

# Peter Derleder

## Unterlegenschutz im Vertragsrecht Ein Modell für das Arbeitsrecht?\*

### I. Einleitung

Vom Zivilrecht lernen? – Ein Slogan der neunziger Jahre? Im Verhältnis von Zivilrecht und Arbeitsrecht hat es seit den zwanziger Jahren immer neue gedankliche Verschiebungen gegeben. Arbeiterbewegung und sozialistische Theorie hatten zunächst eine Sonderrolle des Arbeitsrechts, eine Herausnahme vor allem seiner kollektiven Organisationsformen aus dem Regelungskanon des Privatrechts, vor allem aber auch eine eigene Gerichtsbarkeit zu erkämpfen. Die Interpretationskontroversen wurden auf der einen Seite von denen bestritten, die stets auf die Jahrtausendtradition des freien Vertrags, des Synallagmas und der freien Lösung von vertraglichen Dauerschuldverhältnissen pochten, mit der Botschaft des prinzipiellen Einklangs von römischem Recht und schöpferischem Kapitalismus, auf der anderen Seite von denen, die den Sonderstatus der Arbeit, ihr besonderes Recht, die Notwendigkeit paritätsorientierter kollektiver Organisation, die Spezialität der Arbeitsschutzgesetze betonten, nach denen im Arbeitsrecht prinzipiell alles anders ist. *Hugo Sinzheimer*s Forderung ging dahin, das Arbeitsrecht vom bürgerlichen Recht, »dessen Geist ihm fremd ist, möglichst zu emanzipieren.«<sup>1</sup>

Die völkische Arbeitsordnung wischte beides weg, zerstörte die Formen der Selbstorganisation, aber auch des Individualrechts, bis zu jener äußersten Zuspitzung der KZ-Arbeit, wo nur derjenige die Freiheit hatte zu überleben, der unter unmenschlichen Bedingungen noch zu arbeiten in der Lage war. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden dann in die neue Arbeitsverfassung wichtige Fragmente aus dem sozialistischen Rechtsdenken integriert, auf deren Basis sich der Weimarer Interpretationsdiskurs zwischen liberalistischer Betonung der privatrechtlichen Grundlagen und juristensozialistischer Akzentuierung der Singularität der Arbeitsrechtswelt neu hätte entfalten können, wenn es nicht so viel personelle Kontinuitäten in der Arbeitsrechtswissenschaft vor und nach 1945 gegeben hätte.

Die Arbeitsrechtler aus der völkischen Periode sahen sich teilweise nicht genötigt, in das Hemd demokratischer Liberalität zu schlüpfen, zumal die arbeitsrechtliche Linke weitgehend physisch nicht mehr präsent war. Manches aus der Zeit vor 1945 wurde der Substanz nach beibehalten, etwas modifiziert etwa der Treuegedanke, den *Alfred Hueck* dem ganzen modernen Privatrecht einverleiben wollte<sup>2</sup>. *Thilo Ramm*<sup>3</sup> hat die Entwicklung beim Rückblick auf die Bonner Rechtswissenschaft insoweit

\* Der Aufsatz folgt weitgehend einem Vortrag des Verf. bei einer Tagung norddeutscher Arbeitsrichter in Hustedt/Niedersachsen am 6. Mai 1995.

<sup>1</sup> Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 1927, 144 f.

<sup>2</sup> Siehe dazu Thilo Ramm, *Pluralismus ohne Kodifikation*, in: *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt 1994, S. 460 ff.; auch im folgenden wird auf seine Darstellung zurückgegriffen.

<sup>3</sup> Ebd. S. 449 ff.

nachgezeichnet. Der heutige Leser stößt in der 6. Auflage des Lehrbuchs von *Hueck* und *Nipperdey* zum Arbeitsrecht von 1959<sup>4</sup> nicht ohne Schauer auf die Selbstdarstellung, wie »in stiller, konsequenter Arbeit, wenig gestört vom Nationalsozialismus«, der weitere »Ausbau eines sozialen fortschrittlichen Arbeitsvertragsrechts in erheblichem Umfang gefördert« wurde.

Eingliederungstheorie, Vertragstheorie, Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis<sup>5</sup> waren die Stichworte einer Debatte der fünfziger Jahre, die auch heute noch zu bewerten schwer fällt. War es vorzugswürdig, die völkische Ideenwelt durch Rückkehr ins allgemeine Privatrecht, zum Normgerüst des Austauschs konsequent abzustreifen, oder war es nicht erforderlich, in der neuen Arbeitsverfassung die individualrechtliche Betrachtungsweise durch eine sozialrechtliche zu ersetzen?<sup>6</sup> Ist es nicht notwendig, fragte noch nach 1968 die den Klassenkampf rekonstruierende neue arbeitsrechtliche Linke, den Interessengegensatz der Arbeitsvertrags- wie der Tarifvertragsparteien durch ihr Verständnis als Austauschkontrahenten zu verdeutlichen? Glücklicherweise<sup>7</sup> kam es in der ideologischen Konfusion der Jahrzehnte nach dem Zweiten Weltkrieg dann auch nicht zu einer Kodifikation, für die es mangels Aufarbeitung der Geschichte an jedem »Beruf« fehlte. Für die Arbeitsrechtsentwicklung blieb daher weithin das Richterrecht entscheidend, wobei die kontroversen rechtspolitischen Haltungen stets auch das Verhältnis von Zivil- und Arbeitsrecht betrafen. Für die Zeit vor 1968 sei etwa die These *Schnorr von Carolsfelds* aus dem Jahre 1964 aufgegriffen<sup>8</sup>, der einen fundamentalen Gegensatz zwischen dem Arbeitsrecht und der allgemeinen Privatrechtsordnung sah, weil das Arbeitsrecht neben dem Ausgleich der Interessen einzelner die Interessen der Gesellschaft und ihrer Teile, die Belange der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung, die Interessen der Wirtschaft als Dienerin der Menschen sowie die Interessen des Staates berücksichtigen müsse.

Als in den siebziger Jahren die Grundtheoreme der Arbeitsrechtswissenschaft kritisch überdacht wurden, hielt ihr Wolfgang Däubler<sup>9</sup> neben der Ausblendung der Sozialwissenschaften und der historischen Gedankenlosigkeit die Betonung der zivilrechtlichen Elemente des Arbeitsrechts vor. Gleichzeitig wandten sich immer mehr Zivilrechtler und Schüler von Zivilrechtlern dem Arbeitsrecht zu<sup>10</sup>, denen an einem marktwirtschaftlichen Arbeitsrecht ohne Generalklauseln und Begriffshülsen der älteren Doktrin lag, die nicht mehr alles Mögliche auf Treue und Fürsorge zurückführen wollten<sup>11</sup>. Sie waren dann auch für die Deregulierungsdebatte der achtziger Jahre<sup>12</sup> besser gerüstet, in der es vor allem auch um den Abbau spezifischer Arbeitsrechtsregeln ging, die als zu starr bewertet wurden. Heute dominiert die weitere Ausdifferenzierung der verschiedenen Gebiete des Arbeitsrechts, mit den immer neuen Kompromißformeln der Arbeitsrechtsgesetzgebung, vor allem aber der BAG-Rechtsprechung, bei denen die Grundlinien der Arbeitsrechtsentwicklung und seine Perspektiven im Verhältnis zum allgemeinen Privatrecht nur schwer zu ordnen sind.

*Thilo Ramm* spricht jetzt von einer Heimkehr des Arbeitsrechts ins Privatrecht, wenn auch mit allerlei Kautelen. Einerseits soll die Arbeitsrechtswissenschaft

<sup>4</sup> 6. Aufl., Bd. I § 513.

<sup>5</sup> Siehe dazu insb. den Aufsatz von Mavridis RdA 1956, 444 und Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis und als Schuldverhältnis, 1966.

<sup>6</sup> So Spiros Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der geänderten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 389.

<sup>7</sup> Anders Ramm (Fn. 2), S. 476, der von kodifikatorischem Versagen des Gesetzgebers spricht.

<sup>8</sup> DB 1965, 105.

<sup>9</sup> Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, Beiheft zu DuR 1974.

<sup>10</sup> Siehe dazu Ramm (Fn. 2), S. 506.

<sup>11</sup> Vgl. Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 1 Rdnr. 22.

<sup>12</sup> Siehe dazu insb. Blomeyer NZA Beilage 1/1988, 3 ff.

Grundlagenwissenschaft sein, die klarmachen soll, inwieweit das Arbeitsvertragsrecht, das Tarifvertragsrecht und das Betriebsverfassungsrecht die zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem einzelnen Arbeitgeber bestehende Machtungleichheit aufheben oder wenigstens so abmildern, daß damit der »Forderung des liberalen Rechts nach Ausgewogenheit« entsprochen werde<sup>13</sup>. Wenn dem Arbeitsrecht, wie ja schon in den juristischen Ausbildungsordnungen, die Selbständigkeit als eigene Disziplin abgesprochen werde, dann eröffne sich doch auf der anderen Seite eine »großartige Perspektive«. Denn die Einbeziehung des Arbeitsrechts schließe zusammen mit dem Recht der AGB und dem Verbraucherrecht eine neue, die soziale Dimension des Privatrechts ein, ein Privatrecht mit dem Schutz des Unterlegenen, des Schwächeren<sup>14</sup>.

In der Tat besteht kein Zweifel mehr daran, daß auch auf den zentralen Gebieten des Privatrechts schrankenlose Privatautonomie keinen sozialen Interessenausgleich herstellen kann, wie dies zunächst am Arbeitsrecht deutlich geworden ist. Die in den fünfziger und sechziger Jahren erhoffte Entlastung etwa des Vertragsrechts durch das Wettbewerbsrecht<sup>15</sup> hat sich nicht als so wirkungsvoll erwiesen, daß nicht auch dort über AGB-Recht und Verbraucherrecht eine »soziale Durchdringung« erforderlich gewesen wäre, Freiheit und Gleichheit der Vertragspartner auch in einer Marktwirtschaft also ein notwendiges privatrechtliches Projekt bleiben<sup>16</sup>. Die langdauernden Kontroversen über die Notwendigkeit verbraucherrechtlicher Sondergesetzgebung einerseits und die Möglichkeit ihrer Integration in die bürgerlichrechtliche Kodifikation andererseits<sup>17</sup> haben nun auch eine arbeitsrechtliche Parallele. Nach Preis könnte »die Erkenntnis, daß das Arbeitsvertragsrecht mit seinen gestörten Funktionsvoraussetzungen im Privatrechtssystem nicht allein dasteht, den Zugang dazu eröffnen, sowohl aus der Entwicklung des allgemeinen Privatrechts als auch aus der Entwicklung des Arbeitsrechts Lehren für die Weiterentwicklung einer Privatrechtsordnung zu ziehen, die dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung besser Rechnung trägt«<sup>18</sup>.

