

Repetitorium ZR

Professor Dr. Martin Lipp

Das Verbot des Selbstkontrahierens im Minderjährigenrecht

DOI 10.1515/jura-2015-0089

Das Minderjährigenrecht (§§ 106 ff.) ist ein zentrales Thema der juristischen Ausbildung und der staatlichen Pflichtfachprüfung. In aller Regel wird der Student erstmals im Rahmen dieser Rechtsmaterie mit den dogmatischen Konsequenzen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips konfrontiert. Sachlich verschränkt ist mit der begrenzten Möglichkeit des Minderjährigen, rechtsgeschäftlich zu handeln, die Tätigkeit der Eltern als gesetzliche Vertreter ihres Kindes (§§ 1626 I, 1629). Für sie stellt sich nicht selten die Frage, ob sie Rechtsgeschäfte zwischen ihnen und ihrem Kind (z.B. eine Schenkung) allein vornehmen können – als eigene Partei und als Vertreter ihres Kindes. Damit aber stehen sie vor der gesetzlichen Schranke des Verbots des Selbstkontrahierens (§ 181). Vor allem durch Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist dieser Rechtsbereich seit einiger Zeit erneut stark in die Diskussion geraten. – Für die juristische Ausbildung ist die skizzierte Thematik unter klausurtechnischen Gesichtspunkten besonders attraktiv, weil über die Fallfrage eines erlaubten Insichgeschäfts wesentliche Probleme des Minderjährigenrechts abzuhandeln sind.

I. Beschränkte Handlungsfähigkeit des Minderjährigen – Abgrenzungen

Minderjährig ist, wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§ 2)¹. Während dieser Zeitspanne ist der Minderjährige (familienrechtlich das »Kind«, vgl. § 1626 I) nur eingeschränkt in der Lage, durch *eigenes* Handeln *Rechtswirkungen* hervorzurufen. Diese Beschränkung der *Handlungsfähigkeit* des Minderjährigen dient zu dessen Schutz

¹ Die Volljährigkeit nach § 2 tritt um 0.00 Uhr des 18. Geburtstages ein, §§ 187 II 2, 188 II.

Martin Lipp: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsche Rechtsgeschichte, Neuere Privatrechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

und wird vom Gesetz in unterschiedlicher Weise geregelt – je nachdem, welcher *Handlungsbereich* konkret tangiert ist.

1. Willenserklärungen und tatsächliches Verhalten

Ausgangspunkt einer grundlegenden Einteilung des »Minderjährigenrechts« ist die Einsicht, dass die mit diesem Begriff oft identifizierten §§ 104 ff., insbesondere §§ 106 ff., sich lediglich auf ein wenn auch äußerst bedeutsames Tätigkeitsfeld des Minderjährigen erstrecken, nämlich auf den Bereich des *rechtsgeschäftlichen* Handelns. Die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen wird hier unter dem Gesichtspunkt der *Geschäftsfähigkeit* aufgegriffen (vgl. die Überschriften vor § 104: »Rechtsgeschäfte«; »Geschäftsfähigkeit«).

Davon unberührt bleibt, inwieweit *tatsächliches* Verhalten des Minderjährigen für ihn Rechtsfolgen auslösen kann. Zum Teil beantwortet diese Frage das Gesetz selbst. Das gilt etwa für *unerlaubte Handlungen* des Minderjährigen, also für dessen *Deliktsfähigkeit*.

Nach § 828 I ist ein Minderjähriger vor Vollendung des 7. Lebensjahres deliktsrechtlich nicht verantwortlich. Zwischen dem 7. und dem 10. Lebensjahr trifft ihn eine Schadensersatzpflicht, wenn er bei Begehung der unerlaubten Handlung die »zur Erkenntnis der Verantwortung erforderliche Einsicht« hatte, § 828 III. Und auch für diese Altersspanne trifft das Gesetz für eine Schadenszufügung durch einen Unfall mit einem Kraftfahrzeug, Schienen- oder Schwebebahn für Minderjährige eine Ausnahmeregelung (vgl. § 828 II 1: keine Haftung). Schließlich ordnet § 829 auch bei mangelnder Verantwortlichkeit des Minderjährigen nach § 828 unter Umständen eine Billigkeitshaftung an.

Während § 828 recht ausführlich Fragen der Deliktsfähigkeit des Minderjährigen regelt, kennt das Gesetz für andere Bereiche tatsächlichen Verhaltens des Minderjährigen keine ausdrückliche Bestimmung. So insbesondere für das wichtige Gebiet des Besitzrechts.

2. Insbesondere: Besitz des Minderjährigen

Es geht hier um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger für seine *eigene* Person *Besitz begründen* und gegebenenfalls übertragen kann.

Fall 1: Bei einem Spaziergang mit ihren Eltern findet die sechsjährige K eine Uhr, die sie den Eltern mit der Bemerkung »Jetzt habe auch ich eine Uhr« zeigt und ihnen schließlich zur Ablieferung an das Fundamt aushändigt. Seit der Anzeige des Fundes sind inzwischen sieben Monate vergangen. Ist K Eigentümerin der »Rolex« geworden?

Nach § 973 I ist die sechsjährige K sechs Monate nach Anzeige des Fundes bei der Behörde Eigentümerin kraft Gesetzes geworden, wenn sie die *Finderin* der Uhr war. Wer »Finder« einer Sache ist, bestimmt § 965 I: derjenige, der eine »verlorene« Sache »an sich nimmt«. Die Uhr stellt eine »verlorene« Sache dar, sofern sie beim Aufgreifen durch K *nicht im Besitz* einer anderen Person stand (vgl. § 856 I Alt. 2); das war der Fall. Weitere Voraussetzung ist, dass K die Uhr *an sich genommen*, d.h. an der Sache *Besitz erlangt* hat. Besitzerlangung ist ein Akt *tatsächlichen Handelns*, ein *Realakt* (§ 854 I), und die Frage ist, ob K diesen *rechtlich erheblichen Vorgang* wirksam für sich bewerkstelligen konnte. Die §§ 104 ff. (§ 104 Nr. 1) sind nicht einschlägig, weil es dort nur um rechtsgeschäftliches Handeln geht. Allerdings: Wirksame Begründung des Besitzes verlangt, dass der Realakt der Erlangung der tatsächlichen Gewalt von einem *Besitzbegründungswillen* getragen wird². Auch dieser Wille ist kein rechtsgeschäftlicher (Willenserklärung), sondern ein *faktischer Wille*. Einen solchen Besitzbegründungswillen kann auch ein Kind äußern, wenn es über eine entsprechende *tatsächliche Einsichtsfähigkeit* verfügt. Das ist für die K zu bejahen, denn sie gibt klar zu erkennen, dass sie die Uhr für sich behalten möchte (»Jetzt habe auch ich eine Uhr«). Danach sieht alles so aus, als habe K als »Finderin« gemäß § 973 I Eigentum an der Uhr erworben.

Das wird man im Ergebnis aber verneinen müssen. Denn die K ist als *Besitzdienerin* im Sinne des § 855 anzusehen: Die elterliche Sorge (§ 1626) vermittelt Erziehungsaufgaben, die die Eltern dazu berechtigen, ihren Kindern in Bezug auf eine Sache (Uhr) Weisungen zu erteilen, die diese zu befolgen haben. Besitzer und damit »Finder« waren also allein die Eltern der K³.

² BGHZ 101, 186, 187 f. »genereller« Besitzerwerbswille, 189 f.; h.M.

³ Dieses Ergebnis dürfte für die sechsjährige K unstrittig sein, hat aber nicht in jedem Fall für alle »Kinder« zu gelten. War die K 16 Jahre alt und hat die Uhr selbst beim Fundamt abgegeben, wird man sie als »Finderin« und nach sechs Monaten als Eigentümerin der Uhr anzusehen haben. Vgl. zum sorgerechlichen Hintergrund und zur Lo-

Während also für den Bereich der *Realakte* – wo Sonderregeln fehlen – auf die *natürliche Einsichtsfähigkeit* der jeweiligen Person abzustellen ist, gelten für das *rechtsgeschäftliche Handeln* (Willenserklärungen) die §§ 104 ff⁴.

Diese Differenzierung zwischen *tatsächlichem* und *rechtsgeschäftlichem* Willen in den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften zu erkennen, ist nicht immer einfach, gleichwohl dogmatisch dringend erforderlich. Das zeigt folgendes Beispiel.

Fall 2: Die sechsjährige K, die sich schon lange ein eigenes Fahrrad wünscht, stellt ihren alten Tretroller zu dem am Straßenrand gelagerten Sperrmüll. Dort wird er vom fünfjährigen Nachbarjungen J gesichtet, der voller Freude »seinen Roller« den Eltern präsentiert. Wem gehört der Roller?

Der fünfjährige J konnte Eigentümer des Rollers nur geworden sein, wenn »dieser »herrenlos« war (und von ihm »in Eigenbesitz« genommen wurde⁵), § 958 I. Herrenlos war das Gefährt, sofern die K in der Absicht, auf ihr Eigentum zu verzichten, den Besitz am Roller aufgegeben hatte, § 959. Es fragt sich also erstens, ob die K als *Besitzdienerin* ihrer Eltern (§ 855) den Besitz am Roller aufgeben konnte⁶ (*tatsächlicher Besitzaufgabewille*) – das ist zu verneinen, da Besitzer nur die Eltern waren – und es stellt sich die Frage, ob sie wirksam einen *Eigentumsverzichtswillen* äußern konnte – das ist zu verneinen, weil ein derartiger Wille (sogenannter *Entschlagungswille*) eine auf *Eigentumsverfügung* gerichtete *rechtsgeschäftliche Willenserklärung* ist⁷, also in der Person der K nichtig war (§§ 104 Nr. 1, 105)⁸.

ckerung des elterlichen Weisungsrechts § 1626 II; wie hier z.B. Soergel/Stadler, 2002, § 855 Rz. 19.

⁴ Auch hier gibt es vom allgemeinen Recht abweichende Sonderregeln für bestimmte Gebiete, so z.B. für die Eheschließung (§§ 1303, 1304) oder die Errichtung eines Testaments (§ 2229 I, II; § 2233 I).

