

Minderjährigenschutz bei unentgeltlicher Übertragung von Grundstücken: Gesamtbetrachtung, Gefährdungspotential und die „bloß theoretische Möglichkeit“

Von Prof. Dr. Martina Benecke, Augsburg

I. Einführung

In einem Aufsatz aus dem Jahr 1973 stellte *Stürner* fest, die Rechtsprechung zum lediglich rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB könne zwar auf eine lange Geschichte zurückblicken, es sei ihr aber nicht gelungen, dafür eine einheitliche Formel zu finden.¹ Seitdem hatte die Rechtsprechung häufiger Gelegenheit, präzisere Formeln zu finden. Dabei geht es in der Praxis fast immer um die Vertretung Minderjähriger bei der unentgeltlichen Übertragung von Grundstücken an Minderjährige durch ihre Eltern oder Großeltern, die meist der vorweggenommenen Erbfolge dienen soll.

In diesen Fällen liegt zwar regelmäßig eine Einwilligung der gesetzlichen Vertreter vor, es stehen aber auf beiden Seiten des Vertrages Verwandte. Daher ist die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter eingeschränkt: Handeln die Eltern als gesetzliche Vertreter auf beiden Seiten durch § 181 BGB, handeln andere Verwandte durch §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB.² Grundsätzlich muß also in solchen Fällen ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bestellt werden.³ Diese Regelungen sind aber einschränkend auszulegen, wenn es sich um lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte handelt: Wenn der Minderjährige das Geschäft nach § 107 BGB sogar ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter abschließen könnte, wäre die Bestellung eines Ergänzungspflegers ein überflüssiger Formalismus.⁴

Der BGH beschäftigte sich zuletzt 2004 und 2005 mit derartigen Verträgen.⁵ Beide Beschlüsse haben neue Fragen aufgeworfen. So enthalten sie – nicht ganz eindeutige – Hinweise zur Zukunft der Gesamtbetrachtungslehre, die die Rechtsprechung als umstrittene Durchbrechung des Abstraktionsprinzips seit dem Jahr 1980 angewendet.⁶ Insbesondere finden sich in den Beschlüssen neue Kriterien zur Bestimmung des lediglich rechtlichen Vorteils, die erhebliche praktische Konsequenzen haben.

¹ *Stürner*, AcP 173 (1973), 402.

² Dazu *Wilhelm*, NJW 2006, 2353 (2355).

³ Außerdem ist bei Grundstücksgeschäften eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB erforderlich, die aber nicht von einem rechtlichen Vorteil abhängig ist; zum mittelbaren Zusammenhang vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 5 f. Zum Zusammentreffen beider Einschränkungen *Servatius*, NJW 2006, 334; *Staudinger*, Jura 2005, 547 (548 ff.).

⁴ Grundlegend BGH, Urt. v. 27.9.1972 – IV ZR 225/69, BGHZ 59, 236; ebenso OLG Köln, Urt. v. 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, OLGR Köln 2003, 290 Rn. 18. Dazu kritisch *Wilhelm*, NJW 2006, 2353 (2356); grundlegend *Stürner*, AcP 173 (1973), 442.

⁵ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170; BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137.

⁶ Grundlegend BGH, Urt. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, BGHZ 78, 28.

II. Rechtsprechung zur Gesamtbetrachtungslehre

1. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2004

In dem 2004 entschiedenen Fall behielt sich eine Mutter bei der Schenkung eines Grundstücks an ihre beiden minderjährigen Töchter das Recht zum Rücktritt von der Schenkung vor, falls eine ihrer Töchter vorversterben oder ihren Grundstücksanteil ohne Zustimmung der Mutter veräußern oder belasten sollte. Der BGH wies in seiner Entscheidungsbeurteilung darauf hin, daß die Ausübung eines Rücktrittsrechts zu einem Rückgewähranspruch nach § 346 Abs. 1 BGB führt und auch zu Wert- und Schadensersatzansprüchen nach § 346 Abs. 2, 3 BGB führen kann.⁷ Eine Schenkung mit Rücktrittsvorbehalt sei also nicht lediglich rechtlich vorteilhaft gemäß § 107 BGB und damit schwebend unwirksam.⁸

Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage nach der Wirksamkeit der dinglichen Auflassung. Die Begründung prüft schulmäßig erst die Unwirksamkeit wegen des schwebend unwirksamen Kausalgeschäfts und danach die rechtlichen Nachteile „bei isolierter Betrachtung“. Dabei lehnte sie für unseren Fall eine Anwendung der Gesamtbetrachtungslehre ab.

2. Hintergrund der Gesamtbetrachtungslehre

Dazu muß man sich den Fall des BGH aus dem Jahre 1980 vergegenwärtigen, zu dem die Gesamtbetrachtungslehre entwickelt wurde. Er wies einen grundlegenden Unterschied auf: Hier war nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern das Verfügungsgeschäft rechtlich nachteilig.⁹ In diesem Fall ergibt sich eine „Falle“ für Minderjährige gegenüber ihren Eltern aus § 181 BGB. Zwar bildet ein Vertrag, bei dem auf einer Seite mindestens ein Elternteil steht und auf der anderen Seite der von seinen Eltern vertretene Minderjährige, grundsätzlich ein schwebend unwirksames Insihgeschäft im Sinne des § 181 BGB. Nach dem zweiten Halbsatz des § 181 BGB gilt

⁷ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 10; im Ergebnis ebenso OLG Köln, Urt. v. 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, OLGR Köln 2003, 290 Rn. 21.

