

## *Gültigkeitsgrenzen eines Rechtsgeschäfts*

---

Der Gültigkeit von Willenserklärungen können sowohl die schon erläuterten **Mängel beim Zustandekommen** der Willenserklärung (wie Willensmängel, mangelnde Geschäftsfähigkeit) wie auch die ebenfalls schon besprochenen **Mängel im Erklärungsvorgang** (z.B. fehlender Zugang, Formmängel) entgegenstehen.

Daneben stellt die Rechtsordnung aber auch **gewisse Mindestanforderungen** an den Inhalt von Rechtsgeschäften. Derartige Mindestanforderungen an die inhaltliche Gestaltung finden sich insbesondere in den **Gültigkeitsschranken der §§ 134, 138 BGB**. Gemäß § 134 BGB sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig. Gemäß § 138 BGB gilt Gleiches für Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen.

Man kann sich fragen, ob die in der Normierung inhaltlicher Mindestanforderungen zu sehende Inhaltskontrolle nicht gegen den im Zivilrecht geltenden, verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Grundsatz der Privatautonomie und Vertragsfreiheit verstößt. Dies ist jedoch zu verneinen. Zwar beinhaltet der Grundsatz der Privatautonomie gerade auch die Freiheit, den Inhalt des Rechtsgeschäfts frei bestimmen zu können. Die Vertragsfreiheit muss aber dort ihre Schranken finden, wo überragende Interessen der Allgemeinheit oder grundlegende Wertentscheidungen der Rechtsordnung gefährdet sind. Weiterhin sind dann Schranken zu setzen, wenn die Intention der Vertragsfreiheit, die Selbstbestimmung des Einzelnen zu ermöglichen, grundlegend bedroht ist (etwa

dadurch, dass eine einseitige Machtstellung zur Ausnutzung des Schwächeren missbraucht wird). Diesen Zwecken dienen die Gültigkeitsschranken der §§ 134, 138 BGB.

---

### *I. Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB)*

§ 134 BGB ordnet an: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

Diese Bestimmung dient der **Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung**. Sie entspringt der Überlegung, dass ein Verhalten nicht einerseits gesetzlich verboten sein und andererseits rechtsgeschäftlich zum Gebot erhoben werden kann. So leuchtet beispielsweise ohne weiteres ein, dass die Rechtsordnung, die den Mord in § 211 StGB mit Strafe sanktioniert, nicht an anderer Stelle eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zu diesem Verhalten ermöglichen kann.

§ 134 BGB ist jedoch bei genauer Betrachtung keinesfalls so zu verstehen, dass jeder Verstoß gegen ein Gesetz zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes führt. Vielmehr muss bei einem Gesetzesverstoß zunächst geprüft werden, ob es sich bei der in Frage stehenden Norm um ein **Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB** handelt. Wenn dies zu bejahen ist, stellt sich als nächstes die Frage, ob der **Sinn und Zweck der Verbotsnorm** die Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts verlangt. Dass dies nicht immer der Fall sein muss, zeigt schon der zweite Halbsatz des § 134 BGB.

Nach herrschender und richtiger Auffassung setzt § 134 BGB nicht die **Kenntnis** der Verbotsnorm durch die Parteien voraus. Auch die Verletzung eines beiden Parteien unbekanntem Verbots macht einen Vertrag somit nichtig, wenn Sinn und Zweck des Verbots dies erfordern. Dies ergibt die Überlegung, dass auch die unbewusste Übertretung ohne Eingreifen des § 134 BGB zu dem Ergebnis führen würde, dass gesetzlich Verbotenes rechtsgeschäftlich geboten wäre. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Verbotsgesetz die Nichtigkeitsfolge selbst ausdrücklich oder nach seiner ratio auf die Fälle bewusster Übertretung beschränkt.

#### **1. Verbotsgesetz**

Eine Norm stellt ein gesetzliches Verbot **i.S.d. § 134 BGB** dar, wenn sie bestimmte Rechtsgeschäfte wegen ihres Inhalts oder wegen besonderer Umstände ihrer

Vornahme untersagt, wenn sie mit anderen Worten deren Vornahme verhindern will, weil sie sie für schädlich hält oder aus einem anderen Grunde missbilligt.

Dabei ist gemäß Art. 2 EGBGB „Gesetz“ i.S.d. BGB jede Rechtsnorm. Gesetzliche Verbote können sich also nicht nur aus formellen Gesetzen, sondern auch aus Rechtsverordnungen, autonomen Satzungen, Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts und aus Gewohnheitsrecht ergeben.

Zu beachten ist allerdings, **dass die Anwendung des § 134 BGB das grundsätzliche Bestehen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeit voraussetzt**. Verbotsnormen wollen ein bestimmtes Verhalten innerhalb des Rahmens rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten verhindern. Kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB liegt demnach vor, wenn die Norm den Raum für privatautonomes, rechtsgeschäftliches Handeln schon als solchen einengt.

Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn zwingende Gesetzesbestimmungen die Privatautonomie dadurch einschränken, dass sie die Parteien auf bestimmte, näher geregelte Rechts- und Geschäftstypen beschränken. So gilt im Sachenrecht, in Teilen des Familienrechts und im Erbrecht Typenzwang. Für Rechtsgeschäfte, die nicht einem der normierten Typen entsprechen, ist kein Raum, und sie sind daher ungültig, ohne dass es der Anwendung des § 134 BGB bedürfte. So wäre beispielsweise die Bestellung einer Hypothek an einem Auto nichtig, weil Hypotheken gemäß § 1113 Abs. 1 BGB lediglich an Grundstücken bestellt werden können. Eines Rückgriffs auf § 134 BGB bedürfte es zur Begründung dieses Ergebnisses nicht.

Auch im Schuldrecht finden sich zwingende Normen, die rechtsgeschäftlichen Gestaltungen mit gegenläufigem Inhalt keinen Raum lassen und ohne § 134 BGB zur Nichtigkeit führen. Viele Regelungen des Dienstvertrags- oder Wohnraummietrechts, die dem Schutz der sozial schwächeren Partei dienen, sind etwa auf diese Weise zwingend ausgestaltet. Ein weiteres Beispiel ist der das gesamte Schuldrecht prägende Grundsatz von Treu und Glauben. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz kann ebenfalls, ohne dass es des Rückgriffs auf § 134 BGB bedürfte, zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften führen.

Auch wenn bestimmte Rechte generell oder unter bestimmten Voraussetzungen für unübertragbar erklärt werden (wie etwa in §§ 399, 400, 514 BGB), handelt es sich nicht um gesetzliche Verbote i.S.d. § 134 BGB. Diese Bestimmungen lassen gegenläufigen Rechtsgeschäften schon als solchen keinen Raum.

**Beispiel:** A nimmt ein Darlehen bei B auf. Beide vereinbaren, dass die Forderung des B nicht abgetreten werden könne. Tritt B nunmehr die Forderung an C ab, so ist diese Verfügung schon nach § 399 BGB aufgrund der entgegenstehenden Vereinbarung nichtig.

Weiterhin gehören Normen, die einer Person für bestimmte Fälle die Disposition über ihr Vermögen entziehen, wie etwa der § 2211 BGB oder die §§ 80, 81 InsO, nicht zu den gesetzlichen Verboten i.S.d. § 134 BGB. Diese Normen wollen die vermögensrechtliche Dispositionsfreiheit einer Person beschränken, nicht aber einzelne Rechtsgeschäfte ihres Inhalts oder ihrer Umstände wegen verhindern. Gleiches gilt für Normen, die die Verfügungsmacht gesetzlicher Vertreter und der durch Gerichte bestellten Vermögensverwalter beschränken.

Alle soeben genannten Normen führen aus sich heraus zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, ohne dass es einer Anwendung des § 134 BGB bedürfte.

Man kann also präzisierend sagen, dass ein **gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB** dann vorliegt, wenn eine Norm für bestimmte Fälle die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das nach seiner allgemeinen Natur möglich ist, mit Rücksicht auf seinen Inhalt, auf die Umstände seiner Vornahme oder auf einen rechtlich missbilligten Erfolg untersagt.

Daraus ergibt sich, dass die meisten Verbotsgesetze nicht im BGB, das den Rahmen der Privatautonomie absteckt, sondern in Spezialgesetzen zu finden sind.

Verbotsnormen liegen insbesondere dann vor, wenn ein solches Gesetz die Vornahme eines Geschäfts unter Androhung einer Sanktion (Strafe, Entziehung einer Erlaubnis u.ä.) untersagt.

Bei der Auslegung einer Bestimmung dahin, ob sie eine Verbotsnorm darstellt, ist der Wortlaut ein wichtiges Indiz (aber auch nur ein Indiz!). Sagt das Gesetz, ein Geschäft „*können*“ nicht vorgenommen werden oder eine Rechtsfolge „*können*“ nicht vereinbart werden (Bsp.: §§ 181, 276 Abs. 2, 419 Abs. 3, 719 Abs. 1 BGB), so handelt es sich regelmäßig nicht um ein Verbot, sondern um eine Einschränkung des rechtsgeschäftlichen Könnens überhaupt. Anders ist es zumeist dann, wenn der Wortlaut des Gesetzes „*soll nicht*“, „*darf nicht*“ oder „*ist unzulässig*“ lautet. Hier handelt es sich in der Regel um das Verbot eines abweichenden Handelns.

Weiterhin ist zu beachten, dass es Normen gibt, die zwar Verbotsnormen darstellen, bei denen es aber einer Anwendung des § 134 BGB nicht bedarf, weil sie die

Nichtigkeit der gegen das Verbot verstößenden Geschäfte selbst anordnen (Bsp.: § 32 SGB I).

## 2. Folgen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz

Wie schon erwähnt, zieht nicht jeder Verstoß gegen ein Verbotsgesetz die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich. Vielmehr ist, wenn eine ausdrückliche Anordnung fehlt, das Verbotsgesetz daraufhin auszulegen, ob ein dem Verbot zuwiderlaufendes Geschäft nichtig sein soll oder ob der Verstoß nur andere Sanktionen (wie insbesondere Schadensersatzpflichten) nach sich zieht. Die Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich vom **Zweck des Verbots** ab. Zunächst ist danach zu fragen, ob das Gesetz das Geschäft selbst (wegen seines Inhalts oder wegen der mit ihm verfolgten Zwecke) untersagt, oder ob es nur die äußeren Umstände seiner Vornahme missbilligt.

Untersagt das Gesetz ein **Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts oder wegen des verfolgten Zweckes**, so zieht ein Verstoß zumeist die Nichtigkeit des verbotenen Geschäfts nach sich. Beispiele hierfür sind etwa die Verbote der Sachhehlerei (§ 259 StGB), der Beamtenbestechung (§§ 331 ff. StGB) oder des Handels mit menschlichen Organen (§ 17 TransplantG). Besonderheiten gelten, wenn das Verbot lediglich dem Schutz einer Partei dient, denn hier kann die völlige Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts diesem Schutzzweck zuwiderlaufen.

Missbilligt die Verbotsnorm das Geschäft hingegen nur wegen seiner **äußeren Umstände** (z.B. wegen Zeit und Ort), so führt der Verstoß in aller Regel nicht zur Nichtigkeit. Derartige Normen, die nicht den Erfolg eines Geschäfts als solchen verhindern wollen und bei denen ein Verstoß nicht zur Nichtigkeit führt, werden als „Ordnungsvorschriften“ bezeichnet.

**Fall:** B, stolzer Besitzer eines Tante Emma Ladens, beschließt, dass er gegen die Konkurrenz der Supermarktketten nur durch besondere Serviceleistungen ankommen kann. Um diesen Gedanken umzusetzen, will er sein Geschäft auch an Sonntagen öffnen. Am ersten Sonntag, an dem B seinen Plan umsetzt, kauft K, der unter der Woche vergessen hat, Lebensmittel zu besorgen und nun „auf dem Trockenen sitzt“, eine Tiefkühlpizza. Ist der zwischen B und K geschlossene Kaufvertrag wirksam?

Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LadenschlußG ist es dem B untersagt, an Sonn- und Feiertagen Waren zu verkaufen. Es handelt sich auf den ersten Blick um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB. Diese Norm will jedoch nicht den Verkauf von Waren als solchen verhindern, sondern nur den Verkauf zu bestimmten Zeiten (aus

Gründen etwa des Arbeitnehmerschutzes) unterbinden. Dieser Zweck erfordert nicht die Ungültigkeit von Kaufverträgen, die außerhalb der Ladenschlusszeiten erfolgen. Hier reicht vielmehr die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit (vgl. § 24 LadenschlußG) aus, um den Gesetzeszweck durchzusetzen.

Soweit die genannten Kriterien ergeben, dass das Verbotsgesetz die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts fordert, ist zu beachten, dass zunächst **nur der Teil des Rechtsgeschäfts**, der unmittelbar von dem Nichtigkeit begründenden Zweck des Verbotsgesetzes erfasst wird, nichtig ist. Ob sich diese Teilnichtigkeit auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt, ist nach § 139 BGB zu beurteilen. Danach liegt im Zweifel Gesamtnichtigkeit vor.

Diese Regel des § 139 BGB wird jedoch häufig für diejenigen Fälle durchbrochen, in denen das Verbotsgesetz dem **Schutz einer Partei** dient. So wird beispielsweise bei einem Verstoß gegen Preisvorschriften grundsätzlich nur Teilnichtigkeit angenommen. Als Beispiel mag hier der nach § 5 WiStG verbotene Mietwucher dienen. Diese Norm hat den Zweck, den Mieter vor überhöhten Mietpreisen zu schützen. Würde man nun bei einem Verstoß (also bei einem nach § 5 WiStG unzulässig überhöhten Mietzins) Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages annehmen, so wäre dem Mieter ein „Bären dienst“ erwiesen, denn nun müsste er mangels gültigen Mietvertrages die Wohnung räumen. Da dieses Ergebnis dem Schutzzweck des § 5 WiStG nicht entsprechen würde, nimmt man keine Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages, sondern nur Teilnichtigkeit hinsichtlich desjenigen Teils des vereinbarten Mietzinses an, der den zulässigen Mietzins übersteigt. Weitere Beispiele für eine Durchbrechung der Regel des § 139 BGB finden sich mit vergleichbaren Überlegungen insbesondere im Arbeitsrecht, das in großen Teilen auch dem Schutz einer Partei - nämlich des Arbeitnehmers - dient.

Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen des § 134 BGB stellt, ist, ob der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, das sich zunächst nur gegen den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages richtet, auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nach sich zieht. Diese Frage ist für die Rückabwicklung des nichtigen Geschäfts von besonderer Bedeutung. Ist neben dem Verpflichtungsgeschäft auch die Verfügung unwirksam, so kommen für die Rückgewähr des Vertragsgegenstandes auch Ansprüche aus dem nicht wirksam übertragenen Recht selbst in Betracht. Sollte beispielsweise ein Auto aufgrund eines Kaufvertrages übereignet werden, so kommt bei alleiniger Nichtigkeit des Kaufvertrages regelmäßig nur eine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht in Betracht. Ist dagegen neben dem Kaufvertrag auch die Übereignung nichtig, so ist daneben die Vindikation der Sache (§ 985 BGB) möglich.

Aufgrund des zivilrechtlichen **Abstraktionsgrundsatzes** sind die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft unabhängig voneinander zu beurteilen. Die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes nach § 134 BGB erstreckt sich also grundsätzlich nicht auf das Erfüllungsgeschäft. Etwas anderes muss aber dann gelten, wenn das Gesetz mit dem Verbot des Verpflichtungsgeschäfts die Güterbewegung, die durch die Verpflichtung vorbereitet wird, verhindern will. Dann muss auch das Erfüllungsgeschäft nichtig sein.

**Beispiel:** Gesetzt den Fall, der Autohändler A verspricht dem Strafrichter R, diesem im Falle eines Freispruchs einen Mercedes zu übereignen. Hier ist nicht nur die Verpflichtung des A, sondern auch die Übereignung des Autos gemäß § 333 Abs. 2 StGB i.V.m. § 134 BGB nichtig, denn § 333 StGB will auch die Vorteilsgewährung selbst verhindern.

Im umgekehrten Fall, also wenn das Verbotsgesetz das dingliche Geschäft untersagt, folgt aus dem Verbot des Erfüllungsgeschäfts regelmäßig auch das Verbot des hierauf gerichteten Verpflichtungsgeschäfts, denn es wäre sinnwidrig, die Verpflichtung zuzulassen, wenn die Erfüllung aufgrund des § 134 BGB nicht wirksam vorgenommen werden darf. Hier könnte man allerdings auch an eine Anwendung der §§ 275 Abs. 1, 311a BGB denken. Denn wenn das Erfüllungsgeschäft wegen des gesetzlichen Verbots von niemand durchgeführt werden kann, dann ist die Verpflichtung zu dem Erfüllungsgeschäft auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet.

### 3. Umgehungsgeschäfte

Weiterhin stellt sich im Rahmen des § 134 BGB die Frage, ob so genannte Umgehungsgeschäfte ebenfalls nichtig sind. Eine auf das römische Recht zurückgehende **Definition der Gesetzesumgehung** lautet: Gegen das Gesetz verstößt, wer tut, was das Gesetz verbietet; das Gesetz umgeht, wer ohne Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes den Sinn des Gesetzes hintergeht (*contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*). Ein Umgehungsgeschäft liegt also vor, wenn die Parteien den Zweck eines gerade um dieses Erfolges willen verbotenen Geschäfts mit Hilfe einer anderen, nicht ausdrücklich verbotenen rechtsgeschäftlichen Gestaltung zu erreichen suchen.

Umgehungsgeschäfte sind **teilweise ausdrücklich verboten** (s. etwa §§ 306a, 312f, 475 Abs. 1, 478 Abs. 4 Satz 3, 487, 506, 655e Abs. 1 BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz).

Aber auch wenn eine derartige **ausdrückliche Normierung fehlt**, muss das Umgehungsgeschäft dann nichtig sein, wenn der **Zweck des Verbotsgesetzes** durch die mit dem Umgehungsgeschäft gewählte rechtliche Gestaltung vereitelt wird. Dies ist dann der Fall, wenn das Verbotsgeschäft nicht nur ein Geschäft einer bestimmten (genannten) Art untersagt, sondern den geschäftlich verfolgten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg verhindern will.

Es ist allerdings streitig, auf welchem Weg dieses (als solches unstrittige) Ergebnis zu erreichen ist. Teilweise (s. Larenz/Wolf, BGB-AT, 8. Aufl., § 40 Rdnr. 30), wird eine analoge Anwendung des Verbotsgesetzes i.V.m. § 134 BGB angenommen. Andere (Medicus, BGB-AT, 8. Aufl., Rdnr. 660) sehen eine solche Analogie mangels Gesetzeslücke als unzulässig an. Sie erreichen dasselbe Ergebnis mit den Mitteln der Auslegung der Verbotsnorm. Nach dieser Auffassung ergibt die Gesetzesauslegung, die sich ja nicht nur nach dem bloßen Wortlaut richtet (grammatische Auslegung), sondern vorrangig den Sinn und Zweck des Gesetzes zu berücksichtigen hat (teleologische Auslegung), dass die Verbotsnorm nicht nur die ausdrücklich erfassten, sondern eben auch diejenigen Geschäfte verhindern wolle, die sich auf den gleichen gesetzlich missbilligten Zweck richten. Nach dieser Ansicht wäre ein Umgehungsgeschäft also in direkter Anwendung der Verbotsnorm i.V.m. § 134 BGB nichtig. Eine dritte Meinung (MünchKomm/Mayer-Maly, 3. Aufl., § 134 Rdnr. 12) hält den Grundsatz der Nichtigkeit von Umgehungsgeschäften für einen eigenständigen Nichtigkeitsgrund.

Dem Streit um die Begründung der Nichtigkeit kommt jedoch keine praktische Bedeutung zu.

**Beispielfall:** Dem Gastwirt G wird wegen Trunkenheit die Gaststättenerlaubnis entzogen (vgl. §§ 15 Abs. i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GaststättenG). Da er dennoch von seinem Geschäft nicht ablassen will, verkauft er die Gaststätte an seinen Freund K, der selbst keinerlei Interesse an dem Betrieb einer Gaststätte hat, und vereinbart mit diesem, dass K eine eigene Gaststättenerlaubnis erwirken und G dann in der Wirtschaft als Geschäftsführer tätig sein würde. Ist diese Vereinbarung gültig?

§ 2 Abs. 1 S. 1 GaststättenG ergibt, dass G ohne die notwendige Erlaubnis keinen Gaststättenbetrieb führen darf. Dieses gesetzliche Verbot würde umgangen, wenn G über die Vereinbarung mit K in die Lage versetzt würde, eine Gaststätte zu leiten. Deshalb ist die Vereinbarung, dass G die Gaststätte als Geschäftsführer leiten soll, gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GaststättenG i.V.m. § 134 BGB (je nach Auffassung: direkt oder analog) nichtig.



Als nächstes stellt sich die Frage, ob auch der Kaufvertrag von der Nichtigkeit der Vereinbarung erfasst wird. Dies wäre dann der Fall, wenn Kaufvertrag und Vereinbarung ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB darstellen würden, und nicht anzunehmen wäre, dass G und K den Kaufvertrag auch ohne die Vereinbarung der Geschäftsführung geschlossen hätten. Die Annahme eines Rechtsgeschäfts i.S.d. § 139 BGB scheidet nicht daran, dass Kaufvertrag und Vereinbarung sich zunächst als zwei verschiedene Einigungen darstellen, denn § 139 BGB erfasst auch mehrere Rechtsgeschäfte, soweit sie nach Parteiwillen nicht unabhängig nebeneinander stehen sollen. Im vorliegenden Fall sollten Kaufvertrag und die Vereinbarung der Geschäftsführung nicht selbstständig nebeneinander stehen, denn G und K tätigten den Kauf ja gerade in Hinblick auf die weitere Vereinbarung. Nach dem Parteiwillen liegt also nur ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB vor. Nach dem Sachverhalt wäre der nicht von § 134 BGB erfasste Teil (Kaufvertrag) nicht abgeschlossen worden, wenn die Parteien von der Nichtigkeit des von § 134 BGB (Vereinbarung der Geschäftsführung) erfassten Teiles gewusst hätten. Denn G ging es nur um die Gesetzesumgehung, während K an dem Betrieb einer Gaststätte keinerlei eigenes Interesse hatte.

Beide Teile sind mithin nichtig.

---

## *II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)*

§ 138 Abs. 1 BGB lautet: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig“. Abs. 2 regelt einen Sonderfall des sittenwidrigen Geschäfts, den Wucher.

**§ 138 BGB soll verhindern, dass sich die Rechtsordnung in den Dienst des Unsittlichen stellt.** Unsittliches und allgemein missbilligtes Verhalten soll also nicht mit den Mitteln des Rechts erzwingbar sein. Dabei ist zu beachten, dass § 138 BGB keinesfalls die Maßstäbe einer Hochethik übernimmt, sondern nur die grundlegenden, allgemein anerkannten Wertvorstellungen unserer Gesellschaft in die Rechtsordnung integriert.

Vergleicht man den schon dargestellten § 134 BGB mit § 138 BGB, so sieht man, dass die beiden Normen in ihrer Zielsetzung sehr ähnlich sind. Beide Vorschriften sollen verhindern, dass sich das Recht in den Dienst missbilligten rechtsgeschäftlichen Verhaltens stellt. Unterschiedlich ist jedoch der Grund der Missbilligung. § 134 BGB verweist auf die Missbilligung durch die

Rechtsordnung, § 138 BGB hingegen auf die Missbilligung durch eine (scheinbar) außerrechtliche Ordnung, die Sittenordnung. Diese beiden Ordnungen - Rechtsordnung und Sittenordnung - stimmen oft, aber nicht immer überein. So ist beispielsweise der Mord rechtswidrig und gleichzeitig sittenwidrig. Falschparken hingegen ist zwar rechtswidrig, aber nicht sittenwidrig. Knebelungsverträge andererseits sind zwar sittenwidrig, verstoßen aber gegen kein gesetzliches Verbot.

