

# Rolf Knieper

## Das Schuldverhältnis: Geld gegen Ware in der Zeit\*

### I. Einleitung

Als Rudolf Wiethölder 1968 zur »Entzauberung der Rechtswelt« aufrief und zu diesem Zweck für das Zivilrecht insbesondere das subjektive Recht als »Eckpfeiler des bürgerlichen Rechts« zu schleifen empfahl<sup>1</sup>, ließ sich kaum ahnen, wie rasch die scheinbar ehernen Kernbestände der civilistischen Dogmatik nicht nur im Bereich des offensichtlich unhaltbar repressiv gewordenen Familienrechts, sondern gerade auch des Schuldrechts zu zerbröseln beginnen sollten.

Die moderne Zivilrechtslehre liefert sich »dogmatische Materialschlachten«<sup>2</sup>, in denen das um das subjektive Recht herumgebaute Lehrgebäude in einer klaren Dichotomie von Vertrag und Delikt, von rechtsgeschäftlich und gesetzlich begründeten Schuldverhältnissen, von einer scharfen »Zweiteilung in rechtsgeschäftliche Leistungs- und gesetzliche Wiedergutmachungspflichten untergeht«<sup>3</sup>: Der Vertragsbegriff droht »konturenlos zu werden«<sup>4</sup>, am Deliktsrecht werden die »notorischen Mängel«<sup>5</sup> beklagt. Die scharfen Geschosse der griffigen Kurzformeln sollen jeweils den Gegner einer anderen, für abwegig gehaltenen Ansicht treffen, lassen aber dabei die Systematik nicht unbeschädigt: Von der »Hypertrophie des Vertragsrechts«<sup>6</sup> ist die Rede und von »kryptodeliktischen Fehlentwicklungen«<sup>7</sup>, von »schlechtester Begriffsjurisprudenz«<sup>8</sup> und von »Wildwuchs«<sup>9</sup>, von »dogmatischen Anomalien«<sup>10</sup> und von »doktrinären Paradoxien«<sup>11</sup>.

Die so schimpfen und sich voneinander abgrenzen, eint die Annahme, daß das knapp hundertjährige BGB, ohnehin eine sogenannte Spätfrucht von Wirtschaftsliberalismus und »Besitzindividualismus« (Macpherson), nicht ausgestattet sei, um die Sozialbeziehungen in einer Welt zu regeln, die die jeweils Lebenden als immer komplexer werdend von einer einfacheren Vergangenheit absetzen. Ständig wiederkehrende

\* Für Hilfen danke ich Stefanie Wulff.

1 R. Wiethölder, *Rechtswissenschaft*, 1968, S. 26/192.

2 H. J. Mertens, *Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen*, AcP 178 (1978), S. 227 ff./282.

3 E. Picker, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen »zwischen« Vertrag und Delikt*, AcP 183 (1983) S. 369 ff./393.

4 G. Brüggemeier, *Deliktsrecht*, 1986, S. 72.

5 J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, 1981, S. 155.

6 K. F. Kreuzer, *JZ* 1976, 778.

7 C. W. Canaris, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in: *FS Larenz* 1983, S. 27 ff./88.

8 C. W. Canaris, *Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis*, in: *FS Larenz*, 1973, S. 799 ff./812.

9 K. J. Hopt, *Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich*, AcP 183 (1983), S. 608 ff./611.

10 C. v. Bar, *Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?*, *JuS* 1982, S. 637.

11 Köndgen (FN 5), S. 111.

Beispiele für solches Unvermögen sind Produkt-, Prospekt-, Berufs- und Expertenhaftung sowie die personelle Ausdehnung der Haftung sowohl auf der Gläubiger- wie auf der Schuldnerseite. Selbst vor den ehrwürdigen Instituten der culpa in contrahendo und positiven Forderungsverletzung, die sich lange im sicheren Hafen gewohnheitsrechtlicher Anerkennung wähen durften, machen die erneuernden Ordnungsversuche nicht Halt. In einer Zeitschrift für Studium und Ausbildung kann es inzwischen lapidar heißen: »Das heute geltende Schuldrecht kann in vielen Punkten nicht mehr dem BGB entnommen werden«<sup>12</sup>. Entsprechend verliert die systematisch-deduktive Methode der Gesetzesinterpretation – ohnehin geschwächt durch die Aufdeckung der unausgewiesenen Vorverständnisse – an Gewicht, zu Ungunsten des *case-law*, wie es nicht ohne Bewunderung gegenüber dem sich wieder einmal moderner darstellenden Amerika heißt. Wo früher um die korrekte Erfassung der Begriffe Wille, Erklärung, Rechtsgeschäft, Sache, Recht, Eigentum und Vermögen gerungen wurde, erwarten die modernen Zivilrechtslehrer heute »mit Spannung«<sup>13</sup> eine neue Entscheidung des BGH, um sie zu Hühnerpest und Schwimmerschalter, zu Miss Petite und Kunststoffhohlprofil, zu Kunstharzlack und Börsendienst in Beziehung zu setzen. Von Vorverständnissen ist kaum noch die Rede. Bei diesem Laufe der Dinge scheint der ehemals für konservativ gehaltene Savigny über den ehemals für modern gehaltenen Thibault endlich zu triumphieren: Zivilgesetzgebung ist out. Wo sie – wie im Reisevertragsrecht – stattfindet, wird sie als wenig innovativ und jedenfalls als hinter den vom Richterrecht erreichten Stand zurückfallend kritisiert<sup>14</sup>. Die mit Schwung und vielen Gutachten begonnene Reform des Schuldrechts versickert offensichtlich in einer neuen akademischen Diskussion. Quer durch die ungleichen politischen Lager scheint die vielleicht resignierende Überzeugung zu gehen, daß Gesetzgebung nicht zu den Berufen unserer Zeit gehört.

Diese Feststellung trägt offensichtlich nichts zur Lösung praktischer Probleme und (Parteien-)Konflikte bei; sie hilft nicht bei der Beantwortung von Fragen, die in den beispielhaft genannten Fallgruppen gestellt sind. Wie sind die Rechtsverhältnisse zwischen einem Handelnden und einem Unterlassenden und einem in seiner Vermögensintegrität Verletzten zu beurteilen, zu begründen, zu konstruieren:

- wenn Kinder von platzenden Limonaden-Mehrwegflaschen schwer verletzt werden, die Eltern bei Klein-Händlern kaufen, die diese wiederum von Herstellern geliefert bekommen, und sich nicht feststellen läßt, wo ein Haarsprung in der unter Druck abgefüllten Flasche entstanden war<sup>15</sup>;
- Käufer von Weihnachtskerzen, die vom Hersteller in Zeitungsinseraten als ruß- und tropffrei angepriesen werden, nach den Festtagen eine rußgeschwärzte Zimmerdecke und einen tropfengesättigten Teppich zu beklagen haben<sup>16</sup>;
- Anleger ihr Gespartes verlieren, das sie nach Lektüre eines seriös aufgemachten Prospektes in eine GmbH & Co KG investiert haben und diese rasch in Konkurs fällt, nachdem im Prospekt unisono Wirtschaftsprüfer und Anwälte die Bonität gepriesen haben und vertrauenerweckende Herren als Gesellschafter und Kapitalgeber abgelichtet sind<sup>17</sup>;
- unentschlossene, aber im Prinzip Kneipenbesuchen nicht abgeneigte Spaziergän-

<sup>12</sup> P. Gottwald, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, S. 877.

<sup>13</sup> B. Grunewald, Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr, JZ 1982, 627/630.

<sup>14</sup> MünchKomm-Tonner, 2. Aufl. 1988, vor § 651a Rdnr. 43 ff.

<sup>15</sup> Vgl. dazu BGHZ 104, 323.

<sup>16</sup> Dazu M. Lehmann, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeanzeigen, NJW 1981, S. 1233 ff.

<sup>17</sup> Dazu BGHZ 74, 103; 79, 337; 83, 222.

ger im Ostertorviertel vor einer Diskothek auf einer Bananenschale ausrutschen und dabei sich selbst und eine begleitende Nichte verletzen<sup>18</sup>;

- Patienten bleibende Schäden von einer ärztlichen Behandlung davontragen, über deren möglichen Eintritt sie nicht aufgeklärt wurden, und dies auch deshalb, weil der behandelnde Arzt über das in der Zukunft verbreitete Wissen nicht verfügt<sup>19</sup>;
- junge Erwachsene für Verbindlichkeiten aus Bürgschaftsverträgen in Anspruch genommen werden, die sie auf Drängen von Banken für Verbindlichkeiten Verwandter abgeschlossen haben, und dies in einem Umfang, der ihnen für den Rest des Lebens voraussichtlich jeden wirtschaftlichen Bewegungsspielraum nimmt<sup>20</sup>?

## II. Dissonanzen und Konvergenzen in der Schuldrechtsdogmatik

Die Kette ließe sich fortsetzen und um weitere Konstellationen ergänzen, für deren Behandlung die traditionelle Dogmatik des Schuldrechts Antworten schuldig bleibt. Ihr wird »doktrinaire Starre«<sup>21</sup> angelastet, wo sie unter Hinweis auf die unterstellte Dichotomie des Gesetzes schulrechtliche Relevanz auf rigide begrenzte Beziehungen von Rechtssubjekten – genauer: von Gläubigern und Schuldner – beschränkt. Entweder muß ein vom übereinstimmenden Willen zweier Parteien getragener und gestalteter, auf Leistungen gerichteter Vertrag vorliegen, oder eine Zufallsbeziehung muß sich dadurch auszeichnen, daß ein unerlaubt Handelnder Rechtsgüter eines anderen verletzt. Bei aller Unerbittlichkeit des Ringens um die Korrektheit der Lösung, bei allem »Eingeständnis dogmatischer Verlegenheit«<sup>22</sup> sind heute »Universitätslehrer und gelehrte, gebildete Richter«<sup>23</sup> darin einig, daß diese Dichotomie zu grob ist, um den in den genannten und verwandten Konstellationen bestehenden »intersubjektiven« Beziehungen gerecht zu werden. Anscheinend ganz im Sinne Savignys hat sich »in einem langen Prozeß des Zusammenwirkens von Judikatur und Doktrin inzwischen aus dem Geist der Rechtsordnung«<sup>24</sup> eine gemeinsame Grundüberzeugung herausgebildet, die subtiler über die schulrechtliche Relevanz von Kontakten, Beziehungen, Verhältnissen entscheidet.

