

Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

Palandt

80., neubearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75380-0
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.

unter „guten Sitten“ keine Sittlichk im gesinnseth Sinne zu verstehen (Sack NJW 85, 761), andseits aber auch nicht die Sitte is der tats geübten Konvention. Abzustellen ist vielmehr auf die in der Gensch od in der beteiligten Gruppe anerkannten moral Anschauungen; der Begriff der guten Sitten wird durch die herrschde R- und Sozialmoral inhaltl bestimmt (Wolf/Neuner § 46 Rn 12). Dabei ist ein dchschnittl Maßstab anzulegen (RG 80, 221, BGH 10, 232); besond strenge Anschauungen sind unbeachtl, ebso aber auch besond laxe Auffassgen. Wertvorstellen der ethn od religiösen Gruppe, der die Beteiligten angehören, sind zu berücksichtigen, sie ändern aber nichts an der Sittenwidrigk bei Verletzg von wicht GenschBelangen, sittenwidr sind daher Glücksspiele mit kaum dchschaub existenzgefährdden Risiken (LG Karlsr NJW-RR 07, 200). – **bb**) § 138 verweist vor allem auf 3 die der **Rechtsordnung** immanenten rechtseth Werte u Prinzipien (Wolf/Neuner § 46 Rn 13, Soe/Hefermehl Rn 7). Die Vorschr erfasst daher auch Verstöße gg den „ordre public“ (EG 6); RGesch, die grdlegde Prinzipien der ROrdng verletzen, sind gem § 138 nichtig (vgl BGH 68, 4, 80, 158, 106, 338). Dieser Aspekt des § 138 steht, wenn auch idR unausgesprochen, in der prakt RAnwendg im VorderGrd. Wenn die Rspr RGesch für sittenwidr erklärt, geht es idR nicht um die Rezeption von außerrechtl Wertgen, sond um die Konkretisierung von Wertmaßst, die in der ROrdng selbst angelegt sind. – **cc**) Über § 138 wirkt das im **Grundgesetz verkörperte Wertsystem** 4 in das PrivatR ein (BVerfG 7, 206, NJW 90, 1470, ZIP 06, 60/63, BGH 70, 324, § 242 Rn 7). Zu den WertEntsch, die den RBegriff der guten Sitten mitbestimmen, gehört auch die **Sozialstaatsklausel**, GG 20, 28 5 (BVerfG 8, 329, NJW 94, 38). Der in der Rspr seit langem anerkannte Grds, dass mit Hilfe des § 138 dem Missbr wirtschaftl Macht entggzuwirken ist, hat im Sozialstaatsprinzip seine Grdlage. Unvereinb mit § 138 sind Vertr, die eine VetrPart ungewöhnl stark belasten u das Ergebn strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind (BVerfG NJW 94, 36, Rn 37 ff). Auch Grdsätze 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** zu außerrechtl moral 6 Anschauungen u der im Recht verkörperten Wertordnung hat die letztere, sofern sie sich iR der Verfassg hält, den Vorrang. RGesch, die eine gesetzl Vorschr nach ihrem Zweck als zuläss anerkenn, können daher nicht gem § 138 für nichtig erklärt werden (BGH NJW 70, 1179, straffreier MietVertr mit Dirne; BGH 63, 365, PachtVertr über Bordell; Bdrbg OLG-NL 05, 252, KaufVertr, 1970 geschlossen, über ein DDR-MauerGrdst). Zu Vertr mit Prostituierten s ProstG 1 Rn 2.

c) Der **Inhalt oder der Gesamtcharakter** des RGesch kann die Sittenwidrigk begründen. – **aa)** **Inhalt** des 7 RGesch. Ein RGesch ist sittenwidr, wenn sein Inhalt mit grdlegden Wertgen der R- od Sittenordnung unvereinb ist (Bsp: Regeln, die gg die Menschenwürde od FamOrdng verstoßen). In diesem Fall kommt es auf eine Würdigg der BegleitUmst grdsätzl nicht an. Unerhebl ist insbes, ob die Part das Bewusstsein der Sittenwidrigk hatten od ob sie die Tats kannten, die das RGesch sittenwidr machen (BGH 94, 272). RGesch, die nach ihrem Inhalt sittenwidr sind, kann die ROrdng auch bei Gutgläubigk der Part nicht als verbindl anerkennen. **bb)** **Gesamtcharakter** des 8 RGesch. Die Sittenwidrigk kann sich aus einer Gesamtwürdigg des RGesch ergeben, in die Inhalt, BewegGrd u Zweck des Gesch einzubeziehen sind (BGH 86, 88, 107, 97, NJW 90, 704, 01, 1127, BAG NZA 06, 1354). Zu berücksichtigen ist hier nicht nur der obj Gehalt des Gesch, sond auch die Umst, die zu seiner Vornahme geführt haben, sowie die Absichten u Motive der Part (BGH NJW-RR 98, 590). Bewusstsein der Sittenwidrigk u Schädigungsabsicht sind nicht erfdl (BGH NJW 93, 1588); es genügt, wenn der Handelnde die Tats kennt, aus denen sich die Sittenwidrigk ergibt (BGH NJW 88, 1374, 05, 2991). Dem steht es gleich, wenn er sich der Kenntn einer erhebl Tats bewusst od grob fahrläss verschließt (BGH 10, 233, 20, 52, NJW-RR 98, 590). Zum obj Sittenverstoß muss ein persönl Verhalten hinzukommen, das dem Beteiligten zum Vorwurf gemacht werden kann (BGH LM (Ba) Nr 2). Besteht der Sittenverstoß im Verhalten ggü dem GeschPartner (Rn 24–39), braucht die Kenntn od grob fahrläss Unkenntn der Tats, aus denen sich die Sittenwidrigk ergibt, nur beim sittenwidr Handelnden vorzuliegen, nicht aber beim and Teil (BGH 50, 70, WM 66, 496, 67, 323). Bei einem sittenwidr Verhalten ggü der Allgemeinh od Dritten ist § 138 dagg nur anwendb, wenn alle Beteiligten subj sittenwidr handeln (BGH NJW 90, 568, Rn 40 ff).

