

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: Lukas Böffel, Elif Dilek, Alexander Kloth, Yola Kretschmann, Jan Rinklake, Hendrik Schwenke, Hannes Weigl

Redaktion: Rebecca Apel, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Leah Gözl, Valentina Kleinsasser, Dariush Kraft, Laetizia Krigar, Justus Laßmann, Ruth Lipka, Belisa Müller, Victoria Mühle, Charles Müller, Antonia Novakovic, Lionie Offenbach, Felix Schott, Gabriel Schrieber, Jilina Schucht, Sabrina Seikh, Julian Westphal

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust, Prof. Dr. Burkhard Breig, Univ.-Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. Ignacio Czeguhn, Univ.-Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn, Univ.-Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale), Univ.-Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. Andreas Fijal, Univ.-Prof. Dr. Johannes W. Flume, Univ.-Prof. Dr. Helmut Grothe, Prof. Dr. Thomas Grützner, Univ.-Prof. Dr. Felix Hartmann, LL. M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen, Prof. Dr. Peter Kreuz, Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger, Prof. Dr. Bertram Lonfeld, Prof. Dr. Dorothea Magnus, Univ.-Prof. Dr. Cosima Möller, Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen, Univ.-Prof. Dr. Christine Morgenstern, Univ.-Prof. Dr. Olaf Muthorst, Dr. Hilmar Odemer, Univ.-Prof. a. D. Dr. Helmut Schirmer, Univ.-Prof. Dr. Gerhard Seher, Dr. Michael Sommerfeld, Prof. Dr. Maik Wolf, Prof. Dr. Johanna Wolff, LL.M. eur. (KCL)

Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster*

Wucher und wucherähnliche Geschäfte

In Prüfungsaufgaben wie auch im „wahren Leben“ stellt sich bisweilen die Frage, welche Rechtsfolgen es hat, wenn zwischen vereinbarter Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis besteht. Dabei geht es um die Grenzen der Privatautonomie. Interessanterweise wird der Wuchertatbestand, der mittlerweile in § 138 Abs. 2 BGB und in § 291 StGB wortgleich formuliert ist, im Zivilrecht teils strenger ausgelegt als im Strafrecht. Zugleich hat der BGH dem Wucher das an geringere Anforderungen geknüpfte wucherähnliche Geschäft zur Seite gestellt. Der zivilrechtlich ausgerichtete Beitrag geht auf die wesentlichen Grundfragen sowie auf aktuelle Fallbeispiele und auf Fallstricke in der Klausurbearbeitung ein.

Inhaltsübersicht

A. Einführung	61
B. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB).....	62
I. Grundlagen	62
II. Verbots- oder Sittenverstoß?	62
III. Verhältnis zur Generalklausel (§ 138 Abs. 1 BGB)	63
IV. Tatbestandsmerkmale des Wuchers	63
1. Überblick	63
2. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung	63
3. Schwäche des Vertragspartners	66
4. Ausbeutung der Schwäche.....	68
V. Rechtsfolgen.....	69
C. Wucherähnliches Geschäft.....	69
I. Tatbestand	69
II. Rechtsfolgen.....	70
D. Ergebnisse	70

A. Einführung

Die deutsche Zivilrechtsordnung ist durch den Grundsatz der Privatautonomie gekennzeichnet. Dieser Grundsatz schließt die negative und die positive Vertragsfreiheit ein. Das bedeutet, dass – vorbehaltlich der seltenen Fälle eines sog. Kontrahierungszwangs – niemand zu einem Vertragsschluss verpflichtet ist, schon gar nicht zu einem solchen mit einem bestimmten Inhalt. Vielmehr soll der Einzelne grundsätzlich seine Rechtsverhältnisse mithilfe des Rechtsgeschäfts eigenverantwortlich gestalten können. Bei dieser Befugnis handelt es sich um eine konkrete Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG.

Allerdings gilt diese Gestaltungsfreiheit nicht grenzenlos. Vielmehr untersagt die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen einem Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts die Wirksamkeit. Darin liegt die stärkste Form einer Einschränkung der Privatautonomie.¹ Praktisch besonders bedeutsam ist neben § 134 BGB, der die Nichtigkeit wegen Verbotsverstößes anordnet, § 138 BGB als die Norm zur Sittenwidrigkeit.

Nach der Generalklausel in Abs. 1 dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt. In Abs. 2 wird der Wucher als einziger besonderer Fall der Sittenwidrigkeit eigens geregelt. Dabei werden qualifizierte Voraussetzungen aufgestellt: Erforderlich ist ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen erzielt worden ist.

Dieselbe Formulierung zur Ausbeutung begegnet auch bei § 291 StGB, dem Straftatbestand des Wuchers. Dies ist kein Zufall; vielmehr hat der Gesetzgeber beide Normen

* Der Autor ist Professor und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und

Internationales Privatrecht an der Freien Universität Berlin und Richter am KG a.D.

¹ Köhler, JuS 2010, 665 (666).

einander bewusst angeglichen (s. sub B I). Angesichts der identischen Formulierungen der beiden Wuchertatbestände liegt auch eine inhaltsgleiche Auslegung nahe. Allerdings sind im Strafrecht für die Auslegung bestimmte Grundsätze zu beachten, zu denen es im Zivilrecht keine Entsprechung gibt. Dies gilt namentlich für das Ultima-ratio-Prinzip² und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB). Beide Regeln können es im Einzelfall gebieten, § 291 StGB eng auszulegen. Interessanterweise besteht aber auch bei den Zivilgerichten eine klare Tendenz, den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB restriktiv anzuwenden und stattdessen unter dem Aspekt des sog. wucherähnlichen Geschäfts auf die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB zurückzugreifen (s. sub C). Eine derartige Ausweichmöglichkeit ist wegen des Bestimmtheitsgebots im Strafrecht nicht verfügbar; dort gibt es für besonders schwere Fälle die Qualifikationstatbestände des § 291 Abs. 2 StGB, während für minder schwere Fälle keine Regelung existiert.

Im Folgenden sollen diejenigen Fälle näher betrachtet werden, in denen ein Rechtsgeschäft wegen eines unangemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nichtig ist. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Wuchers und auf dessen Abgrenzung vom soeben bereits erwähnten wucherähnlichen Geschäft gerichtet, das nach Abs. 1 zu beurteilen ist.

B. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)

I. Grundlagen

Beim Wuchertatbestand handelt es sich, wie aus dem Wort „insbesondere“ hervorgeht, um einen gesetzlich geregelten Sonderfall der Sittenwidrigkeit. Der Tatbestand des Wuchers ist seit einer Reform im Jahr 1976 sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht erweitert worden.³ War nach früherem Recht die Ausnutzung einer „Notlage“ erforderlich, so genügt mittlerweile eine „Zwangslage“. An die Stelle des „Leichtsinn“ ist nunmehr jeder Mangel an Urteilsvermögen sowie eine erhebliche Willensschwäche getreten. Zugleich wurde das Leistungsmissverhältnis einfacher formuliert.

Mit der genannten Reform hat der Gesetzgeber bewusst den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB auf denjenigen des zeitgleich verabschiedeten § 291 StGB abgestimmt, damit im Zivil- und im Strafrecht keine unterschiedliche Abgrenzung stattfindet.⁴ Zwar besteht in der Formulierung insofern ein Unterschied, als der Straftatbestand des § 291 Abs. 1 StGB bestimmte Leistungen ausdrücklich aufzählt,

nämlich die Vermietung von Wohnraum (Nr. 1), die Darlehensgewährung (Nr. 2), sonstige Leistungen (Nr. 3) sowie die Vermittlung einer dieser Leistungen (Nr. 4). In der Sache ergibt sich dadurch aber keine Abweichung von § 138 Abs. 2 BGB, da sich die sehr allgemein formulierte Nr. 3 auf jegliche weitere vertraglich vereinbarte Leistung bezieht.

