Peter Derleder

Vertragspflichten als Sozialpflichten*

Vertragspflichten nehmen in der heutigen Rechtspraxis über die Bedürfnisse der Vertragspartner hinaus ein heterogenes Ensemble von gesellschaftlichen Orientierungen und praktischen Politiken auf, ohne daß darüber systematisch Rechenschaft gegeben wird. Was bei der Konstituierung von Verträgen, bei der Ausformung der Vertragspflichten im Wege der Auslegung, bei der Absicherung des Leistungsprogramms durch Nebenpflichten, bei der inhaltlichen Kontrolle der Vertragsinhalte, bei der Abwicklung der Verträge und bei der Einbeziehung von Drittinteressen an allgemeinen sozialen Erwartungen virulent wird, ist theoretisch nicht annähernd aufgearbeitet. Die alten Begriffe vom autonomen Privatrechtssubjekt, vom Schutz des Wettbewerbs durch Rahmenregelungen, von der Kontrolle der Oligopole und Monopole, vom sicherungsbedürftigen Wachstum, von den sozialstaatlichen Marktinterventionen zur Sicherung eines Mindestgebrauchswertes von Gütern und Dienstleistungen, von der Kontrolle der sozialen Kosten und von der notwendigen Ordnung der Einzelmärkte haben den Prozeß der Materialisierung des Privatrechts, insbesondere aber des Vertragsrechts geleitet, sind jedoch weder untereinander abgestimmt noch je für sich von Zielkonflikten frei. Die Monopolkontrolle etwa ist vielfach einem Schutz der Monopole gewichen, weil unter dem Druck der dritten industriellen Revolution in ihnen nunmehr Arbeitstraditionen, wirtschaftliche und soziale Errungenschaften, kulturelle Einrichtungen und nationale Werte verkörpert erscheinen. Verbraucherschutz als eine breit konsensfähige privatrechtliche Zielperspektive, in einer Vielzahl von Einzelmarktgesetzen und gerichtlichen Entscheidungen ausgeformt, gerät zusehends unter den Verdacht des Konsumismus und muß sich daraufhin rechtfertigen, ob er auf einen Hedonismus zu Lasten anderer oder der Umwelt hinausläuft.

Privatrechtler können sich zwar im allgemeinen über den Prozeß zunehmender *Materialisierung des Vertragsrechts* einigen, also die Aufladung der Vertragsnormen mit immer vielfältigeren theoretischen Zielperspektiven[1]. Was gewollt ist, gilt am ehesten, wenn es sich als nach einer vertretbaren Theorie vernünftig darstellen kann. Natürlich bedauern Traditionalisten diesen Prozeß und verweisen auf die sozialen Kosten eines so offenen Rechtsdiskurses. Aber auch die Protagonisten der Materia-

* Der Text entspricht einem Referat des Verfassers für die Tagung über »Soziales Schuldrecht« am 13./14. März 1986 in Bremen. Die Nachweise wurden erweitert.

1 Max Weber setzte in den Anfängen der deutschen Demokratie die formalen Qualitäten des modernen Rechts mit wertfreier Rationalität gleich (Rechtssoziologie, 2. Aufl., Neuwied – Berlin 1967, S. 329 ff.), von der er sich die Autonomie des Rechts gegenüber Politik und Moral versprach. Diese formale Rationalität, nach der prinzipiell vom Vertragskonsens ein richtiges Ergebnis zu erwarten war, erwies sich auf den industriell versorgten Märkten historisch jedoch als Grundlage für die Prozesse unaufhörlicher Vermachtung und ökologischer Verschleuderung, so daß die Rationalität materialer Anforderungen an das Recht zum beherrschenden Thema bis hinein in die kleinförmigsten Zivilrechtskonflikte geworden ist.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

lisierung des Vertragsrechts, die ihre Unvermeidlichkeit im Hinblick auf Machtungleichgewichte und Schadensexternalisierung pointieren, bewegen sich unsicher in den hierdurch entstandenen Riesenmassen des Rechtsstoffes. Der Einsatz von *Prozeduralisierungen*[2], insbesondere durch Verhandlungssysteme zwischen Angebots- und Nachfrageseite, durch Aufnahme von Repräsentanten des Allgemeininteresses in die Rechtssubjekte des Wirtschaftslebens und durch dezentrale außerstaatliche Rechtsfindungsinstitutionen[3], hat bisher zu keiner wirklich spürbaren Entlastung des Materialisierungsprozesses geführt. Daher erscheint es angezeigt, die widerstreitenden Materialisierungen auszudifferenzieren und speziell im Vertragsrecht Entstehung, Interpretation und Realisation der Vertragspflichten auf die Konkretisierung konfligierender Ziele zu durchforsten. An anderer Stelle[4] habe ich den Materialisierungsprozeß abstrakt auf die ökonomischen Theoriebestände und die gesellschaftlichen Großprobleme zu beziehen versucht. Hier möchte ich seinen Denkmustern zunächst einmal ein Stück weit induktiv nachgehen, um so die notwendige theoretische Arbeit vorzubereiten. Dabei will ich ausnahmsweise einmal nicht an den stärker präformierten Wahrnehmungen höchstrichterlicher Rechtsprechung ansetzen, sondern einen normalen erstinstanzlichen Wochengerichtstag und seine Rechtspraxis Revue passieren lassen, nämlich den Verhandlungstag einer nicht spezialisierten Zivilkammer, deren Mitglied ich bin.

I.

An einem solchen Gerichtstag stehen manchmal mehr als ein Dutzend Prozesse zur Entscheidung an, von denen auch der größte Teil definitiv erledigt wird. Für eine Anzahl von Prozessen braucht man kein modernes Recht, so an dem von mir exemplarisch wiedergegebenen Verhandlungstag vom Februar d. J., insbesondere nicht für die Erbauseinandersetzung um Hausratsgegenstände, deren Wert grob gegriffen wird, nicht für eine unbewiesene Körperverletzung eines Angetrunkenen vor einer Gaststätte, nicht für die Beseitigung bestimmter Baumängel an einem neu gebauten Haus, nicht für einen Streit der Mietparteien über die Renovierungskosten nach dem Auszug und auch nicht für die Herausgabeklage eines Strafgefangenen gegen seine ehemalige Partnerin wegen seiner Habseligkeiten. Sehr wünschenswert ist allerdings eine moderne Richterbank, deren Mitglieder sich außer im Zivil- und Zivilprozeßrecht zumindest bei den prominentesten Konsumgütern, also Häusern und Wohnungseinrichtungen, Autos und Motorrädern sowie anspruchsvolleren technischen Haushaltsgeräten, aber auch bei Versicherungen und anderen Dienstleistungen hinsichtlich Preisen und Qualität einigermaßen auskennen[5], eine Richterbank, die zu einem ökonomischen Verständnis der Rechtsstreitigkeiten in der Lage ist und zudem die möglichen Kompromisse flink mit dem Taschenrechner errechnen kann, die die soziale Lage ihrer Klientel und die finanzielle der Anwälte

2 Mit dem Prozeduralisierungsdogma akzeptiert die postmoderne Rechtstheorie im Gegensatz zu Max Weber, daß »Interessenten« und »Ideologen« nicht aus dem Prozeß der Rechtsgewinnung herauszuhalten sind. Durch Konzentration des Rechts auf Prozeduren der Verständigung, Verallgemeinerung oder auch Fragmentarisierung will sie jedoch vom Weber'schen Konzept so viel wie möglich erhalten. Dabei ist den Prozeduralisierungstheoretikern jedoch außer »heimlicher Materialität« (Rudolf Wiethölter) vor allem offenes Versagen gegenüber den dringendsten sozialen und ökologischen Aufgaben zu attestieren. Die Konzertierte Aktion als oft genutztes Hauptbeispiel mag dafür Zeugnis ablegen.

3 Zur Analyse der heterogenen Bestandteile des Prozeduralisierungsparadigmas siehe Dieter Hart, Die AG, 1984, S. 66 ff.

4 Festschrift für Wassermann, S. 643 ff.

5 Die jeweiligen Konsumerwartungen der Prozeßbeteiligten einschließlich der Richter sind hier nicht selten durch mangelnde Reflexion über Werbestrategien, Bedürfnisse und schichtspezifische Unterschiede bedingt. Eine Juristenausbildung zu den rechtlich relevanten Konsumstandards findet praktisch nicht statt.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

überschaut, psychologisch reflektiert mit Parteien und Zeugen umgeht[6], die gruppendynamischen Vorgänge des Rechtsstreits ein wenig zu steuern vermag und manchmal sogar seelsorgerlich-moralische Kompetenzen entfaltet. Im besten Fall kann dann eine Lösung gefunden werden, bei der ökonomische Vernunft, technischer Verstand und soziale Akzeptanz zusammenkommen und bei der das jeweilige im Berichterstattervotum festgehaltene und vordiskutierte Rechtsprogramm dennoch eine wichtige Rolle spielt. Diese Rechtsprogramme sind im Hinblick auf die Masse der Prozesse manchmal nicht allzu differenziert, blenden aber auch die Grundfragen der Materialisierung und die dabei möglichen fundamentalen Kontroversen keineswegs aus. An fünf Beispielen zum Vertragsrecht möchte ich dies hier in aller Kürze darlegen[7].

