

Academia Iuris

Allgemeiner Teil des BGB

von

Prof. Dr. Hans Brox, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker

34., neu bearbeitete Auflage

Allgemeiner Teil des BGB – Brox / Walker

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen – Zivil- und Zivilverfahrensrecht allgemein – Zivilrecht – Academia Iuris

Verlag Franz Vahlen München 2010

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4141 3

4. Öffentliche Beglaubigung

305

Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 I). Durch Landesrecht kann die Zuständigkeit für die öffentliche Beglaubigung von Abschriften oder Unterschriften auch anderen Personen oder Stellen (z.B. Ortsgerichten nach § 13 I Hess OrtsgerichtsG) übertragen werden (§ 63 BeurkG). Die Beglaubigung bezieht sich nur auf die Unterschrift, nicht auf den Text der Urkunde. Der Notar bestätigt auf der Urkunde, dass die Unterschrift von dem herrührt, der die Erklärung wirklich abgegeben hat, indem er in seinem Beglaubigungsvermerk die Person bezeichnet, welche die Unterschrift vollzogen hat (§ 40 III BeurkG). Demnach dient die Beglaubigung dazu, die Echtheit einer Urkunde zu beweisen. Das ist oft bei der Abgabe einer Erklärung gegenüber einer Behörde erforderlich.

So bedürfen etwa wichtige Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt (vgl. § 29 GBO) sowie Anmeldungen zur Eintragung in das Vereinsregister (§ 77) und das Handelsregister (vgl. § 12 HGB) der notariellen Beglaubigung.

Von der öffentlichen Beglaubigung zu unterscheiden ist die *amtliche Beglaubigung* durch eine Verwaltungsbehörde, mit der etwa die Übereinstimmung einer Kopie oder Abschrift mit der Originalurkunde bescheinigt wird. Sie wird nicht von § 129 erfasst, und auch die Vorschriften des BeurkG gelten für sie nicht (§ 65 BeurkG). Maßgeblich sind die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder (vgl. §§ 33 f. VwVfG).

5. Notarielle Beurkundung

306

Die notarielle Beurkundung einer Erklärung erfolgt in einem besonderen Verfahren vor dem Notar. Die Erklärung wird nach Beratung durch den Notar diesem gegenüber abgegeben, niedergeschrieben, dem Erklärenden vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben; der Notar unterzeichnet anschließend die Niederschrift (vgl. §§ 8 ff. BeurkG). Die Urkunde liefert Beweis dafür, dass der Erklärende die beurkundete Erklärung vor dem Notar abgegeben hat. Die Beurkundung ersetzt die schriftliche Form und die öffentliche Beglaubigung (§§ 126 IV, 129 II) und damit auch die Textform sowie die elektronische Form. Die notarielle Beurkundung ihrerseits wird bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme des Vergleichs in das Gerichtsprotokoll ersetzt (§ 127 a).

Der Beurkundung bedürfen besonders wichtige Verträge, wie etwa ein Verpflichtungsvertrag zur Übereignung eines Grundstücks (vgl. § 311 b I 1) und ein Schenkungsversprechen (vgl. § 518 I).

Grundsätzlich ist nicht die gleichzeitige Beurkundung des Angebots und der Annahme erforderlich; es genügt vielmehr, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags beurkundet wird (§ 128; Sukzessivbeurkundung). Dann kommt der Vertrag, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, schon mit der Beurkundung der Annahme und nicht erst mit deren Zugang zustande (§ 152; Rn. 184).

6. Abgabe vor einer Behörde

307

Ist die Abgabe von Erklärungen vor einer Behörde vorgeschrieben, so muss dies in wichtigen Fällen bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten erfolgen.

So müssen die Eheschließenden die Erklärungen zur Eingehung der Ehe vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit und persönlich abgeben (§ 1310 ff.). Veräußerer und Erwerber eines Grundstücks müssen die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar erklären (§ 925 I); persönliches Erscheinen ist hier allerdings nicht erforderlich, die Beteiligten können sich vertreten lassen.