d) **Maßgebender Beurteilungszeitpunkt.** – **aa)** **Vornahme des Rechtsgeschäfts.** Bei der Beurteilg der 9 Sittenwidrigk ist auf die Verh im Ztpkt der Vornahme des RGesch abzustellen, nicht auf den des Eintritts der RWirkgen (BGH 7, 111, 100, 359, 107, 96, NJW 89, 1277, NJW 12, 1570 Tz 13, WM 18, 1422 Tz 37). Ein Vertr wird nicht sittenwidr, wenn nachträgl ein MissVerh zw Leistg u GgLeistg entsteht (BGH 123, 281, 126, 226/40, Brrschw ZIP 04, 28). § 138 kann aber anwendb sein, wenn eine als sicher zu erwartende künft Werterhöhg unberücks bleibt (BGH NJW 96, 991). Eine gült SichgÜbereing bleibt wirks, wenn nachträgl ein gg § 138 verstoßder weiterer Vertr geschlossen wird (BGH 7, 111). Ein zu marktübl Bedinggen abgeschl KreditVertr ist nicht deshalb unwirks, weil ein früher zw den gleichen Part abgeschl KreditVertr sittenwidr ist (BGH 99, 336, Rn 31). Auch bei **letztwilligen Verfügungen** sind die tats Verh im Ztpkt der Errichtg, nicht die des Erbfalls maßg (BGH 20, 71, str, aA Wolf/Neuner § 46 Rn 28). Will der Erbl seine sittenwidr Vf g später aus sitl nicht zu beanstandden Beweggründen bestätigen, muss er sie formgerecht wiederholen (BGH aaO). Führt eine bei ihrer Errichtg sitl unbedenkl Vf wg einer grdlegden Änderg zu sittenwidr Auswirkgen, kann ihr der Einwand unzulässig RAusübng entggstehen (BGH aaO). Ein Sonderfall sind arbeitsvertragl Vergütgsabreden. Bei ihrer Überprüfung ist auf die Verh im streitgsständl Zeitraum u nicht auf den Ztpkt des VertrSchlusses abzustellen (BAG NZA 06, 1354, NZA 09, 837 Tz 10, krit Fischinger JZ 12, 546). – **bb)** **Wandel des sittlichen Maßstabes.** Die sich 10 aus den guten Sitten ergebden Anfordergen unterliegen dem Wandel. Ändern können sich sowohl die GrdWertgen der RGemsh als auch die in den beteiligten Verkehrskreisen anerkannten moral Anschauungen. Bsp für einen derart Wandel sind die Rspr zum Verkauf von Arzt- u RAPraxen (Rn 60), zum Geliebten testament (BGH 53, 375), zu Vertr über Sterilisation (BGH 67, 48, Rn 55), zu MietVertr mit Dirnen (BGH NJW 70, 1179, Rn 52) u zu Vertr über Bordelle (BGH 63, 365, Rn 52). Maßgebnd für die Beurteilg des RGesch sind grdsätzl die im Ztpkt seiner Vornahme herrschden Wertanschauungen (BGH NJW 83, 2692, Rn 9). Ein zZt seiner Vornahme gült RGesch wird dch einen Wandel der sitl Wertmaßst nicht nichtig (Staud/Sack/Fischinger Rn 135); Umst- od BewertgsÄnd können aber eine Anwendg des § 242 (RMissbr) od des § 313 (Wegfall der GeschGrdlage) rechtfertigen (BGH 126, 241, Medicus NJW 95, 2579). Soweit die Rspr einen bereits früher vollzogenen Wandel der Wertvorstellen 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 sitl 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.

