

Gedanken zur Metamorphose des Zivilrechts

Bericht zur Jahrestagung der GJZ vom 4.9.-7.9. 2013 in Bern

Von Wiss. Mitarbeiter. **Jonas David Brinkmann**, Bielefeld

I. Einleitung

Unter dem Thema „Metamorphose des Zivilrechts“ wurde vom 4.-7.9.2013 in Bern die 24. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler ausgerichtet. Diese Veranstaltung, die jungen Zivilrechtswissenschaftlern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz ein Forum für die Präsentation von wissenschaftlichen Forschungen und deren Diskussion bieten sollte, war nicht nur informativ, sondern darüber hinaus auch sehr anregend. In diesem Geiste soll auch der folgende Beitrag nicht als klassischer Tagungsbericht verstanden werden, in dem lediglich über die Tagung informiert wird. Vielmehr soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, aus der Zusammenschau der einzelnen Aspekte der Vorträge eine übergreifende Erkenntnis zu entwickeln. Dem geschuldet werden jedoch sowohl das Rahmenprogramm – welches in kulinarischer, kultureller und sonstiger Hinsicht keinerlei Wünsche offenließ – nicht ausreichend gewürdigt werden können, als auch die Inhalte der einzelnen Beiträge lediglich bruchstückhaft und unter anderer Schwerpunktsetzung wiedergegeben. Letzteres lässt sich aber – mit Blick auf das voraussichtlich bereits im November 2013 erscheinende „Jahrbuch der Jungen Zivilrechtswissenschaftler“, in welchem sämtliche Beiträge nachzulesen sein werden – wohl verkraften. Auch die Reihenfolge der Erwähnung der Beiträge entspricht nicht ihrer Chronologie.

Wie bereits der Rektor der Universität Bern, Prof. *Dr. Täuber*, in seiner Begrüßung feststellte, assoziiert man mit „Metamorphose“ zumeist die Verwandlung der Raupe in den Schmetterling. Die Beiträge haben in ihrer Gesamtheit jedoch gezeigt, dass die „Metamorphose des Zivilrechts“ nicht immer aus der (hässlichen) Raupe einen (schönen) Schmetterling hervorgebracht hat. Ein Blick auf das Logo der 24. Jahrestagung der GJZ – das einerseits an ein Paragraphensymbol andererseits aber auch an die Doppelhelix der DNA erinnert – verdeutlicht allerdings, dass das Thema auch weniger im Sinne der „Verwandlung der Larvenform zum erwachsenen Tier“ verstanden werden sollte, sondern vielmehr im Sinne der evolutionären Anpassung. In der Tat scheint das Zivilrecht nur auf den ersten Blick statisch – über einen längeren Zeitraum gesehen ist es hingegen ständiger Veränderung unterworfen. Hier lässt sich also durchaus eine Parallele zur Natur erkennen.

II. Auslöser von Metamorphosen

1. Allgemeines zu Auslösern von Metamorphosen

Aus der Gesamtschau der Vorträge ließ sich die Frage nach dem Auslöser von Metamorphosen im Zivilrecht als ein wesentliches Thema identifizieren. Zum Beispiel konnte *Dr. Daniel M. Häuser* in seinem Vortrag „das Volk als Motor der Zivilrechtsreform – Volksinitiativen mit zivilrechtlicher Zielsetzung“ nachweisen, dass 39 Prozent der Schweizer Volksinitiativen mit zivilrechtlichen Zielen zu einer Reform des Zivilrechts geführt haben. Hierbei müsse eine Volksinitiative nicht einmal tatsächlich erfolgreich sein, sondern häufig

reichen bereits gewisse Erfolgsaussichten, um den Gesetzgeber zur teilweisen Vorwegnahme einer entsprechenden Änderung zu bewegen. Mitunter könnten so auch geplante Reformen beschleunigt werden. Voraussetzung für eine Volksinitiative ist freilich, dass eine gewisse Anzahl an Stimmberechtigten eine Veränderung des Rechts im Sinne der Initiative unterstützt. Dies ist wohl nur dann der Fall, wenn das geltende Recht entweder nicht mehr den praktischen Bedürfnissen oder den Überzeugungen des Einzelnen entspricht. Auf das praktische Bedürfnis und die Überzeugungen als Auslöser von Veränderungen wird noch im Einzelnen einzugehen sein.

