

Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

mit Nebengesetzen , u.a. mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich der Rom I- und Rom II-Verordnungen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Gesetz über das Erbaurecht, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz

Bearbeitet von

Begründet von Otto Palandt, Bearbeitet von Prof. Dr. Dr. h.c. Gerd Brudermüller, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Prof. Dr. Jürgen Ellenberger, Vizepräsident des Bundesgerichtshofs, Prof. Dr. Isabell Götz, Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht, Dr. Christian Grüneberg, Richter am Bundesgerichtshof, Sebastian Herrler, Notar, Hartwig Sprau, Vizepräsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts a.D., Prof. Dr. Karsten Thorn, Walter Weidenkaff, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Dr. Dietmar Weidlich, Notar, und Dr. Hartmut Wicke, LL.M., Notar

78. Auflage 2019. Buch. XXXVI, 3358 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72500 5

Format (B x L): 16,2 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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, esbo aber auch besond laxe Auffassgen. Wertvorstellungen 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 existenzgefährddn Risiken (LG Karlsruh NJW-RR 07, 200). – **bb**) § 138 verweist vor allem auf 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 Konkretisierg von Wertmaßst, die in der ROrdng selbst angelegt sind. – **cc**) Über § 138 wirkt das im **Grundgesetz verkörperte Wertsystem** 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 (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 VertrPart ungewöhnl stark belasten u das Ergebn strukturell ungleicher Verhandlgstärkte sind (BVerfG NJW 94, 36, Rn 37 ff). Auch Grdsätze des **Europarechts** können zur Konkretisierg des § 138 herangezogen werden (NK/Looschelders Rn 68 u BGH 138, 55 zu UWG 1 aF). – **dd**) Bei einem **Konflikt** zw außerrechtl moral Anschauungen u der im Recht verkörperten Wertordng hat die letztere, sofern sie sich iR der Verfassg hält, den Vorrang. RGesch, die eine gesetzl Vorschr nach ihrem Zweck als zuläss anerkennt, können daher nicht gem § 138 für nichtig erklärt werden (BGH NJW 70, 1179, straffreier MietVertr mit Dirne; BGH 63, 365, PachtVertr über Bordell; Brdbg 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 RGesch. Ein RGesch ist sittenwidr, wenn sein Inhalt mit grdlegden Wertgen der R- od Sittenordng 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 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 geföhrt haben, sowie die Absichten u Motive der Part (BGH NJW-RR 98, 590). Bewusstsein der Sittenwidrigk u Schädiggsabsicht sind nicht erfl (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 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). Ein Vertr wird nicht sittenwidr, wenn nachträgl ein MissVerh zw Leistg u GgLeistg entsteht (BGH 123, 281, 126, 226/40, Brschw 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 marktübll 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 Vfg später aus sittl nicht zu beanstandden Beweggründen bestätigen, muss er sie formgerecht wiederholen (BGH aaO). Föhrt eine bei ihrer Errichtg sittl unbedenkl Vfg wg einer grdlegden Änderg zu sittenwidr Auswirkgen, kann ihr der Einwand unzulässig RAusüb entggstehen (BGH aaO). Ein Sonderfall sind arbeitsvertragl Vergütgsabreden. Bei ihrer Überprüfg ist auf die Verh im streitgständl 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 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 Geliebtentestament (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 sittl 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 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 iU 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 (Einh 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 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). 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 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 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).
