Dipl.-Jur. Fiete Kalscheuer, Kiel*

Die fehlerhafte Dogmatik zu § 110 BGB

Thema dieses Aufsatzes ist § 110 BGB[1], der so genannte Taschengeldparagraph. Es erweist sich im Rahmen des § 110 als besonders fruchtbar, strikt zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden. Hinsichtlich der Wirksamkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäfts ist eine Lösung zu bevorzugen, die der herrschenden Dogmatik zu § 110 widerspricht.

I. Einleitung

Weder die klassischen Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des BGB von *Flume*[2] und *Larenz/Wolf*[3] noch die modernen Standardwerke von *Brox/Walker*[4] und *Medicus*[5] erwähnen, dass man zumindest erwägen könnte, den § 110 nicht als Spezial-, sondern als Ausnahmefall zum Einwilligungserfordernis des § 107 zu betrachten. Dies überrascht. Schließlich widerspricht die herrschende Meinung dem klaren Wortlaut des § 110, der besagt, dass ein „*ohne Zustimmung* des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag als von Anfang an wirksam gilt“[6]. Der erste Schwerpunkt dieses Aufsatzes lässt sich daher am Tatbestandsmerkmal „ohne Zustimmung“ festmachen. Die Frage lautet, ob der *Spezialfallthese* der herrschenden Meinung zuzustimmen ist, wonach der gesetzliche Vertreter stillschweigend in das Verpflichtungsgeschäft des Minderjährigen einwillige, indem er dem Minderjährigen die dafür erforderlichen Mittel überlasse. Mit anderen Worten: Ist das Tatbestandsmerkmal „ohne Zustimmung“ als „ohne ausdrückliche Zustimmung“ zu verstehen?

Ein zweiter Schwerpunkt dieses Aufsatzes zu § 110 ist dessen Tatbestandsmerkmal „zu freier Verfügung“. Hierbei geht es um die Frage, ob „zu freier Verfügung“ tatsächlich vollumfängliche Freiheit meint oder ob nicht eher von einer „gleitenden Skala“ auszugehen ist, die höchstens nur „weitgehende Freiheit“[7] bedeuten kann. Um diese Frage angemessen beantworten zu können, sind die verschiedenen Zwecke des Minderjährigenrechts zu berücksichtigen und in Ausgleich zu bringen.

Beide Schwerpunkte werden in mehreren Schritten bearbeitet. Zunächst werden die Grundzüge des Minderjährigenrechts dargestellt (II.). Es wird hierbei kurz das System der §§ 107–113 dargelegt (II. 1.) und danach der Sinn und Zweck der Minderjährigenrechts vorgestellt (II. 2.). Sodann wird § 110 begrifflich-systematisch analysiert und in seine Einzelteile zerlegt (III.). Hierbei wird sich zeigen, dass gemäß dem allgemeinen Trennungsprinzip strikt zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist. Dies wird im Folgenden gesondert erörtert. Zum besseren Verständnis wird das gefundene Ergebnis jeweils nach Erörterung des Verpflichtungsgeschäfts sowie des Verfügungsgeschäfts anhand von Beispielsfällen noch einmal wiederholt und im Gutachtenstil dargestellt.

Auch wenn sich dieser Aufsatz im Kern daher lediglich mit § 110 beschäftigt, so kann er doch zugleich als erste, vertiefte Einführung in das im höchsten Maße prüfungsrelevante Minderjährigenrecht dienen und zugleich wertvolle Einblicke in eine Besonderheit der deutschen Zivilrechtsdogmatik bieten: in das Trennungs- und Abstraktionsprinzip.

---

* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaften in Greifswald, St. Petersburg und Kiel.

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

2 *Werner Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 13 c, cc, S. 199.

3 *Karl Larenz/Manfred Wolf,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 25 Rn. 34 ff.

4 *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,* Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl. 2009, Rn. 280.

5 *Dieter Medicus,* Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 579.

6 Hervorhebung vom Verfasser.

7 *Hans-Georg Knothe,* in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, § 110 Rn. 5.

II. Grundzüge des Minderjährigenrechts

Minderjährig sind Personen vor Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 2). Ist der Minderjährige jünger als sieben Jahre, so ist er nach § 104 Nr. 1 geschäftsunfähig. Beschränkt geschäftsfähig ist ein Minderjähriger, wenn er das siebente Lebensjahr vollendet hat (§ 106). Die beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger ist in den §§ 107–113 näher geregelt.

1. Das System der §§ 107–113

Den Grundsatz des Systems der beschränkten Geschäftsfähigkeit stellt § 107 auf: Danach bedarf der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung, d. h. der vorherigen Zustimmung (§ 183 S. 1) seines gesetzlichen Vertreters. Besteht kein lediglich rechtlicher Vorteil und hat der gesetzliche Vertreter nicht eingewilligt, ermöglicht § 108 dem gesetzlichen Vertreter, den Vertrag dennoch wirksam werden zu lassen, indem er ihn genehmigt, d. h. ihm nachträglich zustimmt (§ 184 Abs. 1). Einseitige Rechtsgeschäfte, durch die der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt und in die der gesetzliche Vertreter nicht eingewilligt hat, sind nach § 111 S. 1 grundsätzlich nichtig.

