

## THEMA BANKBÜRGSCHAFT

## Das Recht des Stärkeren und seine grundgesetzliche Beschränkung

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1993<sup>1</sup> hat weit über das Bürgschaftsrecht hinausreichende Auswirkungen. Kernpunkt der verfassungsrechtlichen Aussage ist, daß die Zivilgerichte künftig – wesentlich mehr als bislang – bei der „Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB „verpflichtet sind, die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 I GG zu beachten“. Angesagt ist mithin eine „Inhaltskontrolle“ von Verträgen, sofern diese „einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind“.<sup>2</sup> Ziel dieses Beitrages ist es, Inhalt und Grenzen dieses verfassungsrechtlichen Ansatzes näher zu beleuchten.

### Die Entscheidung des BVerfG

Der zugrundeliegende Sachverhalt des angegriffenen BGH-Urteils vom 16.3.1989<sup>3</sup> ist rasch erzählt: Für ihren Vater – dieser war als Immobilienmakler tätig – hatte seine damals 21 Jahre alte Tochter bei der Stadtparkasse Cuxhaven eine Bürgschaftsurkunde mit einem Höchstbetrag von DM 100 000 (nebst Nebenleistungen) unterzeichnet. Grund hierfür war, daß ihr Vater die Absicht verfolgte, Eigentumswohnungen zu errichten; hierfür benötigte er einen um DM 50 000 aufgestockten Kredit von insgesamt DM 100 000. Der Filialleiter der Stadtparkasse Cuxhaven erklärte bei Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde, die Tochter würde hierbei „keine große Verpflichtung“ eingehen; die Bürgschaft sei „nur für die Akten“ bestimmt.<sup>4</sup>

In der Folgezeit machte sich der Vater als Reeder selbständig; er scheiterte jedoch: Die Stadtparkasse Cuxhaven kündigte daraufhin den Kredit, der zum damaligen Zeitpunkt in Höhe von ca. DM 2,4 Mio. offenstand. Der Vater geriet in Vermögensverfall; aus dem Immobilien-Engagement bestand ein Soll-Saldo bei der Stadtparkasse in Höhe von DM 474 387,82. Dies war Anlaß, die Tochter aus der Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch zu nehmen, und zwar gerichtet auf Zahlung von DM 100 000 nebst Zinsen.

Das BVerfG stützte sich zunächst auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen „nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit“ ist.<sup>5</sup> Daraus folgert das BVerfG, daß Art. 2 I GG die Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ gewährleistet. Indessen: Die Privatautonomie findet im Zivilrechtsverkehr eine höchst unterschiedliche Ausprägung. Deshalb meint das BVerfG: Alle am Zivilrechtsverkehr teilnehmenden „Grundrechtsträger“ hätten ein „gleichrangiges“ Selbstbestimmungsrecht – trotz ihrer „unterschiedlichen Interessen“, die häufig „gegenläufige Ziele verfolgen“. Daraus folgt dann der wesentliche – verfassungsrechtlich abgesicherte – Grundsatz: Da nämlich „alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 I GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“.

Notwendigerweise ergibt sich aus dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage, daß nicht mehr der bei Abschluß des Vertrages erzielte Konsens der Parteien geeignet ist, dem Gebot der materialen Gerechtigkeit zu genügen. Denn in dem formalen Akt des Vertragsabschlusses vollzieht sich lediglich die jeweilige – höchst unterschiedliche – „individuelle Handlungsfreiheit“. Deshalb gilt: „Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung“. Soweit eine solche „Fremdbestimmung“ vorliegt, ist eine „Inhaltskontrolle“ des abgeschlossenen Vertrags<sup>6</sup> erforderlich. Doch greift – sozusagen als Korrektiv – der Gedanke der Rechtssicherheit ein: Nicht jede „Störung des Verhandlungsgleichgewichts bedingt, daß die unterlegene Partei berechtigt sein kann, nachträglich den Vertrag in Frage zu stellen. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, daß eine „strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils“ im Rahmen einer „typisierbaren Fallgestaltung“ erkennbar wird. Das ist die eine Voraussetzung; die andere: Die daraus abzuleitenden „Folgen des Vertrages“ müssen für den „unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend“ sein.