⁵ Auf eine umfassende gutachtliche Prüfung wird hier verzichtet.

⁶ Dass K Eigentümerin des Rollers war, spielt hierfür keine Rolle, vgl. Soergel/Stadler, 2002, § 855 Rz. 9.

⁷ Z.B. Soergel/Henssler, 2002, § 959 Rz. 1, 2.

⁸ *Rechtsgeschäftlichen* Charakter hat nach h.M. auch die Willenseinigung des § 854 II. – Zu weiteren schuld- und sachenrechtlichen Fragen bei Handeln eines Minderjährigen instruktiv *Petersen JURA* 2003, 399 ff.

II. Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit

1. Ausschluss jeden rechtsgeschäftlichen Handelns beim geschäftsunfähigen Minderjährigen

Ein Minderjähriger unter sieben Jahren kann unter *keinen Umständen* rechtsgeschäftliche Wirkungen auslösen. Er ist *geschäftsunfähig*; seine Willenserklärung ist *nichtig* – §§ 104 Nr. 1, 105 I. Diese Konsequenz gilt für etwaige rechtsgeschäftliche Wirkungen in der *eigenen* Person des *Minderjährigen* wie auch in der Person von *Dritten*.

a) Keine Rechtswirkungen für die eigene Person

Ihrem fünfjährigen Patenkind kann die zu Besuch weilende Tante nichts »direkt« als Geschenk übergeben. Eine solche Handschenkung ist ein Vertrag (§ 516 I), dem zwar jede Verpflichtung mangelt, und für die Übertragung des Eigentums auf das Kind (§ 929 S. 1) gilt das Gleiche. Trotzdem kann das Kind weder die Schenkung annehmen (§ 516 I) noch Eigentum erwerben (§ 929 S. 1); auf einen ausschließlichen Vorteil für das Kind kommt es nicht an – § 105 I. In beiderlei Hinsicht müssen die Eltern für das Kind handeln (§§ 1626 I, 1629 I).

b) Keine Rechtswirkungen für Dritte

Der Ausschluss jeder rechtsgeschäftlich relevanten Handlung für den noch nicht sieben Jahre alten Minderjährigen gilt aber auch, soweit die Rechtsfolgen nicht ihn, sondern einen *Dritten* treffen würden. So kann ein geschäftsunfähiger Minderjähriger *nicht Stellvertreter* sein, wohl aber ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger (§ 165). Grund: Die Folgen der Willenserklärung des Stellvertreters treffen zwar sofort und unmittelbar den Vertretenen (unmittelbare Stellvertretung, § 164 I 1), sind für den Vertreter selbst also »neutral«. Aber der Vertreter gibt doch eine *eigene Willenserklärung* ab (§ 164 I 1); diese Möglichkeit ist für den geschäftsunfähigen Minderjährigen ausgeschlossen (§ 105 I). – Wo es dagegen um *fremde Willenserklärungen* geht, ist der Einsatz von geschäftsunfähigen Minderjährigen denkbar. Ein sechsjähriges Kind kann unter Umständen *Erklärungs-* wie *Empfangsbote* sein, weil es

hier darum geht, eine *fremde Willenserklärung* zu überbringen, beziehungsweise sie tatsächlich entgegenzunehmen. Erforderlich ist auch hier die nach der *allgemeinen Verkehrsanschauung* zu beurteilende *natürliche Einsichts-* und *Eignungsfähigkeit* des Boten⁹.

2. Rechtsgeschäftliches Handeln des beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen

Die gesetzliche »Drehscheibe« für die Beurteilung von Rechtsgeschäften beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger ist § 106, der dafür auf die §§ 107–113 verweist.

a) Eigenhandeln bei lediglich rechtlichem Vorteil – Trennungsprinzip

Die Grundsatzentscheidung zur rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit eines (beschränkt geschäftsfähigen) Minderjährigen trifft § 107: Der Minderjährige bedarf, um *von Anfang an rechtswirksam* zu handeln, der *Einwilligung* seines gesetzlichen Vertreters, d. h. der *vorherigen Zustimmung* zum Rechtsgeschäft, vgl. §§ 182, 183. Eine Ausnahme davon besteht nur dann, wenn das konkrete Rechtsgeschäft für den Minderjährigen »*lediglich einen rechtlichen Vorteil*« bedeutet. Dazu der folgende

Fall 3: Der vierzehnjährige, leidenschaftliche Fußballspieler K erhält Besuch vom Patenonkel, der ihm zur Begrüßung einen Fußball mit den Worten »Für dich« übergibt. K dankt dem Onkel begeistert.

K hat in *Fall 3* auf Dauer Eigentum am Fußball erworben, und zwar von Anfang an und ohne Beteiligung seiner Eltern als gesetzliche Vertreter.

Der Eigentumserwerb vollzog sich nach § 929 S. 1 durch (dingliche) Einigung zwischen dem Onkel und K und durch Besitzverschaffung zugunsten des K: Den *Einigungsvertrag* konnte K gemäß § 107 in eigener Person rechtswirksam abschließen, weil er ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil gebracht hat, nämlich das Eigentum am Ball¹⁰. Auch den zusätzlich erforderlichen *Realakt des Besitzerwerbs* konnte K hier vornehmen. Einmal hatte er –

⁹ Entscheidend sind immer die Einzelfälle; dazu und zum Erklärungs- und Empfangsboten allgemein vgl. *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 518–523.

¹⁰ Der Inhalt dieses sachenrechtlichen Vertrags ist: Das Eigentum an der Sache soll vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen.

selbstverständlich – den Willen, den Ball an sich zu nehmen (§ 854 I); zum Zweiten wird man ihn angesichts seines Alters hinsichtlich des Balles nicht mehr als Besitztziener seiner Eltern ansehen können (§ 855)¹¹.

Für diesen Eigentumserwerb des K gibt es auch einen *Rechtsgrund*, nämlich die von der dinglichen Einigung streng zu trennende *Einigung* zwischen K und dem Onkel darüber, dass die Eigentumsverschaffung zugunsten des Patensohnes *unentgeltlich*, also eine *Schenkung* sein sollte, § 516 I. Diese Einigung konnte K ebenfalls von vorneherein selbst wirksam abschließen, denn sie brachte ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil, nämlich einen *Rechtsgrund* für den Eigentumserwerb am Ball. Die Einigung im Sinne des § 516 I stellt einen (schuldrechtlichen) *Behaltensgrund* – Rechtsgrund – im Sinne des § 812 I 1 Alt. 1 dar; eine etwaige Kondiktion des Onkels ist ausgeschlossen¹².

b) Rechtlicher Vorteil und rechtlicher Nachteil – Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Das *Trennungsprinzip* – die dogmatische Unterscheidung zwischen schuldrechtlich-verpflichtender und dinglich-verfügender Ebene¹³ – wird im deutschen Zivilrecht ergänzt durch das *Abstraktionsprinzip*. Dieses Prinzip bedeutet, dass das schuldrechtliche (z. B. § 433) und das verfügende Rechtsgeschäft (z. B. Einigung des § 929 S. 1) *nicht nur je und je eigene Rechtsgeschäfte* sind, sondern dass sie auch ihrem *rechtlichen Bestand* und ihrer gesamten *rechtlichen Beurteilung* nach ohne Rücksicht auf das jeweils andere Rechtsgeschäft, also *abstrakt* voneinander zu bewerten sind¹⁴. Dies, obwohl schuld- und sachenrechtliche Seite eines Vorgangs wirtschaftlich gesehen eine Einheit

darstellen. Das Abstraktionsprinzip tritt im Minderjährigenrecht besonders markant zutage:

Fall 4: Bei einem Räumungsverkauf ersteht die fünfzehnjährige K ein Original des legendären Santana-Albums »Abraxas« aus dem Jahre 1970 für den »Wahnsinnspreis« von 5€. Wie ist die Rechtslage?

Die K hat einen Kaufvertrag abgeschlossen, durch den sie sich einerseits zur Zahlung von 5€ verpflichtet (§ 433 II), der ihr aber andererseits auch einen Anspruch auf Übereignung des Albums verschafft hat (§ 433 I). Diesen Kaufvertrag konnte K nicht wirksam abschließen, denn als ein einziger (gegenseitiger) Vertrag begründet er für K nicht »*lediglich einen rechtlichen Vorteil*« (§ 107), weil sie zur Kaufpreiszahlung (§ 433 II) verpflichtet wird. Dass der Kauf wirtschaftlich gesehen äußerst günstig gewesen sein mag, spielt – weil § 107 allein auf einen *rechtlichen Vorteil* abstellt – keine Rolle. Der Kaufvertrag ist schwebend unwirksam und hängt von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (Eltern) ab, §§ 108 I, 182, 184.

Getrennt von diesem Kaufvertrag und *abstrakt* von dessen rechtlichem Schicksal sind die *beiden Verfügungsgeschäfte* (Übereignung des Albums an K; Übereignung des Geldes an den Verkäufer) jeweils gesondert zu prüfen. Hier gilt:

K ist Eigentümerin des Albums geworden. Der Übereignungsvertrag zu ihren Gunsten war für sie lediglich ein rechtlicher Vorteil, denn durch ihn erhielt sie nur das Eigentum am Album (§§ 107, 929).

Die Übereignung des Geldes hingegen war erneut schwebend unwirksam (§ 108 I). Denn diese dingliche Einigung (§ 929) brachte für sie den Eigentumsverlust am Geld, also einen Rechtsnachteil.

Verweigern die Eltern die Genehmigung endgültig, bleibt K Eigentümerin des Albums; der Kaufvertrag ist unwirksam; unwirksam ist auch die Übereignung des Geldes. Der Eigentumserwerb der K vollzog sich aber ohne rechtlichen Grund (Kaufvertrag), weshalb K das Eigentum am Album an den Verkäufer nach § 812 I 1 Alt. 1 zurückübertragen muss. Andererseits hat sie aus § 812 I 1 Alt. 1 gegenüber dem Verkäufer einen Anspruch auf Rückgabe des Geldes¹⁵.

