

Rechtsfolgen des Lohnwuchers – Teil 2*

Von stud. iur. **David Yang**, Heidelberg

Im zweiten Teil seines Beitrags setzt sich der Verf. mit den Rechtsfolgen und – darauf basierend – den Konkurrenzen des Lohnwuchers auseinander. Der Verf. zeigt dabei, dass sich komplexe Probleme auch ohne Rückgriff auf gewagte dogmatische Konstruktionen bewältigen lassen, indem streng nach der vom Gesetz vorgegebenen Dogmatik vorgegangen wird.

I. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis

Die Rechtsprechung ging ursprünglich davon aus, im Falle des Lohnwuchers müsse der gesamte Vertrag nichtig sein,¹ allerdings habe die Nichtigkeit aufgrund der bereits erfolgten Infunktionsetzung des Arbeitsverhältnisses keine rückwirkende Kraft, vielmehr sei das Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit wie ein fehlerfrei zustande gekommenes zu behandeln.² Als Grund für die Beschränkung der ex-tunc-Nichtigkeit wird auf Schwierigkeiten bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verwiesen: Als Dauerschuldverhältnis besonderer Prägung erzeuge der Arbeitsvertrag eine Vielzahl von Pflichten, Leistungen und Rechtspositionen, die bei einer längeren Vollzugsdauer nicht ohne weiteres rückabgewickelt werden könnten.³ Auch führe eine bereicherungsrechtliche Abwicklung zu unangemessenen Ergebnissen für den Arbeitnehmer, wenn die Arbeitsleistung den Arbeitgeber nicht bereichert habe,⁴ oder wenn die Bereicherung nachträglich entfallen sei, so dass sich der Arbeitgeber auf Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen könne.⁵ Schließlich müsse dem Arbeit-

nehmer auch im Falle der Nichtigkeit des Vertrags Lohn- und Aufrechnungsschutz (§ 850 ZPO; §§ 394, 400 BGB) gewährt werden.⁶

II. Kritik

Die pauschale Einschränkung der Nichtigkeitswirkung durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis kann nicht für alle Fälle überzeugen. So müsste eine konsequente Anwendung dieser Lehre das gesamte Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit unangetastet lassen.⁷ Es wäre aber widersinnig, unter Berufung auf Arbeitnehmerschutzerwägungen die Parteien in Fällen des Lohnwuchers an den vereinbarten Leistungen festzuhalten: Dem Arbeitgeber blieben dadurch gerade die Früchte erhalten, die er sich durch sein sittenwidrigkeitsbegründendes Verhalten verschafft hat, so dass der Zweck der Nichtigkeitsvorschrift konterkariert wäre. Und auch dem Arbeitnehmer wäre mit Lohnpfändungsschutz für sein sittenwidriges Gehalt wenig geholfen. Schließlich ist die Annahme fehlerhaft, die ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit des Vertrags müsse Hauptleistungspflichten und Nebenpflichten gleichermaßen treffen. Die verschiedenen Grundlagen und Funktionen der das Arbeitsverhältnis prägenden Einzelregelungen verbieten es vielmehr, vom Schicksal der einen ohne weiteres auf das der anderen zu schließen.⁸ Richtigerweise ist jeder Rechtsbestandteil des Arbeitsverhältnisses einer Prüfung dahingehend zu unterziehen, inwieweit der konkrete Nichtigkeitsgrund seinem Zweck nach auch diese Regelung betreffen soll.⁹ Die Beschränkung der Nichtigkeitsfolge ergibt sich damit nicht pauschal von außen, sondern schon aus dem Zweck der Nichtigkeitsnorm selbst.¹⁰ Bei einer solchen Betrachtung zeigt sich, dass die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsprobleme sich allein auf die zahlreichen Nebenpflichten konzentrieren, welche vom Zweck des Wucherverbotes aber gar nicht betroffen sind, so dass sich die Nichtigkeitsfolge insoweit auf eine ex-nunc-Wirkung beschränken kann. Das Wucherverbot betrifft allein die synallagmatisch verknüpften Hauptleistungspflichten, also die Pflichten zur Arbeitsleistung und Lohnzahlung. Nur diese sind daher als von Anfang an nicht bestehend anzusehen, so dass die diesbezüglich erbrachten Leistungen bereicherungsrechtlich rückabgewickelt werden müssen. Einer solchen Lösung steht auch nicht § 139 BGB entgegen. Dieser klärt

* Fortsetzung von ZJS 2011, 430.

¹ Das BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB, sub III 2 spricht dabei eindeutig von dem „nichtigen Vertrag“ bzw. dem „nichtigen Arbeitsverhältnis“. Ein Teil der Literatur nimmt dagegen an, das BAG gehe von einer Nichtigkeit allein der Lohnabrede aus, vgl. *Sack*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 138 Rn. 121; a.A. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 612 Rn. 2; unklar BAG AP Nr. 60 zu § 612 BGB, sub III 1.

² Für Arbeitsverträge: BAGE 5, 58 (66); 8, 47 (50); BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB, sub III 2. Für Gesellschaftsverträge: RGZ 123, 102 (107 f.); 124, 279 (287 f.); *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 138 Rn. 13 f.

³ *Junker*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 197; *Söllner/Waltermann*, Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2009, Rn. 173. Dass die Rückabwicklungsschwierigkeiten aber nicht unüberwindbar sind, zeigt sich bereits daran, dass die Rechtsprechung in manchen Fällen dennoch nach den §§ 812 ff. BGB rückabwickelt, vgl. nur BAGE 14, 180, (186); BAG AP Nr. 34 zu § 138 BGB; vgl. auch *Joussen*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 22, Stand: 1.12.2011, § 611 Rn. 130.

⁴ *Canaris*, BB 1967, 165 (167); *Wilburg*, AcP 162 (1963), 346 (355 f.); *Riezler*, Venire contra factum proprium, 1912, S. 135.

⁵ *Canaris*, BB 1967, 165 (167); *Joussen* (Fn. 3), § 611 Rn. 128; *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als

Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 396, vgl. auch BAG AP Nr. 13 zu § 612 BGB, sub 2 a.

⁶ *Kaskel/Dersch*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, § 6 I 2, S. 26; *Simitis* (Fn. 5), S. 292, 374.

⁷ Tatsächlich korrigiert aber auch das BAG sein Ergebnis, indem es für die Vergangenheit modifizierend in die Lohnabrede eingreift, s. u., V.

