

Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte

Teil 2:

Die Neuausrichtung des verfassungsrechtlichen Verständnisses der Vertragsfreiheit durch die „Bürgschaftsentscheidung“ des BVerfG

(Fortsetzung von SRZ 1 | 2021, S. 16)

E. Grundrechtliche Funktionen der Vertragsfreiheit

Nachdem im vorangegangenen Beitrag nun geklärt werden konnte, dass die Vertragsfreiheit grundrechtlich geschützt ist und wo sie im System der einzelnen Grundrechte des Grundgesetzes zu verorten ist, stellt sich als nächstes die Frage nach dem Inhalt und Umfang dieses Schutzes. Damit ist gemeint, welche Funktion der Vertragsfreiheit im System der klassischerweise mit den Begriffen des *status negativus*, *status positivus* und *status activus* bezeichneten Funktionen der Grundrechte¹ zukommt und welche Wirkung der so konstruierte grundrechtliche Schutz für die Privatrechtssubjekte hat. Insbesondere anhand der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) soll im Folgenden der „Schutzbereich“ der Vertragsfreiheit als einem von den Grundrechten geschützten Recht dargestellt werden.

I. Vertragsfreiheit als Abwehrrecht (*status negativus*)²

Die Vertragsfreiheit, als die Freiheit zur eigenverantwortlichen Gestaltung der rechtsgeschäftlichen Beziehungen, hat zunächst eine „unübersehbare“³ abwehrrechtliche Komponente, da eine größtmögliche Staatsferne beim Abschluss, der Gestaltung sowie der Ausübung des Vertrags notwendige Bedingung einer freien privatrechtlichen Gesellschaft ist. Die Vertragsfreiheit sichert dem Einzelnen auf

¹ Zurück geht diese Unterscheidung auf *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905, S. 87, 94 ff.

² „Was nach Abzug der rechtlichen Einschränkung für den einzelnen an Möglichkeit zur individuellen Betätigung übrigbleibt, bildet seine Freiheitssphäre“ so *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 419; vgl. hierzu *Sachs*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 39 Rn. 2.

³ *Weischer*, Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit, 2013, S. 59.

diese Weise in ihrer abwehrrechtlichen Funktion einen eigenen *Rechtsgestaltungsfreiraum* zu und liefert das Versprechen, diesen unangetastet zu lassen. Der Staat hat mithin die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.⁴ Jeder staatliche Zugriff auf das *Ob* oder das *Wie* individueller Vertragsgestaltung beeinträchtigt damit den Schutzbereich der Vertragsfreiheit.⁵ Eingriffe sind z. B. denkbar in der Form von Vertragsverboten⁶, Genehmigungserfordernissen⁷, Vertragsabschlussverpflichtungen (Kontrahierungszwang)⁸ oder Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags, aber auch andere Formen hoheitlicher Einwirkung, wie etwa das durch Verwaltungsakt geltend zu machende Vorkaufsrecht.⁹ In seiner abwehrrechtlichen Funktion steht (jedenfalls) Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere (der staatlichen Anerkennung von) Verträgen zu Lasten Dritter entgegen.¹⁰ Wie weit diese Freiheit geht, zeigte sich zuletzt – wie bereits in der Einleitung zu Teil 1 erwähnt – im Zuge der Impfkampagne gegen das SARS-CoV2-Virus. Während es dem grundrechtsgebundenen Staat kaum möglich sein wird, beim Zugang zu staatlichen Leistungen nach dem Impfstatus zu differenzieren,¹¹ steht eine solche Differenzierung dem (grundrechtsberechtigten) Privaten durchaus zu: Der Betreiber eines Restaurants, einer Kultur- oder Sporteinrichtung kann im Rahmen der Privatautonomie entscheiden, dass er nur geimpfte Personen in seiner Einrichtung zulassen will.¹² Ein staatliches Gesetz, das dem Privaten diese Differenzierung verböte, begegnet unter diesem Aspekt starken verfassungsrechtlichen Zweifeln.¹³

⁴ BVerfGE 81, 242 (254).

⁵ *Brenner* in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 36 m.w.N.

⁶ Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. EL 2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 102.

⁷ Siehe hierfür BVerfGE 60, 329 (339); *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, S. 123 f.

⁸ Vgl. BVerfGE 103, 197.

⁹ *Manssen* (Fn. 7), S. 124.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 73, 261 (271).

¹¹ Hier stünden ausreichend effektive, mildere Mittel wie etwa ein Schnelltest-Verfahren, zur Verfügung, siehe *Lindner*, *Verfassungsblog* 2020/12/29, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (zuletzt abgerufen am 03.01.2021).

¹² Lediglich in Ausnahmesituationen, wie sie etwa bei Monopolanbietern oder Massenveranstaltungen (z. B. große Fluggesellschaften) angenommen werden können, nimmt das BVerfG seit der sog. Stadionentscheidung eine Ausstrahlungswirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG dahingehend an, dass eine Differenzierung nicht per se zulässig ist, sondern ebenfalls sachlich anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden muss, siehe BVerfGE 148, 267; vgl. hierzu *Lindner* (Fn. 11).

¹³ So auch *Lindner* (Fn. 11). Dies bedarf jedoch eingehender Prüfung und kann daher an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

II. Vertragsfreiheit als Schutzpflicht (status positivus)

1. Grundrechte als Schutzpflichten

Seit dem ersten Urteil des BVerfG zu § 218 StGB entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass den Grundrechten nicht nur eine Abwehrfunktion zukommt, sondern diese über Art. 1 Abs. 3 GG auch Schutzgebote für den Staat und seine Organe beinhalten, mithin diesen zu einem aktiven (Rechts-)Handeln verpflichten, bevor es zu einer Verletzung der Grundrechte kommen kann.¹⁴ Der Vertragsfreiheit kommt deshalb auch eine – zunächst fast triviale – Schutzfunktion zu: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* liefe leer, wenn der jeweilige Vertragspartner keine Handhabe hätte, die Verpflichtung der Gegenseite notfalls mit Zwang durchzusetzen.¹⁵ Zwar ist der Vertragsschluss an sich auch ohne staatliche Regelungen denkbar, Durchsetzbarkeit und Verlässlichkeit des Vertrages jedoch werden erst durch staatliche Regelungen und Durchsetzungsmöglichkeiten gewährt.¹⁶ „Die Vertragsfreiheit stellt insoweit kein natürliches Institut, sondern eine normativ zu konstituierende Freiheit dar.“¹⁷ Den Staat trifft damit die Pflicht zur Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses,¹⁸ „er muß der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen“¹⁹, etwa mithilfe von Regeln über die äußerliche Qualifizierung einer Handlung als rechtsverbindlichen Akt der Selbstgestaltung²⁰ sowie der Schaffung entsprechender Möglichkeiten des Rechtsschutzes.²¹ Denn wenn der Gesetzgeber sogar zum Erlass grundrechtsschützender

¹⁴ BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 88, 203 (251); hierzu *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (225). Bereits in seinem Lüth-Urteil hat das BVerfG dies im Grunde schon angelegt: „indem er (der Zivilrichter) den Gehalt der Grundrechtsnorm verkennt, (...) verletzt (er) (...) als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat“, vgl. BVerfGE 7, 198 (206 f.).

¹⁵ Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 236 f. („Vollstreckungsrecht als grundrechtlich gebotene Ausgestaltung“) m.w.N.

¹⁶ BVerfGE 89, 214 (231): „Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen.“; vgl. auch *Jellinek*, der von einem „rechtlich verliehenen Können“ spricht, vgl. *Ders.* (Fn. 1), S. 47; siehe hierzu auch die Ausführungen in Teil 1 des Beitrages, dort unter B. II. 3.

¹⁷ *Weischer* (Fn. 3), S. 59 m.w.N.

¹⁸ So auch *Weischer* (Fn. 3), S. 59; *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 20. Insbesondere trifft diese Pflicht den Gesetzgeber, darüber hinaus ist aber auch die Rechtsprechung etwa bei der Auslegung der Vertragsabreden gebunden.

¹⁹ BVerfGE 89, 214 (231).

