

Samstag, 25. Juni 2005

**Etienne Deshoulières
Warschauerstr. 64 10243 Berlin
edeshoulieres@hotmail.com
8. Semester, LLM Student
Mat.: 404116**

Wucher i. S. § 138 II

**Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr
Sommer Semester 2005**

Seminararbeit verfügbar unter <http://e.deshoulieres.free.fr/wucher.pdf>

Literaturverzeichnis

Kommentar

- Heidel, Thomas
Allgemeiner Teil des BGB
Anwaltkommentar
Band I, 1. Auflage
Bonn, 2005
(zitiert als: Heidel)
- Westermann, Peter
Erman Bürgerliches Gesetzbuch
Handkommentar
Band I, 11 Auflage
Münster, 2004
(zitiert als: Erman)
- Soergel, Th.
Bürgerliches Gesetzbuch
Kommentar
Band I, 13. Auflage
Stuttgart, 1999
(zitiert als: Kohlhammer)

Lehrbücher

- Köhler, Helmut
BGB, Allgemeiner Teil
23. Auflage, München, 2004
(zitiert als: Köhler)
- Hirsch, Christoph
Der allgemeine Teil des BGB
5. Auflage, München, 2004
(zitiert als: Hirsch)
- Medicus, Dieter
Allgemeiner Teil des BGB
8. Auflage, Heidelberg, 2002
(zitiert als: Medicus)

Monographien

- Jung, Steffen
Das wucherähnliche Rechtsgeschäft: eine
rechtsprechungsorientierte Erörterung unter besonderer
Berücksichtigung gastgewerblicher Pachtverträge
Köln, 2001
(zitiert als: Jung)

Inhaltverzeichnis

Einleitung	1
I. Entstehung des Wuchers als Instrument vertraglicher Gleichheit	
a. Ursprüngliche Verurteilung des Wuchers.....	2
i. Vertragsgleichgewicht in der Antike	
1. Aristoteles	
2. Römisches Recht	
ii. Scholastische Begründung	
b. Wucher im positiven Recht.....	5
i. Strafbarkeit des Wuchers	
ii. Einführung des Wuchertatbestandes im BGB	
II. Unerhebliche Schranke der Vertragsfreiheit (<i>Laesio enormis</i>)	
a. Erhebliche Gründe der Bedeutungslosigkeit des Wuchers.....	8
i. Vorrang der Vertragsfreiheit und Rechtssicherheit	
ii. Anzeigebereitschaft und Beweislast	
iii. Geringe Anwendungsbereiche	
b. Schwierige Erfüllung den Kriterien.....	10
i. Objektive Voraussetzung: Auffälliges Missverhältnis	
ii. Subjektive Voraussetzungen	
1. Schwächezustand	
2. Ausbeutung	
c. Strenge Rechtsnachfolge.....	15
i. Verpflichtungsgeschäft	
ii. Verfügungsgeschäft	
iii. Rückabwicklung	
iv. Schadensersatz	
III. Geringe Würdigungsmacht der Richter (<i>Iustum pretium</i>)	
a. Würdigung der Kriterien von § 138 II BGB.....	17
i. Objektive Voraussetzung	
ii. Subjektive Voraussetzungen	
b. Würdigung außerhalb der Kriterien von § 138 II BGB.....	19
i. Abgelehnte Kriterien des OLG Stuttgart	
ii. Wucherähnliche Rechtsgeschäfte	
Schlusswort	22

Einleitung

Seit der Antike haben Juristen gegenseitige schuldrechtliche Verträge, bei denen die Werte von Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis zueinander stehen, beschäftigt. Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung eine Ausgewogenheit der gegenseitigen vertraglichen Leistungen gewährleisten soll¹, war schon von Aristoteles gestellt, und beantwortet worden.

Die die Privatautonomie verwirklichende Rechtsordnung setzt heute voraus, dass der Handlungsfähige grundlegend in der Lage sei, in rechtsgeschäftlichen Beziehungen seine Interessen selbst zu wahren². Eine Verletzung der «Vertragsgerechtigkeit» soll daher in qualifizierten Fällen zur Vertragsnichtigkeit führen. Der § 138 II BGB verwirklicht dieses Ausgewogenheits-Prinzip: "Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen".

Nach einem Rückblick auf die historischen Wurzeln des Wuchers (I) wird es sich darum handeln zu zeigen, dass § 138 II nur eine unerheblich Schranke der Vertragsfreiheit zugunsten der schwachen Vertragspartei bildet (II), während die Richter über eine schmale Würdigungsmacht verfügen (III).

¹ Jung, S. 1.

² P. Gauch, die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR. In der Schweiz regelt Art. 21 Abs. 1 OR die sehr wucherähnliche "Übervorteilung": "*Wird ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen*".

I. Entstehung des Wuchers als Instrument vertraglicher Gleichheit

a. Ursprüngliche Verurteilung des Wuchers

i. Vertragsgleichgewicht in der Antike

1. Aristoteles

Die Gerechtigkeit, wie Aristoteles sie uns im 5. Buch der Nicomachischen Ethik vorstellt, kann nur zwischen natürlichen geselligen Wesen bestehen, die mit Vernunft und Willen ausgestattet sind, das heißt zwischen menschlichen Wesen. Die Gerechtigkeit gehört zu den moralischen Tugenden. Diese sind keine "reinen Ideen" des menschlichen Verhaltens. Vielmehr sind sie Gegenstand der Handlungen des praktischen Lebens³.

Aristoteles beleuchtet das Gerechtigkeitskonzept durch eine Gegenüberstellung freiwilliger Beziehungen und nicht freiwilliger Beziehungen. Nicht freiwilligen, das heißt nicht von mindestens einem der Teile zugestimmten, Transaktionen sind charakteristisch für Ungerechtigkeit. Die Schwere der Schuld des Angeklagten wird dementsprechend unterschiedlich bewertet, ob es sich um eine heimliche oder gewalttätige Verhaltensweise handelt.