- 12** **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 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 Dchführg des Gesch gg Gesetz u Recht verstoßen (BGH 36, 395, Schenk in Verletzg von Grds der Haushaltsführg der öff Hand); vgl Rn 42–45 a (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 übermäß Beschränken 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 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 anfechtgsberechtigten Dritten ab, kann die Absicht der Drittschädigg den Vertr sittenwidrig machen (BGH NJW 88, 903). – **dd) Gläubigeranfechtung.** Rn 14 gilt entspr. § 138 ist nur anwendb, wenn außerhalb des Anfechtgsstatbestandes liegende sittenwidrig 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).
- 16** **ee) Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff:** Sie hat ggü § 138 den Vorrang. § 138 ist anwendb, wenn die Individualvereinb 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
- 17** Teils dchgesetzt, die des and dagg missachtet werden (BGH NJW 01, 2466/68). – **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 Schädiggsvorsatzes); das gilt umgekehrt entspr (Schädigg dch eine nicht rgeschäfl Handlg). Eine Konkurrenz zu 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 führen, dass dem Geschädiggten 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 Ausnuzt einer Haustürsituation (§ 312) zustande gekommen ist; nur wenn zusätzl sittenwidrig Umst hinzutreten, ist § 138 anwendb (BGH aaO). Auch der nach sittenwidrig 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 sittenwidrig (BGH NJW 05, 2991/92), esbo HaustürGesch, wenn ein unerfahrener Kunde zu einem für ihn ungünst, mit seinen Bedürfnis od finanziellen Möglick 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).
- 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 unbedenklich Inhalt (BGH NJW 12, 1570 Tz 17f). Ausnahmeweg 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 eindeutig auf einen abtrennb Teil beschränkt u iU 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, 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 gerechtft Abreden in einem gg § 138 verstoßden Vertr über Scheidgsfolgen (Rn 47). Schuldanerkenntn, das neben sittenwidrig auch abtrennb unbedenklich KausalGesch betrifft (BGH ZIP 87, 519). Sittenwidrig Recht zur Ausschließg eines Gesellschafters, 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 75f). Vertr, die mit der sittenwidrig Vereinb 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
- 20** 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 VerpflGesch 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 be- 21
achten. 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). Ausnahmsweise kann § 242 der Geldmachg der Nichtigk auch bei einem beiderseitigen Sittenverstoß entgegenstehen (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**) **Schadens-** 22
ersatz. Besteht der zur Nichtigk führende Sittenverstoß in einem Verhalten ggü dem GeschPartner, hat dieser idR einen SchadErsAnspr aus § 826, zuzü 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 Bereicherungsr, jedoch steht dem Anspr aus § 812 vielfach § 817 S 2 entgeg (s dort). Zum Wucher s Rn 75.