²⁰ Vgl. die §§ 145 ff. BGB

²¹ „(...) begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel

Strafnormen verpflichtet sein kann, wie es das BVerfG zu § 218 StGB entschieden hat, muss dies erst recht für das weniger stark einschneidende Privatrecht gelten. Jedenfalls im Hinblick auf die Privatautonomie, aber auch bezogen auf die sie konkretisierende Vertragsfreiheit, enthält Art. 2 Abs. 1 GG damit auch eine Institutionsgarantie.²²

2. Die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG

An dieser Stelle ist die Verfassungsrechtsprechung jedoch nicht stehen geblieben. In mehreren Entscheidungen hat das BVerfG den *status positivus* der Vertragsfreiheit wesentlich erweitert. Diese Entwicklung soll im Folgenden anhand der sog. Bürgschaftsentscheidung²³ dargestellt und bewertet werden, welche die wohl bedeutendste Entscheidung des BVerfG zum grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit darstellt und – wie zu zeigen sein wird – darüber hinaus grundlegende verfassungsrechtliche Wertungsentscheidungen für die Frage des Verständnisses des grundrechtlichen Freiheitsbegriffs beinhaltet.

a) Die Problematik der Bürgschaft naher Verwandter²⁴

In dem zugrunde liegenden Fall, der sich im Jahre 1982 abspielte, verlangte ein Immobilienmakler eine Verdoppelung seines Kreditlimits von 50.000 DM auf 100.000 DM. Als die Stadtparkasse eine Sicherheit verlangte, unterzeichnete seine damals 21-jährige Tochter eine vorgedruckte Bürgschaftsurkunde, die für sie deutliche

zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen“, siehe BVerfGE 89, 214 (231).

²² Vgl. *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 20; *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 207.

²³ Die – das sei angemerkt – nicht die erste Entscheidung in dieser Hinsicht ist, jedenfalls aber die wohl am meisten beachtete: Grundlegend hat sich das BVerfG zur Schutzpflicht des Staates in Bezug auf die Vertragsfreiheit schon im sog. Handelsvertreter-Urteil geäußert, BVerfGE 81, 242 (256); hierzu *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 1991 ff., dort allerdings in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG.

²⁴ In der Praxis der Banken entsprach es jedenfalls zur damaligen Zeit der üblichen Vorgehensweise, bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen zur Rückabsicherung Bürgschaftsverträge mit Familienangehörigen zu schließen. Dadurch sollte vor allem verhindert werden, dass es zu für die Bank nachteiligen Vermögensverschiebungen innerhalb der Familienmitglieder kommt. Die Kreditnehmer sollten durch die Einbeziehung ihrer Angehörigen zu sorgfältigem Wirtschaften veranlasst werden, vgl. BVerfGE 89, 214 (215). Deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse blieben dabei vielfach ungeprüft. Die Zivilgerichte wurden im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG zunehmend mit Fällen befasst, in denen junge Erwachsene aufgrund dieser Praxis in ausweglose Überschuldung geraten waren, weil sie für hohe Bankkredite ihrer Eltern gebürgt hatten, obwohl sie nur über geringfügige Einkünfte verfügten. Die Fachgerichte begegneten diesen Fällen zunächst

Risiken barg: Zunächst enthielt sie einen Höchstbetrag von 100.000 DM zuzüglich Nebenleistungen „zur Sicherung aller bestehenden und künftigen gegen den Hauptschuldner aus dieser Geschäftsverbindung“ entspringenden Forderungen. Vereinbart wurde auch ein Verzicht auf die Einreden der Vorausklage, der Anfechtbarkeit und der Verjährung. Zuvor hatte der Vertreter der Sparkasse ihr gegenüber erklärt: „Hier bitte, unterschreiben Sie mal, Sie gehen dabei keine große Verpflichtung ein, ich brauche das für meine Akten.“ Die Tochter erhielt für das Kreditkonto ihres Vaters zwar ein Zeichnungsrecht, verfügte selbst aber über kein Vermögen, hatte keine Berufsausbildung, war bisher überwiegend arbeitslos und verdiente zur Zeit der Bürgschaftserklärung gerade einmal 1.150 DM monatlich netto. Als die Sparkasse ein Jahr später zunächst ein Erwerbsgeschäft des Vaters mit 1,3 Millionen DM finanzierte, kündigte sie sodann 1986 die offenstehenden Kredite in Höhe von mittlerweile 2,4 Millionen (!) DM und teilte der Tochter mit, dass nun sie als Bürgin in Anspruch genommen werde.

Nachdem beide Parteien eine Klage der Tochter auf Feststellung der Unwirksamkeit jener Vereinbarung zunächst für erledigt erklärt hatten (das LG gab der Widerklage der Bank auf Zahlung von „nur“ 100.000 DM nebst Zinsen statt), hob das OLG auf Berufung der Tochter hin das Urteil auf und wies die Widerklage zurück. Es entschied, dass die Sparkasse wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht im Rahmen der Vertragsverhandlungen (sog. culpa in contrahendo) dazu verpflichtet sei, die Tochter aus der Bürgschaft zu entlassen.²⁵ Jedenfalls dann, wenn das Kreditinstitut als Gläubiger gegenüber einem erkennbar geschäftsungewandten Bürgen Art und Umfang der Bürgenhaftung bagatellisiere und dadurch dessen Willensentschluss beeinflusse, bestehe eine entsprechende Aufklärungspflicht. Statt dieser nachzukommen habe der Vertreter der Bank das tatsächliche Risiko für die Tochter wesentlich „geschönt“ und bagatellisiert, weshalb diese bei Kenntnis der wahren Risiken den Vertrag nicht geschlossen hätte.²⁶

durch eine umfassende Inhaltskontrolle der Bestimmungen des Bürgschaftsvertrages und stützten sich im Wesentlichen auf § 138 Abs. 1 BGB (für Sittenwidrigkeit etwa OLG Düsseldorf ZIP 1984, 166; OLG Frankfurt ZIP 1984, 1465; OLG Köln ZIP 1987, 363). Andere Gerichte knüpften vor allem an die Aufklärungs- und Rücksichtnahmepflichten an, die sich aus § 242 BGB ergäben und schon vor Abschluss des Vertrages bestünden. Würde entgegen diesen Pflichten der Bürge nicht über die Tragweite seiner Erklärung unterrichtet, begründe dies einen Schadensersatzanspruch (siehe zu alledem BVerfGE 89, 214 [215 ff.] mit entsprechenden Nachweisen); vgl. ferner zur Problematik *Dörr*; Kreditsicherung durch mittellose Sicherungsgeber, 1998, passim.

²⁵ Siehe OLG Celle, WM 1988, 1436 (1437 f.); vgl. hierzu sowie zum Vorstehenden BVerfGE 89, 214 (219).

²⁶ BVerfGE 89, 214 (219, 231).

Der Bundesgerichtshof (BGH) hob die Entscheidung des Oberlandesgerichts jedoch in einem knapp begründeten Urteil auf: Von einer über 18-jährigen und damit nach dem Gesetz volljährigen Person könne man das Wissen verlangen, dass im Geschäftsverkehr die Abgabe einer Bürgschaftserklärung Haftungsrisiken begründe. Als Bürge könne man grundsätzlich nicht erwarten, nicht in Anspruch genommen zu werden. Der Vertreter der Stadtparkasse habe nichts getan, wodurch diese Einschätzung beeinflusst worden wäre. Dass für sie ein Risiko verblieb, sei auch nach der Äußerung des Angestellten bei der Bürgschaftsunterzeichnung erkennbar gewesen.²⁷ Hiergegen erhob die Tochter Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

b) Die Lösung des BVerfG: Die Formel von der strukturell ungleichen Verhandlungsstärke

Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde für begründet: Das Urteil des BGH verletze die Tochter „in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes“.²⁸

Zutreffend bewertet das BVerfG den zugrunde liegenden Konflikt als ein Problem praktischer Konkordanz, da sowohl die Sparkasse als auch die Bürgin als Beteiligte des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich „gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können“. Im Vertragsrecht, so das BVerfG, ergäbe sich ein sachgerechter Interessenausgleich zwar grundsätzlich „aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr.“²⁹ Es dürfe jedoch „nicht nur das Recht des Stärkeren gelten“, sondern die kollidierenden Grundrechtspositionen seien „in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“.³⁰ Habe einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, „daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung“.³¹ Aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG folge, dass die Zivilrechtsordnung in solchen Situationen auf dieses Übergewicht reagieren und Korrekturen dann ermöglichen muss, wenn es sich um „eine *typisierbare Fallgestaltung*“ handelt, „die eine *strukturelle*

²⁷ BGH, NJW 1989, 1605.