1.) *Zur Vertragsfreiheit* und zur Entstehung von Vertragspflichten war ein Rechtsstreit auszutragen, *der Fall Computerbörse*, bei dem der Inhaber einer Computerbörse für gebrauchte Artikel, der potentielle Verkäufer und Käufer mittels Computerausdrucken zusammenführen wollte, von einer Zeitung mit einer regionalen Monopolstellung für Tageszeitungen den Abdruck von Annoncen über seine Börse verlangte, da er über die vorhandenen Anzeigenblätter nur einen wesentlich kleineren Leserkreis erreicht hatte, als ihn die Tageszeitung aufwies. Das System des Computermannes, der eine Finanzierung über Anbieter und Nachfrager anstrebte, hatte sich trotz einer gewissen öffentlichen Förderung noch keineswegs durchgesetzt. Die Tageszeitung verteidigte sich gegenüber dem geltend gemachten Anspruch aus § 826 BGB und § 26 Abs. 2 GWB damit, daß sie sich selbst keine Konkurrenz zu machen brauche, daß zumindest ein erheblicher Teil ihres Kleinanzeigengeschäftes durch die Gebrauchtartikelbörse entfallen könnte und daß sie sich zum weit überwiegenden Teil aus Anzeigen finanziere. Bei der Beratung der Zivilkammer wurde über die Zuständigkeitsfrage hinaus[8] ein Präjudiz des Kammergerichts[9] diskutiert, das eine über die Anbieter finanzierte Gebrauchtwagencomputerbörse und deren Anspruch auf Abdruck von Annoncen in großen Berliner Tageszeitungen betraf und das durch das Abstellen auf zahlreiche eher ungewichtige Einzelfallumstände eine Grundsatzentscheidung vermieden hatte. Ohne theoretische Prätentiosität behandelte die Vorbereitung der Zivilkammer darum den Grundsatz der Vertragsfreiheit, die notwendige Monopolkontrolle über den Kontrahierungszwang nach § 826 BGB, die Defensive der Tageszeitungen gegenüber den Anzeigenblättern im Hinblick auf ihre Finanzierungsstruktur, die Erhaltungswürdigkeit kleinerer Tageszeitungen mit Monopolstellung, auch im Hinblick auf die Arbeitsplätze und einen gewissen eigenständigen kulturellen und demokratischen Wert, die Unaufhaltsamkeit des technischen Fortschritts mittels Computern auch im Anzeigenwesen und seine Durchsetzung mittels Kontrahierungszwangs. Die Kammer einigte sich schließlich, dem Ergebnis des KG folgend, auf die

6 Protagonistisch insoweit Rüssmann, Physiologische und psychologische Streiflichter zum Zeugenbeweis, Festschrift Wassermann, S. 789 ff.

7 Dabei habe ich eine rechtssystematisch orientierte Reihenfolge zugrundegelegt. Die Beratungsergebnisse wurden jeweils in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert.

8 Zur ausschließlichen Zuständigkeit der Kartellgerichte siehe § 87 Abs. 1 GWB, der den in anderen Gesetzen enthaltenen Zuweisungen bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vorgeht (BGH WuW/E 419 und 1553) und auch bei Geltendmachung mehrerer (also auch rein bürgerlich-rechtlicher) Anspruchsgrundlagen (wie § 826 BGB) gilt (OLG Hamm WuW/E OLG 2094). Bei zahlreichen Landgerichten sind jedoch keine speziellen Spruchkörper für Kartellsachen gebildet, so daß die kartellrechtliche Prüfung in der Landgerichtsinstanz nicht selten unterbleibt oder mager ausfällt. Da Kartellsachen i. S. des § 87 GWB nach dessen Absatz 2 Handelssachen i. S. der §§ 93 ff. GVG sind, kann die Zivilkammer gemäß § 98 GVG nur zuständig werden, wenn die Klage zur Verhandlung vor die Zivilkammer gebracht wird und der Beklagte keinen Verweisungsantrag stellt.

9 KG WuW/E OLG 2903.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verneinung einer unbilligen Behinderung bzw. Diskriminierung und damit einer Vertragsabschlußpflicht. Der Inhaber der Computerbörse streckte dann in der mündlichen Verhandlung die Waffen, allerdings wohl mehr aus wirtschaftlichen Gründen. Die Legitimation der auch mit den Parteien kurz erörterten soziokulturellen Erwägungen wurde von keiner Seite in Abrede gestellt.

2.) *Mit faktischen Kontrahierungszwängen* hatte auch ein weiterer Rechtsstreit zu tun, *der Fall des »falschen Ölfasses«*. Die beklagte Firma benötigte hier für ihre Produktion Öl, das sie normalerweise von einer Ölhandelsfirma im Rahmen eines längerfristigen Liefervertrages mit Abnahmepflicht bezog. Das umstrittene Faß hatte jedoch der Kläger, ein ehemaliger Angestellter der Lieferfirma, nunmehr selbständig, geliefert, wobei es nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz einen Dissens über die Vertragspartnerschaft gegeben hatte. Während die Beklagte einen Vertrag mit ihrer bisherigen Lieferantin schließen wollte und den Kläger als deren Vertreter ansah, war dieser im eigenen Namen aufgetreten. Die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht waren nicht dargetan. Die Beklagte hatte den Preis an ihre bisherige Lieferantin überwiesen, von dieser aber zurückerhalten, da diese mit der Angelegenheit nichts zu tun hatte. Nachdem das Öl inzwischen verbraucht war, forderte der Kläger sein Entgelt, während die Beklagte ihm statt dessen ein gleichwertiges Faß Öl anbot, um keine Schwierigkeiten mit ihrer Abnahmepflicht zu bekommen. Die infolge Dissens und mangelnder Vollmacht des Klägers gescheiterte Übereignung des Ölfasses, das dadurch entstandene Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, der dennoch bei Verbrauch mögliche Anspruch aus Eingriffskondiktion[10], die im Rahmen des § 818 BGB (anders als nach den § 823 ff., 249 BGB) nicht vorgesehene Naturalrestitution und der von der Kammer schließlich für notwendig erklärte Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB nach dem für den Eintritt der Bereicherung[11] maßgeblichen und im Hinblick auf die inzwischen gesunkenen Ölpreise für die Beklagte unangenehmen Zeitpunkt waren Gegenstand einer Erörterung, die zu einem geharnischten Protest der Beklagten gegen das zu erwartende Urteil führte. Mit der Botschaft, daß eine verbrauchte Lieferung schlicht zu bezahlen ist, ließ sie sich keineswegs abspeisen, sondern pochte auf das Absatzsystem, in das sie eingebunden sei und in das sich der Kläger böswillig hineingedrängt habe. Es mag dabei sein, daß sie u. U. bei besserem Vortrag zum Vertragsabschluß und zu einer evtl. Anscheinsvollmacht sogar hätte durchdringen und die Ölfaßlieferung in ihr Vertragssystem hätte integrieren können. Was sie vom Kläger jedenfalls verlangte, der ihr mangelfreies Öl zum angemessenen Preis liefern wollte, war eine Rücksichtnahme auf schon bestehende, wohlgeordnete Absatzsysteme und Vertragspflichten, wie sie bislang nur bei bestimmten wettbewerbsrechtlichen Fallgruppen der Verleitung zum Vertragsbruch und der Ausnutzung von Vertragsbruch[12] und auf Grund des Verbots kollusiver Schädigungen eines Drittvertragspartners nach § 826 BGB rechtlich geboten ist. Hätte man nicht vielleicht doch eine absatzsystemkonforme Vertragspflicht durch anderweitige Auslegung der Willenserklärungen gem. § 157 BGB und eine andere Beurteilung der Vollmachtsituation erreichen können? Inwieweit bestimmen bereits bestehende Verträge und Drittinteressen die Verkehrssitte? Das waren materialisierende Fragen, die ungeachtet der relativ bestimmten Deduktionen aus dem Vindikations- und Kondiktionsrecht in der mündlichen Verhandlung nicht befriedigend geklärt wurden und im Hinblick

10 Vgl. BGH 14, 7; Palandt-Bassenge, BGB 45. Aufl., Vorbemerkung 2a vor § 987, etc.

11 Nach ganz herrschender Auffassung kommt es für die Wertermittlung im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB auf den Eintritt der Bereicherung, also der Vermögensverschiebung an (RG 119, 332; BGH NJW 1963, 1299; a. A. Koppensteiner NJW 1971, 588).

12 Vgl. aus der Rechtsprechung insbes. etwa BGH 14, 317; BB 1973, 1229; Betrieb 1981, 1668.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

auf die prozessuale Konstellation des zweiten Rechtszuges auch wohl nicht mehr geklärt werden konnten. Die Pflicht zur Bezahlung eines gelieferten und verbrauchten Ölfasses: »ein einfacher Fall«, wie die Zivilkammer anschließend ironisch vermerkte.

3.) Der marktwirtschaftliche Preismechanismus scheint sich der materiellen Kontrolle der Verträge weitgehend zu entziehen. Die Festlegung der Leistungen ist gem. § 8 AGBG der Überprüfung nach den §§ 9 ff. entzogen[13]. Die stärker objektivierende Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB[14] und die Vermehrung einzelmarktbezogener Verbotsgesetze[15] führen zwar schon zu einzelnen Preiskorrekturen, manchmal sogar mit Auswirkungen für einen ganzen Markt[16], bleiben aber doch im Konzept einer nur im Extremfall vorgesehenen *Preiskorrektur*. Die Alltagspraxis kennt jedoch längst *subversive Materialisierungen*, wie sie in einem dritten Fall des berichteten Verhandlungstages deutlich wurden, *im Rolladenfall*.

Ein Hauseigentümer, der Beklagte, interessierte sich für Rolläden und bestellte den Handelsvertreter einer mittleren Firma zu sich. Dieser unterbreitete diverse Angebote und errechnete für das von dem Beklagten und seiner Ehefrau bevorzugte einen Gesamtpreis von knapp fünftausend DM. Der Ehefrau erschien das sehr hoch, so daß sie vorschlug, noch andere Angebote zum Zweck eines Preisvergleichs einzuholen. Der weitere Verlauf des Vertragsgesprächs war streitig. Der Beklagte trug vor, der Handelsvertreter habe ihm gesagt: »Die Preise tun sich alle nichts.« Nur deswegen habe er mit ihm den Vertrag geschlossen. In Wahrheit gab es Firmen, die vergleichbare Systeme für die Hälfte des vereinbarten Kaufpreises anboten. Bei der Vorbereitung der Zivilkammer wurde erwogen, ob es sich um eine reklamehafte Anpreisung des Handelsvertreters ohne motivbildende Kraft gehandelt habe. Dann wäre eine Anfechtung des Vertrags nach § 123 BGB wegen bewußter Fehlinformation über die Marktpreise von vornherein nicht in Betracht gekommen. Schließlich wurde dann aber vor allem wegen der beträchtlichen Preisunterschiede die Schlüssigkeit des Beklagtenvortrags bejaht, der jedoch in der Beweisaufnahme wegen der unterschiedlichen Aussagen von Ehefrau und Handelsvertreter nicht bewiesen werden konnte. Gewiß handelte es sich also in diesem Fall um keine direkte Preiskontrolle. Daß es zu einer Überprüfung des Vertragsgesprächs kam, war jedoch in erster Linie auch den Preisunterschieden geschuldet, die bei einer zusätzlichen Unregelmäßigkeit der Vertragskommunikation auch zur nachträglichen Un-

13 Obgleich Preisvereinbarungen von der Inhaltskontrolle ausgeschlossen sind, können Preisnebenabreden (BGH NJW 1984, 172) und Preisberechnungsabreden (BGH 93, 358) durchaus an den §§ 9 ff. AGBG gemessen werden.