II. Verbots- oder Sittenverstoß?

Vergegenwärtigt man sich, dass der Wucher zugleich einen Straftatbestand erfüllt, so stellt sich zunächst die Frage, ob die Nichtigkeit anhand von § 134 BGB iVm § 291 StGB oder anhand von § 138 Abs. 2 BGB zu prüfen ist. Eine Heranziehung des § 134 BGB liegt auf den ersten Blick deshalb nahe, weil es sich bei Straftatbeständen typischerweise um Verbotsgesetze iS dieser Norm handelt. Beispiele bieten insbesondere Vermögensdelikte wie Hehlerei (§ 259 StGB) oder Untreue (§ 266 StGB). Bereits der Straftatbestand des Betrugs (§ 263 StGB) erweist allerdings, dass nicht jede gegen das Vermögen gerichtete Straftat zugleich einen Gesetzesverstoß iSv § 134 BGB beinhaltet: Zielt die Täuschungshandlung auf die Übervorteilung des eigenen Vertragspartners ab, so ist das Rechtsgeschäft lediglich nach § 123 BGB anfechtbar.⁵ Anders ist es, wenn ein Rechtsgeschäft einem Betrug gegenüber einem Dritten dient; in diesem Fall kommt § 134 BGB zum Zuge.

Bei § 291 StGB gilt Folgendes: Sind die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Wuchers erfüllt, kommt nicht § 134 BGB iVm § 291 StGB zum Zuge. Vielmehr folgt die Nichtigkeit des Vertrags unmittelbar aus § 138 Abs. 2 BGB.⁶ Dies ist bedeutsam im Hinblick auf den in § 134 BGB geregelten Vorbehalt, wonach die Nichtigkeitsfolge dann nicht eintritt, wenn sich aus dem Verbotsgesetz etwas anderes ergibt. Diese Prüfung findet nicht statt, da § 138 Abs. 2 BGB insoweit als die speziellere Norm anzusehen ist.

Darin liegt eine wichtige Ausnahme von dem Grundsatz, dass § 134 BGB gegenüber § 138 Abs. 1 BGB spezieller ist. Dieser Spezialitätsgrundsatz beruht auf der Erwägung, dass durch die Bezugnahme von § 134 BGB auf ein Verbotsgesetz eine tatbestandliche Konkretisierung der Nichtigkeitsvoraussetzungen erfolgt, während die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB unbestimmt und damit ausfüllungsbedürftig ist. Zwar handelt es sich bei § 138 Abs. 2 BGB um eine Konkretisierung und damit um einen Unterfall von Abs. 1 (s. sogleich sub III). Indessen greift gerade wegen dieser Konkretisierung der für den

² Vgl. dazu auch BGH NStZ-RR 2020, 213 (215).

³ 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität; BGBl. 1976 I S. 2034, Art. 3.

⁴ Regierungsbegr., BT-Drucks. 7/3441, 45. S. auch BGH NStZ-RR 2020, 213 Rn. 56.

⁵ BGH NJW 1981, 1439; *Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 134 Rn. 70.

⁶ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 7; *Vossler*, in: BeckOGK-BGB, Stand 1.3.2021, § 134 Rn. 22; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 138 Rn. 65; aA *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, Stand 1.5.2021, § 138 Rn. 42.

Spezialitätsgrundsatz maßgebliche Gedanke bei Abs. 2 nicht ein. Würde man dies anders beurteilen, so wäre Abs. 2 im Übrigen gegenstandslos, da stets § 134 BGB iVm § 291 StGB zum Zuge käme.⁷ Aus diesen Überlegungen ergibt sich folgende Prüfungsreihenfolge: § 138 Abs. 2, § 134, § 138 Abs. 1 BGB.

III. Verhältnis zur Generalklausel (§ 138 Abs. 1 BGB)

Problematisch ist das Verhältnis des Wuchertatbestandes zur Generalklausel in § 138 Abs. 1 BGB. Dies hängt damit zusammen, dass der Wucher neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal des „auffälligen Missverhältnisses“ von Leistung und Gegenleistung in subjektiver Hinsicht eine Ausbeutung einer bestimmten Disposition des Vertragspartners erfordert.

Dies führt zu der Frage, ob ein Rückgriff auf die Generalklausel möglich ist, wenn entweder der objektive oder der subjektive Tatbestand des Wuchers nicht (oder nicht vollständig) erfüllt ist. In solchen Fällen ist dafür, dass § 138 Abs. 1 BGB eingreift, ein weiteres, außerhalb des Tatbestandes von Abs. 2 liegendes Sittenwidrigkeitselement erforderlich.⁸ Dies kann insbesondere eine verwerfliche Gesinnung sein.⁹ Freilich wird es auch Fälle geben, in denen bereits die objektive oder die subjektive Seite des Wuchers derart ausgeprägt ist, dass allein dies einen Sittenverstoß iS der Generalklausel des Abs. 1 begründet. Es gilt nämlich zu beachten, dass der Wuchertatbestand nicht deshalb ins Gesetz aufgenommen worden ist, um den Anwendungsbereich der Generalklausel zu beschränken, sondern um sie zu konkretisieren.

Der Umstand, dass Abs. 2 eine Konkretisierung und nicht eine Einschränkung von Abs. 1 darstellt, lässt es akzeptabel erscheinen, dass der BGH die praktische Bedeutung von Abs. 2 dadurch wesentlich eingeschränkt hat, dass er iRv Abs. 1 das sog. wucherähnliche Geschäft entwickelt hat. Dabei handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, bei dem der objektive Tatbestand eines auffälligen Missverhältnisses erfüllt ist, nicht aber eines der subjektiven Merkmale, die nach Abs. 2 zur Annahme von Wucher führen. Das wucherähnliche Geschäft wird im Anschluss an den Wuchertatbestand gesondert behandelt (s. sub C).

IV. Tatbestandsmerkmale des Wuchers

1. Überblick

Der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB sieht vier Merkmale vor.¹⁰ Grundvoraussetzung ist ein Austauschgeschäft, dh ein Rechtsgeschäft, durch das jemand sich oder einem Dritten im Austausch gegen eine Leistung als Gegenleistung einen Vermögensvorteil versprechen oder gewähren lässt.¹¹ Von vornherein unanwendbar ist der Wuchertatbestand daher auf unentgeltliche Geschäfte wie Auftrag, Leihe oder Schenkung,¹² auf Bürgschaften¹³ und auf familienrechtliche Verträge.¹⁴ Dasselbe gilt für Kautionsabreden in Mietverträgen (s. dazu noch sub 2 b bb).

Sodann muss in objektiver Hinsicht zwischen den beiderseitigen Leistungen ein auffälliges Missverhältnis bestehen. Auf der subjektiven Seite ist erforderlich, dass bei einem der Vertragspartner des Austauschgeschäfts eine Zwangslage, Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche vorliegt, also ein die vernünftige wirtschaftliche Entscheidungsfindung erschwerender Umstand. Diesen Umstand muss der andere Vertragspartner ausgebeutet haben. Dabei betont der BGH, dass angesichts der weit reichenden Folgen einer Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB, die sich grundsätzlich auch auf die Erfüllungsgeschäfte erstreckt (s. sub III), an den subjektiven Tatbestand strenge Anforderungen zu stellen sind.¹⁵

Sind alle vier Merkmale vollständig erfüllt, ist das Geschäft sittenwidrig und damit gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig, ohne dass zusätzlich besondere Umstände vorliegen müssen.¹⁶ Anderenfalls kommt nur ausnahmsweise eine Nichtigkeit wegen Wuchers in Betracht; regelmäßig ist dann eher ein wucherähnliches Geschäft (s. sub C) zu erwägen. Diesen weiteren Nichtigkeitstatbestand gilt es im Blick zu behalten, bevor – womöglich vorschnell und in Überdehnung der strengen tatbestandlichen Voraussetzungen von § 138 Abs. 2 BGB – Wucher angenommen wird.

2. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung

a) Grundregeln

Für die Beurteilung, ob objektiv ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt, kommt es allein auf den objektiven Wert der Leistungen an.¹⁷ Dabei wird der vereinbarte Preis demjenigen gegenübergestellt,

⁷ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 7.

⁸ BGH NJW 1951, 397; WM 1982, 849; OLG Saarbrücken NJW-RR 2014, 686 (687).

⁹ Vgl. zB OLG Hamm WM 1979, 1294 (1295).

¹⁰ S. auch den Überblick mit Fallbeispiel bei *Armbrüster*, Examinatorium BGB AT, 3. Aufl. 2018, Rn. 391 ff.

¹¹ BGH NJW 1982, 2767.

¹² RG JW 1907, 167; s. auch BGH NJW-RR 1998, 590 (591) zur Sittenwidrigkeit eines Erlassvertrages nach Abs. 1.

¹³ BGH NJW 1991, 2015 (2017); BGHZ 106, 269 (271 f.) = NJW 1989, 830 (831); BGH NJW 1988, 2599 (2602); *Medicus*, ZIP 1989, 817 (820); aA *Wochner*, BB 1989, 1354 (1356 f.).

¹⁴ BGH NJW 1992, 3164 (3165).

¹⁵ BGH NJW 2006, 3054 Rn. 30 aE.

¹⁶ BGHZ 154, 47 (49 f.) = NJW 2003, 1860 (1861).

¹⁷ BGH NJW 1988, 130 (131); NJW-RR 1993, 198 (199) zu Abs. 1; aus strafrechtlicher Sicht *Hohendorf*, BB 1982, 1205.

den die Mehrzahl der weiteren Anbieter für vergleichbare Leistungen verlangt (Marktwert; marktüblicher Preis).¹⁸ Insoweit ist eine rein wirtschaftliche Betrachtung geboten.

Es geht also um die verkehrübliche Bewertung und nicht um ein – davon möglicherweise abweichendes – subjektives Interesse eines Vertragsteils. Dies ist deshalb bedeutsam, weil die Rechtsordnung damit einem Rechtsgeschäft auch dann die Geltung versagt, wenn die zur Erbringung einer unangemessen hohen Gegenleistung bereite Partei ein gesteigertes Interesse an der Erlangung der Leistung hat. Auch eine solche Situation, in der jemand gleichsam „um jeden Preis“ an die Leistung der anderen Seite gelangen möchte, soll – unter den weiteren Voraussetzungen von Abs. 2 oder des wucherähnlichen Geschäfts (s. sub C) – nicht zum eigenen Vorteil ausgenutzt werden dürfen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der jeweiligen Leistungen ist derjenige des Vertragsschlusses.¹⁹

Interessanterweise weicht der zivilrechtliche vom strafrechtlichen Wuchertatbestand dadurch ab, dass § 291 Abs. 1 S. 2 StGB zusätzlich eine Zusammenrechnungsklausel (Additionsklausel) enthält: Wirken mehrere Personen als Leistende, Vermittler oder in anderer Weise zusammen und ergibt sich dadurch insgesamt das nach S. 1 (sowie nach § 138 Abs. 2 BGB) erforderliche auffällige Missverhältnis zwischen sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen, so gilt S. 1 für jeden, der die Zwangslage oder sonstige Schwäche des anderen für sich oder einen Dritten zur Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils ausnutzt. Dies führt zu der Frage, wie mit einer entsprechenden Situation bei der zivilrechtlichen Beurteilung umzugehen ist. Grundsätzlich ist für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung allein der Umfang der in dem betreffenden Rechtsgeschäft vereinbarten Leistungen maßgeblich.

Allerdings sind auch solche Vermögensvorteile, die im Zusammenhang mit dem Rechtsgeschäft und im Zusammenwirken mit einer Vertragspartei einem Dritten versprochen oder gewährt werden, in den Leistungsvergleich einzubeziehen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn bei einem finanzierten Abzahlungskauf sowohl dem Verkäufer als auch der Bank Leistungen versprochen werden.²⁰ Ebenso wie bei der strafrechtlichen Betrachtung sind auch die für Vermittler vorgesehenen Leistungen zu berücksichtigen, sofern sie mit den Erbringern der Hauptleistung zusammenwirken. Anderenfalls wäre es möglich, durch eine geschickte Aufteilung der auf eine Partei zukommenden Verpflichtung die Grenze des Wuchers für jede Einzelleistung

zu vermeiden, obwohl diese bei einer Gesamtbetrachtung überschritten ist.

b) Einzelne Vertragstypen

aa) Darlehensverträge

Bei Darlehensverträgen (§§ 488 ff. BGB) sind für die Bewertung der vom Darlehensnehmer zu erbringenden Leistungen die Vorgaben in § 6 PAngV für die Berechnung des effektiven Jahreszinses bei Verbraucherdarlehen heranziehbar. Zu dieser Norm führt die Verweisungskette (sog. Kaskadenverweis) von § 492 Abs. 2 über Art. 247 § 3 Abs. 2 S. 3 EGBGB, Art. 247 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Praktisch bedeutsam ist insbesondere, dass nach § 6 Abs. 3 S. 1 PAngV auch die Vermittlungskosten, also Provisionen für Darlehensvermittler, in die Berechnung einzubeziehen sind. Hingegen bleiben Kosten für Versicherungen und andere Zusatzleistungen, von denen die Vergabe des Verbraucherdarlehens zu den vorgesehenen Konditionen nicht abhängt, nach § 6 Abs. 4 Nr. 2 PAngV unberücksichtigt. Dies gilt etwa für die Prämien einer optional abschließbaren Restschuldversicherung.

Ein auffälliges Missverhältnis iSv § 138 Abs. 2 BGB ist regelmäßig anzunehmen, wenn der vereinbarte Zins etwa das Doppelte des Marktzinses beträgt. Allerdings ist bei der Gesamtwürdigung, sofern es nicht um ein Verbraucherdarlehen geht, auch das vom Darlehensgeber eingegangene Ausfallrisiko zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass die Schwelle zur Sittenwidrigkeit bei einem an eine GmbH vergebenen Darlehen dann höher anzusetzen ist, wenn die Darlehensnehmerin gar keine oder nur nachrangige Sicherheiten bieten kann.²¹

Eine Besonderheit ist hinsichtlich der Rechtsfolgen (zu ihnen s. noch allg. sub V) zu beachten: § 138 Abs. 2 BGB sieht ebenso wie Abs. 1 die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts vor. Indessen würde es dem bewucherten Darlehensnehmer wenig helfen, wenn er in Folge der Nichtigkeit den erhaltenen Betrag (sog. Darlehensvaluta) sogleich nach Bereicherungsrecht an den Darlehensgeber zurückzahlen hätte. Deshalb steht § 817 S. 2 BGB zunächst einer unmittelbaren Rückzahlung des Darlehensbetrages entgegen. Freilich darf die Anwendung dieser Norm nicht dazu führen, dass die Darlehensvaluta dauerhaft beim Darlehensnehmer verbleibt. Dazu kommt es allerdings deswegen nicht, weil bei einem Darlehen als Leistungsgegenstand nicht die endgültige, sondern nur die zeitweise Überlassung von Kapital zur Nutzung anzusehen ist.²² Im Ergebnis ist der überlassene Betrag daher nur nach Maßgabe des (unwirksam vereinbarten) Tilgungsplans oder zum

¹⁸ KG BeckRS 2018, 15152 Rn. 46.

¹⁹ BGHZ 107, 92 (96 f.) = NJW 1989, 1276; *Sack/Fischinger*, in: *Staudinger, BGB*, 2017, § 138 Rn. 251.

