Lösung Fall 11 (Vätersorgen)

Problemkreise: Insichgeschäft; gesetzliche Vertretung; lediglich rechtlicher Vorteil; Abstraktionsprinzip; Nichtigkeit der Vollmacht; Rechtsscheinvollmacht; Untervollmacht

I. Anspruch W gegen T auf Rückgabe der Wohnung¹

1. aus § 985 BGB

- a. W müsste Eigentümer der Wohnung sein.
 - (1) Grundsätzlich können an einer Wohnung keine gesonderten Eigentumsrechte bestehen, da es nur ein einheitliches Eigentum am Grundstück und den darauf stehenden Gebäuden gibt (vgl. §§ 93, 94). Anders liegt es beim Wohnungseigentum gem. WEG. Hier handelt es sich um eine "Eigentumswohnung", an der gem. § 1 WEG besondere Rechte bestehen können.
- b. W war ursprünglich Eigentümer, könnte dieses jedoch gem. §§ 873, 925 an T verloren haben. Eine Eintragung im Grundbuch und die notarielle Einigung liegen vor. Jedoch könnte die vor dem Notar abgegebene WE der T unwirksam sein gem. §§ 107, 108.

(1) T war zum fraglichen Zeitpunkt 16 Jahre und damit minderjährig gem. § 2.

(2) Fraglich ist, ob ihr die WE nicht lediglich einen **rechtlichen Vorteil** iSv § 107 brachte. Grundsätzlich ist die *Übereignung eines Gegenstandes* rechtlich lediglich vorteilhaft, da mit ihr keine Pflichten des Begünstigten einher gehen. Lediglich mittelbare Nachteile (wie die Grundsteuer oder etwaige öffentliche Lasten) bleiben dabei unberücksichtigt.² Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist dagegen die Belastung mit Verpflichtungen, für die der Erwerber nicht nur mit dem erworbenen Gegenstand, sondern mit seinem sonstigen Vermögen persönlich haftet.³ Das ist wegen § 566 der Fall beim Erwerb eines vermieteten Grundstücks,⁴ aber auch beim Erwerb von Wohneigentum, wenn der Erwerber - wie hier - durch den Erwerb einer besonderen Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer unterworfen wird (vgl. § 10 II 2, III WEG), die für ihn persönliche Verpflichtungen begründet.⁵ Daher ist der Eigentumserwerb hier nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft zu werten.

(3) T bedurfte daher der **Zustimmung** ihres gesetzlichen Vertreters, § 107. Gesetzlicher Vertreter war gem. § 1629, 1680 I W als Vater. W hat zwar nicht ausdrücklich die Zustimmung erklärt. Jedoch könnte in der Abgabe seiner eigenen WE zugleich die Zustimmung zur Abgabe der korrespondierenden WE seiner Tochter gelegen haben. Eine solche Zustimmung wäre freilich ausgeschlossen, wenn W daran gem. § 181 gehindert wäre.

¹ Sachverhalt nach BGHZ 78, 28 = *Schack/Ackmann*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht, Fall Nr. 12.

² Näher BGHZ 161, 170, 175 ff.

³ BGHZ 162, 137, 140.

⁴ BGHZ ebd.

⁵ Von BGHZ 78, 28, 32 jedenfalls für den Fall bejaht, dass die Gemeinschaftsordnung die gesetzlichen Pflichten „nicht unerheblich verschärft“; wegen der persönlichen Haftung nach § 10 Abs. 8 WEG n.F. sollte aber generell so entschieden werden.

- Das Verbot von Insichgeschäften (§ 181) gilt auch für das Verhältnis der Eltern zu ihren minderjährigen Kindern, wie sich aus § 1795 II iVm § 1629 II 1 ergibt.
- § 181 steht seinem Wortlaut nach nur der *Vertretung* des Minderjährigen durch seinen gesetzlichen Vertreter entgegen. Er gilt aber sinngemäß auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter den Tatbestand des Insichgeschäfts dadurch erfüllt, dass er - wie hier - einer eigenen WE des Mj. ihm gegenüber zustimmt.
- Das Verbot des Insichgeschäfts greift allerdings dann nicht ein, wenn das Insichgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.⁶ Das ist allerdings, wie soeben geprüft, hier nicht der Fall.
- Das Verbot des Insichgeschäfts greift ferner nicht ein, wenn das betreffende Rechtsgeschäft "ausschließlich in der **Erfüllung einer Verbindlichkeit** besteht" (§ 181 letzter Halbs.). Das wäre hier der Fall, wenn die Übereignung der Wohnung lediglich der Erfüllung eines Schenkungsvertrages zwischen W und T diene. Dann müsste ein wirksamer Schenkungsvertrag vorliegen.
- W und T haben sich über die unentgeltliche Zuwendung der Wohnung geeinigt und damit einen Schenkungsvertrag iSv § 516 geschlossen.⁷ Die notarielle Form (§ 518) wurde gewahrt.
- Fraglich ist aber, ob dieser Schenkungsvertrag seinerseits an §§ 107, 108 scheitert. Grundsätzlich ist ein Schenkungsvertrag lediglich rechtlich vorteilhaft iSv § 107, da der Beschenkte zu keiner (Gegen-)Leistung verpflichtet wird.⁸ Anders liegt es bei Schenkungen durch den gesetzlichen Vertreter. Hier würde eine isolierte Betrachtung des Verpflichtungs- und des Erfüllungsgeschäfts dazu führen, dass auch das rechtlich nachteilige Erfüllungsgeschäft wegen § 181 ohne Beteiligung eines (Ergänzungs-)Pfleger abgeschlossen werden könnte. Damit liefe der von §§ 107, 108 intendierte Schutz leer.