Der juristische Laie hat in diesem Geschäft nichts zu suchen. Er darf darüber staunen, daß gestern noch diese Form der Rechtsfortbildung oder des *law in action*, wie der *dynamic* Zivilrechtslehrer der *modern times* zu sagen vorzieht, als vordemokratisch gescholten wurde, während sie jetzt als Vorbereitung und Beitrag zu »Demokratisierungen im Haftungsrecht«<sup>25</sup> gefeiert oder beargwöhnt<sup>26</sup> wird. Der juristisch Gebildete und in der *action* Begriffene hingegen wird möglicherweise die Feststellung einer gemeinsamen Grundüberzeugung als abwegig zurückweisen, da sie offenbar die Heftigkeit des Gelehrten- und Schulenstreits ignoriert, der aber doch mit wechselseitigen Vorwürfen falschen Denkens und mangelnden Respekts vor Gesetzen, mancherlei Invektiven und selbst Unterstellungen (partei-)politischer Radikalität nicht spart.

18 BGH NJW 1987, 2671.

19 Dazu D. Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 3. Aufl., 1990.

20 Dazu P. Derleder, *Rechtliche Grenzen der Verschuldung junger Erwachsener*, in: FS Bärmann/Weitnauer, 1990, S. 121 ff.

21 Canaris (FN 7), S. 86.

22 D. Medicus, *Probleme um das Schuldverhältnis*, 1987, S. 23.

23 Wiethölter (FN 1), S. 178.

24 Picker (FN 3), S. 500.

25 C. v. Bar, *Deliktsrecht*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band II, 1981, S. 1681 ff./1692.

26 So Picker (FN 3), S. 504.

In der Tat stehen sich bei fließenden Übergängen und Varianten zwei Schulen gegenüber, die sich doch wieder mehr oder weniger auf die traditionelle Dichotomie der Dogmatik einlassen und sie fortzuentwickeln suchen, nicht ohne sie dabei aufzuweichen.

Die eine Schule (die sich wahrscheinlich bereits gegen diese Zusammenfassung wehren würde) gravitiert um die Spur des Vertragsrechts. Sie geht davon aus, daß Werbeaussagen, Prospektinformationen, dokumentiertes Eigeninteresse an einem Vertragschluß Dritter, öffentlich gemachte professionelle Sachkunde, die Eröffnung eines Geschäftslokals und deren jeweiliges Ernstnehmen durch das Publikum nicht durch das Nadelöhr des § 305 BGB passen und deshalb nicht als Vertrag zu qualifizieren sind; ja sie kritisieren eine Rechtsprechung als zu lax, die bereitwillig und ergebnisorientiert etwa Auskunftsverträge und diese auch noch mit Schutzwirkung für Dritte konstruiert<sup>27</sup>. Dennoch billigt sie die Ergebnisse solcher Rechtsprechung, bemüht sich aber um differenziertere dogmatische Ableitungen. Das Wörtchen »quasi« leistet in diesem Zusammenhang enorme Dienste: Es gibt den »Quasi-Vertrag« und das »Quasi-Rechtsgeschäft«<sup>28</sup>, ja selbst den »Quasi-Verkäufer«<sup>29</sup> und das »Quasi-Rechtssubjekt«<sup>30</sup>. Eindeutig hat »quasi« dem »faktisch« den Rang abgelaufen.

Inzwischen liegt eine interdisziplinär, rechtsvergleichend und -historisch gehaltvolle Literatur vor, die sich bemüht, die im Ergebnis für notwendig erachteten Haftungen aus intersubjektiven Beziehungen wenn nicht vertraglich, so doch – vorsichtig ausgedrückt – vertragsnah zu begründen.

In der ausdrücklichen Absicht, den »Tod des Vertrages« zu überwinden und ihn mit dem Quasi-Vertrag zu neuem Leben zu erwecken, hat Köndgen<sup>31</sup> in einer ausführlichen Arbeit den Rückzug des Autonomie-Axioms (S. 110), den Niedergang des Willensprinzips (S. 132/146) und damit des Konsensual-Vertrages (S. 106) ohne Bedauern konstatiert und eine Neu-Begründung der »intersozialen Beziehungen« (S. 145) über die aus fortschreitender Arbeitsteiligkeit und »mutueller Abhängigkeit« (S. 145) resultierenden »Reziprozität« (S. 280) und »Synallagma« (S. 106) geliefert. Durch Werbung, durch Berufsrollen, durch Prospekte, durch das In-Verkehr-Bringen komplizierter Maschinen und Anlagen entstehen beim Publikum »legitime Erwartungen« (S. 118/277) und damit auf der anderen Seite Selbstbindungen, die zu quasi-vertraglichen Pflichten, zu »organischer Solidarität« (S. 145) und bei Pflichtverletzungen zu Haftungen führen. Weder die Pflichten noch die Verletzungskonsequenzen ergeben sich, weil sie individuell gewollt sind. Sie sind vielmehr die zwingende Folge aus einem objektiven, standardisierten Programm »rechtsgeschäftlicher Interaktion« (S. 1). Solche Selbstbindungen sind dementsprechend nach dem Abbau »ideologischer Vorurteile« als eindeutig »funktionelles Vertragsrecht« zu qualifizieren und sollten nicht zu Delikten »fehl dogmatisiert« werden (S. 283).

Ebenfalls in der Absicht, »aus der Verhaftung an die zu enge Vertragskonstruktion« zu entkommen, hat Canaris<sup>32</sup> aus »rechtsgeschäftlichem Kontakt«, aus der »Geschäftsverbindung als außervertraglicher Sonderverbindung« ein »gesetzliches Schuldverhältnis zwischen verbundenen Rechtsgenossen« entwickelt, das zu einer »Vertrauenshaftung« Anlaß gibt. Er hat diese Haftung wegen der für unüberwindbar gehaltenen Dichotomie von Vertrag und Delikt, und um das Auswuchern von Fik-

27 Vgl. etwa BGHZ 70, 356; 74, 105; NJW 1984, 355.

28 Etwa Köndgen (FN 5); Lehmann (FN 16), S. 1239.

29 BGHZ 63, 383/385.

30 Kuhn-Uhlenbruck, Konkursordnung, Kommentar, 10. Aufl. 1986, § 6 Rdnr. 17.

31 Köndgen (FN 5), S. 421 – die folgenden Seitenangaben in der Klammer im Text.

32 Canaris (FN 7), S. 89.

tionen zu vermeiden, zu einer »dritten Spur zwischen Vertrag und Delikt« ausgebaut. Als Bauelemente dienen ihm die gewohnheitsrechtlich anerkannten vor- und nachvertraglichen Schutzpflichten sowie eine Reihe von positiven Normierungen einer Vertrauenshaftung – in § 618 BGB, § 98 HGB, in der Prospekthaftung der §§ 45 ff. BörsG, 19 KAGG, 12 AuslInvestG. Aus all' diesen Elementen ergibt sich nach Canaris der positiv-rechtliche Grundsatz, daß, wer im rechtsgeschäftlichen Kontakt Vertrauen setzt und nutzt, sich »wie ein Vertragspartner« behandeln lassen muß, auch wenn »keine primäre Leistungspflicht« besteht. Der Vertrauensbegriff ist institutionalisiert und depersonalisiert, auf den Nachweis seines individuellen Bestehens kommt es nicht an<sup>33</sup>.

Picker hat an den Begriffen »Kontakt« und »Vertrauen« kritisiert, daß sie sich »der dogmatischen Erfassung entziehen«<sup>34</sup>, und den quasi-vertraglichen Konstruktionen die Flucht in eine ausufernde »Fiktionsbereitschaft« (S. 403) vorgeworfen. Diesen Unstimmigkeiten versucht er durch eine »Neusystematisierung der Pflichtigkeiten des Schuldners« zu entgehen (S. 385). Er bestimmt »entgegen allen beschriebenen Lehren die erste grundsätzliche Dichotomie nicht eigentlich als eine solche zwischen Vertrag und Delikt, sondern als ein fundamentaler Gegensatz zwischen Leistungs- oder aber Ersatzpflicht« (S. 507). Die Leistungspflicht geht auf »Mehrung im Vermögen des Gläubigers« (S. 398), die Ersatz- oder Wiedergutmachungspflicht darauf, ein »Minus im Vermögen des Gläubigers auszugleichen« (S. 398). Die eine findet ihren »materialen Rechtsgrund« in einem »schöpferischen privatautonomen Akt der Verpflichteten«, in seiner »Selbstbestimmung« (S. 394 f.), die andere in der »Fremdbestimmung« der »Normen des objektiven Rechts«. Auch die vertragliche Schadenshaftung begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis, in dem Handlungen, Unterlassungen oder eine »rechtsgeschäftliche Sonderverbindung« Tatbestandsmerkmale sind (S. 399). Auf diese Weise soll sich die im Vertrag zum Ausdruck kommende Würde des Individuums erhalten, das sich in »Selbstbestimmung« verpflichtet, »das fremde Vermögen aufzustocken« (S. 491), obwohl in gewissem Widerspruch zu solcher Emphase auch ein »Funktionsverlust des Vertrags« bemerkt wird (S. 493). Gleichzeitig ist der Weg frei, der »zeitlosen Gerechtigkeits- und Richtigkeitsüberzeugung« vom Integritätsschutz Konturen zu geben (S. 459). Neben dem Rechtsgüter-orientierten Deliktsrecht bieten sich rechtlich relevante »Sonderverbindungen an«, und die »künftigen Lösungsversuche (müssen) in erster Linie bei der weiteren Aufdeckung und Präzisierung solcher Sonderverbindungen ansetzen« (S. 490). Nachträglich überrascht die Selbstgewißheit, mit der Picker anderen Lösungsversuchen Vagheit, Diffusität und »Vagabundieren« vorwirft (S. 386), um am Ende selbst einen Begriff in die Arena zu werfen, der kaum weniger unpräzise ist und der es ihm folgerichtig erlaubt, in den Lösungen der hier genannten Problemfälle nicht von den Entscheidungen der herrschenden Meinung abweichen zu müssen. Interessant ist Pickers Beitrag denn auch weniger wegen seiner dogmatischen Stringenz als wegen seiner Systematisierung, die uns noch beschäftigen wird. Es liegt aber kein Grund vor, ihn nicht der Schule der am Rechtsgeschäft orientierten Dogmatiker zuzuschlagen, der gemeinsam ist, die Haftungsbegründung aus einer rechtsgeschäftlichen, marktorientierten Beziehung abzuleiten, ob sie Kontakt, Sonderverbindung oder erwartungsbegründende Selbstbindung genannt wird.

