

Revision des Ursprünglich Aufgezwungenen und Nachträglich Eingetretenen Missverhältnisses der Leistungen in Gegenseitigen Verträgen

Versuch einer ganzheitlichen Erfassung chronologisch unterschiedlicher Tatbestände

Rona SEROZAN*

PROLOG

In den vorausgegangenen schweizerisch-türkischen Juristentagen habe ich stets versucht, benachbarte Institute zusammenzufügen. Ich erinnere mich an den Versuch, im Bereich der Schadenszurechnung die Begriffe vom Schutzzweck der Norm und normativem Schaden auf einen gemeinsamen Nenner zurückzuführen; später den immateriellen Schadensersatz zu entemotionalisieren und ihn als Komplement und Surrogat des materiellen Schadensersatzes einzusetzen; ihn völlig dem Rechtsregime des materiellen Schadensersatzes zu unterwerfen. Nun steht wieder so ein juristisches "essai" bzw. eine juristische "Fantasie" zur Debatte. Die Schweiz verführt mich anscheinend stets zu solchen Ikarusflügen. Ich werde es wagen, die bisher unterschiedlich behandelten Tatbestände der ursprünglichen und nachträglichen Leistungsdisparitäten (die erste wurde stets als Wucher bzw. wucherähnliche Sittenwidrigkeit, die zweite stets als "clausula rebus" behandelt) unter einem gemeinsamen Dach unterzubringen; nicht nur der Gerechtigkeit willen, sondern auch der Rechtssicherheit willen. Nicht zuletzt inspiriert von der Bezeichnung des zweiten Tatbestands als

* Professor für Zivilrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Istanbul.

“lésion postérieure a la conclusion du contrat” seitens eines renommierten schw. Juristen.

Als Einleitung: Einige Bemerkungen zum Zerfall der Hypothesen inbezug auf die Vertragsgerechtigkeit

Bei gegenseitigen Verträgen geht man davon aus, dass die Vorteile, welche sich die Parteien gegenseitig versprechen, insbesondere die zugesagten Leistungen, in einem angemessenen Verhältnis stehen. In der sog. “freien Marktwirtschaft”, juristisch ausgedrückt, im sog. “System der Vertragsfreiheit”, sollen die Vertragsparteien in ihren gegenseitigen Leistungsversprechen und Zugeständnissen ein gewisses Gleichgewicht bewahren. Während der Käufer für die Sache mittlerer Qualität den Durchschnittswert, der Mieter für eine mangelfreie Sache den Marktpreis und der Darlehensnehmer für den Kredit den aktuellen Marktzins bezahlen soll, soll der Dienstleistende und der Werkhersteller den Gegenwert ihrer Arbeitskraft erhalten. Auch inbezug auf weitere juristische Vorteile, die die Parteien sich gegenseitig zuerkennen, wie z.B. Kündigung des Vertrages, Förderung der Leistung oder Haftungsfreizeichnungen, solle ein Gleichgewicht herrschen.

Dieses bei Vertragsschluß vorhandene Gleichgewicht soll beibehalten und nicht so leicht gestört werden, selbst wenn die Erfüllung des Vertrages zu einem späteren Datum geschieht oder die Leistung sogar wie beim Miet-, Darlehen- oder Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt.

Doch entspricht dieses abstrakte juristische Bild, das auf der Privatautonomie und der Gleichberechtigung beruht und außerdem von der Stabilität der Wirtschaft ausgeht, öfters nicht mehr der materiellen Lebenswirklichkeit. Die Vorstellung von Individuen, die auf einem transparenten Markt ihre Interessen rational vertreten, wirtschaftlich und intellektuell gleichberechtigt sind und dadurch die optimale Leistungsäquivalenz in Verbindung mit vernünftigen Vertragsmodalitäten herstellen können, hat sich im Alltag als ein nostalgischer Traum erwiesen.

Die Ursachen liegen auf der Hand: Die marktverdraengende Konzentration und Zentralisation des Kapitals nimmt staendig zu. Wettbewerb und Transparenz im Markt gehen dadurch zwangslaufig

verloren. Zudem werden die Bürger zu Konsumrobotern umgeformt, die staendig zum produktionsgerechten Konsum verleitet werden. Dieser komplexe Prozess wiederum ruft Abhängigkeitsverhältnisse und in Verbindung damit Diktierungen von Vertragsbedingungen hervor. Der Mythos des frei ausgehandelten Vertrages zwischen gleich starken Vertragspartnern wird zu einer Farce. Diese bedenkliche Entwicklung beunruhigt nicht nur unmittelbar die Wirtschaftsrechtler, sondern mittelbar auch uns, die Zivilrechtler.

Während die Einen sich kolossal stärken und juristisch ausrüsten, büssen die Anderen enorm an Verhandlungskraft ein. Vom Lebensmittelkauf bis zum Computerkauf, von der Fernsehmiete bis zur Wohnungsmiete, von der Inanspruchnahme eines Kredits bis zur Inanspruchnahme einer Reparatur ist das fingierte Gleichgewicht zwischen den gegenseitigen Leistungen und Vertragsmodalitäten meist wegen "misuse of bargaining power" gestört.

Wenn eine Partei durch die wirtschaftlichen- und die damit verbundenen Informationsvorteile das Privileg erhält, den Vertrag und seine Bedingungen zu diktieren, so ist es selbstverständlich, daß für die Gegenpartei weder von einer Privatautonomie noch von einer angemessenen Vertragsinhaltschance gesprochen werden kann. Die Folge ist die Entwicklung der Vertragsungerechtigkeit von einer Ausnahmeerscheinung zur Regelmäßigkeit. Wenn die Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit und damit ihre Richtigkeits- und Gerechtigkeitsgewaehr derart ausfallen, dann draengt sich eine richterliche Inhaltskontrolle zwangsläufig auf.

Das zuallererst bei Arbeits-, Miet-, Versicherungs- und Verbraucher-
verträgen, anschliessend bei Verträgen mit Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen zu beobachtende Phänomen der Ungleichheit, der
Abhängigkeit, des Diktats, der Leistungsdisparität und folglich des
Bedürfnisses für den richterlichen Eingriff in den Vertrag, ist heute
bei anderen Vertragstypen auch gang und gäbe.

Für einen wertlosen Gegenstand werden horente Beträge bezahlt;
wichtige Dienstleistungen hingegen werden lächerlich unterbezahlt.
Zudem erlangt das Ungleichgewicht zwischen den juristischen
Waffen dermassen auffallende Dimensionen, daß die schwache Partei
regelrecht zu einem Spielzeug in den Händen der starken Partei
wird. Erinnernt sei an die akuten Probleme bei Kredit- und Leasing-
verträgen, bei Versicherungsverträgen, bei Vermarktungs-verträgen

wie der Agentur-, Alleinvertriebs-, Franchisingvertrag und desweiteren bei Sicherheitsverträgen wie der Garantie-, Bürgschafts- und Pfandvertrag¹.

Nicht nur in Verträgen, die den Schutz der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung genießen, wie zB. der Arbeits-, Miet-, Kredit-, Sicherheits-, Versicherungs-, Vermarktungs-, Reise-, Lehr-, Getränke- und Treibstofflieferungsvertrag ist man mit ungerechten und selbstsüchtigen Diktierungen konfrontiert, sondern in fast allen Verträgen.

Daß das österreichische Konsumentenschutzgesetz auch die Individualverträge, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhalten, der Inhaltskontrolle unterwirft, zeigt, wie akut das Problem der aufgezwungenen selbstsüchtigen, ungerechten Klauseln im Vertragsrecht geworden ist und daß es nicht auf das Problem der AGB reduziert werden kann. Übrigens auch die EU Richtlinie über missbrauchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erklärt die richterliche Inhaltskontrolle selbst auf Individualverträge anwendbar. Schreckgespenste wie AGB geistern anscheinend bereits überall um.

Andererseits kann das relative Gleichgewicht, das mustergültig ursprünglich zwischen den gegenseitigen Leistungen und Zugeständnissen herrschen soll, durch nachträglich auftretende Entwicklungen unerwartet gestört werden. Die Schulden der Verbraucher, Mieter und Kreditnehmer können mit der Zeit unerträgliche Ausmaße annehmen und somit verheerende Auswirkungen nach sich ziehen. Umgekehrt können die Lohnforderungen der Dienstleistenden und Werkhersteller mit der Zeit in Hinsicht auf die effektive Kaufkraft außerordentlich abnehmen.

Man muß hinzufügen, daß auch genau das Gegenteil eintreten kann: Die Geldschuld des Mieters oder Kreditnehmers kann mit der Zeit auf einen lächerlichen Effektivwert zurückgehen. Drastische Erhöhungen in den Grundstückspreisen können den gleichbleibenden Vorkaufspreis ebenfalls lächerlich erscheinen lassen; auch die Lohnforderung des Arbeitnehmers kann extrem in die Höhe gehen. Doch haben diese Entwicklungen keine nachteiligen sozialen Folgen; sie führen zu keiner Sozialkatastrophe, wie das bei steigenden Preisen, Mieten, Zinsen und fallenden Löhnen der Fall ist.

