

Andreas Abegg:^{*}
Familienbürgschaften als privatrechtliches Problem -
BGE 129 III 702: von Willensfreiheit zu Waffengleichheit und
Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung^{**}

I. Einleitung

1. Im Entscheid *BGE 129 III 702* vom 23. September 2003 entschied das Bundesgericht im Wesentlichen, dass bei geschäftsunerfahrenen Personen, die kein erkennbares eigenes Interesse am Hauptgeschäft haben und die Verpflichtung insbesondere aus Gründen der Familiensolidarität eingehen, im Zweifelsfall eine Bürgschaft und nicht eine kumulative Schuldübernahme anzunehmen sei.¹ Weniger dieser Leitsatz als solcher, der sich in eine lange Reihe von Bundesgerichtsentscheiden zur Abgrenzung der Bürgschaft zu anderen Sicherungsgeschäften einordnen lässt,² als vielmehr die konkrete Konstellation des Falles sowie die einzelnen Erwägungen bilden interessantes Anschauungsmaterial hinsichtlich der Entwicklung des Privatrechts. Denn obwohl die Semantik des Bundesgerichtsentscheides vorwiegend in traditionellen Konzepten bleibt, deuten doch einige Zeichen auf eine *zeit- und kontextbezogene Fortbildung von Privatrecht an sensiblen Schnittpunkten von verselbständigten Gesellschaftsrationalitäten wie in casu von Ökonomie und Familie*.

2. In den nachfolgenden Ausführungen werden zunächst die zentralen Erwägungen von BGE 129 III 702 vorgestellt. Dabei wird sich zeigen, dass sich zwar in casu die zentralen Rechtsfragen innerhalb der Vertragsqualifikation abspielen, jedoch gleichzeitig darüber hinausweisen. Um dies zu verdeutlichen, wird auf die deutschen Erfahrungen mit der Fallgruppe der Familienbürgschaft und angrenzenden Problemstellungen zurückgegriffen. Die entsprechenden Tendenzen im Privatrecht zeichnen sich in Deutschland aus verschiedenen Gründen bereits seit 1993 deutlicher ab – erstens aufgrund der grösseren Falldichte, zweitens aus dem [210] Umstand, dass Deutschland über ein Verfassungsgericht verfügt sowie drittens infolge der geringeren Berührungängsten gegenüber materiellem Privatrecht.³ Freilich gilt es gleichzeitig die Unterschiede zur deutschen Rechtstradition im Auge zu behalten.⁴

^{*} Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt (ZH); der Autor forscht zurzeit im Rahmen seiner Habilitationsschrift zum Schuldvertrag zwischen Staat und Privaten.

^{**} Der vorliegende Text wurde publiziert in fampra.ch, Die Praxis des Familienrechts, 2/2005, S. 209-232. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die entsprechende Seitennummerierung.

¹ BGE 129 III 702, vor allem 710 ff.

² Vgl. etwa BGE 125 III 305; 111 II 276; 101 II 323.

³ Nachfolgend Ziff. III.

⁴ Zu nennen ist insbesondere das direkt aus Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz interpretierte Prinzip des Sozialstaats und die Institution des Verfassungsgerichts.

Entwicklungen im Privatrecht können nicht ohne Bezug zur Rechtsumwelt, d.h. zur Gesellschaft des Rechts, verstanden werden, denn Recht hat seine Aufgabe und seine Funktion in der Gesellschaft. Entsprechend gibt es die Autonomie der Rechtsdogmatik nur unter der Bedingung gesellschaftsadäquater Rechtsbegriffe,⁵ weshalb die Familienbürgschaftsent-scheide im Kontext der gesellschaftlichen und rechtstheoretischen Entwicklungsgrosslinien zu verorten sind. Hiermit wird ein Entwicklungsmuster erkennbar, das auch, aber nicht nur die Ausgestaltung individueller Freiheitsräume und die punktuelle Korrektur des bestehenden Privatrechts mit Hilfe des Konzepts der strukturellen Parität (Waffengleichheit) fort-schreibt,⁶ sondern überdies auf die *Funktion von Privatrecht in einer fragmentierten und zu-gleich pluralistischen Gesellschaft* hindeutet.⁷

II. Ausgangspunkte in BGE 129 III 702

1. Folgender *Sachverhalt* lag BGE 129 III 702 zugrunde: Der Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma schloss am 6. März 1996 einen Leasingvertrag über einen Kleinbus für 15 Personen ab und unterzeichnete zugleich mit der Leasinggeberin eine Schuldanerkennung für die Leasingraten. Der Leasingvertrag sowie die Schuldanerkennung wurden einerseits vom Leasingnehmer und andererseits "solidarisch" bzw. als "Solidar-schuldner" von dessen Tochter und dessen Ehefrau unterzeichnet. Die Schuldanerkennung gab den Wortlaut der Artikel 143, 144 und 147 OR zur Solidarschuld wieder. Zwei Monate später erlitt der Leasingnehmer mit dem geleasteten Fahrzeug einen Unfall. In der Folge unter-schrieb er mit seiner Tochter eine Schuldanerkennung gegenüber der Leasinggeberin über Fr. 22'000.-, zahlbar in 48 Monatsraten à Fr. 450.- zuzüglich einer Schlussrate von Fr. 400.-. Die Tochter verweigerte jedoch die entsprechende Zahlung und wurde betrie-ben. Nach der provisorischen Rechtsöffnung wurde ihre Aberkennungsklage vom Bezirksgericht Baden am 26. Februar 2002 zunächst abgewiesen, jedoch vom Obergericht am 27. Februar 2003 gut-geheissen. Die Berufung hiergegen wies das Bundesgericht mit dem Entscheid BGE 129 III 702 vom 23. September 2003 ab. [211]

2. Die *Erwägungen des Bundesgerichts* konzentrieren sich ganz auf die vorgebrachte Rüge, von der Vorinstanz sei zu Unrecht nicht eine kumulative Schuldübernahme, sondern eine Bürgschaft angenommen worden, die mangels Einhaltung der Formvorschriften⁸ ungültig sei. Zusammengefasst lesen sich die Erwägungen folgendermassen:

a. Nachdem das Bundesgericht die grundsätzlichen rechtlichen Unterschiede – insbeson-dere betreffend Akzessorietät – dargelegt hat (E. 2.1, S. 704), stellt es fest, dass sowohl

⁵ LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 496 ff.; dies wird heute auch für die Naturwissenschaften gefordert: MATURANA/VARELA, Der Baum der Erkenntnis: die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens, Bern 1987, 66.

⁶ Nachfolgend Ziff. IV.

⁷ Nachfolgend Ziff. V.

⁸ Vgl. vor allem das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 493 Abs. 2 OR.

kumulative Schuldübernahme wie auch Bürgschaft oftmals derselben *wirtschaftlichen Rationalität* folgen, nämlich die Position des Gläubigers abzusichern.

Weiter legt das Bundesgericht dar, dass der Gesetzgeber aus *Schutzüberlegungen* wesentliche rechtliche Unterschiede in den beiden Rechtsinstituten in Kauf genommen habe – vor allem mit den strengen Formvorschriften des Bürgschaftsvertrages, um den Bürgen vor Übereilung zu schützen und um den Inhalt der Verpflichtung bewusst zu machen. Bezogen auf diese rechtliche Unterscheidung und unter Berufung auf die kurze ökonomische Analyse formuliert das Bundesgericht folgende Synthese:

"Es ist als Inkohärenz der Rechtsordnung zu werten, dass das gleiche wirtschaftliche Ziel der Verstärkung der Gläubigerposition mit zwei (bzw. mehreren) rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten erreicht werden kann, indessen nur die Bürgschaft zum Schutz der sich verpflichtenden Partei an besondere Formvorschriften geknüpft ist. Daraus ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen der aus der Vertragsfreiheit fliessenden Wahlfreiheit zwischen zwei Rechtsinstituten und dem Erfordernis, einer Umgehung der nur für das eine Rechtsinstitut vorgesehenen Formvorschriften entgegenzutreten." (E. 2.3, S. 705 f.)

Folglich liege – so das Bundesgericht weiter – in casu ein Konflikt zwischen der Vertragsfreiheit und Schutzrecht vor. Mit dem 1941 erlassenen Schutzrecht sei sich der Gesetzgeber der Gefahr der Umgehung etwa mit einem formlosen Garantievertrag bewusst gewesen, habe sich jedoch dagegen entschieden, die Formvorschriften auf andere Sicherungsabreden auszudehnen. Daraus sei zu schliessen, dass insofern *keine Einschränkung der Vertragsfreiheit* vorliege ...⁹ (E. 2.2, S. 706 f.).⁹ Da es sich jedoch bei der einen Partei um eine nicht geschäftsgewandte Person handle, sei

"... zum Schutze der sich verpflichtenden Partei erforderlich, dass im Vertrag selber für die nicht geschäftsgewandte Partei klar verständlich und in individueller, d.h. nicht formularmässiger Weise, dargelegt wird, dass sich der Interzendent der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst ist und aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform einer Bürgschaft verzichtet [212] wird ..." (E. 2.4.2 und 2.4.3, S. 708 f.) Soweit dies – wie im vorliegenden Fall – nicht geschehen sei, könne folglich "... nicht davon gesprochen werden, dass sie von der ihr zustehenden autonomen Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Sicherungsabreden ... Gebrauch gemacht hat." (E. 2.5, S. 709 f.)

b. Da das Bundesgericht keinen freien Willen zur Eingehung einer kumulativen Schuldübernahme eruieren konnte, griff es sodann auf das seit einiger Zeit entwickelte Abgren-

⁹ Es bleibt zu betonen, dass die Qualifikation dem Willen der Parteien entzogen ist. Die Qualifikation ist derart vorzunehmen, dass der – bereits ausgelegte – vereinbarte Vertragsinhalt der gesetzlichen Vertragstypendefinition entspricht, die ihrerseits ebenfalls auszulegen ist: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil; Band I, Zürich 2003, N 1038 m.w.H.

zungskriterium zurück, ob ein *"erkennbares eigenes Interesse am Geschäft"* vorliege. Denn gerade aus dem Umstand, dass bei der Bürgschaft oft ein Eigeninteresse fehle und es sich häufig um ein uneigennütziges Geschäft zugunsten Familienangehörigen oder Freunden handle, sei die Bürgschaft besonderen Formvorschriften unterstellt worden (E. 2.6, S. 710 f.). Das Bundesgericht konnte denn auch im vorliegenden Fall kein eigenes rechtsrelevantes Interesse der Tochter am Hauptgeschäft ausmachen. Als einzigen Grund, wieso die Sicherungsnehmerin eine *"solidarische Verpflichtung"* verlangte, war vielmehr die mangelnde Kreditwürdigkeit des Vaters auszumachen.