- 11 **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 (Einkl 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 Rückkr, ferner für geschäftsähnl Handlgen wie Mahng u Fristsetz. 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). GesellschterBeschl 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 Anfechtungsklage 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 sittenwidrig ist (BGH NJW 70, 1540, DB 76, 2106). § 138 gilt auch, wenn das RGesch 12 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).
- 13 **f) Verhältnis zu anderen Vorschriften.** – **aa) § 134** ist im Verh zu § 138 I die speziellere Norm. Ein RGesch, das sowohl gg ein VerbotG 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 RVerletzungen 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 VerbotG is des § 134 sind, ist uU § 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 Dchföhrng des Gesch gg Gesetz u Recht verstoßen (BGH 36, 395, Schenk in Verletzg von Grds der Haushaltsföhrng 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 entgg dem ersten Anschein die Schranken des sittl Erlaubten einhält, ist § 138 unanwendb. Auch soweit übermäß Beschränkngen gem §§ 242, 314 auf ein vertretb Maß herabgesetzt werden können (Einwand unzuläss RAusübng, 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 sittenwidrig, 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 anfechtgsberechtig Dritten ab, kann die Absicht der 15 Drittschädigg den Vertr sittenwidrig machen (BGH NJW 88, 903). – **dd) Gläubigeranfechtung.** Rn 14 gilt entspr. § 138 ist nur anwendb, wenn außerhalb des Anfechtgstatbestandes liegende sittenwidrig Umst hinzutreten (BGH 53, 180, 56, 355, 130, 331, BB 02, 1227). Gleiches gilt für die Insolvenzanfechtg nach InSo 129 ff (BGH 16 NJW 16, 2662 Tz 54). – **ee) Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff:** Sie hat ggü § 138 den Vorrang. § 138 ist anwendb, wenn die Individualvereinbg sittenwidrig 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).
- 17 – **ff) § 826.** §§ 138 u 826 haben unterschiedl Funktionen. § 138 versagt sittenwidrig RGesch die rechtl Anerkennung, § 826 knüpft an eine vorsätzl sittenwidrig 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 sittenwidrig Verhaltens ggü dem GeschPartner nichtig ist (Rn 24–39). Hier kann die Anwendg des § 826 dazu 18 führen, dass dem Geschädigten die Vorteile des sittenwidrig 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 Ausnutzng einer Haustürsituation (§ 312) zustande gekommen ist; nur wenn zusätzl sittenwidrig Umst hinzutreten, ist § 138 anwendb (BGH aaO). Auch der nach sittenwidrig Telefonwerbng zustande gekommene Vertr verstößt nicht ow gg § 138 (aA LG Ffm NJW-RR 97, 1332), ebso 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 sittenwidrig (BGH NJW 05, 2991/92), ebso Haustürgesch, wenn ein unerfahrener Kunde zu einem für ihn ungünst, mit seinen Bedürfn od finanziellen Möglichk unvereinb Vertr überredet wird, so zu einer Möbelbestellg für 20 000 DM (BGH NJW 88, 1373) od ein 81jähr Hauseigtümer zu einem Fassadenanstrich für 14 000 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).
- 19 **g) Rechtsfolgen.** – **aa) Die Nichtigkeit** erstreckt sich idR auf das RGesch im Ganzen (BGH NJW 89, 26). Sie ist endgültig u kann nicht geheilt werden; dazu bedarf es der Neuvornahme od der Bestätigg nach § 141 I mit unbedenkl Inhalt (BGH NJW 12, 1570 Tz 17 f). Ausnahmsw kann das RGesch gem § 139 ohne den sittenwidrig Teil aufrecht erhalten werden, wenn dies dem mutmaßl PartWillen entspricht (BGH 52, 24, NJW 72, 1459, 01, 815), der Sittenverstoß sich eindeut 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 geltserhaltenen Reduktion NK/Faust § 139 Rn 31 ff). Bsp für eine Teilaufrechterhaltg des RGesch: Mithaftgsabreden (Bürgsch), die den Mithaftden krass überfordern, hinsichtl 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 WettbewVerbot (Rn 104). Abtrennb, dch berecht Belange des and Teils gerechtf Abreden in einem gg § 138 verstoßen Vertr über Scheidgsfolgen (Rn 47). Schuldanerkenntn, das neben sittenwidrig auch abtrennb unbedenkl KausalGesch betrifft (BGH ZIP 87, 519). Sittenwidrig Recht zur Ausschließg eines Gesellschters, das sich auf das zeitl u sachl vertretb Maß beschränken lässt (BGH 105, 220, 107, 355). Sittenwidrig Regelg (nur) der Kontrollbefugn in einem KreditVertr (BGH NJW 93, 1589). Ist das **Entgelt** sittenwidrig 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 sittenwidrig 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

nachteil ausgewirkt hat (BGH NJW-RR 90, 443). – **bb) Verfügungen.** Das wertneutrale abstrakte VfgGesch wird idR von der Sittenwidrigk des VerpflGesch nicht erfasst (BGH NJW 90, 384). Anders ist es, wenn die Unsitlichk 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 VfgGesch 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 sittenwidrig gehandelt hat (BGH 27, 180, 60, 105, BAG NJW 76, 1959). Bei einem einseitigen Sittenverstoß kann es aber **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn der sittenwidrig Handelnde sich zum Nachteil des and auf die Nichtigk beruft (BGH WM 57, 1158, 72, 488). Ausnahmsw kann § 242 der Geldmachg der Nichtigk auch bei einem beiderseitigen Sittenverstoß entggehen (BGH NJW 81, 1439, BAG NJW 68, 1648). Bei vollzogenen Arbu GesellschVertr kann die NichtigkFolge des § 138 idR nur mit Wirkg ex nunc geltend gemacht werden (§ 611 Rn 23a, § 705 Rn 18). – **dd) Schadensersatz.** 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 beiderseitigen Sittenverstoß bestehen keine SchadErsAnspr. Die Rückabwicklg erfolgt nach BereichersR, jedoch steht dem Anspr aus § 812 vielfach § 817 S 2 entg (s dort). Zum Wucher s Rn 75.

h) Die **Beweislast** für die obj u subj Voraussetzungen der Sittenwidrigk trägt derjenige, 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 revisible **Rechtsfrage** (BGH LM (Cd) Nr 2, NJW 91, 354).

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 verpfl den Gläub aber iF eines Leistgsumvermögens 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 sittenwidriges Verhalten ggü dem and Teil, das zur Anwendg des § 138 führt, hat sich keine allg anerkannte Einteilg in Fallgruppen dchgesetzt. Hier werden zunächst nur die Probleme der KreditVertr, der wucherähnlichen RGesch, der Vertr, die die finanzielle Leistgfähigkeit des Schu überfordern, u der KnebelgsVertr behandelt. Vgl iU die Einzelfälle in Rn 77 ff.

