Die systematischen Brüche im modernen Zivilrecht sind durch seine »Materialisierung« offenbar geworden.⁴⁰ Der Topos von der Materialisierung gilt als eine Art Oppositiobegriff, dessen genauere Bedeutung dann noch jeweils davon abhängt, wie sein Antipode, das Formalrecht, qualifiziert wird. Als Gegenbegriff zu einer Rechtsformkategorie, die, nach dem Vorbild der Kantischen Rechtslehre, Handlungsfreiheiten als subjektive Rechte konzipiert und schützt, bezeichnet Materialisierung eine Ablösung von rechtlichen Bestandsgarantien durch die rechtliche Verwirklichung von Sozialschutzpositionen, den Übergang vom Freiheitsschutz zur rechtlichen Anerkennung von Bedürfnissen und Interessen.⁴¹ Wer sich demgegenüber an Max Webers Kategorie der formalen Rationalität orientiert, wird statt dessen die qualitativen Veränderungen des juristischen Räsonnements, den Einfluß ethischer Imperative, utilitaristischer oder anderer Zweckmäßigkeitserwägungen und politischer Maximen hervorheben.⁴² Aber beiden Analyse-Varianten ist gemeinsam, daß sie den »vor-materialen Rechtszustand nicht idealisieren. Die Kantische Freiheitsethik ist ja nicht einmal als rechtswissenschaftliche Theorie und schon gar nicht in der rechtlichen Praxis zur »Wirklichkeit« einer klassisch-liberalen Epoche geworden. Für Max Weber gab es zwischen den formal-rationalen Qualitäten des Rechts und den praktischen Anforderungen des Rechtslebens unaufhebbare Gegensätze; diese Gegensätze erklären nicht nur die faktische Unüberwindbarkeit der nicht-formalen Elemente im Recht, sondern haben dann auch den Materialisierungsprozeß begünstigt.⁴³

a) Aber sind die unbehaglichen Konsequenzen, die sich aus solchen Diagnosen für die Integrationsproblematik im modernen Zivilrecht ergeben, tatsächlich unvermeidbar? Dies bestreitet das Gutachten von H. P. Westermann⁴⁴, das die bislang detaillierteste Auseinandersetzung mit dem Verhältnis der zivilrechtlichen Sondergesetzgebung zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthält, mit Entschiedenheit: Die politische Programmatik der Schuldrechtsüberarbeitung ziele keineswegs auf eine

39 Konsumentenkreditrecht, a. a. O. (Fn. 32), 10.

40 Vgl. oben zu I 3.

41 Vgl. R. Wiethöfer, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, a. a. O. (Fn. 24), 32.

42 Vgl. M. Weber, a. a. O. (Fn. 22), 125 sowie G. Teubner, *Reflexives Recht*, ARSP 68 (1982), 13 ff., 14 f.; ders., *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Auswege*, in: F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, 289 ff., 304 ff.

43 Vgl. M. Weber, a. a. O. insbes. 334 f.; erinnert sei im übrigen daran, daß Weber die sozialen Wirkungen einer bloß formal verstandenen Vertragsfreiheit recht drastisch beschrieben hat (a. a. O., 204 ff.); der Prozeß der gesellschaftlichen Rationalisierung um allgemeinen und des Rechts im besonderen bezeichnet für Weber die Tragik der Moderne, nicht etwa die Realisierung liberaler Hoffnungen.

44 A. a. O., Fn. 29.

»Neukonzeption« des Schuldrechts, sondern setze die Fortgeltung eines BGB und zivilrechtliche Nebengesetze übergreifenden »betont marktwirtschaftlichen« Ordnungsrahmen voraus.⁴⁵ Diese politische Programmatik entspreche aber zugleich dem positiven Recht, weil zum einen die Rechtsfortbildungen im allgemeinen Zivilrecht keineswegs zu einer konzeptionellen Revision der Basisprinzipien des BGB geführt hätten, weil zum anderen auch die verbraucherpolitisch motivierte Sondergesetzgebung strukturell mit den allgemein zivilrechtlichen Regelungsmustern vereinbar sei.⁴⁶

Die rechtlichen Grundprinzipien des BGB und ihre Bindung an ein liberales Sozialmodell beschreibt Westermann in den gleichen Begriffen, aber keineswegs so rigide wie Dauner-Lieb: Das Prinzip der formal-abstrakten Gleichheit gelte nur »grundsätzlich« (S. 80); die Normierung der Privatautonomie sei von vornherein mit Vorkehrungen zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen verbunden gewesen (Formvorschriften/Inhaltskontrollen/Widerrufs- bzw. Abänderungsrechte, S. 10); die Abstraktion des Privatrechts von sozialen Schutzbedürfnissen entspreche einer anti-paternalistischen Grundeinstellung, die mit indirekten und begrenzten kompensatorischen Interventionen durchaus verträglich sei (S. 79 f., vgl. S. 11 f., 58).