²⁸ So der Leitsatz der Entscheidung.

²⁹ BVerfGE 89, 214 (232).

³⁰ BVerfGE 89, 214 (232).

³¹ Vgl. BVerfGE 89, 214 (231); BVerfGE 81, 242 (255).

Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und (...) die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil *ungewöhnlich belastend*³² sind.

Ihren dogmatischen Ursprung findet diese Formel des BVerfG vorwiegend in den Arbeiten von der zivilrechtlichen Literatur zur „Lehre von der materialen Vertragsgerechtigkeit“:³³ Sie wurde zwar vom BVerfG bereits drei Jahre zuvor in der sog. Handelsvertreter-Entscheidung aufgegriffen und verfassungsrechtlich entwickelt, dort richtete sich der vom BVerfG den Grundrechten entnommene Schutzauftrag jedoch an den Gesetzgeber, der „im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen“ schaffen müsse.³⁴ Im Fall der Bürgschaftsentscheidung stand jedoch nicht das Handeln des Gesetzgebers unter verfassungsrechtlicher Kritik, sondern die Entscheidung des Gerichts als Rechtsanwender war anhand des Grundgesetzes zu prüfen. Indem sich der BGH bei seiner Entscheidung diese vom BVerfG herausgearbeiteten Fragen über die Tragweite der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der Vertragspartner nicht gestellt hat, habe er – so das BVerfG – die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie „verkannt“:³⁵ „Alle Argumente, mit denen die Beschwerdeführerin ihre Verhandlungsschwäche belegen wollte, wurden mit dem Hinweis zurückgewiesen, sie sei volljährig gewesen und habe sich über die entstehenden Risiken selbst vergewissern müssen. Das reicht nicht aus.“³⁶

In der Bürgschaftsentscheidung hat das BVerfG damit einen großen Schritt zur Ausweitung des Schutzzumfangs der Vertragsfreiheit durch das Grundgesetz unternommen, indem es neben dem Schutz der *formellen Freiheit zum Vertragsschluss* auch die *Vertragsparität* zu einer strukturellen Voraussetzung der Vertragsfreiheit erklärt, die es zu schützen gilt – nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch unmittelbar vom Richter als dem Rechtsanwender.³⁷ Das Sozialstaatsprinzip fungiert hierbei

³² BVerfGE 89, 214 (232) – Hervorhebung durch Verf.

³³ Zurück geht diese auf die Arbeiten von *Schmidt-Rimpler* in AcP 147 (1941), 130 ff. sowie in: FS Raiser, 1974, S. 3 (12 ff.); weiterentwickelt durch *Raiser*, JZ 1958, 1 (1 ff.); *Ders.*, in: v. Caemmerer et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre DJT Bd. I, S. 101 (101 ff.); *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 9 ff., 101 ff.; *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 35 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 134 ff., 253 ff. sowie *Fastrich*, Richterliche Rechtskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 79 ff.

³⁴ BVerfGE 81, 242; vgl. hierzu BeckOKGG/Ruffert, 15.08.2020, Art. 12 Rn. 19. Die Verfassungsbeschwerde betraf das entschädigungslose Wettbewerbsverbot für einen Handelsvertreter; mittelbar richtete sie sich gegen § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB a. F.

³⁵ BVerfGE 89, 214 (231).

³⁶ BVerfGE 89, 215 (233).

³⁷ Dass es hier um eine *Schutzpflicht* des Staates geht und dabei um mehr als die im Lüth-Urteil entwickelte Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als objektive Werteordnung wird

sozusagen als Triebfeder dieses Schutzes des Schwächeren, den die staatliche Gewalt nicht mit dem Verweis auf „Vertrag ist Vertrag“ abweisen kann.³⁸ Es ergänzt die Vertragsfreiheit als Schutz der *Selbstbestimmung* um einen Schutz der Partei vor *Fremdbestimmung*. Als Kerngedanke der Entscheidung tritt die Feststellung hervor, „daß die – verfassungsrechtlich gewährleistete – Privatautonomie nicht nur formal, sondern auch material zu verstehen ist und daß eine Vertragspartei daher unter bestimmten Voraussetzungen vor der Bindung an einen für sie nachteiligen oder gefährlichen Vertrag geschützt werden muß, sofern sie bei dessen Abschluss in ihrer faktischen Möglichkeit zu privatautonomer Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt war“.³⁹ Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setzt jedenfalls nach Meinung des BVerfG mit anderen Worten voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch *tatsächlich* gegeben sind.⁴⁰ Die Vertragsfreiheit als Rechtsinstitut, so ließe sich formulieren, setzt also eine faktisch bestehende Freiheit im Sinne eines empirischen Machtgleichgewichts der verhandelnden Vertragsparteien zur Bedingung, um dem *Konsens* als Rechtfertigungsgrund des rechtlichen Sollens (in Form der dem Vertragsschluss folgenden Rechtspflicht zur Vertragstreue) zur Wirksamkeit verhelfen zu können.

c) Kritik an der Entscheidung

Nachdem die Entscheidung des BVerfG zunächst insbesondere in der Zivilrechtswissenschaft recht positiv aufgenommen wurde,⁴¹ mehrten sich bald kritische Stimmen.⁴² Der Begriff der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“ sei bereits zu unscharf.⁴³ Ein Informationsgefälle bedingt etwa durch die größere Erfahrung des überlegenen Vertragsteils oder psychologischer und wirtschaftlicher Druck seien in

deutlich in BVerfGE 103, 89 (105); vgl. hierzu *Cornils* (Fn. 15), S. 182.

³⁸ Ähnlich *Weischer* (Fn. 3), S. 69.

³⁹ So *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 49.

⁴⁰ So deutlich BVerfGE 103, 89 (100). Der Ansatz taucht bereits auf bei *Nietzsche*, der sich wiederum auf *Thukydides* bezieht: „Gerechtigkeit nimmt ihren Ursprung unter ungefähr gleich Mächtigen (...): Wo es keine deutlich erkennbare Übergewalt gibt und ein Kampf zum erfolglosen gegenseitigen Schädigen würde, da entsteht der Gedanke, sich zu verständigen und über die beiderseitigen Ansprüche zu verhandeln: der Charakter des Tausches ist der anfängliche Charakter der Gerechtigkeit (...), Gerechtigkeit ist also Vergeltung und Austausch unter der Voraussetzung einer ungefähr gleichen Machtstellung“, vgl. *Nietzsche*, Menschliches, Allzumenschliches, Band I, 1878, S. 89.

⁴¹ Vgl. etwa *Löwe*, ZIP 1993, 1795 („Meilenstein zur Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit“; *Grün*, NJW 1994, 2935 (2935: „für das gesamte Vertragsrecht richtungweisender Beschluss“); zustimmend auch *Honsell*, NJW 1994, 565 (566); vgl. ferner *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 254 (dort Fn. 237) m.w.N.

⁴² Siehe nur die umfassenden Belege bei *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 114.

