

MICHAEL BECKER

Der unfaire Vertrag



Mohr Siebeck

Michael Becker

Der unfaire Vertrag

Verfassungsrechtlicher Rahmen in privatrechtlicher
Ausfüllung



Mohr Siebeck

Michael Becker: Geboren 1955; 1984 Promotion; 1995 Habilitation; Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Zivilprozeßrecht und Internationales Privatrecht und Direktor am Institut für Ausländische und Internationale Rechtsangleichung der Technischen Universität Dresden.

ISBN 3-16-148210-7 / eISBN 978-3-16-162985-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Müller + Bass in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Das Phänomen des unfairen Vertrages fällt in Deutschland nicht ausschließlich in die Domäne des bürgerlichen Rechts. Einige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben seine Virulenz zutage gefördert und mit Nachdruck ins Bewußtsein der Zivilistik gerückt, so daß diese sich damit zu beschäftigen hat. Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, daß nicht jedes unvorteilhafte Rechtsgeschäft ein unfaires ist, das schon deshalb unverbindlich wäre. Vielmehr bewendet es beim Grundsatz des *pacta sunt servanda* und der Exklusivität der Lösungsmöglichkeiten vom ungewollten Vertrag. In die Kategorie des unfairen Vertrages fällt eine verschwindend geringe Menge gemessen an der Gesamtzahl aller Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens. Dennoch darf sie nicht vernachlässigt werden, weil sich die Validität privatautonomer Gestaltung von Lebensverhältnissen in diesem Randbereich ebenso bewähren muß.

Die Aufgabe besteht vor allem darin, die Grundlagen der Privatautonomie mit den Grenzen einer richterlichen Inhaltskontrolle zum Ausgleich zu bringen. Die Rechtsprechungsfälle zum strukturellen Ungleichgewicht erweisen sich bei näherem Zusehen als ein Problem der Bewältigung privater Macht. Verträgen, die auf einer privaten Machtstellung einer Seite beruhen, fehlt tendenziell die Richtigkeitsgewähr privatautonom bestimmten Handelns. Dies bewirkt nicht zwangsläufig ihre Nichtigkeit, löst aber in der Regel eine Geltungskontrolle aus, deren privatrechtliche Maßstäbe und Rechtsfolgen zu definieren sind.

Das Verständnis von Vertragsfreiheit ist, wie das aller Institutionen des Privatrechts, dem Wandel der Zeiten ausgesetzt. Die Entwicklung ist keineswegs abgeschlossen, sondern steht mit Bezug auf das unfaire Rechtsgeschäft noch ganz am Anfang der Ausprägung einer tragfähigen zivilistischen Dogmatik. Dazu möchte die vorliegende Schrift einen Beitrag leisten.

Bei der Realisierung des Projekts hat sich Frau Silke Götte große Verdienste erworben. Sie hat das schwierige Manuskript von Anfang an be-

treut und ihm mit sehr viel Kompetenz und Geduld eine reppureife Gestalt gegeben, was die Drucklegung außerordentlich erleichtert hat. Dafür gebühren ihr Dank und Anerkennung.

Dresden, 3. Oktober 2003

Michael Becker

Inhalt

Vorwort	III
Abkürzungen	VII
I. Einleitung	1
II. Vertragsfreiheit und ihre Entfaltungsbedingungen im allgemeinen	4
1. Zivilrechtliche Grundlagen	4
2. Wechselwirkungen zwischen Verfassung und Privat- rechtsordnung	16
III. Inhaltskontrolle familienrechtlicher Verträge	19
1. Versorgungsausgleich	21
2. Zugewinnausgleich	23
3. Unterhaltsvereinbarungen	25
4. Erbverzicht	30
5. Globalverzicht	31
IV. Typus und Rechtsanwendung	34
V. Erbrechtliche Geschäfte	38
VI. Kriterien für eine Inhaltskontrolle	41
1. Zeitpunkt und Begleitumstände des Vertragsschlusses	41

2. Persönliche Situation der Vertragspartner	42
3. Vermögens- und Einkommenslage	43
4. Ausbildungsstand und intellektuelle Fähigkeiten	44
5. Auswirkungen auf Dritte	45
6. Verstöße gegen Grund- und Menschenrechte sowie gegen Grundfreiheiten	46
7. Form der Vereinbarung	47
8. Verhältnis von Leistung und Gegenleistung	48
9. Typus- und Leitbildabweichungen	50
10. Gestörte Vertragsparität	52
11. Natur des Rechtsverhältnisses	53
12. Ökonomische Analyse von Vertragsbedingungen	54
13. Spezifische Mächtigkeit eines Vertragsteils	55
14. Arbeitsrecht	56
15. Familienrechtliche Vereinbarungen	57
VII. Begrenzung der Inhaltskontrolle	59
VIII. Verträge unter Beteiligung juristischer Personen	61
IX. Geschäfte mit Auslandsberührung	66
X. Inhaltskontrolle im Prozeßrecht	68
XI. Fazit	71
Schrifttum	74
Sachregister	77

Abkürzungen

Die hier verwandten Abkürzungen erfolgen durchgängig in Anlehnung an HILDEBERT KIRCHNER/CORNELIE BUTZ, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. 2003. Im übrigen werden folgende Abkürzungen gebraucht:

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
All E. R.	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
CA	Court of Appeal
Erw.	Erwägung; Erwägungsgrund
FN	Fußnote
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
L. Rev.	Law Review
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rz.	Randziffer
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919 (RGBl. 1383)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907

I.