Diese Umschreibung der Ausgangsprinzipien des BGB lässt vielfältige Erweiterungen der zivilistischen Schutzinstrumente zu, bestimmt aber auch deren Systemgrenzen. Mit dem Universalitätsanspruch des Zivilrechtssystems seien punktuelle und situationsspezifische Differenzierungen verträglich, nicht aber gruppenbezogene Konfliktregelungen (S. 11, 32, 59 f., 79 ff.). Als Ansatzpunkte solcher Interventionen kommen »die Kompensation relativ geringerer ökonomischer Durchsetzungsfähigkeit, der geringeren Befähigung zu intellektueller oder sprachlicher Erfassung von Tatbeständen oder schließlich des organisatorischen Übergewichts ... eines Vertragspartners« in Betracht (S. 12); aber bei all dem müsse das Privatrecht die Kompensierbarkeit von Ungleichgewichtslagen voraussetzen und sich deshalb immer auf die Gewährleistung der Funktionsbedingungen des Vertragsmechanismus beziehen (S. 74, 81).

Mit einem so verstandenen Regelungsrahmen sei, so sucht nun Westermann im einzelnen darzulegen, die verbraucherrechtliche Gesetzgebung durchaus kompatibel geblieben. Die gesetzgeberischen Differenzierungen im »persönlichen« Anwendungsbereich seien cum grano salis als Reaktionen auf situationstypische Schutzbedürfnisse begreifbar – im AGBG (S. 25, 28, 66) ebenso wie im FernUSG von 1976 (S. 68) und im neuen Reiserecht (S. 57); selbst im Abzahlungsrecht trete die Unangemessenheit einer verbraucherspezifischen Abgrenzung immer deutlicher zutage (S. 42).⁴⁷ Privatrechtskonform erschienen vor allem die Kontrollansätze der in Frage stehenden Gesetzgebung. Dies gelte für die Regelungen des Vertragsabschlußverhaltens durch Formvorschriften, Widerrufs- bzw. Rücktritts- oder Kündigungsmöglichkeiten (§§ 1a, 1b, 1c AbzG; §§ 3 ff., 16 f. FernUSG; §§ 6; 11, 65; 1j BGB).

45 A. a. O., 11, vgl. 12, 23, 74, 81, 83. – Die im Text im folgenden angegebenen Zahlen beziehen sich jeweils auf die Seiten von Westermanns Gutachten.

46 Der Interpretation der politischen Programmatik der Schuldrechtsüberarbeitung kommt dabei kein eigentlicher Beweiswert zu; diese Interpretation kann und soll die Analyse der Entwicklungen des Schuldrechts und des Regelungsgehalts des Verbraucherrechts nicht präjudizieren. – Allerdings sieht Westermann mit Rücksicht auf diese Programmatik, die er zugleich als Prämissen der ihm gestellten Gutachtenfrage betrachtet (S. 11), von einer Auseinandersetzung mit solchen Ansätzen der Verbraucherrechtstheorie ab, die diese Voraussetzungen in Frage stellen (vgl. bes. S. 74). Diese Haltung erscheint mir mit der Art der Beweisführung, die Westermann intendiert, nicht vereinbar zu sein, weil jene ausgeschlossenen Ansätze ihrerseits die positive Geltung ihrer Rechtsinterpretationen behaupten.

47 Vgl. aber auch S. 32 zur Gerichtsstandsnovelle von 1974.

Dies gelte aber im Prinzip auch für die zwingenden Verbots- und Kontrollnormen. Zwar gehe dabei das FernUSG geradezu paternalistisch vor (S. 45), und auch die Klauselverbote des AGBG seien schwerlich durch eine ökonomische und intellektuelle Machtungleichheit zu erklären (S. 26, vgl. S. 105 ff.). Aber die praktisch ja ungleich bedeutsamere Inhaltskontrolle nach §§ 9, 24 AGBG begegne der »aus dem Stellen« von Bedingungen folgenden Gefahr für die Vertragsgerechtigkeit« und könne für das allgemeine Privatrecht in modifizierter Form nutzbar gemacht werden (S. 106 f.). Auch wenn sich nach allem die Re-Integration der verbraucherpolitisch motivierten Gesetzgebung für Westermann nicht als prinzipielles, sondern bloß als rechtstechnisches Problem darstellt, so bleiben doch die gesetzgebungspolitischen Empfehlungen des Gutachtens ausgesprochen vorsichtig. Die an sich privat-rechtskonformen Kontrollinstrumentarien, die in den unterschiedlichen Sondergesetzgebungen eingeführt wurden, sind offenbar derart eng auf die jeweils betroffenen Regelungsprobleme bezogen (und derart vom Verlauf der rechtspolitischen Auseinandersetzungen um diese Probleme geprägt), daß sich aus ihnen keine allgemein gültigen und der Systematik des BGB entsprechenden Prinzipien abstrahieren lassen (S. 87 ff.). Auf diese Schwierigkeiten wird sogleich zurückzukommen sein.