## 1. Verstoß gegen die „guten Sitten“ (§ 138 Abs. 1 BGB)

### *a. Begriff der „guten Sitten“*

Hinsichtlich der Voraussetzungen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB ist der Begriff der „guten Sitten“ von zentraler Bedeutung.

Die Bestimmung dieses Begriffs erweist sich aus mehreren Gründen als überaus schwierig. Zum einen wird sie dadurch erschwert, dass wir in einer **pluralistischen Gesellschaft** leben, in der die Wertvorstellungen der einzelnen Gesellschaftsgruppen stark differieren. Es stellt sich damit die Frage, welche der Wertvorstellungen der verschiedenen Gesellschaftsgruppen dem Urteil des Richters zugrunde zu legen ist. Zum anderen ist zu bedenken, dass die Wertvorstellungen im Laufe der Zeit einem **dauerndem Wandel** unterliegen. So wurden beispielsweise pornographische Darstellungen Mitte des vergangenen Jahrhunderts noch von überwiegenden Teilen der Bevölkerung als hochgradig anstößig empfunden, während die meisten Menschen der heutigen Gesellschaft sie vielleicht als nicht dem eigenen Geschmack gemäß, aber eben nicht unbedingt als sittlich verwerflich empfinden.

Angesichts dieser Schwierigkeiten kann wohl nicht mehr überraschen, dass der Begriff der „guten Sitten“ in Rechtsprechung und Literatur sehr unterschiedlich bestimmt wird.

Die **Rechtsprechung** bestimmt den Begriff der „guten Sitten“ nach dem **„Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“**.

Um das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu ermitteln, stellt sie vorrangig auf die Anschauungen des betroffenen Rechtskreises ab. Auf den allgemeinen Standard kommt es dabei nur dann an, wenn eine Maxime für den gesamten Rechtsverkehr gelten soll, während bei sittlichen Sätzen mit beschränktem Geltungsanspruch die Anschauungen des betroffenen

Verkehrskreises entscheidend sind. Es geht dabei allerdings nie um die bloße Feststellung der Anschauungen, sondern auch um deren Bewertung.

**Beispiele:** Handelt es sich in einem konkreten Fall um eine Frage, die nur Kaufleute betrifft, so wird vorrangig die Auffassung der am kaufmännischen Verkehr Beteiligten betrachtet. Andere Fragen, wie etwa die nach der Sittenwidrigkeit von „Peep-Shows“, betreffen die gesamte Gesellschaft. Damit sind insoweit die allgemeinen Anschauungen entscheidend.

Die Begriffsbestimmung der Rechtsprechung wird vielfach kritisiert. Insbesondere wird ihr vorgeworfen, sie sei „leerformelartig“. Dieser Kritik ist zuzugeben, dass der Verweis auf „Anstandsgefühl“ inhaltlich nicht wesentlich konkreter ist als der zu definierende Begriff der „guten Sitten“ selbst, und die Formel ihrerseits weiterer Konkretisierung bedarf. Auch die Bezugnahme auf die „billig und gerecht Denkenden“ wird kritisiert, da nicht ohne weiteres ersichtlich ist, wer denn diese „billig und gerecht Denkenden“ sind.

Dennoch empfiehlt es sich (zumindest in der Klausur), die Formel der Rechtsprechung als Ausgangspunkt weiterer Erörterungen zu wählen. Immerhin zeigt sie, dass das Sittenwidrigkeitsurteil grundsätzlich einen **Konsens** über das „Billige und Gerechte“ voraussetzt („aller“!). Es reicht also nicht die persönliche moralische Überzeugung des Richters aus, um ein Rechtsgeschäft als sittenwidrig zu verwerfen. Auch macht die Voraussetzung „billig und gerecht Denkenden“ deutlich, dass die übliche **Korruption und der übliche Schlendrian** selbst dann der Sanktion des § 138 BGB unterfallen können, wenn sie von der Mehrheit der Bevölkerung praktiziert werden.

Diejenigen Literaturstimmen, die die Formel der Rechtsprechung ablehnen, versuchen den Begriff der „guten Sitten“ auf andere Weise zu bestimmen. Hierzu wird beispielsweise auf die **Sozialmoral**, den **ordre public** (= die Ordnung der gegebenen Gesellschaft), oder auf den **Schutzzweck** bestimmter Institutionen abgestellt.

All diese Formulierungen sind sicherlich in Teilaspekten zutreffend. Dennoch kann ihnen nicht uneingeschränkt zugestimmt werden.

So muss sich der Ausdruck der **Sozialmoral** den Vorwurf der Unbestimmtheit mindestens im gleichen Maß wie die Formel der Rechtsprechung gefallen lassen, ohne jedoch deren oben genannte Vorzüge zu besitzen.

Der Aspekt des **ordre public** stammt aus dem internationalem Privat- und Prozessrecht und dient dort dazu, der Geltung ausländischem Rechts und

ausländischer Entscheidungen in den Fällen die Anerkennung zu versagen, in denen sie mit dem Kernbestand der inländischen Rechtsordnung (= ordre public) in untragbarem Widerspruch stehen. Der Ansatz, der die Sittenwidrigkeit durch einen Rückgriff auf den ordre public zu bestimmen versucht, ist sicherlich insoweit zutreffend, als sich auch die Frage der Sittenwidrigkeit an den Grundwerten der Rechtsgemeinschaft zu messen hat. Der Ansatz verkennt jedoch, dass die Rechtsordnung die inländische Privatautonomie nicht in gleicher Weise anzuerkennen braucht wie die Souveränität ausländischer Staaten. Nicht zuletzt aus diesem Grund sind die Voraussetzungen der Beschränkung inländischer Privatautonomie durch § 138 BGB anders als die Voraussetzung der Anwendbarkeit ausländischen Rechts zu beurteilen. Auch der Ansatz am ordre public vermag somit nicht zu überzeugen.

Der dritte genannte Ansatz (**Schutzzweck bestimmter Institutionen**) ist zwar sicherlich in die Überlegungen im Rahmen des § 138 BGB mit einzubeziehen. Der Ansatz schöpft jedoch den Gedanken des § 138 BGB für sich alleine nicht aus.

Die genannten Versuche der Begriffsbestimmung überzeugen somit insgesamt nicht.

Teilweise wird noch vertreten, dass eine einheitliche Definition im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB unmöglich sei, und man daher auf die Bildung von **Fallgruppen** zurückgreifen müsse.

Dieser Auffassung ist zuzugeben, dass Fallgruppen im Rahmen einer Norm, die auf einen derart unbestimmten Begriff wie „gute Sitten“ aufbaut, einen wertvollen Dienst leisten. Fallgruppen allein, ohne Vorstellung davon, was die Norm sanktionieren will, ermöglichen jedoch nur sehr begrenzt die Fortbildung der Rechtsanwendung. Hierfür ist ein begriffliches Instrumentarium neben der Fallgruppenbildung unentbehrlich.

Dieses begriffliche Instrumentarium kann man einmal in der genannten Formel der Rechtsprechung finden. Man kann den Inhalt der „guten Sitten“ aber, auch wenn man von der Formel der Rechtsprechung ausgeht, noch weiter differenzieren. So unterteilt Larenz den Inhalt in den **sozialethischen und den rechtsethischen Inhalt der guten Sitten**.

Zum sozialethischen Inhalt der guten Sitten gehören dabei jene sozialen, nicht unbedingt rechtlich normierten Verhaltensanforderungen, die auf denjenigen Wertvorstellungen beruhen, die nach der gemeinsamen Überzeugung der

Angehörigen der betroffenen Kreise für den gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Verkehr unentbehrlich sind.

Neben dieser herrschenden sozialetischen Moral gibt es auch rechtsethische Prinzipien und Wertvorstellungen, die sich aus Werten, die der Rechtsordnung selbst immanent sind, ergeben. Insbesondere die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes und hier wiederum besonders die in den Grundrechten verankerten Wertentscheidungen erlangen über die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB Geltung im Privatrecht. Diese „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte im Privatrecht ist allgemein anerkannt. Bei der Prüfung, ob eine „mittelbare Drittwirkung“ in einer konkreten Frage in Betracht kommt, ist immer zu beachten, dass nicht jede Kollision eines Rechtsgeschäfts mit grundgesetzlichen Werten schon zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führt, denn ansonsten käme man zu einer in der Konzeption unserer Verfassung nicht vorgesehenen und dementsprechend von der herrschenden Meinung zu Recht auch abgelehnten „unmittelbaren Grundrechtsdrittwirkung“.

Im Verhältnis zwischen sozialetischen und rechtsethischen Prinzipien gebührt im Zweifel den letzteren der Vorrang. Insbesondere, wenn eine herrschende Moralauffassung in der Gesellschaft nicht eindeutig festgestellt werden kann, hat sich der Richter an den in unserer Rechtsordnung und hier insbesondere an den im Grundgesetz festgelegten Grundwerten zu orientieren.

Abschließend ist anzumerken, dass der Begriff der guten Sitten im Privatrecht an zwei weiteren Stellen vorkommt. Neben § 138 BGB nennen auch § 826 BGB und § 1 UWG den Begriff der guten Sitten. Strittig ist, ob „gute Sitten“ in allen drei Normen gleich ausgelegt werden muss. Teilweise wird dies mit Hinblick auf die „Einheit der Rechtsordnung“ bejaht. Andere meinen, der Begriff sei in den drei Normen nicht einheitlich zu verstehen. Diese Auffassung verweist auf die unterschiedlichen Aufgaben der drei Normen. § 138 BGB beschränkt die Inhaltsfreiheit, indem er rechtsgeschäftliche Regelungen bewertet und gegebenenfalls für ungültig erklärt, und verhindert damit, dass unsittliches Verhalten rechtlich erzwingbar wird. § 826 BGB und § 1 UWG betreffen anders als § 138 BGB auch nicht-rechtsgeschäftliches Verhalten und führen gegebenenfalls zu Schadensersatz- bzw. Unterlassungsansprüchen. Obwohl die letztgenannte Auffassung in ihrem Verweis auf die unterschiedlichen Aufgaben zuzustimmen ist, kann dennoch bei der Bestimmung des Begriffs der „guten Sitten“ bei allen drei Normen von den gleichen, schon erläuterten Grundsätzen ausgegangen werden. Die unterschiedlichen Normzwecke können bei der Ausfüllung des Begriffs im Einzelfall hinreichend beachtet werden.

*b. Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils*

Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils ist **das Rechtsgeschäft selbst**. § 138 BGB soll nicht unsittliches Verhalten als solches sanktionieren, sondern sittenwidrigen Geschäften die Gültigkeit und damit die rechtliche Durchsetzbarkeit nehmen.

Verstößt der Inhalt eines Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten, so ist das Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf die begleitenden Umstände nach § 138 BGB nichtig. Als Beispiel mag der rechtsgeschäftliche Verzicht auf Grundrechte dienen.

Teilweise ergibt sich die Sittenwidrigkeit eines Geschäfts aber nicht allein aus seinem Inhalt, sondern erst aus dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts unter Berücksichtigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck. Dann kann das sonstige Verhalten der Parteien durchaus von Belang sein.

**Beispiel:** Der Verzicht auf den Unterhalt nach einer Scheidung ist an sich möglich und somit nicht allein aufgrund seines Inhalts sittenwidrig. Die Sittenwidrigkeit kann sich jedoch aus dem Zweck des Verzichts ergeben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn alleinige Motivation des Verzichts ist, dem an sich Unterhaltsberechtigten einen Anspruch auf Sozialhilfe zu verschaffen.

*c. Zeitpunkt des Sittenwidrigkeitsurteils*

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich der **Zeitpunkt der Vornahme**. Dementsprechend sind auch für die Bewertung der Sittenwidrigkeit eines Geschäfts die tatsächlichen Umstände und die Wertvorstellungen in diesem Zeitpunkt entscheidend.

