

Die Bestimmung rechtlicher Vorteilhaftigkeit bei Eltern-Kind-Geschäften

– Zur Un/Wirksamkeit rechtlich nachteiliger Verfügungen –

Martin Heuser, Bonn*

Bereits vor einigen Jahren hat die Rechtsprechung auf »leisen Sohlen« die sog. »Gesamtbetrachtungslehre« für die Beurteilung der rechtlichen Vor- bzw. Nachteilhaftigkeit einer Auflassung der Eltern an das minderjährige Kind aufgegeben. Noch immer hat dieser – durchaus auch zu weitergehenden Überlegungen Anlass gebende – Rechtsprechungswandel teilweise aber nicht Eingang in die (Ausbildungs-)Literatur erhalten, obgleich es sich um eine Problemstellung in den höchst ausbildungs- und praxisrelevanten Fällen der – nicht zuletzt auch theoretisch bedeutsamen – Eltern-Kind-Geschäfte handelt. Dies mag den nachfolgenden Kurzbeitrag rechtfertigen, der sich damit bescheidet, die Entwicklung der Rechtsprechung nachzuzeichnen und auf diese Weise vorerst einen informierenden Überblick über den derzeitigen Stand in der Frage der Bestimmung der rechtlichen Vor- bzw. Nachteilhaftigkeit solcher Verfügungsgeschäfte zu geben.

A. Die Problemstellung

Kontrahieren die Eltern mit ihrem Kind, so besteht die Gefahr eines möglichen Interessenkonflikts zwischen den Interessen des Kindes einerseits und jenen der Eltern andererseits. Folglich werfen solche Fälle immer wieder schwierige juristische Probleme auf, die in der Vergangenheit bereits mehrfach Anlass zu höchstrichterlichen Entscheidungen boten. Insbesondere die Fälle unentgeltlichen Grundstückserwerbs spielen hierbei häufig eine Rolle, was nicht zuletzt daran liegen mag, dass mittels dieser Vorgehensweise oftmals die vorweggenommene Erbfolge herbeigeführt wird, wodurch der Nachlass bereits zu Lebzeiten steuergünstig verteilt werden kann.¹

Probleme werfen diese Fälle dann auf, wenn sie mit einem rechtlich lediglich *vorteilhaften Verpflichtungsgeschäft* verbunden sind, das zur Erfüllung eines rechtlich *nachteiligen Verfügungsgeschäfts* bedarf. Als Musterbeispielfälle können die Schenkung eines mit einer Reallast (§ 1108 BGB) belasteten oder eines vermieteten bzw. verpachteten

Grundstücks (§§ 593b, 566 BGB) ebenso wie die Schenkung von Wohnungseigentum (§§ 10 ff. WEG) gelten.² Die bloße Schenkung ist in diesen Konstellationen an sich nicht als rechtlich nachteilig anzusehen, denn mit der Schenkung sind keinerlei Verpflichtungen oder dergleichen verbunden. Der Minderjährige kann dieses Geschäft also grundsätzlich frei nach § 107 BGB vornehmen bzw. die Eltern können den Minderjährigen in einem Insichgeschäft (§§ 1629 I, 164 ff. BGB) wirksam beschenken, da § 181 BGB bei vorteilhaften Geschäften teleologisch zu reduzieren ist.³ Erst das Verfügungsgeschäft ist in diesen Konstellationen als rechtlich nachteilig anzusehen, etwa weil der Minderjährige nach § 566 BGB in die bestehenden Mietverträge mit den daraus resultierenden Verpflichtungen eintreten würde. Dieses Geschäft könnte der Minderjährige bei unbefangener Lesart grundsätzlich mit Zustimmung seiner Eltern gemäß § 107 BGB vornehmen bzw. durch jene im Wege des Insichgeschäfts (§ 164 BGB) vornehmen lassen, denn es diene der Erfüllung einer Verbindlichkeit, § 181 a.E. BGB,⁴ nämlich jener aus dem wirksamen Schenkungsversprechen entspringenden Verbindlichkeit. Doch dieses Ergebnis wird heute aus Gründen des Minderjährigenschutzes – man befürchtet eine Umgehung der Schutzvorschrift des § 107 BGB – nicht mehr vertreten.⁵ Vielmehr sollen solche Geschäfte zwischen Eltern und Kindern heute nicht wirksam ohne die Bestellung eines Ergänzungspflegers abgeschlossen werden können, § 1909 BGB. Um dieses Ergebnis abzusichern, haben sich Rechtsprechung und Literatur stets um methodisch-dogmatische Rechtfertigungsstrategien bemüht, die im Laufe der Jahre einem Wandel unterlagen: Nachdem es seitens der Rechtsprechung lange

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Krüger, ZNotP 2006, 202; ausführlich Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, 1984; aber auch in Anfänger(haus)arbeiten können solche Konstellationen bereits eine Rolle spielen, siehe etwa Eickelmann, JuS 2011, 997 ff.