Der typische Fall der freiwilligen Beziehung, die sich aus der wechselseitigen Gerechtigkeit ergibt, ist der Handelsaustausch. In diesem Fall wird die Ungerechtigkeit nur charakterisiert, wenn sich der Bruch des Vertrags durch Betrug manifestiert. Für Aristoteles kann es keine Ungerechtigkeit geben, wenn Handlungen auf zwei übereinstimmenden Willenserklärungen beruhen, weil "keiner freiwillig gegenüber sich selbst ungerecht ist" und weil "es offensichtlich ist, dass man die Ungerechtigkeit nur unfreiwillig

³ Trifilio

erfahren kann"⁴. Es kann trotzdem von Natur aus betrügerische Transaktionen geben, wie das Gelddarlehen, das zu Wucher führt. Es handelt sich niemals, nach Aristoteles' Theorie der Gerechtigkeit, um einen "gerechten Preis". Es sind die Scholastiker, die das Konzept vom "gerechten Preis" einführen werden.

2. Römisches Recht

Der derzeitige Schutz des Verbrauchers durch das Verbraucherrecht ist vom Willen des Gesetzgebers gekennzeichnet, den Käufer angesichts des professionellen Verkäufers zu schützen. Im Gegensatz dazu befürchteten die römischen Juristen hier eine Übervorteilung des aus Not oder Unkenntnis unter dem wirklichen Preis veräußernden Verkäufers. Im römischen Recht ist die Idee, dass der Vertrag für Wucher angegriffen werden kann, im Jahre 285 unter der Herrschaft von Diokletian erschienen⁵. Diese Idee fand ihre Anwendung im Kaufrecht, wo im Falle eines Verkaufs zu weniger als der Hälfte des «tatsächlichen» Wertes der Sache der Verkäufer das Geschäft rückgängig machen konnte, welche Rechtsfolge allenfalls der Käufer durch Nachleistung der Preisdifferenz abwenden mochte (sog. *laesio enormis* des Gemeinen Rechts)⁶.

Obwohl das *pretium iustum* dem römischen Rechtssystem nicht fremd war, besteht in Rom keine Generalklausel, die zur Nichtigkeit eines wucherischen Geschäfts führen könnte⁷. Später wird Justinian die Nichtigkeit wegen *laesio enormis* zugunsten des

⁴ Trifilio.

⁵ Y. Lassard, Bildung der allgemeinen Theorie der Verpflichtungen.

⁶ 4.44.2 Corpus Iuris Civilis, II: "Imperatores Diocletianus, Maximianus . Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit".

⁷ P. Gauch, Die Übervorteilung, Bemerkungen zu Art. 21 OR, in Recht (Schweiz) 1989, 91 ff.

Gebäudeverkäufers begrenzen⁸. Zwecks öffentlicher Ordnung wandten jedoch die römischen Juristen Anwendung der Wucherschutz an, um die Schädigung Jugendlicher unter 25 Jahren zu verhindern⁹.

ii. Scholastische Begründung

Vom 4. Jahrhundert an haben sich die Kircheväter sehr für das Rechtsproblem der Schädigung interessiert. Ambrosius und Augustinus befürworteten die Gleichwertigkeit der Leistungen, um den Schutz der schwachen (*humiliores*) gegen die mächtigen (*honestiores*) zu gewährleisten. Aber ungeachtet dieser Tendenzen, werden, um die Handelsaktivität zu bewahren, die Schädigung von den Kompilatoren von Justinian auf die häufigsten Fälle beschränkt: der Verkauf und die Teilung¹⁰.

Die moralische Verurteilung des Wuchers und der Zinsen wird später durch die mittelalterliche Doktrin des Handels¹¹ neu entwickelt werden. Der Wucher wurde in diesem Zeitalter weitgehend angewandt¹². Im 12. Jahrhundert zeigt sich die Kirche misstrauisch hinsichtlich der Händler: ihre Doktrinen unterstützten, dass der Vertrag der Gerechtigkeit (*aequitas*) und der Gleichheit (*aequalitas*) unterliegt. Es musste eine gerechte Gegenleistung geben. Die Theologen zielten jedoch nicht auf den Handel als solches, sondern auf den unerlaubten Gewinn, auf die Ausnutzung ab¹³.

⁸ Y. Lassard, *Bildung der allgemeinen Theorie der Verpflichtungen*. In Frankreich ist der Grundstückvertragswucher eine der sehr seltenen Fälle des Wuchers.

⁹ 4, 4, 13, 1 *Corpus Iuris Civilis*, I.

¹⁰ Jean Carbonnier, *Droit civil*, coll. *Thémis*, P.U.F., t. 2, n° 86, zitiert von Y. Lassard, *Bildung der allgemeinen Theorie der Verpflichtungen*.

¹¹ Diese Doktrin hat ihre Wurzeln im kanonischen Dogma der Sterilität des Geldes.

¹² Endemann, *Studien in der romanisch-kantonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts*, Berlin, 1874-83, t. I, p. 2, zitiert von von Mises.

¹³ Thomas von Aquin, *theologische Summe*, II-II, Q 61, zitiert von Y. Lassard, *Bildung der allgemeinen Theorie der Verpflichtungen*.