Diese Hoffnungen auf eine Reintegration vor allem des Arbeitsvertragsrechts treffen jedoch zusammen mit den Rückentwicklungen des kollektiven Arbeitsrechts. Für das Tarifwesen hat jüngst *Mückenberger*<sup>19</sup> die Gefahren zusammengefaßt: Dramatische Mitgliederverluste bedrohen die Repräsentativität der sozialen Gegenspieler; die Tendenz, sich Tarifverträgen zu entziehen, notfalls sogar mittels außerordentlicher Kündigung, wächst; das Günstigkeitsprinzip wird umgewertet, insbesondere unter Verweis auf drohende Arbeitsplatzverluste; die Autonomie der Tarifvertragsparteien wird in Frage gestellt, wenn gesetzliche Öffnungsklauseln eingeführt werden; die Legitimität der Tarifergebnisse gerät unter den Druck heterogener Lebensstile und Bedürfnisse, vor allem aber auch dann, wenn sie an gesamtgesellschaftlichen Zielen – etwa ökologischen – gemessen werden. Unter dem Druck der Flexibilitätsforderungen an das Tarifrecht können den anderen Ebenen kollektiver Interessenvertretung der Arbeitnehmer neue Aufgaben zuwachsen, auch solche, die sie nicht erfüllen können<sup>20</sup>.

13 (Fn. 2), S. 518 f.

14 Siehe auch Eike von Hippel, Der Schutz des Schwächeren, 1982.

15 Siehe dazu etwa Raiser JZ 1958, 1.

16 So insb. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 19.

17 Siehe dazu einerseits etwa Lieb AcP 1978 (1978), 196 und AcP 1983 (1983), 327 und andererseits Damm JZ 1978, 173.

18 Preis (Fn. 16), S. 19 unter Bezug auf Richardt

19 KJ 1995, 26.

20 Konflikttheoretisch noch zu durchdenken ist etwa die Perspektive eines betrieblichen Arbeitskampfes, s. dazu Blanke KJ 1995, 24 f.

Wenn ich dennoch im folgenden einmal mit heuristischer Unbefangenheit einige zentrale Entwicklungen des allgemeinen Privatrechts hinsichtlich des Unterlegenschutzes anspreche, dann geschieht dies mit dem Ziel, Parallelen zur Arbeitsrechtsentwicklung zu evaluieren. Das unter sozialhistorisch begreiflichen Deregulierungs- und Flexibilisierungsdruck geratene Arbeitsrecht könnte Trost darin finden, daß das Privatrecht einer sozialstaatlichen Demokratie womöglich schon Mindestanforderungen an die Resultate des marktwirtschaftlichen Prozesses stellt, die ununterschreitbar sind. Diese Ununterschreitbarkeit müßte sich jedoch verfassungsrechtlich dokumentieren. Demgemäß setzen meine Überlegungen am verfassungsrechtlichen Schutz des strukturell Unterlegenen ein (dazu II), wobei auch die Spezialgrundrechte nicht ausgeklammert werden (dazu III). Danach sind die zivilrechtlichen Regelungsmechanismen über die Generalklauseln (dazu IV), die Inhaltskontrolle von Verträgen (dazu V), die Aufklärungs- und Beratungspflichten (dazu VI) und spezialgesetzliche Regelungsansätze (dazu VII) durchzugehen, wobei der Aspekt der Übertragbarkeit auf arbeitsrechtliche Beziehungen untersuchungsleitend sein soll.

## *II. Der verfassungsrechtliche Schutz des strukturell Unterlegenen*

Die zur Zeit im Mittelpunkt der privatrechtlichen Diskussionen stehende Strukturungleichheitsformel hat ihre Karriere mit der Handelsvertreterentscheidung des BVerfG vom 7. 2. 1990<sup>21</sup> begonnen. Hier ging es um das zweijährige entschädigungslose Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter nach § 90 a Abs 2 Satz 2 HGB bei berechtigter Kündigung des Unternehmers aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters. Im Ausgangsfall hatte der Handelsvertreter zunächst gekündigt, um bei einer Konkurrenzfirma tätig zu werden, hatte seine Kündigung dann zurückgenommen und war dann selbst wegen Tätigkeit bei der Konkurrenzfirma gekündigt worden. Das kündigende Unternehmen verweigerte eine Karenzentschädigung und verwies hierfür auf eine mit § 90 a Abs 2 Satz 2 HGB übereinstimmende Vertragsklausel. Das BVerfG erklärte diese gesetzliche Norm mit Art. 12 Abs. 1 GG insofern für unvereinbar, als sie ein solches Wettbewerbsverbot uningeschränkt gestattete. Es nahm an, daß die Berufsfreiheit des Handelsvertreters in einer Weise beschränkt werde, die einer Beeinträchtigung der Berufswahl nahekomme. Dem Handelsvertreter werde eine berufliche Tätigkeit in einem Ausmaß verschlossen, das seine Existenzgrundlage berühre.

Die berufliche Beschränkung fand ihre rechtliche Grundlage allerdings nicht primär im staatlichen Handeln. Vielmehr hatte sich der Handelsvertreter selbst vertraglich gebunden. Auch wenn es um die berufliche Tätigkeit als Existenzgrundlage geht, hat der Staat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren, in denen sich beide Vertragsteile wechselseitig in ihrer beruflichen Handlungsfreiheit beschränken. Privatautonomie bestehe aber nur im Rahmen der geltenden Gesetze, meinte das BVerfG, und diese seien ihrerseits an die Grundrechte gebunden. Solche Schranken seien unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruhe, also voraussetze, daß die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben seien. Habe einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig durchsetzen könne, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem

<sup>21</sup> BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 = JZ 1990, 691 m Anm. Wiedemann



annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehle, sei mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt werde, müßten staatliche Regelungen ausgleichend eingreifend, um den Grundrechtsschutz zu sichern.

Der Verfassung lasse sich zwar nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wögen, daß die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden müsse. Dem Gesetzgeber stehe dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung. Allerdings dürfe er offensichtlichen Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen. Er müsse dann beachten, daß jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutz des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen Teils eingreife. Der Gesetzgeber müsse den konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen.

Selbst wo der Gesetzgeber von zwingendem Vertragsrecht abgesehen habe, könne er die Vertragspraxis dem freien Spiel der Kräfte nicht unbegrenzt aussetzen. Vielmehr seien dann ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln anzuwenden, die als Übermaßverbote wirkten, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB. Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richte sich hier an den Richter, der der objektiven Grundentscheidung der Grundrechte in Fällen mit gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen habe und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnehme. Der generelle Ausschluß einer Karenzentschädigung für jedwede Fallgestaltung und für die höchstmögliche Dauer der Karenzzeit von zwei Jahren sei nicht erforderlich, um den wettbewerbsrechtlichen Nachteilen des kündigenden Unternehmers zu begegnen, und dem Handelsvertreter vielfach unzumutbar, also insgesamt unverhältnismäßig.

Das BVerfG hätte sich in dieser Entscheidung durchaus mit der verfassungsrechtlichen Kontrolle des § 90 a HGB begnügen und auf die Ausführungen zur Vertragsfreiheit verzichten können, da im Ausgangsfall der Handelsvertreter mit dem Unternehmer im maßgeblichen Punkt lediglich eine gesetzesgleiche Abrede getroffen hatte. Die sorgfältige Begründung zu den Schranken der Privatautonomie macht jedoch deutlich, daß es dem Gericht um eine verfassungsrechtspolitische Botschaft ging.

Diese Botschaft wurde auch verstanden. *Wiedemann*<sup>22</sup> sprach davon, daß ein neues Kapitel zur Inhaltskontrolle von Verträgen aufgeschlagen worden sei. Eine Fülle von Publikationen folgte, selbst eine arbeitsrechtliche Habilitation wurde auf sie gegründet<sup>23</sup>. Die Grundrechtsordnung wirkt sich nach der Handelsvertreterentscheidung nicht gegen den Vertragspartner aus, sondern gegenüber dem Staat als Normadressaten der Verfassung selbst<sup>24</sup>. Als »Schutzpatron der Marktteilnehmer« ist der Staat nach *Wiedemann* verpflichtet, »für eine gerechte Privatrechtsordnung zu sorgen«; allerdings gelte dies nur für krasse Verzerrungen des Interessenausgleichs zwischen den Parteien, da weder der Gesetzgeber noch der Richter durchgängig für die Einhaltung der Verfassungsordnung sorgen und nicht das gesamte Vertragsrecht zwingend reglementieren könnten<sup>25</sup>. Betont wurde bei der Rezeption weiterhin, daß der Schutzauftrag der Verfassung weder am wirtschaftlich oder sozial »Schwachen« noch am angeblich »mündigen Bürger« ausgerichtet sei. Die Vertragsgerechtigkeit müsse vielmehr allen Partnern einer Verkehrswirtschaft zuteil werden. Bewertungen einzelner Spezialgebiete ließen sich nicht verallgemeinern. Die Privatautonomie habe aber

<sup>22</sup> JZ 1990, 695.

<sup>23</sup> Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993.

<sup>24</sup> So schon *Canaris AcP* 184 (1984), 201, 225 ff.

<sup>25</sup> JZ 1990, S. 696.

nicht die Aufgabe, dem Bürger die Chance zu garantieren, sich durch eigene Verträge zu ruinieren<sup>26</sup>.

Mit dieser Entscheidung, die die Formel vom strukturellen Ungleichgewicht implizit enthält, ist jedenfalls das formale Verständnis der Vertragsfreiheit nicht mehr für die Bestimmung des Grundrechtsschutzes maßgeblich<sup>27</sup>. Weitgehend anerkannt ist jetzt die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte, die die Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte abgelöst hat. Der Staat hat danach ausgleichend zu wirken, die Vertragsfreiheit der einen Seite also soweit wie möglich zu achten, zugleich aber die Vertragsfreiheit der anderen Seite hinreichend zu schützen<sup>28</sup>. Der Richter ist allerdings zur Kontrolle nur aufgerufen, wo die Herstellung des Interessenausgleichs durch den Gesetzgeber im Privatrecht nicht erfolgt oder mißlungen ist<sup>29</sup>.