"[Dies spricht] für eine Bürgschaft, namentlich wenn die Verpflichtung für einen nahen Verwandten eingegangen wurde und damit die Vermutung nahe liegt, es sei dem Bürgen allein darum gegangen, ihm zu helfen."

3. Freilich gäbe es an diesem Entscheid des Bundesgerichts Vieles zu loben sowie Einzelnes zu ergänzen und zu kritisieren. In der Folge soll BGE 129 III 702 jedoch nicht in all seinen dogmatischen Details besprochen, sondern versucht werden, *die zentralen Trajektorien* der bundesgerichtlichen Entscheidungsfindung aufzudecken.

III. Revisited: Die deutschen Familienbürgschaftsentscheide (BVerfGE 89, 214 und Folgende) und darüber hinaus

1. Im soeben erläuterten BGE 129 III 702 steht die Frage im Mittelpunkt, *mit welcher Funktion das Schutzrecht gegen die Rekonstruktion des Vertrags unter Leitung der Vertragsfreiheit antritt*. Es geht somit um die zweiteilige Frage, 1) welchen Beitrag in casu die zwingenden Normen des Bürgschaftsrechts 2) für welches Privatrechtsverständnis leisten. Hierzu soll zunächst ein Blick über die Grenze nach Deutschland gewagt werden, denn es lassen sich bestimmte Entwicklungstendenzen in Deutschland – wie bereits erwähnt wurde und sich zeigen wird – bereits besser erkennen.

Die berühmte Familienbürgschaftsentscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtshofes vom 19. Oktober 1993 (BVerfG 89, 214) wurde aufgrund der materiellen [213] Ausgestaltung der Vertragsfreiheit ebenso gefeiert¹⁰ wie kritisiert¹¹. Heute, mehr als 10 Jahre später, haben die deutschen Zivilgerichte aus der non licet-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts konkrete zwingende Anforderungen an Familienbürgschaften entwickelt.¹²

¹⁰ Vgl. z.B. mit Bezug zur schweizerischen Praxis BELSER, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit: Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, AJP 1998, 433-445; ausführlich BÄUERLE, Vertragsfreiheit und Grundgesetz; Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive (Diss.), Baden-Baden 2000, m.w.H.

¹¹ Vgl. z.B. ZÖLLNER, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, Archiv für die civilistische Praxis 1996, 1-36, 2 ff., m.w.H.

¹² Siehe zum Beispiel BGH NJW 2002, 2705; hierzu bei Fn. 22; vgl. zudem die Übersicht zu den Familienbürgschaftsfällen bei TEUBNER, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familien-

Diese konkreten Vorgaben machen es den Privatrechtssubjekten und insbesondere den Gläubigern möglich, die gerichtlichen Reaktionen besser zu antizipieren und in ihre Handlungen einzubeziehen, womit sich die neuen Einschränkungen der Vertragsfreiheit zu privatrechtlichen Freiheiten unter Auflagen (im Sinne von Optionen) wandeln: Es steht den Parteien frei, von den Strukturen des Privatrechts nach eigenen Bedürfnissen Gebrauch zu machen, sie müssen jedoch zwingende Vorgaben berücksichtigen, in welche sie sich beim Gebrauch ihrer Freiheit verfangen.¹³ Die *privatrechtliche Methode* heisst somit: Verwirklichung von Auflagen durch Anschluss an Freiheiten und zugleich Verwirklichung von neuen Freiheiten durch Auflagen.¹⁴

2. *Typische Fallkonstellation* der Familienbürgschaftsfälle ist Folgende: Ein Mann, oft in seiner Funktion als Unternehmer, nimmt bei einem professionellen Kreditgeber ein Darlehen auf. Dieser professionelle Kreditgeber sichert das Darlehen durch eine Bürgschaft mit Familienangehörigen (Frau, Kindern, Eltern). Da der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Darlehen nicht nachkommt, kündigt der professionelle Kreditgeber das Darlehen und nimmt schliesslich den Bürgen (zumeist: die Bürgin¹⁵) in Anspruch, welchem (*welcher*) der Ruin droht. [214]

a. Als Ausgangslage der Serie von Familienbürgschaftsentscheiden kann die Entscheidung *BGHZ 107, 92 des neunten Senats des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* aus dem Jahr 1989 bezeichnet werden: Das Gericht verneinte, dass in einem derartigen Fall ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) vorliege. Zur Begründung berief sich das Gericht auf ein formell-liberales Verständnis von Vertragsfreiheit, das es zulässt, auch besonders risikoreiche Geschäfte abzuschliessen. Nach dieser Auffassung von Schuldvertragsrecht gilt: Geld hat man zu haben.¹⁶ Den professionellen Kreditgebern kommen keine erweiterten Schutz-

bürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 2000, 388-404, 369 f.

¹³ Dieses Proprium der privatrechtlichen Freiheit betonten bereits folgende Autoren: GIERKE, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1948/1889, 18 ff. und 28 ff.; LOTMAR, Der Dienstvertrag im Entwurf des Zivilgesetzbuches, in: REHBINDER (Hrsg.), Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber, Bern 1991/1905, 119-147, 74 f.; HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Basel 1888-1893, Band IV, 299 f.; STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902, 55.

¹⁴ Es ist darauf hinzuweisen, dass die bürgerlichen Kodifikationen zum Ende des 19. Jahrhunderts zunächst jene Schuldvertragstypen zur privaten Ordnungsbildung bereitstellten, die den bürgerlichen freien Marktprozessen entsprachen. Darüber hinaus war bis zur Öffnung des Innominatvertrags durch das Bundesgericht in BGE 109 II 462 ausserhalb der Nominatvertragstypen – spitz formuliert – wenig Freiheit zu haben: vgl. FELLMANN, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 394 OR, N 293 ff., m.w.H.

¹⁵ Zu den feministischen Aspekten des Bürgschaftsvertrags siehe EMMENEGGER, Geschlechtsspezifische Aspekte des Bürgschaftsvertrags, in: PROFRI - VEREIN PRO FEMINISTISCHES RECHTSINSTITUT (Hrsg.), Recht Richtung Frauen, Zürich 2001, 93 - 103.

¹⁶ Zum Mythos der uneingeschränkten Vertragsfreiheit im klassisch-liberalen 19. Jahrhundert vgl. HOFER, Freiheit ohne Grenzen?: privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001, vor allem 275 ff. sowie die Anmerkungen des Verfassers hierzu in

pflichten zu, wie insbesondere die Prüfung der Kreditwürdigkeit oder Aufklärungspflichten.¹⁷ Dem grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz sowie dem Prinzip des Sozialstaats habe der Gesetzgeber mit dem Pfändungsschutz Rechnung getragen. Bei handlungsfähigen Vertragspartnern könne man davon ausgehen, dass sie die Tragweite ihres Handelns kennen und somit die Verpflichtung mit Wissen und Willen eingehen.¹⁸

b. Das Bundesverfassungsgericht stellte 1993 in *BVerfGE* 89, 214 der formell-liberalen Konzeption des neunten Zivilsenats eine materialisierte Form von Vertragsfreiheit entgegen. In nuce: Die Vertragsfreiheit dürfe kein Recht des Stärkeren zur Folge haben, sondern die Grundrechtspositionen seien so aufeinander abzustimmen, dass die Privatautonomie für alle möglichst weitgehend wirke. Privatautonomie bedürfe somit der aktiven staatlichen Gestaltung. Wo typischerweise machtungleiche Vertragspartner aufeinander treffen und der eine Vertragspartner den Vertragsinhalt faktisch diktieren könne, verlange die verfassungsmässig garantierte Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz) eine Korrektur.¹⁹ Denn die Auslegung der Privatrechtsnormen habe die Grundrechte zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere für die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln wie § 138 BGB (gute Sitten) und § 242 BGB (Treu und Glauben).²⁰ Verträge dürften bei strukturellen Ungleichgewichten nicht als Mittel zur Fremdbestimmung missbraucht werden. Bei Verträgen mit grossem Machtungleichgewicht komme es wesentlich darauf an, wie die Verträge abgeschlossen werden. Die Gerichte hätten dies zu prüfen, und sie hätten den Vertrag einer Inhaltskontrolle zu unterziehen.²¹ [215]

c. Nach einigen Irrungen und Wirrungen²² haben sich innert fast zehn Jahren bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen in *BGH NJW* 2002, 2705 die konkreten Vorgaben an die Parteien auskristallisiert: Die Frage, ob eine Person Mitdarlehensnehmerin oder bloss Bürgin ist, entscheidet über Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen zur Familienbürgschaft. Sie ist dann keine Mitdarlehensnehmerin sondern Bürgin, wenn sie 1) kein eigenes Interesse am Darlehen hat oder 2) ihr keine Mitbestimmung bei der Verwendung des Kredits gewährt wird.²³ Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 BGB besteht bei Familienbürgschaften, wenn 1) es sich nicht um geringe Schulden handelt, 2) die Bürgin bei Eintritt des Haftungsfalls die Zinslast nicht aus dem eigenen pfändbaren Einkommen und Vermögen bezahlen kann, sowie 3) nicht widerlegt wird, dass die Mithaftung allein aus emotionaler Ver-

ABEGG/THATCHER, Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, German Law Journal 2004, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=364>, 101-114, vor allem 110 ff.

¹⁷ BGHZ 107, 92 (1989), vor allem 98.

¹⁸ BGHZ 107, 92 (1989), vor allem 102.

¹⁹ BVerfGE 89, 214 (1993), vor allem 232 ff.

²⁰ BVerfGE 89, 214 (1993), vor allem 229 f.

²¹ BVerfGE 89, 214 (1993), vor allem 234 f.

²² Vgl. etwa BGHZ 128 (1995), 230, vor allem 235, des neunten Senates mit ausführlichen Hinweisen auf die Auseinandersetzung mit dem elften Senat.