b) Kreditverträge. – **aa) Überhöhte Verzinsung.** KreditVertr können bei einer im Vergl zum Marktzins überhöhten Verzinsg sittenwidrig u nichtig sein. II ist allerd idR unanwendb, da sein subj Tatbestandsmerkmal (Ausbeutg einer Zwangslage usw) nicht erfüllt ist. Prüfgsmaßst ist daher I. Aus ihm hat die Rspr den RGrds entwickelt, dass KreditVertr sittenwidrig 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 leichtfertg der Erkenntn verschließt, dass der KreditN sich nur wg seiner schwächeren Lage auf die drückenden Bedinggen einlässt (BGH 80, 160, 128, 257, stRspr). – **bb) Vergleich zwischen Vertrags- und Marktzins.** Kreditgebühren sind nach der Tabelle von Sievi-Gillardon in Zinsen umzurechnen (s § 246 Rn 7). Die Vermittlgsprovision 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 kreditunwürdigen KreditN einen Risikokredit verschafft (Köln ZIP 02, 563). Die Provision ist als laufzeitunabhängig 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 Schwerptkzins 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 VwR 05, 370, Schulte-Mattler WM 07, 1865, Godefroid VerbrKrVtr Rn 355 f). Ist der Kredit dch ein GrdPfundR gesichert, darf beim ZinsVergl auf den Marktzins für grdpfandrechtl gesicherte Kredite abgestellt werden, wenn der Kredit nicht mehr als 80% des sorgfältig ermittelten Verkehrswerts des Grds ausmacht (BGH NJW-RR 00, 1431, Bamg 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). – **cc) Auffälliges Missverhältnis.** Es ist idR zu bejahen, wenn der VertrZins den marktüblichen Effektivzins relativ um 100% od absolut um 12 Prozentpkte übersteigt (BGH 110, 338, stRspr). Ist der Kredit währd einer Niedrigzinsphase (7–8%) langfrist ohne Anpassungsklausel 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 Jahreszins keine od unrichtigen Angaben gemacht hat (BGH NJW 82, 2437), dass die Verzugsregelg den KreditN übermäßg belastet, aber nur bei hoher Wahrscheinlichk, dass der Verzugsfall eintreten wird (BGH NJW 82, 2436, NJW-RR 89, 1320), dass für den Fall einer unrichtigen SelbstAusk eine offensichtl unangemessene Regelg vorgesehen ist (BGH NJW 80, 2078), dass dch Ablösg eines früheren Kredits Umschuldgnachteile 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 berücksichtigen, wenn die Bank die Kreditgewährg nicht von ihrem Abschl abhängig 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 berücksichtigt 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 unverhältnismäßigen Belastg des Kreditnehmers führt (BGH NJW-RR 12, 416 Rn 28), was jedenfalls dann nahe liegt, wenn die vom Kunden in Raten abzutragende Kreditsumme dach 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 Nichtigk 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 29