h) Die **Beweislast** für die obj u subj Voraussetzgen der Sittenwidrigk trägt derjenige, der sich auf die Nichtigk 23
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).

2) Sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner. – a) Allgemeines. Der Sittenverstoß 24
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 Leistungsvermögens 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 sittenwidrig 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 wucherähnlg RGesch, der Vertr, die die finanzielle LeistgFähigk des Schu überfordern, u der KnebelgVertr behandelt. Vgl iÜ die Einzelfälle in Rn 77 ff.

b) Kreditverträge. – aa) Überhöhte Verzinsung. KreditVertr können bei einer im Vergl zum Marktzi- 25
n überhöhten Verzinsg sittenwidrig u nichtig sein. II ist allerd idR unanwendb, da sein subj Tatbestandsmerkmal (Ausbeutg einer Zwangslage usw) nicht erfüllt ist. Prüfungsmaßst ist daher I. Aus ihm hat die Rspr den RGrds entwickelt, dass KreditVertr sittenwidrig sind, wenn zw Leistg u GgLeistg ein auffällg 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 Bedingungen einlässt (BGH 80, 160, 128, 257, stRspr).

bb) Vergleich zwischen Vertrags- und Marktzi. Kreditgebühren sind nach der Tabelle von Sievi- 26
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 kreditunwürdigen KreditN einen Risikokredit verschafft (Köln ZIP 02, 563). Die Provision ist als laufzeitunabhängg Leistg kein Zins im RSinne (§ 246 Rn 3), ist aber Teil des vom KreditN geschuldeten Gesamtentgelts u mindert die Personal- u Werbeaufwendg der Bank (BGH 80, 166, NJW 88, 1662). Als Marktzi konnte früher der Schwerpktzins der Bundesbank – zuzügl 2,5% Bearbeitungsgebühr (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-Matler WM 07, 1865, Godefroid VerbrKrVrtr Rn 355 f). Ist der Kredit dch ein GrdPfandR gesichert, darf beim ZinsVergl auf den Marktzi für grdpfandrechtlich gesicherte Kredite abgestellt werden, wenn der Kredit nicht mehr als 80% des sorgfältig ermittelten Verkehrswerts des Grdst ausmacht (BGH NJW-RR 00, 1431, BamBj 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 marktübgl Effektivzi relativ 27
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 28
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 unricht Angaben gemacht hat (BGH NJW 82, 2437), dass die Verzugsregelg den KreditN übermaß 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 Marktzi 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 Berechng des Effektivzins einzubeziehen, sie müssen daher auch beim Vergleich zum Marktzi 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 unverhältnmß 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 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 29

der Marktzins um 80,5% (BGH 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, BamG NJW-RR 02, 264). Diese tats Vermutg gilt aber nicht, wenn der KreditN Kaufm od Freiberufler ist (BGH NJW 91, 1810, 95, 1022).
- 31 **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 Nichtigk des Erst-Vertr 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).
- 32 **ff) Andere Kreditverträge. (1)** Auf Gelegenhkredite 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 GelegenDarl ein Verstoß gg § 138 entfallen
- 32a (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 Vermittlprovision gilt Rn 26, wenn KreditG u Vermittler ständ 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 Versichg (Gewinnbeteilig, etwa entstehende Steuerersparn) berücksichtig werden (BGH aaO); diese sind vom DarlG konkret darzulegen (Celle NJW-RR 89, 1134). Auch Darl zur Vorfinanzigg 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 Bearbeitungszeit für steuerl ErstattgsAnspr (5–6 Monate), sond erst wesentl später zufließt (AG Stgt NJW-RR 97, 1545).
- 33 **gg) Leasingverträge.** Sie sind idR sittenwidr, 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 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 LeasingGgst 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 (Gewerbsteuer, 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 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 wucherähn R.Gesch 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 der, der sich auf die Sittenwidrigk beruft, die Behauptgs- 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 sittenwidr 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).
- 34a **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 Voraussetzg 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, an diese sind aber keine hohen Anfordergen zu stellen (BGH NJW 10, 363 Tz 19). Für ein Entfallen der Vermutg 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). 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 Wöhhg 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 Eigent-

Wohnen 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 Sittenwidrig 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 (Band-scheibenoperationen) 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 Vermutg 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 Bewertungsschwierigg 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 umfassden VermAuseinandersetzung etwa aus Anlass einer Scheidg (BGH NJW 03, 1860) gilt die Vermutg nicht. Sie kann auch entfallen, wenn sie im Einzelfall dch bestehde Bewertungsschwierigg od and besond Umst erschüttert wird, so etwa wenn die Part bei gleichem Wissensstand von einer Unbebaubarkeit des mögwl 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 schwer 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 Sittenwidrigkeit 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 höherem Leistg verpfl, um den and 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 Kauf-Vertr über Grdst in der DDR, die unmittl 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).