²³ BGH NJW 2002, 2705; ebenso BGH NJW 2002, 744.

bundenheit übernommen wurde und der Kreditgeber dies in unsittlich anstössiger Weise ausgenutzt hat.²⁴

3. Die deutschen Bürgschaftsentscheidungen stehen freilich nicht als erratischer Block in der Rechtssprechungslandschaft. Es sind folgende vor- und nachgängige *Anschlüsse* zu beachten:

a. Bereits im Leitentscheid *Lüth* (*BVerfGE* 7, 198) hatte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1958 die Richtung vorgegeben, indem es den Grundrechten privatrechtliche Wirkung durch Generalklauseln wie Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder gute Sitten (§ 138 BGB) zusprach.²⁵

b. Während sich die Lüth-Entscheidung noch nicht mit Vertrag zu befassen hatte, zählte sodann das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1990 in *BVerfGE* 81, 242 ("*Handelsvertreter*") die formale Vertragsfreiheit durch Anwendung einer materiellen Vertragsinhaltskontrolle: Da die Parteien mit Hilfe des freien Willen ihre vertraglichen Beziehungen in autonomer Weise regeln würden, müsse der Staat sich aus Respekt vor diesem freien Willen zurückhalten und gleichzeitig jedoch auch prüfen, ob die Voraussetzungen zur freien Willensbetätigung tatsächlich vorhanden seien. Konkret hatte ein Handelsvertreter einen vorgedruckten Vertrag unterzeichnet, der ein Konkurrenzverbot von zwei Jahren unter Ausschluss einer Karenzentschädigung vorsah. Das Gericht argumentierte, dass bei Handelsvertretern eine strukturelle Imparität vorliege. Insbesondere könne der Handelsvertreter zur Zeit des Vertragsabschlusses die künftigen beruflichen Chancen noch nicht abschätzen und folglich noch nicht wissen, wie sich die Konkurrenzklausel auswirken würde. Daher verstosse § 90a des Handelsgesetzbuches, der den generellen Ausschluss des Anspruchs auf Karenzentschädigung bei ausserordentlicher Kündigung des Unternehmers und schuldhaftem Verhalten des Handelsvertreters vorsehe, gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes. [216]

c. Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Februar 2001 (*BVerfGE* NJW 2001, 957) wurde sodann die Figur der strukturellen Parität auf den *Vertrag zwischen Ehegatten* angewandt. Geht eine Frau, um infolge Schwangerschaft den Kindsvater heiraten zu können, auf Vertragsvereinbarungen ein, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen, so muss das Gericht den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag umzusetzen und eine Inhaltskontrolle und -korrektur vornehmen, allenfalls sogar den Vertrag für nichtig erklären.²⁶

²⁴ BGH NJW 2002, 2705.

²⁵ Zeitgleich ging das Bundesgericht de facto in eine ähnliche Richtung: vgl. etwa BGE 84 II 424, 426 f.

²⁶ Für eine ausführliche Besprechung der Entscheidung siehe ZUMBANSEN, *Federal Constitutional Court Affirms Horizontal Effect of Constitutional Rights in Private Law Relations and Voids a Marital Agreement on Constitutional Grounds*, *German Law Journal* 2001, <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=61>; ähnlich auch BGE 121 III 393 zur Genehmigungspflicht eines vor der Heirat abgeschlossenen Ehevertrags.

IV. Die Figur der strukturellen Parität (Waffengleichheit) und deren Umsetzung in materielles Privatrecht

1. Vom Schutzrecht zum Konzept der strukturellen Parität

1. Mit der so genannt sozialen inhaltlichen Ausgestaltung des Schuldvertragsrechts, die spätestens mit der grossen Wirtschaftskrise ab 1873 einzusetzen begann, trat – ebenso in der Schweiz wie in Deutschland – eine *zweite funktionelle Ausrichtung des Schuldvertragsrechts neben jene der marktkonstituierenden Funktion*: Wirtschaft wurde nicht mehr in beinahe ausschliesslicher Weise seiner Eigenrationalität überlassen, sondern Politik nutzte verstärkt die Einflussmöglichkeiten von Recht, um in Wirtschaft zu intervenieren. Ziel dieser Intervention war erstens die rechtliche Absicherung der existenziellen und zugleich wirtschaftlichen Selbständigkeit breiterer Bevölkerungsschichten sowie zweitens die Herstellung und Erhaltung der marktwirtschaftlichen Selbstregulierung einer zunehmend vermachteten Wirtschaft.²⁷ Im 20. Jahrhundert erhielt diese Entwicklung unter dem Dach des Wohlfahrtsstaates eine Radikalisierung: Das so genannt soziale Schuldvertragsrecht erfuhr eine quantitative Ausdehnung einerseits mit der expandierenden Massenproduktion und der Konsumentengesellschaft sowie andererseits mit der Erfahrung der interventionistischen, auf Autarkie und sozialen Frieden ausgerichteten Kriegswirtschaft während der beiden Weltkriege. Mit diesen Entwicklungen ging die politisch [217] geforderte Ausdehnung von Wirtschaft und Recht auf die tatsächliche Verwirklichung materieller Freiheit aller Menschen einher.²⁸

2. In diesem Kontext und mit dem ordoliberalen Verständnis des Marktes als Konstruktion (d.h. als Folge und nicht mehr als Voraussetzung von Ruhe und Ordnung)²⁹ konnte das Schutzrecht, welches seit der Revision des Obligationenrechts von 1905-11 ausgebaut worden war,³⁰ zu einem differenzierten Konzept der Parität (Waffengleichheit) umgewandelt werden. In nuce: Die Vertragsfreiheit erfüllt ihre Funktion, die tatsächliche Autonomie aller Menschen zu gewähren, nur dann, wenn ihre Funktionsvoraussetzungen – wirksamer Wettbewerb und Gleichgewichtigkeit der Parteien – gegeben sind. Mit dem Ordoliberalismus ist

²⁷ So bereits GIERKE, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889, 192 f.; ferner POLANYI, The Great Transformation, Beacon Hill 1957, 62 ff.; BRÜGGEMEIER, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: ASSMANN/BRÜGGEMEIER/HART/JOERGES (Hrsg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Bremen und Frankfurt a.M. 1980, 9-81, 14 ff. und 64 f.; weiterführend ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich 2004.

²⁸ Grundlegend und anstelle vieler WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1980/1921-1925, 503 ff.; WIETHÖLTER, Rechtswissenschaft, Basel/Frankfurt a.M. 1986/1968, 181.

²⁹ Grundlegend BÖHM, Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft: ungelöste Fragen, insbesondere das Monopolproblem, München 1951, 24 ff.

³⁰ Siehe StenBullNR 1909, 459, insbesondere 478 ff. 480 und 485 sowie den Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, vor allem 740, 747 ff. und 856; ferner ABEGG (Fn. 27), 61 ff.; für Deutschland vgl. z.B. REPGEN, Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001.

das richtige Ergebnis nicht einfach Folge des Marktes, sondern es ist eine Wettbewerbssituation und eine Gleichwertigkeit zwischen den Vertragspartnern vorausgesetzt. Wettbewerb und Gleichwertigkeit sichern das gerechte Ergebnis, ohne dass dieses inhaltlich im Recht vorgegeben werden muss.³¹

Um Wettbewerb als freies Entdeckungsverfahren zu ermöglichen, müssen also beide Parteien über eine *vergleichbare Marktposition* verfügen, welche durch zusätzliche Rechte hergestellt werden kann. Zudem müssen beide Parteien über ihre Marktposition und das situativ ökonomisch-rationale Verhalten *informiert* sein und dieses umsetzen können, was auch durch Privatrecht erreicht werden soll.³² Dieser Funktion³³ des materiellen Privatrechts entspricht vorab eine emanzipatorische Methode, die nicht direkt in den Vertragsinhalt eingreifen will, sondern die Voraussetzungen zwischen den Parteien herstellen soll.³⁴ Alternativ – und erst an [218] zweiter Stelle – werden nicht die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit und des funktionierenden Wettbewerbs hergestellt, sondern direkt das *Ergebnis* (inhaltliche Gerechtigkeit) eines fiktiven Wettbewerbs und einer fiktiven Gleichwertigkeit im Vertragsinhalt festgelegt. MESTMÄCKER formuliert dies folgendermassen:

*"In diesen Fällen [in welchen die Voraussetzungen der Privatautonomie fehlen] kann auch der Gleichheitssatz korrigierend eingreifen, die Privatautonomie verdrängen und an die Stelle des Vertrages 'die Legalisierung durch den Willen der Allgemeinheit' (Böhm) setzen oder den Vertrag zum 'technischen Mittel des Gesetzesvollzuges' (Flume) machen."*³⁵

3. Neben dieser Entwicklung vom Schutzrecht zum ausgefeilten Konzept der Parität (Waffengleichheit) ist auf eine weitere Entwicklung hinzuweisen, auf jene des ‚strukturellen‘ Elements der strukturellen Parität: Nach der klassisch-liberalen Konzeption werden Drittinteressen und übergeordnete Interessen vom Vertragsrecht nicht berücksichtigt, sondern allenfalls durch öffentliches Recht sollen Interessen Dritter und der Allgemeinheit geschützt

³¹ Vgl. zum Beispiel BGE 118 II 157; grundlegend BÖHM (Fn. 29), 24 ff.

³² Unter vielen MESTMÄCKER, *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden 1984, 843 ff.; zum Informationsungleichgewicht und Marktversagen grundlegend AKERLOF, *The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* 1970, 488-500, 488 ff.

³³ Es handelt sich weder beim so genannten Schutzrecht, noch beim Konzept der strukturellen Imparität um subsumierbares Privatrecht, sondern um vielfältige und differenzierte Begründungsmuster für Eingriffe in die Privatautonomie: ACKERMANN, *Bürgschaft. Zur Einwirkung der Grundrechte auf das Vertragsrecht: Inhaltskontrolle zur Kompensation von Ungleichheitslagen*, in: MENZEL (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, Tübingen 2000, 524-529, 524 ff.

³⁴ Als Beispiele seien hier lediglich die zwingenden Generalklauseln zum Datenauskunftsrecht (Art. 328b OR und 8 DSG) sowie die zwingenden Inhaltsnormen zu Auskunftsrechten in spezifischen Situationen (z.B. Art. 322a, 322c OR im Arbeitsrecht und Art. 256a OR im Mietrecht) genannt. Vgl. zudem WIETHÖLTER, *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in: TEUBNER (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin 1982, 221-249, der diesen Gedanken radikalisiert.

