Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

Grüneberg

86. Auflage 2027
ISBN 978-3-406-84900-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

hältn, ja, bei mehrjähr Kündiggsfrist wg Verstoß gg HGB 89 II 1 (BGH NJW **16**, 242 Tz 26 ff). Vertr Bestimmg, nach der bei Kündigg langfrist Vorschusszahlgen vom HandelsVertr sofort rückzahlb waren, ja wg Verstoß gg HGB 89a I 1 (BGH BeckRS **23**, 2728. Vertr Bestimmg, nach der ein Teil der laufd zu zahlden HandelsVertrVergütg auf den künft AusgleichsAnspr angerechnet wird, ja wg Verstoß gg HGB 89b IV 1 (BGH BeckRS **16**, 13795). – **Handwerksordnung:** WerkVertr mit einem nicht in die Handwerkerrolle eingetragenen Handwerker nein (BGHZ **88**, 242, OLG Düsseldorf NJW-RR **96**, 661, BayObLGZ **99**, 318/20). – **Haushaltsvorschriften:** Vorschr über die Austellg des Haushaltsplanes sind keine Verbotsgesetze, sie binden die Verwaltg, haben aber keine unmittelb Außenwirkg (BGH BeckRS **14**, 09839 Tz 10), bei schweren Verstößen kann aber § 138 anwendb sein (→ § 138 Rn 87). Vgl auch → Rn 23 „Staatsvermögen". – **Heilbehandlungsvertrag** ohne die Erlaubn gem BÄrzteO 2 II, ja (BAG BB **05**, 782, OLG Düsseldorf NJW **88**, 2308), ohne die Erlaubn gem HeilpraktikerG 5, ja (OLG München NJW **84**, 1826, BVerfG NJW **88**, 2290, 2295); das HeilpraktikerG ist aber unanwendb, wenn Räumlichk auf eine Belastg mit „Erdstrahlen" untersucht werden sollen (BGH VersR **88**, 81). – **Heilmittelwerbung:** Zusichg von Einkünften für strafb Heilmittelwerbg, ja (BGHZ **53**, 156/58), doch kann sich für den Werbeleiter ein VergütgsAnspr aus arbeitsrechtl Grds ergeben (→ Einf § 145 Rn 29). – **Heimgesetz:** Nach der **19**
Förderalismusreform sind die Länder gem GG Art 74 I Nr 7 für das Heimrecht zuständ, das HeimG gilt nach GG Art 125 I als BundesR fort, kann aber dch LandesR ersetzt werden, wovon fast alle Länder Gebrauch gemacht haben. Da die Rspr zu den Verboten des HeimG auch für die Ländergesetze Bedeutg haben kann, wird sie nachfolgd noch dargestellt. HeimpflegeVertr ohne die Betriebsgenehmigg gem § 6, nein (s OLG Hamburg MDR **73**, 758, Parallelfall zu BGHZ **78**, 271). In einem ErbVertr enthaltener PflegeVertr mit einem MissVerh von Leistg u Entgelt, wg Verstoßes gg § 4 III ja (OLG München ZEV **96**, 148). Zuwendgen unter Verstoß gg § 14, ja (BGHZ **110**, 237). Maßgebd ist der Ztpkt des Erbfalls u nicht der der Errichtg der letztwnVfg (Litzenburger FD-Erb **10**, 307114, Bartels ZEV **11**, 79, aA OLG Stuttgart NJW-RR **11**, 85). Das Verbot ist verfassgsgem (BVerfG NJW **98**, 2964); es erfasst auch Kleinstheime, nicht aber die Betreuung in der Fam (BayObLG NJW-RR **99**, 1454, Niemann ZEV **98**, 419), dch eine private PflegePers (Suyter ZEV **03**, 104) od dch ambulante Pflegedienste (OLG Düsseldorf FGPrax **01**, 122). Auf das Verh zw Betreuer u Betreutem ist § 14 nicht (auch nicht analog) anwendb (BayObLG NJW **98**, 2369, Müller ZEV **98**, 219). Unter § 14 fallen auch testamentar Zuwendgen, wenn der Bedachte von ihnen weiß u der Heimbewohner von diesem Wissen Kenntn hat (BGH NJW **12**. 155 Tz 15). Er erfasst auch Zuwendgen an Heimmitarbeiter, die für den Heimbewohner nicht mehr zuständ sind (BayObLG NJW-RR **04**, 1591), an Kinder des Heimleiters (OLG Düsseldorf ZEV **97**, 1541), an den AlleinGesellschter des als GmbH betriebenen Heims od dessen Ehefrau (BGH NJW **00**, 1875) u an die Ehefrau eines Heimbediensteten (OLG Frankfurt a. M. NJW **01**, 1504). Er gilt auch für Zuwendgen u letztw Vfgen vor Aufnahme in das Heim (BGH NJW-RR **95**, 1272) od von Angehörigen der Heimbewohner (OLG München NJW **06**, 2642), nicht aber für letztw Vfgen zG des Eigtümers u Vermieters des Gebäudes, in dem das Heim betrieben wird (BayObLG DNotZ **03**, 873) od zG eines Dritten, auch wenn sie eine das Heim begünstigde Auflage enthalten (BayObLG NJW **00**, 1959). Letztw Vfgen sind wirks, wenn der Heimträger ohne sein Wissen bedacht worden ist (BGH NJW **12**, 155 Tz 16). Das gilt auch dann, wenn nach dem Tod des Dritten, von dessen letztw Zuwendg der Heimträger keine Kentn hatte, der HeimVertr fortbesteht u auch dann, wenn der Heimbewohner als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt worden ist (BGH NJW **12**, 155 Tz 18 ff). Der Heimträger muss sich das Wissen seiner Wissensvertreter zurechnen lassen (BayObLG NJW **93**, 1143; OLG Karlsruhe ZEV **96**, 146; → § 166 Rn 6). Auch eine vom Träger erst nach dem Tod des Heimbewohners angenommene Schenkg ist unwirks, wenn ein Wissensvertreter zu Lebzeiten des Heimbewohners von der Schenkgsofferte Kenntn hatte (OLG Karlsruhe ZEV **96**, 146). – **Kartellrecht:** Verbot der Weitergabe von Provision der Reisebüros an Kunden, ja, Verstoß gg GWB 14 (OLG München NJW-RR **05**, 770). Vertr, der dem Mitgl eines nach dem GWB nichtigen Kartells Sondervorteile einräumt, ja (OLG Frankfurt a. M. OLGZ **68**, 283); Verstoß gg das Verbot unterschiedl Behandlg (GWB 20), uU ja (OLG Hamburg WRP **85**, 433, OLG Stuttgart NJW-RR **97**, 1541); FolgeVertr zw KartellMitgl u Dritten in den unzuläss Kartellabreden übernommen werden, nein (OLG Celle NJW **63**, 2126); zum Unwirksamwerden von wettbewerbsbeschrkden Abreden in GasliefergsVertr s OLG Düsseldorf DB **02**, 943; Vertr, die in Verletzg von Vorschr des **Vergaberechts** abgeschl worden sind, grdsätzl nein, Ausn: Verstoß gg GWB 115 I, VgV 13 IV (BGHZ **158**, 43, BauR **05**, 1026, OLG Düsseldorf NJW **04**, 1331). Abgestimmte Kündigg eines EinspeiseVertr, ja wg GWG 1 (BGH NZKart **20**, 323).

d) InsO: anfechtb RGesch, grdsätzl nein → Rn 17, GläubBenachteiligg. – **Koppelungsgeschäfte:** → § 138 **20**
Rn 89. – **Kommunale Vertretungsverbote:** str s BGH, NJW **12**, 61 Tz 7. – **Kreditwesengesetz:** Kreditgewährg ohne Erlaubn nach KWG 32 I, nein (BGH WM **11**, 1168 Tz 20); Abtretg einer DarlForderg an eine Nichtbank, nein (BGH WM **11**, 1168 Tz 21 f), Bürgsch auf erstes Anfordern im Einzelfall, nein (BGH NJW **97**, 1435/6), Verstoß gg KWG 3 Nr 3, ja (Canaris BankVertrR Rn 1176, BGHZ **129**, 92 lässt offen), gg KWG 13, nein (BGH WM **78**, 785, OLG München WM **84**, 470); gg KWG 18, nein (LG Essen WM **97**, 814); Verstoß gg Anordngen gem KWG 46, nein (BGH NJW **90**, 1356), gg Beleihgsgrenze gem SchiffsRG 10 II, nein (BGH **LM** Nr 93); landesrechtl Vorschr, die den Sparkassen bei Großkrediten o SpekulationsGesch Beschränkgen auferlegen, iZw wohl nein (BGH **LM** § 117 Nr 5, OLG Stuttgart WM **89**, 1724). – **Luftverkehrsgesetz:** Vereinbg eines geringeren Beförderungsentgelts als das Tarifentgelt, nein (LG Frankfurt a. M. NJW **85**, 562). – **Maklerverträge:** Vertr mit Makler, der sein Gewerbe ohne die gem GewO 34c erfdl Erlaubn ausübt, nein (BGHZ **78**, 271); Anbieten von Wohnräumen ohne Auftr eines Berecht entgg G zur Regelg der WohngsVermittlg 6 I, nein (BGH NJW **02**, 3015). Verstoß gg BNotO 14 IV 1, uU ja (BGH NJW-RR **90**, 948). – **Mietverträge:** Verstoß gg 557a I ja (BGH, NJW **12**, 1502 Tz 14), Verstoß gg das Zweckentfremdgsverbot des MRVerbG 6, nein (BGH NJW **94**, 320, BayVGH NJW-RR **93**, 1422). Vermietg an einen nach WoBindG nichtberecht Mieter, nein (LG Aachen MDR **73**, 318). Verlangen einer höhren Kaution als nach § 551 I, IV erlaubt, ja (BGH BeckRS **11**, 17994 Tz 20). – **Öffentlicher Dienst:** Verbot der Vorteilsannahme (BAT 10), nein (BGH NJW **00**, 424). Vorteilsannahme dch Zivildienstleistde s BVerwG NJW **96**, 2319. Fehlen der nach BeamtenR erfdl NebentätigkGenehmigg, nein (OLG Schleswig SchlHA **74**, 205, offen BGH NJW **74**, 1374/1377). – **PBefG:** Vertr über die (isolierte) Übertragg einer **Erlaubnis** für den Taxen- od Güternahverkehr, ja, PBefG 2 III (BGHZ **108**, 365, OLG Hamm MDR **02**, 1241); bei Übertragg od Verpachtg der Erlaubn mit dem Untern od eines Unternehmensteils kann ein Verstoß gg § 138 vorliegen (BVerfG NJW **90**, 1352, OLG Düsseldorf NJW-RR **90**, 1079). – **Presse, Fernsehen, Film:** Vertr über Anzeige, in der für Prostitution geworben wird, seit Inkrafttr des ProstG grdsätzl nein, und nur bei konkreter Gefährdg von RGütern der Allgemeinh, insbes des Jugendschutzes (BGH NJW **06**, 3490). Vertr über Werbg dch einen redaktionell aufgemachten Zeitgsartikel od Fernsehbeitrag, ja (OLG München NJW-RR **92**, 1460, LG Hannover NJW-RR **06**, 910 s aber BGH GRUR **93**, 565), Vertr über Product Placement in Spielfilmen, ja (OLG München NJW-RR **06**, 768). – **Rechtsanwälte:** Verstoß gg BRAO 14 II Nr. 8, nein (BGH BeckRS **16**, 10836