Die Verurteilung hatte am Anfang kaum einen Bezug auf das Christentum. Sie stammte von antiken Autoren und ihrer Gesetzgebung und wurde säkular ausgelegt¹⁴. Als die Verurteilung des Wuchers und der Zinsen in der mittelalterlichen Gesellschaft als notwendig wahrgenommen wurde, wurde eine Begründung in der Heiligen Schrift gesucht. Zunächst wurden Stellen im alten Testament gefunden. Danach diente dank dem Erfindungsgeist der scholastischen Interpretation ein Auszug aus dem Lukas-Evangelium zur Rechtfertigung¹⁵. Diese Passage wird offiziell als Rechtfertigung des Zinsverbotes seit dem Dekret *consuluit* von Urban III anerkannt¹⁶. Es mussten allerdings Ausnahmen gemacht werden, um den Geschäftsverkehr nicht gänzlich zum Erliegen zu bringen. So wurden Wechsel, Kreditgewährung in Form der Sozietät oder der Rentenkauf, sowie mit Arbeit verbundene Darlehen erlaubt. Juden und Lombarden waren jedenfalls nicht von diesem Verbot betroffen¹⁷.

b. Wucher im positiven Recht

i. Strafbarkeit des Wuchers

Als das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 in Kraft trat, enthielt es keine Wuchertatbestände¹⁸. Heute beinhaltet § 291 StGB¹⁹ ein

¹⁴ Von Mises

¹⁵ Luc, VI, 35.

¹⁶ C. 10. x. *De usuris* (III.19). Heute toleriert das neue kanonische Recht den Zins unter strikten Bedingungen (Art. 1543 kanonischen Justizbuch)

¹⁷ Heinsius, S. 4-5.

¹⁸ Heinsius, S. 9.

¹⁹ StGB § 291 Wucher: (1) Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen, für die Gewährung eines Kredits, für eine sonstige Leistung oder für die Vermittlung einer der vorbezeichneten Leistungen Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft [...]. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt, die Tat

generelles Wucherstrafverbot. § 5 WiStG²⁰ über die Mietpreisüberhöhung ist Teil des Wucherstrafschutzes. Die generellen Vorschriften der §§ 138 II BGB und 291 StGB müssen im Anwendungsbereich der Sondernorm ausscheiden. Die Bestrafung des Wuchers ist von ihrer Verankerung in der Geschichte und von ihrer sozialen Verurteilung gekennzeichnet. Sie zeigt, dass der Schutz des schwachen Vertragspartners nicht nur dazu dient, ein persönliches Interesse zu schützen, sondern auch das allgemeine Interesse. Durch die Strafbarkeit des Wuchers soll allerdings der Schutz gegen Wucher verstärkt, nicht aber der zivilrechtliche Grundtatbestand beseitigt werden²¹.

ii. Einführung des Wuchertatbestandes im BGB

Der Tatbestand des Wuchers war im ersten Entwurf zum BGB nicht vorgesehen. § 138 II ist erst im Rahmen der Beratung der parlamentarischen Kommission in das BGB eingeführt worden²². Schon damals enthielt er einer Fassung, die sehr ähnlich dem aktuellen Text war: "Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Notlagen, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder

gewerbsmäßig begehrt, sich durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen läßt.

²⁰ § 5 WiStG Mietpreisüberhöhung: (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. (2) Unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte um mehr als 20 vom Hundert übersteigen, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind. Nicht unangemessen hoch sind Entgelte, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, sofern sie unter Zugrundelegung der nach Satz 1 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen. (3) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

²¹ Kohlhammer, § 138 Rn 70.

²² P. Gauch, die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR.

einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen".

Das Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.07.1976 hat den Anwendungsbereich des § 138 II BGB erweitert²³. Während es früher auf die Ausbeutung der "Notlage", des "Leichtsinn" oder der "Unerfahrenheit" ankam, wird jetzt auf die Ausbeutung der "Zwangslage", der "Unerfahrenheit", des "Mangels an Urteilsvermögen" oder der "erheblichen Willenschwäche" eines anderen eingegangen²⁴.

²³ Heinsius, S. 1.

²⁴ Kohlhammer, § 138 Rn 70.

II. Unerhebliche Schranke der Vertragsfreiheit *(Laesio enormis)*

a. Erhebliche Gründe der Bedeutungslosigkeit des Wuchers

i. Vorrang der Vertragsfreiheit und Rechtssicherheit

Nachdem die Wuchergesetze am Ende des 18. Jahrhunderts in Frankreich²⁵ beseitigt wurden, setzte sich Mitte des 19. Jahrhunderts der wirtschaftliche Liberalismus gegen die Wuchergesetzgebung durch, so dass in fast allen europäischen Ländern die Wucherfreiheit eingeführt wurde²⁶. Staatszweck war die Realisierung der individuellen Freiheit. Die Privatautonomie galt als Recht auf freie eigenverantwortliche Betätigung im wirtschaftlichen Bereich. Die Vertragsfreiheit sollte erlauben, dass die Parteien die Wertrelation von Leistung und Gegenleistung frei bestimmen können. Das aus der Freiheit resultierende unterschiedliche egoistische Verhalten einzelner sollte in seine Gesamtheit ein soziales Optimum herstellen²⁷.

Diese liberale Konzeption der Vertragsbeziehungen prägt das heutige deutsche Zivilrecht. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist noch ein fundamentales Prinzip des Privatrechts. Er ist sowohl verfassungsrechtlich (Art. 2 Abs. 1 GG) als auch einfach-rechtlich (§§ 241, 305 BGB) normiert. Der Gesetzgeber hat die Vertragsfreiheit durch das Wucherverbot, das den Abschluss eines Rechtsgeschäftes verbietet, nur geringfügig beschränken wollen.

²⁵ Die französischen Revolutionäre waren besonders jeder Wucheridee feindselig: sie schafften die alten Regeln über die Begrenzung des Zinssatz ab (Dekret vom 3-12. Oktober 1789) als auch Wucher im Verkauf von Gebäude ab (Dekret der 14. Fructidor Jahr III / 31. August 1795).

²⁶ Heinsius, S. 9.