b) Es wäre naheliegend, aber auch vordergründig, die systematische Leistung Westermanns wegen der unvermeidlichen begrifflichen Unschärfen seiner normativen Leitvorstellungen zu kritisieren. Berechtigt und unvermeidbar erscheint mir jedoch die Frage, ob sich jene Leitvorstellungen konzeptionell zu einer ordnungspolitisch kohärenten Handhabung der im BGB und in den Sondergesetzen enthaltenen Kontrollinstrumentarien eignen. Für den wichtigsten normativen Topos, die Kompen-sation von Ungleichgewichtslagen, gilt dies jedenfalls nicht.

»Ungleichgewichtslagen« in Vertragsabschlußsituationen sind weder vermeidbar noch per se schon bedenklich, und die Bedeutung einer Intervention in die Vertragskonditionen hängt von zahlreichen Randbedingungen ab.⁴⁸ Nur dann, wenn die in AGB enthaltenen Klauseln allein deshalb »unfair« ausfallen, weil die Nachfrager jeweils Zeit, Mühe und Kosten einer individuellen Verhandlung scheuen und ihre Interessen auch nicht aggregieren können, läßt sich die korrigierende Intervention als eine gleichsam stellvertretende Herstellung des »richtigen« Verhandlungsergebnisses hinstellen, die für beide Parteien eine Ersparnis von Transaktionskosten bedeutet. Vielfach sind aber zwingende Normen und Vertragskorrekturen mit *distributiven* Effekten höchst unterschiedlicher Art verbunden oder gar *paternalistisch* motiviert.

Der Anbieterseite wird, wie Westermann zu Recht bemerkt (S. 26), ein Verbot gleichgültig sein, wenn sie dessen Kostenfolgen über den Preis an die Verbraucher weiterreichen kann, ohne dabei Gewinneinbußen hinnehmen zu müssen. Ob diese Möglichkeit besteht, hängt indessen von der Marktposition des Anbieters und der Art des betroffenen Gutes sowie der Lage der Nachfrager ab. Bei wirksamem Wettbewerb braucht es keineswegs zu einer gleichförmigen Preiserhöhung zu kommen. Die Vertragskontrolle hat dann distributive, die Nachfragerseite (und womöglich einzelne Anbieter) begünstigende Effekte. Selbst der Monopolist kann mit einer Preisanhebung nur dann reagieren, wenn keine substitutiven Güter verfügbar sind und die Nachfrager auf sein Angebot nicht einfach verzichten

⁴⁸ Vgl. zur Erläuterung der folgenden Hinweise einerseits M. Adams, *Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Diskussionsbeiträge des Volkswirtschaftlichen Instituts der Universität Bern Nr. 6, Bern 1983, 5 ff., andererseits D. Kennedy, *Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, Maryland L. Rev. 41 (1982), 563 ff., bes. 614 ff.

