

# Entscheidung

## Urteil des OLG Celle vom 21. 12. 1979

*[Darlehensverträge einer Teilzahlungsbank mit erheblich über dem Marktniveau liegenden Zinssätzen sind sittenwidrig.]*  
[. . .]

### I.

Der Darlehensvertrag der Parteien vom 14. Juli 1976 ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil der Gesamtcharakter der Vereinbarung, wie er sich *aus der Auslegung und Würdigung* der von der Klägerin einseitig festgelegten Darlehensbedingungen («Kreditbedingungen») ergibt, zu der Feststellung zwingt, daß zwischen den beiderseitigen Leistungspflichten ein *auffälliges Mißverhältnis* besteht und die Klägerin die schwächere Lage ihrer Darlehensnehmer *bewußt* zu ihrem Vorteil *ausgenutzt* hat (vgl. BGH NJW 1979, 2089 m. w. Nachw.).

### A.

Vorweg ist zur Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB und zur Anwendung dieser Vorschrift auf gegenseitige Verträge und hier insbesondere die sogenannten »Konsumentenkredite« folgendes zu bemerken:

1. § 138 Abs. 1 BGB gibt den Zivilgerichten nicht die Macht, das Wirtschaftsleben zu reglementieren. Insbesondere weist die Vorschrift ihnen nicht die Aufgabe von Preiskommissaren zu. Den Preis eines Gutes oder einer Leistung bestimmen die Marktteilnehmer. Die vom Grundgesetz anerkannte Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) hat auch die Freiheit zum Inhalt, die Preise frei zu vereinbaren. Der Senat hat deshalb Bedenken gegen die Auffassung des OLG Stuttgart (NJW 1979, 2409), *allein* das »besonders grobe« Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung könne zur Nichtigkeit eines gegenseitigen Vertrages gemäß § 138 Abs. 1 BGB führen. Einen *allgemein* gültigen Maßstab für einen »gerechten« oder »nicht mehr gerechten«, im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB »sittenwidrigen« Preis gibt es nicht. Denn dafür müßte – auch unter dem Blickpunkt des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung – nicht nur definiert werden, welchen *Gewinn* der Leistende haben darf (das wäre durch die Festlegung einer oberen Grenze einer Kapitalrendite – oder Umsatzrendite? – vielleicht möglich, aber bereits sehr bedenklich), sondern auch, welche *Kosten* der Leistende haben darf. Es liegt auf der Hand, daß gerade die Kostenseite sich einer zureichenden Beurteilung nach den Maßstäben des § 138 BGB entzieht; denn sie ist nicht nur durch die Preise für Rohstoffe, Kapital und Arbeit bestimmt, sondern durch eine Vielzahl weiterer Faktoren, darunter das unternehmerische Können, aber auch die allgemeinen und besonderen politischen Vorgaben (Steuern, Subventionen, Sozialabgaben, Umweltschutzaufgaben usw.) und die legitimen Interessen der Arbeitnehmerseite (Sozialleistungen, Erhaltung von Arbeitsplätzen usw.). Der Kampf um die Verteilung des Sozialprodukts vollzieht sich nicht nur zwischen

Kapitalgebern und Arbeitnehmern einerseits, sondern auch zwischen den Arbeitnehmern untereinander, zwischen ihnen und den Verbrauchern (die wir alle sind), zwischen diesen allen und dem sogenannten Staatsverbrauch und den wiederum davon Begünstigten, den auf soziale Hilfe angewiesenen Mitbürgern, und dieser Kampf vollzieht sich stets über Preise im weitesten Sinne, die ihrerseits stets auch Kosten sind. Niemand kann deshalb in diesem Sinne »gerechte« Preise (und Kosten) einer nennenswerten Zahl von Gütern und Leistungen unter Berücksichtigung aller einzubeziehenden Faktoren »am grünen Tisch« mit hinreichender Genauigkeit errechnen; hier kann allenfalls politisch entschieden werden. Preise und auch Kosten besagen deshalb – grundsätzlich und für sich allein genommen – für die Anwendbarkeit des § 138 BGB durch den Zivilrichter nichts.

2. Andererseits kann der *Preis* (und dazu gehört auch der Zins als Vergütung für die Überlassung von Kapital) seine Funktion, Güter und Leistungen zureichend zu bewerten, d. h. ein noch erträgliches Instrument der Verteilung der materiellen Güter dieser Welt zu sein, nur dann erfüllen, wenn sein Zustandekommen *legitimiert* ist, d. h. der Preis muß durch die Rechtsordnung gedeckt sein. Ist er das nicht, so dürfen die Zivilgerichte als Teil der Staatsgewalt nicht staatlichen Zwang (das vollstreckbare Urteil) zur Durchsetzung des Preises zur Verfügung stellen. § 138 BGB ist *eine* der Normen des Zivilrechts, die einem Preis seine Legitimation entziehen kann.

a) Die Legitimation des Preises kann auf hoheitlicher Festsetzung beruhen, wenn das Interesse des Gemeinwohls die Festsetzung erfordert und die festsetzende Stelle verfassungsgemäß ermächtigt ist. Darum geht es hier nicht.