14 Siehe dazu insbes. Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., § 10 II 2; Soergel-Siebert-Hefermehl, BGB 11. Aufl., § 138 Rdnr. 31 ff.; AK-BGB/Damm, § 138 Rdnr. 44. Die Objektivierung kommt neuerdings vor allem in der Formel des BGH zum Ausdruck, nach der ein Konsumentenratenkreditgeber bei einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegen § 138 Abs. 1 BGB verstößt, wenn er sich leichtfertig der Erkenntnis verschließt, daß sich der Kreditnehmer nur wegen seiner schlechteren Lage auf die drückenden Bedingungen einläßt (BGH 80, 160). Darin liegt nicht mehr als eine objektive Wertung der Vertragsbedingungen.

15 Einer Zunahme von Verbotsgesetzen, die die Unwirksamkeitsfolge selbst anordnen, steht die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 134 BGB gegenüber, bei dem ein Trend vom strafrechtlichen zum wirtschaftsrechtlichen Verbotsgesetz erkennbar ist; siehe dazu Damm, Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung – Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetzes- und Sittenverstoß, demnächst JZ 1986. In der neuerlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung haben insbesondere gewerberechtliche Bestimmungen, etwa das Verbot von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO (BGH 71, 360; NJW 1984, 229) und das Verbot der Schwarzarbeit (BGH 85, 44; BGH 89, 371), aber auch das Rechtsberatungsgesetz (BGH 61, 318; 76, 125) besondere Bedeutung erlangt.

16 Dies gilt etwa für den von der Teilzahlungsbankwirtschaft in Anspruch genommenen Sondermarkt für Konsumentenratenkredite, der jedoch an den Maßstäben des Gesamtmarkts für solche Ratenkredite gemessen wurde. Vgl. dazu insbes. BGH NJW 1983, 1421.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wirksamkeit hätten führen können. Ohnehin wird man, wenn bei Konsumentenratenkrediten der Marktzinssatz den Hauptmaßstab der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB bildet[17], bei anderen Gütern und Dienstleistungen eine ähnliche Kontrolle auf die Dauer nicht gänzlich verwehren können.

4.) Die materialisierende Relativierung verabredeter Vertragspflichten nach den Prinzipien des Fehlens, des Wegfalls oder der *Veränderung der Geschäftsgrundlage* hat in der Praxis ein Ausmaß angenommen, das sich deren Erfinder niemals hätten träumen lassen. Die zunehmende Komplexität der Umwelt und die damit vermehrten Fehlerwartungen und Fehlkalkulationen erzwingen eine fortlaufende Rekonstruktion der vertraglichen Ausgangserwartungen, um dann u. U. eine Anpassung vornehmen zu können. Die Abwicklung größerer Bauaufträge ist ohne Auseinandersetzungen über die veränderte Geschäftsgrundlage kaum mehr denkbar. Ein weiterer Fall des Verhandlungstages, der *Fall der vergessenen Erschließungsbeiträge*, mag das Überhandnehmen auch bei einfacheren Geschäften verdeutlichen. Beim Verkauf von Hausgrundstücken pflegen die Parteien im allgemeinen eine besonders genaue Kalkulation vorzunehmen, die Käufer regelmäßig schon deswegen, weil sie das größte Geschäft ihres Lebens tätigen und sich dabei nur allzu oft aus Eigentumsliebe in einer Weise verschulden, wie sie ein homo oeconomicus streng genommen ablehnen müßte. Zur Klarstellung der beiderseitigen Lasten dient in aller Regel die an § 446 BGB angelehnte notarielle Klausel, daß die auf dem Grundstück lastenden oder damit verbundenen öffentlichen Lasten und Abgaben für die Zeit vom fixierten Übergabetag an auf den Käufer übergehen[18]. Was gilt nun aber, wenn eine (Teil-) Erschließungsmaßnahme vor der Übergabe durchgeführt und nur noch kein Heranziehungsbescheid über die Erschließungsbeitragskosten ergangen ist. Die Käufer, womöglich schon an ihrer Verschuldungsgrenze, wollen diesen nicht mitbedachten Zusatzbetrag nicht aufbringen, ebensowenig wie der Verkäufer, der sich auf die Klausel verlassen hat und den Kaufpreis nicht gemindert wissen will. Die Erschließungsmaßnahmen ziehen sich nicht selten über längere Zeit hin, werden oft aufgegliedert und sind in ihren Auswirkungen für den Normalbürger nicht ohne weiteres übersehbar. Der Käufer des berichteten Falles berief sich auf eine Entscheidung des V. Senats des BGH aus dem Jahre 1975[19], die den Käufer generell für die vor dem Übergabezeitpunkt fertiggestellten Erschließungsanlagen entlastete. Sie verwies auf § 133 Abs. 2 BBauG, nach dem die Beitragspflicht bereits mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage entsteht. Eine klare Regelung, möchte man ausrufen, die knappe Käuferkalkulationen nicht gefährdet, dem Käufer die Orientierung am sinnlich wahrnehmbaren Erschließungsvorgang ermöglicht und Rechtsstreitigkeiten nebst deren Kosten vermeiden hilft. Der Verkäufer des berichteten Falles berief sich jedoch auf eine Entscheidung desselben Senats aus dem Jahre 1982[20], die in Anknüpfung an § 103 BGB auf die Fälligkeit des Erschließungsbeitrages auf Grund des Heranziehungsbescheids abstellte und die Normen des BBauG nicht mehr erwähnte. Sie hielt dem Erwerber entgegen, er habe nichts dafür dargetan, daß der Kaufpreis als Festpreis für ein erschlossenes und beitragsfreies Grundstück vereinbart gewesen sei. Einen Widerspruch zu seiner früheren Entscheidung leugnete der Senat mit Rücksicht auf eine angebliche anderweitige Formulierung der Vertragsklausel, die aus dem abgedruckten Text nicht ersichtlich war. Die Besonderheit des Falles lag allerdings darin, daß auch der Verkäufer das

17 Siehe dazu BGH 80, 163; NJW 1983, 1421; OLG Hamburg NJW 1982, 943; siehe ferner Derleder NJW 1982, 2401; Reifner Betrieb 1984, 2178.

18 Vgl. den Sachverhalt der Entscheidung BGH NJW 1976, 1314.

19 BGH a. a. O.

20 BGH NJW 1982, 1278.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Grundstück erst in einer Zwangsversteigerung erworben hatte, als die Erschließungsmaßnahme bereits abgeschlossen gewesen war. Im Zwiespalt zwischen den beiden Entscheidungen grub die Zivilkammer weitere Einzelfallumstände aus und kam zu der Auffassung, daß der Verkäufer jedenfalls nach einem längeren Zeitraum seit der Übergabe nicht mehr ohne weiteres mit Erschließungslasten rechnen müsse. Die klare, formelle Risikoverteilung der ersten BGH-Entscheidung zu Gunsten des Käufers hat sich demgemäß in materialen Einzelfallerwägungen aufgelöst.

5.) Bleibt noch über einen Rechtsstreit des Verhandlungstages zu berichten, den *Fall des getunten Kawasaki-Motorrads*. Zwei Protagonisten besonderen Geschwindigkeitskonsums suchten nach dem Verkauf eines solchen Motorrades für die Vertragsabwicklung ihr Recht. Für mehrere tausend Mark hatte der Kläger vom Beklagten dieses windige Transportmittel erworben, bei dem nach einigen Fahrten die Nutzung durch einen Kolbendefekt gestoppt wurde. Deswegen hielt der Käufer eine Minderung in Höhe des halben Kaufpreises für gerechtfertigt. Der Sachverständige erster Instanz konnte einen schon bei der Übergabe vorhandenen Mangel nicht gesichert feststellen; ein zunächst privat beauftragter Spezialsachverständiger bestätigte jedoch im zweiten Rechtszug auf Grund einer Laboruntersuchung einen Fehler aus der Einlaufphase. Ein Gewährleistungsausschluß wegen dieses Fehlers schied aus.[21] Problematisch wurde jedoch die Bemessung des Wertes der Minderung. Einmal hatte der Verkäufer ein Mehrfaches des Kaufpreises z. T. mit Eigenarbeit in das Motorrad gesteckt, zum anderen gehörte auch der Käufer zur Gruppe der Motorradbastler. Die Formel des § 472 BGB sieht eine Minderung des Kaufpreises nach dem Verhältnis vor, in dem z. Zt. des Verkaufs der Marktpreis einer fehlerfreien zum Marktpreis einer fehlerbehafteten Sache steht. Die Anwendung dieser Formel machte schon deswegen Schwierigkeiten, weil der Fehler an dem Kolben zum Zeitpunkt des Verkaufs noch sehr geringfügig war und sich erst während der Benutzung zu einem habhaften Schaden auswuchs. Zudem mußte die Ermittlung des Marktpreises mit Rücksicht auf die besondere Trimmung der Maschine und die spezielle Abnehmer- und Liebhabergruppe besondere Schwierigkeiten bereiten. Deswegen behilft sich die Praxis ungeachtet des § 472 BGB weitgehend damit, daß sie den vereinbarten Preis als Marktpreis und damit objektiven Wert der Sache nimmt und von ihm die Reparaturkosten abzieht, weil sie aufgewendet werden müßten, um die Funktionsfähigkeit des Fahrzeuges wieder herzustellen[22]. Aber auch dieses vereinfachte Verfahren konnte hier kaum befriedigen, wenn man die relativ hohen Kosten einer Reparatur in einer Werkstatt zu Grunde legte, die trotz des in die Maschine gesteckten Liebhaberaufwandes schnell zu einer Minderung auf null führen mußte. Die Kaufparteien waren es demgemäß auch gewohnt, Ersatzteile z. T. gebraucht zu besorgen und bestimmte Reparaturmaßnahmen selbst vorzunehmen. Sollte man hier deswegen die Wertrelationen des Do-it-yourself-Sektors zu Grunde legen, also anerkennen, daß es neben dem allgemeinen Reparaturmarkt noch einen zweiten, einen schattenwirtschaftlichen gibt? Da sich solche Überlegungen aufdrängten, aber kaum in eine knapp begründete erstinstanzliche Entscheidung paßten, zog sich die Zivilkammer dann auf ihre prozessualen Reserveinstrumente zurück, indem sie mit mangelnder Substantiierung einerseits und Verspätung eines Teils des Parteienvortrags andererseits das salomonische Ergebnis einer Kaufpreishalbierung stützte, obwohl die Reparaturkosten u. U. einen deutlich höheren Abzug

21 Die übliche Klausel »Gebraucht wie besichtigt und unter Ausschluß jeder Gewährleistung« schließt nur solche technischen Mängel aus, die auch ohne Hilfe eines Sachverständigen bei Besichtigung und Probefahrt in der Regel festgestellt werden können, siehe OLG Schleswig MDR 1983, 54. Teilweise begrenzt die Praxis den Gewährleistungsausschluß auf Verschleißmängel.