⁸ Keine Rolle spielte es dabei in der Begründung des Beschlusses, daß die Ausübung des Rücktrittsrechts nach der Natur der Vereinbarung erst in Betracht kam, wenn die betroffene Tochter volljährig (oder verstorben) war. Auf den Zeitpunkt, in dem belastende Gestaltungsrechte geltend gemacht werden können, kommt es also auch dann nicht an, wenn ihre Geltendmachung von dem Verhalten des volljährig gewordenen abhängt. Das ist auch zutreffend, da der Minderjährigenschutz es auch bezweckt, einem Minderjährigen keinen Vertrag aufzudrängen, der diesen für die Zukunft belastet – also auch keinen Vertrag, der seine Handlungsfähigkeit als Erwachsener einschränkt.

⁹ BGH, Urt. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, BGHZ 78, 28. Es handelte sich um Wohnungseigentum mit den entsprechenden Verpflichtungen aus dem WEG.

das aber nicht, wenn das Geschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Ist das Kausalgeschäft wirksam, können Eltern also in Vertretung ihres Kindes auch ein rechtlich nachteiliges Verfügungsgeschäft mit sich selbst genehmigen.

Diesen Effekt soll die Gesamtbetrachtungslehre verhindern, nach der in diesen Fällen die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts auch die des Verfügungsgeschäfts mit sich zieht. Die obige Schilderung zeigt aber bereits, warum diese Durchbrechung des Abstraktions- und Trennungsprinzips in der Literatur überwiegend kritisiert wird: Der Grund für den negativen Effekt für Minderjährige liegt keineswegs im Abstraktionsprinzip, sondern in der Ausnahmeregelung in § 181 letzter HS BGB. Daher löst die Literatur solche Fälle ganz überwiegend mit teleologischer Reduktion dieser Norm.¹⁰

3. Konsequenzen für die Fallkonstellation von 2004

In der Beschlußbegründung des Jahres 2004 erwähnt der BGH die Gesamtbetrachtungslehre zwar, stellt aber im folgenden lakonisch fest: „Ob dieser Ansatz vorzugswürdig ist, bedarf keiner näheren Entscheidung“. Eine Gesamtbetrachtung sei nicht angebracht, wenn das Grundgeschäft „bereits bei isolierter Betrachtung mit Rechtsnachteilen für den Minderjährigen verbunden und deshalb gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam“ sei. In diesem Fall fehle es bereits an einer Verpflichtung, die der Vertreter im Sinne des § 181 2. HS BGB erfüllen könne.

Mit anderen Worten: In der Entscheidungsbegründung aus dem Jahr 2004 passierte nichts anderes, als daß der BGH es ablehnte, die Gesamtbetrachtungslehre auszudehnen, sie also auch auf Fälle anzuwenden, in denen das Verpflichtungsgeschäft nicht lediglich rechtlich nachteilig ist.¹¹ Ihre Nichtanwendung wird dabei nicht mit ihrer Ungeeignetheit begründet, sondern pragmatisch: Ist das Kausalgeschäft bereits schwebend unwirksam, bestehe keine Gefahr wegen § 181 letzter HS BGB. Eine Gesamtbetrachtung sei damit überflüssig.¹² Indi-

¹⁰ S. die Nachweise bei BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 11; instruktiv *Jauernig*, JuS 1982, 576; *Müßig*, JZ 2006, 150; *Schmitt*, NJW 2005, 1090 (1091). Der Gesamtbetrachtungslehre dagegen zustimmend *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 107 Rn. 6; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2002, § 1909 Rn. 21. Instruktiv zu Problematik und Meinungsstreit *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, 161 (162).

¹¹ *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, 161 (162, 163 f.) m.w.N., schließen aus der Entscheidung auf ein „Wegrücken“ von der Gesamtbetrachtung; ähnlich *Emmerich*, JuS 2005, 457 (459); wie hier *Staudinger*, Jura 2005, 547; *Wojcik*, DNotZ 2005, 655.

¹² Ausdrücklich abgelehnt wird außerdem zu Recht eine mögliche Zusammenfassung von Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft nach § 139 BGB. Das kommt bereits nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, in denen nach dem Parteiwillen Grund- und Erfüllungsgeschäft miteinander „stehen und fallen“ sollen. Bei Geschäften über Immobilien ist § 139 BGB ohnehin unanwendbar, da das Grundgeschäft nach § 925 Abs. 2 BGB bedingungsfeindlich ist: BGH, Beschl. v.

25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 12 m.w.N.; *Heinrichs* (Fn. 10), § 139 Rn. 9.

4. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2005

Das verwundert um so mehr, weil dem vom selben Senat entschiedenen Fall von 2005 eine solche Konstellation zugrunde lag: Hier bestanden gegen das Verpflichtungsgeschäft (eine uneingeschränkte Schenkung) keine Bedenken, das Verfügungsgeschäft war indes nicht vorteilhaft, da es den minderjährigen Erwerber mit der Verpächterhaftung belasten konnte (dazu später).¹³ Veräußerer war allerdings der Großvater des Minderjährigen, so daß sich die Vertretung nicht nach § 181 BGB unmittelbar, sondern nach §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB richtete.