Einleitung

Seiner bisherigen Judikatur zur Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge¹ hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts² mittlerweile einen weiteren bemerkenswerten Baustein hinzugefügt. Es liegen damit drei verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu ganz heterogenen Rechtsgebieten vor, nämlich zur fremdnützigen Personalkreditsicherung, zum Handelsvertretervertrag und zum familienrechtlichen Unterhaltsverzicht. Zusammengenommen fordert diese Rechtsprechung nach einer Systematisierung, die sich vor allem darum bemühen muß, die Vorgaben des Verfassungs- und Europarechts in die nationale Zivilrechtsordnung einzufügen. Dies geschieht einstweilen noch in einem Spannungsfeld zwischen Zivilrechtsdogmatik und Verfassungsrecht, woraus sich wenigstens folgende Fragen ergeben: Was folgt aus der Verfassungsrechtsprechung zur Vertragsfreiheit und zum Kräftegleichgewicht für das Vertragsrecht im allgemeinen? Wie sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben privatrechtlich umzusetzen, insbesondere anhand welcher Generalklausel hat die Implementierung zu erfolgen? Wie intensiv ist die gerichtliche Kontrolldichte und wieweit reichen die richterlichen Interventionsbefugnisse?

Jedes der erwähnten Urteile befaßt sich, von verschiedenen Ausgangspunkten kommend, mit der Vertragsfreiheit, ihren Wirkungsvoraussetzungen, ihren Grenzen und den denkbaren Korrektiven, die unter dem Oberbegriff der richterlichen Inhaltskontrolle zusammengefaßt sind. Der Klärung bedarf, falls dies von Verfassungs wegen zwingend geboten ist, ob ein Zivilgericht intervenieren und einen privatrechtlichen Vertrag³ für unwirk-

¹ BVerfGE 81, 242 zur Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter; BVerfGE 89, 214 betreffend die Wirksamkeit einer Bürgschaftsverpflichtung eines vermögenslosen Bürgen; ferner die Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats NJW 1994, 2749 und NJW 1996, 2021; im Gefolge dessen BGH WM 1994, 1022 (1023 ff.) für den Schuldbeitritt.

² BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343 mit Anm. SCHWAB.

³ Nur der Abrundung halber ist darauf hinzuweisen, daß die aufgeworfene Rechtsfrage sich ebenso im öffentlichen Recht stellen kann, da sie das Vertragsrecht im weiteren Sinne berührt. Allerdings sind die Akzente im öffentlichen Recht etwas anders zu setzen. Im Recht der öffentlichrechtlichen Verträge verlangt die mit BVerfGE 81, 242 eingeleitete Rechtsprechung ebenfalls Beachtung, weil die öffentliche Hand als Vertragspartnerin ihre generelle Grundrechtsbindung nicht dadurch abstreifen kann, daß sie sich des öffentlichrechtlichen Vertrages als Handlungsform bedient. Anders demgegenüber die h. M.,

sam erklären oder in seinen Verpflichtungsumfang reduzieren oder den äußeren Rechtmäßigkeitsgrenzen anpassen darf. Die jüngste Entscheidung betrifft die gerichtliche Kontrolle ehevertraglicher Abreden, die vor der Eheschließung getroffen sind, aber die naheheliche Betreuungs- und Unterhaltssituation zum Gegenstand haben. Dies fordert im besonderen Maße eine Hinterfragung der Legitimität und der Angemessenheit einer privatautonomen Gestaltung heraus, da solche Vereinbarungen erfahrungsgemäß erst einige Zeit nach dem Abschlußzeitpunkt zur Geltung gelangen und ihre Auswirkungen in vollem Umfange zu erkennen geben. Überdies wohnt ihnen die Tendenz inne, zu Lasten Dritter zu gehen.