⁸ *Picker*, ZfA 1981, 1 (54).

⁹ *Picker*, ZfA 1981, 1 (55); *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 30 I, S. 548; § 30 8 (S. 554).

¹⁰ Vgl. *Damm*, JZ 1986, 913 (924).

die Frage, welches Schicksal der Vertrag im Falle der Nichtigkeit nur eines Teils erleidet. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist damit die Teilbarkeit des Vertrags. Die These der herrschenden Meinung, Lohnabrede und Restteil seien ohne weiteres teilbar,¹¹ kann dabei mit guten Gründen bezweifelt werden: Die „objektive Teilbarkeit“ setzt nämlich voraus, dass nach vorgenommener Teilung der verbleibende Rest als sinnvolles Rechtsgeschäft bestehen bleiben kann¹² – ein Arbeitsvertrag ohne Vergütungsvereinbarung kann aber nur schwerlich als „sinnvoll“ bezeichnet werden. Eine Teilbarkeit ließe sich daher nur dann annehmen, wenn es dispositives Recht gäbe, mit dem sich die Lücke füllen ließe. In diesem Zusammenhang greift die herrschende Meinung auf § 612 Abs. 2 BGB zurück.¹³ Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: Der Gesetzgeber hatte – wie bei der Untersuchung des Lohnwuchertatbestands gezeigt wurde – § 612 Abs. 1, Abs. 2 BGB gerade nicht als dispositives Gesetzesrecht, sondern als Auslegungsregel konzipiert, die als Vermutung des Parteiwillens im Falle einer fehlenden Vergütungsabrede greifen sollte. Ist ein dieser Auslegung entgegenstehender Wille der Parteien zur (sittenwidrigen) Vergütung dagegen klar zum Ausdruck gekommen (was in den Lohnwucherfällen immer der Fall ist!), passt die Auslegungsregel nicht.¹⁴ Die Fehlerhaftigkeit der Teilbarkeithypothese zeigt sich indes nicht nur am fehlenden dispositiven Ergänzungsrecht, sondern besonders in den Fällen des Wuchers: Die Sittenwidrigkeit liegt ja nicht allein in der Vergütungsabrede begründet, sondern kommt erst durch das Missverhältnis von Leistung zu Gegenleistung zustande. Warum dann aber als Folge der Sittenwidrigkeit nur die Abrede über die Gegenleistung weggestrichen werden soll und nicht beide in Bezug gesetzten Leistungspflichten – und damit der Kern des gesamten Vertrags – lässt sich nicht erklären.¹⁵ Schließlich kommt auch ersichtlich niemand auf den Gedanken, umgekehrt allein die Entgeltabrede als sittengemäß aufrecht erhalten zu wollen und nur die Leistungspflicht entsprechend anzupassen, so dass der Arbeitnehmer von Anfang an nicht etwa zu wenig erhalten, sondern zu viel geleistet hätte. Richtigerweise ist daher die Annahme der Teilbarkeit von Lohnabrede und

restlichem Vertrag zu verneinen.¹⁶ Mit diesem Ergebnis gerät die hier vertretene Lösung nicht in Konflikt: Denn die Nichtigkeit des gesamten Vertrags steht nicht in Frage, differenziert wird nur hinsichtlich des zeitlichen Geltungsumfangs der Nichtigkeit, inwieweit sie also bereits ex tunc und inwieweit sie nur ex nunc wirkt. Über diese Problematik trifft § 139 BGB keine Aussage. Wollte man dagegen dem „Kunst“-Griff der herrschenden Meinung folgen, entstünden gleich mehrere Folgefragen: So muss sie begründen, wie ihre auf der Voraussetzung der Teilbarkeit des Vertrags basierende Lösung mit dem nun tatsächlich einschlägigen § 139 BGB vereinbar ist, welcher im Falle der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts eine Vermutung für die Nichtigkeit auch des restlichen Teils enthält. Soweit dieses Problem als solches erkannt wird, lässt man § 139 BGB unangewendet oder kehrt dessen Vermutungsregel unter Berufung auf die arbeitnehmerschützende Zielrichtung der Nichtigkeitsnorm schlicht um.¹⁷ Warum für den Arbeitnehmer eine bloße Teilnichtigkeit im Vergleich zur Vollnichtigkeit überhaupt vorteilhaft sein soll, bleibt aber unbeantwortet. Möglicherweise steht dahinter der Gedanke, dass der um die Lohnabrede gekürzte Arbeitsvertrag mit der „Prothese“ des § 612 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch für die Zukunft aufrechterhalten bleiben könne.¹⁸ Die Richtigkeit einer solchen Lösung muss aber vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des Wucherverbots bezweifelt werden: Denn die Aufrechterhaltung des Vertrags zum üblichen Lohn kann durchaus im Widerspruch zum Willen beider Parteien stehen. Dieses selbst verschuldete Dilemma durch ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen Nichtigkeit und (modifizierter) Wirksamkeit aufzulösen hieße, die gesetzlich vorgegebene Dogmatik noch weiter aufzulösen und die Einwendungen der §§ 134, 138 BGB in gewisser Weise zu Einreden zu machen. Mit der Aufrechterhaltung des Vertrags zu geänderten Bedingungen wäre man in der Sache ganz nah bei der Auffassung, die eine teleologische Extension der Vergütungsabrede befürwortet.¹⁹ Dogmatisch betrachtet stellt die Lösung des BAG einen Bruch mit der Lehre vom

¹¹ Vgl. nur BAG AP Nr. 20 zu § 612 BGB, sub 1 b; *Preis* (Fn. 1), § 611 Rn. 342.

¹² *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 139 Rn. 64. Die subjektive Teilbarkeit setzt dagegen voraus, dass mehrere Personen auf einer oder beiden Seiten des Rechtsgeschäfts beteiligt sind, siehe *Roth* (a.a.O.), § 139 Rn. 65.

¹³ BAG AP Nr. 15 zu § 612 BGB, sub 4; *Joussen* (Fn. 3), § 612 Rn. 10, 30; *Preis* (Fn. 1), § 611 Rn. 344; *ders.*, § 612 Rn. 2, *Boemke*, JuS 2010, 259 (259); *Lakies*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5 Rn. 46; *Jauernig*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 139 Rn. 8.

