



### **„...von Spielschulden, Schwarzfahrten und einem belasteten Grundstück“**

Der G ist einziger Geschäftsführer der „Haus und Garten“ GmbH (H.u.G.), deren Anteile jeweils hälftig von X und Y gehalten werden. Da sich aufgrund der Spielleidenschaft des G dessen wirtschaftliche Lage kontinuierlich verschlechterte, nahm er bei der B-Bank AG (B-AG) ein Darlehen auf. Da die Bank eine Sicherheit verlangte, bürgte der G schriftlich i.H.v. 50.000,00 € im Namen der H.u.G., ohne die Gesellschafter X und Y hierüber zu informieren. G wusste, dass X und Y einem solchen Geschäft nicht zustimmen würden. Da G die Darlehenssumme nicht zurückzahlte, wandte sich die Bank an die „H.u.G.“ und verlangte die Zahlung der Bürgschaftssumme. Als X und Y von den Vorgängen erfahren, sind sie geradezu schockiert. Sie erklären, dass sie einen derartigen Darlehensvertrag nicht genehmigt hätten und auch nicht Willens seien, dies nunmehr zu tun.

Die finanzielle Lage des G verschlechterte sich weiter, weil er sich nun voll und ganz seiner Spielleidenschaft hingab. Er möchte aber zumindest seinen 15-jährigen Sohn T absichern. Er beschloss dem T sein mit einer Grundschuld belastetes Hausgrundstück zu schenken. Bei Bestellung der Grundschuld hatte G sich bereits der sofortigen Zwangsvollstreckung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks unterworfen. G ging alleine zum Notar und unterzeichnete im eigenen und im Namen des T einen notariell beurkundeten unentgeltlichen Überlassungsvertrag. Dabei behielt er sich aber das Recht vor von dem schuldrechtlichen Vertrag zurückzutreten, wenn der T vor dem Ableben des G das Grundstück ohne seine Zustimmung veräußern sollte oder versterben sollte. In der notariellen Urkunde wurde zudem die Auflassung erklärt. Die Mutter M des T, die den G zwei Jahre nach Geburt des T heiratete, war bereits vor einigen Jahren bei einem Autounfall gestorben.

Als der G einem Freund, der einige Semester Jura studiert hat, von der Beurkundung des Vertrages erzählt, äußert dieser Bedenken. Nach seiner Auffassung sei die Auflassung nicht wirksam. Es sei die Bestellung eines Ergänzungspflegers oder eine gerichtliche Genehmigung erforderlich gewesen, da der G den T nicht hätte vertreten dürfen und die Auflassung für T nicht lediglich rechtlich vorteilhaft gewesen sei. G ist nun selber unsicher, ob die Auflassung wirksam ist.

Als die Oma O des T von der prekären finanziellen Situation des G erfährt, möchte sie ihrem Enkel einen kleinen finanziellen Gefallen tun und drückt dem T mit Zustimmung des G 300,00 € in die Hand. Das Geld soll dem T zur freien Verfügung stehen. Sofort möchte sich T seinen großen Wunsch, den Kauf eines Mofas, erfüllen, obwohl der G geäußert hat, dass er nicht wolle, dass der T Mofa fahre. T erwirbt beim Motorradhändler M trotzdem ein gebrauchtes Mofa für 250,00 €. Er zahlt 200,00 € an und vereinbart mit M den Restbetrag in einem Monat zu zahlen und das Mofa dann abzuholen. Die 200,00 € legt der M zu seinen Tageseinnahmen, die sich bereits auf ca. 2.000,00 € belaufen, in seine Kasse. Als G hiervon erfährt, ist er der Ansicht, dass T von M den bereits gezahlten Kaufpreis zurückverlangen kann.



Da T noch nicht motorisiert ist, beschließt er mit der Tram einen Freund zu besuchen, wie er es sonst regelmäßig tut. Da er hierfür nicht unnötig Geld ausgeben möchte, kauft er sich keinen Fahrschein, obwohl er den Hinweis an der Haltestelle, dass eine Beförderung nur mit gültigem Fahrausweis erfolgt, kennt. Beim Betreten der Tram verkündet er darüber hinaus lautstark, dass er ganz bewusst kein Entgelt entrichten werde. Diesen Tipp hatte er von einem Schulkollegen erhalten, der einmal Jura studieren möchte. Wie das Schicksal es will, befinden sich Fahrscheinkontrolleure der BVG in der Tram. Die Kontrolleure halten die Personalien des T fest und zwei Wochen später erreicht ihn eine Aufforderung der BVG zur Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgeltes i.H.v. 60,00 € gem. § 9 Abs. 2 der AGB der BVG.

Da G mit der ganzen Situation überfordert ist, sucht er Rechtsanwalt R auf und möchte wissen, ob

1. **die H.u.G. von B in Anspruch genommen werden kann?**
2. **die Auflassung wirksam ist?**
3. **der T von M die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann?**
4. **welche Ansprüche die BVG gegen T hat?**

Bearbeitervermerk für die gesamte Klausur:

Beurteilungsgrundlage ist die jeweilige aktuelle Gesetzeslage. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen. Es ist zu allen im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – notfalls hilfsgutachterlich – Stellung zu nehmen. Sofern keine entgegenstehenden Anhaltspunkte im Sachverhalt zu finden sind, ist davon auszugehen, dass alle Formvorschriften eingehalten und alle handelnden Personen ordnungsgemäß bevollmächtigt wurden.

Die Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 Berliner Betriebe-Gesetz eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts.



## **Musterlösung: „...von Spielschulden, Schwarzfahren und einem belasteten Grundstück“**

**Frage 1** Ansprüche Bank AG gegen H.u.G.

### **A Anspruch der Bank AG gegen die H.u.G auf Zahlung von 50.000 € aus §§ 765 BGB**

Die B-AG könnte gegen die H.u.G. einen Anspruch auf Zahlung der 50.000,00 € aus einer Bürgschaftsvereinbarung, § 765 BGB, haben.

#### **I. Anspruch entstanden**

Für einen entstandenen Anspruch müssten sich rechtsfähige Parteien, die wirksam vertreten wurden, formwirksam über die Bestellung einer Bürgschaft geeinigt haben. Für eine Bürgschaftsbestellung ist in diesem Rahmen auch eine akzessorische zu sichernde Forderung erforderlich.

**Hinweis:** Der Bürgschaftsvertrag ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, durch den sich der Bürger gegenüber dem Gläubiger (z.B. einem Kreditinstitut) verpflichtet für die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Hauptschuldners (z.B. Kreditnehmer) einzustehen (**§ 765 ff. BGB**). Eine Bürgschaft kann auch für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit übernommen werden. Bei der Bürgschaft handelt es sich um eine Personalsicherheit (anders: Sachsicherheit), mit der ein Begünstigter einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Bürgen erhält. Insbesondere ist die Formvorschrift des § 766 BGB zu beachten, wonach die Bürgschaftserklärung der Schriftform bedarf. Wichtig ist hier ein Bezug zum Handelsrecht. Ist die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft gemäß § 343 HGB, bedarf sie gemäß § 350 HGB keiner besonderen Form.

#### **1. Zu sichernde Hauptforderung, § 488 BGB**

Es müsste eine zu sichernde Hauptforderung vorliegen, die durch die streng akzessorische Bürgschaft gesichert werden kann. Hier soll mit der Bürgschaft der Anspruch aus dem zwischen G und der Bank AG geschlossenen Darlehensvertrag, § 488 BGB, gesichert werden. Die Bank AG ist als Aktiengesellschaft gemäß § 1 AktG eine juristische Person des Privatrechts und damit Trägerin von Rechten und Pflichten. Die Bank AG wird gemäß § 78 Abs. 1 AktG durch den Vorstand vertreten. Der Vorstand kann seinerseits gemäß § 78 Abs. 4 AktG für bestimmte Geschäfte Mitarbeiter der Aktiengesellschaft zur Vertretung ermächtigen. Laut Bearbeitervermerk ist von einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung auszugehen, sodass der Vorstand der Bank AG nach § 78 Abs. 4 AktG einen Mitarbeiter für den Abschluss des Darlehensvertrages mit G ermächtigt hat. Dieser fungierte im Rahmen des § 164 Abs. 3 BGB dann auch als Empfangsvertreter für den Zugang von Willenserklärungen. Daher sind keine Wirksamkeitshindernisse bezüglich der zu sichernden Hauptforderung erkennbar.



## 2. Einigung

Eine Einigung über die Begründung einer Bürgschaft folgt den Regeln der §§ 145 ff. BGB. Gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG ist die H.u.G. und nach § 1 Abs. 1 S. 1 AktG ist die Bank AG rechtsfähig. Damit können beide Parteien Vertragspartner sein. Hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Vertretung der Bank AG bei Vertragsschluss bestehen aufgrund des Bearbeitervermerks keine Zweifel. Allerdings wirkt die Einigung nur für und gegen die H.u.G., wenn dieser die Willenserklärung des G zugerechnet werden muss. Dies wäre der Fall, wenn die H.u.G. vom G wirksam gem. §§ 164 ff. BGB vertreten worden wäre.

Voraussetzung ist, dass der G eine eigene Willenserklärung im Namen der H.u.G mit Vertretungsmacht abgegeben hat.

### a) Eigene Willenserklärung

Eine eigene Willenserklärung liegt unzweifelhaft vor.

### b) In fremdem Namen

Diese gab der G auch im Namen der H.u.G ab.

### c) Mit Vertretungsmacht

Grundsätzlich ist der G gem. §§ 35, 37 Abs. 2 GmbHG als Geschäftsführer einer GmbH unbeschränkt organschaftlich vertretungsberechtigt. Hier könnte jedoch eine Einschränkung der Vertretungsmacht vorliegen.

#### 1) Einschränkung gem. § 181 BGB

Gem. § 181 BGB ist die Vertretungsmacht bei sog. Inschlaggeschäften eingeschränkt.