Die nächste Station der verfassungsrechtlichen Entwicklung ist dann der Bürgerschaftsbeschluß vom 19. 10. 1993<sup>30</sup>. Hier ging es um Bürgerschaftsverträge, die einkommens- und vermögenslose Angehörige von Kreditnehmern mit den kreditgebenden Banken geschlossen hatten, jeweils mit hohen Haftungssummen. Betroffen waren in den Ausgangsfällen einmal eine 21jährige Tochter und zum anderen eine Ehefrau, die den Haushalt führte und zwei kleine Kinder betreute. Die Zivilgerichte hatten den Zahlungsklagen der Banken stattgegeben. Die Verfassungsbeschwerde der Tochter hatte Erfolg. Ihren Vertragsabschluß würdigte das BVerfG dahin, daß sie unter Verzicht auf nahezu alle abdingbaren Vorschriften des BGB sich selbstschuldnerisch für das Unternehmerrisiko ihres Vaters in einem Umfang verbürgt habe, der ihre wirtschaftlichen Verhältnisse weit überstiegen habe. Es sei von vornherein abzusehen und für das Kreditinstitut auch leicht feststellbar gewesen, daß sie im Haftungsfall voraussichtlich bis an ihr Lebensende nicht in der Lage sein würde, sich aus eigener Kraft von der übernommenen Schuldenlast zu befreien. Bei dieser Sachlage habe sich die Frage nach den Voraussetzungen und Gründen des Vertragsabschlusses geradezu aufdrängen müssen. Der BGH habe zu Unrecht die Frage ignoriert, ob und inwieweit beide Vertragspartner über den Abschluß und den Inhalt des Vertrages tatsächlich frei entscheiden konnten.

Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Würdigung ist hier die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, die die Privatautonomie als Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben gewährleiste. Diese sei notwendigerweise begrenzt und bedürfe der rechtlichen Ausgestaltung. Dabei müsse der Gesetzgeber der Selbstbestimmung des einzelnen einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Dafür sei die justitielle Realisierung unabdingbar.

Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellte sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nähmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genossen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen könnten, dürfe »nicht nur das Recht des Stärkeren gelten«. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam würden. Habe einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, bewirke dies für

<sup>26</sup> Wiedemann JZ 1990, S. 697.

<sup>27</sup> So insb. Hofling, Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991.

<sup>28</sup> Hofling (Fn. 27), S. 54.

<sup>29</sup> So zusammenfassend Preis (Fn. 16), S. 44 im Anschluß an Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, § 76 IV 2, S. 1583.

<sup>30</sup> BVerfG NJW 1994, 36.

den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Allerdings könne die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt sei. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit dürfe ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handle es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lasse, und seien die Folgen des Vertrags für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so müsse die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folge aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie und aus dem Sozialstaatsprinzip.

Das geltende Vertragsrecht genüge diesen Anforderungen. Die Schöpfer des BGB seien zwar von einem Modell formal gleicher Teilnehmer ausgegangen. Aber schon das RG habe diese Betrachtungsweise aufgegeben und »in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt«<sup>31</sup>. Heute bestehe weitgehend Einigkeit darüber, daß die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs tauglich und daß der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehöre. In diesem Zusammenhang haben nach dem BVerfG die Generalklauseln des BGB zentrale Bedeutung. § 138 Abs. 2 BGB bringe das seinem Wortlaut nach besonders deutlich zum Ausdruck. Differenziertere Rechtsfolgen ergäben sich aus § 242 BGB. Die Zivilrechtswissenschaft sei sich im Ergebnis darüber einig, daß der Grundsatz von Treu und Glauben eine immanente Grenze vertraglicher Gestaltungsmacht bezeichne und die Befugnis zu einer richterlichen Inhaltskontrolle des Vertrages begründe. Das geltende Recht halte damit jedenfalls Instrumente bereit, die es möglich machten, auf strukturelle Störungen der Vertragsparität angemessen zu reagieren. Für die Zivilgerichte folge daraus die Pflicht, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln darauf zu achten, daß Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienten. Sei der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürften sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen, Vertrag sei Vertrag. Sie müßten vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sei und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln korrigierend eingreifen. Wie sie dabei zu verfahren hätten, sei in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum lasse.

Bei der bürgenden Tochter sei die ausgeprägte Unterlegenheit gegenüber der Bank vom BGH nicht berücksichtigt worden, auch bei der Verneinung von Aufklärungs- und Hinweispflichten. Dagegen sei für den Abschluß des Bürgschaftsvertrages mit der Ehefrau, die an der Kreditgewährung unmittelbar interessiert gewesen sei, eine ausweglose Situation nicht dargetan worden. Eine Verkennung der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie liege noch nicht darin, daß die Zivilgerichte die Bürgschaft nicht schon wegen Einkommens- und Vermögenslosigkeit der Ehefrau für nichtig erklärt hätten. Die Ehefrau blieb danach trotz zwischenzeitlicher Trennung von ihrem Ehemann auf einer Schuldenlast von ca. 30 000 DM sitzen, ohne daß im einzelnen geklärt war, in welchem Umfang und in welcher Weise ihr diese zugute gekommen waren.

Inzwischen tragen die Zivilgerichte der Entscheidung des BVerfG Rechnung<sup>32</sup>. Dies gilt nicht nur für Bürgschaften, sondern auch für die anfängliche vertragliche Mitverpflichtung. Steht die Mitverpflichtung einer geschäftsunerfahrenen Ehefrau in

<sup>31</sup> So unter Zitierung von Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 24.

<sup>32</sup> Siehe BGH NJW 1994, 1278 und 1341.

einem auffälligen Mißverhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit, so besteht nach dem BGH<sup>33</sup> jetzt die Vermutung, daß sie sich nur aufgrund ihrer schwächeren Verhandlungsposition auf den Schuldbeitritt eingelassen hat und ihre Unterlegenheit von seiten der Bank ausgenutzt worden ist. Die entgegenstehende ältere Rechtsprechung des BGH<sup>34</sup> ist, soweit angefochten, durch das BVerfG<sup>35</sup> aufgehoben worden.

Bei der Würdigung der BVerfG-Rechtsprechung sind nun im Ausgangspunkt zwei zivilrechtliche Linien erkennbar. Die eine verlangt eine über § 138 BGB hinausgehende Angemessenheitskontrolle<sup>36</sup>, eine Art *ordre constitutionnel* als Generalklausel zur Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung<sup>37</sup>. Die andere ist entschlossen, die verfassungsrechtlichen Kriterien in den Generalklauseln, bestenfalls auch noch in den sonstigen Instrumenten zu finden, die sich zur Steuerung von gestörter Vertragsparität eignen<sup>38</sup>. Das ist aber nur eine Kontroverse an der Oberfläche.

Von der Vertragsfreiheit der formal Gleichen zur materialen Ethik sozialer Verantwortung für die Ergebnisse des marktwirtschaftlichen Prozesses, das scheint eine Art nachholender Quantensprung der Verfassungsentwicklung zu sein. Der eisige Wind der Privatautonomie des 19. Jahrhunderts<sup>39</sup> scheint sich gelegt zu haben. Bläst jetzt der Zephyr des warmen Verständnisses für die Grundrechte des anderen, des unterlegenen Vertragspartners? Vertraut das BVerfG noch einer Materialisierung des Privatrechts, wo ein erheblicher Teil der juristischen Gesellschaftskritiker doch vor lauter Zweifeln an der Möglichkeit gerechter Vertragsergebnisse bereits immer mehr mit Konfliktaustragungsverfahren zufrieden ist und dabei einem Prozeduralismus anhängt, der lediglich auf die Zermürbung der Protestpotentiale abstellt<sup>40</sup>.

Der verfassungsrechtliche Motor der Materialisierung des Privatrechts, der Kontrolle der Marktergebnisse auf die Wahrung von Gerechtigkeitsstandards ist die Rekonstruktion eines Grundrechtskonflikts, bei dem auf beiden Seiten eines Vertrags die reale Selbstbestimmung wahrzunehmen ist, eine nicht formal, sondern material verstandene Vertragsfreiheit als Ausschnitt aus der Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Dieser Konflikt macht eine Grundrechtsabwägung notwendig, die eine unverhältnismäßige Verkürzung der Vertragsfreiheit des einen Partners ausschließen soll. Diesem gegenüber hat der Staat primär über seine Gesetzgebung, sekundär über die Rechtsprechung, einen Schutzauftrag zu erfüllen. Er hätte aber viel zu tun, wenn er in jedem Einzelfall für gerechte Konfliktlösung zu sorgen hätte. Er darf sich vielmehr auf typische Konstellationen struktureller Unterlegenheit beschränken, für die den zivilrechtlichen Generalklauseln eine zentrale Bedeutung zugeschrieben wird. Die restriktive Deutung der BVerfG-Rechtsprechung geht dahin, daß damit nur eine krasse Ungerechtigkeit<sup>41</sup> der Marktergebnisse zur Intervention von Gesetzgeber oder Richter zwingt. Eine eher extensive Deutung wird auf die vom BVerfG ebenfalls erwähnten weiteren Kontrollinstrumente verweisen, die ein differenziertes System der Reaktion auf Ungleichgewichtslagen nahelegen.

Von einem konsistenten System dieser Art ist das Zivilrecht allerdings noch weit

33 BGH NJW 1994, 1726.

34 BGHZ 107, 92.

35 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) NJW 1994, 2749.

36 Preis-Rolfs DB 1994, 261.

37 So insb. Wiedemann JZ 1990, S. 697; Rittner NJW 1994, 3330 (gegenüber Adomeit NJW 1994, 2467, der eine weiterreichende Inhaltskontrolle von Verträgen aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG befürchtet).

