

Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

Palandt

79., neubearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-73800-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(BGH 134, 182/86). Veräußerl Rechte, die kr Privatautonomie zu *res extra commercium* gemacht werden könnten, wären eine Quelle von RUnsicherh (BGH 56, 278). Vertr, dch die sich der RInhaber mit schuldrechtl Wirkg verpfl, Vfgen zu unterlassen, sind dagg zuläss, S 2.

2) Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Satz 1. – a) Anwendungsbereich. Der Grds, dass die VfgsBefugn des RInhabers nicht mit Außenwirkg beschränkt werden kann, gilt für alle **veräußerlichen Rechte**. Die VfgsBefugn des Treuhänders kann nicht mit dingl Wirkg begrenzt werden (BGH 11, 43, NJW 68, 1471, BB 82, 891, Henssler AcP 196, 66), SperrkontenVereinbgen haben, abgesehen vom Fall des Und-Ktos, keine Außenwirkg (Kollhosser ZIP 84, 389), auch die Übertragbark des AnwartschaftsR des VorbehKäufers kann nicht ausgeschl werden (BGH NJW 70, 699). Nicht erfasst werden die kr Gesetzes unveräußerl Rechte, wie zB die VereinsMitglsch (§ 38), der Nießbr (§ 1059) u and beschränkte dingl Rechte (Einl 14 v § 854). Auch soweit das Gesetz Vereinbgen zulässt, die im Wege der Inhaltsbestimmg VfgsBeschränkgen begründen, ist § 137 unanwendb. Bsp sind ErbbauRG 5, WEG 12, 35, AktG 68 II u GmbHG 15 V u vor allem § 399 (dort Rn 11), der grdsätzl auch für die unter § 413 fallden Rechte gilt. Zur Anwendg der §§ 399, 413 auf beschränkte dingl Rechte s Einl 12 v § 854.

b) Unwirksamkeit der Verfügungsbeschränkung. Die gg S 1 verstoßde VfgsBeschränkg ist unwirks. Das gilt auch dann, wenn sie auf einer Vfgr vTw (BGH 40, 117, 56, 278) od einem ProZVergl (Kblz BeckRS 1948, 00001) beruht. Eine sich aus einem ausländ Güterstand ergebde VfgsBeschränkg ist nach deutschem Recht nicht zu beachten (KG OLGZ 73, 163). Sieht ein SichgVertr ein VfgsVerbot vor, kann er gem § 139 im Ganzen unwirks sein (BGH NJW 93, 1640). Mögl ist aber uU eine Umdeutig in eine nach S 2 wirks UnterVerpfl.

c) Wirksamkeit der Verfügungen. Die gg die VfgsBeschränkg verstoßden Vfgen sind wirks, auch wenn der Erwerber vom VfgsVerbot weiß (Henssler AcP 196, 37/68). Eine etwa für das RGesch erflđ Genehmigg darf nicht wg Verletzg des VfgsVerbots versagt werden (BGH LM Nr 2). Wirks ist die Vereinbg einer auflösend Bedingg od einer **Rückgewährpflicht** für den Fall einer Weiterveräußerung od Pfändg (Düss OLGZ 84, 90, BayObLG DNotZ 89, 370, Staud/Kohler Rn 31); mögl auch, den RückübereigngsAnspr gem § 328 zG eines Dritten zu begründen (BayObLG DNotZ 96, 374) u ihn dch Vormerkg zu sichern (Rn 6).

3) Verpflichtung, nicht zu verfügen, Satz 2. – a) Sie ist **wirksam**, and nur iF der §§ 1136 u 2302. Die Verpfl kann in einem Kauf-, Schenkgs- od MietVertr enthalten sein. IdR dient sie aber der Absicherg von ErbVertr (§ 2286) od Test. Der Erbl kann sich ggü dem Erben (BGH 31, 13) od dem VermächtnN (BGH NJW 63, 1602) verpfl, nicht dch RGesch unter Lebenden zu verfügen, wobei sich aus einer ergänzden Auslegg ein VeräußerungsR im Notfall ergeben kann (BGH FamRZ 67, 470). Der Vertr ist, auch soweit die UnterVerpfl Grdst betrifft, **formfrei** (BGH 103, 238, § 311b Rn 10). Die Form des § 311b od des § 2276 muss nur gewahrt werden, wenn das VerpflGesch mit einem nach § 311b formbedürft Vertr od einem ErbVertr eine Einheit bildet (BGH FamRZ 67, 470, § 311b Rn 32). Die stillschw Begründg einer UnterVerpfl ist denk, an ihren Nachw sind aber strenge Anforderungen zu stellen (BGH DNotZ 69, 760, WM 70, 1367). Sie kann in einem ErbVertr, der die Nachfolge in einen Hof, Betrieb od Grdst regelt, mitenthalt sein (s Stöcker WM 80, 482). Erwerbsverbote in PachtVertr sind nicht sittenwidr, wenn die wirtschaftl Selbständigk des Pächters nicht unzumutb belastet wird u der Verpächter an dem Verbot ein berechtig Interesse hat (Kblz NJW-RR 05, 570). Die Verpfl, nicht zu verfügen, wird nicht nach 30 Jahren unwirks (BGH BeckRS 12, 17678 Tz 13 ff, aA 71. Aufl, Großfeld/Gersch JZ 88, 937).

b) Die Verletzung der UnterVerpfl begründet gem § 280 I einen SchadErsAnspr (BGH 31, 13), der nach § 249 I grdsätzl auf Rückgängigmachg der Vfgr geht. Der SchadErsAnspr kann sich zugl gg den Erwerber richten, wenn auch dieser die vertragl UnterVerpfl übernommen hat (Köln NJW-RR 96, 327, Hohmann ZEV 96, 24) od wenn ausnahmsw die Voraussetzgen des § 826 vorliegen. Dem Berecht steht außerdem ein UnterlAnspr zu, der dch ein gerichtl VfgsVerbot (BGH LM Nr 2, BayObLG NJW 78, 700, aA Staud/Kohler Tz 53), nicht aber dch eine Vormerkg (§ 883 Rn 9) gesichert werden kann. Dagg ist eine Sichg dch Vormerkg mögl, wenn die Part entspr Rn 4 einen aufschiebd bedingten Anspr auf Rückauflassg vereinbaren (BGH NJW 97, 861, BayObLG NJW 78, 700, DNotZ 89, 370). Zuläss auch eine Sichg dch VertrStrafe, Bürgsch od Einräumg eines VorkaufsR.

138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

1) Allgemeines	1–23	3) Sittenwidriges Verhalten gegenüber der	
a) Bedeutung	1	Allgemeinheit oder Dritten	40–64
b) Rechtsbegriff der guten Sitten	2–6	a) Allgemeines	40, 41
c) Tatbestand der Sittenwidrigkeit	7, 8	b) Gemeinschaftswidrige Rechtsgeschäfte	42–45
d) Zeitpunkt der Beurteilung	9, 10	c) Ehe- und Familienordnung	46–50a
e) Anwendungsbereich	11, 12	d) Sexualsphäre	51–55
f) Verhältnis zu anderen Vorschriften	13–18	e) Anstößige Kommerzialisierung	56
g) Rechtsfolgen	19–22	f) Standeswidrige Rechtsgeschäfte	57–60
h) Beweislast, Revisibilität	23	g) Schädigung Dritter	61–64
2) Sittenwidriges Verhalten gegenüber dem		4) Wucher	65–76
Geschäftspartner	24–39	a) Objektiver Tatbestand	66–68
a) Allgemeines	24	b) Subjektive Voraussetzungen	69–73
b) Kreditverträge	25–33	c) Ausbeutung	74
c) Andere wucherähnliche Rechtsgeschäfte	34, 35	d) Rechtsfolgen	75
d) Überforderung des Schuldners	36	e) Mietwucher	76
e) Überforderung des Bürgen	37	5) Einzelfälle	77–106
f) Angehörige	38–38 f		
g) Gesellschafter, Arbeitnehmer	38g		
h) Knebelungsverträge	39		

1) Allgemeines. – a) Bedeutung. Die dem einz von der ROrdng gewährte Befugn, seine LebensVerh dch RGesch eigenverantwortl zu gestalten, die Privatautonomie (Übbl 1 v § 104), schließt die Gefahr von Missbr in

sich, ohne dass die vielfältige Missbrauchsmöglichkeit doch bestimmt umschriebene Verbote abschließend erfasst werden können. Sie bedarf daher als Korrektiv einer Generalklausel, die der autonomen Rechtsgestaltung dort eine Grenze setzt, wo sie in Widerspruch zu den Grundprinzipien unserer Rechts- u. Sittenordnung tritt. Diese Generalklausel enthält § 138, der im Anschluss an eine gemeinrechtliche Formel auf die „guten Sitten“ verweist.