²⁷ In seinem berühmten Buch "Forschung zur Natur und Ursachen des Reichtums der Nationen" (1776), betrachtet Adam Smith den persönlichen Profit als Motor der Reichtumsschaffung.

ii. Anzeigebereitschaft und Beweislast

Ein Grund für die praktische Bedeutungslosigkeit des Wuchertatbestandes ist darin zu vermuten, dass der Wucher auf Grund fehlender Anzeigebereitschaft des Opfers eine erhebliche Dunkelziffer aufweist. Entweder bemerkt der Bewucherte nicht, dass er ausgenutzt worden ist, oder die Schwächelage erschwert zumindest dadurch die Anzeige, dass das Opfer sich im Falle einer Anzeige überwinden muss, seine eigene Schwäche zu offenbaren²⁸.

Wenn der Bewucherte sich trotz dieses Hindernisses zu klagen entscheidet, muss er die Tatbestände nachweisen. Diese sind aber oft schwer nachweisbar, insbesondere die Ausbeutung der Situation²⁹.

iii. Geringe Anwendungsbereiche

Die Einscheidungen des BGH, in denen sich das Gericht mit einem auffälligen Missverhältnis zu beschäftigen hat, sind fast ausnahmslos auf § 138 I begründet³⁰. Deswegen wurde § 138 II von einigen als bedeutungslos erachtet³¹. Die Umstände, in denen die Wuchertatbestände erfüllt sind, umschreiben lediglich einen kleinen Teil der Lebenssituationen³². Außerdem wird die Nichtigkeit des Mietwuchers von der Rechtsprechung aus § 134 i.V.m. § 5 WiStG (Sozialwucher) und § 291 StGB (Individualwucher) hergeleitet³³. Ferner setzt die Anwendung des § 138 II BGB ein entgeltliches Austauschverhältnis voraus. Die

²⁸ Heinsius, S. 1.

²⁹ Hirsch, S. 284.

³⁰ V. Olshausen, ZHR 146 (1982), 259 (287), zitiert von Jung, S. 1. So auch Hirsch, S. 284. Siehe unten III.b.ii.1 über "wucherähnliche Rechtsgeschäfte".

³¹ Rühle, Wucherverbot, S. 19 und 29-34, zitiert von Jung, S. 2.

³² Jung, S. 1.

³³ BGH 89, 316, 319, zitiert von Kohlhammer, § 138 Rn 71.

Bürgschaften³⁴, Erlassverträge³⁵ und familienrechtliche Verträge³⁶ sind daher nicht gedeckt.

Es bleiben jedoch Bereiche, in welchen die Rechtsprechung § 138 II BGB anwendet, um Verträge als nichtig zu erachten. Der von der Geschichte geprägte Hauptanwendungsfall des Wuchers ist der Kreditwucher.

b. Schwierige Erfüllung der Kriterien

Der Wucher ist ein Sonderfall³⁷ eines gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts³⁸, der ein entgeltliches Austauschverhältnis voraussetzt. Liegt Wucher vor, so ist die Prüfung, ob das Rechtsgeschäft gemäss § 138 I nichtig ist, unnötig³⁹. Sind aber die Voraussetzungen des Wuchers nicht erfüllt, so schließt § 138 II BGB nicht die Prüfung aus, ob die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht aus der Generalklausel der § 138 I folgt⁴⁰.

i. Objektive Voraussetzung: auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Ob ein auffälliges Missverhältnis vorliegt, ist durch einen Vergleich zwischen dem Marktwert der Leistung und der Gegenleistung zum Zeitpunkt des Vertragsschluss festzustellen. Die Beobachtung der Richterpraxis zeigt, dass ein auffälliges

³⁴ BGHZ 106, 269, 271 f. = NJW 1989, 830, zitiert von Heidel, § 138 Rn 359..

³⁵ BGH NJW-RR 1998, 590, 591 = WM 1998, 573, zitiert von Heidel, § 138 Rn 359.

³⁶ BGH NJW 1985, 1833; 1992, 3164, 3165, zitiert von Heidel, § 138 Rn 359.

³⁷ Diese Auslegung ergibt sich aus dem Wort "insbesondere" das § 138 II BGB.

³⁸ Die guten Sitten sind als "Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" beschrieben (BHG 69, 297; NJW 1994, 187f).

³⁹ RGZ 72,61,69.

⁴⁰ Kohlhammer, § 138 Rn 73.

Missverhältnis erst dann anzunehmen ist, wenn die Gegenleistung den Wert der Leistung um 100 % über- oder unterschreitet⁴¹.

Dieses Kriterium ist eine aktuelle Verwirklichung der Grundsätze, die durch die Scholastiker anhand der Interpretation der antiken Texte freigesetzt wurden. Das Gleichgewicht der vertraglichen Leistungen gilt als die Umsetzung des Gerechtigkeitsgrundsatzes im Bereich des Schuldrechts. Wenn die Vorliegen des auffälligen Missverhältnisses allein zur Nichtigkeit des Vertrags führen würde, würde es fast zu einem objektiven Äquivalenzprinzip führen, die der Rechtssicherheit sehr schädigend sein könnte. Um das Rechtsgeschäft als nichtig zu achten, müssen daher noch ein Schwächezustand sowie ein Ausbeutung vorliegen⁴².

ii. Subjektive Voraussetzungen

Die Berücksichtigung der Lage des Bewucherten sowie des Vorsatzes des Wucherers erschwert die Annullierungsmöglichkeit des Vertrags. Während die objektive Voraussetzung ziemlich leicht erfüllt sein kann, liegen die subjektiven Tatbestände viel seltener vor. Der Wucherschutzes wird zunächst mehr in Richtung der Ausbeutung der Zwangslage als in Richtung des Gleichgewichtes der vertraglichen Leistungen achten. Der Schutz gegen den Missbrauch einer vertraglichen Kraftlage leiht dem Wucherverstoß seine Strafnatur.

1. Schwächezustand

Um den Schutz der § 138 II zu genießen, muss sich der Bewucherte bei Vertragsschluss in einem Schwächezustand befinden. Diese Unterlegenheit wird durch Zwangslage,

⁴¹ Heidel, § 138 Rn 361. Eine festgesetzte "doppelt so hoch" Grenze ist jedoch schon vom BGH (BGH 80, 153, 159 f.) verweigert worden.