Tz 26). Verstoß gg das Verbot der Vertretg widerstreitder Interessen, BRAO 43a IV, ja (BGH, BeckRS **16**, 10835 Tz 7 ff), insofern entfällt BereichergsAnspr gem § 817 Satz 2 bei Vorsatz und Leichtfertigk (BGH NJW **19**, 1147 Tz 28 ff), gg TätigkVerbot des BRAO 46 II Nr 1, ja (BGH NJW **99**, 1715). Gg TätigkVerbot des BRAO 45 I Nr. 1 (Vorbefassg als Notar), ja (BGH NJW **11**, 373 Tz 10 ff, OLG Celle NJW **17**, 1557). Vertr über eine gem BRAO 45 I Nr 4 od II 2 verbotene Tätigk, ja (BGH BeckRS **16**, 10836 Tz 30), aber nur, wenn der RA in seinem Zweitberuf (BRAO 45 I Nr 4) einer auf die RA-Tätigk ausstrahlden Einflussnahme unterliegt (BGH BeckRS **16**, 10836 Tz 24). Verstoß gg BRAO 49b II 1 wenn Dritter Mandanten an RA gg Entgelt vermittelt (BGH GRUR **24**, 953). Verstoß gg BRAO 59a bei Mandatserteilg an Sozietät aus RA u Steuerberaterr, nein → § 164 Rn 6; gg BRAO 59 c I bei Tätigk einer RAnwGesellsch außerhalb der RVertretg u RBeratg, nein (BGH BeckRS **16**, 10836 Tz 33 f). VertrSchluss mit GgPart unter Umgehg des GgAnwalts (Verstoß gg BerufsOrdng 12), nein (BGH NJW **03**, 3692). Abtretg von Honorar-Anspr ohne Zustimmg des Mandanten → Rn 22a „SchweigePfl". Vereinbarg eines unzuläss Efolgshonorars entgg BRAO 49b II aF, ja (BGH NJW **09**, 3297 Tz 15), nicht aber entgg BRAO 49b II nF iVm RVG 4a, da RVG 4b als RFolge eines Verstoßes die Deckelg auf die gesetzl Gebühr anordnet (BGH WM **14**, 1351 Tz 16 ff). Ist der RAVertr nichtig, hat der RA auch keinen VergütgsAnspr aus GoA, sond ledigl einen WertErsatz-Anspr aus § 818, dem aber § 817 S 2 entggstehen kann (BGH, NJW **11**, 373 Tz 18 ff). Entgeltl stille ZwVw für Absonderungsberecht dch Ins Vw, ja wg BRAO 45 I Nr 1, InsO 56 (BGH BeckRS **16**, 13787 Tz 27 f).

21 **Verstoß gegen das RDG.** Das RBerG ist seit dem 1.7.08 dch das RDG (BGBl I S 2840) abgelöst worden (s dazu Lettl WM **08**, 2233). Das RDG berücksichtigt die sich aus GG 12 (BVerfG NJW **04**, 2662) u EGV 49 ff ergebden Anfordergen u schränkt den bisher Verbotsumfang ein. RDienstleistg ist nach RDG 2 I jede Tätigk in konkreten fremden Angelegenh, sobald sie eine rechtl Prüfg des Einzfalls erfordert. Grdsätzl gleichgestellt sind nach RDG 2 II Inkasso und Forderungskauf, die bei Registrierg nach RDG 10 I Nr. 1 erlaubt sind. RDG 2 III enthält ergänzde Klarstellgen. Danach sind die Tätigk als wissenschaftl Gutachter, Schlichter, Schiedsrichter, Mediator, sowie die Erörterg von arbeitsrechtl Fragen in Betriebs- oder Personalräten u die allg Darstellg von RFragen und RFällen in Medien keine RDienstleistg. Einen zentralen Erlaubnistatbestand enthält RDG 5 I. Erlaubnisfrei sind danach RDienstleistgen im Zushang mit einer and Tätigk, wenn sie als Nebenleistg zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ausdrückl angesprochen und von einer ErlaubnPfl freigestellt werden in RDG 5 II RDienstleistgen im Rahmen einer TestVollstr, Haus- und Wohnungsverwaltg und Fördermittelberatg. Zu Einzelh vgl BT-Drs 16/3655 (Gesetzentwurf) und 16/6634 (Bericht des Rechtsausschusses). Der ErlaubnPfl nach dem RDG unterfallen alle Tätigk, die darauf gerichtet u geeignet sind, konkrete fremde RAngelegenh zu verwirklichen od fremde RVerh zu gestalten (BGH NJW **01**, 70, WM **08**, 1211 Tz 3 ff), soweit kein ausdrückl genannter ErlaubnTatbestand vorliegt. Der unter Verstoß gg das RDG geschl Vertr ist auch dann im Ganzen nichtig, wenn er zugl erlaubte Tätigk umfasst (BGH NJW **00**, 1560). Die Nichtigk erstreckt sich auch auf die dem RBerater erteilte Vollm (BGH NJW **02**, 66,