¹⁵ In Betracht kommt (daneben) ein Anspruch der K gemäß § 985, denn sie hat ihr Eigentum am Geld nicht nach § 929 S. 1 verloren. Voraussetzung des Vindikationsanspruchs nach § 985 ist aber, dass tatsächlich die von K hingegebenen konkreten Geldstücke/-scheine noch identifizierbar sind – § 985 eröffnet *keine Wertvindikation*, vgl.

¹¹ Vgl. oben sub I 2. Anders könnte und dürfte es sein, wenn der Onkel ihm ein Motorrad schenkt.

¹² Diese »Handschenkung« nach § 516 I ist vom Schenkungsversprechen des § 518 zu unterscheiden. Um beim Beispiel zu bleiben: Nach § 518 I verspricht der Patenonkel dem K, ihm zu seinem Geburtstag (in fünf Monaten) einen Fußball zu schenken. Er *verpflichtet* sich also, in Zukunft etwas Bestimmtes zu tun. Dieses *Verpflichtungsversprechen* bedarf der notariellen Beurkundung; der Formmangel wird aber durch Bewirken der Leistung (die Übereignung des Fußballs in fünf Monaten) geheilt, § 518 II. – Bei § 516 I existiert ein solches Verpflichtungsversprechen nicht; es wäre im obigen Fall deshalb falsch anzunehmen, die »fehlende Form« sei durch § 518 II geheilt worden.

¹³ Der Abschluss des Kaufvertrages (§ 433) lässt die damit übernommene Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache (§§ 929 ff.) unberührt.

¹⁴ Denkbar ist, dass ein und derselbe Mangel sowohl dem Verpflichtungs- wie dem Verfügungsgeschäft anhaftet und damit beide zu Fall bringt, sog. *Fehleridentität*; vgl. dazu mit Beispielen *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 327.

III. Das Verbot des Selbstkontrahierens

Die dargelegten Grundsätze des Minderjährigenrechts spielen eine erhebliche Rolle, wenn es nachfolgend um die Frage geht, ob und inwieweit Eltern als *gesetzliche Vertreter* im Wege des *Selbstkontrahierens* sowohl für sich als auch zugleich für ihr Kind rechtsgeschäftlich handeln können (§ 181). Das Problem tritt regelmäßig auf, wenn Eltern eigenes Vermögen an ihr minderjähriges Kind weitergeben wollen – etwa im Wege einer Schenkung als vorweggenommene Erbfolge im Rahmen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden. Können die Eltern dann sowohl als Schenkende (in eigener Person) wie auch als Vertreter ihres Kindes die notwendigen Rechtsgeschäfte treffen oder als eigene (schenkende) Partei handeln und zugleich als gesetzliche Vertreter die nach § 107 notwendige Einwilligung beziehungsweise die nach § 108 I erforderliche Genehmigung erteilen?

Fall 5: Die verwitwete F möchte ihrer sechzehnjährigen Tochter K (der verstorbene Ehemann war K's Vater) ein ihr gehörendes Hausgrundstück schenken. Das Grundstück (Wert: 300.000 €) ist mit einer Hypothek über 150.000,-€ belastet und derzeit vermietet. Die F möchte nicht, dass ihre Tochter von der geplanten Schenkung erfährt und fragt, ob sie einfachheitshalber die notwendigen Rechtsgeschäfte alleine vornehmen kann.

Die erforderlichen Rechtsvorgänge für den geplanten Eigentumswechsel am Grundstück sind zum Ersten ein *Schenkungsvertrag* zwischen F und K, in dem sich F zur Schenkung verpflichtet (Schenkungsversprechen, § 518 I). Desweiteren eine *dingliche Einigungserklärung*, wonach das Eigentum am Grundstück auf K übergehen soll (§ 873 I; sogenannte Auflassung, § 925 I), und schließlich als Drittes die *grundbuchliche Umschreibung* auf K (§ 873 I; § 20 GBO), die regelmäßig vom beurkundenden Notar veranlasst wird (vgl. §§ 13, 15 II GBO).

1. Anwendung des § 181 im Kindschaftsrecht

Dem Abschluss des Schenkungsvertrages durch F sowohl als Schenkende (Vertragspartei) wie als Vertreterin der K steht der Text des § 181 Alt. 1 entgegen. Denkbar ist jedoch, dass der F als Mutter und gesetzlicher Vertreterin der K (§§ 1626 I, 1629 I, 1680 I) aus familienrechtlichen Gründen

ein Selbstkontrahieren gestattet ist (vgl. § 181: »[...]«, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist [...]«).

Die Vertretungsbefugnis der Eltern wird in § 1629 II näher umschrieben und insoweit begrenzt, als auch ein Vormund nach § 1795 von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist. Die Vorschrift des § 1795 II stellt klar, dass auch für den Vormund das Verbot des § 181 gilt, so dass auch die Vertretungsmacht der F gemäß §§ 1629 II, 1795 II, 181 beschränkt ist¹⁶.

2. Ausnahmen vom Verbot des Selbstkontrahierens

Das von § 181 rigide formulierte Verbot des Selbstkontrahierens wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit langem bei besonderen Fallgestaltungen durchbrochen. Grund dafür sind Sinn und Zweck der Vorschrift in der konkreten gesetzgeberischen Ausgestaltung des § 181.

a) § 181 als formale Ordnungsvorschrift

Das tragende Motiv für das Verbot des § 181 ist die *Gefahr einer Interessenkollision*, wenn ein und dieselbe Person auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäftes tätig wird – entweder als eigene Partei und zugleich als Vertreter der anderen (Alt. 1) oder im Wege der Mehrfachvertretung (Alt. 2). Ob sich diese Gefahr im Einzelfall tatsächlich realisiert, ist unsicher – so ist bei der hiesigen Schenkung ein interessenwidriges Handeln der F zulasten der K keineswegs manifest. Näher liegen hier alteruistische Gründe und Motive. Es könnte demnach im Einzelfall abzuwägen und zu entscheiden sein, ob ein nicht mehr akzeptabler Interessenkonflikt vorliegt. Der Gesetzgeber wollte die Unsicherheit, die mit einer solchen Abwägung stets verbunden wäre, allerdings vermeiden und hat § 181 als eine *formale Ordnungsvorschrift* gefasst: Für seine Anwendung kommt es nicht darauf an, dass in concreto ein Interessenwiderstreit besteht, sondern darauf, dass die *formale Konstellation* des Selbstkontrahierens eine *derartige Gefahr* mit sich bringt. Aus Gründen der *Rechtssicherheit* soll schon dieser potentiellen Gefahr begegnet werden – ohne Rücksicht auf die einzelnen Umstände des Falles. Der Interessengegensatz zwischen den mehreren vom Vertreter repräsentierten Personen (hier F und K) ist, so der *BGH*, »[...]« zwar gesetz-

¹⁶ Keine Rolle spielen im hiesigen Zusammenhang die §§ 1643, 1821 I Nr. 1 (Genehmigung des Familiengerichts); dort geht es nur um die Veräußerung eines (im Eigentum des Kindes stehenden) Grundstücks, nicht um Erwerb zu seinen Gunsten.

z.B. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 2013, § 21 Rz. 16; *Jauernig/Berger*, BGB, 2014, § 985 Rz. 8.

geberisches Motiv, aber zur Tatbestandserfüllung grundsätzlich weder erforderlich noch ausreichend [...]«¹⁷.

b) »Lediglich rechtlicher Vorteil« des Minderjährigen

Die Anwendung des § 181 in seiner strikten Fassung einer formalen Ordnungsvorschrift hätte zu unbefriedigenden Ergebnissen bei einzelnen Fallgestaltungen geführt.

So nahm der *BGH* an, dass es sich bei gewöhnlichen Gesellschaftsbeschlüssen nicht um ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 handle, denn es gehe dabei um den »Sozialakt der körperschaftlichen Willensbildung durch Mehrheitsentscheidung«¹⁸, der im Rahmen der Geschäftsführung auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages nicht interessengegensätzliche Positionen im Sinne des § 181 zum Ausgleich bringe, sondern von einer bereits festgelegten gemeinschaftlichen Zweckverfolgung geprägt sei (vgl. § 705)¹⁹. Ein Gesellschafter kann hier das Stimmrecht für sich selbst und gleichzeitig als Vertreter anderer Gesellschafter ausüben (anders bei gesellschaftsvertragsändernden Beschlüssen). Auf der anderen Seite war Selbstkontrahieren trotz vorhandener Interessenkollision zu gestatten²⁰.

Der *BGH* nahm diesen Befund zum Anlass, Ausnahmen vom Verbot (beziehungsweise Erweiterungen) des § 181 zu formulieren. Wenn der maßgebliche Falltypus einen *genau abgrenzbaren Rechtsbereich* umreißt, in dem ein Interessengegensatz *abstrakt-generell ausgeschlossen* sei, soll § 181 keine Anwendung finden. Eine Interessenkollision darf also schlechterdings nicht vorstellbar sein, ein Ausschluss im konkreten Einzelfall genügt nicht. Eine solche Fallgruppe liegt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor, wenn das Inschlaggeschäft dem Vertretenen *lediglich einen rechtlichen Vorteil* bringt (§ 107)²¹.

¹⁷ *BGHZ* 50, 8, 11 mit Verweis auf *BGHZ* 21, 229, 230 f. und weiteren Nachweisen; aus der heutigen Literatur z.B. *Medicus*, Allgemeiner Teil, 2010, Rz. 959 f.; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 592; *Jauernig/Mansel*, BGB, 2014, § 181 Rz. 6.

¹⁸ *BGHZ* 52, 316, 318 (Minderjährige als Gesellschafter einer Familien-GmbH).

¹⁹ *BGHZ* 65, 93, 96 ff. (Minderjährige als Kommanditisten in einer Familiengesellschaft). – Die Entscheidung *BGHZ* 56, 97 ff. (Ausschluss des § 181 für den geschäftsführenden Alleingesellschafter einer GmbH) ist überholt, vgl. § 35 III GmbHG; vertragsändernden Gesellschafterbeschlüssen gleichgestellt hat der *BGH* die Bestimmung zum Geschäftsführer der Gesellschaft, *NJW* 1991, 691 ff. (Anwendung von § 181).