⁴² Über die Vermutung der subjektiven Voraussetzungen, siehe III.b.ii..

Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder erheblicher Willensschwäche konkretisiert, in denen die tatsächliche Entscheidungsfreiheit typischerweise beeinträchtigt ist. Eine genaue Abgrenzung zwischen Unerfahrenheit, Mangel am Urteilsvermögen und erheblichen Willensschwäche ist weder möglich noch notwendig⁴³. Wenn eine andere Schwächesituation vorliegt, kann § 138 II nicht angewendet werden. Es soll ein Rückgriff auf § 138 I in Betracht gezogen werden⁴⁴.

- **Zwangslage**

Eine Zwangslage liegt vor, wenn beim Betroffenen ein dringendes Bedürfnis nach einer Geld- oder Sachleistung besteht. Das Scheitern von Zukunftsplänen genügt nicht. Wenn aber die Situation nur vorübergehend ist, ist es als Zwangslage vom BGH angenommen⁴⁵. Auch die Zwangslage eines Dritten, insbesondere eines Angehörigen oder engen Freundes, kann eine Zwangslage begründen⁴⁶. Eine Zwangslage kann auch plötzlich eintreten. Ob es sich um eine juristische Person oder einen vermögenden Bewucherten handelt, steht einer Notlage nicht entgegen⁴⁷. Grundsätzlich ist jede Art Zwangslage ausreichend⁴⁸.

Z.B.: Wasserrohrbruch / Gesundheitliche Beeinträchtigung⁴⁹ / politische Verfolgung⁵⁰

- **Unerfahrenheit**

Unerfahrenheit ist ein Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung⁵¹. Dieser Mangel kann sowohl auf geistiger

⁴³ Erman, § 138 Rn 22.

⁴⁴ Heidel, § 138 Rn 365.

⁴⁵ Heidel, § 138 Rn 366.

⁴⁶ BGH NJW 1980, 1574, 1575, zitiert von Heidel, § 138 Rn 366.

⁴⁷ Erman, § 138 Rn 21.

⁴⁸ Kohlhammer, § 138 Rn 78.

⁴⁹ BGH WM 1981, 1050, 1051, zitiert von Heidel, § 138 Rn 366.

⁵⁰ BGHZ 69, 295, 299 ff. = NJW 1977, 2356, zitiert von Heidel, § 138 Rn 366.

Eingeschränktheit als auch bei Herkunft aus einem anderen Rechts- oder Kulturkreis beruhen. Es handelt sich um eine persönliche Eigenschaft. Der Mangel liegt vor, wenn der Betroffene die Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht abzuwägen vermag. Unklar ist das erforderliche Ausmaß der Unerfahrenheit. Nach h.M ist ein allgemeiner Mangel erforderlich⁵². Nach anderer Ansicht genügt ein Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung, was das konkrete Geschäft betrifft⁵³.

Z.B.: Bürger der ehemaligen DDR kurz nach der Wiedervereinigung⁵⁴ / Ausländer / Jugendliche⁵⁵ / geistig Behinderte / langjährig Kranke

- **Mangel an Urteilsvermögen**

Ein Mangel an Urteilsvermögen besteht, wenn jemand in erheblichem Maße die Fähigkeit fehlt, sich bei rechtsgeschäftlichem Handeln von vernünftigen Beweggründen leiten zu lassen oder das Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Leistungen richtig zu bewerten. Der Mangel ist im Hinblick auf das konkrete Rechtsgeschäft zu bestimmen. Auch Menschen eines höheren Bildungsgrades können Mangel an Urteilsvermögen vorweisen⁵⁶.

Z.B.: durchschnittlich intelligenter Personen bei schwierigen und unklar formulierten Geschäften⁵⁷

⁵¹ BGH DB 1958, 1241, zitiert von Erman, § 138 Rn 22.

⁵² BGH BB 1966, 226, so auch Erman, § 138 Rn 22.

⁵³ Palandt/Heinrichs, § 138 Rn 80, zitiert von Heidel, § 138 Rn 369.

⁵⁴ BGHZ 125, 135, 140 = NJW 1994, 1475, 1476, zitiert von Heidel, § 138 Rn 368.

⁵⁵ BGH NJW 1966, 1451, zitiert von Erman, § 138 Rn 22.

⁵⁶ Heidel, § 138 Rn 370.

⁵⁷ Stuttgart FamRZ 1983, 499, zitiert von Erman, § 138 Rn 23.

- Erhebliche Willensschwäche

Unter erheblicher Willensschwäche versteht man einen Mangel an psychischer Widerstandsfähigkeit das Rechtsgeschäft betreffend, obwohl dessen Vor- und Nachteile richtig bewertet werden können⁵⁸. Hierher gehören insbesondere die infolge dauernder Sucht verursachten Beeinträchtigungen der Entschlusskraft⁵⁹.

Z.B.: Drogenabhängigkeit / Jugendliche / Spielsüchtige / Jemand, der aus Dankbarkeit einem Geschäft nicht widerstehen kann

2. Ausbeutung

Auf Seiten des Wucherers soll, um die letzte Voraussetzung des Wuchers zu erfüllen, eine Ausbeutung des Schwächezustands vorliegen. Es müssen dafür zwei Elemente bestehen. Erstens muss der Wucherer sich den Schwächezustand vorsätzlich zunutze machen⁶⁰. Zweitens muss er sich des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bewusst sein⁶¹. Eine besondere Ausbeutungsabsicht ist aber nicht erforderlich⁶². Fährlässige Unkenntnis genügt aber nicht. Arglist oder angriffsweises Vorgehen sind nicht notwendig.

⁵⁸ Heidel, § 138 Rn 371.

⁵⁹ Erman, § 138 Rn 24.