Dies gilt auch dann, wenn sich die Umstände oder Wertvorstellungen nachträglich **zu Ungunsten der Parteien** ändern, denn würde man zulassen, dass derartige nachträgliche Änderungen ein wirksames Geschäft unwirksam werden ließen, so würde dies eine unerträgliche Rechtsunsicherheit für die Beteiligten mit sich bringen. Derartige Änderungen können somit allenfalls über § 242 BGB zu berücksichtigen sein.

Umstritten ist die Frage, ob der Zeitpunkt der Vornahme auch dann entscheidend ist, wenn sich die Umstände bzw. Wertvorstellungen **zugunsten der Parteien** ändern. Dies ist zu bejahen, denn es ist schwer denkbar, dass ein eigentlich endgültig, von Anfang an nichtiges Geschäft ohne weiteres gültig wird. Die gegenteilige Ansicht führt bildlich gesprochen zu dem merkwürdigen Ergebnis,

dass eine Totgeburt Wochen und Monate nach der erfolglosen Niederkunft plötzlich zu atmen anfängt. Ein solches Geschäft kann jedoch mittels einer Bestätigung durch Neuvornahme (§ 141 BGB) gültig werden.

Eine **andere Antwort** auf die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt kann jedoch bei Verfügungen von Todes wegen, namentlich beim **Testament** gegeben werden. Hier müssen die Umstände und die Wertvorstellungen im Zeitpunkt des Erbfallens entscheidend sein. Dies ergibt sich aus mehreren Überlegungen. Zum einen entfaltet das Testament seine endgültige Wirkung erst mit dem Erbfall. Zudem kann der Erblasser zu Lebzeiten seine Verfügung jederzeit frei ändern. Insbesondere wird man dem Grundsatz, dass dem Erblasserwillen soweit wie möglich Rechnung getragen werden soll, nur dann gerecht, wenn man auf die Umstände im Todeszeitpunkt abstellt.

Das folgende Beispiel mag dies illustrieren:

Testamentarische Zuwendungen an Geliebte werden dann für sittenwidrig gehalten, wenn sie allein der Entlohnung geschlechtlicher Hingabe dienen. (Bei diesem Beispiel ist zu beachten, dass die Erbeinsetzung einer Geliebten aus anderen Motiven, z.B. zu ihrer Versorgung, regelmäßig wirksam ist.)

Würde man nun bei einem solchen Mätressentestament, das zunächst auf der genannten Motivation beruhte, auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung abstellen, so wäre dieses Testament auch dann ungültig, wenn der Erblasser die Geliebte vor seinem Tod heiratet. Diese Nichtigkeit ließe sich offensichtlich nicht mehr mit dem Sinn und Zweck des § 138 Abs. 1 BGB begründen.

*i. Subjektives Element?*

Umstritten ist, ob die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB an eine subjektive Voraussetzung geknüpft ist. Als mögliche subjektive Elemente werden genannt:

- Verwerfliche Gesinnung,
- Bewusstsein der Wertung des Geschäfts als sittenwidrig,
- Kenntnis (oder fahrlässige Unkenntnis) der Umstände, auf denen das Sittenwidrigkeitsurteil beruht.

Nach zutreffender Ansicht ist **weder eine verwerfliche Gesinnung noch ein Bewusstsein der Wertung** als sittenwidrig als obligatorisches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu fordern. Andernfalls würde derjenige, der die guten Sitten gar nicht erst zur Kenntnis nimmt, wirksam kontrahieren können. Damit würde der

gänzliche Mangel an „Anstandsgefühl“ belohnt. Ausnahmen müssen allerdings dann gelten, wenn sich das Sittenwidrigkeitsurteil gerade aus einer verwerflichen Gesinnung ergibt. Beispiel hierfür ist der Spezialfall des Wuchers in § 138 Abs. 2 BGB, der mit dem Tatbestandsmerkmal des Ausbeutens ein verwerfliches Vorgehen voraussetzt.

Fraglicher ist, ob es wenigstens auf die **Kenntnis der tatsächlichen Umstände** ankommt, auf denen das Sittenwidrigkeitsurteil beruht. Dies wird jedenfalls vielfach in Literatur und Rechtsprechung angenommen.

Teilweise wird dieser Auffassung entgegen gehalten, dass ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt als sittlich unerträglich empfunden wird, nicht dadurch erträglicher werden kann, dass die Beteiligten sich im Irrtum befinden.

Richtig ist es wohl, in diesem Punkt je nach Einzelfall zu differenzieren. Ergibt sich die Sittenwidrigkeit allein aus dem objektiven Geschäftsinhalt, so ist der letzten Auffassung zu folgen. Auf die Kenntnis der Beteiligten kann es hier nicht ankommen.

**Beispiel:** Ein Knebelungsvertrag wird nicht dadurch erträglicher, dass der Gläubiger irrtümlich angenommen hat, dem Schuldner verbleibe eine gewisse Freiheit.

Anderes gilt dann, wenn sich die Sittenwidrigkeit erst aus dem Geschäftszweck oder sonstigen Umständen ergibt. Hier kann je nach Einzelfall erst eine zu missbilligende Motivation das Sittenwidrigkeitsurteil begründen. Als Beispiel mag hier das schon erwähnte „Mätressentestament“ dienen, dessen Sittenwidrigkeit sich erst aus den Absichten der Beteiligten und damit aus einem subjektiven Element ergibt.

Die hier vertretene Auffassung lässt sich zusammenfassend so ausdrücken: Subjektive Faktoren können Unbedenkliches bedenklich machen, während Bedenkliches nicht allein wegen des Fehlens subjektiver Voraussetzungen unbedenklich wird.

## 2. Fallgruppen

Wenn auch Fallgruppen allein nicht ausreichen, den Sittenverstoß hinreichend zu begründen, so ist doch ihre Kenntnis und ihr Verständnis gerade beim generalklauselartig gefassten § 138 Abs. 1 BGB von unschätzbarem Wert. Deshalb soll nun auf einige wichtige anerkannte Fallgruppen eingegangen werden.



*a. Knebelungsverträge*

Knebelungsverträge sind Vereinbarungen, die dem **Schuldner jeden wesentlichen geschäftlichen oder persönlichen Handlungsspielraum nehmen**. Derartige Verträge sind sittenwidrig.

Der Grund der Sittenwidrigkeit liegt dabei in diesen Fällen weniger in der herrschenden Moral (sozialethischer Inhalt), als in dem in unserer Rechtsordnung geltenden Grundprinzip, dass dem einzelnen eine freie Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich sein soll (rechtsethischer Inhalt). Dieses Prinzip ist grundrechtlich (vor allem: Art. 2 GG für die persönliche und Art. 12 GG für die berufliche Betätigung) verankert. Diese Grundrechte finden hier über § 138 Abs. 1 BGB zur erwähnten mittelbaren Drittwirkung.

Zu beachten ist, dass im Rahmen der Privatautonomie eine vertragliche Bindung und damit eine Selbstbeschränkung der Handlungsfreiheit grundsätzlich gerade möglich ist. Ein sittenwidriger Knebelungsvertrag liegt dementsprechend erst dann vor, wenn in den vertraglichen Regelungen eine **erhebliche** Beschränkung der Handlungsfreiheit zu sehen ist.

**Beispiel:** Ein Hotelier, der bei einer Bank einen Kredit aufnimmt, muss dieser zur Sicherheit nicht nur das gesamte Hotel übereignen, sondern wird überdies verpflichtet, vor jeder unternehmerischen Entscheidung die Zustimmung der Bank einzuholen.

Diese Vereinbarung nimmt dem Hotelier jeglichen Raum zur freien Ausübung seines Gewerbebetriebs und ist somit als sittenwidriger Knebelungsvertrag anzusehen.

Nah mit der Schuldnerknebelung verwandt, ist der Fall der **Übersicherung**. Hier lässt sich der Gläubiger Vermögensgegenstände des Schuldners übertragen, deren Wert den geschuldeten Betrag wesentlich übersteigt.

**Beispiel:** A übereignet dem B zur Sicherung eines Kredits in Höhe von 10.000,00 € sein gesamtes Warenlager im Wert von 500.000,00 €.

Derartige Sicherungsverträge führen dazu, dass dem Schuldner die Möglichkeit genommen wird, über das gebundene Vermögen zu verfügen. Damit kann der Schuldner die in Frage stehenden Vermögenswerte zum einen nicht mehr einsetzen, um andere Gläubiger zu befriedigen. Zum anderen kann er sie auch nicht als Sicherheiten für neue Verbindlichkeiten anbieten, was - zumindest dann, wenn wesentliche Teile seines Vermögens durch die Übersicherung erfasst sind - dazu

führt, dass seine Möglichkeiten, neue Kredite zu erhalten, sehr gering sind. Zu bedenken ist weiterhin, dass der Gläubiger eine den Wert der gesicherten Forderung weit übersteigende Sicherung nicht benötigt, und somit kein rechtlich schützenswertes Interesse an einer solchen Übersicherung hat. Damit ist die in der Übersicherung liegende Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Schuldners als unangemessen und sittenwidrig anzusehen.

*b. Schädigung Dritter*

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann auch darin begründet sein, dass die Parteien den Zweck verfolgen, einen Dritten zu schädigen, bzw. dass eine solche Schädigung durch die Parteien vorausgesehen und in Kauf genommen bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht vorausgesehen wird.

Als klassisches **Beispiel** ist die **Gläubigergefährdung durch Kredittäuschung** zu nennen. Ein typischer Fall einer solchen Gläubigergefährdung liegt vor, wenn ein Gläubiger den Schuldner kurzfristig mit Geld ausstattet, damit dieser gegenüber Dritten kreditwürdig erscheint.

Zu beachten ist, dass es in dieser Fallgruppe entscheidend auf die subjektiven Absichten der Beteiligten ankommt. So ist etwa die unsichtbare Sicherung eines Gläubigers mit Vermögenswerten allein noch keine sittenwidrige Gläubigergefährdung, denn es liegt in der Natur der gebräuchlichsten Sicherungsmittel (Sicherungszeession, Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt), dass sie nach außen nicht ohne weiteres erkennbar sind.

*c. Kommerzialisierung des höchstpersönlichen Bereichs*

Nach dem in unserer Kultur und auch in unserer Rechtsordnung (vgl. insb. Art. 1 Abs. 1 GG) angelegten Menschenbild, gibt es einen Bereich von Handlungen und Leistungen, die der völlig freien Entscheidung des Einzelnen unterliegen und insbesondere nicht von materiellen Vorteilen abhängig gemacht werden sollen.

Beispiele für diesen höchstpersönlichen Bereich, dessen Kommerzialisierung sich verbietet, sind insbesondere Glaubens- und Gewissensfragen, der Sexualbereich oder der Handel mit Titeln. Demnach ist etwa die arbeitsvertragliche Verpflichtung eines Arbeitnehmers, eine bestimmte Religion anzunehmen oder zu behalten, als sittenwidrig anzusehen (Besonderheiten gelten hier jedoch für Arbeitnehmer der Religionsgemeinschaften!). Auch die Verpflichtung der Prostituierten, gegen Geld den Geschlechtsverkehr durchzuführen, wird als sittenwidrig angesehen. Hier

sollte es in der Tat keinen Rechtszwang zur Durchführung des Geschlechtsverkehrs geben. Wenn es aber zum verabredeten Geschlechtsverkehr gekommen ist, stellt sich die Frage, ob die Prostituierte nicht gegen den zahlungsunwilligen Kunden die Zwangsmittel des Rechts sollte einsetzen können. Nunmehr würde es ja nur um die Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs gehen. Eine solche Wertung läge auf der Linie der Vorstellungen des Gesetzgebers, den Prostituierten den Schutz des Rechts zuteil werden zu lassen. Sie ist mit dem Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 zum 1. Januar 2002 Gesetz geworden.