³⁵ MESTMÄCKER (Fn. 32), 514, m.w.H.

werden.³⁶ Der Vertrag stabilisiert eine Differenz zwischen lediglich zwei Parteien unter gleichzeitiger Indifferenz gegenüber Drittinteressen, was für die Wirtschaft zu einem grossen Effizienzgewinn führt.³⁷ Immerhin wird gleichzeitig mit der wirtschaftlichen Transaktion eine Vergesellschaftung derart hergestellt, als die Preisbildung im Hinblick auf viele reale oder vorgestellte Mitkonkurrenten geschieht.³⁸

Im Zuge der Materialisierung des Vertragsrechts wurden nun allerdings vermehrt Parteien nicht mehr isoliert als Einzelne betrachtet, sondern einer bestimmten, vermehrt *funktionell definierten Gruppe* (z.B. den Konsumenten, den Arbeitern, den Vermietern) zugeordnet. Eine durch Rechtsetzung oder Rechtsprechung erfolgte Korrektur des formellen Privatrechts – oft, aber nicht ausschliesslich durch zwingendes Schuldvertragsrecht – erhält somit Relevanz für alle zukünftigen Entscheidungen, welche die entsprechende Gruppe betreffen, was wiederum vom urteilenden Gericht antizipiert werden muss.³⁹ In dieser Weise können auch mit der Bildung einer Fallgruppe der Familienbürgschaften in zukunftsgestaltender Weise *Drittinteressen* berücksichtigt werden, indem die Gerichte die Parteien nicht mehr isoliert als Einzelne betrachten, sondern einer bestimmten Gruppe – hier z.B. den bürgenden Familienangehörigen – zuordnen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht formulierte dies als Auftrag an die (Privatrechts-) Rechtsprechung in folgender Weise: [219]

*"Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen."*⁴⁰

2. *Situierung von BGE 129 III 702*

Die Semantik der Erwägungen von BGE 129 III 702 nimmt zum Teil starken Bezug auf ein *klassisch-liberales Konzept des Vertragsrechts* (vgl. z.B. E. 2.3, S. 706 f. und E. 2.4.3 am Anfang, S. 709). In nuce: Die Reziprozität der Leistungen ergibt sich als Folge aus der freien komplementären Willensbeziehung und der gegenseitigen Leistungsbeziehung, unter Ausschluss von Staats- und Gesellschaftsinteressen, rechtlich abgesichert durch das Prinzip der Vertragsfreiheit. Vorausgesetzt und rechtlich zu sichern sind somit lediglich die Freiheit des

³⁶ Grundlegend bereits SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4, Berlin 1973/1840, Band I, 22 ff.; illustrativ hierzu BGE 124 II 570, 578 ff.

³⁷ LUHMANN (Fn. 5), 455; HART, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, Die Aktiengesellschaft (AG) 1984, 66-80, 71; AMSTUTZ, Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft, Baden-Baden 2001, 244 ff.

³⁸ WEBER (Fn. 28), 382.

³⁹ COLLINS, Regulating Contracts, Oxford 1999, 71 ff.; in Deutschland erfolgte diese Gruppenbildung bereits im Entscheid zum Kieler Strassenbahnstreik aus dem Jahr 1923 (RGZ 106 272-277) – hier zulasten der arbeitswilligen Schaffner und Kontrolleure, welche sich die Folgen des Streiks ihrer Kollegen des betriebseigenen Kraftwerks anrechnen lassen mussten.

⁴⁰ BVerfGE 89, 214, 232; vgl. auch schon BVerfGE 81, 242, 255 f.

Wirtschaftssubjektes und die Freiheit dessen Willens.⁴¹ Dieses Privatrechtsverständnis zeugt jedoch von einem Menschenbild, das in neuerer Zeit zunehmend hinterfragt wurde, denn die wissenschaftlichen Erkenntnisse gehen vermehrt vom freien Rechtssubjekt, das jederzeit aufgrund seines freien Willens Verpflichtungen eingehen kann, zum 'defizitären' Rechtssubjekt, dessen freier Wille massgeblich durch soziale und biologische Faktoren eingeschränkt wird.⁴²

Das Bundesgericht bleibt denn de facto auch nicht beim klassisch-liberalen Privatrechtskonzept stehen, sondern folgt den *Rechtfertigungslinien des erläuterten Konzepts der strukturellen Parität*: Gleichgewichtigkeit und (der hier nicht zur Debatte stehende) Wettbewerb sind unabdingbare Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit; die vergleichbare Marktposition muss durch zusätzliche privatrechtliche Rechte und Pflichten hergestellt werden. In casu muss die strukturell unterlegene Partei (durch Formvorschriften) derart informiert werden, dass sie ein ökonomisch-rationales Verhalten kognitiv erfassen (vor allem E. 2.2, S. 705) und umsetzen kann. Zwar nimmt das Bundesgericht – anders das deutsche [220] Bundesverfassungsgericht oder das Bundesgericht selbst zum Beispiel in BGE 125 III 277 (1999) – nicht auf die indirekte privatrechtliche Wirkung von Grundrechten Bezug. Über den Einfluss der Grundrechte auf Privatrecht lässt sich denn auch trefflich streiten.⁴³ Im Resultat werden jedoch auch in BGE 129 III 702 auslegungsbedürftige Normen und Rechtskonzepte wie in casu die Qualifikation (Privatrechts-) Prinzipienkonform interpretiert, wenn nicht gar reformuliert.⁴⁴ Darauf wird zurückzukommen sein.⁴⁵

⁴¹ Zu den philosophischen Grundlagen vgl. KANT, Kritik der praktischen Vernunft, Hamburg 1993/1788, 58. Zu den Hintergründen dieses klassisch-liberalen Konzepts des 19. Jahrhunderts vgl. WEBER (Fn. 28), 382 f. Die wirtschaftliche Selbständigkeit, als weitere Vorbedingung vorausgesetzt, ergibt sich in diesem Konzept aus der staatlich zu sichernden (aber nicht staatlich herzustellenden) Eigentumsposition.

⁴² FLANAGAN, The Problem of the Soul: Two Visions of Mind and How to Reconcile Them, New York 2002, 145; vgl. auch SMILANSKY, Free will and illusion, Oxford 2000, der die Fiktion des freien Willens als notwendig erachtet, um Moral und (Lebens-) Sinn der Menschen zu erhalten. Zu den ökonomischen Untersuchungen des homo oeconomicus, der Präferenzautonomie und den Verbindungen zum Menschenbild des Rechts sowie seinen Auswirkungen: SCHMIDTCHEN, Homo Oeconomicus und das Recht, Volkswirtschaftliche Reihe, Economic Series 2000, 1-31, 2 ff. m.w.H. sowie SCHMIDTCHEN, Prävention und Menschenwürde - oder: Kants Instrumentalisierungsverbot und die ökonomische Theorie der Strafe, 2002, 1-18, 5.

⁴³ Vgl. nur ZÖLLNER (Fn. 11), 272 ff. und ACKERMANN (Fn. 33), 527; für die Schweiz jüngst CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: Ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit - zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, AJP 2004, 384-404.

⁴⁴ Ob die "gleiche Vertragsfreiheit" und der entsprechende Persönlichkeitsschutz unter die Grundrechte eingereiht wird oder aus privatrechtliche Prinzipien (Art. 19 f. OR) hergeleitet wird, kann dahingestellt bleiben: vgl. hierzu ABEGG (Fn. 27), m.w.H.; a.M. WOLF, Vertragsfreiheit - das verkannte Verfassungsrecht, AJP 2002, 8-11; vgl. ferner BGE 113 Ia 126, 139.

⁴⁵ Unten Ziff. V.

3. Kritik am Konzept der strukturellen Parität

1. Mit der Renaissance der formalen Vertragsfreiheit insbesondere im Rahmen der *ökonomischen Analyse des Rechts* verstärkt sich seit einiger Zeit die Kritik am materiellen Privatrecht im Allgemeinen und am Konzept der strukturellen Parität im Besonderen. Traditionelle Einwände, die nun wieder aufgenommen werden, sind Folgende: Es müsse – wenn überhaupt – mittels *klassischer Aufgabenteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht* dem Problem der Waffenungleichheit Rechnung getragen werden. Der Wettbewerb würde unfaire Vertragsbedingungen auf die Dauer verhindern. Und wenn die Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern nicht mehr sichergestellt sei, greife das Kartellrecht. Bleibe überhaupt keine Entscheidungsfreiheit mehr, stelle das Privatrecht verschiedenste Behelfe zur Verfügung (*laesio enormis*, Korrektur von Willensmängeln). Und schliesslich seien durch Zwangsvollstreckungsrecht die lebensnotwendigen Bedürfnisse gesichert.⁴⁶

Einwände hiergegen kommen jedoch von mindestens zwei Seiten: Zum Ersten haben empirische Studien gezeigt, dass einseitige Vertragsgestaltungen ohne Rücksicht auf effiziente Allokation vorgenommen werden. Zum Zweiten muss bezweifelt werden, dass ein Markt es in absehbarer Zeit schon richten werde, in welchem ein Informationsungleichgewicht Gang und Gäbe ist, weshalb Vertragsfreiheit nicht automatisch und in der Regel nicht innerhalb eines akzeptablen Zeithorizonts zur gesellschaftsadäquaten Vertragsgerechtigkeit führt.⁴⁷ [221]

Obwohl das Bundesgericht in BGE 129 III 702 versucht, mittels verschärften Formpflichten ein Informationsgleichgewicht herzustellen, wird überdies in der Folge noch zu erläutern sein, dass weder hiermit noch mit dem alt-liberalen Verständnis von Privatrecht *das eigentliche Problem*, das auch das Bundesgericht erkennt (E. 2.8, S. 712), angegangen werden kann: die strukturelle Kollision der familiären mit der wirtschaftlichen Handlungslogik.⁴⁸

2. Die soeben aufgeführte Kritik am Konzept der Waffenungleichheit hängt eng mit dem (vor allem in Deutschland vorgebrachten) Vorwurf zusammen, das materielle Privatrecht führe insbesondere durch die nur schlecht versteckte direkte Grundrechtsanwendung zu einer *Desintegration des Privatrechts*.⁴⁹ Indem das Privatrecht gesellschaftliche oder wirtschaftliche

⁴⁶ Grundlegend POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston/Toronto 1986, 101 ff. Siehe zudem VON DER CRONE, *Rahmenverträge: Vertragsrecht, Systemtheorie, Oekonomie*, Zürich 1993, 33 ff.; vgl. auch die kritischen Übersichten bei BERGER, *Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG* (Diss.), Zürich 1997, 9 ff.; KÖTZ, *Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtökonomische Skizze*, JuS 2003, 209-214, 209 ff.