⁶⁰ Urteil vom 7.1.1095 (RG II 344/04) = RGZ 60,9 (11), zitiert von Herzog, S. 235.

⁶¹ Urteil vom 4.3.1915 (RG VI 583/14) = RGZ 86,296 (300), zitiert von Herzog, S. 235.

⁶² BGH NJW 1985, 3006, 3007, zitiert von Heidel, § 138 Rn 372.

c. Strenge Rechtsnachfolge

i. Verpflichtungsgeschäft

Wenn die Voraussetzungen des § 138 II BGB vorliegen, ist die Sanktion besonders hart. Die Strenge der Sanktion bezieht sich auf den Strafcharakter des Wuchers. Wie bei § 138 I wird das wucherische Verpflichtungsgeschäft vollständig nichtig. Dies heißt, dass es nicht (etwa über der Teilnichtigkeit des § 139 BGB) unter Korrektur des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung aufrechterhalten wird⁶³. Es wird aber bei Dauerschuldverhältnis dann ungünstig, wenn der Bewucherte auf die Leistung angewiesen ist. Hier wird man eine teleologische Reduktion des § 138 II BGB vornehmen müssen. Sonst würden die Vorschriften ihren Zweck (den Schutz des Bewucherten) verfehlen⁶⁴.

In sonstigen Fällen werden die Richter sich auf spezielle Normen berufen. Beim Mietvertrag wendet die Rechtsprechung den § 5 WiStrG an, um das Mietverhältnis zum höchsten noch zulässigen Mietzins aufrechtzuerhalten⁶⁵. Beim Lohnwucher wird gemäss § 612 II BGB dem Arbeitnehmer über die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses der übliche Lohn zustehen⁶⁶.

ii. Verfügungsgeschäft

Das Verfügungsgeschäft des Bewucherten wird nach h.M. anders als bei § 138 I BGB auch von der Nichtigkeit betroffen sein⁶⁷. Dagegen werden die Verfügungen des Wucherers dinglich wirksam⁶⁸. Dieses Ergebnis, das dem Abstraktionsprinzip

⁶³ Köhler, S. 238.

⁶⁴ Köhler, S. 238.

⁶⁵ BGHZ 89, 316, zitiert von Köhler, S. 238.

⁶⁶ Köhler, S. 238.

⁶⁷ So BGH NJW 94, 1275 und 1470, zitiert von Heidel, § 138 Rn 374.

⁶⁸ So war es nicht vorher, vgl. Urteil vom 1936 (RG VII 336/35), zitiert von Herzog, S. 236.

widerspricht, wird den Worten "Vermögensvorteile... gewähren lässt" entnommen⁶⁹.

Z.B.: Eine Bäuerin übereignete ihren Hof an X. Dessen einzige Gegenleistung, die Gewährung von Wohnung und Kost, stand in einem groben Missverhältnis zum Wert des Hofes. Hier war nicht nur das Verpflichtungsgeschäft nichtig, vielmehr wurde X trotz seiner Eintragung ins Grundbuch auch nicht Eigentümer⁷⁰.

iii. Rückabwicklung

Die Rückabwicklung nichtiger Wuchergeschäfte erfolgt nach §§ 812 ff. BGB (ungerechtfertigte Bereicherung). Der Bewucherte kann die von ihm erbrachte Sachleistung nach § 985 als auch nach § 812 I 1 BGB zurückverlangen. Beim Darlehen ist zu bemerken, dass der Wucherer dem Darlehensnehmer das Kapital für die vereinbarte Zeit zinsfrei belassen muss⁷¹.

iv. Schadensersatz

Dem Benachteiligten kann auch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 241 II, 311 II, 280 I und §826 zustehen. Darüber hinaus kommt ein Anspruch aus § 823 II i.V.m § 291 StGB in Betracht⁷².

⁶⁹ Hirsch, S. 284.

⁷⁰ BGH NJW 94, 1470, zitiert von Hirsch, S. 284.

⁷¹ BGH NJW 1995, 1152, 1153, zitiert von Köhler, S. 238.

⁷² Heidel, § 138 Rn 379.

III. Geringe Würdigungsmacht der Richter (*Iustum pretium*)

a. Würdigung der Kriterien von § 138 II BGB

i. Objektive Voraussetzung

Um den Umfang der Leistung und Gegenleistung zu bestimmen, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls stets vorzunehmen⁷³. Bei verbundenen Geschäften sind alle Leistungen und Gegenleistungen in die Betrachtung einzubeziehen⁷⁴. Bei Darlehensverträgen sollen die Richter nicht nur auf den Zinssatz achten, sondern auch auf den Auszahlungsbetrag und die sonstigen Kreditkosten. Der Umfang des Risikos ist insbesondere zu berücksichtigen⁷⁵.

Der objektive Wert einer Leistung orientiert sich am Preis, welcher der zu bewertenden Leistung üblicherweise im sonstigen Geschäftsverkehr zukommt⁷⁶. Etwaige subjektive Interessen eines Vertragspartners bleiben außer Betracht⁷⁷.

Der wertende Vergleich muss einzelfallbezogen vorgenommen werden. Ob eine Wertdisparität vorliegt, kann der Richter nicht allgemein, sondern nur im Hinblick auf den wirtschaftlichen Zweck des einzelnen Geschäfts und seiner Begleitumstände feststellen⁷⁸. Allgemeingültige Kriterien scheiden vor allem an den Typen der Geschäfte und an der gegenständlichen,

⁷³ Köhler, S. 236.

⁷⁴ Erman, § 138 Rn 14; Heidel, § 138 Rn 361. Nach dem Chronopost-Urteil hat das französische Kassationsgericht gleichfalls auf die *économie générale du contrat* verwiesen, um die Vorlage einer Gegenleistung auf der Grundlage der *cause* (Art. 1131 Code Civil) zu kontrollieren.

⁷⁵ BGH NJW 1990, 1595.