Daher ist - unter Durchbrechung des Abstraktionsprinzips - ausnahmsweise (!) eine **Gesamtbetrachtung** vorzunehmen, die dazu führt, dass sowohl das Erfüllungs- als auch das Verpflichtungsgeschäft als rechtlich nachteilig anzusehen sind.⁹ W konnte daher wegen § 181 der Annahme seines Schenkungsversprechens durch T nicht zustimmen, womit der Schenkungsvertrag (schwebend) unwirksam war. Damit begründete er keine verbindliche Verpflichtung, weshalb § 181 letzter Halbsatz für das Erfüllungsgeschäft nicht greift. Damit unterfällt auch das Erfüllungsgeschäft dem Verbot des Insichgeschäfts; die Übereignung W - T war damit (schwebend) **unwirksam**. Die danach erforderliche Genehmigung durch einen zu bestellenden Ergänzungspfleger (§ 1909) liegt nicht vor.

⁶ Allg. Ansicht, vgl. nur Palandt/*Heinrichs* § 107 Rn. 9.

⁷ Die Erwartung des W, dass T ihre Lehre fortsetzen werden, war bloßes Motiv für die Zuwendung (sog. Zweck-schenkung, vgl. Palandt/Weidenkaff, § 525 Rn. 11). Sie wurde jedoch weder als Auflage (§ 525) noch als Gegenleistung rechtsgeschäftlich vereinbart.

⁸ BGHZ 15, 168; Palandt/*Heinrichs* § 107 Rn. 6.

⁹ So BGHZ 78, 28; s. dazu Medicus., BR Rn. 172a. Das Schrifttum befürwortet dagegen überwiegend (und zu Recht) eine **teleologische Reduktion** des § 181 letzter Hs., so zB *Jauernig*, JuS 1982, 576 f.; Münch-KommBGB/*Schramm*, 5. Aufl. 2006, § 181 Rn. 56.

(4) Ergebnis: mangels wirksamer Einigung W - T ist T nicht Eigentümerin der Wohnung geworden.

c. T ist Besitzerin der Wohnung.

d. Recht der T zum Besitz iSv § 986?

Ein Recht zum Besitz könnte sich aus dem **Schenkungsvertrag** ergeben.

(1) Dieser wurde allerdings soeben als unwirksam bewertet (s.o.). Jedoch erfolgte dies nur, um ein Eingreifen des § 181 letzter Hs. und damit die Wirksamkeit des - rechtlich nachteilhaften - Erfüllungsgeschäftes zu verhindern. Diese Erwägungen spielen bei der hier zu betrachtenden Frage keine Rolle. Daher muss es *hier* bei der isolierten Betrachtung des Verpflichtungsgeschäfts verbleiben. Weil der Schenkungsvertrag für sich genommen keine rechtlichen Nachteile mit sich bringt, muss er insoweit als wirksam betrachtet werden.¹⁰

(2) Der Schenkungsvertrag könnte jedoch gem. § 530 widerrufen worden sein.¹¹ Dann müsste T sich durch eine schwere Verfehlung des **groben Undanks** schuldig gemacht haben. Hier ist schon fraglich, ob der Abbruch der Lehre und die Aufnahme eines Asylbewerbers überhaupt als schwere Verfehlung angesehen werden können. Jedenfalls sind sie nicht als Affront gegenüber W gedacht und daher nicht als Ausdruck groben Undanks zu werten.¹²

(3) Der Schenkungsvertrag könnte allerdings gem. § 1643 I iVm § 1821 Abs. 1 Nr. 1 u. 4 noch der **Genehmigung des Familiengerichts** bedürfen.¹³ Wohnungseigentum fällt unter den Grundstücksbegriff iSv § 1821 I Nr. 1.¹⁴ Erfasst sind jedoch nur Verfügungen über Grundstücke, die dem Minderjährigen gehören.¹⁵ Hier geht es dagegen um eine Wohnung des W. Verfügungen über diese unterliegen nicht der Genehmigungspflicht des § 1821.

e. Ergebnis: T hat ein Recht zum Besitz. W hat keinen Anspruch aus § 985.