Von diesem Ansatzpunkt her ist es dann nur konsequent, daß das BVerfG die Bürgschaftsverpflichtung wegen Verstoßes gegen Art. 2 I GG für nichtig erklärte. Dabei war entscheidend, daß sich dieser Bürgschaftsvertrag „wesentlich von alltäglichen Kreditsicherungen“ unterschied, weil die Tochter „ein außerordentlich hohes Risiko“ übernahm, „ohne an dem gesicherten Kredit ein eigenes wirtschaftliches Interesse zu haben“. Außerdem waren – dies ist für die üblicherweise von Banken/Sparkassen verwendeten Bürgschaftsformulare typisch – „nahezu alle abdingbaren Schutzvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ derogiert.<sup>7</sup> Insbesondere stand fest, daß die Tochter im Haftungsfall „voraussichtlich bis an ihr Lebensende nicht in der Lage sein würde, sich aus eigener Kraft von der übernommenen Schuldenlast zu befreien“. Insgesamt war also das von der Tochter begründete Bürgschaftsrisiko „außerordentlich schwer abschätzbar“. Hinzu kam, daß der Bürgschaftsvertrag lediglich die „Hauptforderung“ als „Höchstgrenze“ in Höhe von DM 100 000 bezeichnete, obwohl „die beachtlichen Kosten und Zinsen des Kredits“ noch hinzugerechnet werden sollten, „ohne daß deren Berechnungsgrundlage im Bürgschaftsvertrag ausgewiesen“ waren.

Der BGH hatte zuvor alle diese Argumente an der „Schallmauer“ der Volljährigkeit gemäß § 2 BGB scheitern lassen und erklärt, daß ein Volljähriger im allgemeinen – auch ohne besondere Erfahrung im Geschäftsverkehr – davon Kenntnis hat, daß die Abgabe einer Bürgschaftserklärung ein riskantes Geschäft ist. Darüber hinaus stellte der BGH darauf ab, daß die Erklärung des Filialleiters der Stadtparkasse Cuxhaven, die Unterzeichnung der Bürgschaft bedeute für die Tochter „keine große Verpflichtung“ und sei „nur für die Akten“ bestimmt, möglicherweise eine „zu günstige Einschätzung des Bürgschaftsrisikos“ darstellte, daß aber darin keine „Irrtumserregung“ liege, „die zu einem erhöhten wirtschaftlichen Risiko der Bürgin geführt hätte“. Vielmehr sei die Bürgin –

1 ZIP 1993, 1775, s. MDR-Report in diesem Heft, S. R 19.

2 BVerfG aaO.

3 BGH MDR 1989, 733.

4 BGH MDR 1989, 733.

5 BVerfG ZIP 1986, 975, 977 f.

6 BVerfG aaO.

7 BVerfG aaO.

## Bürgschaft – das Recht des Stärkeren

aus eigenem Interesse – verpflichtet gewesen, das verbleibende Bürgschaftsrisiko – insbesondere „die Fortentwicklung der Geschäfte des Hauptschuldners“<sup>8</sup> – selbst im Auge zu behalten. Mit anderen Worten: Die bagatellisierende Erklärung des Filialleiters der Stadtparkasse Cuxhaven war in den Augen des BGH eine „zutreffende Erklärung über die Bonität des Hauptschuldners“, nicht aber eine groteske Verniedlichung des Haftungsrisikos des Bürgen. Gerade diese Feststellung des BGH verwirft das BVerfG: „Das wird der Problematik des Ausgangsfalls nicht gerecht und verfehlt die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie so prinzipiell, daß die Entscheidung keinen Bestand haben kann“.<sup>9</sup>