Die §§ 112, 113 erweitern schließlich die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen. Nach § 112 kann der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung eines Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigen. Soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die der Betrieb des Geschäfts mit sich bringt, ist in diesen Fällen der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig. Nach § 113 kann der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen dazu ermächtigen, ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis einzugehen. Der Minderjährige ist dann unbeschränkt geschäftsfähig für Rechtsgeschäfte, „welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen".

2. Sinn und Zweck des Minderjährigenrechts

Das Minderjährigenrecht bezweckt dreierlei: *Erstens* sollen Minderjährige schrittweise an eine vernünftige Ausübung ihrer Privatautonomie herangeführt werden.[8] Sie sollen rechtsgeschäftliches Handeln „einüben", so dass sie nach und nach dazu befähigt sind, ihren rechtsgeschäftlichen Handlungsspielraum verantwortungsvoll zu gebrauchen.[9] § 106 stattet Minderjährige, die das siebente Lebensjahr bereits vollendet haben, daher mit einer beschränkten Geschäftsfähigkeit aus und die §§ 112, 113 ermöglichen sogar eine sachlich begrenzte volle Geschäftsfähigkeit.[10] Dieser Gesichtspunkt lässt sich unter den Begriff „Erziehungszweck" fassen.[11]

Zweitens liegt es aber auf der Hand, dass die beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen vor den sich aus der Teilnahme am Rechtsverkehr ergebenden Gefahren zu schützen sind.[12] Daher hängt im Grundsatz die Wirksamkeit nicht lediglich rechtlich vorteilhafter Rechtsgeschäfte von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ab (§§ 107 f.).

Zu guter Letzt ist *drittens* das Minderjährigenrecht so ausgestaltet, dass es den Verkehrsschutz berücksichtigt. So hat zum Beispiel der Vertragspartner eines Minderjährigen nach § 108 Abs. 2 S. 1 die Möglichkeit, den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern. In diesem Fall kann die Erklärung nur gegenüber dem Vertragspartner erfolgen und eine vor der Aufforderung gegenüber dem Minderjährigen erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam.[13]

Nach alldem geht es im Minderjährigenrecht also um drei Dinge, die in Ausgleich gebracht werden müssen: den Erziehungszweck, den Minderjährigenschutz und den Verkehrsschutz.

Diese drei Zwecke des Minderjährigenrechts lassen sich auch in § 110 finden. Im Folgenden wird aber noch zu sehen sein, dass das Austarieren der verschiedenen Zwecke im Rahmen des § 110 besondere Schwierigkeiten bereitet.[14]

III. Begrifflich-systematische Analyse des § 110

Bei einer begrifflich-systematischen Analyse des § 110 bietet es sich an, vom Wortlaut des § 110 auszugehen: „Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsgemäße Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind."

Zunächst ist der erste Teil des § 110 zu betrachten: „Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam". Dieser Teil enthält die Rechtsfolge des § 110: „gilt als von Anfang an wirksam". Gemäß dem allgemeinen Trennungsprinzip stellt sich die Frage, ob sich die Rechtsfolge auf das Verpflichtungs- oder Verfügungs-

8 *Rüdiger Nierwetberg,* Der „Taschengeldparagraph" (§ 110) im System des Minderjährigenrechts, JURA 1984, 127 (130); *Detlev Leenen,* Die Heilung fehlender Zustimmung gemäß § 110 BGB, FamRZ 2000, 863 (867).

9 *Nierwetberg* (Fn. 8), JURA 1984, 127 (130); *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (867).

10 *Medicus* (Fn. 5), Rn. 583.

11 *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 1.

12 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (867).

13 Zu den Feinheiten des § 108 Abs. 2 siehe *Jürgen Kohler,* Gesetzestreue oder Gesetzeskorrektur in der Rechtsanwendung. Eine Untersuchung zur Zwiespältigkeit von § 108 Abs. 2 BGB, JURA 1984, 349 ff.

14 Siehe etwa III. 2. c).

geschäft bezieht. Nach Ansicht des Reichsgerichts[15] und von *Palm*[16] bezieht sich die Rechtsfolge des § 110 auf beide Geschäfte, das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft. Das Reichsgericht schreibt etwa: § 110 lasse „das vom Minderjährigen geschlossene Geschäft […] sowohl nach der dinglichen wie nach der schuldrechtlichen Seite von Anfang an wirksam werden, wenn es demnächst vom Minderjährigen aus überlassenen Mitteln erfüllt wird".[17] Diese Aussage weist jedoch mehrere dogmatische Mängel auf.