- 2 **b) Rechtsbegriff der guten Sitten.** Nach der Rechtsprechung ist ein Rechtsgeschäft sittenwidrig, wenn es gegen das **Anstandsgesühl** aller billig und gerecht Denkenden verstößt (RG 80, 221, BGH 10, 232, 69, 297, NJW 04, 2668/70, BAG NZA 06, 1354). Diese Formel, die sich schon in den Motiven (II S 125) findet, trägt zur inhaltlichen Präzisierung des § 138 wenig bei: – **aa)** § 138 verweist auf die sich aus der **Sittenordnung** ergebenden Verhaltensgebote. Dabei ist unter „guten Sitten“ keine Sittlichkeit im gesinnungsethischen Sinne zu verstehen (Sack NJW 85, 761), andseits aber auch nicht die Sitte im Sinne der tatsächlichen geübten Konvention. Abzustellen ist vielmehr auf die in der Gemeinschaft oder in der beteiligten Gruppe anerkannten moralischen Anschauungen; der Begriff der guten Sitten wird durch die herrschende Rechts- und Sozialmoral inhaltlich bestimmt (Wolf/Neuner § 46 Rn 12). Dabei ist ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen (RG 80, 221, BGH 10, 232); besonders strenge Anschauungen sind unbeachtlich, ebenso aber auch besonders laxen Auffassungen. Wertvorstellungen der ethnischen oder religiösen Gruppe, der die Beteiligten angehören, sind zu berücksichtigen, sie ändern aber nichts an der Sittenwidrigkeit bei Verletzung von wichtigen Gemeinschaftsbelangen, sittenwidrig sind daher Glücksspiele mit kaum einschraubbaren existenzgefährdenden Risiken (LG Karlsruhe NJW-RR 07, 200). – **bb)** § 138 verweist vor allem auf die der **Rechtsordnung** immanenten rechtsetzenden Werte u. Prinzipien (Wolf/Neuner § 46 Rn 13, Soe/Hefermehl Rn 7). Die Vorschrift erfasst daher auch Verstöße gegen den „ordre public“ (EG 6); Rechtsgeschäfte, die grundlegende Prinzipien der Rechtsordnung verletzen, sind gemäß § 138 nichtig (vgl. BGH 68, 4, 80, 158, 106, 338). Dieser Aspekt des § 138 steht, wenn auch idR unausgesprochen, in der praktischen Anwendung im Vordergrund. Wenn die Rechtsprechung ein Rechtsgeschäft für sittenwidrig erklärt, geht es idR nicht um die Rezeption von außerrechtlichen Wertungen, sondern um die Konkretisierung von Wertmaßstäben, die in der Rechtsordnung selbst angelegt sind. – **cc)** Über § 138 wirkt das im **Grundgesetz verkörperte Wertesystem** in das Privatrecht ein (BVerfG 7, 206, NJW 90, 1470, ZIP 06, 60/63, BGH 70, 324, § 242 Rn 7). Zu den Wertentscheidungen, die den Rechtsbegriff der guten Sitten mitbestimmen, gehört auch die **Sozialstaatsklausel**, GG 20, 28 (BVerfG 8, 329, NJW 94, 38). Der in der Rechtsprechung seit langem anerkannte Grundsatz, dass mit Hilfe des § 138 dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht entgegenzuwirken ist, hat im Sozialstaatsprinzip seine Grundlage. Unvereinbar mit § 138 sind Verträge, die eine Vertragspartei ungewöhnlich stark belasten u. das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind (BVerfG NJW 94, 36, Rn 37 ff). Auch Grundsätze des **Europarechts** können zur Konkretisierung des § 138 herangezogen werden (NK/Looschelders Rn 68 u. BGH 138, 55 zu UWG 1 aF). – **dd)** Bei einem **Konflikt** zwischen außerrechtlich moralischen Anschauungen u. dem im Recht verkörperten Wertesystem hat die letztere, sofern sie sich idR der Verfassung hält, den Vorrang. Rechtsgeschäfte, die eine gesetzliche Vorschrift nach ihrem Zweck als zulässig anerkennt, können daher nicht gemäß § 138 für nichtig erklärt werden (BGH NJW 70, 1179, straffreier Mietvertrag mit Dirne; BGH 63, 365, Pachtvertrag über Bordell; BrdBG OLG-NL 05, 252, Kaufvertrag, 1970 geschlossen, über ein DDR-Mauergrundstück). Zu Vertrag mit Prostituierten s. ProStG 1 Rn 2.
- 7 **c) Der Inhalt oder der Gesamtcharakter** des Rechtsgeschäfts kann die Sittenwidrigkeit begründen. – **aa) Inhalt** des Rechtsgeschäfts. Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig, wenn sein Inhalt mit grundlegenden Werten der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist (Bsp: Regelungen, die gegen die Menschenwürde oder Familienordnung verstoßen). In diesem Fall kommt es auf eine Würdigung der Begleitumstände grundsätzlich nicht an. Unerheblich ist insbesonders, ob die Partei das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit hatte und ob sie die Tatsachen kannte, die das Rechtsgeschäft sittenwidrig machen (BGH 94, 272). Rechtsgeschäfte, die nach ihrem Inhalt sittenwidrig sind, kann die Rechtsordnung auch bei Gutgläubigkeit der Partei nicht als verbindlich anerkennen.
- 8 – **bb) Gesamtcharakter** des Rechtsgeschäfts. Die Sittenwidrigkeit kann sich aus einer Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts ergeben, in die Inhalt, Beweggrund u. Zweck des Geschäftes einzubeziehen sind (BGH 86, 88, 107, 97, NJW 90, 704, 01, 1127, BAG NZA 06, 1354). Zu berücksichtigen ist hier nicht nur der objektive Gehalt des Geschäftes, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, sowie die Absichten u. Motive der Partei (BGH NJW-RR 98, 590). Bewusstsein der Sittenwidrigkeit u. Schädigungsabsicht sind nicht erforderlich (BGH NJW 93, 1588); es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt (BGH NJW 88, 1374, 05, 2991). Dem steht es gleich, wenn er sich der Kenntnis einer erheblichen Tatsache bewusst oder grob fahrlässig verschließt (BGH 10, 233, 20, 52, NJW-RR 98, 590). Zum objektiven Sittenverstoß muss ein persönliches Verhalten hinzukommen, das dem Beteiligten zum Vorwurf gemacht werden kann (BGH LM (Ba) Nr 2). Besteht der Sittenverstoß im Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner (Rn 24–39), braucht die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Tatsache, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, nur beim sittenwidrigen Handelnden vorzuliegen, nicht aber beim andern Teil (BGH 50, 70, WM 66, 496, 67, 323). Bei einem sittenwidrigen Verhalten gegenüber dem Allgemeinwohl oder Dritten ist § 138 dagegen nur anwendbar, wenn alle Beteiligten subjektiv sittenwidrig handeln (BGH NJW 90, 568, Rn 40 ff).
- 9 **d) Maßgebender Beurteilungszeitpunkt.** – **aa) Vornahme des Rechtsgeschäfts.** Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen, nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkungen (BGH 7, 111, 100, 359, 107, 96, NJW 89, 1277, NJW 12, 1570 Tz 13, WM 18, 1422 Tz 37). Ein Vertrag wird nicht sittenwidrig, wenn nachträglich ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht (BGH 123, 281, 126, 226/40, Brschw ZIP 04, 28). § 138 kann aber anwendbar sein, wenn eine als sicher zu erwartende künftige Wertserhöhung unberücksichtigt bleibt (BGH NJW 96, 991). Eine gültige Sichere Übereignung bleibt wirksam, wenn nachträglich ein gegen § 138 verstoßender weiterer Vertrag geschlossen wird (BGH 7, 111). Ein zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossener Kreditvertrag ist nicht deshalb unwirksam, weil er früher als der gleichzeitige Abschluss des Kreditvertrages sittenwidrig ist (BGH 99, 336, Rn 31). Auch bei **letztwilligen Verfügungen** sind die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Errichtung, nicht die des Erbfalls maßgebend (BGH 20, 71, str. aA Wolf/Neuner § 46 Rn 28). Will der Erblasse seine sittenwidrige Verfügung später aus sittlichen Gründen nicht zu beanstanden Beweggründen bestätigen, muss er sie formgerecht wiederholen (BGH aaO). Führt eine bei ihrer Errichtung sittlich unbedenkliche Verfügung wegen einer grundlegenden Änderung zu sittenwidrigen Auswirkungen, kann ihr der Einwand unzulässiger Ausübung entgegenstehen (BGH aaO). Ein Sonderfall sind arbeitsvertragliche Vergütungsabreden. Bei ihrer Überprüfung ist auf die Verhältnisse im streitgegenständlichen Zeitraum u. nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (BAG NZA 06, 1354, NZA 09, 837 Tz 10, krit. Fischinger JZ 12, 546). – **bb) Wandel des sittlichen Maßstabes.** Die sich aus den guten Sitten ergebenden Anforderungen unterliegen dem Wandel. Ändern können sich sowohl die Grundwertungen der Gemeinschaft als auch die in den beteiligten Verkehrskreisen anerkannten moralischen Anschauungen. Bsp für einen derartigen Wandel sind die Rechtsprechung zum Verkauf von Arzt- u. Rechtspraxen (Rn 60), zum Geliebtestament (BGH 53, 375), zu Vertrag über Sterilisation (BGH 67, 48, Rn 55), zu Mietvertrag mit Dirnen (BGH NJW 70, 1179, Rn 52) u. zu Vertrag über Bordelle (BGH 63, 365, Rn 52). Maßgebend für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich die im Zeitpunkt seiner Vornahme herrschenden Wertanschauungen (BGH NJW 83, 2692, Rn 9). Ein Zeitpunkt seiner Vornahme gültiges Rechtsgeschäft wird durch einen Wandel der sittlichen Wertmaßstäbe nicht nichtig (Staud/Sack/Fischinger Rn 135); Umstands- oder Bewertungsänderungen aber eine Anwendung des § 242 (RMissbr) oder des § 313 (Wegfall der Geschäftsgrundlage) rechtfertigen (BGH 126, 241, Medicus NJW 95, 2579). Soweit die Rechtsprechung einen bereits früher

vollzogenen Wandel der Wertvorstellungen ledigl feststellt, gilt sie aber auch für früher abgeschl Vertr (BGH NJW 83, 2692, BVerfG NJW 84, 2345). War das Gesch bei seiner Vornahme sittenwidr, wird es dch einen Wertswandel nicht ipso jure gült (Staud/Sack/Fischinger Rn 138, aA NK/Looschelders Rn 126); es bedarf vielmehr einer Bestätigg (§ 141). Bei der Beurteilg der Wirksamk von **Testamenten** stellt die hM aber auf die sittl Maßst im Ztpkt des Erbfalls ab (Hamm OLGZ 79, 427, NK/Looschelders aaO, and BGH 20, 75, BayObLG 96, 225, Stgt ZEV 98, 185; BGH NJW 99, 566 lässt offen). Zu der insow wenig deutl Rspr des BVerfG (Rn 49) s Horsch Rpfleger 05, 285. Vgl auch EGMR NJW 05, 875, der auf den Ztpkt der gerichtl Entsch abstellen will (!); eine Entsch, die auch iÜ nicht überzeugt, s Staudinger ZEV 05, 140.