21a 2325, **03**, 2088, **04**, 840). **Einzelfälle:** Abtretg an VerbrZentrale wg RDG 7, 8, nein (BGH BeckRS **13**, 11764 Rz 41 ff); „Finanz-Sanierung" verstößt auch gg RDG 3 (BGH NJW **09**, 3242, dazu Dahns NJW-Spezial **09**, 782). „BeratgsVertr Sanierg" dch Steuerberater, nein, wenn überwiegd wirtschafl Tätigk (BGH NZI **11**, 498 Tz 24 f). Geschmäß Besorgg fremder RAngelegenh dch Notar außerh der notariellen Berufstätigk, ja (OLG Stuttgart DNotZ **64**, 734). Rechtl Beratg dch ADAC, ja (BGH NJW **04**, 847), dch Einzelhandelsverband im Rahmen satzgsmäß Aufgaben, nein wg RDG 7 I 1 Nr. 1 (BGH GRUR **12**, 79 Tz 17 ff), dch Verbund mittelständ Untern zur Abwehr kartellrechtl Fordergen im Rahmen satzgsmäß Aufgaben ohne GewinnerzielgsAbsicht, nein (BGH NJW **24**, 354). dch FinanzdienstleistgsUntern bei der Umschuldg in Bezug auf Kündigg bestehder DarlVertr, nein wg RDG 5 I 2 (BGH NJW **12**, 1589), dch MietwagenUntern wg Erstattg von Mietwagenkosten, nein wg RDG 5 I 1 (BGH NJW **13**, 1870 Tz 10 ff), aber ja, wenn Haftg dem Grde nach str od weitere Schäden geltd gemacht werden (BGH NJW **12**, 1005), dch Bauberater, ja (BGH NJW **76**, 1635). Anfertigg von VertrEntwurf für die Veräußerg von EigtWohngen dch Architekten, ja (BGHZ **70**, 13), ebso Vertr im WiderspruchsVerf gg Bescheid über Bauvoranfrage dch Architekten (BGH NJW-RR **21**, 1288). Verpfl des Architekten, eine von ihm selbst entworfene Skontoklausel an bauausführde Untern weiterzugeben, ja wg Verstoß gg RDG 3 (BGH NJW **24**, 1253) Entwurf eines GesellschVertr dch Steuerberater, ja (BGH NJW-RR **92**, 1115, **93**, 434), allg RBeratg dch Steuerberater u WirtschPrüfer, ja (BGH WM **08**, 1563 Tz 8). Beratg bei Abfassg von PatientenVfgen, ja (LG Leipzig NJW-RR **04**, 1215). Fertigg von gerichtl Schriftsätzen unter eig Namen für Kunden dch Hausverwalter, ja (OLG Düsseldorf NJW-RR **14**, 1387). Vertretg im AsylVerf dch einen Verein zur Hilfe für Verfolgte, ja (OLG Köln NJW **05**, 683). Vertr über Mediation, ja (LG Leipzig NJW **04**, 3784); and, wenn die rechtsberatden Elemente ganz in den HinterGrd treten (Henssler NJW **03**, 241). Vertr über Rechts- od Steuerberatg dch Telefonhotlines, nein, VertrPartner wird der RA/Steuerberater u nicht der Betreiber der Hotline (BGH NJW **03**, 819, **05**, 1268). RBeratg in den Medien, nein, wenn allg interessierde Fälle behandelt werden, ausnahmsw ja, wenn in konkreten Fällen individueller (telefon) RRat erteilt od angeboten wird (s BGH NJW **02**, 2879, 2880, 2882, 2884, BVerfG NJW **04**, 1835). Unentgeltl RBeratg dch RBeratgsVerein, wg RDG 6 I nein (AG Frankfurt a. M. AnwBl **17**, 1119). Digitaler **Vertragsdokumentengenerator,** nein, da keine individuelle RBeratg, sond Ähnlichk mit Formularhandbuch (BGH NJW **21**, 3125). **Patentanmeldung** dch Entwicklgsingenieurs, ja wg RDG 5 I (BGH NJW **16**, 3441). GeschBesorggsVertr zur Abwicklg eines GrdstErwerbs iR eines Bauträgermodells od zum Beitritt in eine FondsGesellsch, vielfach gerichtet auf den Erwerb von sog **Schrottimmobilien,** ja (BGH NJW **01**, 70, 3774, **03**, 1252, **04**, 59, **05**, 664, ZIP **07**, 414 Tz 14); nicht aber, wenn Schwerpkt des Vertr die tats Errichtg der Wohng od die Erreichg des GesellschZwecks ist (BGH NJW-RR **12**, 35 Tz 15 ff), es ei denn, dem GeschBesorger sind zusätzl Befugnisse (Bündel von Vertr) eingeräumt werden (BGH WM **08**, 1211 Tz 6, NJW-RR **12**, 35 Tz 14). Zur Haftg des GeschBesorgers aus § 311 s BGH NJW **05**, 3205. KreditGewährg u das VerkaufsGesch sind idR keine Beteiligg an der unerlaubten RBesorgg (BGH NJW **04**, 2090, **05**, 820, NJW-RR **05**, 1418). Nichtig auch die dem Treuhänder erteilte Vollm (BGH NJW **05**, 1190, 2983, **06**, 2118, ZIP **07**, 414 Tz 14, stRspr, → § 167 Rn 4), auch wenn sie einer WirtschPrüferGesellsch erteilt worden ist (BGH NJW **07**, 1130), u auch die Vollm zur Unterwerfg unter die ZwVollstrg (BGH NJW **03**, 1594; **04**, 839; → § 172 Rn 1), uU aber nicht die in einem Zeichngsschein enthaltene weitere Vollm zum Abschluss eines DarlVertr (BGH ZIP **07**, 16, OLG Celle ZIP **07**, 1801). Die Berufg des Vertretenen auf die Nichtgk verstöß nur in Ausnahmefällen gg § 242 (BGH NJW **08**, 3357 Tz 17, WM **09**, 1271 Tz 31). Die auf Grd der unwirks Vollm abgeschl Vertr sind nicht nichtig (BGH NJW **04**, 2090), sond schwebd unwirks (BGH NJW **04**, 62). Sie können gem § 172 als wirks zu behandeln sein (→ § 172 Rn 1). Der Vertr zw GbR (Immobilienfonds) u ihrem FremdGeschFührer verstößt nicht gg RBerG 1 (BGH NJW **06**, 2980, **07**, 1813), auch nicht der Vertr über eine Tätigk als TreuhandGesellschter (BGH NJW-RR **06**, 1182), wohl aber der von den Gesellschtern zusätzl erteilte Auftr mit Vollm zur Unterwerfg unter die ZwVollstrg u zur Vertretg ggü der kreditgebden Bank (BGH NJW **07**, 1813 Tz 41, NJW-RR **07**, 1199). Saniergsübernahme, ja, jedoch gilt zG des WirtschPrüfers RBerG 5 (BGHZ **102**, 130). Schuldenregulierg/Umschuldg, die über büro- u formularmäß

DienstLeistgen hinausgeht, ja (BGH NJW **87**, 3003, BAG ZIP **93**, 1105, OLG Hamburg NJW-RR **07**, 40). Tätigk als Liquidator, ja (OLG Köln VersR **00**, 1152). Fachtechn Überprüfg von Architektenleistgen u der -rechngen, nein (BGH NJW **07**, 842). Abtretg von SchadErsAnspr an eine SchutzGemsch von Kleinaktionären, ja (BGH NJW **95**, 516, BVerfG DB **00**, 266), von SchadErsAnspr der Kommanditisten einer **Publikums-KG** an einen der Geschädigten, nein (BGH NJW **01**, 756), aber ja wg RDG 3, 2 II 1 Fall 2 bei Abtretg an RechtsdchsetzgsGmbH (BGH NJW **13**, 59 Tz 11 ff), gewillkürte Prozessstandsch einer von sanierungsbereiten Kommanditisten einer in wirtschafl Schwierigk geratenen Publikums-KG gegründeten GbR zur Dchsetzg von Anspr nach § 426 gg saniergsunwillige Kommanditisten, ja (BGH NJW **11**, 2581), von Anspr wg KreditkartenMissbr an VerbrZentrale, nein (BGH NJW **07**, 593). Tätigk als Erbensucher, grdsätzl nein, and nur, wenn die Erledigg rechtl Angelegenh übertragen wird (BVerfG NJW **02**, 3531, BGH NJW **03**, 3046). Geschäftsmäß Übernahme von **Testamentsvollstreckungen** dch Kreditinstitute (BGH NJW **05**, 969), Steuerberater (BGH NJW **05**, 968) od WirtschPrüfer, nein (aA OLG Hamm NJW-RR **05**, 221), da es sich um eine überwiegd wirtschaftl Tätigk handelt; nein daher auch bei Beratg zur Erlangg öff Fördermittel (BGH NJW **05**, 2458), aber ja, wenn die Bank bei Errichtg eines Test rechtl berät (OLG Karlsruhe NJW-RR **07**, 206, s auch OLG Köln ZIP **12**, 20). „NachlassPlang" verstößt gg RDG 3, wenn ein RA ledigl als ErfüllgsGehilfe des Planers tät ist (AG Königstein ZEV **11**, 206). Überprüfg eines KonzessionsVertr dch einen Energieberater, ja (BGH NJW **95**, 3122, OLG Düsseldorf NJW-RR **04**, 489). Abtretg von SchadErsAnspr aus **KfzUnfällen** an MietwagenUntern, Bank, SachVerst, KfzWerkstatt, AbschleppUntern ab dem 1.7.08 nein wegen RDG 5 I (BGH NJW **13**, 62 Tz 15 ff, NZV **13**, 31 Tz 11 ff, NJW **18**, 455 Tz 18). Aufforderg des VersUntern des Schädigers an Geschädigte, SachverstKosten nicht zu bezahlen, nein (BGH NJW **07**, 3570 Tz 23). Die Nichtigk erstreckt sich bei organisator ZusArbeit iR eines **Unfallhelferringes** auch auf DarlVertr (BGH NJW **77**, 38) u Bürgsch (OLG Frankfurt a. M. OLGZ **79**, 56), idR aber nicht auf die erteilte ProzVollm u den AnwVertr (BGH NJW **06**, 2910). Verstößt ein Kreditvermittler gg das RDG, bleibt der KreditVertr idR wirks (BGH NJW **98**, 1955). Abtretung von Fordergen aus LebensVers zwecks professioneller Rückabwicklg, ja wg RDG 2 II 1 (BGH NJW-RR **17**, 410 Tz 35), Abtretg von KundenFdgen an **Factoring-Bank,** beim echten u unechten Factoring nein, da eig RBesorgg (BGH BeckRS **18**, 7542 Tz 24 ff). Abtretg des duch einen Verkehrsunfall Geschädigten auf Ersatz von Sachverständigenkosten an Factoring-Untern, ja wg § 2 II 1 Fall 2 iVm § 3 RDG, wenn das Untern nicht das volle wirtschaftl Risiko der Beitreibg der Forderg übern (BGH NJW **15**, 397 Tz 5 ff); Abtretg an „UnterstützungsGmbH" zur DchSetzg kapitalmarktrechtl SchadErsAnspr wg Verstoßes gg RDG 2, 3, ja (BGH WM **12**, 2322) ebso zur Rückabwicklg von KapitallebensversichergVertr (BGH NJW **14**, 847 Tz 18 ff), wenn die Forderg nicht endgült auf den Erwerber übertragen wird u dieser nicht das wirtschaftl Beitreibgsrisiko trägt. Beteiligg eines stillen Gesellschters an einem RBeratgsUntern, ja (BGHZ **62**, 234). Abtretg einer Fdg zur gerichtl Einziehg an ein **Inkassobüro,** ohne Registrierg nach RDG 10 I 1 Nr. 1, ja (vgl BGH NJW-RR **18**, 1259 Tz 41 ff u **19**, 1524 Tz 19 ff zu § 823 II). Registr **Inkassodienstleister** (RDG 10 I 1 Nr. 1) dürfen Tätigkeiten in engem Zushang mit der FdgsEinziehng ausüben (BGH NJW **20**, 208 – Mietpreisrechner, NZM **20**, 551u BeckRS **20**, 15802, NJW-RR **22**, 376 – Mietpreisbremse) u die Rüge nach § 556g aF erheben (BGH NZM **23**, 637); „Sammelklage-Inkasso" ist erlaubt (BGH NJW **21**, 3046), auch Einzug von Fordergen, die ausländ SachR unterfallen (BGH NJW **22**, 3350 Tz 11 ff). Sie dürfen ein Erfolgshonorar vereinbaren (BGH NJW-RR **23**, 904). Unterstützde Tätigk des Interessenverbandes der Heilpraktiker bei der außergerichtl Geltdmachg von GebührenFdgen der Mitgl, nein (BVerfG NJW **07**, 2389). Tätigk als WirtschErmittler zur Dchsetzg titulierter Fdgen, ja (OLG Hamm NJW-RR **06**, 1494). FdgsAbtretg zur Einziehg, wenn der Zessionar die abgetretene Fdg hilfsw neben einer eig (unbegründeten) geltd machen will, nein (BGH NJW **02**, 2104). **21b** **21c**