Zunächst ist festzustellen, dass man ein Verfügungsgeschäft schwerlich „erfüllen" kann, man kann lediglich *durch* ein Verfügungsgeschäft erfüllen, nämlich das Verpflichtungsgeschäft.[18] Im Weiteren kann ein Verpflichtungsgeschäft nicht „nach der dinglichen […] Seite" wirksam werden.[19] Die Auffassung des Reichsgerichts und von *Palm* ist daher bereits aus diesen Gründen abzulehnen.[20]

In Betracht kommen demnach nur noch zwei Varianten: Entweder bezieht sich die Rechtsfolge allein auf das Verfügungsgeschäft oder aber allein auf das Verpflichtungsgeschäft.

Dilcher[21] entscheidet sich für erstere Variante: Die Rechtsfolge des § 110 beziehe sich allein auf das Verfügungsgeschäft. Jedoch ergibt sich bereits aus den Motiven zum BGB, dass § 110 bezweckt, das Verpflichtungsgeschäft unantastbar zu machen.[22] Die Bedeutung des § 110 würde also „geradezu auf den Kopf gestellt, würde man davon ausgehen, dass sich die Rechtsfolge auf das Verfügungsgeschäft beziehe.[23]

Im Wege des Ausschlussverfahrens ergibt sich nach alldem, dass die Rechtsfolge des § 110 allein auf das Verpflichtungsgeschäft zu beziehen ist. Der gesamte erste Teil des § 110 bezieht sich somit auf das Verpflichtungsgeschäft.[24]

Fraglich ist, ob dies auch für den zweiten Teil des § 110 gilt. Der zweite Teil des § 110 lautet: „wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind". Eine „vertragsmäßige Leistung" kann indes nicht durch ein Verpflichtungsgeschäft „bewirkt" werden. Das Bewirken einer vertragsmäßigen Leistung setzt eine *unmittelbare* Rechtsänderung voraus, die allein durch ein Verfügungsgeschäft vollzogen werden kann.[25] Der zweite Teil des § 110 bezieht sich somit auf das Verfügungsgeschäft.[26] Die Satzverknüpfung „wenn" zeigt an, dass das Verfügungsgeschäft Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts ist.

1. Das Verpflichtungsgeschäft

Im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts ist vor allem das Tatbestandsmerkmal „ohne Zustimmung" von Interesse. Der dogmatisch-konstruktive Streit, der einen Schwerpunkt dieses Aufsatzes bildet, lässt sich an diesem Merkmal aufhängen; denn nach der herrschenden Meinung bedeutet „ohne Zustimmung" in Wirklichkeit „ohne ausdrückliche Zustimmung"[27]. Der gesetzliche Vertreter willige durch die Überlassung von Mitteln stillschweigend in das Verpflichtungsgeschäft des Minderjährigen ein. Es handelt sich nach herrschender Meinung bei dem § 110 folglich um einen Spezialfall der Einwilligung nach § 107.[28]

a) Argumente gegen die herrschende Meinung

Es gibt fünf Argumente die gegen diese Auslegung des Tatbestandmerkmals „ohne Zustimmung" sprechen: *Erstens* stört an dieser Auslegung, dass sie dem Wortlaut des § 110 entgegensteht. „Ohne Zustimmung" bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eben nicht „ohne ausdrückliche Zustimmung".[29] *Zweitens* fällt auf, dass das BGB im Übrigen überhaupt nicht zwischen einer ausdrücklichen und einer nicht ausdrücklichen Zustimmung unterscheidet.[30] Die Vorschrift § 127 Abs. 2 S. 1 E I, die klarstellen sollte, dass die Zustimmung „ausdrücklich oder stillschweigend" erfolgen kann, wurde vielmehr von der Zweiten Kommission als entbehrlich gestrichen.[31] Außerdem dürfte eine entsprechende Unterscheidung zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Wann ist etwa ein Kopfnicken eine ausdrückliche Zustimmung?[32] Und

15 Siehe RGZ 74, 234 (235).

16 *Heinz Palm,* in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Handkommentar), Band 1, 12. Aufl. 2008, § 110 Rn. 5.

17 RGZ 74, 234 (235).

18 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863, (864); *Kurt Schellhammer,* Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen. BGB Allgemeiner Teil und das gesamte Schuldrecht mit Nebengesetzen, 3. Aufl. 1999, Rn. 2316.

19 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (866).

20 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (866); *Nierwetberg* (Fn. 8), JURA 1984, 127 (131), *Schellhammer* (Fn. 18), Rn. 2316.

21 *Hermann Dilcher,* in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1980, § 110 Rn. 5 f.

22 *Benno Mugdan,* Die gesamten Materialen zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Neudruck 1979, S. 433.

23 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (864).

24 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (863 f.); *Walter F. Lindacher,* Überlegungen zu § 110 BGB, in: Walther J. Habscheid (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, 1976, 533 (534); *Nierwetberg* (Fn. 8), JURA 1984, 127 (131); *Eberhard Wieser,* Der Anwendungsbereich des „Taschengeldparagraphen" (§ 110 BGB), FamRZ 1973, 434 (434).