In die Fallgruppe des höchstpersönlichen Bereichs gehören auch die **sog. Telefonsex-Verträge**. Die Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Der BGH hält die Telefonsex-Verträge zwischen Anbieter und Kunden für sittenwidrig, da ein bestimmtes Sexualverhalten der Kunden kommerziell ausgenutzt, die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters als Person zum Objekt und der Intimbereich zur Ware gemacht würde (BGH, NJW 1998, 2895 (2896) mit vielen Nachweisen). Die Gegenansicht weist darauf hin, dass - anders als bei der Prostitution oder bei einer Peep-Show - beim Telefonsex die Anbieterin dem Anrufer nicht ausgeliefert sei, sondern ihr noch ausreichend Fluchträume verblieben; die Anbieterin werde aufgrund des Fehlens eines unmittelbaren persönlichen Kontakts nicht zur bloßen Ware. Hiergegen wendet der BGH wiederum ein, dass die Mitarbeiterinnen des Telefonsex-Anbieters in der Praxis das Telefonat „bei Nichtgefallen“ wohl kaum einfach abrechnen könnten.

Selbst wenn man mit der BGH-Rechtsprechung Telefonsex-Verträge als sittenwidrig ansieht, muss das nicht auch zu einem Gegenrecht gegen die Rechte der Telefongesellschaft führen, in deren Gebühren das Entgelt für die Inanspruchnahme der Telefonexdienste enthalten ist. Das hat der **Bundesgerichtshof** in einer **Entscheidung** vom 22. November 2001 - III ZR 5/01- ausgesprochen. In der Pressemitteilung des BGH heißt es dazu:

Der für das Dienstvertragsrecht zuständige III. Zivilsenat hat entschieden, daß gegenüber der Rechnungsstellung eines Mobilfunknetzbetreibers, der mit dem Adressaten der Rechnung einen Vertrag über Mobilfunkdienstleistungen abgeschlossen hat, nicht der Einwand erhoben werden kann, die in der Rechnung aufgeführten 0190-Sondernummern seien zu dem Zweck angewählt worden, (sittenwidrige) Telefonsex-Gespräche zu führen.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, mit der sie einen Vertrag über Mobilfunkdienstleistungen abgeschlossen hatte, Zahlung von mehr als 20.000 DM. Die in Rechnung gestellten Beträge beruhen im wesentlichen darauf, daß unter Benutzung des Mobilfunktelefonanschlusses der Beklagten 0190-Sondernummer-Verbindungen hergestellt und aufrechterhalten wurden. Die Beklagte hat die

Begleichung der Rechnungen mit der Begründung verweigert, ihr Vater habe diese Sondernummern angewählt, um Telefonsex zu betreiben.

Das Berufungsgericht hat unter Hinweis darauf, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 9. Juni 1998 - XI ZR 192/97 - NJW 1998, 2895) Telefonsex-Verträge nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig sind, die Klage zum größten Teil abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte in der Hauptsache Erfolg. Dabei hat der III. Zivilsenat offengelassen, ob bezüglich der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen an der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats festzuhalten ist. Die Frage der rechtlichen Bewertung derartiger Verträge stellt sich jedenfalls dann völlig neu, wenn das vom Bundestag bereits beschlossene Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten in Kraft treten sollte.

Der III. Zivilsenat hat die Klageforderung insbesondere deshalb für berechtigt erachtet, weil sowohl der zwischen einem Netzbetreiber und seinem Kunden geschlossene Telefondienstvertrag als auch die vertraglich in erster Linie geschuldete Leistung - Herstellen und Aufrechterhalten einer Telefonverbindung - wertneutral sind. Der Netzbetreiber hat keinen Einfluß darauf, welche Teilnehmer zu welchen Zwecken in telefonischen Kontakt treten. Der Inhalt der geführten Gespräche ist für ihn nicht kontrollierbar und geht ihn nichts an.

Diese Grundsätze haben nach Meinung des III. Zivilsenats auch bei der Anwahl von 0190-Sondernummern zu gelten. Dabei fällt entscheidend ins Gewicht, daß die Verantwortlichkeit für den Inhalt der bei der Anwahl von 0190-Sondernummern neben der bloßen Verbindungsleistung zu erbringenden weiteren Dienstleistung nach § 5 Abs. 1 und 3 des Teledienstgesetzes vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870) im allgemeinen nur bei dem Diensteanbieter selbst, nicht auch bei dem die Verbindung zwischen dem Anrufer und dem Diensteanbieter herstellenden Netzbetreiber liegt. Zwar werden bei der Anwahl von 0190-Sondernummern deutlich höhere Entgelte als bei sonstigen Gesprächen von gleicher Dauer verlangt, weil darin neben den Verbindungspreisen auch die Vergütung der Diensteanbieter enthalten ist. Dies ändert aber nichts daran, daß das Abrechnungsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Netzbetreiber auf dem Telefondienstvertrag nebst der jeweils gültigen Preisliste gründet.

#### *d. Verstöße gegen die Ehe- und Familienordnung*

Verstöße gegen das sittliche Wesen der Ehe oder gegen familienrechtliche Werte können Verträge sittenwidrig machen.

Als Beispiel sittenwidriger, weil gegen die Familienordnung verstoßender Verträge werden oft **Leihmütterverträge** genannt mit der Begründung, dass diese Verträge

das Kind in sittenwidriger Weise zum Gegenstand eines Handels machen würden. Die Nichtigkeit derartiger Verträge ergibt sich jedoch schon aus § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB, der der Privatautonomie in diesem Bereich keinen Raum lässt. Ein Rückgriff auf § 138 Abs. 1 BGB ist hier nicht notwendig.

Gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, weil der Familienordnung widersprechend, sind jedoch Verträge über **heterologe Insemination**, wenn das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht gewahrt, und die Vermeidung eines Konflikts zwischen biologischer und rechtlicher Elternschaft nicht gewährleistet ist.

#### *e. Verstöße gegen Standesregeln*

Beschränkungen der Handlungsfreiheit durch Standesregeln finden sich bei manchen freien Berufen, insbesondere bei Ärzten und Rechtsanwälten. Derartige Standesregeln sind teilweise gesetzlich geregelt, wie dies etwa bei Beschränkungen der zulässigen Werbung der Fall ist (vgl. den für Anwälte geltenden § 43b BRAO). Ein Verstoß gegen diese Normen führt zur Anwendung des § 134 BGB.

Teilweise sind die Standesregeln zwar anerkannt, aber nicht rechtlich normiert, und damit nur der Sittenordnung zuzurechnen. Ein Verstoß gegen derartige unnormierte Standesregeln kann zur Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB führen. Die Sittenwidrigkeit lässt sich hier zumeist damit begründen, dass dem Verstößenden ein ungerechtfertigter Vorsprung vor den sich standesgemäß verhaltenden Konkurrenten zukommt.

Beispiel für ein den deutschen Standesregeln widersprechendes und damit sittenwidriges Geschäft ist die Vereinbarung eines **Erfolgshonorars** bei Anwälten (anders in den USA). Die Vereinbarung des Erfolgshonorars führt zu einem übermäßigen finanziellen Eigeninteresse des Anwalts am Ausgang des Prozesses und damit zu einer Gefährdung seiner Stellung als besonderes Organ der Rechtspflege (vgl. § 1 BRAO).

#### *f. Ausnutzung von Machtpositionen und Überforderung des Schuldners, insbesondere die Bürgerentscheidungen des BGH und des BVerfG*

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich letztlich auch daraus ergeben, dass ein Geschäftspartner eine wirtschaftliche oder sonstige **Machtstellung** (insbesondere ein Monopol) ohne sachliche Rechtfertigung dazu ausnutzt, dass er sich übermäßige Vorteile versprechen lässt.

**Beispiel:** Im Arbeitsverhältnis ist der Arbeitgeber regelmäßig strukturell überlegen, denn der Arbeitnehmer ist üblicherweise auf die Einstellung und den Erhalt seines Arbeitsplatzes angewiesen (Ausnahmen gelten teilweise bei hoch qualifizierten, gesuchten Fachleuten). Nutzt der Arbeitgeber diese Machtstellung einseitig zu seinem Vorteil aus, etwa indem er im Arbeitsvertrag eine Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers ohne angemessenen Ausgleich vereinbart, so ist diese Vereinbarung sittenwidrig.

Besonders viel diskutiert wird in den letzten Jahren die Frage, ob § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit von Verpflichtungen führt, die **über die voraussichtliche Leistungsfähigkeit des Schuldners hinausgehen**. Diskutiert wird diese Frage insbesondere mit Bezug auf Bürgschaften **vermögensloser Familienmitglieder**.

Die Rechtsprechung des für Bürgschaftsfälle zuständigen **9. Zivilsenats** des BGH ist hier lange davon ausgegangen, dass allein die Tatsache, dass eine Verpflichtung vom Schuldner voraussichtlich nicht zu erfüllen ist, nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrages führt. In den Leitsätzen seines insoweit grundlegenden Urteil vom 28. Februar 1989 - IX ZR 130/88 – BGHZ 107, 92 führte der 9. Zivilsenat u.a. aus:

„Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie läßt es zu, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, die nur unter besonders günstigen Bedingungen erbracht werden können.“

Der notwendige Schutz der Menschenwürde eines Überschuldeten würde in ausreichender Weise durch den Vollstreckungsschutz der ZPO geleistet.

Dieser auch in der Literatur teilweise heftig kritisierten Rechtsprechung ist zunächst der für Gesamtschulden zuständige **11. Zivilsenat** des BGH entgegengetreten. Im Urteil vom 22. Januar 1991 (XI ZR 111/90) zur gesamtschuldnerischen Mitverpflichtung führt der 11. Zivilsenat aus:

„Die finanzielle Überforderung des Darlehensnehmers kann es jedenfalls zusammen mit anderen Geschäftsumständen rechtfertigen, einem Darlehensvertrag aufgrund einer Gesamtwürdigung die rechtliche Wirksamkeit zu versagen.“

1993 hatte sich dann das **Bundesverfassungsgericht** mit dem Fragenkreis auseinander zu setzen (BVerfG, NJW 1994, 36, 38 ff.). Die Entscheidung betraf u.a. folgenden

**Sachverhalt:** Der Vater der Beschwerdeführerin war zunächst als Immobilienmakler tätig; er errichtete und verkaufte Eigentumswohnungen. Im Jahre 1982 begehrte er von der Stadtparkasse C. eine Verdoppelung seines Kreditlimits von 50.000 DM auf 100.000 DM. Als die Stadtparkasse eine Sicherheit verlangte, unterzeichnete die damals 21jährige Beschwerdeführerin am

29. November 1982 eine vordruckte Bürgschaftsurkunde mit einem Höchstbetrag von 100.000 DM zuzüglich Nebenleistungen, in der es unter anderem heißt:

1. Die Bürgschaft wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse gegen den Hauptschuldner ... aus ihrer Geschäftsverbindung ... übernommen. ...

3. Die Bürgschaft ist selbstschuldnerisch unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage übernommen. Der Bürge verzichtet auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Anrechenbarkeit ... sowie auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld ... Der Bürge kann keine Rechte aus der Art oder dem Zeitpunkt der Verwertung oder der Aufgabe anderweitiger Sicherheiten herleiten. Die Sparkasse ist nicht verpflichtet, sich an andere Sicherheiten zu halten, bevor sie den Bürgen in Anspruch nimmt. ...

Die Krediterhöhung wurde daraufhin bewilligt. Die Beschwerdeführerin erhielt für das Kreditkonto ihres Vaters ein Zeichnungsrecht, verfügte selbst aber über kein Vermögen. Sie hatte keine Berufsausbildung, war überwiegend arbeitslos und verdiente zur Zeit der Bürgschaftserklärung in einer Fischfabrik 1.150 DM monatlich netto.

Im Oktober 1984 gab der Vater der Beschwerdeführerin sein Immobiliengeschäft auf und betätigte sich nunmehr als Reeder. Die Stadtparkasse finanzierte den Kauf eines Schiffes mit 1,3 Mio. DM. Im Dezember 1986 kündigte sie die offenen Kredite (etwa 2,4 Mio. DM) und teilte der Beschwerdeführerin mit, dass sie aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde.

