

Bedeutung und Wandel des Maßstabs der guten Sitten im Zivil- und Wirtschaftsrecht

Von Wiss. Hilfskraft **Thomas Kischko**, LL.B., Dresden*

Der Rechtsbegriff der guten Sitten ist wertausfüllungsbedürftig und unterliegt dem Wandel. Die Sittenwidrigkeitsklauseln des deutschen Zivil- und Wirtschaftsrechts entfalten zudem eine freiheitsbeschränkende Wirkung. Einer freiheitlich verfassten Rechtsordnung kann daher das Verhältnis der guten Sitten zur Freiheit nicht egal sein. Der Beitrag untersucht, wie dieses Verhältnis beschaffen ist und stellt in diesem Zusammenhang Maßstab und Bedeutungswandel der guten Sitten dar.

I. Einleitung

Die guten Sitten sind ein Faszinosum des Rechts. Auf den ersten Blick meint ein jeder zu wissen, was unter den guten Sitten zu verstehen sei. Doch umso mehr man ihrer Bedeutung auf den Grund geht, desto ungreifbarer erscheint ihr Gehalt.¹ In der Literatur haben die guten Sitten bereits eine breite und vielschichtige Würdigung erfahren.²

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über Bedeutung und Wandel des Maßstabs der guten Sitten, wobei ein besonderes Augenmerk auf dem Verhältnis der guten Sitten zur Freiheit³ liegt. Die Ausführungen befassen sich im Schwerpunkt mit § 138 BGB.⁴ Zweck der Darstellung ist es, vor allem dem studentischen Leser einige Denkanstöße bezüglich des umstrittenen Rechtsbegriffs der guten Sitten mit auf den Weg zu geben, die über die bloße Kenntnis der „klausurrelevanten“ Merkmale (Platzierung im Prüfungsaufbau⁵, Definition und einschlägige Fallgruppen) hinaus-

gehen. Denn gerade im Hinblick auf die mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln verbundenen grundsätzlichen Fragestellungen⁶ ist eine umfassendere Betrachtung so hilfreich wie geboten.

Zunächst wird das Verhältnis der guten Sitten zur Freiheit erörtert. Anschließend wird der Maßstab der guten Sitten vor dem Hintergrund seines Wandels im 20. Jahrhundert dargestellt.

II. Das Verhältnis der guten Sitten zur Freiheit

Die guten Sitten haben ein ambivalentes Verhältnis zur Freiheit. Auf der einen Seite beschränken sie diese, auf der anderen Seite dienen sie ihrem Schutz. Im Folgenden soll auf beide Facetten eingegangen werden.

1. Die freiheitsbeschränkende Wirkung der guten Sitten

Die Bezugnahme des Gesetzes auf die guten Sitten bewirkt eine Freiheitsbeschränkung. Um nichts Anderes handelt es sich, wenn Sittenwidrigkeitsklauseln die Nichtigkeit getätigter Rechtsgeschäfte anordnen (§§ 138 BGB, 241 Nr. 4 AktG) oder Handlungen mit belastenden Rechtsfolgen belegen (z.B. § 826 BGB). So bilden die guten Sitten in ihren jeweiligen Regelungsbereichen des Zivil- und Wirtschaftsrechts Schranken freiheitlicher Prinzipien⁷, welche für die deutsche Rechtsordnung schlechthin konstituierend sind. Von daher soll zunächst auf das Verhältnis von Freiheit und Sittenordnung im Allgemeinen eingegangen werden.

a) Freiheitsprinzip und Sittenordnung

Die deutsche Rechtsordnung unter dem Grundgesetz geht von einem aus der Menschenwürde abgeleiteten überpositiven – d.h. dem geschriebenen Recht vorausliegenden – Prinzip der Freiheit aller Menschen aus.⁸ Diesem Freiheitsverständnis verleiht das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG einen allgemeinen verfassungsrechtlichen Ausdruck.⁹

nicht erst entstanden (rechtshindernde Einwendung). Nicht übersehen werden darf, dass § 138 BGB erst dann zu prüfen ist, wenn überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt. Mangelt es bereits an den erforderlichen Willenserklärungen, müssen die guten Sitten nicht bemüht werden.

⁶ Siehe z.B. das Spannungsverhältnis zwischen Wertausfüllungsbedürftig bzw. -fähigkeit und Gesetzesbindung gem. Art. 20 Abs. 3 GG, dem sich der Rechtsanwender bei der Konkretisierung von Generalklauseln gegenübersehen.

⁷ Es ergeben sich folgende Gegensatzpaare: § 138 BGB und die Privatautonomie, § 241 Nr. 4 AktG und die Beschlussautonomie sowie § 826 BGB und die Handlungsfreiheit.

⁸ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Ergänzungslieferung 1-78, Stand: September 2016, Art. 2 Rn. 1 f.

⁹ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 8), Art. 2 Rn. 1.

* Der Autor ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht von Prof. Dr. Michael Becker an der TU Dresden.

¹ Vgl. *Deutsch*, JZ 1963, 385 (389): „Es hat den Anschein, als sei mit dem Begriff der guten Sitten zu allen Zeiten und in allen Ländern der Wissenschaft und der Rechtsprechung ein Rätsel aufgegeben worden“.

² Vgl. die Übersicht bei *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (106 ff.).

³ Siehe zu diesem Ansatz bereits in Bezug auf die guten Sitten in § 1 des UWG von 1909: *Steindorff*, in: *Summum ius, summa iniuria, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, 1963, S. 58.

⁴ Der Maßstab der guten Sitten wird neben § 138 BGB u.a. in den §§ 817, 826 BGB und 241 Nr. 4 AktG herangezogen. § 1 des UWG von 1909 stellte ebenfalls auf die guten Sitten ab, bis mit der UWG-Reform von 2004 der Begriff der Unlauterkeit an deren Stelle trat. Zur Sinnhaftigkeit des Begriffswechsels vgl. *Sack*, BB 2003, 1073, zur weitgehenden inhaltlichen Kontinuität *Köhler*, NJW 2004, 2121 (2122); *Schümann*, WRP 2004, 925 (926, 929 f.); *Sosnitza*, in: Münchener Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 31 f.

⁵ Hinsichtlich des zivilrechtlichen Prüfungs-Dreiklangs (Anspruch entstanden, erloschen, durchsetzbar) ist bei der Bejahung von § 138 BGB der materiell-rechtliche Anspruch gar

Der dem positiven Recht vorausliegende Freiheitsbegriff wird auch durch die Bezugnahme auf das Sittengesetz als außergesetzlicher Freiheitsschranke in Art. 2 Abs. 1 GG verdeutlicht.¹⁰ Unbesehen der praktischen Bedeutungslosigkeit des Sittengesetzes als eigenständige Grundrechtsschranke klingt hier nicht nur der Gedanke einer normativ zu bestimmenden sittlichen Grenze der Freiheit an.¹¹ Es wird auch verdeutlicht, dass Freiheit und soziale Bindung eine untrennbare Zweiheit bilden. Denn Freiheit beschreibt ein Verhältnis des Einzelnen zu anderen einer Gemeinschaft. Erst im Angesicht ihrer Bindung an Sitte und Moral gewinnt die Freiheit ihre Gestalt, denn ohne den Blick auf ihre Grenzen bliebe auch die Freiheit unbestimmt und inhaltslos.¹²