25 Zur Definition eines Verfügungsgeschäfts siehe *Burkhard Boemke/Bernhard Ulrici,* BGB Allgemeiner Teil, 2009, § 4 Rn. 24.

26 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (864); *Nierwetberg* (Fn. 8), JURA 1984, 127 (131).

27 *Wolfgang Ellenberger,* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 68. Aufl. 2009, § 110 Rn. 1; *Jochem Schmitt,* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Aufl. 2006, § 110 Rn. 9.

28 *Brox/Walker,* BGB AT (Fn. 4), Rn. 281; *Flume* (Fn. 2), § 13, 7 c, cc, S. 199; *Wolfgang Hefermehl,* in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl. 1999, § 110 Rn. 1; *Larenz/Wolf* (Fn. 3), § 25 Rn. 34 ff. *Medicus* (Fn. 5) Rn. 579.

29 *Boemke/Ulrici,* BGB AT (Fn. 25), § 9 Rn. 44.

30 *Boemke/Ulrici,* BGB AT (Fn. 25), § 9 Rn. 44.

31 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Nachdruck 1983, Band I, S. 177; siehe dazu auch *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (865).

32 Das Beispiel stammt von *Boemke/Ulrici,* BGB AT (Fn. 25), § 9

überhaupt: Weshalb sollte man zwischen einer ausdrücklichen und konkludenten Einwilligung unterscheiden? Bei der Einwilligung handelt es sich in jedem Fall um eine Willenserklärung, welche gilt, weil sie gewollt ist. Dies gilt aber sowohl für ausdrückliche als auch für konkludente Erklärungen.[33]

Drittens missfällt, dass die herrschende Meinung den § 110 als einen besonderen Anwendungsfall der *Einwilligung* ansieht.[34] Obwohl der Wortlaut des § 110 von „ohne *Zustimmung*" spricht, möchte die herrschende Meinung also den Begriff der Zustimmung auf einen Teilaspekt, den der Einwilligung, eingrenzen, der nach der Legaldefinition des § 183 S. 1 nur die vorherige, nicht aber die nachträgliche Zustimmung umfasst.[35] Es ist schwer vorstellbar, dass das BGB, dieses „Privatgesetzbuch mit der präzisesten, konsequentesten Rechtssprache vielleicht aller Zeiten"[36], seinen eigenen Begriffsbestimmungen nicht folgt.[37]

Bereits diese drei Argumente zeigen daher, dass es gute *begrifflich-systematische* Gründe gibt, die Plausibilität der herrschenden Meinung anzuzweifeln.

Ein weiteres, *viertes* Argument kommt hinzu, wenn man daran erinnert, dass das Verpflichtungsgeschäft erst dann (rückwirkend) wirksam wird, wenn das Verfügungsgeschäft des Minderjährigen die vertragsmäßige Leistung bewirkt hat. Dies bestreitet auch die herrschende Meinung nicht.[38] Dann stellt sich aber die Frage, worin der gesetzliche Vertreter überhaupt einwilligen muss. Schließlich bestehen bis zum Wirksamwerden gar keine Pflichten aus dem Verpflichtungsvertrag. Da die „vertragsmäßige Leistung", wie später noch zu sehen sein wird,[39] stets vollständig und mangelfrei erbracht werden muss, führt die Regelungstechnik des § 110 vielmehr dazu, dass der Minderjährige alle Vorteile aus dem Verpflichtungsgeschäft ziehen kann, ohne selbst durch es verpflichtet zu sein.[40] Für den Minderjährigen besteht folglich überhaupt kein Risiko mehr, sondern er hat stattdessen den lediglich rechtlichen Vorteil, dass er mit dem Wirksamwerden des Verpflichtungsvertrags auch noch Mängelgewährleistungsrechte aus dem Vertrag, etwa gemäß §§ 437 ff., geltend machen kann.[41] Das vierte Argument gegen die herrschende Meinung lautet also, dass es auf Grund des lediglich rechtlichen Vorteils, die der Minderjährige im Falle des rückwirkend wirksamen Verpflichtungsgeschäfts erwirbt, gemäß § 107 gar keiner Einwilligung seitens des gesetzlichen Vertreters bedarf.[42]

Im Weiteren lässt das letztgenannte, vierte Argument auf eine gegenteilige *Auslegungsregel* schließen, die aus § 110 folgt: In der Überlassung von Mitteln ist grundsätzlich gerade keine konkludente Zustimmung in das Verpflichtungsgeschäft zu sehen; denn der gesetzliche Vertreter hat angesichts der gesetzlichen Rechtsfolge des § 110 in der Regel gar kein Interesse daran, die in der Hingabe der Mittel liegende Einwilligung in das Verfügungsgeschäft auf das Verpflichtungsgeschäft zu erstrecken. Die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts wird durch das Gesetz sichergestellt. Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn dem Minderjährigen aufgrund der Unwirksamkeit des Verpflichtungsvertrages Nachteile drohen, die dem Interesse, nicht mit offenen Verbindlichkeiten belastet zu werden, überwiegen.[43] Dies kann insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen der Fall sein.[44] Anhand des Miet-Falles wird diese Fallgruppe im Folgenden noch erörtert werden.[45]