33 Canaris hat diese Thesen vom Ausgangspunkt seiner Arbeit »Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht« von 1971 stetig weiter verfeinert. Die hier gekennzeichneten Zitate entnehme ich neben der in FN 7 zitierten: Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3. Aufl. 1988 und: Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo, in FS Gilger, 1989, S. 91 ff.

34 Picker (FN 3) S. 386 – die folgenden Seitenangaben in der Klammer im Text.

Solcher »Vertragsüchtigkeit«<sup>35</sup> sucht eine andere Schule zu entgehen, indem sie der zweiten Spur der BGB-Systematik folgt und – nicht ohne Emphase – auf Deliktsrecht setzt. Vertreter dieser Schule meinen, daß ebenso wie »eine Schuhbürste noch lange keine Milchdrüsen bekommt, wenn man sie unter den Begriff des Säugetieres bringt«, es sich bei dem Versuch, den Schutz von Integritätsinteressen über Vertragsfiktionen zu organisieren, um »Fehlsystematisierungen« handelt<sup>36</sup>. Wo Köndgen »eindeutig funktionelles Vertragsrecht« findet, sehen die Delikts-»Süchtigen« ebenso eindeutig »phänotypisch«<sup>37</sup> Anwendungsfälle des »deliktischen Prinzips«<sup>38</sup>; das geht bis zu den Rechtsfiguren der c.i.c. und positiven Forderungsverletzung, die »der Sache nach« Deliktsrecht seien<sup>39</sup>. Selbstverständlich handelt es sich nicht mehr um das Dampfmaschinen-Deliktsrecht des BGB, das angesichts einer »hochorganisierten Wirtschaft und bei komplexem Interdependenzverhältnis von Staat und Wirtschaft«<sup>40</sup> unterentwickelt war, sondern um ein »modernes, zeitgemäßes Deliktsrecht«<sup>41</sup>, das die Funktion hat, »partiell Marktversagen zu kompensieren, vielfältigste soziale Ungleichgewichtslagen auszuräumen durch flexible und situative Neudefinition und -verteilung der jeweiligen Handlungsrisiken«<sup>42</sup>. Anders als im traditionellen Recht der unerlaubten Handlungen gelingt es der modernen Dogmatik insbesondere durch die Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes und die Lehre von den Verkehrspflichten, die Schlüsselbegriffe der Quasi-Vertrags-Lehren deliktisch zu besetzen und der Entwicklung von »der Selbstbindung zur Sozialbindung geschäftlichen Verhaltens«<sup>43</sup> schadensersatzmäßig auf den Fersen zu bleiben. Der Begriff der Verkehrspflichten, der an Inhaltslosigkeit und damit Flexibilität denen des Vertrauens, der Rolle und der legitimen Erwartung nicht nachsteht, erlaubt es, den »engeren sozialen Kontakt«, der »durch gegenseitige Rollenerwartung strukturierten Sonderverbindung«<sup>44</sup> zu deliktisch-schadensersatzrechtlicher Relevanz zu verhelfen, wobei es zur Frage des dogmatischen Purismus wird, ob die Verkehrspflichten in § 823 I, in §§ 823 II/826 oder in einen fiktiven § 823 III BGB<sup>45</sup> eingefügt werden: zum Integritätsschutz gelangt die Lehre allemal<sup>46</sup>.

Die Betonung der Marktmacht, des Markt- und Informationsgefälles von Anbietern und Nachfragern, der sozialen Rolle und Pflichtenkomplexe im Geschäftsleben dokumentiert, daß die dogmatische Evolution des Deliktsrechts wesentlich auf den Warenumsatz orientiert ist. Das wird auch deutlich an den Sachkomplexen, die den Anlaß für die fallweise Rechtsentwicklung gegeben haben, nämlich das Recht am Gewerbebetrieb/Unternehmen sowie die Produzenten- und Berufshaftung. Eine Ausnahme macht lediglich der gesetzeswidrig eingeführte schmerzensgeldbewehrte Schutz der »Persönlichkeit«. Dieser läge noch im allgemeinen Trend, soweit er auf berufsbezogene Verletzungen beschränkt würde. In der Praxis des Prominenten-

35 E. Picker, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, S. 1041 ff./1042.

36 Mertens (FN 2), S. 238.

37 v. Bar (FN 10), S. 637.

38 Brüggemeier (FN 4), S. 76.

39 Mertens (FN 2), S. 237.

40 Brüggemeier (FN 4), S. 125.

41 v. Bar (FN 10), S. 637.

42 Brüggemeier (FN 4), S. 125.

43 G. Brüggemeier, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982), S. 385 ff./424.

44 MünchKomm-Mertens, § 823, Rdnr. 179.

45 Mertens (FN 2), S. 231 ff.

46 So übereinstimmend Brüggemeier (FN 4), MünchKomm-Mertens, § 823 Rdnr. 179 ff.; v. Bar (FN 10).

schutzes ist er dies aber gerade nicht, und er sollte endlich als Fehlläufer der 50er Jahre kassiert werden<sup>47</sup>.

Angesichts der Orientierung auf Markt und Regulierung von Warenbeziehungen der (quasi-)vertrags- und (quasi-)deliktsrechtlichen Schulen erstaunt es nicht, daß sich eine weitere Lehrmeinung hören läßt, die eine Dogmatik für Berufsrecht und -haftung außerhalb von Vertrags-, Delikts- und Bereicherungsrecht anbietet<sup>48</sup>. Ausgangspunkt dieser von Hopt entwickelten Lehre sind die Feststellungen, daß »geschäftszugehörige Tätigkeit am Markt heute weit über den Bereich der privatautonomen Regelung« hinausreicht (S. 610), daß zunehmend auf »subjektive Elemente der Willenserklärung verzichtet« werde (S. 613), daß »klare Tendenzen einer Abwendung von subjektiv-individuellen Willens-, Schutz- und Verhaltenskriterien« (S. 632) erkennbar seien. Es sei deshalb an der Zeit, die im BGB und HGB verstreuten und in der richterlichen Rechtsfortbildung angelegten Elemente einer Berufshaftung zu systematisieren und, da die Interessenkonflikte auch »institutionell angelegt und zu behandeln sind« (S. 665), von der Annahme einer »von den deliktsrechtlichen Schwächen befreiten Berufshaftung aus Gesetz« (S. 719) auszugehen.

### *III. Vom subjektiven Willen zu objektiven Standards*

Ich breche den knappen Überblick über die moderne Schuldrechtsdogmatik hier ab. Er dokumentiert m. E. eine lebendige und differenzierte Diskussion ebenso wie doch auch die oben behauptete gemeinsame Grundüberzeugung oder Konvergenz von Vertrags- und Deliktsrecht. Der zweispurige Aufbau der traditionellen Dogmatik wird nicht eigentlich um weitere Spuren erweitert, sondern die Differenzierung der einzelnen Lösungswege schafft insgesamt eine einzige breite Spur von schuldrechtlichen Leistungs- und Haftungsbeziehungen. Dies bestätigt sich an einer hohen Konformität der Ergebnisse, aber auch – über den Schulenstreit hinaus – in den Grundzügen der Lösungsansätze. Sie alle, gleichgültig ob sie sich dem Lager der Freunde des Deliktsrechts, des (Quasi-)Rechtsgeschäftsrechts oder der besonderen gesetzlichen Schuldverhältnisse zurechnen, sind darin einig, daß Haftungen aus Marktbeziehungen entstehen, die objektivierte Verhaltensstandards und normierte Erwartungen setzen. Der Markt also, dieser Ort von Freiheit und Entdeckungen, setzt Standards und uniforme Zwänge, die sich über individuelle Befindlichkeit und Willen hinwegsetzen. Mit ihren Objektivierungen und Entindividualisierungen nimmt die moderne Zivilrechtsdogmatik insgesamt diesen Zwang zum Handeln am Markt auf. In den Begriffen Kontakt, Selbstbindung und Sonderverbindung kommt dies ebenso zum Ausdruck wie in denen der Verkehrs- und Berufspflicht. Auf diese Weise rückt das Vertrags-Lager vom Primat der Willenserklärung und das Delikts-Lager von der Haftpflicht gegen jederman ab, und dabei rücken sie unversehens zusammen. Die vollmundig geäußerten Gewißheiten, es handle sich dem Wesen nach um Vertragsrecht oder aber um Deliktsrecht, stellen sich bei näherem Hinsehen als leere und überflüssige Glaubenssätze heraus, die überholten naturrechtlichen Konzeptionen von einer Natur der Sache Referenz erweisen.

<sup>47</sup> R. Knieper, Soraya und die Schmerzensgeld-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1974, S. 137 ff.