Die drei Entscheidungen lassen sich einstweilen dahin zusammenfassen, daß der unfaire Vertrag auch zivilrechtlich keinen Bestand haben kann, weil er außerhalb der Privatautonomie steht. Ihr gemeinsamer Nenner besteht unabhängig von der Singularität der Fallkonstellationen in einem unfairen Vertrag auf tatbestandlicher Seite, der gekennzeichnet ist durch ein schlechterdings nicht akzeptables Vertragsergebnis, das sich existenzbedrohend auswirkt und in den drei Urteilen mit einem Kräfteungleichgewicht einherging. Die Rechtsfolge besteht in einer richterlichen Interventi-

die aus § 59 VwVfG ableiten will, daß beim verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht jeder Rechtsverstoß, sondern nur qualifizierte Fälle der Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit führen sollen, siehe für die ständige Rechtsprechung BVerwGE 42, 331 (335 ff.) sowie 89, 7 (10), ablehnend demgegenüber ERICHSEN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 26 Rz. 10; MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14 Rz. 34. Im öffentlichen Recht gilt das Gesagte noch um so mehr wegen der Gesetzes- und Grundrechtsbindung der Verwaltung. Eine Auflockerung dieser Bindung kommt dagegen nicht in Betracht. Die Inhaltskontrolle gilt für den Gleichordnungs- wie für den subordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Vertrag, selbst wenn dieser nicht bereits nach § 59 VwVfG nichtig sein sollte. Rechtsverstöße, die unterhalb der Stelle der qualifizierten Rechtswidrigkeit liegen, bleiben demnach einer Inhaltskontrolle vorbehalten; denn die Inhaltskontrolle ist nicht privatrechtsspezifisch zu verstehen, sondern auf alle Formen von Ungleichgewichtslagen anwendbar, mithin erst recht, wenn sich der schutzwürdige Vertragspartner hoheitlicher statt privater Macht gegenübersteht. § 59 VwVfG behandelt nur die Nichtigkeit, enthält indes keine Aussage über andere Gründe der Unwirksamkeit. Vielmehr belegt § 62 VwVfG, daß das Gesetz diesbezüglich keine abschließende Regelung getroffen hat. Es verbietet sich daher der Rückschluß, daß Gründe, die nicht unter die §§ 59, 60 subsumierbar sind, automatisch die Vertragsgültigkeit nach sich ziehen. Im Gegenteil ist durch § 62 Satz 2 die privatrechtliche Inhaltskontrolle ohne weiteres ins öffentliche Recht inkorporiert. Daraus folgt: Wenn man eine verfassungskonforme Auslegung von § 59 II VwVfG im Hinblick auf die Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG mit der oben nachgewiesenen h. M. nicht zuläßt und den nur rechtswidrigen verwaltungsrechtlichen Vertrag als wirksam behandelt, so verbleibt doch wenigstens die Möglichkeit, Verstöße gegen die Gesetzesbindung der Verwaltung oder Grundrechtsverletzungen über eine Inhaltskontrolle mit dem Ziel zur Geltung zu bringen, daß der Vertrag insofern nicht durchsetzbar ist.

onspflicht zum Schutz der schwächeren Partei, jedenfalls im Verbot der Sanktionierung des unfairen Vertrags. Diese noch sehr abstrakte Beschreibung bedarf im Folgenden einer Präzisierung, um zu operativen Rechtssätzen für die praktische Arbeit des Zivilrichters zu gelangen. Die notwendigen Verfeinerungen und Ausprägungen in Fallgruppen werden fallweise erfolgen müssen.

II.

Vertragsfreiheit und ihre Entfaltungsbedingungen im allgemeinen

Spätestens seit der Weimarer Zeit sind Privatautonomie und Vertragsfreiheit Topoi des Privat- und des Verfassungsrechts. Das Grundgesetz spricht die Vertragsfreiheit zwar nicht eigens an, überläßt sie deshalb aber nicht allein dem Privatrecht. Ihre Verortung bei der allgemeinen Handlungsfreiheit macht deutlich, daß die freie Entfaltung der Persönlichkeit eines Vertragspartners ihre Schranke in den schützenswerten Rechten des anderen findet. Der vertragliche Konsens vollzieht sich als Ausdruck beiderseitiger Vertragsfreiheit, weshalb die Verfassungsgarantie auf praktische Konkordanz angelegt ist. Der grundrechtliche Schutzauftrag gebietet, daß ein Gericht nicht einfach sanktionieren darf, was die Parteien vereinbart haben, sondern ebenso zu prüfen hat, ob die Geltungsbedingungen hierfür auf beiden Seiten vorliegen. Vor allem darf der Vertrag nicht als Herrschaftsinstrument einer Partei über die andere dienen⁴. Auf die beiden Standbeine der Vertragsfreiheit, das privatrechtliche wie das verfassungsrechtliche, ist im Folgenden einzugehen.

1. *Zivilrechtliche Grundlagen*

Die Vertragsfreiheit, verstanden als eine gegebene Selbstherrlichkeit des Einzelnen in den eigenen Dingen, die aber rechtlichen Bindungen unterliegt, ist ungeschriebener Bestandteil des einfachen Rechts und des Verfassungsrechts⁵. Ihr sind geschriebene und ungeschriebene Schranken immanent, die gleichermaßen auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung zu beziehen sind. Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen privatautonomer Gestaltung gehört namentlich die Abwesenheit der Machtstellung eines Partners. Indes ist jeweils auf die Besonderheiten des einzelnen Rechtsgebiets Bedacht zu nehmen, in dem Vertragsfreiheit ihre Geltung entfalten soll. Diese grundsätzliche Aussage gilt ohne Abstriche für das Schuldrecht

⁴ L. RAISER JZ 1958, 1 (6).