b) Die Legitimation des privat festgelegten Preises folgt *nicht* schon *allein* daraus, das Grundgesetz (Art. 2 Abs. 1 GG) und BGB die Vertragsfreiheit anerkennen. Wäre dem so, so bedurfte es vieler Normen des Zivilrechts nicht, nämlich aller jener Normen, die einen Interessenausgleich bei gegenseitigen Leistungspflichten zwingend regeln, d. h. unter dem Blickpunkt als vom Gesetzgeber für gerecht erachteter Verteilung von Gütern und Leistungen das Interesse des einen Teils höher bewerten als das des anderen. Diese Normen betreffen oft nicht direkt den Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern vielmehr sein *Zustandekommen*. Dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann die Rechtswirksamkeit auch deshalb versagt werden, weil dem Zustandekommen derartige Mängel anhaften, daß nicht mehr gewährleistet ist, daß der Inhalt des Rechtsgeschäfts das Ergebnis wirklicher Vertragsfreiheit ist, z. B. bei den Vorschriften zum Schutze Geschäftsunfähiger oder den Vorschriften über Willensmängel. Nach den *Wertungen*, die der zivilrechtliche Gesetzgeber insoweit bindend getroffen hat, ist ein gewisses Maß von faktischem »Funktionieren« der Vertragsfreiheit im Einzelfall eine Bedingung dafür, daß das Institut der Vertragsfreiheit den Inhalt eines gegenseitigen Vertrages, d. h. dem Preis im weitesten Sinne, zu legitimieren vermag. Mit anderen Worten: Der Preis als Verteilungsinstrument ist dort, wo staatliche Preisfestsetzungen fehlen, also im Bereich der Vertragsfreiheit nur rechtens, wenn die Bedingungen seines Zustandekommens gewissen gesetzlichen Mindestanforderungen eines (noch) funktionierenden Marktes entsprechen. Zu diesen gehören nach anerkannter volkswirtschaftlicher Lehrmeinung ein Mindestmaß an Konkurrenz, ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit des Marktes (objektiv und subjektiv, sogenannte »Markttransparenz«) und eine annähernd gleiche wirtschaftliche Stärke und auch intellektuelle Reife der Marktpartner. Zwar ist eine volkswirtschaftliche Lehrmeinung selbstverständlich nicht Richtschnur für die Auslegung einer Rechtsnorm. Indessen kann gezeigt werden, daß § 138 BGB in seinem Anwendungsbereich auf das Zustandekommen gegenseitiger Verträge gewisse Mindestbedingungen der Vertragsfreiheit und damit zugleich einer funktionierenden Marktwirtschaft dadurch statuiert, daß die Vorschrift der Ausnutzung der in Abs. 2

beispielhaft genannten Schwächen des Vertragspartners die rechtliche Anerkennung versagt. Die Vorschrift entfaltet ihre volle Wirksamkeit gerade unter den Bedingungen einer Marktwirtschaft im volkswirtschaftlichen Sinne, weil sie unabdingbares Korrektiv der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit als Grundlage eben dieser Marktwirtschaft ist. Dieser Tatbestand wird leicht dadurch verschleiert, daß der Rechtsbegriff der »guten Sitten« oft durch den Negativbegriff der »Sittenwidrigkeit« ersetzt wird, der für den »unbefangenen Hörer« (das kann auch ein Jurist sein) mit einer moralischen oder gar ethischen Wertung, einem Unwerturteil im Sinne des »Verwerflichen« verbunden wird. Darum geht es aber nicht. § 138 BGB ist eine Rechtsnorm, die sich – auch und bereits – gegen den – zunächst einmal wertneutralen – Mißbrauch der Vertragsfreiheit richtet, und zwar lediglich mit der Sanktion, daß dem unter Mißbrauch der Vertragsfreiheit zustande gekommenen Vertrag die rechtliche Anerkennung versagt wird . . .

3. Daraus folgt für die Interpretation des § 138 Abs. 1 BGB für Fälle wie den vorliegenden (Unverhältnismäßigkeit der Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrag):

a) Die Höhe des Preises (hier: der Zinsen, Gebühren und sonstigen Kosten, die die Beklagten für ihr Darlehen zu bezahlen haben) für sich allein führt noch nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, weil sich nur daraus weder ableiten läßt, daß – welche? – Ungleichgewichte der Parteien im Sinne von Störungen der Bedingungen wirklicher Vertragsfreiheit vorhanden gewesen sind, geschweige denn, daß diese im Sinne eines Mißbrauchs ausgenutzt worden sind. Das entspricht im Ergebnis der in der Rechtsprechung und der Literatur herrschenden Meinung (Palandt/Heinrichs, BGB, 39. Aufl., (1980), § 138 Anm. 2) a); Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl. (1979) § 138 Rdn. 42; Mayer-Maly, Münchner Kommentar (1978), § 138 Rdn. 99; jeweils mit weiteren Nachweisen; aus der Rechtsprechung des BGH zuletzt BGH NJW 1979, 2089; anderer Ansicht OLG Stuttgart, NJW 1979, 2409). Zu einem auffälligen Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung muß vielmehr die Feststellung hinzukommen, daß der Vertrag durch einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit zustande gekommen ist. Zwar liegt bereits die Feststellung eines erheblichen (auffälligen) Mißverhältnisses die Annahme nahe, daß der Vertrag mit diesem Inhalt nur durch die Ausnutzung irregulärer Marktchancen zustande kommen konnte. Das gilt insbesondere dann, wenn das Mißverhältnis aufgrund eines Vergleichs mit dem Inhalt vergleichbarer Rechtsgeschäfte festgestellt wird. Denn wenn die Marktchancen – verkürzt gesagt – »gleichgewichtig« sind, so erscheint es ausgeschlossen, daß ein Vertrag zustande kommt, dessen Inhalt zum Nachteil des anderen Teils erheblich vom Durchschnitt vergleichbarer Verträge abweicht. Die Abweichung wird deshalb regelmäßig ihre Ursache darin haben, daß das Rechtsgeschäft unter Ausnutzung der schwächeren Position des anderen Teils abgeschlossen worden ist. Damit gelangt man in die Nähe einer unwiderleglichen Vermutung, daß die erhebliche Äquivalenzstörung selbständig den Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllen kann (Mayer-Maly, Münchn. Komm. a. a. O.). Weiter gelangt man indessen nicht. Das gilt auch für die Fälle eines »besonders groben« Mißverhältnisses, die vom OLG Stuttgart (a. a. O.) schon allein für den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB als ausreichend erachtet werden. Es ist kaum möglich, zwischen einem erheblichen (im Sinne des »auffälligen«, vgl. BGH NJW 1979, 2089) und einem »besonders groben« Mißverhältnis zu differenzieren. Die Feststellung eines erheblichen Mißverhältnisses ist schon schwierig und verantwortungsvoll genug.