**Hinweis:** Ein verbotenes Inschlaggeschäft i.S.d. § 181 BGB liegt vor, wenn der Handelnde auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäftes auftritt. Dies kann in der Form des Selbstkontrahierens geschehen, § 181 Alt. 1 BGB. Der Handelnde tritt auf der einen Seite selbst, auf der anderen Seite als Vertreter auf. Der § 181 Alt. 2 BGB erfasst den Fall der Mehrfachvertretung, d.h. der Handelnde tritt auf beiden Seiten als Vertreter auf.

Vorliegend tritt der G allein als Vertreter der H.u.G. auf und nicht auf der Seite der Bank AG. Formal betrachtet liegt demnach kein Inschlaggeschäft vor. Eine direkte Anwendung des § 181 BGB scheidet somit aus.

#### 2) Einschränkung analog § 181 BGB

Eine Einschränkung analog § 181 BGB ist in Betracht zu ziehen, wenn eine an sich bestehende Personenidentität künstlich zwecks Umgehung des § 181 BGB aufgehoben wird. Dies ist jedenfalls in zwei Fällen anerkannt.



### aa) Untervertretung

Bestellt der Vertreter einen Untervertreter und nimmt das Rechtsgeschäft gegenüber dem Untervertreter vor, so ist § 181 BGB nach seinem Normzweck analog anwendbar.

### ab) Amtsempfangsbedürftige Erklärungen

Anwendbar ist § 181 BGB darüber hinaus, wenn der Vertreter eine Erklärung gegenüber einem Amt oder Gericht vornimmt, diese aber, wie beispielsweise in den §§ 875 Abs. 1 S. 2, 876, 1168 Abs. 2, 1183 BGB, auch gegenüber sich selbst hätte abgeben können, da er der Sache nach Erklärungsempfänger ist. In diesen Fällen ist ein Gericht oder Amt nur formell Erklärungsempfänger und § 181 BGB dem Grunde nach anwendbar.

**Hinweis:** Unanwendbar ist § 181 BGB jedoch, wenn das Amt nicht nur formell, sondern auch materiell Erklärungsempfänger ist wie bei der Ausschlagung der Erbschaft durch den gesetzlichen Vertreter, wenn dieser hierdurch Erbe wird.

### ac) Analoge Anwendung auf weitere Interessenkonflikte

Fraglich ist, ob § 181 BGB auch dann analog anzuwenden ist, wenn der Gläubiger des Vertreters der Vertragspartner des Vertretenen wird (sog. Interzessionsgeschäften). Für eine solche Analogie könnte die vergleichbare Interessenlage sprechen, denn auch in dieser Konstellation besteht die Gefahr, dass der Vertreter eher seine eigenen Interessen wahrnimmt, als die des Vertretenen. Nach heute h.M. handelt es sich bei § 181 BGB jedoch um eine formelle Ordnungsvorschrift. Deshalb ist über eine Interessenkollision als solche hinaus erforderlich, dass diese gerade darauf beruht, dass der Vertreter mittelbar auf der Seite des Geschäftspartners steht. Dies überzeugt, da die Schutzbedürftigkeit des Geschäftspartners nicht außer Acht gelassen werden darf und der Vertretene grundsätzlich das Risiko trägt, dass sein Vertreter nicht in seinem Interesse handelt. Demnach scheidet eine analoge Anwendung des § 181 BGB aus.

### d) Zwischenergebnis

Somit hat der G die H.u.G. grundsätzlich bei der Einigung zwischen der B-Bank und der H.u.G.-GmbH vertreten.

## 3. Wirksamkeit der Einigung

Fraglich ist, ob die Einigung wirksam ist.

### a) Form, § 766 BGB

Die Einigung könnte aufgrund eines Formverstößes nach §§ 766, 125 BGB nichtig sein. Nach dieser Vorschrift ist für Bürgschaftserklärung (!) grundsätzlich die Schriftform erforderlich. Eine Ausnahme gilt jedoch nach § 350 HGB sofern die Bürgschaft auf Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 Abs. 1 HGB ist, wobei bei Geschäften eines Kaufmanns nach § 344 Abs. 1 HGB vermutet wird, dass es sich um solche Handelsgeschäfte handelt. Die vorliegend bürgende H.u.G. GmbH ist kraft Rechtsform Kaufmann, § 6 Abs. 1 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG. Ihre Bürgschaftserklärung konnte folglich formfrei erteilt werden.



## **b) Missbrauch der Vertretungsmacht – Kollusion**

Die Vertretungsmacht könnte hier unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs eingeschränkt sein. Ausgangspunkt der Überlegung ist die Differenzierung zwischen dem „rechtlichen Dürfen“ im Innen- und dem „rechtlichen Können“ im Außenverhältnis. „Rechtliches Dürfen“ und „Rechtliches Können“ müssen sich dabei nicht unbedingt decken. Im Falle von Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vertreters im Innenverhältnis bleibt das Außenverhältnis grundsätzlich unberührt, wenn der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt. Grundsätzlich trägt der Vertretene daher das Risiko des Missbrauchs. Anerkannt sind zwei Fallgruppen, bei denen der Vertretene das Missbrauchsrisiko nicht trägt, die Kollusion und die Evidenz. Für die Annahme des Missbrauchs der Vertretungsmacht in der Fallgruppe der Kollusion müssten ein objektiver und subjektiver Tatbestand erfüllt sein.

*Die Kollusion als Fallgruppe der Sittenwidrigkeit ist auf der Ebene Anspruch entstanden – „Wirksamkeit der Einigung“ zu prüfen.*

### **1) Objektiver Tatbestand**

Der Vertreter muss objektiv unrechtmäßig handeln, also die Grenzen seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis überschreiten, egal ob sein Verhalten zweckwidrig, treuwidrig oder pflichtwidrig ist. Im vorliegenden Fall ist die Bestellung einer Bürgschaft zur Sicherung eines privaten Darlehensvertrages zulasten der GmbH, deren Geschäftsführer der G ist, als pflichtwidrig einzustufen. Somit wäre der objektive Tatbestand erfüllt.

### **2) Subjektiver Tatbestand**

Auf subjektiver Ebene ist erforderlich, dass Vertreter und Geschäftspartner bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken. G und die Bank AG müssten den Bürgschaftsvertrag also im Einverständnis „hinter dem Rücken“ der H.u.G. und zu deren Lasten geschlossen haben. G wie auch die Bank AG müssten mithin positive Kenntnis des pflichtwidrigen Verhaltens des G sowie zumindest bedingten Schädigungsvorsatz hinsichtlich der H.u.G. gehabt haben.

G hat die Grenzen seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis überschritten. Der Geschäftsführer ist zur Vornahme aller Handlungen berechtigt, die dem gewöhnlichen Geschäftsablauf zuzuordnen sind. Der Abschluss von Bürgschaftsverträgen im Namen der Gesellschaft für private Verbindlichkeiten des Geschäftsführers gehört nicht zum gewöhnlichen Geschäftsablauf. Dem G war auch bekannt, dass die Gesellschafter einem solchen Geschäft nicht zustimmen würden. In Ermangelung entsprechender Sachverhaltsangaben, kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die Bank AG positive Kenntnis der Pflichtverletzung hatte. Mithin liegen die Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands der Kollusion nicht vor.

### **3) Zwischenergebnis**

Somit liegt kein Missbrauch der Vertretungsmacht in Form der Kollusion vor.

## **c) Missbrauch der Vertretungsmacht, Evidenz**

Der Wirksamkeit der Einigung für und gegen die H.u.G. könnte jedoch ein evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht entgegenstehen. Dafür müssten deren Voraussetzungen auf Vertreter- und Geschäftspartnerseite erfüllt sein.



## 1) Voraussetzungen auf Vertreterseite

Der Vertreter muss objektiv unrechtmäßig handeln, also die Grenzen seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis überschreiten, egal ob sein Verhalten zweckwidrig, treuwidrig oder pflichtwidrig ist. Dabei ist es nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung nicht erforderlich, dass der Vertreter positive Kenntnis der Pflichtwidrigkeit hatte. Wie bereits oben festgestellt liegt ein objektiv pflichtwidriges Handeln des G vor.

## 2) Voraussetzungen auf Seiten des Geschäftspartners

Umstritten sind die Anforderungen auf Seiten des Geschäftspartners. In der Rechtsprechung wird eine zweistufige Prüfung favorisiert. Zunächst muss der Vertreter verdächtig handeln und so ernstliche Zweifel hervorrufen. Danach muss sich ein Missbrauch dem Geschäftspartner geradezu aufdrängen (objektiv evident werden) und er muss grob fahrlässig Nachforschungen unterlassen.

Die Literatur stellt allein darauf ab, ob der Missbrauch objektiv evident ist, er sich dem Geschäftsgegner also aufdrängt.

Die Sicherung einer eigenen Kreditschuld durch die Bürgschaft einer GmbH, für die er selber als Geschäftsführer auftritt, ist ein verdächtiger Tatbestand, der sich der Bank hätte aufdrängen müssen, wobei sie es grob fahrlässig unterließ Nachfragen an die GmbH-Gesellschafter zu stellen. Daneben drängt sich ein Missbrauch objektiv aus der geschilderten Situation heraus auf. Mithin kann ein Streitentscheid dahinstehen und ein Missbrauch liegt vor.

## d) Rechtsfolge

Welche Rechtsfolgen sich aus der Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs ergeben, ist umstritten.

### 1) Meinung 1: Anwendung § 242 BGB

Nach der Rechtsprechung steht dem Geschäftsherrn der Einwand unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB mit der Folge zu, dass die von seinem Vertreter abgegebene Willenserklärung für ihn unverbindlich ist. Dabei seien in Anwendung des Rechtsgedankens des § 254 BGB die nachteiligen Folgen des Vertretergeschäfts nach dem auf beiden Seiten vorliegenden Verschulden zwischen Vertretenem und Geschäftspartner verteilen.

Vorliegend hat die GmbH die Einrede aus § 242 nicht erhoben, sodass der Anspruch folglich durchsetzbar wäre.

