

Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

Grüneberg

82., neubearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78885-7
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.

ausschließde „verdrängde“ Vollm ist mit § 137 unvereinb (§ BGH 3, 354, 20, 363, WM 71, 956). Die Vorschr schützt zugl u vor allem den *numerus clausus* der dingl Rechte u dient der **Sicherheit des Rechtsverkehrs** (BGH 134, 182/86). Veräußerl Rechte, die kr Privatautonomie zu *res extra commercium* gemacht werden könnten, wären eine Quelle von RUnsicherh (BGH 56, 278). Vertr, dch die sich der RInhaber mit schuldrechtl Wirkg verpfl, Vfgen zu unterlassen, sind dagg zuläss, S 2.

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

b) Unwirksamkeit der Verfügungsbeschränkung. Die gg S 1 verstoßde VfgsBeschränkg ist unwirks. Das 3 gilt auch dann, wenn sie auf einer Vfgr vTw (BGH 40, 117, 56, 278) od einem ProzVergl (Kblz BeckRS 1948, 00001) beruht. Eine sich aus einem auslnd Güterstand ergebde VfgsBeschränkg ist nach deutschem Recht nicht zu beachten (KG OLGZ 73, 163). Sieht ein SichgVertr ein VfgsVerbot vor, kann er gem § 139 im Ganzen unwirks sein (BGH NJW 93, 1640). Mögl ist aber uU eine Umdeutg in eine nach S 2 wirks UnterlVerpfl.

c) Wirksamkeit der Verfügungen. Die gg die VfgsBeschränkg verstoßden Vfgen sind wirks, auch wenn der 4 Erwerber vom VfgsVerbot weiß (Henssler AcP 196, 37/68). Eine etwa für das RGesch erfdl Genehmigg darf nicht wg Verletzg des VfgsVerbots versagt werden (BGH LM Nr 2). Wirks ist die Vereinbg einer auflösen Bedingg od einer **Rückgewähripflicht** für den Fall einer Weiterveräußer od Pfändg (Düss OLGZ 84, 90, BayObLG DNotZ 89, 370, Staud/Kohler Rn 31); mögl auch, den RückübereignsAnspr gem § 328 zG eines Dritten zu begründen (BayObLG DNotZ 96, 374) u ihn dch Vormerkg zu sichern (Rn 6).

3) Verpflichtung, nicht zu verfügen, Satz 2. – a) Sie ist **wirksam**, and nur iF der §§ 1136 u 2302. Die 5 Verpfl kann in einem Kauf-, Schenkgs- od MietVertr enthalten sein. IdR dient sie aber der Absicherg von ErbVertr (§ 2286) od Test. Der Erbl kann sich ggü dem Erben (BGH 31, 13) od dem VermächtnN (BGH NJW 63, 1602) verpfl, nicht dch RGesch unter Lebenden zu verfügen, wobei sich aus einer ergänzden Auslegg ein VeräußerungsR im Notfall ergeben kann (BGH FamRZ 67, 470). Der Vertr ist, auch soweit die UnterlVerpfl Grdst betrifft, **formfrei** (BGH 103, 238, § 311b Rn 10). Die Form des § 311b od des § 2276 muss nur gewahrt werden, wenn das VerpflGesch mit einem nach § 311b formbedürft Vertr od einem ErbVertr eine Einheit bildet (BGH FamRZ 67, 470, § 311b Rn 32). Die stillschw Begründg einer UnterlVerpfl ist denkbar, an ihren Nachw sind aber strenge Anforderungen zu stellen (BGH DNotZ 69, 760, WM 70, 1367). Sie kann in einem ErbVertr, der die Nachfolge in einen Hof, Betrieb od Grdst regelt, mitenthalten sein (s Stöcker WM 80, 482). Erwerbsverbote in PachtVertr sind nicht sittenwidr, wenn die wirtschafll Selbständigk des Pächters nicht unzumutb belastet wird u der Verpächter an dem Verbot ein berechtig Interesse hat (Kblz NJW-RR 05, 570). Die Verpfl, nicht zu verfügen, wird nicht nach 30 Jahren unwirks (BGH BeckRS 12, 17678 Tz 13 ff, aA 71. Aufl, Großfeld/Gersch JZ 88, 937).

b) Die Verletzung der UnterlPfl begründet gem § 280 I einen SchadErsAnspr (BGH 31, 13), der nach § 249 I 6 grdsätzl auf Rückgängigmachg der Vfgr geht. Der SchadErsAnspr kann sich zugl gg den Erwerber richten, wenn auch dieser die vertragl UnterlPfl übernommen hat (Köln NJW-RR 96, 327, Hohmann ZEV 96, 24) od wenn ausnahmsw die Voraussetzgen des § 826 vorliegen. Dem Berecht steht außerdem ein UnterlAnspr zu, der dch ein gerichtl VfgsVerbot (BGH LM Nr 2, BayObLG NJW 78, 700, aA Staud/Kohler Tz 53), nicht aber dch eine Vormerkg (§ 883 Rn 9) gesichert werden kann. Dagg ist eine Sichg dch Vormerkg mögl, wenn die Part entspr Rn 4 einen aufschiebnd bedingten Anspr auf Rückauflassg vereinbaren (BGH NJW 97, 861, BayObLG NJW 78, 700, DNotZ 89, 370). Zuläss auch eine Sichg dch VertrStrafe, Bürgsch od Einräumg eines VorkaufsR.