⁵ Statt aller siehe FLUME, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 12 ff., 17 ff.; speziell zum Verhältnis Privatrecht-Verfassungsrecht CHRISTIAN HEINRICH, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 69 ff.

(§ 311 I BGB), doch haben Privatautonomie und Vertragsfreiheit ebenso ihren Platz im Sachen-, Familien- und Erbrecht. In diesen stärker reglementierten Rechtsgebieten bedarf es einer Ausrichtung auf die dort zu verwirklichenden besonderen Schutzanliegen im Interesse der Parteien, Dritter sowie der Allgemeinheit. Jedenfalls darf die Vertragsfreiheit nicht als Instrument zur Denaturierung tragender Institutionen mißbraucht werden.

Dieser Befund hat zu keiner Verwerfung und auch zu keiner Krise des liberalen Vertragsmodells geführt, wohl aber zu einer Rückbesinnung auf seine Grundlagen und Grenzen. In der neueren Gesetzgebung werden die damit einhergehenden Verfeinerungen unmittelbar sichtbar. Es genügt der Hinweis auf die neuen §§ 13 und 14 BGB sowie die Richtlinie 93/13 EWG vom 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen⁶, insbesondere deren Erwägungsgrund Nr. 16. Was sich hier nach Art eines Programmsatzes liest, ist – so hat man § 310 III mit seiner Verweisung auf die §§ 307–309 BGB zu entnehmen – mit Hilfe einer Inhaltskontrolle⁷ umzusetzen. Noch darüber hinausgreifend hat sich die Rechtsprechung sogar gänzlich von den Grundkategorien Verbraucher–Unternehmer gelöst.

Der Sache nach ist damit unter der Hand ein neuer Grund für die Lösung vom ungewollten Vertrag bzw. eine Modifizierung der Erfüllungshaftung anerkannt. Der unfaire Vertrag ist für die benachteiligte Partei nicht bindend, für die begünstigte Partei andererseits nicht durchsetzbar, selbst

⁶ ABl. EG Nr. L 95 vom 21.04.1993, S. 29.

⁷ Der Terminus Inhaltskontrolle wird hier in einem umfassenden Sinne gebraucht, also nicht im Sinne einer neueren Auffassung, die zwischen Inhaltskontrolle im eigentlichen Sinne und einer Rechtsausübungskontrolle unterscheiden will, so etwa DAUNER-LIEB AcP 201 (2001), 295 (325-329) oder LANGENFELD DNotZ 2001, 272 (278 f.). Gemeint ist, daß die benachteiligte Partei den Vertrag nicht gegen sich gelten lassen muß ohne Rücksicht darauf, ob der hierfür ausschlaggebende Grund schon bei Vertragsschluß vorhanden war oder erst später zur Entstehung kam, wie beispielsweise die Geburt weiterer Kinder, die die Leistungsfähigkeit des auf Unterhaltszahlungen verzichtenden Vertragsteils negativ berührt. Rechtsfolge ist, daß die begünstigte Seite ihren Rechtsstandpunkt nicht durchsetzen kann, weil dem Teil, zu dessen Gunsten die Inhaltskontrolle Platz greift, ein Leistungsverweigerungsrecht gleichen Umfangs erwächst. Inhaltskontrolle ist im ständigen Sprachgebrauch der Zivil- und Arbeitsgerichte ein Oberbegriff für die Überprüfung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts auf Gültigkeitsmängel aller Art auf tatbestandlicher Seite und anhand verschiedener Prüfungsmaßstäbe. Ob infolgedessen der Vertrag in toto oder teilweise unwirksam ist, betrifft die Rechtsfolgenseite der Inhaltskontrolle. Die andere Einteilung, wonach die Überprüfung anhand der §§ 134, 138 BGB Inhaltskontrolle, die Überprüfung gemäß § 242 BGB oder die Berücksichtigung von Umständen nach Vertragsschluß eine Rechtsausübungskontrolle bedeute, entspricht nicht der Systematik der §§ 307-309 BGB und wird von BVerfGE 103, 89 (91 f. sub A. I. 3. a) mit Recht nicht übernommen, da sie nur Verwirrung stiften kann.