### Die gebotenen Schlußfolgerungen

Ausgangspunkt aller weiteren Erwägungen ist die Feststellung des BVerfG, daß eine durch Art. 2 I GG abgesicherte „Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen“ immer dann besteht, wenn eine der beiden Vertragsparteien – trotz des formalen Konsenses – durch den Vertrag „ungewöhnlich stark“ belastet wird, sofern sich darin das „Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ widerspiegelt. Zivilrechtlich wird damit das „Recht des Stärkeren“ verneint, weil „die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt“. Ansatzpunkt ist dafür zum einen die allgemeine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB, zum anderen die Anknüpfung an die Unterlegenheit/Unerfahrenheit des anderen Vertragsteils im Sinn von § 138 II BGB. Darüber hinaus betont aber das BVerfG, daß der „Grundsatz von Treu und Glauben eine immanente Grenze vertraglicher Gestaltungsmacht bezeichnet“, so daß daraus die „Befugnis zu einer richterlichen Inhaltskontrolle des Vertrages“ folgt.

Obwohl das BVerfG im Ergebnis andeutet, die Gewährleistung der grundrechtlich geschützten Privatautonomie sei im wesentlichen durch eine richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen im Sinn von § 242 BGB zu erreichen, erscheint es gleichwohl erforderlich, zunächst die Konturen zu beleuchten, die bislang in vergleichbaren Fällen zu rechtskräftigen BGH-Entscheidungen geführt haben.

#### Die Kontrolle gemäß § 138 I BGB

Der XI. Senat des BGH<sup>10</sup> hat – auch unter Rückgriff auf die grundrechtlich geschützte Privatautonomie – das allgemeine Sittenwidrigkeitskriterium des § 138 I BGB angewandt, um eine Haftungsverpflichtung als nichtig zu bewerten<sup>11</sup>. Es ging um die Mithaftung der Ehefrau für einen Betriebsmittelkredit, den beide Eheleute über DM 50 000 unterzeichnet hatten. Die Ehefrau kümmerte sich jedoch überhaupt nicht um das Pelzgeschäft ihres Mannes; sie betreute den Haushalt und ihre Kinder. Der Ehemann hatte seine Frau mit der Erklärung zur Abgabe der Mitverpflichtung bewogen, sie könne „mit ihrer Unterschrift ihre Liebe beweisen“. Aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände gelangte der BGH zu dem Resultat, daß hier § 138 I BGB deswegen eingreift, weil die Ehefrau „nach ihren persönlichen Verhältnissen voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, sich von der übernommenen, sogar nach einer Scheidung weiterbestehenden Belastung jemals aus eigener Kraft wieder zu befreien“.

In der Entscheidung vom 24.11.1992<sup>12</sup> verneinte der BGH die Anwendbarkeit von § 138 I BGB, obwohl auch hier eine einkommens- und vermögenslose Ehefrau eine Mitverpflichtung über insgesamt 50 000 DM unterzeichnet hatte. Von besonderer Wichtigkeit ist in diesem Zusammenhang, daß der BGH

in diesem Urteil verschiedene – typisierte – Kriterien aufstellte, an denen er eine Mitverpflichtung des vermögens- und einkommenslosen Ehepartners an § 138 I BGB mißt, obwohl – ganz generell – stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Erforderlich sei zunächst, daß der mitverpflichtete Ehepartner darlegt und beweist, daß er zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten weder im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch in absehbarer Zeit in der Lage sein werde. Diese finanzielle Überforderung müsse dem Kreditinstitut bewußt sein. Dabei seien – so der BGH – vor allem drei Umstände wesentlich, um den Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 138 I BGB zu begründen, nämlich:

- das unvorbereitete Aufsuchen des Ehegatten in der ehelichen Wohnung mit der Bitte, eine Mithaftung zu übernehmen;
- die Unterzeichnung der Mitverpflichtung, weil der Hauptschuldner bei Unterzeichnung der Mitverpflichtung an die eheliche Liebe und Hilfsbereitschaft des anderen appelliert; oder
- daß die Unterschriftsleistung als reine Formalität abqualifiziert wird.