Einer Rechtsordnung, welche die Verwirklichung der individuellen Freiheit eines jeden Einzelnen zum Ziele hat, liegt es freilich fern, die Festlegung von Freiheitsgrenzen der Moral allein zu überlassen. Das Freiheitsprinzip scheint einen Vorrang des Freiheitsschutzes durch das Recht vor Moral und weniger die Durchsetzung moralischer Normen durch das Recht zu fordern.¹³ Im Übrigen ist das Verhältnis von Freiheit und Sittenordnung stets Gegenstand wertender Betrachtung und insofern einer abschließenden Bestimmung nicht zugänglich. Allerdings kann festgehalten werden, dass es im Hinblick auf ein gedeihliches gesellschaftliches Miteinander Freiheit ohne jede Sittlichkeit nicht geben kann.¹⁴

b) § 138 BGB und die Privatautonomie

Die programmatische Begrenzung der Freiheitsausübung durch das Sittengesetz in Art. 2 Abs. 1 GG wird durch die

Sittenwidrigkeitsklauseln im einfachen Gesetzesrecht fortgeschrieben.¹⁵

In diesem Zusammenhang begrenzt § 138 BGB die Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“¹⁶, indem er sittenwidrigen Rechtsgeschäften die Geltung versagt.¹⁷ Das Prinzip der Privatautonomie gründet, ohne einfachgesetzlich normiert zu sein, im unter II. 1. a) dargelegten Freiheitsverständnis des Grundgesetzes.¹⁸ Die Vertragsfreiheit hat in § 311 Abs. 1 BGB eine einfachgesetzliche Kodifizierung gefunden¹⁹ und ergibt sich weiter aus dem Erfordernis der Willenserklärung für den Vertragsschluss.

Ist ein Rechtsgeschäft auf der Grundlage einer oder mehrerer Willenserklärungen zustande gekommen, so ist es nach § 138 BGB nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt. Es handelt sich hierbei um eine Beschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit.²⁰

Die Sittenwidrigkeit kann sich zum einen unmittelbar aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts ohne Rücksicht auf seine Umstände ergeben (sog. Inhaltssittenwidrigkeit).²¹

Beispiel: Bereits vom Inhalt her sittenwidrig sind Verträge, deren Gegenstand die bedingungslose Unterwerfung unter den Willen eines anderen ist oder in denen eine Partei auf einzelne oder alle Grundrechte an sich verzichtet.

Es kann aber auch sein, dass der Inhalt sittlich neutral ist und das Rechtsgeschäft erst im Zusammenhang mit den es begleit-

¹⁰ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 8), Art. 2 Rn. 8.

¹¹ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 8), Art. 2 Rn. 8.

¹² Vgl. *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 72 f., 76; vgl. ebenso *Raiser*, JZ 1958, 1: „Menschliche Freiheit ist als ethischer wie als Rechtsbegriff nur faßbar (sic) im Blick auf die natürlichen und geschichtlichen Gegebenheiten, die sie eingrenzen und denen gegenüber sie sich behaupten soll“.

¹³ Vgl. *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 13.

¹⁴ Das Schwinden der „guten Sitten“ zwischen den Bürgern provoziert regelmäßig das regulative und freiheitsbeschränkende Einschreiten des Staates zur Konfliktbewältigung, *Di Fabio* (Fn. 12), S. 76 f.; zudem vertragen sich Vorstellungen von einer fortwährenden und grenzenlosen Befreiung von hergebrachten Moral- und Sittlichkeitsidealen schwerlich mit dem Erfordernis eines verbindlichen (außerrechtlichen) Verhaltenskanons als tragfähiger Verständigungsgrundlage zwischen den Mitgliedern einer jeden Gesellschaft, vgl. dazu *Fest*, Die schwierige Freiheit, Über die offene Flanke der offenen Gesellschaft, 1993, S. 66: „Ohne ein vitales Empfinden für die letzte unübersteigbare Grenze geht in den immer neuen Befreiungen leicht die Freiheit selber zu Grunde. Denn ihrer eigenen Tendenz überlassen, finden solche Entwicklungen niemals ein Ende in sich selbst und drängen durchweg auf ihre äußerste Konsequenz, der kein sozialer Lebenszusammenhang standhält“.

¹⁵ Vgl. *Steindorff* (Fn. 3), S. 58 (59); zu beachten ist, dass die Grundrechte im Privatrecht lediglich eine mittelbare Drittwirkung entfalten, vgl. nur *Canaris*, AcP 184 (1984), 201; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 64 ff.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 (43); *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 693 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 189 ff.; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 5 Rn. 13 f.; zum Einfluss der Wertungen des Grundgesetzes im Privatrecht vgl. ferner BVerfG NJW 1958, 257; BVerfG NJW 1976, 1677; BVerfG NJW 1994, 36 (38); *Di Fabio*, JZ 2004, 1.

¹⁶ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, S. 1; vgl. weiterhin *Medicus* (Fn. 15), Rn. 174 f.

¹⁷ Vgl. *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 41 Rn. 2; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 3.

¹⁸ Vgl. *Medicus* (Fn. 15), Rn. 172 ff.; zur Aufnahme in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG vgl. *Di Fabio* (Fn. 8), Art. 2 Rn. 19.

¹⁹ *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 138 Rn. 1.

²⁰ Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Aufl. 2017, § 14 Rn. 319; *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 34 Rn. 15; *Medicus* (Fn. 15), Rn. 488; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 4 ff.

²¹ *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 41 Rn. 18; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 4 f.; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 19.

tenden Umständen als sittenwidrig anzusehen ist (sog. Umstandssittenwidrigkeit).²²

Beispiel: Nicht bereits dem Inhalt nach sittenwidrig ist der Verkauf eines Grundstückes zu einem Preis weit unter dem Marktwert. Ist jedoch der überaus günstige Preis zustande gekommen, weil der Käufer ihn aufgrund einer Machtstellung erzwingen konnte oder es verstanden hat, die Unerfahrenheit des Verkäufers auszunutzen, so führen diese Umstände zur Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags. Eine an sich nicht zu beanstandende Sicherungsübereignung nach § 930 BGB kann sittenwidrig sein, wenn – da das Sicherungsgut im Besitz des Sicherungsgebers verbleibt – Dritte infolgedessen über die Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers getäuscht werden.

Verbreitet ist auch die Formel, dass sich die Sittenwidrigkeit aus einer Gesamtwürdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts ergeben soll.²³ Zu beurteilen ist bei alledem das Rechtsgeschäft als Regelung an sich, nicht das rechtsgeschäftliche Handeln.²⁴

2. Der Freiheitsschutz durch die guten Sitten

Die Beschränkung der Freiheit durch die guten Sitten hat auch den Schutz der Freiheit zur Folge. Hinter dem Gedanken des Freiheitsschutzes durch Freiheitsbeschränkung steht die Erkenntnis, dass die Freiheit um ihrer selbst willen bestimmten Einschränkungen unterzogen werden muss, weil andernfalls dem „Recht des Stärkeren“ unter freiheitsrechtlicher Fahne der Weg bereitet würde.²⁵ In diesem Sinne ist im Schutz des einen Bürgers vor dem anderen eine besondere Ausformung der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte und mithin die dogmatische Grundlage für ihre mittelbare Drittwirkung im Privatrecht zu sehen.²⁶ Auf Vertragsfreiheit und marktwirtschaftliche Ordnung bezogen steht die Frage im Raum, in welchem Maße die Verteilung wirtschaftlicher

Macht auf die Lebens- und Rechtsverhältnisse durchschlagen soll.²⁷

Hinsichtlich des Freiheitsschutzes durch die guten Sitten rückt § 138 BGB und mit ihm die Sittenwidrigkeit freiheitsbeschränkender Verträge in den Vordergrund.²⁸ Nun liegt es im Wesen eines jeden Vertrages, dass er zu einer freiheitsbeschränkenden Bindung führt (*pacta sunt servanda*). Privatautonomie und Vertragsfreiheit können ohne eine belastbare Selbstbindung des Einzelnen gar nicht gedacht werden, sollen sie doch in verlässlicher Weise zukunftsgestaltend wirken.²⁹ Doch da die Privatautonomie auch der Selbstbestimmung der Person dient,³⁰ kann die Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit ab einem gewissen Grad nicht mehr hingenommen werden.