können. Auch hier sind also Umverteilungswirkungen durchaus möglich. Das zwingende Vertragsrecht kann sich aber auch, wie Westermann am Beispiel des FernUSG deutlich macht (S. 45), über Markt- und Verhandlungsprozesse dadurch hinwegsetzen, daß es den potentiellen Kunden paternalistisch »gegen sich selbst« schützt. Entsprechende »diskriminierende« Effekte stellen sich ein, wenn durch Kontrollen verursachte Preiserhöhungen für einen Teil der Nachfrager ein Angebot unerschwinglich machen. Paternalistisch ist schließlich auch die mit Hilfe des § 138 BGB erreichte Zurückdrängung des vermittelten Ratenkredits, der ja »am Markt« durchaus seine – wenn auch eben »unvernünftigen« – Erfolge hat. Die scheinbar bloß die Rationalität der Verbraucherentscheidung sichernden Instrumentarien sind nicht weniger harmlos.⁴⁹ Aufklärungs-, Kündigungs- und Rücktrittsrechte wirken sich auf das Nachfragerverhalten aus; solche Pflichten führen deshalb zuerst durch die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und die Situation der Nachfrager spezifizierbaren Verteilungswirkungen und gehen zum Teil sogar paternalistisch vor. Der Leitgedanke der Kompensation von Ungleichgewichtslagen bleibt mithin nicht bloß wegen seiner begrifflichen Unschärfen, sondern vielmehr wegen der Heterogenität seiner Zielsetzungen und Wirkungen »unbestimmt«. Er suggeriert eine systematische Geschlossenheit, die das positive Recht nicht aufweist. Die Kontextabhängigkeit der Wirkungen vertragsrechtlicher Interventionen und die Vielfalt ihrer Zielsetzungen dürfte letztlich auch dafür verantwortlich sein, daß sich die von Westermann angestrebte Re-Integration der Sondergesetzgebung in das BGB als praktisch undurchführbar erweist.

3. H. H. Jakobs: *Die Rehabilitation des Juristen als solchem*

Dauner-Lieb versucht das Verhältnis von Kodifikation und Sondergesetzgebung normativ durch den Rückgriff auf ein Sozialmodell zu klären, dessen Verbindlichkeit sie nicht ausweisen kann und das mit dem Stand der Rechtsentwicklung nicht in Einklang zu bringen ist. Westermann stützt seinen Re-Integrationsvorschlag auf einen Systematisierungsversuch, der das liberale Sozialmodell fortentwickelt, das Privatrecht aber weiterhin an das Leitbild einer abstrakten Vertragsgerechtigkeit bindet und deshalb dessen soziale Zwecke und Wirkungen nur verkürzt zur Kenntnis nimmt. Es ist mithin jeweils der Versuch, die »Unbestimmtheit« des Rechts durch eine jenseits des positiven Rechtsstoffes ansetzende soziale Funktionsbestimmung zu überwinden, der die Re-Integrationshoffnungen scheitern läßt. Jakobs möchte sich solche Grenzüberschreitungen versagen. Seine Stellungnahme zur Kodifikationsproblematik gründet geradezu auf der These, daß die Entwicklung des Rechts von in »ihrer Wirkung nicht mehr erfaßbaren Kräften« getragen sei und deren Undurchdringlichkeit als »Grundtatsache« respektiert werden müsse.⁵⁰

a) Jene »Grundtatsache« habe Savigny mit seiner Volksgeistlehre in einer nach wie vor gültigen und bis heute nicht überbotenen Vollkommenheit in Erinnerung gebracht (S. 28). Savignys Stellungnahme gegen den Beruf seiner Zeit zur Gesetzgebung⁵¹ werde mißverstanden, wenn man sie bloß als Reaktion auf die politischen Vorstellungen seines Antipoden Thibaut beziehe (S. 21) oder ihre Abhängigkeit von

⁴⁹ Vgl. aber die ökonomische Analyse der »Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht« durch M. Adams (Diskussionsbeiträge des Volkswirtschaftlichen Instituts der Universität Bern Nr. 31, Bern 1985).

⁵⁰ H. H. Jakobs, a. a. O. (Fn. 29), 25. Die im Text folgenden Zahlen verweisen auf die Seiten dieser Monographie.

⁵¹ Oben Fn. 5.

der romantischen Geschichtsmetaphysik seiner Zeit behauptete (S. 26 ff.).⁵² Die Aussagen Savignys zur »Entstehung des positiven Rechts«, seine Metapher vom »organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes«, das berühmte Diktum, wonach das Recht »erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers«⁵³, seien nicht auf Spekulation, sondern auf empirische Anschauung gegründet (S. 26), seien gültig als »Feststellung dessen, was man immer gewußt hat« (S. 30, vgl. S. 63 ff.).