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

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

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

- 1 **1) Allgemeines. – a) Bedeutung.** Die dem einz von der ROrdng gewährte Befugn, seine LebensVerh dch RGesch eigenverantwortl zu gestalten, die Privatautonomie (Übbl 1 v § 104), schließt die Gefahr von Missbr in sich, ohne dass die vielfält MissbrMöglichk dch bestimmt umschriebene Verbote abschließd erfasst werden können. Sie bedarf daher als Korrektiv einer Generalklausel, die der autonomen R Gestaltg dort eine Grenze setzt, wo sie in Widerspr zu den GrdPrinzipien unserer R– u Sittenordng tritt. Diese Generalklausel enthält § 138, der im Anschluss an eine gemeinrechtl Formel auf die „guten Sitten“ verweist.
- 2 **b) Rechtsbegriff der guten Sitten.** Nach der Rspr ist ein RGesch sittenwidr, wenn es gg das **Anstandsgefühl** aller billig und gerecht Denken den verstößt (RG 80, 221, BGH 10, 232, 69, 297, NJW 04, 2668/70, BAG NZA 06, 1354). Diese Formel, die sich schon in den Motiven (II S 125) findet, trägt zur inhaltl Präzisierung des § 138 wenig bei: – **aa)** § 138 verweist auf die sich aus der **Sittenordnung** ergebenden Verhaltensgebote. Dabei ist 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 GemSch 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, esbo aber auch besond laxe Auffassgen. Wertvorstellgen der ethn od religiösen Gruppe, der die Beteiligten angehören, sind zu berücksichtigen, sie ändern aber nichts an der Sittenwidrigk bei Verletzg von wicht GemSchBelangen, sittenwidr sind daher Glücksspiele mit
- 3 kaum dchschaub existenzgefährddn Risiken (LG Karlsru 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 Konkretisierung von WertMaßst,
- 4 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
- 5 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 entgezuwirken ist, hat im Sozialstaatsprinzip seine Grdlage. Unvereinb mit § 138 sind Vertr, die eine VertrPart 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
- 6 (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 zulässig anerkennt, können daher nicht gem § 138 für nichtig erklärt werden (BGH NJW 70, 1179, straffreier MietVertr mit Dirne; BGH 63, 365, PachtVertr über Bordell; Brdgbg OLG-NL 05, 252, KaufVertr, 1970 geschlossen, über ein DDR-MauerGrdst). Zu Vertr mit Prostituierten s ProstG 1 Rn 2.
- 7 **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: Regelgen, 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
- 8 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 geführt haben, sowie die Absichten u Motive der Part (BGH NJW-RR 98, 590). Bewusstsein der Sittenwidrigk u Schädiggsabsicht 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).
- 9 **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, 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, GRUR 22, 1158 Tz 37). § 138 kann aber anwendb sein, wenn eine als sicher zu erwartende künft Werterhöhg unberücks bleibt (BGH NJW 96, 991). Eine gült SichgÜbereigng bleibt wirks, wenn nachträgl ein gg § 138 verstößder weiterer Vertr geschlossen wird (BGH 7, 111). Ein zu marktübll Bedingungen 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 Vfგ später aus sittl nicht zu beanstandden Beweggründen bestätigen, muss er sie formgerecht wiederholen (BGH aaO). Führt eine bei ihrer Errichtg sittl unbedenkl Vfგ wg einer grdlegden Änderg zu sittenwidr Auswirkgen, kann ihr der Einwand unzulässig RAusübг entggehen (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
- 10 NZA 06, 1354, NZA 09, 837 Tz 10, krit Fischinger JZ 12, 546). – **bb) Wandel des sittlichen Maßstabes.** Die sich aus den guten Sitten ergebenden Anfordergen unterliegen dem Wandel. Ändern können sich sowohl die GrdWertgen der RGemSch als auch die in den beteiligten Verkehrtkreisen 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 BewertungsÄnd 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 sittenwidrig, wird es dch einen Wertswandel nicht ipso jure gült (Staud/Sack/Fischinger Rn 138, aA NK/Looschelders Rn 126); es bedarf vielmehr einer Bestätigg (§ 141). Bei der Beurteilg der Wirksamk von **Testamenten** stellt die hM aber auf die sittl Maßst im Ztpkt des Erbfalls ab (Hamm OLGZ 79, 427, NK/Looschelders aaO, and BGH 20, 75, BayObLG 96, 225, Stgt ZEV 98, 185; BGH NJW 99, 566 lässt offen). Zu der insow wenig deutl Rspr des BVerfG (Rn 49) s Horsch Rpfleger 05, 285. Vgl auch EGMR NJW 05, 875, der auf den Ztpkt der gerichtl Entsch abstellen will (!); eine Entsch, die auch iÜ nicht überzeugt, s Staudinger ZEV 05, 140.

e) Anwendungsbereich. § 138 gilt für RGesch jeder Art, nicht aber für den normativen Teil von TarifVertr (str, s BAG BB 04, 1909). Er ist auch auf letztw Vfgen (Rn 49) u dingl RGesch anwendb (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 Rücktr, ferner für geschäftsähn Handlgen wie Mahng u Fristsetz. Bei abstrakten SchuldVerspr u SchuldAnerkennnt 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 GesellschaftsVertr einer PersonalGesellsch nichtig, finden die Grds der fehlerh Gesellschafts Anwendg (§ 705 Rn 17). Nichtigk von Anfang an kommt idR nur in Betr, wenn der Gesellschaftszweck 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).

f) Verhältnis zu anderen Vorschriften. – **aa) § 134** ist im Verh zu § 138 I die speziellere Norm. Ein RGesch, das sowohl gg ein VerbotsG als auch gg die guten Sitten verstößt, ist gem § 134 nichtig (BAG NJW 93, 2701/03, Erman/Palm/Arnold Rn 10). Besond gilt aber für das Verh zw StGB 291 u § 138 II (Rn 65). § 134 setzt voraus, dass das RGesch selbst gg das gesetzl Verbot verstößt (§ 134 Rn 1). Andere bei Vornahme eines RGesch begangene RVerletzgen werden von der Sanktion des § 134 nicht erfasst, sie können aber zur Nichtigk gem § 138 führen. Verstößt ein RGesch gg rechtl Prinzipien od Wertgen, die keine VerbotsG is des § 134 sind, ist uÜ § 138 anwendb; das gilt insbes für RGesch, die gg WertEntsch des GG verstoßen (BGH NJW 72, 1414, Rn 4). § 138 kann auch anwendb sein, wenn das RGesch selbst nicht verboten ist, die GeschPartner aber im Zushang mit Abschluss od Dchführg des Gesch gg Gesetz u Recht verstoßen (BGH 36, 395, Schenk in Verletzg von Grds der Haushaltsführg der öff Hand); vgl Rn 42–45a (gemeinschaftswidr RGesch). Schließl ist § 138 u nicht § 134 maßg, wenn ein RGesch gg ein ausländ Gesetz verstößt (§ 134 Rn 2). – **bb) §§ 157 und 242.** Bevor § 138 angewandt wird, sind §§ 157, 242 heranzuziehen. Wenn die Auslegg (§ 133 Rn 24) ergibt, dass ein RGesch entgeg dem ersten Anschein die Schranken des sittl Erlaubten einhält, ist § 138 unanwendb. Auch soweit übermaß Beschränken gem §§ 242, 314 auf ein vertretb Maß herabgesetzt werden können (Einwand unzuläss RAÜsb, 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, 21, 3179 Tz 46). 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 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). – **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 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 Anerkenng, § 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 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 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 Ausnutz 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), also 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), also HaustürGesch, wenn ein unerfahrener Kunde zu einem für ihn ungünst, mit seinen Bedürfni od finanziellen Möglichk 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 AnsparrVerpfl verstoßen gg § 138, wenn der Kunde prakt das gesamte VertrRisiko trägt od der Vertr ohne gehörige Aufkl mit einer gerade volljähr Gewordenen abgeschl wird (BGH NJW 82, 1455/57).