⁴³ Vgl. nur *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 91 ff.

nahezu jedem wirtschaftlichem Vertrag in gewisser Weise Realität,⁴⁴ weshalb das Zivilrecht ein ausdifferenziertes System von Kautelen enthalte, mit denen einem Missbrauch der Vertragsfreiheit begegnet werden könne.⁴⁵ Zwar sei es aus Sicht des benachteiligten Vertragsteils zu begrüßen, dass die im Ergebnis nicht tragbare Entscheidung eines Fachgerichts durch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde aufgehoben wurde,⁴⁶ jedoch berge dies die Gefahr, das BVerfG zu einer Art „Superevisionsinstanz“ in Sachen Vertragsparität werden zu lassen,⁴⁷ da es bei strikter Beachtung der Formel vom strukturellen Ungleichgewicht keiner großen Begründung bedürfe, damit sich „der Kunde dem Unternehmer, der Patient dem Arzt, der Mandant dem Rechtsanwalt oder der kleine Handwerker dem Großauftraggeber“ gegenüber als „unterlegen“ ausweisen könnte.⁴⁸ Der Begriff der strukturellen Ungleichheit erleichtere damit die Einbeziehung ideologischer Wertungen und ein Überspielen der Wertungen des Zivilrechtsgesetzgebers,⁴⁹ es finde eine Pervertierung bzw. eine Aushöhlung des zivilrechtlichen Gedankens der Privatautonomie und damit der Anerkennung der Selbstverantwortung mündiger Bürger statt.⁵⁰ Das BVerfG begeben sich so auf den Weg zum fürsorglich bevormundenden Staat.⁵¹

⁴⁴ Vgl. *Weischer* (Fn. 3), S. 71 f.

⁴⁵ So etwa die §§ 119, 120, 123, 134, 138, 242, 305 ff. BGB sowie die umfassende Dogmatik zur Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten bei der Vertragsanbahnung.

⁴⁶ So auch *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2467); kritischer *Isensee*, in: FS Großfeld, 1999, S. 485 (513): „Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Vertragskontrolle in diesem oder jenem Einzelfall der Gerechtigkeit zum Siege verholfen. Ein solch löbliches Werk mochte dem Amtsanspruch eines aufgeklärten, volkswohltätigen Monarchen im 18. Jahrhundert genügen. Dem eines Verfassungsgerichts genügt es nicht“, dieses könne sich „nicht auf ein Mandat zum Grundrechtspaternalismus“ berufen.

⁴⁷ So *Lüke*, NJW 1995, 173 (174); wohl auch *Depenheuer*, ThürVBl 1996, 270 (274).

⁴⁸ Zitat von *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 (264); ähnlich *Adomeit* (Fn. 46), 2467 (2469); *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 146 f.: „Nach dem Kriterium des Bundesverfassungsgerichts aktualisiert sich nämlich der richterliche Schutzauftrag bereits dann, wenn ein Millionär seinen Gebrauchtwagen an einen Kleinverdiener verkauft; denn auch hier besteht ein Machtungleichgewicht“; ferner *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (273), der von einer Ermächtigung zur „Inhaltskontrolle aller Verträge – über die zivilrechtlichen Normen hinaus und an ihnen vorbei“ spricht; dass es dem BVerfG gelungen ist, die von ihm ins Auge gefasste „qualifizierte Disparität“ überzeugend zu definieren, bezweifelt auch *Dörr* (Fn. 24), S. 118.

⁴⁹ Vgl. *Hillgruber*, ZRP 1995, 6 (9); *Tettinger*, DVBl 1999, 679 (684); *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (274).

⁵⁰ Etwa *Hillgruber* (Fn. 49), 6 (9); *Tettinger* (Fn. 49), 679 (684); *Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1229); *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (2 f.) der vom BVerfG als dem „Oberregisseur“ spricht.

⁵¹ So *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (272 f.); ebenso *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2011, S. 246; *Martinek* spricht in Anschauung der zahlreichen Kritik an der Entscheidung des BVerfG von einem „Rückzugsgefecht in einem vielleicht schon aufgegebenen Kampf gegen die zunehmende Entprivatisierung des Privatrechts“, vgl. *Ders.*,

d) Eigener Standpunkt

aa) Ausdehnung der mittelbaren Grundrechtswirkung

Betrachtet man die Bürgschaftsentscheidung unter spezifisch grundrechtsdogmatischen Gesichtspunkten, gewinnt man leicht den Eindruck, dass durch diese Ausdehnung des Schutzes auf die Korrektur von Fällen gestörter Vertragsparität letztlich die Konsequenz aus der Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte – jedenfalls in der Sache – zum bloßen Lippenbekenntnis wird: Die Vertragsfreiheit als Grundrecht der Privaten gegen den Staat wird faktisch zwischen den Parteien des zivilrechtlichen Vertrags in Stellung gebracht⁵² und wirkt als rettender Halt für denjenigen, der sich am „Einflussgefälle“ der Parteien an der unteren Seite befindet und in eine unzumutbare Vertragsbelastung „abzurutschen“ droht. Die Aussage des Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung binden, wird hier bis an die Grenze ihres Aussagegehalts gedehnt – wenn nicht sogar darüber hinaus.⁵³ Damit wird der grundrechtliche Unterschied zwischen der Freiheit des Privaten und der Grundrechtsgebundenheit der Staatsgewalt in gewissem Umfang eingeebnet; die individuelle Willkür wird anhand von Maßstäben kontrolliert, die sonst eher aus dem Bereich des, durch „verfassungsrechtlich domestiziertes Ermessen“ geprägten, Verwaltungsrechts bekannt sind.⁵⁴

Rechtslogisch lässt sich diese „Umdeutung“ nur erklären durch eine Gleichstellung der privatautonomen Regelungen mit denjenigen Gesetzen, die den Rahmen für das Zustandekommen dieser Individualvereinbarungen darstellen. Denn nur auf diesen „Gesetzgeber“ im engeren Sinn nimmt Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich Bezug. Privatautonom gesetztes Recht wird, was die Anwendung der Grundrechte betrifft, im Kontext der Bürgschaftsentscheidung jedoch im Ergebnis behandelt wie staatliches Recht. Der Vertragspartner erlangt kraft Verfassungsrecht in gewissem Umfang die Stellung, die derjenigen eines beliebigen Unternehmers gleicht, der so zum Teil der staatlichen Organisationseinheit wird.⁵⁵ Die Privatautonomie, so ließe sich auch

Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch, Vortrag anlässlich der Saartage 2005 an der Keio-University Tokyo, abrufbar unter archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375 (zuletzt aufgerufen am 19.12.2020).

⁵² *Cornils* spricht insofern von einem „Übergriff des anderen Vertragspartners in die eigene Freiheitssphäre“, der vom BVerfG in seiner Meinung nach zweifelhafter Weise konstruiert wird, vgl. *Ders.* (Fn. 15), S. 180 ff.

⁵³ Von einer „Schutzpflicht zur Abwehr des ‚privaten Eingriffs‘“ spricht etwa *Cornils* (Fn. 15), S. 181.

⁵⁴ Vgl. *Isensee*, in: Bayer/Koch (Hrsg.), Schranken der Vertragsfreiheit, S. 23.

⁵⁵ Vgl. *Isensee* (Fn. 54), S. 22 f.; *Canaris* sieht darin letztlich nur eine andere Spielart der Lehre von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte und hält die generelle Gleichstellung von

formulieren, erfährt hier eine bemerkenswerte Metamorphose: „Aus einem Freiheitsrecht in eine Freiheitsschranke, aus der Garantie für beide Vertragspartner zu einer Schutzgarantie für den einen, den ‚unterlegenen‘, auf Kosten des ‚überlegenen‘ anderen“.⁵⁶

bb) Schutz des Menschen vor sich selbst?

Auch unter einem anderen Aspekt ergeben sich Zweifel an dieser Ausweitung der staatlichen Schutzpflicht⁵⁷ auf den rechtsgeschäftlichen Bereich: Denn die Schutzpflicht, die das Gericht postuliert, richtet sich in gewisser Weise auch oder gerade gegen die „eigene unvernünftige Vertragsentscheidung“,⁵⁸ will also den einzelnen Vertragspartner davor schützen, zu viel von der eigenen Freiheitssphäre aufzugeben. Lehnt man die oben skizzierte Bewertung der Entscheidung als Schutzinstrument vor privater *Fremdbestimmung* ab, gelangt man fast zwangsläufig zu dieser Deutung der Schutzpflicht. Die Vertragsfreiheit wird dann zum „Schutz des Menschen vor sich selbst“.⁵⁹ Soweit damit die Entfaltung der Schutzpflichtdimension des Art. 2 Abs. 1 GG auf einen Schutz geschäftsfähiger (!) Vertragspartner vor den selbst getroffenen Verpflichtungen hinausläuft und damit dem Grundgedanken der

privatautonomen Regelungen und Privatrechtsnormen für unzulässig, vgl. *Ders.* (Fn. 14), 201 (217).