wenn ihr die Übervorteilung nicht bewußt und sie auch sonst gutgläubig ist⁸. Unfair ist ein Vertrag im wesentlichen dann, wenn er keinen beiderseitig angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu leisten vermag. Grundsätzlich aber müssen die Zivilgerichte den rechtsgeschäftlich betätigten Willen der Parteien sanktionieren. Der übereinstimmend geäußerte Wille hat zunächst die Vermutung der Richtigkeit und Angemessenheit des Vereinbarten auf seiner Seite. Privatautonomie verbürgt das Gütesiegel der Richtigkeitsgewähr⁹. Die Vermutung ist erschüttert, wenn der Leistungsaustausch durch eine besonders einseitige Verteilung der vertraglichen Risiken und Lasten gekennzeichnet ist oder wenn sich die Parteien in einer erheblich ungleichgewichtigen Verhandlungsposition befunden haben. Dies erzeugt einen Bedarf an Gegengewichten, die verschiedener Art sein können. Die Gegengewichtsfunktion kann vom Markt mit seiner entmachtenden Wirkung ausgehen¹⁰. Ist der Markt wegen der herrschenden Wettbewerbsstrukturen oder wegen einer allgemeinen Standardisierung der Vertragsbedingungen nicht in der Lage, Abhilfe zu schaffen, dann hat das Recht korrigierend einzugreifen, indem es einen Vertrag, der nicht unter den Bedingungen einer unverfälschten Vertragsfreiheit eingegangen wurde, modifiziert oder den Rechtsschutz völlig versagt.

Die Ungleichgewichtslage ist als solche erst relevant, wenn sie tatsächlich zu einem beanstandungsbedürftigen Vertragsinhalt führt¹¹. Der Blick des Richters richtet sich damit entscheidend auf das Ergebnis, die Relation von vertraglicher Leistung und Gegenleistung. Dies ist ein Feld, das der AGB-Kontrolle nach § 307 III 1 BGB grundsätzlich verschlossen ist, in dessen bei der allgemeinen Inhaltskontrolle nicht gleichermaßen unberücksichtigt bleiben darf, weil sich naturgemäß in diesem Bereich die einschneidendsten Auswirkungen für die benachteiligte Vertragspartei er-

⁸ In diesem Fall müßte eine Haftung auf Aufhebung des Vertrages aus culpa in contrahendo ebenfalls ausscheiden.

⁹ Der schillernde Begriff geht zurück auf SCHMIDT-RIMPLER *ÄCP* 147 (1941), 130 besonders 149, 173. Später hat Schmidt-Rimpler (in: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift L. Raiser*, 1974, S. 3 [11 ff.]) seine Gedanken selbst präzisiert und den Begriff näher erläutert.

¹⁰ GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, 1995, S. 12 ff. mit der treffenden Feststellung, daß das Kräfteungleichgewicht für sich genommen noch keinen Interventionsgrund abgibt, da der Vertrag trotz eines bestehenden Ungleichgewichts im übrigen fair sein kann.

¹¹ Der mißverständlich formulierte zweite Leitsatz von BVerfGE 89, 214 wird S. 232 ff. dahingehend präzisiert, daß es nicht auf die Ungleichgewichtslage per se, sondern entscheidender auf die ungewöhnlich starke Belastung des benachteiligten Vertragspartners ankommt.

geben¹². Der Sache nach bedeutet diese Kontrolle die Einführung eines neuen Mittels zur Lösung vom unvorteilhaften Vertrag oder wenigstens zu dessen Modifizierung. Sie sorgt für eine gewisse Rechtsunsicherheit, weil die vertraglichen Rechte möglicherweise nicht durchsetzbar sind. Dies trifft die Parteien indes nicht aus heiterem Himmel: Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen läuft stets Gefahr, daß diese eine Kontrolle nicht passieren. Dieses Risiko läßt sich abmildern durch völligen Verzicht auf AGB, das Aushandeln von Vertragsbedingungen oder die Verwendung fairer Bedingungen. Das entspricht im allgemeinen dem modernen Verständnis von Vertragsfreiheit und Privatautonomie, verlangt doch das Gebot von Treu und Glauben von Gewerbetreibenden gegenüber Verbrauchern, daß auf letztere nicht in unlauterer Weise eingewirkt wird und daß sich erstere billig und loyal verhalten und den berechtigten Verbraucherinteressen Rechnung tragen¹³. Ist dies befolgt, übersteht der Vertrag die richterliche Kontrolle. Andernfalls müssen die Zivilgerichte intervenieren, wobei ihnen die bekannten Instrumente des Privatrechts zu Gebote stehen. Reichen diese nicht hin, so bleibt der Rückgriff auf die Inhaltskontrolle, die vorgenommen werden muß, wenn die zivilrechtliche Entscheidungslage Verfassungsrelevanz gewinnt, weil eine Partei ungewöhnlich stark und in existenzbedrohender Weise von der Vertragsimparität betroffen ist. Dies folgt aus der Vertragsfreiheit, die Horizontalwirkung entfaltet, also nach beiden Seiten hinsichtlich ihrer Garantie und ihrer Schranken wirkt. Denn jede Partei handelt bei Vertragsschluß in Ausübung ihrer verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit: Die begünstigte Partei, indem sie auf abredegemäße Erfüllung pocht, die benachteiligte Seite dadurch, daß sie Freiheit vom unfairen Vertrag, d. h. Schutz vor unangemessener Benachteiligung, reklamiert. Die Verwendung mißbräuchlicher Klauseln oder unfairer Vertragsbedingungen verschließt eine Berufung auf die Vertragsfreiheit, an der beide Seiten teilhaben. Die Grundrechtspositionen der Kontrahenten befinden sich in einer Wechselwirkung und verlangen nach einer Begrenzung, die es erlaubt, daß beide Seiten in den Genuß der Garantie kommen¹⁴. Die Inhaltskontrolle ist danach eine zulässige Schrankenkonkretisierung der Privatautonomie. Sie entspricht in rechtsvergleichender Um-