Liegt eine dieser – typisierten – Voraussetzungen vor, können die darin liegenden Sittenwidrigkeitskriterien im Sinn von § 138 I BGB freilich durch weitere – besondere – Umstände abgemildert oder beseitigt werden, wie etwa dadurch, daß der mitverpflichtete Ehegatte unmittelbar eigene Vorteile aus der Kreditgewährung in Anspruch nimmt. Da jedoch der Darlehensvertrag in der Geschäftsstelle des Kreditinstituts unterzeichnet worden war, da insbesondere ein „Vertreterbesuch“ nicht stattfand, um die Mitverpflichtung der Ehefrau zu begründen, verneinte der BGH letzten Endes das Vorliegen der allgemeinen Sittenwidrigkeit im Sinn von § 138 I BGB. Entscheidend war schließlich auch, daß im Prozeß offen blieb, ob die mitverpflichtete Ehefrau – trotz der von ihr weiterhin zu betreuenden Kinder – künftig in der Lage sein werde, die Schuldverpflichtung abzutragen. Fest stand allerdings, daß das bisherige Erwerbseinkommen der Beklagten – als Aushilfe bei einem Arzt – nicht ausreichte, um irgendeinen Beitrag zur Erfüllung der Kreditverpflichtung zu leisten“

Für die Frage, ob zwischen der zu § 138 I BGB ergangenen BGH-Judikatur und dem Beschluß des BVerfG Konkordanz besteht, ist es von hoher Wichtigkeit, daß das BVerfG die gegen das BGH-Urteil vom 16.3.1989<sup>13</sup> eingelegte Verfassungsbeschwerde als unbegründet verworfen hat. Es ging um einen Konsumentenkredit über netto DM 25 000. Das BVerfG stellte fest, daß es sich hierbei nicht um die „Übernahme eines hohen und schwer abschätzbaren“ Risikos gehandelt habe. Darüber hinaus waren auch die Begleitumstände des Vertragsabschlusses nicht geeignet, den Schluß zu rechtfertigen, die Bürgin sei hier zur Abgabe der Bürgschaftserklärung gedrängt oder in sonstiger Weise in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt worden. Obwohl auch hier die Bürgin „nicht über eigenes Einkommen oder Vermögen“ verfügte, sah das BVerfG darin – für sich allein genommen – keinen die Privatautonomie in grundrechtswidriger Weise beeinträchtigenden Tatbestand, zumal die Bürgin selbst an der Gewährung des Kredits unmittelbar interessiert war.

Daraus drängt sich die Schlußfolgerung auf, daß die Bürgschaft für einen Konsumentenkredit in Höhe von DM 25 000 – für sich allein genommen – noch keine „ungewöhnlich“ starke Belastung darstellt, so daß sich hier auch nicht ein korrekturbedürftiges „Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ niederschlägt.

8 BGH aaO.

9 BVerfG ZIP 1993, 1775, 1781.

10 BGH MDR 1993, 138.

11 BGH ZIP 1991, 224, 226.

12 BGH MDR 1993, 138.

13 BGH ZIP 1989, 487.

## Bürgschaft – das Recht des Stärkeren

### Privatautonomie – Fremdbestimmung

Das notwendigerweise zwischen Privatautonomie und grundgesetzwidriger Fremdbestimmung liegende Spannungsverhältnis wird in dem Beschluß des BVerfG in doppelter Hinsicht begrenzt, um den Zielpunkt zu erreichen, dem „Recht des Stärkeren“ nicht zum Sieg zu verhelfen. Es muß sich daher zunächst um eine „typisierbare Fallgestaltung“ handeln. Prototypisch liegt diese sicherlich stets in dem Verhältnis zwischen Konsument, Endverbraucher und Anbieter von Waren/Dienstleistungen vor. In dieser Beziehung offenbart sich regelmäßig eine wirtschaftliche, soziale und intellektuelle Unterlegenheit des Endverbrauchers. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um einen vorformulierten Vertrag im Sinn von § 1 I AGBG oder um eine Individualvereinbarung handelt. Denn an der erforderlichen „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“ ändert die jeweilige Art des Vertragsabschlusses nichts.