38 So insb. Canaris Anm. AP Nr. 65 zu Art. 12 GG und Palandt-Heinrichs, BGB, 54. Aufl., § 138 Rdnr. 38.

39 So die Formulierung von Honsell JZ 1989, 495 zur früheren Rechtsprechung des 9. Zivilsenats des BGH.

40 Diese prozeduralistische Theorie geht zurück auf Luhmann, Legitimation durch Verfahren.

41 So Wiedemann JZ 1990, 69 f.

entfernt. So hängt es im Vertragsrecht oft von Zufälligkeiten ab, ob ein Sittenverstoß mit der Folge der Nichtigkeit angenommen wird, ob dem überlegenen Vertragspartner nur ein Aufklärungs- oder Beratungsverschulden im Sinne der culpa in contrahendo vorgeworfen wird, mit der Folge, daß er von allen Vertragspflichten befreit wird, oder ob eine Vertragsklausel nach den AGBG oder § 242 BGB beanstandet wird. Letzteres kann ebenfalls zur Folge haben, daß dem unterlegenen Teil Vertragsrisiken abgenommen werden. Auch in den Tatbestandsvoraussetzungen besteht keine klare Hierarchie, da für § 138 Abs. 1 BGB zunehmend objektive Feststellungen genügen, während die culpa in contrahendo stets auch Verschuldensvorwürfe nötig macht. Wahrscheinlich ist, daß auch mit dem neuen Grundrechtsverständnis der Anwendungsbereich der §§ 134, 138 BGB auf grobe Billigkeitsverstöße hinsichtlich des Verhältnisses der Hauptleistungen eines Vertrags und individuell ausgehandelter Nebenabreden beschränkt bleiben wird. Die übrigen Nebenabreden werden auch ohne groben Verstoß aufzugreifen und nicht bei jeder Einseitigkeit, aber bei einer unter Würdigung der widerstreitenden Interessen unangemessenen Benachteiligung des Unterlegenen zu ächten sein. Dazwischen wird die culpa in contrahendo zu plazieren sein, die es hinsichtlich der Hauptleistungen und individueller Abreden erlauben sollte, den unterlegenen Vertragspartner von Bindungen zu befreien, die zwar nicht als grob anstößig anzusehen sind, die aber nur aufgrund der Ausnutzung eines Wissensvorsprungs des Überlegenen und erkennbarer Risikoverkennung des Unterlegenen zustande gekommen sind. Eine solche Ausdifferenzierung des verfassungsrechtlichen Unterlegenschutzes entspräche jedenfalls der zivilrechtlichen Systemlogik.

Das Hauptargument gegen ein derartiges vertragsrechtliches Unterlegenschutzsystem wird es bleiben, daß die Feststellung des strukturellen Ungleichgewichts im allgemeinen Privatrecht vor allem die Rechtsprechung überfordere. Können nicht auch Unternehmer, Arbeitgeber, Banken, Althausbesitzer in einer Notlage sein, die ihnen ungünstige oder gar unerträgliche Verträge abnötigt? Gewiß, doch deswegen bedarf es nicht der befürchteten Anamnese ökonomischer, sozialer, psychologischer oder intellektueller Ungleichgewichte im Einzelfall. Vielmehr kann der Richter bei § 138 BGB mit dem objektiven Vorliegen eines groben Leistungsmissverhältnisses die Vermutung der Unterlegenheit des anderen Teils verbinden und im Falle von AGB-Klauseln die einseitige Bestimmung des Verwenders als Aufgreifkriterium nutzen, so daß nur im Falle der culpa in contrahendo genaue Einzelfallfeststellungen zur Milderung der Unterlegenheit eines Vertragsteils erforderlich sind. Im übrigen können auch hier Typusbildungen weiterhelfen.

Können nun derart grundrechtsgestützte Vertragsrechtsregeln materiale Gerechtigkeit verbürgen? Das ist zu verneinen. Die Materialisierung des Privatrechts mittels der konfligierenden Grundrechte sorgt nur für einen offenen Konfliktaustrag; jede Partei kann auf der Einstellung ihrer Interessen in die Grundrechtsbilanz, ihrer Berücksichtigung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen. Die Gewichtung im Einzelfall ist damit nicht hinreichend determiniert. Was als krasse Vertragsungerechtigkeit, was als unvermeidlicher Nachteil von Überforderten angesehen wird, darüber ist bei der einzelnen Konstellation, im einzelnen Fall zu entscheiden. Dabei sollte man sich von der Vorstellung freimachen, die Privatrechtsordnung am Ende des 20. Jahrhunderts gewährleiste von vornherein in anspruchsvollerer Weise soziale Gerechtigkeit als bei Jahrhundertbeginn. Einem Zwanzigjährigen war es um die Jahrhundertwende gar nicht möglich, mit einer einzigen Vertragsunterschrift den Rest seines Lebens zu einer finanziellen Katastrophe zu machen, nicht nur wegen des Minderjährigenstatus, sondern mangels entsprechender Kreditbeziehungen. Auch war der systematische Aufbau vertraglicher Machtpositionen unter Zurückdrängung

des dispositiven Gesetzesrechts noch wenig vorangeschritten, wenn man vom Arbeitsrecht absieht. Der Verbesserung der sozialen Kontrolle steht eine Aufrüstung der Risiken gegenüber, die eine vergleichende Bilanz schwer macht. Immerhin eröffnet der grundrechtsbezogene Konfliktaustrag aber die Chance zur Sensibilisierung für Unterlegeneninteressen. Das ist der Gewinn aus der Rechtsprechung des BVerfG.

### III. Grundrechtsabwägung unter Heranziehung spezieller Grundrechte

1. Im Bürgerschaftsbeschuß war von Art. 12 GG nicht mehr die Rede, obwohl in der Handelsvertreterentscheidung das Berufsgrundrecht die Entscheidungsgrundlage war. Gewiß ist alles, was für Verträge im allgemeinen gilt, auch auf Arbeitsverträge anzuwenden. Für den Arbeitnehmer könnte sich jedoch eine zusätzliche berufsgrundrechtliche Sicherung ergeben. Seit dem Apothekenurteil<sup>42</sup> hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung durchgehend betont, daß auch die Erwerbstätigkeiten der Arbeitnehmer als Berufsausübung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt sind. Für die abhängige Erwerbstätigkeit hat allerdings bis in die jüngste Vergangenheit die Berufsausübungsfreiheit verfassungsgerichtlich keine praktische Bedeutung erlangt. Berufsgrundrechtlich geschützt wurden Apotheker, Freiberufler aller Art, insbesondere Fachärzte<sup>43</sup>, ferner Mineralölhändler<sup>44</sup>, Handwerker, einschließlich der Bäcker<sup>45</sup>, Mühlenbesitzer<sup>46</sup>, Taxiunternehmer<sup>47</sup>, Weinhandelsvertreter<sup>48</sup> und viele andere, nur keine Arbeitnehmer ohne profilierte Berufsausbildung. Das ist zu Recht schon seit langem gerügt worden, da für das Arbeitsverhältnis wenigstens die (damals konsenterte) mittelbare Drittwirkung zum Zuge kommen müsse<sup>49</sup>. Inzwischen läßt die Warteschleifen-Entscheidung des BVerfG<sup>50</sup> hoffen, daß Art. 12 GG stärker als Arbeitnehmergrundrecht ausgeformt wird, mit der dort verankerten Schutzpflicht des Staates zur Ausgestaltung des Kündigungsrechts im Lichte der Berufsgrundrechte der Beteiligten. Die Berufsausübungsfreiheit von Arbeitnehmern muß der Berufsausübungsfreiheit der Selbständigen kontrastiert werden, so daß das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG Maßstab rechtlich sanktionierter Einwirkungsmöglichkeiten des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer sein kann<sup>51</sup>. Ebenso wie hinsichtlich der Vertragsfreiheit beider Seiten des Arbeitsvertrags kann hinsichtlich ihrer Berufsausübungsfreiheit eine Grundrechtsabwägung notwendig sein, aus der sich ein Schutzauftrag des Gesetzgebers zugunsten der einen Vertragsseite ergeben kann. Wenig gewonnen wäre allerdings mit einer bloßen Verdoppelung der Grundrechtsabwägung zu Art. 2 Abs. 1 GG auf berufsrechtlicher Ebene, wie sie insbesondere bei der zunehmenden Gleichschaltung der Grundrechte mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu befürchten ist. Daß mit der arbeitsvertraglichen Position eines Arbeitnehmers seine gesamte Existenzgrundlage gefährdet sein kann, hat

42 BVerfGE 7, 377, 397 f.

43 BVerfGE 33, 125, 167 f., 170<sup>2</sup>

44 BVerfGE 17, 232.

45 BVerfGE 23, 50, 56.

46 BVerfGE 39, 210.

47 BVerfGE 21, 72.

48 Siehe dazu die bereits ausführlich besprochene Handelsvertreterentscheidung BVerfGE 81, 242.

49 Siehe nur AK-GG-Rittstieg, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 37.

50 BVerfG NJW 1991, 1667.

51 Rittstieg (Fn. 49) Rdnr. 88; Kuhling AuR 1994, 126; zur notwendigen Einzelfallprüfung auch bei MfS-Kündigungen s. jetzt auch BAG vom 26. 5. 1994 – 8 AZR 395/93 m. Anm. Kohle AuA 1995 (demnächst).



die Handelsvertreterentscheidung konkret berücksichtigt, wäre aber auch im Rahmen der Grundrechtsabwägung zu Art. 2 Abs. 1 GG nachzuvollziehen gewesen.

2. Eine weitere Grundrechtsdimension könnte sich aus dem Beschluß des BVerfG vom 26. Mai 1993 zur Rechtsstellung des Mieters als Eigentümer ergeben<sup>52</sup>. Selten hat allerdings eine juristische Sentenz so viel Verwirrung ausgelöst wie diese, daß auch das Besitzrecht des Mieters Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sei. Die stürmische Kritik an dieser Entscheidung<sup>53</sup> läßt es allerdings als wenig geraten erscheinen, nun auch noch den Arbeitsplatzbesitzer zum Eigentümer zu machen, selbst wenn es Strukturparallelen gibt. Immerhin ist auch der Mieter zunächst einmal Vertragspartner wie der Arbeitnehmer. Zum anderen geht es beim Arbeitnehmer wie beim Mieter um die Zulässigkeit des Eingriffs in den vertraglichen Bestandsschutz, insbesondere durch eine Kündigung. Insoweit stehen sich auch anders als im Bürgschaftsfall die Vertragsbeendigungsfreiheit der einen Seite und die Vertragsfortführungsrechte der anderen Seite gegenüber. Deswegen erscheint ein Blick auf die eigentumsgrundrechtliche Position des Mieters auch im Hinblick auf die Arbeitsrechtsentwicklung sinnvoll.