<sup>48</sup> Hopt (FN 9), S. 608 ff. - die folgenden Seitenangaben in der Klammer im Text; zu rechtshistorischen und -vergleichenden Parallelen S. Lammel, Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), S. 337 ff.; s. auch Grunewald (FN 13); R. Damm, Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ 1991, S. 373 ff.

Dieser Befund bestätigt sich auf mehrfache Weise: Zum einen schließt sich heute an jede neue Haftungskonstellation eine ausführliche Debatte an, in der Rechtsgrundlagen aus (Quasi-)Vertrag und aus Delikt angeboten werden, um wesentlich identische Ergebnisse zu begründen<sup>49</sup>. Zum anderen wird nicht selten in praktischer Absicht ausdrücklich offengelassen, ob eine bejahte Haftung aus Vertrag oder aus Delikt begründet wird; das geschieht in höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>50</sup> ebenso wie in der Literatur<sup>51</sup>. Zum dritten leisten Literatur und Rechtsprechung »Einebnungsarbeit«<sup>52</sup>, indem die delikts- und vertragsrechtlichen Unterschiede in den Rechtsfolgen mit Billigkeitserwägungen weitgehend aufgehoben werden. Das gilt sowohl für die unmodern gehaltenen Teile des Deliktsrechts wie die des Vertragsrechts: In der Gehilfenhaftung hat die Verkehrspflichtskonstruktion den umstrittenen § 831 BGB praktisch »obsolet« gemacht, sie ist dem § 278 »angepflichtet«<sup>53</sup>; die deliktisch konstituierte Produzentenhaftung war das trojanische Pferd für »faktische Beweislastumkehrungen«, so daß der Vertrags-Standard des § 282 BGB weitgehend erreicht ist<sup>54</sup>; der Ersatz primärer Vermögensschäden im Deliktsrecht ist über die Aktivierung der §§ 823 II/826 BGB, aber auch über den flexiblen Zuschnitt der Verkehrspflichten gelungen; andererseits wird für Verjährungsfragen vorgeschlagen, daß man sich »von allen festen dogmatischen Ausgangspositionen lösen und pragmatisch entscheiden sollte«<sup>55</sup>, was denn auch etwa der BGH tut, indem er beim Zeitungsabonnement neben dem Kaufvertrag einen Beratungsvertrag fingiert und diesen gemäß § 195 BGB nach 30 Jahren verjähren läßt<sup>56</sup>, während er umgekehrt in einem anderen Fall einen Anspruch aus c.i.c., der »an sich« nach § 195 BGB zu beurteilen wäre, bereits nach spätestens drei Jahren verjähren läßt<sup>57</sup>.

Endlich aber läßt sich vertreten, daß die scharfe Dichotomie zwischen Vertrag und Delikt eine dogmatische und nicht so sehr eine gesetzliche Vorgabe ist, daß also das BGB weniger von ihr geprägt ist als die Rechtslehre suggeriert: § 241 BGB nimmt an und bestimmt, daß Personen verpflichtet sind, einander Leistungen zu erbringen, wenn zwischen ihnen ein Schuldverhältnis besteht. Der durch § 241 eingeleitete Abschnitt des Gesetzes präzisiert den »Inhalt der Schuldverhältnisse«, ohne nach ihren Entstehungsmodalitäten zu unterscheiden, und setzt damit eine gemeinsame Basis. Eine Dichotomie zwischen Vertrag und Delikt, zwischen rechtsgeschäftlich und gesetzlich begründeten Schuldverhältnissen oder auch von primären Leistungspflichten und (sekundärem) Integritätsschutz macht das Gesetz zunächst nicht. Auch der besondere Teil des Schuldrechts grenzt die unerlaubten Handlungen wie auch das Bereicherungsrecht nicht besonders von den Verträgen ab: Jene sind einzelne Schuldverhältnisse, wie diese. Sicherlich differenziert das BGB zwischen Erfüllung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Vertrauensschaden; sicherlich präzisiert § 305 BGB, daß regelmäßig ein Vertrag notwendig ist, um ein Schuldverhältnis durch Rechtsgeschäft zu begründen; sicherlich baut die Formulierung der §§ 116 ff. BGB auf die normativen Annahmen des 19. Jahrhunderts, die im »Vermögensrecht«, d. h. den Verhältnissen der Individuen zueinander in bezug auf die »äußere Welt«, die »Herrschaft des Willens« als Ausdruck von Freiheit und

49 Das hat Damm (FN 48) für das Konglomerat der Expertenhaftung schön herausgearbeitet.

50 BGHZ 74, 281/287 ff.; NJW 1977, 2073.

51 D. Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, 1990, S. 83 ff.; Hopt (FN 9), S. 662.

52 Hopt (FN 9), S. 717.

53 Brüggemeier (FN 4), S. 99; MünchKomm-Mertens § 823 Rdnr. 196/483.

54 Ausführlich dazu Brüggemeier (FN 4), S. 112 ff.

55 Canaris (FN 33 – FS Gilger), S. 99.

56 BGHZ 70, 356/361.

57 BGHZ 83, 222.



eigenverantworteter Entfaltung wirken sehen wollte<sup>58</sup>. Jedoch geben diese Besinnungen nicht viel für die Annahmen einer strikten gesetzlichen Dichotomie oder Zweispurigkeit von Vertrag und Delikt her, wohl aber einer solchen zwischen – das mag an dieser Stelle überraschend klingen – Vermögens- und Familienrecht. Zum einen bestimmt nach Konzeption und Gesetzestext die Freiheit des Willens den Vertrag wie die unerlaubte Handlung<sup>59</sup>, zum anderen aber überspielen gesellschaftliche Notwendigkeiten den Purismus, mit dem die Selbstbestimmungsdoktrin bisweilen aufwartet. So verpflichtet einerseits § 133 BGB tatsächlich dazu, den »wirklichen Willen zu erforschen«, und kann deshalb, wie es immer wieder geschieht, als Beleg für die Herrschaft der Willens-Doktrin herangezogen werden. Aber für die Auslegung von Verträgen verlangt § 157 BGB, Rücksicht auf die Zwänge und Erfordernisse des Verkehrs zu nehmen. Zwar kommt der Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande (§ 151 BGB), aber der Anbietende bleibt – anders und aus guten Gründen anders als beim Testament – an den Antrag gebunden, selbst wenn dieser seinem Willen nicht mehr entspricht; auch die Annahme kann gegen den Willen des Verpflichteten zustande kommen, etwa unter den Voraussetzungen des § 362 HGB. Weiterhin ist die gesetzlich normierte Stellvertretung der §§ 164 ff. BGB, die als »Fremdbestimmung« kaum mit »dem Monopol der Selbstbestimmung des Privatrechtssubjekts in Einklang« zu bringen ist und als »juristisches Wunder« doch selbstverständlich besteht<sup>60</sup>, ein guter Beleg für den pragmatischen Umgang des Zivilrechts mit rechtsphilosophischen Prämissen. Nicht wenige der Einordnungs- und Systematisierungsschwierigkeiten sowohl der Sonderver- und Selbstbindungstheoretiker wie der Deliktsrechtler beruhen nach meiner Auffassung darin, daß sie das Pragmatische des Gesetzes nicht ernst genug und das Selbstbestimmungs-Dogma des Vertrages zu substantiell nehmen.

#### IV. Das Geld im Schuldverhältnis

Die Möglichkeit zu gesetzlichem Pragmatismus bei aller Selbstbestimmungs-Ideologie ist ebensowenig zufällig und voraussetzungslos wie die hohe Ergebnis-Konvergenz der hier vorgestellten divergenten Schulen. Beides erschließt sich m. E. erst vollständig, wenn nicht vom Leistungsgegenstand oder vom Haftungsgrund aus gedacht wird, sondern davon, weswegen geleistet und womit gehaftet wird (und wovon im öffentlichen Dienst stehende Professoren und Richter wenig sprechen), nämlich vom Geld<sup>61</sup>. Es sollte im höchsten Maße überraschen, daß die zivilrechtliche Dogmatik in ihren traditionellen und modernen, affirmativen wie kritischen Varianten Geld kaum zur Kenntnis nimmt. Die Überlegungen orientieren sich beinahe ausschließlich am Leistungsgegenstand. Das war bereits so, als dessen Gegenständlichkeit mühsam aufgebrochen werden mußte zugunsten der Erfindungen und aller anderen immateriellen Güter; das setzt sich fort bei der Diskussion um die »Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht«<sup>62</sup> mit den unglücklichen Reformversuchen, das Abstraktionsniveau des BGB zu unterschreiten, wie etwa im Reisevertragsrecht

<sup>58</sup> F. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, S. 344 f./331/7.

<sup>59</sup> v. Savigny (FN 58), S. 24; Dritter Band, 1840, S. 6 f.

<sup>60</sup> W. Müller-Freienfels, Stellvertreterregelungen in Einheit und Vielfalt, 1982, S. 25/2/6.

<sup>61</sup> Zum Folgenden vgl. ausführlich und m. w. N. meine Arbeiten: Geld und Recht, in: Zwang, Vernunft, Freiheit, 1981, S. 203 ff.; Geldsouveränität, ZVglRWiss 1990, S. 27 ff.; Ge-Währungen, KJ 1990, S. 46 ff.

<sup>62</sup> L. Weyers, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982), S. 60 ff.

bereits geschehen; das bestimmt die Diskussion um die Frage, ob die »gehobenen Stände« wie Ärzte und Anwälte Dienste leisten<sup>63</sup>, also eine immaterielle Ware auf dem Markt anbieten; das zeigt sich noch an der Neuformulierung des deutschen IPR, welches das Recht des Landes zur Anwendung kommen läßt, zu dem der Vertrag die engsten Beziehungen aufweist, die durch die »charakteristische Leistung« bestimmt werden (Art. 28 EGBGB), womit der konkrete Leistungsgegenstand und nicht das Entgelt gemeint ist. Die hier vorgestellten Kontroversen setzen die Mißachtung des Geldes fort, ja sie könnten interpretiert werden als Beitrag zu der allgemeinen Tendenz, das eben doch Anrühige der Orientierung aller bürgerlichen (Vertrags-)Beziehungen auf Geld zu bedecken.