Dort besteht allerdings eine dem § 181 letzter HS BGB entsprechende Regelung in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 2. HS BGB. Zu dieser Regelung findet sich in der Begründung folgende Aussage: Die Eltern des minderjährigen Erwerbers seien daran gehindert, die Auflassung für diesen zu erklären, weil „die in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter HS BGB normierte Ausnahmeregelung unter Berücksichtigung des Zwecks [...], Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden [...], nicht gilt, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führt“. Es müsse dann bei dem ursprünglichen Vertretungsverbot verbleiben.¹⁴

Die Entscheidungsbegründung nimmt also genau diejenige teleologische Reduktion an § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB vor, die die Literatur seit langem für § 181 BGB fordert. Da die Begründung mit der Interessenkollision ebenfalls identisch ist, kann somit die Entscheidung von 2005 nur dahingehend interpretiert werden, daß die Rechtsprechung derartige Fälle in Zukunft durchweg mit teleologischer Reduktion lösen wird.¹⁵ Zwar ist unverständlich, warum diese Rechtsprechungsänderung in zeitlich nur gut zwei Monate auseinander liegenden Entscheidungen so sehr verschleiert werden mußte, daß sie auch in aktuellen Kommentaren nicht zur Kenntnis genommen wurde.¹⁶

Im Interesse des Trennungs- und Abstraktionsprinzips ist dieses „Hinausschleichen“ aus der Gesamtbetrachtungslehre aber zumindest im Ergebnis zu begrüßen. Die Frage nach dem lediglich rechtlichen Vorteil ist also für Verpflichtungs-

25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 12 m.w.N.; *Heinrichs* (Fn. 10), § 139 Rn. 9.

¹³ BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 12 (*Hervorhebung* von der Verfasserin).

¹⁵ So – z.T. kritisch – *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 (297); *Führ/Menzel*, FamRZ 2005, 1729; *dies.*, JR 2005, 413; *Reiß*, RNotZ 2005, 224; *Müßig*, JZ 2006, 150; *Wilhelm*, NJW 2006, 2353.

¹⁶ In *Heinrichs* (Fn. 10), § 107 Rn. 6 wird die Gesamtbetrachtungslehre unter Hinweis auf die Entscheidung von 2004 noch vertreten. Das Urteil von 1980 wird auch in den amtlichen Orientierungssätzen nicht unter „Abweichung“ erwähnt.

und Verfügungsgeschäft getrennt zu klären. Zu der Frage, wie das im einzelnen geschehen soll, hat allerdings die Rechtsprechung des BGH weitere Fragen aufgeworfen.

III. Konkretisierung des lediglich rechtlichen Vorteils

1. Grundsätze

Der Gesetzgeber des deutschen BGB hat sich – anders als z.B. derjenige des französischen *code civil*¹⁷ – dafür entschieden, im Interesse der Rechtssicherheit und des Minderheitenschutzes die Wirksamkeit von Willenserklärungen des beschränkt Geschäftsfähigen von dem formalen Kriterium der rechtlichen Folgen des Geschäfts abhängig zu machen, also für eine rein rechtliche, nicht wirtschaftliche Betrachtungsweise.¹⁸ Danach ist von den schuldrechtlichen Geschäften nur die Schenkung an den Minderjährigen grundsätzlich zustimmungsfrei, von den sachenrechtlichen vor allem der Erwerb des Eigentums. Ist erworbenes Eigentum belastet, kommt es darauf an, ob der Minderjährige aus der Belastung selbst haftet oder nicht. Die Belastung mit einer Grundschuld ist also unschädlich, da nach §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB nur das Grundstück selbst der Zwangsvollstreckung ausgesetzt ist.¹⁹

Bei persönlicher Haftung ist entscheidend, ob diese auf den Wert der Zuwendung beschränkt ist oder darüber hinaus geht. So sollen Bereicherungsansprüche grundsätzlich keine Rolle spielen, da dann die Haftung des Schuldners nach § 818 Abs. 3 BGB auf den Bestand der Bereicherung beschränkt ist.²⁰ Diese Überlegung liegt auch der Entscheidung von 2004 zugrunde, da der Minderjährige hier wegen des unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts einem Rückabwicklungsanspruch ausgesetzt war.²¹ Kaum diskutiert wird freilich, daß der Entreicherungsseinwand bei Bösgläubigkeit nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB nicht eingreift und daß auch Minderjährigen die Bösgläubigkeit ihres gesetzlichen Vertreters zugerechnet wird.²² Im Interesse des Minderjährigenschutzes wird man die Zurechnung daher in denjenigen Fällen ausschließen müssen, in denen die gesetzlichen Vertreter selbst Bereicherungsgläubiger sind.

¹⁷ Nach Art. 1305 des Code Civil (cc) sind Geschäfte Minderjähriger unwirksam, wenn sie eine „lésion simple“, also einen bloßen – und zwar wirtschaftlichen – Verlust mit sich bringen. Dazu aus deutscher Sicht *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (415 f.).

¹⁸ *Heinrichs* (Fn. 10), § 107 Rn. 2.

¹⁹ Eine Ausnahme bilden die Kosten für den Vollstreckungstitel. Sie können mit einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung vermieden werden, da dann ein Titel bereits vorhanden ist; BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 16 m.w.N. Bei einer Reallast ist das wegen § 1108 BGB anders; *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 107 Rn. 4.

²⁰ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 14 m.w.N.; ebenso OLG Köln 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, OLGR Köln 2003, 290 Rn. 21; *Lorenz*, LMK 2005, 25 (26).