e) Reisegewerbe: → Rn 10. – **Scheckgesetz:** Verpfl des Bezogenen, Widerruf vor Ablauf der VorleggsFr zu beachten, nein (BGHZ **35**, 220). – **Schiedsverträge:** Schiedsklausel im Bereich des Sports, wenn das SchiedsVerf keinen Anspr der Part auf Öffentlichk der Verhandlg vorsieht, ja wegen Verstoßes gg den Grds effektiven RSchutzes aus GG 2 I iVm GG 20 III, zu dem der Grds der Öffentlichk mündl Verhandlgen gehört (BVerfG NJW **22**, 2677 Tz 51). Vertr zw VereinsMitgl u NichtMitgl, nach dem ein nur aus VereinsMitgl bestehdes Schiedsgericht entscheiden soll, ja wg Verstoßes gg das Gebot überparteil RPflege (BGHZ **51**, 262, vgl jetzt ZPO 1034 II). VertrBestimmg, dass der von einer Part ernannte Schiedsrichter zur allein Entsch berecht sein soll, wenn die and Part innerhalb einer bestimmten Frist keinen Schiedsrichter ernennt, ja (BGHZ **54**, 399); Ausschluss des ordentl RWeges ohne Abschluss eines SchiedsVertr, ja wg Verstoßes gg GVG 13 (BGH **LM** § 1018 Nr 19). – **Schwarzarbeit:** Bei beiderseit Verstoß, ja (BGH NJW **13**, 3167 Tz 12 ff). Bei einseit Verstoß, nein, es sei denn, dass der AuftrG den Verstoß kennt u ihn bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt (BGH NJW **13**, 3167 Tz 16, NZBau **14**, 425 Tz 13, NJW **15**, 2406 Tz 10). Wird ein zunächst unbedenkl WerkVertr nachträgl so abgeänd, dass er gg 1 I 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstößt, führt das zur Nichtigk (BGH NJW **17**, 1808 Tz 17 ff). MängelAnspr sind bei einem nichtigen Vertr ausgeschl (BGH NJW **13**, 3167 Tz 27 ff, NJW **15**, 2406 Tz 11). Gg den AuftrG besteht wg der Nichtigk des WerkVertr kein vertragl VergütgsAnspr (BGH NZBau **14**, 425 Tz 13), auch kein Anspr aus GoA (BGH NZBau **14**, 425 Tz 14) u wg § 817 S 2 auch kein BereichergsAnspr (BGH NZBau **14**, 425 Tz 15 ff, NJW **15**, 2406 Tz 14 ff), auch nicht nach §§ 951. 812 (BGH NZBau **14**, 425 Tz 30). Dem steht § 242 BGB selbst dann nicht entgg, wenn der AuftrG die Leistg des AuftrN ohne jede GgLeistg behalten kann (BGH NZBau **14**, 425 Tz 26 ff). Verstößt der Vertr nicht gg das SchwarzArbG, soll das Entgelt aber ohne Rechng gezahlt werden, gilt → § 138 Rn 44. Wegen der Erweiterg des SchwarzArbG auf steuerrechtl PflVerletzgen ab 1.8.04 führt auch die **Ohne-Rechng-Abrede** zur Nichtigk von Werk- u DienstVertr (BGH NJW **13**, 3167 Tz 19 ff). ArbVertr mit einer Schwarzgeldabrede sind wirks; sie verpfl aber nur zur Zahlg des Nettoentgelts als Bruttolohn (BAG DB **03**, 1581, NZA **10**, 881). Im SozialVersR gilt aber SGB IV 14. **22**

Schweigepflicht: Die Abtretg von HonorarAnspr, die auf einer der SchweigePfl unterliegden Tätigk beruhen, ist nichtig, so bei Ärzten (BGH NJW **96**, 775, **05**, 1505), Zahnärzten (OLG Karlsruhe NJW **98**, 831), Kranken- u Altenpflegern (OLG Hamm NJW **07**, 849), and vielleicht iF des unechten Factorings (Lips/Schöneberg NJW **07**, 1567), bei RA (BGHZ **122**, 117), die nach BRAO 49b IV vom 12.12.07 (BGBl I S 2840) eingeführte AbtretgsErlaubn (nach Aufkl u schriftl Zustimmg des Schu) gilt auch schon vor dessen Inkrafttr (BGH WM **08**, 1229 Tz 9), RBeiständen (LG München II NJW-RR **94**, 437), VerfPflegern (OLG Dresden NJW **04**, 1464), Steuerberatern (BGH NJW **96**, 2087, OLG Frankfurt a. M. DB **06**, 1839), nicht aber bei GmbH-GeschFührern (BGH NJW **96**, 2576, **00**, 1329), Mobilfunkanbietern (aA OLG München NJW-RR **98**, 758) u Tierärzten (OLG Celle NJW **95**, 786, LG Lüneburg NJW **93**, 2994, str, auf den Einzelfall abstellt LG Dortmund NJW-RR **06**, 779), selbständ VersichergsVertr in Bezug auf private Unfall-, Kranken- u Pflegeversicherg gem StGB 203 I Nr. 6 (BGH NJW **10**, 2509 Tz 11 ff). Nichtig ist auch die Abtretg eines SchadErsAnspr u der Abschluss eines ProzFinanziergs-Vertr, der sich auf einen der SchweigePfl unterliegden Sachverhalt bezieht (BGH NJW **96**, 775, LG Bonn NJW-RR **07**, 132). Unberührt bleibt die Pfändbark des Anspr (BGH NJW **99**, 1544, **05**, 1505). Dagegen ist die Abtretg **22a**

des Anspr auf BetreuerVergütg dch einen zum Betreuer bestellten RA an eine anwaltl Verrechngsstelle zuläss (BGH NJW **13**, 2961 Tz 9 ff). Das **Bankgeheimnis,** das nicht dch StGB 203 geschützt wird, sond ein gewohnheitsrechtl RInstitut ist, begründet kein gesetzl Abtretgsverbot für Fordergen aus KreditVertr (BGH NJW **07**, 2106), u auch ein vertragl Abtretgsverbot besteht idR nur iF einer ausdrückl Abrede (BGH NJW **07**, 2106; → § 399 Rn 8). Die Abtretg von Kreditfordergen dch eine als öffentlrechtl Anstalt organisierte Sparkasse verstößt nicht gegen StGB 203 II 1 Nr. 1 (BGH NJW **10**, 361 Tz 17 ff). Beim Verkauf einer Arztpraxis ist die Mitübertragg der Patientenkartei unwirks (BGH NJW **91**, 2955); and, wenn die Patienten mit der Übertragg einverstanden sind (BGH NJW **99**, 1404), der Zedent für eine Übergangszeit als freier Mitarbeiter in der Praxis tät bleibt (BGH NJW **01**, 2462) od der Zessionar bereits als Mitarbeiter od Partner des Zedenten die Angelegenh des Patienten kennengelernt hat (BGH NJW **05**, 507). Neben dem ErfGesch ist auch das KausalGesch unwirks (BGHZ **116**, 276, OLG Hamm NJW **93**, 792). Unwirks ist auch die Abtretg an eine berufsständ RSchutzstelle (BGH NJW **93**, 1912, 2795), unbedenkl dagg die Abtretg des HonorarAnspr des angestellten Arztes an das Krankenhaus (LG Bonn NJW **95**, 2419). Die Zustimmg kann auch konkludent erklärt werden; insow sind aber strenge Anfordergen zu stellen (BGHZ **122**, 119). Das Schweigen auf Aushänge od Abrechngen genügt nicht (s BGH NJW **92**, 2348, OLG Düsseldorf NJW **94**, 2421).

22b Für die Abtretg von EntgeltsAnspr der RA, Steuerberater u WirtschPrüfer gelten **BRAO 49b IV, StBerG 64 II u WirtschPrO 55a III** (Berger NJW **95**, 1406). Sie lassen seit 1994 die Abtretg an einen Angehörigen des gleichen Berufs zu (BGH NJW **07**, 1196). Die Abtretg an einen Berufsfremden – wohl auch die Abtretg der HonorarFdg des Steuerberaters an einen zur gleichen Sozietät gehörden RA (OLG Frankfurt a. M. DB **06**, 1839, AG Schleiden NJW-RR **99**, 502) – ist dagg nur mit ausdrückl schriftl Einwilligg des Mandanten u nur bei rkräft festgestellten Fdgen wirks.