Geld spielt keine Rolle, jedenfalls nicht im Bewußtsein der juristischen Theoriebildung. In ihrem impliziten oder expliziten (Vor-)Verständnis leben wir in einer warentauschenden Gesellschaft, treten sich auf Märkten Inhaber von Waren gegenüber, ist die Grundform des gegenseitigen Vertrages der Tausch, der zum Kauf nur wird, weil das Geld den Tausch vermittelt und erleichtert<sup>64</sup>, in seiner Abstraktion von der konkreten Ware also eine ähnliche Funktion hat wie »Maße und Gewichte«, wie Art. 73 Nr. 4 GG denn auch klar parallelisiert. »An sich« gilt Geld als neutral, verschwindend, als »symbolisches Medium«, das Interaktionen »steuert« und Marktbeziehungen »unterstützt«<sup>65</sup>. In dieser Vorstellung sind die Zentralbanknoten »Sachen im Sinne des § 90 mit der besonderen Funktion von Geldzeichen«, bei deren Einordnung »Unsicherheit besteht, nachdem sie nicht mehr in Wertgegenstände wie Gold eingelöst werden«<sup>66</sup>.

Diese theoretische Abstinenz steht in einem eklatanten Gegensatz zur Bedeutung und Wertschätzung von »Geld in der wirklichen Welt«<sup>67</sup>. Konsumenten und Investoren, Arme und Reiche schätzen Geld praktisch nicht als Medium oder Symbol, sondern als höchst reale (Kauf-)Kraft, als – im doppelten Sinne – Vermögen und Freiheit, in einer ungewissen Zukunft noch nicht definierte Bedürfnisse befriedigen, im Handel mit noch Unbekannten noch unbestimmte körperliche und unkörperliche Sachen, Dienstleistungen, Rechte erwerben zu können. Keynes hat gegen die klassischen ökonomischen Gleichgewichtstheorien, die nicht nur Geld als neutrales Medium, sondern auch die Zeit lediglich als quantifizierbare Rechengröße wahrnehmen, auf der grundsätzlichen Bedeutung und Interdependenz beider Faktoren beharrt: Zeit ist real zu leben, sie steckt voller Überraschungen und Unsicherheiten, niemand weiß oder kann nach Wahrscheinlichkeitsrechnungen voraussagen, was sie an günstigen Gelegenheiten oder an katastrophalen (wirtschaftlichen) Ereignissen bereithält. Hin- und hergerissen zwischen »panischer Furcht und . . . unbegründeten Hoffnungen« ist der »Wunsch, Reichtum in der Anhäufung von Geld zu horten, ein Barometer für den Grad des Mißtrauens in unsere eigenen Berechnungen und in die auf die Zukunft gerichteten Konventionen«<sup>68</sup>.

Geld bietet also Individuen in der Gegenwart reale Sicherheit gegen Risiken, die noch unabsehbar sind, die sich in einer künftigen Gegenwart einstellen mögen, und mit denen jeder Einzelne allein fertig werden muß, da er auf die »familialen, religiösen oder korporativen Solidaritäten«<sup>69</sup> anderer ökonomischer Systeme nicht zurück-

63 Zum Zahnarzt: H.H.Jakobs, Die zahnärztliche Heilbehandlung als Werkleistung, NJW 1975, S. 1437 ff.

64 Vgl. etwa W.Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1959, S. 28/161 ff.

65 Köndgen (FN 5), S. 275.

66 MünchKomm-Hüffler, vor § 793 Rdnr. 20.

67 Davidson, Money in the Real World, 2. Aufl. 1978.

68 J.M. Keynes, The General Theory of Employment, in: The Quarterly Journal of Economics, 1937, S. 209 ff./216/215.

69 F.Ewald, Die Versicherungsgesellschaft, KJ 1989, S. 385 ff./386.

fallen kann. Ewald charakterisiert das »Verlangen nach Sicherheit« als eines der tiefsten menschlichen Bedürfnisse und hat auf dieser Basis eine Theorie der »Versicherungs-Gesellschaft« entwickelt, die »den realen Kern der modernen Gesellschaften« konstituiert<sup>70</sup>. Die Fruchtbarkeit dieser Theorie für die Analyse des Geldes ergibt sich, wenn einerseits bedacht wird, daß Versicherungsleistungen eben auch auf die Zahlung von Geld gehen, dieses also der Versicherung vorausgesetzt ist, und wenn sie andererseits nicht fehlorientiert wird als Annahme einer anthropologischen Konstante, dessen historische Realisierung zum Abschluß eines Versicherungs-»Gesellschaftsvertrages« geführt hat, der die »Befreiung der Menschen... vom Netzwerk wirtschaftlicher und moralischer Abhängigkeiten« ermöglichen sollte<sup>71</sup>.

Es wird immer wieder darauf verwiesen, daß der Zusammenbruch der komplexen Systeme der personalen sozialen Beziehungen des Feudalismus eingeleitet wurde, als die Entlohnung in Geld an die Stelle der über das Bodeneigentum vermittelten Treue-, Handlungs- und Arbeitspflichten trat<sup>72</sup>. Dieser Zusammenbruch wurde von Zeitgenossen sicherlich nicht nur als Befreiung erlebt, da eben auch die Sicherheitsgewähr der persönlichen Abhängigkeiten gebrochen wurde und ersetzt werden mußte durch Geld, das – um den Gedanken Ewalds wiederaufzunehmen – zunehmend auch von Versicherungen ausgekehrt wird. In der um produktives Eigentum gruppierten Familie hat Lebensversicherung über Personenbeziehungen noch eine ganze Weile fortbestanden. Bis heute wirkt die Sehnsucht nach Sicherheit in persönlicher Solidarität fort. Diesseits von Sehnsucht und Solidarität aber gewährt Geld Sicherheit in besonderer Weise. Sein Inhaber hat die Freiheit und rechtlich garantierte Gewißheit, jederzeit die zur Befriedigung seiner Bedürfnisse notwendigen Leistungen im weitesten Sinne kaufen zu können.

Diese Charakterisierung erlaubt eine neue Sicht des Schuldverhältnisses. Auf der einen Seite gibt niemand gern die Sicherheit des Geldvermögens auf, um einen besonderen Leistungsgegenstand zu erwerben. Um es in der Sprache der Willensbeziehung auszudrücken: Jeder muß viel Leistung erhalten wollen, er wird aber nur widerstrebend eigenes Vermögen abgeben. Jeder, der Ware anzubieten hat und loslagern wollen muß, weiß, wie schwierig es ist, den Geldinhaber dazu zu überreden, von seinem Geld, d. h. seiner Sicherheit zu lassen; die Werbung hat hier ihren Grund. Jeder, der Inhaber von Geld zu Investitionen bewegen will, weiß, daß der Geldeigentümer nicht spontan zum Kapitalisten wird, da Produktion, Vertrieb und Absatz risikoreiche, d. h. in eine ungewisse Zukunft reichende Unternehmen sind. Handels-, Geld-, Steuer-, Subventionspolitiken versuchen, das Risiko des Investierens gegenüber der Sicherheit des Geldhaltens erträglich zu machen. Geld gibt also niemand frei-willig her. Wer es im übrigen doch tut, riskiert, als nicht normaler Verschwender entmündigt zu werden. Wenn es hergegeben wird, dann deshalb, weil das Gesetz dazu verpflichtet. Die Verpflichtung kann ihren Grund im eigenen Verhalten haben – also etwa in einem Vertragsschluß mit einem anderen oder der Vermögensschädigung eines anderen. Wenn sie übernommen wird, um einen (Gegen-)Leistungsgegenstand zu erwerben, um ein eigenes Bedürfnis zu befriedigen, dann mischt sich in die Befriedigung doch immer gleich die Gewißheit des Verlustes eines Stückes Sicherheit. Bedürfnisbefriedigung kann kaum zum reinen Genuß werden; sie ist stets mit der Trauer verlorener Sicherheit vermischt; der Asket ist der bewunderte Held in der Geldwirtschaft.

Auf der anderen Seite muß alles, was der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse

<sup>70</sup> Ewald (FN 69), S. 386/385.

<sup>71</sup> So aber Ewald (FN 69), S. 386.

<sup>72</sup> G. Ritter, Die Neugestaltung Deutschlands und Europas im 16. Jahrhundert, 1967, S. 26; H. Gerstenberger, Die subjektlose Gewalt. Theorie der Entstehung bürgerlicher Staatsgewalt, 1990, S. 115.

dient, dem Zugriff des Geldinhabers in der Form des Kaufs zur Verfügung stehen. In der Tendenz muß alles zur Ware werden. Diese Strukturnotwendigkeit hat sich im Schuldrecht bei manchen Leistungsgegenständen wegen einer voluntaristischen Orientierung an ihnen selbst häufig mit Mühe, aber im Ergebnis dann doch durchgesetzt. Zunächst galt nur die »unfreye Natur in bestimmter räumlicher Begrenzung«, also die »Sache«, sowie die »Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person«, also die »Obligation«, als in Geld schätzbar und damit als Teil des in Verträgen disponierbaren Vermögens<sup>73</sup>. Im BGB finden sich Spuren dieses Verständnisses beim Sachbegriff der §§ 90 ff., dem Unterschied von Sach- und Rechtskauf und den Modalitäten der Sach- und Rechtsübertragung. Solche Formulierungen durften die Ausdehnung des Warenbegriffs nicht hemmen, und so sind Strom, Grundstücke, geistige Leistungen und andere immaterielle Güter, die (Urlaubs-)Zeit, die Arschbacke<sup>74</sup>, die Niere, das Herz und alle anderen Körperorgane, die sexuelle Befriedigung, die in dem Sperma liegende Zeugungspotenz, die Gebärfähigkeit, die Versicherung bei Alter und Krankheit zu Leistungsgegenständen geworden. Vergeblich wird immer wieder versucht, über restriktive Definitionen des Sachbegriffs oder über Annahmen zur Sittenwidrigkeit die Totalisierung der Geld-Ware-Beziehungen zu begrenzen<sup>75</sup>: zu stark ist das »Verlangen nach Sicherheit«, das Beharren auf dem Beweis, durch Geld jede Lücke und Ungewißheit ausfüllen zu können, um den Kreis der Zugriffsobjekte zu beschränken. Diesem Sog können sich die professionelle Leistung und der Expertenrat nicht entziehen: Auch sie sind als Vertragsgegenstand Ware und für Geld zu haben – regelmäßig in einer »mittleren Art und Güte«.