g) Rechtsfolgen. – **aa) Die Nichtigkeit** erstreckt sich idR auf das RGesch **im Ganzen** (BGH NJW 89, 26). Sie ist endgültig u kann nicht geheilt werden; dazu bedarf es der Neuvornahme od der Bestätigg nach § 141 I mit unbedenkli Inhalt (BGH NJW 12, 1570 Tz 17 f). Ausnahmsw kann das RGesch gem § 139 ohne den sittenwidrig Teil aufrechterhalten werden, wenn dies dem mutmaßl PartWillen entspricht (BGH 52, 24, NJW 72, 1459, 01, 815), der Sittenverstoß sich eindeutig auf einen abtrennb Teil beschränkt u iÜ gg Inhalt u Zustandekommen des Vertr keine Bedenken bestehen (BGH NJW 79, 1606, 01, 815, grdsätzl für Zulassg der geltgserhaltenden 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 Wettbewerbsverbot (Rn 104). Abtrennb, dch berecht Belange des and Teils gerechtf Abreden in einem gg § 138 verstoßen Vertr über Scheidgsfolgen (Rn 47). Schuldanerkenntn, das neben sittenwidr auch abtrennb unbedenkl KausalGesch betrifft (BGH ZIP 87, 519). Sittenwidr Recht zur Ausschließg eines Gesellschters, das sich auf das zeitl u sachl vertretb Maß beschränken lässt (BGH 105, 220, 107, 355). Sittenwidr Regelg (nur) der Kontrollbefugn in einem KreditVertr (BGH NJW 93, 1589). Ist das **Entgelt** sittenwidr überhöht, ist das RGesch im Ganzen nichtig. Eine Aufrechterhaltg mit angem GgLeistg ist nicht mögl (BGH 44, 162, 68, 207; Ausn s Rn 75 f). Vertr, die mit der sittenwidr Vereinbg im Zushang stehen, können von der Nichtigk erfasst werden. Lässt sich der Vertreter zum Nachteil des Vertretenen ein Schmiergeld versprechen, ist neben dieser Zusage auch der HauptVertr nichtig (BGH NJW 89, 26), es sei denn, dass sich das Schmiergeld auf den Inhalt des HauptVertr nachweisl 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 beachten.** Sie kann von jedermann geltend gemacht werden, auch von dem, der sittenwidr gehandelt hat (BGH 27, 180, 60, 105, BAG NJW 76, 1959). Bei einem einseit Sittenverstoß kann es aber **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn der sittenwidr Handelnde sich zum Nachteil des and auf die Nichtigk beruft (BGH WM 57, 1158, 72, 488). Ausnahmsw kann § 242 der Geldtmachg der Nichtigk auch bei einem beiderseit Sittenverstoß entggehen (BGH NJW 81, 1439, BAG NJW 68, 1648). Bei vollzogenen Arbu GesellschVertr kann die Nichtigk Folge des § 138 idR nur mit Wirkg ex nunc geltend gemacht werden (§ 611 Rn 23a, § 705 Rn 18). – **dd) 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 ErfInteresse (BGH NJW 96, 1204). Bei einem beiderseit Sittenverstoß bestehen keine SchadErsAnspr. Die Rückabwicklg erfolgt nach BereicherungsR, jedoch steht dem Anspr aus § 812 vielfach § 817 S 2 entgg (s dort). Zum Wucher s Rn 75.
- 23 **h) Die Beweislast** für die obj u subj Voraussetzgen der Sittenwidrigk trägt derjen, der sich auf die Nichtigk des RGesch beruft (BGH 53, 379, 95, 85, NJW 74, 1821, 95, 1429). Die Würdigk, ob das RGesch nach dem festgestellten Sachverhalt gg die guten Sitten verstößt, ist eine reversible **Rechtsfrage** (BGH LM (Cd) Nr 2, NJW 91, 354).
- 24 **2) Sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner. – a) Allgemeines.** Der Sittenverstoß kann in einem Verhalten ggü dem GeschPartner bestehen. Hierher gehört als Sonderfall der in II geregelte Wucher. Aber auch I hat die Funktion, den Schwächeren gg wirtschaftl u intellektuelle Übermacht zu schützen (BGH NJW 81, 1206). Er verpfl den Gläub aber iF eines Leistgsunvermögens des Schu nicht, unter Zurückstellg eig Interessen mit dem Schu einen Ausgl zu suchen (BGH NJW 01, 1414). Sowohl um den Schutz des VertrPartners als auch um die Sichg von WertEntsch des GG geht es beim Schutz vor **Diskriminierungen**. Er wird jetzt dch das AGG (s NebenG) umfasst gewährleistet. Für sittenwidr Verhalten ggü dem and Teil, das zur Anwendg des § 138 führt, hat sich keine allg anerkannte Einteilg in Fallgruppen dchgesetzt. Hier werden zunächst nur die Probleme der KreditVertr, der wucherähnll RGesch, der Vertr, die die finanzielle Leistungsfähigk des Schu überfordern, u der KnebelgsVertr behandelt. Vgl iÜ die Einzelfälle in Rn 77 ff.
- 25 **b) Kreditverträge. – aa) Überhöhte Verzinsung.** KreditVertr können bei einer im Vergl zum Marktzins überhöhten Verzinsg sittenwidr u nichtig sein. II ist allerd idR unanwendb, da sein subj Tatbestandsmerkmal (Ausbeutg einer Zwangslage usw) nicht erfüllt ist. PrüfgsMaßst ist daher I. Aus ihm hat die Rspr den RGrds entwickelt, dass KreditVertr sittenwidr sind, wenn zw Leistg u GgLeistg ein auffäll MissVerh besteht u der KreditG die schwächere Lage des and Teils bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt od sich leichtfert der Erkenntn verschließt, dass der KreditN sich nur wg seiner schwächeren Lage auf die drückden Bedinggen einlässt (BGH 80, 160, 128, 257, stRspr). – **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 vorwiegld im Interesse des KreditN lag (BGH NJW 87, 181), so etwa, wenn der Vermittler einem kreditunwürdig KreditN einen Risikokredit verschafft (Köln ZIP 02, 563). Die Provision ist als laufzeitunabhäng Leistg kein Zins im R.Sinne (§ 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 Schwerpktzins der Bundesbank – zuzügl 2,5% Bearbeitgsgebühr (BGH NJW 95, 1019) – herangezogen werden (BGH 80, 163, 98, 176, stRspr). Da die Bundesbank diesen Zinssatz nicht mehr veröffentlicht, kann die EWU-Zinsstatistik als AusgangsPkt des ZinsVergl herangezogen werden, möglicherw mit Zu- od Abschlägen, da es noch keinen europaweiten Konsumentenkreditmarkt gibt (str, s Reifner VuR 05, 370, Schulte-Mattler WM 07, 1865, Godefroid VerbrKrVrtr Rn 355 f). Ist der Kredit dch ein GrdPfundR gesichert, darf beim ZinsVergl auf den Marktzins für grdpfundrechtl gesicherte Kredite abgestellt werden, wenn der Kredit nicht mehr als 80% des sorgfältl ermittelten Verkehrswerts des Grdst ausmacht (BGH NJW-RR 00, 1431, BamBz 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
- 27 einer neuen Kreditaufnahme über den Gesamtbetrag zu vergleichen (BGH NJW 90, 1599). – **cc) Auffälliges Missverhältnis.** Es ist idR zu bejahen, wenn der VertrZins den marktübll Effektivzins relativ um 100% od absolut um 12 Prozentpkte übersteigt (BGH 110, 338, stRspr). Ist der Kredit währd einer Niedrigzinsphase (7–8%) langfrist ohne Anpassgsklausel gewährt worden, tritt an die Stelle der 100%-Grenze ein Richtwert von 110% (BGH NJW 91, 834, Hamm NJW-RR 93, 1326). Auch wenn die Grenzwerte von 100% od 12% nicht erreicht sind, kann bei relativen Abweichgen zw 90 u 100% eine **Gesamtwürdigung** aller Umst die Anwendg des § 138 I rechtfertigen (BGH 104, 105), so bei 91% (BGH NJW 82, 2433) od 96% (BGH NJW 87, 183). Dabei kann zu Lasten der Bank berücksichtigt werden, dass sie über die Höhe des effektiven Jahreszinses keine od unricht Angaben gemacht hat (BGH NJW 82, 2437), dass die Verzugsregelg den KreditN 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 SelbstAusg eine offensichtl unangem Regelg vorgesehen ist (BGH NJW 80, 2078), dass dch Ablösg eines früheren Kredits Umschuldgsnachteile entstanden sind (BGH NJW 88, 818, NJW-RR 91, 502), dass die Kosten einer von der Bank zur Bedingg gemachten **RestschuldVers** (bei Umschuldg aus Alt- u NeuDarl) zu einer inadäquaten Verteuerg der Gesamtkosten des KreditN führt (Metz BKR 07, 401). Eine RestschuldVers ist