Der Schutz der Selbstbestimmung liegt vor allem zwei Fallgruppen des § 138 Abs. 1 BGB zugrunde. Einerseits geht es um Rechtsgeschäfte, deren Sittenwidrigkeit sich aus einer *übermäßigen Bindung* heraus ergibt. Andererseits sind in diesem Zusammenhang solche Rechtsgeschäfte von Bedeutung, mit denen die *Ausnutzung einer Macht- und Monopolstellung zum Nachteil des Geschäftspartners* einhergeht.³¹

a) Die übermäßige Bindung

Eine übermäßige und deshalb sittenwidrige Bindung wird angenommen, wenn die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit eines Vertragspartners durch einen Vertrag übermäßig beschränkt wird.³² Das ist der Fall bei sog. Knebelungsverträgen und unter Umständen bei Wettbewerbsverboten.³³ Da es um die Selbstbestimmung des einen Teils schlechthin geht, können Rechtsgeschäfte vor dem Hintergrund einer überzogenen Bindung ihrem Inhalt nach auch dann sittenwidrig sein, wenn die Verpflichtung völlig autonom und in Kenntnis der Rechtsfolgen eingegangen wird.³⁴ Denn die Sittenwidrigkeit übergebührlicher rechtsgeschäftlicher Ver-

²² Flume (Fn. 16), S. 372; Sack/Fischinger (Fn. 19), § 138 Rn. 5.

²³ Vgl. BGH NJW 1983, 1851 (1852); BGH NJW 1989, 1276 (1277); BGH NJW 1990, 703 (704); Flume (Fn. 16), S. 372, 374; Larenz/Wolf (Fn. 15), § 41 Rn. 20; Sack/Fischinger (Fn. 19), § 138 Rn. 6; Wolf/Neuner (Fn. 15), § 46 Rn. 21.

²⁴ Vgl. Eckert, AcP 199 (1999), 337 (351 f.); Flume (Fn. 16), S. 367 f.

²⁵ Vgl. hier vor allem das „Paradoxon der Freiheit“ bei Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde I, 8. Aufl. 2003, S. 147 f., 361 ff.; Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde II, 8. Aufl. 2003, S. 152 f., 476; vgl. Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, § 138 Rn. 1.

²⁶ Vgl. Canaris, AcP 200 (2000), 273 (300); ders., Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, 1999, S. 38 Fn. 91 m.w.N.

²⁷ Vgl. Larenz, Grundsätzliches zu § 138 BGB, in: Erdsiek (Hrsg.), Juristen-Jahrbuch VII, 1967, S. 98 (111); Medicus (Fn. 15), Rn. 473; Raiser, JZ 1958, 1 (6).

²⁸ Vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 138 Rn. 34; Larenz (Fn. 27), S. 110 f.; Steindorff (Fn. 3), S. 58.

²⁹ Vgl. Canaris, AcP 200 (2000), 273 (279).

³⁰ Canaris, AcP 200 (2000), 273 (277); Flume (Fn. 16), S. 1.

³¹ Siehe die Einteilung bei Flume (Fn. 16), S. 370 ff., welche der Fallordnung bei v. Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1918, S. 25 ff. entspricht; der Fallgruppenbildung anderer Werke liegen davon teilweise variierende Typisierungen zu Grunde, inhaltlich werden jedoch dieselben Sachverhalte erfasst, vgl. dazu z.B. Armbrüster (Fn. 28), § 138 Rn. 68 ff., 86 ff., 112 ff.; Larenz/Wolf (Fn. 15), § 41 Rn. 32 ff., 38 ff.; Sack/Fischinger (Fn. 19), § 138 Rn. 267 ff., 293 ff., 302 ff., 348 ff.; Wolf/Neuner (Fn. 15), § 46 Rn. 30 ff., 37 ff.

³² Vgl. Flume (Fn. 16), S. 370 f.; Larenz/Wolf (Fn. 15), § 41 Rn. 32.

³³ Flume (Fn. 16), S. 371; Larenz/Wolf (Fn. 15), § 41 Rn. 32 f., 36.

³⁴ Wolf/Neuner (Fn. 15), § 46 Rn. 30.

pflichtungen ergibt sich vor allem daraus, dass der Vertragspartner seiner persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit und seiner Entfaltungsmöglichkeiten mit Wirkung für die Zukunft beraubt wird.³⁵ Neben der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der freien Berufsausübung des Einzelnen spielt auch das öffentliche Interesse an Freiheit und Unabhängigkeit bestimmter Berufe (z.B. Ärzte, Rechtsanwälte) eine Rolle.³⁶

b) Die Ausnutzung einer Macht- und Monopolstellung

In Fällen des Ausnutzens einer Macht- und Monopolstellung ist die Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit des einen Teils das Resultat der Machtstellung des anderen Teils. Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB werden auch solche die Willensbildung beeinflussende Umstände miteinbezogen, welche von § 138 Abs. 2 BGB nicht erfasst werden (z.B. wirtschaftliche Dominanz, marktbeherrschende Stellung). Insofern ist § 138 Abs. 1 BGB im Verhältnis zu § 138 Abs. 2 BGB Auffangtatbestand.³⁷

Das Vorliegen einer *Machtstellung* ist neben dem auffälligen *Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung* bzw. der *Überforderung* des Schuldners und der *Ausnutzung der Machtstellung in sittenwidriger Weise* Voraussetzung der Sittenwidrigkeit.³⁸ Die Selbstbestimmung wird hier nicht wie bei der Sittenwidrigkeit aufgrund übermäßiger Bindung als Institut an sich geschützt. Die Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit ist bei der Ausnutzung einer Macht- und Monopolstellung (§ 138 Abs. 1 BGB), ebenso wie beim Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB), lediglich komplementärer Bestandteil eines Tatbestandes, dessen Verwirklichung die Sittenwidrigkeit begründet.

c) Abgrenzung zum Schutz der Selbstbestimmung in anderen Vorschriften

Neben § 138 BGB erfolgt der Schutz der Selbstbestimmung auch durch die §§ 104 ff., 119 und 123 BGB.³⁹ Allerdings bestehen Unterschiede. Denn während § 138 BGB verhüten soll, dass die tatsächliche Entscheidungsfreiheit *durch* ein Rechtsgeschäft (übermäßige Bindung) beschränkt wird und ihre Beeinträchtigung teilweise zur Begründung der Sittenwidrigkeit heranzieht (Ausnutzen einer Macht- und Monopolstellung, Wucher), schützen die §§ 104 ff., 119 und 123 BGB die tatsächliche Entscheidungsfreiheit *bei dem* Abschluss

eines Rechtsgeschäfts als solche⁴⁰. Sie tun dies, indem sie die fehlende Willensfähigkeit gesetzlich würdigen (§ 104 ff. BGB)⁴¹ und dem Irrenden (§ 119 BGB) sowie dem unfreiwillig zur Abgabe einer Willenserklärung Bestimmten (§ 123 BGB) die Möglichkeit geben, das (auch) auf seiner Willenserklärung gründende Rechtsgeschäft durch Anfechtung rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB) nichtig zu stellen.