2. aus § 812

Zwar hat T etwas durch Leistung des W erlangt (Besitz an der Wohnung). Dies geschah jedoch nicht ohne Rechtsgrund, da W ihr die Wohnung wirksam geschenkt (bzw. - bei Umdeutung - geliehen) hat.

Ergebnis: W kann von T die Wohnung nicht heraus verlangen.

¹⁰ Zwanglos ergibt sich das, wenn man die Gesamtbetrachtung insgesamt ablehnt und der Lösung der Literatur (tel. Reduktion des § 181 Hs. 2) folgt (Fn. 9). - Wer sich der hier vertretenen Argumentation nicht anschließen möchte, muss der Frage nachgehen, ob sich ein Recht zum Besitz nicht aus anderen Gründen ergeben kann. Zu denken wäre einmal an die gesetzliche Unterhaltspflicht des W, zum anderen - und vorzugswürdig - an die **Umdeutung** (§ 140) des unwirksamen Schenkungsversprechens in eine Leihe, § 598. Das Recht der T zum Besitz entfiel dann, wenn W die Leihe wirksam gekündigt hätte, was einen Kündigungsgrund gem. § 606 oder § 314 voraussetzt. Wird die wirksame Kündigung verneint, ist ein Rückgabeanspruch aus Leihvertrag gem. § 604 zu prüfen.

¹¹ Merke: Der in § 530 ff. geregelte "Widerruf" ist kein solcher einer WE (wie in § 130 I 2 oder in § 355), sondern eine Sonderregelung zur **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313), s. Palandt/*Weidenkaff* § 530 Rn. 1.

¹² A.A. bei entsprechender Argumentation vertretbar.

¹³ Bei fehlender Genehmigung komme eine "nachträgliche Genehmigung" in Betracht, § 1829.

¹⁴ MünchKommBGB/*Schwab* § 1821 Rn. 16; Soergel/*Zimmermann*, § 1821 Rn. 9.

¹⁵ Vgl. Palandt/*Diederichsen* § 1821 Rn. 13.

I. Anspruch S - W auf Rückzahlung des Darlehns aus § 488 I 2 BGB

1. WE der S: (+)

2. WE des W

W selbst hat nichts erklärt, könnte aber durch B, diese vertreten durch P, wirksam vertreten worden sein.¹⁶

(a) B wurde wirksam durch P vertreten, dessen Vertretungsmacht solche Geschäfte auch umfasst (vgl. **§ 49 I HGB**: alle Geschäfte, die der Betrieb (irgend-)eines Handelsgeschäfts mit sich bringt; § 49 II HGB ist nicht einschlägig, da keine Veräußerung des Grundstückes durch P).

(b) Fraglich ist die Vertretung des W durch B. Eine eigene WE im Namen des W liegt vor. Problematisch ist die **Vertretungsmacht**.

- Sie könnte sich aus einer wirksamen Vollmacht, § 167, ergeben. Eine solche Vollmacht wurde der B von W erteilt.
 - Die Vollmacht könnte aber **nichtig** sein gem. **§ 492 IV** (= lex specialis zu § 167 II) **iVm § 494 I** (= lex specialis zu § 125). Deren Voraussetzungen liegen vor [wäre in der Klausur näher zu prüfen].
 - Die Nichtigkeit könnte gem. § 494 II 1 dadurch **geheilt** worden sein, dass W das Darlehen empfangen hat. Allerdings ist von der Heilung nur der Darlehnsvertrag, nicht die Vollmacht erfasst.¹⁷ Diese bleibt daher nichtig mit der Folge, dass der vollmachtlos abgeschlossene Darlehnsvertrag schwebend unwirksam ist, § 177.¹⁸
 - In der Entgegennahme des Darlehns könnte jedoch zugleich die konkludente **Genehmigung** des vollmachtlosen Handelns des Vertreters (hier: der B) gem. §§ 177 I, 182 I, 184 I zu sehen sein.¹⁹ Dagegen spricht allerdings, dass rein tatsächliches Handeln nicht als Genehmigung ausreicht, solange der „Genehmigende“ nicht die Unwirksamkeit kennt und in seinem Verhalten ein Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen.²⁰ Abgesehen davon wird man die Genehmigung abweichend von **§ 182 II** ebenfalls der Formbedürftigkeit des § 494 zu unterwerfen haben.²¹
 - Die Vollmacht könnte ferner nichtig sein gem. **§ 134 iVm § 3 RDG**. Fasst man die Vermittlung und Vertretung beim Abschluss von Immobilienge-