⁴⁷ Grundlegend AKERLOF (Fn. 32), 488 ff.; vgl. auch COLLINS (Fn. 39), 290 f., m.w.H.; BERGER (Fn. 46), 12 f.; KÖTZ (Fn. 46), 208 ff., vor allem 213 f.

⁴⁸ Siehe hierzu unten Ziff. V.

⁴⁹ Unter vielen ZÖLLNER (Fn. 11), 6.

Perspektiven inkorporiere, verliere es an Kohärenz und werde in der eigenen analytischen Struktur gefährdet.⁵⁰

Jedoch ist bei den Bürgschaftsfällen interessanterweise festzustellen, dass sowohl das Bundesgericht wie auch die deutschen Zivilgerichte jeweils eine *Umsetzung in Privatrecht* in Form einer detaillierten generell-abstrakten Regel erarbeitet haben.⁵¹ Wenn daher von einer Desintegration des Vertragsrechts gesprochen werden kann, dann von einer produktiven Desintegration, denn das Vertragsrecht wird – in einem privatrechtseigenen Anpassungsprozess – differenzierter und trägt gesellschaftlichen Bedürfnissen besser Rechnung, ohne die eigene Rationalität zu verlieren. Ob der Anstoss zu diesem privatrechtseigenen Anpassungsprozess aus einem grundrechtsaufgeladenen Diskurs resultierte, bleibt von untergeordneter Bedeutung. In diesem Sinn relativiert sich denn auch die vom Bundesgericht festgestellte Inkohärenz im Recht (vgl. E. 2.3, S. 705).⁵²

3. Zudem werden auch auf einer konkreteren Ebene ernstzunehmende Einwände vorgebracht: *Ungleichgewichtslagen* seien weder beschreibbar noch messbar. Und selbst wenn es solche Ungleichgewichtslagen gäbe, zeuge ein Vertrag, der nicht mehr aushandelbar sei, nicht per se von einer solchen Ungleichgewichtslage. Vielmehr könne durch die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern eine genügende Autonomie in der Entscheidung hergestellt werden.⁵³

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass Hierarchien in verschiedensten Verträgen tatsächlich erfahrbar sind (hinreichend beschrieben im Miet- und Arbeitsverhältnis und bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen).⁵⁴ Und selbst wenn sich ein Ungleichgewicht ökonomisch rechtfertigen lässt, heisst dies noch nicht, dass es [222] nicht aus anderen – vor allem ausser-ökonomischen – Gründen geboten ist, ausgleichend einzugreifen. Richtig ist hingegen, dass nicht jede Hierarchie zwischen den Vertragspartnern die Autonomie des Schwächeren gefährdet oder zu einem unhaltbaren Ergebnis und einem mangelhaften Interessenausgleich führt. Vielmehr sind *typische Hierarchien in Vertragsbeziehungen auf ihren Grund, die jeweiligen systemspezifischen Rechtfertigungen und insbesondere die materiellen Ergebnisse zu überprüfen*. Ein ökonomisch legitimer Grund für Hierarchien kann im beidseitigen Bedürfnis liegen, Transaktionskosten zu senken oder Entscheidungswege effizient auszugestalten. Dies zum Beispiel bei Verträgen, deren Inhalt noch ändern kann. Hier soll nicht ohne Not in Transaktionskosten senkende (Effizienz steigernde) Hierarchisierungen eingegriffen werden, ohne die marktspezifischen Gründe zu ermitteln und diese gleichzeitig

⁵⁰ Vgl. TEUBNER, After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law (EUI Working Paper 100/84), International Journal of Sociology of Law 1984, 375-400, 375 ff.

⁵¹ Vgl. BGE 129 III 702 (2003), 710 ff. und BGH NJW 2002, 2705.

⁵² Vgl. oben Ziff. II.

⁵³ Vgl. nur ZÖLLNER (Fn. 11), 35, m.w.H.

⁵⁴ Anstelle vieler BERGER (Fn. 46), 13.

in einen gesellschaftlichen Kontext zu stellen.⁵⁵ Zudem ist zu untersuchen, ob das Ungleichgewicht seinen Grund in den langfristigen Geschäftsbeziehungen hat; eine Partei kann zum Beispiel mit einer nur anfänglichen hierarchischen Unterordnung ihr Eintrittsgeld bezahlen, dann aber die Aussicht auf eine lange profitable Geschäftsbeziehung erhalten. Auch ist eine erste Leistung oder vorläufige Abhängigkeit gegen die langfristigen Investitionen der Gegenpartei aufzuwiegen. Außerdem sind auch allfällige oder fehlende rechtliche und ausserrechtliche Sanktionsmechanismen in Betracht zu ziehen (zum Beispiel Vorleistungspflichten, Anfälligkeit auf Verlust der Geschäftsreputation).⁵⁶

Zwar deutet BGE 129 III 702 im Verbund mit den zahlreichen deutschen Gerichtsfällen zu Familienbürgschaften darauf hin, dass die Ungleichgewichtslage nicht eine singuläre Erscheinung ist, sondern die Familienbürgschaft einer *standardisierten und ökonomisch rationalen Vorgehensweise der professionellen Kreditgeber* entspricht.⁵⁷ Allerdings liegt tatsächlich das typische Machtgefälle in den Familienbürgschaftsfällen nicht grundsätzlich im Vertragstypus Bürgschaft begründet. Und auch der vom deutschen Bundesverfassungsgericht ausgemachten strukturellen Konstellation, die auf die [223] beteiligten Privatrechtssubjekte fokussiert, kann keine übergreifende Geltung attestiert werden.⁵⁸ Denn selbst wenn das typische (d.h. sich in einer Vielzahl gleichartiger Fälle wiederholende) Ungleichgewicht durch die üblicherweise beteiligten Parteien entsteht, nämlich einem professionellen Kreditinstitut auf der einen Seite und einer Privatpersonen oder einem Kleinunternehmer samt familiär verbundenem Bürge auf der anderen Seite, kann bei anderer Beteiligung die strukturelle Imparität fehlen: Wäre etwa ein privater Kreditgeber anstelle eines professionellen Kreditinstitutes beteiligt, würde in der Regel kein Ungleichgewicht auszumachen sein.⁵⁹

4. Gewichtig ist schliesslich auch eine Kritik am Konzept der Waffengleichheit, welche die *Anwendung der Grundrechte* betrifft: Es würden die Grundrechte ins Gegenteil verkehrt. Traditionellerweise setze ein Grundrecht dem Gesetzgeber Schranken beim Eingriff in die sich selbst regulierende Gesellschaft. In den deutschen Bürgschaftsentscheidungen werde

⁵⁵ TEUBNER (Fn. 50), 393 f.; besonders aufschlussreich ist die Studie zu den Sicherungsrechten im deutschen Mietrecht von OESTMANN, Gesetzgeberische Eingriffe in die Privatautonomie und ihre Folgen: Das Beispiel der Sicherungsrechte im Mietvertrag, KritV 2003, 96-118, 110 ff.

⁵⁶ COLLINS (Fn. 39), 225 ff.; KÖTZ schlägt in seiner Analyse zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, in operativer Weise zu fragen, ob die AGB auch in einer Welt ohne prohibitive Transaktionskosten zum Nachteil der einen Partei vereinbart worden wären. Ist dies nicht der Fall, so sollen die AGB zwingend derart korrigiert werden, dass die jeweiligen Risiken des Vertrages von jener Partei übernommen werden, die diese Risiken mit geringeren Kosten abwenden kann oder diese mit geringeren Kosten unter Versicherungsschutz bringen kann: KÖTZ (Fn. 46), 213 f.

⁵⁷ In der Schweiz fehlen hierzu empirische Untersuchungen; für Deutschland vgl. m.w.H. TEUBNER (Fn. 12); a.M. ZÖLLNER (Fn. 11), 10.

⁵⁸ Anders wohl in der Handelsvertreterentscheidung: BVerfGE 81, 242.

⁵⁹ Siehe unten Ziff. V.

jedoch der Eingriff des Staates in bürgerliche Grundrechte gerade mit einem Grundrecht legitimiert.⁶⁰

Obwohl dieser Aspekt der Grundrechtswirkung auf das Privatrecht *im schweizerischen Diskurs zumeist verdrängt* wird, wird im Folgenden auch auf diese Kritik zurückzukommen sein.⁶¹

V. Die Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung

1. Trotz der soeben aufgeführten Kritikpunkte hat sich das Konzept der strukturellen Parität bis heute im Grossen und Ganzen darin bewährt, die Voraussetzungen individueller wirtschaftlicher Vertragsfreiheit durch Privatrecht anzuleiten. Dennoch: Die geltend gemachten Einwände sind ernst zu nehmen. Sie zeugen allerdings weniger davon, dass das Konzept der strukturellen Parität als solches fehlerhaft oder obsolet wäre, sondern vielmehr davon, dass *das Gesellschaftsbild des Obligationenrechts*, welches sich ganz auf den Menschen als isolierten individualisierten Wirtschaftsteilnehmer ausrichtet, nicht mehr in jeder Situation zur heutigen Gesellschaft passt – insbesondere dann nicht, wenn andere Rationalitäten als lediglich die ökonomische beteiligt sind.⁶² Hieraus folgt jedoch gleichzeitig, dass die Einwände [224] gegen das Begründungskonzept der strukturellen Parität ebenso wie dieses selbst an den heute zu lösenden Problemstellungen einer komplexen und ausdifferenzierten Gesellschaft vorbeizieht, wenn die zu behandelnden Probleme allein auf die ökonomische Ebene reduziert werden.

Im Folgenden soll indes eine neu-alte Ausrichtung des Privatrechts auf Gesellschaft vorgestellt werden, die den aufgeführten Einwänden gegen das Konzept der strukturellen Parität

⁶⁰ ZÖLLNER (Fn. 11), 2; vgl. demgegenüber BÄUERLE (Fn. 10), 171 ff. m.w.H., der die direkte Anwendung von Grundrechten befürwortet.

⁶¹ Sogleich unten Ziff. V.