Savigny hatte bekanntlich »bey steigender Cultur« eine unvermittelte Transformation von Sitte und Volksglauben in Rechtsvorstellungen für ausgeschlossen erklärt und deshalb dem wissenschaftlich gebildeten Juristenstand eine das Volk repräsentierende Funktion zugewiesen: »Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen ... Der Kürze wegen nennen wir künftig hin den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das *politische* Element, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das *technische* Element desselben«.⁵⁴ In dieser Unterscheidung von Politik und Technik findet Jakobs den »Kern der Ansicht Savignys von der Entstehung des Rechts« (S. 42) und den Schlüssel für das richtige Verständnis für die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebungspolitik und Rechtswissenschaft. Der Beruf der Rechtswissenschaft beziehe sich »auf die Ausbildung des technischen Elements« (S. 42). Diese bringe das im Bewußtsein des Volkes Vorgegebene in juristische Gedanken, sei »Repräsentant« nicht in einem institutionell-politischen Sinne, sondern schöpfe ihre besondere Legitimation lediglich aus dem Gegensatz von »Laienverständnis und Sachverstand« (S. 90, vgl. S. 14 f., 41 f., 58 ff., 132). Zum politischen Element des Volksbewußtseins dagegen habe der »Jurist als solcher« zu schweigen, weil in dieser Sphäre seine Wissenschaft nichts vermöge (S. 62 f.). Auf das politische Element beziehen sich denn auch Jakobs zufolge die Aufgaben der Gesetzgebungspolitik. Nur müsse der Gesetzgeber sich in Acht nehmen, zum einen, weil die politische Macht für das gesellschaftliche Leben zerstörerische Wirkungen entfalten könne (S. 61), zum anderen aber auch, weil ein Gesetzgeber, der die im Bewußtsein des Volkes vorgebildeten Inhalte mißachte, erleben werde, daß seine Akte nicht »Recht« werden und die wissenschaftliche Einsicht dies dann auch zur Geltung bringe (S. 38).

In der Interpretation des »Berufs« ist bereits häufig betont worden, daß jene Passagen, in denen Savigny die Unfähigkeit gerade seiner eigenen Zeit zur Gesetzgebung darlegt, um dann, falls die »seltensten und glücklichsten Umstände« sich vereinigen, für die Kodifikationsidee eine vage Option offen zu halten⁵⁵, die grundsätzlichen Vorbehalte gegen eine gesetzgeberische Gestaltung des Zivilrechts letztlich nicht zu relativieren vermögen.⁵⁶ Für Jakobs kann die Berechtigung dieser Interpretation nicht zweifelhaft sein (S. 48 f.). Deshalb gelte es zunächst, eine Erklärung für die »unerhörte Tatsache« zu finden, daß die Pandektenwissenschaft

⁵² Anders z. B. S. Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, Uppsala 1960, 31 ff. Von dem Versuch, die Savigny-Interpretation Jakobs' zu überprüfen, sehe ich jedoch ab und verweise auf die Einwände von R. Ogorek, Volksgeist »Spätelse«, Rechtshistorisches Journal 4 (1985), 3 ff., bes. 10 ff. zur Unterscheidung des politischen vom technischen Element der Rechtsbildung.

⁵³ F.C. von Savigny, a. a. O., 75 ff.

⁵⁴ A. a. O., 78.

⁵⁵ A. a. O., 92 ff., 97 ff., 150.

⁵⁶ Vgl. nur S. Gagnér, a. a. O., 22 ff. sowie P. Caron, Savignys »Beruf« und die heutige Krise der Kodifikation, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 39 (1971), 451 ff., 455 ff.

des 19. Jahrhunderts sich überhaupt auf die Mitarbeit an der Kodifikation eingelassen habe (S. 22, 57). Diese Erklärung findet Jakobs in der für das ausgehende 19. Jahrhundert unabweisbaren Notwendigkeit, das deutsche Privatrecht zu vereinheitlichen. Dieser Aufgabe habe die Rechtswissenschaft sich umso weniger zu verweigern brauchen, weil sie »als politische Entscheidung für ein unpolitisches Gesetzbuch« verstanden und umgesetzt worden sei (S. 124; vgl. S. 128, 145). Aus dieser Deutung der Konstellation des Jahres 1873 ergibt sich für Jakobs, daß wir das Bürgerliche Gesetzbuch »unter allen in der heutigen Zeit denkbaren Kodifikationen als die beste zu bezeichnen« haben (S. 160). Der Gesetzgeber habe dadurch, daß er seine politisch-inhaltlichen Vorgaben auf die Herstellung der Rechtseinheit beschränkte, die Priorität des Volksbewußtseins für die Rechtsbildung und den technisch-reproduktiven Beruf der Rechtswissenschaft respektiert. Diese Deutung des BGB als genuin wissenschaftliche Leistung relativiert andererseits den Geltungsanspruch des kodifizierten Textes. Die lediglich rechtswissenschaftlich begründeten Regeln des BGB bleiben jederzeit korrigierbar: Es »bedarf die bessere wissenschaftliche Einsicht gegenüber derjenigen, die das Gesetz hat, zu ihrer Legitimation nichts weiter als des Nachweises, daß es sich um eine technische Frage handelt und daß ihre Gründe eben die besseren sind« (S. 117). So kann Jakobs denn auch dem Vorhaben einer Schuldrechtsüberarbeitung »mit Gelassenheit entgegensehen« (S. 161). Die Überarbeitung kann als Neu-Aufzeichnung des Rechts sich ohnehin nur durchsetzen, soweit sie den im Rechtsbewußtsein des Volkes gesetzten Vorgaben entspricht und bleibt dann in der gleichen Weise revidierbar wie der jetzige Gesetzesstext. Jeder weitergehende Gestaltungsversuch wäre eine bloße »Vergeudung politischer Kraft« (S. 47).