e) Anwendungsbereich. § 138 gilt für RGesch jeder Art, nicht aber für den normativen Teil von TarifVertr (str, s BAG BB 04, 1909). Er ist auch auf letztw Vfgen (Rn 49) u dingl RGesch anwendb (Einl 11 v § 854). Die Sittenwidrigk des GrdGesch hat aber nicht ow die des wertneutralen abstrakten ErfGesch zur Folge (Rn 20). § 138 gilt auch für einseit RGesch wie Künd (Rn 91) od Rücktr, ferner für geschäftsähn Handlgen wie Mahng u Fristsetzg. Bei abstrakten SchuldVerspr u SchuldAnerkenntn kann sich die Sittenwidrigk nur aus dem Gesamtcharakter des Gesch (Rn 8) ergeben (BGH NJW 87, 2015, Rstk OLG-NL 96, 6). Besond Grds gelten im **Gesellschaftsrecht**. Auf BeitrittsErkl zu KapitalGesellsch findet § 138 im Interesse des Verkehrsschutzes keine Anwendg (Überbl 36 vor § 104). GesellschaftsBeschl von KapitalGesellsch sind nur nichtig, wenn sie dch ihren Inhalt gg die guten Sitten verstoßen, AktG 241 Nr 4, der auch für die GmbH gilt (BGH 15, 385). Sonst Mängel müssen im Wege der Anfechtgsklage geltend gemacht werden. Ist der GesellschVertr einer PersonalGesellsch nichtig, finden die Grds der fehlerh Gesellsch Anwendg (§ 705 Rn 17). Nichtigk von Anfang an kommt idR nur in Betr, wenn der GesellschZweck sittenwidr ist (BGH NJW 70, 1540, DB 76, 2106). § 138 gilt auch, wenn das RGesch zugl eine **Prozesshandlung** ist (BGH 16, 390, ProzVergl). **Verwaltungsakte**, die gg die guten Sitten verstoßen, sind ebenfalls nichtig (VwVfG 44 II Nr 6). Entspr gilt für öffrechtl Vertr (VwVfG 59) u für einseit öffrechtl WillensErkl, die keine VerwAkte darstellen (RG 134, 167, JW 38, 43).

f) Verhältnis zu anderen Vorschriften. – **aa) § 134** ist im Verh zu § 138 I die speziellere Norm. Ein RGesch, das sowohl gg ein VerbotsG als auch gg die guten Sitten verstößt, ist gem § 134 nichtig (BAG NJW 93, 2701/03, Erman/Palm/Arnold Rn 10). Besond gilt aber für das Verh zw StGB 291 u § 138 II (Rn 65). § 134 setzt voraus, dass das RGesch selbst gg das gesetzl Verbot verstößt (§ 134 Rn 1). Andere bei Vornahme eines RGesch begangene RVerletzgen werden von der Sanktion des § 134 nicht erfasst, sie können aber zur Nichtigk gem § 138 führen. Verstößt ein RGesch gg rechtl Prinzipien od Wertgen, die keine VerbotsG is des § 134 sind, ist uÜ § 138 anwendb; das gilt insbes für RGesch, die gg WertEntsch des GG verstoßen (BGH NJW 72, 1414, Rn 4). § 138 kann auch anwendb sein, wenn das RGesch selbst nicht verboten ist, die GeschPartner aber im Zushang mit Abschluss od Dchführg des Gesch gg Gesetz u Recht verstoßen (BGH 36, 395, Schenk in Verletzg von Grds der Haushaltsführg der öff Hand); vgl Rn 42–45a (gemeinschaftswidr RGesch). Schließl ist § 138 u nicht § 134 maßg, wenn ein RGesch gg ein ausländ Gesetz verstößt (§ 134 Rn 2). – **bb) §§ 157 und 242.** Bevor § 138 angewandt wird, sind §§ 157, 242 heranzuziehen. Wenn die Auslegg (§ 133 Rn 24) ergibt, dass ein RGesch entgeg dem ersten Anschein die Schranken des sittl Erlaubten einhält, ist § 138 unanwendb. Auch soweit übermaß Beschränkn gem §§ 242, 314 auf ein vertretb Maß herabgesetzt werden können (Einwand unzuläss RAusüb, KündR aus wicht Grd), ist § 138 nicht anzuwenden (BGH JZ 52, 366, LM (Bc) Nr 16, BayObLG NJW-RR 92, 15). – **cc) § 123.** Ist ein RGesch dch arglist Täuschg od widerrechtl Drohg zustande gekommen, ist es nicht sittenwidr, sond gem § 123 ledigl anfechtb, nur wenn zu der unzuläss Willensbeeinflussg weitere Umst hinzutreten, kann § 138 herangezogen werden (BGH 60, 104, NJW 02, 2774, 08, 982 Tz 11). Zielt der Vertr auf eine von den Part gemeinschaftl begangene Täuschg eines nicht anfechtgsberecht Dritten ab, kann die Absicht der Drittschädigg den Vertr sittenwidr machen (BGH NJW 88, 903). – **dd) Gläubigeranfechtung.** Rn 14 gilt entspr. § 138 ist nur anwendb, wenn außerhalb des Anfechtgstbestandes liegende sittenwidr Umst hinzutreten (BGH 53, 180, 56, 355, 130, 331, BB 02, 1227). Gleiches gilt für die Insolvenzanfechtg nach InSo 129 ff (BGH NJW 16, 2662 Tz 54).

ee) Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff: Sie hat ggü § 138 den Vorrang. § 138 ist anwendb, wenn die Individualvereinbg sittenwidr ist od gg die AGB Bedenken bestehen, die nicht in den Schutzbereich der §§ 307 ff fallen (Übbl 15 v § 305). Entspr gilt, wenn der Vertr insges so einseit abgefasst ist, dass nur die Rechte des einen Teils dchgesetzt, die des and dagg missachtet werden (BGH NJW 01, 2466/68). – **ff) § 826.** §§ 138 u 826 haben unterschiedl Funktionen. § 138 versagt sittenwidr RGesch die rechtl Anerkennung, § 826 knüpft an eine vorsätzl sittenwidr Schädigg eine SchadErsPfl. In vielen Anwendungsfällen des § 138 ist § 826 nicht erfüllt (beiderseit Sittenverstoß, Fehlen eines Schädiggvorsatzes); das gilt umgekehrt entspr (Schädigg dch eine nicht rgeschäftl Handlg). Eine Konkurrenz zw beiden Vorschr besteht idR, wenn ein RGesch wg eines sittenwidr Verhaltens ggü dem GeschPartner nichtig ist (Rn 24–39). Hier kann die Anwendg des § 826 dazu führen, dass dem Geschädigten die Vorteile des sittenwidr Gesch ganz oder teilw erhalten bleiben. – **gg) UWG, § 312.** Ein RGesch ist nicht schon deshalb gem § 138 I nichtig, weil es unter Einfluss von unlauterem Wettbew (BGH 110, 174, NJW 98, 2531, aA Nassall NJW 06, 127) od unter Ausnutzg einer Haustürsituation (§ 312) zustande gekommen ist; nur wenn zusätzl sittenwidr Umst hinzutreten, ist § 138 anwendb (BGH aaO). Auch der nach sittenwidr Telefonwerb zustande gekommene Vertr verstößt nicht ow gg § 138 (aA LG Ffm NJW-RR 97, 1332), esbo der aG eines Lockvogelangebots geschlossene Vertr (BGH NJW 08, 982 Tz 11). Vertr, zu deren Abschluss alte Menschen dch arglist Täuschg u missbräuchl Gewinnzusagen bestimmt worden sind, sind aber sittenwidr (BGH NJW 05, 2991/92), esbo HaustürGesch, wenn ein unerfahrener Kunde zu einem für ihn ungünst, mit seinen Bedürfn od finanziellen Möglickh unvereinb Vertr überredet wird, so zu einer Möbelbestellg für 20000 DM (BGH NJW 88, 1373) od ein 81jähr Hauseigtümer zu einem Fassadenanstrich für 14000 DM (Ffm NJW-RR 88, 501). An der Haustür abgeschl **Aussteueranschaffungsverträge** mit einer AnsparVerpfl verstoßen gg § 138, wenn der Kunde prakt das gesamte VertrRisiko trägt od der Vertr ohne gehörige Aufkl mit einer gerade volljähr Gewordenen abgeschl wird (BGH NJW 82, 1455/57).

g) Rechtsfolgen. – **aa) Die Nichtigkeit** erstreckt sich idR auf das RGesch **im Ganzen** (BGH NJW 89, 26). Sie ist endgült u kann nicht geheilt werden; dazu bedarf es der Neuornahme od der Bestätigg nach § 141 I mit unbedenkli Inhalt (BGH NJW 12, 1570 Tz 17 f). Ausnahmsw kann das RGesch gem § 139 ohne den sittenwidr Teil aufrecht erhalten werden, wenn dies dem mutmaßl PartWillen entspricht (BGH 52, 24, NJW 72, 1459, 01, 815), der Sittenverstoß sich eindeutig auf einen abtrennb Teil beschränkt u iÜ gg Inhalt u Zustandekommen des Vertr keine Bedenken bestehen (BGH NJW 79, 1606, 01, 815, grdsätzl für Zulassg der geltgserhaltenen Reduktion NK/Faust § 139 Rn 31 ff). Bsp für eine Teilaufrechterhaltg des RGesch: Mithaftgsabreden (Bürgsch), die den Mithaftden krass überfordern, hinsichtlich eines Teilbetrags aber nicht gg die guten Sitten verstößt (BGH NJW 01, 815, Rn 38e). Zu lange Laufzeit beim BierbezugsVertr (BGH NJW 72, 1459, 74,