In dem erwähnten Beschluß hat das BVerfG zunächst festgestellt, daß aus der Gemeinwohlbindung des Eigentums des Vermieters nach Art. 14 Abs. 2 GG noch keine subjektive Grundrechtsverbürgung für den Mieter herzuleiten ist. Eine solche wird jedoch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG entnommen. Dabei wird es wie auch sonst als wesentliches Merkmal des Eigentums verstanden, daß ein vermögenswertes Recht dem Berechtigten ebenso wie Sacheigentum zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist. Dies wird auch für das Besitzrecht des Mieters mit seinem Besitzschutz gegenüber jedermann, seinem Deliktsschutz und seiner Sicherung für den Fall der Weiterveräußerung nach § 571 BGB angenommen. Das Besitzrecht erscheint danach als eine vermögenswerte Rechtsposition, die eine Nutzungs- und Verfügungsbefugnis zum Inhalt hat. Die Einschränkungen gegenüber dem Vermieter hält das Gericht nicht für entscheidend. Insoweit wird darauf hingewiesen, daß der Schutz des Deliktsrechts und die negatorischen Rechte auch gegenüber dem Vermieter bestehen können. Der Fortbestand eines einmal durch Vertrag entstandenen und durch Art. 14 GG als Eigentum erfaßten Rechts könne Gegenstand des Grundrechtsschutzes sein. Eigentumsschutz sei auch bei abgeleiteten Rechten möglich, meint das BVerfG, was der Eigentumsschutz abgeleiteter dinglicher Rechte bestätigt. Der Eigentumsschutz des Mieters dient danach der Abwehr von Regelungen, die sein Bestandsinteresse gänzlich mißachten oder unverhältnismäßig beschränken. Die notwendige Interessenabwägung zwischen dem Eigentumsgrundrecht des Vermieters und dem Eigentumsgrundrecht des Mieters ist dann durch Gesetz und Rechtsprechung zu vollziehen.

Mit dieser Entscheidung hat damit erstmals nicht nur der Vermieter, sondern auch der Mieter die Chance, mittels einer auf Art. 14 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerde mitrichterliche Entscheidungen anzugreifen. Damit ist auf diesem Sektor die verfassungsprozessuale Symmetrie hergestellt. Daß damit aber das materiellrechtliche Schutzniveau für den Mieter nicht erweitert zu sein braucht, macht die neuere Eigenbedarfsrechtsprechung deutlich, nach der ein nachvollziehbarer Eigenbedarfsgrund für eine überdurchschnittlich große Wohnung sich schon aus Spezialinteressen wie dem der Haltung einer Puppensammlung ergeben kann<sup>54</sup>. Die praktische Konkordanz zwischen den Eigentumsgrundrechten von Vermieter und

<sup>52</sup> BVerfGE 89, 1 = WM 1993, 377.

<sup>53</sup> Siehe sogar Sendler NJW 1994, 709.

<sup>54</sup> Siehe dazu BVerfGW 1994, 183, wo die 1. Kammer des 1. Senats dem insoweit Einschränkungen machenden LG eine Planung anstelle des Vermieters vorgeworfen hat.



Mieter läßt sich auch in der Weise verwirklichen, daß das Vermieterinteresse letztlich dominiert. Der Ausbau der verfassungsrechtlichen Position des Mieters steht bei den aktuellen Eigenbedarfskonflikten einer Rechtsprechung nicht im Wege, die der Lebensgestaltung des Vermieters im Konflikt mit dem Mieter nahezu uneingeschränkt den Vorrang gibt<sup>55</sup>.

In jedem Fall läßt sich die eigentumsgrundrechtliche Verfassungsdoktrin nicht ohne weiteres auf den Arbeitsvertrag übertragen. Auch der Arbeitnehmer hat allerdings mit seinem arbeitsvertraglichen Anspruch ein vermögenswertes Recht, das jedoch weniger Drittschutz genießt als das Mieterbesitzrecht. Es ist auch letztlich nicht zu begründen, daß das durch Arbeitsvertrag begründete vermögenswerte Recht dem Berechtigten ebenso ausschließlich wie Sacheigentum zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist. Eine Erstreckung des Eigentumsgrundrechts auf den Arbeitsplatzbesitzer erscheint danach weder verfassungsrechtsdogmatisch noch verfassungsrechtspolitisch gerechtfertigt<sup>56</sup>.

#### IV. Die Vertragskontrolle anhand von Generalklauseln

Da die vertraglichen Nebenabreden überwiegend an dem härteren Maßstab des AGBG gemessen werden müssen, hat sich die Rechtsprechung zu § 138 BGB zunehmend auf die Hauptleistungen und ihr Äquivalenzverhältnis konzentriert. Die Äquivalenzkontrolle hat hier viel deutlichere Konturen als vor zwei Jahrzehnten. Dabei haben die komplexen Finanzdienstleistungen und hier insbesondere die Ratenkredite eine Vorreiterfunktion übernommen. Unter Zurückdrängung der subjektiven Tatbestandsanforderungen des Wuchertatbestands ist hier aufgrund der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB eine an objektiven Daten ausgerichtete Preisbewertung installiert worden, die auch für den Arbeitsvertrag bedeutsam werden könnte.

Ratenkredite sind sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Mißverhältnis besteht und der Kreditgeber die schwächere Lage des anderen Teils bewußt zu seinem Vorteil ausnutzt oder sich leichtfertig, also fahrlässig, der Erkenntnis verschließt, daß der Kreditnehmer sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf die drückenden Bedingungen einläßt. Das ist die objektivierende Formel der BGH-Rechtsprechung<sup>57</sup>. Im Falle eines auffälligen Mißverhältnisses wird der subjektive Tatbestand bei Verträgen von Teilzahlungsbanken mit ihren Kunden vermutet<sup>58</sup>. Praktisch ausschlaggebend ist also der Vergleich zwischen dem Vertragszins und dem Marktzins, wobei als Marktzins der von der Deutschen Bundesbank ermittelte durchschnittliche Zins, der sog. Schwerpunktzins, herangezogen wird<sup>59</sup>. Die

<sup>55</sup> Zur Würdigung von BVerfGE 89, 1 s. noch Rütters NJW 1993, 2587; Roellecke JZ 1994, 74; Derleder WM 1993, 514.

<sup>56</sup> Mit ganz anderer Begründung ist Roellecke schon in NJW 1992, 649 einem Grundrechtsschutz der Mietvertragsparteien entgegnetreten. Auch der Vermieter sei aus dem Schutzbereich des Art. 14 GG herauszunehmen. Ebensovienig wie der Verkäufer durch das ProdHG in seinem Eigentum beschränkt werde, werde es der Eigentümer einer Wohnung bei der Verwertung durch Mietvertrag. Bis zur Grenze des Sittenverstoßes gelte zwischen Vermieter und Mieter nur Vertragsrecht, nicht Verfassungsrecht. – Dieser Versuch, unter isolierter Betrachtung des Mietvertrages und unter Abkopplung vom Eigentum die verfassungsrechtlichen Bindungen einzuschränken, muß jedoch als mißlungen angesehen werden, wenn man die neuere Linie des BVerfG zum Schutz der Vertragsfreiheit und dem Schutzauftrag des Gesetzgebers einbezieht. Dann kann unter dem Aspekt des Art. 2 Abs. 1 GG eine gleiche Grundrechtsabwägung wie zwischen den Eigentumsgrundrechtspositionen erfolgen.

<sup>57</sup> Seit BGHZ 80, 160.

<sup>58</sup> BGHZ 98, 178; NJW 1984, 2294; 1986, 2465; NJW-RR 1990, 304.

<sup>59</sup> BGHZ 98, 176 u. st. Rspr.

Berechnungsmodalitäten sind im einzelnen unnötig kompliziert<sup>60</sup>. Ein auffälliges Mißverhältnis, das zur Nichtigkeit eines Ratenkredits führt, ist jedenfalls in der Regel zu bejahen, wenn der effektive Vertragszins den marktüblichen Effektivzins relativ um 100%<sup>61</sup> oder absolut um 12 Prozentpunkte übersteigt<sup>62</sup>. Diese Sittenwidrigkeitsgrenze wird praktisch nur in geringem Umfang dadurch relativiert, daß eine Gesamtwürdigung aller Umstände unter Einbeziehung der einzelnen Vertragsbedingungen vorgesehen ist<sup>63</sup>. Diese Rechtsprechung wird zunehmend von den Ratenkrediten auf sonstige Kredite übertragen<sup>64</sup>. Insgesamt wird mit dieser Rechtsprechung gesichert, daß Bankkunden nicht aufgrund ihrer wirtschaftlichen oder intellektuellen Unterlegenheit allzu sehr übervorteilt werden können. Empirische Untersuchungen haben ergeben, daß ein Großteil der Kreditkunden bei Vertragsabschluß nur auf den Nettokreditbetrag und die Ratenhöhe sieht. Daraus erklärt es sich, daß viele Kunden Darlehensverträge zu weit überhöhten Zinsen abschließen, auch wenn sie bei anderen Banken ohne weiteres den normalen Zins bewilligt bekämen. Die so zustande gekommene finanzielle Überforderung vieler Konsumentenkreditnehmer hat die Intervention der Rechtsprechung notwendig gemacht, die sich in der 100%-Toleranz verfestigt hat. Auch bei Einhaltung dieser Toleranzgrenze können jedoch noch katastrophale Fehlentscheidungen getroffen werden, ohne daß richterliche Hilfe zu erwarten wäre. An die Stelle des mittelalterlichen *iustum pretium* ist also eine spätneuzeitliche Toleranzschwelle getreten.