weder beim Vertr- noch beim Marktzins zu berücksicht, wenn die Bank die Kreditgewähr nicht von ihrem Abschl 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 berücksicht werden (offen BGH NJW-RR 12, 416 Tz 28 mwN). In **Umschuldungsfällen** kann sich die Sittenwidrigkeit auch unabhängig vom Zinsvergleich daraus ergeben, dass die (wiederholte) Mitfinanzierung von RestschuldVers einschließt Kosten zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Kreditnehmers führt (BGH NJW-RR 12, 416 RN 28), was jedenfalls dann nahe liegt, wenn die vom Kunden in Raten abzutragende Kreditsumme dadurch rund doppelt so hoch ist wie der dem Kunden insgesamt zur Verfügung stehende Nettokreditbetrag. Ist der Kreditnehmer Kaufmann, führen Verstöße gegen die §§ 307 ff aber lediglich zur Nichtigkeit der betreffenden Klausel; bei Prüfung des § 138 bleiben sie außer Betracht (BGH NJW 80, 446, Hamm BB 83, 404). Abzulehnen ist die Tendenz, die Wuchergrenze **weiter abzusenken**. § 138 I ist daher (idR) unanwendbar, wenn der Marktzins um 80,5% (BGH 99, 336), um 81,8% (BGH NJW 88, 1662) oder um 87,6% (BGH NJW 89, 829) überschritten wird. Auch bei langer Laufzeit (180 Monate) führt eine Abweichung von 46% nicht zur Nichtigkeit des Vertrags (Hamm WM 92, 483).

– **dd) Subjektiver Tatbestand**. Ist der Kreditvertrag gemäß Rn 27 ff objektiv sittenwidrig, ist auch der subjektive Tatbestand – vorsätzlich oder grob fahrlässig – Ausnutzung der schwächeren Lage des Kunden (Rn 25) – bei Vertrag zu einem gewerblichen Kreditgeber in einem Vertragsfall erfüllt (BGH 98, 178, NJW 95, 1022, Bamberg NJW-RR 02, 264). Diese tatsächliche Vermutung gilt aber nicht, wenn der Kreditnehmer Kaufmann oder Freiberufler ist (BGH NJW 91, 1810, 95, 1022).