²⁰ BGH NJW 1980, 1155 (1156); *Emmerich*, JuS 1980, 448 f.

²¹ BGH NJW 1994, 1275. S. auch OLG Dresden WM 2003, 1988 f. zu besonderen Umständen, die im Einzelfall einen Effektivzins von 66,33 % rechtfertigen können.

²² *Schwab*, in: *MünchKomm-BGB*, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 817 Rn. 49 („rechtskonstruktiver Kunstgriff“).

nächstmöglichen ordentlichen Kündigungszeitpunkt zurückzuzahlen.

Hingegen hat der Darlehensgeber keinen Anspruch auf Zinszahlung.²³ Zwar käme es in Betracht, die Zinsabrede im Wege geltungserhaltender Reduktion so weit aufrechtzuerhalten, dass der Darlehensnehmer die gerade noch zulässigen oder zumindest die üblichen oder Zinsen zu zahlen hat.²⁴ Dies würde aber bedeuten, dass der wucherische Darlehensgeber letztlich nicht schlechter stünde, als wenn er sich von Anfang an in den Grenzen des rechtlich Zulässigen gehalten hätte. Mit dem Wegfall jeglicher Gegenleistung für die zeitweise Überlassung von Kapital ist daher auch eine gewisse Sanktionswirkung verbunden. Dadurch wird zugleich präventiv eine Abschreckung erzielt.

bb) Mietverträge

Bei Mietverträgen gilt es zu beachten, dass es einen speziellen Ordnungswidrigkeitstatbestand der Mietpreisüberhöhung gibt, nämlich § 5 WiStG. Diese Norm kann iVm § 134 BGB zur Nichtigkeit führen. Anders als § 138 Abs. 2 BGB enthält § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG eine Regelung darüber, wann ein Mietentgelt (in der Terminologie des § 535 Abs. 2: „Miete“) unangemessen hoch ist. Dies ist der Fall, wenn der verlangte Betrag „infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen“ mehr als 20% über dem üblichen Entgelt liegt. Mithin ist diese Grenze wesentlich niedriger als diejenige eines auffälligen Missverhältnisses beim Wucher.²⁵

Freilich wird, wenn es um überhöhte Mieten geht, auch bei § 138 Abs. 2 BGB differenziert: Die dort übliche Grenze bei etwa 100% Überschreitung gilt für die Gewerbemiete,²⁶ während es bei der Wohnraummiete genügt, wenn die vereinbarte Miete die übliche um 50% übersteigt.²⁷ Werden diese Schwellen nicht erreicht, so kommt § 134 BGB iVm § 5 WiStG und ggf. auch die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB zum Zuge.

Für die Ermittlung des üblichen Entgelts kann auf die von den Kommunen aufgestellten Mietspiegel zurückgegriffen werden. Dabei ist streitig, ob sie nur grobe Anhaltspunkte oder aber einen verbindlichen Maßstab bieten.²⁸ Durch eine jüngst verabschiedete Reform, wonach Kommunen mit mindestens 50.000 Einwohnern ab 2023 (normaler Mietspiegel) oder 2024 (qualifizierter Mietspiegel) einen

Mietspiegel erstellen müssen,²⁹ ist die Bedeutung dieses Instruments jedenfalls gestärkt worden.

Eine Kautionsabrede in einem Mietvertrag kann als reine Sicherung ohne Leistungsaustausch von vornherein nicht wucherisch sein; es fehlt mithin am Merkmal des Austauschvertrags. Dies bedeutet freilich nicht, dass der Mieter eine überhöhte Kautionsabrede stets hinzunehmen hätte. Handelt es sich um einen Wohnraummietvertrag, so kommt vielmehr § 551 Abs. 1 BGB zum Zuge. Demnach darf maximal die dreifache monatliche Nettokaltmiete als Kautionsvereinbarung vereinbart werden. Abreden, die eine höhere Kautionsabrede vorsehen, sind nach § 551 Abs. 4 BGB unwirksam. Diese ausdrückliche Anordnung, welche privatrechtlichen Rechtsfolgen ein Verstoß hat, bedeutet im Übrigen, dass für eine Einordnung von § 551 Abs. 1 BGB als Verbotsgesetz iSv § 134 BGB von vornherein kein Raum ist.³⁰ Jenseits der Wohnraummiete kommt eine Nichtigkeit überhöhter Kautionsabreden nach § 138 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Übersicherung in Betracht.³¹

Ähnlich wie bei Darlehensverträgen besteht auch bei Mietverträgen eine Besonderheit hinsichtlich der Rechtsfolgen. Vor allem bei der Wohnraummiete wird deutlich, dass man mit einer Gesamtnichtigkeit des Mietvertrags dem Mieter die sprichwörtlichen „Steine statt Brot“ geben würde. Allerdings läge in einem kompletten Wegfall der vom Mieter geschuldeten Gegenleistung anders als bei einem Darlehensvertrag eine überzogene Sanktion, da der Mieter dann womöglich auf unbestimmte Zeit die Mietsache kostenlos nutzen dürfte. Hier stellt sich ähnlich wie beim wucherischen Darlehen die Frage, ob anstelle der überhöhten Miete die gerade noch zulässige oder die übliche tritt. Für Ersteres ließe sich vorbringen, dass bereits dann der Vorwurf des Wuchers entfällt. Dagegen spricht indessen, dass der Vermieter in diesem Fall das beanspruchen könnte, was er bei gesetzeskonformem Vorgehen von Anfang an maximal erzielt hätte. Vorzugswürdig ist es daher mit Blick auf eine gewisse Sanktions- und Präventionswirkung, dem Vermieter lediglich einen Anspruch auf die übliche Miete zuzubilligen. Hat der Mieter bereits einen höheren Betrag entrichtet, so kann er diesen mittels der Leistungskondition herausverlangen.

²³ Vgl. das bei Schwab (Fn. 22), § 817 Rn. 49 dargestellte Meinungsspektrum.

²⁴ BGH NJW 1995, 1152 (1153); Schwab (Fn. 22), § 817 Rn. 49 ff.

²⁵ Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2016, Rn. 709.

²⁶ BGH NJW 2008, 3210 Rn. 21; KG NZM 2001, 587 (auch zur Unterscheidung von ortsüblicher Miete und Marktmiete im Gewerbemietrecht).

²⁷ BGHZ 135, 269 (277) = NJW 1997, 1845 (1846) betr. angemessenen Kaufpreis iSv § 4a Abs. 2 S. 2 WoVermG, aber zur Begr. auf § 138 Abs. 2 BGB verweisend; BGHSt 30, 280 (281) betr. § 302a StGB aF = § 291 StGB nF; Wendland (Fn. 6), § 138 Rn. 47.

²⁸ Vgl. BVerwG NJW 1996, 2046 (2047); OLG Karlsruhe NJW 1997, 3388 (3389) betr. Mietspiegel von Freiburg/Breisgau; Honsell, AcP 186 (1986), 115 (170 f.); Bub, in: Bub/Treier, HdB der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Rn. II 2253. Die von vielen Instanzgerichten vertretene Gegenansicht ist nach BVerfG WuM 1992, 48 und BerlVerfGH NZM 1998, 183 jedenfalls nicht verfassungswidrig.

²⁹ BGBl. 2021 I S. 3515.

³⁰ Armbrüster (Fn. 5), § 134 Rn. 4.