b) Das Tatbestandsmerkmal des Mißbrauchs (der Vertragsfreiheit) hat eine objektive und eine subjektive Seite. An dieser herrschenden Meinung (Staudinger/Dilcher a. a. O. Rdn. 42 m. w. Nachw.) hält der Senat fest.

aa) Es wäre naiv anzunehmen, irgendwo im Wirtschaftsleben herrschten stets die Bedingungen der vollständigen Konkurrenz und damit die *idealen* Bedingungen der Vertragsfreiheit. Häufig ist der eine wirtschaftlich stärker als der andere, die intellektuelle Gleichwertigkeit und die objektiven Bedingungen der Marktübersicht sind vielfach problematisch. Die *reale* Marktwirtschaft funktioniert nicht als statisches Modell, sondern als dynamischer Prozeß, der von Ungleichgewichten des Marktes lebt und auch neue Ungleichgewichte produziert. Aus dieser »Natur der Sache« folgt, daß nicht die Ausnutzung eines jeden Elements wirtschaftlichen und/oder informativen Vorsprungs als Ausnutzung der Schwäche anderer verstanden werden darf. Die Rechtsordnung muß sich mit Unvollkommenheiten der Marktwirtschaft im Sinne absoluter Verteilungsgerechtigkeit abfinden. Objektiv kann ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit deshalb nur dann angenommen werden, wenn *besondere*, als schutzwürdig von der Rechtsordnung anerkannte Schwächen des anderen Teils ausgenutzt werden, wie sie in § 138 Abs. 2 BGB *beispielhaft* genannt sind; dem steht es gleich, wenn eine besondere objektive Stärke ausgenutzt wird, die von der Rechtsordnung nicht geschützt wird, wie z. B. die Marktmacht von marktbeherrschenden Unternehmen.

bb) Für den subjektiven Tatbestand genügt es, wenn jemand die schwierige Lage eines anderen (und/oder seine eigene Überlegenheit) bewußt ausnutzt oder sich aus grober Fahrlässigkeit der Erkenntnis verschließt, daß der andere nur aufgrund seiner schwächeren Lage den übermäßig nachteiligen Bedingungen nachgibt (herrschende Meinung, Staudinger/Dilcher a. a. O., Rdn. 42; BGH NJW 1979, 2089). Der Senat sieht davon ab, das als eine »verwerfliche Gesinnung« zu bezeichnen, wie das die herrschende Rechtssprechung bis in die jüngste Zeit hinein getan hat. Darin liegt jedoch keine Abweichung in der Sache selbst. Es sollen nur die Mißverständnisse vermieden werden, die mit einem Wort wie »verwerflich« im Sinne der sittlichen Mißbilligung verbunden sind (vgl. auch BGH NJW 1979, 2089; dort ist von einer »verwerflichen Gesinnung« keine Rede mehr). Denn: »Es geht um nichts anderes, als um die Verhütung des Mißbrauchs der Privatautonomie, sei es im Verhältnis der Vertragspartner zueinander, sei es in ihrem Verhältnis zu Dritten, keineswegs um »die Sittlichkeit« als solche« (Larenz a. a. O. im Anschluß an v. Thur).

## B.

1. Die Beklagten haben bei der Klägerin unter Einschaltung einer »Beschaffungsgesellschaft« im Juli 1976 einen Kredit über 6000 DM aufgenommen, der in 47 monatlichen Raten zurückgezahlt werden sollte. Der – von der Klägerin selbst so im Darlehnsantrag angegebene – effektive Jahreszins beträgt 26.99%, und zwar errechnet unter Einbeziehung von 0,95% gleichbleibendem monatlichen Zins, 2% einmaliger Bearbeitungsgebühr und 5% »Courtage«. Ob diese »Courtage« (Vermittlerauslagen, Maklerprovision oder wie immer sonst bezeichnet) als Zins im strengen Sinne zu bezeichnen ist, ist gleichgültig. Sie stellt eine Vergütung für die Verschaffung und damit die Hingabe und Überlassung des Darlehns dar, die über die Klägerin zu zahlen ist und für den Darlehnsnehmer den Kredit verteuert, und deshalb ist sie bei der Berechnung des Effektivzinses zu berücksichtigen (BGH NJW 1979, 2089, 2090). – Eine sogenannte Restschuldversicherung ist im vorliegenden Fall nicht abgeschlossen worden, so daß es eines Eingehens darauf, wie deren Kosten zu berücksichtigen wären, nicht bedarf. – Zur Zeit der Darlehns hingabe betrug nach den Berichten der Deutschen Bundesbank der Durchschnittszinssatz (»Schwerpunktzins«) für Ratenkredite 0,33% monatlich gleichbleibend zuzüglich 2% einmaliger Bearbeitungsgebühr, woraus sich für den vorliegenden Kredit ein effektiver Jahreszins von 8,76% errechnen würde. Das von der Klägerin für ihre Leistung verlangte Entgelt beträgt

somit das Dreifache dessen, was von einer Vielzahl anderer Kreditinstitute, – insbesondere den Sparkassen, Volksbanken und Großbanken – für *vergleichbare* Leistungen verlangt worden ist. Ob das *allein* ausreicht, um ein »auffälliges Mißverhältnis« von Leistung und Gegenleistung festzustellen (so OLG Stuttgart, a. a. O., bereits bei Überschreitung der Grenze des Doppelten), läßt der Senat im vorliegenden Fall noch dahingestellt, um die Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu wahren. Jedenfalls ist die Verdreifachung des Effektivzinses gegenüber vergleichbaren Ratenkrediten ein schwerwiegendes Indiz für ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

a) Das von den Teilzahlungsbanken – hier auch von der Klägerin – immer wieder ins Feld geführte Argument, sie, die Teilzahlungsbanken, bedienten einen »Teilmarkt« (oder »Sondermarkt«), und deshalb dürften ihre Zinsen mit dem »Schwerpunktzins« der Statistiken der Bundesbank nicht verglichen werden, ist in dieser Form ohne rechtliche Relevanz . . .