b) Die Argumentation, mit der Jakobs das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Gesetzgebungspraxis irreversibel festzuschreiben will, muß vielfältige Rückfragen provozieren: Wo genau verläuft die Grenze zwischen den Sphären des Rechts und der Politik, zwischen rechtswissenschaftlich legitimierter und politisch-illegitimer Rechtsfortbildung? Wie steht es um die erkenntnikritische Begründbarkeit der Differenzierung zwischen dem objektiven juristischen Kopf- und Vernunftgebrauch einerseits, der wertungs- und gefühlsabhängigen Wirklichkeitsgestaltung kraft bloß politisch verantwortbarer Willkür andererseits (S. 15 f., 138)? Darf ausgerechnet eine »historische« Rechtswissenschaft den Staat, ohne nähere Klärung des jeweiligen Kontextes seiner gesetzgebungspraktischen Aktivitäten, als »Leviathan« hinstellen (S. 28)?

Bereits aus der Art dieser Fragen und aus dem Umstand, daß Jakobs beansprucht, sie definitiv beantwortet zu haben, ergibt sich deutlich genug, worauf es hier allein ankommt: daß Jakobs ungeachtet seiner ausdrücklichen methodologischen Selbst-Eingrenzungen diese Grenzen implizit ständig überschreitet. Die Problematik derart heimlicher Grenzüberschreitungen lässt sich anhand seiner beim ersten Hinsehen so frappierenden Aussage zum relativen, jederzeit (mit Gründen) revidierbaren Stellenwert des Gesetzesstextes erläutern: Die Freiheiten, die Jakobs der Rechtswissenschaft und der rechtswissenschaftlich verfahrenden Praxis einräumt, bleiben methodisch durch deren Verpflichtung aufs »rein Rechtliche« gebunden. Diese Bindung trägt die Autonomie der Rechtswissenschaft, befähigt und legitimiert sie zur Rechtsproduktion (S. 14, 62). Nun stellt sich aber die Frage, wie eine derart sich aufs Rechtliche beschränkende Rechtswissenschaft produktiv bleiben kann, wenn das »Rechtsbewußtsein des Volkes«, das sie rechtstechnisch umzusetzen hat, seine inhaltliche Kohärenz verliert, wie die Rechtswissenschaft das Recht bestimmt, wenn sie inhaltlich kollidierenden Interessen und Rechtsforderungen begegnet, die von ihren Trägern jeweils als inhaltlich legitim und rechtlich begründbar empfunden

werden.⁵⁷ Auf den Gesetzgeber kann Jakobs nach seinen eigenen Prämissen und aus praktischen Gründen nicht verweisen. Eben deshalb muß er die rechtsproduktive Leistungsfähigkeit der Rechtswissenschaft auf eine Paradoxie gründen: auf die fiktive Befähigung der Juristen, vermöge ihrer Konzentration aufs »rein Rechtliche« im »Rechtsbewußtsein des Volkes« Kohärenz herzustellen.