Eine reformbeschleunigende Wirkung hat in Deutschland häufig der Europäische Gesetzgeber durch seine Harmonisierungsmaßnahmen – wie zum Beispiel die Schuldrechtsreform zeigt, deren letztendlicher Auslöser die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie war. Aber auch diese sind wiederum, wie *Dr. Anne-Christin Mittwoch* in ihrem Beitrag „Die Metamorphose der europäischen Privatrechtsangleichung – von Mindestharmonisierung über die Vollharmonisierung zur gezielten Harmonisierung“ darstellte, einem Wandel unterworfen. Der Wechsel von der Mindestharmonisierung hin zur vollständigen Harmonisierung werde unter anderem damit begründet, dass eine Mindestharmonisierung nur bedingt zur Vereinheitlichung und damit zur Förderung des Binnenmarktes beitragen könne. Gleichwohl habe aber auch die Vollharmonisierung wegen zahlreicher Abweichungsmöglichkeiten nicht zu einer möglichst vollständigen Rechtsangleichung beitragen können. Im Rahmen der gezielten Harmonisierung versuche man nunmehr durch eine Kombination der beiden Ansätze die Rechtsangleichung zu fördern. Zudem soll der Binnenmarkt durch ein „optionales Instrument“ das gemeinsame europäische Kaufrecht (GEK oder auch CESL) gefördert werden. Auch hier lässt sich also ein praktisches Bedürfnis für die Metamorphose erkennen.

2. Praktische Bedürfnisse als Auslöser im Einzelnen

Dass die Gründe für eine Veränderung des Zivilrechts mitunter rein praktischen Bedürfnissen geschuldet ist, konnte auch einigen anderen Beiträgen entnommen werden. Der Vortrag „Die Wandlung vom rechtlichen Nichts zum rechtlichen Sein – Zur wechselnden Natur der Zweckgesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland, Österreich und der Schweiz“ von *Dr. Julia Told* hat aufgezeigt, dass die Rechtsfähigkeit der GbR in Deutschland von der Wissenschaft und Rechtsprechung deswegen entwickelt wurde, weil hier die OHG und die KG auf den Zweck des Betriebs eines Handelsgewerbes beschränkt seien, jedoch auch im Unterschwellenbereich das Bedürfnis nach einer rechtsfähigen Gesellschaftsform bestand. Dementsprechend lasse sich die Entwicklung auch nicht auf die österreichische GesbR übertragen, denn hier existiere keine entsprechende Beschränkung der OHG bzw. der KG auf wirtschaftliche Zwecke und dementsprechend bestehe auch kein praktisches Bedürfnis für eine solche Entwicklung. Die in Deutschland zur Rechtfertigung der Rechts-

fähigkeit der GbR vorgebrachte Argumentation, dass diese aus ihrem Wesen oder ihrer Natur folge, sei aber vehement abzulehnen.

Mit der Frage des praktischen Bedürfnisses nach Rechtsänderungen beschäftigte sich auch *Dr. Alexander Stöhr* in seinem Beitrag „Der Einfluss des Internets auf das Zivilrecht“, dessen Ausführungen – vielleicht für einige überraschend – zu entnehmen war, dass das bestehende Zivilrecht in großen Teilen auch Problemfälle, die die Nutzung des „neuen“ Mediums Internet mit sich bringt, ohne weiteres vernünftig lösen könne. Als Gemeinsamkeit vieler dieser „Problemfälle“ könne man eine „gesenkte Hemmschwelle“ identifizieren gleichwohl sei die Rechtsgeschäftslehre problemlos anwendbar. Änderungsbedarf bestehe eher beim Deliktsrecht, bedingt durch die Anonymität von Internetnutzern – hier müssten die Plattformbetreiber verstärkt in die Pflicht genommen werden. Die private Internetnutzung am Arbeitsplatz hingegen will *Stöhr* nicht als eigenständig regulierbares Gebiet anerkennen und vergleicht derartiges Verhalten eher mit sonstigem „Verschnaufen“ des Arbeitnehmers.

Aus einem anderen Blickwinkel beschäftigte sich der Vortrag von *Elisabeth Reiner* mit der Frage des praktischen Bedürfnisses nach einer Rechtsänderung: Sie präsentierte die Ergebnisse einer empirischen Erhebung zum Thema „Die Freien Berufe im Wandel der Zeit: Bedürfnisse der Anwaltschaft und neue Rechtsformen als Antworten? Qualitative und quantitative Ergebnisse aus Österreich“. Demnach hänge das Bedürfnis der Rechtsanwaltschaft nach Reformen des Rechtsformkatalogs der RAO in Österreich eng mit der Größe und Ausrichtung der Kanzlei zusammen. Zudem lasse sich dort ein Trend von der Vergesellschaftung hin zur Kooperation feststellen. Insgesamt würden Rechtsformen überbewertet, die Entscheidungen diesbezüglich würden oftmals pragmatisch getroffen.