(4) Einzelfälle (ja = sittenwidr, nein = nicht) 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 Einheitpreisen 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 wirtschafll 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 monatl 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 Einwahlgebühren der marktüb Preis um bis zum 100-fachen überschritten wird (Saarbr NJW-RR 14, 686, AG Hbg NJW-RR 14, 121). Ein **Erlas** ist sittenwidr, wenn der Gläub unter Ausschaltg seines RA veranlasst wird, ohne trift 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 Kennnt 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 Ausnutzng 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 Selbstverantwortung. Der Schu hat grdsätzl selbst zu prüfen u zu entscheiden, wo die Grenzen seiner Leistgsfähigg liegen. Die Tats, dass eine Verpfl das Leistgsvermögen des Schu subj überfordert, ist daher nicht ow ein NichtigkGrd (Brdg NJW-RR 02, 578). Sind die vom Schu zu leistden Zahlgen 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.
- 37 **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 Sittenwidrig nichts (BGH NJW 09, 2671, Krüger NJW 09, 3408).
- 38 **f) Angehörige. – aa) Anwendungsbereich.** Währd 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 stellt entscheid auf die zw dem finanziell überforderten Bürgen u dem HauptSchu bestehende **emotionale Verbundenheit** ab (BGH NJW 00, 1182, 01, 815, 02, 744). Geschützt sind neben Eheg auch Verlobte (BGH 136, 347/50), Partner einer neLGemsch (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 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 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 38 c 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 geldten 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).
- 38b **cc) Krasse Überforderung. (1) Grundsatz.** Wird der Eheg od Angehörige dch die von ihm übernommene Bürgsch (Mithaftig) 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 Belastgen 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 Sittenwidrig grdsätzl nichts (BGH NJW 99, 2585, 00, 1182, 01, 815). Auch wenn § 305 c I (überraschde Klausel) die Haftg des Bürgen auf ein erträgl Maß reduziert, bleibt die Bürgsch sittenwidrig (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 Leistungsfähig 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 verminderde 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 Wertg 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 sorgfältl Überprüfg dch den Gläub keine Bedenken gg seine Leistungsfähig 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 sittenwidrig, 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 ExistenzgründgDarl dch die 51-jähr arbeitslose Ehefrau ist dagg sittenwidrig, 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 bestehende Ausfallrisiko in Anspruch genommen wird (BGH NJW 09, 2671). Die sittenwidrig Überforderg kann entfallen, wenn der Eheg ohne eig Einkommen u Vermögen für einen aus gemeinsamen vernünftl Erwäggen aufgenommenen

nen 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 38 a). Anders kann es bei einem Betriebsmit-
 telkredit 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 MöGladb NJW 06, 67). **(3) Vermögensverlagerungen.** 38d
 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
 erwartden 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 vertrag **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 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 Mithaftgsabrede ist nach § 139 teilw auf- 38e