⁵⁶ So *Isensee* (Fn. 48), S. 239 (263).

⁵⁷ Bei Auslegung und Anwendung des Privatrechts unterscheidet das BVerfG nicht deutlich zwischen Abwehr und Schutz, sondern geht einheitlich vor, indem es die Figur der Ausstrahlungswirkung ohne weitere Differenzierungen zum Einsatz bringt, vgl. *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 67. Ob man darin eine eigene Grundrechtsfunktion sehen kann (so offenbar *Jarass*, ebd.), kann hier nicht weiter vertieft werden. Vorzugswürdiger erscheint es, die vom BVerfG formulierten objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte als dogmatische Grundlagen für die Annahme zusätzlicher Grundrechtsfunktionen zu schaffen, vgl. *Enderlein*, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 143. Im Ergebnis handelt es sich nach diesseitigem Verständnis bei dem „Hineinwirken“ der Grundrechte stets (auch) um eine „Schutzpflicht“ des Staates, da es sich um eine Pflicht zu einem aktiven Tun handelt, wohingegen die Abwehrfunktion der Grundrechte den Staat gerade zum Dulden einer Freiheitsausübung verpflichten.

⁵⁸ Vgl. *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 26, der insofern von einer „paternalistischen Schutzpflicht“ spricht; so auch *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 46.

⁵⁹ Vgl. umfassend *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992, passim; dazu *Schmidt*, *JZ* 1993, 833; *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1991, S. 219 ff.; *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 247 ff.; *Keitel*, *Der Minderjährige als strukturell Unterlegener*, 2014, S. 9; *Wiedemann*, *JZ* 1994, 411 (411); ähnlich auch *von Münch*, der vor einer „dritten Dimension“ der Grundrechte warnt, bei der diese nicht mehr dem Grundrechtsträger dienen, sondern über ihn herrschen, vgl. *Ders.* in: *FS Ipsen*, 1997, S. 113 (114); vgl. hierzu *Singer*, *JZ* 1995, 1133 (1134).

Privatautonomie eigentlich gerade zuwiderläuft,⁶⁰ wirft dies zumindest Bedenken auf: Liegt hier (noch) die notwendige grundrechtstypische Gefährdungslage vor, auf welche die Schutzpflicht antwortet?⁶¹ Liefert nicht gerade Art. 2 Abs. 1 GG die Grundlage eines Rechts auf Selbstgefährdung – auch im vertraglichen Bereich?⁶² Jedenfalls bedarf es auf der Stufe der Rechtfertigung besonderer Gründe, um ein solches Vorgehen zu legitimieren.⁶³ Auf diesen Aspekt geht das BVerfG in der Bürgerschaftsentscheidung – aus welchen Gründen auch immer – jedoch nicht ein.

cc) Wandel des Freiheitsbegriffs

Es ist letztlich die Eigentümlichkeit der Bürgerschaftsentscheidung, dass sie die Vertragsfreiheit um der Vertragsfreiheit willen einschränkt. Zu Recht aber betont *Fritz Rittner*, dass der eigentliche Grund des Rückgriffs auf das Verfassungsrecht im Kontext der Vertragsfreiheit darin liegt (oder besser: liegen sollte), den Vorrang der Privatautonomie vor *hoheitlichem* Zugriff zu schützen.⁶⁴ Die Vertragsfreiheit ist ihrem Wesen nach legitime Willkür – „stat pro ratione voluntas“⁶⁵. Sie wird primär um der Freiheit, nicht um der Gerechtigkeit willen gewährleistet.⁶⁶ Vertragliche Selbstbindung ist per se keine Einschränkung der grundrechtlichen Freiheit, sondern ihre Verwirklichung. Als eine solche „Freiheit zur Selbstbindung“ lebt die Vertragsfreiheit gerade von der Annahme einer grundsätzlich gegebenen Selbstbestimmungsfähigkeit erwachsener Menschen, so dass die staatliche Aberkennung der Vertragsverbindlichkeit stets eine „Infragestellung der Grundlagen der Privatautonomie“

⁶⁰ *Cornils*, (Fn. 18), § 168 Rn. 22, der von einer „inhaltlichen Fehlinterpretation des Grundrechtsschutzes“ spricht.

⁶¹ So (noch fragend) *Isensee* (Fn. 54), S. 27; deutlicher dann *Ders.* (Fn. 46), S. 485 (501); ablehnend zum Konstrukt des Grundrechtsschutzes vor sich selbst auch *Ruffert* (Fn. 59), S. 247 f. m.w.N. zur Diskussion. Auch das BVerfG formuliert: Der Schutz vor selbstschädigendem Verhalten verfolge „ein Ziel, das nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen vermag“, vgl. BVerfG NJW 2012, 1062 (1604) m.w.N.

⁶² Vgl. *Hillgruber* (Fn. 59), S. 71, 102, der sich dahingehend festlegt, dass nur ein Fall „krankhaft gestörter Selbstbestimmung einen Schutz des Menschen vor sich selbst legitimiert“ (Hervorhebung durch Verf.); ähnlich auch BVerwGE 82, 45 (48).

⁶³ Ebenso *Singer*, JZ 1995, 1133 (1135); einen ausführlichen Überblick über die Judikatur des BVerfG in solchen Fällen eines Schutzes der Betroffenen vor sich selbst gibt *Hillgruber* (Fn. 59), S. 66 ff.; ebenso *Schmolke* (Fn. 58), S. 42 ff.

⁶⁴ So *Rittner*, AcP 188 (1988), 101 (129).

⁶⁵ *Lat.* „An der Stelle einer Begründung steht der Wille“; vgl. *Isensee* (Fn. 48), S. 239 (249); ähnlich *Flume*: „Die Gestaltung aus Selbstbestimmung ... ist einem rechtlichen Urteil, ob sie ‚richtig‘ ist, unzugänglich“, vgl. *Ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, S. 8 a. E.

⁶⁶ *Canaris*, in: Scholz/Badura (Hrsg.), FS Lerche, 1993, S. 873 (886).

bedeutet.⁶⁷

Die Parität des Vertrages, d. h. das Gleichgewicht der Parteien beim Vertragsschluss, als Voraussetzung für die *rechtliche* Geltung eines Vertrages heranzuziehen, statt sie bloß als eine reale Voraussetzung der Ausübung der Vertragsfreiheit zu betrachten,⁶⁸ führt in gewissem Umfang zu einem Wandel des Freiheitsbegriffs. Ob die realen Voraussetzungen für die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit Thema der Grundrechte sind, erscheint zumindest fraglich.⁶⁹ Der Trend jedenfalls scheint dahin zu gehen, das negative Freiheitsverständnis der Privatautonomie durch ein positives zu ersetzen.⁷⁰ Ob ein solches *positives* Verständnis von Vertragsfreiheit für die Grundrechtsdogmatik angebracht ist, kann in Ansehung der oben aufgeworfenen Fragen durchaus bezweifelt werden.⁷¹ In weiser Voraussicht formulierte daher 1960 bereits *Walter Leisner*: „Die Geschichte der Vertragsfreiheit unter dem Grundgesetz ist eine Geschichte ihrer Beschränkung.“⁷²

⁶⁷ *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 25: „Die auf freie Verhaltensentscheidung und – in der Privatautonomie – Selbstbindung gerichtete Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG höbe sich selbst auf, wenn sie im Hinblick auf diese Entscheidung zugleich auch das Gegenteil garantieren würde, also die staatliche Pflicht zur Korrektur dieser Entscheidung.“

⁶⁸ Ablehnend hierzu *Isensee* (Fn. 54), S. 17; *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (274).