¹⁴ *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166); *Lobinger*, RdA 2011, 76, 88 (Fn. 101); ausdrücklich auch schon *Oertmann*, DJZ 1913, 254 (256): „Vor dieser anderweiten Willenswirklichkeit muß die bloße Willensvermutung die Segel streichen“.

¹⁵ So bereits *Oertmann*, DJZ 1913, 254 (257 f.) unter Hinweis auf Historie und systematische Stellung des § 612 BGB.

¹⁶ So auch *Sack*, RdA 1975, 171 (175); *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166).

¹⁷ Vgl. nur BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, sub 4; *Sandrock*, AcP 159 (1960/61), 481 (493, 507 f.); *Wendtland*, in Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 139 Rn. 6; *Preis* (Fn. 1), § 611 Rn. 342; *Joussen* (Fn. 3), § 611 Rn. 116 (zu § 134 BGB), 125 (zu § 138 BGB); *Jauernig* (Fn. 13), § 139 Rn. 8; *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 107, 110; *Damm*, JZ 1986, 913 (916); *Roth*, JZ 1986, 411 (416); *Sack*, RdA 1975, 171 (179); *Boemke*, JuS 2010, 259 (259); dagegen zu Recht *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979, S. 81.

¹⁸ In diese Richtung BAGE 118, 66 (71, 75); 110, 79 (82). Ausdrücklich für eine solche Aufrechterhaltung des Vertrags zu modifizierten Bedingungen plädiert *Rühle*, Wucherverbot, effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?, 1978, S. 68.

¹⁹ Zur Kritik dieser Auffassung s.u., V.

fehlerhaften Arbeitsverhältnis dar: Das Arbeitsverhältnis wird für die Vergangenheit eben nicht mehr komplett wie ein wirksames behandelt, vielmehr lässt man einen willkürlich herausgegriffenen Teil, nämlich die Vergütungsabrede, nun doch ex tunc erlöschen und an deren Stelle zumindest für die Vergangenheit eine über § 612 Abs. 2 BGB fingierte Abrede treten. Die Lösung des BAG beruht darauf, dass die strikte Anwendung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses als unbillig empfunden wird, andererseits aber eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung vermieden werden soll.

III. Bereicherungsrechtliche Lösung

Die Vermeidung einer bereicherungsrechtlichen Lösung durch das BAG ist aber sachlich nicht begründet. Vielmehr lassen sich auch auf diesem Wege dogmatisch und praktisch befriedigende Ergebnisse erzielen, ohne sich über den Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen. Ausgangspunkt muss dabei die Überlegung sein, dass sich die Arbeitsleistungen im Moment der Inanspruchnahme sogleich verflüchtigt, so dass die Leistungsherausgabe in natura dem Arbeitgeber also nicht mehr möglich ist.²⁰ Die dennoch vorhandene Mehrung des Vermögens lässt sich aber durch den Gedanken der ersparten Aufwendungen sichtbar machen,²¹ in den Fällen des Lohnwuchers also in ersparten Kosten für eine Ersatzarbeitskraft. Der Arbeitgeber muss also dem Arbeitnehmer nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB den marktüblichen Lohn für die entsprechende Arbeit ersetzen.²² Da es nur um den Lohnwert der Arbeit selbst, nicht aber um den Arbeitserfolg geht, ist auch das Argument der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis widerlegt, der Wert der Leistung sei häufig nicht messbar.²³ Damit ergibt sich in den allermeisten Fällen kein Unterschied zur herrschenden Meinung. Probleme können sich aber dann ergeben, wenn der Arbeitgeber vorträgt, er hätte zu den marktüblichen Kosten nie eine Ersatzkraft eingestellt. Dabei ist weiter nach dem Grund für diesen Vortrag zu differenzieren. In aller Regel wird der Arbeitgeber sich auf rein rationalen, wirtschaftlichen Gründe berufen. So kann er etwa vorbringen, er hätte keine Ersatzkraft zum üblichen Entgelt eingestellt, weil er unter diesen Konditionen nicht am Markt hätte bestehen können. Nach der hier vertretenen Auffassung zum Tatbestand des Lohnwuchers scheitern solche Fälle aber schon am restriktiv auszulegenden subjektiven Tatbestandsmerkmal des „Ausbeutens“. Problematisch sind daher nur die (sehr hypothetischen) Fälle, in denen der Arbeitgeber die erforderliche Ausbeutungsabsicht aufweist und gleichzeitig auf die Arbeit des Arbeitnehmers nicht angewiesen war, er sich die Arbeitsleistung gleichsam als „Luxus-

aufwendung“ gegönnt hat und die Kosten eines zum üblichen Lohn beschäftigten Arbeitnehmers nie getragen hätte. Zu denken ist etwa an den Fall eines Unternehmers, der in Ausbeutungsabsicht eine Putzhilfe für seine Privatwohnung zu sittenwidrigen Konditionen beschäftigt, aber vorträgt, er hätte selbst geputzt, wenn er sonst den üblichen Lohn hätte zahlen müssen. In der Literatur begegnet man diesem Problem auf verschiedene Weisen. Teilweise wird vertreten, die Vorteile der Arbeitsleistung würden dem Vermögen des Empfängers im Augenblick der Inanspruchnahme endgültig einverleibt, so dass der Bereicherungsschuldner nicht auf mangelnde Ersparnis verweisen könne.²⁴ Damit wird aber die Trennung von Erlangung des Gegenstands (Arbeitsleistung) und abzuschöpfender fortdauernder Vermögensmehrung ohne ersichtlichen Grund aufgehoben und die Möglichkeit einer tatsächlich nicht mehr vorhandenen Vermögensmehrung schlicht ausgeblendet.²⁵ Hinter dieser Auffassung steht letztlich eine Billigkeitserwägung: Der Bereicherungsgläubiger soll nicht leer ausgehen, ebenso sollen dem Bereicherungsschuldner nicht die Früchte seines sittenwidrigen Handelns gesichert werden. Konstruiert wird damit ein Anspruch auf eine „objektive Mindestbereicherung“, der vor dem Hintergrund der Rechtsnatur der Bereicherungshaftung befremden muss: Dieser richtet sich allein auf eine Abschöpfung des „rechtswidrigen, ungebührlichen Habens“²⁶, nicht aber auf einen Zugriff auf das nicht (mehr) gemehrte Stammvermögen des Bereicherungsgläubigers. Aus demselben Grund vermag es auch nicht zu überzeugen, mit der herrschenden Meinung in Anknüpfung an §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB dem Bösgläubigen die Berufung auf Entreicherung zu verwehren.²⁷ Denn auch diese Lösung setzt sich über den Charakter des Bereicherungsrechts als Abschöpfungsrecht hinweg und lässt daneben eine „bereicherungsunabhängige Bereicherungshaftung“ treten, die wie das Deliktsrecht verhaltensbezogen gedacht wird, darüber hinaus aber sogar auf den Nachweis eines Schadens verzichtet, indem sie an dessen Stelle eine objektive Mindestbereicherung stellt. Eine solche Lösung findet im Gesetz keinen Anhaltspunkt: §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verweisen allein auf die „allgemeinen Vorschriften“, stellt also neben die bereicherungsrechtliche Haftung