308 IV. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form

1. Nichtbeachtung der gesetzlichen Form

a) *Nichtig* ist ein Rechtsgeschäft, bei dem die durch Gesetz vorgeschriebene Form nicht beachtet ist (§ 125 S. 1).

Da V im **Fall b** weder die Schriftform noch die elektronische Form für die Kündigung eingehalten hat, ist die Kündigung nichtig.

aa) Ist eine *Nebenabrede* eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formlos, der Hauptteil des Geschäfts dagegen formgerecht abgeschlossen, so ist die Nebenabrede nach § 125 S. 1 nichtig, während sich die Wirksamkeit des Hauptteils nach § 139 (Rn. 353) richtet. Danach ist im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen worden wäre.

Im **Fall d** ist die Ratenzahlungsvereinbarung nach § 125 S. 1 i.V.m. § 311 b I 1 nichtig. Hätten V und K den Kaufvertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ratenvereinbarung nicht geschlossen, weil es ihnen besonders auf die Ratenzahlungen ankam, so ist auch der beurkundete Hauptteil des Vertrages nichtig (§§ 139, 125 S. 1; 311 b I 1).

309 bb) *Abänderungen* eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich ebenfalls formbedürftig und deshalb bei Formmangel nichtig, sofern es sich um rechtlich erhebliche Änderungen handelt.²⁰⁰ Das gilt nicht, wenn die Verpflichtung desjenigen, der durch die Form geschützt wird, nur eingeschränkt werden soll, weil er dann keines Schutzes bedarf.

Wird etwa ein Bürgschaftsvertrag, durch den der Bürge B verpflichtet ist, für eine Schuld von 1.000 € einzustehen, so abgeändert, dass B für 1.500 € haften soll, so bedarf das erweiterte Versprechen der Schriftform, da § 766 S. 1 den Bürgen schützen will. Wird die Bürgschaftsverpflichtung dagegen auf 700 € ermäßigt, so bedarf das Einverständnis des B zur Ermäßigung nicht der Schriftform; B braucht keinen Schutz, da sich seine Verpflichtung verringert.

310 b) Bei bestimmten formbedürftigen Rechtsgeschäften kann eine *Heilung des Formmangels* eintreten. Durch die Heilung wird das formlose Rechtsgeschäft wirksam; bei Grundstücksveräußerungsverträgen (vgl. § 311 b I 2), Schenkungsversprechen (vgl. § 518 II) und Bürgschaften (vgl. § 766 S. 3) tritt die Heilung ein, wenn die formlos versprochene Leistung bewirkt worden ist. Grund für die Heilung ist vor allem der Gedanke der Rechtssicherheit. Es soll vermieden werden, dass sachenrechtlich abgeschlossene Verhältnisse bis zum Ablauf der Verjährung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unterliegen.²⁰¹ Außerdem ist die Warn- und Beweisfunktion nach erfolgter Erfüllung entbehrlich. Den genannten Bestimmungen kann aber ein allge-

²⁰⁰ BGH ZIP 2001, 883 (884) (rechtliche Erheblichkeit verneint); NJW 1996, 452.

²⁰¹ BGH DB 2005, 663.

meiner Grundsatz der Heilung von Formvorschriften durch Erfüllung nicht entnommen werden.

Wenn V und K im **Fall d** das Grundstück auflassen und die Eintragung des K als Eigentümer im Grundbuch erfolgt ist (vgl. §§ 873 I, 925 I), kann V von K nicht die Rückübereignung nach § 812 I mit der Begründung verlangen, der Kaufvertrag sei formnichtig und deshalb sei die Übereignung ohne Rechtsgrund erfolgt. Nach § 311 b I 2 ist nämlich mit Auflassung und Eintragung der Formmangel der Nebenabrede geheilt und damit der Kaufvertrag Rechtsgrund für die Übereignung.