Die Konstruktionen vom rechtsgeschäftlichen Kontext als Grundlage für Vertrauensverhältnisse, für Sonderverhältnisse, die Begründung von besonderen Verkehrspflichten sind in ihrer Fixierung auf intersubjektive Beziehungen verwirrend. Sie lenken die Argumentation einerseits immer wieder auf Willensverhältnisse, die sie andererseits in den Figuren des institutionalisierten Vertrauens oder der objektivierten Verhaltenspflichten entindividualisieren müssen. Bei aller Betonung der Markt-Beziehungen bleiben die Konstruktionen standesrechtlichen Vorstellungen mit ihrer Betonung der Eigenverantwortlichkeit, der persönlichen Vertrauensverhältnisse, der nicht-gewinnorientierten Tätigkeit der freien Berufe<sup>76</sup> verhaftet, die von der Entgeltlichkeit längst in (vielleicht liebenswürdige) Relikte einer vergangenen Zeit verwandelt worden sind.

Geld gewährt Sicherheit als Kaufkraft. Es ist selbst wertlos zur Befriedigung von Bedürfnissen; der zufrieden in Goldmünzen schwimmende Dagobert Duck ist eine Karikatur. Der Geldinhaber muß die konkreten Leistungsgegenstände zur Realisierung seiner Pläne und temporären Befriedigung seiner Bedürfnisse erwerben. Um sicher zu sein, in Zukunft Bedürfnisse befriedigen zu können, muß jede Person Geld haben wollen. Da das Verlangen nach Sicherheit im Prinzip unbegrenzt ist, ist auch das Verlangen nach Geld unbegrenzt. Zur Befriedigung des Verlangens müßte jedem jedes Mittel recht sein. Das Recht als Garant der besonders strukturierten Gesellschaftlichkeit beschränkt die Mittel auf ungefähre Äquivalenzverhältnisse. Im Prinzip kann jede Person in der Gesellschaft nur so viel Ware beanspruchen, wie er Geld zu geben bereit und in der Lage ist, und er soll nur Geld bekommen, wenn er dafür

73 v. Savigny (FN 58), S. 338 f.

74 Mir ist bewußt, daß dieses Beispiel aus *Candide* von Voltaire eher der Subsistenzwirtschaft zugeschlagen war.

75 Vgl. etwa J. Maier, *Der Verkauf von Körperorganen*, 1991; zum Sperma: E. Britting, *Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts*, 1989, S. 62 ff.

76 Vgl. dazu J. Taupitz, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 36 ff.

Ware hingibt. Die sozialen Härten dieses ehernen Prinzips sollen durch Transferleistungen abgedeckt werden. Es wird behauptet, daß diese soziale Organisation der höchste erreichbare Stand menschlicher Gesellschaftlichkeit und damit im Prinzip das »Ende der Geschichte«<sup>77</sup> erreicht ist. Ich habe Schwierigkeiten, das zu glauben.

### V. Der instrumentelle Charakter des Schuldverhältnisses

Ungeachtet meiner Glaubensprobleme erlaubt die Zentrierung des Schuldverhältnisses um die Verpflichtung zur Zahlung von Geld eine Reihe von Aufklärungen. Wir haben weiter oben gesehen, daß Picker<sup>78</sup> vorgeschlagen hatte, statt von der Dichotomie zwischen Vertrag und Delikt von einer Zweiteilung in Leistungs- und in Wiedergutmachungspflichten aus zu denken. Die Leistungspflicht ziele auf »Mehring im Vermögen des Gläubigers« (S. 398), auf die Herstellung eines »status ad quem« (S. 491). Sie folge aus einer in Selbstbestimmung und autonomer Selbstbindung getroffenen Rechtsgestaltung und habe ihren Rechtsgrund in einem vom Willen getragenen Rechtsgeschäft (S. 394 ff./493/503 ff.). Ersatz- und Wiedergutmachungspflichten hingegen seien Sanktionen eines Fehlverhaltens, griffen ohne Rücksicht auf den Willen und müßten deshalb stets als gesetzliche Schuldverhältnisse charakterisiert werden, die der »Wahrung des status quo« dienen (S. 515/394 f.).

Diese Neu-Systematisierung<sup>79</sup> soll mehrere Vorteile bringen. Zunächst soll sie den Rückgriff auf eine Vielzahl von Fiktionen überflüssig machen, die zur »Illusion eines Haftungsgrundes« und damit in die »dogmatische Unrichtigkeit« der modernen Lehren (S. 402) führt. Zum anderen will Picker den individuellen rechtsgeschäftlichen Akt als Rechtsgrund für die Leistungsverpflichtung scharf konturieren, indem er ihn vom Ballast der gesetzlich normierten Ersatzverpflichtung bei fehlerhafter Erfüllung entlastet, und damit hofft er, noch konsequenter als Flume (S. 396) die »Privatautonomie als Anerkennung der Selbstbestimmung des Menschen«<sup>80</sup> zu verteidigen. Picker scheut sich nicht zu sagen, gegen wen die Verteidigung nötig ist, und verknüpft dies mit einem weiteren Vorteil seiner Systematisierung: gegen solche nämlich, bei denen ein »autonomieentleertes Verständnis des Geltungsgrundes von Einstandspflichten nicht . . . Horror« (S. 504) weckt, die ein System begründen wollen, »in dem jeder Einzelne in einer Art von sozialem Determinismus der ihm zugewiesenen Rolle entsprechend fungiert – oder richtiger funktioniert« (S. 504). In den Fußnoten zu solchen starken Plädoyers für die »Freiheit« werden unter anderem – es läßt sich ahnen – ein ehemaliger sozialdemokratischer Justizminister und ein Bremer Professor genannt.

Diese in der Literatur freundlich aufgenommenen Ausführungen<sup>81</sup> sind ein guter Beleg dafür, wie eine Mischung von Rechtsdogmatik und Glaubenssätzen über Moral und Freiheit zu nichts Rechtem führt. Picker bewahrt sich die kraftvolle Un-

77 So F. Fukuyama, *Das Ende der Geschichte?*, in: *Europäische Rundschau* 4/1989, S. 3 ff.

78 Picker (FN 3) – die Seitenangaben in der Klammer im Text.

79 Brüggemeier (Fn 4) – S. 71 – sekundiert der Differenzierung in »ad quem« und »quo« (der noch – um die Latinoisierungen fortzuführen – das »ab quo« des Bereicherungsrechts hinzugefügt werden könnte), allerdings nicht, um eine Neu-Systematisierung von Primärleistung und Ersatzpflicht zu begründen, sondern um die funktionelle Verschiedenheit von Vertrags- und Deliktsrecht zu belegen: selbst beim lateinischen Wortspiel ruht der Dogmenstreit nicht.

80 W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. 1979, S. 2.

81 Etwa von Medicus (FN 22).

schuld seiner Insinuationen, indem er die Literatur des personell eher christdemokratisch besetzten Ordo-Liberalismus nicht zur Kenntnis nimmt. Sonst hätte er lesen müssen, daß »der private Rechtsträger... als Funktionär der objektiven Rechtsordnung handeln darf«<sup>82</sup>. Nicht die private Willensmacht ist nach dieser Auffassung zu schützen, sondern eine objektive Rechtsordnung, die den Willen und das Handeln des Rechtssubjektes instrumentalisiert, und das heißt insbesondere, ihm Schranken der Machtausübung setzt. Der Marktteilnehmer soll seinen Vorteil suchen dürfen, weil und solange er dadurch die gesellschaftliche Wohlfahrt in Herrschaftsfreiheit mehrt.

Diese Erinnerung dient nicht nur dazu, politisierende Unterstellungen zurückzuweisen. Sie öffnet gleichzeitig den Blick auf den instrumentellen Charakter des Rechtsgeschäfts. Es stellt eine der Modalitäten dar, den unentrinnbaren Warenumschlag zu organisieren. Dieser gewinnt seine prekäre Dynamik gerade dadurch, daß jedes Individuum nach der Sicherheit des Geldvermögens streben und dieses doch von Zeit zu Zeit hingeben muß, um in der gekauften Ware Bedürfnisbefriedigung zu suchen. Es ist hier unerheblich, darüber zu spekulieren, ob das Verlangen nach Sicherheit eine anthropologische Konstante sei (Ewald). Die in der gegenwärtigen Gesellschaft ausschließlich zugelassene Form seiner Befriedigung im Geldvermögen ist es sicherlich nicht. Die Realisierung der Sicherheit im Geldvermögen determiniert die interpersonalen Beziehungen zum Schuldverhältnis. Um Menschlichkeit, um menschliche Selbstbestimmung geht es in ihm nicht. Sie läßt sich nicht durch die Annahme retten, »daß der Eintritt ins Marktsystem in freier Entscheidung... erfolgt«<sup>83</sup>: Wer könnte sich dem Zwang zu diesem Eintritt verweigern?