– **ee) Bei Kettenverträgen** kann sich die Sittenwidrigkeit des Folgevertrags daraus ergeben, dass die Zinsen des abgelösten Vertrags wesentlich niedriger oder die Kosten der Umschuldung besonders hoch waren (BGH NJW 88, 818, StGT NJW-RR 88, 427). Dagegen führt die Sittenwidrigkeit des früheren Vertrags, insbesonders bei externer Umschuldung, nicht zur Nichtigkeit des Folgevertrags (BGH NJW 90, 1597), und nur, wenn der Kreditgeber in Kenntnis der Nichtigkeit des Erstvertrags die Sicherung des unberechtigten Gewinns erstrebt hat oder die Bedingungen des neuen Vertrags schon bei isolierter Betrachtung der kritischen Grenze nahekommen (BGH 99, 336, NJW-RR 87, 679, Köln NJW-RR 91, 1457). Aus dem neuen Vertrag stehen dem Kreditgeber bei **interner Umschuldung** nur die Ansprüche zu, die ihm bei Berücksichtigung der Nichtigkeit des früheren Vertrags billigerweise eingeräumt worden wären (BGH aaO, NJW-RR 88, 363, ZIP 02, 701). Die Kreditsumme des neuen Vertrags wird daher um den Gegenanspruch gekürzt, der dem Kreditnehmer wegen der Zuzahlungen auf Grund des sittenwidrigen früheren Vertrags zustanden (Berechnungsbeispiel in der 53. Aufl.).

– **ff) Andere Kreditverträge**. (1) Auf Gelegenheitskredite von **nicht gewerbsmäßigen** Darlehen finden die in Rn 25 ff dargestellten Grundsätze keine Anwendung; nicht übertragbar sind insbesonders die 100%-Grenze und die Vermutung gemäß Rn 30 (BGH NJW-RR 90, 1199). Auch wenn der Kreditnehmer das Darlehen von 72.000 DM nach 6 Wochen in Höhe von 90.000 DM zurückzahlen soll, kann bei einem risikoreichen Gelegenheitsdarlehen ein Verstoß gegen § 138 entfallen (BGH NJW 94, 1056). (2) Gibt ein Kreditinstitut **gewerbliche** Kredite aus, können die Grundsätze von Rn 25 ff bis auf die Vermutung der Rn 30 entsprechend herangezogen werden (BGH NJW 91, 1810, krit. Horn BKR 06, 1/3). Für die Vermittlungsprovision gilt Rn 26, wenn Kreditgeber und Vermittler standesgemäß zusammenarbeiten. (3) Die zunächst für Ratenkredite entwickelten Grundsätze der Rn 25 ff gelten auch für **andere Konsumentenkredite**, jedoch muss bei jedem Vertrag seine Risikostruktur berücksichtigt werden. Zu prüfen ist, ob nicht in Wahrheit ein normaler, lediglich bezeichneter Ratenkredit vorliegt, so idR beim **Kontokorrentkredit** u. ähnl. Krediten (BGH NJW 91, 833, Köln WM 92, 435). Besonders zu beurteilen sind die mit einer **Lebensversicherung** kombinierten Ratenkreditverträge (BGH 111, 119, NJW 88, 1319). Beim Vergleich von Leistung und Gegenleistung müssen die Versicherungsprämien, aber auch die Vorteile aus der Versicherung (Gewinnbeteiligung, etwa entstehende Steuerersparnis) berücksichtigt werden (BGH aaO); diese sind vom Darlehen konkret darzulegen (Celle NJW-RR 89, 1134). Auch Darlehen zur Vorfinanzierung des Anspruchs auf **Lohnsteuerrückzahlung** sind sittenwidrig, wenn die Verzinsung dem Marktzins um 100% oder mehr übersteigt (AG Kamen NJW 91, 1065, AG Reutlingen NJW-RR 93, 1267). Ein auffälliges Missverhältnis kann aber entfallen, wenn der Bank der Gegenwert des Darlehens nicht nach der üblichen Bearbeitungszeit für steuerliche Erstattungsansprüche (5–6 Monate), sondern erst wesentlich später zufließt (AG StGT NJW-RR 97, 1545).

– **gg) Leasingverträge**. Sie sind idR sittenwidrig, wenn die Leasingraten die üblichen um 100% oder mehr übersteigen (BGH 128, 259). Ist das übliche Entgelt mangels aussagekräftiger Vergleichsverträge nicht feststellbar, sind die Leasingraten entsprechend Rn 25 ff mit dem Marktzins zu vergleichen; der Vertrag ist idR sittenwidrig, wenn die Leasingraten relativ um 100% oder absolut um 12% höher sind als der übliche Effektivzins (BGH aaO). Der Berechnung ist der tatsächliche Verkehrswert des Leasinggegenstands zu nicht der im Leasingvertrag genannte angegebene höhere Beschaffungspreis zu Grunde zu legen (Köln NJW-RR 97, 1549). Für den subjektiven Tatbestand gilt Rn 30 entsprechend (Düsseldorf BB 96, 1687). Zusätzlich Aufwendungen des Leasinggebers (Gewerbesteuer, höhere Refinanzierungskosten) sind zu berücksichtigen, ebenso steuerliche Vorteile des Leasingnehmers (BGH 128, 259). Kommt nach der Restwertklausel ein Mehrerlös dem Leasinggeber zugute, so begründet das nicht die Sittenwidrigkeit (BGH NJW 95, 1148), der Mehrerlös ist aber in die Umrechnung gemäß Rn 26 einzubeziehen (Dresden NJW-RR 00, 1305). Zu den Problemen der Restwertermittlung, wenn keine Begrenzung der Fahrleistung besteht, s. Müllers u. Kuhnert DAR 07, 155.

c) Andere wucherähnliche Rechtsgeschäfte. – **aa) Sittenwidrigkeit nach § 138 I**. Auch anders als Kreditverträge können als wucherähnliche Rechtsgeschäfte nichtig sein. Sind die Voraussetzungen des II nicht voll erfüllt, darf aber aus dem Vorliegen des einen oder anderen Wuchermerkmals nicht ohne Sittenwidrigkeit nach I geschlossen werden. Insbesonders führt ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht allein zur Nichtigkeit; hinzutreten müssen vielmehr weitere sittenwidrige Umstände, etwa eine verwerfliche Gesinnung (BGH NJW 14, 1652 Tz 10). Dafür trägt derjenige, der sich auf die Sittenwidrigkeit beruft, die Behauptungs- und Darlegungslast (BGH aaO). Ist das objektiv wucherartige Geschäft zustande gekommen, dass der wirtschaftlich oder intellektuell Überlegene die **schwächere Lage** des anderen Teilbewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt hat, ist I anwendbar (BGH NJW 80, 446, 1156). Dem steht es gleich, wenn sich der sittenwidrige Handelnde leichtfertiger Erkenntnis verschließt, dass der andere sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf den ungünstigen Vertrag einlässt (BGH aaO, BAG NJW 85, 2661).