c) Im Einzelfall kann es *gegen Treu und Glauben* verstoßen, wenn eine Partei die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels geltend macht (vgl. § 242). Die Durchbrechung des Formzwangs aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit muss aber auf wenige Ausnahmen beschränkt bleiben; andernfalls würden die Formvorschriften ausgehöhlt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen schuldrechtlichen Rechtsgeschäften, die grundsätzlich nur die Interessen der Geschäftspartner berühren, und solchen Rechtsgeschäften wie etwa Verfügungen, die öffentliche Interessen oder Belange Dritter berühren. 311

aa) Bei *schuldrechtlichen Verträgen* hat die Rechtsprechung oft hervorgehoben, dass nur in Ausnahmefällen zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse auf Grund des § 242 vom Formzwang abgesehen werden könne und dass es nicht genüge, wenn die Ergebnisse für den Betroffenen hart seien.²⁰² Die Formel ist jedoch zu unklar und führt nicht weiter. Es müssen deshalb Fallgruppen gebildet werden; sie können nicht abschließend sein.²⁰³ 312

(1) *Haben die Parteien den Mangel der Form gekannt* und dennoch die Formvorschrift nicht beachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Der durch den Formmangel Geschädigte verdient nicht den Schutz, dass das Geschäft als wirksam angesehen wird, da er den Formfehler kannte. 313

(2) *Hat eine Partei die andere über die Formbedürftigkeit arglistig getäuscht*, so kann der Täuschende die Erfüllung des Vertrages nicht mit der Begründung verweigern, dass die Form fehle. Verlangt der Getäuschte Erfüllung, so muss der Vertrag im Interesse des Getäuschten als wirksam behandelt werden. 314

Hat G im **Fall e** auf das Wort des fachkundigen R vertraut und kannte er die Formbedürftigkeit des Bürgschaftsversprechens nicht, so kann er von R trotz Nichtigkeit der Bürgschaft Zahlung verlangen.

(3) *Haben die Parteien die Formbedürftigkeit des Vertrages nicht gekannt und beachtet die Nichtbeachtung der Form auf Fahrlässigkeit*, so kann der Vertrag grundsätzlich nicht als wirksam behandelt werden. 315

Verkauft V sein Grundstück mündlich an K und vergessen die Parteien, die notarielle Beurkundung des Vertrages nachzuholen (vgl. § 311 b I 1), so ist der Vertrag nichtig; V und K verdienen keinen Schutz. Daran ändert sich nichts, wenn nur V die Formbedürftigkeit infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte, K aber auf die Erklärungen des V vertrauen durfte. K kann dann aber einen Schadensersatzanspruch gegen V wegen Pflichtverletzung beim Zustandekommen des Vertrages haben (culpa in contrahendo; §§ 280 I, 241 II, 311 II).

²⁰² BGHZ 29, 10; 48, 398; BGH NJW 1978, 102; DB 1990, 878.

²⁰³ Einzelheiten: *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 41 ff.; *Erman/Palm*, § 125 Rn. 23 ff.

- 316 bb) Bei *Verfügungen* (Rn. 104) kann der Formzwang nicht durch § 242 durchbrochen werden. Denn die Verfügungen wirken absolut und berühren deshalb Interessen Dritter; hier geht das Interesse an der Verkehrssicherheit vor.

317 2. Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlichen Form

a) Das Recht der Parteien, durch Rechtsgeschäft die Einhaltung einer Form zu vereinbaren, beruht auf der Privatautonomie (Rn. 25). Deshalb richten sich die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung einer vereinbarten Form ebenfalls nach dem Willen der Parteien. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln. Kann insoweit kein Wille festgelegt werden, greift § 125 S. 2 ein. Danach hat *der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit zur Folge*.

Die Auslegung kann ergeben, dass die Parteien die vereinbarte Form als *Wirksamkeitsvoraussetzung* des Rechtsgeschäfts *oder* nur als *Beweissicherungsmittel* gewollt haben. Im ersten Fall wird erst durch die Einhaltung der Form das Rechtsgeschäft wirksam (= konstitutive Wirkung); die Nichteinhaltung der Form hat Nichtigkeit zur Folge. Im zweiten Fall dient die Form nur der Sicherung des Beweises (= deklaratorische Wirkung); ihre Nichtbeachtung beeinträchtigt die Wirksamkeit nicht.