Auch wer in Freiheit einen Vertrag aushandelt, ist zum Vertragsschluß gezwungen. Er ist keine Inszenierung zur Entfaltung von Individual-Wollen, sondern ein Instrument zur Festlegung des Äquivalenzverhältnisses von abstraktem Geldvermögen und konkretem Leistungsgegenstand. Wie die Festlegung erfolgt, ist dem Schuldrecht gleichgültig. Sie kann subjektiv ausgehandelt und objektiv gesetzt werden; sie mag sich aus zwingendem Recht ergeben oder aus einem Vertrag auf der Grundlage dispositiven Rechts; der Vertrag mag in Abschluß und Gestaltung für den Einzelfall verhandelt oder aber nach allgemeiner Meinung ebenso gültig sein als Konsequenz eines Kontrahierungszwangs oder der Faktizität der Sozialtypik und Allgemeiner Geschäftsbedingungen; sie mag endlich an notwendig objektive Standards von Verhaltenspflichten vor und nach Vertragsverhältnissen wie an solche von Berufungsangehörigen und Experten anknüpfen.

Wer von einem wahren Vertrag nur ausgehen möchte, wenn sich übereinstimmende Willenserklärungen feststellen lassen, muß das entweder ohne »Rücksicht auf die Verkehrssitte« (§ 157 BGB) tun oder er muß dem größeren Teil des Warenumschlags über Fiktionen zur Rechtsgeltung verhelfen. Die geschmähte »Fiktionsbereitschaft« (Picker) darf ja nicht erst bei der stillschweigenden Willenserklärung, beim faktischen oder beim Quasi-Vertrag ansetzen, sondern weit eher: Wir haben bereits gesehen, daß eine ernstgemeinte Theorie der »Privatautonomie des eigenverantwortlichen Rechtssubjektes« die unabweisbar notwendige Stellvertretung nur über ein »juristisches Wunder«, über eine Generalfiktion gelten lassen kann. Ebenso ist es mit der juristischen Person. Es ist offensichtlich, daß eine Vermögensmasse, ein Sondervermögen keinen eigenen Willen haben kann. Der Verteidiger des freien Willens im Rechtsgeschäft, der sich gleichzeitig nicht dadurch lächerlich machen will, daß er die

82 H. H. Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: FS Bohm, 1965, S. 113 ff./117.

83 Köndgen (FN 5), S. 277.

Existenz der juristischen Person leugnet, ist gezwungen, sie entweder zum Willensträger zu fingieren oder ihr geistige – und warum nicht körperliche (Kopf des Unternehmens) – »Organe« anzuheften, die dann die wahren Willensträger sind. Die von K. Schmidt<sup>84</sup> neu entfachte Diskussion um die Stellung des Konkursverwalters belegt tatsächlich, daß die dogmatischen Probleme bei aller Pragmatik virulent geblieben sind. Die Organtheorie ist zu neuem Leben erwacht und mit ihr die Begriffe der subjektlosen subjektiven Rechte, des Quasi-Rechtssubjekts und der Willensfiktion. Wer aber diesen Schwierigkeiten zu entgehen versucht, indem die (juristische) Person als »zweckgebundene Organisation, der die Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit verliehen hat«<sup>85</sup>, definiert wird, erkennt damit gleichzeitig, daß es beim Rechtsgeschäft nicht um die Selbstbestimmung von Menschen, sondern um Vermögenszuordnungen von Warenträgern geht, und daß der Mensch nicht als Mensch, sondern als natürliche Person auftritt, die sich als Rechtssubjekt von der juristischen nicht unterscheidet.<sup>86</sup> Nur in dieser Perspektive verschwindet die konstruktive Notwendigkeit, das Zivilrecht als Ansammlung von Fiktionen um das wenige Echte herum zu deuten: die Person und die Stellvertretung, der Quasi-Vertrag und die Berufspflicht gehören zu den Normalitäten des Warenumschlages.

Das heißt nicht, daß mit dem »Niedergang des Willensprinzips« eine neue »Vertragsethik des reziprozitären Austausches« und damit eine »organische Solidarität der Individuen« entsteht.<sup>87</sup> In der Geld-Ware-Beziehung stehen sich die Individuen fremd und gleichgültig gegenüber, in dem isolierenden Zwang zum Sicherheitsgewinn im Geldvermögen. Für Solidarität ist kein Platz: Derleder<sup>88</sup> hat gut belegt, wie sie im Gegenteil als Motiv für privatautonomes Handeln ins Verderben führt. Das Gesetz erkennt diese Zwangslage und verläßt sich deshalb nicht darauf, daß Primärleistungen als »vom Willen der Partei getragene«<sup>89</sup>, also freiwillig erbracht werden. Jeder Vertragspartner muß die Gegenleistung annehmen wollen, zur Erbringung seiner Leistung muß er gesetzlich verpflichtet werden. Das regelt das Gesetz genau so. In allen einzelnen Vertragsschuldverhältnissen des BGB ist die Handlung (oder Unterlassung) des Schuldners, die als Rechtsgeschäft, als Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, als Bereicherungserlangung oder als unerlaubte Vermögensbeeinträchtigung zu qualifizieren sein kann, eine der Anspruchsvoraussetzungen der gesetzlichen Leistungsverpflichtungen. Obwohl immer wieder behauptet wird, daß die Rechtsgrundlage für vertragliche Ansprüche das Rechtsgeschäft selbst sei, daß »Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung«<sup>90</sup> entstehen, beharren wir mit dem Wortlaut des Gesetzes und aus strukturellen Gründen darauf, daß nicht eine »lex contractus«, sondern die lex legis den Vertrags- wie den Deliktsschuldner zur Leistung verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob er leisten will; das Gesetz zwingt ihn dazu, weil die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen – unter anderem diejenige, die als Vertrag zu qualifizieren ist.

Die Unterscheidung nach primären Leistungs- und (sekundären) Ersatzpflichten taugt also zur Differenzierung nicht. Dasselbe gilt für die »ad quem – quo«-Unterscheidung, die ja auch dazu dienen soll, die funktionale Differenz von Vertrags- und Deliktsrecht zu begründen. Diese Auffassung isoliert einen Leistungsgegenstand,

84 Vgl. etwa K. Schmidt, Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners, KTS 1984, S. 345 ff.

85 MunchKomm-Reuter, vor § 21 Rdnr. 2.

86 Ausführlich R. Knieper, Selbstbestimmung als Selbstdisziplinierung und Fremdbestimmung, in: ders., Zwang, Vernunft, Freiheit, 1981, S. 9 ff./22 ff.

87 So Köndgen (FN 5), S. 132/270/145.

88 Derleder (FN 20).

89 Picker (FN 3), S. 395.

90 Flume (FN 80), S. 3.

um den ein Vermögen gemehrt werden soll. Sie verkennt, daß die Leistung von vornherein durch die Entgeltlichkeit beschwert ist, daß eine synallagmatische Verknüpfung besteht. Wer Rechtsfolgen vom Geld (-Gläubiger) aus betrachtet, stellt rasch fest, daß die Kriterien der Vermögensmehrung oder -minderung zur Differenzierung nicht taugen. Nehmen wir den Beispielsfall des Patents, einem Immaterialgüterrecht. Der Inhaber kann es in einem Lizenzvertrag zur Nutzung übertragen gegen Zahlung einer Lizenzgebühr. Die identische Lizenzgebühr kann er als eine der drei Methoden der Schadensberechnung<sup>91</sup> gegenüber jedem geltend machen, der die Erfindung ohne Vertrag nutzt. Nach der herrschenden, allerdings abzulehnenden Auffassung<sup>92</sup> besteht der Anspruch auf Zahlung dieser Lizenzgebühr auch als Bereicherungsanspruch, also als Garantiehafung des ohne Sorgfaltspflichtverletzung Handelnden: Leistungs- und Ersatzpflicht, status ad quem und status quo, Vertrag, Delikt- und Bereicherungsverhältnis sind funktional nicht unterscheidbar.

Mit den Nachweisen funktionaler Äquivalenz zwischen Vertrags- und Deliktsrecht will ich keineswegs die positivrechtlichen Unterschiede unter den Tisch kehren, wie sie zwischen den beiden Anspruchsgrundlagen, aber auch zwischen einzelnen Vertragstypen bestehen. Daß dies im übrigen durch die Betonung der Differenz nicht offensichtlicher wird, zeigen die korrigierenden Ergebnisannäherungen in beiden Richtungen. Mir kommt es vor allem darauf an nachzuweisen, daß in der Geldwirtschaft vor allem anderen für jede Person wichtig ist, daß keine Ware – im weitesten Sinne – gegeben, genommen oder beschädigt wird, ohne daß der daraus resultierende Verlust durch die Zahlung von Geld kompensiert wird, d. h. die betroffene Person die Sicherheit bekommt, in einer ungewissen Zeit durch den Kauf von Waren überleben zu können. Dieses (Äquivalenz-)Verhältnis muß das Recht garantieren.

Demgegenüber sind die Modalitäten des Zustandekommens des Verhältnisses eher sekundär. Insbesondere schafft das Vertragsverhältnis keine neue personale Solidarität. Es bleibt wie beim Versicherungssystem beim isolierenden Zahlungsverhältnis. Wir hatten gesehen, daß die Festlegung subjektiv und objektiv, kraft zwingenden oder dispositiven Rechts, im individuellen oder faktischen Vertrag zustande kommen kann. Das sind zum Teil Ergebnisse sozialpolitischer Entscheidungen. Wir können nun anschließen, daß die Festlegung auch durch (Quasi-)Vertrag oder Delikt getroffen werden kann. Sie dienen demselben Ziel der Sicherung durch Geld. Deshalb werden die Grenzen konturenlos, lassen sich identische Ergebnisse mit einer wie der anderen Rechtsfigur begründen, erweist sich die Dichotomie von Vertrag und Delikt als haltlos. Sie löst sich im Geld als ebenso immateriellem wie realem Grund für Sicherheit in ungewisser Zeit und in der Käuflichkeit der Ware auf.