Aus der Auslegungsregel, wonach in der Mittelüberlassung grundsätzlich keine konkludente Zustimmung in das Verpflichtungsgeschäft zu sehen ist, folgt zugleich ein *fünftes* Argument – das Argument der systematischen Stimmigkeit[46]; denn § 110 lässt sich nach der hier vorgenommen Einordnung trennscharf von § 107 abgrenzen: Bei einer Mittelüberlassung ist gemäß der Auslegungsregel grundsätzlich § 110 einschlägig. Möchte der gesetzliche Vertreter seine in der Mittelüberlassung liegende Einwilligung in das Verfügungsgeschäft aber ausnahmsweise auf das Verpflichtungsgeschäft erstrecken, so ist mangels des Tatbestandsmerkmals „ohne Zustimmung" § 110 gar nicht einschlägig, sondern § 107.[47]

b) Argumente für die herrschende Meinung

Angesichts dieser Fülle von Argumenten für die Mindermeinung stellt sich die Frage, was denn überhaupt *für* die herrschende Meinung spricht. Bei der Suche nach Argu-

Rn. 44.

33 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (865).

34 *Schmitt,* in: MüKo (Fn. 27), § 110 Rn. 5; *Ellenberger,* in: Palandt (Fn. 27), § 110 Rn. 1; *Brox/Walker,* BGB AT (Fn. 4), § 12 Rn. 280.

35 Die nachträgliche Zustimmung ist in § 184 Abs. 1 als Genehmigung definiert.

36 *Rudolf Gmür,* Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1965, S. 28.

37 Die Minderansicht hat hingegen keine Probleme damit, das Tatbestandsmerkmal „ohne Zustimmung" auch auf die *nachträgliche* Zustimmung – also die Genehmigung – zu erstrecken. Schließlich ist es sehr wohl denkbar, dass die gesetzlichen Vertreter zunächst nur Taschengeld „zu freier Verfügung" geben und sodann das konkrete Geschäft vor der vollständigen Zahlung des Kaufpreises genehmigen. Dies hätte zur Folge, dass überhaupt nicht § 110 einschlägig ist, sondern direkt § 107. Warum dies Vorgehen unter Umständen sinnvoll sein kann, wird sich später im Rahmen des Miet-Falls (s. u. III. d) bb)) noch zeigen.

38 *Medicus* (Fn. 5), Rn. 579, *Wolf/Larenz* (Fn. 3), § 25 Rn. 38.

39 Siehe unten III. 2. a).

40 Siehe *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (866).

41 Vgl. *Boemke/Ulrici,* BGB AT (Fn. 25), § 9 Rn. 44.

42 Um dieses Argument zu entkräften muss daher die herrschende Meinung darlegen, warum der Minderjährige im Falle des § 110 keinen lediglich rechtlichen Vorteil i. S. d. § 107 erlangt und eine Einwilligung überhaupt erforderlich ist. Siehe auch *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (865 f.), *Boemke/Ulrici,* BGB AT (Fn. 24), § 9 Rn. 44.

43 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (869); *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 8 m. w. N.

44 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (869); *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 8 m. w. N.

45 Siehe unten III. d) bb).

46 Es handelt sich damit um ein *konsistenzsicherndes* Argument. Zu dieser Argumentform siehe *Robert Alexy,* Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, 71 (86).

47 So auch *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (869).

menten für die herrschende Meinung fällt das Ergebnis äußerst dürftig aus. Es ist schwer zu glauben, dass es Zufall ist, dass sich gerade die Lehrbücher und Kommentare, die sich ausführlich mit § 110 beschäftigen, zu dem Ergebnis kommen, dass der Minderansicht zu folgen ist.[48] Es scheint als konnte sich die herrschende Meinung nur solange halten, weil sie zumeist nicht zu anderen Ergebnissen führte als die Minderansicht. Die herrschende Meinung wird nur plausibel, wenn man nicht strikt zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft trennt.[49] Die strikte Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft ist daher gewissermaßen der Türöffner zum Verständnis des § 110, der häufig leider nicht gefunden wurde.

