

## **Der menschliche Makel – Principles of European Contract Law zwischen Merkantil- und Dienstleistungsgesellschaft**

Inhaltsübersicht: 1. Einleitung. – 2. Die Freiheit vom Menschen – Merkantiles Arbeitsrecht – 3. Der geschützte Mensch: das soziale Arbeitsrecht als privatrechtliche Herausforderung in Europa. - 4. Der menschliche Makel im Zivilrecht. - 5. Vom Arbeitsrecht zum Verbraucherschutz. - 6. Der menschliche Makel im Allgemeinen Vertragsrecht - 7. Kauf und Miete im Vergleich - 8. *Principles of European Contract Law* zwischen Merkantil und Dienstleistungsgesellschaft.

1. Die Ausarbeitung eines europäischen Vertragsrechts ist mit der Vorlage des ersten "akademischen" Entwurfs eines "Gemeinsamen Referenzrahmen" (Common Frame of Reference: CFR) in ein neues Stadium getreten. Dies ist allerdings nur ein weiterer - und sicherlich nicht der letzte - Schritt auf dem jahrzehntelangen Weg, auf dem eine Vielzahl von Vorschlägen für ein gemeinschaftliches auf den Binnenmarkt bezogenes Privatrecht in Europa zu den Materien des Vertragsrechts, des Rechts der unerlaubten Handlung und der ungerechtfertigten Bereicherung gemacht wurden. Die Palette der Vorschläge reicht von zwingenden Regeln i.S. eines Europäischen Zivilgesetzbuches zur Ablösung einzelstaatlicher Vorschriften<sup>1</sup> über ein optionales Softlaw mit empfehlendem Charakter<sup>2</sup> bis zur derzeit vom Ministerrat favorisierten Lösung der Kommission<sup>3</sup> einer Art (unverbindlicher) "Toolbox", mit der quasi technisch die Entwicklung vor allem von 'Verbraucherschutzvorschriften'<sup>4</sup> vorgeschlagen wird.

2003 legte die Kommission einen detaillierten Aktionsplan vor, wonach das Hauptziel darin besteht, einen "Gemeinsamen Referenzrahmen" zu entwickeln, der "Grundsätze und Begriffe im Bereich des europäischen Vertragsrechts"<sup>5</sup> entwickelt. Gleichzeitig wurde über das sechste EU-Forschungsrahmenprogramm (FP 6) für den Dialog der Wissenschaftler ein Netzwerk aus Vertretern der Mitgliedsstaaten<sup>6</sup> finanziell gefördert.

Entscheidend war schließlich im März 2005 die Bildung des "COPECL-Exzellenz-Netzwerkes" (bzw. des Integrierten Netzwerkes zum Europäischen Privatrecht)<sup>7</sup>, dem eine Vielzahl von Universitäten, Institutionen und anderen Organisationen mit insgesamt 150 Wissenschaftlern in allen europäischen Staaten angehörten. Diesem Netzwerk wurde die Aufgabe zugewiesen, einen Referenzrahmen zu erstellen, der auch die gemeinsamen

---

<sup>1</sup> Diese weitgehendste Perspektive wurde explizit im Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung (Dok. KOM/2002/654 endg. – 14.1.2003) angesprochen.

<sup>2</sup> Dieser Vorschlag wird noch nach den Regelungskompetenzen differenziert. Die Vorschläge sind jedoch methodologisch konform, weil sie eine weitere Umsetzung der Prinzipien und Grundregeln der Gemeinschaft voraussetzen, so dass in jedem Fall die Einzelstaaten die Möglichkeiten haben, sie ihrer nationalen Rechtsstruktur anzupassen, wodurch eine hohe Komplexität entsteht.

<sup>3</sup> Siehe Verlautbarungen der Kommission von 2001 (COM/2001/398 def.), Aktionsplan 2003 (KOM/2003/68 endg.) und, schließlich, MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen von 2004 (KOM/2004/651 endg.).

<sup>4</sup> Siehe dazu den Beschluss des Rates auf dem Gipfel von Luxemburg vom 18. April 2008, in [www.consilium.europa.eu/Newsroom](http://www.consilium.europa.eu/Newsroom) Bzgl. der Hypothese von einer Toolbox ergibt sich die Regulierungskompetenz wohl aus Art. 153 des Vertrages.

<sup>5</sup> Nach der Mitteilung von 2004 im Gesetzblatt der Europäischen Union soll der CFR bis zu diesem Jahr (2009) fertiggestellt werden.

<sup>6</sup> Zu tempistica siehe die Mitteilung in COM/2005, 456 def.

<sup>7</sup> Kein Teil der Study Group on a European Civil Code, ist die Research Group on the Existing EC Private Law (o Acquis Group), die Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, die Association Henri Capitant (zusammen mit der Société de Législation Comparée und dem Conseil Supérieur du Notariat), die Common Core Gruppe, die Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, die Database Gruppe und schließlich die Akademie für Europäisches Recht.

Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (COPECL) entwickeln sollte, die sich aus den Errungenschaften ("Acquis") im Europäischen Verbraucherrecht sowie den „besten Lösungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten“ speisen sollte. Die Aufgabe, die besten Lösungen zu finden, ist, selbst wenn sie keine neuen und innovativen Lösungen beisteuert, eine Aufgabe, die sich nicht über Nacht lösen lässt. Deswegen hat das COPECL-Exzellenz-Netzwerk sich auf die bereits vorliegenden Arbeiten einer Vielzahl von Gruppen der ersten Phase gestützt, und zwar ausschließlich auf Akademiker aus dem Arbeitszusammenhang der Europäischen Privatrechtsforschung. Dabei sind vor allem die Materialien der Commission on European Contract Law (LANDO-Kommission) und deren Erben, die nach 1998 in der "Study group on a European Civil Code" unter Christian von Bahr daran anknüpften, genutzt worden.

Auf diese Weise sind dann die DCFR-Modellparagraphen<sup>8</sup> entstanden, die zwar eine Reihe von Änderungen enthalten, jedoch in großem Maße auf der Grundlage der Principles of European Contract Law (PECL) mit ihren Änderungen der Study group<sup>9</sup> aufgebaut worden sind. Das Ergebnis war dann die Vorstellung des Entwurfs eines gemeinsamen Referenzrahmens (*Draft Common Frame of Reference* = DCFR) durch das *Joint Network on European Private Law* am 28. Dezember 2007 bei der EU-Kommission - dem ersten Teil der wissenschaftlichen Arbeit von *Study group* und *Acquis group*.

Bereits 2003 war das Kaufrecht entwickelt worden. Ihm folgten das Versicherungs- und das Verbraucherrecht. Schließlich wurden die Dienstverträge einbezogen, die eine Vielzahl von unterschiedlichen sozialen Bezügen einbrachten.

Der Arbeitsvertrag fehlt bei den Dienstverträgen.<sup>10</sup> Der Dienstvertrag hat seinen Platz in Teil C bei den Dienstleistungen gefunden, und zwar im 4. Buch unter den einzelnen Vertragsverhältnissen. Das Gesetz definiert die Dienstleistung nicht.

Die Regelung der Dienstleistungen besteht aus einem allgemeinen und einem speziellen Teil. Es wird nicht nach der Art der geleisteten Arbeit unterschieden, sondern innovativ auf die Gegenstände der Dienstleistungen abgestellt: Bauen, Processing, Lagerung, Design, Information oder Beratung und Betreuung.