3. Die umfassende Wirkung der guten Sitten

Die Sittenwidrigkeitsklauseln stellen als Generalklauseln Auffangtatbestände dar. In ihrem Umfeld ordnen bereits andere Normen aus sich heraus oder als Verweisung auf gesetzliche Regelungen dieselben Rechtsfolgen, also Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts oder Schadensersatz, an (vgl. die §§ 134⁴², 823 BGB, §§ 3a ff. i.V.m. 8 ff. UWG sowie § 241 Nr. 3 AktG). Weiter kann der Gesetzgeber sittenwidrige Sachverhalte dem Anwendungsbereich der guten Sitten entziehen, indem er diese regelnd aufgreift (vgl. § 1 ProstG zu Rechtsgeschäften über sexuelle Handlungen)⁴³.

Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung den guten Sitten vor dem Hintergrund des Vorrangs spezielleren Rechts und einer im Allgemeinen hohen Regelungsdichte noch zukommt. Hierbei ist zu beachten, dass die Reichweite gesetzlicher Verbotsnormen von vornherein eingeschränkt ist,⁴⁴ da der mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung bestimmt⁴⁵. Auch die Rechtsfortbildung in Form der Analogie erfordert zumindest eine (planwidrige) Gesetzeslücke sowie die Vergleichbarkeit der Sachverhalte.⁴⁶ Der Rechtsbegriff der guten Sitten ist jedoch von einem hohen Abstraktionsgrad und einer inhaltlichen Unbestimmtheit geprägt, ist mithin wertausfüllungsbedürftig⁴⁷ und eröffnet den Sittenwidrigkeitsklauseln einen potentiell umfassenden Wirkungsbereich. Hinzutritt, dass jene Werte, welche bei einer Konkretisierung zu berücksichtigen sind, ihrerseits nur relative Gültigkeit besitzen.⁴⁸ Überspitzt ausgedrückt, kann im Grunde jedes Verhalten als sittenwidrig eingestuft werden, wenn nur eine entsprechende Wertebasis konstruiert und argumentativ

³⁵ Vgl. *Hefermehl*, in: *Soergel, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 1999, § 138 Rn. 116; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 31.

³⁶ *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 41 Rn. 36; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 31.

³⁷ *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 38.; vgl. zum Verhältnis des § 138 Abs. 2 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB auch *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 142; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 267 ff.

³⁸ Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (280, 296 f.); *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 41 Rn. 40 ff., 44 f.; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 39, 43.

³⁹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (280).

⁴⁰ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (281).

⁴¹ Vgl. *Knothe*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, Vor §§ 104-115 Rn. 1.

⁴² Zum Verhältnis von § 134 zu § 138 BGB vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 4 sowie *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 113 ff., 172 ff.

⁴³ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 55, § 1 Rn. 7, 19 ProstG (Anh. zu § 138); *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 622, § 1 Rn. 10 ff. ProstG (Anh. zu § 138).

⁴⁴ Vgl. *Ahrens*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB*, 11. Aufl. 2016, § 138 Rn. 1, gesetzliche Verhaltensanforderungen als „gegenständlich begrenzte Schranken“; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 2.

⁴⁵ Vgl. BVerfG NJW 1986, 1671 (1672); BVerfG NJW 1993, 1457 (1458); *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl. 2012, S 39.

⁴⁶ *Zippelius* (Fn. 45), S. 52 ff.

⁴⁷ Vgl. *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 (5) m.w.N. in Fn. 14; *Weber*, AcP 192 (1992), 516 (524 f.).

⁴⁸ Vgl. nur *Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit?*, 2016, S. 15, 45.

in Anschlag gebracht wird. Die ideologische Aufladung der guten Sitten während der zwei deutschen Diktaturen des 20. Jahrhunderts hat dies in zugleich eindrucksvoller wie erschütternder Weise offenbart.⁴⁹

In der hypothetisch umfassenden Freiheitsbeschränkung liegt die ungleich größere Bedeutung der guten Sitten im Vergleich zu gesetzlich (näher) bestimmten Freiheitsgrenzen. Die „Bändigung“ dieser Veranlagung obliegt dem Maßstab der guten Sitten.

III. Der Maßstab der guten Sitten und sein Wandel

Während die freiheitsbeschränkende Wirkung den Sittenwidrigkeitsklauseln gewissermaßen a priori zugrunde liegt, ist der Maßstab der guten Sitten von Raum und Zeit abhängig und in diesem Sinne relativ.⁵⁰ Die Einbettung der guten Sitten in eine Gesamtrechtsordnung unterwirft sie dem Wandel derselben.⁵¹ Ein Blick auf die Entwicklungen, welche der Maßstab der guten Sitten genommen hat, dient in nicht unerheblichem Maße dem Verständnis der guten Sitten im Hier und Jetzt.⁵² Im Folgenden sollen daher die klassisch-liberale Auffassung und der Bedeutungswandel der guten Sitten hin zum heutigen Verständnis derselben skizziert werden.

⁴⁹ Vgl. nur RGZ 150,1 (4) zum „herrschenden Volksempfinden“, der „nationalsozialistischen Weltanschauung“ als Wesensinhalt der guten Sitten; sowie BGH MDR, 1996, 255 (256) zur „sozialistischen Moral“ als Auslegungsmaßstab für Generalklauseln, hier § 138 BGB; siehe auch *Benjamin*: „Es entspricht der führenden Rolle der Arbeiterklasse, wenn von deren Moralanschauungen bei der Feststellung der Guten (sic) Sitten ausgegangen wird“, Zitat bei *Hirsch*, JZ 1962, 329 (334) mit m.w.N. in Fn. 38; zur „proletarischen Moral“, die sich auf die „historische Mission der Arbeiterklasse“ gründet; vgl. weiterhin Meyers Neues Lexikon, Bd. 5, 1964, S. 896; des Weiteren zur ideologischen Aufladung der guten Sitten *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (106, 176); *Nassall*, in: juris PraxisKommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2014, § 138 Rn. 2; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl. 2012, S. 216 ff., 264 ff.; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 11.

⁵⁰ Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, 1971, S. 54, 57; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 10; siehe ebenfalls *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (344 ff.); *Mayer-Maly*, JZ 1981, 801; grundlegend zum maßgeblichen Zeitpunkt des Sittenwidrigkeitsurteils des § 138 Abs. 1 BGB *Schmoedel*, AcP 197 (1997), 1.

⁵¹ Vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 324; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 92; *Teubner* (Fn. 50), S. 60; siehe zum Bedeutungswandel von Gesetzen *Zippelius* (Fn. 45), S. 19 f.

⁵² In diesem Sinne ebenfalls *Teubner* (Fn. 50), S. 51.

1. Die liberale Auffassung

Das BGB wurde bei seiner Kodifizierung während des auslaufenden 19. Jahrhunderts vom Geist des politischen und wirtschaftlichen Liberalismus geprägt. Diesem lag die Vorstellung vom Dualismus zwischen bürgerlicher Gesellschaft und obrigkeitlichem Staat zugrunde. Bestimmend war ein bürgerliches Freiheitsideal, das seinen Ausdruck in Prinzipien wie der Privatautonomie als auch in der Vertrags- und Gewerbefreiheit fand. Die Festlegung von Inhalt und Grenzen dieser Freiheiten sollte sich dabei innerhalb der Gesellschaft und ohne Zutun des Staates vollziehen. Maßgeblich waren insofern Sittlichkeit und Moral der bürgerlichen Gesellschaft⁵³ und zwar im Sinne einer nicht mit strenger Ethik gleichzusetzenden „herrschenden Moral“.⁵⁴ Der Staat sollte die gesellschaftlich-autonom entwickelten Maßstäbe lediglich rechtlich garantieren und sanktionieren.⁵⁵ Vertreter des älteren Schrifttums folgten dieser Auffassung, wenn sie in den guten Sitten „die Vorschriften der Sittlichkeit (Moral)“⁵⁶ erblickten und annahmen, die Rechtsordnung könne sich nicht zum Ziele setzen, „das Ideal einer verfeinerten Moral durchzuführen“, sondern müsse sich damit begnügen, „durch Versagung des Rechtsschutzes ein Minimum von sittlicher Handlungsweise im rechtlichen Verkehr zu erzwingen“.⁵⁷