23 **Staatsvermögen:** Verringerg des Grdvermögens des *bayr* Staates ohne od gg unzureichdes Entgelt, ja wg Verstoßes gg *Bayr*Verfassg Art 81 (BGHZ **47**, 30/39). Verkauf von öff Vermögen entgg *Bayr*GemO 75 od *Sachs*GemO 90 I 2 unter Wert, ja (BayObLGZ **95**, 225, **01**, 54). Grundsätzl wirks sind aber die nach dem 3.10.90 zu DDR-Baulandpreis geschlossenen sog Modrow-Vertr (BGH ZflR **04**, 998; → § 138 Rn 34b). – **Steuerberater:** Vertr über Steuerberatg mit einer nicht als Steuerberater zugelassenen Pers, ja, auch wenn die Arb von einem Steuerberater als ErfGeh ausgeführt werden (BGHZ **132**, 229), mit einer Steuerberatersozietät, wenn einer der Gesellschter nicht als Steuerberater zugelassen ist, ja (BGH NJW-RR **06**, 1071). Gewerbl Tätigk des Steuerberaters entgg StBerG 57 IV, nein (BGHZ **78**, 264, NZI **11**, 498 Tz 24 f „BeratgsVertr Sanierg", NJW **14**, 3568 Tz 14 ff „Factoring u FordergsManagement für Honorare aus Steuerberatg") Verein zur Erbringg unentgeltl Hilfeleistg in Steuersachen dch Studenten unter Anleitg von Praktikern, ja, Verstoß gg StBerG 2 I, 5 I 1 u nicht gedeckt dch RDG 6 (BGH BeckRS **23**, 9126). – **Steuerrecht:** Vertr, mit dem eine Steuerhinterziehg verbunden ist, ja, wenn diese Hauptzweck, sonst nein (BGH NJW-RR **02**, 1527, **08**, 1050 Tz 7 u 1051 Tz 8, NJW **24**, 2310 zum GrdstückskaufVertr, BAG BB **04**, 447). In jedem Fall nicht ist die Absprache, die gerade auf die Steuerverkürzung zielt (BGH NZG **17**, 476 Tz 36), das führt bei GrdstücksVertr aber nicht zur Nichtigk des ganzen Vertr (BGH NJW **24**, 2310 Tz 23 ff). Ist die Miete 7-mal so hoch wie der im Vertr angegebene Betrag, kann die Steuerhinterziehg Hauptzweck u der Vertr in Anwendg von § 139 nichtig sein (BGH WM **04**, 530). Ohne-Rechng-Gesch nach § 139 iZw ja (auch → Rn 13, → § 138 Rn 44). Darl zum Ankauf unverzollter Zigaretten, ja (OLG Köln, MDR **57**, 34). Verpfl ggü einer öffrechtl Körpersch, einen SteuerTatbestd aufrechtzuerhalten, ja (BGHZ **66**, 199, Gewerbesteuer). – **Stimmrecht:** Gesellschaftsvertragl Bestimmg, die Stimmabgabe in eig Sache zulässt, ja wg Verstoßes gg den in § 34, AktG 136 I, GmbHG 47 IV u GenG 43 III zum Ausdr kommden RGrds (BGHZ **108**, 26). Willkürl unterschiedl StimmRRegelg, ja wg Verstoßes gg den in §§ 32, 35 zum Ausdr kommden RGrds (KG NJW **62**, 1917). Ausschluss eines WEigtümers von der WEigentümerversammlg wg ZahlgsVerzuges, ja wg des fakt Entzugs des StimmR, das zum Kernbereich des MitgliedschR gehört (BGH NJW **11**, 679 Tz 7 f).

24 **f) Strafgesetze** iZw ja (BGHZ **115**, 125). Grdsätzl muss der Straftatbestd obj u subj erfüllt sein (BGHZ **132**, 318). Aus dem Schutzzweck der Norm (Verletzg der SchweigePfl) kann sich aber ergeben, dass die Verwirklichg des obj Tatbestands genügt (BGHZ **115**, 130). ReparaturVertr, dch den der Versicherer betrogen werden soll, ja (OLG Karlsruhe DAR **90**, 183). Vertr über die Bergg eines U-Boots, in dem sich Überreste der ertrunkenen Besatzg befinden können, nein (BGH NJW **94**, 2613, StGB 168). Bei einem dch Submissionsbetrug zustande gekommenen Vertr ist die Vergütgsabrede nichtig, der Vertr aber iÜ wirks (OLG München NJW-RR **02**, 886). – **Taxenkonzessionen:** → Rn 17 (GewerbeR). – **UWG:** Verstoß gg UWG 3 ff, nein, da er nur die Art des Zustandekommens, aber nicht den Inhalt des RGesch betrifft (BGHZ **110**, 175). Verpfl zur Begehg von unlaut Wettbew, ja, einschließl etwaiger NebenVertr (OLG Stuttgart NJW-RR **97**, 236). SchmiergeldVertr entgg StGB 299, ja (OLG Karlsruhe BB **00**, 635). Vgl auch → Rn 20 „Presse". – **Versicherungsrecht:** ProvisionsteilgsAbk zw VersAgenten u VersN, nein (OLG Hamburg VersR **95**, 817). Aushöhlg des KündR aus VVG 165 dch Klausel, dass die gesamte Provision zu Lasten der ersten VersJahre geht, ja (OLG Karlsruhe NJW-RR **03**, 1470, vgl jetzt VVG 168, 169 nF), aber nicht, wenn bei Vermittlg einer LebensVers mit Nettopolice eine ratenweise Vergütg des VersVertr vereinb wird u die Raten auch bei Küdigg des VersVertr weiter zu zahlen sind (BGH WM **14**, 1272 Tz 16). Verbot, VersN

25 Sondervergünstiggen zu gewähren, nein (BGH NJW-RR **04**,1545). – Vertr über **Versteigerung** ohne die nach GewO 34b I erfdl Genehmigg, ja (OLG Hamm NJW-RR **94**, 546). Verpfl, gg Entgelt in amtl Versteigerg nicht zu bieten, trotz Verstoßes gg PrStGB 270, nein (OLG Celle NJW **69**, 1764, aber → § 138 Rn 102); Gebot des Versteigerers für einen Dritten, ohne den gem GewO 34b VI Nr 3 erfdl schriftl Auftr, nein (BGH NJW **81**, 1205). **Vollstreckungsvereitelung:** Verwahrgs- od SchenkgsVertr zur Vereitelg der ZwVollstrg, ja, obwohl StGB 288 nur den Schu mit Strafe bedroht (OLG Schleswig SchlHA **57**, 96), richtig wohl Sittenwidrigk nach § 138 s BGH NZM **05**, 433. – **Wirtschaftsprüfer.** Ist eine WirtschPrüfgsGesllsch entgegen HGB 319 zugleich Abschlussprüfer, ja (BGH WM **10**, 410 Tz 15), **WPO** 49 Alternative 2, nein (BGH NZG **04**, 770). – **ZVG** 56 S 2, ja (BGHZ **99**, 358). – **Zahnarzt.** Verstoß gg MBO-ZÄ 8 V, UWG 3, 4 I bei gewinnabhäng Bindg an Dentallabor (BGH BeckRS **12**, 17493).

26 **7) Verstoß gegen Preisbestimmungen.** – **a) Preisrecht.** Die Freih der Preisvereinbg, ein wicht Bestandteil der VertrFreih, unterliegt nur noch wenigen gesetzl Einschränkgen. Prakt Bedeutg haben insbesond: die HOAI ist unionsrwidr (EuGH NJW **19**, 2529) u deshalb mit Wirkg vom 1.1.21 geändert worden (→ § 675p Rn 24); BKleingG 5 (BGHZ **108**, 150); WoBindG 8, WiStG 4–6 (Verbot der vorsätzl od leichtfert Preisüberhöhg, → § 138 Rn 76), BPflV 22 (BGH MDR **01**, 1430), TKG 1996 § 12 (BGH MMR **10**, 427 Tz 13, TKG 2004 § 47 BGH BeckRS **10**, 21066 Tz 22 ff); die PrVO 30/53, die auf dem PrGes v 10.4.48 beruht u für öff Auftr noch immer gilt (BVerfGE **8**, 274, BVerwG DVBl **99**, 1364). Die Vorschr der PrAngV (Völker NJW **00**, 2787) gehören nicht zum materiellen PreisR, sond zum PreisordngsR; Verstöße lassen die Wirksamk der getroffenen Abreden unberührt (BGH NJW **74**, 859, **79**, 541). Bei § 3 KAV handelt es sich um eine Höchstpreisregelung u damit um eine Bestimmg

des PreisR (BGH BeckRS **14**, 23133 Tz 39). KHEntgG 17 III 1 ist zwingdes PreisR zugunsten des Patienten u verbietet eine HonorarVereinb mit einem Honorararzt ebso wie die Benenng des Honorararztes als „originären" Wahlarzt in der WahlLeistgsVereinb (BGH NJW **19**, 1519Tz 14 ff).