¹⁶ P handelt danach also als „Vertreter des Vertreters“. *Vertiefung*: Bei der (grundsätzlich zulässigen) **Untervollmacht** sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: (1) Der Unterbevollmächtigte vertritt nicht den Vertreter, sondern unmittelbar den Vertretenen („unmittelbare UV“). Das ist der Fall, wenn der Unterbevollmächtigte seine Stellung als Unterbevollmächtigter *nicht* offenlegt. Besteht entweder die Hauptvollmacht oder die Untervollmacht nicht (oder sind beide unwirksam), haftet der Untervertreter nach § 179. War nur die Hauptvollmacht unwirksam, haftet auch der Hauptvertreter nach § 179. (2) Der Unterbevollmächtigte legt seine Rolle offen. Dann vertritt er den Vertreter, dieser den Geschäftsherrn („mittelbare UV“). Hier haftet der Untervertreter nur, wenn die Untervollmacht unwirksam war. Von Relevanz (und in der Falllösung zu diskutieren) ist die Frage nur, wenn es um die Haftung des Unterbevollmächtigten geht. Näher dazu *Brox*, AT Rn. 548; eingehend *Faust*, BGB AT, Rn. 1-4.

¹⁷ *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 492 Rn. 73.

¹⁸ Vgl. *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 494 Rn. 13; a.A. aber die h.M., welche (schwebende) Wirksamkeit des Darlehensvertrags (mit den Einschränkungen des § 494 II 2-6) annimmt, vgl. nur *MünchKommBGB/Schürnbrand*, § 492 Rn. 98 m.w.N.

¹⁹ Dafür *AnwKom-BGB/Reiff*, § 494 Rn. 14.

²⁰ Vgl. BGHZ 154, 283, 288; BGH NJW 2004, 841, 843; *Roth*, WM 2003, 2356, 2357 f.; *Kessal-Wulf* in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 494 Rn. 3; *Bülow/Artz*, aaO, § 492 Rn. 72a.

²¹ Str., wie hier *Bülow/Artz*, aaO, § 492 Rn. 72a; *MünchKommBGB/Schürnbrand*, § 492 Rn. 97.

schäften unter den Begriff der nach § 3 RDG erlaubnisbedürftige Rechtsdienstleistung, liegt ein Verstoß gegen dieses Gesetz vor,²² weil B nicht über die erforderliche Erlaubnis verfügte. § 3 RDG ist auch anerkanntermaßen ein Verbotsgesetz.

- ZwErg: Trotz Auszahlung der Darlehenssumme bleibt die Vollmacht unwirksam.
- Eine Vertretungsmacht der B könnte sich aus Rechtsscheinsgesichtspunkten, § 172 BGB ergeben.²³ Die §§ 170-173 finden über ihren Wortlaut hinaus auch dann Anwendung, wenn die Vollmacht von Anfang an nicht wirksam erteilt worden war.²⁴
 - Ein entsprechender Rechtsschein wurde durch die vorgelegte Urkunde gesetzt.
 - Der Anwendbarkeit des § 172 steht auch nicht der Schutzzweck des RDG entgegen.²⁵
 - Jedoch darf die Bank die fehlende Vertretungsmacht nicht kennen oder kennen müssen, § 173. **Kennenmüssen** bedeutet fahrlässiges Nichtwissen, § 122 II. Den Sorgfaltspflichten eines Kreditinstituts entspricht es aber, sich über die Wirksamkeit einer Vollmachtsurkunde zu vergewissern.²⁶ Etwaiges Nichtwissen beruht daher auf Fahrlässigkeit, die S kann sich daher nicht auf § 172 berufen.

Ergebnis: Folgt man dem hier eingeschlagenen Lösungsweg, hat S keinen Anspruch aus § 488 I 2. Der nichtige Darlehensvertrag wäre dann gem. §§ 812 ff. rückabzuwickeln.

²² So zum Rechtsberatungsgesetz BGHZ 145, 265. Dieser Nichtigkeitsgrund schlägt nach BGH auch auf die zur Durchführung des Treuhandvertrages erteilte Vollmacht durch, vgl. BGHZ 161, 15, 23 mwN. Aus der Fülle der weiteren Entscheidungen (sog. "Schrottimobilien"-Fälle) nur BGH WM 2004, 417, 421; BGH NJW 2004, 59 u. 62; BGH NJW 2004, 841 (4. Senat); BGH NJW 2004, 839; BGH NJW 2004, 844 (11. Senat).

²³ Vgl. nur BGHZ 161, 15 mwN.

²⁴ Unstr., vgl. nur RGZ 108, 125, 127; BGH NJW 1985, 730.

²⁵ So der 11. Zivilsenat, vgl. BGHZ 161, 15, 24 ff. (zum RBerG).

²⁶ Vgl. *Bülow/Artz*, aaO, § 492 Rn. 72b.