## VI. Die Familie als Schuldverhältnis

Geld allein und nicht Eigentum von Gütern schafft also Sicherheit, wobei der Gelderwerb aus Kapitalzinsen, aus dem Verkauf von Waren jeder Art, aus (Schadens-)Ersatz für Eigentumsbeeinträchtigungen, aus Versicherungsleistungen resultieren kann. Sicherheit verschafft es, weil und sofern alles, was zur Befriedigung eines in der Zeit auftauchenden menschlichen Bedürfnisses dienen kann, Ware wird, »seinen Preis hat«, also erwerbbar wird. Dies führt tendentiell zur Totalisierung der Geld-Ware-Beziehungen und dazu, daß alle anderen Modelle der Organisierung von

<sup>91</sup> Seit RGZ 70, 249; 130, 110 ständige Rechtsprechung.

<sup>92</sup> R. Knieper, *Moderne Bereicherungslehren?*, BB 1991, S. 1578 ff./1581.



Sicherheit »vom Markt« verdrängt werden. Pointiert ausgedrückt werden alle menschlichen Verhältnisse zu Schuld(rechts)-Verhältnissen von Personen.

Damit wird eine andere Dichotomie geschleift, die sehr viel stärker profiliert war als die zwischen Vertrag und Delikt, nämlich die von Schuld- und Sachenrecht gegenüber dem Familienrecht. Die Familie »als Gegenstruktur zur Gesellschaft«<sup>93</sup> existiert nicht mehr. Alles, was in ihr nicht ohne Erwartung auf Gegenleistung, aber unentgeltlich geleistet wurde, ist als Ware auf dem Markt (vgl. oben S. 11 f.). Das liegt weder an modernen materialistischen Lebenseinstellungen noch an familienfeindlichen Politikern und Intellektuellen, wie es besonders klerikale Verschwörungstheoretiker immer mal wieder gern behaupten. Vielmehr ist mit dem Verlust des produktiven Eigentums<sup>94</sup>, das den Familienmitgliedern in personellen Beziehungen zueinander Sicherheit gewährte, der Erwartung eben dieser Sicherheit die materielle Basis entzogen.<sup>95</sup>

Die Auflösung der ehemals Sicherheit gewährenden Familienbeziehungen in Schuldverhältnisse, die formal zum Teil noch Familienverhältnisse genannt werden, hat ihrerseits wiederum Rückwirkungen auf eben dieses Schuldverhältnis. Macpherson hat zur Kennzeichnung der Sozialbeziehungen und des Bewußtseins in der Zeit des Liberalismus den Begriff des Besitzindividualismus geprägt. Dieser Begriff ist ebenso eingängig wie irreführend. Er verdeckt, daß die mit der Individualität verknüpften Rechte und gesellschaftliche Position nicht für den »Menschen«<sup>96</sup> galten, sondern lediglich für eine kleine Gruppe von Personen, nämlich die europäischen, erwachsenen Männer, die um produktives Eigentum herum gruppierten Familien vorstanden: »Der ausgebildete Staat (damit ist bei v. Savigny – S. 380f. – der Staat gemeint, der Privateigentum als positives Recht gesetzt hat – R. K.) hat die Familien, nicht die Individuen unmittelbar zu Bestandteilen«<sup>97</sup>, und in den Familien galt »die väterliche Gewalt«<sup>98</sup> – eine Vorstellung, die das BGB bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts geprägt hat. Der Mann verwaltete das Familienvermögen, er schloß die Rechtsgeschäfte. Privatautonomie und Vertragsfreiheit, Willensmacht und Selbstbestimmung im Zivilrechtsverkehr waren seine Attribute. Für Kolonisierte, Kinder und Frauen galten sie nicht. Sie richteten sich allerdings auch nicht an den männlichen Menschen in einer angenommenen, natürlichen, wilden, triebhaften Freiheit, sondern an die männliche Person, das Rechtssubjekt, dessen Identität in der Familie so geformt war, daß er rechtschaffen, maßvoll, unverschwendisch, Freiheit als Einsicht in die Notwendigkeit der Erhaltung des Familienvermögens und der Erfüllung von Leistungspflichten begreifend handeln konnte – wie ein »Guter Hausvater« eben, wie es die juristische Meßlatte der korrekten Lebensführung verlangte.<sup>99</sup>

Die Realität dieses Bildes zeichnet heute noch Köndgen für eine verbliebene Parzelle, wenn er die Judikatur des BGH zur Hofübergabe kommentiert. In der dortigen, auf »Reziprozität angelegten familialen Primärbeziehung« erbringt der »Jungbauer«, anders als in »Lohnabhängigkeit« und »depersonalisierten Marktverträgen«, eine

93 So der Titel einer Arbeit von H. Rosenbaum aus dem Jahre 1973.

94 Wie wichtig es ist, das produktive Eigentum vom bloßen Eigentum zu unterscheiden, und wie oberflächlich es ist, den Schutz von Eigentum aufs Werte-Banner zu schreiben, beweist überzeugend der empirische Großversuch der Privatisierungen in der ehemaligen DDR, bei der sich herausgestellt hat, daß der in Eigentumsideologie gutgemeinte Versuch der Restituierung von Sacheigentum als schweres Investitionshindernis abgebrochen werden mußte. Zum aus ähnlichen Gründen mißverstandenen Eigentumsschutz im Bereicherungsrecht vgl. Knieper (FN 92), S. 1580f.

95 Vgl. dazu ausführlich G. Heinsohn/R. Knieper, *Theorie des Familienrechts*, 1974.

96 So heißt es durchgängig bei Macpherson, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, 1973.

97 v. Savigny (FN 58), S. 344.

98 v. Savigny (FN 58), S. 341.

99 Vgl. dazu ausführlich Knieper (FN 86), S. 15/27 ff.

»wichtige Identitätsleistung«, wenn er den Beruf des Landwirts als »Selbstverwirklichung« akzeptiert.<sup>100</sup>

Dieses Bild eines »Eigentümer-Familien-Mannes« und nicht das eines »Besitz-Individualisten« prägt unausgesprochen die Vorstellung, auf dem Markt werde in Selbstbestimmung Ware gegen Ware unter Heranziehung des neutralen Hilfsmittels Geld getauscht. Nur in diesem Bild ist der Markt tatsächlich der Ort der Freiheit, auf dem der Mann agieren oder von dem er sich fernhalten kann, wenn er will. Die Freiheit zu alternativem Handeln wird ihm unterstellt, da er seine Sicherheit in den personalen Familienbeziehungen findet und nicht im Geld, das ihm lediglich als neutrale und Rechtsgeschäfte erleichternde Maßeinheit willkommen ist. Unabhängig davon, wie realistisch solche Konstruktionen der Wirklichkeit sind, läßt sich doch ihre Bedeutung für Theoriebildung kaum unterschätzen.

Großerklärungen zu Grundbegriffen des Zivilrechts hören sich heute noch bisweilen so an, als wollten sie die Zerstörung des Bildes nicht zur Kenntnis nehmen. Im Zwang zur Entscheidung praktischer Konflikte sieht das anders aus. Die Konvergenz der Ergebnisse delikts- und vertragsrechtlicher Konstruktionen scheint mir ebenso ein Beleg dafür zu sein, wie die zunehmende Objektivierung und Standardisierung von Maßstäben der Fahrlässigkeit, des korrekten professionellen Verhaltens, der Leistungsinhalte sowie der Kriterien rechtsgeschäftlicher Bindung. Damit reagiert das praktische Schuldrecht auf Veränderungen der interpersonalen Beziehungen ebenso wie auf Veränderungen der Subjektivität des Rechtssubjekts, das Fremdbestimmung immer weniger durch Selbstdisziplinierung in Selbstbestimmung umzudeuten vermag und das deshalb an die normierende Leine objektiver Standards gelegt werden muß. Zerfall der Familie und Standardisierung bedingen einander.

### VII. *Schlußbemerkung*

Das Rechtssubjekt ist »entzaubert« (Wiethölter). Es besteht allerdings kein Anlaß, sich für die Zukunft auf ein hermetisches, fugenloses gesellschaftliches Verhältnis einzurichten, in dem die Vernunft der Marktgesellschaft und der Geldwirtschaft endgültig über den Zauber der personalen Solidaritäten und Abhängigkeiten triumphiert hat, die im übrigen weder zu romantisieren noch zu dämonisieren sind. Brüche sind offenkundig und können jederzeit geschichtsmächtig werden.

Zum einen entgeht Geld, die Basis der Sicherheit, nicht den Unsicherheiten des Produktionsverhältnisses. Längst im Zwang dieser Verhältnisse von jeder Wert- und Güterbasis gelöst, hat es Realität nur als abstrakte Kaufkraft. Sie könnte einbrechen und zur Irrealität eines bloßen »Mediums« schrumpfen, für das man sich nichts kaufen kann. Da die Flucht in die Sachwerte verbaut ist, könnte die Suche nach neuen Formen der Sicherheit, auch im materiell begründeten Zwang zu personalen wechselseitigen Abhängigkeiten, neu beginnen. Zum anderen scheint es nicht zu gelingen, Menschen in der und für die Logik der Gesellschaft so zuzurichten, daß sie die Notwendigkeiten der Geld- und Warengesellschaft als Selbstbestimmung leben. Die verzweifelte Wut, mit der die »Abhängigkeit« der »familialen, religiösen oder korporativen Solidaritäten«<sup>101</sup> immer wieder einmal besetzt und verteidigt werden, belegt die Suche nach Lebenssinn in kollektiven personalen Identitäten und das heißt außerhalb der Sicherheit des Geldes, die alle menschlichen Beziehungen zu Schuldverhältnissen des Marktes formt.

<sup>100</sup> Kondgen (FN 5), S. 174.

<sup>101</sup> Ewald (FN 69), S. 386.