### 2) Meinung 2: Anwendung der §§ 177 ff. BGB

Die weit überwiegende Literatur, der sich einzelne Gerichte anschließen, geht hingegen davon aus, dass die §§ 177 ff. BGB analog anzuwenden seien, da die Situation mit der des Vertreters ohne Vertretungsmacht vergleichbar sei. Entsprechend könne der Vertretene das Rechtsgeschäft nach § 177 Abs. 1 durch Genehmigung an sich ziehen und der Geschäftspartner könne die Schwebezeit durch Aufforderung zur Genehmigung nach § 177 Abs. 2 beenden. Bis zu einer Erklärung des Vertretenen ist der Vertrag schwebend unwirksam.

Es ist nicht ersichtlich, dass die H.u.G. das Rechtsgeschäft von sich aus genehmigt oder die Bank AG sie zu einer entsprechenden Erklärung aufgefordert hätte. Der Bürgschaftsvertrag ist demnach weiterhin (schwebend) unwirksam.



### 3) Stellungnahme

Für die letztgenannte Auffassung spricht zum einen, dass eine Anwendung des § 242 BGB dazu führt, dass die Pflichtverletzung des Vertreters im Innenverhältnis unmittelbare Wirkung im Außenverhältnis erlangt, was der Systematik von Abstraktion zwischen Innen- und Außenverhältnis zuwiderläuft. Insofern erscheint es stellvertretungsrechtlich konsequent, den Geschäftsgegner wie bei einem Rechtsgeschäft mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht zu behandeln.

#### e) Zwischenergebnis

Der Bürgschaftsvertrag zwischen der H.u.G. und der Bank AG ist folglich schwebend unwirksam.

#### f) Genehmigung durch H.u.G.

Der Bürgschaftsvertrag könnte durch eine Genehmigung durch X und Y rückwirkend vollwirksam geworden sein, §§ 177 Abs.1, 184 BGB. Trotz des Umstandes, dass die GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten wird, ist für die Erteilung einer solchen Genehmigung grundsätzlich die Gesellschafterversammlung zuständig. Vorliegend haben die Gesellschafter eine solche Genehmigung verweigert.

Der Bürgschaftsvertrag ist mithin endgültig unwirksam.

### 4. Zwischenergebnis

In Ermangelung eines gültigen Bürgschaftsvertrags, ist der Anspruch auf Rückzahlung der Valuta nicht entstanden.

## II. Ergebnis

Die B-AG hat keinen Anspruch gegen die H.u.G. auf Zahlung der 50.000 € aus einer Bürgschaftsvereinbarung, § 765 BGB.





## Frage 2

### A Wirksamkeit der Auflassung

**Hinweis:** Im vorliegenden Fall soll nur die Einigung der Parteien nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB überprüft werden.

Die Eigentumsübertragung an einem Grundstück erfolgt nach §§ 873, 925 Abs. 1 BGB. Hierfür müssen grundsätzlich jedoch weitere Voraussetzungen geprüft werden.

- I. Auflassung, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB
- II. Eintragung im Grundbuch
- III. Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung (beachte § 873 Abs. 2 BGB)
- IV. Berechtigung

#### I. Voraussetzungen der dinglichen Einigung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB

Es müsste eine wirksame dingliche Einigung (Auflassung) nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB erfolgt sein. Die Auflassung als dinglicher Vertrag kommt nach den Regeln des Allgemeinen Teils des BGB zustande. Die §§ 145 ff. BGB sind auf sie anwendbar.

**Hinweis:** Bearbeiter neigen dazu an dieser Stelle die Geschäftsfähigkeit des T (15-jähriger Sohn) zu thematisieren. Dies ist aber nicht richtig. Der Sachverhalt enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der T hier selbst tätig geworden ist und Willenserklärungen abgegeben hat. Der Vater G hat jegliche Handlungen vorgenommen, so dass hier die wirksame Stellvertretung zu diskutieren ist.

#### 1. Willenserklärung des G

Es ist davon auszugehen, dass G eine Willenserklärung gerichtet auf die Auflassung abgab.

#### 2. Willenserklärung des T

T müsste ebenfalls eine Willenserklärung gerichtet auf die Begründung einer Auflassung abgegeben haben. Er selber war nicht vor dem Notar anwesend und könnte wirksam von seinem Vater vertreten worden sein. Nach § 164 Abs. 1 BGB müsste G eine eigene Willenserklärung im fremden Namen im Rahmen einer ihm zustehenden Vertretungsmacht abgegeben haben. Eine eigene Willenserklärung gab G im Namen seines Sohnes ab. Problematisch erscheint, ob er im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelte. Zunächst ist eine Vertretungsmacht herzuleiten und dann sind Gründe für eine Beschränkung zu prüfen.

#### a) Gesetzliche Vertretungsmacht

G könnte gem. §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB gesetzlicher Vertreter des T sein und daher mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Grundsätzlich vertreten Eltern ihre Kinder nach § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB gemeinsam. Sofern Eltern nicht miteinander verheiratet sind, steht die elterliche Sorge, die nach § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Vertretung des Kindes umfasst, auf



Antrag beiden Eltern zu, § 1626a Abs. 2 BGB. Sollte ein solcher Antrag nicht gestellt werden ist auf § 1626a Abs. 3 BGB abzustellen, der das Sorgerecht der Mutter zuweist. Bei der Geburt des T waren G und M nicht miteinander verheiratet. Es gibt jedoch keinen Hinweis im Sachverhalt, dass die elterliche Sorge zunächst der M allein zustand. Zudem greift § 1626a Abs. 1 BGB. M und G heirateten zwei Jahre nach der Geburt des T, sodass fortan die elterliche Sorge auf jeden Fall beiden gemeinsam zustand. Nach dem Tod der M stand die elterliche Sorge gemäß § 1680 Abs. 1 BGB dem G allein zu.

**b) Einschränkung der Vertretungsmacht des Ggem. §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB**

G könnte der Genehmigung des Familiengerichts bedürfen nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Erfasste Rechtsgeschäfte sind die Verfügungen über ein Grundstück. Ganz herrschend ist dabei das Verständnis, dass der Erwerb von Grundstücken und Grundstücksrechten nicht zu den Verfügungen im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zählt. Dass das Grundstück bereits mit einer Grundschuld belastet ist, ändert an der Genehmigungsfreiheit des Hinzuerwerbes nichts.

**Vertiefung - Familienrecht**

Das Recht der Minderjährigen steht oftmals im Bezug zum Familienrecht. Für das Examen müssen die §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB und der §§ 1643 Abs. 1, 1821, 1822 BGB bekannt sein. Die Genehmigung durch das Familiengericht kann vor Abschluss des Geschäfts vorliegen, sodass das Geschäft von Anfang an wirksam ist. Ansonsten sind Verträge schwebend unwirksam.

Über § 1643 Abs. 3 BGB finden u.a. die Regelungen der §§ 1828 – 1831 BGB Anwendung. Nach § 1828 BGB kann die nachträgliche Genehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrages nur gegenüber dem Vormund (§ 1643 Abs. 1 BGB - Eltern) erfolgen. § 1829 BGB regelt die nachträgliche Genehmigung an sich. Diese Regelung folgt der gleichen Struktur wie § 108 BGB. § 1830 BGB regelt ein Widerrufsrecht des anderen Teils parallel zum § 109 BGB.

Einseitige Rechtsgeschäfte sind nach § 1831 BGB unwirksam und nicht nachträglich genehmigungsfähig.

**c) Einschränkung der Vertretungsmacht des G gem. §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB**

Die Vertretungsmacht des G könnte gem. §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingeschränkt sein. Findet ein Geschäft zwischen dem Vertretenen und dem Ehegatten des Vertreters oder einer anderen in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB genannten Personen statt, darf der Vertreter nicht handeln. Diese Erwägung gründet darauf, dass der Vertreter bei einem solchen Geschäft, das unter Umständen seinen Ehepartner begünstigen wird, die Interessen des Vertretenen nicht objektiv abwägen kann. Im vorliegenden Fall vertritt G jedoch seinen Sohn nicht bei einem Geschäft mit einer der genannten Personen, sondern bei einem Geschäft mit sich selbst. Mithin ist der Anwendungsbereich des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht eröffnet.

**EXKURS:**

Unterschied zwischen §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB und 181 BGB:



Der § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfasst den Fall, dass ein Elternteil das Kind bei einem Rechtsgeschäft mit dem anderen Elternteil oder den übrigen dort genannten Personen vertritt. Bezogen auf unseren Sachverhalt würde § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB es also untersagen, dass G den T im Rahmen eines Rechtsgeschäfts mit beispielsweise dessen Mutter vertritt (sofern diese noch leben würde).

§ 181 BGB erfasst hingegen den Fall, in dem ein Elternteil auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht.

#### **d) Einschränkung der Vertretungsmacht des G gem. §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 2 i.V.m. 181 Alt. 1 BGB**

Die Vertretungsmacht des G könnte jedoch gem. §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 2 i.V.m. 181 Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dies ergibt daraus, dass G bei der Auflassung sowohl selbst, als auch als Vertreter des T auftritt. Demnach liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens vor, § 181 Alt. 1 BGB.

Es gibt allerdings zwei Ausnahmen von der Einschränkung des § 181 BGB. Der Ausschluss des § 181 BGB greift nicht, wenn das Insichgeschäft allein in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, vgl. § 181 a.E. BGB. Darüber hinaus wird von der Rechtsprechung angenommen, dass § 181 BGB nach seinem Normzweck nicht anzuwenden ist, wenn das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. In diesem Fall muss der Vertretene nicht geschützt werden und der Vertreter gerät in keinen Interessenkonflikt.

#### **1) Überwindung des § 181 BGB - In Erfüllung einer Verbindlichkeit**

Die Auflassung könnte in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt sein. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen G und T zunächst eine Verbindlichkeit begründet wurde, zu deren Erfüllung sodann verfügt wurde. Erforderlich wären zwei aufeinander gerichtete Willenserklärungen.

##### **aa) Willenserklärung des G**

G hat eine Willenserklärung gerichtet auf den Abschluss eines Schenkungsvertrages abgegeben. Als Schenkungsversprecher unterlag seine Willenserklärung der Form des § 518 BGB. Diese wurde jedoch durch den notariell beurkundeten Vertrag insgesamt eingehalten.