Härter ist die Äquivalenzkontrolle auf dem Wohnungsmarkt. Dafür wird allerdings nicht § 138 BGB, sondern § 134 BGB herangezogen, der in Verbindung mit den Vorschriften gegen Mietüberhöhung nach § 5 WiStG und Mietwucher nach § 302 a StGB angewandt wird. Der Gesetzgeber hat erst unlängst den Tatbestand des § 5 WiStG dahin neu gefaßt, daß eine Mietpreisüberhöhung anzunehmen ist, wenn die ortsübliche Miete um mehr als 20% überschritten wird. Diese Grenze ist jedoch dadurch entwertet worden, daß der Vermieter die Überschreitung mit seinen laufenden Aufwendungen rechtfertigen kann, nach der bisherigen Rechtsprechung sogar unter Einbeziehung der Zinsen für Eigenkapital nach dem marktüblichen Zinssatz für erste Hypotheken<sup>65</sup>. Dadurch ist § 5 WiStG praktisch weitgehend entschärft, so daß nur die Wuchergrenze entscheidend ist. Für die wird ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt, das in der Praxis angenommen wird, wenn die verlangte Miete die ortsübliche Miete um mehr als 50% übersteigt<sup>66</sup>. Die zusätzlichen subjektiven Voraussetzungen des § 302 a StGB brauchen nicht vorzuliegen. Vielmehr wird bei objektiver Überschreitung dieser Grenze der überschießende Betrag gekappt<sup>67</sup>, und zwar aufgrund der Annahme einer Teilnichtigkeit des Mietvertrags in Höhe des Überschreibungsbetrags. Damit ist praktisch die Äquivalenzkontrolle auf dem Wohnungsmarkt schärfer als bei den Finanzdienstleistungen. Eine systematische Rechtfertigung dafür gibt es bisher nicht. Der besondere Schutz der Wohnung als Lebensmittelpunkt wäre dafür jedoch tragfähig.

Eine Äquivalenzkontrolle auf dem Arbeitsvertragssektor kommt vor allem dort in Betracht, wo Tarifverträge keine Äquivalenzgewähr entfalten können. Der in Deutschland bislang dominierende Flächentarifvertrag steht allerdings unter starkem Beschuß, wobei insbesondere eine Verlagerung der Lohnverhandlungen auf die be-

60 Siehe dazu meinen kritischen Rückblick in KJ 1991, 275.

61 BGHZ 104, 105.

62 BGHZ 110, 338.

63 BGHZ 104, 105.

64 Siehe nur BGH NJW 1991, 833.

65 OLG Stuttgart WM 1988, 395.

66 BGH WM 1982, 164.

67 Siehe OLG Hamburg WM 1992, 527.

triebliche Ebene und eine weitergehende Differenzierung der Löhne im Niedriglohnbereich gefordert werden, mit der bekannten Argumentation zugunsten der Arbeitslosen. Dabei wird zum Teil die schon bislang bestehende Lohndifferenzierung um die mittlere Lohngruppe herum ignoriert<sup>68</sup>. Aber alle diese Differenzierungen gehen prinzipiell davon aus, daß für gleiche Arbeit gleicher Lohn zu zahlen ist. Insofern unterscheidet sich der Arbeitsmarkt radikal von dem Finanzdienstleistungsmarkt und dem Wohnungsmarkt, wo für die gleiche Leistung schon im Ausgangspunkt ganz unterschiedliche Preise genommen werden können, ohne daß insoweit rechtliche Bedenken bestehen. In den alten Bundesländern wundert es aufgrund der marktwirtschaftlichen Sozialisation keinen, wenn die gleichen Produkte, auch die gleichen Wohnungen an der einen Stelle mehr, an der anderen Stelle weniger kosten, ohne daß dafür objektive Gründe greifbar sind. Eine Übertragung der Prinzipien zivilrechtlicher Äquivalenzkontrolle auf das Arbeitsvertragsrecht würde insgesamt die Einführung einer Schutzwelle bedeuten, wie sie erst nach Aufgabe der Flächentarife, der Haustarife und des Prinzips sachgerechter Lohndifferenzierung erforderlich werden könnte, um grobe Ungerechtigkeiten zu mildern.

Soweit Tarifverträge nicht zur Anwendung kommen, läßt das deutsche Recht mangels gesetzlichen Mindestlohns den Arbeitsverträgen einen großen Spielraum. Eine erhebliche Unterschreitung des Tariflohns wird vom BAG<sup>69</sup> noch nicht als sittlich anstößig angesehen, so daß auch minimale Hilfsarbeiterlöhne wirksam vereinbart werden können. Daß die Vereinbarung eines Hungerlohns einen Verstoß gegen § 138 BGB darstellen kann, ist eine weit verbreitete, aber wenig konkrete Formel, wenn man bedenkt, daß ein für das Existenzminimum nicht ausreichendes Entgelt einer Vollerwerbstätigkeit von vornherein als Signal dafür verstanden werden muß, daß der Arbeitnehmer sich zusätzliche Einkünfte verschaffen und notfalls Sozialhilfe beantragen muß. Entsprechende Niedrigstlohnabreden können ferner geradezu eine Abmachtung zu Lasten des Sozialstaats sein, ohne daß dies bisher als anstößiger Umstand gewertet wurde. Zudem hat das BAG<sup>70</sup> zum Teil die subjektiven Elemente des § 138 Abs 1 und 2 BGB stärker betont als die neuere BGH-Rechtsprechung, die bei Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, wie dargelegt, auch ein subjektiv anstößiges Verhalten vermutet. Insofern mag ein gewisser Nachholbedarf des Arbeitsrechts zu beheben sein, wobei aber vor allem die Konkretisierung des allgemeinen Lohnniveaus als fester objektiver Bezugsgröße die Basis sein müßte.

Dennoch wäre es verfehlt, die Äquivalenzkontrolle des Verbraucherkreditrechts oder des Mietrechts mit derjenigen zu vergleichen, die die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung über § 138 BGB versucht. § 138 BGB verbleibt im Arbeitsrecht nur eine Randrolle, da die Tarifverträge auch über ihren rechtlich festgeschriebenen Anwendungsbereich hinaus eine prägende Äquivalenzgewähr entfalten und da eine deutliche Unterschreitung des Existenzminimums bei der Festlegung des Arbeitsentgelts im Hinblick auf die sozialhilferrechtlichen Ansprüche, die ohne einen solchen Arbeitsvertrag bestehen würden, nur in eng begrenzten Sonderkonstellationen real zu werden pflegt. Funktionsäquivalenz besteht daher in erster Linie zwischen dem Tarifvertragsrecht und der zivilrechtlichen Sittenwidrigkeitskontrolle bei Krediten und

68 Siehe Wolfgang Franz, in »Die Zeit« vom 28. April 1995, S. 28, der darauf hinweist, daß es in der Metallindustrie 1993 eine Spannweite der 12 Lohngruppen zwischen 80% und 135% der mittleren Lohngruppe gab.

69 AP Nr. 30 zu § 138 BGB.

70 AP Nr. 1 und 30 zu § 138 BGB. Siehe ferner aus der Rechtsprechung des BAG zu § 138 BGB die Entscheidung, die eine Vergütungsabrede mit Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers für unwirksam ansah, durch die dieser seine Weiterbeschäftigung selbst finanzieren sollte (AP Nr. 47 zu § 138 BGB); siehe ferner zur Unwirksamkeit einer Mankotabrede nach § 138 BGB BAG AP Nr. 8 zu § 626 BGB.

Mieten. Diese liefert ihrerseits zwar unterschiedliche, aber insgesamt doch deutlich größere Toleranzkriterien als das Arbeitsrecht.

Ein spezieller arbeitsrechtlicher Sensibilisierungsprozeß setzt jedoch bei den Arbeitsverträgen mit ausländischen Arbeitnehmern ein. Nunmehr hat das BAG die Niederstheuerabreden deutscher Reeder mit indischen Seeleuten auf Schiffen mit deutscher Flagge, die im Internationalen Schiffsregister registriert sind, für sittlich nicht anstößig gefunden, auch nicht in Verbindung mit dem Verzicht auf gewerkschaftliche Betätigung und auf das Verlassen des Schiffes während eines ganzen halben Jahres. Der zur Begründung angeführte Hinweis auf das indische Recht, das nun allerdings erst das LAG ermitteln muß, ist insofern höchst paradox, als sich der herrschende Vertragspartner mit der Rechtsordnung des unterlegenen zu legitimieren versucht. Eine verfassungsrechtliche Prüfung wird die höchst prekäre Frage nach dem Jedermann-Grundrechtsschutz der indischen Vertragspartner aufwerfen.

Als Anwendungsgebiet für die Generalklauseln sind vor allem auch noch die Aufhebungsverträge zu nennen, durch die ein Arbeitnehmer nicht nur auf seinen Kündigungsschutz verzichten, sondern auch seine sozialrechtlichen Rechtspositionen verkürzen kann. Oft werden solche einvernehmlichen Vertragsauflösungen von Arbeitnehmern in einer unübersichtlichen oder prekären Lage getroffen, oft aber auch nur in spontaner Großzügigkeit gegenüber dem Arbeitgeber, der seine schlechte wirtschaftliche Lage beklagt und das Mitgefühl des Arbeitnehmers weckt. Die Anfechtung nach § 123 BGB wegen Drohung ist selbst bei unberechtigten Vorwürfen des Arbeitgebers ein unzureichendes Kontrollinstrument, zumal der Arbeitnehmer sich meist keinen Beweis für die Anfechtungstatsachen gesichert hat. Das bereits von der Arbeitsgesetzbuchkommission geforderte Widerrufsrecht läßt sich nicht richterrechtlich installieren. Was in anderen Bereichen des Privatrechts erst mühsam aufgrund europäischer Richtlinien und nationaler Sondergesetze zur Sicherung einer Überlegungsfrist des Verbrauchers etwa bei Haustürgeschäften und Verbraucherkrediten eingeführt wurde, kann das BAG nicht einfach ohne Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip untergesetzlich introduzieren. Mit dem Schriftformerfordernis ist falsche Spontaneität ebenfalls nicht abzuwehren. Konkrete Gesetzesänderungen sind nicht in Sicht. Deswegen ist die Anwendung des § 138 BGB stets sorgfältig zu prüfen. Die Anwendung ist erforderlich, wenn – der erörterten zivilrichterlichen Rechtsprechung entsprechend – zwischen Anlaß und Aufhebungsvertrag ein drastisches Mißverhältnis besteht und der Arbeitgeber die schwächere Lage des Arbeitnehmers, die sich auch aus einer Überrumpelungssituation ergeben kann, bewußt zu seinem Vorteil ausnutzt oder sich leichtfertig der Erkenntnis verschließt, daß der Arbeitnehmer sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf den Aufhebungsvertrag einläßt. Selbst wo dies nicht angenommen werden kann, ist der Arbeitgeber verpflichtet, auf die sozialrechtlichen Folgen für den Arbeitnehmer hinzuweisen. Rechtsfolge eines vorsätzlichen Verschweigens kann die Anfechtung des Aufhebungsvertrags nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung sein, wenn der Arbeitnehmer ihn sonst nicht abgeschlossen hätte. Hätte er sich dann aber auf die Kündigung eingelassen oder einlassen müssen, kann der Schadensersatz aus culpa in contrahendo u. U. die sozialrechtlichen Vermögensnachteile (durch Verlust von Arbeitslosengeld etc.) abdecken.