¹² § 307 III BGB bedarf daher wohl im Lichte dieser Urteile entweder einer verfassungskonformen Auslegung oder man läßt daneben eine allgemeine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB zu. Die Änderung in der Rechtslage gegenüber § 8 AGBG zeigt sich im neuen § 307 III 2 BGB.

¹³ So namentlich Erwägungsgrund Nr. 16 der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (wie FN 6).

¹⁴ So bereits BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) NJW 1994, 2749 (2750 I. Sp.).

schau der angloamerikanischen Lehre von der unconscionability¹⁵, wobei in Deutschland die Verfassungsrechtsprechung vorläufig die Rolle der equity courts einnimmt. Dessen ungeachtet bleibt die privatrechtliche Implementierung Aufgabe der Zivilgerichte, die sich hierbei in den Bürgerschaftsfällen des Weges über § 138 I BGB bedient haben¹⁶.

Die Zivilrechtssprechung setzt den Verfassungsauftrag zur Inhaltskontrolle zumeist im Sinne einer Überprüfung am Maßstab des § 138 BGB um. Dies ist aber nur eine Option, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zwingend geboten und zivilrechtlich kaum generell zweckmäßig ist. Privatautonomie und Vertragsfreiheit werden vielfach pauschal der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG zugeordnet. Die Erwähnung des Sittengesetzes in der Schrankentrias von Art. 2 I GG mag dafür verantwortlich sein, daß man auch einfachrechtlich die Sittenwidrigkeit als vorrangige Schranke der Vertragsfreiheit ansieht. Dies ist aber keineswegs zwingend. Vielmehr beläßt die Verfassungsrechtsprechung den Zivilgerichten ausdrücklich Raum für die Entwicklung eines eigenen, flexiblen Instrumentariums, mit dem sie die verfassungsrechtlichen Vorgaben umsetzen können.

Aus der eigenartigen Verknüpfung der Inhaltskontrolle mit der Gewährleistung der Privatautonomie in ihrer jeweiligen Ausprägung und deren Schranken folgt die Schwierigkeit, eine allgemeingültige zivilrechtliche Doktrin der Inhaltskontrolle zu formulieren. Soweit die Notwendigkeit einer solchen Kontrolle besteht, muß sie zivilrechtlich die verfassungsrechtlichen Vorgaben mit Bezug auf Gewährleistungsumfang und -schränken nachvollziehen, damit die Verhältnismäßigkeit von Schutzbereich und Begrenzung im Sinne der Wechselwirkungslehre¹⁷ gewahrt bleibt. Die bisher vorliegenden Judikate zeigen exemplarisch auf, daß sich Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht einheitlich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ableiten lassen, sondern eine ausschnittsweise Differenzierung notwendig ist, die Bedeutung für den Stellenwert der konkreten Gewährleistung wie für ihre Schranken hat. Hieraus ergeben sich im ein-

¹⁵ Hierzu statt vieler die historische und vergleichende Darstellung von R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Nachdruckausgabe Cape Town/München, 1992, S. 258 ff.

¹⁶ Seit BVerfGE 89, 214 siehe nur BGHZ 125, 206 oder 128, 230. In BVerfGE 103, 89 kam ein Rückgriff auf § 138 BGB nicht in Betracht: Die Frau selbst hat den Vertragsschluß angeregt, um den Mann zur Eingehung der Ehe zu bewegen. Dieser hatte auf die Frau keinerlei Druck ausgeübt, und der abgeschlossene Unterhaltsvertrag stand im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung der Zivilgerichte, siehe Nachweise S. 91 ff. sub 3 a. Es fehlte daher am objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit.