²¹ Dazu kritisch *Joswig*, ZfIR 2005, 292.

²² *Sprau*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 819 Rn. 3 f.

2. Rechtsprechung zu öffentlichen Lasten

Seit langem umstritten ist, wie sich die Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten auswirkt.²³ Der BGH nahm dazu in dem erwähnten Beschluß von 2004 erstmals ausdrücklich Stellung. Die Begründung geht dabei in ihrer Bedeutung weit über die konkrete Problematik hinaus. Sie unterscheidet zwischen regelmäßigen öffentlichen Lasten wie Grundsteuern und außerordentlichen Grundstückslasten wie Erschließungsabgaben. Im Ergebnis sollen beide nicht zu einer Genehmigungsbedürftigkeit führen.

Für die regelmäßigen öffentlichen Lasten führt die Begründung aus, § 107 BGB erfasse nicht solche Rechtsnachteile, die *typischerweise ein ganz geringes Gefährdungspotential* hätten. Das sei bei öffentlichen Abgaben der Fall, da diese ihrem Umfang nach durch den Wert des Grundstücks o.ä. gedeckt seien, in der Regel aus den laufenden Erträgen bestritten werden könnten und damit zu keiner Gefährdung führten.²⁴ Zu außerordentlichen Grundstückslasten wie Erschließungsabgaben heißt es, diese seien im Entscheidungsfall nicht ersichtlich; die „*theoretische Möglichkeit*“ der Belastung des Minderjährigen in der Zukunft stelle keinen Rechtsnachteil dar.²⁵ Beide Abgrenzungskriterien, das des geringen Gefährdungspotentials und das der theoretischen Möglichkeit, verdienen eine genauere Betrachtung.

IV. Die Abgrenzungskriterien im einzelnen

1. Minderjährigenschutz und „geringes Gefährdungspotential“

a) Begründung des BGH

Die neue Rechtsprechung zu öffentlichen Abgaben ist aus zwei Gründen von genereller Bedeutung: Erstens rechnet sie zu den lediglich rechtlich vorteilhaften Folgen des Geschäfts auch solche, die eine persönliche Haftung des Minderjährigen begründen. Zweitens bezieht sie, wenn auch in geringem Maße, wirtschaftliche Überlegungen in die Abgrenzung mit ein.

Die Begründung lautet zusammengefaßt: Entscheidend sei, den Minderjährigen vor einer Gefährdung seines Vermögens zu schützen. Die allein formale Betrachtungsweise gelte daher nicht für persönliche Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, daß sie eine Verweigerung der Genehmigung nicht rechtfertigen könnten. Die Rechtssicherheit sei durch das Aussondern geschlossener, klar abgegrenzter Gruppen von Rechtsnachteilen, die ihrer abstrakten Natur nach typischerweise keine Gefährdung für den Minderjährigen mit sich bringen, nicht beeinträchtigt.²⁶

²³ S. bereits *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (426 ff.).

²⁴ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

²⁵ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

²⁶ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20; ebenso *Heinrichs* (Fn. 10), § 107 Rn. 5, der auch die Tierhalterhaftung und bei die Anfechtung mögliche Rückgewährpflicht aus § 812 BGB dazuzählt: fraglich, weil kaum geringes Gefährdungspotential vorliegt.

b) *Gegenauffassungen in der Literatur*

Die ganz herrschende Auffassung kommt zu demselben Ergebnis wie der BGH: Öffentliche Pflichten des Grundstückseigentümers begründen keinen rechtlichen Nachteil.²⁷ Die Begründung ist allerdings unterschiedlich. Die Lösung derartiger Fälle nach wirtschaftlichen Erwägungen wird in vergleichbarer Form so vor allem in dem eingangs erwähnten Beitrag von *Stürmer* aus dem Jahr 1973 vertreten, dessen Argumente z.T. wörtlich übernommen werden.²⁸ *Stürmer* möchte § 107 BGB anhand seines Normzwecks teleologisch auf „gefährliche“ Nachteile beschränken. Ungefährlich sei ein Rechtsnachteil danach, wenn er den wirtschaftlichen Zuwachs, den das Rechtsgeschäft mit sich bringt, bestenfalls aufzehren kann.

Bisher herrschend ist eine Differenzierung nach dem Entstehungsgrund des Anspruchs, also danach, ob es um mittelbare oder unmittelbare Rechtsnachteile geht.²⁹ Im einzelnen finden sich aber unterschiedliche Umschreibungen. Einige halten offenbar (nur) öffentlich-rechtliche Lasten generell für unbeachtlich.³⁰ Andere formulieren, es komme auf die Abgrenzung zwischen gesetzlichen Folgen der Eigentumsübertragung und rechtsgeschäftlichen Abreden zwischen den Parteien an oder auf die Unterscheidung zwischen der Erwerberposition oder eine lediglich dem Eigentum innewohnende Bindung.

c) *Stellungnahme*

Um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen: Es ist nicht nur einfacher, sondern auch interessengerecht, wenn öffentliche Abgaben in der Regel dazu führen, daß die Übereignung eines Grundstücks nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Grund für diese Auffassung sind erstens Bedenken gegenüber den zur Abgrenzung vertretenen Kriterien. Zweitens entspricht auch das Ergebnis dem Sinn und Zweck von § 107 BGB, dem Minderjährigenschutz und der Rechtssicherheit.

aa) *Abgrenzungskriterien*

Will man öffentliche Abgaben aus der Gruppe der rechtlichen Nachteile herausnehmen, muß man Kriterien finden, um das zu begründen. Diese Kriterien betreffen dann aber nicht nur diese Fallgruppe, sondern auch andere. Zu den weiteren Fallgruppen gehören jedoch regelmäßig auch Belastungen des

Minderjährigen, die dem weiten Schutzzweck des § 107 BGB widersprechen und damit auch zu einer Gefährdung der im Minderjährigenschutz besonders wichtigen Rechtssicherheit führen.