²⁰ Z.B.: Der Vertreter bestellt einen Vertreter für sich in eigener Person (Eigenvertreter) oder als Vertreter des Dritten (Untervertreter) und kontrahiert mit diesem, *BGH NJW* 1991, 691, 692 re. Sp.; *BGHZ* 64, 72, 74.

²¹ *BGHZ* 59, 236, 240; 94, 232, 235; *NJW* 1989, 2542, 2543 li. Sp./re. Sp.

Eine solche Normreduktion des § 181 wurde schon in der älteren Literatur angemahnt²² und entspricht heute der überwiegenden Meinung im wissenschaftlichen Schrifttum²³. Teilweise ist sie jedoch auch auf Widerstand gestoßen. Geldent gemacht wird, dass es sich beim »lediglich rechtlichen Vorteil« für den Vertretenen um keinen fest umrissenen Rechtsbereich handle²⁴. Zusätzlich würde in diesem Fall die Möglichkeit einer aufgedrängten Schenkung geschaffen²⁵. Diese Bedenken überzeugen. Sie überzeugen insbesondere vor dem Hintergrund der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung, die die Frage der Anwendbarkeit des § 107 (lediglich rechtlicher Vorteil) stark unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten entscheidet. Von einem von der Judikatur selbst geforderten abstrakt-generellen Ausschluss einer Interessenkollision kann nicht (mehr) gesprochen werden²⁶.

Klausurtaktisch zu sehen ist allerdings, dass sich auf der Grundlage der höchstrichterlichen Judikatur und der herrschenden Literaturansicht über § 181 zentrale Probleme des Minderjährigenrechts (vgl. oben sub I und II) als Prüfungsgegenstand ergeben. In *Fall 5* ist so die Frage aufgeworfen, ob die genannten Rechtsgeschäfte (Schenkungsvertrag, § 518 I; Auflassung, § 925) für K jeweils lediglich einen rechtlichen Vorteil mit sich bringen; dann kann F, befreit von § 181, die Rechtsgeschäfte alleine vornehmen.

3. Abschluss des schuldrechtlichen Grundgeschäfts (Schenkungsvertrag, § 518 I)

Nach den Grundsätzen der *BGH*-Rechtsprechung kann F (*Fall 5*) den Schenkungsvertrag unter Befreiung von § 181 allein abschließen. Selbstverständlich kann sie als schenkender Teil (Partei) für sich selbst handeln. Zugleich als Vertreterin der K kann sie tätig werden, wenn der *Schenkungsvertrag* für die Tochter *lediglich einen rechtlichen Vorteil* mit sich bringt (§ 107). Das ist der Fall: Verpflichtet wird nur die F (an K ihr Grundstück schenkweise zu übertragen), § 518 I 1; die K selbst erwirbt nur einen Rechtsvorteil, nämlich den schuldrechtlichen Anspruch gegen F auf schenkweise Übertragung des Grundstückeigentums, § 518 I 1.

²² *Blomeyer AcP* 172 (1972), 1 ff. (Einmann-GmbH), 11 ff. (lediglich rechtlicher Vorteil).

²³ Etwa *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 592.

²⁴ *Jauernig/Mansel*, BGB, 2014, § 181 Rz. 7.

²⁵ *Schubert WM* 1978, 291 ff.

²⁶ Vgl. zur neueren Rechtsprechung insbesondere unten sub b (öffentliche Lasten) und c (Vermietung).

4. Abschluss des dinglichen Vollzugsgeschäfts (Auflassung, § 925)

Die Auflassung ist der dingliche Vertrag im Sinne des § 873 I (vgl. § 925). Zweifelhaft ist, ob auch diese Einigung für K (Fall 5) lediglich einen rechtlichen Vorteil darstellt. Zwar erhält sie über die Auflassung Eigentum am Grundstück, aber das Grundstück ist mit einer Hypothek belastet, und diese wirkt als Grundpfandrecht nach Eigentumsübergang gegen K.

a) Hypothek als rechtlicher Nachteil?

Eine Hypothek (§§ 1113 ff.) löst *keine Verpflichtung* des Grundstückseigentümers aus; die Hypothek zieht ausschließlich eine *Haftung* nach sich²⁷. Der Grundstückseigentümer muss die *Zwangsvollstreckung* in sein Grundstück *dulden* (§ 1147); weiter reicht die Hypothekenhaftung nicht (vgl. § 1113 I: »[...] aus dem Grundstück [...]«). Eine bereits auf dem Grundstück ruhende dingliche Belastung soll nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herrschenden Literaturmeinung *kein rechtlicher Nachteil* im Sinne des § 107 sein²⁸.

Begründet wird dies damit, dass die Hypothek allenfalls zum Verlust des Grundstückes führen kann (§ 1147), das übrige, d. h. bereits vorhandene Vermögen des Minderjährigen aber bleibe unberührt. Die Hypothek führe zu keiner neuen Belastung im Zusammenhang mit dem abzuschließenden Vertrag. Dies bedeute weder Vor- noch Nachteil; lediglich der durch die Zuwendung erlangte Vorteil werde durch das Grundpfandrecht eingeschränkt²⁹. – Andere stellen (auch) darauf ab, dass den Minderjährigen hier keine persönliche Verpflichtung, sondern lediglich eine Duldungspflicht treffe³⁰.

Diese Überlegungen können jedoch nicht voll überzeugen. Dass die hypothekarische Belastung des § 1147 – die von Rechts wegen angeordnete Duldung der Zwangsvoll-

streckung – einen rechtlichen Nachteil darstellt, ist kaum zu bestreiten³¹. Das wird schon daran deutlich, dass die einen Tag nach Eigentumsübertragung bestellte Hypothek (selbstverständlich) einen rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 bedeutet. Die Argumentation der herrschenden Meinung bewegt sich stark in einer – dem § 107 grundsätzlich nicht zugänglichen – wirtschaftlichen Abwägung³². Es kommt hinzu, dass die These, der Minderjährige würde ungünstigstenfalls das Grundstück verlieren, sein übriges Vermögen aber bliebe unangetastet, nicht in jedem Fall stimmt. Zu denken ist dabei etwa an den hypothekarischen Haftungsverband (§ 1120)³³, der gegebenenfalls auch wertvolles Zubehör (bewegliche Sachen aus dem sonstigen Vermögen des Minderjährigen, § 97 I) der Zwangsvollstreckung unterwirft³⁴. Zu denken ist aber auch daran, dass die Zwangsversteigerung (§§ 15 ff. ZVG, Verlust des Grundstücks) nicht die einzige Art einer Vollstreckung in ein Grundstück darstellt. Möglich ist unter Umständen auch eine Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG); dann hat es der Verwalter in Wahrnehmung seiner Aufgaben in der Hand, vgl. § 152 I ZVG, auch persönliche Verpflichtungen für den Minderjährigen zu begründen, z. B. Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks.

Trotzdem ist der Rechtsprechung und herrschenden Meinung im Ergebnis beizutreten. Die Vorschrift des § 107 will vom Minderjährigen *nicht jeden rechtlichen Nachteil* fernhalten. Die §§ 106 ff. schützen den Minderjährigen vor Rechtsnachteilen, die gerade aus der von ihm abgegebenen *Willenserklärung* resultieren, hier des *Erwerbsgeschäfts* nach §§ 873 I, 925. Nicht geschützt wird über § 107 vor rechtlichen Nachteilen, die die Konsequenz einer davon unabhängigen Rechtsstellung des Minderjährigen sind, so die Rechtsstellung als *Eigentümer*. Als Eigentümer treffen den Minderjährigen öffentliche Lasten und Grundsteuer³⁵; sie stellen keine rechtlichen Nachteile im Sinne des § 107 dar. Auch die Hypothekenhaftung knüpft an die *Eigentümerstellung* des Minderjährigen an, nicht an den »Erwerb« (Auflassung). Sie »lastet« ebenso wie die öffentlichrechtlichen Nachteile (bereits) auf dem Grundstück

²⁷ Eine Verpflichtung resultiert aus einer regelmäßig der sichernden Hypothek parallel gehenden Darlehensschuld. Das muss aber nicht so sein: Der Vater bestellt an seinem Grundstück eine Hypothek zur Sicherung der Darlehensschuld seines Sohnes.

²⁸ BGHZ 78, 28, 33; 161, 170, 176 (Grundschrift).

²⁹ Aus der älteren Rechtsprechung RGZ 148, 321, 324; OLG München DNotZ 1939, 206; für die gegenwärtige Judikatur BGHZ 161, 170, 176; 162, 137, 140; BayObLGZ 1979, 53; NJW 1967, 1912f.; aus dem Schrifttum z. B. Brox/Walker, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 276.

³⁰ Z. B. Staudinger JURA 2005, 547, 548 li. Sp.; Petersen JURA 2003, 399, 402 li. Sp.; Schreiber JURA 1991, 24, 29 li. Sp. – Aber: Abgrenzen des Kennzeichens eines rechtlichen Nachteils i. S. d. § 107 ist nicht die persönliche Verpflichtung.

³¹ Ebenso bereits Lange NJW 1955, 1339, 1340 re. Sp. und expressis verbis S. 1341 re. Sp.

³² So zu Recht bereits Stürmer AcP 173 (1973), 402, 415.

³³ Zutreffend wird darauf bereits von Müßig JZ 2006, 150, 152 li. Sp. hingewiesen.

³⁴ Beispiel: Der Minderjährige betreibt ein Taxi-Unternehmen auf dem Grundstück; die Kraftwagen werden regelmäßig Zubehör, § 97 I, sein.

³⁵ Dazu aber die neuere Rechtsprechung des BGH, sogleich im Anschluss sub b.

und entsteht nicht als Folge der Willenserklärung des Minderjährigen³⁶.