²⁴ *Mestmäcker*, JZ 1958, 521 (524) mit dem Hinweis auf die „quasikontraktliche Natur“ des Eingriffserwerbs; ähnlich *Kleinheyer*, JZ 1961, 473 (475); *Batsch*, NJW 1969, 1743 (1746).

²⁵ Vgl. *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 311.

²⁶ *Savigny*, Obligationenrecht II, 1853, S. 293 f.; ihm folgend *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 22; *Lobinger* (Fn. 25), S. 314; *Mossler*, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung, 2006, S. 75; *Hartmann*, Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 27.

²⁷ So etwa *BGHZ* 55, 128 (135); *Kellmann*, NJW 1971, 862 (865); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 73 II vor 1, S. 309; *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 818 Rn. 53, § 820 Rn. 7.

²⁰ *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 818 Rn. 160; *Kellmann*, NJW 1971, 862 (865).

²¹ Vgl. nur *Schwab* (Fn. 20), § 818 Rn. 82; *Lieb*, NJW 1971, 1289 (1292); *Goetzke*, AcP 173 (1973), 289 (308, 311).

²² So die Rechtsprechung, vgl. nur *BGHZ* 36, 321 (323); 37, 258 (264); zustimmend *Schwab* (Fn. 20), § 818 Rn. 82; *Westermann/Buck-Heeb*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 818 Rn. 24; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 818 Rn. 26 f.

²³ *Beuthien*, RdA 1969, 161 (165).

eine Schadensersatzrechtliche, ohne die Systeme zu vermischen.²⁸ Letztlich steht auch hinter diesem Ansatz der Gedanke, dass derjenige, der auf die Leistung rechtswidrig zugreift, nicht besser stehen soll als derjenige, der sich die Leistung regulär durch Vertrag (und damit gegen ein sittengemäßes Entgelt) verschafft.²⁹ Teilt man diese Grundbedenken, ließe sich dieses Ergebnis grundsätzlich allerdings wohl auch ohne eine Modifikation bestehender Haftungssysteme begründen. So verweist *Lobinger* in ähnlichem Zusammenhang auf das Prinzip der Rechtszuweisung: Der Inhaber eines subjektiven Rechts könne nicht nur andere von der Inanspruchnahme dieses Rechts ausschließen. Vielmehr beinhalte der Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts über diese negative Ausschlussfunktion hinaus auch positiv die Möglichkeit des Inhabers, seine Bedingungen für einen zulässigen Zugriff festzulegen. Für einen Zugriffswilligen folge daraus das Gebot, sich für seinen Zugriff den insoweit vom Berechtigten aufgestellten Bedingungen zu unterwerfen, sollte er vor diesem Zugriff nicht marktmäßig über die Zugriffskonditionen verhandeln wollen. Diese Kontrahierungspflicht resultiere damit nicht etwa aus den „sekundären“ Schutzsystemen des Bereicherungsrechts oder des Deliktsrechts, sondern aus der „primären“, vom Rechtsinhaber getroffenen Inhaltsbestimmung über das geschützte Recht selbst.³⁰ Für die Schadensersatzhaftung hat dies laut *Lobinger* gleichwohl erhebliche Konsequenzen. Denn es schulde hiernach derjenige, der rechtswidrig, bösgläubig in Bezug auf die eigene Nichtberechtigung und schuldhaft hinsichtlich der Kenntnis der vom Rechtsinhaber festgelegten Kontrahierungsbedingungen zugreife, Schadensersatz in Höhe des anfänglich vom Rechtsinhaber festgelegten Betrags. Der Schuldner könne sich auch nicht darauf berufen, er hätte den Vertrag zu diesen Konditionen nie geschlossen, da das rechtmäßige Alternativverhalten im Falle des bei Bösgläubigkeit und Verschulden zu sanktionierenden Verstoßes gegen das Kontrahierungsgebot nie das Unterlassen, sondern eben der Vertragsschluss zu den vom Rechtsinhaber festgelegten Bedingungen sei. Ob man diese Argumentation allerdings auf die hier in Frage stehenden Fälle des Lohnwuchers ohne weiteres übertragen kann, ist fraglich: Denn anders als in den von *Lobinger* diskutierten Fällen greift hier nicht etwa der Arbeitgeber unbefugt – einem Dieb vergleichbar – auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zu. Auch wird der Arbeitnehmer nur selten seinen „eigentlichen“ Preis nennen und damit dem Arbeitgeber die Bedingungen für den Zugriff auf sein Rechtsgut offenlegen. Hier ließe sich allenfalls auf einen „objektivierten“ Willen des verständigen Durchschnittsarbeitnehmers abstellen, was mit einer privatautonomen Definition der eigenen geschützten Rechtsposition nur noch wenig gemein hätte. Verneint man dagegen das Kontrahierungsgebot als Teil des subjektiven Rechts von vornherein, geht der Bewucherte in solchen Fällen ohnehin gänzlich leer aus. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, der Wucherer habe zumindest die Entschei-

dung getroffen, den sittenwidrigen Lohn zu zahlen, so dass immerhin dieser geschuldet sei.³¹ Wollte man nämlich diesem Ansatz auch in den Fällen des Lohnwuchers folgen, hieße dies, einem Willen zur Beachtung zu verhelfen, der vom Recht als sitten- und gesetzeswidrig missbilligt ist und gerade den Grund für die Rückabwicklung des Vertrags darstellt.³² Einen effektiven Schutz vor Bewucherung kann unter dieser Prämisse allein das strafrechtliche Wucherverbot des § 291 StGB bieten, nicht aber das Zivilrecht.