b) Rechtsfolgen. Der Vertr ist nicht nichtig, er bleibt **mit dem zulässigen Preis aufrechterhalten** (BGH NJW **08**, 55 Tz 14, BeckRS **14**, 23133 Tz 40), so ausdrückl WoBindG 8 II. Das gilt auch für wucher MietVertr (LG Köln NJW **65**, 157) u für Vereinbgen über Baukostenzuschüsse, die gg NAV/NDAV 11 od gg AVBWasserV 9 verstoßen (OLG Braunschweig NJW-RR **98**, 1313). Bei Verstößen gg WiStG 5 (→ § 138 Rn 76) tritt entgg der hM (BGHZ **89**, 319, LG Berlin ZMR **94**, 19) an die Stelle der unwirks Miete die ortsübl, nicht die höchste gerade noch zuläss (OLG Karlsruhe NJW **82**, 1161, LG Hamburg NJW-RR **99**, 1170). **27**

8) Umgehungsgeschäfte. – **a)** Das **Verbot** von UmgehgsGesch ist in einer Reihe von Vorschr ausdrückl niedergelegt (§§ 306a, 312k, 475 I 2, 487, 511, 650o, 651y, 655e I, FernUSG 8, AO 42). Es gilt als allg RGrds aber auch sonst (BGHZ **110**, 47, BAGE **10**, 70, allgM). Die Nichtigk des UmgehgsGesch ergibt sich bereits im Wege der Auslegg aus der umgangenen Verbotsnorm, die Gesetzesumgehg ist kein besond NichtigkGrd u kein selbständ RInstitut, sond ein Anwendgsfall der teleolog Auslegg (BGHZ **110**, 47/64, hM). Auszugehen ist jew von Inhalt u **Zweck** der maßg **Verbotsnorm.** Will diese nur einen bestimmten Weg zur Erreichg eines an sich zuläss Erfolgs verbieten, ist das den gleichen Erfolg auf and Weise herbeiführde Gesch wirks (BGH **LM** Nr 19); es ist dagg. unwirks, wenn es den *verbotenen* Erfolg dch Verwendg von Gestaltgsmöglichk zu erreichen sucht, die (scheinb) nicht von der Verbotsnorm erfasst werden (BGH NJW **06**, 1066). Nichtigk kann auch eintreten, wenn eine Umgehgsabsicht nicht vorliegt (BGHZ **56**, 285/89, **110**, 47/64, BAG NJW **99**, 2541, str), jedoch können bei der Prüfg des UmgehgsTatbestands subj Momente den Ausschlag geben (BGH NJW **90**, 1474). **28**

b) Einzelfälle (ja = nichtig, nein = wirks). Vgl auch die Kommentierg der in → Rn 1 genannten ausdrückl Regelgen. Gesch zur Umgehg einer Konzession od ErlaubnPfl, ja (OLG Hamm NJW **86**, 2440, OLG Koblenz NJW-RR **94**, 493), so Anstellg in Gastwirtsch, wenn „Angestellter" in Wahrh wirtschaftl der Inhaber sein soll (OLG Stuttgart NJW **87**, 3270, OLG Düsseldorf NJW-RR **87**, 687, aA offenb BAG NJW **94**, 2973); „Anstellg" in Handwerksbetrieb, wenn in Wahrh Verkauf vorliegt, Käufer aber nicht Meister ist, ja (LG Berlin JR **56**, 304); Anstellg eines Handwerksmeisters als Betriebsleiter, der in Wahrh nicht tät werden soll, ja (*ThürLAG* EWiR **02**, 135). „StatthalterVertr" über Apotheke statt eines verbotenen PachtVertr, nein (LG Nürnberg NJW-RR **92**, 17). GesellschVertr über den Betrieb einer Spielhalle, nein, auch wenn zur Erlangg der Konzession ein Strohmann eingeschaltet werden soll (BGH NJW-RR **03**, 1116). „GesellschVertr" mit ausländ ArbN zur Umgehg des Erfordern einer ArbErlaubn, ja (SächsOVG BeckRS **95**, 22027); Zurverfüggstellg eines Ausbildgsplatzes gg Kauf eines Lkws, ja (OLG Hamm NJW **83**, 2708). Umgehg des § 613 I 1 dch AufhebgsVertr, ja (BAG NJW **06**, 938, NZA **12**, 152). Umgehg des BRAO 49b dch ZwSchaltg eines ProzFinanzierers, uU ja (KG EWiR **03**, 1187). Erbeinsetzg eines Angehörigen anstelle der Pers, die gem HeimG 14 nicht bedacht werden darf, ja (BayObLG NJW **00**, 1875; → Rn 19). Bestellg eines Nießbr, um gesetzl VorkaufsR der Gemeinde wirkgslos zu machen, ja (BGHZ **34**, 205). Umgehg von VorkaufsR vgl → § 138 Rn 61. Umgehg der SchutzVorschr beim VerbrGüterKauf, s § 475 ff. Vereinbg, die im Ergebn auf eine gesellschrechtl unzuläss Trenng von Mitglsch u StimmR hinauslaufen, ja (BGHZ **3**, 357, **20**, 366). Vereinbg über die VorausErf eines unverzichtb Anspr, uU ja (BGHZ **58**, 62, AusglAnspr des HandelsVertr). Ankauf von Mandantenforderngen zwecks Umgehg von BRAO 49 b II (OLG Frankfurt a. M. NJW **11**, 3724). Zur Umgehg des Testierverbots der §§ 2271 II, 2289 I 2 vgl dort. **29**

135 ***Gesetzliches Veräußerungsverbot.*** **(1) [1]Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam. [2]Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt.**

(2) Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

136 ***Behördliches Veräußerungsverbot.*** **Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot der in § 135 bezeichneten Art gleich.**

1) Allgemeines. – **a)** Der **Begriff** Veräußergsverbot in §§ 135, 136 ist iSv **„Verfügungsverbot"** zu verstehen (allgM). Die Verbote richten sich nicht nur gg Veräußergen im techn Sinn, dh gg RÜbertraggen, sond gg Vfgen jeder Art (→ Übbl § 104 Rn 16). **1**

b) Anwendungsbereich. Die §§ 135, 136 betreffen VfgsVerbote zum Schutz bestimmter Pers. Ihre Verletzg macht die Vfg (nur) relativ unwirks. **Nicht** unter die §§ 135, 136 **fallen:** – **aa) Absolute Verfügungsverbote:** Sie dienen dem Schutz der Allgemeinh u sind VerbotsG iSd § 134. Ihre Verletzg macht die Vfg mit Wirkg ggü jedermann unwirks (BGHZ **19**, 355/59, NJW-RR **20**, 395 Tz 17). Bsp sind StPO 111b ff (Kiethe/Groeschke/Hohmann ZIP **03**, 189), 290–292 (OLG Düsseldorf NJW-RR **04**, 468), BNotO 55 II 3 (BGH NJW **06**, 294). **2**

– **bb) Verfügungsbeschränkungen:** Hier fehlt dem RInhaber die für die wirks Vornahme einer Vfg erfdl RMacht (→ § 134 Rn 5). Er *kann* nicht wirks verfügen; die Frage, ob er nicht verfügen *darf,* stellt sich nicht. Die Vfg ist absolut unwirks, allerd tritt in einigen Fällen schwebde Unwirksamk ein. Bsp: §§ 1365 ff (Eheg), §§ 1643 ff (Eltern) § 2211 (Erbe iF der TestVollstr). Als gesetzl VfgsBeschränkgen sind nach hM auch §§ 717, 719 (BGHZ **13**, 183) u § 399 (→ § 399 Rn 11) aufzufassen. Da die gesetzl VfgsBeschränkgen in ihrer Wirkg einem absoluten VfgsVerbot gleichstehen, werden sie gelegentl gleichfalls als VfgsVerbote bezeichnet (so BGHZ **40**, 219). **2a**

– **cc) InsO.** Vfgen des Schu nach Eröffng des InsolvenzVerf sind nach InsO 81 absolut unwirks (OLG Rostock ZIP **06**, 1684). Das gilt nach InsO 24, 81 ebso für Vfgen, die gg vor VerfEröffng angeordnete SichgMaßn verstoßen. **2b**

2) Relative Verfügungsverbote. – **a) Gesetzliche** VfgsVerbote mit ledigl relativer Wirkg enthält das BGB nur im § 473 (→ § 473 Rn 2). Sie sind auch außerhalb des BGB selten (BGHZ **13**, 184). Soweit die §§ 566b ff, 1124 ff Vfgen für relativ unwirks erklären regeln sie die RFolgen selbstd, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 135 bedarf. Das früher in VVG 98 enthaltene relative Abtretgsverbot ist im neuen VVG (93, 94) entfallen. **3**

b) Allein die **gerichtlichen** od behördl VfgsVerbote des § 136 haben prakt Bedeutg. Die wichtigsten Anwendgsfälle sind: Einstw Vfgen, auch die zur Sichg von UnterlPfl aus VermG 3 III (BGHZ **124**, 147), Pfändg von Fdgen u Rechten gem ZPO 829, 857 (BGH NJW **98**, 746, ZIP **06**, 2276), Zahlgssperre gem FamFG 480, **4**

GrdstBeschlagnahme gem ZVG 20, 23, 146 (BGH NJW **97**, 1582), Beschlagnahme gem StPO 111c V, Anordngen gem StGB 73d II, 74, 74e III. Dagg fällt die in einem gerichtl Vergl übernommene Verpfl, nicht über ein Grdst zu verfügen, nicht unter §§ 135, 136, sond unter § 137 (OLG Koblenz BeckRS **48**, 00001). Wann das VfgsVerbot wirks wird, richtet sich nach den maßg VerfVorschr. Bei MobiliarZwVollstrg ist idR Zustellg nöt, bei Vollstrg nach ZVG Eintragg im Grdbuch. Auch der Verstoß gg ein vom zuständ Gericht zu Unrecht erlassenes Verbot begründet Unwirksamk (BRHP/Wendtland Rn 4, str). **Wer geschützt** ist, ergibt sich aus den Vorschr, auf denen das Verbot beruht. Die Anordng der ZwVerst wirkt auch zG der HypGläub (s RGZ **86**, 258). Der dch ein eingetragenes richterl VfgsVerbot gesicherte Gläub kann verlangen, dass der Gläub einer später im GrdBuch eingetragenen ZwHyp hinter seiner ZwHyp zurücktritt (BGH ZIP **07**, 1577). Sind mehrere VfgsVerbote erlassen worden, ist das später wirks gewordene ggü dem dch das ältere Verbot geschützten Gläub relativ unwirks (BGH ZIP **07**, 1577)

5 **c) Erwerbsverbote** stehen den gerichtl VfgsVerboten gleich (→ § 888 Rn 11). Sie richten sich idR an den Käufer eines Grdst u begründen ein EintraggsHindern (BayObLG NJW-RR **97**, 913). Eine trotzdem vorgenommene Eintragg ist ggü dem dch das Verbot Geschützten analog §§ 136, 135 relativ unwirks (→ § 888 Rn 11).