Eine „typisierbare Fallgestaltung“ ist aber auch ohne weiteres im kaufmännischen Verkehr denkbar: Der Großkonzern, der gegenüber dem Zulieferanten seinen Willen rücksichtslos durchsetzt, schafft damit die Voraussetzungen einer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Fremdbestimmung des unterlegenen Vertragsteils. Ein Verstoß gegen Art. 2 I GG ist also unabhängig davon, ob Kaufleute oder Endverbraucher der jeweils unterlegene Vertragsteil sind.

Damit sind die für die Fallgestaltungen notwendigen Konstellationen wesentlich breiter und allgemeiner als der BGH in seiner Entscheidung vom 24.11.1992<sup>14</sup> formuliert. Das hängt unmittelbar damit zusammen, daß der BGH die Kontrolle über § 138 I BGB vornimmt, während hier vorgeschlagen wird, eine richterliche Inhaltskontrolle nach § 242 BGB in Verbindung mit Art. 2 I GG vorzunehmen.

Eine solche grundrechtswidrige Fremdbestimmung liegt aber entgegen der Auffassung des BGH auch dann vor, wenn und soweit der unterlegene Vertragsteil ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat. Dieses Kriterium bedingt noch nicht, daß im Sinn des Beschlusses des BVerfG keine typisierbare Fallgestaltung gegeben ist. Denn es kann durchaus sein, daß der unterlegene, fremdbestimmte Vertragsteil die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vertragsabschlusses trotz des eigenen Interesses nicht übersieht – eine Konstellation, die regelmäßig im Endverbraucherverkehr vorliegen kann: Der angestrebte eigene wirtschaftliche Vorteil erweist sich letztlich als Bumerang. Aber auch ein Kaufmann kann zum einen ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Vertrag haben, gleichwohl aber entgegen dem Gebot des Art. 2 I GG in verfassungswidriger Weise fremdbestimmt sein. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn ein Unternehmer – in der Hoffnung, vielleicht doch noch wirtschaftlich zu überleben – einen Vertrag akzeptiert, dessen Konditionen von der faktisch mächtigeren Partei einseitig zu ihren eigenen Gunsten diktiert worden sind. Hier wird der angestrebte Vorteil überdeutlich kompensiert; der nicht hinzunehmende Nachteil steht dominant im Vordergrund.

Es reicht für die Bejahung eines Verstoßes gegen Art. 2 I GG aus, daß der faktisch überlegene Vertragsteil seine wirtschaftliche und intellektuelle Überlegenheit zum Nachteil des anderen Vertragsteils ausnutzt. Es kommt allein auf die Veranlassung an. Schädigungsvorsatz oder gar Schädigungsabsicht sind nicht erforderlich. Auch kommt es nicht auf das Wissen des faktisch überlegenen Vertragsteils an, inwieweit der unterlegene Vertragsteil durch den Vertragsabschluß tatsächlich fremdbestimmt worden ist. Kenntnis der Interna des unterlegenen Vertragsteils kann nicht verlangt werden. Ausreichend, aber auch erforderlich ist in diesem Zusammenhang lediglich, daß eine „strukturell ungleiche Verhand-

lungsstärke“ tatsächlich gegeben ist. Maßgebend sind also allein objektive Merkmale.