⁶⁹ Jedenfalls zweifelnd *Cornils* (Fn. 18), § 168 Rn. 17, 21; von einer „fragwürdigen, entmündigenden Tendenz“ dieses Ansatzes spricht *Cornils* (Fn. 15), S. 183; noch drastischer *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (274), der hierin das „Ende der Vertragsfreiheit“ sieht; zum Unterschied zwischen Geltungs- und Ausübungsvoraussetzungen vgl. *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 115 Rn. 16 ff.; zum Freiheitskonzept der Grundrechte allgemein und zur Unterscheidung zwischen „realer“ und „rechtlicher“ Freiheit vgl. *Krebs*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 31 I ff., 99 ff. Eine weitere Vertiefung dieser (spannenden) Frage kann hier nicht geleistet werden und muss einer intensiveren Untersuchung vorbehalten bleiben.

⁷⁰ So *Isensee* (Fn. 54), S. 31 mit besonderem Blick auf die steigenden Antidiskriminierungsmaßnahmen und -gesetze.

⁷¹ Gegen ein solches positives Verständnis der Vertragsgestaltungsfreiheit jedenfalls für die europäische Grundrechtsdogmatik *Klement*, *Wettbewerbsfreiheit*, 2015, S. 110, der zu dem Schluss kommt, dass „eine positive Fassung des Begriffs der Vertragsfreiheit (...) wegen der mit ihr (...) verbundenen behördlichen und richterlichen Konkretisierungskompetenz außerdem die Gefahr (birgt), dass nicht nur die Gerechtigkeit, sondern auch die „Richtigkeit“ (Nützlichkeit für das Gemeinwohl) als Leitbild in die Grundrechtsdogmatik einfließt und damit die „Instrumentalisierung des Privatrechts“ für beliebige andere politische Ziele grundrechtliche Dignität erhalte, anstatt grundrechtlich kontrolliert zu werden“.

⁷² *Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, S. 323. Zum Rechtspaternalismus im Verfassungsrecht vgl. *Schmolke* (Fn. 58), S. 42 ff.

dd) Die Auswirkungen auf die Zivilrechtsprechung

Die Befürchtung, das BVerfG könnte zu einer Superrevisionsinstanz für Vertragsklagen werden, verkennt wohl teilweise die Tragweite der Entscheidung⁷³ und hat sich bislang nach Erkenntnis des Verfassers auch nicht bestätigt. Zwar kann eine umfassende Analyse der fachgerichtlichen Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt an dieser Stelle nicht geleistet werden. Es erscheint jedoch auch bei einer Betrachtung allein der Entscheidungsgründe des Bürgschaftsbeschlusses so, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung weder eine zusätzliche, verfassungsrechtliche Inhaltskontrolle noch eine neue zivilrechtliche Generalklausel der vertraglichen Imparität oder einen verfassungsrechtlichen Nichtigkeitsgrund geschaffen hat.⁷⁴ Vielmehr überlässt das BVerfG nicht nur die Frage der methodischen Umsetzung den Fachgerichten, sondern weitgehend auch deren Ergebnis. Insbesondere weist es ausdrücklich darauf hin, dass die deutsche Zivilrechtsordnung insofern gerade als ausreichend erachtet.⁷⁵ „Die grundrechtlichen Erwägungen des BVerfG dienen lediglich der Begründung des Verfassungsverstoßes bei der Anwendung einfachen Rechts durch die Zivilgerichte und können daher nicht Anlass sein, unnötige verfassungsunmittelbare Korrekturmittel zu suchen, indem man die Entscheidung gleichsam als subsumtionsfähige Rechtsnorm behandelt.“⁷⁶ Das BVerfG betont vielmehr nur die Notwendigkeit zur Behandlung eines Problems, für welches das Zivilrecht schon seit langem geeignete Rechtsinstitute geschaffen hat.⁷⁷ Die Fälle

⁷³ Gleiches gilt für Teile der zustimmenden Autoren.

⁷⁴ Wie hier *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 254; *Schmolke* (Fn. 58), S. 80, jeweils m.w.N. So wurde etwa die Verfassungsbeschwerde einer 35-jährigen Lohnbuchhalterin, die sich selbstschuldnerisch für Verbindlichkeiten aus Geschäftsverbindungen ihres Mannes verbürgt hatte, mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), dass das Problem der gestörten Vertragsparität vom zuständigen Fachgericht umfassend behandelt worden sei, BVerfG NJW 1996, 2021.

⁷⁵ „Wie sie (die Fachgerichte, *Anm. d. Verf.*) dabei zu verfahren und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum läßt. Ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie kommt aber dann in Betracht, wenn das Problem gestörter Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird.“, BVerfGE 89, 214 (233); noch deutlicher insofern ein mehrere Monate später ergangener Kammerbeschluss, vgl. BVerfG NJW 1994, 2749 (2750): „Danach bedurfte es einer Prüfung, ob die Bf. aufgrund beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit eine Verpflichtung eingegangen ist, die unter Berücksichtigung der Interessenlagen auf seinen beider Vertragsparteien – auch unter Berücksichtigung eines etwaigen eigenen wirtschaftlichen Interesses auf seinen der Bf. – als offensichtlich unangemessen zu beurteilen ist; gegebenenfalls mußten die Gerichte im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln korrigierend eingreifen“.

⁷⁶ *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256.

⁷⁷ Insofern zutreffend dann *Lüke*, NJW 1995, 173 (174); vgl. hierzu *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256 m.w.N.

gestörter Vertragsparität sind damit ein *von Verfassung wegen gebotener Anlass* zu einer Inhalts- und Abschlusskontrolle von Verträgen durch die Fachgerichte unter Anwendung ihres Fachrechts, dem Zivilrecht.⁷⁸

Dass nach diesen Kriterien nicht bei jeder Störung des Verhandlungsungleichgewichts eine Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen ist, zeigt schon die Abweisung der zweiten Verfassungsbeschwerde, welche Gegenstand des Bürgschaftsbeschlusses war.⁷⁹ Stets hinzukommen muss ein ungewöhnlich stark belastender Vertrags*inhalt*.⁸⁰ Insofern kann man der Bewertung von *Stephan Lorenz*, wonach sich „in der Entscheidung wenig beachtlich Neues, sondern bare Selbstverständlichkeiten“ finden, durchaus etwas abgewinnen.⁸¹ In der Tat wäre bei konsequenter Anwendung der Regeln über die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (sog. culpa in contrahendo)⁸² auch im Falle der Bürgschaftsentscheidung eine Berücksichtigung des „strukturellen Ungleichgewichts“⁸³ möglich gewesen, so dass die Rechtsordnung kein den Prinzipien der Vertragsfreiheit entgegenstehendes Ergebnis produziert hätte.⁸⁴ Eine verfassungsrechtlich oktroyierte Inhaltskontrolle wäre obsolet

⁷⁸ So auch *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 255.

⁷⁹ Die Abweisung erfolgte mit der Begründung, dass im Falle der Bürgschaft durch die Ehefrau kein hohes und schwer abschätzbares Unternehmerrisiko vorlag, der Kredit nicht ungewöhnlich hoch war und auch die Begleitumstände des Vertragsschlusses keine Anhaltspunkte für die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit gaben, vgl. BVerfGE 89, 214 (235 f.); vgl. insofern auch *Wiedemann*, JZ 1994, 411 (411).

⁸⁰ Siehe BVerfGE 89, 214 (233): „Ist aber der *Inhalt* des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag“. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen.“

⁸¹ Vgl. *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 255 f. (insb. Fn. 246), der anhand verschiedener Beispiele aus der zivilrechtlichen Dogmatik zeigt, dass die Wertungen, die das BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung trifft, keine originär verfassungsrechtlichen sind, sondern lediglich das aufgreifen, was bereits zuvor in Sachen Privatautonomie und Machtgleichgewicht von der Zivilrechtslehre entwickelt worden ist.

⁸² Vgl. etwa *Lieb*, FS Medicus, 1999, S. 337 ff.

⁸³ Offenbar fokussiert auf diese Gewährleistung einer „procedural fairness“ ist das englische Recht, vgl. *Ungan*, Sicherheiten durch Angehörige, S. 143 f.