- 2089/90, 79, 865, Rn 81) u beim Wettbewerbsverbot (Rn 104). Abtrennb, dch berecht Belange des and Teils gerecht Abreden in einem gg § 138 verstoßen Vertr über Scheidgsfolgen (Rn 47). Schuldanerkenntn, das neben sittenwidr auch abtrennb unbedenkl KausalGesch betrifft (BGH ZIP 87, 519). Sittenwidr Recht zur Ausschließg eines Gesellschters, das sich auf das zeitl u sachl vertretb Maß beschränken lässt (BGH 105, 220, 107, 355). Sittenwidr Regelg (nur) der Kontrollbefugn in einem KreditVertr (BGH NJW 93, 1589). Ist das **Entgelt** sittenwidr überhöht, ist das RGesch im Ganzen nichtig. Eine Aufrechterhaltg mit angem GgLeistg ist nicht mögl (BGH 44, 162, 68, 207; Ausn s Rn 75 f). Vertr, die mit der sittenwidr Vereinbg im Zushang stehen, können von der Nichtigk erfasst werden. Lässt sich der Vertreter zum Nachteil des Vertretenen ein Schmiergeld versprechen, ist neben dieser Zusage auch der HauptVertr nichtig (BGH NJW 89, 26), es sei denn, dass sich das Schmiergeld auf den Inhalt des HauptVertr nachweislich nicht nachteilig ausgewirkt hat (BGH NJW-RR 90, 443). – **bb) Verfügungen.** Das wertneutrale abstrakte VfgsGesch wird idR von der Sittenwidrigk des VerpfGesch nicht erfasst (BGH NJW 90, 384). Anders ist es, wenn die Unsittlichk gerade im Vollzug der Leistg liegt (BGH NJW 73, 615, 85, 3007, NJW-RR 92, 594, 96, 235, 06, 888/89), so etwa bei SichgÜbereigng od Abtretg, die gg § 138 verstoßen (BGH 19, 18, 30, 153, NJW 16, 2662 Tz 46). Im Fall des Wuchers erstreckt sich die Nichtigk auch auf die VfgsGesch des Bewucherten, nicht aber auf die des Wucherers (Rn 75). – **cc) Die Nichtigk ist von Amts wegen** zu beachten. Sie kann von jedermann geltend gemacht werden, auch von dem, der sittenwidr gehandelt hat (BGH 27, 180, 60, 105, BAG NJW 76, 1959). Bei einem einseit Sittenverstoß kann es aber **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn der sittenwidr Handelnde sich zum Nachteil des and auf die Nichtigk beruft (BGH WM 57, 1158, 72, 488). Ausnahmsw kann § 242 der Geldtmachg der Nichtigk auch bei einem beiderseit Sittenverstoß entgegenstehen (BGH NJW 81, 1439, BAG NJW 68, 1648). Bei vollzogenen Arbu GesellschVertr kann die Nichtigk Folge des § 138 idR nur mit Wirkg ex nunc geltend gemacht werden (§ 611 Rn 23a, § 705 Rn 18). – **dd) Schadenersatz.** Besteht der zur Nichtigk führende Sittenverstoß in einem Verhalten ggü dem GeschPartner, hat dieser idR einen SchadErsAnspr aus § 826, zugl auch aus c. i. c. (BGH 99, 106, NJW 01, 1127/29). Zu ersetzen ist das negative Interesse, nicht das ErlInteresse (BGH NJW 96, 1204). Bei einem beiderseit Sittenverstoß bestehen keine SchadErsAnspr. Die Rückabwicklg erfolgt nach BereicherersR, jedoch steht dem Anspr aus § 812 vielfach § 817 S 2 entgeg (s dort). Zum Wucher s Rn 75.
- 23 **h) Die Beweislast** für die obj u subj Voraussetzgen der Sittenwidrigk trägt derjen, der sich auf die Nichtigk des RGesch beruft (BGH 53, 379, 95, 85, NJW 74, 1821, 95, 1429). Die Würdigk, ob das RGesch nach dem festgestellten Sachverhalt gg die guten Sitten verstößt, ist eine reversible **Rechtsfrage** (BGH LM (Cd) Nr 2, NJW 91, 354).
- 24 **2) Sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner.** – **a) Allgemeines.** Der Sittenverstoß kann in einem Verhalten ggü dem GeschPartner bestehen. Hierher gehört als Sonderfall der in II geregelte Wucher. Aber auch I hat die Funktion, den Schwächeren gg wirtschaftl u intellektuelle Übermacht zu schützen (BGH NJW 81, 1206). Er verpft den Gläub aber iF eines LeistgUnvermögens des Schu nicht, unter Zurückstellg eig Interessen mit dem Schu einen Ausgl zu suchen (BGH NJW 01, 1414). Sowohl um den Schutz des VertrPartners als auch um die Sichg von WertEntsch des GG geht es beim Schutz vor **Diskriminierungen**. Er wird jetzt dch das AGG (s NebenG) umfasst gewährleistet. Für sittenwidr Verhalten ggü dem and Teil, das zur Anwendg des § 138 führt, hat sich keine allg anerkannte Einteilg in Fallgruppen dchgesetzt. Hier werden zu nächst nur die Probleme der KreditVertr, der wucherähn RGesch, der Vertr, die die finanzielle LeistgFähigk des Schu überfordern, u der KnebelgsVertr behandelt. Vgl iÜ die Einzelfälle in Rn 77 ff.
- 25 **b) Kreditverträge.** – **aa) Überhöhte Verzinsung.** KreditVertr können bei einer im Vergl zum Marktzins überhöhten Verzinsg sittenwidr u nichtig sein. II ist allerd idR unanwendb, da sein subj Tatbestandsmerkmal (Ausbeutg einer Zwangslage usw) nicht erfüllt ist. PrüfgsMaß ist daher I. Aus ihm hat die Rspr den RGrds entwickelt, dass KreditVertr sittenwidr sind, wenn zw Leistg u GgLeistg ein auffäll MissVerh besteht u der KreditG die schwächere Lage des and Teils bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt od sich leichtfert der Erkenntn verschließt, dass der KreditN sich nur wg seiner schwächeren Lage auf die drückden Bedinggen einlässt (BGH 80, 160, 128, 257, stRSpr).
- 26 **bb) Vergleich zwischen Vertrags- und Marktzins.** Kreditgebühren sind nach der Tabelle von Sievi-Gillardon in Zinsen umzurechnen (s § 246 Rn 7). Die Vermittlungsprovision ist beim VertrZins in die Umrechng einzubeziehen, and nur, wenn die Tätigk des Vermittlers vorwieg im Interesse des KreditN lag (BGH NJW 87, 181), so etwa, wenn der Vermittler einem kreditunwürd KreditN einen Risikokredit verschafft (Köln ZIP 02, 563). Die Provision ist als laufzeitunabhäng Leistg kein Zins im RSinne (§ 246 Rn 3), ist aber Teil des vom KreditN geschuldeten Gesamtentgelts u mindert die Personal- u Werbeaufwendgen der Bank (BGH 80, 166, NJW 88, 1662). Als Marktzins konnte früher der Schwerpztzins der Bundesbank – zuzügl 2,5% Bearbeitgsgebühr (BGH NJW 95, 1019) – herangezogen werden (BGH 80, 163, 98, 176, stRSpr). Da die Bundesbank diesen Zinssatz nicht mehr veröffentlicht, kann die EWU-Zinsstatistik als Ausgangspkt des ZinsVergl herangezogen werden, möglicherw mit Zu- od Abschlägen, da es noch keinen europaweiten Konsumentenkreditmarkt gibt (str, s Reifner VuR 05, 370, Schulte-Mattler WM 07, 1865, Godefroid VerbrKrVrtr Rn 355 f). Ist der Kredit dch ein GrdPfandR gesichert, darf beim ZinsVergl auf den Marktzins für grdpfandrecht gesicherte Kredite abgestellt werden, wenn der Kredit nicht mehr als 80% des sorgfält ermittelten Verkehrswerts des Grdts ausmacht (BGH NJW-RR 00, 1431, BamBng NJW-RR 02, 264). Zu den Kosten der RestschuldVers u den auf sie entfallenden Kreditkosten s 65. Aufl. Bei einem Zusatzkredit sind dessen Kosten u die des weiterlaufenden Kredits mit denen einer neuen Kreditaufnahme über den Gesamtbetrag zu vergleichen (BGH NJW 90, 1599).
- 27 **cc) Auffälliges Missverhältnis.** Es ist idR zu bejahen, wenn der VertrZins mess marktübl Effektivzins relativ um 100% od absolut um 12 Prozentpkte übersteigt (BGH 110, 338, stRSpr). Ist der Kredit wärd einer Niedrigzinsphase (7–8%) langfrist ohne Anpassgsklausel gewährt worden, tritt an die Stelle der 100%-Grenze ein Richtwert von 110% (BGH NJW 91, 834, Hamm NJW-RR 93, 1326). Auch wenn die Grenzwerte von 100% oder 12% nicht erreicht sind, kann bei relativen Abweichgen zw 90 u 100% eine **Gesamtwürdigung** aller Umst die Anwendg des § 138 I rechtfertigen (BGH 104, 105), so bei 91% (BGH NJW 82, 2433) od 96% (BGH NJW 87, 183). Dabei kann zu Lasten der Bank berücksichtigt werden, dass sie über die Höhe des effektiven Jahreszinses keine od unricht Angaben gemacht hat (BGH NJW 82, 2437), dass die Verzugsregelg den KreditN übermäß belastet, aber nur bei hoher Wahrscheinlichk, dass der Verzugsfall eintreten wird (BGH NJW 82, 2436, NJW-RR 89, 1320), dass für den Fall einer unricht SelbstAusk eine offensichtl unangem Regelg vorgesehen ist (BGH NJW 80, 2078), dass dch Ablösg eines früheren Kredits Umschuldgsnachteile entstanden sind (BGH NJW 88, 818, NJW-RR 91, 502), dass die Kosten einer von der Bank zur Bedingg gemachten **RestschuldVers** (bei Umschuldg aus Alt- u NeuDarl) zu einer inadäquaten Verteuerg der Gesamtkosten des KreditN führt (Metz BKR 07,