(1) Das wird besonders deutlich an der Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsfolgen des Eigentumsübergangs. Für den Minderjährigenschutz spielt es keine Rolle, auf welchen Rechtsgrund eine Belastung zurückzuführen ist. Öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen können ebenso wie privatrechtliche zu einer unbegrenzten persönlichen Haftung des Schuldners führen. Entsprechendes gilt aber auch für die Unterscheidung nach unmittelbaren und mittelbaren Folgen der Eigentumsübertragung. Das ist schon deshalb bedenklich, weil sich diese Abgrenzung bezogen auf die zahlreichen möglichen Folgen einer Eigentumsübertragung kaum konkretisieren läßt, wie die unterschiedlichen Versuche der Umschreibung bereits zeigen: Zwischen Erwerberposition und Eigentümer läßt sich kaum differenzieren, wenn der Erwerber nun einmal Eigentümer wird.

Aber auch die Unterscheidung zwischen den gesetzlichen und den rechtsgeschäftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts ist kein geeignetes Kriterium. Selbst wenn sie sich rechtssicher durchhalten ließe, können mit den gesetzlichen Folgen eines Eigentumserwerbs vor allem an einem Grundstück schwerwiegende Folgen in Gestalt einer persönlichen und unbegrenzten Haftung verbunden sein. Das zeigt bereits das Beispiel Vermieterhaftung³¹: Diese ist keineswegs die Folge rechtsgeschäftlicher Abreden zwischen Veräußerer und Erwerber einer vermieteten Sache, sondern des § 566 BGB. Welche Haftungsrisiken sich aber für einen Vermieter insb. aus § 536a BGB ergeben, ist allgemein bekannt³². Es ist daher im Ergebnis richtig, aber in der Begründung inkonsequent, wenn der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks überwiegend als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen wird.³³

(2) Danach scheint die Auffassung des BGH dem Minderjährigenschutz am besten zu entsprechen. Auch gegen sie bestehen aber Bedenken. Sie richten sich erstens gegen das Heranziehen wirtschaftlicher Kriterien allgemein und zweitens gegen den konkreten Anwendungsfall. So findet eine derartige Lösung in Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 107 BGB keinerlei Anhaltspunkte. Der deutsche Gesetzgeber hat sich gerade bewußt für die rechtliche Betrachtungs-

²⁷ Anders aber *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, 161 (164).

²⁸ *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402.

²⁹ BayObLG, Urt. v. 24.6.1967 – BReg 2 Z 26/67, Juris Rn. 12; BayObLG, Urt. v. 29.5.1998 – 2 Z BR 85/98, BayObLGZ 1998, 139 (144); OLG Celle, Urt. v. 16.2.2001 – 4 W 324/00, MDR 2001, 931; *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 (297 f.); *Hefermehl* (Fn. 19), § 107 Rn. 4; *Krüger-Nieland*, in: Johannsen u.a. (Hrsg.), RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, § 107 Rn. 2; *Palm*, in: Erman, BGB, Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 107 Rn. 6; *Schmitt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 107 Rn. 39 m.w.N.; *ders.*, NJW 2005, 1090 (1091). Zu Rechtsprechung und Literatur bis 1973 s. *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (406 ff., 411 ff.).

³⁰ So ausdrücklich *Schmitt* (Fn. 29), § 107 Rn. 39 m.w.N.; auch bereits *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (426 ff.).

³¹ Skeptisch auch *Schmitt*, NJW 2005, 1090 (1092).

³² BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 10 zählt für die Haftung aus Pacht und Miete auf: a) Gebrauchsüberlassung, §§ 535 Abs. 1, 581 Abs. 1, 585 Abs. 2 BGB, b) Schadensersatz und Aufwendungsersatz, §§ 536a, 581 Abs. 2, 586 Abs. 2 BGB und c) Rückgewähr einer Sicherheit, §§ 566a, 581 Abs. 1, 593b BGB.

³³ So *Palm* (Fn. 29), § 107 Rn. 6; BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 10 mit zahlreichen Nachweisen; für ungefährlich halten die Vermieterhaftung dagegen *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (431, 448); *Jerschke*, DNotZ 1982, 459 (473).

weise als formales Abgrenzungskriterium entschieden.³⁴ Zwar kann man sich darüber streiten, ob das im Minderjährigeninteresse geboten und sinnvoll ist, es ist aber auf jeden Fall im Interesse der Rechtssicherheit³⁵ – die gerade bei Geschäften mit Minderjährigen im Interesse aller Beteiligten liegt.