6 **3) Rechtswirkungen.** – **a) Relative Unwirksamkeit.** Die verbotswidr Vfg (Begriff → Übbl § 104 Rn 16) ist nur ggü dem Verbotsgeschützten unwirks**.** Wird eine Sache in Verletzg eines relativen VfgsVerbots übereignet, wird der Erwerber Eigtümer, dem Verfügden verbleibt jedoch die RMacht, zG des Geschützten zu verfügen u dadch die erste Vfg unwirks zu machen (BGH NJW **90**, 2459). Das Verbot führt nicht zum Verlust der VfgsBefugn (BGH DNotZ **25**, 202 Tz 8) u bewirkt keine Grdbuchsperre (BGH NJW-RR **20**, 395 Tz 16). RÄnderg dürfen im Grdbuch eingetragen werden, wenn das VfgsVerbot mind gleichzeit eingetragen wird (BGH NJW-RR 20, 395 Tz 18 ff). Das Verbot hindert Maßn der ZwVollstrg nicht, der Geschützte kann aber gem ZPO 772, 771 WidersprKlage erheben. Im InsolvenzVerf ist das VfgsVerbot wirkgslos (InsO 80 II 1).

7 **b) Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit.** Bei Grdst sind die §§ 888, 883 II entspr anzuwenden (§ 888 II). Der Geschützte kann vom Veräußerer Auflassg u Eintragg verlangen; gg den Erwerber hat er Anspr auf Zustimmg zu seiner Eintragg u auf Löschg der Eintragg des Erwerbers (→ § 888 Rn 10, 4 ff). Bei bewegl Sachen hat der Geschützte gg den Veräußerer einen Anspr auf Übertragg der bei diesem verbliebenen RMacht; erst danach kann er vom Erwerber die Herausg der Sache verlangen (BGH NJW **90**, 2459; → § 135 Rn 25). Wenn die Voraussetzgen des ZPO 259 erfüllt sind, kann der Geschützte die Klage gg den Erwerber mit der gg den Veräußerer verbinden. Entspr gilt für Fdgen u and Rechte. Ein unmittelb Anspr gg den Erwerber steht dem Geschützten nicht zu. Der auf die besond Gegebenh des GrdbuchR abgestellte § 888 II ist nicht entspr anwendb.

8 **c) Aufhebung des Verbots, Genehmigung.** Die verbotswidr Vfg wird voll wirks, wenn das Verbot aufgehoben wird, der Geschützte sie genehmigt od das geschützte Recht entfällt (BGH NJW **97**, 1582, ZIP **06**, 2276).

9 **4) Gutgläubiger Erwerb, II.** Die Vorschr über den Erwerb von einem NichtBerecht sind entspr anwendb. Neben § 185 gelten daher für bewegl Sachen §§ 932 ff, 1032, 1207, 1244, HGB 366; für Grdst §§ 892 f, 1138, 1155. Entspr Anwendg bedeutet, dass sich der gute Glaube auf das Nichtbestehen des Verbots beziehen muss (RGZ **90**, 335/8). Die Möglichk des gutgläub Erwerbs entfällt, wenn das Verbot im Grdbuch eingetragen ist (→ § 892 Rn 17). Sie ist beim Erwerb im Wege der ZwVollstrg ausgeschl (RGZ **90**, 335/8). Beim Erwerb von Fdgen u Rechten wird guter Glaube gleichfalls nicht geschützt, zG des Schu sind aber die §§ 407, 408 entspr anzuwenden (BGHZ **86**, 338); ist der DrittSchu bei Leistg an den PfändgsSchu bösgläub, wird er dch die Zahlg nicht frei (BGHZ **86**, 338); er behält aber ggü dem PfändgsGläub alle Einwendgen gg die Fdg, auch den Einwand der Aufrechng (BGHZ **58**, 25). Ein Liquiditätsengpass macht den Erwerber nicht ow hinsichtl des Bestehens eines insolvenzrechtl VfgsVerbots bösgläub (BGH DB **00**, 516).

DIE FACHBUCHHANDLUNG

137 *Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot.* [1]Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. [2]Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

1 **1) Allgemeines.** § 137 schützt die VfgsFreih des RInhabers (BayObLG NJW **78**, 701). Diese kann bei veräußerl Rechten dch rgeschäftl Abreden nicht mit Außenwirkg begrenzt werden. Die Vorschr ist Ausdr des allg RGedankens, dass sich niemand dch RGesch seiner rechtl **Handlungsfähigkeit** entäußern kann. Auch die Erwerbs- u VerpflBefugn kann nicht mit Wirkg gg Dritten ausgeschl werden; eine eig RGesch des Vertretenen ausschließde „verdrängde" Vollm ist mit § 137 unvereinb (s BGH WM **71**, 956). Die Vorschr schützt zugl u vor allem den *numerus clausus* der dingl Rechte u dient der **Sicherheit des Rechtsverkehrs** (BGHZ **134**, 182/86). Veräußerl Rechte, die kr Privatautonomie zu *res extra commercium* gemacht werden könnten, wären eine Quelle von RUnsicherh (BGHZ **56**, 278). Vertr, dch die sich der RInhaber mit schuldrechtl Wirkg verpfl, Vfgen zu unterlassen, sind dagg zuläss, S 2.

2 **2) Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Satz 1.** – **a) Anwendungsbereich.** Der Grds, dass 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 NJW **68**, 1471, BB **82**, 891), SperrkontenVereinbgen haben, abgesehen vom Fall des Und-Ktos, keine Außenwirkg, 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 § 854 Rn 14). Auch soweit das 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 (→ § 399 Rn 11), der grdsätzl auch für die unter § 413 fallden Rechte gilt. Zur Anwendg der §§ 399, 413 auf beschränkte dingl Rechte → Einl § 854 Rn 12.

3 **b) Unwirksamkeit der Verfügungsbeschränkung.** Die gg S 1 verstoßde VfgsBeschränkg ist unwirks. Das gilt auch dann, wenn sie auf einer Vfg vTw (BGHZ **40**, 117, **56**, 278) od einem ProzVergl (OLG Koblenz BeckRS **1948**, 00001) beruht. Eine sich aus einem ausländ 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.

4 **c) Wirksamkeit der Verfügungen.** Die gg die VfgsBeschränkg verstoßden Vfgen sind wirks, auch wenn der Erwerber vom VfgsVerbot weiß. Eine etwa für das RGesch erfdl Genehmigg darf nicht wg Verletzg des VfgsVerbots versagt werden (BGH **LM** Nr 2). Wirks ist die Vereinbg einer auflösden Bedingg od einer **Rückgewährpflicht** für

den Fall einer Weiterveräußerg od Pfändg (OLG Düsseldorf OLGZ **84**, 90, BayObLG DNotZ **89**, 370); mögl auch, den RückübereignsAnspr gem § 328 zG eines Drtten 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 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 (BGHZ **31**, 13) od dem VermächtnN (BGH NJW **63**, 1602) verpfl, nicht dch RGesch unter Lebenden zu verfügen, wobei sich aus einer ergänzden Auslegg ein VeräußergsR im Notfall ergeben kann (BGH FamRZ **67**, 470). Der Vertr ist, auch soweit die UnterlVerpfl Grdst betrifft, **formfrei** (BGHZ **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 denkb, an ihren Nachw sind aber strenge Anfordergen 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. Erwerbsverbote in PachtVertr sind nicht sittenwidr, wenn die wirtschaftl Selbständigk des Pächters nicht unzumutb belastet wird u der Verpächter an dem Verbot ein berecht Interesse hat (OLG Koblenz NJW-RR **05**, 570). Die Verpfl, nicht zu verfügen, wird nicht nach 30 Jahren unwirks (BGH BeckRS **12**, 17678 Tz 13 ff). **5**

b) Die **Verletzung** der UnterlPfl begründet gem § 280 I einen SchadErsAnspr (BGHZ **31**, 13), der nach § 249 I grdsätzl auf Rückgängigmachg der Vfg geht. Der SchadErsAnspr kann sich zugl gg den Erwerber richten, wenn auch dieser die vertragl UnterlPfl übernommen hat (OLG Köln NJW-RR **96**, 327) 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), 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 aufschiebd bedingten Anspr auf Rückauflassg vereinbaren (BGH NJW **97**, 861, BayObLG DNotZ **89**, 370). Zuläss auch eine Sichg dch VertrStrafe, Bürgsch od Einräumg eines VorkaufsR. **6**