IV. Zwischenergebnis

Die Lösung des BAG kann in ihrer dogmatischen Begründung nicht überzeugen. Richtigerweise ist der Weg über das Bereicherungsrecht zu wählen, so dass der bewucherte Arbeitnehmer über §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB für die Vergangenheit den marktüblichen Lohn fordern kann. Dass sich dort Probleme auftun, wo der Arbeitgeber tatsächlich nicht bereichert ist, spricht nicht für die pauschale Lösung des BAG. Vielmehr ist auf dem Boden der bestehenden Rechtsordnung eine Lösung zu suchen, etwa über die Annahme eines über den reinen Abwehrgelalt von subjektiven Rechten hinausgehenden Zuweisungsgehalts in Form eines Kontrahierungsgebots. Jedenfalls muss der Arbeitnehmer auch bei der bereicherungsrechtlichen Lösung nicht auf Aufrechnungs- oder Pfändungsschutz verzichten: Denn § 850c ZPO, §§ 394, 400 BGB lassen sich zumindest analog auch auf entsprechende Bereicherungsansprüche erstrecken.³³ Auch im Übrigen ergeben sich bei einer solchen Lösung keine anderen praktischen Probleme als bei der vom BAG befürworteten (modifizierten) Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis. Dem Arbeitnehmer geht beispielsweise nicht der Sozialversicherungsschutz verloren; vielmehr wählte das Sozialrecht in § 7 Abs. 1 SGB IV ganz bewusst die Anknüpfung an die „Beschäftigung“ statt der an das Arbeitsverhältnis, um auch Fälle der Nichtigkeit ex tunc erfassen zu können.³⁴ Auch die Verjährung des bereicherungsrechtlichen Anspruchs weicht nicht von der des modifizierten Primärleistungsanspruchs ab. Schließlich ergibt sich selbst dann kein Unterschied, wenn im konkreten Einzelfall der übliche Lohn ein tarifvertraglicher ist, bei dem Ausschlussfristen gelten. Denn die Frage, ob solche oder ähnliche eng mit dem Entgelt verbundenen Regelungen auf den entstandenen Zahlungsanspruch Anwendung finden können, muss für beide Lösungen gleich beantwortet werden.

²⁸ Vgl. *Lobinger* (Fn. 25), S. 314 f.; vgl. auch *Mossler* (Fn. 26), S. 82 f.

²⁹ *Larenz/Canaris* (Fn. 27), § 73 II 5 a (S. 319).

³⁰ *Lobinger* (Fn. 25), S. 322 f.

³¹ Grds. für eine solche subjektive Betrachtung: *Westermann/Buck-Heeb* (Fn. 22), § 818 BGB Rn. 17 ff.; *Hagen*, in: *Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag*, 1973, S. 883 f.; *Koppensteiner*, NJW 1971, 1769 (1770 ff.).

³² Vgl. *Schwab* (Fn. 20), § 818 Rn. 84.

³³ *Beuthien*, RdA 1969, 161 (168 ff.); *Dölle*, ZStW 103, 67 (94 f.).

³⁴ *Seewald*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 71. Lfg. 2011, § 7 SGB IV Rn. 139.

V. Modifizierte Wirksamkeit als normzweckgerechtere Lösung?

Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wäre aber eine Konsequenz zwingend: Der Arbeitnehmer müsste, sobald die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Sittenwidrigkeit feststeht, einen neuen Arbeitsvertrag abschließen, wenn er nicht in die Arbeitslosigkeit fallen will. Fraglich ist, ob es überzeugender wäre, ein solches Ergebnis durch eine Modifikation des Vertrags, eine sog. „geltungserhaltende Reduktion“ (hier besser: Extension) der Lohnabrede in noch zu klärender Höhe, zu vermeiden. Teilweise betrachtet man die geltungserhaltende Reduktion als „quantitative Teilnichtigkeit“ und damit als vom Normzweckvorbehalt des § 134 BGB umfasst.³⁵ Dagegen spricht aber, dass die angepasste Lohnabrede kein „minus“, sondern vielmehr ein „aliud“ gegenüber der vertraglich festgelegten Vereinbarung handelt. Es geht also im Kern nicht um eine Teilbarkeitsfrage, sondern um eine Schutzzweckproblematik.³⁶ Richtigerweise ist daher die Frage zu stellen, ob die Rechtsfolgen der §§ 134, 138 BGB in Hinblick auf den Schutzzweck des Wucherverbots dergestalt teleologisch reduziert werden müssen, dass sie die Modifikation des Entgeltversprechens als Folge einer sittenwidrigen Vergütungsabrede zulassen. Wollte man annehmen, dass das zivilrechtliche Wucherverbot dem Arbeitnehmer auch für die Zukunft Arbeit sichern will, müsste man indes anerkennen, dass die Sittennorm einen ihre gesetzliche Rechtsfolge übersteigenden Regelungsanspruch besitzt.³⁷ Dagegen spricht, dass sich der Gesetzgeber bei der

³⁵ Sack, RdA 1975, 171 (175); Kothe, NJW 1982, 2803 (2804).

³⁶ Hager (Fn. 17), S. 108; Roth (Fn. 12), § 139 Rn. 68; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 139 Rn. 27. Das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion ist auch der Rechtsprechung nicht fremd, welche dieses etwa in Fällen des Mietwuchers oder bei überlangen Bierbezugsverpflichtungen oder Automatenaufstellverträgen einsetzt, vgl. BGHZ 51, 55 (56 f.); 89, 316 (320 f.); LG Mannheim NJW 1977, 1729 (1731). Die dogmatische Begründung des BGH, nämlich eine analoge Anwendung des § 139 BGB, vermag aber nicht zu überzeugen. Denn § 139 BGB regelt nur die Frage, was im Falle der Teilbarkeit mit dem Rest der Regelung geschieht; die Rechtsfolge enthält aber keine Aussage über die Frage der Teilbarkeit, die hier gerade im Fokus steht, so auch Ulmer, NJW 1981, 2025 (2028); Zimmermann (Fn. 17), S. 60. Auch über die Umdeutung nach § 140 BGB lässt sich ein solches Ergebnis nicht erreichen. Denn bei dieser geht es darum, dem wirtschaftlichen Erfolg, den die Parteien gemeinsam gewollt, aber mit einem rechtlich unzulässigen Mittel angestrebt haben, mit einem anderen rechtlich zulässigen Mittel soweit als möglich zu erreichen. Da hier der Erfolg aber gerade das Verbotene ist, kann die Umdeutung nicht weiterhelfen, vgl. nur BGH NJW 1977, 1233 (1234); Zimmermann (Fn. 17), S. 84 f.; Kothe, NJW 1982, 2803 (2806); Hager (Fn. 17), S. 123.