Jede einschränkende Auslegung des § 107 BGB muß sich daher daran messen lassen, ob der Zugewinn an Einzelfallgerechtigkeit die Einschränkung der Rechtssicherheit überwiegt. Vor diesem Hintergrund ist aber bereits fraglich, welche Belastungen für den Minderjährigen als „ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend“ ausgedeutet werden können. Dem Wortlaut der Entscheidungsbegründung nach wäre darunter auch eine geringe Gegenleistung, beispielsweise ein Mietzins oder sogar ein Kaufpreis zu fassen.³⁶ Darin läge aber ein offener Verstoß gegen § 107 BGB.

Es können also nur solche Belastungen gemeint sein, die entsprechend der herrschenden Lehre zu den mittelbaren Folgen der Eigentumsübertragung zu zählen sind. Auf diese Weise potenzieren sich aber die eben erwähnten Ungenauigkeiten bei der Zuordnung. So prüfte der BGH in der Entscheidung von 2005 die Belastungen des Vermieters unter Bezugnahme auf die Entscheidung von 2004 darauf, ob sie ebenfalls wirtschaftlich unbedeutend sein könnten.³⁷ In der Entscheidung von 2004 selbst wird allerdings die Verpflichtung eines Grundstückseigentümers, die Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen, nicht diesem Kriterium unterworfen – obwohl es hier nähergelegen hätte.³⁸

Damit erübrigt sich beinahe eine Stellungnahme zu dem Argument, die Rechtssicherheit sei nicht beeinträchtigt, wenn „geschlossene, klar abgegrenzte Gruppen von Rechtsnachteilen, die ihrer abstrakten Natur nach typischerweise keine Gefährdung für den Minderjährigen mit sich bringen, ausgedeutet“ würden. Es ist geradezu absurd, sich zur Rechtssicherheit auf Fallgruppen zu berufen, die es noch gar nicht gibt und von denen auch niemand weiß, wer sie bilden soll.³⁹ Die bisherigen Versuche der Rechtsprechung, das neue Kriterium anzuwenden, haben jedenfalls wenig zu „geschlossenen, klar abgegrenzten Gruppen“ beigetragen.

³⁴ Müßig, JZ 2006, 151 (152).

³⁵ So räumt auch Stürmer, AcP 173 (1973), 402 (414 f.) die Probleme der französischen Lösung mit der Rechtssicherheit ein. Daß die Franzosen damit seit 200 Jahren leben, ist kein Argument für das Gegenteil, da die Lebensdauer eines Gesetzes nichts über seine Qualität aussagt. Ähnlich wie hier Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2354).

³⁶ Staudinger, Jura 2005, 547 (552).

³⁷ Im Ergebnis abgelehnt, BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 10.

³⁸ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 16.

³⁹ Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092) mit dem Hinweis, daß die Abgrenzung im Ergebnis weitgehend der bislang h.M. entspricht; ähnlich Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2354). Kritisch zur Verquickung von ökonomischer und juristischer Betrachtungsweise auch Staudinger, Jura 2005, 547 (551).

bb) Praktische Folgen

Damit zu dem Kernproblem, das vermutlich auch die Literatur dazu gebracht hat, der Auffassung des BGH zumindest im Ergebnis zuzustimmen: Wenn öffentliche Abgaben ein nicht lediglich vorteilhaftes Geschäft im Sinne des § 107 BGB auslösen, können Minderjährige diese auch von ihren Eltern oder Großeltern nicht mehr ohne Beteiligung eines Ergänzungspflegers erwerben. Auch dieses Ergebnis ist aber im Interesse des Minderjährigenschutzes nicht nur hinzunehmen, sondern durchaus sinnvoll.

So konnte Stürmer 1973 noch die Feststellung treffen, Grundeigentum sei „gegenwärtig und in absehbarer Zukunft ein solch begehrter, beständiger Sachwert, daß die Begleichung von Anliegerbeiträgen ohne weiteres zu entsprechenden Wertsteigerungen führt“.⁴⁰ Er konnte damals nicht die Wiedervereinigung voraussehen, die bereits zu einem deutlichen Anstieg öffentlicher Lasten führte und vor allem zu einem erheblichen Bestand an sog. „Schrottimmobilien“.⁴¹ Die gegenwärtige Immobilienkrise in den USA zeigt, daß es sich dabei nicht immer um atypische Einzelfälle handeln muß.

Daneben ist Grundeigentum nicht nur aus wirtschaftlich-politischen Gründen besonderen Risiken unterworfen. So hat die Rechtsprechung die verschuldensunabhängige Haftung des Zustandsstörers aus § 1004 BGB in Nachbarschaftsfällen in den letzten Jahren erheblich ausgeweitet.⁴² Da Grundeigentum nicht ohne weiteres derelinquiert werden kann, bindet der Eigentumserwerb an einem Grundstück einen damals noch jugendlichen Menschen für eine lange Zeit unabsehbarer wirtschaftlicher und politischer Entwicklungen. Zuletzt muß man sich noch einmal vergegenwärtigen, daß es um Vertretung geht, also um eine eigene Willenserklärung des Jugendlichen. Da ein Mensch im Alter von 7-17 Jahren die Konsequenzen eines Grundstücksgeschäfts nicht einmal annähernd verstehen kann, ist eine Ergänzungspflegschaft kein „bloßer Formalismus“, sondern in jeder Hinsicht sinnvoll.⁴³

2. Minderjährigenschutz und „bloß theoretische Möglichkeit“

a) Die Beschlüsse von 2004 und 2005

Die Beschlußbegründung von 2004 zu außerordentlichen Entschließungslasten (insbesondere Anliegerbeiträgen) formuliert, eine Belastung damit sei nicht ersichtlich und die „bloß theoretische Möglichkeit“, zu solchen Beiträgen heran-

⁴⁰ Stürmer, AcP 173 (1973), 402 (428).