bb) Die Leistungen der Teilzahlungsbanken unterscheiden sich in keiner relevanten Weise von den Leistungen der übrigen Banken. Sie bieten insbesondere keinen besonderen »Service«, der ihr Geschäft in rechtlich anzuerkennender Weise von dem der übrigen Banken unterscheidet. Sie verleihen Geld wie diese. Dafür, daß sie dabei ihren Kunden eine besondere Beratung angedeihen ließen, ist weder etwas vorgetragen worden noch ersichtlich. Ein Unterschied besteht allerdings insoweit, als die Teilzahlungsbanken in weit größerem Maß als die übrigen Banken mit *Kreditvermittlern* zusammenarbeiten. Das kann allerdings nicht als ein besonderer »Service« anerkannt werden, sondern stellt lediglich eine andere *Vertriebsform* dar. Bei den Sparkassen, Volksbanken und Großbanken ist es normalerweise erforderlich, daß derjenige, der einen Teilzahlungskredit bekommen will, die Bank aufsucht und dort regelmäßig auch ein Lohn- und Gehaltskonto eröffnet und unterhält. Das ist jedoch heute jedermann, der ein regelmäßiges Einkommen hat, ohne weiteres möglich. Notwendig ist lediglich, daß er eine gewisse »Hemmungsschwelle« überwindet, eine Sparkassen- oder Bankfiliale aufzusuchen. Bei den Teilzahlungsbanken ist es möglich, auf eine Zeitungsannonce oder Postwurfsendung einen Kredit zu bekommen. Diese »Bequemlichkeit« wäre jedoch als zureichende Bedingung für die rechtliche Anerkennung eines »Teilmarktes« nur zuzulassen, wenn dem Kreditsuchenden dabei offengelegt werden würde, was ihn das – im Verhältnis zum Aufsuchen einer Bankfiliale – zusätzlich kostet, nämlich regelmäßig mehr als das doppelte. Das geschieht, wie dem Senat bekannt ist, deshalb nicht, weil nicht alle Vermittlungskosten offen angegeben werden (vgl. auch OLG Stuttgart, a. a. O. S. 2411). Deshalb beruht zumindest dieser Teil des Umsatzes der Teilzahlungsbanken darauf, daß dem Kunden die Marktübersicht fehlt, d. h. auf einer Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit des Kunden.

cc) In der höheren *Risikobereitschaft* der Teilzahlungsbanken kann ebenfalls kein rechtlich relevanter Gesichtspunkt für die Anerkennung eines Teilmarktes in dem Sinne gesehen werden, daß hierdurch eine Vergleichbarkeit mit dem von der Bundesbank ermittelten Schwerpunktzins ausgeschlossen wäre. Hierzu ist zunächst anzuführen (vgl. BGH NJW 1979, 2089; 2091), daß weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist, daß die Teilzahlungsbanken das individuelle Kreditrisiko bei der Festlegung des Effektivzinses berücksichtigen; jedenfalls im vorliegenden Fall kann davon keine Rede sein, denn es sind Formulare des Kreditvermittlers verwendet worden, die bereits den Effektivzins vorgedruckt enthalten. Im übrigen ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß die beklagten Eheleute beide berufstätig waren und sind und ausweislich des Kreditantrags ein Nettoeinkommen von über 3000 DM bei zwei Kindern und einer monatlichen Belastung für Miete von 420 DM hatten, also

kein besonderes Kreditrisiko darstellten. Der Vortrag der Klägerin, daß die Teilzahlungsbanken *allgemein* ein *höheres Kreditrisiko* als die »normalen« Banken eingehen, ist *unbeachtlich*. Die Klägerin trägt selbst vor (Schriftsatz vom 2. November 1979, S. 9), daß immerhin 99% der Teilzahlungskunden ihre Verpflichtungen erfüllten. Das stimmt mit den Feststellungen des OLG Stuttgart (a. a. O. S. 2411) überein, daß die Ausfallsquote der reinen Teilzahlungsbanken unter 2% liege, während sie bei den übrigen Banken unter 1% betrage. Zahlen in derartigen Größenordnungen sind dem Senat auch in anderen Verfahren mitgeteilt worden, sie können deshalb als gerichtsbekannt gelten . . .

4. Zum Vortrag der Klägerin (in der Auseinandersetzung mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und dem OLG Stuttgart), die Gerichte seien nicht dazu da, ganze Bevölkerungskreise (hier die Kunden der Teilzahlungsbanken) zu bevormunden, ist abschließend folgendes zu bemerken:

Mit den allgemeinen Ausführungen unter A. ist versucht worden darzulegen, daß es nicht nur um den Schutz des »sozial Schwächeren« geht, sondern daß die Marktwirtschaft als System verlangt, daß Vertragsfreiheit gegen den Mißbrauch eben dieser Freiheit geschützt werden muß, damit das System der Marktwirtschaft erhalten bleiben kann. Das bedeutet in der Tat eine gewisse Bevormundung. Dabei ist nicht entscheidend, wie groß jener Bevölkerungsteil ist, der noch als Zielgruppe für die Teilzahlungsbanken in Betracht kommt. Es ist jedenfalls nach dem eigenen Vortrag der Klägerin eine deutliche Minderheit. In diesem Zusammenhang kann die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB bedeuten, daß den Anbietern von Gütern oder Leistungen verwehrt wird, eine bestimmte Marktnische zu nutzen, daß eine »Marktlücke zugemacht« wird. Der Senat ist sich dessen bewußt. Aber die Klägerin substantiiert insoweit gegen sich selbst. Wenn die von ihr vorgetragenen Zahlen über den Rückgang des Marktanteils der Teilzahlungsbanken richtig sind – und daran hat der Senat keinen Zweifel, weil sie von der Präsidentin des Bundesamtes für das Kreditwesen mitgeteilt worden sind –, so besagt das doch folgendes: Während etwa 80% der Bevölkerung Ratenkredite zu Konditionen bekommt, die um den von der Deutschen Bundesbank ermittelten »Schwerpunktzins« pendeln, muß etwa 16 bis 17% der Bevölkerung bei den Teilzahlungsbanken das Doppelte bis Dreifache dieses »Schwerpunktzinses« zahlen, zudem belastet mit allgemein wesentlich ungünstigeren Verzugsfolgenregelungen als bei den übrigen Banken. Bei diesen Fakten kann die »Existenzberechtigung« der Teilzahlungsbanken mit denen von ihnen jetzt gehandhabten Konditionen eben nicht mehr damit gerechtfertigt werden, daß ein verhältnismäßig kleiner Bevölkerungskreis sie noch am Markt »annimmt«, sondern es stellt sich eben die Frage, warum das der Fall ist, und es stellt sich auch die Frage, warum Sparkassen und Großbanken mit eigens dafür bestehenden Tochtergesellschaften (vgl. oben I. B. 1 a) dd)) auf diese Weise auch noch »angenommen« werden wollen. Wenn die Ursache nicht darin liegt, daß der überwiegende Teil der Kunden der Teilzahlungsbanken in wirtschaftlicher Not handelt, denn dann wäre das Geschäft auf die Dauer nicht durchzuhalten, wie die Klägerin selbst zutreffend hervorhebt, dann kann die Erklärung eben nur darin liegen, daß eine weit überdurchschnittliche geschäftliche Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder Willensschwäche, das sind die beispielhaften Merkmale des § 138 Abs. 2 BGB, die Ursache dafür bilden, daß diese Mitbürger den Weg zu den »normalen« Banken nicht finden. Dann aber verlangt das Gesetz vom Richter »zu bevormunden« . . .

[Az. 3 U 101/79]

Das (rechtskräftige) Urteil des OLG Celle repräsentiert mustergültig die neue Linie der Rechtsprechung<sup>1</sup> zum Wucher im Konsumentenkredit, besonders, was die gegenüber den Vorläufer-Entscheidungen entschlackte Begründung anbelangt. Der Kreditwucher wird danach dem Absatz 1, nicht Absatz 2 des § 138 BGB unter weitgehender Ausschaltung subjektiver Elemente unterstellt; bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses (§ 1 Abs. 4 Preisangabenverordnung) sind alle Kreditnebenkosten zu berücksichtigen; dieser Wert ist mit den Zinsen nicht nur der Teilzahlungsbanken, sondern aller Kreditbanken zu vergleichen; bei Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des Darlehensvertrages entstehen keine Zinsverpflichtungen während der regulären Laufzeit, dagegen können im (regelmäßigen) Verzugsfalle Verzugszinsen und -schäden geltend gemacht werden. Bis auf eine Ausnahme (unten 2. a. E.) entspricht dies der BGH-Rechtsprechung.

### 1. Zur Marktsituation:

Dem in den letzten 10 Jahren verdreifachten und jetzt bei ca. 120 Mrd. DM liegenden Konsumentenkreditvolumen<sup>2</sup> steht ein ständiger Rückgang des Marktanteils der TZ-Institute auf etwa 17% gegenüber<sup>3</sup>; weiter ist der Hinweis des OLG auf die Besitzverhältnisse von Bedeutung, die sich aus dem Einstieg der Geschäftsbanken in das sogenannte Massengeschäft besonders ab 1967<sup>4</sup> ergeben.

Die Idee des OLG Stuttgart, TZ-Zinsen mit den von der Bundesbank mitgeteilten Durchschnittssätzen für Ratenkredite insgesamt zu vergleichen, hat erstmals den Begriff des relevanten Markts in das BGB überführt. In dem darauf folgenden Stellenvertreterkrieg der TZ-Banken in den Fachzeitschriften<sup>5</sup> geht es für die Rechtfertigung der Zinshöhe neben dem Hinweis auf besondere Kundennähe durch ein Vermittlungsnetz hauptsächlich um das auch vom OLG in den Mittelpunkt gestellte Argument, die TZ-Banken bedienen eine Kundensicht mit erhöhten Ausfallrisiken. Abgesehen von der auch vom OLG angeführten Risikodifferenz von 1%, die eine Angabe der Teilzahlungswirtschaft selbst darstellt,<sup>6</sup> bestehen hierzu wenig Belege. Die Berichte der Bundesbank über die jährliche Ertragsentwicklung der Kreditinstitute zeigen allerdings durchlaufend aus dem Rahmen fallende Betriebsergebnisse der TZ-Banken, auch wenn die Entwicklung bei den übrigen Banken schlechter verlief.<sup>7</sup> Ein besonderes Ausfallrisiko läßt sich weder den allgemeinen Bilanzrichtlinien der Bankenaufsicht für Wertberichtigungssätze<sup>8</sup> noch den tatsächlichen Wertberichtigungen entnehmen, soweit sie in der Bundesbankstatistik ausgewiesen sind. Die Relation der Wertberichtigungen zu den Krediten an

1 BGH NJW 79, 805; 808; 2089; 2092; NJW 80, 2074, 2076 (m. Anm. Löwe); 2301; OLG Stuttgart NJW 79, 2409.

2 Bundesbank, Monatsberichte Nov. 1980, Stat. Teil, S. 36.

3 1959 waren die TZ-Institute an der gesamten Kreditvergabe an Unselbständige noch zu 60%, 1971 zu 20% beteiligt; Monatsberichte der Bundesbank Febr. 1960, S. 36; Febr. 1971, stat. Teil S. 24, 34; Nov. 1980 stat. Teil 32, 36.