Eine Analyse der einzelnen Normen ergibt, dass vor allem der Kaufvertrag zum Modell erhoben wurde. Die Toolbox gehört damit zu einem Entwurf, der offensichtlich von der Annahme ausgeht, dass sich das Europäische Vertragsrecht vor allen Dingen an den Kompetenzen der Europäischen Union zu orientieren hat.<sup>11</sup>

Die Arbeitsverträge bleiben daher sowohl im allgemeinen Teil des Vertragsrechts<sup>12</sup> als auch bei den besonderen Verträgen unberücksichtigt, so dass hier die Zuständigkeit der Einzelstaaten gegeben ist. Dadurch bleibt diese Materie weiterhin eine mögliche Barriere zur der Dienstleistungsfreiheit. Sie hat jedoch Querverbindungen zu den von den Wissenschaftlern speziell modellierten Verträgen wie Kaufvertrag, Miete, Auftrag, Agenturverträge, Distribution, insbesondere Franchising, also auch zu Verträgen, die Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

---

<sup>8</sup> Der CFR besteht aus "Prinzipien, Definitionen und Regeln (*model rules*)". Tatsächlich geht es wohl nur um die Letzteren. Die Definitionen – mit denen eine gemeinsame Terminologie geschaffen werden könnte – übernehmen wortgetreu die *rules*, während der Terminus «*principles*» im großen und ganzen nur ausdrücken, dass es sich bei den *model rules* nicht um formelle Grundlagen des Rechts handelt und dass sie in Zukunft noch von Grundprinzipien (*fundamental principles*) begleitet werden.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Internetadresse <http://www.sgecc.net>

<sup>10</sup> Diese Prinzipien sind auch in Englisch, Holländisch, Französisch, Deutsch und Schwedisch publiziert bei Barendrecht, Jansen, Loos, Pinna, Cascão, van Gulijk *Principles of European Law. Service Contracts (PEL SC)*, Oxford, Oxford University Press 2007; siehe dazu auch die dortigen Kommentare in Englisch

<sup>11</sup> Siehe Wendehorst Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, in Arch. civil. Praxis 2006, 295.

<sup>12</sup> In der Tat schließt der zweite Absatz von Art. 1:101 des ersten Buches ausdrücklich aus den DCFR Model Rules aus, dass sie für employment relationships benutzt werden soweit nicht die notwendigen Veränderungen und Anpassungen vorgenommen werden.

Die Europäische Kommission vernachlässigt somit die Rolle, die die Arbeitsrechtswissenschaft in der Geschichte der Regulierung von Verträgen gespielt hat. Dabei konnte sich die italienische Integration ins Zivilrecht gegenüber dem deutschen Modell eines separaten Rechtsgebiets nicht durchsetzen. Damit hat sie sich der Chance begeben, ein Regelungsmodell für die moderne Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft anzubieten, das in der Lage wäre, die sozialen und ökologischen Herausforderungen an die Wirtschaft im 21. Jahrhundert zu meistern.

Um dies zu korrigieren, müssen wir daher klären, wie das moderne Arbeitsrecht sich auf die Entwicklung des Privatrechts ausgewirkt hat und wie das Arbeitsrecht sich im konkreten auch in die Genese der allgemeinen Teile des Vertragsrechts und des Schuldrechts der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen insgesamt eingebracht hat.

2. Es ist das Verdienst von Adam Smith, dass er in seiner Theorie über der moralischen Werte dem Bedürfnis des Menschen "*to truck, carter, and exchange one thing for another*" als Verfolgung persönlicher Interessen ein theoretisches Fundament gegeben hat.<sup>13</sup> Der wirtschaftliche Tausch zwischen Vertragspartnern, den die kirchenrechtliche Doktrin lange als Degeneration dämonisiert hatte, erscheint somit als Besonderheit der Märkte und öffnet den Weg für Spezialisierung und Arbeitsteilung, die die Produktivität der Arbeit enorm steigert und damit den ökonomischen Fortschritt möglich macht. Die ersten Fabriken in Glasgow gaben Adam Smith die Möglichkeit praktisch zu erfahren, welchen Mehrwert die Arbeiter durch Spezialisierung und Arbeitsteilung den benutzten Materialien hinzufügten. Adam Smith nahm dabei implizit an, dass der abhängige Arbeiter als Subjekt Eigentümer seiner Arbeitskraft war und sich damit auch im Tausch seiner Arbeitskraft auf dem Markt insoweit von ihr unterschied, dass er selber formell außerhalb des Vertrages blieb und damit ausreichend durch außervertragliche Verantwortlichkeitsregeln geschützt wurde. Die Arbeit ist – um es mit Adam Smith zu sagen – "ein *Ding*, das wie alle anderen Güter und Objekte in der allgemeinen Theorie von Kaufvertrag oder Miete ein Gegenstand ist, den der *Herr* über diesen Gegenstand auch besitzen kann."<sup>14</sup>

In den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und insbesondere im BGB wurde die allgemeine Lehre des Vertrags auf dieser Grundannahme zum Gütertausch entwickelt, die damit aus der Idee des Bürger-Eigentümers entstand. In diesem Kontext blieben Dienst und Werk außerhalb der Person des Arbeiters. Die ersten Gesetze zum Schutz des Arbeitnehmers wie zum Beispiel die Arbeitssicherheitsgesetze, die in ganz Europa nach dem englischen Factory Act von 1833 modelliert wurden,<sup>15</sup> regelten Rechte und Pflichten hierzu noch außerhalb des Vertrags im öffentlichen Recht. Diese Sichtweise blieb bis in die 1930er Jahre herrschend. Der progressive Teil der Weimarer Arbeitsrechtsdoktrin ordnete das Arbeitsrecht als Sozialrecht und damit zumindest teilweise als öffentliches Recht ein.

3. Die im vorherigen Abschnitt beschriebene juristische Anschauung innerhalb der wirtschaftlichen Entwicklung der westlichen Welt gab der Privatwirtschaft eine Qualität, die offensichtlich moralisch ambivalent war. Mit ihr konnten ökonomische Kartelle und starke soziale Ungleichheiten entstehen, die die produktive Arbeit ausbeuteten und den Arbeitnehmer zum Objekt dieser Ausbeutung degradierten. Es war das Verdienst von Philipp Lotmar, dessen Theorien im Zentrum der wissenschaftlichen Arbeiten von Ulrich Zachert stehen, eine Theorie der Dienstleistungen wie der Arbeit entwickelt zu haben, in der prinzipiell das menschliche Sein<sup>16</sup> im Verhältnis zu den Waren zum wertvolleren Teil im

---

<sup>13</sup> «Nobody ever saw a dog make a fair and deliberate exchange of one for another with another dog» (A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, I, Chapter II, S. 118).

<sup>14</sup> Cfr. D. Hay, P. Craven, *Masters, Servants and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, Univ. of North Carolina Press, 2004.

<sup>15</sup> Mayer-Maly T., *Die exemplarische Bedeutung des englischen Arbeitsrechts*, in *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, Beck, München, 1980, S. 563 ff

<sup>16</sup> Und nicht einfach, wie es Marx in der *Neuen Rheinischen Zeitung*, Nr. 2641849 ("*Lohnarbeit und Kapital*") in Bezug auf die Arbeitskraft sagt: „Der *Arbeitslohn* ist also nur ein besonderer Name ... für den Preis dieser

Austausch erklärt wurde, so dass die Arbeitskraft einen höheren moralischen Rang hatte als die einfachen Vermögensgegenstände.<sup>17</sup> Diese Prinzipien werden in den modernen Verfassungen nach dem 2. Weltkrieg bestätigt. Sie gaben den arbeitsrechtlichen Gesetzen eine Legitimation, die wir im nächsten Abschnitt noch besser herausarbeiten werden. Sie zwangen die Arbeitsrechtswissenschaft, eine Reihe zentraler Annahmen ihrer Disziplin zu überdenken, die sich in den allgemeinen Lehren zum Vertrag und zu den Schuldverhältnissen fanden. Eine Lehre, die allein auf den Vermögensrechten aufbaute, respektierte nicht mehr die neue ethische Wertskala.<sup>18</sup> Aber betrachten wir zunächst die wichtigsten Innovationen, die das moderne Arbeitsrecht brachte.

a) Lotmar ermöglichte zunächst der sozialen Gesetzgebung die *Heimkehr ins Privatrecht*.<sup>19</sup> Sie war endgültig – man kann sagen für immer – vollzogen mit der grundlegenden Schrift von Hans Carl Nipperdey im Jahre 1929, in der er die privatrechtliche Bedeutung der Nebenpflichten und der Vorschriften zum Schutz der Person im Arbeitsrecht nachwies. Es ist zurecht darauf hingewiesen worden, dass Nipperdey dadurch dem Arbeitsrecht eine „grandiose Perspektive“ für das künftige Privatrecht eröffnete<sup>20</sup> und dass sich auf diese Weise für das Privatrecht und hier insbesondere das Vertragsrecht mit den Schuldverhältnissen sowie das Vermögensrecht den Interessen der Person des Schuldners öffneten.<sup>21</sup> Indem die Arbeitsrechtswissenschaft allmählich die Mystifikationen der liberalen Ideologie abbaute, die die Arbeitskraft von der Person des Arbeitnehmers trennte, und in der Folge nachwies, dass diese Person direkt mit der Verpflichtung zur Arbeit verbunden ist, entwickelte sich das Arbeitsrecht allmählich zu einem speziellen Schuldrecht, in dem die Person des Schuldners in der abhängigen Arbeit geschützt wurde.