⁶² Hierin in der Konsequenz übereinstimmend FOUCAULT, Die Wahrheit und die juristischen Formen, Frankfurt a.M. 2003/1973, 12 ff. und LUHMANN, Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a.M. 1987, 20 ff. Die Gründe für die zunehmenden Rationalitätskonflikte sind mannigfaltig und komplex und können daher an dieser Stelle nicht eingehend behandelt werden. Es soll zunächst genügen, einen diesbezüglichen rechtsinternen Forschungsbedarf festzustellen und auf die Entwicklungstendenzen von zunehmender Ausdehnung der ökonomischen Rationalität, Fragmentierung der Gesellschaft, Digitalisierung/Technologisierung, Privatisierung und globale Vernetzung hinzuweisen, mit welchen Staat und Politik zunehmend an Einfluss verlieren und sich zugleich die Ausdifferenzierung der Gesellschaft in verschiedene Handlungslogiken radikalisiert. Zu den verschiedenen angeführten Topoi vgl. etwa KENNEY/CURRY, Beyond Transaction Costs: E-commerce and the Power of the Internet Dataspace, Working Paper 18, E-Conomy Projekt, Berkeley 2000, 1-39, 2 f. und 6 ff.; UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, ZBL 2001, 393-422, 394 m.w.H.; HOFSTETTER, Globalisierung und Wirtschaftsrecht, ZSR 2000, 361-396, 361 ff, insbesondere 366 ff.; KOLLER, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts - Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 2000, 313-360, 313 ff.

entgegentritt und damit gleichzeitig die Gesellschaftsadäquanz des Rechts für eine polykontexturale⁶³ Gesellschaft besser herstellen kann.

2. Das Bundesgericht hatte in BGE 129 III 702 einen wichtigen *Ursprung von Irritationen in der Wirtschaft wie auch im Recht* ausgemacht, die eng mit den festgestellten Problemen des Konzepts der strukturellen Parität zusammenhängen: Es sei – so das Bundesgericht – als Inkohärenz der Rechtsordnung zu werten, dass das gleiche wirtschaftliche Ziel der Verstärkung der Gläubigerposition mit zwei (bzw. mehreren) rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten erreicht werden könne, indessen nur die Bürgschaft zum Schutz der sich verpflichtenden Partei an besondere Formvorschriften geknüpft sei (E. 2.3, S. S. 705 f.).

Hierzu sind zunächst folgende Präzisierungen anzubringen: Wenn das Bundesgericht zugleich (E. 2.2, S. 705) feststellt, dass sich die beiden Sicherungsgeschäfte im Recht durch den Rechtsgrund unterscheiden, nämlich einerseits bei der Bürgschaft für die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners eingestanden wird, andererseits bei der kumulativen Schuldübernahme die eigenständige Befriedigung des Gläubigers bezweckt werde, dann ist diese Unterscheidung nicht allein von rechtsinterner Relevanz, sondern auch in der Rechtsumwelt nicht bedeutungslos: Wer für eine eigenständige Befriedigung des Gläubigers einsteht, wird in der Regel eigenständige Interessen am entsprechenden – zumeist ökonomischen – Projekt haben, während bei einem alleinigen Entstehen-müssen für den Hauptschuldner zumeist eine primäre – ökonomische oder anderweitige – Verbindung zum Bürgen besteht, jedoch nicht oder nicht direkt zum Hauptgläubiger oder zum Projekt. Möglicherweise hat der Bürge auch – z.B. ökonomische – Interessen, mit dem Hauptprojekt nicht allzu direkt in Verbindung zu stehen. Während aus dem Blickwinkel des Hauptgläubigers sowohl kumulative Schuldübernahme wie Bürgschaft gleichgerichtete ökonomische Sicherungsmittel darstellen, können den Bürgen oder Solidarschuldner jeweils durchaus *unterschiedliche ökonomische und ausserökonomische Rationalitäten* dazu [225] bewegen, sich am Geschäft auf die eine oder andere Art zu beteiligen. Der deutsche Bundesgerichtshof lässt es entsprechend bei der Abgrenzung von Bürgschaft zu anderen Sicherungsmitteln nur auf die Verhältnisse auf Seite der Kreditnehmer und Sicherungsgeber ankommen.⁶⁴ Es wird in der Folge mehrfach darauf zurückzukommen sein, dass diese Unterscheidung in der eingenommenen Beobachterposition für das Recht nicht ohne Folgen bleibt.

Ferner ist zu präzisieren, dass sich eine vom Bundesgericht festgestellte "Inkohärenz" *erst bei der Übersetzung von der wirtschaftlichen in die rechtliche Rationalität und vis versa im jeweiligen System aufbaut*.⁶⁵ Diese Unterscheidung mag zunächst spitzfindig erscheinen, ist jedoch von grundlegender Relevanz. In nuce ist folgender Vorgang angesprochen: Da die Schutzvorschriften des Bürgschaftsrechts in der ökonomischen Rationalität des Hauptgläubigers in Kosten übersetzt werden, wird diese ökonomische Rationalität durch geeignete Vertragsinhaltsgestaltung dazu tendieren, die Kosten zu vermeiden. Die Entscheidung der

⁶³ Zum Begriff der Polykontextualität sogleich unten bei Fn. 72.

⁶⁴ BGH NJW 2002, 744.

⁶⁵ Vgl. bei Fn. 50.

Wirtschaft für den entsprechenden Vertragsinhalt wird mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit rechtlich abgesichert, erzeugt nun aber im vorliegenden Fall im Recht eine Inkompatibilität mit dem Schutzrecht, das seinen politisch gesetzten Zweck umgangen sieht und daher eine politikbezogene anstelle einer wirtschaftsbezogenen Rekonstruktion der Vertragswirklichkeit verlangt. Dies wiederum kann in der ökonomischen Rationalität eine Inkohärenz dann erzeugen, wenn die rechtlichen Operationen nicht antizipiert werden können, Recht also von der Wirtschaft als black box wahrgenommen wird und damit die ökonomischen Projekte, die auf labilen profitbezogenen Kalkulationen beruhen, aus dem Gleichgewicht zu geraten drohen. Andernfalls droht in der wirtschaftlichen Rationalität die Infragestellung von Familienbürgschaften als Sicherungsmittel, was den wirtschaftlich Schwächeren den Zugang zu Krediten letztlich versperren kann.

Obwohl die Bruchstellen zwischen Ökonomie und Recht vom Bundesgericht richtig lokalisiert wurden, erweist sich somit in diesem Punkt die *Analyse des Bundesgerichts insbesondere aus folgenden zwei Gründen als ergänzungsbedürftig*: Einerseits greift die Analyse zu kurz, indem sie nur den Blickwinkel des Gläubigers berücksichtigt, andererseits richten sich diese wichtigen Grundsatzüberlegungen zu stark auf die Bedürfnisse der Ökonomie und zuwenig auf die weiteren beteiligten Rationalitäten wie Recht und Familie sowie auf die soeben angesprochenen Interferenzen zwischen den Rationalitäten. Letzteres ist in der Folge zu vertiefen.

3. Wird – wie TEUBNER dies beschrieben hat – der *Vertrag als bindendes Glied verschiedener Vertragswelten (Handlungslogiken, sozialen Subsystemen, Diskursen)* interpretiert, so bedeutet Vertrag gleichzeitig Vertrag im Sinne des Rechts (rechtliches Schuldverhältnis), Vertrag als ökonomische Transaktion und Vertrag als produktives [226] Projekt in einer anderen sozialen Welt wie z.B. Bildung, Familie, Wissenschaft etc.⁶⁶ Da der Vertrag die verschiedenen Vertragswelten (vor allem Wirtschaft, gesellschaftliches Projekt und Recht) zeitweise zusammen führt, d.h. von allen Vertragswelten Fallmaterial für die rechtliche Rekonstruktion der Vertragswirklichkeit bezieht, ermöglicht er einen vereinfachten Informationsaustausch (den Diskurs) zwischen verschiedenen Vertragswelten. Dieser Diskurs zwischen den Vertragswelten kann allerdings durchaus auch ein produktives Missverständnis sein, da jede Vertragswelt die externen Einflüsse autonom in ihrer eigenen Sprache verarbeitet.⁶⁷ Der Diskurs zwischen den verschiedenen Vertragswelten setzt geradezu voraus, dass jede beteiligte Vertragswelt nach ihrer eigenen Rationalität funktioniert.⁶⁸

Mit dieser Grundanlage können nun die Bürgschaftsurteile folgendermassen gelesen werden: Im Fall einer Familienbürgschaft *treffen die Vertragswelten Familie und Wirtschaft aufeinander*, deren jeweilige Kommunikation fundamental verschieden ist. Jener Unternehmer, der den Kredit aufnehmen will, denkt in zwei Handlungslogiken. Einerseits will er

⁶⁶ TEUBNER, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes, Rechtshistorisches Journal 1998, 234-265, 244 f.

⁶⁷ TEUBNER (Fn. 66), 244 f.

⁶⁸ Vgl. für das Rechtssystem bereits WEBER (Fn. 28), 181.

(als Unternehmer) ein wirtschaftliches Projekt finanzieren; der Bürgschaft kommt hierbei ein wirtschaftlicher Wert zu. Als Unternehmer sucht er – unter Umständen trotz Risiken – die Maximierung des Profits. Er erhält die Bürgschaft jedoch aus dem Grund familiärer Solidarität. Der Bürge denkt seinerseits nicht an die Maximierung seines Profits, sondern übernimmt weitgehend die Betrachtungsweise, wie sie vom Unternehmer als Familienangehörigen dargelegt wird; tatsächlich werden innerhalb der Familie Risiken solcher Unternehmungen häufig tabuisiert. Der um Bürgschaft Nachfragende seinerseits dürfte – in seiner Rolle als Familienangehöriger – nicht um die solidarische Leistung nachfragen, wenn die Bürgschaft den bürgenden Familienangehörigen übermässig gefährdet. Als Unternehmer erwartet der Kreditnehmer jedoch von der Bürgschaft einen wirtschaftlichen Profit.