Auch diesen Fall hatte der 9. Zivilsenat im Sinne seiner ursprünglichen Rechtsprechung entschieden. Er verneinte die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügte die Tochter dann vor dem Bundesverfassungsgericht die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Ergebnis weitgehend der Haltung des 11. Zivilsenats angeschlossen. In den Gründen erkennt es zwar zunächst die Privatautonomie des Einzelnen und damit auch die Möglichkeit risikoreicher Geschäfte als durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet an. Es sieht die Privatautonomie dann jedoch als notwendigerweise begrenzt und der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedürftig an. Diese Ausgestaltung der privatautonomen Betätigung durch das Zivilrecht müsse die grundrechtlichen Vorgaben beachten. Damit müsse das Zivilrecht zwar einerseits die privatautonome Betätigung des Einzelnen ermöglichen. Es dürfe jedoch andererseits nicht

ausschließlich zu einem „Recht des Stärkeren“ führen. Insbesondere müsse verhindert werden, dass zivilrechtliche Verträge zur Fremdbestimmung strukturell unterlegener Parteien genutzt würden. Dies sei durch entsprechende Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln und hier insbesondere eben auch des § 138 BGB möglich. Im Ergebnis kam es im vorliegenden Fall zum Urteil, dass der BGH diese Grundsätze nicht beachtet hätte.

Sittenwidrig sind nach dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mithin Verträge, die

- für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen sind, und
- die Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.

Aufgrund dieses, in der Literatur größtenteils begrüßten Urteils hat auch der 9. Senat des BGH in mehreren **Folgeentscheidungen** die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger angenommen. Dabei kann man die folgenden drei Punkte als die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften, die den Bürgen überfordern, ausmachen:

- Die Bürgschaft ist in einer Zwangslage abgegeben worden (etwa aufgrund familiärer Verbundenheit);
- sie überfordert den Bürgen;
- der Bürge zieht aus dem verbürgten Geschäft selbst keinen unmittelbaren Vorteil.

Die **bisherige weitere Entwicklung der Rechtsprechung** ist durch die Tendenz gekennzeichnet, Bürgschaften von (gerade mal erwachsenen) Kindern für die Geschäfte ihrer Eltern einer „Vermutung der Sittenwidrigkeit“ zu unterwerfen, während Bürgschaften von Ehegatten wegen der nicht von der Hand zu weisenden Gefahr der Vermögensverschiebung zwar weniger misstrauisch betrachtet, aber mit zusätzlichen Kautelen versehen werden. Diese Kautelen führen letztlich dazu, dass die Inanspruchnahme der Bürgschaft durch den Gläubiger an die Bedingung geknüpft wird, dass ein Vermögenserwerb des Bürgen stattgefunden hat (Entscheidung vom 23. Januar 1997, IX ZR 69/96, NJW 1997, 1003).

Die Rechtsprechung zur Bürgschaft finanziell überforderter Ehegatten findet entsprechende Anwendung, wenn Hauptschuldner und Bürge durch eine eheähnliche Lebensgemeinschaft verbunden sind (BGH, Urteil vom 23. Januar 1997, IX ZR 55/96, WM 1997, 465).



Diese Rechtsprechung ist sowohl auf **Zustimmung wie auf Kritik** in der Literatur gestoßen. Die Kritiker verweisen letztlich wie zuvor der 9. Zivilsenat darauf, dass die Bürgschaft ein an sich risikoreiches Geschäft sei und dass der Bürge privatautonom selbst entscheiden müsse, ob er das mit der Bürgschaft verbundene Risiko tragen könne. Die Sittenwidrigkeit solcher den Bürgen überfordernder Bürgschaften sei erst dann anzunehmen, wenn zusätzliche Besonderheiten (etwa bei der Veranlassung der Bürgschaftserklärung) vorliegen. Dies sei etwa dann der Fall, wenn, wie es im oben geschilderten Fall des Bundesverfassungsgerichts geschehen war, der Bürgin erklärt wird: „Unterschreiben Sie das mal, ich brauche das (nur) für meine Akten“ und zudem jede Begrenzung der Hauptschuld fehlte.

Insgesamt wird die weitere Entwicklung dieses viel diskutierten Problembereichs zu beobachten sein. Denn auch in der Rechtsprechung ist die Diskussion nicht zur Ruhe gekommen. Der IX. und der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs haben zu keiner einheitlichen Linie der Beurteilung der Ehegattenbürgschaften gefunden (vgl. Tonner, Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften, JuS 2000, 17). Am 29.06.1999 hat der XI. Senat den lange fälligen Schritt getan und mit einem Vorlagebeschluss den Großen Senat in Zivilsachen angerufen (XI ZR 10/98, NJW 1999, 2584). Dessen Entscheidung steht noch aus. Dafür hat sich der IX. Senat in ungewöhnlicher Weise zu Wort gemeldet und die Vorlage des XI. Senats als nicht rechtens deklariert (NJW 2000, 1185).

### 3. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)

Auch der in § 138 Abs. 2 BGB geregelte Wucher bildet eine spezielle Fallgruppe des sittenwidrigen Geschäfts („insbesondere“). Liegen die besonderen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB vor, so braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter sittenwidrig ist, denn das Gesetz sieht es so an.

#### *a. Objektive Voraussetzungen*

##### **Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.**

Objektiv erfordert § 138 Abs. 2 BGB zunächst ein **auffälliges** Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

Wann ein solches Missverhältnis vorliegt, kann nicht verallgemeinernd gesagt werden, sondern ist durch eine umfassende Würdigung der **Umstände des Einzelfalles** zu ermitteln. Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Festlegung einer

bestimmten Wertrelation verzichtet, wie sie etwa das spätrömische Recht mit der so genannten „*laesio enormis*“ (=Überschreitung des üblichen Preises um mehr als das Doppelte) vorsah.

Immerhin ist beim Darlehen bei einer Überschreitung des marktüblichen Zinses von mehr als 100% oder bei einem Zinssatz von 40% in der Regel von einem Missverhältnis i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB auszugehen. Dennoch müssen auch bei derartigen Zinsen die Umstände des Einzelfalles beachtet werden. So kann in Zeiten hoher Zinsen schon eine geringere Überschreitung genügen, während in Zeiten niedriger Zinsen auch höhere Überschreitungen je nach den sonstigen Umständen des konkreten Falles noch sittengemäß sein können.

**Relevante Umstände**, aus denen sich im konkreten Fall ein Missverhältnis ergeben kann, können etwa sein: Marktüblichkeit, allgemeine Marktlage, Risikoverteilung, Spekulationscharakter des Geschäfts, u.ä..

*b. Zwangslage usw.*

Als nächstes objektives Tatbestandsmerkmal setzt § 138 Abs. 2 BGB auf Seiten des Bewucherten eine **Zwangslage, Unerfahrenheit, einen Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche** voraus. Einer dieser Umstände muss objektiv vorliegen. Dabei werden die genannten Begriffe weit ausgelegt.

Eine **Zwangslage** liegt vor, wenn wegen einer augenblicklich dringenden Bedrängnis ein zwingendes Bedürfnis nach Sach- oder Geldleistungen besteht, welches dem Bewucherten das Eingehen des Geschäfts als das noch kleinere Übel erscheinen lässt. Dabei muss die Bedrängnis nicht unbedingt wirtschaftlicher Art sein. Dies wird de facto jedoch zumeist der Fall sein.

**Beispiel:** Der Geschäftsmann G steht aufgrund fehlgeschlagener Spekulationen kurz vor dem Ruin. Die Fortführung seines Geschäfts erfordert dringend neue Geldmittel. Dies schildert er seinem Bekannten B, der ihm daraufhin ein Darlehen mit monatlichen Zinsen in Höhe von 10% gewährt (Kreditwucher).

**Unerfahrenheit** ist der Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung. Die Unerfahrenheit kann entweder eine allgemeine sein oder sich auf bestimmte Lebens- und Wirtschaftsbereiche beschränken. Nicht ausreichend ist hingegen, dass keine Erfahrungen mit einem bestimmten Geschäft vorliegen. So ist ein in einer bestimmten Branche wenig kundiger Kaufmann dennoch nicht unerfahren i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB.

**Beispiel für Unerfahrenheit:** Ein Ausländer, der mit den hiesigen wirtschaftlichen Verhältnissen noch nicht vertraut ist, wird ein mit 20% verzinsliches Darlehen als „Starthilfe“ angeboten. Er nimmt dieses Angebot an.

Ein **Mangel an Urteilsvermögen** besteht, wenn jemandem 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 an Urteilsvermögen muss sich anders als die Unerfahrenheit gerade auf das konkrete Geschäft beziehen. Das fehlende Urteilsvermögen kann etwa auf zu hohem Alter, auf geringem Bildungsgrad oder auf einer Verstandesschwäche beruhen.

**Beispiel:** Der einfältige A, der keinen Schulabschluss hat, lässt sich zum Kauf des Münchner Kommentars überreden.

Unter **erheblicher Willensschwäche** ist eine verminderte Widerstandsfähigkeit zu verstehen, die z.B. auf Drogenabhängigkeit oder Alkoholismus beruhen kann. Auch die erhebliche Willensschwäche muss hinsichtlich des konkreten Geschäfts vorliegen.

**Beispiel:** Der Heroinabhängige H, der schon unter ersten Entzugserscheinungen leidet, lässt sich ein Darlehen zu 60% Zinsen geben, um neue Drogen kaufen zu können.

### *c. Subjektive Voraussetzungen*

Subjektiv setzt § 138 Abs. 2 BGB voraus, dass der Wucherer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen ausbeutet.

**Ausbeuten** ist das bewusste Ausnutzen der gegebenen schlechten Situation des Bewucherten.

Dies setzt Kenntnis des Wucherers sowohl von der besonderen Situation des Bewucherten wie auch Kenntnis des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Einen fahrlässigen Wucher gibt es demgemäß nicht. Ausreichend ist jedoch Eventualvorsatz hinsichtlich der genannten Umstände.

Fehlt das subjektive Tatbestandsmerkmal der Ausbeutung, so liegt kein Wucher vor. Dies hat das OLG Stuttgart (NJW 1979, 2409, 2412) zwar bestritten, indem es nach dem so genannten „Sandhaufen-Theorem“ das Vorliegen des subjektiven Merkmals dann für entbehrlich gehalten hat, wenn das Tatbestandsmerkmal des

Missverhältnisses „übererfüllt“ sei. Dieser Auffassung wird jedoch in Literatur und auch vom BGH zu Recht entgegen gehalten, dass der Richter nicht Theoreme, sondern das Gesetz anzuwenden habe, und dass letzteres das subjektive Merkmal eben voraussetzt. Auch eine Analogie zu § 138 Abs. 2 BGB in den Fällen „übererfüllter“ objektiver Voraussetzungen ist unzulässig, denn es fehlt an einer Gesetzeslücke. Derartige Fälle können nach § 138 Abs. 1 BGB behandelt werden.

*d. Verhältnis des Wuchertatbestandes zu § 138 Abs. 1 BGB*

Wie eben angeklungen ist, schließt § 138 Abs. 2 BGB den Rückgriff auf Abs. 1 nicht aus, denn der Wuchertatbestand soll § 138 Abs. 1 BGB konkretisieren und nicht etwa einschränken.

Sind beispielsweise bei einem Ratenkreditvertrag unangemessen hohe Zinsen vereinbart, fehlt es jedoch an einer besonderen Situation des Kreditnehmenden i.S.d. Wuchertatbestandes, so kann das Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB immer noch nichtig sein. Man spricht hier von wucherähnlichen Krediten. Dabei fordert die Rechtsprechung in derartigen Fällen für eine Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB jedoch, dass neben dem auffälligen Missverhältnis noch ein weiteres (nicht schon in § 138 Abs. 2 BGB) genanntes Sittenwidrigkeitselement hinzukommt. Häufig ist dies eine verwerfliche Gesinnung. Es kommen aber auch die Verletzung von Standesregeln oder andere Umstände in Betracht.

*e. Rechtsfolgen sittenwidriger Geschäfte*

Rechtsfolge des Verstoßes gegen die guten Sitten ist die **Nichtigkeit** des Geschäfts. Wie bei § 134 BGB erfaßt auch die Nichtigkeit bei § 138 BGB zunächst nur den sittenwidrigen Teil selbst. Die Wirksamkeit des übrigen Rechtsgeschäfts richtet sich nach § 139 BGB.