b) Weiterhin entwickelte Philipp Lotmar theoretisch die Notwendigkeit für den Staat, die kollektive Selbstregulierung zu unterstützen und ihre unmittelbare Wirkung und Unabdingbarkeit innerhalb der individuellen Arbeitsverträge anzuerkennen.<sup>22</sup> Auf diese Weise zeigten die gesetzlichen Vorschriften zur abhängigen Arbeit, dass der Arbeitsvertrag als privatrechtlicher Vertrag auch ein Vertrag sein konnte, der vollständig durch zwingendes Recht geregelt ist und zwar einerseits durch das Gesetz und zum anderen durch den Tarifvertrag. In seinem Tarifvertragskommentar hat sich Ulrich Zacher vor allen Dingen durch Lotmar und Sinzheimer inspirieren lassen.

c) Die Arbeitsvertragsrechtslehre wurde sich bewusst, dass in den gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien auch die überragende soziale Funktion des Schutzes der Persönlichkeit enthalten war. Dies war zum Beispiel der Fall bei den Fragen, wer das Risiko der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung bei speziellen persönlichen Problemen wie Krankheit, Unglück, Schwangerschaft, Wehrdienst oder Übernahme öffentlicher Funktionen etc. Diese Risiken wurden vom Schuldner auf den Gläubiger verlagert.

d) Das Arbeitsrecht übernahm bei den Pflichten des Gläubigers die Instrumente, mit denen traditionell im öffentlichen Recht die Persönlichkeit geschützt wurde, indem es die Grundrechte unmittelbar im Arbeitsverhältnis wirksam werden ließ, Diskriminierung ebenso wie Machtmissbrauch

---

eigentümlichen Ware, die keinen andern Behälter hat als menschliches Fleisch und Blut.“ Siehe dazu wieder die hervorragende Einleitung zum ersten Band von Lotmar *Der Arbeitsvertrag* 1902, S. 7.

<sup>17</sup> Lotmar, *Der Arbeitsvertrag* 1902, S. 8.

<sup>18</sup> So Lotmar, *Der Arbeitsvertrag* 1902, S. 45; über die Transformation des Primärrechts durch Elemente des Sekundärrechtes vgl. Gamillscheg, *Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts. Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB*, AcP, 1978, S. 197 ff. und Richardi *Arbeitsrecht und Zivilrecht*, ZfA, 1974, S. 16.

<sup>19</sup> Ramm *Pluralismus ohne Kodifikation. Die Arbeitsrechtswissenschaft nach 1945*, in Simon D. (Hrg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, S. 520.

<sup>20</sup> Ramm op. cit. Fn. 19, S. 521.

<sup>21</sup> Vgl. die berühmte Schrift von Nipperdey Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes, in Festgabe für das Reichsgericht, IV, de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929, S. 203 ff.

<sup>22</sup> Zacher U., Philipp Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, *Kritische Justiz* (2008), volume 40, issue 4, S. 428-435.

und ungleiche Behandlung oder den Missbrauch außerrechtlicher Machtmöglichkeiten innerhalb der vertraglichen Verhältnisse ebenso wie im Bereich der absoluten Rechte (Naturalrestitution) verbot. Dies hat zu deutlichen Innovationen im Schuldrecht geführt.

e) Das Arbeitsrecht hat die pandektistische Lehre vom Recht der einseitigen Lösung vom Vertrag, der ordentlichen Kündigung, überwunden. In allen Dauerschuldverhältnissen (§ 616 b BGB, Art. 2118 codice civile) wurde dieses Recht damit gerechtfertigt, dass ansonsten das Grundrecht der persönlichen Freiheit, auf die sich das Prinzip bezog, verletzt wäre.<sup>23</sup> Es konnte also für vorübergehende Verhinderung eine einfache Lösung für Nichterfüllung geschaffen werden. Die moderne Arbeitsrechtslehre hat stattdessen darauf hingewiesen, dass es hier nicht um die persönliche Freiheit des Arbeitgebers gehe sondern um die Zeitlichkeit des Schuldverhältnisses. In der Tat bringt der Arbeitgeber in die Arbeitsverträge nicht seine eigene Person sondern vor allen Dingen sein Vermögen und "seine unternehmerische Initiative" ein.<sup>24</sup> Das Recht zur freien unternehmerischen Entfaltung verleiht, auf die Entwicklung des gesamten Unternehmens angewandt, dem Direktionsrecht des Arbeitgebers eine größere Macht als wie es die bloße Nichterfüllung der Verpflichtungen des Arbeitnehmers verdient. Dieses Prinzip verlangt, die unternehmerische Freiheit auszufüllen und zu organisieren, so dass Arbeitnehmer ausgewählt und die Arbeitsmittel bestimmt werden können. Es verleiht auch die Freiheit, die Produktionsfaktoren entsprechend der Rationalität und den Bedingungen des Marktes anzuwenden<sup>25</sup>, und schließlich die Freiheit, die unternehmerische Aktivität ganz aufzugeben.<sup>26</sup> Dabei müssen aber diese unternehmerischen Freiheiten mit dem Grundrecht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers ausbalanciert werden.

4. Ist es den arbeitsrechtlichen Vorschriften damit gelungen, den allgemeinen Teil des Privatrechts und vor allen Dingen der Schuldverhältnisse zu beeinflussen? Die Entwicklung von der Agrargesellschaft zur industriellen Gesellschaft hat den Übergang des Zivilrechts, das auf dem Kaufvertrag aufbaute, hin zu einem allgemeinen Recht der Verträge und Schuldverhältnisse gebracht, das auch durch die Dienstverhältnisse geprägt wurde. Dadurch wurden die Grundbegriffe des Vertrags und der Schuldverhältnisse zur Willensfreiheit der Parteien (Einigung) und über den geschuldeten Gegenstand (im Bereich der Vermögensrechte auch die Person des Schuldners) mit der Unterwerfung der Person des Schuldners unter den Gläubiger in der Dienstleistung neu definiert. Das Arbeitsrecht hat somit etwa das italienische Privatrecht nach vorne getrieben und insbesondere den allgemeinen Teil der Verträge und der Schuldverhältnisse im Bereich des civil law beeinflusst<sup>27</sup>, während es in Deutschland weder in den Allgemeinen Teilen des BGB noch in den Lehrbüchern des Privatrechts bis heute kaum Spuren hinterlassen hat.

Es ist zwar richtig, dass der technologische Entwicklungsprozess und der Prozess der Effektivierung der Wirtschaft, der durch die Industrialisierung und den Fordismus in der Produktion entstanden ist, nicht nur die Arbeitswelt betroffen hat. Über viele Jahrzehnte

---

<sup>23</sup> So qualifiziert ein bekannter italienischer Arbeitsrechtler (Mancini *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Giuffrè, Milano 1965, S. 94 was später in Art. 18 des Arbeitsstatuts Eingang fand (Wiedereingliederung ins Arbeitsverhältnis), in U. Romagnoli, L. Montuschi, G. Grezzi, G.F. Mancini, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Roma-Bologna, Zanichelli-Il Foro italiano, 1972, S. 258) dies als Materie, die «einen material verfassungsrechtlichen Charakter» hat.

<sup>24</sup> Mengoni *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Luxemburg, 1958, S. 232.

<sup>25</sup> Für Italien Kassationsgerichtshof, Senat für Arbeitsrecht Urt. v. 30.3.2006 n. 7536; zum System in Deutschland vgl. Gamillscheg *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, AcP, 1964, S. 395 und zum französischen System vgl. Favennec-Hery *Regards sur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail: les apports de la loi du 13 juillet 1973*, in Le Crom J.-P. (Dir.), *Deux Siècles de Droit du Travail*, Paris, Editions de l'Atelier, 1998, S. 253.