Weil die Hypothek keinen rechtlichen Nachteil (§ 107) darstellt, hindert sie nicht ein Selbstkontrahieren der F (Fall 5).

b) Öffentliche Lasten als rechtlicher Nachteil?

Nach bisher ganz herrschender Ansicht fielen öffentliche Lasten (z.B. Anliegerkosten, Grundsteuer) nicht unter § 107. Das entscheidende Argument dafür war und ist, dass diese polizeilichen und steuerlichen Lasten durch Gesetz oder Satzung bestimmt werden, nicht aber Folge der erklärten Auflassung des Minderjährigen seien, und ihn als *Eigentümer* des Grundstücks treffen (Eigentumsbindung)³⁷. Davon ist der *BGH* in letzter Zeit abgerückt.

Zunächst hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung die Frage nach der Behandlung öffentlicher Lasten im Lichte § 107 offen gelassen³⁸. Näher auseinandergesetzt hat sich der *BGH* mit dieser Frage in der Entscheidung *BGHZ 161, 170 ff.* In diesem Beschluss wird zunächst festgehalten, eine etwaige Unbeachtlichkeit derartiger Lasten folge *nicht daraus*, dass sie auf Gesetz oder kommunaler Satzung beruhen³⁹. Auch die Tatsache, dass die entsprechenden Lasten zu einer *persönlichen Verbindlichkeit* des Minderjährigen führten, sei nicht das ausschlaggebende Argument⁴⁰. Vielmehr müssten auch *gesetzlich begründete Rechtsnachteile*, die Folge des rechtsgeschäftlichen Erwerbsgeschäftes seien, mit in Rechnung gestellt werden. Das verlange der von § 107 verfolgte Zweck, das Vermögen des Minderjährigen vor einer Gefährdung zu schützen⁴¹. Der *BGH* räumt ein, dass diese wirtschaftliche Folgenbetrachtung zu »erheblichen Schwierigkeiten« führen könne, weshalb das Gesetz »im Interesse der Rechtssicherheit« auf das »formale Kriterium des rechtlichen Nachteils« abgestellt habe⁴². Der »rechtliche Vorteil« könne deshalb nicht durch einen »wirtschaftlichen Vorteil« ersetzt werden⁴³.

Gleichwohl kommt der *BGH* zu einer eindeutig wirtschaftlichen Betrachtungsweise und Argumentation. Er glaubt, bestimmte *Rechtsnachteile* (im Sinne des § 107) identifizieren zu können, die aber wegen ihres »*typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotentials*« von § 107 ausgenommen werden müssten: »Dies gilt«, so der *BGH*, »für

solche den Minderjährigen kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, [...]«⁴⁴. Darunter fällt nach Auffassung des Gerichts die Verpflichtung zur Tragung der *laufenden öffentlichen Grundstückslasten*⁴⁵. – Umgekehrt: Unter § 107 (rechtlicher Nachteil) fallen auch gesetzliche Verpflichtungen des Minderjährigen, die lediglich mittelbare Folge des Rechtserwerbs sind – soweit sie kein »ganz unerhebliches Gefährdungspotential« bergen.

Auch hier ist mit besserer Argumentation darauf abzustellen, ob die (gesetzlich ausgelöste) Rechtsverpflichtung an die *Eigentümerstellung* als einen *rechtsgeschäftsneutralen* Tatbestand anknüpft (so die Grundsteuer als Realsteuer) oder an das *Erwerbsgeschäft* (so die Grunderwerbssteuer als Verkehrssteuer)⁴⁶.

Für Fall 5 bedeutet dies, dass die grundpfandrechtliche Belastung des Grundstücks sowie die durch den Erwerb ausgelösten laufenden öffentlichen Lasten keinen Nachteil gemäß § 107 darstellen; die F ist insoweit an einem Insihgeschäft also nicht gehindert.

Überzeugend ist die skizzierte Rechtsprechung des *BGH* nicht – weder methodisch noch in ihrem Ergebnis. *Methodisch* bewegt sich der *BGH* an der Grenze zulässiger richterlicher Auslegung. Denn das Gesetz ist klar: Der Schutz des Minderjährigen-Vermögens wird in § 107 – mit gutem Grund – durch ein *formales Kriterium* gesichert. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist für die Rechtsprechung verbindlich und kann nicht unter Berufung auf eine »Auslegung nach Sinn und Zweck« der Vorschrift von Fall zu Fall zur Seite geschoben werden. Es bestehen erhebliche Zweifel an der Annahme, *gesetzlicher Zweck* des § 107 sei es, das *Vermögen des Minderjährigen vor einer Gefährdung* zu schützen, weshalb die Vorschrift jeden (auch gesetzlich mittelbar ausgelösten) rechtlichen Nachteil umfasse. Der Text der Vorschrift legt das nicht nahe. Er spricht von »einer Willenserklärung, *durch die* er (sc. der Minderjährige) nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil [...]« erlangt. Entscheidend ist die rechtliche Konsequenz der *Willenserklärung*. Vom Minderjährigen sollen die

³⁶ So zu Recht Jauernig/Mansel, BGB, 2014, § 107 Rz. 5.

³⁷ Nachweise aus früherer Rechtsprechung und Schrifttum in *BGHZ* 15, 168, 169f.; ferner *BayObLG* NJW 1967, 1912, 1913 li. Sp.; 1968, 941 re. Sp.

³⁸ *BGHZ* 15, 168, 169f.; 78, 28, 31.

³⁹ *BGHZ* 161, 170, 178.

⁴⁰ *BGH* ebenda.

⁴¹ *BGH* ebenda.

⁴² Alle Zitate ebenda.

⁴³ *BGHZ* 161, 170, 179.

⁴⁴ *BGH* ebenda.

⁴⁵ *BGH* ebenda.

⁴⁶ So Jauernig/Mansel, BGB, 2014, § 107 Rz. 5. – Allerdings entsteht dann die Frage, ob wegen dieses *rechtlichen Nachteils* die Auflassung scheitern soll. Das wird allgemein verneint, weil die Grunderwerbssteuer wegen Geringfügigkeit vernachlässigt werden könne; *Mansel* ebenda. – Auch dieses Beispiel zeigt, dass es sich bei § 107 (lediglich rechtlicher Vorteil) um keine Fallgruppe handelt, in der abstrakt-generell ein Rechtsnachteil ausgeschlossen werden kann. Kritisch gegenüber der ökonomischen Betrachtungsweise des *BGH* auch etwa *Staudinger JURA* 2005, 547, 551 re. Sp., 552.

Rechtsfolgen ferngehalten werden, die ihrer *normativ-gesetzlichen Begründung* nach – auch wenn als vom Gesetz angeordnete weitere Folgewirkungen – gerade an die *rechtsgeschäftliche Verantwortlichkeit* des Erklärenden anknüpfen – denn nur sie wird durch die §§ 104 ff. eingeschränkt⁴⁷.

Auch im Übrigen ist fraglich, ob die *BGH*-Rechtsprechung einen Gewinn darstellt. Tatsächlich handelt es sich um eine Billigkeitsjudikatur von Fall zu Fall: Was sind »wirtschaftlich unbedeutende« Rechtsnachteile? Kommt es dafür (nur) auf den zu erwerbenden Vermögensgegenstand an oder auch auf das übrige Vermögen des Minderjährigen⁴⁸. Was gilt für Erschließungsbeiträge und Anliegerkosten⁴⁹? Ist der »Wahnsinnspreis« von 5 € (vgl. oben *Fall 3*) eine wirtschaftlich zu vernachlässigende Größe? Konsequenterweise müsste die K ein solches Geschäft dann ebenfalls abschließen können – ein wohl kaum akzeptables Ergebnis. Insgesamt – so ist zu konstatieren – ist die Folge der höchstrichterlichen Judikatur eine ganz *erhebliche Rechtsunsicherheit* für die Praxis.

c) Vermietung als rechtlicher Nachteil?

In *Fall 5* ist das an die minderjährige K zu übertragende Grundstück vermietet. Hierin liegt nun tatsächlich ein *rechtlicher Nachteil*, der für die Auflassung die Schranke des § 107 errichtet⁵⁰. Gemäß § 566 I tritt der »Erwerber« in die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis ein. Der Eintritt in die mietrechtlichen Verpflichtungen schließt sich also unmittelbar an das *Erwerbsgeschäft*, die Auflassung, an⁵¹. Dieser rechtliche Nachteil ist »durch« die Willenserklärung (vgl. § 107) ausgelöst. Damit kann die F in *Fall 5* die Auflassung nicht im Wege eines Inlichgeschäftes alleine vornehmen.

Die neuere Rechtsprechung des *BGH*⁵² legt auch hier stark wirtschaftlich orientierte Maßstäbe an. Obwohl der rechtliche Nachteil durch den Eintritt in die Verpflichtungen des Pachtvertrages manifest ist, stützt sich der *BGH* wesentlich auf wirtschaftliche Gesichtspunkte: »[...] vielmehr können ihn (sc.: den Minderjäh-

rigen) insbesondere auch Schadensersatz- und Aufwendungsersatzpflichten [...] treffen. Hierbei handelt es sich nicht um typischerweise *ungefährliche Rechtsnachteile*⁵³, die bei der Anwendung des § 107 BGB von vorneherein außer Betracht bleiben könnten [...]. Anders als die mit dem Grundstückserwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung laufender öffentlicher Lasten [...] sind die aus dem Eintritt in ein Miet- oder Pachtverhältnis resultierenden Pflichten ihrem Umfang nach nicht begrenzt. Ihre *wirtschaftliche Bedeutung*⁵⁴ hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. [...]«⁵⁵.

5. Zum Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Über diese grundsätzliche Aussage hinaus hat der *BGH* in dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zur Frage des rechtlichen Nachteils im Sinne des § 107 aber noch weiter »aufgeweicht« und wirtschaftlich-theoretischen Überlegungen geöffnet.

Im konkreten Fall ging es um die Überlassung eines *verpachteten* Grundstücks, an dem sich der schenkende Großvater einen lebenslänglichen unentgeltlichen *Nießbrauch vorbehielt* und es zugleich übernahm »die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen Lasten« zu tragen⁵⁶.