Andererseits konnte *Dr. Wolfram Buchwitz* in seinem Vortrag „Die Metamorphose der Ersitzung“ nachweisen, dass das Zivilrecht auch dann wesentlichen Veränderungen unterworfen sein kann, wenn die außerrechtlichen Umstände und die sachlichen Anforderungen an das Recht gleich bleiben. So habe sich die Ersitzung lediglich deswegen von einem Instrument zum Schutz des Interesses des gutgläubig vom Nichtberechtigten Erwerbenden, zu einem Mittel der Rechtsbereinigung verwandelt, weil dieses Interesse in modernen Rechtsordnungen nunmehr durch andere rechtliche Instrumente geschützt würde. Je stärker Letztere in einer Rechtsordnung ausgestaltet seien, desto geringer sei die Relevanz der Ersitzung, wie der Vergleich zwischen dem deutschen, dem österreichischen, dem schweizerischen, dem niederländischen, dem französischen, dem italienischen, dem portugiesischen und dem englischen Recht zeige.

3. Insbesondere europäisches Recht

Ein wesentlicher Faktor für die Auslösung von Veränderungen im Zivilrecht stellt, wie oben schon erwähnt, für Deutschland und Österreich das Europäische Recht dar. So hat *Dr. Phillip Fieder* in seinem Vortrag „Metamorphose des Zivilrechts im Rahmen der AGB-Kontrolle – von der Klauselkontrolle im Individualprozess hin zum kollektiven Verbandsver-

fahren“ einen grundlegenden Paradigmenwechsel im ABGB nachgezeichnet. Während das ABGB – wie wohl auch das BGB – im Ursprung zugrunde gelegt habe, dass formelle Vertragsfreiheit zur Gewährleistung von gerechten Ergebnissen ausreichen würde, sei durch die vermehrte Verwendung von vorformulierten und einseitig gestellten Vertragsbedingungen ein ökonomisches Ungleichgewicht dadurch erzeugt worden, dass eine vollständige Überprüfung der Vertragsklauseln sich für den Vertragspartner des AGB-Verwenders mit Blick auf den Wert des Vertragsgegenstands häufig ökonomisch nicht lohne. Hierauf habe die Rechtsprechung zunächst mit einer verdeckten Klauselkontrolle, später mit einer offenen Klauselkontrolle reagiert. Im weiteren Verlauf wurde die Klauselkontrolle jedoch nicht nur normiert, sondern zudem ein Verbandsklageverfahren eingeführt, welches sich teleologisch nunmehr auf eine Präventionsfunktion stütze. Diesen Präventionsgedanken übertrug der EuGH anschließend auch auf das Individualverfahren, indem er hiermit das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion rechtfertigte. Hierdurch habe sich die AGB-Kontrolle letztlich sehr weit von ihren Wurzeln entfernt.

Auch im Rahmen der Vertragsfreiheit hat der Europäische Gesetzgeber mit Blick auf die Gewährleistung bereits zu tiefgreifenden Änderungen geführt, wie *Dr. Simon Laimer* in seinem Beitrag „Vertragsgestaltung auf dem Rückzug – das Gericht als Dritte Partei beim Kauf“ aufzeigte. Und auch in Zukunft werde sich diese Entwicklung – wie der Kommissionsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) beweist – wohl fortsetzen: Denn im GEK werde die Frage, ob die Parteivereinbarung hinter einem nach objektiven Kriterien bestimmten Standard zurückbleiben darf, explizit geregelt und nicht abdingbaren zusätzlichen Voraussetzungen unterworfen. Insgesamt verschiebe sich durch europarechtliche Vorgaben das Regel- Ausnahmeverhältnis zwischen dispositivem und zwingendem Recht hin zum zwingenden Recht zugunsten von weniger informierten Vertragsparteien.