² Ausführlich zu den wichtigsten Fallgestaltungen Rastätter, BW-NotZ 2006, 1 ff.; wobei öffentliche Lasten im Regelfall als unerheblich anzusehen sind BGHZ 161, 170 (177).

³ BGHZ 59, 236 (240); 94, 232 (235); BGH, NJW 1975, 1885; 1985, 2407; 1989, 2542 (2543); BayObLGZ 198, 139 (142).

⁴ § 181 BGB wird auch auf die Zustimmungserklärung der Eltern nach § 107 BGB angewandt, siehe statt aller nur Schwab, FamR, 19. Aufl. (2011), Rdnr. 629; Palandt-BGB/Diederichsen, 71. Aufl. (2012), § 1629 Rdnr. 1; Erman-BGB/Michalsky/Döll, 13. Aufl. (2011), § 1626 Rdnr. 16; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 6. Aufl. (2010), § 60 Rdnr. 75. Im Ergebnis erzielt man somit einen Gleichlauf zwischen den Rechtsbegründungsmöglichkeiten nach §§ 107 ff. und 164 ff. BGB.

⁵ So aber noch BGHZ 15, 168 ff.

Zeit ruhig in dieser Frage war, hat der *Bundesgerichtshof* nun mit einigen Beschlüssen in den vergangenen Jahren⁶ die seit einer Entscheidung aus dem Jahre 1980⁷ in der Rechtspraxis für die Bestimmung rechtlicher Vor-/Nachteiligkeit etablierte sog. »*Gesamtbetrachtungslehre*« zugunsten einer »*Reduktionslösung*« aufgegeben. Anhand der diesen maßgeblichen Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle vermag man sich der Entwicklung von Rechtsprechung und Rechtslehre in der Bewertung dieser diffizilen Konstellationen lukrativer Grundgeschäfte mit nachteiligen Erfüllungsgeschäften im familieninternen Bereich zu versichern:

B. Bestimmung rechtlicher Vor- und Nachteiligkeit

I. Ausgangspunkt: Die Einzelbetrachtungslehre

Der *Bundesgerichtshof* sah sich im Jahre 1954⁸ erstmals mit einem dieser »pathologischen« Fälle konfrontiert, als ein Vater seiner beschränkt geschäftsfähigen Tochter im Wege des § 107 BGB ein Grundstück schenkte und es ihr anschließend gleichermaßen aufließ. Beide Rechtsgeschäfte wurden später unter dem Gesichtspunkt angegriffen, dass sie wegen der damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Grundlasten einen rechtlichen Nachteil brächten, sodass die Zustimmung des Vaters als gesetzlichen Vertreters erforderlich gewesen sei, die dieser wegen § 181 BGB aber nicht habe erklären können. Folglich hätten die Geschäfte nicht ohne die Bestellung eines Ergänzungspflegers vorgenommen werden können.

Das Gericht entschied seinerzeit, es könne dahingestellt bleiben, ob es sich bei öffentlichen Lasten tatsächlich um rechtliche Nachteile handele,⁹ denn sollte dies so sein, resultierten sie nicht schon aus dem Schenkungsvertrag, sondern allenfalls aus der Auflassung. Dann aber wäre der Schenkungsvertrag wegen ausschließlicher Vorteilhaftigkeit ohne Weiteres wirksam und bilde die durch die Auflassung zu erfüllende Verbindlichkeit i.S.v. § 181 BGB a.E., sodass auch im Falle rechtlicher Nachteiligkeit der Auflassung die Zustimmung durch den Vater hätte erklärt werden können. Im Ergebnis betrachtete der *Bundesgerichtshof* also beide Geschäfte – wie es dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip entspricht – isoliert und unabhängig voneinander im Hinblick auf ihre rechtliche Nachteiligkeit. Diese Vorgehensweise konnte daher als »*Einzelbetrachtungslehre*« gekennzeichnet werden. Sie kam im Ergebnis ohne die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Wirksamkeit beider Rechtsgeschäfte (§§ 1909, 1629 II 1, 1795, 181 BGB).