Im **Fall c** ist die Formabrede, die Kündigung als Einschreiben zugehen zu lassen, nicht beachtet. Mit dem Einschreibebrief wollen die Parteien meistens erreichen, dass die Erklärung dem Empfänger sicher zugeht und der Nachweis des Zugangs leicht erbracht werden kann. Deshalb dient die Form der Beweissicherung und berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht, wenn sie auf andere Weise tatsächlich zugegangen ist.²⁰⁴

Haben die Parteien eine Beurkundung des Vertrages vereinbart, ist der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist (§ 154 II; Rn. 255).

- 318 b) Eine *Vereinbarung der Form* kann von den Parteien jederzeit wieder *aufgehoben werden*. Dies ist ausdrücklich, aber auch stillschweigend möglich, indem die Parteien das Rechtsgeschäft formlos abschließen und damit die Aufhebung der Formvereinbarung zu erkennen geben.

Beispiel: Wollen V und K den Kaufvertrag über einen Pkw schriftlich abschließen, tun sie es aber nicht, sondern übereignen sie sofort den Pkw gegen Barzahlung, so ist der Kaufvertrag wirksam. Die beiderseitige Erfüllung spricht dafür, dass die Parteien die Formabrede abbedungen haben.

Eine sogenannte einfache Schriftformklausel in einem Vertrag (»Änderungen bedürfen der Schriftform«) verhindert also nicht, dass der Vertrag formlos abgeändert wird. Wollen die Vertragsparteien das verhindern, müssen sie eine sogenannte doppelte Schriftformklausel vereinbaren (»Änderungen bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für eine Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses«).

²⁰⁴ BGH NJW 2004, 1320; NJW-RR 1996, 866 (867).

Formvorschriften für Rechtsgeschäfte

I. Sinn

1. Beweisfunktion
2. Warnfunktion
3. Beratungsfunktion

II. Arten

1. Textform (§ 126 b), z.B. bei § 355 II, I 2
2. Schriftform (§§ 126, 127)
 - a) Gesetzliche Schriftform (§ 126), z.B. §§ 623, 766
 - b) Vertragliche Schriftform (§ 127)
3. Elektronische Form als Ersatz für Schriftform (§§ 126a, 126 III)
4. Öffentliche Beglaubigung (§ 129), z.B. § 29 GBO
5. Notarielle Beurkundung (§ 128), z.B. §§ 311 b I, 518
6. Abgabe vor einer Behörde bei gleichzeitiger Anwesenheit, z.B. §§ 925 I, 1310 ff.

III. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form

1. Nichtbeachtung der gesetzlichen Form
 - a) Grundsatz: Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 1)
 - b) Heilung des Formmangels gem. §§ 311 b I 2, 518 II, 766 S. 3
 - c) In Ausnahmefällen Berufung auf Formnichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 242 unzulässig
2. Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlichen Form
 - a) Im Zweifel Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 2)
 - b) Aber: jederzeit Aufhebung des Formerfordernisses möglich

§ 14 Inhaltliche Schranken des Rechtsgeschäfts

319

Literatur: Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962; Beater, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, AcP 197 (1997), 505; Bezenberger, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395; Bülw, Grundfragen der Verfügungsverbote, JuS 1994, 1; Cahn, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, 8; Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983; Eckert, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), 337; H. Honsell, Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JA 1986, 573; Jung, Wucherähnliches Rechtsgeschäft – Tatbestand und Beweis, ZGS 2005, 95; Kreft, Privatautonomie und persönliche Verschuldung, WM 1992, 1425; Majer, Sittenwidrigkeit und Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, 1926; Mayer-Maly, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596; Otte, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, JA 1985, 192; Petersen, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Jura 2003, 532; Schmoeckel, Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 1; Timm, Außenwirkungen vertraglicher Verfügungsverbote?, JZ 1989, 13; Schnabl, Das Ende der Sittenwidrigkeit sog. Geliebtentestamente?, Jura 2009, 161; Schreiber, Veräußerungsverbote, Jura 2008, 261; Ulrici, Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz, JuS 2005, 1073; E. Wagner, Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit und § 137 S. 1 BGB, AcP 194 (1994), 451; Willingmann, Systemspielverträge im Spannungsfeld zwischen Zivilrechtsdogmatik, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, VuR 1997, 299.