III. Unbestimmtheit als Aufgabe

Die mit Bedacht zugespitzt formulierte Kritik der Positionen von Dauner-Lieb, Westermann und Jakobs ist nicht einfach als Destruktion gemeint. Sie sollte vielmehr die These belegen, daß die Unbestimmtheitsproblematik ein unerledigtes Thema nicht nur der »kritischen«, sondern auch der »herrschenden« Zivilrechts-theorie ist, und sie sollte zum Ausdruck bringen, wie unvollkommen diese Problematik jeweils bewältigt wird. Die Kritik verliert, wenn man sie auf das Leitmotiv der Unbestimmtheit bezieht, aber auch ihre Spuren: Die Begründung der Position Dauner-Liebs mit einer politisch-normativen Dezision zugunsten eines spezifisch ökonomischen Rationalitätskonzepts im Zivilrecht trägt der Einsicht Rechnung, daß im positiven Recht kein immanenter Bezugspunkt für dessen inhaltlich-systematische Integration zur Verfügung steht – zurückzuweisen ist dann nur der imperialistische Anspruch eines verengten Rationalitätskonzepts; die Differenziertheit der Position Westermanns und seine Reserven gegenüber einer gesetzgeberischen Flurbereinigung lassen sich als eine gut verständliche Abmilderung der Konsistenzanforderungen an die Privatrechtssystematik lesen – nur dürften diese Einsichten eben nicht zum Abbruch der Diskussion an den allzu vagen Grenzen der marktwirtschaftlichen Ordnung und der amtlich-politischen Rhetorik führen; Jakobs' Rehabilitation des Juristen als solchen schließlich erinnert zu Recht an die politische Leistung der pandektistischen Tradition, die gerade darin bestand, daß sie die Aufgaben der Rechtsproduktion erfolgreich auf sich genommen hat – nur sollte man die Einsicht, »daß wir es sind, durch die das Recht wird«⁵⁸, nicht als den neutral-objektiven Gebrauch einer fachspezifischen Vernunft hinstellen.

Aufklärung bleibt auch dann ein konstruktives Projekt, wenn sie sich auf die Kritik unberechtigter Ansprüche beschränkt, ohne selbst »Lösungen« anzubieten, wenn sie benennt, was aufklärungsbedürftig bleibt und sich mit den im Umlauf befindlichen Rezepten nicht klären läßt. Die Unbestimmtheitsproblematik ist nicht als eine destruktive Zauberformel gemeint, sondern als ein Hinweis auf die Nicht-Determiniertheit sozialer und rechtlicher Entwicklungen, auf Abhängigkeiten der Rechtsentwicklung und der Rechtswissenschaft, die sich aus dem Gebrauch von Freiheit ergeben. Unbestimmtheiten in diesem Sinne lassen sich auf allen Ebenen dingfest machen, auf denen kritische wie herrschende Ansätze über das Recht arbeiten. Im hier behandelten Kontext seien diese Ebenen abschließend in aller Kürze noch einmal benannt:

(1) Der Bezugspunkt aller rechtlichen Bemühungen um die Integration oder Koordination von Verbraucherschutz und Zivilrecht bleibt die *politische Ökonomie des Konsums* selbst.⁵⁹ Es gibt Konflikte zwischen dem ökonomischen System und den

⁵⁷ Vgl. pointiert R. Ogorck, a. a. O. (Fn. 52), 13.

⁵⁸ A. a. O. (Fn. 29), 117.

⁵⁹ Zum folgenden näher Ch. Joerges, *Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts*, in: *Die Aktiengesellschaft* 1983, 57 ff., 64 ff.; D. Hart, *Verbraucherrecht und Verbraucherpolitik – eine Einführung zu konzeptionellen Problemen des Verbraucherrechts*, in: AGV/DGB (Hrsg.), *Handbuch des Verbraucherrechts*, Neuwied 1976 ff. (1984), Gruppe A, 1 ff.

Verbrauchern, in denen Gesundheitsinteressen auf dem Spiel stehen, in denen um die sozialen Folgen »irrationaler« Konsumententscheidungen sozial schwächer Gruppen gerungen wird, in denen kulturelle Werte gegen eine an ökonomischen Maximen ausgerichtete Produktions- und Absatzstrategie verteidigt werden. Es gibt Widersprüche zwischen dem individuell nutzenmaximierenden Marktverhalten der Verbraucher und dem Verhalten der gleichen Konsumenten als Wähler, die eine reflektierte Steuerung des Konsums (z. B. mit Rücksicht auf Gesundheits- und Umweltinteressen) akzeptieren oder nach Sozialschutznormen verlangen. All diese Konfliktlagen sind in einem »Sozialmodell«, das die Konsumenteninteressen nur als Ausdruck unendlich vieler und inhaltlich beliebiger Bedürfnisse begreift, um dann nach deren effizientester Befriedigung unter Knappheitsbedingungen zu fragen, nicht mehr erfaßbar, und sie können ebenso wenig als der unerkennbar-undurchdringliche Urgrund von rechtlichen Vorstellungsinhalten hingestellt werden, um die sich der Jurist als solcher nicht zu kümmern brauche.