**Hinweis:** Beachten Sie, dass § 518 Abs. 1 BGB nur die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens fordert, nicht jedoch der Annahmeerklärung des Beschenkten. Vorliegend war jedoch nach § 311 b Abs. 1 BGB der gesamte Vertrag beurkundungspflichtig. § 311 b Abs. 1 BGB gilt nicht nur bei Grundstückskaufverträgen, sondern konstituiert für jeden Vertrag, etwa auch einen etwaigen Schenkungsvertrag gemäß § 516 BGB, die notarielle Beurkundung, sofern der Vertrag die schuldrechtliche Verpflichtung zur Veräußerung bzw. zum Erwerb eines Grundstücks zum Gegenstand hat.

##### **ab) Willenserklärung des T**

T selbst hat keine Willenserklärung abgegeben. Ihm könnte jedoch eine Willenserklärung des G nach § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet werden. Voraussetzung dafür ist, dass der G den T wirksam vertreten hat. Problematisch erscheint hier wiederum die Vertretungsmacht des G. Seine ihm



grundsätzlich zustehende gesetzliche Vertretungsmacht könnte durch §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 BGB beschränkt sein.

### **(1) Einschränkung über §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4, 5 BGB**

§ 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB ordnet an, dass ein Verpflichtungsgeschäft, das später nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB vollzogen wird, auch genehmigungsbedürftig ist. Die oben bereits vorgestellte Wertung, dass zugunsten des T ein Vermögenszuwachs eintritt, trifft hier auch zu. § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB scheidet ebenfalls aus, da die Schenkung ein unentgeltlicher Vertrag ist. Mithin steht der Vertrag nicht unter einem Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichts.

### **(2) Einschränkung über §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 1 BGB**

Wie oben bereits festgestellt, ist der Anwendungsbereich nicht eröffnet, da G nur als Vertreter seines Sohnes in einem Rechtsgeschäft gegenüber sich selbst auftritt.

### **(3) Einschränkung über §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 2, 181 Alt. 1 BGB**

Zu beachten ist der in §§ 1629 Abs. 2 Alt. 1, 1795 Abs. 2 BGB aufgenommene Verweis auf § 181 BGB. Es liegt auch im Bereich des schuldrechtlichen Schenkungsvertrages die Situation vor, dass G als Vertreter auf der einen Seite ein Geschäft mit sich selber auf der anderen Seite vornimmt, § 181 Alt. 1 BGB. Der Ausschluss des § 181 a. E. BGB, wenn in Erfüllung einer Verbindlichkeit gehandelt wird, greift bei der Begründung eben einer solchen nicht. Eine Überwindung des § 181 Alt. 1 BGB im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts könnte jedoch über die in der Rechtsprechung entwickelte Figur des lediglich rechtlichen Vorteils möglich sein. Ausgangspunkt dieser Figur ist die Überlegung, dass nicht jedes Insichgeschäft von einem Interessenkonflikt geprägt ist, den es zu vermeiden gilt. Rechtsprechung und Schrifttum haben deshalb im Wege der teleologischen Reduktion bestimmte objektiv und abstrakt zu bestimmende Fallgruppen herausgearbeitet, für die das Verbot des Insichgeschäfts nicht gilt. Demnach findet § 181 Alt. 1 BGB keine Anwendung auf Insichgeschäfte, die für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft oder rechtlich neutral sind. Lediglich rechtlich vorteilhaft sind dabei Rechtsgeschäfte, die dem Vertretenen einen rechtlichen Vorteil verschaffen ohne ihn gleichfalls zu beschweren, also seine Rechtsstellung ausschließlich verbessern.

Da der Schenkungsvertrag in der Regel keine Verpflichtungen seitens des Beschenkten begründet, ist er grundsätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft. Vorliegend ist jedoch zu Gunsten des G ein vertragliches Rücktrittsrecht vorgesehen, wenn der T vor dem Ableben des G das Grundstück ohne seine Zustimmung veräußert oder vorversterben sollte. Als Rechtsfolge des Rücktritts wäre der T den Forderungen aus § 346 BGB ausgesetzt. Er müsste nach § 346 Abs. 1 BGB das Grundstück zurückübertragen, was noch nicht sein Vermögen belasten würde. T wäre jedoch auch Nutzungsersatzansprüchen ausgesetzt, sodass die Schenkung als rechtlich nachteilig zu qualifizieren ist.

### **ac) Zwischenergebnis**

Somit ist der Schenkungsvertrag rechtlich nachteilig und selbst schwebend unwirksam. Er stellt somit keine Verbindlichkeit dar, zu deren Erfüllung geleistet werden *könnte*.



## 2) Überwindung des § 181 BGB – lediglich rechtlich vorteilhafte Auflassung

Der § 181 BGB könnte jedoch unangewendet bleiben, wenn die Auflassung selbst rechtlich vorteilhaft für T wäre. Das ist an sich der Fall, da die Auflassung die Rechtsstellung des Minderjährigen grundsätzlich ausschließlich verbessert. Vorliegend könnte sich ein rechtlicher Nachteil jedoch aufgrund folgender Umstände ergeben:

### aa) Rücktrittsvorbehalt aus dem Verpflichtungsgeschäft

Die Auflassung könnte hier nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein, da G sich den Rücktritt vom schuldrechtlichen Schenkungsvertrag vorbehalten hat.

Der Rücktrittsvorbehalt kann dazu führen, dass T zur Rückgewähr, Wert- oder Schadensersatz gem. § 346 BGB verpflichtet wird. Dies betrifft aber allein den schuldrechtlichen Vertrag (Abstraktionsprinzip) und nicht die Auflassung. Diese führt nicht zu einer Haftung des T auf dinglicher Ebene.

### ab) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

Zwar trafe den T mit der Übereignung des Grundstücks eine bereicherungsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe des Eigentums (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), falls der zugrundeliegende, schwebend unwirksame Schenkungsvertrag nicht wirksam werden sollte. Diese Verpflichtung wäre jedoch ihrem Umfang nach auf den noch vorhandenen Wert der rechtsgrundlosen Leistung beschränkt (§ 818 Abs. 3 BGB). Somit findet auch hier keine dingliche Haftung des T statt.

### ac) Unwirksamkeit gem. § 139 BGB

Die Unwirksamkeit der Auflassung könnte sich jedoch aus § 139 BGB ergeben, wenn ein einheitliches Rechtsgeschäft zwischen der Auflassung und dem Schenkungsvertrag vorläge. § 139 BGB erfasst auch die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. Das Grundgeschäft ist hier schwebend unwirksam.

Zwar können Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft durch den Parteiwillen ausnahmsweise zu einer Einheit im Sinne dieser Vorschrift zusammengefasst werden. Eine solche Annahme rechtfertigt sich jedoch im Hinblick auf § 925 Abs. 2 BGB nicht in Bezug auf das Verhältnis zwischen Grundgeschäft und Auflassung, da die Auflassung bedingungsfeindlich ist und den Parteien nicht der Wille einer Gesetzesumgehung unterstellt werden kann.

### ad) Belastung mit Grundschuld

Ein rechtlicher Nachteil könnte in der Belastung des Grundstücks mit einer Grundschuld bestehen.

Eine Grundschuld verpflichtet den Grundstückseigentümer gem. §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Die Haftung des T ist demnach auf das belastete Grundstück beschränkt. Die Grundschuld mindert zwar den im Eigentumserwerb liegenden Vorteil, beseitigt ihn jedoch nicht.

Eine persönliche Zahlungspflicht kann T jedoch treffen, da er die Kosten des zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück erforderlichen Titels tragen muss.

Im vorliegenden Fall hat sich der G bei Bestellung der Grundschuld jedoch schon der sofortigen Zwangsvollstreckung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks gem. §§ 800 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterworfen. Ein Vollstreckungstitel liegt somit schon vor.



Mögliche deliktische Schadensersatzansprüche des Grundschuldgläubigers z.B. gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen Verschlechterung des Grundstücks sind keine Folge des Eigentumserwerbs.

### ae) Öffentlich-rechtliche Lasten

Fraglich ist, ob die öffentlich-rechtlichen Lasten einen rechtlichen Nachteil darstellen.

Die mit jeder Art von Grunderwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten stellt jedenfalls insoweit keinen Rechtsnachteil im Sinne von § 107 BGB dar, als es sich um laufende Aufwendungen, insbesondere die Pflicht zur Entrichtung der Grundsteuer, handelt.

Der Umstand, dass den Minderjährigen infolge eines Rechtsgeschäfts persönliche Leistungspflichten treffen, zwingt nämlich nicht in jedem Fall zu der Annahme, das Rechtsgeschäft bedürfe gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB einer Genehmigung. § 107 BGB bezweckt in erster Linie, den Minderjährigen vor einer Gefährdung seines Vermögens zu schützen. Mit der am Schutzzweck des § 107 BGB orientierten einschränkenden Auslegung ist eine Beeinträchtigung der Rechtsicherheit nicht verbunden, wenn geschlossene, klar abgegrenzte Gruppen von Rechtsnachteilen ausgesondert werden, die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringen. Eine derartige Fallgruppe stellt die Verpflichtung des Minderjährigen dar die laufenden öffentlichen Grundstückslasten zu tragen. Diese sind in ihrem Umfang begrenzt, können in der Regel aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden und führen typischerweise zu keiner Vermögensgefährdung. Ob dies auch für außerordentliche Grundstückslasten gilt, insbesondere die Verpflichtung zur Entrichtung von Erschließungs- oder Anliegerbeiträgen, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass T in Zukunft zu Anliegerbeiträgen oder ähnlichen außerordentlichen Lasten herangezogen werden könnte, stellt als solche keinen Rechtsnachteil dar. (A.A. *vertretbar*)

**Hinweis:** In der Rechtsprechung hat sich eine umfassende Fallkasuistik entwickelt, wann bei Grundstücksgeschäften ein rechtlich nachteiliges Geschäft für den Minderjährigen zu sehen ist.