Fälle:

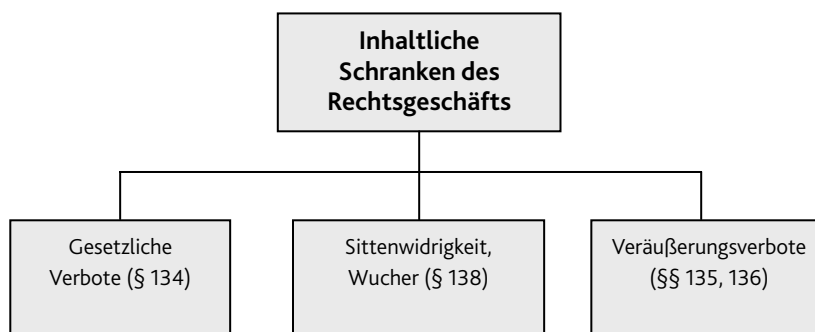
- a) Bäckermeister B kündigt seinem Gesellen, weil dieser der Gewerkschaft beigetreten ist, und verkauft Brötchen unter Verstoß gegen das Ladenschlussgesetz nach Ladenschluss. Gültig? **(Rn. 323)**
- b) Weil dem Gastwirt W die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte wegen Trunksucht entzogen worden ist, verkauft er die Gaststätte an K und vereinbart mit ihm, als dessen Geschäftsführer die Wirtschaft zu führen. Gültig? **(Rn. 328)**
- c) Die Bank B vereinbart mit ihrem stark verschuldeten Kunden K, dass dieser alle seine Maschinen an B zwecks Sicherung eines Kredits zu Eigentum übertragen soll, um dadurch B zum Nachteil der übrigen Gläubiger besonders abzusichern. Entsprechend dieser Verpflichtung übereignet K die Maschinen an B. Wirksam? **(Rn. 334, 340)**
- d) Der inhaftierte G verspricht dem nikotinsüchtigen Mithäftling H seine Zigarettenration, wenn H aus der Kirche austrete. Kann H nach erfolgtem Kirchenaustritt von G die Zigaretten verlangen? **(Rn. 337)**
- e) A gibt dem B, der zuvor seine äußerst prekäre finanzielle Lage geschildert hat, ein Darlehen, das mit 10 % pro Monat verzinst werden soll. **(Rn. 344, 345, 346)**

Rechtsgeschäfte müssen einen zulässigen Inhalt haben, um wirksam zu sein. Der Schutz überragender Interessen der Allgemeinheit gebietet eine Beschränkung der Möglichkeit, den Inhalt von Rechtsgeschäften frei zu gestalten. Diesen Schutz verfolgen die §§ 134, 138. Danach sind Rechtsgeschäfte nichtig, deren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

Abgesehen davon kann eine Einzelperson Interesse daran haben, dass ihre Rechtsstellung nicht durch Rechtsgeschäfte eines anderen beeinträchtigt wird. Ihrem Schutz dienen die Veräußerungsverbote der §§ 135 ff.

320 I. Gesetzliche Verbote

Nach § 134 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Für die Rechtsfolge der Nichtigkeit muss also zum einen ein Verbotsgesetz vorliegen und zum anderen der Verstoß gegen das Verbot zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen. Ob eine Rechtsnorm ein gesetzliches Verbot enthält und ob bei einem Gesetzesverstoß die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Geschäfts eingreift, lässt sich jedoch aus § 134 nicht entnehmen. Vielmehr muss das durch Auslegung nach Sinn und Zweck der einzelnen Gesetzesvorschrift ermittelt werden.