4 Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, 1979, S. 134 f.

5 Kessler BB 79, 1423; Kochendörfer NJW 80, 215; Weber NJW 80, 2062; s. a. Löwe (FN. 1).

6 Zusammenfassend Reifner S. 343 m. N.; die von Kochendörfer angeführte gegenteilige Bundesbank-Untersuchung existiert nicht.

7 Monatsberichte Nov. 1976, S. 16; Jan. 78, S. 14; Okt. 78, S. 20; Okt. 79, S. 16; Aug. 80, S. 18 (jeweils auf die Relation Betriebsergebnis zum Geschäftsvolumen bezogen).

8 Anordnung des BA f. d. Kreditwesen v. 17. 9. 1974, bei Reischauer/Kleinhaus, KWG, Kennz. 470.

Nichtbanken liegt für alle Banken bei jeweils 0,4%, für die TZ-Institute bei 0,8% der Kreditsumme<sup>9</sup>. Zusätzlich aufschlußreich ist der Bericht für das Jahr 1979, in dem kurzfristige Erhöhungen der Geldkosten, auf die für laufende Kredite nicht reagiert werden konnte, zu einer allgemein verschlechterten Ertragslage führten; wiederum wiesen die TZ-Banken ein auffallend günstiges Ergebnis aus, obwohl »die Reaktionsmöglichkeiten im Aktivgeschäft wegen der Festschreibung der Konditionen bei durchschnittlich 3-jähriger Laufzeit der Kreditverträge beschränkt« sind. »Wenn dies 1979 gleichwohl nicht zu einem Rückgang der Erträge führte, so vermutlich deshalb, weil die Teilzahlungskreditinstitute ausreichende Zinsaufschläge zur Abdeckung des Zinsänderungsrisikos vorgenommen hatten. Zudem haben die Teilzahlungsbanken ihre Geschäftsaktivitäten im Berichtsjahr ungewöhnlich stark ausgedehnt. Sie verzeichneten 1979 mit fast 16% die höchste Steigerungsrate des Geschäftsvolumens unter allen Banken.«<sup>10</sup> Es ist schwierig, eine vorweggenommene Zinserhöhung bei gleichbleibenden Zinsen der übrigen Banken anders als mit nichtvorhandener Markttransparenz zu erklären und ebenso schwierig, eine aus dem Rahmen fallende Ausweitung der Geschäftstätigkeit in einem Bankenbereich bei allgemein hohem Zinsniveau anders zu verstehen als aus dem kontinuierlichen Kreditbedarf einer Kundengruppe mit hohem Konsumanteil. – Insgesamt geht es also weniger um eine Konkurrenzauseinandersetzung zwischen TZ-Instituten und den übrigen Universalbanken, sondern vielmehr um den letzteren Bereich und dort betriebene Produktdifferenzierung, die durch Ausnutzung geringer Transparenz unterschiedliche Nachfrageschichten abschöpft. ( – Wenn nunmehr feststeht, daß die Ratenzinsen insgesamt den relevanten Markt bilden, müßten sich entsprechende Perspektiven für einen Vergleich zwischen maklervermitteltem und allgemeinem Wohnungsmarkt ergeben. – )

Von der Datenlage her unbegründet ist auch das zweite Argument, das die Höhe der TZ-Zinsen mit Personalkosten begründet. Der Verwaltungsaufwand insgesamt der TZ-Institute liegt zwar ständig über dem aller anderen Bankengruppen, ist aber in dem ständig besseren Resultat der Betriebsergebnisse, auf das oben hingewiesen wurde, bereits berücksichtigt.<sup>11</sup> Die (nach der bisherigen Argumentationstradition zweifelhafte) Begründung des OLG, solche Kosten habe die Klägerin, wenn schon behauptet, offenlegen müssen, war daher nicht erforderlich.

## 2. Zum Stellenwert der Markttransparenz:

Wenn nicht ein erhöhtes Ausfallrisiko, sondern faktische Marktaufspaltungen die Höhe der TZ-Zinsen erklärt, gewinnt die Markttransparenz, d. h. die Möglichkeit realistischer Kostenvergleiche anhand des »effektiven Jahreszins«, erhöhte praktische Bedeutung. Hier unterscheidet sich das OLG-Urteil von der bisherigen BGH-Rechtsprechung. Der BGH hat nur Fälle entschieden, in denen Monatszinsen und sonstige Kreditkosten getrennt, ohne zusammenfassende Formel angegeben waren, andererseits aber in allen Entscheidungen diesen Umstand ausdrücklich zur Begründung der Sittenwidrigkeit herangezogen. Es ist fraglich, was passiert, wenn in Zukunft die TZ-Institute den effektiven Jahreszins hinlänglich deutlich angeben werden. Man kann nicht ausschließen, daß sich hier die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf wiederholt, wo der BGH den Einwendungsdurchgriff

<sup>9</sup> Monatsbericht Dez. 1980, Stat. Teil, S. 28 ff.

<sup>10</sup> Monatsbericht Aug. 1980, S. 18, 25.

<sup>11</sup> Oben FN. 7.



in dem Moment ablehnte, in dem der Darlehensgeber einen lesbaren Hinweis auf die Unabhängigkeit von Kauf und Darlehen in seine AGB aufgenommen hatte.<sup>12</sup> Bei der mythischen Übermacht eines verweberten Weltbildes<sup>13</sup>, das in der Leitidee des preisabwägenden etc. Konsumenten wiederkehrt, wäre eine solche Entwicklung jedenfalls nicht unplausibel. Faktisch hingegen würde eine Angabe des effektiven Jahreszinses an der »geringen Zinsreagibilität« der TZ-Kreditnehmer wahrscheinlich wenig ändern; sie würden nach wie vor den Monatszins beachten und eher die monatliche Belastung mit dem zur Verfügung stehenden Einkommen als die effektiven Jahreszinsen verschiedener Banken miteinander vergleichen. Im entscheidenden Fall war der effektive Jahreszins angegeben. Die erhebliche praktische Bedeutung des Urteils liegt also darin, daß das Transparenzargument beiseite geschoben wird und die Feststellung, hier müsse das Gericht den Verbraucher bevormunden, aus den unentschiedenen akademischen Zweifeln am Leitbild der Konsumentensouveränität entschiedene Konsequenzen zieht.