¹⁷ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205 ff.) – LÜTH.

zelenen die Unterschiede in den verfassungsrechtlichen Maßstabsnormen: Art. 14 GG gilt insoweit, als es um die vertragliche Disposition über property rights geht, Art. 12 GG ist einschlägig bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung zum Zwecke der Vermarktung der eigenen Arbeitskraft¹⁸, Art. 9 I GG gebietet Beachtung bei der Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen oder Satzungen und endlich sind bei der Beurteilung familienrechtlicher Vereinbarungen die Maßgaben von Art. 6 II und IV GG neben Art. 2 I GG zu beachten. Die Unterschiede im Garantieuumfang und in der Schrankensystematik bilden sich zivilrechtlich analog im Kontrollmaßstab, bei der Prüfungsdichte und bei der Verhältnismäßigkeit der zu verhängenden Sanktion ab. Daraus folgt zivilrechtlich, daß eine Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Abrede nur in Betracht kommt, wenn das Verfassungsrecht ein entsprechendes Abwägungsergebnis vorzeichnet, so daß die Nichtigkeit nach § 134 oder § 138 BGB unausweichlich ist. Ist die Grundrechtsgarantie unantastbar – wie etwa die Menschenwürde nach Art. 1 I GG – und praktisch keiner Güterabwägung zugänglich¹⁹, so führt eine Inhaltskontrolle zur Nichtigkeit eo ipso ohne richterliche Bewertungsmöglichkeit. Die gerichtliche Kontrolldichte ist dementsprechend intensiv, da das rechtsgeschäftliche Ermessen der Privatrechtssubjekte relativ eingeschränkter ist. Ist dagegen die konkrete Betätigung privatautonom Handelns „nur“ bei Art. 2 I GG anzusiedeln, da für sie keine speziellere Grundrechtsgarantie einschlägig ist, fällt die richterliche Inhaltskontrolle wegen der weiteren Schrankenvorbehalte weniger intensiv aus, weshalb mit einer eo ipso – Unwirksamkeit nach § 138 BGB zurückhaltender umzugehen ist²⁰. Das

¹⁸ Siehe BVerfGE 81, 242.

¹⁹ DREIER, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 1996, Art. 1 I Rz. 71 mit Belegstellen.

²⁰ Dies sei am Beispiel des Falles von BVerfGE 89, 214 verdeutlicht: Wenn das Verfassungsgericht beanstandet, daß die Zivilgerichte aus der Bürgschaft verurteilt haben, weil sie die Verfassungsorientierung übersehen haben, so muß die nachfolgende zivilgerichtliche Endentscheidung nicht zwingend in der Annahme der Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages nach § 138 I BGB liegen. Es käme vielmehr eine Reduktion in Betracht, die die tatsächliche und aktuelle Leistungsfähigkeit eines minderbemittelten Bürgen beachtet. Das Verfassungsgericht behält diese Entscheidung ausdrücklich dem fachgerichtlichen Ermessen vor. Selbst wenn dem Bürgen aktuell keine Leistung an den Gläubiger zuzumuten ist, so erscheint es nicht einsehbar, warum der Bürge für alle Zukunft auch für den Fall befreit sein soll, daß sich seine wirtschaftliche Situation so durchgreifend gebessert hat – etwa infolge einer Erbschaft oder eines Lottogewinns – daß er der Verpflichtung ohne Gefährdung seiner materiellen Existenz nachkommen könnte. Man mag an ein Leistungsverweigerungsrecht denken, das an der Frist des § 197 I Nr. 3 BGB auszurichten wäre. Danach wäre der Anspruch aus der Bürgschaft realisierbar bei Besserung der Einkommenslage. Die zivilrichterliche Inhaltskontrolle läuft demnach auf eine temporäre

Abwägungsergebnis ist dann weniger vorbestimmt. Die Inhaltskontrolle mit Art. 6 GG als Maßstabnorm rangiert etwa in der Mitte der Skala angesichts der Wertigkeit von Ehe und Familie in der Rechts- und Verfassungsordnung. Entsprechend sensibel müssen privatrechtliche Vereinbarungen in diesen Bereichen beurteilt werden. Die frühere Rechtsprechung ist einer Revision zu unterziehen²¹.

Die Frage nach der exakten dogmatischen Umsetzung der verfassungsrechtlichen Maßgaben ist nach wie vor offen. Der Leitsatz in BVerfGE 89, 214 läßt jedoch auf einen breiten fachgerichtlichen Ermessensspielraum durch die Bezugnahme auf die privatrechtlichen Generalklauseln in den §§ 138, 242 BGB schließen. Beide Rechtsbehelfe stehen aber nicht beliebig nebeneinander, sondern unterscheiden sich in ihrer Rolle als Pannenhilfsdienst für unfaire oder diktierte Verträge grundsätzlich voneinander. Der unfaire Vertrag kann wucherisch sein oder knebelnd wirken, so daß er nach § 138 BGB nichtig ist. In beiden Fällen haftet dem Vertrag das moralische Unwerturteil der Sittenwidrigkeit im weiteren Sinne an, was derjenigen Partei, welche sich auf die Unwirksamkeit berufen will, entsprechende Darlegungs- und Beweisanforderungen auferlegt, so daß es im non liquet beim Gebundensein der benachteiligten Partei bewendet. Dagegen gibt es bei der allgemeinen Inhaltskontrolle keinen Nachweis einer verwerflichen Gesinnung oder einer Schädigungsabsicht. Unter bestimmten Umständen hat die benachteiligte Partei einen Anspruch auf Entlassung aus einem ungewollten Vertrag²². Die begünstigte Partei schuldet der benachteiligten die Abgabe einer dahinlautenden Willenserklärung. Rechtsgrundlage ist ein Schadensersatzanspruch, der auf ein Verschulden aus Anlaß der Vertragsverhandlungen zurückgeht (§ 311 II BGB). Sie bleibt damit aber eine verschuldensabhängige Haftung. Gleichwohl besteht jenseits dessen ein Bedürfnis nach einer Lossagung vom unfairen Vertrag, der nicht das Stigma der §§ 134, 138 BGB trägt, selbst wenn die begünstigte Partei clean hands hat. Zu erinnern ist an die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, wo die Umstandsveränderung das Rechtsgeschäft ebenfalls aus