³¹ OLG Brandenburg NJW-RR 2007, 670.

cc) Arbeitsverträge

Bei Arbeitsverträgen ist ein auffälliges Missverhältnis iSv § 138 Abs. 2 BGB dann anzunehmen, wenn die vereinbarte Vergütung nicht einmal zwei Drittel eines in dem betreffenden Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tarifentgelts beträgt, ohne dass die Abweichung sich durch Besonderheiten rechtfertigen lässt.³² Ist zudem einer der Tatbestände einer Ausbeutung erfüllt, so ist von Wucher auszugehen (zum anderenfalls zu erwägenden sog. wucherähnlichen Geschäft s. sub C).³³ § 138 Abs. 2 BGB erfasst nicht allein die Vergütungsabrede, sondern den gesamten Arbeitsvertrag. Allerdings führt dies nach den Regeln vom faktischen Arbeitsverhältnis nicht zu einer rückwirkenden Nichtigkeit des Arbeitsvertrags. Vielmehr kommt hier der Arbeitnehmerschutz zum Tragen, so dass das übliche Entgelt (vgl. § 612 Abs. 2 BGB) geschuldet ist und die Nichtigkeit nur ex nunc geltend gemacht werden kann.³⁴

3. Schwäche des Vertragspartners

a) Zwangslage

aa) Grundregeln

Eine Schwäche des Vertragspartners, die dazu führt, dass er das objektiv unangemessene Geschäft eingeht, kann zunächst darin liegen, dass er sich in einer Zwangslage befindet. Dabei muss es jeweils um eine Gefährdung des Bestehenden gehen, nicht um die Bedrohung von Zukunftsplänen.³⁵ Eine Zwangslage kann auch durch gesundheitliche Probleme wie etwa Pflegebedürftigkeit entstehen.³⁶ Dies gilt auch hinsichtlich psychischer Zwänge.³⁷

Streit besteht darüber, ob es genügt, wenn die Schwierigkeiten in Wahrheit gar nicht bestehen, sondern der Bewucherte sie nur irrtümlich angenommen hat. Für eine Gleichstellung beider Fälle ließe sich anführen, dass es für die Beeinträchtigung der freien Willensentschließung keinen Unterschied mache, ob eine Zwangslage objektiv vorliegt oder nicht.³⁸ Indessen stellt der Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB, wie der bestimmte Artikel „der“ deutlich macht, auf eine tatsächlich bestehende Zwangslage ab.³⁹ Unterliegt der Betroffene insoweit einem Irrtum, so kommt es darauf an, ob dieser von seinem Vertragspartner geweckt oder

unterhalten wurde; in solchen Fällen kann eine Arglistanfechtung gem. § 123 BGB zum Zuge kommen. Im Übrigen sind die Regeln vom wucherähnlichen Geschäft heranzuziehen. Eine eigene Zwangslage kann auch dadurch entstehen, dass bestimmte Dritte wie insbesondere nahe Angehörige⁴⁰ oder enge Freunde⁴¹ sich in einer Zwangslage befinden.

An die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Zwangslage sind nach dem Willen des Gesetzgebers⁴² geringere Anforderungen zu stellen als an die nach früherer Gesetzeslage für Wucher erforderliche Notlage. Daher ist es nicht erforderlich, dass eine (natürliche oder juristische) Person in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht ist. Vielmehr genügt eine Situation ernsthafter Bedrängnis, in der das Wuchergeschäft dem Vertragspartner als das „kleinere Übel“ erscheint.⁴³ Dafür genügt es, dass ihm schwere wirtschaftliche Nachteile drohen⁴⁴ oder wenn wichtige Werte wie der eigene gute Ruf bedroht sind.⁴⁵ Auch vorübergehender Geldmangel kann zu einer Zwangslage führen.⁴⁶

bb) Beispielsfall: Schlüsseldienst

Die Abgrenzung zu einer reinen, für § 138 Abs. 2 BGB nicht genügenden Unannehmlichkeit kann bisweilen schwierig sein. Besonders deutlich wird dies anhand des Beispiels, dass sich eine Person aus ihrer Wohnung aussperrt.⁴⁷ Wird in solchen Situationen ein Schlüsseldienst hinzugezogen, so verlangt dieser bisweilen ein sehr hohes Entgelt von mehreren hundert Euro für eine Tätigkeit, die womöglich nur wenige Minuten dauert. Es besteht Streit darüber, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Ausgesperrte sich in einer Zwangslage iSv des Wuchertatbestands befindet. Die Diskussion wird hauptsächlich zu § 291 StGB geführt; sie ist aber auch für § 138 Abs. 2 BGB bedeutsam.

Im Strafrecht soll es nach einer teils vertretenen Ansicht darauf ankommen, ob dem Wohnungsinhaber in der konkreten Situation seines Ausgesperrtseins noch genügend Zeit bleibt, um Vergleichsangebote verschiedener Schlüsseldienste einzuholen. Eine Zwangslage soll demnach vorliegen, wenn dies dem Betroffenen aufgrund der Umstände

³² BAG AP BGB § 138 Nr. 64 Rn. 17 ff.; Nr. 71 Rn. 27.

³³ BAG AP BGB § 138 Nr. 71 Rn. 28; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 542; zum Lohnwucher s. auch *Bayreuther*, NJW 2007, 2022 ff.; *Hensler/Sittard*, RdA 2007, 159 ff.

³⁴ BAG BeckRS 1960, 31396748; *Benecke*, in: MHdbArb, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 38 Rn. 60.

³⁵ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 273; BGHZ 154, 47 (50 f.) = NJW 2003, 1860 (1861) betr. Grundstücksgeschäfte unter Ehegatten; NJW 1994, 1275 (1276); BGH NJW 1957, 1274 betr. Unternehmenserweiterung; weiter gehend RGZ 93, 27 (28).

³⁶ BAG BeckRS 1981, 31073667 = WM 1981, 1050 (1051).

³⁷ BGHZ 154, 47 (50) = NJW 2003, 1860 (1861); BGHZ 50, 63 (71) = NJW 1968, 1571; s. auch BGH NJW 1991, 1046 (1047) zu Abs. 1.

³⁸ *Wendtland* (Fn. 6), § 138 Rn. 51; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 277; *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2021, § 19 Rn. 17.

³⁹ *Schmidt-Räntsch*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 138 Rn. 51; *Hefermehl*, in: Soergel, BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999, § 138 Rn. 78; RG JW 1905, 75.

⁴⁰ RG JW 1915, 574.

⁴¹ BGH NJW 1980, 1574 (1575).

⁴² Vgl. BT-Drucks. 7/3441, 40; BGH NJW 1982, 2767 (2768); *Müller-Emmert/Maier*, NJW 1976, 1657 (1664).

⁴³ *Neuner*, BGB AT, 12. Aufl. 2020, § 46 Rn. 54.

⁴⁴ BGH NJW 1994, 1275 (1276); OLG Celle NJW 2003, 3638 (3639).

⁴⁵ Vgl. BGHSt 12, 390 (391) zu § 302a StGB aF = § 291 StGB nF.

⁴⁶ BGH NJW 1982, 2767 (2768).

⁴⁷ Eingehend *Armbrüster*, NZM 2021, 422 ff.

des Einzelfalls nicht zumutbar erscheint.⁴⁸ Davon wird man etwa dann auszugehen haben, wenn sich ein unbetreutes Baby oder Kleinkind in der Wohnung befindet, wenn der Wohnungsinhaber auf in der Wohnung befindliche Medikamente angewiesen ist, der Herd eingeschaltet ist oder Kerzen brennen. Gegen eine Zwangslage spricht es hingegen, wenn der Wohnungsinhaber Dritte erreichen kann, die ihn unterstützen.