c) Zusammenfassung

Es ist festzustellen, dass es eine Vielzahl von begrifflich-systematischen Argumenten gibt, die dafür streiten, das Tatbestandsmerkmal „ohne Zustimmung" auch tatsächlich als „ohne Zustimmung" zu lesen. *Leenen* hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass nach diesem Verständnis der § 110 in der Regelungstechnik den „Heilungs"-Vorschriften im Recht der Formmängel (§§ 313 S. 2, 518 Abs. 2, 766 S. 2; § 15 Abs. 2 S. 2 GmbHG) entspricht; denn, genau wie bei § 110, stellt ein geheilter Formmangel die Rechtslage her, die auch bei einem wirksamen Verpflichtungsvertrag nach Erlöschen der Leistungspflichten i. S. d. § 362 Abs. 1 bestünde.[50]

d) Beispielsfälle

Anhand von zwei Beispielsfällen, dem „Busfahrt-Fall" und dem „Miet-Fall", soll im Folgenden § 110 in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft dargestellt werden.

aa) Busfahrt-Fall

Sachverhalt: Der 15-jährige M erhält von seinen Eltern täglich 2,50 € für die Busfahrten zur Schule. Irgendwann beschließt M lieber „schwarz" zur Schule zu fahren. Bei der ersten Schwarzfahrt wird M jedoch erwischt. Das Busunternehmen (B) weist auf die Beförderungsbedingungen hin, die in den Bussen aushängen, und verlangt den Fahrpreis von 2,50 € sowie zusätzlich ein erhöhtes Beförderungsentgelt von 50 €. Ist ein wirksamer Beförderungsvertrag zustande gekommen?

Lösung: Ein wirksamer Beförderungsvertrag setzt Angebot und Annahme gemäß §§ 145, 147 voraus. Vorliegend ist das Angebot in der sog. „Realofferte"[51] des Busunternehmens zu sehen. Das Zurverfügungstellen des Busses als Beförderungsmittel stellt ein konkludentes Angebot zum Abschluss des Beförderungsvertrages dar.[52]

Fraglich ist jedoch, ob eine Annahme auf Seiten des M vorliegt. Geht man vom objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 aus, so brachte M durch das Betreten des Busses konkludent zum Ausdruck, einen Beförderungsvertrag abschließen zu wollen. Der Zugang dieser Annahme ist gemäß § 151 S. 1 nicht erforderlich und ein geheimer Vorbehalt ist gemäß § 116 unbeachtlich.

Auf Grund der beschränkten Geschäftsfähigkeit des 15-jährigen M könnte die Einigung aber gemäß § 108 Abs. 1 schwebend unwirksam sein. § 108 Abs. 1 setzt voraus, dass eine Einwilligung nach § 107 erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Ob ein Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder nicht, bestimmt sich allein nach dessen rechtlicher Wirkung, nicht nach dessen Wirtschaftlichkeit.[53] Ein gegenseitiger Vertrag ist wegen der gegenseitigen Leistungspflichten daher niemals lediglich rechtlich vorteilhaft.[54] Folglich ist auch der Beförderungsvertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf demnach der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter. Man könnte mit der herrschenden Meinung die Auffassung vertreten, dass in der Mittelüberlassung, dem täglichen Überlassen der 2,50 € für die Busfahrt, die konkludente Einwilligung in den Beförderungsvertrag liegt. Streiten könnte man sich dann, ob diese konkludente Einwilligung in den Beförderungsvertrag nur unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1) erteilt wurde, dass der Minderjährige tatsächlich die Fahrkarte erwirbt.[55]

Dogmatisch sauber ist dieses Vorgehen jedoch nicht. Nach der oben ausgearbeiteten *Auslegungsregel* liegt in der Mittelüberlassung lediglich eine Einwilligung in das Verfügungsgeschäft und grundsätzlich keine konkludente Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft.[56] Fraglich ist daher, ob die gesetzlichen Vertreter *ausnahmsweise* die in der Mittelüberlassung liegende Einwilligung in das Verfügungsgeschäft auf den Verpflichtungsvertrag, also auf den Beförderungsvertrag erstrecken wollten. Dies ist der Fall, wenn dem Minderjährigen ohne ein Wirksamwerden des Verpflichtungsvertrages Nachteile drohen, die das Interesse des Minderjährigen, nicht mit offenen Verbindlichkeiten belastet zu werden, überwiegen.[57] Vorliegend ist nicht zu sehen, welche Nachteile dem Minderjährigen aus der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts drohen sollten. Vielmehr besteht der handfeste Vorteil, dass M bei einem unwirksamen Beförderungsvertrag je-

48 Herauszuheben ist hierbei vor allen Dingen die sehr schöne Kommentierung von *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110.

49 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (863).

50 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (868).

51 Zum Begriff der Realofferte siehe *Ellenberger,* in: Palandt (Fn. 27), Einf. v. § 145 Rn. 25.

52 Der Beförderungsvertrag ist als Werkvertrag gemäß § 631 einzuordnen, da der Transport zur Zielhaltestelle und damit ein Erfolg geschuldet ist. Siehe dazu BGH, NJW 1974, 852 (852).

53 *Reinhard Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 2006, Rn. 998.

54 *Brox/Walker,* BGB AT (Fn. 4), Rn. 273.