³⁷ Zum ähnlich gelagerten Problem des Mietwuchers siehe Kothe, NJW 1982, 2803 (2804): Der Mieter würde bei Annahme von Nichtigkeit die Wohnung räumen müssen, was

Festlegung der Rechtsfolge des § 138 BGB ganz bewusst gegen die Fassung des gemeinen Rechts („überwiegend“ Nichtigkeit) und für die Fassung des Code Civil entschieden hatte, nach dem Verstöße gegen die guten Sitten immer Nichtigkeit zur Folge haben sollten.³⁸ Diese Entscheidung lässt bereits vermuten, dass es der Sittenwidrigkeitskontrolle in erster Linie um den Schutz der Rechtsordnung als solchen vor sittenwidrigen Geschäften geht.³⁹ Für ein solches öffentlich-rechtlich geprägtes Verständnis der Norm spricht auch der Wille des Gesetzgebers, unter den Begriff der guten Sitten die „Sittlichkeit“ und „die öffentliche Ordnung“, mit anderen Worten: moralische und allgemeine Interessen des Staates fassen zu wollen.⁴⁰ Dem Schutzzweck wäre danach genüge getan, wenn das Wuchergeschäft für nichtig erklärt und folglich die „guten Sitten“ nicht weiter belastet wären; der richterlichen Modifikation des Vertrags zum Schutze des konkret benachteiligten Arbeitnehmers bedarf es dann nicht mehr. Auch die Ausgestaltung des § 138 BGB als von Amts wegen zu beachtende und nicht zur Disposition der Parteien stehende Einwendung zeigt, dass es der Norm und ihren zugrunde liegenden Sittennormen nicht um den bestmöglichen Schutz der konkret benachteiligten Person geht.⁴¹ Dem Schutzzweck des § 138 BGB entspricht es danach am besten, wenn man der Regelung nur einen negierenden, nicht aber einen gestaltenden Charakter zumisst.⁴² Zu diesem Ergebnis

bei dem Wohnungsmangel nicht dem Schutzzweck des § 5 WiStG/§ 302a StGB a.F. entspreche; ähnlich Hager (Fn. 17), S. 101.

³⁸ Mot., 211 = Mugdan I, 469. Insoweit noch deutlicher die Fassung des Art. 1131 Code Civil: „l'obligation [...] ne peut avoir aucun effet“.

³⁹ Vgl. BAGE 110, 79 (85): Schutz „elementarer Gerechtigkeitsanforderungen, die der gesamten Rechtsordnung zu Grunde liegen“.

⁴⁰ Mot., 211 = Mugdan I, 469. Auf den Begriff der öffentlichen Ordnung wurde später verzichtet, weil man davon ausging, dem Begriff würde eine sichere Umgrenzung fehlen und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte würde ohnehin gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung verstoßen, vgl. Prot., 258; Kom. Ber., 45 f. = Mugdan I, 725, 969.; vgl. auch Zimmermann (Fn. 17), S. 83, der in § 138 BGB einen „Ausfluß des Gebots der Selbstachtung des Rechts“ sieht.

⁴¹ Gröber in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe Mugdan I, 1013): „Einen Vertrag, den der Staat als gegen die guten Sitten verstoßend ansieht, kann er niemals für gültig erklärt wissen wollen [...] Ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, muß vom Staate unter allen Umständen als nichtig verworfen werden.“ Dagegen hält Rühle (Fn. 18), S. 64 f.) ein Wahlrecht des Schuldners zwischen teilweiser und völliger Nichtigkeit des Vertrags für die in Wucherfällen angemessene Lösung, sieht aber ein, dass dies de lege lata ohne dogmatische Brüche nicht erreichbar ist.

⁴² Ähnlich Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 41 Rn. 3: „Bei diesem Schutz der Rechtsordnung geht es allerdings nicht darum, vom rechtsgeschäftlich Handelnden ein Verhalten zu erzwin-

dürfte man aber wohl auch dann kommen, wenn man das Schutzgut der Sittenklausel stärker auf den Einzelnen beziehen wollte⁴³: Denn auch der Schutz vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht gegenüber dem Vertragspartner bzw. der Ausnutzung des Schwächeren fordert nicht als Konsequenz die Aufrechterhaltung des Vertrags, sondern nur die Befreiung des Benachteiligten aus dem sittenwidrigen Rechtsgeschäft qua Nichtigkeitserklärung; die positive Gewährleistung von Arbeit bzw. die Chance zur persönlichen Entfaltung i.R.e. Berufs ist selbst bei einer solchen individuelleren Betrachtung nicht Schutzgut des § 138 BGB. Die Frage, ob und zu welchen Bedingungen die Parteien das Arbeitsverhältnis weiterführen wollen, muss dann in einer auf Privatautonomie basierenden Rechtsordnung der Entscheidung der Parteien überlassen werden. Die Sittenwidrigkeitskontrolle kann der Privatautonomie zwar äußerste Grenzen setzen, nicht aber positiv eine gerechte Güterverteilung schaffen.⁴⁴ Dass sich der Staat dort zurückhalten muss, wo er in den „innersten Kern der gegenseitigen Austauschbeziehung“⁴⁵ vordringt, gilt eben nicht nur für den Tatbestand, sondern auch für die Rechtsfolge. Nur auf diese Weise kann einer allzu sorglosen Bejahung der Wuchertatbestände ein Riegel vorgeschoben werden.⁴⁶ Wenn die Gegenauffassung vorbringt, eine an die Normzweckbestimmung gebundene richterliche Intervention sei der kriterienlosen Nichtigkeit vorzuziehen,⁴⁷ übersieht sie, dass hier der Normzweck gerade Nichtigkeit erfordert. Schließlich kann durchaus bezweifelt werden, dass die Rechtsprechung mit einer solchen Moderation „praktikable Ergebnisse“⁴⁸ erzielt: Denn gerade dort, wo die Sittenwidrigkeit aufgrund einer Vielzahl von komplexen Begleitregelungen entsteht, müsste dem Richter ein breites Gestaltungsermessen eingeräumt werden, dessen Ausübung kaum noch an die Nichtigkeitsnorm rückgebunden werden kann.⁴⁹ Das vom Gesetzgeber als solches gewollte „Alles-

gen, das positiv den herrschenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit entspricht, sondern nur darum, solchen Rechtsgeschäften, die gröblich gegen die anerkannte Sozialmoral oder rechtliche Prinzipien der geltenden Rechtsordnung verstoßen, die rechtliche Durchsetzbarkeit zu versagen.“

⁴³ Vgl. Fallgruppen bei *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 45.