Nach der entwickelten *deutschen Rechtsprechung* ist 1) bei mangelndem wirtschaftlichen Eigeninteresse eine Bürgschaft anzunehmen, und 2) verstossen nun Familienbürgschaften nur dann nicht gegen § 138 BGB (Sittenwidrigkeit), wenn der Bürge bei Eintritt des Haftungsfalls die Zinslast aus dem eigenen pfändbaren Einkommen und Vermögen bezahlen kann oder widerlegt wird, dass die Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit übernommen wurde und der Kreditgeber dies ausgenutzt hat.⁶⁹ Hiermit [227] wird die Kollision der beteiligten Handlungslogiken für gewichtige Fälle vermieden; in diesem Fall, indem Familienbürgschaften verboten werden, wenn sie ruinös sind.⁷⁰

4. *Diese Interpretation hat zwei gewichtige Vorteile:* Erstens trägt sie der heute zunehmend fragmentierten und polykontexturalen Gesellschaft besser Rechnung als eine individualistisch-isolierende Sicht, die immer noch am Gesellschaftsbild des 19. Jahrhunderts anschliesst, und kann damit zweitens den obgenannten Einwänden gegen das Konzept der strukturellen Parität besser Rechnung tragen.⁷¹ Dies bedarf der Erläuterung:

a. Zurzeit erhält die Fragmentierung der Gesellschaft eine markante Radikalisierung, wobei sich zahlreiche Handlungsräume mit je eigener unabhängiger Rationalität entwickeln und sich in dieser Unabhängigkeit radikalieren. Eine eindeutige Bezeichnung der heutigen Gesellschaft wie ehemals als Industriegesellschaft oder heute als Informations-, Wissens- oder Risikogesellschaft ist denn auch kaum mehr möglich. Doch unterschlägt der Begriff der Fragmentierung die wichtigen wechselseitigen Bezüge dieser unabhängigen Handlungsräume. Vielmehr kann die heutige *polykontexturale*⁷² *Gesellschaftsstruktur* als eine differen-

⁶⁹ Folgt man der Meinung, dass Art. 21 OR auch auf einseitige Schuldverträge anwendbar ist (siehe den Wortlaut von § 138 Abs. 2 BGB, der sich auf das Rechtsgeschäft bezieht), so wäre eine Lösung in der Schweiz über diese Normen zu finden – allerdings mit dem Nachteil, dass diese Norm mit ihrem subjektiven Anwendungsbereich stark in der aufs Individuum ausgerichteten Willensdoktrin verfangen bleibt.

⁷⁰ BGH NJW 2002, 2705; vgl. TEUBNER (Fn. 12), 396 ff.

⁷¹ Oben Ziff. IV3.

⁷² Die Beschreibung der Gesellschaft als polykontextural geht auf die "mehrwertige Logik", wie sie von GÜNTHER im Anschluss vor allem an Hegel ausgeführt wurde, zurück: GÜNTHER, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, Hamburg 1976, Band III, 183 ff., vor allem 196 ff.

zierte in dem Sinne beschrieben werden, als sich verschiedenartig spezialisierte Handlungsbereiche entwickelt haben, die einer spezifisch eigenen Rationalität folgen und nicht in die Bezüge anderer Handlungsbereiche eingebettet sind. Ein solch gleichzeitiges Nebeneinander verschiedener operativ selbständiger Handlungslogiken, die sich jedoch aufeinander beziehen und einlassen, ergibt eine Gesellschaft mit hoher struktureller Komplexität. Überblicksartig formuliert folgt etwa die wirtschaftliche Rationalität dem Profit als Leit-Rationalität, Politik bezieht sich auf die Rationalität des Machtgewinns während Wissenschaft primär an der Wahrheitssuche und Kunst nur am Schönen interessiert ist.⁷³ Jede Kommunikation ereignet sich zugleich innerhalb von verschiedenen Kontexten und wird aufgrund der je eigenen Leitdifferenz verarbeitet. Eine Kommunikation wie zum Beispiel jene über neue Arbeitslosenzahlen ist somit zugleich wirtschaftseigene, rechtseigene und politikeigene Kommunikation.⁷⁴ Legt man diese Gesellschaftsbeschreibung zugrunde, dann geht es primär darum, das *Privatrecht auf die neuen sozialen Ausdifferenzierungen der Gesellschaft zu sensibilisieren und diese Ausdifferenzierungen gegen Überwältigungstendenzen abzusichern*.⁷⁵ Das Privatrecht nimmt entsprechende Kontextvorgaben [228] anderer gesellschaftlicher Bereiche wahr, übersetzt sie und richtet seine Struktur (immer nach privatrechtseigenen Regeln) danach aus.

b. Dass sich eine solche Interpretation nicht im luftleeren Raum befindet, sondern sich vielmehr in die (zum Teil noch durch den Staatszentrismus verhüllte) Tradition von Privatrecht einreihen lässt, zeigt ein Blick auf die *historische Entwicklung des Privatrechts*: Seit der *Konstitution der (Binnen-) Marktwirtschaft* im Laufe des 19. Jahrhunderts bestand die Gefahr, dass die Sprache und Handlungslogik der Politik zu stark in die Gesellschaft im Allgemeinen und in die Wirtschaft im Speziellen ausgreift und deren Handlungsräume, insbesondere die Entstehung der (Binnen-) Marktwirtschaft massgeblich behindert. Solche Kolonialisierungstendenzen führten einstmals zu einer Neuinterpretation des traditionellen Grundrechtskatalogs, der nun vor allem die spontanen Handlungsbereiche der wirtschaftlichen Betätigung sowie der öffentlichen Meinungsbildung durch Wählerschaft und Interessengruppen gegen die Vereinnahmung durch Politik schützte.⁷⁶ Dass sich die Politik zunächst auf eine Beobachtersposition zurückziehen musste, lässt sich daran ablesen, wie eingeschränkt im *Obligationenrecht von 1881* die Bedeutung von politisch gesetzten zwingenden Normen blieb. Diese beschränkten sich im Wesentlichen darauf, einerseits Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zur Konstituierung des freien Marktes herzustellen und

⁷³ TEUBNER (Fn. 66), 234 ff., vor allem 241 ff.; AMSTUTZ, Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung, in: HONSELL/PORTMANN/ZÄCH/ZOBEL (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 161-176, 165 f.

⁷⁴ Vgl. insbesondere die systemtheoretische Ausformulierung z.B. in LUHMANN (Fn. 62) und TEUBNER, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989.

⁷⁵ HART (Fn. 37), 72; WIETHÖLTER, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ 1985, 126-139, 130 f.; TEUBNER (Fn. 66).

⁷⁶ TEUBNER (Fn. 66), 254 f.

andererseits sicherzustellen, dass die Wirtschaftssubjekte nicht vom autonomen Wirtschaften ausgeschlossen wurden.⁷⁷

In der rechtlichen Absicherung bestimmter Gesellschaftsbereiche manifestiert sich ein wiederholender Reaktionsmechanismus gegen Überwältigungstendenzen. Dies zeigt sich darin, dass es mit der zunehmenden Ausdifferenzierung der freien Marktwirtschaft um die Jahrhundertwende vom 19. zum 20. Jahrhundert und der gleichzeitigen Ausweitung der Marktwirtschaft auf grosse Teile der Gesellschaft im Privatrecht darum ging, eine *prekäre Balance zwischen Autonomie der selbstregulierenden Märkte und allgemeinwohlverständener politischer Intervention* im Privatrecht [229] herzustellen. Die bemerkenswerte Responsivität gegenüber der Autonomie des Wirtschaftssystems einerseits und damit zusammenhängenden gesellschaftlichen Problemstellungen wie insbesondere dem Existenzschutz der Familie andererseits hatte das Privatrecht bereits in dieser Phase um 1900 entwickelt.⁷⁸

c. Die Aufgabe des Privatrechts zur *Absicherung der familiären und menschlichen Existenz vor der wirtschaftlichen Rationalität* hat sich bis heute fortgesetzt – zunächst insbesondere in der Rationalität des Wohlfahrtsstaats durch politische Normierung, heute jedoch, wie die Fallgruppe der Familienbürgschaft zeigt, zunehmend auch durch die Gerichte.

Die Anzahl *privatrechtlicher Normen, die dieser Funktion folgen*, ist kaum mehr zu überblicken. Verschiedenste zwingende Normen des Mietrechts schützen den Bestand und

⁷⁷ Art. 114 Abs. 1, 237 und 247 aOR schränkten den Haftungs- und Gewährleistungsausschluss ein (*dolus-Verbot*). Zudem konnte nach Art. 114 Abs. 2 aOR der Richter den Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit und für Absicht als nichtig betrachten, wenn der Verzichtende im Dienstverhältnis des Anderen stand. Gemäss Art. 182 aOR konnten übermässige Konventionalstrafen nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden. Ebenso nach richterlichem Ermessen konnte gemäss Art. 120 Abs. 2 aOR der Beginn des Schuldnerverzugs bei Zins- und Rentenschulden beurteilt werden. Art. 292 und 346 aOR sahen die Kündigung der Miete und des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund vor. Art. 333 aOR schrieb den Kurswert oder Marktpreis bei Darlehen auf Wertpapiere oder Waren vor. Art. 335 aOR verbot Zinseszinsen beim Darlehen; ein weiterführendes Zinsverbot zu erlassen lag in kantonaler Kompetenz. Art. 341 aOR setzte den Lohnanspruch bei kurzer Krankheit oder Militärdienst fest. Zum Ganzen siehe SCHNEIDER/FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Zürich 1893, vor allem Ziff. 1 zu Art. 335 aOR und Ziff. 2 zu Art. 120 aOR.