1. Verbotsgesetze

321

Da »Gesetz« im Sinne des BGB jede Rechtsnorm ist (vgl. Art. 2 EGBGB), können nicht nur formelle Gesetze wie etwa das BGB oder das GG²⁰⁵, sondern auch Rechtsverordnungen (Rn. 5), autonome Satzungen (Rn. 6), Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts (Rn. 7) und das Gewohnheitsrecht (Rn. 8) Verbotsgesetze enthalten. Die Auslegung der Rechtsnorm kann ergeben, dass ein Rechtsgeschäft wegen der besonderen Umstände, unter denen es vorgenommen wird, wegen seines Inhalts oder wegen seines bezweckten Rechtserfolges untersagt ist. Dabei bietet der Gesetzeswortlaut einen Anhaltspunkt. Zwar enthalten die meisten Verbotsbestimmungen nicht Ausdrücke wie »verbieten« oder »untersagen«; jedoch deuten in der Regel die Formulierungen »darf nicht«, »ist unzulässig«, »ist nicht übertragbar« darauf hin, dass die Rechtsordnung die Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäfts missbilligt.

Beispiele: § 259 StGB (Ankauf gestohlener Sachen); § 284 I StGB (verbotenes Glücksspiel); § 334 I StGB (Schenkung zur Bestechung eines Amtsträgers); Art. 3 I GG (Willkürverbot als Ausfluss des Gleichheitsgrundsatzes²⁰⁶); § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz - RDG²⁰⁷ (Erlaubnispflicht der selbstständigen Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen; dazu Rn. 326).²⁰⁸

2. Folgen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz

322

Nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Nach § 134 ist nämlich ein Rechtsgeschäft wegen eines Gesetzesverstoßes nur dann nichtig, wenn sich aus der Verbotsnorm nicht ein anderes ergibt.

a) Es gibt Verbotsgesetze, die sich nur gegen die Art und Weise wenden, in der das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird (*Ordnungsvorschriften*). Sie wollen den Erfolg des Rechtsgeschäfts nicht verhindern. Deshalb führt ein Verstoß gegen eine solche Ordnungsvorschrift nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. 323

So will das Ladenschlussgesetz nicht verhindern, dass B im **Fall a** überhaupt Brötchen verkauft. Vielmehr soll ein Verkauf aus Gründen des Schutzes der Arbeitnehmer nur zu bestimmten Zeiten erfolgen. Die Gültigkeit eines Lebensmittelverkaufs außerhalb der Ladenzeiten will das Ladenschlussgesetz jedoch nicht ausschließen.

b) Andere Verbotsnormen wollen Rechtsgeschäfte wegen ihres Inhalts verhindern. Bei einem Verstoß gegen ein solches *Inhaltsverbot* tritt als Rechtsfolge regelmäßig die Nichtigkeit des Geschäfts ein. 324

aa) Wendet sich das *Verbotsgesetz* jedoch *nur gegen das Verhalten einer Partei* des Rechtsgeschäfts, so ist besonders zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft nichtig oder ob es im Interesse der redlichen Partei gültig sein soll. 325

Beispiele: Kommt ein Kaufvertrag durch Betrug des Verkäufers zustande, so verstößt das Rechtsgeschäft gegen § 263 StGB. Obwohl dem Verkäufer ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorzuwerfen ist, kann der redliche Käufer ein Interesse daran haben, dass der Kaufvertrag dennoch gültig bleibt; dieser ist daher nicht von vornherein nichtig, sondern nur durch Anfechtung

205 Zur Anwendbarkeit des § 134 bei Grundrechtsverstößen BGH NJW 2004, 1031; NJW 1976, 709.

206 Dazu BGH NJW 2004, 1031 (nach § 134 unwirksame Kündigung eines Kontos der »Republika-ner« durch die Postbank).

207 Schönfelder, Deutsche Gesetze, Ergänzungsband Nr. 99.

208 Einzelfälle: *Erman/Palm*, § 134 Rn. 19 ff.; *Palandt/Ellenberger*, § 134 Rn. 14 ff.

des Käufers wegen arglistiger Täuschung (§ 123; Rn. 450) vernichtbar. – Verstößt beim Abschluss eines Werkvertrages der Unternehmer gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und kennt der Besteller den Verstoß nicht, so gebieten es die Interessen des gesetzestreuen Bestellers, ihm seine Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zu belassen; deshalb ist der Vertrag nicht nach § 134 nichtig.²⁰⁹ Selbst dann, wenn bei Abschluss eines Werkvertrages vereinbart wird, dass der Unternehmer »ohne Rechnung« bezahlt werden soll, führt die damit erleichterte Steuerhinterziehung nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages; diese tritt nach der Rechtsprechung nur dann ein, wenn die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages ist.²¹⁰