Die Ausmaße des Problems der nachträglichen Gleichgewichts-

¹ Coester-Waltjen, "Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG", AcP 190 (1990), S.1ff

störungen haben in letzter Zeit gewaltig zugenommen. Durch verbreitete Geldentwertung, Börsenkrisen, Kriege, Staatsstreiche und Regimewechsel, wird das Gleichgewicht, das beim Vertragsschluß wie auch immer annähernd hergestellt werden konnte, des öfteren gestört. Während dabei erfahrene und umsichtige Betriebe und Geschäftsmänner durch Wertsicherungsklauseln, insbesondere durch Devisenklauseln und Preisänderungsklauseln ihre Forderungen sichern, drängen sie die Mieter, Kreditnehmer und Verbraucher, deren Einschätzungsvermögen hinsichtlich ungünstiger Entwicklungen begrenzt ist, in "rechtsmissbräuchlicher" und "mit den guten Sitten unvereinbarer Weise" skrupellos in die Ecke und verschaffen sich dadurch einen unverdienten Mehrwert. Dadurch wird das Ungleichgewicht, ausgelöst durch die Ohnmacht, seine eigenen Interessen beim Vertragsschluß durchzusetzen, in die Phase der Vertragserfüllung projiziert.

Diese Ungleichheiten dürfen nicht unterschätzt werden. Insbesondere bei Miet-, Leasing-, Kredit-, Verbrauchs- und Vermarktungsverträgen, aber auch in anderen Dauerverträgen, namentlich bei Vergleichen über Unterhaltsleistungen kommt es des öfteren zu Gleichgewichtsstörungen, wenn nicht zu sog. "Sozialkatastrophen" im Erfüllungsprozess.

Dass die Schweiz mit ihrer relativ stabilen Wirtschaft von diesen Katastrophen grösstenteils verschont geblieben ist, dürfte nicht ausreichen diese Katastrophen zu bagatellisieren. Übrigens ist die Schweiz in ihrem grenzüberschreitenden Handel ebenfalls mit diesem Problem konfrontiert.

Es sei hinzugefügt, dass ein Verbot bei Immobilienmietverträgen und Verbraucherverträgen sich mit harten Devisen zu verschulden, dieses Problem zumindest für Länder mit schwacher Währung grösstenteils aus der Welt schaffen würde.

Zusammenfassend ist folgendes festzustellen: mit dem Dahinfallen des Dogmas der auf die freie Konkurrenz bauenden freien Marktwirtschaft und der Stabilität in der Ökonomie, sind auch die darauf beruhenden Hypothesen der Privatautonomie und Austauschgerechtigkeit und das Prinzip "pacta sunt servanda" zerfallen. In der aktuellen Lebenswirklichkeit besteht keine Gewähr für Vertragsfreiheit und -gleichheit. Damit entfällt auch die Gewähr für inhaltliche Ausgewogenheit der gegenseitigen Leistungen. Weder im Abschlusstadium noch im Erfüllungsstadium ist heutzutage die Leistungsparität gewährleistet.

Die Unzulaenglichkeiten des klassischen Instrumentariums zur Überwindung der Misere

Es liegt auf der Hand, daß man mit den klassischen Werkzeugen des Obligationen-rechts, die sich auf das Konzept der Privat-autonomie, Gleichberechtigung bezüglich Rechtsfähigkeit und das "pacta sunt servanda" Prinzip stützen, diese Probleme nicht lösen können wird.

Wenn man von der Aufdrängung der Leistungsinäquivalenz beim Vertragsschluß spricht, kommen einem nur die an strikte Voraussetzungen gebundenen und auf pathologische Situationen begrenzten Extremfälle wie Geschäftsunfähigkeit, Irrtum, Täuschung, Drohung und Übervorteilung in den Sinn. Die oben erwähnten Fälle der geschwächten Privatautonomie fallen jedoch nicht unter diese strikten Schablonen.

Deswegen sind die Bemühungen, diese gefestigten Schablonen durch (*tirez par les cheveux*) Begriffe wie "undue influence" oder "fahrlässige Täuschung" aufzuweichen besonders bemerkens- und erwähnungswert.

Das gleiche gilt für nachträglich zustandegekommene Inäquivalenzen. Der Grundsatz des "pacta sunt servanda" und das Nominalismusprinzip bei Geldschulden, die Garantiehaftung des Schuldners für subjektive Unmöglichkeit und insbesondere für Mittellosigkeit (Geld soll man eben haben) verhindern es, ausser bei gesetzlich geregelten Leistungsstörungen (Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung), den Vertrag veränderten Umständen anzupassen oder sogar sich von diesem zu lösen².

In diesem Zusammenhang sind die Versuche zu erwähnen, das klassische Konzept der Unmöglichkeit durch Begriffe wie "überobligationsmässige Erschwerung" "Unerschwinglichkeit", "Überschreitung der Opfergrenze" oder "wirtschaftliche Unmöglichkeit" auszudehnen. Diesbezüglich fallen gesetzliche und gerichtliche Interventionen bzw. Korrekturen auf, die mit Instrumentalisierung des Begriffs von der Unzumutbarkeit oder gar durch Hineininterpretierung von Anpassungsklauseln in Verträge hauptsächlich darauf zielen, das Leid der Schuldner harter Devisen zu mildern.

² Serozan, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, Juristische Blätter 1983, S.562-565

Ebenso wie der vom ZGB/OR ursprünglich gering geschätzte Schutz der Ehre, des Vertrauens auf Produkte, Prospekte, Beauftragte und Konzerne, entspricht auch das Verständnis der Gründerjahre von Vertragsfreiheit und -gleichheit anscheinend nicht mehr den heutigen Anforderungen.

Indessen sind die Probleme, die mit der anfänglichen und nachträglichen "Leistungsinäquivalenz" verbunden sind, so gravierend, daß man ihnen nicht mit palliativen Schein-Theorien oder *tirez par les cheveux* Begriffen ausweichen kann. Man denke dabei an die Worte der deutschen Verfassungsrichter: "Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung... (Falls) der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen (ist), 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... Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie und dem Sozialstaatsprinzip im Grundgesetz"³.

Genauso wie im modernen Rechtsstaat die Verfügungen des "freien" Normgebers einer Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit höherrangigen Grundwerten unterworfen bleiben, sollen im modernen sozialen Rechtsstaat auch die Verfügungen des "freien" Individuums einer richterlichen Inhaltskontrolle hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit höheren verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen unterworfen bleiben. Das privatrechtliche Pendant der öffentlichrechtlichen Normenkontrolle ist also die Inhaltskontrolle.

Die grundgesetzliche Pflicht zur Intervention bzw. zur Inhaltskontrolle (bestätigt durch das deutsche Bundesverfassungsgericht) kann nicht geleugnet werden, indem man vorbringt, der mündige Bürger dürfe nicht ohne ersichtlichen Grund entmündigt werden, Frauen und Jugendliche könnten nicht aus dem Geschäftsleben vertrieben werden, die gesetzliche Ordnung dürfe nicht einfach

³ BVerfG, NJW 1994, 36,38ff. (türkische Übersetzung: *Atamer*, IHFM C.LV/3 [1997], 419ff.)

beiseite geschoben werden, die Rechtssicherheit und Stabilität dürfe nicht geopfert werden und zu guter Letzt, die Regeln des Vollstreckungsrechts, sprich, die Pfändungsfreigrenzen würden den Schuldner zugenüge schützen. Hinzuzufügen ist der allerletzte Schrei: schliesslich und endlich sei es ja frei, Hab und Gut sogar zu verschenken! Als ob in der vorgezeichneten Konstellation ein "animus donandi" vorläge.

Falls der Gesetzgeber nicht wie in der Vergangenheit zum Schutze der Verbraucher, Handelsvertreter, Mieter, Arbeiter, Versicherter oder Sach- bzw. Personalsicherheitsleistenden u.a. eingreift, so wird es unvermeidbar, daß dem Rechtsanwender diese Aufgabe zufällt. Die moderne Gewaltenteilungs- und Rechtsschöpfungslehre erkennt eine solche Rechtsgestaltungsbefugnis ohne weiteres an.

In einer Zeit, in der die wirtschaftlichen Ungleichheiten und die Schwankungen im Geldwert immer mehr zunehmen, ist es notwendig das Problem der ungerechten Leistungsinequivalenz in gegenseitigen Verträgen sowohl in der Vertragsabschluß-phase als auch in dessen Erfüllungsphase durch Forcierung der gesetzlichen Strukturen praeter legem zu lösen und zudem beide Lösungen auf gemeinsame Prämisse aufzubauen.

Eine Gesetzesergaenzung bzw. -korrektur, die sich mit Rücksicht auf die "réalités des faits économique" aufdraengt, dürfte eigentlich keine Bedenken hervorrufen. Aehnliche richterliche Gesetzesergaenzungen und -korrekturen hat es in sog. Rechtsnotstandsfaellen des öfteren gegeben. Wenn der klassische Gesetzesrahmenschon zugunsten Kartelle contra legem gesprengt wurde (man denke nur an die Zulassung der Vereinsform zugunsten Kartelle seitens des schw. Bundesgerichts), warum sollte dann zugunsten Verbraucher, Mieter, Kreditnehmer und andere Schutzbedürftige nicht wenigstens intra oder praeter legem vorgegangen werden?