55 AG Hamburg, NJW 1987, 448 (448) macht die konkludente Einwilligung etwa von dieser Bedingung abhängig, anders hingegen das AG Köln NJW 1987, 447 (447), das eine derartige Beschränkung der Einwilligung als treuwidrig gemäß § 242 einstuft.

56 Siehe oben III. 1.

57 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (869); *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 8 m. w. N.

denfalls das erhöhte Beförderungsentgelt von 50 € nicht zahlen muss; denn die Beförderungsbedingungen als AGB „stehen und fallen" mit der Wirksamkeit des Beförderungsvertrages.[58] Nach alldem ist also kein wirksamer Beförderungsvertrag zwischen M und B zustande gekommen.

bb) Miet-Fall

Sachverhalt: Der 17-jährige M muss sich ein Zimmer in einem auswärtigen Studienort anmieten. Von seinen Eltern erhält M monatlich 600 €, von denen er auch seine monatlich anfallenden Mietkosten bezahlen soll. Für welchen Zeitraum ist der unbefristet vereinbarte Mietvertrag wirksam?

Lösung: Die Antwort zu dieser Frage könnte sich aus § 110 ergeben. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt gemäß der *Auslegungsregel* in der monatlichen Mittelüberlassung der Eltern von 600 € grundsätzlich keine Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft, also den unbefristet wirksamen Mietvertrag. Fraglich ist, ob die gesetzlichen Vertreter *ausnahmsweise* die in der Mittelüberlassung liegende Einwilligung in das Verfügungsgeschäft auf den Verpflichtungsvertrag, also auf den Mietvertrag erstrecken wollten. Dies ist der Fall, wenn dem Minderjährigen ohne ein Wirksamwerden des Verpflichtungsvertrages Nachteile drohen, die das Interesse des Minderjährigen, nicht mit offenen Verbindlichkeiten belastet zu werden, überwiegen.[59] Die Nachteile, die vorliegend dem Minderjährigen ohne ein Wirksamwerden des Mietvertrages drohen, liegen auf der Hand: Die Rechtsfolge des § 110, wonach der Verpflichtungsvertrag von Anfang als wirksam gilt, greift nach ganz allgemeiner Ansicht nur ein, wenn die vertragsmäßige Leistung vollständig „bewirkt" wird.[60] Der Minderjährige erbringt aber jeweils nur für den konkreten Monatsabschnitt die vertragsmäßige Leistung vollständig. Der Mietvertrag würde demnach auch stets nur für diesen konkreten Monatsabschnitt als von Anfang wirksam gelten. Es bestünde somit die Gefahr, dass der Minderjährige nach Ende jeden Monats „vor die Tür" gesetzt würde.[61] Dies entspricht indes nicht dem Interesse der Eltern. Dem Minderjährigen drohen daher bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsvertrages Nachteile, die dem Interesse, nicht mit offenen Verbindlichkeiten belastet zu werden, überwiegen. Es liegen damit Umstände vor, aus denen folgt, dass die Eltern, die in der Mittelüberlassung liegende Einwilligung in das Verfügungsgeschäft *ausnahmsweise* auch auf das Verpflichtungsgeschäft, also den Mietvertrag, erstrecken wollten. Somit ist mangels des Tatbestandsmerkmals „ohne Zustimmung" § 110 gar nicht einschlägig. Die Lösung dieses Falles ergibt sich nach der in diesem Aufsatz befolgten Auffassung vielmehr allein aus § 107.

Die herrschende Meinung hingegen sieht sich gezwungen, den § 110 teleologisch zu reduzieren, um zu demselben Ergebnis zu kommen.[62] Die teleologische Reduktion des § 110 besteht darin, dass die in der Mittelüberlassung liegende konkludente Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht unter der Bedingung steht, dass der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung vollständig bewirkt.[63]

Die Fallgruppe der Dauerschuldverhältnisse erweist sich damit als schlagendes Argument dafür, warum die hier unterstützte Konstruktion des § 110 der herrschenden Meinung überlegen ist: Sie führt zu einer größeren systematischen Stimmigkeit.[64]

2. Das Verfügungsgeschäft

Der zweite Teil des § 110, der sich auf das Verfügungsgeschäft bezieht, ist in mehrere Teile aufzuspalten: das Bewirken der vertragsmäßigen Leistung (a), mit Mitteln vom gesetzlichen Vertreter oder einem Dritten (b), zu einem bestimmten Zweck oder zu freier Verfügung (c).

a) Bewirken der vertragsmäßigen Leistung

Aus der Formulierung „bewirkt" folgt, dass die vertragsmäßige Leistung nicht nur teilweise, sondern vollständig zu erbringen ist.[65] In der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist zugleich dessen Einwilligung nach § 107 in das daraufhin getätigte Verfügungsgeschäft zu sehen, mit dem die „vertragsmäßige Leistung" bewirkt wird.[66] Die „vertragsmäßige Leistung" ist die vereinbarte Leistung aus dem (schwebend unwirksamen) Verpflichtungsgeschäft, also etwa einem Kaufvertrag.[67]

Aus der Formulierung „*vertragsmäßige* Leistung" folgt, dass es für § 110 nicht genügt, dass die Übereignung sachenrechtlich wirksam ist. An einer „*vertragsmäßigen*" Leistung fehlt es vielmehr auch dann, wenn die Sachen mangelhaft, etwa i. S. v. § 434, sind.[68] Der Minderjährige ist daher im Rahmen des § 110 vor Gewährleistungsansprüchen geschützt.