- 401). Eine RestschuldVers ist weder beim Vertr- noch beim Marktzins zu berücksicht, wenn die Bank die Kreditgewähr nicht von ihrem Abschl abhängg gemacht hat (BGH NJW-RR 12, 416 Tz 13 ff). Bei zwingender Vorgabe der RestschuldVers sind deren Kosten nach PAngV 6 III Nr 4 in die Berechnung des Effektivzins einzubeziehen, sie müssen daher auch beim Vergleich zum Marktzins berücksicht werden (offen BGH NJW-RR 12, 416 Tz 28 mwN). In **Umschuldungsfällen** kann sich die Sittenwidrigk auch unabhängig vom Zinsvergleich daraus ergeben, dass die (wiederholte) Mitfinanzierung von RestschuldVers einschließl Kosten zu einer unverhältnmöß Belastg des Kreditnehmers führt (BGH NJW-RR 12, 416 RN 28), was jedenfalls dann nahe liegt, wenn die vom Kunden in Raten abzutragende Kreditsumme dadch rund doppelt so hoch ist wie der dem Kunden insgesamt zur Vfg stehende Nettokreditbetrag. Ist der KreditN Kaufm, führen Verstöße gg die §§ 307 ff aber ledigl zur Nichtigkeit der betreffenden Klausel; bei Prüfng des § 138 bleiben sie außer Betr (BGH NJW 80, 446, Hamm BB 83, 404). Abzulehnen ist die Tendenz, die Wuchergrenze **weiter abzusenken**. § 138 I ist daher (idR) unanwendb, wenn der Marktzins um 80,5% (BGH 99, 336), um 81,8% (BGH NJW 88, 1662) oder um 87,6% (BGH NJW 89, 829) überschritten wird. Auch bei langer Laufzeit (180 Monate) führt eine Abweichung von 46% nicht zur Nichtigkeit des Vertr (Hamm WM 92, 483).
- dd) Subjektiver Tatbestand.** Ist der KreditVertr gem Rn 27 ff obj sittenwidrig, ist auch der subj Tatbestand – vorsätzl od grob fahrläss Ausnutzng der schwächeren Lage des Kunden (Rn 25) – bei Vertr zu einem gewerbl KreditG u einem Verbr idR erfüllt (BGH 98, 178, NJW 95, 1022, Bamg NJW-RR 02, 264). Diese tats Vermutg gilt aber nicht, wenn der KreditN Kaufm od Freiberufler ist (BGH NJW 91, 1810, 95, 1022).
- ee) Bei Kettenverträgen** kann sich die Sittenwidrigk des FolgeVertr daraus ergeben, dass die Zinsen des abgelösten Vertr wesentl niedriger od die Kosten der Umschuldg besond hoch waren (BGH NJW 88, 818, Stgt NJW-RR 88, 427). Dagg führt die Sittenwidrigk des früheren Vertr, insbes bei externer Umschuldg, nicht zur Nichtigkeit des FolgeVertr (BGH NJW 90, 1597), and nur, wenn der KreditG in Kenntn der Nichtigkeit des ErstVertr die Sichg des unberechtigten Gewinns erstrebt hat od die Bedinggen des neuen Vertr schon bei isolierter Betrachtg der krit Grenze nahe kommen (BGH 99, 336, NJW-RR 87, 679, Köln NJW-RR 91, 1457). Aus dem neuen Vertr stehen dem KreditG bei **interner Umschuldg** nur die Anspr zu, die ihm bei Berücksichtigg der Nichtigkeit des früheren Vertr billigerw eingeräumt worden wären (BGH aaO, NJW-RR 88, 363, ZIP 02, 701). Die Kreditsumme des neuen Vertr wird daher um den GgAnspr gekürzt, der dem KreditN wg der Zuvielzahlgen auf Grd des sittenwidrig früheren Vertr zustanden (BerechnungsBsp in der 53. Aufl).
- ff) Andere Kreditverträge. (1)** Auf Gelegenhdarlehne von **nicht gewerbsmäßigen** DarLG finden die in Rn 25 ff dargestellten Grds keine Anwendg; nicht übertragb sind insbes die 100%-Grenze u die Vermutg gem Rn 30 (BGH NJW-RR 90, 1199). Auch wenn der KreditN das Darl von 72000 DM nach 6 Wochen in Höhe von 90000 DM zurückzahlen soll, kann bei einem risikoreichen Gelegenhdarl ein Verstoß gg § 138 entfallen (BGH NJW 94, 1056). **(2)** Gibt ein Kreditinstitut **gewerbliche** Kredite aus, können die Grds der Rn 25 ff bis auf die Vermutg der Rn 30 entspr herangezogen werden (BGH NJW 91, 1810, krit Horn BKR 06, 1/3). Für die Vermittlungsprovision gilt Rn 26, wenn KreditG u Vermittler stand zusarbeiten. **(3)** Die zunächst für Ratenkredite entwickelten Grds der Rn 25 ff gelten auch für **andere Konsumentenkredite**, jedoch muss bei jedem Vertr seine Risikostruktur berücksichtig werden. Zu prüfen ist, ob nicht in Wahrh ein normaler, ledigl and bezeichneter Ratenkredit vorliegt, so idR beim **Kontokorrentkredit** u ähnl Krediten (BGH NJW 91, 833, Köln WM 92, 435). Besond zu beurteilen sind die mit einer **Lebensversicherung** kombinierten Ratenkredit-Vertr (BGH 111, 119, NJW 88, 1319). Beim Vergl von Leistg u GgLeistg müssen die VersPrämien, aber auch die Vorteile aus der Versicherg (Gewinnbeteiligg, etwa entstehende Steuerersparn) berücksichtig werden (BGH aaO); diese sind vom DarLG konkret darzulegen (Celle NJW-RR 89, 1134). Auch Darl zur Vorfinanzierung des Anspr auf **Lohnsteuerrückzahlung** sind sittenwidrig, wenn die Verzinsg den Marktzins um 100% od mehr übersteigt (AG Kamen NJW 91, 1065, AG Reutlingen NJW-RR 93, 1267). Ein auffäll MissVerh kann aber entfallen, wenn der Bank der GgWert des Darl nicht nach der übl Bearbeitungszeit für steuerl ErstattungsAnspr (5–6 Monate), sond erst wesentl später zufließt (AG Stgt NJW-RR 97, 1545).
- gg) Leasingverträge.** Sie sind idR sittenwidrig, wenn die Leasingraten die übl um 100% oder mehr übersteigen (BGH 128, 259). Ist das übl Entgelt mangels aussagekräft VerglVertr nicht feststellb, sind die Leasingraten entspr Rn 25 ff mit dem Marktzins zu vergleichen; der Vertr ist idR sittenwidrig, wenn die Leasingraten relativ um 100% od absolut um 12% höher sind als der übl Effektivzins (BGH aaO). Der Berechnung ist der tats Verkehrswert des LeasingGgst u nicht der im LeasingVertr genannte angebl höhere Beschaffungspreis zu Grde zu legen (Köln NJW-RR 97, 1549). Für den subj Tatbestand gilt Rn 30 entspr (Düss BB 96, 1687). Zusätzl Aufwendngen des LeasingG (Gewerbesteuer, höhere Refinanzierungskosten) sind zu berücksichtigen, esbo steuerl Vorteile des LeasingN (BGH 128, 259). Kommt nach der Restwertklausel ein Mehrerlös dem LeasingG zugute, so begründet das nicht ow die Sittenwidrigk (BGH NJW 95, 1148), der Mehrerlös ist aber in die Umrechnng gem Rn 26 einzubeziehen (Dresd NJW-RR 00, 1305). Zu den Problemen der Restwertermittlung, wenn keine Begrenzung der Fahrleistg besteht s Mü u Kuhnert DAR 07, 155.
- c) Andere wucherähnliche Rechtsgeschäfte. – aa) Sittenwidrigkeit nach § 138 I.** Auch and als KreditVertr können als wucherähnlich RGesch nichtig sein. Sind die Voraussetzngen des II nicht voll erfüllt, darf aber aus dem Vorliegen des einen od and Wuchermerkmals nicht ow auf Sittenwidrigk nach I geschlossen werden. Insbes führt ein auffäll MissVerh zu Leistg u GgLeistg nicht allein zur Nichtigkeit; hinzutreten müssen vielmehr weitere sittenwidrig Umst, etwa eine verwerfl Gesinnng (BGH NJW 14, 1652 Tz 10). Dafür trägt der, der sich auf die Sittenwidrigk beruft, die Behauptungs- u Darleggslast (BGH aaO). Ist das obj wucher Gesch dadch zustande gekommen, dass der wirtschaftl od intellektuell Überlegene die **schwächere Lage** des and Teil bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt hat, ist I anwendb (BGH NJW 80, 446, 1156). Dem steht es gleich, wenn sich der sittenwidrig Handelnde leichtfert der Erkenntn verschließt, dass der and sich nur wg seiner schwächeren Lage auf den ungünst Vertr einlässt (BGH aaO, BAG NJW 85, 2661).
- bb) Besonders grobes Missverhältnis. (1)** Bei einem besond groben MissVerh zu Leistg u GgLeistg besteht nach der Rspr eine **tatsächliche Vermutung** für ein Handeln aus **verwerflicher Gesinnung**, die idR eine weitere Prüfng subj Voraussetzngen entbehrl macht u die Sittenwidrigk des Vertr begründet (BGH NJW 01, 1127, 02, 429, 3165, WM 08, 967 Tz 35). Ein **auffälliges** MissVerh liegt vor, wenn der Wert der Leistg rund doppelt so hoch ist wie der Wert der GgLeistg (BGH aaO Tz 31, Rn 67). Bei Grundstücken ist diese Voraussetzung bereits bei einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitng von 90% erfüllt (BGH NJW 14, 1652 Tz 8, NJW-RR 16, 692 Tz 7, BeckRS 16, 12559 Tz 8). Die Vermutg ist widerlegb, so wenn der Verk auf ein Wertgutachten vertraut hat (BGH aaO Tz 36); sie kann auch dch besondere Umstände erschüttert sein (BGH NJW 03, 283). Die Vermutg gilt grdsätzl auch, wenn der Benachteiligte das krasse MissVerh von Leistg u GgLeistg kennt (BGH NJW 07, 2841 Tz 18). Die Vermutg befreit die ProzessPart zwar nicht von ihrer Behauptungslast, an diese

sind aber keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH NJW 10, 363 Tz 19). Für ein Entfallen der Vermutung bei Preisbildg im BieterVerf Hamm NJW NJW-RR 11, 1146.