Wie weit das europäische Richtlinienrecht auf das nationale Recht einwirken vermag, konnte dem Vortrag „Bonitätsprüfung im neuen Verbraucherkreditrecht – Vom Schutz öffentlicher Interessen zum Schutz individueller Verbraucherinteressen – Legitimität bzw. Erforderlichkeit von zivilrechtlichen Konsequenzen einer Pflichtverletzung“ von *Dr. Elke Heinrich* entnommen werden. Demnach sei aus der Richtlinienvorgabe zur Pflicht des Kreditgebers eine Bonitätsprüfung des Kreditnehmers und dem Gebot des *effet utile* nicht nur zu folgern, dass der Bonitätsprüfung bei negativem Ergebnis eine entsprechende Belehrungspflicht des Kreditgebers folge, sondern darüber hinaus auch, dass die Verletzung dieser Pflicht von den Mitgliedsstaaten explizit mit zivilrechtlichen Sanktionen belegt werden müsse.

Betrachtet man die dargestellten Einflüsse des europäischen Rechts auf die nationalen Zivilrechtsordnungen, so wird erkennbar, dass es sich dabei häufig um eine dogmatische Veränderung handelt. Während insbesondere die aus den vorangegangenen Jahrhunderten stammenden Kodifikationen die Freiheit des Einzelnen als Idealbild zugrunde legen, scheint das europäische Recht, vielleicht dem gegenwärtigen

tigen Zeitgeist geschuldet, in den behandelten Gebieten eher dem Gedanken des Schutzes von Schwächeren zu folgen. Insgesamt lässt sich hier eine Metamorphose aus Gründen von gewandelten Überzeugungen feststellen.

4. Weitere Fälle von Metamorphosen aufgrund von geänderten Überzeugungen

Dass als Auslöser einer Metamorphose des Zivilrechts durchaus auch politische Umwälzungen in Frage kommen, ist zunächst nicht weiter überraschend. Eine durchaus interessante Erkenntnis ist aber, dass eine neue Ideologie mitunter zur richterrechtlichen Weiterentwicklung des Rechts führen kann, ohne dass eine gesetzgeberische Aktivität vorangegangen ist. Dies konnte *Benjamin Bukor* in seinem Vortrag zum Thema „Abstammung als Rechtsverhältnis im AGBGB? Die Umgestaltung des österreichischen Ehelichkeits- und Abstammungsrecht in der NS-Zeit“ darlegen, dessen Ausführungen zufolge, auch ohne entsprechende gesetzliche Vorgaben das NS-Abstammungskonzept von den Richtern der „Ostmark“ (von 1939-1942 die Bezeichnung des ehemaligen Österreichs im Nationalsozialismus) in der Zivilrechtsjudikatur zugrunde gelegt wurde und der Begriff der Abstammung – welcher vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten im österreichischen Recht lediglich Tatbestandswirkungen entfaltete – eine Aufwertung zu einem eigenen Rechtsverhältnis erfuhr.

Andererseits konnte *Dr. Michael Zwanzger* hingegen im Vortrag „Das Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933: Eine rechtshistorische Fallstudie zu den Grenzen sozialer Gestaltungsmöglichkeiten durch das Zivilrecht“ nachweisen, dass eine ideologiegeprägte Gesetzgebung dann scheitert, wenn der Gesetzgeber die Lebenswirklichkeit der Betroffenen (im Fall des Reichserbhofgesetzes die Verflechtung des Rechts mit den Lebensentwürfen der Betroffenen, die familiären Bindungen und die sozialen und ökonomischen Zusammenhänge) nicht ausreichend berücksichtigt und die Wirkmacht von Ideen und Ideologien überschätzt. Dementsprechend hätten sowohl die betroffenen Bauern selbst versucht das Gesetz zu umgehen, als auch die Gerichte eine Durchsetzung der Vorschriften in weiten Teilen verhindert, sodass sich der Gesetzgeber zur sukzessiven Beseitigung seiner Vorschriften gezwungen sah.