– **bb) Besonders grobes Missverhältnis**. (1) Bei einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht nach der Rechtsprechung eine **tatsächliche Vermutung** für ein Handeln aus **verwerflicher Gesinnung**, die idR eine weitere Prüfung subjektiver Voraussetzungen entbehrt, macht u. die Sittenwidrigkeit des Vertrags begründet (BGH NJW 01, 1127, 02, 429, 3165, WM 08, 967 Tz 35). Ein **auffälliges** Missverhältnis liegt vor, wenn der Wert der Leistung rund doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (BGH aaO Tz 31, Rn 67). Bei Grundstücken ist diese Voraussetzung bereits bei einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90% erfüllt (BGH NJW 14, 1652 Tz 8, NJW-RR 16, 692 Tz 7, BeckRS 16, 12559 Tz 8). Die Vermutung ist widerlegbar, so wenn der Verkäufer auf ein Wertgutachten vertraut hat (BGH aaO Tz 36); sie kann auch durch besondere Umstände erschüttert sein (BGH NJW 03, 283). Die Vermutung gilt grundsätzlich auch, wenn der Benachteiligte das krasse Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung kennt (BGH NJW 07, 2841 Tz 18). Die Vermutung befreit die Prozesspart zwar nicht von ihrer Behauptungs- und Darlegungslast, aber diese sind keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH NJW 10, 363 Tz 19). Für ein Entfallen der Vermutung bei Preisbildung im Bieterverfahren Hamm NJW-RR 11, 1146. (2) Das Missverhältnis muss unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles **sorgfältig ermittelt** werden. Bei Immobilien ist grundsätzlich die Ver-

- glWertmethode anzuwenden (BGH WM 08, 967 Tz 32, BKR 19, 245 Tz 18). Für den Wert der Leistg des Käufers kommt es auf den Nettokaufpreis an, abzuziehen sind im Kaufpreis enthaltene Erwerbsnebenkosten, wie Grunderwerbssteuer, Beurkundungskosten u Kosten der Grdbuchumschreibg (BGH NJW-RR 16, 692 Tz 8 ff). Trägt der Käufer einer Wohng vor, diese habe zum Ztpkt des VertrSchlusses einen bestimmten Verkehrswert gehabt, der weniger als die Hälfte des (Netto-)Kaufpreises ausmache, hat er seiner 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 kurzerhand mit dem von EigWohnen verglichen werden (aA LG Paderborn VuR 98, 92). § 138 ist aber anwendb, wenn der Gesamtpreis das 7–10fache des Preises für EigWohnen 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 Sittenwidrigk 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 Pauschalvergütgen 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 annäherd denselben Preis für ihre Immobilie gezahlt, kann nicht allein deshalb ein
- 34c 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 umfassenden VermAuseinandersetzg 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 Unbebaubarck des möglw zT als Bauerwertsland einzustufen Grdst ausgegangen sind (BGH NJW 03, 283), wenn sie sich um die Ermittlg eines angem LeistgVerh bemüht haben (BGH NJW 02, 3165), wenn es sich um eine ausgefallene, seltene u 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 sittenwidr (Köln ZEV 98, 435). Gehen DarlN u DarlG übereinstimmd 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 Ergeb zu einer Verzinsg von mehr als 60% führt (Dresd WM 03, 1988). Bei KaufVertr über Grdst in der DDR, die unmittellb nach Aufhebg der Preisbindg abgeschl worden sind, kann ein besond grobes MissVerh Nichtigk begründen, jedoch bedarf der subj Tatbestand einer sorgfältl 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/EigWohnen: 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 Bauerwerts (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 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 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 monatl 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 marktübl Preis um bis zum 100-fachen überschritten wird (Saabr NJW-RR 14, 686, AG Hbg NJW-RR 14, 121). Ein **Erllass** ist sittenwidr, wenn der Gläub unter Ausschaltg seines RA veranlasst wird, ohne trifft Grd auf 380 000 DM zu verzichten u das Risiko eines weiteren beträchtl Verlusts zu übernehmen (BGH NJW-RR 98, 590). Eine **Abfindungsvereinbarung**, die ein LPG-Mitgl in Kenntn 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 rwidr Bildg von Rücklagen von 21 531 DM auf 2207 DM gekürzt wird (Dresd VIZ 04, 287). Beruht ein wucherähn Gesch auf der Ausnutzng einer **Monopolstellung**, ist § 138 anwendb, ohne dass es der Feststellg einer verwerfl
- 35 Gesinnung bedarf (BGH LM (Cc) Nr 4). – **cc) Ausnutzng einer Zwangslage** (der Unerfahrenen, des mangelnden UrVermögens 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 Selbstverantwörtg. Der Schu hat grdsätzl selbst zu prüfen u zu entscheiden, wo die Grenzen seiner Leistungsfähigk liegen. Die Tats, dass eine Verpfl das Leistungsvermögen 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 Vollstrgszugriffen, beschränken aber nicht die Verpfl- u VfgsFreih des Schu.

e) Überforderung des Bürgen. BürgschVertr sind unwirks, wenn sie erkennb Ausdr einer strukturellen Unterlegenh 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 Urte des BVerfG (aaO) rkräft verurteilt worden sind, können uU nach BVerfGG 79 II 3 VollstrgsGgKlage erheben (BVerfG ZIP 06, 60). Die Möglichk, nach §§ 286 ff InsO Restschuldbefreig zu erlangen, ändert an der Beurteilg der Sittenwidrigk nichts (BGH NJW 09, 2671, Krüger NJW 09, 3408).