Der *BGH* bekräftigt einerseits die weitgehend unbestrittene Annahme, dass die Auflassung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks wegen des Eintritts des Erwerbers in die persönlichen Verpflichtungen des Vermieters/Verpächters nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Andererseits lag der Fall aber so, dass durch den vorbehaltenen Nießbrauch – der Nießbrauchsvorbehalt stellt grundsätzlich keinen Rechtsnachteil im Sinne des § 107 dar⁵⁷ – der *Veräußerer* weiterhin als Nießbraucher auch Verpächter (Vermieter) blieb⁵⁸. Gleichwohl bejahte der *BGH* einen Rechtsnachteil, weil beim Tod des Nießbrauchers der minderjährige Erwerber in die Pflichten des Pachtvertrages eintrete. Es sei unerheblich, dass im Augenblick der Auflassung noch nicht feststehe, »ob und wann der minderjährige Erwerber in den von dem Übergeber geschlossenen

⁴⁷ Zusammenfassend zur hier vertretenen Ansicht in Abgrenzung zu Gegenmeinungen im Schrifttum vgl. unten sub 6.

⁴⁸ Angesichts der Hinweise auf die *persönliche Haftung* des Minderjährigen spricht viel für diese Sicht.

⁴⁹ Vom *BGH* ausdrücklich offen gelassen, *BGHZ* 161, 170, 180.

⁵⁰ Allgemeine Ansicht, etwa *BGHZ* 162, 137, 140 f.; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 276; *Jauernig/Mansel*, BGB, 2014, § 107 Rz. 5.

⁵¹ Gleiches gilt z. B. für ein verpachtetes Grundstück, §§ 581 II, 593b, 566 – so in *BGHZ* 162, 137 ff. Angenommen wird dies auch für den Erwerb eines Erbbaurechts, § 9 ErbbauRG i. V. m. § 1108 I – *BGH NJW* 1979, 102, 103 li. Sp.; eines Nießbrauchs, §§ 1041, 1045, 1047; oder den Erwerb von Wohnungseigentum, dazu sofort im Anschluss.

⁵² *BGHZ* 162, 137 ff.

⁵³ Hervorhebung nur hier.

⁵⁴ Hervorhebung nur hier.

⁵⁵ *BGHZ* 162, 137, 140.

⁵⁶ *BGHZ* 162, 137, 138.

⁵⁷ Jedenfalls dann nicht, wenn – wie hier geschehen – der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat – *BGHZ* 161, 170, 171 Leitsatz b.

⁵⁸ So die überwiegende Ansicht, vgl. Nachweise in *BGHZ* 162, 137, 141.

Miet- oder Pachtvertrag eintreten wird«⁵⁹. Die bloße theoretische Möglichkeit zukünftiger Verpflichtungen genüge zwar nicht, um einen Nachteil zu begründen – daher kein Rechtsnachteil bei bloßem Nießbrauchsvorbehalt. Der »theoretisch« denkbare und später tatsächlich vollzogene Abschluss eines Miet- oder Pachtvertrages durch den übertragenden Nießbraucher nimmt dem Geschäft nach *BGH* deshalb nicht seinen ausschließlich rechtlich lukrativen Charakter. »Ist das Grundstück dagegen bereits im Zeitpunkt der Auflassung vermietet oder verpachtet, besteht die hinreichend konkrete Möglichkeit, daß der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Miet- und Pachtvertrag belastet werden kann. Das genügt, um einen Rechtsnachteil anzunehmen [...]«⁶⁰.

Kritisch betrachtet bleibt der *BGH* eine Antwort darauf schuldig, was denn in seinen Augen den Rechtsnachteil im Sinne des § 107 ausmache. Keine Bedeutung habe, ob mittel- oder unmittelbare Folge der Auflassung; keine Bedeutung habe, ob rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Konsequenz des Erwerbsaktes; keine Bedeutung habe, ob der Rechtsnachteil im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs vorliegt oder nicht. Maßgeblich soll sein, ob die künftige Belastung eine »bloß theoretische« oder eine »hinreichend konkrete Möglichkeit« darstelle. Bringt der Vorbehalt eines Nießbrauchs nicht stets die »nicht unwahrscheinliche« Möglichkeit mit sich, dass der Nießbraucher seine Rechtsstellung auch wahrnimmt⁶¹?

Der *BGH* hat diese Rechtsprechung in einem Fall der schenkweisen Übertragung einer Eigentumswohnung bestätigt⁶² und dabei seine Judikatur dahingehend präzisiert, dass der »Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen [...] mithin in jedem Fall nicht lediglich rechtlich vorteilhaft« sei⁶³. Den Grund dafür sieht der *BGH* in der Tatsache, dass der Minderjährige mit Erwerb des Wohnungseigentums Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft werde und ihn damit die gesetzlich angeordneten, persönlichen Verpflichtungen des § 16 II WEG träfen:

»Die den Minderjährigen damit kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen können nicht als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich so unbedeutend angesehen werden, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten [...]«⁶⁴.

Versucht man die neuere Rechtsprechung auf ihre Kernaussage zu reduzieren, stellt man fest, dass die Beurteilung des *BGH* nicht mehr darauf ausgerichtet ist, ob lediglich ein »Rechtsnachteil« vorliegt, sondern ob ein »ungefährlicher Rechtsnachteil« gegeben ist. Die »wirtschaftliche Bedeutung« des Rechtsnachteils wird zum entscheidenden Argument.

6. Der »lediglich rechtliche Vorteil« in der wissenschaftlichen Diskussion – Orientierung

Für Studenten mag es erstaunlich erscheinen, dass trotz des geradezu in »Stein gemeisselten« Diktums der Anfängervorlesung, § 107 stelle stets nur auf einen rechtlichen Vor- oder Nachteil ab und lasse keine wirtschaftliche Betrachtung zu, nun eine höchstrichterliche Judikatur vorgestellt wurde, die nach allgemeiner Auffassung tatsächlich eine dezidiert ökonomische Sichtweise zugrunde legt. Dieser fast befremdlich wirkende Befund findet eine wichtige (Teil-) Erklärung in der Einsicht, dass die Frage der »richtigen« Interpretation des »lediglich rechtlichen Vorteils« tatsächlich seit Jahrzehnten umstritten ist. Die gegenwärtige Rechtsprechung findet sich in der Tradition einer im Grunde nie rechtlich einheitlich argumentierenden (früheren) Judikatur⁶⁵, und wird auch seit jeher begleitet von einem entsprechend vielfältigen Meinungsbild im wissenschaftlichen Schrifttum. Diese literarische Diskussion kann hier nicht dargestellt werden. Hilfreich aber dürfte eine Orientierung sein, die den wissenschaftlichen Kontext der gegenwärtigen Rechtspraxis skizziert.

Einigkeit herrscht im Ausgangspunkt: Das Gesetz stellt auf eine *rechtliche*, nicht wirtschaftliche Betrachtung

⁵⁹ *BGHZ* 162, 137, 142.

⁶⁰ *BGHZ* 162, 137, 142.

⁶¹ Die Entscheidung des *BGH* hat dementsprechend auch Kritik erfahren; vgl. *Fembacher DNotZ* 2005, 625, 627ff.; *Everts ZEV* 2005, 209, 211f.

⁶² *BGH NJW* 2010, 3643f.

⁶³ *BGH* ebenda, S. 3644 re. Sp. Tz. 16. – Dies hatte das Gericht bislang dahingestellt sein lassen. In *BGHZ* 78, 28ff. stützte sich der *BGH* auf die *erhebliche Verschärfung* der gesetzlichen Verpflichtungen durch die bisherigen Wohnungseigentümer, ließ die Frage im Übrigen aber offen, a. a. O., S. 31ff.

⁶⁴ *BGH NJW* 2010, 3643, 3644 li. Sp. Tz. 13. – Das entscheidende rechtsdogmatische Argument für die Annahme, die den »Wohnungseigentümer« (§ 16 II WEG) kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen seien ein Rechtsnachteil i. S. d. § 107, bleibt freilich letztlich offen: Sind es selbständige, an den *Erwerbsvertrag* anknüpfende Verpflichtungen oder »dem Wohnungseigentum selbst innewohnende Bindungen« (vgl. *BGHZ* 78, 28, 33)?

⁶⁵ Vgl. dazu die Nachweise bei *Stürmer AcP* 173 (1973), 402, 405ff.; zur älteren Literatur ebenda, S. 411ff.

tungsweise ab⁶⁶. Darüber hinaus lassen sich – bei weiteren Unterschieden in Einzelfragen – drei Lösungstendenzen ausmachen.

a) »Durch« die Willenserklärung ausgelöster Rechtsnachteil

Eine erste Auffassung, der sich auch dieser Beitrag verpflichtet weiß, versucht der Entscheidung des Gesetzes weitgehend treu zu bleiben: Der *rechtliche Nachteil*, der ein Eigenhandeln des Minderjährigen nach § 107 ausschließt, muss »durch« dessen Willenserklärung geschaffen werden. Das Gesetz beschränkt die beachtlichen Nachteile *nicht*, wie eine frühere Ansicht annahm⁶⁷, auf solche die (schon) aus dem *Inhalt der Willenserklärung* folgen. Abgrenzungsversuche nach »unmittelbaren« oder »mittelbaren«, nach (ausschließlich) rechtsgeschäftlichen oder (auch) gesetzlichen Nachteilen sind hier kaum hilfreich. Das zeigt bereits der Fall des § 566, dessen rechtliche Nachteilhaftigkeit so gut wie unbestritten ist⁶⁸: Es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass die in § 566 geregelte Einstandspflicht den Minderjährigen aufgrund gesetzlicher Anordnung trifft. Entscheidend ist vielmehr, ob der mit der Willenserklärung des Minderjährigen »verbundene« Rechtsnachteil seine *normative Begründung* in der *Willenserklärung* als einem privatautonomen rechtlichen Gestaltungsakt findet (§§ 104 ff.) oder ob die lästige Rechtsfolge (die ein und dieselbe sein kann) aus einem anderen normativen Regelungszusammenhang erwächst. Der Eintritt in den Mietvertrag nach § 566 ist ausschließlich Folge des *rechtsgeschäftlichen Erwerbs* – nicht die Konsequenz *irgendeines* »Erwerbs«. § 566 setzt eine *rechtsgeschäftliche* Übertragung des Eigentums voraus; dem Rechtsnachteil aus dieser Willenserklärung tritt § 107 entgegen. Einerseits. –

⁶⁶ Instruktiv die Gesetzgebungsgeschichte, *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Neudruck 1979, S. 676 (Protokolle): » [...] Der im Antrage 3 enthaltene Vorschlag, für der Einwilligung bedürftig zu erklären diejenigen Rechtsgeschäfte, die zur Minderung oder Belastung des Vermögens des Minderjährigen führen können, wurde abgelehnt. [...] Die Kom. nahm jedoch an, [...] und daß die empfohlene Fassung endlich für das Gebiet der vermögensrechtlichen Geschäfte den *Irrthum nahe lege*, daß sich das *Einwilligungserforderniß* nach dem *wirtschaftlichen Erfolge* des einzelnen Geschäftes für das Vermögen des Minderjährigen bestimmen solle.« – Hervorhebung nur hier.