- 99, 336), um 81,8% (BGH NJW 88, 1662) od 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).
- 30 – **dd) Subjektiver Tatbestand.** Ist der KreditVertr gem Rn 27 ff obj sittenwidr, ist auch der subj Tatbestand – vorsätzl od grob fahrläss Ausnutz der schwächeren Lage des Kunden (Rn 25) – bei Vertr zw einem gewerbl KreditG u einem Verbr idR erfüllt (BGH 98, 178, NJW 95, 1022, BamBz NJW-RR 02, 264). Diese tats Vermutg
- 31 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 Nichtigk des FolgeVertr (BGH NJW 90, 1597), and nur, wenn der KreditG in Kenntn der Nichtigk des ErstVertr die Sichg des unberecht 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 Nichtigk 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 sittenwidr früheren Vertr zustanden (BerechngsBsp in der 53. Aufl). – **ff) Andere Kreditverträge.** (1) Auf GelegenKredite 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 72.000 DM nach 6 Wochen in Höhe von 90.000 DM zurückzahlen soll, kann bei einem risikoreichen Gele-
- 32a genhDarl 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 Vermittlgsprovision gilt Rn 26, wenn KreditG u Vermittler früherer 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 berücksichtigt 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 RatenkreditVertr (BGH 111, 119, NJW 88, 1319). Beim Vergl von Leistg u GgLeistg müssen die VersPrämien, aber auch die Vorteile aus der Versicherg (Gewinnbeteiligg, etwa entstehde Steuerersparn) berücksichtigt werden (BGH aaO); diese sind vom DarlG konkret darzulegen (Celle NJW-RR 89, 1134). Auch Darl zur Vorfinanzierg des Anspr auf **Lohnsteuerrückzahlung** sind sittenwidr, 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 Bearbeitgszeit für steuerl ErstattgsAnspr (5–6 Monate), sond erst wesentl später zufließt (AG Stgt NJW-RR 97, 1545). – **gg) Leasingverträge.** Sie sind idR sittenwidr, wenn die Leasingraten die übl um 100% od 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 sittenwidr, wenn die Leasingraten relativ um 100% od absolut um 12% höher sind als der übl Effektivzins (BGH aaO). Der Berechng ist der tats Verkehrswert des LeasingGst u nicht der im LeasingVertr genannte angebl höhere Beschaffgspreis zu Grde zu legen (Köln NJW-RR 97, 1549). Für den subj Tatbestand gilt Rn 30 entspr (Düss BB 96, 1687). Zusätzl Aufwendgen des LeasingG (Gewerbesteuer, höhere Refinanziergskosten) 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 Umrechng gem Rn 26 einzubeziehen (Dresd NJW-RR 00, 1305). Zu den Problemen der Restwertermittlg, wenn keine Begrenzg der Fahrleistg besteht s Mü u Kuhnert DAR 07, 155.
- 34 **c) Andere wucherähnliche Rechtsgeschäfte.** – **aa) Sittenwidrigkeit nach § 138 I.** Auch and als KreditVertr können als wucherähnrl RGesch nichtig sein. Sind die Voraussetzgen 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 zw Leistg u GgLeistg nicht allein zur Nichtigk; hinzutreten müssen vielmehr weitere sittenwidr Umst, etwa eine verwerfl Gesinng (BGH NJW 14, 1652 Tz 10). Dafür trägt derj, der sich auf die Sittenwidrigk beruft, die Behauptgs- u Darleggslast (BGH aaO). Ist das obj wucher Gesch dach zustande gekommen, dass der wirtschafil 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 sittenwidr Handelnde leichtfert der Erkenntn verschließt, dass der and sich nur wg seiner schwächeren Lage auf den ungünstig
- 34a Vertr einlässt (BGH aaO, BAG NJW 85, 2661). – **bb) Besonders grobes Missverhältnis.** (1) Bei einem besond groben MissVerh zw Leistg u GgLeistg besteht nach der Rspr eine **tatsächliche Vermutung** für ein Handeln aus **verwerflicher Gesinnung**, die idR eine weitere Prüfg subj Voraussetzgen 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 -unterschreitg 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 Behauptgslast, and diese sind aber keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH NJW 10, 363 Tz 19). Für ein
- 34b Entfallen der Vermutg bei Preisbildg im BieterVerf Hamm NJW NJW-RR 11, 1146. (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 Grund-erwerbssteuer, Beurkundgskosten 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 Darleggslast 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 EigentWohnngen verglichen werden (aA LG Paderborn VuR 98, 92). § 138 ist aber anwendb, wenn der Gesamtpreis das 7–10fache des Preises für EigentWohnngen 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 Verkaufsfächen 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 Sittenwidrigkeit nicht einfach aus dem Überschreiten des Händlereinkaufspreises hergeleitet werden (BGH NJW 00, 1254). Bei einem Vertr über einen Hausbausatz 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 Pauschalvergütungen für Heilbehandlungsmaßn (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 offensichtl 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). **(3) Einschränkungen.** Die Vermutung einer verwerfl Gesinnung 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 Übertragg von VermWerten iR einer umfassnden VermAuseinandersetzung etwa aus Anlass einer Scheidg (BGH NJW 03, 1860) gilt die Vermutung nicht. Sie kann auch entfallen, wenn sie im Einzelfall dch bestehde 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 LeistgsVerh bemüht haben (BGH NJW 02, 3165), wenn es sich um eine ausgefallene, seltene u schwier zu beurteilde 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 Gesinnung ergibt (BGH WM 08, 967 Tz 35). Hat sich der scheinb Benachteiligte bewusst zu einer höheren Leistg verpfl, um den and zu begünstigen, ist der Vertr nicht sittenwidrig (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 sittenwidrig, auch wenn sie im Ergebn zu einer Verzinsung von mehr als 60 % führt (Dresd WM 03, 1988). Bei KaufVertr über Grdst in der DDR, die unmittelbar 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 sittenwidrig (BGH ZfR 04, 998). **(4) Einzelfälle** (ja = sittenwidrig, nein = nicht) 34c
 Grdst/EigtWohnen: 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). ImmobilienVermittlgsVertr, 50 000 DM monat für die erfolgsunabhängg Präsentierg von Investitionsobjekten, ja (BGH NJW 12, 2099). PartnerschVermittlgsVertr, 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 Einwahlggebühren der marktübll Preis um bis zum 100-fachen überschritten wird (Saarbr NJW-RR 14, 686, AG Hbg NJW-RR 14, 121). Ein **Erllass** ist sittenwidrig, 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 Kenntn aller maßg Umst abschließt, ist auch dann nicht sittenwidrig, wenn die Abfindg erhebl niedriger ist als der gesetzl Anspr (BGH VIZ 01, 52). Anders ist es, wenn der berecht AbfindgAnspr dch die rwidr Bildg von Rücklagen von 21 531 DM auf 2207 DM gekürzt wird (Dresd VIZ 04, 287). Beruht ein wucherähn Gesch auf der Ausnutz einer **Monopolstellung**, ist § 138 anwendb, ohne dass es der Feststellg einer verwerfl Gesinnung bedarf (BGH LM (Cc) Nr 4). – **(c) Ausnutz 35**
zung 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 sittenwidrig Umst die Anwendg von I rechtfertigen, so die Ausbeutg der Geisteschwäche des and Teils zur Erlangg außergewöhnl Vorteile (RG 72, 68), die Ausnutz einer psych Zwangslage zu einer Erbeinsetz (BGH 50, 71) od Schenk (BGH FamRZ 90, 1344). Es ist aber nicht ow sittenwidrig, 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 Leistgvermögen des Schu subj überfordert, ist daher nicht ow ein NichtigkGrd (Brdbg NJW-RR 02, 578). Sind die vom Schu zu leistden Zahlgn 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 Vollstrgzugriffen, beschränken aber nicht die Verpfl- u VfgsFreih des Schu.
e) Überforderung des Bürgen. BürgschVertr sind unwirks, wenn sie erkennb Ausdr einer strukturellen 37
 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).