⁸⁴ *Adomeit* spricht insofern davon, das BVerfG habe „entgegen seinem so oft betonten

geblieben.⁸⁵ Der BGH hat sich indes für den Weg der (pauschaleren) Generalklauseln §§ 138, 242 BGB entschieden.⁸⁶

Dabei erwähnen die BGH-Richter in der sich an den Beschluss des BVerfG anschließenden Entscheidung die Grundrechte, etwa Art. 2 Abs. 1 GG, mit keinem Wort und äußern sich auch sonst nicht dazu, ob nun etwa (allein) aufgrund einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte eine verfassungsbedingte Neuinterpretation der Zivilrechtsnormen vorgenommen wird.

Die grundrechtsdogmatischen Erwägungen, die das BVerfG anstellt, werden in der Entscheidung vielmehr geradezu invisibilisiert, indem der BGH fast kommentarlos die blanke Wertung des BVerfG übernimmt, wonach eine tatsächliche Entscheidungsfreiheit sowie eine damit einhergehende „uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit“ bzgl. der Rechtsfolgen des Vertrages die Voraussetzung zur Anerkennung einer privatautonom getroffenen Absprache sind.⁸⁷ Der Sache nach implementiert

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit versäumt, das schonendste Mittel anzuwenden.“, vgl. *Ders.* (Fn. 46), 2467 (2467). Wie hier auch *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256 (m.w.N.): „Die schuldhaftige Verharmlosung des Vertragsrisikos durch den Gläubiger hätte hier ohne weiteres eine auf Vertragsauflösung gerichtete Haftung aus c.i.c. gerechtfertigt, ohne daß es einer (vom BGH zu Recht verneinten) Aufklärungspflicht des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen bedurft hätte.“; ebenso *Chiusi*, in: FS Fiedler, 2011, S. 841 (850 ff.); für Aufklärungspflichten als Problemlösungsansatz auch (rechtsvergleichend) *Ungan*, *Sicherheiten durch Angehörige*, 2012, S. 157 f. und 165, der anschaulich belegt, dass dies ein bewährtes Instrument zum Ausgleich zwischen vertraglicher Selbstbestimmung und Fremdbestimmungsschutz ist.

⁸⁵ Weniger eindeutig war dies freilich in BVerfGE 103, 89. Dort hatte eine schwangere Frau vor der Eheschließung vertraglich auf ihre gesetzlichen Unterhaltsansprüche im Falle der Scheidung verzichtet und den Ehegatten von der Unterhaltsleistung für gemeinsame Kinder freigestellt. Insoweit war jedoch die Besonderheit des Art. 6 Abs. 1 GG zu beachten, der ein gewisses Bild der Ehe als gleichberechtigte Gemeinschaft vorgibt, weshalb „der Staat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen setzen muss, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt.“ Vgl. BVerfGE 103, 89 (100).

⁸⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1994, 1341; ferner *Schapp*, ZBB 1999, 30 (34); ausführlich *Ungan*, *Sicherheiten durch Angehörige*, 2012, S. 115; vgl. auch *Canaris* (Fn. 14), 201 (237, 240), der zurecht betont, dass der Rückgriff auf § 138 BGB „häufig eine viel zu pauschale Lösung darstellt und durch ein differenziertes Instrumentarium zu ersetzen ist (...), daher ist vorab stets zu prüfen, ob nicht andere und präzisere Normen (...) zur Verfügung stehen“. In anderen Gebieten des Privatrechts, wie etwa dem Privatversicherungsrecht, hat der Gesetzgeber auf die Rspr. des BVerfG reagiert und ebenfalls versucht, durch entsprechende Normgestaltung ein strukturelles Verhandlungsungleichgewicht zu verhindern und einen differenzierenden Ausgleich zu finden, vgl. Langheid/Rixecker/*Ders.*, VVG, 6. Aufl. 2019, § 28 Rn. 1.

⁸⁷ Siehe BGH NJW 1994, 1341 (1342): „Die grundrechtlich geschützte Privatautonomie vermag das Abschließen risikoreich und zugleich einseitig belastender Geschäfte nur zu rechtfertigen,

das oberste deutsche Gericht in Zivilsachen damit nahezu stillschweigend eine originär verfassungsrechtliche Wertung und „beugt“ sich insoweit dem Anspruch des BVerfG auf eine bestimmte Gestaltung der Privatrechtsordnung⁸⁸. Diese wird – sozusagen mit dem Skalpell der grundrechtlichen Schutzpflicht – für einen kurzen Moment geöffnet, um die heilende Tinktur des Sozialstaatsprinzips aufzunehmen und so die – nach Ansicht des behandelnden BVerfG – immer weiter aufreißende Wunde im Vertragsverständnis der Fachgerichte zu kurieren.

3. Abschließende Wertung

Betrachtet man all dies – insbesondere die offensichtlich vorhandene Möglichkeit, den vom BVerfG diagnostizierten Fall von struktureller Verhandlungsungleichheit mit den Mitteln des Zivilrechts zu lösen – scheint es so, als wollte das BVerfG mit seinem Beschluss vor allem einen Schlusstrich unter eine Fehlentwicklung in der Rechtsprechung der Fachgerichte setzen, die sich „nachgerade blind“ mit dem Satz „Vertrag ist Vertrag“ begnügten und dabei Rechtsinstitute des einfachen Rechts „schlichtweg übersahen bzw. falsch anwendeten“.⁸⁹ Insofern war es aus Sicht des BVerfG wohl eher eine pragmatische Erwägung, die zur Bürgerschaftsentscheidung geführt hat.⁹⁰ Führt man sich die hohen Hürden vor Augen, die das BVerfG in anderen Urteilsverfassungsbeschwerden entwickelt hat⁹¹, erscheint dies jedenfalls überraschend, ist aber andernfalls vielleicht Indiz dafür, dass man vorsichtig sein sollte, diese Entscheidung des BVerfG zu sehr in ihre grundrechtsdogmatischen

sofern beide Partner in der Lage sind, sich in Freiheit für oder gegen eine vertragliche Bindung zu entscheiden. Erst diese Freiheit sowie die uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit, mit welchen Rechtsfolgen die in Frage stehende Verpflichtung verbunden sein kann, ergeben die Rechtfertigung dafür, den Bürger trotz ihn außergewöhnlich belastender Rechtsfolgen an der selbstverantwortlich getroffenen Entscheidung festzuhalten.“

⁸⁸ So auch Sachs/*Murswiek*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 55b.

⁸⁹ Vgl. S. Lorenz (Fn. 41), S. 256 m.w.N.

⁹⁰ So auch Lücke, NJW 1995, 173 (174); wohl auch S. Lorenz (Fn. 41), S. 256; zumindest in die gleiche Richtung auch Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 73. EL 2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 115; Martinek spricht von „verfassungsrechtlich verpackten Billigkeitserwägungen“, vgl. *Ders.*, Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch (s. unter Fn. 5); teilweise wird dem BVerfG nicht zuletzt auch aufgrund dieser Entscheidung vorgeworfen, zunehmend Rechtspolitik zu betreiben, vgl. *Depenheuer* (Fn. 47), 270 (273); *Krey*, JR 1995, 221 ff.

⁹¹ Etwa „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen (...)“, BVerfGE 18, 85 (92); *Depenheuer* bemerkt zutreffend, dass diese Begrenzung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte vom BVerfG „bekanntlich recht flexibel“ angewendet wird, „so daß Prognosen über seine Zugriffstiefe der Vorhersagegenauigkeit von Wetterberichten nahekommen“, vgl. *Ders.* (Fn. 47), 270 (271).