<sup>26</sup> Für Italien Kassationsgerichtshof Urteil vom 16.12.2000 n. 15894.

<sup>27</sup> So Isele *Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung*, Juristen-Jahrbuch, 8, 1967, 75 zit. nach Richardi 1974, 17; Rodríguez-Piñero *La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil*, *Relaciones Laborales*, 2, 1996, S. 63 ff.; für Italien S. r. Barcellona P. *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli 1996.

bestimmte er den gesamten Nationalstaat. Man darf dabei allerdings nicht übersehen, dass die Regeln der Gesetzgebung und Rechtsprechung, die sich im Arbeitsvertrag entwickelt haben, allmählich auch ihre Spuren im primären Recht hinterlassen haben. Der Blick auf das Privatrecht zeigt, dass die Entwicklung des Arbeitsrechts in Widersprüchen erfolgte. Phasen der nationalstaatlichen Entwicklung, in denen das Arbeitsrecht vom Privatrecht unterschieden wurde, wurden abgelöst durch Phasen, in denen eine Vereinheitlichung des Privatrechts mit dem Arbeitsrecht erfolgte. Diese Differenzierungen spiegeln durchaus zufällige Logiken und Interessen der ökonomischen Agenten wider. Dabei hat die allmähliche Vereinheitlichung des Privatrechts nicht nur die Garantie der Privatautonomie sondern auch ihre Grenzen aufgezeigt.

5. Ebenso wie das Arbeitsrecht ist auch das Verbraucherschutzrecht, auf das sich die neue europäische Kodifikation berufen möchte, nicht im allgemeinen Zivilrecht entstanden. Die Schöpfer der großen Zivilrechtskodifikationen dachten nicht daran, dass neben dem Arbeitnehmer auch der Verbraucher seine menschliche Dimension in die Markttransaktionen einbringt und deren Berücksichtigung innerhalb des genetischen und funktionellen Synallagma erzwingen würde. Die logische Folge des Thalionsprinzips der §§320 BGB, Art. 1460 codice civile, wonach ohne Arbeit auch kein Lohn zu bezahlen ist, übersetzt in die Volkswisheit „Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen“ erhielt schon bei Verabschiedung des BGB in §616 BGB eine menschliche Dimension im Arbeitsrecht. Für den Verbraucher blieb dagegen der analoge Satz: „Geld hat man zu haben“<sup>28</sup>, der in der Form „ohne Lohn kein Brot“ eingängiger als Merksatz kapitalistischer Marktwirtschaft zu formulieren wäre, bis heute scheinbar unantastbares Grundverständnis eines allgemeinen Zivilrechts, das den Ausschluss menschlicher Bedürfnisse aus dem Austauschverhältnis des Vertrages in den Rang einer natürlichen Anschauung erhebt.

a) Doch der Eindruck täuscht. Die Abstinenz des bürgerlichen Rechts gegenüber dem realen Menschen als sozialem Wesen, der "*menschliche Makel*" gegenüber der Makellosigkeit des Geldes im Zivilrecht<sup>29</sup>, galt immer nur für seine allgemeinen Ideologien und Lehren. Die Formalisierung der Reproduktions- und Arbeitsverhältnisse der Menschen in §§320 ff BGB zum *do ut des*<sup>30</sup>, die Larenz als „Versachlichung“ der Gerechtigkeit ansprach, hatte schon 1900 nicht das gesamte Schuldrecht sondern im wesentlichen nur dessen kaufrechtlichen Teil erklären können, indem es den mathematischen Dreisatz des Minderungsrechts in §441 Abs.3 BGB bzw. Art. 128e Abs. 4 a) ital. Verbrauchergesetz durch §320 BGB zum allgemeinen Prinzip erhob. Die damit verbreitete Ideologie des segensreichen Wirkens einer "invisible hand" wurde anders als in dem durch "sozialistische Umtriebe" beeinflussten Arbeitsrecht<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Dazu und zum ganzen Problem des sozialen Zivilrechts ausführlich Reifner, U. Zur Zukunft des europäischen Verbraucherrechts – Soziales Dauerschuldverhältnisse in der Kreditgesellschaft, VuR (22. Jg.) 2007 Sonderheft "20 Jahre iff" S. 1 ff. Zur kritischen Diskussion des Satzes Geld hat man zu haben vgl. Dieter Medicus, „Geld muß man haben“ - Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188(1988) S.489 ff, 492; Reifner, U. „Geld hat man zu haben - soweit nichts anderes vereinbart“, in: Krämer, L./Micklitz, H./Tonner, K. Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden 1997, S. 623 ff.

<sup>29</sup> "Der menschliche Makel" (Hansa 2000) (vgl. 'The Human Stain', franz. 'La Couleur du mensonge') ist ein Roman von Philip Roth, der 2003 verfilmt wurde. In dem Roman geht es um verschiedene Seiten des Menschen, die von anderen als Makel angesehen werden wie vor allem die afro-amerikanische Abstammung und jüdische Religion des Helden, die Ausübung der Tätigkeit einer Putzfrau, ihre gescheiterte Ehe und der sexuelle Missbrauch in der Jugend seiner Freundin. Es ist das Verschweigen des menschlichen Makels, dass letztlich zum Scheitern führt, eine Allegorie, die vielleicht auch für das Zivilrecht taugt. Vgl. auch die Anwendung dieses Titels auf die Unvollkommenheit der Menschen in der Geldanlagewelt in Manager-Magazin H.9 v. 18.10.2008 <http://www.manager-magazin.de/magazin/artikel/0,2828,584408,00.html>

<sup>30</sup> dazu Reifner, The Lost Penny - Social Contract Law and Market Economy in: Wilhemsson, Th./Hurri, S. (Eds) From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatization and Private Law, Ashgate:Dartmouth S. 117 – 175

<sup>31</sup> Vgl. dazu kurz vor Verabschiedung des BGB im Jahre 1894 das „Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie“ vom 19. Oktober 1878. Bereits 1874 wurde die erste Kommission zur

im Kaufrecht nicht politisch herausgefordert. Auch die Kritik v. Gierkes betraf nicht die soziale Frage sondern eher die fehlende Volkstümlichkeit des BGB. Dies hatte im wesentlichen die folgenden Gründe:

- Politisch wurden die Armen öffentlich-rechtlich außerhalb des Marktes in den Armenküchen, Wohltätigkeitsvereinen und staatlichen Einrichtungen versorgt, so dass die Fähigkeit des Marktes und seines Vertragsrechtes, auf sie einzugehen, gar nicht erst getestet wurde.
- Rechtssoziologisch gab es keinen Zugang zum Recht, weil auf dem Land und durch die zur Lohnsenkung bereitgestellten Hausgärten der Industriearbeiterwohnungen auch in der Stadt noch weitgehend tauschfreie Subsistenzwirtschaft herrschte, während dort, wo schon die Bedürfnisse über den Markt und damit den Kaufvertrag befriedigt wurden, keine Rechtsfindung sondern Befriedigungsmechanismen für die Armen bestanden, die keine Auswirkungen auf die Rechtsdogmatik haben konnten.<sup>32</sup>
- Rechtsdogmatisch wurde schließlich dort, wo der Einfluss unvermeidlich war, die Allgemeingültigkeit des „Weltbildes des bürgerlichen Rechts“ (Sinzheimer) mit dem Regel-Ausnahme-Schema aufrecht erhalten, bei dem die vielen punktuellen und isolierten Kaufverträge als die Regel und die wenigen sozialen Dauerschuldverhältnisse im Konsumbereich als Ausnahmen behandelt wurden.

b) Dabei hätten zwei Kerngebiete des Konsums die gelehrte Jurisprudenz schon früh aus ihrer ideologischen Einseitigkeit aufrütteln müssen: der Konsumentenkredit (Abzahlungsgeschäft) und die Wohnraummiete. Bereits 1894 war auf der Grundlage einer empirischen Erhebung durch eine königlich preußische Enquetekommission<sup>33</sup> etwas Licht auf die tatsächlichen Verhältnisse der wichtigen Kaufverträge der in die Städte strömenden Industriearbeiter zum Erwerb von Möbeln geworfen worden. Die Ergebnisse lösten bei den Abgeordneten Empörung aus und veranlassten sie noch während der Beratungen zum Erlass des BGB, wesentliche Prinzipien dieses BGB für Abzahlungskäufe außer Kraft zu setzen. §5 AbzG verlangte als Ausnahme zu §320 BGB auch bei fehlender Zahlung des vollen Kaufpreises, dass der Verkäufer dem Verbraucher den Gebrauch der Möbel gleichwohl weiter ermöglichte oder aber die bisherigen Raten zurück gewährte.<sup>34</sup> Statt des marktmäßigen Tausches von Ware gegen Geld ordnete das Gesetz eine Abwicklung nach Mietgesichtspunkten (§2 AbzG) an.