- 38 **f) Angehörige. – aa) Anwendungsbereich.** Während der BGH zunächst für die Bürgsch von Kindern besond Kriterien entwickelt hatte (61. Aufl), geht er jetzt von einheitl Grds für Bürgsch von Angehörigen aus. Er stelltentscheid 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 neLGemisch (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 KredInst, gewerbl u berufl KreditG (BGH NJW 02, 746) u vielleicht auch für GelegenDarl 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 Schuld-Anerkenntn (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 Kreditgewähr 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 KreditInst die emotionale Beziehg zw HauptSchu u Mithaftden in sitl 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 Belastgen dch mehrere Bürgsch zG desselben KreditG sind zusammenzurechnen, zumindest dann, wenn zw ihnen ein sachl u zeitl Zuschlag 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 Leistungsfähigk sind die im Ztpkt des VertrSchlusses bestehenden dingl Belastgen 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 nachrangig 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 dachd ausgeschl, dass der Bürge nach einer bei Übernahme der Bürgsch nicht vorherseh 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 Leistungsfähigk bestanden (BGH WM 14, 989 Tz 21, NJW-RR 17, 241 Tz 26).
- 38c **(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 hält 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 ExistenzgründgDarl dch die 51-jähr arbeitslose Ehefrau ist dagg sittenwidr, auch wenn sie in dem auf Grd einer unrealist Marktanalyse gegründeten Untern eine leitde 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 Mithaftde erst nach Verwertg der anderen Sicherh und begrenzt auf das zum Ztpkt der Haftgsübernahme bestehde 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
- 38d Anschaffg eines Motorrads liegen (LG MöGladb 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 VermVerlagern zu schützen od um auf zu erwartenden späteren VermErwerb des Mithaftden (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** unzweideut 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 sittenwidrig, wenn ihre Höhe das berecht 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). **(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 eindeut in den nichtigen u den von 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 Mithaftden überlassen wird. Leistgen des HauptSchu sind nach § 366 II iZw auf den nicht dch die Haftgmitübernahme gesicherten Teil des Kredits anzurechnen (BGH aaO), Leistgen des Mithaftden auf den Teil des Kredits, für den er haftet (and offenb – fallbezogen – BGH aaO). – **dd) Verwerfliche Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit** des Bürgen (Mithaftden) begründet unabhäng 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 R.Sinn ist (BGH NJW-RR 02, 1130: Mönch). Sittenwidrigk ist auch zu bejahen, wenn die Bank eine Bürgsch (Mithaftgübernahme) 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 ow sittenwidrig, wenn sie von Anfang an erklärt hat, dass der Kredit von der Bürgsch (Mithaftgübernahme) der Partnerin abhäng sei (BGH NJW 97, 1005).

g) Gesellschafter, Arbeitnehmer. Auf Bürgsch, die ein **Gesellschafter** für Schulden der Gesellsch übernimmt, finden die für AngehörigenBürgsch entwickelten RGrds keine Anwendg (BGH 137, 329, NJW 98, 894, 02, 956, 1337). Auch die von einem an der GeschFührg nicht beteiligten MinderhGesellschter übernommene, krass überfordernde Bürgsch ist idR wirks (BGH NJW 03, 967), ebenso 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 Überrumpelg übernommene Bürgsch kann sittenwidrig sein (BGH NJW 97, 2578: zur Rettg der GmbH sinnlose Bürgsch nach Drohg mit KreditKünd). Verbürgt sich ein Handlgsbevollmächtigter, der die GmbH anstelle eines GeschFührers leitet, für die zur Hälfte im FamBesitz befindl Gesellsch, ist die Bürgsch nicht ow sittenwidrig (BGH NJW 00, 1179), ebenso, 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 sittenwidrig (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, verschleiende od beschönigende Angaben zum wirtschaftl Risiko (BGH aaO Tz 26).

h) Knebelungsverträge, die die wirtschaftl Freih des and Teils so sehr beschränken, dass dieser seine freie Selbstbestimmg ganz od im Wesentl einbüßt, sind sittenwidrig (BGH 19, 12, 44, 158/61, NJW 62, 102, 93, 1587). Eine Schädiggsabsicht ist nicht erfdl (BGH NJW 93, 1587); entscheidl ist das Ausmaß der auferlegten Beschränkungen. 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 Ankaufspfl in einem ErbbauRVertr (BGH 68, 1, ErbbauRG 2 Rn 8). Ein Vertr ist aber sittenwidrig, wenn ein VertrPartner seine wirtschaftl HandlgsFreih 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 sittenwidrig (BGH NZG 11, 1225 Tz 9). Eine sittenwidrig 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). Sittenwidrig 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 sittenwidrig (BGH WM 72, 882), aber auch wirks sein (Kblz NJW-RR 05, 570). Vgl auch Rn 79 u 92. Sittenwidrig ist ein umfassendes VfgVerbot bei landwirtschaftl Betrieb, das Verkauf u Verpfändg für 35 Jahre ausschließt (BGH BeckRS 12, 17678 Tz 31).

3) Sittenwidriges Verhalten gegenüber der Allgemeinheit oder Dritten. – a) Allgemeines. – aa) Subjektiver Tatbestand. Ergibt sich der Sittenverstoß nicht bereits aus dem Inhalt des RGesch (Rn 7), sond aus seinem Gesamtcharakter (Rn 8), ist § 138 bei einer Verletzg von Interessen der Allgemeinh od Dritter grdsätzl nur anwendb, wenn **alle Beteiligten** sittenwidrig handeln, dh die Tats, die die Sittenwidrigk begründen, kennen od sich ihrer Kenntn grob fahrläss verschließen (BGH NJW 90, 568, 92, 310, 07, 1446 Tz 13); der gute Glaube eines Beteiligten kann unerhebl sein, wenn die and ihn für vollständig informiert hielten (BGH NJW-RR 90, 751). Die bloße Kenntn des unsittl BewegGrdes des and Teils genügt idR nicht, hinzukommen muss die Billigg, Förderg od Ausnutz der sittenwidrig Absicht des and (BGH BGH NJW 55, 586, DB 71, 39). – **bb) Fallgruppen.** Eine allg od überwiegnd anerkannte Einteilg hat sich nicht dchgesetzt. Hier werden zunächst nur Verstöße gg die Gemisch-Ordng, gg die Ehe- u FamOrdng, gg die Sexualmoral, RGesch, die eine missbilligte Kommerzialisierg zum Ggst haben, sowie standeswidrig u drittschädigende RGesch behandelt. Vgl iÜ die Einzelfälle in Rn 77 ff.