⁶⁷ *Cosack*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1927, S. 171, 172; *Henle*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1926, S. 164, 165.

⁶⁸ Anders allerdings *Stürner* AcP 173 (1973), 402, 431 mit ausschließlich wirtschaftlichen Erwägungen; zu dieser Auffassung sogleich im Anschluss.

Andererseits: Erbt der Minderjährige das vermietete Hausgrundstück, treffen ihn die allerselben persönlichen Verpflichtungen aus den Mietverhältnissen; allerdings nicht aufgrund einer eigenen Willenserklärung, sondern aufgrund des erbrechtlichen Sukzessionsprinzips (§ 1922 I). Die wirtschaftlichen Folgen sind beidemal dieselben. »Geschützt« wird der Minderjährige aber nur vor seiner eigenen Willenserklärung, nicht beim Rechtsübergang nach § 1922 I⁶⁹.

Der gleiche differenzierende Gedanke wurde bereits im Zusammenhang mit der Belastung durch ein Grundpfandrecht und öffentlichen Lasten angesprochen⁷⁰: Trifft der Rechtsnachteil den Minderjährigen als Konsequenz seiner konkreten Willenserklärung oder als Inhaber des Rechts – so, wie er *jeden* Eigentümer treffen würde?

Auch diese Meinung wird nicht alle Fallvarianten dogmatisch »nahtlos« und inhaltlich stets zufriedenstellend klären können⁷¹, kann aber für sich die Grundentscheidung des Gesetzes und den damit getroffenen systematisch-dogmatischen Lösungsweg reklamieren⁷²: Das entscheidende *Abgrenzungskriterium* für die Konkretisierung des lediglich rechtlichen Vorteils beziehungsweise eines rechtlichen Nachteils im Sinne des § 107 ist die *systematische Verortung* dieser Vorschrift in den Bestimmungen über die *rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit* einer Person (§§ 104 ff.). Damit ist aber (im Gegensatz zu nachfolgenden Positionen) auch *inhaltlich* der *Gesetzeszweck* des § 107 bestimmt.

b) Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Demgegenüber wird schon seit Längerem darauf verwiesen, dass ein Urteil über den »lediglich rechtlichen Vor-

⁶⁹ Die Erbschaft fällt dem Minderjährigen an, § 1942 I. Ihm bleibt die Möglichkeit, innerhalb einer Frist (§ 1944) die Erbschaft auszuschlagen (§§ 1942 I, 1953 I), und zwar durch seinen gesetzlichen Vertreter. Dieser bedarf hierfür der Genehmigung des Familiengerichts, § 1643 II. Unterbleibt die fristgemäße Ausschlagung, sind der Erbanfall- und damit die Verpflichtungen des Minderjährigen – endgültig, § 1943. *Minderjährigenschutz* erfolgt dann allenfalls über § 1629 a I (Haftungsbeschränkung).

⁷⁰ Vgl. oben sub III 4a, b.

⁷¹ Dazu rechnet etwa die Grundverkehrssteuer. Sie »wegen Geringfügigkeit« zu vernachlässigen, *Jauernig/Mansel*, BGB, 2014, § 107 Rz. 5, stellt seinerseits ein wirtschaftliches Argument dar.

⁷² In dieser Richtung ferner *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 2013, Rz. 272; *Leipold*, BGB I, 2013, § 11 Rz. 41; *Medicus*, Allgemeiner Teil, 2010, Rz. 560; *Jauernig/Mansel*, BGB, 2014, § 107 Rz. 5.

teil« letztlich nie ohne wirtschaftliche Beurteilung auskomme, weil die konsequente Berücksichtigung jedes Rechtsnachteils dazu führen müsste, »daß es den lediglich rechtlichen Vorteil nicht gibt«⁷³. Die Kritik richtet sich dabei nicht so sehr gegen die Ergebnisse einzelner Entscheidungen, sondern dagegen, dass es der Rechtsprechung nicht gelungen sei, »allgemeingültige(n) Kriterien zur Abgrenzung wesentlicher und unwesentlicher Rechtsnachteile« zu finden. Zwar lasse sie der Sache nach wirtschaftliche Überlegungen zu den Folgen und der Gefährlichkeit des Rechtsgeschäfts ausschlaggebend sein, diese Begründung aber verberge sie » [...] etwas ängstlich – hinter begrifflichen Erwägungen und Abgrenzungsversuchen«⁷⁴.

Ausgerichtet am postulierten Zweck des § 107, nämlich den Minderjährigen vor einer *Gefährdung seines Vermögens* wie seines *geistigen und leiblichen Wohls* zu bewahren (§ 1626)⁷⁵, stelle sich der »lediglich rechtliche Vorteil« als zu weit gefasster Begriff dar, denn nicht jeder rechtliche Nachteil führe zu einer Gefährdung des Minderjährigen⁷⁶. Die Lösung soll in einer teleologischen Reduktion des »lediglich rechtlichen Vorteils« um jene Gruppe von Rechtsgeschäften liegen, »die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen bedeuten«⁷⁷. Diese Rechtsnachteile, die abstrakt-typischerweise keine Gefährdung mit sich bringen, könnten, so die Folgeüberlegung, nur über eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ermittelt werden⁷⁸. Ungefährlich soll danach ein Rechtsnachteil sein, »wenn er typischerweise den wirtschaftlichen Zuwachs, den das Rechtsgeschäft mit sich bringt, nur mindern oder bestenfalls aufzehren kann; gefährlich ist ein Rechtsnachteil, der zu einer Minderung des Minderjährigenvermögens gegenüber dem Zeitpunkt vor dem Rechtsgeschäft führen kann oder der dem Minderjährigen ein besonderes Tun oder Unterlassen abverlangt«⁷⁹.

Auf diesem Prüfstand wird die rechtsgeschäftliche Verpflichtung als typischerweise gefährlich angesehen, der synallagmatische Vertrag auch mit dem Argument: »oft wiegt der Wert der Gegenleistung den Wert der eigenen Verpflichtung nicht auf«⁸⁰. Dies sind stark spekulative Erwägungen, und zudem ist die Frage, ob diese Annahme tatsächlich zutrifft, oder ob nicht der Ver-

mögenswert der Gegenleistung (den der Markt bestimmt) in aller Regel dem Wert der Leistung des Minderjährigen entspricht. Fraglich ist sodann, ob nicht gerade eine wirtschaftlich am Kindeswohl orientierte Interpretation einen Untertypus des »günstigen Geschäfts« formulieren sollte (müsste), oder wie die Geschäfte (gegenseitige Verträge) zu behandeln sind, die offensichtlich günstig sind (vgl. oben *Fall 4*).

Zu Recht hat die skizzierte Auffassung pointiert die Frage nach Methodenehrlichkeit und dogmatischer Konsistenz der Argumentation in Rechtsprechung und Literatur gestellt. In der Sache selbst steht sie vor einem ähnlichen Dilemma wie die kritisierten Gegenmeinungen: Der sorgerechtlich formulierte Normzweck des § 107 bedarf erneut wertender Einschränkung, um die erwünschten und vom Gesetz selbst unzweideutig geforderten Ergebnisse zu erreichen. Implizit ist damit aber auch nahe gelegt, dass im Ausgangspunkt der Standpunkt des Gesetzes nur bedingt getroffen wird. Denn § 107 will – entgegen dem Ausgangspunkt der wirtschaftlichen Betrachtungsweise – von vorneherein *nicht* eine Gefährdung des Minderjährigenvermögens schlechthin und damit jeden Rechtsnachteil ausschließen.

c) Sorgerechtliche Betrachtungsweise

Anknüpfend an die kritischen Überlegungen von *Stürmer* hat *Köhler* versucht, die Abgrenzung zwischen einem zustimmungsfreien (ungefährlichen) und einem zustimmungspflichtigen (gefährlichen) Rechtsgeschäft nach sorgerechtlichen Kategorien zu treffen⁸¹. Ausgangspunkt dieses Abgrenzungsversuchs ist die Formulierung eines Schutz- und Normzwecks des § 107, der neben Minderjährigenschutz und Rechtssicherheit das elterliche Sorgerecht (§ 1626) betont mit einbezieht: Je weiter der »lediglich rechtliche Vorteil« gefasst werde, desto stärker werde das Sorgerecht der Eltern beschnitten⁸². Daraus ergibt sich für *Köhler* der Leitgedanke, dass es die Eltern (als gesetzliche Vertreter) sind, die in erster Linie zur Entscheidung über die Ungefährlichkeit und Nützlichkeit eines Rechtsgeschäfts des Minderjährigen berufen sind⁸³, und dem folgt das maßgebliche Abgrenzungskriterium: » [...] *zustimmungsbedürftig* ist ein Rechtsgeschäft auch dann, wenn nach Art und Umfang der damit verbundenen Nachteile eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter geboten ist. [...] *zustimmungsfrei* sind Rechtsgeschäfte, wenn die

73 *Stürmer* AcP 173 (1973), 402, 417; *Köhler* JZ 1983, 225 re. Sp.; *derselbe*, Allgemeiner Teil, 2014, § 10 Rz. 11.