---

Erstellung des BGB einberufen, die auf den Vorarbeiten des Entwurfs der Vorkommission aufbaute. (Benöhr, Die Grundlage des BGB – Das Gutachten der Vorkommission von 1874, JuS 1977, 81). 1887 wurde der erste Entwurf dem Reichskanzler Bismarck vorgelegt. Der Gegenentwurf von v. Gierke „Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht“ (1888/89) wies vor allem auf die soziale Ignoranz des Entwurfs hin. Anton Menger beklagte in seiner Schrift „Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen“ (1890) ein „nur scheinbar neutrales bürgerliches Recht“.

<sup>32</sup> Bis heute gilt bei kleinen Streitwerten bis zu 600 € das entformalisierte weitgehend rechtsfreie Ermessensverfahren vor den Amtsgerichten gem. §495a ZPO Zur alternativen Justiz der Rechtsfriedensbewegung für Arme zu Beginn des 19. Jahrhunderts vgl. Reifner, The Ideology of the Peace of Law Movement in Germany from 1904 to 1936; Wissenschaftszentrum Berlin, IIM/dp 78 95; Blankenburg/Reifner, Conditions of Legal and Political Culture Limiting the Transferability of Access To Law Innovations; In: M. Cappelletti (ed.), Access to Justice and the Welfare State, Nijmegen 1981; NS-Rechtsbetreuungsstellen und die Rechtsberatung der Deutschen Arbeitsfront - Theorie und Praxis sozial befriedender Rechtsberatung, in: ders. (Hrsgb) Das Recht des Unrechtsstaates - Arbeitsrecht und Staatsrechtswissenschaften im Nationalsozialismus, Campus: Ffm S.178 - 210

<sup>33</sup> Vgl. dazu Heck, Gutachten zum 21. Deutschen Juristentag zur Frage: "Wie ist den Missbräuchen, welche dich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken? Verhandlung des 21. DJT Berlin 1891 S. 131 ff; Jastrow, "Wie ist den Missbräuchen, welche dich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken? Verhandlung des 22. DJT Berlin 1892; S. 316 ff

<sup>34</sup> Dazu im einzelnen Reifner/Weitz/Uessler, Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit, Tübingen 1976 S. 5 ff; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied 1979, S. 116 ff; Bennöhr, Konsumentenschutz vor 80 Jahren, ZHR 1974, 492 ff. Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäft, 1898 S. 4. Erst 1963 studierte Caplovitz, D., The Poor Pay More, 1967 entsprechende Missstände in New York und schrieb das für den Konsumentenkredit seither prägende kritische Buch.

Ähnlich erging es der Wohnraummiete. In den Kriegswirren von 1914 bis 1918 wurde nicht nur das Arbeitsrecht<sup>35</sup> sondern auch das Wohnraummietrecht außerhalb des BGB entwickelt und sein Schutz dem öffentlichen Recht zugeordnet, sodass fortan auch die Mietrechtler aus der Diskussion um das allgemeine Zivilrecht ausgeschlossen blieben.<sup>36</sup> Anderen Kernbereichen des vertraglichen Konsums wie Elektrizität, Wasser, Post, Fernmeldewesen, Verkehr wurde gar nicht erst eine Marktkonzession erteilt. Ihre Verteilung wurde öffentlich-rechtlich organisiert, weil bei aller Liberalität des kapitalistischen Rechtsdenkens die praktisch politische Angst, die innere Sicherheit und die äußere Kriegstauglichkeit werde durch die Launen des Marktes beeinflusst, das Streben nach ideologischem Purismus bis in die Zeit des Neo-Liberalismus überwog.

Hält man mit der Nüchternheit des Common Law die Aufteilung der Verträge zur Befriedigung der Verbraucherbedürfnisse auf privates und öffentliches Recht für überholt, so gibt es inzwischen eigentlich mehr schuldrechtliche Verträge, die sich nicht mehr aus der Abstraktion des kaufrechtlichen Denkens ableiten und daher das Vertrauen in die invisible hand vermissen lassen. Der DCFR ist somit überholt, bevor er überhaupt in Kraft tritt. Er stellt zumindest aus Sicht des Verbraucherschutzes eine allzu späte Frucht eines theoretisierenden praktisch jedoch gescheiterten neo-liberalen Informationsmodells im europäischen Privatrecht dar.<sup>37</sup>

c) Spotverträge ohne Erwähnung einer *causa vivendi, consumendi* oder *laborandi* beherrschen den DCFR. Sie zwingen den Rechtslehrer, angehende Juristen in die Kunst sozialer Realitätsverleugnung einzuüben, bevor sie in den höheren Semestern die besonderen Schuldverhältnisse und ihre ganz anders geartete Problematik zur Kenntnis nehmen dürfen, eine Art der Rechtsindoktrination, die in dem multidisziplinären Studiengang eines sozialökonomischen Rechtsbachelors, in dem Ulrich Zachert seit 1981 lehrt, sehr insular und fernab der juristischen Fakultäten infrage gestellt wird.

Als Ausnahme könnte man allerdings die allgemeine Kooperationspflicht zwischen Gläubiger und Schuldner anführen (Art. III-1:104), die dort gelten soll, wo sie „erwartet werden kann“, Bei Dienstvertrag, Bauvertrag, bei Transpositionsverträgen, Auftrag und im Handelsvertreterrecht wird sie wiederholt (Art. IV- C.2-103, C.3-102; C.4-102; D:2:102; E:2:201), was in der Literatur bereits als „Übergewicht von ‚Solidarity and Social Responsibility‘ gegenüber dem Prinzip der Selbstverantwortung“ geißelt wird.<sup>38</sup>

So macht das richterliche Korrekturrecht des Art. III-1:110(2): *Variation or termination by court on a change of circumstances* aus dem hypothetischen Parteiwillen des §313 BGB eine scheinbar sozial legitimierte autoritäre richterliche Korrekturmöglichkeit, um

---

<sup>35</sup> Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst v. 5. Dezember 1916 (RGBl. S. 1333).

<sup>36</sup> Eine Ausnahmeerscheinung in den sozialen Dauerschuldverhältnisse stellt Derleder dar, der in seinem Lebenswerk Miet-, Verbraucher- und Arbeitsrecht in gleicher Weise erfasst und gegenseitig sowie für das allgemeine Zivilrecht fruchtbar gemacht hat. Vgl. dazu Wolf-Rüdiger Bub, Rolf Knieper, Rainer Metz, Gerd Winter (Hrsg), Zivilrecht im Sozialstaat, Festschrift Peter Derleder Nomos: Baden-Baden 2005 mwNchw sowie beispielhaft die Kommentierung des Arbeitsrechts im Alternativkommentar zum BGB (Hrsg. Rudolf Wassermann), zum Mietrecht (Vermieterleistungen Köln 2003; zum Bankrecht: Bamberger/Derleder/Knops, Handbuch des deutschen und europäischen Bankrechts, 2. Aufl. Heidelberg 2009; Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Mietrecht sowie der Zeitschrift Verbraucher und Recht und der Kritischen Justiz.