 rechtzuerhalten, 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 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 Schul-
 den verwandt (BGH aaO) od dem Mithaftden 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
 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 unab- 38f
 häng von einer krassen Überforderg Sittenwidrigk, so wenn das Kreditinstitut das Risiko der Mithaftgsabrede
 verharmlost (BGH NJW 99, 135, ZIP 02, 1395) od schwerwiegde 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 han-
 delt aber vorbehalten Rn 38 b nicht ow sittenwidr, wenn sie von Anfang an erklärt hat, dass der Kredit von der
 Bürgsch (Mithaftgsübernahme) der Partnerin abhäng sei (BGH NJW 97, 1005).
g) Gesellschafter, Arbeitnehmer. Auf Bürgsch, die ein **Gesellschafter** für Schulden der Gesellsch über- 38g
 nimmt, 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), ebso die Bürgsch der zu 50% beteiligten Ehe-
 frau (Celle WM 07, 928). Anders ist es bei unbedeutden Bagatellbeteiliggen (BGH aaO) od wenn ein GmbH-
 GeschFührer od Kommanditist, der ausschließl Strohmamnfunktion hat, die Mithaftg aus emotionaler Ver-
 bundenhd 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 Handlgsbevollmächtigter, der die GmbH anstelle eines
 GeschFührers leitet, für die zur Hälfte im FamBesitz befindl Gesellsch, ist die Bürgsch nicht ow sittenwidr (BGH
 NJW 00, 1179), ebso, wenn ein Gesellschafter der Konzernmutter für Schu der TochterGesellsch bürgt (Kblz
 ZIP 07, 2022). Wird ein **Arbeitnehmer** aus Sorge um seinen ArbPlatz veranlasst, für einen Kredit des ArbG
 eine ihn krass überfordernde Bürgsch (Rn 38 b) einzugehen, ist die Bürgsch sittenwidr (BGH NJW 04, 161,
 Zweibr NJW-RR 05, 1652, Seifert NJW 04, 1707). Entspr gilt, wenn sich die Mutter des ArbN iHv 5000 DM
 für alle Anspr gg ihren Sohn verbürgt (BAG NJW 00, 3299, wendet § 307 an).
h) Knebelungsverträge, die die wirtschaftl Freih des and Teils so sehr beschränken, dass dieser seine freie 39
 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); entscheidd 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
 HandlgsFreih nahezu völl 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 umfassden Eingriffs- u Kon-
 trollbefugn des and Teils od eines Dritten ergeben (BGH NJW 93, 1587), aber auch daraus, dass der Tankstellen-
 betreiber 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).
 Finanziergs- u SichgVertr (BGH 19, 12, NJW 62, 102, Weitnauer ZIP 05, 790/92, Rn 97). TreuhandVertr
 (BGH 44, 158, NJW 67, 1043). FranchisingVertr (Hamm NZG 00, 1169). UnternPachtVertr (BGH WM 76,
 181). VerlagsVertr, die dem Verleger ein OptionsR für alle künft Werke des Autors ohne angem GgLeistg ein-
 räumen (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
 umfassdes 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. – 40
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** sittenwidr 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 vollstäand informiert hielten (BGH NJW-RR
 90, 751). Die bloße Kenntn des unsittl BewegGrde des and Teils genügt idR nicht, hinzukommen muss die Bil-
 ligb, Förderg od Ausnutzng der sittenwidr Absicht des and (BGH BGH NJW 55, 586, DB 71, 39). – 41
bb) Fallgruppen. Eine allg od überwiegd anerkannte Einteilg hat sich nicht dchgesetzt. Hier werden zunächst
 nur Verstöße gg die GmschOrdng, gg die Ehe- u FamOrdng, gg die Sexualmoral, RGesch, die eine missbilligte