II. Etablierung der Gesamtbetrachtungslehre

Mit einer späterhin zur Parömie gereiften Sentenz geißelte *H. Lange* die solchermaßen vorgenommene isolierte Betrachtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft als »elegantes

Jonglierspiel mit den Bällen des § 107 und des § 181 BGB«¹⁰ und lieferte damit den Anknüpfungspunkt für weitere Kritik.¹¹ Davon nicht unbeeinflusst schwenkte der *Bundesgerichtshof* in einer Entscheidung aus dem Jahr 1980¹² grundlegend um, nachdem die Vorgehensweise der Einzelbetrachtung in der Rechtsprechung lange Zeit praktiziert worden war¹³. Anlass hierzu bot ihm ein Fall, in dem ein Vater seinem beschränkt geschäftsfähigen Sohn seinen Miteigentumsanteil an einem bestehenden Wohnungseigentum schenkte; gleichzeitig ließ er diesen an den Sohn auf. Da der Eintragungsantrag zum Grundbuchamt unter Hinweis auf die fehlende Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht von Erfolg gekrönt war, wandte sich hiergegen die Beschwerde.

Das Gericht judizierte auf Vorlage des *BayObLG*, die Auflassung sei wegen des damit verbundenen Eintritts in die Wohnungseigentümergeinschaft (§§ 10 ff. WEG) rechtlich nachteilig. In der Folge habe es hierzu der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 107 BGB bedurft, die dieser jedoch – in ausdrücklicher Abkehr zur obigen Entscheidung aus dem Jahr 1954¹⁴ – gemäß § 181 BGB nicht habe erteilen können: Eine isolierte Betrachtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft lasse die Auflassung als Erfüllung einer wirksamen Verbindlichkeit erscheinen (§ 181 BGB), was dem *Schutzzweck des § 107 BGB zuwiderlaufe*, denn im Ergebnis hätte das Erfüllungsgeschäft trotz rechtlicher Nachteiligkeit alleine und ohne Bestellung eines Ergänzungspflegers durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden können. Vielmehr sei deshalb bereits die rechtliche Vor- bzw. Nachteiligkeit einer Schenkung aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrags zu beurteilen. Demnach war bereits die Schenkung nachteilig und daher nach § 107 BGB zustimmungsbedürftig.¹⁵ Jedoch konnte der Vater diese Zustimmung wegen § 181 BGB nicht erteilen, sodass es der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedurft hätte. Damit fehlte es an einer wirksamen, durch Auflassung zu erfüllenden Verbindlichkeit i.S.v. § 181 a.E. BGB. Der Eintragungsantrag war hiernach vom Grundbuchamt zu Recht abgelehnt worden.

¹⁰ *Lange*, NJW 1955, 1339.

¹¹ *Lange*, NJW 1955, 1339 (1342 f.), selbst plädierte für eine Gesamtbetrachtung, die er für »volkstümlicher« erachtete; sodann kritisierte *H. Westermann*, JZ 1955, 244, der »begriffsjuristisch unanfechtbare Weg« des *BGH* sei Folge »methodisch falschen konstruktiven Denkens«; sodann *Hübner*, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, S. 144 f.

¹² *BGHZ* 78, 28 ff.; hierzu *Gitter*, JR 1981, 283 ff.; *Emmerich*, JuS 1981, 292 f.; *Gitter/Schmitt*, JuS 1982, 253 ff.; *Jauernig*, JuS 1982, 576 f.; *Jerschke*, DNotZ 1982, 458; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 258 (259) mit Nachweisen zu weiteren höchstrichterlichen Entscheidungen, denen diese Auffassung unausgesprochen zugrunde liegen soll; der Rspr. folgend etwa *OLG Oldenburg*, DNotZ 1989, 92; *BayObLG*, DNotZ 2003, 711 (712); *OLG Hamm*, ZEV 2000, 242; *OLG Köln*, Rpfleger 2003, 570 (571).