<sup>37</sup> Zur Beziehung von DCFR und Verbraucherschutz vgl. neben den oben (FN ) wiedergegebenen offiziellen Stellungnahmen von Kommission und Rat noch Staudenmayer, „The Commission Action Plan on European Contract Law“, ERPL (2003) 113; ders, Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003 S. 165; ders. The Commission Communication on European Contract Law and its Follow-Up, in St. Grundmann / J. Stuyk, An academic Green Paper on European Contract Law, Kluwer Int.:The Hague 2002 37 ff; zur Kritik Reifner, Verbraucherschutz und Neo-Liberalismus - DCFR, Verbraucherrichtlinien und die Kritik Stürners, VuR H.1 (2009) S.5ff; Stürner, Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, München 2007 S. 89 ff

<sup>38</sup>Eidenmüller,H./Faust,F./Grigoleit, H.-Chr./Jansen, N./Wagner, G./Zimmermann, R. Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht - Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme - (elektr. Ressource <http://www.horst-eidenmueller.de/forschung/veroeff/DCFR.pdf>



Schuldverhältnissen an veränderte unvorhergesehene Umstände nach Vertragsschluss anzupassen. Doch nicht die Dauer von Verträgen gerät ins Blickfeld. Es ist der Schutz der guten Sitten („manifestly unjust“) und nicht die Anerkennung der Tatsache, dass Lebenszeit den Willen der Parteien bei Vertragsabschluss retrospektiv zur Anpassung zwingt. Bei der Kündigung spielt entsprechend auch nicht der Kündigungsschutz sondern das Lösungsrecht als Äquivalent zur Vertragsbeendigung durch Erfüllung die dominierende Rolle in den heiligen Hallen der Kaufrechtsideologie des Allgemeinen Teil in §314 BGB bzw. Art. III.-3:502 DCFR.

Natürlich gibt es ausreichend Hinweise auf Treu und Glauben sowie die guten Sitten<sup>39</sup>, mit denen die die Gerichte die Auswirkungen des Fehlens der menschlichen, zeitlichen und kollektiven Dimension des Allgemeinen Teils durch Richterrecht zu kompensieren haben. An versteckter Stelle und ohne Sanktion als Programmsatz findet sich dann im BGB auch die „Pflicht zur Rücksichtnahme“ auf die Rechtsgüter und damit auch die persönlichen Bedingungen des Konsums in §241 S.2, die Brigitta Lurger<sup>40</sup> zum Königsprinzip eines neuen solidarischen Rechtsprinzip erklärt hat, zu dessen Legitimation sie sich auf die Überlegungen von Collins zum "sozialen Markt"<sup>41</sup> beruft. Sie verlangt, drei allgemeine Prinzipien des Schutzrecht auch im Allgemeinen Teil anzuerkennen: "1) ein besonderer Schutz bei persönlicher Ungleichheit der Partner, 2) die Sorge um das inhaltliche Gleichgewicht des Vertrages beim Abschluss und auch danach sowie 3) eine Vielzahl von Rücksichtnahme-, Loyalitäts- und Kooperationsgeboten, darunter auch das Treu- und Glaubensprinzip, zwischen den Parteien in allen Stadien des Vertrages."

6. Während das Kaufrecht den Vertragsschluss in den Mittelpunkt stellt, geht es in den Dauerschuldverhältnissen um die institutionelle Bewältigung einer auf Dauer angelegten Kooperation zwischen Anbieter und Nachfrager, die eine ständige Kommunikation erforderlich macht. Drei Aspekte des menschlichen Makels sind dabei von entscheidender Bedeutung: die Sicherung des Gebrauchswertes zu angemessenen ("affordable") Preisen, Zugang und Beendigung sowie die Behandlung menschlicher Not.

a) Während im Kaufrecht der Gebrauchswert nur dadurch Bedeutung erlangt, dass er als Teil der Eigentümerbefugnis eher zufällig in die Hände des Verbrauchers gelangt, geht es in den sozialen Dauerschuldverhältnissen um die Gewährleistung gerade dieses Gebrauchswertes selber. So wird der Vermieter immer stärker in die Verantwortung für die effektive und menschenwürdige Nutzung der Wohnung durch den Mieter (§§535 Abs. 1 S. 2 BGB) genommen. Der Kreditgeber haftet dafür, dass die Geldsumme auch für einen mangelfreien Konsum des finanzierten Gegenstandes effektiv genutzt werden kann (Einwendungsdurchgriff gem. §359 BGB), was vergleichbar zur Pflicht des Arbeitgebers, für einen menschenwürdigen Arbeitsplatz sowie eine kontinuierliche Lohnzahlung zu sorgen. Alle sozialen Dauerschuldverhältnisse teilen miteinander ferner das Misstrauen gegenüber einer reinen Marktpreisbildung, dem Kernstück der Kaufvertragsideologie. Bei den lebensnotwendigen Dienstleistungen (services of first necessity) hat auch nach der neo-liberalen Deregulierungs- und Privatisierungswelle der Staat mit Kommissionen die Preisgestaltung etwa bei Rundfunk, Fernsehen, Gas, Wasser, Elektrizität, Bahn weitgehend

---

<sup>39</sup> §§ 242, 138, 826BGB; Art 1134, 1133 französischer Code Civil; Art 1337, 1343, 1366, 1375, 1418 1175 italienischer Codice Civile; Buch 6 Art 248 und Buch 3 Art. 40 niederländisches NBW; § 879 österreichisches ABGB. Ausführlich B. Lurger, Vertragliche Solidarität - Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union (Baden-Baden: Nomos, 1998), dies. Prinzipien eines europäischen Vertragsrechts: Liberal, Marktfunktional, Solidarisch oder ..., elektr. Ressource <http://www.ejcl.org/21/art21-2.doc> S.

<sup>40</sup> Lurger, B. Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Springer: Wien 2002 S.417; The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality, ERCL 4,2005, S. 442 ff, 443f

<sup>41</sup> H Collins, The Law of Contract, 2nd edn. (London/Dublin/Edinburgh: Butterworths, 1993) 26 ff., 105 ff.; ders., 'Distributive Justice through Contracts', Current Legal Problems 45 (1992) 49 ff.; ders., 'The Voice of the Community in Private Law Discourse', European Law Journal 3 (1997) 407 ff.

mit öffentlichen Kontrollmechanismen ausgestattet. Was im Arbeitsverhältnis der Mindestlohn, entweder direkt oder indirekt über die Tarifverträge für den einzelnen Arbeitsvertrag verpflichtend vorschreibt, schafft im Wohnraummietrecht die „ortsübliche Vergleichsmiete“ und ihre Regelungen in den §§558 ff BGB. Während für den Konsumkredit in Frankreich, den Benelux-Staaten, Italien und Polen staatliche Wuchergrenzen bestehen, hat in Deutschland das Gebot der guten Sitten in §138 Abs.1 BGB den Grundsatz vom Doppelten des Üblichen die ortsübliche Vergleichsmiete“ auch für die Zinssätze übernommen.

b) Neben der Inhaltsfreiheit musste aber auch das Prinzip der kaufrechtlichen Abschlussfreiheit Einschränkungen humaner Rücksichtnahme hinnehmen. Kann man das Anti-Diskriminierungsrecht noch wettbewerbsrechtlich deuten, so zeigt sich in den Regeln etwa zur Einstellung Schwerbehinderter oder von Frauen ebenso wie etwa in der Pflicht zur Einräumung von Girokonten bei Überschuldeten in den Sparkassengesetzen der Länder oder die US-amerikanische Community Reinvestment Gesetzgebung, die die Banken zur Kreditvergabe in Armutsgebieten verpflichtet<sup>42</sup>, dass ebenso wie bei der Wohnraumversorgung mit den Leerstandsverboten und den Zwangseinweisungen in Krisenzeiten oder bei den Abschlusszwängen bei Telefon, Gas, Wasser, Elektrizität oder Verkehr das soziale Dauerschuldverhältnisse die menschliche Bedürftigkeit ebenso wie die Abhängigkeit von bezahlter Arbeit nicht außerhalb des Verträge belässt, wie es der Kaufvertrag suggeriert.