- 326 bb) Richtet sich das Verbotsgesetz gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts, führt ein Gesetzesverstoß grundsätzlich zur *Nichtigkeit nur des Verpflichtungsgeschäfts*. Die in Erfüllung des nichtigen Verpflichtungsgeschäfts erfolgten Verfügungen bleiben wirksam, können aber über die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 ff. rückabgewickelt werden (beachte aber § 817).

Beispiel: Wenn jemand durch Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675) mit der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten beauftragt wird, obwohl er dazu keine Erlaubnis nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz hat, ist nur der Geschäftsbesorgungsvertrag sowie eine dafür gegebenenfalls erteilte Vollmacht²¹¹, nicht dagegen die Übereignung des Honorars nichtig. Dieses ist aber mangels wirksamer Verpflichtung ohne Rechtsgrund gezahlt und kann nach § 812 I 1, 1. Fall zurück gefordert werden.

Aus dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes kann sich ergeben, dass neben dem Verpflichtungsgeschäft auch eine zur Durchführung der verbotenen Tätigkeit erteilte *Vollmacht nach § 134 unwirksam* ist.

Beispiel: Bei dem Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz ist neben dem Geschäftsbesorgungsvertrag auch die zur Ausführung des Vertrags erteilte Vollmacht unwirksam.²¹² Der Beauftragte handelt dann, wenn er im Namen des Auftraggebers handelt, ohne Vertretungsmacht, sofern nicht die Voraussetzungen für eine Rechtsscheinvollmacht vorliegen (dazu Rn. 560, 562 ff.).

- 327 cc) Wenn durch das Verbotsgesetz nicht allein der Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts missbilligt, sondern darüber hinaus auch eine Verschiebung der Güter untersagt wird, dann ist außer dem Verpflichtungs- *auch das Verfügungsgeschäft nichtig*. In diesen Fällen der Fehleridentität bleibt der über sein Eigentum Verfügende weiterhin Eigentümer; er kann sein Eigentum nach § 985 herausverlangen.

Beispiele: Aus dem Verbot des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 I Nr. 1 Betäubungsmittelgesetz – BtMG) folgt nicht nur die Nichtigkeit des Kaufvertrages, sondern auch diejenige der Übereignung der Drogen und des als Kaufpreis gezahlten Geldes.²¹³ – Verspricht A dem Finanzbeamten B einen Geldbetrag, wenn B die Steuerschuld des A zu niedrig festsetzt, so ist nicht nur die Verpflichtung des A, sondern auch die Übereignung des Geldes an B wegen Verstoßes gegen § 334 I StGB nach § 134 nichtig.

328 3. Umgehungsgeschäfte

Die Rechtsfolge des § 134 erfasst auch die sog. Umgehungsgeschäfte. Darunter versteht man Rechtsgeschäfte, die den vom Verbotsgesetz missbilligten Erfolg auf einem Weg zu erreichen suchen, den die Verbotsnorm nicht erfasst. Für diese Geschäfte gilt

²⁰⁹ BGHZ 89, 373.

²¹⁰ BGH NJW-RR 2001, 380 f.

²¹¹ BGH NJW 2006, 2118 (2119), noch zum früheren Rechtsberatungsg.

²¹² Ständige Rechtsprechung zum früheren Rechtsberatungsg.; siehe nur BGH NJW 2008, 3357; NJW 2005, 2983; ZIP 2002, 1191 (1192 f.).

²¹³ BGH NJW 1983, 636.