¹³ So schon vorher *KG*, JFG 13, 300 (303); *OLG München*, DNotZ 1939, 206 (207); *LG Aachen*, MittRhNotK 1969, 574 (576); vgl. sodann auch *BGHZ* 53, 174 ff.

¹⁴ *BGHZ* 15, 168 ff.

¹⁵ Nach *Feller*, DNotZ 1989, 66 (73 f.) war dies – wie er kritisiert – der Entscheidung nicht zu entnehmen; wie hier dagegen *Staudinger*, JURA 2005, 547 (550); *Keller*, JA 2009, 561 (564).

⁶ *BGHZ* 161, 170 ff.; 162, 137 ff.; 187, 119 ff.

⁷ *BGHZ* 78, 28 ff.

⁸ *BGHZ* 15, 168 ff.

⁹ Dies verneint mittlerweile *BGHZ* 161, 170 (177).

Abstrahiert man die Ausführungen des *BGH* zu dieser sog. *Gesamtbetrachtungslehre* vom Einzelfall, so handelte es sich mit der gegebenen Begründung um eine Hilfskonstruktion¹⁶, um etwaige Aushöhlungen des Minderjährigenschutzes in Fällen lukrativer Grundgeschäfte mit nachteiligen Erfüllungsgeschäften zu verhindern. Die Gesamtbetrachtungslehre konnte hiernach aber nicht in einem *materialen* Sinne verhindern, »dass der Minderjährige mittels Verfügung etwas erhält, was er unter Beachtung des Minderjährigenschutzes bei isolierter Betrachtung nicht erhalten sollte«¹⁷, denn im Wege des Erwerbs von Dritten wäre ein vergleichbares Geschäft durch Zustimmung der Eltern ohne Einschaltung eines Ergänzungspflegers dennoch zustande gekommen. Vielmehr bot sie Schutz lediglich in einem *formalen* Sinne vor der Art, wie ein bestimmtes Ergebnis unter (vermeintlicher?) Umgehung von Normen zur Regelung von abstrakten Interessenkonflikten zustande kommen sollte. Die Rechtsprechung blieb mit ihrer Entscheidung ebenso wie die Literatur aber eine normative Begründung schuldig, dass § 107 BGB dieser *formale* Schutzzweck wirklich zukommt.

III. Aufgabe oder Einschränkung der Gesamtbetrachtungslehre?

Doch auch dieses »Jonglierspiel mit dem Abstraktionsprinzip« war nicht gefeit vor Kritik. Es zog insbesondere den nahe liegenden Vorwurf eines Verstoßes gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip auf sich und so forderten die Kritiker die gleichen Ergebnisse über eine teleologische Reduktion des § 181 BGB in Fällen rechtlicher Nachteiligkeit des Verfügungsgeschäfts ein.¹⁸ Wohl unter Einfluss dieser Vorbringen schwenkte die Rechtsprechung später in einer jüngeren Entscheidung¹⁹ nach abermaliger Vorlage des *BayObLG* nochmals um, als eine Mutter ihrem beschränkt geschäftsfähigen Sohn ein Grundstück schenkte und es ihm aufließ. Dabei hatte sie sich den Rücktritt vom Schenkungsgeschäft für den Fall vorbehalten, dass das Grundstück durch ihren Sohn vor ihrem Tode veräußert oder belastet werden sollte.

Das vorliegende *BayObLG* sah hierin einen Fall der Gesamtbetrachtungslehre und folgerte aus der – infolge des Rücktrittvorbehalts – rechtlichen Nachteiligkeit des Schenkungsgeschäfts diejenige der Auffassung. Infolgedessen hätte die

Auffassung wegen § 181 BGB nicht ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers vorgenommen werden können, §§ 1909, 1629 II 1, 1795 BGB. Dem trat der *Bundesgerichtshof* mit der Begründung entgegen, dass die Auffassung für sich betrachtet lediglich rechtlich vorteilhaft sei und daher gemäß § 181 BGB durch die Mutter ohne Weiteres vorgenommen werden konnte. Eine Gesamtbetrachtung sei hier nicht veranlasst, weil das Grundgeschäft für sich besehen bereits rechtlich nachteilig sei, sodass es an einer durch die Auffassung zu erfüllenden Verbindlichkeit i.S.v. § 181 BGB fehle. In diesem Fall fordere der Schutzzweck des § 107 BGB von vorneherein keine Gesamtbetrachtung, denn die Gefahr des eigenmächtig handelnden Vertreters bestünde nicht.