Diese werden dadurch konkretisiert, daß auf das fehlende Verhandlungsgleichgewicht der Parteien abgestellt wird. Zu berücksichtigen ist also, ob und in welchem Maß ein erhebliches Ungleichgewicht in wirtschaftlicher, sozialer und intellektueller Sicht vorliegt. Damit sind die Strukturen bezeichnet, die – rein objektiv – ein faktisches und durch die Inhaltskontrolle des Vertrags auszugleichendes Ungleichgewicht begründen. In diesem Sinn ist das Merkmal „typisierbare Fallgestaltung“ nicht auf generelle, stets wiederkehrende Situationen bezogen. Vielmehr reicht auch der Einzelfall, das einmalige Ereignis aus. Denn Art. 2 I GG schützt den jeweiligen Grundrechtsträger.

Im Ergebnis wird das formale Kriterium der Geschäftsfähigkeit gemäß § 2 BGB jetzt als nicht mehr allein maßgebend angesehen; es ist für sich allein kein Garant für die Herstellung materialer Gerechtigkeit im Rahmen und auf Grund eines Vertrags. Für den Regelfall reicht freilich ein Anknüpfen an § 2 BGB aus. Doch verfassungsrechtlich wird dieses formale Kriterium durch den Inbegriff der wirtschaftlichen Rechtsgeschäftsfähigkeit überlagert. Konstitutive Merkmale sind hierfür die wirtschaftliche, soziale und intellektuelle Parität oder Disparität der Parteien. Nur mit Hilfe dieses Merkmals lassen sich im Sinn von Art. 2 I GG strukturell bedingte Ungleichgewichtslagen im Interesse der materialen Gerechtigkeit ausbalancieren.

### Die ungewöhnliche Belastung

Ergänzt wird die faktische Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien durch das Merkmal, daß als Folge eines ungleichgewichtigen Vertrags eine „ungewöhnlich hohe Belastung“ des unterlegenen Vertragsteils resultieren muß. Bereits aus dem zweiten Teil des Beschlusses des BVerfG ist abzulesen: Eine im Lauf des Lebens nicht ablösbare Verbindlichkeit ist in diesem Sinn eine verfassungsrechtlich nicht hinzunehmende ungewöhnliche Belastung. Liegt jedoch die Verbindlichkeit lediglich im Rahmen eines üblichen Konsumentencredits von DM 25 000, so liegt keine sanktionspflichtige Fremdbestimmung des unterlegenen Vertragsteils vor.<sup>15</sup> Also: DM 100 000 bei einer vermögenslosen Frau: ja; DM 25 000 nein.

Doch eine solch schematisierende Betrachtung ist nicht hilfreich. Sie verfehlt von vorneherein die erforderliche wirtschaftliche und rechtliche Gesamtwürdigung aller Umstände. Daher kann nur eine wertende Gesamtbetrachtung zielführend sein. Dabei ist freilich im Auge zu behalten, daß der Beschluß des BVerfG nicht bei der Interpretation von § 138 I BGB stehenbleibt, sondern ganz entscheidend auch auf den allgemein gültigen Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB abhebt. Damit ist klar, daß verfassungsrechtlich auch die tendenziell weiterreichenden Grenzen von § 242 BGB zu beachten, eine Reduzierung des Schutzes gemäß Art. 2 I GG auf den Kern von § 138 BGB zu vermeiden ist.

Maßstab kann daher nur die Frage sein, welche Kriterien für eine ungewöhnliche, vertragsimmanente Belastung und eine verfassungsrechtlich nicht hinzunehmende „ungewöhnlich starke“ Belastung einschlägig sind.<sup>16</sup> Kernbestandteil der in einem Vertrag ausgeprägten Gleichgewichtslage ist das Äquivalenzprinzip, die Gleichgewichtigkeit von Leistung und Gegenleistung. Sie ist die Meßlatte. Das dispositiven Recht gewährleistet grundsätzlich eine verbindliche Äquivalenz. Maßstab für den „gerechten“ Preis ist der Markt, der Marktpreis. Verschieben sich – bei Beachtung der Kriterien von Äquivalenz und Markt – die Gewichte erheblich zum Nachteil der faktisch unterlegenen Partei, so ist die daraus resultierende Belastung als „ungewöhnlich“ zu qualifizieren. Sie

<sup>14</sup> BGH MDR 1993, 138.