⁴⁴ So auch *Franke*, Lohnwucher – auch ein arbeitsrechtliches Problem, 2003, S. 114 f.

⁴⁵ *Bayreuther*, NJW 2007, 2022 (2024).

⁴⁶ Vgl. *Zimmermann* (Fn. 17), S. 192: „Eine gewisse Härte und Rigidität im Bereich der Rechtsfolgenbestimmung ist gerade bei Tatbeständen, die vor uferloser Ausweitung nicht gefeit sind, recht heilsam.“; vgl. auch *Eckert*, AcP 199 (1999), 333 (349).

⁴⁷ So *Damm*, JZ 1986, 913 (917); vgl. auch *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 242 Rn. 437; *Bucher*, AcP 186 (1986), 1 (37).

⁴⁸ *Hager*, AcP 181 (1981), 447 (450).

⁴⁹ Zutreffend daher auch die Kritik von *Flume* (Fn. 9), § 18 9 (S. 389), die privatautonome Bestimmung dürfe nicht vom Richter durch eine Gestaltung ersetzt werde, „die rechtlich nicht determiniert“ sei.

oder-Nichts“ Prinzip wirkt sich damit privatautonomiefreundlicher aus als eine richterliche Moderation, hinter der sich letztlich eine unserer Rechtsordnung fremde Angemessenheitskontrolle wesentlicher Vertragsbestandteile verbirgt.⁵⁰ Schließlich dürfte es auch im Sinne der Rechtssicherheit sein, wenn dem Richter nicht über das Wucherverbot Räume für billige Ermessensausübungen eröffnet werden und dadurch klare gesetzliche Regelung einer unklaren und unsystematischen Gestaltung weichen müssen.⁵¹ Richtigerweise fordert der Schutzzweck des Wucherverbots also keine über die Nichtigkeit des Vertrags hinausgehende richterliche Anpassung in Form einer geltungserhaltenden Extension der Vergütungsabrede.⁵²

VI. Keine abweichende Lösung für das strafrechtliche Wucherverbot

Nach dem Normzweckvorbehalt des § 134 BGB ist ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Die Nichtigkeitsfolge tritt also nur dann ein, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes dies verlangt.⁵³ Nach herrschender Meinung ist das Schutzgut des strafrechtlichen Wuchertatbestands das Vermögen,⁵⁴ teilweise werden auch – wie bei § 138 BGB – vom Einzelnen losgelöste Rechtsgüter der Allgemeinheit wie das Vertrauen in das Funktionieren der Wirtschaft als geschützt angesehen.⁵⁵ Auch diese Schutzzwecke fordern aber nicht, dass dem Arbeitnehmer der entsprechende Arbeitsplatz für die Zukunft erhalten bleiben muss; die Rechtsfolge der Nichtigkeit reicht aus.⁵⁶ Über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist das Vermögen hinreichend geschützt. Dies entspricht auch der Gesetzgebungshistorie, da die Forderung nach einem zivilrechtlichen Wuchertatbestand mit zwingender Nichtigkeitsfolge ursprünglich sogar von den Kriminalisten ausging:⁵⁷ Ein Rechtsgeschäft, dessen Abschluss vom Staat mit Strafe bedroht sei, dürfe nicht im zivilrechtlichen Prozess für wirksam erklärt und infolgedessen mit „Staatsschutze ausgestattet“ werden.⁵⁸ Auch § 134 BGB

⁵⁰ Zur historischen Entwicklung der Vorschrift siehe *Zimmermann* (Fn. 17), S. 150 f., 194. Zur Angemessenheitskontrolle vgl. *Franke* (Fn. 44), S. 186 f.

⁵¹ *Zimmermann* (Fn. 17), S. 186 f., 202.

⁵² So im Ergebnis auch *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 46; *Zimmermann* (Fn. 17), S. 192.

⁵³ *Sack*, RdA 1975, 171 (175); *Flume* (Fn. 9), § 17 1, S. 347.

⁵⁴ *Heine*, in *Schönke/Schröder*, Kommentar zum StGB, 28. Aufl. 2010, § 291 Rn. 1.

⁵⁵ *Pananis*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2006, § 291 Rn. 2.

⁵⁶ Dazu passt, dass der Gesetzgeber sogar überlegt hatte, auch dem § 134 BGB das Wucherverbot mit Nichtigkeitsfolge explizit hinzuzufügen und darauf nur verzichtet wurde, weil man dies für entbehrlich hielt, siehe Kom. Ber., 46 f. = *Mugdan I*, 970.

⁵⁷ *Gröber* in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe *Mugdan I*, 1013).

⁵⁸ *Enneccerus* in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe *Mugdan I*, 1023).

i.V.m. § 291 StGB fordert also nur die Nichtigkeit, nicht aber die richterliche Umgestaltung des Vertrags.