Kommerzialisierung zum Ggst haben, sowie standeswidrig u drittschädigende RGesch behandelt. Vgl iÜ die Einzelfälle in Rn 77 ff.

- 42 **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 ROrdnung zu sichern. Verträge, die der Vorbereitung, Förderung od Ausnutzung **strafbarer Handlungen** dienen, sind daher sittenwidrig (BGH NJW-RR 90, 1522), so der Vertreter, der zur Vornahme einer strafb Handlung verpfl (BGH NJW 95, 2027), der Verkauf von Diebesgut, wenn der Erwerber grob fahrlässig handelt (BGH NJW 92, 310), der Vertreter zur Durchführung einer strafb Werbung (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 Vergütung erstattet, der Zahnarzt dem Patienten aber das volle Entgelt in Rechnung stellt (Köln NJW-RR 02, 1630, Rn 64). Auch der Kaufvertrag über ein **Radarwarngerät** ist sittenwidrig (BGH NJW 05, 1490, 10, 136 Tz 13), zweifelhaft, ob das auch für den Kauf eines Organizers (Personal Digital Assistant) gilt (Thiele NZV 06, 66). Vermittlungsvertrag zum Erwerb ausländischer Führerscheine mit Umgehungsabsicht ist sittenwidrig (LG Bln NJW-RR 09, 1352). Geschützt werden auch **Wertentscheidungen des GG** u die sich aus ihnen ergebenden Rechte des Einzelnen. Sittenwidrig sind wg Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Vereinbarungen über heimliche Vaterschaftstests (s BGH NJW 05, 497, BVerfG NJW 07, 753). Nichtig sind auch die auf **Bestechung** abzielenden Verträge, u zwar auch dann, wenn ausländische Staatsbedienstete bestochen werden sollen (BGH NJW 85, 2406, Hbg NJW 92, 635). Dagegen ist § 138 unanwendbar, wenn das Verhalten des Vertragspartners nicht als Unterstützung der strafb Handlung gewertet werden kann. Kein Verstoß gg § 138, wenn ein Werbevertrag für eine Veranstaltung abgeschlossen wird, die nach dem UWG unzulässig ist (Hamm GRUR 88, 564), wenn der Telekommunikationsnetzbetreiber einem Unteren einen Rufnummernblock mit fiktiven ausländischen Nummern überlässt, die dieser Telefonsexanbietern zur Verfügung stellt (Mü NJW 04, 78), wenn der andere Teil erst nach Vertragsschluss von der strafb Handlung erfährt (BGH NJW 55, 586). Die Übernahme von Geldstrafen, die nicht mehr als Strafreitelung strafbar ist (BGH NJW 91, 990), ist wg Rn 6 auch nach § 138 nicht zu beanstanden (Kapp NJW 92, 2797).
- 44 **bb) Steuerrecht.** Verträge, die mit einer Steuerhinterziehung verbunden sind, verstoßen nur dann gg § 138, wenn diese den Hauptzweck des Vertrags darstellen (§ 134 Rn 23); das kann bei Tafelgeschäften zutreffen (Jena OLG-NL 95, 193, 96, 28). Der Grundstückskaufvertrag, der den Kaufpreis zur Steuerhinterziehung zu niedrig od zur Ermöglichung der Finanzierung zu hoch angibt, ist nicht sittenwidrig (BGH NJW 66, 588, Oldbg MDR 00, 877). Eine **Ohne-Rechnungs-Abrede** ist nichtig (BGH NJW-RR 08, 1050 Tz 8 u 1051 Tz 9). Der Vertrag ist gem § 139 im Ganzen unwirksam, wenn die Ohne-Rechnungs-Abrede die Vertragsbedingungen, insbes die Preisvereinbarung beeinflusst hat (BGH NJW 03, 2742, NJW-RR 08, 1050 Tz 10 u 1051 Tz 11 unter Aufgabe von NJW-RR 01, 380). Zur Nichtigkeit u den
- 45 R-Folgen beim Verstoß gg das SchwarzArbG § 134 Rn 13. – **cc) Umweltbezogene Sittenwidrigkeit.** Zu den dch § 138 geschützten Werten gehören auch die natürl Lebensgrundlage einschließlich der künftigen Generationen. RGesch, die auf eine Umweltschädigung abzielen, können daher sittenwidrig sein, so ein Werkvertrag, der auf Umgehung der naturschutzbehördl Genehmigung angelegt ist (Oldbg NdsRpfl 96, 120). Soweit das öffR die beabsichtigte Maßnahme zulässt, ist § 138 aber unanwendbar, auch wenn sie von der öff Meing als umweltschädlich abgelehnt wird (Rn 6). Der Verkauf eines kontaminierten Grundstücks an eine vermögenslose jur Pers, um von der Zustandsverantwortung frei zu werden, soll nicht sittenwidrig sein (VGH Mannheim BB 96, 393, Knissel BB 97, 2013), auch nicht die Freigabe eines kontaminierten Grundstücks dch den Insolvenzverwalter (BVerwG ZIP 04, 2145/47). Vgl aber BBodSchG 4 III. – **dd) Verletzung wichtiger Gemeinschaftsbelange.