- 34b (2) Das MissVerh muss unter Berücksichtigg der Umst des Einzelfalls **sorgfältig ermittelt** werden. Bei Immobilien ist grds die VerglWertmethode anzuwenden (BGH WM 08, 967 Tz 32, BKR 19, 245 Tz 18). Für den Wert der Leistg des Käufers kommt es auf den Nettokaufpreis an, abzuziehen sind im Kaufpreis enthaltene Erwerbsnebenkosten, wie Grunderwerbssteuer, Beurkundungskosten u Kosten der Grdbuchumschreibg (BGH NJW-RR 16, 692 Tz 8 ff). Trägt der Käufer einer Wohng vor, diese habe zum Ztpkt des VertrSchlusses einen bestimmten Verkehrswert gehabt, der weniger als die Hälfte des (Netto-)Kaufpreises ausmache, hat er seiner Darlegglast genügt, es sei denn, es handelt sich erkennb um eine Behauptg „ins Blaue hinein“ (BGH NJW-RR 09, 1236). Bei Time-Sharing-Vertr kann der insges erzielte Preis nicht kurzer Hand mit dem von EigWohnngen verglichen werden (aA LG Paderborn VuR 98, 92). § 138 ist aber anwendb, wenn der Gesamtpreis das 7–10fache des Preises für EigWohnngen ausmacht (BGH NJW 94, 1346, LG Bln u Duisbg NJW-RR 95, 754 u 884). Der Pachtwert von Imbissständen kann nicht mit dem von Läden u Verkaufsflächen gleichgesetzt werden (BGH NJW-RR 04, 1454). Besteht ein gespaltener Markt (Sammler/Händler), wie zB bei Sondermünzen (Händlerverkaufspreis 8mal so hoch wie Einkaufspreis), kann bei einem Kauf von einem Händler Sittenwidrigk nicht einfach aus dem Überschreiten des Händlereinkaufspreises hergeleitet werden (BGH NJW 00, 1254). Bei einem Vertr über einen Hausausatz ergibt sich das MissVerh nicht schon daraus, dass ein Einkauf der Einzelteile in einem Baumarkt erhebl billiger gewesen wäre (Düss NJW-RR 02, 14). Bei Pauschalvergütgen für Heilbehandlgsmäßn (Bandscheibenoperationen) ist bei der Prüfg auf den obj Marktwert, nicht auf die Kosten des Krankenhauses abzustellen (BGH NJW 03, 1596). Bei PachtVertr ist die sog EOP od die indirekte VerglWertMethode zur Ermittlg der VerglPacht offensichtlich ungeeignet (BGH 141, 257, NJW 02, 55, NJW-RR 02, 1521). Haben mehrere hundert Erwerber iR eines Steuersparmodells denselben od annähernd denselben Preis für ihre Immobilie gezahlt, kann nicht allein deshalb ein besond grobes MissVerh verneint werden (BGH NJW-RR 05, 1418).
- 34c (3) **Einschränkungen.** Die Vermutung einer verwerfl Gesinng gilt idR nicht, wenn der Benachteiligte Kaufm ist (BGH NJW 03, 2230). Sie setzt nicht voraus, dass der Begünstigte das besond grobe MissVerh kannte (BGH NJW 01, 1127). Es muss für ihn aber erkennb gewesen sein (BGH NJW 02, 55, 04, 3553, NJW-RR 02, 8); erfdl ist eine tatrichterl Würdigg wg der bestehenden Bewertungsschwierigk vor allem bei PachtVertr (BGH aaO). Bei **eBay-Auktionen** gilt die Vermutung auch bei Abgabe eines Höchstgebots nicht (BGH MMR 12, 451 Tz 19 ff). Bei Übertrag von VermWerten iR einer umfassenden VermAuseinandersetzg etwa aus Anlass einer Scheidg (BGH NJW 03, 1860) gilt die Vermutung nicht. Sie kann auch entfallen, wenn sie im Einzelfall dch bestehende Bewertungsschwierigk od and besond Umst erschüttert wird, so etwa wenn die Part bei gleichem Wissensstand von einer Unbebaubarkeit des möglw zT als Bauerwartungsland einzustufen Grdst ausgegangen sind (BGH NJW 03, 283), wenn sie sich um die Ermittlg eines angem LeistgVerh bemüht haben (BGH NJW 02, 3165), wenn es sich um eine ausgefallene, seltene u schwer zu beurteilende Immobilie, wie ein Schloss od Herrenhaus, handelt (s BGH NJW 06, 3054), wenn der überhöhte Preis von einem geschäftserfahrenen Partner nach Einholg eines Wertgutachtens gezahlt worden ist (BGH ZIP 97, 931). Besteht bei Anwendg der VerglWertmethode kein besond grobes MissVerh, kann die Sittenwidrigk nicht aus einer Wertermittlg nach der Ertragswertmethode hergeleitet werden (BGH NJW 04, 2671). Bei Anwendg der Ertragswertmethode bedarf es besond Anhaltspkte, aus denen sich die verwerfl Gesinng ergibt (BGH WM 08, 967 Tz 35). Hat sich der scheinb Benachteiligte bewusst zu einer höheren Leistg verpfl, um den und zu begünstigen, ist der Vertr nicht sittenwidr (Köln ZEV 98, 435). Gehen DarlN u DarlG übereinstimmnd davon aus, dass mit der DarlSumme von 100 000 DM in kurzer Zeit ein Gewinn von 300 000 DM erzielt werden kann, ist eine Abrede über die Teilg dieses Gewinns in der Relation von 2 zu 1 nicht sittenwidr, auch wenn sie im Ergebn zu einer Verzinsg von mehr als 60 % führt (Dresd WM 03, 1988). Bei KaufVertr über Grdst in der DDR, die unmittlbar nach Aufhebg der Preisbindg abgeschl worden sind, kann ein besond grobes MissVerh Nichtigk begründen, jedoch bedarf der subj Tatbestand einer sorgfält Prüfg (BGH NJW 00, 1487, KG VIZ 00, 614). Die nach dem 3.10.90 zu DDR-Baulandpreisen abgeschl sog Modrow-Vertr sind – wg der gebotenen Gleichstellg mit AntrStellern, die den Vertr vor dem Stichtag wirks abgeschl haben, – nicht sittenwidr (BGH ZfR 04, 998).
- 34d (4) **Einzelfälle** (ja = sittenwidr, nein = nicht) Grdst/EigWohnngen: 80 000 DM zu 42 000, ja (BGH NJW 92, 899); 441 660 DM zu 224 000, ja (BGH NJW 01, 1127); 38 000 DM zu 69 215, nein (BGH NJW 03, 2529); 111 000 DM zu 175 000, nein (BGH NJW 04, 2671); 194 000 DM zu 110 000, nein (BGH ZIP 04, 549); Preis von 15 DM/qm bei einem Wert von 1,56, nein iF einer beiderseit Falschbeurteilg der Bauerwartg (Naumbg OLG-NL 03, 243). And VertrObj: Turnierpferd, 150 000 DM zu 37 000, ja (BGH NJW-RR 03, 558); Bilder, 1500 € zu 50 000, ja (Brem MDR 04, 738); RückerstattgAnspr nach dem VermG, 50 000 DM zu 20 000, ja (Rstk OLG-NL 95, 269); Spielgerät, 80 000 DM zu 30 000, ja (BGH NJW-RR 98, 1065); Topfset, 4850 DM zu 2000 ja (Hbg VuR 03, 115); GmbH-Anteil, Preis 220% über Wert, ja (Mü BB 95, 2235); WerkVertr: Entgelt 4-fache des Übl, ja (KG NJW-RR 95, 1422); Achthundertfache Überschreitung von Einheitspreisen in Bauvertrag, ja (BGH NJW 09, 835 Tz 13); 8-fache od 12-fache Überschreitg des übl Preises in BauVertr (BGH NJW 13, 1950 Tz 25 u 1953 Tz 19); Aufg einer RPosition, die wirtschaftl einem ErbR gleichsteht gg ein viel zu geringes Entgelt, ja (BGH NJW 02, 429); RA: 17-fache der gesetzl Gebühr, ja (BGH NJW 03, 3486), 4,5-, 5- od 6-fache der gesetzl Gebühren, nein (BGH NJW 00, 2669, 03, 2386, NJW-RR 04, 1145), auch bei zigfacher Überschreitg der gesetzl Gebühren kann das vereinbarte Honorar im Einfall angemessen ist (BGH NJW-RR 17, 377 Tz 18 ff); zu RVG 4 IV s Rn 58; Gehalt eines angestellten RA von netto monat 610 od brutto 1300 DM, ja (ArbG Bad Hersfeld DB 99, 2115, LAG Hessen MDR 00, 893); Praktikantenlohn von 375 € brutto für Dipl. Ing. (FH), ja (LAG BaWü NZA 08, 768). ImmobilienVermittlgVertr, 50 000 DM monat für die erfolgsunabhängg Präsentierg von Investitionsobjekten, ja (BGH NJW 12, 2099). PartnerschVermittlgVertr, Entgelt von 3016 DM für 2 statt wie übl für 6 Partneradressen, ja (LG Köln NJW-RR 03, 1426). Beitritt zu einer Kapitalanlagengesellsch, ja bei schwerwiegender Disparität im Verh zu den Gründgsgesellschtern (Schlesw BB 02, 2034). Internet by Call-Tarif, bei dem dch eine Kombination aus Minutenpreisen und Einwahlgebühren der marktüb Preis um bis zum 100-fachen überschritten wird (Saarbr NJW-RR 14, 686, AG Hbg NJW-RR 14, 121). Ein **Erläss** ist sittenwidr, wenn der Gläub unter Ausschaltg seines RA veranlasst wird, ohne trifft Grd auf 380 000 DM zu verzichten u das Risiko eines weiteren beträchtl Verlusts zu übernehmen (BGH NJW-RR 98, 590). Eine **Abfindungsvereinbarung**, die ein LPG-Mitgl in Kennntn aller maßg Umst abschließt, ist auch dann nicht sittenwidr, wenn die Abfindg erhebl niedriger ist als der gesetzl Anspr (BGH VIZ 01, 52). Anders ist es, wenn der berecht AbfindgAnspr dch die widr Bildg von Rücklagen von 21 531 DM auf 2207 DM gekürzt wird (Dresd VIZ 04, 287). Beruht ein wucherähnl Gesch auf der Ausnutzg einer **Monopolstellung**, ist § 138 anwendb, ohne dass es der Feststellg einer verwerfl Gesinng bedarf (BGH LM (Cc) Nr 4).

cc) Ausnutzung einer Zwangslage (der Unerfahrenh, des mangelnden UrtVermögens od einer erhebl Willensschwäche s Rn 69 ff). Sie kann, wenn II wg Fehlens eines auffäll MissVerh von Leistg u GgLeistg nicht anwendb ist, bei Hinzutreten weiterer sittenwidr Umst die Anwendg von I rechtfertigen, so die Ausbeutg der Geistesschwäche des and Teils zur Erlangg außergewöhnl Vorteile (RG 72, 68), die Ausnutzng einer psych Zwangslage zu einer Erbeinsetzg (BGH 50, 71) od Schenkng (BGH FamRZ 90, 1344). Es ist aber nicht ow sittenwidr, die Hilfestellg in einer Notlage von einer angem Vergütg abhäng zu machen (s BGH 69, 299).