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

1) Allgemeines. – **a) Bedeutung.** Die dem einz von der ROrdng gewährte Befugn, seine LebensVerh dch RGesch eigenverantwortl zu gestalten, die Privatautonomie (→ Übbl § 104 Rn 1), 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 RGestaltg 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. **1**

b) Rechtsbegriff der guten Sitten. Nach der Rspr ist ein RGesch sittenwidr, wenn es gg das **Anstandsgefühl** aller billig und gerecht Denkden verstößt (BGH NJW **04**, 2668/70, BAG NZA **06**, 1354). Diese Formel, die sich schon in den Motiven (II S 125) findet, trägt zur inhaltl Präzisierg des § 138 wenig bei: – **aa)** § 138 verweist auf die sich aus der **Sittenordnung** ergebden Verhaltensgebote. Dabei ist unter „guten Sitten" keine Sittlichk im gesinngseth Sinne zu verstehen, 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 dch die herrschde R- und Sozialmoral inhaltl bestimmt (Wolf/Neuner § 46 Rn 12). Dabei ist ein dchschnittl Maßstab anzulegen (BGH NJW **53**, 1665); besond strenge Anschauungen sind unbeachtl, ebso 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 kaum dchschaub existenzgefährdden Risiken (LG Karlsruhe NJW-RR **07**, 200). – **bb)** § 138 verweist vor allem auf die der **Rechtsordnung** immanenten rechtseth Werte u Prinzipien. Die Vorschr erfasst daher auch Verstöße gg den „ordre public" (EG 6); RGesch, die grdlegde Prinzipien der ROrdng verletzen, sind gem § 138 nichtig (vgl BGHZ **68**, 4, **80**, 158, **106**, 338). Dieser Aspekt des § 138 steht, wenn auch idR unausgesprochen, in der prakt RAnwendg im VorderGrd. Wenn die Rspr RGesch für sittenwidr erklärt, geht es idR nicht um die Rezeption von außerrechtl Wertgen, sond um die Konkretisierg von WertMaßst, die in der ROrdng selbst angelegt sind. – **cc)** Über § 138 wirkt das im **Grundgesetz verkörperte Wertsystem** in das PrivatR ein (BVerfGE **7**, 206; NJW **90**, 1470; ZIP **06**, 60/63). Zu den WertEntsch, die den RBegriff der guten **2** **3** **4**

5 Sitten mitbestimmen, gehört auch die **Sozialstaatsklausel,** GG 20, 28 (BVerfG NJW **94**, 38). Der in der Rspr seit langem anerkannte Grds, dass mit Hilfe des § 138 dem Missbr wirtschaftl Macht entggzuwirken ist, hat im Sozialstaatsprinzip seine Grdlage. Unvereinb mit § 138 sind Vertr, die eine VertrPart ungewöhnl stark belasten u das Ergebn strukturell ungleicher Verhandlgsstärke sind (BVerfG NJW **94**, 36; → Rn 37 ff). Auch Grdsätze des **Europarechts** können zur Konkretisierg des § 138 herangezogen werden (BGHZ **138**, 55 zu UWG 1 aF).

6 – **dd)** Bei einem **Konflikt** zw außerrechtl moral Anschauungen u der im Recht verkörperten Wertordng hat die letztere, sofern sie sich iR der Verfassg hält, den Vorrang. RGesch, die eine gesetzl Vorschr nach ihrem Zweck als zuläss anerkennt, können daher nicht gem § 138 für nichtig erklärt werden (BGH NJW **70**, 1179, straffreier MietVertr mit Dirne; BGHZ **63**, 365, PachtVertr über Bordell; OLG Brandenburg 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 (BGHZ **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 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 **05**, 2991). Dem steht es gleich, wenn er sich der Kenntn einer erhebl Tats bewusst od grob fahrläss verschließt (BGH 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 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 NJW **12**, 1570 Tz 13, WM **18**, 1422 Tz 37). Ein Vertr wird nicht sittenwidr, wenn nachträgl ein MissVerh zw Leistg u GgLeistg entsteht (BGHZ **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 verstoßder weiterer Vertr geschlossen wird (BGHZ **7**, 111). Ein zu marktübl Bedinggen abgeschl KreditVertr ist nicht deshalb unwirks, weil ein früher zw den gleichen Part abgeschl KreditVertr sittenwidr ist (BGHZ **99**, 336; → Rn 31). Auch bei **letztwilligen Verfügungen** sind die tats Verh im Ztpkt der Errichtg, nicht die des Erbfalls maßg (BGHZ **20**, 71, str). Will der Erbl seine sittenwidr Vfg später aus sittl nicht zu beanstandden Beweggründen bestätigen, muss er sie formgerecht wiederholen (BGHZ **20**, 71). Führt eine bei ihrer Errichtg sittl unbedenkl Vfg wg einer grdlegden Änderg zu sittenwidr Auswirkgen, kann ihr der Einwand unzulässig RAusübg entggstehen (BGHZ **20**, 71). Ein Sonderfall sind arbeitsvertragl Vergütgsabreden. Bei ihrer Überprüfg ist auf die Verh im streitggständl Zeitraum u nicht auf den Ztpkt des VertrSchlusses abzustellen

10 (BAG NZA **09**, 837 Tz 10). – **bb) Wandel des sittlichen Maßstabes.** Die sich aus den guten Sitten ergebden Anfordergen unterliegen dem Wandel. Ändern können sich sowohl die GrdWertgen der RGemsch als auch die in den beteiligten Verkehtskreisen anerkannten moral Anschauungen. Bsp für einen derart Wandel sind die Rspr zum Verkauf von Arzt- u RAPraxen (→ Rn 60), zum Geliebtentestament (BGHZ **53**, 375), zu Vertr über Sterilisation (BGHZ **67**, 48; → Rn 55), zu MietVertr mit Dirnen (BGH NJW **70**, 1179; → Rn 52) u zu Vertr über Bordelle (BGHZ **63**, 365; → Rn 52). Maßgebd 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; Umst- od BewertgsÄnd können aber eine Anwendg des § 242 (RMissbr) od des § 313 (Wegfall der GeschGrdlage) rechtfertigen (BGHZ **126**, 241). Soweit die Rspr einen bereits früher vollzogenen Wandel der Wertvorstellgen ledigl feststellt, gilt sie aber auch für früher abgeschl Vertr (BGH NJW **83**, 2692, BVerfG NJW **84**, 2345). War das Gesch bei seiner Vornahme sittenwidr, wird es dch einen Wertgswandel nicht ipso jure gült (str); 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 (str, BGH NJW **99**, 566 lässt offen). Vgl auch EGMR NJW **05**, 875, der auf den Ztpkt der gerichtl Entsch abstellen will (!); eine Entsch, die auch iÜ nicht überzeugt, s Staudinger ZEV **05**, 140.

11 **e) Anwendungsbereich.** § 138 gilt für RGesch jeder Art, nicht aber für den normativen Teil von TarifVertr (str, s BAG BB **04**, 1909). Er ist auch auf letztw Vfgen (→ Rn 49) u dingl RGesch anwendb (→ Einl § 854 Rn 11). 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 geschäftsähnl Handlgen wie Mahng u Fristsetzg. Bei abstrakten SchuldVerspr u SchuldAnerkenntn kann sich die Sittenwidrigk nur aus dem Gesamtcharakter des Gesch (→ Rn 8) ergeben (BGH NJW **87**, 2015, OLG Rostock OLG-NL **96**, 6). Besond Grds gelten im **Gesellschaftsrecht.** Auf BeitrittsErkl zu KapitalGesellsch findet § 138 im Interesse des Verkehrsschutzes keine Anwendg (Überbl 36 vor § 104). GesellschterBeschl von KapitalGesellsch sind nur nichtig, wenn sie dch ihren Inhalt gg die guten Sitten verstoßen, AktG 241 Nr 4, der auch für die GmbH gilt (BGHZ **15**, 385). Sonst Mängel müssen im Wege der Anfechtgsklage geltd gemacht werden. Ist der GesellschVertr einer PersonalGesellsch nichtig, finden die Grds der fehlerh Gesellsch Anwendg. Nichtigk von Anfang an kommt idR nur in Betr, wenn der Gesellsch-

12 Zweck sittenwidr ist (BGH NJW **70**, 1540, DB **76**, 2106). § 138 gilt auch, wenn das RGesch zugl eine **Prozesshandlung** ist (BGHZ **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 (RGZ **134**, 162/7, JW **38**, 43).

13 **f) Verhältnis zu anderen Vorschriften.** – **aa) § 134** ist im Verh zu § 138 I die speziellere Norm. Ein RGesch, das sowohl gg ein VerbotsG als auch gg die guten Sitten verstößt, ist gem § 134 nichtig (BAG NJW **93**, 2701/03). Besond gilt aber für das Verh zw StGB 291 u § 138 II (→ Rn 65). § 134 setzt voraus, dass das RGesch selbst gg das gesetzl Verbot verstößt (→ § 134 Rn 1). Andere bei Vornahme eines RGesch begangene RVerletzgen werden von der Sanktion des § 134 nicht erfasst, sie können aber zur Nichtigk gem § 138 führen. Verstößt ein RGesch gg rechtl Prinzipien od Wertgen, die keine VerbotsG iS des § 134 sind, ist uU § 138 anwendb; das gilt insbes für RGesch, die