b) Gemeinschaftswidrige Rechtsgeschäfte. – aa) Absicherung der Rechtsordnung. RGesch, die gg wichtige rechtl geschützte Belange der Allgemeinh verstoßen, können sittenwidrig sein. Neben § 134 hat auch § 138 die Funktion, die Einhaltung der ROrdng zu sichern. Vertr, die der Vorbereitg, Förderg od Ausnutz **strafbarer Handlungen** dienen, sind daher sittenwidrig (BGH NJW-RR 90, 1522), so der Vertr, der zur Vornahme einer strafb Handlgs verpfl (BGH NJW 95, 2027), der Verkauf von Diebesgut, wenn der Erwerber grob fahrläss handelt (BGH NJW 92, 310), der Vertr zur Dchführg einer strafb Werbg (Stgt BB 96, 2060), RGesch zur

- Verwirklichung eines Betrugsplans (BGH NJW-RR 90, 1522), Abrede zw einem Zahnarzt u einem Labor, nach der dieses dem Zahnarzt einen Teil der Vergütg erstattet, der Zahnarzt dem Patienten aber das volle Entgelt in Rechng stellt (Köln NJW-RR 02, 1630, Rn 64). Auch der KaufVertr über ein **Radarwarngerät** ist sittenwidr (BGH NJW 05, 1490, 10, 136 Tz 13), zweifelh, ob das auch für den Kauf eines Organizers (Personal Digital Assistent) gilt (Thiele NZV 06, 66). VermittlgsVertr zum Erwerb ausl Führerscheins mit UmgehgsAbsicht ist sittenwidr (LG Bln NJW-RR 09, 1352). Geschützt werden auch **Wertentscheidungen des GG** u die sich aus ihnen ergeben
- 43 über heiml VaterschTest (s BGH NJW 05, 497, BVerfG NJW 07, 753). Nichtig sind auch die auf **Bestechung** abzielnden Vertr, u zwar auch dann, wenn ausländ Staatsbedienstete bestochen werden sollen (BGH NJW 85, 2406, Hbg NJW 92, 635). Dagg ist § 138 unanwendb, wenn das Verhalten des VertrPartners nicht als Unterstütz der straf Handlg gewertet werden kann. Kein Verstoß gg § 138, wenn ein WerbeVertr für eine Veranstaltg abgeschl wird, die nach dem UWG unzuläss ist (Hamm GRUR 88, 564), wenn der Telekommunikationsnetzbetreiber einem Untern einen RufNrBlock mit fiktiven ausländ Nr überlässt, die dieser Telefonsexanbietern zur Vfö stellt (Mü NJW 04, 78), wenn der and Teil erst nach VertrSchluss von der straf Handlg erfährt (BGH NJW 55, 586). Die Übernahme von Geldstrafen, die nicht mehr als Strafvereitelg straf ist (BGH NJW 91, 990), ist wg Rn 6 auch nach § 138 nicht zu beanstanden (Kapp NJW 92, 2797). – **bb) Steuerrecht.** Vertr, die mit einer Steuerhinterzieh verbunden sind, verstoßen nur dann gg § 138, wenn diese den Hauptzweck des Vertr darstellt (§ 134 Rn 23); das kann bei TafelGesch zutreffen (Jena OLG-NL 95, 193, 96, 28). Der GrdstKaufVertr, der den Kaufpreis zur Steuerhinterzieh zu niedrig od zur Ermöglich der Finanzierg zu hoch angibt, ist nicht sittenwidr (BGH NJW 66, 588, Oldbg MDR 00, 877). Eine **Ohne-Rechnng-Abrede** ist nichtig (BGH NJW-RR 08, 1050 Tz 8 u 1051 Tz 9). Der Vertr ist gem § 139 im Ganzen unwirks, wenn die Ohne-Rechnngs-Abrede die VertrBedingen, insbes die Preisvereinbg beeinflusst hat (BGH NJW 03, 2742, NJW-RR 08, 1050 Tz 10 u 1051 Tz 11 unter Aufgabe von NJW-RR 01, 380). Zur Nichtigk u den Rfolgen beim Verstoß gg das SchwarzArbG § 134 Rn 13.
- 45 – **cc) Umweltbezogene Sittenwidrigkeit.** Zu den dch § 138 geschützten Werten gehören auch die natürl LebensGrdlage einschließl der künft Generationen. RGesch, die auf eine Umweltschädigg abzielen, können daher sittenwidr sein, so ein WerkVertr, der auf Umgeh der naturschutzbehörtl Genehmigg angelegt ist (Oldbg NdsRpfl 96, 120). Soweit das öffR die beabsichtigte Maßn zulässt, ist § 138 aber unanwendb, auch wenn sie von der öff Meing als umweltschäd abgelehnt wird (Rn 6). Der Verkauf eines kontaminierten Grdst an eine vermögenslose jur Pers, um von der Zustandsverantwortg frei zu werden, soll nicht sittenwidr sein (VGH Mannheim BB 96, 393, Knissel BB 97, 2013), auch nicht die Freigabe eines kontaminierten Grdst dch den InsolvenzVerw