Inhalt, Zweck und Methode der Anwendung der Sittenwidrigkeitsklauseln schienen daher zu Beginn des 20. Jahrhunderts vornehmlich durch das liberale Staats- und Gesellschaftsbild geprägt zu sein.⁵⁸ Die guten Sitten wären demnach als Verweisung auf eine außerrechtliche Sollensordnung, die bürgerliche Moral bzw. die Geschäftsmoral⁵⁹ zu verstehen gewesen.⁶⁰ Dies entspräche der Funktion einer Rechtsanwendungsregel, verbunden mit einem kaum vorhandenen Ermessensspielraum des Richters.⁶¹ Eine solche Auffassung würde sich ferner damit decken, dass in den Motiven zum BGB dort, wo das grundsätzlich weite richterliche Ermessen betont wird, gleichfalls seine behutsame und restriktive Anwendung angemahnt wird.⁶² Der methodologische

⁵³ *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (345); *Teubner* (Fn. 50), S. 52.

⁵⁴ Vgl. *Larenz* (Fn. 27), S. 105 ff., 121 f.; *Teubner* (Fn. 50), S. 53.

⁵⁵ Vgl. zur Darstellung der liberalen Auffassung *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (345); *Teubner* (Fn. 50), S. 52; *Raiser*, JZ 1958, 1 (2).

⁵⁶ v. *Tuhr* (Fn. 31), S. 22 m.w.N. in Fn. 8.

⁵⁷ v. *Tuhr* (Fn. 31), S. 23, m.w.N. in Fn. 13.

⁵⁸ Vgl. *Teubner* (Fn. 50), S. 52.

⁵⁹ Vgl. zu § 1 UWG 1909 m.w.N. *Teubner* (Fn. 50), S. 55.

⁶⁰ Vgl. *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (345, 348); *Teubner* (Fn. 50), S. 52, 54.

⁶¹ Vgl. *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (349); *Teubner* (Fn. 50), S. 59.

⁶² Vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 469; *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 406; siehe ferner die Stellungnahme des Abgeordneten *Lenzmann*, Zweite Beratung im Plenum des Reichstags, in:

Tiefgang erscheint unter diesen Bedingungen denkbar gering, ging es doch allein um die Rezeption von Normen der bürgerlichen Gesellschaft, zu deren Erkenntnis der diese Gesellschaft nach damaliger Auffassung repräsentierende Richter keiner Regeln bedurfte.⁶³

Kennzeichnend für das damalige Verständnis der guten Sitten scheint insofern eine auf einem inneren Zusammenhang gründende *Einheit von Inhalt, Zweck und Methode* zu sein, was die Vorstellung von einem festen, geschlossenen, an Sittlichkeit und Moral ausgerichteten Maßstab der guten Sitten tragen würde.

Doch sprechen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass es allein mit dem Verweis auf Normen der Sittlichkeit und Moral zur Inhaltsbestimmung der guten Sitten bereits bei der Kodifizierung bzw. dem Inkrafttreten des BGB nicht getan war. Dass die guten Sitten durchaus auf außer- wie innerrechtliche Maßstäbe rekurrieren sollten, geht aus den Protokollen der zweiten Kommission zu § 106 BGB⁶⁴ (dem späteren § 138) hervor. So lehnte die zweite Kommission es ab, die Wendung „gegen die guten Sitten“ durch die Formulierung „gegen die Sittlichkeit“ zu ersetzen⁶⁵. Zudem wird an selber Stelle die Annahme formuliert, dass „gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein würden“⁶⁶. Demzufolge bestand die Auffassung, dass die guten Sitten die öffentliche Ordnung miteinschlössen und das Sittenwidrigkeitsurteil nicht lediglich durch Vorstellungen von Sittlichkeit und Moral bestimmt, sondern ebenso von Wertungen der Rechtsordnung beeinflusst werden konnte.⁶⁷

Des Weiteren hat die Rechtsprechung bei der Anwendung des § 138 BGB von Anfang an auch auf der Rechtsordnung immanente Wertentscheidungen abgestellt.⁶⁸ Die Verwendung der in den Motiven zu § 705 BGB (dem späteren § 826) entwickelten Anstandsformel (sittenwidrig sei, was „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden wider-

spricht“)⁶⁹ durch das Reichsgericht auf § 138 Abs. 1 BGB⁷⁰ und § 1 UWG 1909⁷¹ verdeckte, dass die Rechtsprechung innerhalb der Urteilsbegründung oftmals mitnichten auf die mit der Anstandsformel beschworenen Durchschnittsanschauungen zurückgriff.⁷² Das musste sie auch nicht, denn der Leerformelcharakter der Anstandsformel lies im Ergebnis Raum für alle möglichen Wertungen.⁷³

Man wird anerkennen müssen, dass die guten Sitten zu keiner Zeit *nur* als Verweisung auf eine außerrechtliche Sollensordnung⁷⁴ bzw. auf Maßstäbe der Sozialethik⁷⁵ verstanden werden konnten.⁷⁶ Die *Einheit von Inhalt, Zweck und Methode*, wie sie dem Verständnis der guten Sitten als den Vorschriften der Sittlichkeit und Moral zugrunde lag, war von Anfang an in Frage gestellt.

2. Der Bedeutungswandel der guten Sitten im 20. Jahrhundert

Das BGB verlieh dem klassischen Liberalismus in Deutschland einen bedeutsamen gesetzlichen Ausdruck und war doch zugleich sein letzter Atemzug. Tiefgreifende politische und gesellschaftliche Umwälzungen im 20. Jahrhundert wirkten sich auf Reichweite und Verständnis von Privatautonomie und Vertragsfreiheit aus.⁷⁷ Damit ging auch ein Wandel in der Bedeutung der Generalklauseln einher.⁷⁸

Zum einen wurde die Privatautonomie als eigenständiges Organisationsprinzip der Gesellschaft an vielen Stellen durch staatliche Wirtschaftslenkung, z.B. in Form von Preisbindungen, Erlaubnisvorbehalten sowie Produktions- und Lieferpflichten, verdrängt.⁷⁹ Der „sozialen Marktwirtschaft“ der BRD wohnt die Begrenzung der Privatautonomie durch sozial- und wirtschaftspolitische Maßnahmen des Staats schon vom Wesen her inne.⁸⁰ Neben jene Faktoren, welche Privatautonomie und Vertragsfreiheit „von außen“ beeinflussten, trat ein in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzender Inhaltswandel derselben. Dieser Inhaltswandel kann auf eine *tatsächliche* und eine *interpretatorische* Komponente zurückgeführt werden.

Tatsächlich ist der Träger der klassisch-liberalen Privatautonomie des 19. Jahrhunderts, das unabhängige Besitzbürgertum, infolge eines Wandels der Gesellschaftsstruktur in

Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 1017, der in den guten Sitten einen „terminus technicus“, einen „bestimmten Begriff“ sieht.

⁶³ Vgl. Teubner (Fn. 50), S. 54 f., 59.

⁶⁴ Mugdan Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd. 1, S. 725.

⁶⁵ Mugdan (Fn. 64), S. 725; vgl. dazu Flume (Fn. 16), S. 365; Teubner (Fn. 50), S. 53.