Die Eigenhaftung von im Vordergrund agierenden Sachwaltern und mit Prospekten Werbenden und umgekehrt im Hintergrund versteckten Konzernen, sprich Vertrauenshaftung Dritter bzw. Durchgriffshaftung, hat den richtigen Weg bereits eingeleitet.

Andererseits dürfte auch die Zusammenführung chronologisch unterschiedlicher Tatbestände nicht befremdlich sein. Ursprüng-

liche und nachtraegliche Vertragsstörungen sind schon laengst unter einem Dach untergebracht. Man denke bloss an die neuere Lehre von der Leistungsunmöglichkeit und von der positiven Vertragsverletzung. Zwischen anfaenglicher und nachtraeglicher Unmöglichkeit und zwischen culpa in contrahendo und culpa in solvendo wird sowohl auf der Ebene der Rechtsvoraussetzungen als auch auf der Ebene der Rechtsfolgen kaum mehr differenziert.

Anfängliche und nachtraegliche Unangemessenheiten kann man auch bei einseitigen Schuldverträgen antreffen, auch wenn diese nicht als Disparität in den gegenseitigen Leistungen erscheinen. Beim Bürgschaftsvertrag denke man nur an die Ausbeutung des Bürgen durch Überrumpelung und beim Schenkungsvertrag an die sich ändernde Belastung des Schenkers⁴. Doch sollte nicht außer Acht gelassen werden, daß bei solchen Ungerechtigkeiten keine Korrektur bzw. Anpassung in Frage kommt, sondern nur eine gänzliche Auflösung des Vertrages.

Bei dieser Gelegenheit, wo gerade von den Tatbeständen der anfänglichen und nachträglichen Leistungsinäquivalenz bei gegenseitigen Verträgen die Rede ist, sollte man kurz das Panorama der eventuellen Problemsituationen "vor" und "nach" Vertragsschluß in Erinnerung rufen:

Vor Vertragsschluß: Wucher / Sittenwid. / Grundlagenirrtum	Anfängliche obj. od. subj. Unmögl.	cic
	↓	↓
Nach Vertragsschluß: Wegfall der Geschäftsgrundlage	Nachträgliche Unmöglichkeit	cis+cppp

Nota bene: cic steht für culpa in contrahendo, cis für culpa in solvendo und cppp für culpa post pactum perfectum.

⁴ Für den Bürgschaftsvertrag vgl. *Gauch / Schluemp / Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7. Aufl. 1998, N.676a und die dort erwähnten BGH Entscheidungen; für den Schenkungsvertrag siehe Art. 250/I, 2-3 OR.

Die Mobilisierung und Forcierung der Sittenwidrigkeit bzw. des Verstosses gegen die öffentliche Ordnung bei anfänglicher Leistungsdisparität

Die Prinzipien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit als Fundamente unserer Privatrechtsordnung setzen ein ökonomisches, soziales und intellektuelles Gleichgewicht zwischen den Vertragsschliessenden voraus. Sollte dieses Gleichgewicht in auffallender Weise zu Ungunsten einer Partei gestört sein, so müssen die Art. 19-20 OR mobilisiert werden, die zum Schutze der Privatautonomie des Schwachen und zur Begrenzung der Privatautonomie des Starken Verstösse gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten mit Nichtigkeit ahnden.

Dadurch wird den Art. 19-20 OR auch die Funktion eines Transformators zugesprochen, der dispositive Gesetzesbestimmungen mit Gerechtigkeitsgehalt zu (halb-) zwingende Rechtsnormen aufwertet.

Bei anfaenglicher Leistungsdisparitaet haben Literatur und Judikatur sowohl im deutschsprachigen Raum als auch in der Türkei zur Mobilisierung und Forcierung der Begriffe von der "öffentlichen Ordnung" und "Sittenwidrigkeit" verschiedene Kriterien entwickelt. Die interessante Entwicklungslinie dieser Kriterien kann unter den Schlagwörtern "Ökonomisierung", "Sozialisierung" und "Konstitutionalisierung" rekapituliert werden.

Lassen Sie mich konkretisieren: Obwohl lange Zeit die Sittenwidrigkeit auf die Familien- und Geschlechtssphäre reduziert wurde, hat sich mit der Zeit das Gewicht auf die Wirtschaftssphäre verlagert. Mit anderen Worten, der Projektor der Sittenwidrigkeit wurde aus den Schlafzimmern in die Büroräume gewendet. Die Statistiken zeigen, daß die Sittenwidrigkeitstatbestände verbunden mit dem Familien- und Geschlechtsleben unter allen Sittenwidrigkeitstatbeständen nur noch 10 % einnehmen; 90 % der Sittenwidrigkeitsfälle gehören dem wirtschaftlichen Sektor an.

Es muß hinzugefügt werden, daß am Anfang dieser Entwicklung die Akzeptanz der ökonomischen Sittenwidrigkeit noch vom "offenbaren Missbrauch der wirtschaftlichen Macht", von der "typischen Monopolsituation", von der "Unverzichtbarkeit der dem wirtschaftlich Unterlegenen angebotenen Leistung" oder von der "Unerträglichkeit der Zwangslage" abhängig gemacht wurde. Heute werden aus

sozialer Sicht weitaus grosszügigere, wenn nicht kühnere Bewertungen gemacht.

Diese mutige, aufgeschlossene Sichtweise hält es für ausreichend, daß "das gegenseitige Interessengleichgewicht der Vertragspartner auf unbillige Weise gestört ist, indem ein juristischer Vorteil der schwachen Vertragspartei vorenthalten wird" oder daß "das Abweichen von der gerechten Ordnung, die durch dispositive Normen aufgebaut worden ist, im konkreten Fall als unangemessen erscheint". Solche Tatbestände allein reichen aus, um die Nichtigkeitssanktion der Art.19-20 OR auszulösen.

Inzwischen wird die Sittenwidrigkeit auch nicht mehr am "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" gemessen. Andererseits wird auch die öffentliche Ordnung nicht mehr als die "offizielle Sicherheitsordnung des Staates" (*raison d'Etat*) ausgelegt. Beide Begriffe dienen heute dank der "Drittwirkungslehre" als Schleuse, um verfassungsrechtliche Grundrechte und Grundsätze in das Privatrecht einfliessen zu lassen, namentlich in Konstellationen, in denen staatlicher Macht analoge Machtstrukturen ausgeglichen werden sollen. Diese Begriffe sind mit zeitgemässen, säkularen, sozialen, demokratischen, pluralistischen und freiheitlichen Werturteilen bereichert. Die Ergänzung der Art.19-20 OR um Art.27 ZGB, der Schwache gegen unangemessene Zugeständnisse schützt, hat sicherlich diese Entwicklung beflügelt.

Zusammenfassend kann man feststellen, daß die Sittenwidrigkeit und die öffentliche Ordnung einen ganz neuen Rahmen erhalten haben, der verfassungskonform ausgestaltet und um wirtschaftliche und soziale Komponenten bereichert ist⁵.

Die effiziente Anwendung der Art.19-20 OR gegen Überumpelung und Übervorteilung wurde jedoch durch ein bedauerliches Vorurteil teilweise blockiert. Dieses unglückliche Vorurteil kann

⁵ *Mayer-Maly*, "Was leisten die guten Sitten?" AcP 194, S.105ff; derselbe im Münchener Kommentar zum BGB, 3.Aufl. 1993, § 138 N.43ff; *Damm*, "Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung", JZ 1986, S.918ff; derselbe im Alternativkommentar zum BGB, 1987, § 138 N.13ff, N.44ff; *Jauernig*, BGB Kurzkomentar, 8.Aufl. 1997, § 138 N.6; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, 8.Aufl. 1995, § 10 II, S.139; *Zufferey-Werro*, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, 1988, N.1029; *Kramer*, im: Berner Kommentar zum OR 19-20, 1990, N.163; *Huguenin Jacobs*, im: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2.Aufl. 1996, OR 19-20 N.23; BGE 111 II 245.

folgendermassen resümiert werden: "Art.21 OR, der die Übervorteilung regelt ist eine Spezialnorm und deswegen den Art.19-20 OR vorrangig. Solange die subjektiven Merkmale des Wuchers nicht vorhanden sind, kann die Unwirksamkeitssanktion nicht zum Vorteil des Schwachen angewandt werden⁶."

Doch kann diese formalistische Sichtweise heute glücklicherweise als überwunden betrachtet werden. Ob Normen, die gleiche Tatbestände regeln, sich gegenseitig "ausschließen" oder miteinander "konkurrieren", zeigt der Kompass der kritischen und funktionellen Interessen- und Wertungsjurisprudenz. Bei einem solchen Gedankengang kann Art.21 OR, der wegen seinen unnötigen subjektiven Voraussetzungen (nicht minder wegen seiner peinlichen Sanktion) schon von Anfang an als Malheur kritisiert wurde, niemals als eine Spezialnorm bewertet werden, die ausschliessliche Anwendung verdient. Die globale Sichtweise in bezug auf die Rechtsfolgen, d.h. Sanktionen dieser Normen, die, wie später noch dargelegt werden wird und vor kurzem auch vom schw. Bundesgericht in seinem bekannten Fussball-Club Urteil bestätigt wurde, sollte auch bei den "Anwendungsvoraussetzungen" dieser Normen zur Geltung kommen. Daß bei Übervorteilungs- und Sittenwidrigkeitstatbeständen (und Verstössen gegen die öffentliche Ordnung) einer gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeit Tür und Tor geöffnet wird, kann man auch in Deutschland bei der Anwendung des § 138 BGB beobachten. Auch dort wird das wucherähnliche Geschäft unabhängig von den unzeitgemässen subjektiven Wuchermerkmalen als sittenwidrig beurteilt.