Der *1. Strafsenat* des *BGH*⁴⁹ lässt es hingegen für eine Zwangslage genügen, dass sich der Wohnungsinhaber in ernsthafter Bedrängnis befindet und er daher auf die Leistungen des Schlüsseldienstes angewiesen ist, um wieder Zutritt zu seiner Wohnung zu erlangen.⁵⁰ Dabei geht das Gericht davon aus, dass sich der Ausgesperrte „nahezu stets“⁵¹ in einer misslichen Ausnahmesituation und damit auch in einer Zwangslage befinde. Der Umstand, dass der Betroffene ohne Weiteres einen anderen Schlüsseldienst beauftragen könnte, soll dem nicht entgegenstehen. Zudem könne er, wenn ihm die Preise vor der Türöffnung nicht offengelegt werden, mangels Kenntnis der Überhöhung gerade nicht einen Schlüsseldienst zu angemessenen Konditionen beauftragen.⁵²

Die weite Sicht des *1. Strafsenats* des *BGH* überzeugt jedenfalls für das Zivilrecht nicht.⁵³ Richtigerweise erfordert eine Zwangslage, dass vorhandene Rechtspositionen gefährdet sind.⁵⁴ Davon ist jedenfalls dann nicht auszugehen, wenn der Wohnungsinhaber ohne besonderen Zeitdruck zu entscheiden vermag, welchen Schlüsseldienst er beauftragt. So vermag bereits eine einfache Recherche im Internet Orientierung über die üblichen Preise und entsprechende Anbieter zu verschaffen. Hinzu kommt, dass dann, wenn bei Vertragsabschluss keine Abrede über den Werklohn getroffen wird, nach § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung als vereinbart gilt. Daher kommt bei diesem vom *1. Strafsenat* des *BGH* in den Blick genommenen Sachverhalt ein Wucher iSv § 138 Abs. 2 BGB bereits mangels eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht in Betracht. Es bleibt dann lediglich in Bezug auf das Erfüllungsgeschäft (Übereignung der Geldscheine) Raum für den Wuchertatbestand. Insoweit ist es freilich unschädlich, dass die Tür zu diesem Zeitpunkt regelmäßig

bereits wieder geöffnet ist. Die Zwangslage wirkt nämlich in dieser Situation gleichwohl fort.⁵⁵

Allerdings kommt es in Betracht, die Lage hinsichtlich eines eingesperrten Wohnungsinhabers abweichend zu beurteilen. Bei ihm könnte man eine Zwangslage annehmen, ohne dass wie bei ausgesperrten Personen besondere Umstände hinzutreten müssen. Dafür spricht, dass dann, wenn jemand in einer Wohnung gleichsam gefangen ist, ein höheres Gefährdungspotential besteht. Dies gilt etwa im Hinblick auf Feuer oder medizinische Notfälle. Zudem liegt in dem Eingesperrtsein eine erheblich größere Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungs- und Fortbewegungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GG als in einem Ausgesperrtsein. Daher erscheint es einem Eingesperrten anders als einem Ausgesperrten regelmäßig nicht zumutbar, vor Beauftragung des Schlüsseldienstes noch Vergleichsangebote einzuholen.⁵⁶

b) Unerfahrenheit

Unter Unerfahrenheit ist im hier interessierenden rechtsgeschäftlichen Kontext ein Mangel an allgemeiner Lebenserfahrung oder zumindest an Erfahrung in geschäftlichen Angelegenheiten zu verstehen.⁵⁷ Dieser Mangel kann an einem zu niedrigen Lebensalter liegen,⁵⁸ aber etwa auch daran, dass eine Person erst vor kurzem aus einem Land mit anderen Lebensbedingungen zugezogen ist.⁵⁹ Eine früher vorhanden gewesene Unerfahrenheit kann zwischenzeitlich verloren gehen, etwa infolge eines Gefängnisaufenthalts (vgl. als literarisches Beispiel *Franz Bieberkopf* im Roman „Berlin Alexanderplatz“).

Die allgemeine oder geschäftliche Unerfahrenheit kann auf bestimmte Lebens- und Wirtschaftsbereiche beschränkt sein.⁶⁰ Allerdings geht es gleichwohl um einen generellen Mangel an Kenntnissen, so dass Unerfahrenheit iSv § 138 Abs. 2 BGB nicht bereits dann anzunehmen ist, wenn der Betroffene lediglich im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft oder eine bestimmte Art von Geschäften (vgl. dazu § 54 Abs. 1 HGB) über keine Erfahrungen verfügt. Daher ist ein Kaufmann nicht bereits deshalb unerfahren, weil er sich in einer bestimmten Branche nicht gut auskennt.⁶¹

⁴⁸ OLG Köln NJ 2017, 158 = BeckRS 2016, 20875 Rn. 9; OLG Brandenburg BeckRS 2019, 31132 Rn. 13; *Pananis*, in: MünchKomm-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 291 Rn. 14.

⁴⁹ BGH NSiZ-RR 2020, 213 (214f.) mit zust. Anm. *Bechtel*, JR 2020, 570.

⁵⁰ LG Bonn BeckRS 2006, 7837 Rn. 60; AG Köln BeckRS 2015, 20416; *Bechtel*, JR 2019, 503 (507); *Ch. Schmidt*, in: BeckOK-StGB, Stand 1.5.2021, § 291 Rn. 24.

⁵¹ BGH NSiZ-RR 2020, 213 (215); s. auch *Ch. Schmidt* (Fn. 50), § 291 Rn. 24.

⁵² LG Bonn BeckRS 2006, 7837 Rn. 60 aE.

⁵³ S. dazu bereits *Armbrüster*, NZM 2021, 422 (425).

⁵⁴ *Jakl*, in: BeckOGK-BGB, Stand 15.6.2021, § 138 Rn. 608.

⁵⁵ *Armbrüster*, NZM 2021, 422 (425). So auch zu § 291 StGB BGH NSiZ-RR 2020, 213 (215); OLG Brandenburg BeckRS 2019, 31132 Rn. 12; s.

ferner *Bechtel*, JR 2019, 503 (506), der allerdings nicht zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft differenziert.

⁵⁶ *Armbrüster*, NZM 2021, 422 (425 f.).

⁵⁷ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 274; *Neuner* (Fn. 43), § 46 Rn. 56; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2020, § 14 Rn. 30; BGH DB 1958, 1241.

⁵⁸ Vgl. BGH NJW 1966, 1451.

⁵⁹ *Meier/Wehlau*, VuR 1991, 141 (143); s. auch BGHZ 125, 135 (140) = NJW 1994, 1475 (1476).

⁶⁰ *Enger* BGH WM 1982, 849; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 138 Rn. 22: nur allg. Unerfahrenheit sei maßgeblich.

⁶¹ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 274.

c) Mangel an Urteilsvermögen

Beim Mangel an Urteilsvermögen geht es anders als bei der Unerfahrenheit nicht lediglich um Kenntnisse, sondern um eine geistige Konstitution. Dies wird im Schrifttum bisweilen nicht klar unterschieden.⁶² Das Tatbestandsmerkmal liegt vor, wenn die betreffende Person nur eingeschränkt dazu in der Lage ist, sich bei ihren Entscheidungen von vernünftigen Beweggründen leiten zu lassen.⁶³ Dies kann etwa aufgrund einer Verstandesschwäche, eines hohen Lebensalters oder eines geringen Bildungsstands der Fall sein.

Zum Ausdruck kann ein mangelndes Urteilsvermögen etwa dadurch kommen, dass ohne jegliche Überlegung ein unvorteilhaftes Geschäft eingegangen wird. Dasselbe gilt für Anschaffungen, die ersichtlich nicht zu den verfügbaren finanziellen Mitteln oder zu den eigenen Bedürfnissen passen. Dies bedeutet allerdings keineswegs, dass entsprechende Geschäfte stets als Beleg für ein mangelndes Urteilsvermögen angeführt werden können; vielmehr liegt darin allenfalls ein Indiz.⁶⁴ § 138 Abs. 2 BGB soll den Betroffenen nämlich nicht generell davor schützen, sich durch Rechtsgeschäfte wirksam zu binden, die ihm bei objektiver Betrachtung unvorteilhaft sind. Wer nach seiner geistigen Konstitution ohne Weiteres in der Lage war, die mangelnde Vorteilhaftigkeit zu erfassen und sich gleichwohl – sei es aus Unbesonnenheit, einer Laune oder auch Spekulation heraus – für das Rechtsgeschäft entschieden hat, muss sich daran festhalten lassen.