- 45a (BVerfG ZIP 04, 2145/47). Vgl aber BBodSchG 4 III. – **dd) Verletzung wichtiger Gemeinschaftsbelange.** Sittenwidr sind wertvolle Schenkngen unter offensichtl Verletz von **Haushaltsvorschriften** (BGH 36, 398); GesellschVertr über den Betrieb einer Spielbank ohne Konzession (Hamm NZG 01, 747); Vertr, die den Ertrag einer Sammlng in Verletz des landesrechtl **Sammlungsgesetzes** zu 90% dem dchführden Untern u nur zu 10% der gemeinnützig Organisation zuweisen (Hamm NJW-RR 95, 1010); Vertr über die **Täuschung von Behörden** zur Erlangg von widr Vorteilen (BGH NJW 85, 2953, NJW-RR 92, 949). Die Täuschg ausländ Behörden rechtfertigt die Anwendg des § 138 zumindest dann, wenn auch deutsche Interessen berührt werden (BGH 34, 177, NJW 62, 1436). Auch VermÜbertragen od UnterhVerzichte zu Lasten des **Sozialhilfeträgers** können sittenwidr sein (BGH NJW 09, 1346 Tz 10, Schwarz JZ 97, 545, Rn 47). Die treuhänd Übertragg eines Sparguthabens ist dann nicht sittenwidr, wenn eine Pfl zur Anzeige des Sparguthabens nicht bestand u deshalb obj Nachteile des Leistgsträgers nicht eingetreten sind (BGH BeckRS 12, 04157 Tz 22). Zur Ausschlagg einer Erbsch zu Lasten des SozHilfeträgers s Rn 50a.
- 46 **c) Ehe- und Familienordnung.** – **aa) Schutz der Ehe.** Vereinbngen, die gg das Wesen der Ehe verstoßen, sind sittenwidr. Gem § 138 **nichtig** sind daher: Vereinbg eines Entgelts od eines Darl für das Eingehen einer Scheinehe (Düss FamRZ 83, 1023). EheVerspr eines Verheirateten (Karls NJW 88, 3023) od eines bereits Verlobten (BayOBLG NJW 83, 831). Vereinbg über ein dauerndes Recht zum Getrenntleben (Düss FamRZ 81, 545). VertrStrafVerspr zur Sichg ehgemäß Verhaltens (RG 158, 294/300). Vereinbg über den Ausschluss der Scheidg (BGH 97, 304) od über die Geltg des Schuldprinzips (Herb FamRZ 88, 123). Vereinbg, dass iF der Scheidg ein Betrag in existenzvernichtder Höhe zu zahlen ist (Hamm FamRZ 91, 443). Vereinbg, in der der scheidgswill Partner dem and sein MitEigt an dem gemeinsamen Haus gg Zahlg etwa der Hälfte des Werts überträgt u dieser zusagt, im ScheidgsVerf falsche Angaben über den Ablauf des Trenngjahres zu machen (BGH NJW 03, 1860). Dagg sind **wirksam:** Verzicht auf ein entstandenes ScheidgsR (BGH 97, 304). Verpfl zur Zahlg einer Abfindg von 100 000 DM iF der Scheidg, wenn diese eine angem wirtschaftl Sichg darstellt u die Grenzen der Leistgfähigg des Eheg nicht überschreitet (BGH NJW 90, 703). – **bb) Scheidungsfolgen.** Vereinbngen über den ZugewinnAusgl, den VersorggsAusgl u den nahehel Unterh sind grdsätzl zuläss, § 1408, §§ 6–8 VersAusglG. Sie können auch schon vor der Eheschließg abgeschl werden (BGH NJW 92, 3164, 97, 2239). Die VertrFreih der Eheg wird aber dch § 138 (Wirksamkkontrolle) u § 242 (Ausübgskontrolle) beschränkt (BGH NJW 04, 930, 05, 2386, 06, 2331, 3142 [Schwangere], 07, 907, 08, 1076 Tz 17, BVerfG NJW 01, 957, 2248). Allein aus einer gewissen Unausgewogenh des EheVertr kann nicht auf eine unterlegene Verhandlgposition des benachteil Ehegatten geschl werden (BGH NJW 13, 380 Tz 24). Vereinbngen, die eine evident einseit, den benachteiligten Eheg unzumutb Lastenverteilig begründen, sind in Anwendg von § 138 od § 242 zu korrigieren. Das gilt vor allem, wenn sie in den **Kernbereich** des ScheidgsfolgenR eingreifen (BGH aaO). Zu ihm gehören der BetreuungsUnterh (§ 1570) u – im Rang danach – der Krankh- (§ 1572) u AltersUnterh (§ 1571) sowie der VersorggsAusgl (BGH NJW 08, 3426 Tz 17 Schwangere). Dagg sind die Eheg in ihren Dispositionen über den Erwerbslosen-, Aufstockgs- u AusbildgsUnterh (§§ 1573, 1575) sowie über den ZugewinnAusgl grdsätzl frei (BGH aaO, NJW 13, 457). Ein Verstoß gg § 138 ist idR nur zu bejahen, wenn Regelgen aus dem Kernbereich des ScheidgsfolgenR ganz od zu erhebl Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil dch Vorteile gemildert od dch wichtige Belange des and Eheg od besond Umst gerechtf wird (BGH NJW 08, 3426 Tz 18, 09, 2124 Tz 19 VersorggsAusgl bei Schwangerer, die Berufstätigg aufgeben soll). Der Ausschluss des ZugewinnAusgl ist idR nicht sittenwidr (BGH NJW 08, 1076 Tz 21, 08, 3426 Tz 19 Schwangere). Auch wenn die Einzelregelgen zu den Scheidgsfolgen für sich genommen nicht sittenwidr sind, kann sich aus der Gesamtschau die Sittenwidrigk ergeben, wenn erkennb ein einseit Benachteiligg eines Ehegatten vorliegt (BGH NJW 17, 1883 Tz 38 ff). Ein Verstoß gg § 138 führt bei einseit LastenVerteilg u erhebl Imparität bei VertrSchluss zur Gesamtnichtigk (BGH NJW 05, 2386/88, 06, 2331, 08, 3426 Tz 20 ff, 09, 2124 Tz 19 Schwangere, 18, 1015 von Ausweisg bedrohte Ausländerin), eine nicht sittenwidr Einzelregelg bleibt aber wirks, wenn sie berech Belange des and Teils Rechng trägt (Brambring NJW 07, 865 mwN). Nicht nur eine Schmälerg der gesetzl Rechte, auch ihre übermäß Ausweisg kann Sittenwidrigk begründen, so wenn dem UnterhPflcht nach der getroffenen Abrede nicht einmal das