⁶⁶ Mugdan (Fn. 64), S. 725; vgl. auch den Bericht der Reichstagskommission, Mugdan (Fn. 64), S. 969.

⁶⁷ Vgl. Eckert, AcP 199 (1999), 337 (347); Flume (Fn. 16), S. 367.

⁶⁸ Vgl. Larenz (Fn. 27), S. 109 ff., der dies am Beispiel der Fallgruppen der übermäßigen Freiheitsbeschränkung, der Verträge zum Nachteil Dritter (v.a. Gläubiger) und der Verstöße gegen die Familienordnung und gegen ein bestimmtes Berufsethos darstellt.

⁶⁹ Mugdan (Fn. 64), S. 406; eine eingehende Auseinandersetzung mit der Anstandsformel findet sich bei Sack, NJW 1985, 761.

⁷⁰ RGZ 80, 219 (221); 120, 142 (148); siehe Teubner (Fn.50), S. 19 Fn. 57 m.w.N.

⁷¹ RGZ 48, 114 (124); 79, 415 (418); 111, 254 (256).

⁷² Teubner (Fn. 50), S. 19, 57.

⁷³ Vgl. Teubner (Fn. 50), S. 21.

⁷⁴ Vgl. Eckert, AcP 199 (1999), 337 (345, 348); Teubner (Fn. 50), S. 52, 54.

⁷⁵ Vgl. dazu Meyer-Cording, JZ 1964, 273.

⁷⁶ Vgl. Larenz (Fn. 27), S. 109.

⁷⁷ Siehe dazu Raiser, JZ 1958, 1; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. 1996, S. 545 ff., 620 ff.

⁷⁸ Vgl. Teubner (Fn. 50), S. 56 ff.

⁷⁹ Raiser, JZ 1958, 1 (2).

⁸⁰ Vgl. Medicus (Fn. 15), Rn. 178; Raiser, JZ 1958, 1 (2).

der „industriellen Massengesellschaft“ aufgegangen.⁸¹ Das Ideal der sittlich autonomen Persönlichkeit, deren Freiheitsstreben tendenziell gegen den Staat gerichtet war⁸², hat an Bedeutung verloren. Der Einzelne übernimmt in einer im höchsten Maße arbeitsteiligen und ausdifferenzierten Gesellschaft eng bestimmte Teilaufgaben. Er steht in Abhängigkeit zu Machtapparaten in Politik und Wirtschaft und organisiert sich seinerseits in Gruppierungen und Verbänden, um diesem Ungleichgewicht zu begegnen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Staat nicht mehr als Gegenspieler des autonomen Freien, sondern als Verbündeter des in vielerlei Hinsicht Abhängigen zur Verwirklichung von „sozialer Gerechtigkeit“.⁸³

Zu den veränderten gesellschaftlichen Strukturmerkmalen tritt eine weiterentwickelte Interpretation von marktwirtschaftlicher Ordnung und ihrer privatautonomen Gestaltung. Das nach wie vor grundsätzlich freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte soll nach heutigem Verständnis dort gebändigt werden, wo durch wirtschaftliche Übermacht Machtgefälle begründet werden und der Vertrag zum „Instrument der Herrschaft“ über andere zu werden droht.⁸⁴ Hier wird deutlich, dass die Ausrichtung der Privatautonomie zunehmend entlang materialer, d.h. inhaltlicher Kriterien erfolgt.⁸⁵

An mancher Stelle wird für das heutige Verständnis der guten Sitten als bedeutend herausgestellt, dass der Konsens bürgerlicher Moralvorstellungen im 20. Jahrhundert einem Pluralismus ethischer und moralischer Anschauungen gewichen sei.⁸⁶ Dabei werden jedoch Existenz und Notwendigkeit eines gemeinsamen Wertmaßstabes verkannt.⁸⁷ Ein Wandel der Anschauungen führt zwar zu einem veränderten Konsens, negiert aber nicht das Vorhandensein eines solchen.⁸⁸ Auffällig ist weiter, dass der vielfach beschworene Pluralismus nur in ethnisch und kulturell weitgehend homogenen Gesellschaften mit einem gemeinsamen Wertefundament zu tragen scheint, während tatsächlich vielfältige Gesellschaften zu meist von ethnischen Konflikten geprägt sind.⁸⁹

Unabhängig davon ist festzuhalten, dass sich die gesellschaftlich-autonome Bestimmung von Freiheitsgrenzen ange-

sichts der sozialen Umwälzungen und der Einsicht in die Unvollkommenheit einer rein formal verstandenen Privatautonomie als unzureichend erwiesen hat, die veränderten Problemstellungen zu bewältigen.⁹⁰ Die guten Sitten entwickelten sich zunehmend zu „Interventionsnormen“ des Staates⁹¹, die Verweisung auf Normen der Gesellschaft trat demgegenüber in den Hintergrund.⁹² Es kam zu einem umfassenden Bedeutungswandel der guten Sitten im Hinblick auf Inhalt, Zweck und Methode.

a) Der Inhaltswandel

Der Inhaltswandel ist gekennzeichnet durch den Ersatz „substantieller“ Verhaltensnormen durch „funktionelle“ Normen, die auf die Gewährleistung des reibungslosen Ablaufs einer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung gerichtet sind.⁹³ Der moralische Charakter der guten Sitten scheint vollends hinter den Zwecken staatlicher Wirtschaftspolitik und der Kontrolle sozialer Macht zurückzutreten.⁹⁴

Ein weiterer Aspekt des Inhaltswandels ist der Bedeutungszuwachs rechtsethischer Prinzipien, d.h. der Rechtsordnung selbst immanenter ethischer Werte.⁹⁵ Ihr Hervortreten scheint unterdessen berechtigt, da der Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebunden ist und von daher auf eine „herrschende Moral“ nur insoweit zurückgreifen darf, als diese nicht in Widerspruch zu Wertungen der Rechtsordnung steht.⁹⁶ In der Bezugnahme sowohl auf die „herrschende Moral“ als auch auf rechtsethische Prinzipien muss mit *Larenz* kein Widerspruch liegen, da beide Ausdruck „objektiver Sittlichkeit“ und daher „Sozialethik im weitesten Sinne“ seien.⁹⁷ Es wird heute weitgehend anerkannt, dass die guten Sitten durch rechts- und sozialetische Prinzipien geprägt werden.⁹⁸ Dies gilt nicht nur für den Begriff der guten Sitten in § 138 BGB, sondern kann entsprechend auf die

⁸¹ Vgl. *Raiser*, JZ 1958, 1 (2); *Wieacker* (Fn. 77), S. 546 ff.

⁸² Vgl. *Raiser*, JZ 1958, 1 (2).

⁸³ Vgl. *Raiser*, JZ 1958, 1 (3).

⁸⁴ Vgl. *Teubner* (Fn. 50), S. 56 f.; *Raiser*, JZ 1958, 1 (3).

⁸⁵ Siehe dazu *Canaris*, AcP 200 (2000), 273.

⁸⁶ Vgl. z.B. *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (348); *Medicus* (Fn. 15), Rn. 681; *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 826 Rn. 26; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 (11 f.); vgl. auch *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1 (32) sowie zum „Pluralismusargument“ *Seelmann/Demko* (Fn. 13), § 14 Rn. 7.

⁸⁷ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 11; *Larenz* (Fn. 27), S. 108 f.; *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (131); *Meyer-Cording*, JZ 1964, 273 (277 f.); *Wieacker*, JZ 1961, 337 (340, 342 f., 345); vgl. auch *Tillmanns*, in: Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003, S. 25.

⁸⁸ Vgl. *Larenz* (Fn. 27), S. 109.