d) Überforderung des Schuldners. Privatautonomie bedeutet nicht nur Selbstbestimmg, sond auch Selbstverantwortg. Der Schu hat grdsätzl selbst zu prüfen u zu entscheiden, wo die Grenzen seiner Leistgfhigk liegen. Die Tats, dass eine Verpfl das Leistgsvermögen des Schu subj überfordert, ist daher nicht ow ein NichtigkGrd (Brdbg NJW-RR 02, 578). Sind die vom Schu zu leistden Zahlngen höher als sein **pfändbares Einkommen**, so rechtfertigt das nicht die Anwendg von § 138 (BGH NJW 89, 1666, Celle NJW-RR 89, 1135, Gaßner NJW 88, 1131, aA LG Münster NJW 90, 1669). Die PfändgsschutzVorschr schützen vor Vollstrgszugriffen, beschränken aber nicht die Verpfl- u VfgsFreih des Schu.

e) Überforderung des Bürgen. BürgschVertr sind unwirks, wenn sie erkennb Ausdr einer strukturellen Unterlegen des Bürgen sind u für ihn eine nicht hinnehmb, mit seinen Einkommens- u VermögensVerh unvereinb Belastg begründen (BVerfG NJW 94, 36, 2749, BGH 125, 206, NJW 01, 815, stRspr). Bürgen, die vor dem Urt des BVerfG (aaO) rkräft verurteilt worden sind, können uU nach BVerfGG 79 II 3 VollstrgsGgKlage erheben (BVerfG ZIP 06, 60). Die Möglichk, nach §§ 286 ff InsO Restschuldbefreig zu erlangen, ändert an der Beurteilg der Sittenwidrigk nichts (BGH NJW 09, 2671, Krüger NJW 09, 3408).

f) Angehörige. – aa) Anwendungsbereich. Währd der BGH zunächst für die Bürgsch von Kindern besond Kriterien entwickelt hatte (61. Aufl), geht er jetzt von einheit Grds für Bürgsch von Angehörigen aus. Er stellt entscheidend auf die zw dem finanziell überforderten Bürgen u dem Hauptschuldner bestehende **emotionale Verbundenheit** ab (BGH NJW 00, 1182, 01, 815, 02, 744). Geschützt sind neben Eheg auch Verlobte (BGH 136, 347/50), Partner einer neLGemsg (BGH NJW 97, 1005, 02, 744, NJW 09, 2671) u Eltern (BGH ZIP 01, 1190). Gleichgestellt sind Kinder (BGH NJW 00, 1182, ZIP 02, 167), dagg nicht ow erwachsene Geschwister (BGH 137, 329, NJW 99, 2372), and aber, wenn sie zugl ArbN sind (Köln VersR 02, 1288). Die insow von der Rspr entwickelten Grds gelten für Kreditnst, gewerbl u berufl KreditG (BGH NJW 02, 746) u vielleicht auch für Gelegenhdarl privater DarlG (Brdbg ZIP 07, 1596, krit Buchler EWiR 07, 487). – **bb) Abgrenzung.** Gleichgült ist, wie die Mithaftg begründet wird. Geschützt ist neben dem Bürgen auch der Unterzeichner eines SchuldAnerkenntn (Kblz NJW-RR 03, 1559), der DarlN, der den Kredit ausschließl im Interesse des Partners aufnimmt (aA LG Kiel WM 06, 808) u der Mitunterzeichner des DarlVertr, es sei denn, dass er nicht nur Mithaftder sond gleichberecht DarlN ist (BGH NJW 01, 815, 02, 744, 2705, 05, 973, NJW 09, 2671, NJW-RR 17, 241 Tz 15 ff). Das ist nur der Fall, wenn er ein eig Interesse an der Kreditgewährg hat u über die Auszahlg u Verwendg mitentscheiden darf (BGH aaO); er kann hinsichtl eines Teils des Kredits **Mitdarlehensnehmer**, iU dagg nur Mithaftder sein (BGH aaO, Rn 38). Erwerben Eheg gemeinsam ein Haus, sind beide hinsichtl des aufgenommenen Kredits MitDarlN (Köln WM 02, 123). Entspr gilt beim finanzierten Erwerb eines Fam-Pkws, auch wenn der KaufVertr allein vom Ehemann abgeschl wird (BGH NJW-RR 04, 924, s auch Rn 38c aE). Ist str, ob der Eheg nur Mithaftder od MitDarlN ist, trägt der KreditG die Beweislast, nach den Grds der sekundären Darleggslast muss die Ehefrau aber darlegen, dass der Kredit ihr von Beginn an weder ganz noch teilw zugute gekommen ist (BGH WM 09, 645 Tz 14; NJW 09, 2671). Auf **Sicherungsgrundschulden** sind die für Bürgsch geltenden Grds nicht übertragb, auch dann nicht, wenn die Grdschuld aus emotionaler Verbundenh bestellt worden ist u die Vollstrg dazu führt, dass ein betagtes Ehepaar sein langjähr genutztes Eigenheim verliert (BGH NJW 02, 2633, aA Wagner AcP 05, 715).

cc) Krasse Überforderung. (1) Grundsatz. Wird der Eheg od Angehörige dch die von ihm übernommene Bürgsch (Mithaftg) krass überfordert, besteht eine tats (widerlegl) Vermutg, dass die Mithaftg ohne rationale Einschätzg der Interessenlage u der wirtschaftl Risiken aus emotionaler Verbundenh übernommen worden ist u dass das Kreditnst die emotionale Beziehg zw HauptSchu u Mithaftden in sittl anstöß Weise ausgenutzt hat (BGH NJW 99, 2584, 01, 815, 02, 744, 05, 971, stRspr). Eine krasse Überforderg liegt vor, wenn der Bürge (Mithaftde) voraussichtl nicht einmal die laufden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag (BGH NJW 00, 1182, 01, 815, 02, 744, 05, 973). Bei Höchstbetragsbürgsch kommt es darauf an, ob der Bürge die vertragl Zinsen aus der BürgschSumme aufbringen kann (BGH NJW 13, 1534 Tz 10). Die Belastngen dch mehrere Bürgsch zG desselben KreditG sind zusammenzurechnen, zumindest dann, wenn zw ihnen ein sachl u zeitl Zushang besteht (Köln ZIP 02, 844). Dass das Einkommen beider Partner *zusammen* voraussichtl zur Tragg der Zins- u Tilggsraten ausreicht, ändert an der Sittenwidrigk grdsätzl nichts (BGH NJW 99, 2585, 00, 1182, 01, 815). Auch wenn § 305c I (überraschde Klausel) die Haftg des Bürgen auf ein erträgl Maß reduziert, bleibt die Bürgsch sittenwidr (BGH 136, 347). Eine krasse Überforderg liegt dagg nicht vor, wenn der Wert des GrdBesitzes des Bürgen größer ist als die BürgschSchuld (BGH NJW 01, 2466, Köln WM 05, 557/60.). Bei der Beurteilg der Leistgfhigk sind die im Ztpkt des VertrSchlusses bestehenden dingl Belastngen zu berücksichtigen (BGH NJW 02, 2228, BKR 10, 63 Tz 15). Die Darleggslast für die Werthaltigk des Grundbesitzes trägt der BürgschGläub (BGH BKR 10, 63, Rn 16). Sichert das GrundpfandR dieselbe Hauptforderg wie die Bürgsch, entfällt dessen wermindernde Berücksichtigg nicht, wenn die Bürgsch noch eine weitere Forderg des BürgschGläub sichert, zu deren Tilgg der Bürge ebenf nicht in der Lage ist u der Gläub den Erlös aus der Verwertg des GrundpfandR nicht auf die BürgschForderg anrechnen muss (BGH BKR 10, 63 Tz 17). Es muss aber gesichert sein, dass der Bürge nur nachrangg haftet (BGH NJW-RR 17, 241 Tz 23). Eine Überforderg kann entfallen, wenn eine Prognose, bezogen auf den Ztpkt der Inanspruchnahme des Bürgen, ergibt, dass er einen erhebl Teil der übernommenen Schuld aus eig Mitteln erfüllen kann (BGH NJW-RR 02, 1130, Zahnarzt). Die Sittenwidrigk der Bürgsch wird nicht dadch ausgeschl, dass der Bürge nach einer bei Übernahme der Bürgsch nicht vorhersehbb Insolvenz des HauptSchu dessen Untern übernimmt u weiterführt (BGH ZIP 03, 796). Sie entfällt, wenn nach der vom Bürgen ausgefüllten SelbstAusk nach sorgfält Überprüfg dch den Gläub keine Bedenken gg seine Leistgfhigk bestanden (BGH WM 14, 989 Tz 21, NJW-RR 17, 241 Tz 26).

(2) Eine Gesamtwürdigung kann ergeben, dass die Vermutg, die Bürgsch (Mithaftgsabrede) sei sittenwidr, widerlegt wird u die Bürgsch trotz krasser Überforderg wirks ist. Erlangt der Bürge (Mithaftde) dch den aufgenommenen Kredit unmittelbar einen **Vorteil** (MitEigt an der geplanten Anschaffg), kann ein Sittenverstoß entfallen (BGH NJW 99, 2584/88), so wenn der Bürge sich an dem Projekt als MitUntern mit erhebl Gewinnaussichten beteiligen wollte (BGH 125, 216), wenn er hälft MitEigt an dem Obj erhalten soll (BGH NJW-RR 04, 337) od wenn der Kredit einer elterl GmbH zufließen sollte, deren GeschFührer der 24 Jahre alte, aber bereits geschäftl erfahrene Bürge ist (BGH NJW 97, 940). Die Übernahme einer Bürgsch für ein ExistenzgründgDarldch die 51-jähr arbeitslose Ehefrau ist dagg sittenwidr, auch wenn sie in dem auf Grd einer unrealist Marktana-