Ogleich es sich bei diesem Fall ersichtlich nicht um die »pathologische« und seltene Kombination von isoliert rechtlich vorteilhaftem Grundgeschäft und nachteiliger Verfügung, sondern spiegelbildlich um den Regelfall des rechtlich nachteiligen Grundgeschäfts mit vorteilhaftem Verfügungsgeschäft handelte, erblickten einige hierin nicht nur eine Einschränkung bzw. Anwendungsbereichskonkretisierung²⁰ der Gesamtbetrachtungslehre, sondern bereits deren Aufgabe.²¹

IV. Etablierung der Reduktionslehre

Hatte der *Bundesgerichtshof* diese Frage zuvor²² noch ausdrücklich offen gelassen hatte, etablierte er wenig später²³ die von der Literatur favorisierte »Reduktionslehre« und nahm so endgültig Abschied von der Gesamtbetrachtungslehre. Anlass zu diesem Wandel gab der Fall eines Großvaters, der seinem Enkelkind ein verpachtetes Grundstück schenkte und aufließ. Die Eltern stimmten dem zu. Das Grundbuchamt jedoch verweigerte die Eintragung unter Hinweis auf die fehlende Ergänzungspflegermithilfe, da die Auffassung wegen des Eintritts in den Pachtvertrag (§§ 593b, 566 BGB) rechtlich nachteilig und die Mutter als Tochter des Großvaters wegen §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 Halbs. 1 BGB an der Erteilung der Zustimmung gehindert sei. Hiergegen richtete sich die Beschwerde, die nach Auffassung des *Bundesgerichtshofs* erfolglos blieb.

Das Gericht stimmte der Argumentation des Grundbuchamtes insoweit zu. Es handelte sich hier tatsächlich um einen der seltenen Fälle lukrativen Grundgeschäfts mit

¹⁶ So *Röthel/Krackhardt*, JURA 2006, 161 (162).

¹⁷ Auf diese materiale Seite abstellend aber *Wojcik*, DNotZ 2005, 655 (659 f.); so auch *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 (296).

¹⁸ *Jauernig*, JuS 1982, 576 (577); *Köhler*, JZ 1984, 18; *Ultsch*, JURA 1998, 524 (528); *Erman-BGB/Palm*, 12. Aufl. (2008), § 181 Rdnr. 5; *Feller*, DNotZ 1989, 66 (73 ff.).

¹⁹ *BGHZ* 161, 170 ff.; hierzu *Rastätter*, BWNNotZ 2006, 1 ff.; *Wojcik*, DNotZ 2005, 655 f.; *Führ/Menzel*, FamRZ 2005, 1729 f.; *dies.*, JR 2005, 418 f.; *Staudinger*, JURA 2005, 547 ff.; *Röthel/Krackhardt*, JURA 2006, 161 ff.; *Müßig*, JZ 2006, 150 ff.; *Stephan Lorenz*, LMK 2005, 25 f.; *Feller*, MittBayNot 2005, 415 f.; *Schmitt*, NJW 2005, 1090 ff.; *Servatius*, NJW 2006, 334 ff.; *Sonnenfeld*, NotBZ 2005, 154 ff.; *Reiß*, RNotZ 2005, 224 f.; *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 ff.; *Everts*, ZEV 2005, 69 f.; *Joswig*, ZfIR 2005, 292 f.; *Benecke*, ZJS 2008, 217 ff.; *Krüger*, ZNotP 2006, 202 ff., der – seinerzeit Vorsitzender des V. Zivilsenats des BGH – die Gesamtbetrachtungslehre als »sicher nicht richtig« bezeichnet, aaO, 202 (203).

²⁰ *Wojcik*, DNotZ 2005, 655 (659 f.); *Schmitt*, NJW 2005, 1090 (1093); *Staudinger*, JURA 2005, 547 ff.; *Röthel/Krackhardt*, JURA 2006, 161 (162); so noch heute *Allmendinger*, Vertretungsverbot bei Insihgeschäften, Ergänzungspflegschaft und gerichtliche Genehmigung: rechtsgeschäftlicher Minderjährigenschutz bei Eltern-Kind-Schenkungen, 2009, S. 93.