Summa summarum: OR 19 - 21 (Übervorteilung und Sittenwidrigkeit) müssen als ein einheitliches Bündel (als ein untrennbarer Konnex) aufgefasst werden.

Diese vernünftige globale Sichtweise ermöglicht es auch bei der Beziehung von den übermässig grosszügig gehaltenen Haftungsfreizeichnungsschranken der Art.192 III/199 OR und Art.99 OR zu Art.20 OR; desweiteren bei der Beziehung von der zu weit gefassten Revisionssperre des Art.24 türk.HGB zu Art.20 OR den

⁶ BGE 115 II 236; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl. 1988, S.259; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band. I, 1996, N.1003; Gauch/Schluemp/Schmid, N.676,744,757 (vgl. aber Schmid, der unter deutschem Einfluss für die Bürgschaft eine Ausnahme macht: N.676a); vgl. ferner Huguenin Jacobs, OR 19-20 N.40.

"Spezialnorm-Generalnorm" Dualismus zu überwinden und Art.20 OR nicht als subsidiäre Generalnorm zu betrachten⁷.

Eine noch interessantere Feststellung inbezug auf das einheitliche Bündel von wucherischen und wucherähnlichen Geschäften ist folgende:

Um den eingeleiteten Prozess nicht zu übertreiben, wurde am Anfang, sowohl auf subjektiver Ebene, bei der Willensbildung, ein Manko, als auch auf objektiver Ebene, bei der Vertragsgestaltung, ein Ungleichgewicht vorausgesetzt. Doch wird heute auch in dieser Hinsicht erhebliche Flexibilität gezeigt.

Je stärker das Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung ist, desto leichter wird angenommen, daß dieser "Überschuß" fehlende subjektive Komponenten ausgleichen kann. Diese als "Sandhaufentheorem" benannte Lehre geht zurück bis auf die österreichischen Juristen (insbesondere Wilburg), die in der Beziehung der subjektiven zu den objektiven Voraussetzungen ein Zusammenspiel beweglicher Elemente sahen.

Die Gesamtbeurteilung subjektiver und objektiver Momente durch die Rechtsprechung liegt auf der gleichen Linie. Genauso ist die Praxis zu bewerten, die ein grobes, krasses, auffallendes Missverhältnis der gegenseitigen Leistungen im Beweisverfahren als Indiz für das Vorhandensein der subjektiven Voraussetzungen sieht⁸.

Die Prämisse dieses Gedankengangs ist offensichtlich: Da die sich ändernden sozialen und ökonomischen Verhältnisse keinen Raum mehr für die Privatautonomie lassen, sollte man sich nicht weiter mit den auf den freien Willen bauenden subjektiven Momenten beschäftigen.

⁷ Zufferey-Werro, N.676-687; Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, S.203-204; Serozan, Medeni Hukuka Giriş, 1997, § 5 N.34; BGE 93 II 189; türk. Kassationshof 20.3.1974, YKD 1977/1, 21; 13 HD 3.10.1998 (Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, 1996, 332)

⁸ Seit der berühmten OLG Stuttgart Entscheidung, die in NJW 1979,2409 veröffentlicht wurde, hat sich die deutsche Praxis überwiegend in dieser Richtung entwickelt: BGH NJW 1983,1420; 1984, 2292; 1988, 131 und 1661; 1992, 899; 1996, 1204. Vgl. ferner Mayer-Maly, "Die guten Sitten als Masstab des Rechts", JuS 1986, S.596ff und derselbe MünchKomm § 138 N.25; Roth, Münchener Kommentar zum BGB, 3.Aufl.1994, § 242 N.521/522; Kramer, OR 21 N.26; Zufferey-Werro, N.1013ff; Gauch/Schluemp/Schmid, N.744; Serozan, Juristische Blätter 1983, S.568/569.

Übrigens werden auch bei unangemessenen Sicherheiten, insbesondere bei globalen Zessionen und unüberlegt eingegangenen Bürgschaften Mittelloser die subjektiven Momente nicht weiter nachgeforscht. Man hält sich nur die extreme Belastung durch die Leistung vor Augen und dieses objektive Missverhältnis reicht aus, um das Geschäft als unverbindlich zu erklären⁹.

In der Tat wird bei Knebelungsverträgen, insbesondere bei Vermarktungsverträgen (Agentur-, Alleinvertriebs- und Franchisingvertrag) nicht mehr auf die verwerfliche Gesinnung des Ausbeutenden oder die Naivität und Willenschwäche des Ausgebeuteten geachtet. Den Beweis dieser subjektiven Merkmale dem Kläger aufzubürden, wird als eine unrealistische und unsoziale Denkweise beurteilt.

Nicht zu vergessen ist, daß auch die Art.163, 270, 357 (alte Fassung) und 417 OR die Korrektur der übermäßigen Leistungsbestimmung von keiner subjektiven Komponente abhängig machen. Interessant ist es zu sehen, daß auch in einem Gesetzesentwurf zur Änderung des BGB inbezug auf Kreditverträge, unabhängig vom subjektiven Verhalten der Bank und von der Reaktion des Kunden, einzig das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung als Nichtigkeitsgrund erachtet wird¹⁰. Die "laesio enormis" scheint sich mit Rückenwind aus Deutschland im Vormarsch zu befinden.

Der Verzicht auf subjektive Voraussetzungen und die Abstellung auf die objektiv krasse Inäquivalenz ist insofern konsequent als diese Ansicht mit der bedingungslosen Akzeptanz des richterlichen Eingriffs (unabhängig von subjektiven Komponenten) gestützt auf Art.20 OR / Art.27 ZGB bei Verträgen mit zu langen Leistungsfristen (der quantitativen Teilnichtigkeit) übereinstimmt. Die Absage des gleichen Eingriffs bei zu teuren Leistungen würde in der Tat einen Widerspruch darstellen. Der Richter, der bei Vereinbarungen für zwanzig Jahre diese ohne weiteres auf zehn oder gar auf acht Jahre reduzieren kann, sollte auch bei Vereinbarungen für zwanzig Tausend diese ohne weiteres auf zehn oder acht Tausend reduzieren können. Das Fehlen einer dispositiven Norm inbezug auf die Geldsumme kann keine ausreichende Begründung für diese Differenzierung darstellen. Denn bei Nichtigerklärung der Vertragsklausel wird ja nicht nur eine bestimmte gesetzliche Ersatzregel sondern sehr wohl auch die richterliche Ersatzregel zur Hilfe gerufen. Ist also die richterliche Korrektur der ausserordentlich hohen Vertragsdauer ohne weiteres möglich, so muß sie konsequenterweise auch bei der ausserordentlichen Entgeltshöhe ohne weiteres möglich sein.

⁹ Roth, MünchKomm § 242 N.521; Gauch / Schlupe / Schmid, N.676a

¹⁰ JZ 1974, 11; BR-Drucks. 573/80 - Beschluss

Aufschlussreich ist ein kurzer Seitenblick auf das anglo-amerikanische Recht. Die Doktrin der "substantive unconscionability" besagt, dass der Richter einer Vertragsbestimmung die Wirksamkeit zu versagen hat, die missbrauchlich inbezug auf den Vertragsinhalt ist. Nach einer verwerflichen Gesinnung oder ein Verschulden wird dabei nicht gefragt. Eine beträchtliche Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung reicht aus.

Insgesamt kann dadurch das Bündel der Art.19-21 OR in Verbindung mit der sozialen Schutznorm des Art.27 ZGB seine Aufgabe, die Privatautonomie des Schwachen zu schützen und die des Starken zu begrenzen, wesentlich effektiver erfüllen.

Parallel zu der weitherzigen und elastischen Neubewertung der Anwendungsvoraussetzungen des Normenbündels der Art.19-21, werden auch die Rechtsfolgen d.h. die Sanktionen, die dieses Normenbündel vorsehen, zugunsten des aus sozialer Sicht Schutzbedürftigen weiterentwickelt.

Heutzutage verfügen wir über weitaus raffiniertere und flexiblere Sanktionen als die apriori, automatisch und definitiv eintretende Gesamtnichtigkeit, welche ein Erbe des Pandektenrechts ist. Übrigens wird auch die Totalanfechtbarkeit ähnlich verfeinert und weiterentwickelt.

Die Relativierung der Nichtigkeit im materiellen Sinn durch Berücksichtigung des sozialen Schutzzwecks der Norm, überdies, die Relativierung der Nichtigkeit im persönlichen Sinn durch Ausschliessung der Berufung auf die Nichtigkeit seitens des Schutzunwürdigen, die teleologische Reduktion des Art.20/II OR, m.a.W. die Objektivierung der Teilnichtigkeitsvermutung, die Annahme der quantitativen Teilnichtigkeit bzw. der geltungserhaltenden Reduktion entgegen des engen Wortlauts dieser Norm, weitergehend, die Befürwortung der modifizierten Teilnichtigkeit in Verbindung mit dem Einsatz einer gesetzlichen oder richterlichen Ersatzregel in allen denkbaren Variationen, die Verbindung der culpa in contrahendo Entschädigung (ohne künstliche Reduzierung auf das sog. negative Interesse) mit der Anfechtung wegen Übervorteilung, ausserdem, die Instrumentalisierung bereicherungsrechtlicher Begriffe wie "pretium commune" und "turpitude dantis" zur zusätzlichen Reduzierung, nötigenfalls zur gänzlichen Streichung der

übermäßigen Leistung mit pönalen bzw. präventiven Erwägungen sind nur einige dieser flexiblen und raffinierten Lösungsansätze¹¹.