22 Siehe nur Palandt-Heinrichs, § 472 Anm. 3c; vgl. auch die Kritik von Peters BB 1983, 1951.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gerechtfertigt hätten. Die materialen Erwägungen zur Preisbildung auf diesem Sektor, ja zu den Grundlagen der Preisbildung in einem dualen System mit einer Schattenwirtschaft blieben somit für diesmal noch verdeckt.

Atypisch an dem berichteten Verhandlungstag war, daß keine *Formularklauseln zur Kontrolle* anstanden. Sie gehören inzwischen in viel stärkerem Maße als in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des AGBG zum täglichen Geschäft der Unterinstanzen[23], die nunmehr auch ihren Respekt vor traditionsbewußten und wirtschaftlich mächtigen Klauselverwendern verloren haben. Die zunehmende Überprüfung der Konditionen der Bankwirtschaft ist dafür ein Signal.[24] Die Inhaltskontrolle orientiert sich zwar in ihrem Ausgangspunkt an dem vom AGBG zugrundegelegten Machtungleichgewicht der Vertragspartner und führt zunächst – insbes. über § 9 AGBG – zu einer Rekonstruktion der vom Verwender verfolgten Vermarktungs-, Kalkulations- und Absicherungsstrategien, die vor jeder Angemessenheitsprüfung zunächst auf ihre Konsistenz untersucht werden. So ist dafür kennzeichnend, daß auch außerhalb des Verbandsklageprozesses zunehmend eine systematische Überprüfung des Anwendungsbereichs einer Formularklausel, der von ihr erfaßten sozialen und wirtschaftlichen Konstellationen, der in ihr zutage tretenden wirtschaftlichen Bedürfnisse des Verwenders etc. erfolgt. Hervorzuheben ist dabei die Entscheidung des BGH zu der den gesetzlichen Übergang der Gläubigerforderungen gem. § 774 BGB nach Bürgenleistung hinausschiebenden Bürgschaftsklausel der Kreditinstitute[25], bei der deren Sicherungsbedürfnisse ganz unabhängig vom harmlosen Einzelfall auch einschließlich der möglichen Konkurse der Beteiligten und seltener Fallkonstellationen analysiert wurden. Soweit sich dabei Inkonsistenzen und Redundanzen ergeben, ist der Klausel das Unangemessenheitsverdikt sicher. Theoretisch bedeutet das, daß den klauselverwendenden Wirtschaftssubjekten widerspruchsfrei nachvollziehbare Absatzstrategien angesonnen werden. Nur konsistente Systeme können dann der weiteren materialen Inhaltskontrolle insbes. nach den Maßstäben des dispositiven Rechts standhalten.

Die Konstituierung und Eingrenzung alltäglicher Vertragspflichten ruft, wie gerade die unterinstanzliche Praxis deutlich macht, ein *Konglomerat von Materialisierungen* auf den Plan, die keineswegs nur bei der Anwendung von Generalklauseln, sondern auch bei der Ausfüllung traditionsreicher, ehemals formell konzipierter Normen des Vertragsrechts zum Zustandekommen, zur Wirksamkeit und zur Abwicklung von Verträgen virulent werden. Sie siedeln auf sehr verschiedenen Ebenen an, insbesondere einer makroökonomischen, etwa mit Erwägungen zur

23 Unzutreffend insofern Schlosser ZIP 1985, 449ff., nach dem es auf dem Markt praktisch keine unseriösen Klauseln mehr gibt. Mögen auch die gravierendsten Haftungsausschlüsse beseitigt sein, so ist doch die Phantasie der Verwender in der Erfindung neuer Risikoverlagerungen ungebrochen, so in zum Teil für den Kunden schwer nachvollziehbaren Leistungsberechnungsmodellen bei Vertragsstörungen. Auf manchen Sektoren bestehen bei der Inhaltskontrolle durch den BGH nahezu unbegreifliche Rückstände, so etwa gegenüber dem Privatbürgen, der immer noch nahezu auf den Schutz sämtlicher dispositiven Gesetzesnormen verzichten muß, siehe z. B. Derleder NJW 1986, 97.

24 Die Banken und Sparkassen haben sich bei ihrer Neufassung der AGB zum 1. Januar 1984 allerdings dem Trugschluß hingegeben, eine weitere Überprüfung stehe nicht ins Haus, und kamen mit ihren an der bisherigen Rechtsprechung orientierten Klauseln zu den Kreditauskünften prompt in Kalamitäten. Sie müssen auch mit der Kontrolle langjährig unbeanstandeter Klauseln rechnen (siehe etwa BGH 87, 251 zur Stornoklausel, BGH NJW 84, 2816 zum Ausschluß des Widerrufsrechts bei der Überweisung und BGH NJW 1986, 46 zur Schufaklausel).

25 BGH NJW 1985, 614. Der gesetzliche Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen wird in den Formularbedingungen dadurch hinausgeschoben, daß Leistungen des Bürgen bis zur vollen Erfüllung nur als Sicherheitsleistungen gewertet werden. Der BGH akzeptierte das in einer rechtsdogmatisch breit angelegten Entscheidung, sah aber in wirtschaftlicher Hinsicht den Wald vor lauter Bäumen nicht. So vergaß er gänzlich die Überprüfung der zinsmäßigen Auswirkungen der Sicherstellung; zur Kritik im einzelnen siehe Wagenknecht, Rechtsgrenzen der Ausgestaltung von Bürgschaftsverträgen, Dissertation Bremen 1986, S. 250ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Dimensionierung der Vertragsfreiheit oder unter Berücksichtigung der Strukturprinzipien der Schattenwirtschaft, einer mikroökonomischen, etwa unter Verarbeitung marktspezifischer Absatzsysteme und spezieller Machtungleichgewichte, einer sozialtheoretischen, die insbes. die soziale Lage bestimmter Klientelen (etwa sich hoch verschuldender Eigenheimbesitzer oder Konsumentenratenkreditnehmer) aufnimmt, und nicht zuletzt einer sozialpsychologischen, die besonders dann gefordert ist, wenn das weitere Miteinander der Kontrahenten für die Zukunft unausweichlich ist und die Verbesserung der Kooperationschancen Kriterium der Streitregelung werden muß. Die in den Theoriedebatten über Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Folgenberücksichtigung wechselseitig perhorreszierten Extreme unendlicher Folgenberücksichtigung (mit sozialstaatlichem Impetus) einerseits und einer von weiterer Folgenverantwortung befreiten Rechtsroutine[26] (mit rechtsstaatlichem Anspruch) andererseits sind den Materialisierungsprozessen in zweierlei Hinsicht nicht gerecht geworden. Einmal ist nicht nur auf der Rechtsfolgenseite die Tiefenschärfe der richterlichen Problemwahrnehmung nicht einfach konkret limitierbar, sondern dies gilt in gleichem Maße auch auf der Seite der Voraussetzungen für richterliche Entscheidungen. Die wirtschaftliche Realität der kapitalistischen Industriegesellschaft hat sich seit dem letzten Gesetzgebungsakt oder Präjudiz allemal ein Stück weiterentwickelt, wenn man nur genau genug hinschaut. Zum andern aber steht jede Rezeption von Realitätselementen auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite in einem harten Kampf um ihre Legitimierung für das jeweilige Rechtsprogramm, der sich um so mehr zuspitzt, je größer die Regelungsdichte ist. Wo Spezialgesetze die Einzelmärkte regieren und die Präjudizien der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit ihrer hierarchischen Kraft sich eng um die Problemfelder des Waren- und Dienstleistungstausches legen, ist der Legitimationsdruck für eine neue Teleologie oft höher als etwa in den ehemaligen Aktionsarealen eines sich ordo-liberal verstehenden Rahmeninterventionsstaats[27]. Darum soll der hier zunächst induktiv beschriebene Materialisierungsprozeß im Bereich der Vertragspflichten entlastet von den Legitimationsdebatten früherer Jahre mit den theoretischen Mustern der Materialisierung konfrontiert werden.

II.

Die gesamtwirtschaftlichen Zielperspektiven der Vertragshaftung haben in das kollektive schuldrechtliche Bewußtsein bisher noch in sehr begrenztem Maße Eingang gefunden, wenn man Lehrbücher und Kommentare zum Allgemeinen Schuldrecht als Maßstab nimmt. Die *Verstärkung des Präventions- neben dem Restitutionsgedanken,* gewiß kein vertragsrechtliches Spezifikum[28], wird jedoch von aufgeschlossenen Autoren[29] pointiert und insbesondere als die Vertragsparteien übergreifende Vorsorge für einwandfreie Waren und Dienstleistungen interpretiert. Soweit bei einer Streitregelung deswegen der Blick nicht nur rückwärts gewandt bleibt und die individuellen Störungsursachen aufnimmt, ist dies jedenfalls beim Verkehr mit Massengütern und -dienstleistungen im Hinblick auf die dort notwendig generellen

26 Siehe dazu einerseits Podlech AöR 95 (1970), 185; Winter, Rechtstheorie 1971, 171; Rüssmann JuS 1975, 352; Walde, Juristische Folgenorientierung, 1979; Koch-Russmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 227 ff und andererseits Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, sowie Bolke-Unterseher JuS 1980, 323.