Rechtlich nachteilig ist etwa der Eintritt in die Pflichten eines Vermieters oder Verpächters und der Eintritt in eine Wohnungseigentümergeinschaft. Ebenfalls rechtlich nachteilig ist der Erwerb eines Grundstücks, das mit einer Reallast belastet ist, da der Erwerber persönlich in Anspruch genommen werden kann, § 1108 BGB.

Kein rechtlicher Nachteil sind Belastungen des Grundstückes mit Hypotheken oder Grundschulden, jedenfalls dann, wenn keine Kosten für die Vollstreckung des Titels zu erwarten sind. Die gewöhnlichen öffentlichen Lasten sind kein Nachteil. Der BGH hat den Erwerb eines Grundstückes, das mit einem Nießbrauch belastet ist, als rechtlich vorteilhaft angesehen. Dies jedenfalls, wenn der Nießbraucher über §§ 1042 S. 1, 1047 BGB die Kosten der außergewöhnlichen Grundstücksbelastungen tragen muss.

## II. Form der Einigung

Nach dem Wortlaut des § 925 BGB müsste die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. Bei dem Notar handelt es sich um eine zuständige Stelle. Für ein gleichzeitiges Anwesendsein müssen nicht beide Personen unmittelbar



erscheinen. Es handelt sich also um kein höchstpersönliches Geschäft. Eine Stellvertretung des G für T, ohne dass dieser anwesend ist, reicht also aus.

### III. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Auflassung für den T demnach lediglich rechtlich vorteilhaft und somit wirksam.

#### **Vertiefung**

Die Klausur dürfte auf den ersten Blick irritieren, da die Gesamtbetrachtungslehre gar nicht verwendet wurde. Dies ergibt sich daraus, dass der schuldrechtliche Schenkungsvertrag selber unwirksam war. Hier bestand gar nicht die Gefahr, dass ein schuldrechtlicher Vertrag über § 181 a. E. BGB vollzogen würde.

Soweit sich eine solche „klassische“ Gesamtbetrachtungssituation in der Klausur darbietet, muss Folgendes beachtet werden:

Nach dem BGH ist bei der Frage, ob bei Überlassung von Grundeigentum der Minderjährige allein einen rechtlichen Vorteil erlangt, eine Gesamtbetrachtung des dinglichen und schuldrechtlichen Vertrages vorzunehmen (BGHZ 78, 28). Dadurch soll verhindert werden, dass bei lukrativem Charakter des Grundgeschäfts, unbeschadet rechtlicher Nachteile, die mit der Übertragung des dinglichen Rechts verbunden sind, der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 181 a. E. BGB befugt ist den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten oder die von dem Minderjährigen selbst erklärte Annahme zu genehmigen. Durch die Einschränkung des § 181 a. E. BGB soll dem Schutzzweck des § 107 BGB Geltung verschafft werden.

Gegen die Lehre der Gesamtbetrachtung wurde von der Literatur eingewandt, dass dies das Trennungsprinzip verletzen würde. Vorgeschlagen wurde eine teleologische Reduktion des § 181 a. E. BGB. Nur wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit vorliegt, die selber rechtlich vorteilhaft wäre, soll § 181 a. E. BGB angewendet werden.

Beide Ansätze, der Rechtsprechung und der Literatur, werden jedoch meist zum selben Ergebnis führen, denn für die Beurteilung, ob eine Benachteiligung vorliegt, werden die selben Parameter herangezogen.



**Frage 3 Ansprüche des T gegen M**

**A Anspruch T gegen M auf Rückzahlung des Kaufpreises (in Form der Herausgabe des Geldes) aus § 985 BGB**

Dieser setzt voraus, dass T Eigentümer und M Besitzer des Geldes ist und kein Recht zum Besitz hat.

**I. Eigentum des T**

**1. Eigentumserwerb von O an T, § 929 S.1 BGB**

**a) Einigung zwischen O und T**

In Ermangelung entgegenstehender Angaben ist davon auszugehen, dass sich O und T hinsichtlich der Eigentumsübertragung der Geldscheine geeinigt haben, §§ 929 S. 1, 145 ff. BGB. Dabei bestehen keine Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit der dinglichen Einigung. Insbesondere der Eigentumserwerb für den Minderjährigen T lediglich rechtlich vorteilhaft und daher auch ohne Genehmigung seiner Eltern wirksam.

**b) Publizitätsakt, Übergabe**

O hat dem T den unmittelbaren Besitz an dem Geld verschafft und behält selbst keinen Restbesitz. Sie hat das Geld mithin übergeben.

**c) Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe**

Es bestehen keine Zweifel daran, dass sich O und T auch zum Zeitpunkt der Übergabe noch über die Verfügung einig waren.

**d) Berechtigung**

Nach § 1006 Abs. 1 BGB wird aufgrund des ursprünglichen Besitzes der O vermutet, dass sie auch Eigentümerin ist. Da keine Verfügungsbeschränkungen ersichtlich sind, hat sie als Berechtigte über das Eigentum an dem Geld verfügt.

**e) Zwischenergebnis**

T hat das Eigentum an dem Geld wirksam von O übertragen bekommen, § 929 S. 1 BGB, sodass er zwischenzeitlich Eigentümer war.

**2. Eigentumsverlust T an M, § 929 S. 1 BGB**

T könnte das Eigentum jedoch an M übertragen und somit verloren haben. Abermals bedarf es hierfür einer Einigung. Diese liegt zwar vor, jedoch könnte sie aufgrund der gem. § 106 BGB beschränkten Geschäftsfähigkeit des T nicht rechtswirksam sein.

**a) Lediglich rechtlicher Vorteil, § 107 BGB**

Die Eigentumsübertragung ist für T nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er durch sie sein Eigentum an dem Geld verlieren würde.





## **b) Einwilligung, §§ 107, 183, 182 Abs. 1 BGB**

Eine Einwilligung, also eine vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters G lag nicht vor. Im Gegenteil - laut Sachverhalt möchte G nicht, dass der T ein Mofa fährt. Eine Einwilligung in eine Verfügung, die mittelbar dazu führt, dass T ein Mofa unterhält, ist hier nicht gegeben.

## **c) Bewirken mit eigenen Mitteln, § 110 BGB**

Fraglich ist, ob die Eigentumsübertragung gemäß § 110 BGB wirksam ist. Die setzt voraus, dass § 110 BGB auf dingliche Geschäfte Anwendung findet und T die vertragliche Leistung mit Mitteln die ihm zur freien Verfügung überlassen wurden, bewirkt hat.

### **1) Anwendbarkeit**

Problematisch ist zunächst, ob § 110 BGB auf dinglicher Ebene überhaupt Anwendung findet. Dagegen spricht, dass § 110 BGB seinem Wortlaut nach eher das schuldrechtliche Geschäft im Blick hat, denn nur aus diesem entstehen Verpflichtungen zur vertragsgemäßen Leistung i.S.d. § 110 BGB. Allerdings würde § 110 BGB leerlaufen, wenn nicht auch das dingliche Geschäft – also das Bewirken der Leistung i.S.d. § 110 BGB – wirksam wäre, weil dieses sonst immer rückabgewickelt werden könnte.

### **2) Überlassung zur freien Verfügung**

Die Geldmittel wurden dem T grundsätzlich zur freien Verfügung überlassen. Ob sich eine Einschränkung der freien Verfügung daraus ergibt, dass G nicht möchte, dass T Mofa fährt, kann indes dahinstehen, wenn schon keine vollständige Leistungsbewirkung vorliegt.

### **3) Vollständige Leistungsbewirkung**

§ 110 verfolgt zunächst das Ziel, dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit zu eröffnen, dem Minderjährigen eine gewisse wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einräumen zu können, wie dies der Erziehungszweck der §§ 106 ff. gebietet. Jedoch soll es nach den allgemeinen Grundsätzen des Minderjährigenschutzes vermieden werden, dass das Vermögen des Minderjährigen gefährdet wird. Aus diesem Grund werden Geschäfte, die der Minderjährige mit ihm überlassenen Mitteln bewirkt, erst dann wirksam, wenn der Minderjährige das Geschäft mit den ihm überlassenen Mitteln vollständig erfüllt hat.

Vorliegend haben T und M vereinbart, dass der Restbetrag von 50,00 € erst später entrichtet werden soll. Ein vollständiges Bewirken der Leistung ist somit nicht erfolgt. Bis zum vollständigen Bewirken der Leistung bleibt der Vertrag schwebend unwirksam.

### **Merke!**

Mit vollständiger Bewirkung der Leistung (also Zahlung der letzten Rate) ist der Vertrag jedoch von Anfang an wirksam.

## **3. Nachträgliche Genehmigung, §§ 108 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB**

Auch eine nachträgliche Genehmigung gem. §§ 108 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Vielmehr bringt der G durch das Rückzahlungsverlangen – zumindest konkludent – zum Ausdruck, dass er die Genehmigung verweigert. Die Einigung ist folglich endgültig unwirksam.



#### 4. Zwischenergebnis

In Ermangelung einer dinglichen Einigung ist rechtsgeschäftlicher Eigentumsverlust nicht gegeben.

### II. Gesetzlicher Eigentumsverlust, §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 2 BGB

Es könnte jedoch ein gesetzlicher Eigentumsverlust gem. § 948 BGB vorliegen. Dann hätte T doch das Eigentum an M bzgl. des Geldes verloren.

#### 1. Anwendbarkeit

Nach h.M. ist § 948 BGB auch auf Geld anwendbar. (*A.A. gut vertretbar.*)

**Hinweis:** Nach der h.M. ist Geld eine bewegliche Sache i.S.d. **§§ 948, 947 BGB**. Dies wird durch **§ 935 Abs. 2 BGB** untermauert.

Nach einer anderen Ansicht („Geldwerttheorie“) ist aber nicht der Sachwert entscheidend, sondern nur der verkörperte Wert. Somit ist der verkörperte Wert unproblematisch wieder trennbar und es ist kein gesetzlicher Eigentumserwerb durch Vermischung möglich.