Diese allgemeine und abstrakte Bewertung scheint konkretisierungsbedürftig zu sein:

Zuerst wurde das Hindernis des Art.20/II OR überwunden, welches der Teilnichtigkeitsalternative den "entgegengesetzten hypothetischen Parteiwillen" in den Weg stellte, dann wurde die Nichtigkeitsanktion nicht mehr automatisch angewandt, sondern vom Willen der schutzwürdigen Partei abhängig gemacht. Überdies wurde der enge "Teil (clause)" Begriff gesprengt und die quantitative Teilnichtigkeit bzw. geltungserhaltende Reduktion gutgeheissen. Zu guter Letzt wurde bei der modifizierten Teilnichtigkeit in ihren alldenkbaren Variationen und bei Auslegungsmethoden wie "Konversion" und "Vertragsergänzung" die Möglichkeit eröffnet, die überhöhte Leistung nötigenfalls unter das erlaubte Höchstmass zu reduzieren, ja sogar bis auf den Nullpunkt herunterzuziehen. Dadurch wurde die überhöhte Leistung zugunsten des Benachteiligten auf ein angemessenes Mass herabgesetzt, ihm sogar die Möglichkeit gegeben, die Leistung umsonst zu erhalten. Die Einsetzung der unbeschränkten culpa in contrahendo Entschädigung des OR 31 III "per analogiam" als "punitive damage" in Verbindung mit der Anfechtung wegen Wuchers ergaenzt dieses Bild.

Über die schadensrechtliche Vertragsaufhebung bzw. Rückabwicklung auf der Grundlage der culpa in contrahendo (die, übrigens auch bei fahrlässiger

¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler, FS Kaneti 1996, S.25/26; derselbe, Tendances actuelles concernant la lésion dans les contrats in: Journées franco-turque, 1983, S.69; Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1998, S.62/63, 142, 152ff; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2.bası 1998, § 8 N.8, § 25 N.12; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13.Aufl. 1994, § 68 III 3; Canaris, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", FS Steindorff 1990, S. 519 ff.; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S.329; Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz, 1998, S.328ff; Krampe, "Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln" AcP 194, S.1ff; Roth, "Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht" JZ 1989, S.411 ff; BGH, NJW 1962, S.1148/49; NJW 1983, S.1422 ff.; Gauch/Schlupe/Schmid, N.703ff, N.754/755; Gauch, "Der Fussballclub und sein Mietvertrag: ein markanter Entscheidung zur Übervorteilung" recht 1998/2, S.55ff; Zufferey-Werro N.1665ff; Hürli-mann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art.20 Abs.2 OR, 1984, S.74ff, 101ff; Kramer, OR 19-20 N.322; Huguenin Jacobs, OR 19-20 N.52ff; Bucher, OR § 15 VII 4, S.265 ff.; Schwenzler, OR, S.206/207; BGE 123 III 292.

Irreführung möglich ist) in Verbindung mit der schadensrechtlichen Vertragsanpassung s. zuletzt Grigoleit, NJW 1999, 900 ff.

Auch das Bereicherungsrecht wurde im Rahmen der Übervorteilung strapaziert. Einerseits wurde OR 62 aktiviert, der die bereicherungsrechtliche Wertersatzschuld des Übervorteilten auf den objektiven Verkehrswert (*pretium commune*) des Erlangten herabsetzt. Andererseits wurde der Rückforderungsausschluss des OR 66 (*turpitudinis*) zur totalen Sperrung des Zinsanspruchs des Zinswucherers instrumentalisiert.

Im Rahmen der Übervorteilung sind weitere Anregungen bemerkenswert, die, wenn auch auf gekünstelten und weiten Umwegen, versuchen die überhöhte Leistung zu reduzieren, anstatt sie zu kassieren. Die Aktivierung von OR 25 II, der aus dem Treu und Glauben Grundsatz entnommen, der Gegenpartei des wegen Irrtums Anfechtungsberechtigten durch Zahlung der Differenz ein Gegenrecht zur Blockierung der Totalanfechtung bzw. ein Leistungsänderungsrecht gewährt ist eine von diesen Anregungen.

Alle diese Bemühungen im Bereich der Auslegungs- und Unwirksamkeitslehre, des Entschädigungs- und Bereicherungsrechts zielen ohne Zweifel darauf hinaus, die ausbeuterische Vertragsseite zu bestrafen und zu verhindern, daß sie Vorteile aus ihrem rücksichtslosen, selbstsüchtigen Verhalten zieht.

Es darf hierbei daran erinnert werden, daß auch globale Freizeichnungsklauseln in AGB nicht aufrecht erhalten werden, indem sie nur für leichte Fahrlässigkeit als vereinbart gelten, sondern der Verwender für alle Verschuldensarten einstehen muß. (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion)

Die Nutzung des Kredites oder der Wohnung bis zum nächsten Rückzahlungstermin bzw. bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt ohne jegliche Zins- oder Mietzahlung bildet inzwischen die ständige Praxis in Deutschland. Auch das schweizerische Bundesgesetz über den Konsumkredit Art. II sieht im Falle des Kreditwuchers einen Gratiskredit zugunsten des bewucherten Kreditnehmers und zulasten des ausbeuterischen Kreditgebers vor.

Obwohl beim Kaufvertrag die Verurteilung zur entgeltlosen Überlassung der Sache nicht in Frage kommt, kann auch hier der Kaufpreis sehr wohl unter das zulässige Höchstmass heruntergedrückt werden. Auch wenn nämlich bei mangelhafter Erfüllung die Minderungsoption nicht gewählt werden kann, wenn der Minderwert den Kaufpreis erreicht (OR 205 III), so kann noch immer mit Hilfe des Ersatzes des Begleitschadens gemäss OR 208 der Höchstpreis unterschritten und somit die Pffiffigkeit des Verkäufers gerügt werden.

Aus dieser Perspektive wird verhindert, daß der Vertrag gemäss dem Willen des Mächtigen der Gesamtnichtigkeit erliegt, und es wird dem Richter ermöglicht übermäßige Leistungen des Machtlosen auf ein angemessenes Maß zu reduzieren, unter Umständen dieses Maß zu unterschreiten, ja sogar als Strafe für die Ausbeutung den Gegenwert der Nutzung gaenzlich zu streichen.

Zieht man ein Fazit, so laesst sich bei der Bewaeltigung des Problems anfaenglicher Leistungsdisproportionalitaet eine positive Tendenz abzeichnen.

Das gleiche kann allerdings für die Lösung des Problems nachtraeglicher Leistungsdisproportionalitaet nicht behauptet werden.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage (clausula rebus) zum Ausgleich nachträglich eingetretener Äquivalenzstörungen

Sollte bei zweiseitigen Verträgen das Leistungsgleichgewicht durch unerwartete Entwicklungen nachtraeglich gestört werden, nachdem es zuvor die Filter der Art.19-21 OR passiert hat, so findet man im Gesetz keine auf diese Fallkonstellation direkt anwendbare Norm finden.

Es muß im Rahmen der Lückenfüllung ein allgemeines Prinzip durch Rechtsanalogie zu den einzelnen Gesetzesnormen entwickelt werden, wie man es unter anderem bei der Ableitung der Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Schutzunwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs bereits unternommen hat. Die Voraussetzungen lauten wie folgt: a. Sollte man annehmen können, daß die Vertragsparteien den Vertrag unter anderen Bedingungen geschlossen hätten, falls sie die wirtschaftlichen und sozialen Änderungen im Voraus hätten überblicken können (it was not this that was to be performed), b. sollte außerdem wegen der unerwarteten Entwicklung der Umstände das Gebundensein einer Partei an den Vertrag unter unveränderten Bedingungen für ihn eine Überschreitung der Opfergrenze bedeuten und c. sollte zuletzt angesichts der gesetzlichen und vertraglichen Risikoverteilung das Festhalten am Vertrag unter denselben Bedingungen für die Parteien unzumutbar erscheinen, so müssen die Vertragsbedingungen den veränderten

materiellen Umständen angepasst werden. Falls dies nicht möglich ist so wird der Vertrag aufgelöst¹².

Die verschiedenen gesetzlichen Stützpunkte dieses allgemeinen Grundsatzes, der als Wegfall der Geschäftsgrundlage (frustration of contract, clausula rebus, richterliche Vertragsergänzung nach Treu und Glauben) bekannt ist, sind folgende: die Bestimmungen bezüglich der nachträglichen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Art.83/316 OR), der übermäßigen Erschwerung der Fertigstellung des Werkes durch den Unternehmer wegen ausserordentlicher Umstände (Art.373/II OR), der Kündigungsmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grunde (Art.269 OR alte Fassung), der Minderungsmöglichkeit bei mangelhafter Leistung (Art.205, 254/II [alte Fassung], 368/II) und der Verrechnungsmöglichkeit beim Gläubigerverzug (Art. 257 [alte Fassung], 279 [alte Fassung])...