74 *Stürmer* AcP 173 (1973), 402, 411.

75 *Ebenda*, S. 417, 418.

76 *Ebenda*, S. 420.

77 *Ebenda*, S. 420.

78 *Ebenda*, S. 421.

79 *Ebenda*, S. 421.

80 *Ebenda*, S. 421.

81 *Köhler* JZ 1983, 225 ff.; *derselbe*, Allgemeiner Teil, 2014, § 10 Rz. 11.

82 *Köhler* JZ 1983, S. 226.

83 *Ebenda*, S. 228 li. Sp.; zustimmend *Mießig* JZ 2006, 150, 152 re. Sp.

damit verbundenen Nachteile so geringfügig oder fernliegend sind, daß eine Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter entbehrlich erscheint⁸⁴. Um die notwendige Rechtssicherheit zu gewährleisten, sei im Zweifel von der Zustimmungsbedürftigkeit auszugehen. Im Übrigen sollen nach dem genannten Abgrenzungsmerkmal Fallgruppen gebildet werden, die typischerweise dem einen oder anderen Sektor zuzuschlagen sind⁸⁵. Als typischerweise zustimmungsbedürftig wird entgegen der h.M. etwa jeder unentgeltliche Grundstückserwerb beurteilt⁸⁶.

Zu fragen ist aber zunächst, ob die wie immer vom Gesetzanwender gebildeten Typenreihen von zustimmungsfreien/zustimmungspflichtigen Geschäften es gewährleisten können, die Prüfung des konkreten Einzelfalls stets zu vernachlässigen. Zieht man dies in Zweifel, sieht sich die sorgerechtliche Auffassung ähnlicher Kritik ausgesetzt, die sie selbst zu Recht gegenüber der wirtschaftlichen Betrachtungsweise übt⁸⁷.

Sodann ist zweifelhaft, ob die sorgerechtlichen Anleihen wirklich verfangen. Denn die Ausübung der elterlichen Sorge kennt – vereinfacht – nur eine Grenze: das Wohl des Kindes. Das Kindeswohl ist aber allenfalls an seine Grenzen einigermaßen abstrakt fassbar (vgl. z. B. § 1666), und auch dort stets nur unter Berücksichtigung der individuell-konkreten Situation näher zu bestimmen. Im Übrigen unterliegt dessen Ausübung als verfassungsrechtlich geschütztes Elternrecht (Art. 6 II GG) der *eigenen Überzeugungswelt* der Sorgeberechtigten, die sehr individuell über die »Gefährlichkeit« eines Rechtsgeschäfts urteilen werden. Dieser höchstpersönliche und individuelle Maßstab eignet sich nicht als Rechtssicherheit verheißendes Kriterium für § 107.

7. Ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit

Trotz des bisher gefundenen Ergebnisses (*Fall 5*: kein mögliches Insichgeschäft der F) scheint § 181 noch eine Tür offenzuhalten. Denn er gestattet ein Selbstkontrahieren, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit dient (§ 181 Halbs. 2). Der Kerngedanke dieser Bestimmung ist klar: Ist der

Betreffende bereits eine wirksame Verpflichtung eingegangen, so kann deren Erfüllung notfalls klag- und zwangsweise durchgesetzt werden; eine Alternative steht nicht mehr offen. Deshalb kann das Problem eines Interessenwiderstreits bei einem Insichgeschäft nicht auftreten, wenn es nur darum geht, diese Verpflichtung zu erfüllen.

Eine solche Situation liegt in *Fall 5* vor: Der Schenkungsvertrag zugunsten der K (§ 518 I) ist für diese ausschließlich rechtlich vorteilhaft; die F kann ihn also im Wege des Selbstkontrahierens zuwege bringen. Dann wäre die Auflassung ausschließlich die Erfüllung der von ihr eingegangenen Verbindlichkeit. In diesem Sinne hat die frühere höchstrichterliche Rechtsprechung auch entschieden⁸⁸. Die Kritik hat dagegen zu Recht eine *Umgehung* und *Aushöhlung des Minderjährigenschutzes* geltend gemacht⁸⁹. Der *BGH* hatte seine Rechtsprechung denn auch zunächst dahin modifiziert, dass er auf eine »*Gesamtbetrachtung*« abgestellt hat: Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft sollten in ihrer »Gesamtheit« bewertet werden. Weise das dingliche Vollzugsgeschäft einen rechtlichen Nachteil nach § 107 auf, so sei trotz lediglich rechtlich vorteilhaften Grundgeschäfts der Weg über § 181 Halbs. 2 versperrt⁹⁰. Diese »Gesamtbetrachtung« verstieß offensichtlich gegen das *Trennungsprinzip*, weshalb das Schrifttum nicht das Bemühen des *BGH* um Minderjährigenschutz, wohl aber die Missachtung einer der Grundstrukturen des Zivilrechts rügte⁹¹. Auch im Ergebnis ging diese Rechtsprechung einen Schritt zu weit: Sie nahm durch die Gesamtbetrachtung dem Minderjährigen auch seinen schenkungsrechtlich begründeten Anspruch auf Übereignung. Methodisch überzeugender wurde und wird eine *teleologische Reduktion* des § 181 in den Fällen der Beteiligung eines Minderjährigen vorgeschlagen, wenn zwar das Verpflichtungsgeschäft ausschließlich rechtlich lukrativ, das Vollzugsgeschäft aber mit Rechtsnachteilen verbunden ist⁹² – mit der Folge, dass die Schenkung weiterhin wirksam und der Ausschluss des § 181 sich allein auf das Verfügungsgeschäft beschränkt. Nachdem der

⁸⁴ Ebenda, S. 228 li. Sp.; Hervorhebung im Original.

⁸⁵ Ebenda, S. 228 re. Sp.

⁸⁶ Ebenda, S. 230.

⁸⁷ Ebenda, S. 227 f. – Kennzeichnend für die verbleibende (Rechts-) Unsicherheit einer Typenbildung (*auch*) aus *sorgerechtlicher* Sicht etwa die Behandlung des § 566 (§ 571 a. F.) bei *Stürmer* AcP 173 (1973), 402, 431: » [...] Maßgebend muß vielmehr sein, daß im Regelfall die aus dem bestehenden Mietverhältnis drohenden Nachteile den wirtschaftlichen Wert des Grunderwerbs nicht spürbar schmälern und daß die *gesetzlichen Vertreter Haftungsfälle durch ordnungsgemäße Unterhaltung weitgehend verhindern können* [...]«, daher § 566 kein rechtlicher Nachteil; Hervorhebung nur hier.

⁸⁸ *BGHZ* 15, 168, 170.

⁸⁹ *Lange* NJW 1955, 1339 ff.; er nennt es das »elegante Jonglierspiel mit den Bällen des § 107 und des § 181«, S. 1339 re. Sp. und plädiert seinerseits für eine einheitliche Bewertung der »Geschäftseinheit des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes«, S. 1343 li. Sp. Kritisch ferner *Westermann* JZ 1955, 244 f., mit ähnlichem Vorschlag, im Rahmen des § 107 Grund- und Erfüllungsgeschäft als Einheit zu sehen, S. 244 re. Sp.

⁹⁰ *BGHZ* 78, 28, 34 f.; zustimmend *Gitter/Schmitt*, JuS 1982, 253 ff.

⁹¹ *Jauernig* JuS 1982, 576 re. Sp., 577.

⁹² *Jauernig* JuS 1982, 576, 577 re. Sp.; ferner etwa *Ultsch* JURA 1998, 524, 528 li. Sp. mit ergänzenden Argumenten aus rechtspraktischer Sicht; *Preuß* JuS 2006, 305, 309 li. Sp.; *Mießig* JZ 2006, 150 f.

BGH seine Auffassung von der »Gesamtbetrachtung« anschließend dahingestellt sein ließ⁹³, hat er diese Ansicht inzwischen *aufgegeben* und sich zu einer »isolierten Betrachtung« der einzelnen Rechtsgeschäfte und der von der Literatur vertretenen teleologischen Reduktion des § 181 bekannt⁹⁴.

Als Ergebnis für *Fall 5* ist festzuhalten, dass F die von ihr geplante schenkweise Grundstücksüberlassung an K nicht allein im Wege eines Inlichgeschäfts vornehmen kann.

IV. Ergänzungspflegschaft

Sind Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge (§§ 1626, 1629) gehindert, eine Angelegenheit für ihr Kind zu besorgen (hier: § 181) und kann das Kind nicht in eigener Person tätig werden (hier: § 107), so ist eine *Ergänzungspflegschaft*

⁹³ BGHZ 161, 170, 174.

⁹⁴ BGH NJW 2010, 3643 li. Sp. Tz. 6.

erforderlich (§ 1909)⁹⁵. Der Ergänzungspfleger tritt für das Kind auf und nimmt dessen Interessen wahr. Bestellt wird der Ergänzungspfleger für einen Minderjährigen grundsätzlich vom Familiengericht (§§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 5 Fam-FG). Für K muss deshalb in *Fall 5* ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

Ohne die von ihm erklärte Auflassung wird das Grundbuchamt die Umschreibung nicht vornehmen (§ 20 GBO). Ist eine Auflassung vor dem Urkundsnotar bereits erklärt worden, ist diese schwebend unwirksam und muss vom Ergänzungspfleger genehmigt werden (§ 108); erst dann wird das Grundbuchverfahren fortgesetzt werden (§ 20 GBO).

⁹⁵ Die Ergänzungspflegschaft bezieht sich immer auf einzelne oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten. Dabei kann es sich um tatsächliche wie rechtliche Hinderungsgründe handeln; Hauptanwendungsfälle sind die Verhinderung an der gesetzlichen Vertretung des Kindes, vgl. z. B. §§ 1629 II, 1638; und der (teilweise) Entzug der elterlichen Sorge, §§ 1666 ff.