f) Angehörige. – aa) Anwendungsbereich. Währd der BGH zunächst für die Bürgsch von Kindern besond Kriterien entwickelt hatte (61. Aufl), geht er jetzt von einheitl Grds für Bürgsch von Angehörigen aus. Er stellt entscheidd auf die zw dem finanziell überforderten Bürgen u dem Hauptschuldner bestehende **emotionalen Verbundenheit** ab (BGH NJW 00, 1182, 01, 815, 02, 744). Geschützt sind neben Eheg auch Verlobte (BGH 136, 347/50), Partner einer neLGemsh (BGH NJW 97, 1005, 02, 744, NJW 09, 2671) u Eltern (BGH ZIP 01, 1190). Gleichgestell 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 Kredlnt, gewerbl u berufl KreditG (BGH NJW 02, 746) u vielleicht auch für Gelegenhdarlar 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**, iÜ 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 zugutegekommen 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 bestell 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 Kreditlnt 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 Traggr 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 GrdBesizes 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 Grundbesizes trägt der BürgschGläub (BGH BKR 10, 63, Rn 16). Sichert das GrundpfandR dieselbe Hauptforderg wie die Bürgsch, entfällt dessen wermindernde Berücksichtigg nicht, wenn die Bürgsch noch eine weitere Forderg des BürgschGläub sichert, zu deren Tilgg der Bürge ebenf nicht in der Lage ist u der Gläub den Erlös aus der Verwertg des GrundpfandR nicht auf die BürgschForderg anrechnen muss (BGH BKR 10, 63 Tz 17). Es muss aber gesichert sein, dass der Bürge nur nachrangg haftet (BGH NJW-RR 17, 241 Tz 23). Eine Überforderg kann entfallen, wenn eine Prognose, bezogen auf den Ztpkt der Inanspruchnahme des Bürgen, ergibt, dass er einen erhebl Teil der übernommenen Schuld aus eig Mitteln erfüllen kann (BGH NJW-RR 02, 1130, Zahnarzt). Die Sittenwidrigk der Bürgsch wird nicht dadch ausgeschl, dass der Bürge nach einer bei Übernahme der Bürgsch nicht vorhersehbb Insolvenz des HauptSchu dessen Untern übernimmt u weiterführt (BGH ZIP 03, 796). Sie entfällt, wenn nach der vom Bürgen ausgefüllten SelbstAusk nach sorgfält Überprüfg dch den Gläub keine Bedenken gg seine Leistungsfähigk bestanden (BGH WM 14, 989 Tz 21, NJW-RR 17, 241 Tz 26). (2) Eine **Gesamtwürdigung** kann ergeben, dass die Vermutg, die Bürgsch (Mithaftgsabrede) sei sittenwidr, widerlegt wird u die Bürgsch trotz krasser Überforderg wirks ist. Erlangt der Bürge (Mithaftde) dch den aufgenommenen Kredit unmittelb 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 erhebll Gewinnaussichten beteiligen wollte (BGH 125, 206, 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 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, 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 Haftungsrisiko in rechtlich gesicherter Weise auf ein vertretbares Maß beschränken (BGH NJW 99, 2584/88, 00, 1182, 01, 815). Dazu muss gesichert sein, dass der Mithaftende erst nach Verwertung der anderen Sicherheit und begrenzt auf das zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme bestehende Ausfallrisiko in Anspruch genommen wird (BGH NJW 09, 2671). Die sittenwidrige Überforderung kann entfallen, wenn der Ehegatte ohne eigenes Einkommen und Vermögen für einen aus gemeinsamen vernünftigen Erwägungen aufgenommenen Kredit die Mithaftung übernimmt (Hausrat, Pkw) und die Höhe der Mithaftung sich im Rahmen 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 oder 23 000 DM (Celle NJW-RR 06, 131, Dresd BKR 07, 248) und einem Kredit von knapp 18 000 DM für die Anschaffung eines Motorrades liegen (LG MöGladbach NJW 06, 67).
- 38d (3) Vermögensverlagerungen.** Anfechtungsansprüche sind gegen eine gut durchdachte Organisation des Familienvermögens kaum durchsetzbar; gefährdet sind wegen ihrer langen Laufzeit vor allem Ansprüche der Kreditinstitute. Um sich gegen Vermögensverlagerungen zu schützen oder um auf zu erwartenden späteren Vermögenserwerb des Mithaftenden (Erbse) zugreifen zu können, dürfen sich Banken auch von Ehegatten ohne Einkommen oder Vermögen Bürgerschaft geben lassen (BGH 128, 230, NJW 96, 2089, 02, 2228/30). Bei krass überfordernden Bürgerschaft entfällt die Sittenwidrigkeit aber nur, wenn der **beschränkte Haftungszweck** unzweideutig vertraglich festgelegt ist (BGH NJW 02, 2228/30). Das gilt auch für Bürgerschaft, die vor dem 1.1.99 übernommen worden sind (BGH aaO). Trotz des begrenzten Haftungszwecks ist die Bürgerschaft sittenwidrig, wenn ihre Höhe das berechtigete Selbstinteresse des Gläubigers weit übersteigt (BGH NJW 00, 1182) oder wenn im Hinblick auf eine zu erwartende Erbse von 300 000 DM eine Bürgerschaft von 1 Mio DM übernommen wird (BGH NJW 99, 58).
- 38e (4) Teilaufrechterhaltung der Mithaftungsabrede.** Die nichtige Mithaftungsabrede ist nach § 139 teils aufrechtzuerhalten, wenn die Parteiliche bei Kenntnis der Nichtigkeit die Mithaftung auf das zulässige Maß beschränkt hätten und sich der Vertragsinhalt eindeutig in den nichtigen und den von der Nichtigkeit unberührten Rest aufteilen lässt (BGH NJW 01, 815, Rn 19). Eine solche Aufteilung kommt in Betracht, wenn ein Teil des Kredits zur Ablösung gemeinsamer Schulden verwandt (BGH aaO) oder dem Mithaftenden überlassen wird. Leistungen des Hauptschuldners sind nach § 366 II iZw auf den nicht durch die Haftungsübernahme gesicherten Teil des Kredits anzurechnen (BGH aaO), Leistungen des Mithaftenden auf den Teil des Kredits, für den er haftet (and. offenb. – fallbezogen – BGH aaO). – **dd) Verwerfliche Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit** des Bürgers (Mithaftenden) begründet unabhängig von einer krassen Überforderung Sittenwidrigkeit, so wenn das Kreditinstitut das Risiko der Mithaftungsabrede verharmlost (BGH NJW 99, 135, ZIP 02, 1395) oder schwerwiegende Risiken verschweigt (BGH 125, 206/17). Das gilt, wenn die Bürgerschaft aus emotionaler Verbundenheit übernommen worden ist, auch für einen Bürgers, der kein Angehöriger im Rechtsinn ist (BGH NJW-RR 02, 1130: Mönch). Sittenwidrigkeit ist auch zu bejahen, wenn die Bank eine Bürgerschaft (Mithaftungsübernahme) erst nach teilweiser Auszahlung des Darlehens fordert, nachdem sie vorher der Erkl. des Schuldners nicht widersprochen hat, seine Frau werde sich nicht verbürgen (BGH NJW 96, 513). Die Bank handelt aber vorbehalten Rn 38b nicht gegen Sittenwidrigkeit, wenn sie von Anfang an erklärt hat, dass der Kredit von der Bürgerschaft (Mithaftungsübernahme) der Partnerin abhängig sei (BGH NJW 97, 1005).