Während anfängliche Leistungsdisparitäten durch extensive Auslegung des Normenbündels von Art. 19 - 21 OR korrigiert werden können, vermag man nachträgliche Disparitäten nur durch die Ausfüllung der Gesetzeslücke auf dem Wege der Rechtsanalogie zu korrigieren.

In der Schweiz wird auch die Meinung vertreten, daß die Anpassung des Vertrages auf Art.2/I ZGB (Treu und Glauben - Grundsatz bzw. korrigierende Vertragsergänzung) oder Art.2/II ZGB (Rechtmissbrauchsverbot) gestützt werden kann¹³.

Zu der spezifischen Entwicklung in diesem Bereich nun einige Bemerkungen: Als erstes kann man festhalten, daß in diesem Bereich eine unnötige Zurückhaltung (extrême prudence) herrscht¹⁴. Dies fällt, verglichen mit der Immobilienmiete, um so mehr bei der "Geldmiete" (sprich Verbraucherkredit) auf. Es wäre nicht falsch anzunehmen, daß der Einfluss der Banken in dieser Beziehung zu spüren war. Auf jeden Fall ist diese Zurückhaltung Fehl am Platz.

¹² Abas, *Rebus sic stantibus*, 1993, S.309/310; Burkhardt, *Vertragsanpassung bei veränderten Umständen*, Bern 1997, S.345/346; Gauch/Schluep/Schmid, N.1280ff; Kramer, OR 18 N.337ff; Baumann, in: *Zürcher Kommentar zum ZGB*, 1998, Art.2 N.443ff.

¹³ vgl. Schwenger, OR AT N.218ff; Baumann, Art.2 N.443ff; Wiegand, im: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, OR I, 2.Aufl. 1996, OR 18 N.96

¹⁴ Abas, S.173; Kramer, OR 18 N.333. Obwohl der türk. Kassationshof bei der Devisenverschuldung des Mieters ein weitherziges Verhalten an den Tag legt (vgl. die Entscheidungen bei Burcuoğlu, MHAD 1996/20, 73ff), versagt es dem Darlehensnehmer bei Devisenverschuldung den gleichen Schutz (vgl. Sungurbey, *Türkiye de Bankaların İçyüzü*, 1994, S.10ff.)

Zweitens wird auch in diesem Bereich subjektiven Kriterien, insbesondere der Bedingung, daß die ungünstige Entwicklung nicht im Einflussbereich des Betroffenen liegen und nicht voraussehbar gewesen sein darf, eine übermäßige Bedeutung beigemessen. Das allgemeine Bild ist befremdend: wie unerträglich auch die objektiven Umstände inzwischen geworden sein mögen; sollte die Leistungser schwerung aus dem Herrschaftsbereich des Betroffenen herrühren, oder sollte er trotz dieser erheblichen Erschwerung geleistet haben oder diese Erschwerung vorausgesehen haben, so wird ihm nämlich die Möglichkeit der Auflösung des Vertrages oder dessen Anpassung nicht zuerkannt¹⁵.

Dass die Unvoraussehbarkeit, das Fehlen der Selbstverursachung und der vorbehaltlosen Erfüllung als unverzichtbare Voraussetzung einer Vertragsanpassung wegen veränderter Umstände angenommen wird ist allerdings unangebracht. Wie bereits erwähnt, sind im Bereich der ursprünglichen Leistungsdisparität ähnliche subjektive Voraussetzungen längst eliminiert. Das gleiche sollte auch im Bereich der nachträglichen Leistungsdisparität unternommen werden.

Der "chronologische" Unterschied zwischen der anfänglichen Sittenwidrigkeit und dem nachträglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage ist keineswegs ausreichend, um eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Tatbestände "logisch" zu rechtfertigen.

Die Differenz zwischen der anfänglichen, sittenwidrigen Aufzwingung einer übermäßigen Leistung und der nachträglichen rechtsmissbräuchlichen Beanspruchung einer übermäßig gewordenen Leistung ist gar nicht so beträchtlich, wie allgemein angenommen wird. Die Tatbestände unterscheiden sich nicht strukturell, sondern bloss graduell.

Der Graben zwischen beiden Tatbeständen ist gar nicht so breit. Es lassen sich eine Reihe ökonomischer, sozialer, psychologischer und juristischer Brücken über diesen engen Graben schlagen.

Der Mangel an Privatautonomie bedingt durch strukturelle Ungleichheiten ist nicht nur auf die Vertragsabschlußphase

¹⁵ Vgl. die in Fn.12 aufgelisteten Autoren, insbesondere *Kramer*, OR 18 N.337-345, um zu sehen, wie sehr die subjektiven Kriterien, z.B. die Unvorhersehbarkeit und das Fehlen des Selbstverschuldens ins Gewicht fallen.

beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die Erfüllungsphase. Auch in dieser Phase ist ein Subordinationsverhältnis, bedingt durch Wissen einerseits und Unwissen andererseits bzw. Erfahrung einerseits und Unerfahrenheit andererseits zu konstatieren.

In der Regel sind es die wirtschaftlich und kenntnismässig Überlegenen, die sich ausdrücklich Wertsicherungs- oder Leistungsänderungsklauseln einseitig vorbehalten. In solchen Fällen überschneiden sich die Tatbestände der ursprünglichen sittenwidrigen Aufdrängung und des nachträglich Wegfalls der Geschäftsgrundlage ganz eindeutig. Falls nämlich die eine Vertragspartei der Anderen solche Klauseln abzwingt und diese später in rücksichtsloser und die Geschäftsgrundlage zerstörender Weise missbraucht, so werden beliebig austauschbare Rechtsmittel eingesetzt, die alle zum gleichen Ziel führen: entweder wird bei einem solchen aufgedrängten Privileg die Nichtigkeitssanktion wegen ursprünglicher Sittenwidrigkeit angewandt (unter Modifizierung versteht sich) oder es wird der Vertrag im Rahmen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage an die veränderten Umstände angepasst. Anders ausgedrückt: die Tatbestände der ursprünglich faktischen und nachträglich rechtsgeschäftlichen einseitigen Bestimmung der Gegenleistung werden über den gleichen Kamm geschoren und werden auch der gleichen Rechtsfolge unterworfen¹⁶.

Andererseits ist es bemerkenswert, dass selbst dann wenn eine Anpassungsklausel nicht ausdrücklich vorbehalten sein sollte, das Beharren auf einer unverhältnismässigen Leistung gelegentlich als wucherische Ausbeutung bezeichnet wird und zuweilen sogar von einer "nachträglichen Sittenwidrigkeit" (*atteinte postérieure aux bonnes moeurs*) oder mit einem noch interessanteren Vergleich, von

¹⁶ *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1994, § 315 N.35.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass § 315 BGB, der den Missbrauch des nachträglichen Leistungsbestimmungsrechts ahndet, in letzter Instanz ein Paradigma für den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Verträgen mit Erfüllungsbefristung darstellt.

Es sei hinzugefügt, dass auch die Tagespreisklausel, d.h. die Bestimmung des Preises nach dem Leistungstag in diesem Zusammenhang behandelt wird.

Auch der türk. Kassationshof pendelt bei Zinserhöhungsklauseln der Banken, zwischen der Anwendung von Art.2 ZGB (d.h. Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben) was eigentlich auf den nachträglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage hinausläuft und Art.20 OR (d.h. anfängliche Sittenwidrigkeit) hin und her. Vgl. YKD 1998, 1513; 1997, 963; 1996, 1113; 1995, 88; İBD 1997/2, 439.

einem "nachträglichen Wucher" (lésion postérieure ‡ la conclusion du contrat) gesprochen wird¹⁷.

Auffallend ist es auch, dass in Fällen, in denen keine ausdrückliche Anpassungsklausel vorgesehen ist, zugunsten der unterlegenen übervorteilten Partei eine ursprünglich vereinbarte Anpassungsklausel im Rahmen korrigierender Vertragsergänzung bzw. -Auslegung fingiert bzw. in den Vertrag hineininterpretiert wird, um die unverhältnismässige Leistung nötigenfalls später doch noch zu berichtigen. Es soll das gelten was redlich denkende Parteien ursprünglich vereinbart hätten. Auch durch diese Zurückführung des nachträglichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf den ursprünglichen Vertragsschluss mittels Vertragsauslegung ist die Überschneidung zwischen ursprünglichem Vertragsschluss und nachträglicher Vertragsanpassung vorgezeichnet.

Das Wechselspiel zwischen Vertragsabschluss und Vertragserfüllung ist sowohl im Rahmen ex ante ausdrücklich vorbehaltenen Anpassungsklauseln, als auch im Rahmen ex post in den Vertrag hineingelegten Anpassungsklauseln auffällig. Die Beurteilung rücksichtsloser Beharrung auf der unverhältnismässigen Leistung als nachträgliche Sittenwidrigkeit bzw. Übervorteilung fördert zudem dieses Wechselspiel. Somit ist auch die Notwendigkeit der Zusammenführung anfaenglicher und nachträglicher Äquivalenzstörung indiziert.