⁷⁶ Marktüblicher Preis; vgl. BGH 125, 135 = NJW 1994, 1475, zitiert von Erman, S. 330.

⁷⁷ Heidel, § 138 Rn 361.

⁷⁸ BGHZ 27, 172, zitiert von Kohlhammer, § 138 Rn 74.

örtlichen und zeitlichen Unterschiedlichkeit der als Maßstab bedeutsamen Marktbedingungen aus⁷⁹.

Die Würdigungsmacht des Richters besteht zunächst darin, dass der BGH keine feste Grenzlinie des auffälligen Missverhältnisses festlegen will⁸⁰. Es bestehen breitgefächerte Möglichkeiten zugunsten der Richter die Umstände auszulegen. Wegen einer strikten Auslegung des BGH ist aber die Erfüllung der zusätzlichen Voraussetzungen des § 138 II BGB erschwert.

ii. Subjektive Voraussetzungen

Die Nazis waren der Ansicht, dass nur durch die Betrachtung der Guten Sitten "die der nationalsozialistischen Rechtsanschauung entsprechende scharfe Bekämpfung eines Gemeinschaft schädigenden Eigennutzes" gewährleistet werden könnte⁸¹. Um den § 138 leichter auszuwenden, wurde der Vorsatz bei Anwendung des § 138 I sowie bei 138 II vom Grossen Zivilsenat nicht verlangt. Eine bloße Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der Lage des Vertragspartners konnte angenommen werden⁸².

Der BGH legt im Gegenteil die Voraussetzungen des § 138 II BGB eng aus. Obwohl kein spezifischer Ausbeutungsvorsatz erforderlich ist, ist die Charakterisierung des Schwächezustandes und der zwei Elemente der Ausbeutung sehr schwierig. Weder die Erweiterung zu anderen Schwächezustand als Zwangslagen, Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen und erheblicher Willensschwäche noch die Annahme eine fahrlässige Unkenntnis werden akzeptiert. Das Misstrauen der heutigen Rechtsprechung des BGH gegen zu einfach zu erfüllenden subjektiven Voraussetzungen des § 138 ist zunächst verständlich.

⁷⁹ Erman, § 138 Rn 14.

⁸⁰ BGH 80, 153, 159 f. ; siehe aber Fußnote 84.

⁸¹ Heinrich Stoll, Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen über Wucher und Übertreibung, zitiert von Wanner, S. 101.

⁸² Wanner, S. 100.

Bei Anwendung der § 138 II BGB genießen die Richter keinen bedeutenden Spielraum, um den Wuchersschutz zu erweitern. Der Misserfolg des OLG Stuttgart ist an dieser Seite kennzeichnend.

b. Würdigung außerhalb der Kriterien von § 138 II BGB

i. Abgelehnte Kriterien des OLG Stuttgart

Das OLG Stuttgart⁸³ hat Wucher im Massenkreditgeschäft allemal dann annehmen wollen, wenn der verlangte Zins den Marktzins um mehr als das Doppelte übersteigt⁸⁴. Der BGH ist mit Recht diesem Prinzip nicht gefolgt: der Gesetzgeber des BGB habe eine solche feste Grenze abgelehnt⁸⁵.

Das OLG Stuttgart hat auch in seinem Urteil, dem sog. "Sandhaufen-Theorem", den Schwächezustand und die Ausbeutung für entbehrlich gehalten, wenn die Voraussetzung des auffälligen Missverhältnisses "übererfüllt" ist, also in besonders starkem Maße vorliegt. Der BGH ist diesem Theorem nicht gefolgt⁸⁶. Es hätte zu einer sehr freien Textauslegung geführt. Der Schwächezustand und die Ausbeutung sind bei Wucher zunächst immer Voraussetzung.

⁸³ NJW 1979, 2409 ff.

⁸⁴ Medicus, S. 279.

⁸⁵ BGH 80, 153, 159 f. In Österreich hat der Gesetzgeber in § 934 ABGB eine solche Vorschrift bestimmt: "Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Theile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpuncte des geschlossenen Geschäftes bestimmt".

⁸⁶ Medicus, S. 281 und Heidel, § 138 Rn 355. Erman, § 138 Rn 18 ist damit nicht einverstanden. Er erwähnt, dass die subjektiven Voraussetzungen (Schwächezustand und Ausbeutung) bei Anwendung § 138 II (nicht bei § 138 I) vermutet werden können.

ii. Wucherähnliche Rechtsgeschäfte

In einer Vielzahl von § 138 II BGB nicht erfassten Situationen, in denen ein Wertmissverhältnis der Vertragsleistungen besteht, werden Verträge von den Gerichten dennoch für sittenwidrig erklärt⁸⁷. Es wird auf die Generalklausel des § 138 I zurückgegriffen. Im Rahmen dieser Vorschrift wurde das wucherähnliche Rechtsgeschäft als eigenständige Fallgruppe der Sittenwidrigkeit herausgebildet⁸⁸. Begriffe und Strukturen, die sich in der Rechtsprechung herausgebildet haben, sind praktisch ebenso alt wie das BGB⁸⁹. Das auffällige Missverhältnis würde jedoch nicht allein zur Nichtigkeit des Vertrages führen. Sonst hätten die Vorschriften des § 138 II keine praktische Bedeutung mehr⁹⁰.

Mehrere Urteile des BGH fordern eine "verwerfliche Gesinnung" des von dem Vertrag Begünstigten⁹¹. Woraus genau diese verwerfliche Gesinnung besteht, ist bis heute nicht klar⁹². Es geht aber deutlich aus der Rechtsprechung hervor, dass bei Vorliegen eines besonders hohen Leistungsmissverhältnisses verwerfliche Gesinnung vermutet wird. Durch diese Vermutung wird die Beweislast für den Bewucherten vereinfacht⁹³. Um das Rechtsgeschäft als sittenwidrig zu erachten, ist weiter die Feststellung besonderer, negativ relevanter "weiterer Umstände" erforderlich, die in ihrer Verbindung zu dem Vertrag nach seiner von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtgestaltung als sittenwidrig erscheinen⁹⁴.