VII. Konsequenzen für das Konkurrenzverhältnis der Wuchertatbestände

1. Das Verhältnis von § 138 Abs. 2 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB

Der Wucher nach § 138 Abs. 2 BGB geht als Konkretisierung des sittenwidrigen Geschäfts der Regelung des § 138 Abs. 1 BGB vor.⁵⁹ § 138 Abs. 2 BGB enthält aber keine abschließende Regelung für den Fall, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht, sperrt also nicht die Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts i.R.d. § 138 Abs. 1 BGB.⁶⁰ Ist der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB erfüllt, liegt auch ein Fall des § 138 Abs. 1 BGB vor.⁶¹

2. Das Verhältnis von § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB zu § 138 Abs. 2 BGB

Weite Teile der Literatur räumen § 138 Abs. 2 BGB im Verhältnis zu § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB Vorrang ein, um ein Überflüssigwerden des § 138 Abs. 2 BGB zu vermeiden.⁶² Vor dem Hintergrund der Angleichung von Zivil- und Strafrecht müsse die zivilrechtliche Spezialregelung des Wuchers das „Gesetzwidrigkeitsblankett“ des § 134 BGB verdrängen.⁶³ Umgekehrt wird teilweise ein Vorrang des § 134 BGB angenommen.⁶⁴ Das BAG geht schließlich von einer parallelen Anwendbarkeit der Vorschriften aus.⁶⁵ Richtigerweise ist der Streit nur durch eine Analyse der Rechtsfolgen zu entscheiden: Da sowohl § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB als auch § 138 Abs. 2 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gelangen, kommen die Normen zu keinem anderen Ergebnis und sind damit ohne weiteres nebeneinander anwendbar.

⁵⁹ RGZ 72, 61 (69); 93, 27 (28 f.); *Krüger-Nieland/Zöller*, in: *BGB-RGRK*, 12. Aufl. 1982, § 138 Rn. 44; *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 172.

⁶⁰ *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 228 f.; *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 142; *Flume* (Fn. 9), § 18 7, S. 381; a.A. *Koziol*, *AcP* 188 (1988), 183, (191 f.), der § 138 Abs. 2 BGB als abschließend betrachtet.

⁶¹ *Jauernig* (Fn. 13), § 138 Rn. 19; *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 73; so auch bereits *Gebhard* in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe *Mugdan* I, 1017).

⁶² *Armbrüster* (Fn. 60), § 138 Rn. 140; *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 174.

⁶³ *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 174; *Scherner*, *BGB*, Allgemeiner Teil, 1995, Rn. 232; *Bork*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, Rn. 1159.

⁶⁴ *Wendtland* (Fn. 17), § 138 Rn. 42; *Ellenberger*, in: *Palandt, Kommentar zum BGB*, 70. Aufl. 2011, § 138 Rn. 13; *Jauernig* (Fn. 13), § 138 Rn. 19; *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 63.

⁶⁵ Vgl. *BAGE* 110, 79 (82 f.); zustimmend *Franke* (Fn. 44), S. 161; *Krause*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 73.

3. Das Verhältnis von § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB zu § 138 Abs. 1 BGB

Im Verhältnis von § 134 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB geht die h.M. aber davon aus, § 134 BGB müsse *lex specialis* zu § 138 Abs. 1 BGB sein, da ansonsten der sog. Normzweckvorbehalt des § 134 BGB a.E. leerlaufen würde.⁶⁶ Indes wurde bereits gezeigt, dass die Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB sehr wohl schutzzweckbezogen ist.⁶⁷ Richtigerweise müssen daher auch solche Verbotsnormen i.S.d. § 134 BGB, die nur gesetzlich normierte Sittennormen darstellen, ihrem Schutzzweck nach dieselbe Rechtsfolge wie diese fordern. Die Gefahr eines „Leerlaufens“ des § 134 BGB besteht damit nicht, die Normen sind nebeneinander anwendbar.

VIII. Sonstige Ansprüche des Arbeitnehmers

Neben den Bereicherungsanspruch treten Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB.⁶⁸ Dabei ist zu sehen, dass sich vermögensmäßiger Schaden des Arbeitnehmers und Bereicherung des Arbeitgebers entsprechen: Der Arbeitnehmer erleidet grundsätzlich einen Schaden in Höhe der Differenz zu den Kosten einer Ersatzarbeitskraft, die bei einem rechtlich gebilligten Vertragsschluss entstanden wären. Auch hier steht dem Arbeitgeber im Rahmen der Differenzhypothese aber der Einwand zu, er hätte den Arbeitnehmer zu einer höheren Vergütung gar nicht erst eingestellt. Da sich der Arbeitnehmer gerade aus der Notlage heraus, also mangels Alternativen, zur Arbeit unter Wucherbedingungen entschlossen hat, kann er jedenfalls nicht vorbringen, er hätte an einem anderen Arbeitsplatz mehr verdient.⁶⁹

IX. Fazit

Die Lösung des BAG setzt sich mit erstaunlicher Leichtigkeit über viele juristische Probleme hinweg, indem sie – geleitet von Billigkeitserwägungen – zunächst Anleihen bei der Lehre des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses nimmt, das dadurch erzielte Ergebnis dann aber im Wege einer Zweckentfremdung der Regelung des § 612 BGB modifiziert. Der hier vorgeschlagene alternative Lösungsweg über das Bereicherungsrecht mag zwar auf den ersten Blick kompliziert erscheinen, doch sollte die (vermeintlich) leichtere Handhabbarkeit der Lösung der Praxis nicht als Grund dazu dienen, die Auseinandersetzung mit juristischen Problemen zu scheuen. Der dogmatisch wenig stringente Ansatz der Rechtspre-

⁶⁶ *BAG NJW* 1993, 2701 (2703); *Armbrüster* (Fn. 60), § 138 Rn. 4; *Ellenberger* (Fn. 64), § 138 Rn. 13.

⁶⁷ Dies erkennt *Sack*, *RdA* 1975, 171 (176 f.), wenn er eine Übertragung des Schutzzweckvorbehalts des § 134 BGB auf § 138 BGB fordert.

⁶⁸ Der Gesetzgeber hat zwar sogar über eine ausdrückliche Normierung des Schadensersatzes im Falle des Lohnwuchers nachgedacht, dies dann aber im Hinblick auf § 826 BGB unterlassen, siehe *Kom. Ber.*, 46 f. = *Mugdan* I, 970.

⁶⁹ Kann er dies dagegen beweisen, dürfte ihn in der Regel ein überwiegendes Mitverschulden nach § 254 BGB treffen, siehe *Oertmann*, *DJZ* 1913, 254 (255 f.).

chung verstellt den Blick auf zahlreiche allgemeine Probleme des Zivilrechts, die sich in der Rechtsfolge des Lohnwuchers spiegeln. Letztlich gilt auch hier dasselbe wie bei der Diskussion des Lohnwuchertatbestands im ersten Teil des Beitrags: Der freien Rechtsschöpfung der Gerichte muss dort ein Riegel vorgeschoben werden, wo eine klar am Gesetz orientierte Lösung möglich ist.