Man darf nicht vergessen, daß auch der Grundlagenirrtum beim Vertragsschluß und der nachträgliche Wegfall der Geschäftsgrundlage während der Erfüllungsphase sich überschneiden. Man denke dabei nur an den Irrtum bezüglich Entwicklungsprognosen für die Zukunft¹⁸. Während ein solcher Irrtum über Zukünftiges für die Einen das Fehlen der Geschäftsgrundlage bedeutet, wird es von Anderen als späterer Wegfall der Geschäftsgrundlage gedeutet. Es sei hinzugefügt, dass auch in Deutschland, wo eine parallele Bestimmung zu Art.24/lit.4 OR fehlt, zwischen dem anfänglichen Fehlen der Geschäftsgrundlage und dem späteren Wegfall dieser nicht unterschieden wird¹⁹. Man sollte nicht vergessen, dass das Institut der Geschäftsgrundlage eigentlich das Produkt der Weiterentwicklung des Irrtumsrechts ist.

¹⁷ Kramer, OR 18 N.300; BGE 100 II 348, 101 II 21

¹⁸ Vgl. Kaplan, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, 1987, S.140ff; Serozan, İfa, İfa Engelleri, § 20 N.1; Schwenger, OR AT N.218; Kramer, OR 18, N.304-310.

¹⁹ Vgl. zB. Roth, MünchKomm § 242 N.496ff, 516, 533.

Das gleiche gilt für die Blickweise, die die anfängliche Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Irrtum) und nachträgliche Zahlungsunfähigkeit desselben (Wegfall der Geschäftsgrundlage) als gleichwertig betrachtet; m.a.W. Art.83 OR genauso wie Art.316 OR bewertet.

Im Bereich der Leistungsstörungen kann man auch eine parallele Entwicklung feststellen: Die anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit, die Rechtsmängelhaftung und die nachträgliche Unmöglichkeit werden gleichgesetzt, bei der Forderungsabtretung werden im Rahmen der Garantiehaftung des Forderungsverkäufers gemäss OR 171 die gesamten chronologischen Differenzierungen überwunden, überdies werden culpa in contrahendo und positive Vertragsverletzungen trotz chronologischer Unterschiede unter dem selben Dachbegriff des "Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflichten" untergebracht.

Es ist auch erwähnenswert, daß bei juristischen Personen nicht zwischen ihren schon anfänglich vorhandenen und erst nachträglich auftretenden rechts- und sittenwidrigen Absichten unterschieden wird. Die Sanktion der Konfiskation wird obwohl im Gesetz nur für die zweite Alternative erwähnt, auch auf die erste Alternative angewandt²⁰.

Summarisch kann man vorschlagen, die unlogische chronologische Unterscheidung zwischen der anfänglichen und nachträglichen Leistungsdisparität aufzugeben. Auf diese Weise könnten die gewohnten Kriterien zur Fixierung des anfänglichen Leistungsungleichgewichts, die Umgangsweise mit den subjektiven Komponenten, insbesondere das Zusammenspiel beweglicher Elemente, das Sandhaufentheorem, nicht zuletzt das soziale und flexible Sanktionensystem von der Vertragsabschlußphase losgelöst und auch in die Vertragserfüllungsphase projiziert werden.

Genauso wie in der Vertragsabschlußphase, sollte auch in der Vertragserfüllungsphase das Gewicht dabei mehr auf die objektive Unangemessenheit, das auffalende Missverhältnis, das ins Auge stechende, gravierende (criant) Ungleichgewicht und auf die Überschreitung der Zumutbarkeitsschwelle verlagert und die finale Bewertung im Lichte des sozialen Schutzbedürfnisses unternommen werden. Subjektive Gesichtspunkte und Umstände (zB. die persönliche Vorwerfbarkeit) sollten bei dieser Bewertung in den Hintergrund zurückgedraengt werden.

²⁰ BGE 112 II 1

Dabei sollte man berücksichtigen, dass neue Vermarktungstechniken das Bewußtsein so stark benebeln, daß man sich nicht mehr wie früher damit begnügen kann, die durch die Umwälzung benachteiligte Vertragspartei darauf hinzuweisen, "sie hätte doch bitte etwas besser aufpassen und die ungünstige Entwicklung voraussehen sollen". Die brutale Maxime: "contracter c'est prévoir; le contrat est une emprise sur l'avenir" passt einfach nicht in unser Zeitalter.

In die gleiche Richtung steuert auch die soziale Sichtweise, die bei Rentenverträgen mit sozialem Unterstützungs- und Versorgungszweck, ohne Beachtung subjektiver Momente, weitherzig einen Wegfall der Geschäftsgrundlage annimmt, falls die Leistung das zum Unterhalt erforderliche Mass unterschreitet²¹

Im Endergebnis würde dies bedeuten, dass genauso wie bei der ursprünglich aufoktroierten Äquivalenzstörung, auch bei der nachträglich eingetretenen Äquivalenzstörung dem "Sozialschutz" ein besonderes Gewicht beigemessen wird.

Langer Rede kurzer Sinn: die Lehre vom nachträglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage mit ihrer der Sozialgerechtigkeit zugutekomenden Konstellation soll nicht nur im Recht der Immobilienmiete und des Werkvertrags, worauf sie im Gesetz beschränkt zu sein scheint, sondern überall für den Sozialschutz sorgen.

Dementsprechend müsste auch die Wahl zwischen der Vertragsanpassung und der Vertragsauflösung, genauso wie bei der Nichtigkeit gemäß Art.19-20 OR, von dem aus sozialer Schutzberechtigten Vertragspartner getroffen werden; selbstverständlich im Rahmen des Grundsatzes von Treu und Glauben.

In technisch - juristischer Terminologie ausgedrückt, würde dies die Gewaehrung eines abaendernden oder (alternativ-) aufhebenden bzw. auflösenden Gestaltungsrechts bedeuten. Ob der Gegenpartei analog zu OR 25 II ein Gegenrecht durch Übernahme der Differenz anerkannt werden soll oder nicht sei dahingestellt.

Reduktion vor Kassation lautet allerdings auch hier die Devise. Der Vorrang der richterlichen Moderation sollte nicht in Zweifel gezogen werden.

²¹ Medicus, Bürgerliches Recht, 1998, N.166

Auch in diesem Bereich besteht die Möglichkeit, das grobe und strikte Sanktionssystem mit den beschränkten Alternativen der "Vertragsauflösung oder Leistungsanpassung" zu verfeinern und zu bereichern.

Das heißt, daß ein empfindlicher Kontrollstift, wie man ihn für die Korrektur anfänglicher Leistungsdisparitäten zu Hand hat, auch bei nachträglichen Leistungsdisparitäten zur Verfügung steht. Genau wie dort kann man auch hier neben den Alternativen "Schwarz oder Weiss", in der grauen Zone neue Alternativen entwickeln und die goldene Mitte, die Austauschgerechtigkeit herstellen. (Art. 264/286, 345/347 OR könnten z.B. als Grundlage für eine vertragsgerechte Risikobeteiligung bei Vertragsauflösung dienen.)

Dadurch wird die globale Betrachtungsweise, die bei der Bewertung der objektiven und subjektiven Elemente sowie der Sanktionen verschiedener Bestimmungen hinsichtlich anfänglicher Leistungsdisparität befürwortet wurde, auf einer höheren Abstraktionsebene, auch bei der gemeinsamen Bewertung anfänglich vorhandener und nachträglich entstandener Leistungsmißverhältnisse umfassender zur Geltung gebracht.

Zusammenfassung/Schlussfolgerung

1) Bei der anfänglich aufoktroierten Leistungsinäquivalenz sollte nicht den subjektiven Voraussetzungen, insbesondere der persönlichen Verwerflichkeit Gewicht beigemessen werden. Bedeutung sollte vielmehr dem Ausmass des Ungleichgewichts zwischen den objektiven Interessen beider Parteien zukommen. Das anwendbare Kriterium sollte kurzum die unerträgliche und außerordentliche Benachteiligung sein.

2) Die Beziehung der Sittenwidrigkeit und des Verstosses gegen die öffentliche Ordnung zum Wucher sollte nicht in einer begriffsjuristischen Sichtweise als Spezialnorm-Generalnorm Beziehung gedeutet werden, sondern aus der Warte der Interessen (Wertungs-)jurisprudenz global bewertet werden.

3) Die Sanktionen der Art.20/21 OR sollten zugunsten des Sozialschutzbedürftigen weiter entwickelt und flexibilisiert werden. Insbesondere sollte die Reduktion der Leistung auf das vernünftige und gerechte Mass mit präventivem Ziel gefördert werden.

4) Auch bei der nachträglich entstandenen Leistungsdisproportion sollte die gleiche interessenwertende, globale und soziale Sichtweise bezüglich der Voraussetzungen und der Folgen zu Eigen gemacht werden. Hauptziel soll es sein, die soziale Revisionskonstellation im anfänglichen Stadium der Äquivalenzstörung auch auf die später eintretende Äquivalenzstörung zu übertragen. Das heisst, dass auch hier das gravierende (criant) Ungleichgewicht ausschlaggebend sein soll, ausserdem die subjektiven Momente wie Existenz oder Nichtexistenz der Verwerflichkeit zurückgedrängt und die althergebrachten Hemmungen hinsichtlich Leistungsrevision abgebaut werden müssen. Vorrang der Modifikation gegenüber der Kassation sollte auch hier gross geschrieben werden, wobei die Modifikation mit sämtlichen Variationen bereichert werden soll.