#### 2. Vermengung/Vermischung

Der Tatbestand des § 948 BGB enthält zwei Alternativen: Zum einen können bewegliche Sachen untrennbar vermischt und zum anderen vermengt werden. Bei der Vermischung verlieren Sachen ihre körperliche Abgrenzung. Dies ist insbesondere bei Flüssigkeiten oder Gasen der Fall. Bei einer Vermengung lassen sich die beweglichen Sachen mangels einer Überschaubarkeit nicht mehr dem bisherigen Eigentümer zuordnen.

Durch das Einbringen des Geldes in die Kasse liegt eine Vermengung mit dem Kassenbestand vor.

#### 3. Rechtsfolge

Gemäß § 947 Abs. 2 BGB wird Eigentümer der Eigentümer der Hauptsache. Laut Sachverhalt ist der Kassenbestand des M hier umfangreicher als der von T bezahlte Kaufpreis. M ist mithin Eigentümer der Hauptsache und erlangt somit auch Eigentum am von T übergebenen Geld.

### III. Zwischenergebnis

Demnach liegt ein gesetzlicher Eigentumsübergang vor. T ist nicht mehr Eigentümer des Geldes.

#### IV. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 985 BGB besteht nicht.



**B Anspruch T gegen M auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 200 € aus §§ 951 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB**

T könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Geldes aus §§ 951 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB haben.

**Vertiefung**

§ 951 BGB regelt den Ausgleichsanspruch, wenn jemand durch eine gesetzliche Eigentumsübertragung (Verbindung, Vermischung, Verarbeitung) sein Eigentum verloren hat. § 951 BGB ist nach h.M. in Literatur und Rechtsprechung eine Rechtsgrundverweisung (Gegensatz: Rechtsfolgenverweisung).

Bei einer Rechtsgrundverweisung müssen die zusätzlichen Voraussetzungen der Norm vorliegen, auf die verwiesen wurde. In diesem Fall müssen hier zusätzlich zu den Voraussetzungen des **§ 951 BGB** auch die Voraussetzungen der ungerichtfertigten Bereicherung (**§§ 812 ff. BGB**) vorliegen.

Bei einer Rechtsfolgenverweisung wird lediglich auf die Rechtsfolge der jeweiligen Norm verwiesen und ihre einzelnen Voraussetzungen müssen nicht vorliegen.

**I. Voraussetzungen des § 951 BGB - Rechtsverlust**

Nach § 951 BGB müsste ein Rechtsverlust bei T eingetreten sein. T hat sein ursprüngliches Eigentum an dem Geld durch Vermengung gem. §§ 948, 947 BGB verloren (s.o.).

**II. Kondiktionsrechtliche Voraussetzungen**

Nach herrschender Meinung beinhaltet § 951 BGB einen Rechtsgrundverweis in das Bereicherungsrecht; ein Vergütungsanspruch besteht daher nur dann, wenn die Voraussetzungen eines Bereicherungstatbestandes vorliegen. Dieses Verständnis überzeugt, da es zu einer extensiven Anwendung des § 951 BGB kommen würde, wenn das Merkmal „ohne Rechtsgrund“ unbeachtet bliebe und somit auch Fälle wirksamer vertraglicher Beziehungen durch § 951 BGB rückabgewickelt werden könnten.

**1. Gegenstand des Rechtsgrundverweises**

Strittig ist indes, ob die Verweisung den gesamten § 812 Abs. 1 BGB – mitsamt Leistungskondition -erfasst oder sich auf die in Alt. 2 normierte Eingriffskondition beschränkt.

Nach Auffassung der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums verweist schon der Wortlaut des § 951 BGB auf beide Kondiktionsarten. Nach der herrschenden Lehre beschränkt sich die Verweisung hingegen auf die Eingriffskondition.

Der Streitentscheid kann jedoch dahinstehen, sofern M etwas in sonstiger Weise auf Kosten des T erlangt hätte und somit eine Eingriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB einschlägig wäre.

**2. Voraussetzungen der Eingriffskondition, § 812 Abs.1 S.1 Alt. 2 BGB**

**Hinweis:** Es herrscht zwischen Rechtsprechung und Literatur ein Streit über die Frage, ob **§ 951 BGB** auch auf die Leistungskondition oder nur auf die Eingriffskondition



verweist.

Die Rechtsprechung sieht in der Rechtsgrundverweisung sowohl eine Verweisung auf die Eingriffskondition als auch auf die Leistungskondition.

Die Literatur hingegen sieht nur eine Verweisung auf die Eingriffskondition und beschränkt damit den Anwendungsbereich auf solche Fälle, in denen der Bereicherte etwas „in sonstiger Weise“ erlangt hat.

Der Streit kann aber in seiner Lösung dahinstehen, da in jenem Fall, in dem der Rechtserwerb des Begünstigten auf einer Leistung beruht, die Leistungskondition direkt Anwendung findet. Es ist daher unerheblich, ob man **§§ 951 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB** anwendet oder direkt **§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB**, da in jedem Fall die Voraussetzungen der Leistungskondition vorliegen müssen und sich der Umfang nach **§ 818 BGB** richtet.

**§§ 951 i.V.m. 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB** (Eingriffskondition) ist in jedem Fall die richtige Anspruchsgrundlage, wenn die Vermögensverschiebung nicht auf einer Leistung basiert.

Ob **§ 951 BGB** auch in Verbindung mit **§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB** (Leistungskondition) zu sehen ist, kann dahinstehen, denn die Voraussetzungen sind am Ende die gleichen wie bei direkter Anwendung der Leistungskondition.

#### a) Etwas erlangt

Das erlangte Etwas ist jede vermögenswerte Rechtsposition. M hat Eigentum und Besitz an dem Bargeld erlangt.

#### b) In sonstiger Weise

M müsste um den Gegenstand der Bereicherung, mithin Besitz und Eigentum, in sonstiger Weise – also gerade nicht durch Leistung – erlangt haben. Das Eigentum an dem Geld hat M gerade nicht durch zweckgerichtete Mehrung, sondern aufgrund eines gesetzlichen Erwerbstatbestandes, §§ 947, 948 BGB, erlangt. Etwas Anderes gilt mit Blick auf den Besitz. Diesen hat der T dem M zweckgerichtet verschafft, mithin an M geleistet.

Da eine Aufteilung von Eigentums- und Besitzkondition lebensfremd wirkt, führt diese Leistungsbeziehung grundsätzlich zum Ausschluss der Eingriffskondition. Allerdings ist den sachenrechtlichen Grundsätzen auch in diesem Zusammenhang Rechnung zu tragen. Zu beachten ist dementsprechend, dass dem T ohne die Vermengung (die Bereicherung in sonstiger Weise) nach wie vor ein Vindikationsanspruch nach § 985 BGB zustehen würde, da die Eigentumsübertragung unwirksam ist (s.o.). Es wäre folglich widersprüchlich, wenn der auf Wertersatz gerichtete, den Vindikationsanspruch fortsetzende, Anspruch aus § 951 BGB durch eine Leistungsbeziehung zwischen T und M ausgeschlossen wäre. Diese sachenrechtliche Wertung führt vielmehr dazu, dass ausnahmsweise die vorliegende Leistungsbeziehung einer Eingriffskondition nicht entgegensteht.

#### c) Auf Kosten des T

Der dem M zugeflossene Vorteil war ursprünglich dem T im Rahmen seines Eigentumsrechts zugewiesen ist. M ist daher auf Kosten des T bereichert.



#### d) Ohne Rechtsgrund

Fraglich ist jedoch, ob ein Rechtsgrund vorliegt. Dieser könnte hier in einem zwischen T und M geschlossenen Kaufvertrag gem. § 433 BGB bestehen.

Dieser ist jedoch unwirksam. Auch bei dem schuldrechtlichen Geschäft liegen die Voraussetzungen der §§ 107, 108 BGB nicht vor. Der Abschluss eines gegenseitigen Vertrages ist für einen Minderjährigen nie lediglich rechtlich vorteilhaft, weil für ihn Verpflichtungen entstehen. Es fehlt insoweit an einer Einwilligung und auch an einer Genehmigung.

### 3. Zwischenergebnis

Folglich liegen die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB vor.

### III. Rechtsfolge

M ist gem. §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zum Wertersatz im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet.

**Hinweis:** Würde G für seinen Sohn T die Ansprüche gegen M gerichtlich geltend machen wollen, so ginge dies i.R.d. gesetzlichen Vertretungsmacht: § 51 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 2, 106, 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB.

### IV. Ergebnis

Somit besteht ein Anspruch des T gegen M auf Zahlung eines Betrages i.H.v. 200,00 €.



#### Frage 4 Ansprüche der BVG gegen T

#### **A Anspruch BVG gegen T auf 60,00 € erhöhtes Beförderungsentgelt aus § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 9 Abs. 2 der Allgemeinen Beförderungsbedingungen**

Dieser setzt einen wirksamen Vertrag zwischen T und der BVG unter Einbeziehung des § 9 Abs. 2 AGB voraus. Bei einem Beförderungsvertrag handelt es sich um einen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB. Hier wird nämlich ein Erfolg geschuldet den Fahrgast von A nach B zu bringen und nicht nur die Durchführung des Transports an sich, was für einen Dienstvertrag gemäß § 611 BGB sprechen würde. Ein Vertragsschluss setzt voraus, dass die BVG überhaupt Vertragspartei sein kann. Die BVG ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 Berliner Betriebe-Gesetz eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts und kann daher Vertragspartei sein.

#### **Vertiefung**

Der Streit, ob ein Beförderungsvertrag als Dienstvertrag oder als Werkvertrag einzuordnen ist, kann an dieser Stelle dahinstehen. Wichtig ist lediglich, ob es überhaupt zum Vertragsschluss kam. Die h.M. nimmt bei einem Beförderungsvertrag einen Werkvertrag an.

#### **I. Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten**

Im modernen Massenverkehr werden vielfach Leistungen in Anspruch genommen ohne ausdrückliche Erklärungen abzugeben. Sofern man die allgemeine Rechtsgeschäftslehre außen vorlässt, haben die frühere Lehre und die frühere Rechtsprechung den faktischen Vertrag oder Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten anerkannt. Das tatsächliche Verhalten soll zum Vertragsschluss genügen. Insbesondere im Massenverkehr sollte diese Art Vertragsschluss die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, vgl. §§ 145 ff. BGB, ersetzen.