27 Dieser stand etwa wegen seiner schon seit langem hochverfeinerten UWG-Rechtsprechung unter keinerlei besonderem Legitimationsdruck.

28 Der Präventionsgedanke wurde schon vor dem BGB allgemein für das gesamte Schadensersatzrecht formuliert, siehe Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888.

29 Siehe etwa Esser-Schmidt, S. 347.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Erwartungen auch gewiß zutreffend. Davon abzuschichten ist freilich die Frage, ob die Prävention wirklich strikt auf Solidität der Waren und Dienstleistungen hin gerichtet sein kann oder ob darin eine hausväterlich anachronistische Haltung gegenüber dem modernen Kapitalismus zum Ausdruck kommt. Seine Erfindungskräfte zielen ja gerade oft auf das Neue, das Überraschende, Unerprobte, Riskante, die kleinen Nuancen, die feinen Unterschiede[30], das riskante Tuning der Kawasaki. Implizieren sie gerade nicht einen gewissen Verzicht auf Dauerhaftigkeit und Absicherung? Müßte ein darauf bestehendes Vertragsrecht nicht den Unternehmungsgeist lähmen, hinter dem die sozialistischen Wirtschaftsordnungen chronisch hinterherhinken? Darüber ist jedoch deswegen so schwer zu debattieren, weil aus dem Präventionsprinzip so wenig faßbare Folgerungen gezogen werden, es vielmehr zum weitgehend folgenlosen, kasuistisch und opportunistisch heranziehbaren Topos herunterzukommen droht.

Vergleichbar ist die Lage bei dem seit Trimarchi[31] geläufigen gesamtwirtschaftlichen *Imperativ optimaler Verteilung produktiver Ressourcen*, bei dem z. T. auch die Verbraucherperspektive einbezogen wird[32]. Individuelles oder gruppenmäßiges Verschulden wird unter einem solchen Aspekt schnell marginal, weil es um die ganze Ressourcenverwendungsorganisation geht. Die Nachtragsarbeit an schadensanfälligen Produkten und Dienstleistungen ist zudem allemal für Hersteller und Dienstleistungsunternehmen, Händler und Verbraucher frustrierender als eine evtl. nur moderat preiserhöhende Ausschaltung möglicher Schadensursachen. Ob sie auch schlicht als »unproduktiv« bezeichnet werden können und rechtlich entsprechend zu sanktionieren sind, versteht sich in einem Wirtschaftssystem wiederum nicht von selbst, das – jedenfalls unter dem Gesichtspunkt dauerhaften existentiellen Nutzens – eine Fülle ganz überflüssiger, ja höchst schädlicher Güter herstellt, die Entscheidung über ihre Produktivität ohne öffentliche Bedürfniskontrolle der Abstimmung der Verbraucher überläßt und auf deren Basis das Sozialprodukt errechnet. Besonders durable Güter können sogar als Wachstumsbremse wirken. Das Fazit solcher Produktivitätskontrollen ist dann auch zumeist nur ein äußerst vorsichtiges Plädoyer für gewisse objektive Haftungskriterien des Vertragsrechts, ohne daß sich dadurch dogmatisierbare Rechtsfolgen ergäben.

Äußerst kasuistisch ist desgleichen der Umgang mit den gesamtwirtschaftlichen *Kriterien der economic analysis of law*[33]. Ihre Fragen nach dem optimalen Träger der Risikobeherrschung als geeignetem Zurechnungssubjekt, nach der Versicherungswürdigkeit des Risikos und dem geeigneten Versicherungsnehmer für das jeweilige Risiko finden zwar durchaus auch in der Rechtsprechung Resonanz, jedoch ohne daß man von einer systematischen Verarbeitung sprechen könnte. Eine verbraucherschützende Richtung wird zwar durch solche Kriterien im allgemeinen gewiesen. Wo die Wirtschaftssubjekte sich aber kraft ihrer Organisationsfreiheit nicht um diese Anregung kümmern, werden selten Konsequenzen gezogen. So blieb die Entscheidung des BGH zur traditionellen Haftungsbeschränkung der Chemisch-Reiniger auf das Fünfzehnfache des Entgelts, die nur bei Angebot einer angemesse-

30 Vgl. Pierre Bourdieu, Die feinen Unterschiede, 1982; siehe dort insbesondere zum Zusammenspiel von (kulturbezogener) Güterproduktion und Geschmacksproduktion S. 362 ff. In der Suche nach dem Neuen und Riskanten kann durchaus ein Element der Auflehnung gegen gesellschaftliche Konventionen und Formeln enthalten sein, das sich freilich zugleich mit der Absorption des Geld- und Konsumsystems verbindet (vgl. auch Fernando Pessoa, Ein anarchistischer Bankier, 1986).

31 ZHR 136 (1972), 118 ff.

32 Siehe zum Beispiel Esser-Schmidt, S. 348.

33 Siehe R. M. Posner, Economic Analysis of Law, 2. Aufl., Boston – Toronto 1977, und den Reader von Assmann-Kirchner-Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 1978.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nen Versicherung für den Fall höherer Schäden wirksam sein soll[34], durchaus noch vereinzelt und betrifft zudem den eher seltenen Fall, daß der Verbraucher der adäquate Versicherungsnehmer ist. Bei Haftungskatastrophen größeren Ausmaßes hilft ohnehin nur eine Vergesellschaftung der Schäden, die allenfalls nach dem Modell der Bankeinlagensicherung und des Arzneimittelhaftungsfonds[35] noch einen nicht staatlichen Träger finden kann und dann das Vertrags- und Deliktshaftungssystem ablöst.

Geradezu in einer Welt topischer Zufälligkeiten kann sich fühlen, wer den *Stellenwert konfliktvermeidender und damit justizkostensparender Vertragspflichtkonstruktionen* zu bestimmen versucht. Selbst für den Rechtsverkehr mit Allerweltsgütern scheut die Rechtsprechung keineswegs vor konfliktträchtigen Überdifferenzierungen zurück, wie hier schon für die ansonsten mit Vorzug behandelte Gruppe der Hausgrundstückserwerber im Hinblick auf nachträgliche Erschließungskosten deutlich geworden ist. Die Herausarbeitung haarfeiner Unterschiede rechtsdogmatischer Falläquilibristik mutet oft wie der Versuch an, sich gegenüber der stetig erweiterten gesellschaftlichen Komplexität und den drängenden Forderungen konfligierender Gruppen in eine Eremitage zurückzuziehen, zu der die demokratische Öffentlichkeit mangels Vermittelbarkeit der Differenzierungen nicht mehr vorzudringen vermag. Das schließt es aber keineswegs aus, daß an anderer Stelle plötzlich in ehernem Stoizismus ein Differenzierungsverbot verhängt wird, wie etwa gegenüber dem durch Bankformularbedingungen weitgehend entrechteten Bürgen, der durch das Dogma strenger Einseitigkeit des Bürgschaftsvertrags[36] des Schutzes sonst selbstverständlicher Nebenpflichten verlustig geht und sich selbst wegen der wichtigsten Informationen über seine oft aus bloßem Altruismus gegebene Sicherheit und die daraus folgende häufig existentiell bedeutsame Last an den Hauptschuldner halten soll, auch wenn dieser dazu weder willens noch in der Lage ist.

Ein weißer Fleck in der sozialtheoretischen Erfassung des Vertragsrechts sind denn auch *die unterschiedlichen Schutzniveaus für die betroffenen Gruppen.* Bauherren werden durch ein ausgefeiltes Mängelhaftungssystem geschützt, das ihnen auch ein Mehrfaches des Wertes von Nachbesserungsleistungen im Wege des Zurückbehaltungsrechts vorbehält[37], um ihnen den nötigen Nachdruck gegenüber säumigen Bauunternehmern und Bauhandwerkern zu verleihen. Den früher stark gebeutelten Pauschaltouristen wird inzwischen ein Tourismus mit akribischer Leistungskontrolle gesichert, in dessen rechtlicher Vielfalt sich nun schon Reiseneurosen ausbilden können[38]. Der Autokäufer kann sich bei der Wahrnehmung seiner Garantien und Gewährleistungsrechte auf die Prominenz dieses Konsumgutes und eines dafür bestehenden hochqualifizierten Sachverständigenwesens verlassen[39], wenn auch das Gut bei historischer Betrachtung einem größer werdenden technischen und moralischen Verschleiß unterliegt. Den Anlegern auf dem »grauen Kapitalmarkt«, weitgehend in seriösen freien Berufen tätig und für ihre Geldanlagen nicht genügend kompetent, werden z. T. in kühnen Analogien gesellschaftsrechtliche Rechte ge-

34 BGH 77, 133; Ökonomische Struktur, Preis- und Haftungsregeln der Chemisch-Reiniger sind einer der Untersuchungsschwerpunkte bei Micklitz, Der Reparaturvertrag, siehe insbes. S. 19, 200, 370.

35 Zur Struktur dieses Fonds siehe Derleder-Winter, Die Entschädigung für Contergan, DuR 1976, 260.

36 Siehe dazu insbesondere BGH WM 1983, 498 und die ständige Rechtsprechung; kritisch etwa Knütel, in: Festschrift für Flume, Bd. 1, 1979, S. 562 ff.

37 Vgl. BGH NJW 1981, 1448 und Werner-Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdnr. 1722.

38 Diese werden auch durch eine Tabelle wie die des LG Frankfurt (NJW 1985, 113) begünstigt, die das gedankenlose Abhaken von Konsumansprüchen ohne Rücksicht auf die Verhältnisse des besuchten Landes provoziert.