5) Folglich sollten alle "chronologischen" Differenzierungen und Bestimmungen und unnützen Isolierungen zwischen den "chronologisch" unterschiedlichen Tatbeständen aufgegeben werden, die nicht auf einer "logischen" Begründung beruhen.

Im Rahmen einer solchen Anschauung, welche die Wechselwirkung zwischen den Tatbeständen berücksichtigt, werden die Kriterien, die für einen richterlichen Eingriff bei anfänglicher und nachträglicher krasser Unzumutbarkeit vorausgesetzt werden, logischerweise die gleichen sein.

Die anfängliche Leistungsinequivalenz darf nicht "striker" bewertet werden, nur weil man sich hätte widersetzen können, die nachträgliche dagegen nicht "laxer" nur weil sie nicht verhindert werden könnte, und umgekehrt darf die nachträgliche Leistungsinequivalenz nicht "striker" bewertet werden, nur weil sie nicht aufgezwungen und überdies vorhersehbar gewesen war, die anfängliche wiederum jedoch "laxer" weil sie aufgezwungen war. Bei einer globalen Sichtweise haben beide Tatbestände nicht nur ökonomische, soziale und juristische Berührungspunkte, sondern sie überschneiden sich regelrecht.

Man muß hinzufügen, daß diese Auffassung an eine ähnliche Auffassung im Recht der Leistungsstörungen erinnert. Auch in diesem Bereich gewinnen Bestrebungen an Kraft, unlogische chronologische Unterscheidungen aufzugeben und sich bei ähnlichen Tatbeständen an ähnliche Voraussetzungen und Folgen zu halten.

Ich glaube, daß eine solche globale Betrachtung, deren pendant auch im Recht der Leistungsstörungen anzutreffen ist, sei es im Stadium des Vertragsschlusses, oder im Stadium der Vertragsabwicklung, konsequentere, stabilere und aus sozialer Sicht gerechtere Lösungen ermöglichen wird. Insbesondere die Ausschließung der sehr schwer nachweisbaren subjektiven Merkmale wie die "vorhandene Verwerflichkeit" (bei der anfänglichen Sittenwidrigkeit) und umgekehrt die "fehlende Verwerflichkeit" (bei nachträglichem Wegfall der Geschäftsgrundlage) wird dazu beitragen, die vermisste Stetigkeit in den juristischen Entscheidungen herzustellen. Diese Betrachtungsweise wird der Rechtssicherheit zugute kommen, indem sie schwer und meist zufällig nachweisbare Willensmomente, wie echtes (technisches) und unechtes Verschulden, dh. ex ante Tadelbarkeit (*culpa in contrahendo*) bei sittenwidriger Aufoktroyierung und ex post Nichttadelbarkeit bei Berufung auf Wegfall der Geschäftsgrundlage ausscheidet.

Wenn man bedenkt, daß sogar der historische Gesetzgeber in einer Reihe von Bestimmungen dem Richter die Möglichkeit der Revision des Vertrages (der Anpassung der Leistung, insbesondere dessen Reduzierung auf ein angemessenes Mass) bei ursprünglich vorhandener und später eintretender Inäquivalenz weitgehend ohne Vorbehalte gegeben hat (vgl. Art. 163, 205, 255 (alte Fassung), 270, 357 (alte Fassung), 368, 373, 417 OR), so kann in einem Zeitalter, wo soziale Schutzbedürfnisse immer mehr zunehmen, die uneingeschränkte Befugnis zur Korrektur des Vertrages dem Richter nicht vorenthalten werden.

Es ist nicht einzusehen, weshalb wir in der Schweiz und in der Türkei im Bereich der Leistungsdisparitäten mit den selben unnötigen Problemen kämpfen sollen, die Deutschland im Bereich des Schadensersatzrechts mit seinem unglücklichen "Alles oder Nichts" Prinzip bewältigen muß. Um es mit den Worten des schweizerischen Bundesgerichts auszudrücken: Das Schwarz - Weiss Schema von Vollgültigkeit oder Vollnichtigkeit ist passé; Vorrang gebührt der richterlichen Reduktion bzw. Moderation in der Grauzone; wohlge-merkt, ohne Suche nach subjektiven Momenten.

Zu guter Letzt sollte noch hinzugefügt werden: Der Rechtsauffassung des 21. Jahrhunderts, in welchem das Pendel der Wirtschaft wieder von der freien Marktwirtschaft (vom *laissez-faire* Liberalismus) zum interventionistischen Sozialstaat umgeschwun-

gen ist, paßt eine soziale Auffassung, die dem richterlichen Eingriff gegen "soziale Ungerechtigkeiten" Tür und Tor öffnet, weitaus besser.

Diese Ansicht sollte keinesfalls als befürchteter "Abschied von der Privatautonomie", sondern umgekehrt als ihr notwendiger und willkommener Schutz bewertet werden.

Die Inhaltskontrolle beschränkt nicht die Vertragsfreiheit, sie gewährt sie vielmehr.

RESÜMEE

In der aktuellen Lebenswirklichkeit besteht keine Gewähr für Vertragsfreiheit und -gleichheit. Damit entfällt auch die Gewähr für inhaltliche Ausgewogenheit der gegenseitigen Leistungen. Das gesetzliche Instrumentarium zur Überwindung dieser Misere ist unzulänglich. Allerdings haben Literatur und Judikatur sowohl zur Korrektur der abhängigkeitsbedingt ursprünglich aufgezwungenen als auch krisenbedingt nachträglich entstandenen Leistungsdisparitäten die diesbezüglichen engen gesetzlichen Rahmen gesprengt.

Im Rahmen der Revision ursprünglich aufoktroierter Wertdisparität lässt sich folgende Entwicklung feststellen: a. Konstitutionalisierung und Sozialisierung des Normenbündels 19-21 OR,

- b. Komplementierung dieses Normenbündels durch die soziale Schutznorm des ZGB 27,*
- c. Zurückdrängung der Auffassung, die Wucherbestimmung des OR 21 mit ihren anachronistischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen sei eine derogierende Sondernorm gegenüber OR 19/20,*
- d. Annahme einer Indizierung von Sittenwidrigkeit bei stark ausgeprägtem Missverhältnis der gegenseitigen Leistungen durch das sog. Sandhaufentheorem. (Objektivierung der Sittenwidrigkeit)*

Aber nicht nur die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Normenbündels, sondern gleichzeitig dessen Sanktionen werden relativiert und flexibilisiert. Ein Sanktionensystem mit präventiven, pönalen und sozialen Dimensionen hat sich durchgesetzt. a. Relativierung der Nichtigkeit im materiellen Sinn durch Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm und im persönlichen Sinn durch Ausschliessung der Berufung auf die Nichtigkeit seitens des Schutzunwürdigen, b. Objektivierung der Teilnichtigkeitsvermutung des OR 20 II, c. Gutheissung quantitativer Nichtigkeit bzw. geltungserhaltender Reduktion, d. Modifizierung der Teilnichtigkeit mit Hilfe des

Einsatzes richterlicher Ersatzregelung in allen Variationen, e. Mobilisierung der culpa in contrahendo Entschädigung als "punitive damage" und f. Instrumentalisierung des OR 66 (turpitude dantis Grundsatzes) zur Reduzierung der überhöhten Leistung bis zum Nullpunkt stellen prägnante Paradigma dieser Entwicklung dar.

Nun gilt es bei nachträglich eintretenden Äquivalenzstörungen (sprich, nachträglichem Wegfall der Geschäftsgrundlage) inbezug auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen zugunsten sozial Schutzwürdiger ähnlich ungehemmt zu handeln. Die Einführung der Begriffe von wirtschaftlicher Unmöglichkeit, überobligationsmässige Erschwerung, Unzumutbarkeit und das Hineininterpretieren von Anpassungsklauseln in Verträge haben den Weg bereits angebahnt.

Die Differenz zwischen anfänglichem und nachträglichem Missverhältnis der gegenseitigen Leistungen ist gar nicht so gross, wie üblich angenommen wird. Die Tatbestände überschneiden sich.

In der Regel werden nämlich entweder Anpassungsklausel von Überlegenen ausdrücklich im Vertrag ex ante vorbehalten oder sie werden für Unterlegene in den Vertrag ex post hineininterpretiert.

Es ist höchste Zeit, das "chronologische", aber keineswegs "logische" Zufallskriterium: Pathologie "vor" oder "nach" Vertragsschluss, genauso wie im Bereich der Grundlagen-Irrtümer und Leistungsstörungen, wo man in dieser Richtung schon weite Schritte unternommen hat, auch im Bereich der Paritätsstörungen aufzugeben. Aehnlich wie das Bündel der OR 19-21 soll es auch vordergründiges Anliegen der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sein, die Grundwerte der Verfassung, besonders den Sozialschutz zu fördern. Die Scheu vor richterlicher Vertragsintervention bzw. -revision sollte dabei unbedingt abgebaut werden. Das Schutzbedürfnis der Privatautonomie des Schwachen erheischt geradezu diese.