### 3. Zur verbliebenen Bedeutung subjektiver Elemente für die Sittenwidrigkeit:

Die Motivation des Wucherers hat in der Gesetzesentwicklung eine unterschiedliche Rolle gespielt. Der erste Entwurf wollte die Sittenwidrigkeit rein objektiv feststellen und hatte ihr Verstöße gegen die öffentliche Ordnung (unter Hinweis auf Verträge, die die Gewerbefreiheit verletzen) beigelegt. Die zweite Kommission, die das Merkmal der öffentlichen Ordnung wieder strich und die Wuchervorschrift einführte, bejahte dagegen die Notwendigkeit, subjektive Momente der Vertragsparteien zu berücksichtigen.<sup>14</sup> Das Reichsgericht hat 1936 zum Verhältnis der beiden Absätze des § 138 festgestellt, daß der Wucher nur bei entsprechender »Gesinnung« des Begünstigten auch unter Absatz 1 falle und daran die auch heute noch von der Rechtsprechung im wesentlichen verwandte Formel angeschlossen, daß der Gesinnung gleichstehe, »wenn sich ein Teil böswillig oder grobfahrlässig der Kenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schwerwiegenden Bedingungen einläßt«.<sup>15</sup> Das OLG-Urteil wiederum will subjektive Momente nur mehr widerwillig und formelhaft anwenden.

Zur Erklärung dieses Neben- und Gegeneinander subjektiver und objektiver Faktoren liegt zunächst auf der Hand, daß mit der Hereinnahme eines Wuchermotivs sich der Anwendungsbereich des § 138 reduziert. An dieser Reduktion einer Vorschrift, die als sozialpolitisches Korrektiv gegen das rigorose Prinzip der Vertragseinhaltung gedacht war und von der Sozialdemokratie im Reichstag heftig propagiert wurde, bestanden starke Interessen der Reichstagsmehrheit.<sup>16</sup>

Daneben wurde dieses Interesse aber auch durch die Aufklärungstradition gestützt, daß jeder Rechtsnachteil grundsätzlich vorhersehbar sein müsse; in der angeführten Parallele des Reichsgerichts zu den Haftungsvoraussetzungen Vorsatz und Fahrlässigkeit klingt das noch deutlich an. (Den Wertungswiderspruch des Aufklärungspostulats zur schon fortgeschrittenen gesellschaftlichen Logik, daß Motive ansonsten im

<sup>12</sup> BGH NJW 73, 454; im Einklang damit hat der BGH abgelehnt, aus Verletzungen der Preisangabepflicht als solcher zivilrechtliche Konsequenzen zu ziehen, NJW 79, 807; zur Trennungstheorie im übrigen Reifner (FN. 4) S. 193 ff.

<sup>13</sup> Zur Ausführung s. Assmann, Kirchner, Schanze (Hg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1978; zur Kritik Assmann a. a. O., S. 23, 38; Reich JZ 80, 329, 332.

<sup>14</sup> Mugdan I, S. 469, 725, 969 f.

<sup>15</sup> RGZ 150, 2.

<sup>16</sup> S. Plenumsberatungen, Mugdan a. a. O., S. 1007–1023.

Vertragsrecht keine Rolle spielen sollen, hat die zweite Kommission übersehen).

Schließlich ist mit der Berücksichtigung des Wuchermotivs ein allgemeines Dilemma sozialpolitischer Vertragskorrekturen angesprochen, das ein Gegner des Entwurfs schon in den BGB-Beratungen formulierte: »Im alltäglichen Handel und Wandel werden wir sehen, daß vielleicht eine angebliche Unerfahrenheit, die mangelnde Sachkenntnis eines Mannes gebraucht wird, der Leichtsinns eines anderen Konkurrenten gebraucht wird, um einen Vortheil zu erlangen. Und da braucht der Richter doch nur der Ansicht zu sein, daß nach seiner subjektiven Auffassung der Vortheil ein unverhältnismäßiger ist, flugs stempelt er das Geschäft, welches in Handel und Wandel gar nicht gegen die guten Sitten verstößt, zu einem wucherischen, weil er über den Begriff des Übermäßigen in einem tatsächlichen wirtschaftlichen Irrthum sich befindet«.<sup>16a</sup> Die Übervorteilungsabsicht gehört wie die objektive Abhängigkeit zur Normalität jedes Vertrages, mit nur graduellen Abstufungen je nach Marktsituation, die entscheidet, ob Vorteil und Abhängigkeit einseitig oder für beide Parteien, fallweise oder dauernd bestehen<sup>17</sup>. Mit der Berücksichtigung subjektiver Gesinnungsmomente kann also prinzipiell die Sittenwidrigkeit immer ausgeschlossen werden, da es um ein Normalkriterium geht, das nicht den guten vom bösen Vertrag unterscheiden kann; daher wurden die Versuche der Oberlandesgerichte, mit der Wucherbeurteilung in § 138 Abs. 1 auszuweichen, meist durch die höchstrichterliche Rechtsprechung gebremst<sup>18</sup>. Andererseits muß das rein objektive Argument der Abhängigkeit des Unterlegenen die Kalkulationsautonomie beseitigen; das zeigen Vorschläge für eine Neufassung des § 138, die sich nach einem »objektiven« Ausgangspunkt in zahllosen Ausnahmen zerfasern.<sup>19</sup> Im Ergebnis bilden also subjektive und objektive Merkmale in § 138 Abs. 2 eine Allianz; die objektive Abhängigkeit soll die Illegalisierung der Normalgesinnung und das Gesinnungsmerkmal die Illegalisierung der Normalabhängigkeit in Grenzen halten; praktisch hat sich daraus die Bedeutungslosigkeit des § 138 Abs. 2 ergeben.