c) Viel deutlicher wird die Einschränkung der Abschlussfreiheit noch in ihrer Umkehrung bei der Beendigung der Dauerschuldverhältnisse. Alle sozialen Dauerschuldverhältnisse verfügen über einen Kündigungsschutz, der jenseits von vertraglichen Abmachungen die Einhaltung bestimmter Formen und Fristen und inzwischen auch im Kreditrecht einen Versuch zur gütlichen Fortsetzung der Beziehung verlangt. (§ 498 Abs.2 BGB) Im Wohnraummietrecht und im Arbeitsrecht wird die Beendigung zudem inhaltlich eingeschränkt, wenn das Arbeitsrecht ähnlich wie das Mietrecht eine „soziale Rechtsfertigung“ verlangt, die sich aus Verhalten, Person des Arbeitnehmers oder Mieters (§1 KSchG, §573 BGB) oder aus übergeordneten wirtschaftlichen Erwägungen („betriebsbedingt“ „an einer angemessenen wirtschaftlicher Verwertung gehindert“) ergeben muss, wobei auf soziale Belange Rücksicht zu nehmen ist. (§§574 BGB, 1 KSchG) Die Vertragsverletzung, notwendig um eine Kündigung zu rechtfertigen, wird zudem relativiert, wenn sie in allen sozialen Dauerschuldverhältnissen eine gewisse Schwere erreicht haben muss, wie etwa das Fortsetzen vertragswidrigen Verhaltens trotz Abmahnung im Arbeits- und Mietrecht oder zwei Zahlungen Rückstand bei Wohnraummiete oder Teilzahlungskredit.

c) Der Lakmestest privatrechtlichen Denkens ist der Umgang mit menschlicher Not.<sup>43</sup> Die Ignoranz des Privatrechts gegenüber der Not englischer Grubenarbeiter war eine Wiege des Arbeitsrechts. Die allein staatliche Verantwortung reichte nicht aus, um menschengerechte Arbeitsbedingungen geschweige denn menschengerechte Wohnungen für alle zu schaffen. Arbeitsrecht ebenso wie Mietrecht verdankt seine Entwicklung weniger der Einsicht in die Grenzen des kaufrechtlichen Denkmodells bei der Bewältigung sozialer Dauerschuldverhältnisse als dem politischen und sozialen Kampf der Gewerkschaften bzw. der Heimkehr obdachloser Soldaten. Krankheit, Unfall, familiäre Ereignisse und Sorge für die Kinder, im Arbeitsrecht längst anerkannte Einflussfaktoren für vertragliche Pflichten, haben es in den übrigen sozialen Dauerschuldverhältnissen nicht weit gebracht. Hier soll weiterhin der Grundsatz des „Geld hat man zu haben“ alles überschatten, weshalb man im BGB auch jeden Anklang der Geldschuld an eine evtl. durch das Arbeitsvermögen beschränkte

<sup>42</sup> Überblick bei Reifner, U., Social Banking - Ansätze und Erfahrungen über die Integration sozialer Zielsetzungen in privatwirtschaftliche Finanzdienstleistungen, in: Schuster, L. Die gesellschaftliche Verantwortung der Banken, Erich Schmidt: Berlin 1997 S. 205 ff

<sup>43</sup> Vgl. Reifner, Inclusive Contract Law - Poverty in Common and Civil Law, elektron. Ressource Hamburg/New York 2000 <http://www.money-advice.net>

Gattungsschuld vermieden hat und stattdessen in den Allgemeinen Teil die „Kündigung aus wichtigem Grund“ hineinschrieb, mit der vor allem Arbeitgeber, Vermieter und Kreditgeber ohne explizite Bezugnahme auf die dadurch ausgelöste soziale Not bei Arbeitnehmern, Mietern und Kreditnehmern ihre Interessen an einer Beendigung der Verträge durchsetzen können.

Doch was in der Kaufrechtsideologie logisch erscheint wird bei rechtssoziologischer Betrachtung nicht nur in Frankreich, Norwegen oder Finnland, wo die *social force majeure*<sup>44</sup> ihre gesetzgeberische Ausprägung erfahren hat, in den sozialen Dauerschuldverhältnissen unlogisch. Mit dem Recht, die rückständige Miete bis zum ersten Termin der mündlichen Verhandlung im Räumungsprozess zu bezahlen, hat das BGB dem Sozialamt die tatsächliche Chance eröffnet, durch Zahlungseintritt die Kündigung wegen Zahlungsverzugs unwirksam werden zu lassen. Auch der Kreditnehmer haftet keineswegs mehr in jeder Not für immer. Hat er kein Geld mehr, so hilft ihm die Verbraucherinsolvenz der §§286 ff InsO. Sie dekretiert außerhalb des Vertrages einen Schuldenerlass nach sechs Jahren (§301 InsO), während in Frankreich, den USA bei Vermögenslosigkeit auch die sofortige Befreiung möglich ist, während man in den Niederlanden und Belgien 3 bis 4 Jahre vorsieht. Allen Tauschprinzipien zum Trotz erfährt der hartherzige Gläubiger, dass seine Forderung nichts wert ist, obwohl der Schuldner doch anders als im Unternehmenskonkurs „weiterlebt“. Die Schuld stirbt an Stelle der Person des Schuldners.<sup>45</sup> Die Doktrin erklärt dies hier wie auch beim Pfändungsschutz der §§850 ff ZPO so wie in den Anfängen von Arbeits- und Mietrecht mit dem Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Die Realitätsverleugnung des Zivilrechts<sup>46</sup> kann sich auf diese Weise theoretisch fortsetzen, während praktisch jeder Gläubiger die Schulden des arbeitslosen oder kranken Schuldners durch die Restschuldbefreiung als auf dessen andauernde Fähigkeit zur Erzielung von Einkommen begrenzt erfährt. Der schuldbefreiende Tabestand Überschuldung ergibt sich nicht mehr aus einem Überhang der Schulden über das Vermögen des Schuldners sondern aus der fehlenden Aussicht, seine Arbeitskraft ausreichend verwerten zu können. Geld hat der Überschuldete nicht mehr zu haben.

Mit der Schuldrechtsreform und der europäischen Entstaatlichung der Daseinsvorsorge haben Wohnungsmiete und Verbraucherkredit in den §§498 ff, 535 ff BGB ihren Einzug in das BGB gehalten. Ebenso eingezogen sind alle Dauerkonsumverhältnisse wie der Reiseveranstalter-, der Konto- und der Überweisungsvertrag. Mit der Reform des Versicherungsvertragsrechts, dem man 1908 vor den Toren des BGB auf der Grundlage deutschrechtlicher Gemeinschaftsideologien der Gilden (Otto v. Gierke) einen Platz reserviert hatte, hat sich das vertragsrechtliche Denken auch dort durchgesetzt und immerhin so etwas wie einen Allgemeinen Teil eines sozialen Dauerschuldverhältnisses produziert, der die humane Dimension eines Risikos berücksichtigt. Der Altersvorsorgevertrag, lange in der ehemaligen Reichsversicherungsordnung (heute *Sozialgesetzbuch*) öffentlich-rechtlich eingemauert, hat in seiner privatrechtlichen Form seine sozialen Dimensionen über das Steuerrecht erhalten, wonach eben nur solche Verträge steuerrechtlich begünstigt werden, die die unter dem Namen "Riester-Rente" bekannten Kriterien des Alterszertifizierungsgesetzes erfüllen. Auch hier hat das öffentliche Recht Spar-, Wertpapieranlage und Kapitallebensversicherungsverträge nur dem Schein nach unangetastet gelassen. Schon jetzt werden die darin verankerten Prinzipien

---

<sup>44</sup> Wilhelmsson, Th. *Critical Studies in Private Law – a Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*, Kluwer: Dordrecht 1992 S. 180 ff

<sup>45</sup> Zur "Death of Debt" Doctrine vgl. Reifner, 'Thou shalt pay thy debts' Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law, in: Niemi-Kiesilainen, J./Ramsay, I/Whitford, W.C. (eds.) *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Hart Publishing Portland 2003 p 194-228

<sup>46</sup> Die im Werk von Ulrich Zacher aufgeworfene soziale Frage war in der Diktion der kritischen Theorie als Problem der Realitätsverleugnung im Zivilrecht bekannt. (vgl. auch Mückenberger, *Legitimation durch Realitätsverleugnung*, KJ 1971, 248 ff (Auch der Untertitel zu meinem *Alternativen Wirtschaftsrecht 1979* sowie das Vorwort handeln von der "Realitätsverleugnung oder sozialen Auslegung im Zivilrecht". Lurger

der Nominalwertgarantie zum Schutz lebenswichtiger Interessen der Verbraucher im Alter auch im allgemeinen Recht berücksichtigt.

7. Der Erosionsprozess der Kaufrechtsideologie ist nicht nur ein moralischer sondern auch ein technischer Prozess. Soziale Dauerschuldverhältnisse haben drei Formelemente, die das Kaufrecht nicht integrieren kann: Zeit, Solidarität und Kollektivität. Das Allgemeine Vertragsrecht ist daher auch technisch reformbedürftig.