Für die Rückabwicklung sittenwidriger Geschäfte ist wiederum von Bedeutung, ob die Nichtigkeit nur das den sittenwidrigen Zweck enthaltene Verpflichtungs- oder daneben auch das an sich abstrakte Verfügungsgeschäft erfaßt.

Beim **Wucher** schließt man aus seinem insofern eindeutigen Wortlaut („versprechen oder gewähren läßt“), dass nicht nur das Verpflichtungs-, sondern auch das Verfügungsgeschäft des Bewucherten von der Nichtigkeit erfaßt wird. Dagegen sind die Verfügungen des Wucherers regelmäßig dinglich wirksam.

Bei § 138 Abs. 1 BGB fehlt eine entsprechende ausdrückliche Regelung. Man muss deshalb aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsgrundsatzes die Wirksamkeit der beiden Geschäfte getrennt untersuchen. Aus der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts allein folgt noch nicht die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts.

Die Verfügung ist demgemäß nur dann nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn sie selbst mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist. Im Regelfall werden Verfügungen jedoch als „**sittlich neutral**“ und damit wirksam angesehen.

Ausnahmen macht die Rechtsprechung nur dann, wenn sich der Sittenverstoß gerade in der Verfügung auswirkt. Stimmen in der Literatur ist dies noch zu weitgehend. Sie möchten eine Sittenwidrigkeit der Verfügung nur dann annehmen, wenn durch die Nichtigkeit der Verfügung eine sittenwidrige Schädigung Dritter bzw. eine Ausbeutung des einen Vertragsteils durch den anderen verhindert werden kann.

Wenn das Verfügungsgeschäft aufgrund der gleichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts begründen, auch selbst sittenwidrig ist, spricht man von **Fehleridentität**.

Soweit – wie im Regelfall – die Verfügungen wirksam sind und die Rückabwicklung demgemäß über das Bereicherungsrecht erfolgt, ist § 817 S. 2 BGB zu beachten. Dieser Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige nicht mit dem Schutz der Rechtsordnung rechnen darf, der sich mit seinem Geschäft außerhalb der Rechts- bzw. Sittenordnung stellt.

#### **4. Insbesondere: Wucherähnliche Ratenkredite**

Vor Erlass des Verbraucherkreditgesetzes, das am 1. Januar 1991 in Kraft getreten ist und mit dem 1. Januar 2002 in das BGB integriert worden ist, versuchte die Rechtsprechung, den Verbraucher vor unangemessenen Kreditverträgen mit dem Instrument der Sittenwidrigkeitskontrolle zu schützen. Sie nahm § 138 Abs. 1 BGB zum Ausgangspunkt der Kontrolle und belegte Konsumentenkredite mit dem Sittenwidrigkeitsverdikt, wenn der vertraglich vereinbarte effektive Jahreszins relativ um mehr als 100% oder absolut um mehr als 12 Prozentpunkte über dem Vergleichszins lag, der den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank über den durchschnittlichen Zinssatz bei Ratenkrediten entnommen wurde und wird. Das Verbraucherkreditgesetz hat diese Sittenwidrigkeitskontrolle nicht abgelöst. Im

Gegenteil: Der Gesetzgeber hat sich trotz Anmahnung geweigert, eine Regelung für die sittenwidrigen Ratenkredite zu treffen.

Die Monatsberichte der Deutschen Bundesbank werden im Internet als pdf-Dateien zur Verfügung gestellt. Nach dem Bericht Dezember 2003 bewegte sich der Durchschnitt des effektiven Jahreszinses bei Ratenkrediten in den Monaten Januar bis Oktober 2003 zwischen 6,65 und 6,36%.

Mit dem effektiven Jahreszins soll ein einheitlicher Vergleichsmaßstab für Kredite geschaffen werden. In ihm soll die in einem Vomhundertsatz des Nettokreditbetrages (bei Geldkrediten) oder des Barzahlungspreises (bei Leistungskrediten) gemessene Gesamtbelastung pro Jahr zum Ausdruck gebracht werden. Wie das geschehen kann, wollen wir an einem Beispiel verdeutlichen, das dem Handbuch zum Verbraucherkredit von Reifner entnommen ist.

Nettokredit	10.000,00 DM
Kreditgebühren (1% p.m.)	7.200,00 DM
Bearbeitungsgebühr	315,00 DM
Maklercourtage	500,00 DM
Gesamtkosten	8.015,00 DM
Laufzeit 72 Monate	
Auszahlung 1.1.1979	
Rückzahlung 71 Monatsraten à 250,00 DM ab 1.2.1979	
1 Monatsrate à 265,00 DM (letzte Rate)	

In diesem Beispiel fehlt die Angabe des effektiven Jahreszinses, obwohl die Preisangabenverordnung diese Angabe verlangt. Die Rechtsprechung behandelt die Preisangabenverordnung aber nicht als Verbotsgesetz, so dass der Kreditvertrag schon nach § 134 BGB unwirksam wäre. Wir müssen uns also um den effektiven Jahreszinssatz bemühen, um feststellen zu können, ob der Kreditvertrag als wucherähnlicher Kredit nach § 138 BGB nichtig ist.

Betrachtet man den konkreten Kreditfall, so finden wir eine ganze Menge von Angaben zu dem Kreditverhältnis. Der effektive Jahreszins will sich daraus aber nicht ohne weiteres erschließen. Man könnte allenfalls geneigt sein, die Kreditgebühren mit 1% per Monat auf das Jahr hochzurechnen und einen Jahreszinssatz von 12% per anno annehmen. Mit dieser Milchmädchenrechnung, auf die möglicherweise die Banken durch die Angabe von Monatszinssätzen bauen, läge man aber völlig falsch. Zum einen würden damit nicht die Gesamtkosten erfasst (es fehlen die Bearbeitungsgebühr und die Maklerkosten), zum anderen - und das wiegt schwerer - werden die Kreditgebühren für die

gesamte Laufzeit auf den Nettokreditbetrag berechnet (1% von 10.000 sind 100 multipliziert mit 72 Monaten ergibt 7.200), obwohl der Nettokreditbetrag gar nicht für die gesamte Laufzeit zur Verfügung steht. Er wird vielmehr mit jeder Monatsrate um einen noch zu erörternden Tilgungsbetrag geringer. Die Effektivzinsberechnung muss diese Tilgung mit in Rechnung stellen.

*a. Methoden zur Berechnung des effektiven Jahreszinses*

Wir kennen verschiedene Methoden der Berechnung des effektiven Jahreszinses. Eine der Methoden lässt sich mit dem Taschenrechner in vertretbarer Zeit bewältigen. Es ist die Uniformmethode. Sie arbeitet mit folgender Formel:

$$\text{EffJahrZins} = \frac{\text{Gesamtkosten} \cdot 2400}{(\text{Laufzeit} + 1) \cdot \text{Nettokredit}}$$

Setzen wir in diese Formel die Werte unseres Falles ein, so erhalten wir einen effektiven Jahreszins von 26,35%.

Mit der Uniformmethode hat die Praxis in der Rechtsprechung sich lange Zeit begnügt. Sie ist unter dem geltenden Recht nicht mehr erlaubt. Im geltenden Recht stehen andere Methoden zur Diskussion. Es handelt sich um finanzmathematische Methoden, die anders als die Uniformmethode universell einsetzbar sind, die aber den Nachteil haben, dass sie nicht in vertretbarer Zeit mit einem Taschenrechner bewältigt werden können. Ihnen liegen nämlich Formeln zugrunde, die sich nicht zum effektiven Jahreszinssatz hin auflösen lassen. Diese Formeln ergeben den korrekten effektiven Jahreszinssatz nur durch wiederholtes Ausprobieren im Wege von Annäherungs- oder Iterationsverfahren. Um solche Iterationsverfahren lediglich mit einem Taschenrechner durchzuführen, braucht man viel Zeit. Die Zeit der Richter ist dafür zu kostbar. In dieser Lage müssen entweder andere ihr Expertenwissen dem Richter in jedem einzelnen Kreditfall zur Verfügung stellen (Beweis durch Sachverständige) oder aber die Richter bekommen solche Instrumente an die Hand, mit denen sie in vertretbarer Zeit die Berechnungen selber durchführen können. Diese Instrumente liegen in der EDV. Hier kann man entweder auf spezielle Kreditprogramme zurückgreifen - da weiß man aber häufig nicht, ob die auch richtig rechnen - oder aber mit einem Tabellenkalkulationsprogramm ein nicht spezifisch auf Kredite ausgerichtetes Rechenprogramm einsetzen, das in der Lage ist, die Daten des Kreditfalles aufzunehmen und den effektiven Jahreszinssatz durch Iterationsverfahren (Zielwertsuche) zu bestimmen. Sachverständiger oder Computer! Eine vertretbare andere Alternative ist nicht in Sicht.

Die Handhabung eines Tabellenkalkulationsprogramms gehört zur Allgemeinbildung und damit auch zur Bildung der Juristen (wenigstens der jüngeren Generation).

*b. § 4 der Preisangabenverordnung vom 14. Oktober 1992*

Verschiedene finanzmathematisch korrekte Methoden stehen miteinander im Streit. Eine spezifisch deutsche Methode ist die 360-Tage-Methode, die in § 4 Abs. 2 Preisangabenverordnung festgelegt war und dem deutschen Rechtsanwender auch durch § 4 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG vorgeschrieben wurde. § 4 Preisangabenverordnung in der Fassung vom 14. Oktober 1992 lautete:

(1) Bei Krediten sind als Preis die Gesamtkosten als jährlicher Vomhundertsatz des Kredits anzugeben und als „effektiver Jahreszins“ oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist (§ 1 Abs. 4), als „anfänglicher effektiver Jahreszins“ zu bezeichnen. Zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, wann preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung des Kreditbetrages oder aus einem Zuschlag zum Kreditbetrag ergeben, zum Zwecke der Preisangabe verrechnet worden sind.

(2) Der anzugebende Vomhundertsatz gemäß Absatz 1 beziffert den Zinssatz, mit dem sich der Kredit bei regelmäßigem Kreditverlauf, ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers, auf der Grundlage taggenauer Verrechnung aller Leistungen und nachschüssiger Zinsbelastung gemäß § 608 BGB staffelmäßig abrechnen läßt. Bei der Berechnung des anfänglichen effektiven Jahreszinses sind die zum Zeitpunkt des Angebots oder der Werbung geltenden preisbestimmenden Faktoren zugrunde zu legen. Der anzugebende Vomhundertsatz ist mit der im Kreditgewerbe üblichen Genauigkeit zu berechnen.

(3) ... (9)

Dieser Anordnung können wir zunächst einige Merkmale entnehmen, die für alle Methoden der Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes gelten. Es sollen sämtliche Belastungen des Kreditnehmers erfasst werden, die sich auf den Kredit beziehen, d.h. vor allem nicht nur die laufzeitabhängigen Belastungen, sondern auch die Einmalgebühren oder ein eventuelles Disagio. Das kommt in dem Merkmal „ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers“ zum Ausdruck. Es soll weiterhin eine taggenaue Verrechnung der Leistungen stattfinden. Es müssen mit anderen Worten die genauen Daten der Leistungen festgehalten werden. Die Besonderheit der in § 4 Abs. 2



PreisangabenVO angeordneten Methode lag in zweierlei begründet: zum einen in dem Abstellen auf die „bankübliche Genauigkeit“ und zum anderen in der Abrechnung nach dem Tilgungsmodell des § 608 BGB (jetzt § 488 Abs. 2 BGB).

Die bankübliche Genauigkeit führt dazu, dass ein Jahr in zwölf Monate zu je 30 Tagen aufgeteilt wird. Die Abrechnung nach dem Tilgungsmodell des § 488 Abs. 2 BGB (damals § 608 BGB) hat zur Folge, dass ein Jahr lang alle Rückzahlungen in voller Höhe zur Tilgung des Kredits verwendet werden. Auf die sich jeden Monat neu ergebende Nettokreditsumme wird dann der monatlich entstehende Zins berechnet. Am Ende des Jahres werden die im Laufe des Jahres entstandenen Zinsen zusammengefasst und dem Nettokredit zugeschlagen. Damit erhöht sich in diesem Zeitpunkt die zu verzinsende Summe. Die jetzt im folgenden Jahr gezahlten Raten werden aber wieder in voller Höhe von der neu gebildeten Kreditsumme abgezogen.