⁴¹ Dazu Müßig, JZ 2006, 151 (152); Röthel/Krackhardt, Jura 2006, 161 (165); Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092); Staudinger, Jura 2005, 547 (551). Allgemein zur zunehmenden Bedeutung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen und privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Nachbarschaftsrechts Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2355).

⁴² Dazu Benecke, VersR 2006, 1037.

⁴³ Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2355); ähnlich Röthel/Krackhardt, Jura 2006, 161 (165); Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092). Daneben besteht die Gefahr des Mißbrauchs, bei der das Instrumentarium der §§ 1666 ff. BGB zwar einen gewissen Schutz bietet (so Führ/Menzel, JR 2005, 413 [413]), aber nicht alle denkbaren Fälle erfaßt.

gezogen zu werden, stelle als solche keinen Rechtsnachteil dar.⁴⁴ Man könnte diese merkwürdige Formulierung in einem unbedeutenden Teil der Begründung überlesen, wenn sie nicht ausdrücklich in der Entscheidung von 2005 wieder aufgegriffen worden wäre. Hier ging es um die Übertragung eines verpachteten Grundstücks. Zwar war der veräußernde Großvater als Nießbraucher Verpächter geblieben. Daraus ergab sich aber nach Ansicht des BGH ein Nachteil, da der Enkel mit dem Tod des Großvaters in die belastenden Pflichten des Verpächters rücken könnte. Anders aber, wenn ein Nießbrauch an einem nicht verpachteten Grundstück bestanden hätte: Die „bloß theoretische Möglichkeit“ einer zukünftigen Verpachtung genüge nicht für die Annahme eines rechtlichen Nachteils.

b) Problematik

Die „bloß theoretische Möglichkeit“ scheint sich also als Abgrenzungskriterium für die Beachtlichkeit zukünftiger Ereignisse im Rahmen des Minderjährigenschutzes zu etablieren. Die Literatur hat zu dieser Problematik vor den beiden Beschlüssen kaum Stellung genommen. Auch danach finden sich nur vereinzelt Stellungnahmen, die in die Richtung gehen, es komme auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, später eintretende Nachteile und „Zukunftsprognosen“ müßten außer Acht bleiben.⁴⁵

Diese Abgrenzung ist indes deutlich zu weit, da die Rechtsprechung auch in anderen Fällen zukünftige und auch nur mögliche Ereignisse in die Betrachtung einbezogen hat. So ist auch die Haftung des Vermieters oder Verpächters von dem Eintritt eines entsprechenden Falles abhängig, die Rückgewährhaftung von einem Rücktritt. Sogar die Schenkung eines voll eingezahlten Kommanditanteils soll nicht vorteilhaft sein, da der Jugendliche aus der Treuepflicht zur Erhöhung der Einlage verpflichtet sein kann.⁴⁶ Zuletzt wäre durch das ausschließliche Abstellen auf den Vertragszeitpunkt der Umgehung Tür und Tor geöffnet.

Es müssen also in irgendeiner Form auch zukünftig mögliche Ereignisse einbezogen werden, fraglich ist nur, wie und welche. Die Begriffsbildung des BGH ist bereits kritisiert worden: Nach dem Lexikon bedeutet „theoretisch“ „eine Theorie betreffend; Gegensatz praktisch oder experimentell“ – das hilft nicht weiter. Im Sprachgebrauch wird „theoretisch“ oft auch als Umschreibung für etwas sehr Unwahrscheinliches benutzt. Gegen das Abstellen auf Wahrscheinlichkeitsgrade spricht dagegen bereits der entschiedene Fall, da eine Belastung mit Erschließungslasten heute keineswegs unwahrscheinlich ist⁴⁷. Insbesondere widerspricht das der Konzeption des Minderjährigenschutzes, da beträchtliche Ri-

siken außer Acht bleiben müßten, wenn sie eher unwahrscheinlich sind.

c) Stellungnahme

Vor diesem Hintergrund hilft die weitere Lektüre der Beschlußbegründung von 2004 weiter. Danach heißt es kurz: „Insoweit würde es dem gesetzlichen Vertreter oder dem Ergänzungspfleger an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlen, auf die sie ihre Entscheidung über die Erteilung oder die Versagung einer Genehmigung stützen könnten“⁴⁸. Ausgangspunkt muß also die Genehmigungssituation und die Prognosemöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt sein.

Vor diesem Hintergrund schlage ich zur Konkretisierung der „theoretischen Möglichkeit“ folgende Kriterien vor: Bestehende Ansprüche, die aber nur möglicherweise geltend gemacht werden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie können sich aus dem Erwerbstatbestand oder unmittelbar aus der Erwerberstellung ergeben, wenn sie gegen jeden Inhaber einer solchen Stellung gerichtet sind. So ist jeder Vermieter Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, jeder Inhaber eines Kommanditanteils der möglichen Nachschußpflicht.