Einzelteile zerlegen zu wollen, um daraus grundlegende Schlussfolgerungen für die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit zu ziehen. Denn grundrechtsdogmatisch fällt es wie gesehen schwer, diese Art der Anwendung grundrechtlicher Schutzpflichten in den Kanon der tradierten Rechtsprechung und Lehre einzuordnen. Ob es sich bei der Entscheidung um einen Schutz des schwächeren Vertragspartners vor sich selbst oder um einen Schutz vor Fremdbestimmung durch den anderen Vertragspartner handelt, geht aus den Entscheidungsgründen nicht eindeutig hervor.⁹² Letztlich transportieren die Grundrechte eine teils gleiche, teils aber auch gänzlich andere Rechtskonzeption als zivilrechtliche Institute und können infolge ihrer „konzeptionellen Andersartigkeit“ und ihres Vorranganspruchs im Privatrechtssystem Disparitäten erzeugen, die dort nur schwer aufzufangen sind.⁹³ Es klingt daher fast sympathisch, wenn *Stephan Lorenz* schlussfolgert, dass „die vielfach apostrophierten nachteiligen Folgen der Entscheidung (...) somit, wenn sie denn zu befürchten sind, nicht dem BVerfG, sondern Mißinterpretationen des Beschlusses in der juristischen Öffentlichkeit zuzuschreiben (sind)“.⁹⁴

Nicht vergessen werden darf schließlich auch, dass das „Funktionieren“ von Vertragsfreiheit nicht nur davon abhängt, dass die miteinander verhandelnden Partner gleich stark sind, sondern auch davon, dass der Markt insgesamt ausgeglichen ist. Denn in diesem Fall kann sich auch ein starker Marktteilnehmer eigentlich nicht erlauben, auf Bedingungen zu bestehen, die der Vertragspartner als „nicht marktgerecht“ ansieht.⁹⁵ Je mehr Wettbewerb herrscht und je größer demzufolge die Auswahl für den Verbraucher wird, desto günstiger wird aus seiner Sicht typischerweise der Inhalt der von ihm geschlossenen Verträge.⁹⁶

Letztlich geht es vor allem darum, welches Bild wir vom „mündigen Bürger“ als Vertragspartner und Akteur in der Privatrechtsgesellschaft haben, d. h. wann wir davon ausgehen, dass es an der „Fähigkeit zur Selbstbestimmung“ fehlt.⁹⁷ Dabei be-

⁹² Vgl. *Cornils* (Fn. 15), S. 181 f.; ratlos auch *Enderlein* (Fn. 57), S. 141.

⁹³ So *Maunz/Dürig/Di Fabio*, GG, 73. EL 2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 105.

⁹⁴ *S. Lorenz* (Fn. 41), S. 256.

⁹⁵ Hierauf hinweisend *Grunsky*, in: Harbusch/Wiek (Hrsg.), *Marktwirtschaft*, S. 246

⁹⁶ Vgl. etwa *Rittner*, AcP 188 (1988), 101 (129): „Die Auswahlmöglichkeiten, die im privatrechtlichen Verkehr heute durchweg gegeben sind und die daraus folgende individuelle Wertungsmöglichkeit jedes Beteiligten, lassen die privatautonome Gestaltung, wo sie überhaupt in Betracht kommt, als überlegen erscheinen. (...) Den Rückgriff auf die Verfassung, den im Grundgesetz gewährleisteten Vorrang der Privatautonomie, brauchen wir deswegen nur, um die Privatautonomie im Einzelfall vor der hoheitlichen Gewalt zu schützen“.

⁹⁷ Denn wenn Schutzgegenstand der Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit, als das Vermögen, sein Verhalten selbst zu bestimmen, ist, setzt dies die Fähigkeit zur

wirkt jede Schutzmaßnahme zugunsten des wirtschaftlich Unterlegenen stets auch eine Verteilung von Chancen, Risiken und letztlich auch Gütern und Vermögen von einer Personengruppe zu einer anderen. In welchem Ausmaß Schutz vor Fremdbestimmung gewährt werden soll, ist daher vor allem auch eine (hochgradig umstrittene) politische Entscheidung.⁹⁸ Zurecht beschreibt deshalb *Udo di Fabio* das grundrechtliche Schutzgebot im Bereich der Privatautonomie als „Achillesferse im Verhältnis von Zivilrecht und Grundrechtsgeltung“^{99, 100}.

F. Gesamtfazit

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheitsrecht der Vertragsfreiheit als zentrales Sicherungsinstrument der Privatautonomie und der Selbstbestimmung findet seine Funktion zuvörderst in einer Gewährung von Nichteinmischung des Staates in die rechtlichen Innenbeziehungen der Gesellschaft und hat damit zunächst eine abwehrrechtliche Perspektive. Durchsetzbarkeit und Verlässlichkeit des Vertrages jedoch werden erst durch staatliche Regelungen und Durchsetzungsmöglichkeiten gewährt. Die Vertragsfreiheit stellt daher kein natürliches Institut, sondern eine normativ zu konstituierende Freiheit dar. Den Staat trifft deshalb die Pflicht zur Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses, er muss der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung des Einzelnen einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Hierzu gehört auch die Gewährung effektiven Rechtsschutzes.

Das BVerfG hat den grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit in der sog. Bürgerschafts-Entscheidung zusätzlich ausgeweitet, indem es den mit der Rechtsanwendung betrauten staatlichen Organen die *Pflicht* auferlegt, bei der Anwendung des einfachen Rechts sicherzustellen, dass die Funktionsbedingungen der Vertragsfreiheit

Selbstbestimmung zwingend voraus, vgl. statt vieler *Hillgruber* (Fn. 59), S. 121.

⁹⁸ Zurecht betont *Kahl*, dass es in diesen Fällen darum gehen wird, eine vermittelnde Linie zu finden, die im Zweifel den Vorrang selbstbestimmter Freiheit wahrt und dass „sozialstaatlich indizierte Ingerenzen nur bei Drohung, Täuschung und Zwang sowie ausnahmsweise auch in Fällen fundamentalen bzw. krassen Ungleichgewichts verfassungsrechtlich geboten“ sein können, wenn also „von einem Vorgang des Aushandelns“ überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann; dass dies im Falle der Bürgerschaftsentscheidung vorlag, sei zweifelhaft, vgl. *Ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. V, 2013, § 124 Rn. 45.

⁹⁹ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 107.

¹⁰⁰ *Lüke* warnt davor, dass trotz der Tatsache, dass „das BVerfG im Einzelfall zur Verwirklichung der Gerechtigkeit beiträgt“, dieses positive Ergebnis nicht darüber hinwegtäuschen dürfe, „daß der Preis dafür hoch ist: ein Eingriff in das Rechtsprechungssystem, das in der Verfassung und in den Verfahrensgesetzen nicht vorgesehen ist und dessen Grenzen nicht eindeutig bestimmbar sind“, vgl. *Ders.*, in: *Ders./Walchshöfer* (Hrsg.), *MüKoZPO*, 1. Aufl. 1992, Einl. Rn. 160.

überhaupt beim Vertragsschluss vorgelegen haben. Dadurch wird kein zusätzlicher, verfassungsrechtlicher Nichtigkeitsgrund geschaffen, sondern es handelt sich um eine Form der mittelbaren Grundrechtswirkung. Die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind, markiert gewissermaßen eine (negative) „Grenze“, deren Nichtüberschreitung mit den vorhandenen Mitteln des Zivilrechts zu sichern ist.

Die Entscheidung trägt jedenfalls deutliche Wesenszüge eines „Schutzes des Menschen vor sich selbst“, deren Rechtfertigung verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnet. Sie versucht sich dabei an einem Kompromiss zwischen einem fürsorgenden, das Sozialstaatsprinzip betonenden Staatsverständnis und einem die Privatautonomie als „Freiheit zur Willkür“ betonenden, liberalistischen Verständnis. Die Leidenschaftlichkeit der Stellungnahmen in der Diskussion um die Bürgschaftsentscheidung verdeutlicht diesen politischen Charakter des Vertragsrechts. Die Bürgschaftsentscheidung dokumentiert schließlich den Trend, den grundrechtlichen Unterschied zwischen der Freiheit des Privaten und der Gebundenheit der Staatsgewalt einzuebnen, die Vertragsfreiheit zugunsten sozialer Gerechtigkeit einzuschränken und die individuelle Willkür in verfassungsrechtlich gebundenes Ermessen zu transferieren.

Es erscheint dennoch ratsam, diese Unterscheidung nicht ohne Not auf andere Konstellationen zu übertragen, um den Freiheitsbegriff der Grundrechte nicht zugunsten einer „Gerechtigkeitskontrolle“ verschwimmen zu lassen. Aus den Ausführungen des BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung sollten daher im Zweifel keine grundsätzlichen dogmatischen Prämissen für das Verständnis der Grundrechte gezogen werden, sofern es nicht spezifisch um die Vertragsfreiheit geht.