²¹ So etwa *Emmerich*, JuS 2005, 457 (459); *Führ/Menzel*, FamRZ 2005, 1729 f.; *Preuß*, JuS 2006, 305 (309).

²² *BGHZ* 161, 170 ff.

²³ *BGHZ* 162, 137 ff.; siehe hierzu *Fembacher*, DNotZ 2005, 627 ff.; *Führ/Menzel*, FamRZ 2005, 1729 f.; *Berger*, LMK 2005, 89 f.; *Feller*, MittBayNot 2005, 415 f.; *Fembacher*, MittBayNot 2009, 157 f.; *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 ff.; *Everts*, ZEV 2005, 211 f.; *Benecke*, ZJS 2008, 217 ff.; *Krüger*, ZNotP 2006, 202 ff.

nachteiligem Erfüllungsgeschäft – mithin einen genuinen Anwendungsfall der Gesamtbetrachtungslehre. Die Mutter konnte die Zustimmung zur Auflassung nicht erklären, §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 Halbs. 1 BGB.²⁴ Etwas anderes hätte sich nach Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre aus § 1795 I Nr. 1 a.E. BGB ergeben, denn mangels rechtlicher Nachteile des Schenkungsgeschäfts bestand eine Verbindlichkeit, die zu erfüllen die Auflassung dienen konnte. Dieses der obigen Entscheidung aus dem Jahre 1954 angeglichen und bis ins Jahr 1980 praktizierte Ergebnis²⁵ verhinderte der *Bundesgerichtshof* nun aber durch die Etablierung der sog. *Reduktionslehre*: Die Ausnahme vom Vertretungsverbot bei Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 1795 I Nr. 1 a.E. BGB) sei teleologisch zu reduzieren, weil der Zweck der §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 Halbs. 1 BGB, Kollisionen zwischen Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden, nicht gelte, wenn das Erfüllungsgeschäft über das Grundgeschäft hinaus zu rechtlichen Nachteilen führe. In diesen Fällen trafe die § 1795 I Nr. 1 a.E. BGB zugrunde liegende Annahme, dass es zu keiner Interessenkollision kommen könne, nicht zu, sodass es beim Vertretungsverbot bleiben müsse.

Da diese nun etablierte Lösung in einem exklusiven Verhältnis zur Gesamtbetrachtungslehre steht, denn sie lässt das Grundgeschäft unberührt, war die Gesamtbetrachtungslehre aufgegeben.²⁶ Wegen der gleichlautenden Formulierung der Ausnahme vom Vertretungsverbot in § 181 BGB lässt sich das so gewonnene Ergebnis der Rechtsprechung auch auf §§ 1795 II, 181 BGB übertragen.²⁷ Im Ergebnis können die Eltern die nachteilige Erfüllung des vorteiligen Grundgeschäfts mit dem Minderjährigen heute nicht ohne Bestellung eines Ergänzungspflegers vornehmen.

V. Künftige Neuinterpretation des § 181 BGB?

Angesichts dieser Entwicklungen hat *Krüger*²⁸ vorgeschlagen, dieses allgemein für richtig erachtete Ergebnis, d.h. die Unwirksamkeit der Auflassung, auf einem anderen Wege herbeiführen: Demnach sei – entgegen bisheriger

Interpretation²⁹ – § 181 a.E. BGB auf die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten beschränkt, die den Vertretenen gegenüber dem Vertreter treffen. Bei der Erfüllung eines (wirksamen) Schenkungsvertrages stünde eine solche aber nicht in Rede, sodass der Ausnahmetatbestand vom Verbot des Selbstkontrahierens bereits von vorneherein nicht einschlägig sei. Folglich sperrt § 181 BGB die wirksame Vornahme der Auflassung. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese mit beachtlichen historischen Erwägungen versehene Auffassung in der Rechtsprechung durchzusetzen vermag.

C. Fazit

Im Eltern-Kind-Verhältnis können rechtlich nachteilige Verfügungsgeschäfte zur Erfüllung lukrativer Grundgeschäfte ohne Bestellung eines Ergänzungspflegers derzeit nicht wirksam vorgenommen werden. Der nunmehr vom *Bundesgerichtshof* eingeschlagene Weg der teleologischen Reduktion des Merkmals »Erfüllung einer Verbindlichkeit« (§ 181 BGB) bietet den Vorzug, das Abstraktionsprinzip zu wahren und die Bestimmung des rechtlichen Vorteils unabhängig von dem zugrundeliegenden Grundgeschäft zu machen.