Wenn dagegen die Rechtslage möglicherweise durch ein tatsächliches Ereignis umgestaltet wird – Stichworte: Erschließung, Tod des Großvaters – schlage ich vor, das dann zu berücksichtigen, wenn das Ereignis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit eintreten wird. Damit sind fernliegende Möglichkeiten aussortiert. Die Beschränkung auf den Zeitraum bis zur Volljährigkeit ist nicht unproblematisch, aber er ergibt sich daraus, daß eine Prognose für 80 oder 90 Lebensjahre fast nie möglich ist und sich der Minderjährige nach Erreichen der Volljährigkeit aus einer drohenden Belastung selbst befreien kann. Für den Fall von 2005 kommt man damit zu dem Ergebnis, den möglichen Tod des Großvaters im Regelfall ebenfalls auszusondern. Das damit erreichte Ergebnis ist auch sachgerecht, da der Minderjährige durch eine vorherige Verpachtung keineswegs stärker gefährdet ist als durch eine nachträgliche⁴⁹. Bei Grundstücken wird die praktische Handhabung dadurch erleichtert, daß ihr Erwerb nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich ohnehin zustimmungspflichtig ist.

V. Zusammenfassung in Thesen:

1. Die Frage der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit von Geschäften stellt sich in der Praxis oft bei der unentgeltlichen Übertragung von Grundstücken. Der BGH hat in zwei Beschlüssen Stellung zu etlichen Rechtsproblemen in derartigen Fällen genommen. Ihm ist dabei in der Begründung und oft auch im Ergebnis zu widersprechen.

2. Lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte können nicht nur von Jugendlichen nach § 107 BGB zustimmungsfrei vorgenommen werden, sondern sie bilden auch eine Ausnahme

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

⁴⁵ Böttcher, Rpfleger 2006, 293 (294); Müßig, JZ 2006, 151 (151 f.).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 232; Schmitt (Fn. 29), § 107 Rn. 48.

⁴⁷ Röthel/Krackhardt, Jura 2006, 161 (165); Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092).

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

⁴⁹ So auch Böttcher, Rpfleger 2006, 293 (294); Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2354).

von der Sperre der Vertretungsmacht in § 181 und §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB, so daß keine Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) erforderlich ist.

3. Die Frage nach dem rechtlichen Vorteil ist entgegen der bislang herrschenden Rechtsprechung nicht durch eine „Gesamtbetrachtung“ von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu beantworten, sondern für beide Geschäfte isoliert. Ist das Verpflichtungsgeschäft nicht vorteilhaft, ergibt sich das schon daraus, daß die Ausnahme des § 181 letzter HS BGB nicht eingreift. Ist nur das Verfügungsgeschäft nicht vorteilhaft, löst die neue Rechtsprechung solche Fälle mit teleologischer Reduktion von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter HS BGB, die sich auf § 181 letzter HS BGB übertragen läßt.

4. Lediglich rechtlich vorteilhaft ist von den schuldrechtlichen Verträgen grundsätzlich nur die vorbehaltlose Schenkung. Bei Erwerb belasteten Eigentums kommt es darauf an, ob der Minderjährige persönlich haftet. Auch Bereicherungsansprüche gegen den Minderjährigen sollen einem lediglich rechtlichen Vorteil nicht entgegenstehen; allerdings muß dann §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB einschränkend ausgelegt werden.

5. Anlässlich der Frage der Belastung mit regelmäßigen öffentlichen Lasten (Bsp. Grundsteuern) erklärt der BGH Belastungen für lediglich rechtlich vorteilhaft, die zu einer persönlichen Haftung führen, soweit diese typischerweise ein geringes Gefährdungspotential hätten. Die Literatur unterscheidet überwiegend zwischen mittelbaren und unmittelbaren Rechtsnachteilen; im einzelnen mit unterschiedlichen Formulierungen.

6. Problematisch an der Auffassung der Literatur ist, daß persönliche Haftungsrisiken für den Minderjährigen außer Betracht bleiben können, weil sie nur eine mittelbare Folge der Vereinbarung bilden. Die Kriterien der Rechtsprechung sind dagegen in Bezugspunkt (auch unmittelbare Folgen?) und Umfang (Prognose, welche Belastungen sich „wirtschaftlich unbedeutend“ auswirken werden) unklar.

7. Richtig ist es, die Belastung auch mit öffentlichen Lasten regelmäßig als nicht rechtlich vorteilhaft anzusehen. Dafür sprechen die Rechtssicherheit und das Ergebnis, da Grundeigentum durch das öffentliche Recht und durch das private Nachbarschaftsrecht erhebliche Risiken persönlicher Haftung mit sich bringt. Die Kompensation durch Erträge ist keineswegs regelmäßig gewährleistet („Schrottimmobilien“).

8. Zur Beurteilung zukünftiger Ereignisse möchte die Rechtsprechung bei der Beurteilung des rechtlichen Vorteils darauf abstellen, ob das Ereignis eine „bloß theoretische Möglichkeit“ bildet. Daran ist zutreffend, daß mögliche zukünftige Ereignisse nicht außer Kraft bleiben können. Ein Abstellen auf Wahrscheinlichkeitsgrade allein widerspricht dagegen Minderjährigenschutz und Rechtssicherheit.

9. Statt dessen ist auf die Genehmigungssituation und die Prognosemöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt abzustellen. Bestehende Ansprüche aufgrund der Erwerberstellung sind regelmäßig zu berücksichtigen, auch dann, wenn ihre Geltendmachung weniger wahrscheinlich ist. Geht es allerdings um ein tatsächliches Ereignis, das die Rechtslage möglicherweise

umgestaltet, ist es nur zu berücksichtigen, wenn es wahrscheinlich bis zum Erreichen der Volljährigkeit eintritt.