Verschonung des mittellosen Bürgen hinaus. Eine dauernde Befreiung ohne Rücksicht auf eine denkbare Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die gerade den Anlaß zur Inhaltskontrolle geben, ist andererseits ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsfreiheit des Gläubigers und seine berechtigten Erwartungen. Die Zivilrechtsprechung stellt den Bürgen mit einer völligen und sofortigen Haftungsfreistellung über § 138 I BGB besser als ihn das Gesetz nach §§ 286 ff. InsO stellen will.

²¹ Siehe etwa BGH JZ 1997, 411 mit kritischer Anm. DETHLOFF.

²² Eingehend hierzu S. LORENZ, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, besonders S. 387 ff.

Sachregister

Die Verweise erfolgen grundsätzlich auf die Seiten.

- Abfindungsklauseln
 - in Ehegüterverträgen 24; 35; 58 (FN 156)
 - in Gesellschaftsverträgen 24; 35
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 7; 17
- Assoziierungsfreiheit 36

- Bekennnisfreiheit 38
- Bürgschaft 9 ff.; 37

- Ehetypen 23; 34 ff. (FN 96)
- Eheverträge 21 ff.; 57 f.
- Erbverzicht 30 f.
- EU-Richtlinie 93/13 EWG 5; 14 (FN 33); 17 (FN 43)

- fiduciary duty 49 (FN 136)
- Form des Rechtsgeschäfts 26 (FN 71); 47 f.

- Globalverzicht 31 ff.
- Grundrechte 46 ff.
 - Drittwirkung 16 f.
 - praktische Konkordanz 4; 59
 - Reflexwirkung 14
 - und IPR 16 f. (FN 41); 66 f.
- Gütertrennung 20; 32

- Inhaltskontrolle
 - Grenzen 59
 - Maßstäbe 14; 41 ff.
 - und Verfassungsrecht 16 ff.
 - Voraussetzungen 5 ff.
 - zivilrechtliche Grundlagen 4 ff.

- Interessenkollision 49 (FN 136)
- Internationales Privatrecht 17 (FN 41); 47 f.; 66 f.

- Konzernrecht 61 ff.
 - Unternehmensverträge 62 f.
 - Spruchstellenverfahren 63

- Macht, private 55 f; 71 ff.
- Minderheitenschutz 55 f.
- Minderjährigenschutz 28; 43

- öffentlich-rechtlicher Vertrag 1 (FN 3)
- Ökonomische Analyse 54 f.
- Ordre public 13; 36; 66

- Prozeßrecht
 - Inhaltskontrolle 68 ff.
 - repräsentative Prozeßführung 69

- Rechtsgeschäftstypus 34 ff.; 50 ff.

- Scheidungsfolgenvereinbarung 21 ff.
- Schuldbeitritt 44 (FN 116)

- Tendenzträger 60
- Terminierungspräferenz 19 (FN 45)
- Testierfreiheit 38 ff.
- Transaktionskosten 54
- Trustprinzip 49 (FN 136)

- unconscionable contract 8; 49 (FN 136)
- Ungleichgewichtslagen 6; 15; 55

Unterhalt

- Ehegatten- 28
- Kindes- 28 f.
- -sfreistellung 29
- -sranng 25; 29 f.
- -srückgriff 25
- -svereinbarung 25 ff.
- -sverzicht 32

Verbandsperson 61

Verbrauchervertrag 14

Verfassungsrecht 16 ff.

Verhältnismäßigkeit 8 f.; 12; 59

Verhandlungsmacht 41; 49 f.

Versorgungsausgleich 21 ff.

Vertrag

- diktierter 13 (FN 29)
- modifizierter 12 f.; 59
- öffentlichrechtlicher 1 (FN 3)

Vertragsfreiheit 4 ff.

– nach Privatrecht 4 ff.

– nach Verfassungsrecht 16 ff.

Wettbewerbsabrede 11

Zugewinnausgleich 23 ff.