(2) Die Vielfalt der »politischen Ökonomie« des Konsums hat sich in unterschiedlichsten *Verrechtlichungsstrategien* niedergeschlagen.⁶⁰ Sicherheits-(Gesundheits-)interessen werden teils durch staatliche Bürokratien, teils in korporativen Arrangements zwischen Wirtschaft und Staat, teils durch das Haftpflichtrecht geschützt. Auf die Qualität des Konsumgüterangebots wirkt, noch ehe der Konsument um seine »Wahlentscheidung« gefragt wird, das staatliche Recht teils durch direkte Aufsichtsmaßnahmen, teils über kartellrechtliche Kontrollen ein. Das Zivilrecht, das »nur« mit den Austauschbeziehungen zwischen Anbieter und Nachfragern befaßt ist, trifft mithin nicht auf ein naturwüchsiges Marktgeschehen, sondern auf rechtlich höchst unterschiedlich vorstrukturierte Gegenstandsbereiche. Die zivilrechtlichen Einflußmaßnahmen auf den Austauschprozeß beziehen sich aber unabhängig davon notwendig und in unterschiedlicher Intensität auf eine Vielfalt von Problemaspekten. All dies ist dem »Rechtsbewußtsein des Volkes« durchaus geläufig. Diesem Rechtsbewußtsein spüren nämlich nicht bloß die akademische Rechtswissenschaft und wissenschaftlich denkende Richter nach. Es artikuliert sich nicht laienhaft, sondern höchst zielbewußt und rechtlich gut beraten. Dabei gibt es, soweit die Anbieterseite betroffen ist, gemeinhin sehr dezidierte Auffassungen darüber, welche Marktanteile durch welche Einschränkungen der eigenen Verhandlungsspielräume gefährdet werden, welche Kosten eine Korrektur von Geschäftsbedingungen verursachen kann und ob diese verkraftbar sind. Gegenstand strategischer Überlegungen ist ebenso, ob man Rechtskonflikte überhaupt gerichtlich klären läßt, gesetzgeberische Aktivitäten befördert oder selbst-regulative Lösungen anbietet. Dies läßt sich gegenüber Richtern, die sich mit Reisesachen, Autoreparaturen, Praktiken des Direktunterrichts, den Konditionen des Reinigungsgewerbes oder dem vermittelten Ratenkredit befassen, schwerlich dadurch verbergen, daß man Rechtspositionen *lege artis* »als solche« präsentiert, und es berührt weder die Wirkungen noch notwendigerweise die Klugheit eines Judikats, ob es in entsprechender Manier verfaßt ist. Es sind mithin die in dem jeweils betroffenen Bereich vorherrschenden Bedingungen selbst, die eine bereichsspezifische Auswirkung zivilrechtlicher Regeln nach sich ziehen und dadurch zur sog. Zersplitterung der zivilrechtlichen Dogmatik und Gesetzgebung führen.

(3) Die Entformalisierung des Zivilrechts durch die von Max Weber als »Rechtsinteressenten« und »Rechtsideologen« apostrophierten Akteure⁶¹ haben wir danach in der Tat als einen irreversiblen Prozeß zu begreifen. Die Grenzen zwischen den

⁶⁰ Zum folgenden vgl. Ch. Joerges, a. a. O., 66 f.

⁶¹ Oben Fn. 22.

»rechtlichen« und den »ethischen, politischen und volkswirtschaftlichen Erwägungen«, von denen Windscheid den Juristen als solchen entlasten wollte⁶², sind poröser geworden, aber die pessimistische Deutung dieser Entwicklung als heillos irrationale Remoralisierung des Rechts ist keineswegs zwingend. Wer sich auf die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und die theoretischen Schwächen des Formalrechts zurückbesinnt, wer die Verkürzung und Einseitigkeiten zeitgenössischer Reformalisierungsbestrebungen nicht akzeptiert, wird sich einer Mitarbeit an problemoffenen und pragmatischen »Materialisierungen« nicht ohne weiteres versagen.⁶³ Freilich: Eine theoretisch zureichende Fundierung erhält eine solche Arbeitsperspektive erst dann, wenn sich die Ausweitung des rechtlich relevanten Kontextes der Entscheidungsfindung als praktisch-moralischer Lernprozeß, wenn sich die Ablösung des rechtlichen Freiheitsschutzes durch soziale Schutzpositionen und soziale Bindungen als normativer »Fortschritt« auszeichnen läßt. Wiethölters »Prozeduralisierung der Rechtskategorie«⁶⁴ ist vielleicht das einzige in Umrissen erkennbare Projekt, das solchen Hoffnungen Nahrung geben kann.

62 B. Windscheid, Die Aufgabe der Rechtswissenschaft (1884), in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (hrsg. von P. Oertmann), Leipzig 1904, 100 ff., 112.

63 Vgl. zur näheren inhaltlichen Erläuterung Ch. Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg 1981, 123 ff.

64 Oben Fn. 24.