Die Lehre vom faktischen Vertrag ist von der Rechtsprechung aufgegeben worden. Es handelt sich nach heute h.M. um Verträge durch rechtsgeschäftlich konkludentes Verhalten. Die Annahme, die man als sozialtypisches Verhalten bezeichnen kann, ist eine rechtsgeschäftliche Willensbetätigung.

#### **II. Einigung, §§ 145 ff. BGB**

Es müsste eine Einigung in Form zweier übereinstimmender Willenserklärungen i.S.d. §§ 145 ff. BGB vorliegen. Ein konkludentes Angebot/Realofferte der BVG liegt in dem Bereitstellen der Tram. Durch das Einsteigen könnte der T konkludent die Annahme des Angebots erklärt haben. Der fehlende Wille des T tatsächlich einen Beförderungsvertrag zu schließen ist nach § 116 BGB unerheblich.

#### **III. Wirksamkeitshindernisse**

Jedoch könnten der so zustande gekommenen Einigung Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen.

##### **1. Protestatio facto contraria**

Auch die ausdrückliche Erklärung des T, dass er kein Entgelt entrichten werde, hindert das Zu-



standekommen des Vertrages nicht. Der T muss den objektiven Erklärungsgehalt seines Verhaltens gegen sich gelten lassen.

## 2. Beschränkte Geschäftsfähigkeit des T

Der Vertrag könnte nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam sein, wenn er von einem beschränkt Geschäftsfähigen geschlossen wurde. Der T ist 15 Jahre alt und somit beschränkt geschäftsfähig nach § 106 BGB. Fraglich ist, ob dieser Schwebezustand überwunden werden kann. In Frage kommt ein lediglich rechtlicher Vorteil, eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder ein Bewirken mit eigenen Mitteln.

### a) Lediglich rechtlicher Vorteil, § 107 BGB

T wird mit Abschluss des Vertrages zur Entrichtung des Beförderungsentgeltes verpflichtet, es besteht daher ein rechtlicher Nachteil.

### b) Einwilligung, §§ 107, 183 BGB

Eine ausdrückliche Einwilligung liegt nicht vor. Eine konkludente Einwilligung des G in die generelle Benutzung der Tram durch T stünde jedenfalls unter der Bedingung des Kaufs eines gültigen Fahrausweises. Eine konkludente Einwilligung in Schwarzfahrten kann nicht unterstellt werden.

### c) Bewirken mit eigenen Mitteln, § 110 BGB

Es liegt jedenfalls keine vollständige Leistungsbewirkung (nämlich gar keine) vor.

### d) Genehmigung, §§ 108 Abs. 1, 184 Abs. 1, 1626 Abs. 1, S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB

Auch eine Genehmigung liegt nicht vor.

## IV. Zwischenergebnis

Die Einigung ist schwebend unwirksam.

**Hinweis:** Zum selben Ergebnis würde man auch nach der Lehre vom sozialtypischen Verhalten kommen. Die Geschäftsfähigkeit wäre hier ebenfalls erforderlich, auch die §§ 116 ff. BGB wären anwendbar. Da es sich beim Vertragsschluss durch ein eigentlich sozialtypisches Verhalten somit um ein Rechtsgeschäft handelt, läge hier ebenfalls aufgrund der beschränkten Geschäftsfähigkeit des T keine wirksame Einigung vor.

## V. Ergebnis

Ein Anspruch auf Zahlung des erhöhten Beförderungsentgeltes ist nicht gegeben.



**B Anspruch BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB**

Die BVG könnte gegen T jedoch einen Anspruch auf Ersatz des Fahrpreises aus den Regelungen der vorvertraglichen Vertragsverletzung (c.i.c.) haben. Dann müssten Regeln der c.i.c. überhaupt anwendbar sein. Eine Haftung des Minderjährigen aus culpa in contrahendo läuft Gefahr den Minderjährigenschutz zu unterlaufen. Sie kommt daher nur dann in Betracht, wenn der gesetzliche Vertreter in den Eintritt von Vertragsverhandlungen eingewilligt hat. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass der G der Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen T und der BVG zugestimmt hätte. Ein Anspruch der BVG aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB scheidet daher aus.

**C Anspruch BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB**

Ein Anspruch aus der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag besteht ungeachtet der weiteren Voraussetzungen nur, wenn die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprach. Ist der Geschäftsherr geschäftsunfähig (§ 104 BGB) oder beschränkt geschäftsfähig (§§ 106, 107 BGB), muss dabei auf den Willen des gesetzlichen Vertreters abgestellt werden. Im vorliegenden Fall ist demnach nicht der Wille des T, sondern der seines Vaters G maßgeblich. Zu einer Beförderung seines Sohnes zum Wohnort seines Freundes hat sich der G nicht geäußert, sodass sein "wirklicher Wille" kann daher nicht festgestellt werden kann und sein mutmaßlicher Wille entscheidend ist. Die Besorgung entspricht dem mutmaßlichen Willen, wenn der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände der Geschäftsführung zugestimmt hätte. Dem mutmaßlichen Willen des G entsprach es wohl nicht, dass der T die Beförderung ohne gültigen Fahrschein Antrag. Ein Anspruch aus echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag besteht daher ungeachtet der weiteren Voraussetzungen nicht.

*Die echte berechnigte GoA setzt daneben die Übernahme eines objektiv fremden Geschäfts mit Fremdgeschäftsführungswillen voraus. Vorliegend handelt es sich um einen Fall des „auch-fremden“ Geschäfts, da die BVG neben einem eigenen Geschäft (Erfüllung der Beförderungsverträge) zumindest auch objektiv ein Geschäft des T (Standortwechsel) wahrnimmt. In diesen Fällen wird ganz überwiegend der Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Argumentieren ließe sich vorliegend jedoch, dass diese Vermutung vorliegend widerlegbar sei, da die BVG keine Kenntnis der Beförderung des T hatte.*

**D Anspruch BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB**

Die BVG könnte gegen T einen Anspruch auf Ersatz des Fahrpreises aus der Leistungskondition haben. Dazu müsste T etwas durch Leistung ohne Rechtsgrund von der BVG erlangt haben.

**I. Etwas erlangt**

Das erlangte Etwas ist jede vermögenswerte Rechtsposition. Bei unkörperlichen Leistungen, die sich nicht unmittelbar positiv auf das Vermögen des Konditionsschuldners auswirken ist umstritten, was genau das erlangte Etwas ist. Der BGH vertritt die Ansicht, dass das Erlangte in der Ersparnis von Aufwendungen liege. Nach ganz herrschender Meinung ist jedoch der Wert der





geleisteten Beförderung als solche die erlangte vermögenswerte Position. Dem ist zuzustimmen, da die Ersparnis von Aufwendungen allein im Rahmen der Entreichung Relevanz erlangt.

## II. Durch Leistung des Kondiktionsgläubigers

T müsste die Beförderung durch Leistung des Kondiktionsgläubigers erlangt haben. Leistung ist dabei jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Nach einer Auffassung besteht ein genereller Leistungswille gegenüber allen Passagieren im Beförderungsmittel. Nach anderer Auffassung ist jedoch auf einen konkreten Leistungswillen abzustellen, der bezogen auf Schwarzfahrer nicht vorliegt. Es kann lebensnah nicht davon ausgegangen werden, dass die BVG auch an „Schwarzfahrer“ leisten möchte, sodass eine bewusste und zweckgerichtete Zuwendung nicht vorliegt. Da der T die Beförderung hier eigenmächtig in Anspruch genommen hat, liegt die Annahme einer Leistung fern. (A.A. *vertretbar*.)

## III. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist nicht gegeben.

## E Anspruch BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Die BVG könnte gegen T einen Anspruch auf Ersatz des Fahrpreises aus der Nichtleistungskondition haben. Dazu müsste T etwas in sonstiger Weise erlangt haben auf Kosten des Anspruchstellers ohne Rechtsgrund.

### I. Etwas erlangt

Der T hat als vermögenswerten Vorteil die Beförderung selbst erlangt.

### II. In sonstiger Weise

Die Bereicherung muss in sonstiger Weise, also nicht durch Leistung geschehen sein. Da, wie oben festgestellt, keine Leistung der BVG oder eines anderen vorlag, liegt eine Bereicherung in sonstiger Weise vor.

### III. Auf Kosten des Kondiktionsgläubigers

Dies müsste auf Kosten des Anspruchstellers, der BVG, erfolgt sein. Es liegt ein Eingriff in das Recht der BVG vor eine Beförderung nur gegen Entgelt zu erbringen.

### IV. Ohne Rechtsgrund

Ein Rechtsgrund liegt mangels eines wirksamen Beförderungsvertrages nicht vor.

### V. Rechtsfolge

T muss gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz leisten, d.h. das gesparte Beförderungsentgelt, wenn er nicht gem. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist.



Zum einen könnte man argumentieren, dass eine Entreichung bei der Erlangung fremder Dienste stets ausgeschlossen ist, da der Genuss der Dienstleistung nicht wieder rückgängig gemacht werden kann.

Entscheidend ist jedoch, ob beim Bereicherten noch ein Vermögensvorteil aufgrund des Erlangten verblieben ist. Dies ist der Fall, wenn der Empfänger dadurch, dass er den rechtsgrundlosen Vorteil erlangt bzw. eingesetzt hat, anderweitige Aufwendungen erspart hat. Hingegen entfällt die Bereicherung, wenn sich der Kondiktionsschuldner den Vorteil nicht anderweitig gegen Entgelt verschafft hätte. T, der seinen Freund regelmäßig mit der Tram besucht, hat durch die „kostenlose“ Beförderung Aufwendungen erspart, die er regelmäßig erbracht hätte. Dieses Ersparnis ist im Vermögen des T verblieben, sodass er nicht entreichert ist.