** Sittenwidrig sind wertvolle Schenkungen unter offensichtl Verletzung von **Haushaltsvorschriften** (BGH 36, 398); Gesellschaftsverträge über den Betrieb einer Spielbank ohne Konzession (Hamm NZG 01, 747); Verträge, die den Ertrag einer Sammlung in Verletzung des landesrechtl **Sammlungsgesetzes** zu 90% dem durchführenden Unteren u nur zu 10% der gemeinnützigen Organisation zuweisen (Hamm NJW-RR 95, 1010); Verträge über die **Täuschung von Behörden** zur Erlangung von unwidrig Vorteilen (BGH NJW 85, 2953, NJW-RR 92, 949). Die Täuschung ausländischer Behörden rechtfertigt die Anwendung des § 138 zumindest dann, wenn auch deutsche Interessen berührt werden (BGH 34, 177, NJW 62, 1436). Auch Vermögenstransfer od Unterwerfung zu Lasten des **Sozialhilfeträgers** können sittenwidrig sein (BGH NJW 09, 1346 Tz 10, Schwarz JZ 97, 545, Rn 47). Die treuhänderg Übertragung eines Sparguthabens ist dann nicht sittenwidrig, wenn eine Pflicht zur Anzeige des Sparguthabens nicht bestand u deshalb obj Nachteile des Leistungsträgers nicht eingetreten sind (BGH BeckRS 12, 04157 Tz 22). Zur Ausschlagung einer Erbschaft zu Lasten des Sozialhilfeträgers s Rn 50 a.
- 46 **c) Ehe- und Familienordnung. – aa) Schutz der Ehe.** Vereinbarungen, die gg das Wesen der Ehe verstoßen, sind sittenwidrig. Gem § 138 **nichtig** sind daher: Vereinbarung eines Entgelts od eines Darlehens für das Eingehen einer Scheinehe (Düss FamRZ 83, 1023). Eheversprechen eines Verheirateten (Karlsruhe NJW 88, 3023) od eines bereits Verlobten (BayObLG NJW 83, 831). Vereinbarung über ein dauerndes Recht zum Getrenntleben (Düss FamRZ 81, 545). Verträge über die Geltung des Schuldprinzips (Herb FamRZ 88, 123). Vereinbarung, dass iF der Scheidung ein Betrag in existenzvernichtender Höhe zu zahlen ist (Hamm FamRZ 91, 443). Vereinbarung, in der der scheidungswillige Partner dem and sein MitEigentum an dem gemeinsamen Haus gg Zahlung etwa der Hälfte des Werts überträgt u dieser zusagt, im Scheidungsverf falsche Angaben über den Ablauf des Trennungsjahres zu machen (BGH NJW 03, 1860). Dagegen sind **wirksam**: Verzicht auf ein entstandenes Scheidungsrecht (BGH 97, 304). Verpflichtung zur Zahlung einer Abfindung von 100.000 DM iF der Scheidung, wenn diese eine angemessene wirtschaftl Sicherung darstellt u die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Ehegatten nicht überschreitet (BGH NJW 90, 703).
- 47 **bb) Scheidungsfolgen.** Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich, den Versorgungsausgleich u den nachehelichen Unterhalt sind grundsätzlich zulässig, § 1408, §§ 6–8 VersAusglG. Sie können auch schon vor der Eheschließung abgeschlossen werden (BGH NJW 92, 3164, 97, 2239). Die Vertragsfreiheit der Ehegatten wird aber dch § 138 (Wirksamkeitskontrolle) u § 242 (Ausübungskontrolle) 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 Unausgewogenheit des Ehevertrags kann nicht auf eine unterlegene Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten geschlossen werden (BGH NJW 13, 380 Tz 24). Vereinbarungen, die eine evident einseitige, den benachteiligten Ehegatten unzumutbare Lastenverteilung begründen, sind in Anwendung von § 138 od § 242 zu korrigieren. Das gilt vor allem, wenn sie in den **Kernbereich** des Scheidungsfolgenrechts eingreifen (BGH aaO). Zu ihm gehören der Betreuungsunterhalt (§ 1570) u – im Rang danach – der Krankheitsunterhalt (§ 1572) u Altersunterhalt (§ 1571) sowie der Versorgungsausgleich (BGH NJW 08, 3426 Tz 17 Schwangere). Dagegen sind die Ehegatten in ihren Dispositionen über den Erwerbslosen-, Aufstockungs- u Ausbildungsunterhalt (§§ 1573, 1575) sowie über den Zugewinnausgleich grundsätzlich frei (BGH aaO, NJW 13, 457). Ein Verstoß gg § 138 ist idR nur zu bejahen, wenn Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz od zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil dch Vorteile gemildert od dch wichtige Belange des andern Ehegatten od besond Umstände gerechtfertigt