Diese Vermutung hat zu einer Lage geführt, in welcher die Prüfung des Tatbestandes der wucherähnlichen Rechtsgeschäfte auf eine Kontrolle des objektiven Vertragsinhalts verlagert wird⁹⁵. In

⁸⁷ Jung, S. 1.

⁸⁸ Jung, S. 1.

⁸⁹ Jung, S. 2.

⁹⁰ Kohlhammer, § 138 Rn 73.

⁹¹ So BGH, Urt.v. 21.03.1997, WM 1997, 1155 (1157).

⁹² Jung, S. 1.

⁹³ AM Hackl BB 1977, 1412 ff.

⁹⁴ RGZ 83, 109, 112; 97, 253 f; 10, 35, 37, zitiert von Kohlhammer, § 138 Rn 73.

⁹⁵ Jung, S. 2.

einem Urteil vom 6. August 1998⁹⁶ hat das OLG Stuttgart erwähnt, dass es insbesondere sicherzustellen sei, ob die Vertragsleistungen in einem auffälligen Missverhältnis stünden und die begünstigte Vertragspartei "deshalb in anstößiger Weise gehandelt" habe. Wenn das Vorhandensein der subjektiven Voraussetzungen (verwerfliche Gesinnung) von jener der objektiven Voraussetzung abgezogen wird, ist die Annahme des objektiven Äquivalenzprinzips nicht mehr weit entfernt⁹⁷. Eine solche Annäherung führt zu einer steigenden Würdigungsmacht der Richter, die hier ein Instrument finden können, um die schwache Vertragspartei zu schützen.

⁹⁶ 13 U 262/97, unveröffentlicht.

⁹⁷ So Luig, FS Coing 1982, 171 (193), zitiert von Jung, S. 2.

Schlusswort

Obwohl die Wucherverbietetung in der Geschichte verankert ist, wird ihr heute im deutschem Vertragsrecht kein zentraler Einfluss zuerkannt. Nur in extremen Einzelfragen gilt es als legitim, dass der Gesetzgeber seine Hilfe der schwächeren Vertragspartei zukommen lässt. «Vertragsgerechtigkeit» als generelle Gültigkeitsvoraussetzung bleibt dem deutschen Vertragsrecht fremd. Vertragssicherheit und Privatautonomie gelten dagegen als Grundlage des Schuldrechts. Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann zunächst lediglich in qualifizierten Ausnahmefällen zur Vertragsnichtigkeit führen.

Mit § 138 II kann nur beabsichtigt werden, Abhilfe zu schaffen, wenn nicht bloß eine außergewöhnlich Disparität des Werts der Leistungen vorliegt, sondern der Vertrag auch unter erschwerenden subjektiven Voraussetzungen zustande gekommen ist⁹⁸. Die Richter haben, durch eine geringen Würdigungsmacht, keine Möglichkeit, den Wucherschutz zu erweitern. Sie können jedoch durch einen Zugriff auf § 138 I BGB einen Ersatz zum eingeschränkten Schutzbereich des § 138 II BGB finden.

⁹⁸ P. Gauch, die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR.

Anhang 1

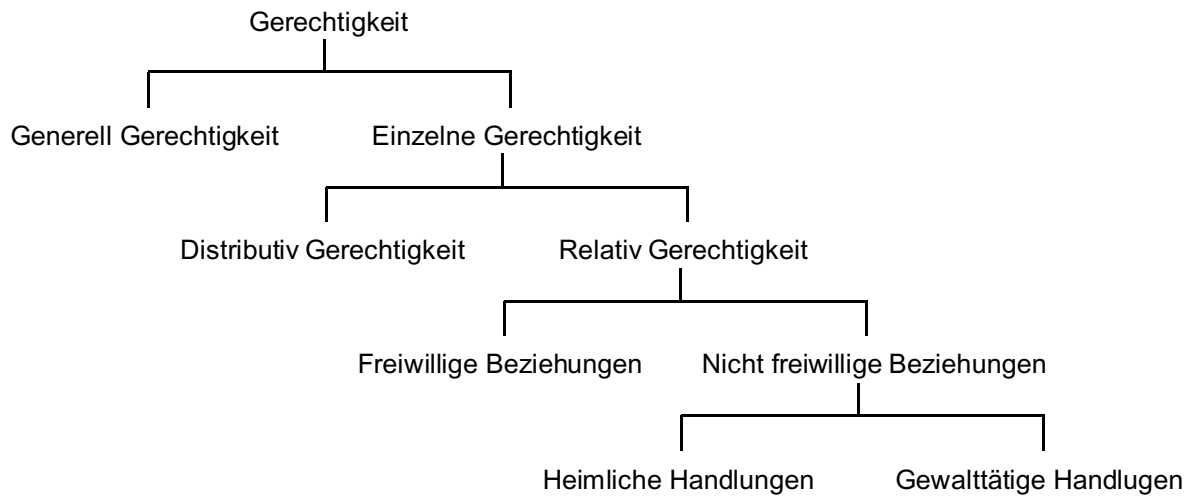
Nur 34% der Wucherstrafprozesse führen zu einer Wucherverurteilung

Jahr	geöffnete Strafprozess	Verurteilung wegen Wucher	%
1988	39	10	26%
1989	22	8	36%
1990	32	7	22%
1991	47	24	51%
Durchschnitt			34%

Quelle: Heinsius, S. 1-2.

Anhang 2

Die Gerechtigkeit, 5. Buch der Nicomachischen Ethik, Aristoteles



Quelle: S. Trifilio, Die Justiz in der Tradition des klassischen natürlichen Rechts wirtschaftlicher Angemessenheit einer ethischen Definition, Forschungsdocumente des 'Centre d'Analyse Economique'