⁷⁸ Prägnant hierzu etwa GIERKE (Fn. 13), 41 ff. und MENDER, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen/Goldbach 1997/1904, 153 f.; TANNER weist darauf hin, dass in der fortschreitenden Industrialisierung die Fabriklohnarbeit zum Inbegriff 'produktiver' Arbeit wurde, womit gleichzeitig andere Arbeitsformen vor allem der Frauen in den Hintergrund gedrängt wurden und sich somit der Fokus auf den durch Fabriklohnarbeit bezahlten 'Familienernährer' verschob: TANNER, Industrialisierung, Familienökonomie und Hungererfahrung: Sozialkonflikte, Arbeitskämpfe und Konsumboykott in der Schweiz 1880-1914, in: GAILUS/VOLKMANN (Hrsg.), Der Kampf um das tägliche Brot: Nahrungsmangel, Versorgungspolitik und Protest 1770-1990, Lengerich 1994, 233-257, 255 ff.; siehe auch ABEGG (Fn. 27), m.w.H.

die Qualität der Mietwohnung als existenzielle Grundlage des Menschen.⁷⁹ In gleicher Art und Weise schützen verschiedenste zwingende Normen des Arbeitsvertragsrechts den Lohn als existenzielle Grundlage der Arbeitnehmer und deren Familien.⁸⁰ Einen etwas weiteren Fokus erhalten jene Normen, welche nicht nur den Lohn als existenzielle Grundlage des Arbeitnehmers, sondern ausdrücklich das Auskommen der Familie sichern.⁸¹ In ähnlicher Weise wird die Wohnung der Familie geschützt⁸² oder mit dem neuen Bundesgesetz über den Konsumkredit [230] das Ziel der Existenzsicherung des Konsumenten und seiner Familie verfolgt, indem es den Ruin des Konsumenten durch Konsumkredit vermeiden will (vgl. Art. 1-6 KKG).⁸³

Zunehmend sind jedoch Interventionen in die Vertragsfreiheit nicht direkt auf die Existenzsicherung ausgerichtet, sondern sollen in einer bereits verallgemeinerten Form *strukturelle Inkompatibilitäten zwischen verschiedenen Handlungsbereichen* unterbinden – so zum Beispiel bei Art. 406h OR und Art. 417 OR; es versteht sich von selbst, dass Menschen beim Bedürfnis nach Partnerschaft oder beim Bedürfnis nach Wohnraum zuweilen nicht unter Anleitung ihres wirtschaftlichen Eigennutzes (oder zuweilen gar völlig entgegen ihres wirtschaftlichen Eigennutzes) handeln – während Makler und Partnerschaftsvermittlung, die Teil des Wirtschaftssystems sind, dies jedoch sehr wohl tun. Wollen die Suchenden sich den Diensten des Maklers oder der Partnerschaftsvermittlung bedienen, so sind sie jedoch gezwungen, gleichzeitig in zwei Systemen mit grundsätzlich verschiedenen Handlungslogiken teilzunehmen, dem System der Wirtschaft und dem System der Familie, respektive Partnerschaft. Aus diesem Grund verfügen Art. 406h OR und Art. 417 OR eine Korrekturmöglichkeit, mit welcher das Gericht die wirtschaftliche Systemlogik einem pretium iustum zuführen kann.⁸⁴

⁷⁹ Z.B. Art. 256 lit. b OR zwingt den Vermieter zur Übergabe von Wohn- oder Geschäftsräumen in tauglichem Zustand, Art. 257d OR sichert dem Mieter Mindestfristen im Verfahren der Kündigung wegen Zahlungsrückstand und die Art. 271 ff. OR (vgl. vor allem Art. 272 OR) schützen den Mieter vor einer existenzbedrohenden Kündigung.

⁸⁰ Z.B. Art. 324a OR zum Lohnanspruch bei kurzer Krankheit und Militärdienst oder Art. 323 Abs. 4 OR, der dem Arbeitnehmer das Recht auf einen Vorschuss bei Notlage gibt, und ferner Art. 323b Abs. 2 OR betreffend eingeschränkter Verrechenbarkeit des Lohns.

⁸¹ Während der zwingende Art. 325 Abs. 2 OR die Abtretung und Verpfändung von künftigen Lohnforderungen für nichtig erklärt, statuiert Art. 325 Abs. 1 OR Ausnahmen zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten. Besonders prägnant dazu BGE 117 III 52, 54 ff. Vgl. auch Art. 125 OR, nach welchem ohne Zustimmung des Gläubigers die Verrechnung bei Unterhaltsansprüchen und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, ausgeschlossen ist.

⁸² Art. 266m (Zustimmungspflicht des Ehegatten bei Kündigung durch den Mieter) sowie Art. 272 und 273 OR (Erstreckung des Mietverhältnisses).

⁸³ Botschaft zum Konsumkreditgesetz, BBl 1999 3155, 3173 ff.

⁸⁴ Zu nennen sind ferner Art. 9 ff. ArG zur Arbeitszeit, mit welchen die wirtschaftliche Rationalität zugunsten von ausserwirtschaftlichen Handlungsbereichen beschränkt wird.

VI. Fazit

1. Mit der zunehmenden Abkehr vom staats- und politikzentriertem Recht kann die Responsivität des Privatrechts gegenüber den Autonomiebereichen Wirtschaft und menschliche Existenz/Familie heute als das grosse historische Vorbild für das Verhältnis von Recht zu anderen (neuen) Autonomiebereichen der Zivilgesellschaft dienen. Weder zu starker Bezug des Rechts auf Wirtschaft, noch alleinige politische Intervention heisst damit das Programm der Zukunft, sondern eine *Vielzahl von wechselseitigen Beziehungen der verschiedenen Sektoren der Zivilgesellschaft*, ohne dass dabei der eine den anderen vollständig kolonialisieren würde.⁸⁵ Eine solche Betrachtungsweise der Privatrechtsprinzipien und der grundrechtlichen Wirkung im Privatrecht trägt der ursprünglichen Idee der Grundrechte Rechnung und passt sie gleichzeitig der veränderten Gesellschaft an: Die Grundrechte sollen nicht nur vor der Macht des Staates schützen, sondern jeglichen totalitären Eingriff in geschützte [231] Bereiche der Handlungsrationalitäten Familie, Wissenschaft, Bildung, Kunst, etc. verhindern.⁸⁶

BGE 129 III 702 sowie die aufgeführten deutschen Rechtsfälle der Familienbürgschaft lassen sich in diese Tradition von Privatrecht, das sich zunehmend auf eine polykontexturalen Gesellschaft ausrichtet, einordnen. Mit einem solchen polykontexturalen statt staatszentrierten Modell der privatrechtseigenen Grundrechtswirkung⁸⁷ geht zwar nicht eine völlige Abkehr von der politischen Verfasstheit der Gesellschaft einher, immerhin jedoch eine Relativierung in der Art, als dass die Absicherung der gesellschaftlichen Ausdifferenzierungen auch eine genuin (privat-) rechtseigene Aufgabe ist.⁸⁸ Dass es sich hierbei nicht um einen plötzlichen Bruch in der Privatrechtsentwicklung handelt, zeigen die aufgeführten historischen Entwicklungstendenzen sowie zahlreiche geltende Privatrechtsnormen, die dem Schutz gesellschaftlicher Ausdifferenzierungen dienen.

2. Ähnlich wie beim Konzept der strukturellen Parität kann im vorgestellten Konzept die *Umpolung der Grundrechte* kritisiert werden; das Grundrecht schränke die 'sich selbst regulierenden autonomen Individuen' ein. Trotz aller Überzeugungskraft der Interpretation der Grundrechte als Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierungen bleibt in der Tat zu beobachten, ob sich der Verfassungsbegriff von der *Zentrierung auf Politik/Staat* lösen kann,

⁸⁵ TEUBNER, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1998, 16-36, 14 f.; siehe nun auch TEUBNER/KARAVAS, <http://www.CompanyNameSucks.com>: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law, German Law Journal 2003, 1335-1358.

⁸⁶ TEUBNER (Fn. 12), 393 f.; TEUBNER, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: SIMON/WEISS (Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis, Baden-Baden 2000, 437-453, 13.

⁸⁷ Ein solch weiter Grundrechtsbegriff löst sich folglich von der monopolisierenden Ableitung von Grundrechten aus der Verfassung im formellen Sinn.

⁸⁸ Dem schweizerischen Privatrecht ist dies seit der Kodifikation der "beliebigen" Vertragsinhaltsfreiheit in den "Schranken des Gesetzes" (Art. 19 OR) mit der Revision des Obligationenrechts 1905-11 nicht fremd.

oder ob nicht Verfassung doch eine genuin politische Aufgabe mit doppeltem Sinn ist: die politischen Prozesse zu regulieren und zugleich die Gesellschaft zu verfassen.⁸⁹ Allerdings zeigt sich zunehmend, dass gerade in der Staatszentrierung der Verfassung der eigentlichen Konstruktionsfehler liegt. Bisher ist die Verfassung nicht genügend verallgemeinert und nicht genügend präzise rekonfiguriert worden. Sie bleibt allzu sehr im Thema des staatlich-politischen Handelns beschränkt und kann somit die sich rasch wandelnde Gesellschaft nur noch ungenügend verfassen. Dies ist in den Bereichen Digitalisierung/Technologisierung, Privatisierung und globale Vernetzung, in welchen Staat und Politik Nebenrollen spielen und das Feld von privaten Akteuren und Wirtschaftsakteuren beherrscht wird, besonders offensichtlich.

3. Im Hintergrund der Diskussion um die privatrechtliche Wirkung von Grundrechten steht jedoch – wie das Beispiel der Familienbürgschaften zeigt – der Schutz [232] der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung insbesondere vor der sich radikalisierten wirtschaftlichen Rationalität zur Debatte.⁹⁰ Hier stellt sich die Frage der Rolle der Grundrechte im Privatrecht in der Tat in einer neuen – und zugleich alten – Dimension. Die Rolle der Grundrechte muss auch in einer wirtschaftlich radikalisierten Welt darin bestehen, die *Vielfalt gesellschaftlicher Differenzierung gegen Überwältigungstendenzen abzusichern*. Ob diese Funktion von Privatrecht wie in der deutschen Tradition in offener Weise durch das Konzept der Drittwirkung umgesetzt oder zumindest angetrieben wird, oder wie in der Schweiz unter Anleitung entsprechender Privatrechtsprinzipien erfolgt, bleibt dabei eine Frage der Argumentationslinie ohne notwendige inhaltliche Unterschiede.⁹¹

⁸⁹ Kritisch in diesem Sinne MÖLLER, Transnational Governance without a Public Law?, in: JOERGES/SAND/TEUBNER (Hrsg.), Constitutionalism and Transnational Governance, London 2004, im Erscheinen.

⁹⁰ Siehe oben Ziff. V.

⁹¹ Vgl. etwa BGE 129 III 35 (Post gegen Verein gegen Tierfabriken), in welchem das Bundesgericht im Resultat der Meinungsfreiheit gegenüber der wirtschaftlichen Rationalität unter Anwendung der Generalklausel der guten Sitten den Vorzug gegeben hat.

Zusammenfassung

In BGE 129 III 702 hatte das Bundesgericht über eine so genannte Familienbürgschaft zu entscheiden. Obwohl als zentrale Begründungslinie des Bundesgerichts das Konzept der strukturellen Parität (Waffengleichheit) ausgemacht werden kann, deutet das Urteil auch in Richtung einer zeit- und kontextbezogenen Fortbildung von Privatrecht an sensiblen Schnittpunkten von verselbständigten Gesellschaftsrationalitäten – wie in casu von Ökonomie und Familie.

Stichwörter

Bürgschaft, Familienbürgschaft, kumulative Schuldübernahme, strukturelle Parität (Waffengleichheit), Grundrechte, Vertragsfreiheit, Art. 492 ff. OR, Art. 143 ff. OR