<sup>15</sup> BVerfG ZIP 1993, 1775, 1781.

<sup>16</sup> BVerfG ZIP 1993, 1775.

## Eilverfahren für Ehewohnung

ist dann nicht mehr als gerecht, als dem freiheitlichen Selbstbestimmungsrecht entsprechend einzustufen. Dann liegt eine von Art. 2 I GG nicht mehr gedeckte Fremdbestimmung vor.

Die damit indizierte richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen geht weniger weit als die durch die § 9 ff AGBG vorgegebene. Sie geht indessen weiter als die von § 138 BGB bewirkte Gerechtigkeitskontrolle. Wie diese bezieht sich die durch § 242 BGB in Verbindung mit Art. 2 I GG herbeigeführte richterliche Inhaltskontrolle regelmäßig auf den gesamten Vertrag. Salvatorische Klauseln, die § 139 BGB modifizieren, dürften im Zweifel nicht auf eine Aufrechterhaltung des Vertrags hinauslaufen, es sei denn, die erforderliche Äquivalenz bliebe gewahrt.

Dogmatisch knüpft die damit durchzuführende richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB an die Rechtsprechung des BGH an, die standardisierte, formelhafte Klauseln in Individualverträgen einer an § 242 BGB ausgerichteten Inhaltskontrolle unterwirft.<sup>17</sup> Ansatzpunkt hierfür ist die formelhafte Verwendung bestimmter Klauseln, über die der Kunde nicht eingehend belehrt worden ist. Doch ist diese Judikatur sachlich-gegenständlich auf die Veräußerung und Bebauung von Grundstücken und auf den Erwerb neu errich-

teter oder renovierter Immobilien begrenzt.<sup>18</sup> Sie ist als nicht verallgemeinerungsfähig bezeichnet worden.<sup>19</sup>

Ob dieses verfassungsrechtlich noch haltbar ist, könnte zweifelhaft sein. Denn die Voraussetzungen der nach § 242 BGB in Verbindung mit Art. 2 I GG indizierten richterlichen Inhaltskontrolle sind wesentlich weiter als die bisherige BGH-Judikatur zur Inhaltskontrolle formelhafter Klauseln. Vor allem aber: Die Verwendung formelhafter Klauseln ist noch nicht gleichbedeutend mit der Durchsetzung des Rechts des Stärkeren. Zudem: Betroffen vom Schutz des Art. 2 I GG sind alle Verträge, welche das Ergebnis einer nicht hinzunehmenden Fremdbestimmung sind, nicht nur notariell beurkundete Kontrakte.

Die jetzt verfassungsrechtlich von den Gerichten geforderte Inhaltskontrolle von ungleichgewichtigen Verträgen geht auf Kosten der Rechtssicherheit. Das ist unbestreitbar richtig. Doch zum Schutz des einzelnen Grundrechtsträgers ist dies zu akzeptieren, weil nur so – schrittweise und mit Augenmaß – verhindert werden kann, daß das Recht des Stärkeren sich weiter durchsetzt. Denn die Kräfte des Markts sind für ihn keine zureichende Schranke, das Recht ist gefordert. ■

<sup>17</sup> BGH MDR 1988, 853; 1982, 1010.

<sup>18</sup> BGH MDR 1991, 515.

<sup>19</sup> A.M. KG ZIP 1989, 924, 925 – Vertragsstrafe; vgl. auch *Roth*, BB 1987, 977; *Medicus*, Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, 1989; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 7. Aufl. § 1 Rn. 76 ff.