- lyse gegründeten Untern eine leitende Stelle übernehmen sollte u sie früher ein relativ hohes Einkommen hatte (BGH NJW 05, 971). Ein nur mittelb. Vorteil (höherer Unterh., Verbesserung der WohnVerh., Aussicht, später im Betrieb mitarbeiten zu können) ändert an der Sittenwidrigk nichts (BGH NJW 97, 52, 01, 815, 02, 2705, KG MDR 02, 1443). Auch die Tats., dass der Bürge an der kaufm. Leitg. des Untern mitwirkt u einen Teil der Kreditgespräche für den HauptSchu geführt hat, schließt die Anwendg. des § 138 nicht aus (BGH BKR 03, 157). Andere **Sicherheiten** sind nur zu berücksichtigen, wenn sie das Haftgsrisiko in rechtl. gesicherter Weise auf ein vertretb. Maß beschränken (BGH NJW 99, 2584/88, 00, 1182, 01, 815). Dazu muss gesichert sein, dass der Mithaftende erst nach Verwertg. der anderen Sicherh. und begrenzt auf das zum Ztpkt. der Haftgsübernahme bestehende Ausfallrisiko in Anspruch genommen wird (BGH NJW 09, 2671). Die sittenwidr. Überforderg. kann entfallen, wenn der Eheg. ohne eig. Einkommen u. Vermögen für einen aus gemeinsamen vernünft. Erwäggen aufgenommenen Kredit die Mithaftg. übernimmt (Hausrat, Pkw.) u. die **Höhe** der Mithaftg. sich iR. des Angemessenen hält (BVerfG NJW 94, 39; DM 30 000; Kblz NJW-RR 00, 639; DM 50 000; BGH NJW 00, 1182; Naumbg. ZIP 03, 1929; Kblz WM 05, 693; DM 37 000, 27 000 DM, Pkw., s. auch Rn 38a). Anders kann es bei einem Betriebsmittelkredit von 20 000 od. 23 000 DM (Celle NJW-RR 06, 131, Dresd. BKR 07, 248) u. einem Kredit von knapp 18 000 DM für die Anschaffg. eines Motorrads liegen (LG MöGlab. NJW 06, 67). **(3) Vermögensverlagerungen.** AnfechtgsAnspr. sind gg. eine gut dchdachte Organisation des FamVerm. kaum dchsetzb.; gefährdet sind wg. ihrer langen Laufzeit vor allem Anspr. der KreditInst. Um sich gg. VermVerlagergen zu schützen od. um auf zu erwartenden späteren VermErwerb des Mithaftenden (ErbSch.) zugreifen zu können, dürfen sich Banken auch von Eheg. ohne Einkommen od. Vermögen Bürgsch. geben lassen (BGH 128, 230, NJW 96, 2089, 02, 2228/30). Bei krass überfordernden Bürgsch. entfällt die Sittenwidrigk. aber nur, wenn der **beschränkte Haftungszweck** unzweideutig vertragl. festgelegt ist (BGH NJW 02, 2228/30). Das gilt auch für Bürgsch., die vor dem 1.1.99 übernommen worden sind (BGH aaO). Trotz des begrenzten Haftungszwecks ist die Bürgsch. sittenwidr., wenn ihre Höhe das berechtig. SichtsInteresse des Gläub. weit übersteigt (BGH NJW 00, 1182) od. wenn im Hinbl. auf eine zu erwartende ErbSch. von 300 000 DM eine Bürgsch. von 1 Mio. DM übernommen wird (BGH NJW 99, 58).
- 38e (4) Teilaufrechterhaltung der Mithaftungsabrede.** Die nichtige Mithaftungsabrede ist nach § 139 teilw. aufrechtzuerhalten, wenn die Part. bei Kenntn. der Nichtigk. die Mithaftg. auf das zuläss. Maß beschränkt hätten u. sich der VertrInhalt. eindeutig in den nichtigen u. den der Nichtigk. unberührten Rest aufteilen lässt (BGH NJW 01, 815, Rn 19). Eine solche Aufteilg. kommt in Betr., wenn ein Teil des Kredits zur Ablösg. gemeinsamer Schulden verwandt (BGH aaO) od. dem Mithaftenden überlassen wird. Leistgen. des HauptSchu. sind nach § 366 II iZw. auf den nicht dch. die Haftgsmitübernahme gesicherten Teil des Kredits anzurechnen (BGH aaO), Leistgen. des Mithaftenden auf den Teil des Kredits, für den er haftet (and. offenb. – fallbezogen – BGH aaO).
- 38f dd) Verwerfliche Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit** des Bürgen (Mithaftenden) begründet unabh. von einer krassen Überforderg. Sittenwidrigk., so wenn das Kreditinstitut das Risiko der Mithaftungsabrede verharmlost (BGH NJW 99, 135, ZIP 02, 1395) od. schwerwiegende Risiken verschweigt (BGH 125, 206/17). Das gilt, wenn die Bürgsch. aus emotionaler Verbundenh. übernommen worden ist, auch für einen Bürgen, der kein Angehöriger im RSinn ist (BGH NJW-RR 02, 1130; Mönch). Sittenwidrigk. ist auch zu bejahen, wenn die Bank eine Bürgsch. (Mithaftgsübernahme) erst nach teilw. Auszahlg. des Darl. fordert, nachdem sie vorher der Erkl. des Schu. nicht widersprochen hat, seine Frau werde sich nicht verbürgen (BGH NJW 96, 513). Die Bank handelt aber vorbehaltl. Rn 38b nicht od. sittenwidr., wenn sie von Anfang an erklärt hat, dass der Kredit von der Bürgsch. (Mithaftgsübernahme) der Partnerin abhäng. sei (BGH NJW 97, 1005).
- 38g g) Gesellschafter, Arbeitnehmer.** Auf Bürgsch., die ein **Gesellschafter** für Schulden der Gesellsch. übernimmt, finden die für Angehörigen Bürgsch. entwickelten RGrds. keine Anwendg. (BGH 137, 329, NJW 98, 894, 02, 956, 1337). Auch die von einem an der GeschFührg. nicht beteiligten MinderhGesellsch. übernommene, krass überfordernde Bürgsch. ist idR. wirks. (BGH NJW 03, 967), esbo die Bürgsch. der zu 50% beteiligten Ehefrau (Celle WM 07, 928). Anders ist es bei unbedeutenden Bagatellbeteiliggen (BGH aaO) od. wenn ein GmbH-GeschFührer od. Kommanditist, der ausschließl. Strohmannfunktion hat, die Mithaftg. aus emotionaler Verbundenh. mit einem „Hintermann“ übernimmt u. beides für den KreditG. evident ist (BGH 137, 329, NJW 02, 956, 02, 2634, ZIP 02, 2249); dafür trägt der Bürge die Beweislast (BGH NJW 02, 1337). Auch eine nur wg. Überumpelg. übernommene Bürgsch. kann sittenwidr. sein (BGH NJW 97, 2578; zur Rettg. der GmbH sinnlose Bürgsch. nach Drohg. mit KreditKünd.). Verbürgt sich ein Handlungsbevollmächtigter, der die GmbH anstelle eines GeschFührers leitet, für die zur Hälfte im FamBesitz befindl. Gesellsch., ist die Bürgsch. nicht od. sittenwidr. (BGH NJW 00, 1179), esbo, wenn ein Gesellschafter der Konzernmutter für Schu. der TochterGesellsch. bürgt (Kblz ZIP 07, 2022). Wird ein **Arbeitnehmer** in Zeiten hoher ArbLosigk. aus Sorge um seinen ArbPlatz veranlasst, für einen Kredit des in Notlage befindl. ArbGebers eine ihn krass überfordernde Bürgsch. (Rn 38b) einzugehen, ist die Bürgsch. sittenwidr. (BGH NJW 04, 161). Allein die Übernahme einer Bürgsch. dch. den ArbNehmer ist nicht sittenw. (BGH NJW 18, 3637 Tz 18 ff.). Hinzutreten müssen vielmehr besondere Umstände wie verharmlosende, verschleierte od. beschönigende Angaben zum wirtschaftl. Risiko (BGH aaO Tz 26).
- 39 h) Knebelungsverträge,** die die wirtschaftl. Freihe. des and. Teils so sehr beschränken, dass dieser seine freie Selbstbestimmg. ganz od. im Wesentl. einbüßt, sind sittenwidr. (BGH 19, 12, 44, 158/61, NJW 62, 102, 93, 1587). Eine Schädiggsabsicht ist nicht erfdl. (BGH NJW 93, 1587); entscheidend ist das Ausmaß der auferlegten Beschränkgen. Nicht jede Einschränkung der wirtschaftl. EntschFreih. verstößt gg. § 138 (BGH NJW 62, 102), so nicht die einseit. Pfl. zum Erwerb eines Grdst. (BGH LM (Bc) Nr 13) od. die Ankaufpfl. in einem ErbbauRVertr. (BGH 68, 1, ErbbauRG 2 Rn 8). Ein Vertr. ist aber sittenwidr., wenn ein VertrPartner seine wirtschaftl. Handlg. Freihe. nahezu voll einbüßt (BGH 19, 12). Das ist der Fall, wenn er nur noch die Stellg. eines Verw. hat u. der and. Teil fakt. zum stillen GeschInhaber wird (BGH WM 76, 181). Missbrauch einer GeneralVollm. zur Gründg. einer GmbH, auf die das Vermögen des VollmGebers unter Ausschl. seiner VfgBefugn. übertragen wird, ist sittenwidr. (BGH NZG 11, 1225 Tz 9). Eine sittenwidr. Knebelg. kann sich aus umfassenden Eingriffs- u. Kontrollbefugn. des and. Teils od. eines Dritten ergeben (BGH NJW 93, 1587), aber auch daraus, dass der Tankstellenbetreiber den Vertr. mit dem Mineralölkonzern prakt. nur mit dessen Zustimmung beenden kann (BGH 83, 313/16). Sittenwidr. wg. Knebelg. können etwa sein: AutomatenaufstellVertr. (Rn 80), BierbezugsVertr. (Rn 81), Finanzierungs- u. SichgVertr. (BGH 19, 12, NJW 62, 102, Weitnauer ZIP 05, 790/92, Rn 97), TreuhandVertr. (BGH 44, 158, NJW 67, 1043), FranchisingVertr. (BGH BeckRS 18, 27091 Tz 17), UnternPachtVertr. (BGH WM 76, 181), VerlagsVertr., die dem Verleger ein OptionsR. für alle künft. Werke des Autors ohne angem. GgLeistg. einräumen (BGH 22, 347), PachtVertr. mit dem Verbot, als Ersatz geeignete Grdst. zu kaufen, können sittenwidr. (BGH WM 72, 882), aber auch wirks. sein (Kblz NJW-RR 05, 570). Vgl. auch Rn 79 u. 92. Sittenwidr. ist ein umfassendes VfgVerbot bei landwirtschaftl. Betrieb, das Verkauf u. Verpfändg. für 35 Jahre ausschließt (BGH BeckRS 12, 17678 Tz 31).