⁸⁹ Siehe nur den Zerfall Jugoslawiens und den Bürgerkrieg in Afghanistan.

⁹⁰ *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (348); *Teubner* (Fn. 50), S. 57; *Raiser*, JZ 1958, 1 (3).

⁹¹ *Wieacker* (Fn. 77), S. 518, 521, 527, 541.

⁹² *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (348); *Teubner* (Fn. 50), S. 57.

⁹³ *Teubner* (Fn. 50), S. 59.

⁹⁴ Vgl. *Teubner* (Fn. 50), S. 57; vgl. auch *Raiser*, JZ 1958, 1 (7 ff.).

⁹⁵ *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (348); *Flume* (Fn. 16), S. 365 f.; *Larenz* (Fn. 27), S. 109 ff.; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 13, 16.

⁹⁶ *Larenz* (Fn. 27), S. 118 f.; *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 41 Rn. 15; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 39, Stand: 1.5.2016, § 138 Rn. 18; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 16.

⁹⁷ *Larenz* (Fn. 27), S. 117; vgl. auch *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 13; *Flume* (Fn. 16), S. 365 f.; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 89 f.

⁹⁸ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 11 ff.; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 19, 51, 52 ff., 58; *Wendtland* (Fn. 96), § 138 Rn. 16 ff.; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 12 ff.

guten Sitten in § 826 BGB⁹⁹, § 241 Nr. 4 AktG¹⁰⁰ und die Unlauterkeit in § 3 Abs. 1 UWG¹⁰¹ übertragen werden.¹⁰²

Sozialethische Prinzipien als übereinstimmende Wertvorstellungen innerhalb der Gesellschaft¹⁰³ sind zwar zunächst abstrakt, aber immerhin in gewisser Weise empirisch ermittelbar.¹⁰⁴ Mit den rechtsethischen Prinzipien steigt man jedoch in ungeahnte Höhen abstrahierender Vielfalt. Denn die rechtsethischen Prinzipien erfahren ihre Prägung durch eine Vielzahl ungeschriebener Wertmaßstäbe. Es geht um nicht weniger als die Wertungen der deutschen Grundrechte, der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, der Menschenrechte, des sekundären Unionsrechts sowie von Vorschriften und Grundsätzen des einfachen Gesetzesrechts.¹⁰⁵

b) Der Funktionswandel

Im Rahmen des Funktionswandels werden nach *Teubner* aus Rechtsanwendungsregeln Rechtsetzungsregeln bzw. Ermächtigungsnormen, womit eine umfangreiche Erweiterung des richterlichen Ermessensspielraumes einhergeht.¹⁰⁶

Zudem hat sich das Verhältnis von Inhalt und Zweck verändert. Nach der älteren Lehre lag der Zweck der guten Sitten als den Vorschriften der Sittlichkeit und Moral darin, „ein Minimum von sittlicher Handlungsweise im rechtlichen Verkehr zu erzwingen“¹⁰⁷. Der Zweck war demnach die Verwirklichung des Inhalts.

Wirft man einen Blick auf heute gängige Funktionszuschreibungen der guten Sitten, wird die Auflösung dieser Verbindung deutlich. So werden unter anderem angeführt: eine Elastizitätsfunktion¹⁰⁸, eine umfassende lückenfüllende

Funktion¹⁰⁹, im Hinblick auf soziale Normen eine Rezeptions-, Transformations- und Delegationsfunktion¹¹⁰ als auch eine Multifunktionalität¹¹¹.

Mit Blick auf § 138 BGB seien genannt: der Zweck einer Elimination¹¹² solcher für die Rechtsordnung unerträglicher und des Rechtsschutzes nicht würdiger Rechtsgeschäfte¹¹³ bzw. die Funktion, einem Missbrauch der Privatautonomie vorzubeugen¹¹⁴ und weiter ein Abschreckungszweck¹¹⁵ (auch Warnfunktion¹¹⁶, Abschreckungs- bzw. Präventivfunktion¹¹⁷).

Es tritt klar hervor, dass im Vergleich zum früheren substantiell-inhaltsbezogenen Zweckverständnis (Erzwingung von Sittlichkeit im Verkehr) die neueren Funktionszuschreibungen abstrakter und wertungsoffener sind. Das Verhältnis von Inhalt und Zweck der guten Sitten ist nach heutigem Verständnis rein funktioneller Natur.

c) Der Wandel der Methode

Da sich die (Un-)Werturteile, wie oben bereits dargelegt, aus abstrakten rechts- und sozialethischen Prinzipien ergeben und die Zwecke eines Inhaltsbezuges weitgehend entbehren, liegt der Schwerpunkt bei der Ermittlung des Sittenwidrigkeitsurteils heute auf der Methode. Diese erschöpft sich mittlerweile nicht mehr in der bloßen Rezeption gesellschaftlicher Normen, sondern erfordert vom Richter eine Interessenabwägung.¹¹⁸ In diesem Sinne wird heute die Ansicht von einem „beweglichen System“ der Sittenwidrigkeitskriterien vertreten. Einer bestehenden Hierarchie von Wertmaßstäben und Kriterien messen dessen Befürworter keine Bedeutung bei und stellen stattdessen auf eine Summenwirkung aller Faktoren ab.¹¹⁹ Die Kriterien der Interessenabwägung bzw. die

⁹⁹ *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 39, Stand: 1.11.2013, § 826 Rn. 3; a.A. *Oechsler* (Fn. 86), § 826 Rn. 27 ff.; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 826 Rn. 10.

¹⁰⁰ Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2013, 939 (941); *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 7; *Hüffer/Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2016, § 241 Rn. 8, 68 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kommentar zum AktG, 12. Aufl. 2016, § 241 Rn. 21; *Leinekugel*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, Ed. 27, Stand: 1.6.2016, Systematische Darstellungen, Beschlussanfechtung Rn. 19.

¹⁰¹ Vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 33. Aufl. 2015, § 3 Rn. 62; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 34. Aufl. 2016, § 3 Rn. 2.15; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Kommentar zum Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 6; anderer Auffassung *Sosnitza*, in: Münchener Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 60 f.

¹⁰² Vgl. *Teubner* (Fn. 50), S. 62.

¹⁰³ *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 14.

¹⁰⁴ Vgl. *Teubner* (Fn. 50), S. 25 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 16 ff., 20 ff., 40 ff.; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 50 ff.; *Wendtland* (Fn. 96), § 138 Rn. 17 f.; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 13.

¹⁰⁶ *Teubner* (Fn. 50), S. 59.

¹⁰⁷ v. *Tuhr* (Fn. 31), S. 23.

¹⁰⁸ Vgl. *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (108, 172 ff.).

¹⁰⁹ Vgl. *Sack*, WRP 1985, 1.

¹¹⁰ *Teubner* (Fn. 50), S. 61; siehe auch *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 3.

¹¹¹ *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (172).

¹¹² Vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 1; *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124 (125); *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (110).

¹¹³ Vgl. *Larenz/Wolf* (Fn. 15), § 41 Rn. 3; *Medicus* (Fn. 15), Rn. 680; *Wolf/Neuner* (Fn. 15), § 46 Rn. 1.

¹¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf WM 2015, 2085; *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 1; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 432; *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 2; *Wendtland* (Fn. 96), § 138 Rn. 2; zum Missbrauch der Vertragsfreiheit durch private Wirtschaftsmacht siehe *Raiser*, JZ 1958, 1 (6 f.).

¹¹⁵ *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 2.

¹¹⁶ *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 (110).

¹¹⁷ *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124 (125); *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 2.