Das Arbeitsrecht ist hinsichtlich der Kontrolldichte für formularmäßige Regelungen gegenüber dem Zivilrecht mit dem Inkrafttreten und der Konkretisierung des AGBG beträchtlich in Rückstand geraten. Dies haben *Fastrich* und vor allem *Preis*<sup>71</sup> eindrucksvoll nachgewiesen. Bei einer Untersuchung der üblichen Arbeitsverträge hat *Preis* überwiegend Formulararbeitsbedingungen vorgefunden, vor allem zur Arbeitsaufnahme einschließlich der Probezeit, zur Beschreibung der Tätigkeit, zu den möglichen Versetzungen, zu den Arbeitszeitregelungen, zu den Entgelten, auch den Nebentgelten, ihrem Widerruf und ihrer Rückzahlung, zu den möglichen Nebentätigkeiten, ferner Geheimhaltungsvorschriften und Wettbewerbsverbote, Regelungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, zu Vertragsstrafen und Ausschlussfristen. Daneben gab es allgemeine Bestimmungen zur Form und zum Zugang von Willenserklärungen, Gerichtsstandsvereinbarungen und Verweisungen. Die Fülle der Verweisungen auf gesetzliche Bestimmungen, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen macht allerdings deutlich, daß vielfach die Bedingungen mehr Informations- als Regelungsgehalt haben. Selbst wo es sich nicht um deklaratorische Verweisungen handeln sollte, dürfte die aufgebotene speziell arbeitsvertragliche Phantasie eher als gering einzuschätzen sein.

Auch wenn das AGBG aufgrund seines § 23 Abs. 1 auf Arbeitsverträge nicht anzuwenden ist, so ist es aus der Sicht des Zivilrechts kein kühnes Unterfangen, die Wertungen des AGBG, die auch weitgehend aus der Rechtsprechung zu § 242 BGB hervorgegangen sind, mit dieser Norm auch in Rechtsgebiete zu integrieren, die nicht zum sachlichen Anwendungsbereich des AGBG gehören. So ist dieses auf Gesellschaftsverträge und auf Teilungserklärungen gemäß § 8 WEG und Gemeinschaftsordnungen gemäß § 10 WEG nicht anwendbar, was aber nicht heißt, daß nicht auf der Grundlage der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB ähnliche Ergebnisse möglich sind<sup>72</sup>. Als Rechtsgrundlage für die Inhaltskontrolle vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen ist § 242 BGB den sonstigen Alternativen vorzuziehen, wie dies schon die Diskussion vor dem AGBG ergeben hat. Deswegen besteht auch grundsätzlich ein breiter Konsens darüber, daß ihrem Inhalt nach Rechtsgrundsätze des AGBG auch für Arbeitsverträge Anwendung finden können<sup>73</sup>. Für die überraschenden Klauseln, für die Unklarheitenregel, für den Vorrang der Individualabrede und auch für die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einzelner Klauseln könnte sogar auf die zivilgerichtliche Rechtsprechung vor dem AGBG zurückgegriffen werden. Vor allem gilt dies aber für die Prüfung, ob eine Vertragsklausel eine unangemessene Benachteiligung darstellt, während die ausdifferenzierten wertungsfreien oder wertungsabhängigen Klauselverbote der §§ 11 und 10 AGBG nur zu einem geringen Teil für Arbeitsverträge passen. Ob darüber hinaus eine Billigkeitskontrolle auch für Individualabreden gilt und welche Norm dafür zuständig ist, ist noch nicht geklärt<sup>74</sup>. In jedem Fall ist die in der Literatur begonnene systematische Sichtung arbeitsvertraglicher Regelungen und ihre Bewertung nach dem Kriterium, ob sie eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen, ein wesentlicher Akt nachholender und differenzierender Materialisierung des Arbeitsrechts. Dabei werden die jeweiligen dispositiven Regeln des Gesetzes und des

71 Siehe *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, und *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, insb. S. 60 ff.

72 Siehe nur *BayObLG* 1988, 287.

73 Siehe nur *Wolf RdA* 1988, 270; *Zollner RdA* 1989, 153; *Preis (Fn. 71)*, S. 237 f.; *Fastrich (Fn. 71)*, insb. S. 184 ff.

74 Siehe *Fastrich (Fn. 71)*, S. 184 ff. und *Preis (Fn. 71)*, S. 257.

Richterrechts wie nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG den entscheidenden Bewertungsmaßstab darstellen. Da jedoch – rechtssoziologisch gesehen – Konflikte um Arbeitsbedingungen während der Dauer der Arbeitsverhältnisse in aller Regel nicht rechtsförmig ausgetragen werden, wird insofern auch eine hochdifferenzierte Inhaltskontrolle keine Erträge abwerfen, die die Arbeitnehmerseite euphorisch werden lassen sollte. Vielfach ergibt die systematische Inhaltskontrolle denn auch nicht viel anderes, als die BAG-Rechtsprechung schon auf anderem Wege hergeleitet hat. Für die während der Durchführung des Arbeitsverhältnisses maßgeblichen Vertragsklauseln wäre eine effektive Inhaltskontrolle ohnehin über eine Verbandsklage zu sichern, wie sie § 13 AGBG entspräche, damit jeder einzelne Arbeitnehmer von der konfliktreichen Geltendmachung seines Individualrechts entlastet würde. Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der §§ 13 ff. AGBG läßt sich jedoch de lege lata nicht rechtfertigen.

Für die künftige arbeitsgerichtliche Praxis ist insbesondere daran zu denken, die Einbeziehungskontrolle im Sinne des § 2 AGBG zu verschärfen, vor allem soweit es um dynamische Verweisungen auf Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge oder Teile von ihnen geht. Dabei besteht allerdings das Dilemma, daß für die Frage der Einbeziehung die jeweils günstigen oder ungünstigen Rechtsfolgen von Vertragsklauseln für den Arbeitnehmer keine Rolle spielen können. Dies wiederum könnte dafür sprechen, daß um der günstigen Rechtsfolgen willen die Einbeziehungsschwelle nicht allzu hoch gelegt werden sollte, mit der Folge, daß ungünstige Folgen darauf zu überprüfen wären, ob sie der Inhaltskontrolle standhalten. Eine spezifische Crux des Arbeitsrechts sind die einseitigen Leistungsbestimmungsrechte des Arbeitgebers, so daß insoweit Divergenzen zwischen arbeitsrechtlicher und zivilrechtlicher Inhaltskontrolle verständlich sind. Erweiterungen des Direktionsrechts etwa machen eine eingehende Inhaltskontrolle notwendig. Ob danach die Rechtsprechung aufrechtzuerhalten ist, daß ein Vorbehalt der Zuweisung geringererwertiger Tätigkeit bei Fortzahlung der alten Vergütung noch als eine nicht unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers gewertet werden kann, ist außerordentlich zweifelhaft<sup>75</sup>. Eine formularvertragliche Regelung dieser Art mit der Folge einer möglichen Vergütungsminderung kann dagegen in keinem Fall Bestand haben<sup>76</sup>. Auf die Fülle der möglichen Vertragsklauseln kann hier nicht eingegangen werden. Neben den einseitigen Leistungsbestimmungsrechten sind insbesondere verkürzte Verjährungs- und Ausschlußfristen sowie Vertragsstrafen in Arbeitsverträgen üblich, die auf anderen Vertragsrechtsgebieten der Inhaltskontrolle durch den BGH nicht standhalten würden. Entsprechendes gilt für Schriftformklauseln, Beweislastverschiebungen und Zugangsfiktionen. Auch insoweit ist auf die Untersuchung von *Preis* hinzuweisen. Soweit solche Klauseln sich auch in Tarifverträgen finden, können sie allerdings durch Vorteile für die betroffenen Arbeitnehmer kompensiert sein. Wenn ein Arbeitsvertrag auf einzelne solcher nachteiligen Tarifvertragsklauseln verweist, der Tarifvertrag im übrigen aber nicht gilt, ist die Inhaltskontrolle so zu vollziehen, als ob es den Tarifvertrag nicht gäbe.

<sup>75</sup> Siehe dazu BAG AP Nr. 2, Nr. 18 und Nr. 22 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

<sup>76</sup> Ebenso Preis (Fn. 71), S. 150.



Aufklärungs- und Beratungspflichten haben Konjunktur, nachdem die Rechtsprechung dazu übergegangen ist, auch die Kapitalanleger vor allzu großen Risiken zu schützen. Der Anlagevermittler muß nach heutiger Rechtsprechung den Kunden richtig und vollständig über alle für die Anlage wichtigen Umstände informieren<sup>77</sup>. Er handelt schuldhaft, wenn er nicht offenlegt, daß eine positive Beurteilung ausschließlich auf nicht überprüften Informationen der Börsenzulassung<sup>78</sup> oder des betreffenden Unternehmens beruht<sup>79</sup>. Eine eingeschaltete Bank schuldet eine anlegergerechte und objektgerechte Beratung<sup>80</sup>. Sie trifft eine Pflicht zur sorgfältigen Prüfung bei Befürwortung einer Anlage<sup>81</sup>. Eine Empfehlung der inzwischen wertlos gewordenen australischen Bond-Anleihe war häufig schon deshalb pflichtwidrig, weil die Bank den Kunden nicht darüber informiert hatte, daß ihr mangels eigener Informationen die Kompetenz zur Beurteilung der Anleihe fehlte<sup>82</sup>. Die Vermittler von Warenterminoptionen müssen unmißverständlich und grundsätzlich schriftlich darüber informieren, daß die ungewöhnliche Höhe einer Provision das Chancen-Risiko-Verhältnis aus dem Gleichgewicht bringt und die Gewinnchancen gering sind<sup>83</sup>. Selbst die auszugswise Wiedergabe eines BGH-Urteils als Risikohinweis genügt nicht<sup>84</sup>. Entsprechende Grundsätze gelten für Devisenoptionen<sup>85</sup>, für Aktienindexoptionen<sup>86</sup> und sogenannte pennystocks<sup>87</sup>. Diese Ergebnisse der BGH-Rechtsprechung seien hier nur deswegen zitiert, weil sie Kunden betreffen, die ein gewisses Risikobewußtsein haben dürften und die sich weitgehend auch schon spezieller professioneller Berater einschließlich von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern bedienen können.