Zutreffend führt der BGH in einem für das Tatbestandsmerkmal des „Mangels an Urteilsvermögen“ grundlegenden Urteil Folgendes aus: „Kein Fall von mangelndem Urteilsvermögen liegt [...] vor, wenn die Vertragspartei nach ihren Fähigkeiten zwar in der Lage war, die Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäfts sachgerecht zu bewerten, diese Fähigkeiten vor dem Vertragsabschluss aber nicht oder nur unzureichend eingesetzt hat.“⁶⁵ Dies hatte in dem betreffenden Fall zur Folge, dass ein Diplom-Betriebswirt, der ein mit einer Herrenhausruine bebautes Grundstück erwarb, sich nicht darauf berufen konnte, dass der Erwerb angesichts des vereinbarten Kaufpreises als unsinnig erschien. Dafür wären vielmehr außer diesem Indiz weitere Umstände erforderlich, aus denen folgt, dass es sich nicht lediglich um eine Fehleinschätzung handelt, sondern dass der Käufer aufgrund seiner unzureichenden intellektuellen Fähigkeiten nicht imstande war, die Wirtschaftlichkeit des Vertrags sachgerecht zu bewerten.⁶⁶

d) Erhebliche Willensschwäche

Eine erhebliche Willensschwäche ist anzunehmen, wenn zwar das Urteilsvermögen vorhanden, die betreffende Person jedoch nicht in der Lage ist, bei ihrem rechtsgeschäftlichen Handeln der daraus erwachsenden Beurteilung zu folgen.⁶⁷ Ursächlich hierfür kann ein konstitutioneller Mangel sein, insbesondere eine geistige Beschränktheit. Weitere mögliche Ursachen liegen in Drogen-, Alkohol- oder Spielsucht. Durch das Adjektiv „erheblich“ wird deutlich, dass es um eine Willensschwäche von einigem Gewicht gehen muss, so dass allein mangelnde Widerstandsfähigkeit gegenüber Werbeaussagen oder gegenüber den Überredungskünsten des Vertragspartners nicht genügt.⁶⁸

Das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Willensschwäche ist von den Willensmängeln iS der §§ 104 ff., 116 ff. BGB und insbesondere von Irrtümern nach § 119 BGB zu unterscheiden. Die Voraussetzungen und teils auch die Rechtsfolgen sind unterschiedlich. Auch wenn es eine Schnittmenge gibt, kommt keineswegs in jedem Willensmangel zugleich eine erhebliche Willensschwäche zum Ausdruck und umgekehrt.⁶⁹

e) Weitere Schwächen

Streit besteht darüber, ob neben den vier in § 138 Abs. 2 BGB ausdrücklich genannten Schwächen auch noch weitere Fälle in Betracht kommen. Verbreitet wird die Aufzählung für abschließend gehalten.⁷⁰ Indessen sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Wuchers nach den allgemeinen Regeln der Methodenlehre analogiefähig.⁷¹ Eine Analogie kommt dann in Betracht, wenn eine in § 138 Abs. 2 BGB nicht genannte Schwäche es dem Betroffenen in vergleichbar intensivem Maße erschwert, vernünftige wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen. Ein Beispiel bietet der Fall, dass eine Person aufgrund ihrer psychischen Disposition zu übertriebener Dankbarkeit neigt und sich dadurch zu Rechtsgeschäften mit auffälligem Leistungsmissverhältnis hinreißen lässt.⁷²

4. Ausbeutung der Schwäche

Der Vertragspartner beutet die Schwäche des Betroffenen aus, wenn er sie bewusst zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt. Dafür ist es nicht erforderlich, dass es dem Vertragspartner gerade auf die Ausnutzung ankommt. Vielmehr genügt es, dass er neben dem auffälligen Missverhältnis der Leistungen auch die Schwäche kennt und dass er sich diese

⁶² S. etwa *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 281.

⁶³ BT-Drucks. 7/3441, 40, 41; *Sturm*, JZ 1977, 84 (86); *Brox/Walker* (Fn. 57), § 14 Rn. 30.

⁶⁴ BGH NJW 2006, 3054 Rn. 30.

⁶⁵ BGH NJW 2006, 3054 Rn. 28.

⁶⁶ BGH NJW 2006, 3054 Rn. 30.

⁶⁷ OLG Köln OLGZ 1993, 193 (195); *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 284.

⁶⁸ BT-Drucks. 7/5291, 20; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 285. S. auch das Fallbeispiel bei *Armbrüster* (Fn. 10), Rn. 400.

⁶⁹ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 277.

⁷⁰ *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 306; *Looschelders*, in: NK-BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 138 Rn. 365.

⁷¹ *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 278.

⁷² Vgl. RG HRR 1930, 693.

Lage vorsätzlich zunutze macht.⁷³ Ist das Missverhältnis objektiv nicht lediglich auffällig, sondern besonders grob, so kommt eine tatsächliche Vermutung dafür zum Zuge, dass die subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind.⁷⁴ Durch lediglich fahrlässiges Verhalten kann eine Ausbeutung hingegen nicht stattfinden.⁷⁵ In solchen Fällen kann allerdings ein wucherähnliches Geschäft vorliegen (s. dazu sub C).

Das Vorliegen von Wucher wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Vertragspartner das mit Ausbeutung verfolgte Ziel auch tatsächlich erreicht. Ebenso unerheblich ist es, ob der Wucherer seinerseits unter Druck (etwa seitens seiner Gläubiger) steht und von dem Geschäft wirtschaftlich nicht unmittelbar profitiert. Schließlich hindert es eine Ausbeutung nicht, wenn es nicht der Wucherer, sondern der Bewucherte war, von dem die Initiative zu dem unangemessenen Geschäft ausgegangen ist.⁷⁶

V. Rechtsfolgen

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Wuchers erfüllt, so ist das Verpflichtungsgeschäft gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Die Nichtigkeit erfasst – anders als diejenige nach der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB – nicht allein das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch sämtliche Erfüllungsgeschäfte des Bewucherten.⁷⁷ Daher ist etwa auch die Bestellung eines Grundpfandrechts zur Sicherung eines wucherischen Darlehens unwirksam. Dem Bewucherten steht hinsichtlich der von ihm bereits erbrachten Leistungen die Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB zu. Zudem führt der Sittenverstoß dazu, dass gem. §§ 819 Abs. 2, 818 Abs. 4 BGB die verschärfte Haftung nach den allgemeinen Vorschriften eingreift. Dies bedeutet insbesondere, dass Geldschulden von ihrem Empfang an gem. §§ 291, 288 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 247 BGB) zu verzinsen sind.

Umgekehrt kann der Konditionsschuldner grundsätzlich seinerseits die Leistungskondition geltend machen. Dabei kommt freilich häufig der Ausschlussbestand des § 817 S. 2 BGB zum Zuge. Dieser Ausschluss greift lediglich dann nach dem sog. Unmittelbarkeitsprinzip nicht ein, wenn es um Leistungen geht, die für sich genommen nicht zu beanstanden, aber in ein sittenwidriges Gesamtverhalten eingebettet sind.⁷⁸ In solchen Fällen werden nach der Saldotheorie beide Ansprüche unmittelbar miteinander verrechnet.

C. Wucherähnliches Geschäft

I. Tatbestand

Liegen die strengen Voraussetzungen des Wuchers nicht vor, so kommt unter dem Gesichtspunkt des sog. wucherähnlichen Geschäfts Sittenwidrigkeit nach der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB in Betracht. Beim wucherähnlichen Geschäft handelt es sich um eine Schöpfung der Rechtsprechung, die mittlerweile infolge lang andauernder Anwendung und der Akzeptanz im Rechtsverkehr zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist. Bezweckt wird damit, auch unterhalb der hohen subjektiven Anforderungen des Wuchertatbestands bei unangemessenen Leistungsverhältnissen dem Vertrag die Wirksamkeit zu versagen. Ein wucherähnliches Geschäft setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht. Insoweit ergibt sich mithin kein Unterschied zum objektiven Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB.