39 Der Aufwand für die Sachverständigen mit ihrer zum Teil perfektionistischen Perfektion übersteigt ebenso wie im fünften Eingangsbeispiel vielfach das im Hinblick auf den Fahrzeugwert vertretbare Maß. § 287 ZPO gibt nur eine bescheidene Handhabe gegen ausufernde Sachverständigenkosten.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schmiedet[40], damit sie nicht allzu sehr unter die Räder trickreicher Absahnungsprofis mit entsprechenden Vertragspaketen geraten. Neben den Teilnehmern von Fernunterrichtsveranstaltungen finden auch die Aspiranten von Direktunterricht ansatzweise Schutz[41]. Konsumentenkreditnehmer werden vor dem ärgsten bewahrt[42]. Aber Versicherungs- und Bankkunden sind bei einer ganzen Anzahl von Geschäften noch immer in einer Rechtsposition mit unterentwickelten Abwehrmöglichkeiten[43]. Insgesamt hat sich ein *Verbraucherschutzsystem mit verschiedenen Schichten und Sektoren* eingebürgert, dem gegenüber die Rechtsprechung offenbar nur einem geringen Legitimationsdruck in Richtung auf Gleichbehandlung ausgesetzt ist. Wo Sondergesetze existieren, kann die Frage an den Gesetzgeber weitergegeben werden. Im übrigen scheinen die Senate des BGH ihren Horizont auf ihre Domäne zu beschränken. Aber auch die Rechtswissenschaft leistet wenig zu einem systematischen Vergleich.[44] Wo sind die rechtsdogmatischen Untersuchungen darüber, ob etwa das höchst effektive Zurückbehaltungsrecht in seiner rechtsdogmatischen Ausgestaltung beim Bauvertrag[45] auf den Mietvertrag oder Kaufverträge mit Nachbesserungspflicht des Käufers auszudehnen ist? Werden die Prinzipien der Preiskontrolle beim Konsumentenratenkredit auch auf andere Märkte erstreckt? So wird man fragen müssen, wenn man sich nicht mit punktuellen Materialisierungen des Preises begnügen will. Wo wird die Kündigung von Dienstleistungsverträgen einmal systematisch untersucht und auf vergleichbare Regelungen zurückgeführt? Daß es daran fehlt, scheint offenbar einem gewissen Konsens über notwendige Abstufungen des Verbraucherschutzes zu entsprechen. Unterschiedliche Schutzwürdigkeit wird jedoch nur ansatzweise thematisiert, etwa bei den genannten Kapitalanlegern. Daß der Mieter bei Mängeln schlechter dastehen soll als der Bauherr, ist schon kaum mehr begründbar. Aus der Besonderheit jedes sozialen Problems kann jedenfalls nicht die Notwendigkeit einer jeweiligen Sonderregelung gefolgert werden[46].

40 Seit BGH NJW 1973, 1604 hat der 2. Zivilsenat ein Sonderrecht für Publikumsgesellschaften herausgebildet, das den grauen Kapitalmarkt insoweit zu organisieren bestimmt war und einen Mindestanlegerschutz mit sich brachte. So gibt die Rechtsprechung dem durch arglistige Täuschung zum Beitritt veranlaßten Kommanditisten auch ohne besondere Grundlage im Gesellschaftsvertrag ein Recht zur fristlosen außerordentlichen Kündigung mit Wirkung des sofortigen Ausscheidens, also ohne Klage nach § 133 HGB, siehe BGH 63, 338; NJW 1973, 1604; 1975, 1700; WM 1981, 452.

41 Vgl. BGH 90, 284; NJW 1985, 856.

42 Siehe die Nachweise in Fn. 17. Ein Defizit an Schutz für die Kreditnehmer besteht insbesondere noch bei Umschuldungen nichtiger Kredite.

43 Dies gilt insbes. für Bankgeschäfte, bei denen Privatkunden dieselben Bedingungen auferlegt werden wie Geschäftskunden. Ein besonderes Beispiel für das Versagen der Versicherungsaufsicht im Grenzbereich von Versicherungs- und Bankwirtschaft bildet die Restschuldversicherung, siehe dazu Pällmann, Die Restschuldversicherung beim Konsumentenratenbarkredit, Dissertation Bremen 1985.

44 Bei der nicht sehr ergiebigen rechtswissenschaftlichen Diskussion um die Zweckmäßigkeit verbraucherrechtlicher Sondergesetze gibt es vier Fraktionen; die erste will dem Entdeckungsverfahren Wettbewerb möglichst wenig verbraucherrechtliche Korrekturen entgegensetzen und verbraucherschützende Vorschriften daher allenfalls in separaten Gesetzen als Ausnahmerecht zulassen; die zweite will die ungestörte Entfaltung des Verbraucherrechts und hält sie eher außerhalb des BGB für gewährleistet; die dritte will das Verbraucherrecht ins BGB integrieren, um es darin zu minimalisieren; die vierte will eine breite Umgestaltung des liberalistischen Grundkonzepts des BGB durch Rezeption des Verbraucherrechts als tragender Säule eines Zivilrechts unter sozialstaatlicher Verfassung. Daneben gibt es auch noch Fraktionslose und solche, die mehr als einer Fraktion angehören. Anstelle einer Detailanalyse der Auseinandersetzung sei hier nur der Systematisierungsbedarf angemeldet, den die bisherige heterogene Verbraucherrechtsentwicklung hinterlassen hat.

45 Siehe die Nachweise in Fn. 37.

46 Bei der Diskussion meines Aufsatzes auf der eingangs erwähnten Bremer Tagung hat allerdings Gerhard Struck zu Recht darauf hingewiesen, daß es nicht damit getan sein kann, rechtsdogmatische Figuren wie etwa das Zurückbehaltungsrecht bei verschiedenen Vertragstypen einander anzugleichen und damit rechtsdogmatische Stringenz ohne sozialwissenschaftliche Vergleichbarkeit der sozialen Probleme herzustellen. Die Systematisierung von Verbraucherrechtslösungen setzt vielmehr voraus, daß allgemeinere

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wenn in der Zivilrechtslehre auch heute noch vereinzelt *personelle Differenzierungen* im Hinblick auf die notwendige formelle Gleichheit der Rechtssubjekte abgelehnt werden[47], dann erscheint das bei dem skizzierten Stand der Rechtsentwicklung schon beinahe donquichotisch, insbesondere soweit damit das Zivilrecht von einer verbraucherrechtlichen Materialisierung ausgenommen werden soll. Innerhalb einer solchen Materialisierung erscheint jedoch ein Ausweis der vorfindlichen, z. T. kaum bewußt gemachten Differenzierungen dringend vonnöten, d. h. die Reetablierung eines zur Rechtfertigung von Differenzierungen zwingenden Gleichheitsgebots und Systematisierungszwanges. In den globalen theoretischen Auseinandersetzungen um ein formelles, rechtsstaatliches Privatrecht einerseits und ein materialisiertes, sozialstaatliches, verbraucherrechtliches andererseits haben sich die Protagonisten des letzteren weitgehend das Etikett eines systemlos ungebundenen Umgangs mit den klassischen Ordnungsmustern von formeller Freiheit und Gleichheit aufnötigen lassen. Dabei wäre es ihre Sache, im Hinblick auf die Allgegenwärtigkeit der Machtungleichgewichte und der daraus resultierenden Materialisierungen von Sozialschutz endlich auf dessen systembildender Kraft zu bestehen. Dann würde auch die mangelnde Verabsolutierbarkeit des Verbraucherschutzes deutlicher werden, der nicht im strukturellen Antagonismus mit den Prinzipien von Wirtschaftlichkeit und Vertragsfreiheit befangen bleibt, sondern durch eine Vielzahl weiterer Materialisierungen hin- und hergewendet wird. Diese können hoch- und kleinkarätig sein und im Beispielkatalog des berichteten Verhandlungstages von der Erhaltung der Stellung eines Vertragspartners im übergeordneten Absatzsystem bis zur Respektierung schattenwirtschaftlicher Marktmechanismen gehen. Größtenteils sind sie aus den großen Politikfeldern nicht vorgegeben. Umgekehrt bemüht sich der Einzelmarktgesetzgeber oft geradezu plagiatorisch, die Ergebnisse einer solchen Rechtsprechung noch einmal in Gesetzesform abzuschreiben, wie dies gegenwärtig weitgehend wohl auch das Ergebnis einer Neukodifikation wäre.[48]

Gerade auch die Materialisierungen der mittleren und unteren Theorieebene machen die umfassende Umweltverarbeitung präsent, die heute bei der Bestimmung alltäglicher Vertragspflichten stattfindet. Dabei habe ich schon einmal[49] den Trend zur Dissozialisierung der Verträge pointiert, eine Systematik der Vertragswirkung zu Lasten Dritter skizziert. Jede Ausweitung und Intensivierung der Bedürfnisse kann heute auf Kosten der Interessen Dritter, auch öffentlicher Interessen, gehen. Nicht nur das neue Produkt mit ökologischen Folgeproblemen, die neue Arbeitstechnik unter Wegrationalisierung anderer, die neue Absatzform, die traditionelle Vertriebswege in Frage stellt, die neue mediale Unterrichtsform, die Errungenschaften des traditionellen Schulwesens erübrigt, auch der neue Konsum, der die für andere verursachten Nachteile ausblendet, ist im Hinblick auf den erreichten Stand der Bedürfnisbefriedigung eine befragungsbedürftige Kategorie geworden. Indem aber auch mit den alltäglichsten Verträgen, selbst beim Kauf eines Ölfasses, bei der Annonce über die computergestützte Gebrauchsartikelbörse, bei einer Pauschalreise mit Behindertenkontakt die Interessen Dritter von vornherein auf dem Spiel stehen,

Rechtsregeln auch bei unterschiedlichen sozialen Problemen adäquate Lösungen bieten. Daran ist aber grundsätzlich nicht zu zweifeln.

47 Lieb AcP 183 (1983), 327 ff.

48 In den Diskussionen der vom BMJ eingesetzten Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts ist eines der ehrgeizigsten Projekte die Verlängerung der Verjährungsfrist beim Kauf. Selbst insoweit ist die Rechtsprechung schon vorangegangen, etwa durch Ausschluß des Kaufes vom Bauträger, der vielmehr nach der längeren werkvertraglichen Gewährleistungsfrist haftet (vgl. nur BGH NJW 1981, 2344). Man wird wohl voraussagen können, daß von den Vorschlägen der Schuldrechtskommission nichts Realisierungschancen hat, was sich nicht schon vorher in der Rechtsprechung entwickelt hat.