¹¹⁸ Vgl. *Deutsch*, JZ 1963, 385 (389); *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (349 f.); *Kraft*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963 S. 43; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 (15 f.); *Sack*, WRP 1985, 1 (5); *Sack/Fischinger* (Fn. 19), § 138 Rn. 70 ff.; *Teubner* (Fn. 50), S. 44 f., 59; zur Struktur der Interessenabwägung vgl. *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 221 (248 ff.).

¹¹⁹ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 28), § 138 Rn. 27 ff.; *Mayer-Maly*, in: *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das Bewegliche

Sittenwidrigkeitskriterien sollen hierbei aus allem, was tatsächlich und rechtlich in irgendeiner Weise Einfluss zu nehmen vermag bestehen.¹²⁰ Daraus folgt, dass Interessenabwägung und „bewegliches System“ nur einen gesichtslosen Universalmaßstab bieten können.¹²¹

Aufzulösen wäre diese Unbestimmtheit durch eine Gewichtung der zu berücksichtigenden Wertungen. So z.B. indem man rechtsethischen Prinzipien gegenüber sozialetischen den Vorrang einräumt.¹²² Doch rechtsethische Wertmaßstäbe, wie z.B. jener der Grundrechte, enthalten ihrerseits Wertkonkurrenzen und Wertgegensätze¹²³, die eine Abwägung erforderlich und eine subjektive Gewichtung möglich machen.

Daher kommt dem Aspekt einer Konkretisierung der guten Sitten durch die Rechtsprechung eine gesteigerte Bedeutung zu. Hier wird zum einen vertreten, dass mit dem Fortgang der Rechtsprechung die Konkretisierung der guten Sitten voranschreitet und insofern die Bedeutung von Präjudizien betont.¹²⁴ Zum anderen beziehen die Vertreter des „beweglichen Systems“ vorhandenes Richterrecht in ihren Kriterienkatalog mit ein¹²⁵, relativieren allerdings dessen Bedeutung durch das schon erwähnte ergebnisoffene Zusammenspiel der Kriterien mit Blick auf die Summenwirkung.

Es liegen also aus methodologischer Sicht ein zunächst offener, sich jedoch stetig verfestigender Maßstab (Konkretisierung durch Präjudizien bzw. Fallgruppen) und ein immerwährend offener Maßstab („bewegliches System“ der Sittenwidrigkeitskriterien) vor. Weiterhin ist zu konstatieren, dass es bei der Auseinandersetzung zwischen dem Prinzip des Vorrangs der Rechtsethik und dem des beweglichen, interessenabwägenden Systems auf einer höheren Ebene um die Frage geht, ob das Urteil dogmatisch aus dem Recht gewonnen oder flexibel an Belangen der Praxis ausgerichtet werden soll.

System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 117; Sack, WRP 1985, 1 (10); Sack/Fischinger (Fn. 19), § 138 Rn. 70 ff.

¹²⁰ Armbrüster (Fn. 28), § 138 Rn. 33 ff.; Sack, WRP 1985, 1 (5 ff.); Sack/Fischinger (Fn. 19), § 138 Rn. 51.

¹²¹ Vgl. Ohly, AcP 201 (2001), 1 (16).

¹²² Vgl. Larenz (Fn. 27), S. 122; Larenz/Wolf (Fn. 15), § 41 Rn. 15; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 138 Rn. 6; Wendtland (Fn. 96), § 138 Rn. 18; Wolf/Neuner (Fn. 15), § 46 Rn. 16.

¹²³ Isensee, NJW 1977, 545 (549), vgl. Ohly, AcP 201 (2001), 1 (16).

¹²⁴ Ohly, AcP 201 (2001), 1 (17); Wolf/Neuner (Fn. 15), § 46 Rn. 17 Fn. 41; siehe auch Zippelius (Fn. 45), S. 61; kritisch zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen Weber, AcP 192 (1992), 516, vgl. dazu den Widerspruch durch Beater, AcP 194 (1994), 82, die Erwiderung Weber, AcP 194 (1994), 90 und die gegen Webers Ansicht gerichtete Stellungnahme von Mayer-Maly, AcP 194 (1994), 105 (133 ff.).

¹²⁵ Sack, WRP 1985, 1 (9); Sack/Fischinger (Fn. 19), § 138 Rn. 61 ff.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann hinsichtlich des Maßstabs der guten Sitten und dessen Wandel zweierlei festgehalten werden. War der Fokus der guten Sitten nach der klassisch-liberalen Auffassung grundsätzlich nach *außen* auf Normen der Gesellschaft gerichtet, so hat er sich im Laufe des 20. Jahrhunderts immer mehr nach *innen* gewendet und nimmt nun verstärkt auf rechtsethische Prinzipien Bezug. Zugleich hat sich der vom Verständnis der älteren Lehre her relativ *fest*, *geschlossen* und an konkreten Urteilen von Sittlichkeit und Moral ausgerichtete Maßstab der guten Sitten zu einem *offenen*, an abstrakten Werten orientierten und durch eine Interessenabwägung zu konkretisierenden Maßstab gewandelt. Es sind gleichwohl nicht sämtliche Sittenwidrigkeitsurteile früherer Zeiten obsolet geworden.¹²⁶ Doch wird heute Fragen der Rechtsmethodik sowie Imperativen der Rechts- und Wirtschaftspolitik regelmäßig eine größere Bedeutung beigemessen als soziologischen Momenten.

3. Chancen und Gefahren des offenen Maßstabs der guten Sitten

Durch den wertungsoffenen Maßstab der guten Sitten ergibt sich einerseits die Chance der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit und der Abschirmung individueller Freiheit gegen die Beschränkung durch moralische Zwänge.¹²⁷ Andererseits birgt die heutige Bestimmung der guten Sitten gewisse Gefahren. Die Offenheit des Maßstabs lässt beinahe jedes beliebige Ergebnis zu, wenn man es nur nach den Regeln juristischer Methodik begründen kann.

Zudem besteht schon im Hinblick auf Generalklauseln im Allgemeinen – eingedenk der parteipolitisch beeinflussten Besetzung höchstrichterlicher Ämter – eine gesteigerte Möglichkeit mittelbarer politischer Einflussnahme über die Rechtsprechung. Ein wertungsoffener Maßstab erhöht in diesem Zusammenhang den „rechtspolitischen“ Spielraum beträchtlich.

IV. Fazit

Es wurde herausgearbeitet, dass die Bedeutung der guten Sitten vor allem in ihrer potentiell umfassenden freiheitsbeschränkenden Wirkung liegt. Da der Maßstab der guten Sitten in Folge eines Bedeutungswandels im 20. Jahrhundert eine Metamorphose von einem tendenziell geschlossenen hin zu einem offenen Maßstab durchlaufen hat, stieg die Relevanz methodologischer Fragestellungen. Zudem bedingt die Offenheit des Maßstabs der guten Sitten neben der Möglichkeit zur Würdigung des Einzelfalls die Gefahr beliebiger richterlicher Entscheidungen. Dieser mit den Sittenwidrigkeitsklauseln verbundenen Problematik wird man allein dogmatisch nicht Herr werden können. Nach hier vertretener Auffassung garantiert vor allem ein hohes Niveau der fachli-

¹²⁶ Vgl. Teubner (Fn. 50), S. 60; siehe auch die Ähnlichkeit der Fallgestaltungen bei v. Tuhr (Fn. 31), S. 25 ff. und Flume (Fn. 16), S. 368 ff.

¹²⁷ Zur Problematik des uneingeschränkten Vorrangs individueller Freiheit siehe oben Abschnitt II. 1. a).

chen, staatsbürgerlichen und humanistischen Bildung der (Nachwuchs-)Juristen eine angemessene und behutsame Anwendung der guten Sitten und anderer Generalklauseln.