In subjektiver Hinsicht muss zu dem objektiv auffälligen Missverhältnis nach Ansicht des BGH eine verwerfliche Gesinnung hinzutreten. Das Gericht bezeichnet dieses Merkmal generell als zur Feststellung der Sittenwidrigkeit iSv § 138 Abs. 1 BGB „unerlässlich“⁷⁹. Die verwerfliche Gesinnung kann etwa darin zum Ausdruck kommen, dass eine Partei die wirtschaftlich schwächere Position des Vertragspartners bewusst zu ihrem Vorteil ausnutzt oder sich zumindest leichtfertig der Einsicht verschließt, dass der andere sich nur unter dem Zwang der Verhältnisse, aus Mangel an Urteilsvermögen oder wegen erheblicher Willensschwäche auf den ihm ungünstigen Vertrag eingelassen hat.⁸⁰

Es lässt sich bezweifeln, ob ein solches subjektives Merkmal erforderlich ist.⁸¹ Der BGH spricht in diesem Zusammenhang auch vom „Unwerturteil des § 138 Abs. 1 BGB“⁸². Indessen geht es dabei nicht darum eine innere Haltung zu verurteilen, sondern den Vertragspartner vor einem ihn unbillig benachteiligenden Geschäft zu bewahren. Dies räumt der Sache nach letztlich auch der BGH ein, indem er eine tatsächliche Vermutung für die von ihm für erforderlich erachtete verwerfliche Gesinnung aufstellt.⁸³ Demnach ist die verwerfliche Gesinnung zu vermuten, wenn in objektiver Hinsicht nicht nur ein auffälliges, sondern ein besonders grobes Missverhältnis besteht. Davon ist auszugehen, wenn der verlangte Betrag etwa doppelt so hoch wie der verkehrübliche Preis ist.⁸⁴ Dabei muss dem Begünstigten nicht darüber hinaus bewusst sein, dass ihm

⁷³ BGH NJW 2017, 2403 Rn. 13.

⁷⁴ BGH NJW 1994, 1275; NJW-RR 1990, 1199.

⁷⁵ StRspr; BGH NJW 1985, 3006 (3007).

⁷⁶ BGH NJW 1985, 3006 (3007).

⁷⁷ BGH NJW 1982, 2767 (2768); NJW 1994, 1275 (sub II 1); *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 164.

⁷⁸ *Schwab* (Fn. 22), § 817 Rn. 44.

⁷⁹ BGH NJW 2010, 363 Rn. 6.

⁸⁰ BGHZ 146, 298 (301f.) = NJW 2001, 1127; BGH NJW 2010, 363 Rn. 10; NJW 2012, 2099 Rn. 13.

⁸¹ Krit. *Armbrüster* (Fn. 5), § 138 Rn. 220.

⁸² BGHZ 160, 8 (14) = NJW 2004, 2671 (2673).

⁸³ StRspr; BGHZ 125, 135 (140) = NJW 1994, 1475; BGHZ 146, 298 (304f.) = NJW 2001, 1127 (1128f.); BGH NJW-RR 2017, 1261 Rn. 20.

⁸⁴ StRspr; BGHZ 104, 102 (105) = NJW 1988, 1659; BGH NJW 2000, 1254 (1255); NJW-RR 2017, 1261 Rn. 10.

das Geschäft besonders vorteilhaft ist.⁸⁵ Allerdings muss ihm das Missverhältnis erkennbar sein.

Die vom BGH aufgestellte Vermutung der verwerflichen Gesinnung ist freilich widerleglich.⁸⁶ So sind etwa Verträge, die bei einer eBay-Auktion zu besonders günstigen Konditionen geschlossen werden, nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Anziehungskraft solcher Auktionen besteht nämlich gerade in der (berechtigten) Hoffnung der Bieter, den Gegenstand womöglich zu einem Schnäppchenpreis erwerben zu können.⁸⁷

II. Rechtsfolgen

Ist die genannte prozentuale Schwelle für ein wucherähnliches Geschäft überschritten, so gelten im Hinblick auf die bereits erbrachten Leistungen die oben (sub B V) für den Wucher aufgezeigten Regeln. Allerdings gilt es zu beachten, dass sich – wie dargelegt – anders als im Fall des § 138 Abs. 2 BGB die Nichtigkeit nicht auch auf die Erfüllungsgeschäfte erstreckt.

D. Ergebnisse

1. Die Auslegung des Wuchertatbestands in § 138 Abs. 2 BGB und in § 291 StGB folgt trotz weitgehend gleichen Wortlauts unterschiedlichen Regeln.
2. Liegt Wucher vor, so folgt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht aus § 134 BGB iVm § 291 StGB, sondern aus § 138 Abs. 2 BGB als vorrangiger Spezialregel. Der Vorbehalt in § 134 Hs. 2 BGB, wonach sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, ist mithin nicht heranziehbar.
3. Der Wuchertatbestand erfasst nur Austauschverträge. Dabei ist das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung nach objektiven Maßstäben zu bestimmen.

Für bestimmte Vertragstypen wie Darlehen, Miete und Arbeitsvertrag gelten teils besondere Regeln.

4. An den subjektiven Tatbestand des Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen.
5. Eine Zwangslage liegt nicht bereits dann vor, wenn für den Betroffenen eine Unannehmlichkeit besteht. Vielmehr muss er sich in einer Situation ernsthafter Bedrängnis befinden.
6. Unerfahrenheit betrifft die Kenntnisse über den Geschäftsverkehr, Mangel an Urteilsvermögen hingegen eine geistige Konstitution.
7. Einer Person mangelt es nicht bereits dann an Urteilsvermögen, wenn sie ein bei objektiver Betrachtung ersichtlich unvorteilhaftes Geschäft abschließt. Darin kann vielmehr allenfalls ein Indiz liegen.
8. Eine erhebliche Willensschwäche liegt vor, wenn der Betreffende zwar die Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Nachteile des Geschäfts hat, aber nicht in der Lage ist, entsprechend dieser Einsicht zu handeln.
9. Sind die strengen Anforderungen des § 138 Abs. 2 BGB nicht erfüllt, so kommt ein wucherähnliches Geschäft in Betracht. Dieses ist nach der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB zu beurteilen. Dabei bedarf es nach Ansicht des BGH zusätzlich zum auffälligen Leistungsmissverhältnis einer verwerflichen Gesinnung, die aber bei einem besonders groben Missverhältnis zu vermuten sein soll.
10. Hinsichtlich der Rechtsfolgen führt § 138 Abs. 2 BGB zu einer umfassenderen Nichtigkeit als Abs. 1, der das Verfügungsgeschäft regelmäßig nicht berührt. Allerdings kommt jeweils dann, wenn die Nichtigkeit zu Lasten der übervorteilten Partei ginge, stattdessen eine geltungserhaltende Reduktion zum Zuge.

⁸⁵ BGHZ 146, 298 (303) = NJW 2001, 1127 (1128) m. krit. Anm. *Maaß*, NJW 2001, 3467; s. aber auch BGHZ 160, 8 (17) = NZM 2004, 709: kein Sittenwidrigkeitsvorwurf bei Unkenntnis des Ergebnisses einer von mehreren zulässigen Wertermittlungsmethoden.

⁸⁶ Beispiele bei *Armbrüster* (Fn. 10), Rn. 407.

⁸⁷ BGH NJW 2012, 2723 Rn. 19 ff.; *Medicus/Petersen* (Fn. 25), Rn. 711; *Brox/Walker* (Fn. 57), § 14 Rn. 27.