Sie folgt notwendig aus dem Widerspruch zwischen vorkapitalistischem Moralkodex (– Wucherverbote finden sich schon in den Reichspolizeiordnungen am Ende des MA –) und neuen Marktusancen. Wenn moralische Kriterien durch die Konkurrenzverallgemeinerung und die klassischen Ansätze zu objektiver Leistungsbewertung (Arbeit) durch die neoklassische Subjektivierung (um 1870) verkümmert sind, ist der Markt tatsächlich die einzig verbliebene Beurteilungsinstanz;<sup>20</sup> nicht nur praktisch, sondern auch systematisch ist also Abs. 1 des § 138 der geeignete Ansatzpunkt.

Es fragt sich dann allerdings, welche Kriterien der Vertragskorrektur die Sittlichkeit des Marktes liefert. Das empirische Nebeneinander von Gleichgewichts- und Ungleichgewichtszuständen (in gegensätzlichen Modelltheorien wiederkehrend) macht den Markt als Beurteilungsinstanz seiner eigenen Elemente, der Verträge, ungeeignet und verlangt Maßstäbe von außen. Sie meint das OLG zunächst in »Mindesterfordernissen eines (noch) funktionierenden Marktes«, einem »Mindestmaß an Konkurrenz« zu finden, verweist dann aber korrigierend auf übliche Marktunvollkommenheiten in der Realität und begründet damit die Notwendigkeit,

<sup>16a</sup> A. a. O., S. 1015 f.

<sup>17</sup> Knieper, Selbst-Bestimmung als Selbst-Disziplinierung und Fremd-Bestimmung, in: Zwang, Vernunft, Freiheit, 1981.

<sup>18</sup> Vgl. schon die Fallsituation des RG-Urteils, o. FN. 15.

<sup>19</sup> Bender NJW 80, 1129.

<sup>20</sup> Konsequenz wird aus dem Konzept der Marktsittlichkeit z. T. die Forderung abgeleitet, auf Strafelemente zu verzichten und dem Wucherer Zinsen zuzugestehen, die jedoch auf den Marktsatz zu reduzieren seien, Reich JZ 80, 334; anders die Rspr., oben vor 1.

das subjektive Element (abgeschwächt) erneut einzuführen. Im Ergebnis ist damit nicht ein Konzept funktionsfähiger Konkurrenz, das im »natürlichen System der Freiheit« auch niemand definieren kann, sondern der politische Gesichtspunkt der Gleichheit zum Kriterium gemacht.

Aber auch diese Sittlichkeitsdefinition sperrt sich noch gegen Korrekturversuche: Die Problematik eines objektivierten Ansatzes läßt sich nur durch die Deduktion eliminieren, die konkrete Äquivalenzvereinbarung könne unmöglich den Interessen des »Benachteiligten« entsprochen haben, da keine adäquate Gegenleistung bestehe.

Damit hat das OLG trotz gegenteiliger Beteuerungen eine inhaltliche Bewertung von Leistung und Gegenleistung vorgenommen. Die Annahme, das Teilmarktargument sei irrelevant, reglementiert die Kalkulation und trennt legitime von illegitimen Kosten. Es ist zweifelhaft, wie das OLG entschieden hätte, wenn die Klägerin (entsprechend der Bundesbankhypothese) Vorwegnahme steigender Beschaffungskosten oder auch Mischkalkulation mit anderen Geschäftssparten geltend gemacht hätte. (Für die Verzugszinsen ist die individuelle Kalkulationsautonomie wiederum anerkannt worden, da vom Gericht als faktisch zutreffend unterstellt.) Für den entschiedenen Fall sind solche Erwägungen rein spekulativ, aber das Raffinement der Rechtfertigungsargumente wird in Zukunft sicher steigen, da die Ökonomisierung des § 138 erst am Anfang steht. Institutionelle Argumentationen wären dann jedenfalls nicht mehr möglich, allein ein Hinweis auf fehlende Markttransparenz (siehe oben 2.).

Praktisch bedeutet dies, daß der Übergang vom kaufmännischen Anstandsgefühl zur Sittlichkeit des Marktes Vorteile klarer Kriterien nur dann bringt, wenn mit bislang verbürgten Grundsätzen der Kalkulationsautonomie des Anbieters oder der Bewertungsautonomie des Nachfragers gebrochen wird. Wenn § 138 effektiviert werden soll, ist eine Rolle der Rechtsprechung als Kalkulationsbehörde und/oder Vormund unvermeidlich; offen formuliert hat das OLG nur das letztere. Wohl im Hinblick auf diese Konsequenzen der objektiven Auslegung hat das OLG im Gegensatz zum eigenen Ausgangspunkt am Ende auf das subjektive Element wieder zurückgegriffen. Dann bleibt aber auch das Kriteriendilemma bestehen; je mehr der wechselseitige Verweis der subjektiven auf die objektiven Umstände die Auslegung des § 138 bestimmt, je diskretionärer muß jede Entscheidung bleiben.

Am konkreten Nutzen des Urteils soll damit nicht gedeutelt werden. Der Bezug des Einzelvertrages auf die Marktkonditionen stellt den fortgeschrittensten Stand des Vertragsrechts dar, nämlich individuelle Unanständigkeiten auf den gesellschaftlichen Durchschnitt zurückzuführen, Gleichheit der Marktchancen (aber nicht ihre Verbesserung insgesamt) herzustellen. Wenngleich inkonsequent, werden subjektive Merkmale dabei praktisch, wie in der BGH-Rechtsprechung deutlich, wohl weiter eine zur Formel abgeschwächte, aber die Akzeptanz der Urteile unterstützende Bedeutung behalten.

*Hans-Gerwin Burgbacher*