5. Rechtsprechung und Wissenschaft

Zweifelsohne tragen auch Rechtsprechung und Wissenschaft zur Metamorphose des Zivilrechts bei. Die Bedeutung der Rechtsprechung für die Fortentwicklung des Rechts ist bereits teilweise in den oben erwähnten Beiträgen angeklungen. Aber auch im Vortrag „Zivilrechtliche Folgen einer öffentlich-rechtlichen Regelung – Überlegungen am Beispiel des Bauträgervertrags“ von *Wojciech Plesiński* ließen sich die Einwirkungen der Rechtsprechung auf die Entwicklung des Rechts erkennen. Demnach stellte die Rechtsprechung des BGH, dass ein Verstoß gegen die öffentlich-rechtliche MaBV (die Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer) zur Nichtigkeit der Abschlagszahlungsvereinbarung führte, die wirtschaftliche Grundlage des Bauträgermodells in Frage. Zudem führte die

Rechtsprechung, nach der die gewerberechtlichen Regelungen der MaBV kein Kontrollmaßstab im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB seien, zu einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit. In mehreren Schritten sah sich der Gesetzgeber dann gezwungen, die Zweifel an der Wirksamkeit der rechtlichen Grundlage für den Abschluss von Bauträgerverträgen auszuräumen.

Wie auch die Wissenschaft eine Metamorphose des Rechts auslösen kann, ließ sich am Beitrag von *Barbara Łyszczarz* zum Thema „Das neue Regelungskonzept für Dienstleistungsverträge im DCFR“ erahnen. Der DCFR (Draft Common Frame of Reference), ein von einem wissenschaftlichen Netzwerk erarbeitetes Modellgesetz, unterteile die Regelung zum Dienstleistungsvertrag in einen allgemeinen Teil und einen besonderen Teil. Im Besonderen Teil würden einzelne sogenannte Basisaktivitäten (z.B. Herstellung, Bearbeitung, Verwahrung, Herstellung eines Entwurfs, Verschaffung von Informationen oder Behandlung) geregelt. Diese – und das zeichne das neue Basisaktivitätenmodell aus – sollen dann für die entsprechenden Teile eines Dienstvertrags jeweils gelten. Das Basisaktivitätenmodell führe jedoch zu bisher unbekanntem Schwierigkeiten hinsichtlich der Wechselbeziehungen zwischen den allgemeinen und den besonderen Regeln. Ob sich das neue Regelungskonzept für Dienstleistungsverträge in der Praxis auch durchsetzt bleibt abzuwarten – jedenfalls handelt es sich bei solchen Vorschlägen um neue Impulse, deren Diskussion für die Metamorphose des Rechts fruchtbar sein kann.

In der Regel ist insbesondere die Rechtsprechung – vielleicht vom Bundesverfassungsgericht abgesehen – wohl überwiegend pragmatisch, sodass hier praktische Bedürfnisse für gewöhnlich den Grund für die Veränderung des Rechts darstellen. Die Rechtswissenschaft kann einerseits praktische Bedürfnisse mitunter früh erkennen und so eine Metamorphose initiieren. Andererseits dürften aber auch geänderte Überzeugungen in die Wissenschaft einfließen und so Veränderungsprozesse veranlassen.

III. Fazit

Die Auslöser, welche zu konkreten Metamorphosen führen, können verschieden sein. Häufig lassen sich allerdings praktische Bedürfnisse identifizieren, die entweder den Gesetzgeber oder jedenfalls die Rechtsprechung zur Veränderung des Rechts veranlassen. Auch bestimmte Überzeugungen können Auslöser für ein Umdenken im Hinblick auf die Dogmatik des Rechts sein, vorausgesetzt sie stehen den praktischen Bedürfnissen der Rechtsunterworfenen nicht entgegen. Die Rechtswissenschaft kann nicht nur selbst unmittelbarer Auslöser von Veränderungsprozessen sein, indem sie neue Ideen und Konzepte liefert. Eine weitere Funktion hat sie bei der Identifikation von praktischen Bedürfnissen und veränderten Überzeugungen, sowie bei der Beantwortung der Frage, wie sich diese gesellschaftlichen Veränderungen in rechtlicher Hinsicht umsetzen lassen. Hierbei sollte jedoch, mit Blick auf die Veränderung des Rechts wegen gewandelter Überzeugungen, Vorsicht geboten sein. Zudem ist die Rechtswissenschaft auch für die Bewältigung von den, durch Veränderungsprozessen ausgelöst, neuen Schwierigkeiten und

Problemen gehalten, den Weg für die Rechtsprechung und die Gesetzgebung zu ebnen. Dies gilt auch für solche Schwierigkeiten und Probleme, die gerade erst durch die Metamorphose des Zivilrechts entstehen. Hier kann entsprechendes jedoch nur gelingen, wenn die Auslöser der Veränderung offengelegt werden. Diesbezüglich ist insbesondere von der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber Ehrlichkeit im Hinblick auf die jeweiligen Beweggründe zu fordern.