49 In: Francke u. a., Einstufige Juristenausbildung in Bremen, S. 34 ff., 39.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kann das Vertragsrecht nicht auf eine systematische Erfassung der Umweltbeziehungen, auf eine Rechtsanwendung unter Schonung vor allem der sozialen Umwelt verzichten. Es sind nicht nur die Ungleichgewichte der Vertragspartner, die die materialisierende Intervention von Gesetzgebung und Rechtsprechung hervorrufen und erfordern. Die radikal individualistische Eigeninteressenverfolgung beim Vertragsschluß und seiner Abwicklung verfügt über mehr als das Eigeninteresse und stellt somit die Grundstruktur individualistischer Systemintegration in Frage. Deswegen bedarf es eines unablässigen Dogmatisierens zwischen Vertragsfreiheit und Individualzurechnung einerseits und den keineswegs nur verbraucherrechtlichen Schutzteleologien hoher und niederer Theorieebenen andererseits, um wenigstens eine gewisse Kohärenz in die offene Rechtsproduktion zu bringen.

III.

Die Durchsicht der ökonomie- und sozialtheoretischen Materialisierungsansätze des Vertragsrechts hat zugleich gezeigt, daß die aktuellen gesellschaftlichen Großprobleme nach wie vor weitgehend ausgeklammert werden, jedenfalls in der Theoriebildung. Die Zivilrechtslehre insbes. ist, so scheint es, nach wie vor für jeden Rückstand gut.

Das betrifft zunächst die Rechtsinterpreten, die einer formalen Rechtskonzeption Max-Weber'scher Prägung und Windscheid-Laband'scher Konkretion hinterherdenken und sich durch materiale Rechtskriterien in die Niederungen der Politik und der Moral hinuntergezogen fühlen, stets auch der Unmoral, weil auch der moralisierende Staat, das moralisierende Recht doch ihr Gegenteil realisierten. Die Verwandlung von Moral in Unmoral wird dabei dem Markt unterstellt, der jede Preisdämpfung zugunsten der Schwachen in eine Investitionsverweigerung zu deren Lasten, jede Qualitätssicherung in eine Diskriminierung der Bescheidenen, der auf einfache Qualität Angewiesenen umfunktioniere. Schließlich wird der Terror der Moral beschworen, mit dem schon am Anfang der bürgerlichen Herrschaft Erfahrungen gesammelt worden seien.

Sicher genügt es nicht, daß einer solchen Interpretation nur Anachronismus vorgeworfen wird, weil sie in den Materialisierungen des geltenden Rechts praktisch weitgehend untergegangen ist. Vielmehr ist ihr einzuräumen, daß der Markt Politiken und Moralen gründlich umlenken kann. Dies gilt vor allem, wenn politische und soziale Zielsetzungen sich nur auf einen Parameter des wirtschaftlichen Handelns richten und andere der freien Disposition überlassen. Das daraus hergeleitete vorrechtliche Theorem, den besten Sozialschutz böten allemal der Markt, das formelle Rechtskonzept und die Vertragsfreiheit, ist jedoch regelmäßig mit einer Verdrängung der vom Marktgeschehen Eliminierten oder an den Rand Gedrängten verbunden. Auf sie muß sich eine materialisierende Intervention richten, wenn den Integrationserfordernissen einer politischen Demokratie Genüge getan werden soll. Hier kann sie auch erfolgreich sein, soweit sie sich auf das sozial- und steuerstaatlich Mögliche beschränkt. Dessen Rahmen wird nicht gesprengt, solange es nur um Qualitätssicherung bei Massenwaren und -dienstleistungen sowie preisliche Randkorrekturen geht und sozialstaatliche monetäre Aufbesserung nur für Gruppen geringer Größe erforderlich ist. Die insoweit vorherrschende Materialisierung wird zudem an kleineren Konflikten ausgetragen, geht von keinem dominanten Träger sozialer Bewegung aus und unterliegt vielfältigen pluralistischen Verständigungsprozessen. Die Gefahr eines rigorosen moralistischen Zwangsapparats besteht somit realhistorisch nicht. Danach ist verständlich, daß die allgegenwärtigen Materialisie-

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:17.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

rungen des Zivilrechts selbst dort, wo sie wie im Vertragsrecht noch am Dogma des Individualwillens haften, kaum noch faktische Legitimationsprobleme haben.

Rückständig sind aber auch die den Materialisierungsprozeß offensiv betreibenden Zivilrechtsinterpreten, soweit sie noch durch *Verbraucherrechtsideologien* gebannt sind. Die europäische Integration hat den Blick dafür geschärft, daß unter der Flagge des Verbraucherrechts das Konsumniveau der höchstentwickelten Staaten zum imperialistischen Instrument gegenüber den Produzenten und Händlern der zurückgebliebenen Regionen werden kann. An Einzelanalysen fehlt es hier freilich noch sehr. Noch hat z. B. niemand gefragt, ob die von der Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Bundesrepublik geleistete Ordnung des Touristikmarkts mit einer Entrechtung der südeuropäischen Leistungsträger verbunden war. Für die Abarbeitung des europäischen Gefälles zeichnet indessen weitgehend eine Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik verantwortlich, die sich noch nicht bis ins Vertragsrecht hinein realisiert und sich z. T. überhaupt keiner marktmäßigen Form bedient. Das geltende Vertragsrecht muß sich statt dessen über seinen verbraucherrechtlichen Horizont hinaus den Großproblemen öffnen, die den öffentlichen Diskurs außerhalb des Zivilrechts bestimmen. In dieser Richtung habe ich an anderer Stelle[50] den Versuch gemacht, das durch Privatautonomie geprägte Vertragsrecht mit den veränderten Grundannahmen der Wirtschaftstheorie zu konfrontieren, um so einem systematischen Verständnis der sozialen Regulierungen innerhalb des Vertragsrechts näherzukommen. Seither haben Monetarismus und Angebotsökonomie eher wieder an Boden verloren; vor allem haben die auf neue Wachstumsstöße gerichteten Deregulierungsforderungen der Angebotsökonomen nicht bis auf das Zivilrecht und seine verbraucherrechtlichen Rechtsschöpfungen durchgeschlagen. Die wirtschaftliche Weltmacht hat vielmehr nach all den Ankündigungen von Angebotsökonomie und Deregulierung unter der gegenwärtigen Regierung allgemein eine strukturell keynesianische Wirtschaftspolitik betrieben, wenn auch mit einer spezifisch rüstungsbezogenen Staatsverschuldung, deren gravierende Folgen spätere Regierungen abzuarbeiten haben. Was Deregulierung hieß, stellt sich eher als reduzierte sozialstaatliche Regulation dar. In der Bundesrepublik, die die Wirtschaftspolitik der USA nur in Ansätzen übernommen hat, sind neben die Einschränkung sozialstaatlicher Geldhilfen noch geringe technische Vereinfachungen der staatlichen Kontrolle (etwa im Baugesetz) getreten. Die verbraucherrechtlichen Materialisierungen haben demgegenüber ungebrochene Kontinuität und könnten geradezu zum Markenzeichen rechtlicher Begleitung des Aufschwungs werden.

Demgegenüber ist an die *strukturellen Barrieren einer verbraucherrechtlich geschützten Wachstumspolitik* zu erinnern. Die weitgehende Sättigung der Bedürfnisse, die mikroelektronische Umwälzung, die Reduzierung der Arbeit und die Bedrohung und Erschöpfung der natürlichen Ressourcen werfen auch für die vertragsrechtliche Praxis Probleme auf, die sie nicht länger ignorieren, sondern auch bewußt rezipieren sollte. Für eine weiterreichende Beschreibung dieser Barrieren ist hier nicht der Ort. Sie können an dieser Stelle nur als Stichworte dienen für die notwendigen Linien materialisierender Durchdringung des Vertragsrechts.

1. Das erreichte Bedürfnisniveau, historisch einmalig und in vielfältigen Beziehungen auf Kosten der sozialen und natürlichen Umwelt auch späterer Generationen gehend, macht ein Festhalten an *objektiven Kriterien der Vertragshaftung*, insbes. der kauf- und werkvertraglichen Gewährleistung notwendig. Demgegenüber sind – aus dem Verwaltungsrecht kommende – Tendenzen spürbar, den jeweiligen Stand

50 Wassermann-Festschrift, S. 643 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:18.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

von Wissenschaft und Technik zum Maßstab dafür zu machen, ob ein tauglicher Vertragsgegenstand geleistet wird[51]. Damit könnte in der Tat der Unternehmungsgeist noch beträchtlich stimuliert und das Risiko, daß sich neue Produkte und Arbeitsergebnisse schließlich doch als schadensanfällig oder funktionsuntüchtig erweisen, von vornherein auf die Allgemeinheit verlagert werden. Mag die staatliche Kontrolltätigkeit auf den bei anstehenden Entscheidungen jeweils maßgeblichen Stand von Wissenschaft und Technik angewiesen sein, die Abnehmer neuer Produkte und Arbeitsergebnisse sind es nicht und brauchen die damit verbundenen neuen Risiken nicht auf ihrem Konto zu verbuchen. Mögen die Spannbetonbrücken der Autobahnen auch noch so sehr im Einklang mit den zum Bauzeitpunkt herrschenden Sicherheits- und Haltbarkeitserkenntnissen gestanden haben, damit läßt sich die Nachbesserungshaftung wegen nachträglich auftretender Einsturzgefahren nicht abwehren. Nichts anderes gilt für die Massen undichter Flachdächer, die aufgrund einer phantasievollen Materialauswahl unter Verpflanzung in dafür nicht geeignete Regionen Ausgangspunkt jahre- und jahrzehntelanger Abwehrkämpfe der Bewohner, insbes. der Wohnungseigentümer geworden sind. Noch massiver sind die Mängel bei den von den Vermietern kraft einseitigen Bestimmungsrechts[52] durchgeführten Fenstermodernisierungen angefallen, die zu einer völlig veränderten Raumphysik geführt haben und durch die infolge von neuen Kältebrücken in nicht ständig hochgeheizten Räumen notwendig Feuchtigkeitsmängel entstehen; sie können nicht zu Lasten der Mieter gehen. Eine objektivierende Ausgestaltung der Gewährleistungshaftung setzt bei Wandlung und Minderung die objektive Fassung des Fehlerbegriffs[53] voraus, zumindest was die Lieferung und Herstellung von Waren des Massenkonsums und solchen mit generalisierbaren Erwartungen an ihre Funktionsfähigkeit angeht. Die herrschende subjektive Fassung des Fehlerbegriffs geht daran vorbei, daß der Abnehmer dann in der Regel eine Einzelabrede über die immer komplexer gewordenen Eigenschaften nicht mehr treffen kann und hält insoweit nur aus ideologischen Gründen am Willensdogma fest. Dieses kann allenfalls bei hochgezüchteten Konsumgegenständen wie dem eingangs erwähnten Motorrad noch in begrenztem Umfang Gültigkeit bewahren.