- 38g g) Gesellschafter, Arbeitnehmer.** Auf Bürgerschaft, die ein **Gesellschafter** für Schulden der Gesellschaft übernimmt, finden die für Angehörigenbürgerschaft entwickelten Regeln keine Anwendung (BGH 137, 329, NJW 98, 894, 02, 956, 1337). Auch die von einem an der Geschäftsführung nicht beteiligten Minderheitsgesellschafter übernommene, krass überfordernde Bürgerschaft ist idR wirksam (BGH NJW 03, 967), ebenso die Bürgerschaft der zu 50% beteiligten Ehefrau (Celle WM 07, 928). Anders ist es bei unbedeutenden Bagatellbeteiligungen (BGH aaO) oder wenn ein GmbH-Geschäftsführer oder Kommanditist, der ausschließlich Strohmannfunktion hat, die Mithaftung aus emotionaler Verbundenheit mit einem „Hintermann“ übernimmt und beides für den Kreditgeber evident ist (BGH 137, 329, NJW 02, 956, 02, 2634, ZIP 02, 2249); dafür trägt der Bürgers die Beweislast (BGH NJW 02, 1337). Auch eine nur wegen Überumpelung übernommene Bürgerschaft kann sittenwidrig sein (BGH NJW 97, 2578: zur Rettung der GmbH sinnlose Bürgerschaft nach Drohung mit Kreditkündigung). Verbürgt sich ein Handlungsbevollmächtigter, der die GmbH anstelle eines Geschäftsführers leitet, für die zur Hälfte im Familienbesitz befindliche Gesellschaft, ist die Bürgerschaft nicht gegen Sittenwidrigkeit (BGH NJW 00, 1179), ebenso, wenn ein Gesellschafter der Konzernmutter für Schulden der Tochtergesellschaft bürgert (Kblz ZIP 07, 2022). Wird ein **Arbeitnehmer** in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit aus Sorge um seinen Arbeitsplatz veranlasst, für einen Kredit des in Notlage befindlichen Arbeitgebers eine ihm krass überfordernde Bürgerschaft (Rn 38b) einzugehen, ist die Bürgerschaft sittenwidrig (BGH NJW 04, 161). Allein die Übernahme einer Bürgerschaft durch den Arbeitnehmer ist nicht sittenwidrig (BGH NJW 18, 3637 Tz 18 ff). Hinzutreten müssen vielmehr besondere Umstände wie verharmlosende, verschleierte oder beschönigende Angaben zum wirtschaftlichen Risiko (BGH aaO Tz 26).
- 39 h) Knebelungsverträge,** die die wirtschaftliche Freiheit des anderen Teils so sehr beschränken, dass dieser seine freie Selbstbestimmung ganz und im Wesentlichen einbüßt, sind sittenwidrig (BGH 19, 12, 44, 158/61, NJW 62, 102, 93, 1587). Eine Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich (BGH NJW 93, 1587); entscheidend ist das Ausmaß der auferlegten Beschränkungen. Nicht jede Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit verstößt gegen § 138 (BGH NJW 62, 102), so nicht die einseitige Pflicht zum Erwerb eines Grundstücks (BGH LM (Bc) Nr 13) oder die Ankaufspflicht in einem Erbbaurecht (BGH 68, 1, Erbbaurecht 2 Rn 8). Ein Vertreter ist aber sittenwidrig, wenn ein Vertragspartner seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit nahezu völlig einbüßt (BGH 19, 12). Das ist der Fall, wenn er nur noch die Stellung eines Verwalters hat und der andere Teil faktisch zum stillen Geschäftsinhaber wird (BGH WM 76, 181). Missbrauch einer Generalvollmacht zur Gründung einer GmbH, auf die das Vermögen des Vollstellers unter Ausschluss seiner Verfügungsbefugnis übertragen wird, ist sittenwidrig (BGH NZG 11, 1225 Tz 9). Eine sittenwidrige Knebelung kann sich aus umfassenden Eingriffs- und Kontrollbefugnissen des anderen Teils und eines Dritten ergeben (BGH NJW 93, 1587), aber auch daraus, dass der Tankstellenbetreiber den Vertreter mit dem Mineralölkonzern praktisch nur mit dessen Zustimmung beenden kann (BGH 83, 313/16). Sittenwidrig wegen Knebelung können etwa sein: Automatenaufstellungsverträge (Rn 80), Bierbezugsverträge (Rn 81). Finanzierungs- oder Sicherungsverträge (BGH 19, 12, NJW 62, 102, Weitnauer ZIP 05, 790/92, Rn 97). Treuhandverträge (BGH 44, 158, NJW 67, 1043). Franchisingverträge (BGH BeckRS 18, 27091 Tz 17). Unterpachtverträge (BGH WM 76, 181). Verlagsverträge, die dem Verleger ein Optionsrecht für alle künftigen Werke des Autors ohne angemessene Gegenleistung einräumen (BGH 22, 347). Pachtverträge mit dem Verbot, als Ersatz geeignete Grundstücke zu kaufen, können sittenwidrig (BGH WM 72, 882), aber auch wirksam sein (Kblz NJW-RR 05, 570). Vgl. auch Rn 79 u. 92. Sittenwidrig ist ein umfassendes Verfügungsverbot bei landwirtschaftlichen Betrieben, das Verkauf und Verpfändung für 35 Jahre ausschließt (BGH BeckRS 12, 17678 Tz 31).
- 40 3) Sittenwidriges Verhalten gegenüber der Allgemeinheit oder Dritten. – a) Allgemeines. – aa) Subjektiver Tatbestand.** Ergibt sich der Sittenverstoß nicht bereits aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts (Rn 7), sondern aus seinem Gesamtcharakter (Rn 8), ist § 138 bei einer Verletzung von Interessen der Allgemeinheit oder Dritter grundsätzlich nur anwendbar, wenn **alle Beteiligten** sittenwidrig handeln, d. h. die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, kennen und sich ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen (BGH NJW 90, 568, 92, 310, 07, 1446 Tz 13); der gute Glaube eines