### EXKURS:

Für die h.L. ist das „erlangte Etwas“ in Fällen einer Dienst- oder Werkleistung der unmittelbare Gebrauchsvorteil, sofern er irgendeinen Vermögenswert hat. Im Beispiel ist die Beförderung selbst das „erlangte Etwas“. Die Frage nach der Ersparnis von Kosten stellt sich erst im Rahmen des **§ 818 Abs. 3 BGB** bei der Frage der Entreichung. Hat der Bereicherungsschuldner durch die immaterielle Leistung eigene Aufwendungen erspart, dann ist die Leistung noch als abschöpfbarer Vermögensvorteil im Vermögen des Anspruchsgegners.

Hat der Anspruchsgegner durch die rechtsgrundlose Inanspruchnahme der unkörperlichen Leistung nichts erspart (z.B., weil er die Leistung nicht in Anspruch genommen hätte), wenn er die Gegenleistung hätte erbringen müssen (sogenannte "Luxusaufwendungen"), so ist er insoweit auch nicht bereichert.

Nimmt man also die Fahrt mit der Tram als Luxusaufwendung an, könnte man eine Entreichung des T annehmen.

Im Folgenden müsste man dann überlegen, ob sich T überhaupt auf Entreichung berufen kann, denn nach **§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB** gilt die verschärfte Haftung (und damit keine Möglichkeit sich auf Entreichung zu berufen), wenn der Empfänger der Leistung, hier der T, den Mangel des rechtlichen Grundes kennt. In den Fällen, in denen ein Minderjähriger beteiligt ist, ist allerdings strittig, auf welche „Bösgläubigkeit“ abzustellen ist.

Einer Ansicht nach ist auf den Minderjährigen selbst abzustellen. Als Maßstab wird dann **§ 828 BGB** herangezogen.

Nach einer anderen Ansicht ist aber auf die Eltern abzustellen, **§ 166 Abs. 1 BGB analog**, denn schließlich müssen diese in die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen einwilligen oder diese genehmigen (Ausnahme: **§ 110 BGB**). Hatten die Vertreter, in der Regel die Eltern, positive Kenntnis von den Handlungen ihres minderjährigen Kindes (hier Schwarzfahren), so könnte sich T wegen **§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB** nicht auf Entreichung berufen. Wussten sie hingegen nichts von den Handlungen, so muss sich der Minderjährige aufgrund des Minderjährigenschutzes nicht der verschärfte Haftung stellen.

Nach einer weiteren Ansicht soll dahingehend differenziert werden, ob es sich um eine Leistungskondiktion oder eine Eingriffskondiktion handelt. Bei der Leistungskondiktion soll analog § 166 Abs. 1 BGB auf die gesetzlichen Vertreter, bei der Eingriffskondiktion aber entsprechend § 828 Abs. 3 BGB auf den Minderjährigen selbst abzustellen sein. Allerdings im Falle der Leistungskondiktion auf den



Minderjährigen abgestellt werden, wenn dessen Verhalten eine unerlaubte Handlung darstelle. Hier stehe der Zweck des Minderjährigenschutzes einer verschärften Haftung entgegen, weil andernfalls über die bereicherungsrechtliche Haftung, die angeordnete Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts unterlaufen würde. Hingegen sei der Minderjährige in den Fällen der Nichtleistungs- bzw. insbesondere Eingriffskondition nicht schutzwürdig. Dort gehe die ungerechtfertigte Bereicherung oft mit einer unerlaubten Handlung einher, sodass die Anwendung des Maßstabs für die Deliktsfähigkeit (§§ 827 ff. BGB) nahe liege.

## VI. Ergebnis

Es besteht ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

### F Anspruch BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus § 823 Abs. 1 BGB

Der haftungsbegründende Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB ist nicht erfüllt. Es mangelt an einer Rechtsgutsverletzung. Das Vermögen an sich wird von § 823 Abs. 1 BGB nicht geschützt.

### G Anspruch BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 265a StGB

Es könnte jedoch ein Anspruch der BVG gegen T auf Ersatz des Fahrpreises aus § 823 Abs. 2 BGB bestehen.

#### I. Haftungsbegründender Tatbestand

Zunächst müssten die Voraussetzungen des haftungsbegründenden Tatbestands vorliegen. Dazu müsste ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB vorliegen, gegen das rechtswidrig und schuldhaft verstoßen wurde.

##### 1. Schutzgesetz

§ 265 a StGB müsste ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen. Dies richtet sich nach Art. 2 EGBGB. Ein Schutzgesetz muss kein Gesetz im formellen Sinn sein, sondern es genügt irgendeine Rechtsnorm. Sie muss jedoch den Schutz eines anderen bezwecken, das heißt den Einzelnen oder einen Personenkreis vor der Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes schützen. Hier soll § 265 a StGB gerade die Bereitsteller von Leistungen vor Vermögensschäden schützen. Somit liegt ein Schutzgesetz vor.

##### 2. Verstoß gegen das Schutzgesetz

Fraglich ist, ob T dadurch, dass er die Tram ohne Bezahlung nutze den objektiven Tatbestand des § 265 a StGB verwirklichte. Grundsätzlich erfordert das Erschleichen, dass der Täter in manipulativer Weise Kontroll- oder Sicherungsvorkehrungen umgeht bzw. ausschaltet, die eine unbefugte Benutzung verhindern sollen. Dementsprechend verneinen große Teile des Schrifttums den objektiven Tatbestand in Fällen des einfachen Schwarzfahrens, da die bloße Inan-



spruchnahme der Beförderung im Massenverkehr nicht der Umgehung von Sicherheitsvorkehrungen entspräche.

§ 265 a StGB ist jedoch nahezu identisch mit § 347 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927. In dessen Begründung heißt es unter anderem: „Auch ein bloß passives Verhalten kann den Tatbestand des Erschleichens erfüllen; so fällt auch der Fahrgast einer Straßenbahn unter die Strafdrohung, der sich entgegen einer bestehenden Verpflichtung nicht um die Erlangung eines Fahrscheins kümmert.“ In Einklang mit der ständigen Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist daher anzunehmen, dass der Tatbestand des Erschleichens der Beförderungsleistung bereits dann erfüllt ist, wenn sich der Täter bei der Inanspruchnahme der Leistung mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt, sich also so unauffällig verhalte, wie ein normaler Nutzer. Mangels hinreichender Zweifel an einem zumindest bedingten Vorsatz des T ist objektive und subjektive Tatbestand des § 265 a StGB verwirklicht, Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Zwar ist des Weiteren umstritten, ob sich die Schuldfähigkeit nach den strafrechtlichen, hier § 3 JGG, oder nach den zivilrechtlichen Vorschriften §§ 827, 828 zu beurteilen ist. Die herrschende Meinung bevorzugt dabei eine Anwendung der §§ 827, 828. Dies kann jedoch dahinstehen, da der 15-jährige T wohl ohne reif genug sein dürfte, um zu wissen, dass er die Tram nicht ohne Ticket nutzen durfte.

Ein Verstoß gegen das Schutzgesetz liegt somit vor.

## II. Haftungsausfüllender Tatbestand

Es muss ferner ein kausaler Schaden der BVG vorliegen. Zur Schadensermittlung ist grundsätzlich die sog. Differenzhypothese heranzuziehen. Ein Schaden liegt vor, soweit zwischen dem Rechtsgüterstand ohne das schädigende Ereignis und dem tatsächlichen Rechtsgüterstand nach dem schädigenden Ereignis eine negative Abweichung festzustellen ist. Nach der Differenzhypothese liegt kein kausaler Schaden vor, da die Tram in jedem Fall gefahren wäre.

Teilweise wird vertreten, dass dieses Ergebnis einer normativen Korrektur bedürfe und der Schaden im Fall von § 823 Abs. 2 BGB mit Blick auf den Telos des Schutzgesetzes zu bestimmen sei. Entsprechend in Fällen wie dem Vorliegenden ein Schaden in Höhe der Kosten eines Tickets zu bejahen. Diese Schadensberechnung unterminiert zum einen die Regelungen des Minderjährigenschutzes und steht auch im Übrigen im Widerspruch zum Grundsatz des bezifferbaren Vermögensschadens. Einen sinnvollen Anwendungsbereich hat die normative Korrektur daher nur in Fällen, in denen eine gesetzliche Schadensverlagerung erfolgt. Die normative Schadensermittlung ist daher vorliegend abzulehnen. Es liegt mithin kein Schaden der BVG vor.

## III. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 265 a StGB ist nicht gegeben.

### Anmerkungen:

Die Klausur befasst sich mit Problemen des BGB-AT in Verbindung mit examensrelevanten Bezügen zum Familienrecht. Darüber hinaus werden Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht und dem Deliktsrecht thematisiert.

Der Schwerpunkt der ersten zwei Fragen lag auf dem Stellvertretungsrecht. Hier musste der Bearbeiter die Bezüge zum Familienrecht erkennen.



Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern nach §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB kann verschiedentlich eingeschränkt werden.

Eine saubere Strukturierung der Lösung wurde im Bereich des § 181 BGB erwartet. Erkannt werden musste die Konstellation des Selbstkontrahierens, die gesetzliche Einschränkung des § 181 BGB über § 181 a. E. BGB. Darüber hinaus musste der Bearbeiter die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe des lediglich rechtlichen Vorteils im Rahmen des § 181 BGB kennen.

Wichtig ist es, dass die Ausführungen zur Gesamtbetrachtungslehre und zur Gegenmeinung bzgl. einer teleologischen Reduktion des § 181 a. E. BGB für das Examen bekannt sind und die vom BGH entwickelten Fallgruppen, wann ein Geschäft rechtlich vorteilhaft oder nachteilig ist.

Zusätzlich thematisiert die Klausur die Stellvertretung hinsichtlich des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Hier müssen die zwei Fallgruppen „Kollusion“ und „Evidenz“ beherrscht werden.

Der vierte Abschnitt befasst sich mit dem Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten bei Minderjährigen, für den die allgemeinen Regeln gelten, und hieraus entstehende Schadensersatzansprüche. Demnach wird das sozialtypische Verhalten von der derzeitigen allgemeinen Meinung als rechtsgeschäftlich konkludentes Verhalten betrachtet.