So wird der Kaufvertrag nicht nur in der modernen Dienstleistungs- und Kreditgesellschaft insgesamt verdrängt. Er selber löst sich innerlich auf und wandelt sich zu einem Dauerschuldverhältnis mit sozialem Bezug. Die vorvertraglichen Pflichten in §313 Abs.2 BGB haben das Schuldverhältnis vorverlagert. Mit der Einbeziehung der Werbung in die Willenserklärungen der Parteien in §434 BGB hat sogar eine kollektive Willensbekundung wie die Werbung Beachtung gefunden, die wir sonst nur im von Ulrich Zacher durchgängig behandelten Teilen des Arbeitsrechts kennen. Erst recht aber hat sich der Verbrauchsgüterkauf über die verlängerten Gewährleistungspflichten zu einem generellen Dauerkonsumverhältnis von drei Jahren entwickelt, indem die Bereitstellung des Gebrauchswertes wie sonst nur im Miet- und Arbeitsrecht neben die Pflicht zur Eigentumsverschaffung getreten ist. Dazu kam im Rahmen der ökologischen Bewegung eine Vielzahl von öffentlich-rechtlichen Überlagerungen durch Gebrauchswertgarantien, Verbot der Genmanipulation, Gesundheitskontrollen. Das Kaufrecht ist damit kein Spot-Kontrakt mehr. Die Kaufrechtsideologie hat sich aus der Praxis des Kaufvertrages gelöst und in den allgemeinen Prinzipien von DCFR wie BGB ideologisch verselbständigt, wo es nach einem neuen Legitimationsfeld sucht..

c) Dies ist auch der eigentliche Grund dafür, warum das unterentwickelte und theoretisch kaum durchdrungene junge Verbraucherrecht nunmehr als Alternativmodell im europäischen Privatrecht erhalten muss. Versucht hat es zuerst die englischen Regierung<sup>47</sup> und dann wie beschrieben die EU mit ihrem verbraucherrechtlichen *Acquis*.

Die Schwäche der Kaufrechtsideologie im Recht wird darin zur Schwäche des Käufers umdefiniert. Nach der neo-liberalen Reduktion sozialer Probleme auf asymmetrische Information kann sich der menschliche Makel aus seinem Dilemma selber befreien, indem er oder sie mit gründlicher Überlegung und enzyklopädischer Informationsmöglichkeit die Segnungen der von jeder sozialen Rücksichtnahme befreiten Auswahlfreiheit auf dem Markt angemessen in Anspruch nimmt und damit der Aushöhlung der Glaubwürdigkeit der Kaufrechtsideologie entgegenzutreten kann. Dieses homunculus oeconomicus wird nun mit Informations- und Widerrufsrechten ausgestattet auf den Markt geschickt, wo die sozialen Bedürfnissen von Arbeitnehmern, Wohnraummieter, Armen, Hungernden, Alleinerziehenden etc. im Durchschnittsverbraucher<sup>48</sup> aufgerieben werden.

Dieses Verbraucherrecht hat mit Konsum nichts zu tun. Es modelliert nur den Käufer zum Konsumenten. Ein Verbraucher ist danach nicht derjenige, der verbraucht, sondern derjenige, der kauft. (§13 BGB). "Verbraucher ist, wer nicht Unternehmer ist." Der sogenannte Verbraucherschutz organisiert nur die Käuferrolle im Markt anders für die unternehmerische wie die nicht-unternehmerische Seite. Dort, wo das BGB tatsächlich die Verbraucher schützt, d.h. der unternehmerischen Seite Teile der Verantwortung für den Konsumprozess und damit den Gebrauchswert von Waren und Dienstleistungen auferlegt, wird mit Begriffen wie Mieterschutz, Schuldnerschutz, Gewährleistung, Schutz des Schwächeren im Recht eine eher öffentlich-rechtliche Sozialstaatsideologie ins Zivilrecht transportiert, wonach es zu den Pflichten eines nach Treu und Glauben im Rahmen der guten Sitten handelnden Menschen

<sup>47</sup> dazu Ramsay, Consumer Law and Consumer Policy - Text and Materials on Regulating Consumer Markets, Oxford and Portland, Oregon 2. Aufl. 2007 S. 53 ff

<sup>48</sup> dazu Wilhelmsson, The Average Consumer : a Legal Fiction? in ders. /Paunio, Pohjolainen, (Hrsg) Private Law and the Many Cultures of Europe, Kluwer 2007 S. 243 ff

gehört, dass er soziale Rücksichtnahme übt. Tatsächlich ist dies der eigentliche Verbraucherschutz, den wir als sozialen Verbraucherschutz bezeichnet haben.

8. Die Geschichte des Arbeitsrechts muss sich im europäischen Zivilrecht wiederholen. Wir können aus dem Gesagten für die Entwicklung eines modernen sozialen europäischen Vertragsrechts folgende Grundsätze festhalten, wonach ein Vertragsrecht in der Dienstleistungs-, Kredit- und Leasinggesellschaft

1. allgemein

1. die humane Dimension der Gebrauchswerte garantieren ebenso wie
2. die Würde des Menschen und seiner Persönlichkeit widerspiegeln,
3. die zeitliche Dimension des Vertrages mit der Lebenszeit verbinden sowie
4. die Notwendigkeit von Konsum und Arbeit individuell wie kollektiv reflektieren muss,

2. speziell

1. den öffentlich-rechtlichen Schutz (Vollstreckungsrecht, Polizeirecht, Verfassungsrecht) mit dem privatrechtlichen Schutz zu einem System verbinden,
2. Anti-Diskriminierungs-, Kündigungsschutzregeln und Anpassungsregeln für soziale Veränderungen im Leben der Menschen und
3. institutionelle Mechanismen vertraglicher Anpassung an die Lebensverhältnisse der Menschen bereitstellen muss.

Diese Prinzipien speisen sich nicht aus den durch die Schwäche der einzelnen und ihrer Bedürfnisse im Marktgeschehen diktierten vertraglichen Inhalte allein sondern enthalten ein kollektives Element, das im Arbeitsrecht durch die Tarifverträge formalisiert im Miet- und Verbraucherrecht aber über die guten Sitten, Treu und Glauben, Zumutbarkeit und sozialstaatliche Einflußnahme der Grundrechte Raum greift. In diesen Verhältnissen spielen die Probleme der menschlichen Existenz wie Krankheit, Unfall, Ehescheidung, Kinderbetreuung, Armut, Arbeitslosigkeit, Überschuldung, Diskriminierung oder Isolation eine wichtige juristische Rolle. Weiter teilen sie miteinander das kollektive Prinzip der Anti-Diskriminierung bei Abschluss sowie die Notwendigkeit flächendeckender Versorgung ebenso wie des Kündigungsschutzes.

Rechtshistorisch wurde für alle drei Beziehungen die Miete als Sachmiete, Personenmiete und Geldmiete bzw. als locatio operorum, locatio conductio und locatio specialis entwickelt, die im Gegensatz zum Kaufvertrag ein wesentliches soziales Element enthält: die Pflicht des Vertragspartners, den eigentlich menschlichen Nutzen aus diesen Beziehungen im Auge zu behalten und zu gewährleisten, sei es die Erwirtschaftung von Einkommen und Selbstverwirklichung in der Arbeit, der Zugriff auf künftiges Einkommen im Kredit oder die Gewährung von Obdach. Sie machen zudem noch deutlich, dass man nur "gemietet" hat und damit pfleglich mit dem gemieteten Gegenstand umzugehen hat. Die Miete bzw. Locatio hat als rechtsdogmatische Figur in sich ein soziales Potenzial, das mit durch Kaufrechtsideologien nicht erreicht werden kann. Wenn das europäische Recht nicht ein Recht von Vorgestern sein soll, dann muss es sich dieser Aufgabe stellen.

Bisher ist sie nicht einmal akzeptiert geschweige den gestellt worden. Gewerkschaften, Verbraucher- und Mieterverbände sollten erkennen, dass mit dem DCFR eine erhebliche historische Chance besteht aber auch bereits teilweise vergeben wurde.