Durch die aufgezeigte Behandlung der angesprochenen Fälle dürfte aber auch noch ein Weiteres deutlich geworden sein, dass nämlich die stellvertretungsrechtliche Norm des § 181 BGB – wie es der unumstrittenen Lehre entspricht³⁰ – stets zur Anwendung gelangt, gleich ob die rechtliche Bindung des Minderjährigen im Wege des § 164 oder § 107 BGB herbeigeführt wird. Alleine dieser Schritt wäre begründungsbedürftig, steht doch eine Stellvertretungshandlung i.S.d. § 164 ff. BGB mit Erteilung der Zustimmungserklärung nach § 107 BGB überhaupt nicht in Rede.³¹ – Nähme man die Zustimmungserklärung hingegen als das was sie ist, nämlich ein Eigengeschäft der Eltern in Ausübung ihrer elterlichen Sorge, so verböte sich *prima facie* die Anwendung des § 181 BGB auf die nach § 107 BGB herbeigeführten Geschäfte. In der Folge müsste – so die hier geäußerte Vermutung – eine nach § 107 BGB vorgenommene Auflassung in den hier besprochenen Fällen ohne die Mitwirkung des Ergänzungspflegers als wirksam anzuerkennen sein.³² Als praktische Konsequenz könnte der diffizilen Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Vorteilhaftigkeit eines Geschäfts dann mit Zustimmung der Eltern nach § 107 BGB ausgewichen werden.

²⁴ In der Folge auch nicht der Vater, *BGH*, NJW 1972, 1708.

²⁵ *BGHZ* 15, 168 ff.

²⁶ Kritisch etwa *Führ/Menzel*, JR 2005, 418 f. oder auch *Reiß*, RNotZ 2005, 224 ff.; in einem kürzlich entschiedenen Fall, in dem es erneut um den Erwerb von Wohnungseigentum ging, datierte der *BGH* – wie vorher schon *Krüger*, ZNotP 2006, 202 (203 Fußn. 5) – die Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre bereits auf *BGHZ* 161, 170 ff. zurück, siehe *BGHZ* 187, 119 (121); zu dieser zuletzt genannten Entscheidung *Kölmel*, FamRZ 2011, 206 f.; *Stadler*, JA 2011, 466 ff.; *Medicus*, JZ 2011, 159 f.; *Stephan Lorenz*, LMK 2010, 311636; *Rupp*, notar 2011, 300 ff.; *Schaub*, ZEV 2011, 42 ff.; *Elzer*, ZfIR 2011, 28 f.

²⁷ *Benecke*, ZJS 2008, 217 (218 m.w.Nachw.), die zu Recht eine gewisse Verschleierung dieser Rechtsprechungsänderung in den lediglich zwei Monaten auseinander liegenden Beschlüssen des *BGH* moniert, die bis heute teilweise noch nicht Eingang in die Kommentarliteratur gefunden hat; ähnlich kritisch erstaunt sich *Feller*, MittBayNot 2005, 415 (416) »auf Welch' leisen Sohlen es dem *BGH* nunmehr gelingt, sich aus dem von ihm errichteten, als hinfällig erkannten Gedankengebäude fort zu stehlen«.

²⁸ *Krüger*, ZNotP 2006, 202 (203).

²⁹ Zurückgehend auf *RG*, SeuffA 77 Nr. 62.

³⁰ Siehe bereits o. Fußn. 4.

³¹ Während sich die §§ 164, 181 BGB im Titel 5. über »Vertretung und Vollmacht« finden, steht § 107 BGB im Titel 1. »Geschäftsfähigkeit«; zutreffend daher *RGZ* 116, 134 (138 f.); überdies dürfte die oben (B. II. letzter Absatz) aufgeworfene Frage nach dem vermeintlich *formalen* Element im Schutzzweck des § 107 BGB hiermit ebenso unmittelbar zusammenhängen wie die Frage, inwieweit der immer wieder vorgebrachte »effektive Minderjährigenschutz« als Argument taugt.

³² Zu dieser Frage und zur damit zusammenhängenden Problematik, ob der Gleichlauf von §§ 107 ff. und §§ 164 ff. BGB rechtsdogmatisch sowie sachlich gerechtfertigt ist, JR 2013, 125 ff.