Den Kreditverlauf macht man sich am besten in einer Tabelle klar, die als gläserner Ratenplan fungiert. Die Tabelle kann man mit einem Tabellenkalkulationsprogramm erstellen. Der interessierte Leser erreicht die Tabelle in der Internetdokumentation mit einem Mausklick.

### *c. Tilgungsgenaue Verrechnung nach dem Verzugsmodell*

Eine konkurrierende Methode kann man die Methode der tilgungsgenaue Verrechnung nennen. Sie unterscheidet sich von der in § 4 Abs. 2 PAngVO angeordneten Methode vor allem durch ein an §§ 271, 367 BGB angelehntes Tilgungsmodell. Danach wird bei jeder Ratenzahlung zunächst der bis dahin entstandene Zins bezahlt und allein ein dann noch übrig bleibender Betrag zur Tilgung des Nettokredits verwendet. So verfährt man nach dem BGB mit allen von Gesetzes wegen zu verzinsenden Forderungen. Den Kreditverlauf macht man sich auch hier am besten in einer Tabelle klar, die als gläserner Ratenplan fungiert. Die Tabelle kann man mit einem Tabellenkalkulationsprogramm erstellen. Der interessierte Leser erreicht die Tabelle in der Internetdokumentation mit einem Mausklick.

### *d. Die bankübliche Genauigkeit*

Die tilgungsgenaue Verrechnung kann für das Jahr mit 12 Monaten à 30 Tagen (bankübliche Genauigkeit) wie für das Jahr mit unterschiedlichen Monatslängen eingesetzt werden. Obwohl im Zeitalter der Computer eine vereinfachte Zinsberechnung mit 12 Monaten à 30 Tagen ein wenig antiquiert anmutet, habe ich

von dieser Berechnungsweise aus der Zeit von Bleistift und Papier Gebrauch gemacht, weil das BGB durch die Fristberechnungsvorschriften in den §§ 186 bis 193 (in Sonderheit § 191) diese Berechnungsweise zwar nicht fordert, aber doch legitimiert. Für die Berechnung nach europäischem Muster werden wir uns von der banküblichen Genauigkeit verabschieden müssen.

*e. Berechnung nach europäischem Muster*

Europaweit haben wir uns auf eine dritte Methode einzustellen. Seit dem 1. April 1998 ist es durch die Ergänzungsrichtlinie vom 16. Februar 1998 amtlich. Die Mitgliedstaaten müssen binnen zwei Jahren das nationale Recht so anpassen, dass es der Richtlinie entspricht. Was das für den deutschen Gesetzgeber bedeutet, ist allerdings alles andere als klar. Das liegt daran, dass die Richtlinie selbst eine Vielfalt von Berechnungsverfahren gestattet, die durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen bei einem konkreten Kredit führen können. Man braucht dazu nur den Anhang II zu studieren, bei dem für einen und denselben Kredit unter A ein Effektivzinssatz von 13,23% und unter B ein Effektivzinssatz von 13,19% (jeweils Beispiel 4) errechnet wird. In der Abteilung A wird mit dem Jahr gerechnet, wie es ist (unterschiedliche Monatslängen), während in der Abteilung B normierte Jahre (52 Wochen oder 12 gleichlange Monate à 30,41666 Tagen) zugrunde gelegt werden.

Der Richtliniengeber schlägt eine Methode vor, die man die Annuitäten- oder Rentenmethode nennen kann. Ihr liegt in der Gestalt, die sie in der Richtlinie gefunden hat, ein von den bisher vorgestellten Methoden völlig verschiedenes Modell zugrunde. Die Berechnung der Zinslast setzt nämlich nicht an dem sich ständig verändernden Kapitalstand an, sondern bei der jeweils gezahlten Rate. In der Rate ist ein Zinsanteil enthalten, der eine Funktion des Zinssatzes und der Zeit ist, die seit der Auszahlung des Kredits bis zum Zeitpunkt der Zahlung der betreffenden Rate vergangen ist. Die Rate muss abgezinst werden, und der effektive Jahreszinssatz ist der, bei dem die Summe der abgezinsten Raten den Nettokredit ergibt. Die allgemeine Formel lautet dafür:

$$\text{Nettokredit} = \sum \frac{A}{(1+i)^t}$$

Hier steht A für den Betrag der jeweiligen Rate, t für die Zeit (in Jahren), die von der Auszahlung des Nettokredits bis zum Ratenzahlungszeitpunkt verflossen ist, und i für den gesuchten effektiven Jahreszinssatz. Am besten macht man sich das vielleicht so klar, dass danach gefragt wird, welchen Betrag man beim Kreditgeber

vom Tage der Auszahlung des Nettokredits an hätte anlegen müssen, um bis zum Tage der Zahlung der Rate bei dem Zinssatz  $i$  auf den Betrag der Rate zu kommen. Dieses Modell wirkt nicht nur auf den ersten Blick kontraintuitiv. Es ist ja nicht der Kreditnehmer, der beim Kreditgeber Geld anlegt, sondern gerade umgekehrt wird ein Schuh daraus. Der Kreditgeber gibt dem Kreditnehmer Geld. Setzt man bei dem Geld gebenden Kreditgeber an, so kann man das Modell nur noch dadurch retten, dass man von Anfang an den einen Kredit in so viele Teilkredite zerlegt, wie Rückzahlungen durch den Kreditnehmer erfolgen. Der Kreditnehmer enthält also nicht einen Kredit, den er in 72 Raten zurückzahlt, sondern auf einen Schlag 72 Kredite mit unterschiedlichen Laufzeiten. Man kennt die Summe der Teilkredite. Sie macht den Nettokredit aus. Man kennt auch die Höhe der Rückzahlungen. Die sind im Vertrag und Ratenzahlungsplan festgelegt. Man kennt nur nicht die Höhe des einzelnen Teilkredits. Denn sie ist eine auf die Rate angewandte Funktion der Zeit und des (noch zu ermittelnden) Zinssatzes, wobei zur Zeitbestimmung noch die Unsicherheit der Berechnungsmethode hinzutritt (Berechnung unterjähriger Zeitabschnitte nach Normjahr oder nach effektiven Tagen).

*f. § 6 der Preisangabenverordnung vom 28. Juli 2000 in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung*

PAngV § 6 Kredite

(1) Bei Krediten sind als Preis die Gesamtkosten als jährlicher Vomhundertsatz des Kredits anzugeben und als „effektiver Jahreszins“ oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist (§ 1 Abs. 4), als „anfänglicher effektiver Jahreszins“ zu bezeichnen. Zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, wann preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung des Kreditbetrages oder aus einem Zuschlag zum Kreditbetrag ergeben, zum Zwecke der Preisangabe verrechnet worden sind.

(2) Der anzugebende Vomhundertsatz gemäß Absatz 1 ist mit der im Anhang angegebenen mathematischen Formel und nach den im Anhang zugrunde gelegten Vorgehensweisen zu berechnen. Er beziffert den Zinssatz, mit dem sich der Kredit bei regelmäßigem Kreditverlauf, ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers, auf der Grundlage taggenauer Verrechnung aller Leistungen abrechnen lässt. Es gilt die exponentielle Verzinsung auch im unterjährigen Bereich. Bei der Berechnung des anfänglichen effektiven Jahreszinses sind die zum Zeitpunkt des Angebots oder der Werbung geltenden preisbestimmenden Faktoren zugrunde zu legen. Der anzugebende Vomhundertsatz ist mit der im Kreditgewerbe üblichen Genauigkeit zu berechnen.

(3) ... (9)

In Absatz 2 finden wir die Umsetzung der EG-Richtlinie durch den deutschen Verordnungsgeber. Es wird auf eine Formel und auf Berechnungsbeispiele im Anhang Bezug genommen. Den Gesamttext der Preisangabenverordnung mit Anhang finden Sie in der Internetdokumentation. Der Verordnungsgeber hat den Anhang der Richtlinie weitgehend beschrieben und die Beispiele um zwei kompliziertere Beispiele ergänzt. Außerdem hat er eine Rechengenauigkeit auf zwei Stellen hinter dem Komma vorgegeben und sich für die Bestimmung der Zeiträume auf Jahre zu 12 gleich langen Monaten, 52 Wochen und 365 Tagen festgelegt.

*g. Bewertung der unterschiedlichen Methoden*

Es ist hier nicht der Ort, über die Richtigkeit der einen oder anderen Methode zu rechten. International sind die Weichen zur Annuitäten- und Rentenmethode gestellt. Vom deutschen Unikat der 360-Tage-Methode haben wir uns verabschieden müssen. Ein geeignetes Modell für eine einheitliche Behandlung der vielen mit dem Zins zusammenhängenden Rechtsfragen (Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes, Rückrechnung vorzeitig abgelöster Kredite, Anpassung von Krediten an neue Konditionen, bereicherungsrechtliche Rückabwicklung überzahlter Zinsen bei nichtigen Kreditverträgen) hat uns weder die Richtlinie noch ihre Umsetzung in deutsches Recht beschert. Das Gerechtigkeitsgebot, zu Zinsen nur und insoweit herangezogen zu werden, wie man die Kreditleistung des anderen in Anspruch nimmt, verletzt keine der vorgestellten Methoden. Die Entscheidung für eine der Methoden ist daher ein eher technisches Problem, zu dem unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nur so viel gesagt werden kann, dass die Entscheidung einheitlich für alle Kredite ausfallen sollte. Unterhalb der GerechtigkeitsEbene mag man noch anführen, dass die 360-Tage-Methode wie auch die Annuitäten- und Rentenmethode einen Zinseszinsseffekt aufweisen.

Für die rechtliche Bewertung des konkreten Kreditfalles spielen die unterschiedlichen Methoden keine Rolle. Zur Zeit der Kreditaufnahme betrug der marktübliche effektive Jahreszins für derartige Kredite 7,95%. Die eklatante Überschreitung des Marktzinses durch den Vertragszins machte das Kreditverhältnis sittenwidrig und damit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Folgen des Sittenwidrigkeitsverdikts sind nach der herrschenden Meinung im Bereicherungsrecht zu suchen. Daran soll auch das Verbraucherkreditgesetz nichts ändern, obwohl es für die Nichtigkeit wegen Formverstößes andere - und in meinen Augen wenigstens im Grundsatz angemessenere - Rechtsfolgen anordnet.

*h. Rechtsfolgen sittenwidriger (wucherischer oder wucherähnlicher) Kreditverträge*

Die Rechtsfolgen sittenwidriger Kreditverträge werden im Bereicherungsrecht gesucht. Dabei hat sich in der Praxis der Rechtsprechung ein Sonderrecht der wucherischen oder wucherähnlichen Kreditverträge herausgebildet, das man durch die folgenden Leitsätze umschreiben kann:

- Der Kreditgeber hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals, des Nettokredits, im Rahmen des vereinbarten Abwicklungsplans. Er muss mit anderen Worten dem Kreditnehmer das Kapital bis zu den vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeiten belassen. Der Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals wird aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB hergeleitet. Er ist nicht durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. § 817 Satz 2 BGB schließt allein den Anspruch auf vorzeitige Rückzahlung des Kapitals aus.
- Der Kreditnehmer braucht keinerlei Zinsen für die Nutzung des ihm zur Verfügung gestellten Kapitals zu entrichten. Auch marktübliche Zinsen werden nicht nach § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB geschuldet.
- Gezahlte Zinsen kann der Kreditnehmer zurückfordern.
- Der Rückforderungsanspruch erfasst bei Ratenkrediten den in der jeweiligen Rate enthaltenen Zinsanteil. Der Zinsanteil berechnet sich nach einer gleich bleibenden Quote aus dem Verhältnis des Nettokreditbetrages zu den Gesamtkosten des Kredits.

Ob man dieses Regelwerk (und seine Begründungen) gutheißen kann, ist durchaus umstritten. Die Kritik richtet sich insbesondere gegen die Zinslosigkeit des Kredits.