Über Wandlung und Minderung hinaus bedarf es einer objektivierenden Interpretation von Schadensersatzansprüchen wie dem des § 635 BGB. In der Rechtspraxis versteht sich das inzwischen schon, weil etwa bei undichten Flachdächern weitgehend nicht mehr gefragt wird, welche Baustoffprüfung das dann später für ungeeignet befundene Material vor seiner Einführung durchlaufen hat. Rechtsdogmatisch ausgewiesen ist dies insoweit, als die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen dem Werkunternehmer den Nachweis seines fehlenden Verschuldens auferlegt[54], wenn objektive Pflichtverletzung und Schadensursächlichkeit vom Besteller bewiesen sind[55]. Ähnlich ist die Beweislastverteilung bereits bei der positiven Vertragsverletzung, bei der die Analogie zu § 282 BGB herangezogen wird, um dem Unternehmer den Nachweis seiner Schuldlosigkeit für Schadensursachen aus seinem Gefah-

51 In diese Richtung wirkt insbes. die verwaltungsrechtliche Festschreibung von Grenzwerten für die Schadstoffbelastung etwa durch Produktionsanlagen nach dem jeweiligen Stand von Wissenschaft und Technik. Eine Modifikation von Genehmigungsbescheiden nach dem jeweils neuesten Stand wäre nur bei Ignorierung der entsprechenden Investitionsrisiken denkbar. Dynamische gesetzliche Verweisungen auf Grenzwertfestlegungen autonomer wissenschaftlicher Instanzen werden zudem als verfassungswidrig angesehen, vgl. Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 390ff. Zum Grundproblem siehe G. Winter (Hrsg.), Grenzwerte, 1986.

52 Siehe nunmehr § 541b BGB in der seit 1. Januar 1983 geltenden verschärften Fassung der Duldungspflicht des Mieters.

53 Siehe dazu die Nachweise und die Kritik bei Reich, in: AK-BGB, § 459 Rdnr. 1ff.

54 BGH 48, 310 und VersR 1974, 261.

55 Vgl. BGH 42, 16.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:18.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

renbereich aufzuerlegen[56]. Damit ist auch im Bereich der Vertragshaftung, wenn auch noch keineswegs einheitlich und vielfach ohne Bezug auf die gesellschaftliche Funktion der Objektivierung, die Konkordanz mit den Prinzipien deliktischer Produzentenhaftung hergestellt, wo die Verschuldensdoktrin gleichfalls nicht aufgehoben, aber praktisch entschärft worden ist[57]. Damit ist das Innovationsrisiko prinzipiell beim maßgeblichen Unternehmer geblieben, wie es dem Stil einer äußerst komplexen Warenproduktion und dem fortgeschrittenen Konsumniveau entspricht. Dies trägt auch dem Grundgedanken der Schadensprävention und den Gesichtspunkten der ökonomischen Analyse des Rechts Rechnung. Wenn heute etwa Hersteller in den USA wegen der Höhe der Versicherungsprämien z. T. ihre Produktion, etwa die pharmazeutische, beschränken müssen, dann ist dies Ausdruck einer gewissen Reife des Haftungssystems, die dem bundesdeutschen Recht noch nicht attestiert werden kann. Haftungskatastrophen werden ohnehin wieder den Vergesellschaftungsmechanismus auslösen[58], sei es mit oder ohne Konkurs des Haftungsträgers.

2. Die elektronische Umwälzung, die zu einer sprunghaften Ersetzung von Arbeit durch Kapital führt und auch den Dienstleistungssektor seit langem in Schrumpfprozesse versetzt, wird durch den Wettbewerb mit traditionellen Produktionsmethoden vorangetrieben. Sie bedroht auch Institutionen und kulturelle Werte, wie sie sich insbesondere etwa im bisherigen Schul- und Bildungswesen verkörpert haben. Das Eingangsbeispiel des seine Anzeigensparte verteidigenden Regionalzeitungsmonopols ist harmlos im Vergleich zu den Prognosen über die Automatisierung traditionaler, insbesondere des Löwenanteils manueller Tätigkeiten im nächsten Jahrzehnt[59]. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik ist offenbar entschlossen, diesem Prozeß keine rechtlichen Hindernisse entgegenzusetzen, ja ihn sogar als zukunftsträchtig zu propagieren, auch wenn die unüberschaubare Fülle der damit verbundenen sozialen Probleme die gesamte bisherige Ordnung der Arbeitsgesellschaft in Frage stellt. Soweit sich die Träger der Umwälzung dabei der Mittel des Wettbewerbs- und Vertragsrechts bedienen, können ihnen auf dieser Ebene kaum wirksame Bremsen imputiert werden. Eine Auslegung der Generalklauseln, im Eingangsbeispiel der des § 826 BGB und des aus ihm hergeleiteten Kontrahierungszwangs, mag allenfalls gewisse Randkorrekturen ermöglichen und verhindern, daß die rechtliche Durchsetzung der wirtschaftlichen noch vorauseilt.

Unmittelbar zuständig ist das Vertragsrecht jedoch für die Aufarbeitung der marktmäßigen Folgen der Umwälzung. Die gewaltige Reduzierung des Arbeitsquantums, die durch die technologische Revolution und die internationale Konkurrenz eingeleitet ist, führt zu einer *Dualisierung des Marktsystems*[60], in dem neben der großen hochrationalisierten computergestützten Industrie sich ein durch dezentrale Organisationsformen, Autonomie im kleinen, Entfaltung geistiger und handwerklicher Kreativität gekennzeichneter zweiter produktiver Bereich mit anderem Arbeitsrhythmus und Zeitgefühl auftut. Ansätze dazu lassen sich auch in der gegenwärtigen

56 Vgl. bereits BGH 27, 236.

57 Vgl. dazu Brüggemeier WPM 1982, 1294.

58 Siehe dazu oben Fn. 35.

59 Zur Entwicklung der Automatisierung im Textilgewerbe und ihrer Durchsetzung in der in- und auslandischen Produktion siehe zuletzt etwa Fröbel-Heinrichs-Kreye, Umbruch in der Weltwirtschaft, 1986, S. 188 ff.

60 Die Chancen der Freigesetzten, »Vorläufer neuer gesellschaftlicher Formen und Lebensstile zu werden« (Robert Jungk), sind freilich auf der Basis eines Arbeitslosigkeitssockels von über 2 Millionen trotz vierjährigen Wirtschaftswachstums zu besummen und dürfen nicht zum Verdrängungsthema für eine gerechte Verteilung der Arbeit werden. Dennoch sind die Tendenzen zur Entwicklung eines neuen wirtschaftlichen Sektors mit anderer Vermarktung, Professionalisierung, Technisierung und weniger Monetarisierung unverkennbar.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:18.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Schattenwirtschaft feststellen. Für einen solchen zweiten Markt besteht im gegenwärtigen Zivilrecht noch kaum Verständnis. Vielmehr ist die Gefahr zu erkennen, daß dieser zweite Sektor schlicht den Regelungsimperativen des ersten subsumiert wird, etwa indem seine Verträge als Schwarzarbeitsverträge für nichtig erklärt werden, auch soweit es um gegenseitige Hilfen geht, oder daß bei Schadensfällen dem Schädiger die Ersatzleistung zu Marktpreisen des ersten Sektors zudiktiert wird. Hier ist teilweise zunächst einmal eine theoretische Vorarbeit notwendig, in der die sozialen Probleme und die dafür adäquaten Rechtsformen eines solchen zweiten Wirtschaftssektors herausgearbeitet und der Praxis angeboten werden[61]. Dies gilt insbesondere auch für neue Formen der Selbstorganisation, mit der das fragmentarische, traditionelle Genossenschaftsrecht überfordert wäre. Schon in der gegenwärtigen Zivilrechtspraxis ist jedoch jeweils zu prüfen, ob für die Auslegung, die Wirksamkeitsprüfung und die Abwicklung von Verträgen des zweiten Sektors besondere Gesichtspunkte gelten. Längerfristig wird ein duales System auch zweierlei Verkehrssitten, zweierlei Inhaltskontrollen und zweierlei Haftungssysteme zu entwickeln haben.

Wenn hier eine Rezeption und Verarbeitung der gesellschaftlichen Großprobleme auch im Vertragsrecht angeregt wird, dann kann doch ein damit befrachteter Materialisierungsprozeß nicht für Ergebnisse sorgen, die an dem Bewußtseinshorizont der agierenden Vertragspartner vorbeigehen. Soziale und ökologische Rücksichtslosigkeit ihrer Interessenwahrnehmung kann zwar in Zukunft noch stärkere vertragsrechtliche Korrekturen auslösen als bisher und vor allem auch eine einzelfallbezogene Sensibilisierung in die Wege leiten, ohne daß auf diesem Rechtsgebiet jedoch entscheidende Hebel für eine Veränderung des Produktions- und Distributionsprozesses bestünden. Der Vertrag bleibt ein Annexinstitut zum Eigentum und zur marktmäßig verwertbaren Arbeitskompetenz. Wie die Eigentümerfreiheit aber sozialpflichtig ist, ist auch dem Vertrag als Rechtsinstitut eine Sozialpflicht zu integrieren, die sich in den Regelungen über Abschluß, Wirksamkeit, Auslegung und Abwicklung niederschlagen muß. Das gilt bis hinunter zu den Alltagskonflikten wie denen der anfangs gegebenen Beispiele, bei denen die Berührung zu den neuen strukturellen Problemen der gesellschaftlichen Entwicklung spürbar geworden ist. Die theoretische Verarbeitung hat wiederum den Bedürfnis-, Technik-, Arbeits- und Ökologiebezug herzustellen, um auf dieser Basis auch eine Systematisierung zu leisten, wie sie in den Prozessen einzelmarktbezogener Verbraucherrechtsentwicklung zu kurz gekommen ist.

61 Dazu der Beitrag von Neuling in diesem Heft.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1986-3-263
Generiert durch IP '3.14.128.112', am 12.10.2024, 07:38:18.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.