Was läge näher, als entsprechende vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten auch bei Abschluß von Arbeitsverträgen zu installieren? Sie können sich sowohl auf ein gesteigertes Arbeitsplatzrisiko des Arbeitnehmers wie auch auf ein besonderes Gesundheitsrisiko beziehen, das mit einem bestimmten Arbeitsplatz verbunden ist. Für solche Pflichten spräche bei unbefangener Betrachtungsweise, daß der Arbeitnehmer insoweit zumindest in gleichem Maße schutzbedürftig ist wie ein Kapitalanleger, der eine ungewöhnliche Verzinsung erreichen will. Gibt es überzeugende Gründe dafür, daß im Arbeitsverhältnis bisher zwar Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers bei der Einstellung erwogen worden sind, nicht aber Aufklärungspflichten des Arbeitgebers? Immerhin ist es leicht vorstellbar, daß hinsichtlich der erwähnten Risiken der Arbeitgeber einen Wissensvorsprung hat und auch erkennen kann, daß der Arbeitnehmer sich nur aufgrund seines Wissensdefizits auf das Arbeitsverhältnis oder den betreffenden Arbeitsplatz einläßt.

Entgeht etwa einem Arbeitnehmer ein sicherer Arbeitsplatz bei einem anderen Unternehmen, weil er mit einem Arbeitgeber kontrahiert, der die Gefahr einer Insolvenz oder einer massiven Rationalisierung bereits vor Augen hat, dann könnte ein späterer Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers, wenn sich die Gefahr realisiert

77 Siehe nur BGH NJW 1982, 1095; 1983, 1730.

78 BGH NJW 1992, 2433.

79 BGH NJW-RR 1993, 1115.

80 BGHZ 123, 126.

81 BGHZ 100, 122; NJW 1992, 2562.

82 BGHZ 123, 126.

83 BGH NJW 1994, 512, 997.

84 BGH NJW 1994, 513.

85 BGH NJW 1994, 1862.

86 BGH NJW 1993, 1106.

87 BGH NJW 1991, 1108, 1947.



hat, zwar ebenfalls wegen der Insolvenz des Arbeitgebers hinfällig sein. Das ist aber keine zwingend notwendige Konsequenz, da es unter Umständen auch zu einer Vertreterhaftung kommen kann, wenn der Vertreter (auch etwa ein GmbH-Geschäftsführer) ein persönliches Vertrauen erweckt hat<sup>88</sup>.

Mag dies noch eine Ausnahme sein, so ist eine Konstellation eher denkbar, wo der Arbeitgeber ein besonderes Gesundheitsrisiko am Arbeitsplatz des Arbeitnehmers kennt, diesen darüber aber nicht informiert, ihm auch nicht die Wahl zwischen diesem Arbeitsplatz und anderen Alternativen eröffnet und dadurch schließlich einen nachweisbaren Gesundheitsschaden verursacht. Derartige Gesundheitsrisiken als Lebensrisiken des Arbeitnehmers abzubuchen, kommt bei einer ausgewogenen rechtlichen Bewertung nicht in Betracht. Daß Leben und Gesundheit Rechtsgüter sind, die mindestens im gleichen Maße des Schutzes bedürfen wie das Verwertungsinteresse eines Kapitalanlegers, versteht sich von selbst. Nur bei einer entsprechenden Risikoaufklärung ist auch gesichert, daß der Arbeitnehmer beim Vertragsabschluß oder auch in einer späteren Phase der Vertragsdurchführung Risiko und Entgelt abwägen kann, wie dies dem Modell realer Selbstbestimmung entspricht. Die Institutionen des Gesundheits- und Unfallschutzes und auch des innerbetrieblichen Schadensausgleichs sind mit ergänzenden Sanktionen für vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzungen auch grundsätzlich vereinbar.

### *VII. Sonstige Regelungsansätze und Schlußfolgerungen*

Die Verbraucherschutzgesetzgebung ist in hohem Maße ausdifferenziert, zum Teil aufgrund von Sondergesetzen, zum Teil auch aufgrund besonderer Rechtsprechung. Soweit Dienstleistungsverträge betroffen sind, besteht eine solche Nähe zum Arbeitsvertrag, daß eine Übertragung zumindest nicht ausgeschlossen erscheint. Der europäische Standard für Verbraucherverträge wird nunmehr durch die EG-Richtlinie vom 5. 4. 1993 bestimmt, deren persönlicher und sachlicher Anbindungsbereich nahezu die gleichen Grenzen hat wie das AGBG<sup>89</sup>. Weitgehend kann die EG-Richtlinie im Rahmen des geltenden AGB-Rechts realisiert werden. Auf europäischer Ebene ist insgesamt ein Schub zugunsten einer besseren Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen aber nicht zu erwarten.

Bei einem analytischen Vergleich der Zivilrechts- und der Arbeitsrechtsentwicklung drängt sich am Ende die Frage auf, warum das Zivilrecht trotz aller gegenteiligen Ankündigungen seit Anfang der 80er Jahre dem Deregulierungsimperativ so viel deutlicher widerstanden hat als das Arbeitsrecht. Viele Märkte, für die das allgemeine Zivilrecht den Rahmen abgibt, werden heute von einem viel dichteren Regelungsgeflecht gesteuert als zu Beginn der Deregulierungsoffensive, wie hier vor allem anhand des Wohnungsmieten- und Verbraucherkreditsektors belegt worden ist, während im Arbeitsrecht eine Reihe von Deregulierungen realisiert worden ist und auch weitere in Angriff genommen werden. Ökonomietheoretisch gesehen wird dem Arbeitsmarkt a limine eine viel höhere Relevanz für die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung, insbesondere die Bestreitung der internationalen Konkurrenz zugeschrieben, wenn auch allzu oft mit den groben Vereinfachungen eines bloßen Arbeitspreisvergleichs. Machttheoretisch gesehen lassen sich Schutzpolitiken gegen strukturelle Ungleichgewichte im nationalen Rahmen gewiß auch eher gegen einzelne Wirt-

<sup>88</sup> Siehe zu dieser Haftung nur BGHZ 56, 84; NJW 1987, 2512 und NJW 1990, 1907.

<sup>89</sup> Siehe Palandt-Heinrichs, Anhang nach § 30 AGBG Rdnr. 5 ff.

schaftsfraktionen durchsetzen, so etwa gegenüber dem Immobiliareigentum in Zeiten hohen Einwanderungsdrucks eine gewisse Profitmäßigung oder eine längerfristige Rentabilitätskalkulation. Sozialtheoretisch betrachtet führen die unterschiedlichen Protestpotentiale der Betroffenengruppen, verbunden mit den teilweise gravierenden Folgelasten allzu einseitiger Vertragsgestaltung für die sozialstaatlichen Etats, zu differenzierten Schutzniveaus für alle möglichen Märkte. Die Notwendigkeit einer weiter vereinheitlichten europäischen Marktverfassung relativiert wiederum die nationalen Standards, nicht selten unter Zurücknahme besonders pointierten Unterlegenschutzes (wie etwa bei der Aufhebung des Abzahlungsgesetzes). Daraus entsteht ein vielfältig fragmentarisierendes Unterlegenschutzrecht, das sich dem systematisierenden Zugriff des der Einheit der Rechtsordnung verpflichteten Juristen von vielerlei Ausgangspunkten aus anbietet. Dabei hat er aber zu beachten, daß die verschiedenen Toleranzschwellen gegenüber Marktverhalten und Marktergebnissen keineswegs zufällig sind.

Greifen wir auf dieser Basis die normative Frage noch einmal auf, ob das Arbeitsrecht eine Heimkehr ins allgemeine Privatrecht planen sollte. Dafür lassen sich die Rückstände anführen, die sich zum Teil bei der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen gegenüber der Zivilrechtsprechung aufgrund des AGBG ergeben haben. Hier kann die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung über § 242 BGB wesentlich mehr leisten als bisher und insofern in differenzierter Weise auch die aufgegebene grundrechtliche Abwägung vertiefen. Auch ansonsten gibt es vereinzelt zivilrechtliche Entwicklungen, die keineswegs von vornherein als unübertragbar erscheinen, so etwa zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten. Demgegenüber ist zwar der Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 134 und 138 BGB in den letzten Jahrzehnten – zum Teil in spektakulärer Weise – erweitert worden, so insbesondere auch hinsichtlich der Erarbeitung von Toleranzgrenzen für Leistungsungleichgewichte. Im Vergleich zu den zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen der Äquivalenzkontrolle bei Finanzdienstleistungen und Wohnungsmieten verfügt jedoch das Arbeitsrecht über ein sehr viel anspruchsvolleres Entgeltsystem auf der Basis von kollektiven Verträgen und des Prinzips »Gleicher Lohn für gleiche Arbeit«. Gerade hier erweist sich das Arbeitsrecht als Rechtsgebiet mit einem ambitionierteren Unterlegenschutz. Für § 138 BGB gibt es aber durchaus einen weiteren Anwendungsbereich als bisher erkannt, so insbesondere bei einvernehmlicher Aufhebung eines Arbeitsvertrages. Weithin ist aber auch heute noch das höhere sozialstaatliche Schutzniveau des Arbeitsrechts die eigentliche Grundlage der Selbständigkeit des Arbeitsrechts als Disziplin. Vom Zivilrecht lernen? Am Ende ist die Frage zu bejahen. Voraussetzung ist nur, daß man nicht das Falsche lernt. So wäre es aber, wenn man im Zeichen des Unterlegenschutzes die verbliebene kollektivvertragliche Paritätsgewähr zugunsten einer vermeintlichen individualvertraglichen aufgäbe.