58 Siehe dazu den Wortlaut des § 305 Abs. 1 S. 1, aus dem klar hervorgeht, dass die Geltung der AGB von dem Abschluss des Vertrages abhängen.

59 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (869); *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 8 m. w. N.

60 Siehe unten III. 2. a).

61 So auch *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (869); *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 8, 10 m. w. N.

62 Siehe dazu *Lindacher,* in: FS Bosch (Fn. 24), 538 f. m. w. N.

63 *Lindacher,* in: FS Bosch (Fn. 24), 533 (538); *Hefermehl,* in: Soergel (Fn. 28), § 110 Rn. 4.

64 Siehe bereits oben III. 1.

65 *Jens Petersen,* Die Geschäftsfähigkeit, JURA 2003, 97 (99).

66 So auch *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (863); *Nierwetberg* (Fn. 8), JURA 1984, 127 (131) m. w. N.

67 Die Formulierung „vertragsmäßige Leistung" zeigt, in welcher Präzision Begriffe im BGB verwendet werden. Da im Rahmen des § 110 die Leistung aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäft überhaupt nicht geschuldet ist, spricht man in § 110 nämlich ganz bewusst nicht von einer „geschuldeten Leistung", sondern nur von einer „vertragsmäßigen Leistung". Anders ist dies etwa in § 362 Abs. 1, bei dem es um die Leistung aus einem wirksamen Vertrag geht. Folgerichtig wird in § 362 von einer „geschuldeten Leistung" gesprochen. Siehe dazu *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (864).

68 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (866).

b) Mit Mitteln vom gesetzlichen Vertreter oder Dritten

Als „Mittel", die nach § 110 dem Minderjährigen überlassen werden können, kommen alle Vermögensgegenstände in Betracht.[69] Gewöhnlicherweise wird es sich hierbei um Bargeld oder um Überweisungen auf ein Girokonto des Minderjährigen handeln.[70] Es gibt nach dem Wortlaut des § 110 zwei Möglichkeiten, wie der Minderjährige zu diesen Mitteln gelangen kann. *Zum einen* können die Mittel ihm vom gesetzlichen Vertreter überlassen werden; *zum anderen* von einem Dritten. Wenn allerdings ein Dritter die Mittel überlässt, dann ist es notwendig, dass der gesetzliche Vertreter der Mittelüberlassung zustimmt. Letzthin bedarf daher jede Mittelerlangung des Minderjährigen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Substantielle Unterschiede zwischen den beiden Möglichkeiten der Mittelerlangung bestehen daher nicht.[71]

c) Zu einem bestimmten Zweck oder zu freier Verfügung

Die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zur Mittelüberlassung kann allerdings davon abhängig gemacht werden, dass das Verfügungsgeschäft zu einem bestimmten Zweck getätigt wird. Genauer gesagt: Der gesetzliche Vertreter kann verlangen, dass die überlassenen Mittel für eine bestimmte vertragsmäßige Leistung verwendet werden. Denken ließe sich hierbei etwa an die Überlassung von Geld, damit sich der Minderjährige davon eine CD kauft.

Nach § 110 können die Mittel aber auch „zu freier Verfügung" von dem gesetzlichen Vertreter überlassen werden. Was darunter genau zu verstehen ist, ist jedoch streitig.

Safferling[72] meint, dass das Merkmal „zu freier Verfügung" eine Ausnahme gegenüber § 107 normiert. § 110 erweitere ähnlich wie die §§ 112 und 113 die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen oder stelle zumindest eine Ermächtigung des Minderjährigen dar.[73] Die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts beruhe daher nicht auf einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, sondern ergebe sich als Rechtsfolge des § 110 aufgrund der Mittelüberlassung.[74] Zunächst ist festzustellen, dass diese Ansicht den § 110 nicht richtig versteht: Die Rechtsfolge des § 110 bezieht sich, wie gesehen,[75] nicht auf das Verfügungsgeschäft, sondern allein auf das Verpflichtungsgeschäft. Außerdem spricht gegen die Annahme einer erweiterten Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen der Wortlaut des § 110. Anders als in den §§ 112, 113 ist in § 110 von einer unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, bezogen auf eine bestimmte Art von Geschäften, nicht die Rede. Vor allem aber besteht nach der Ansicht von *Safferling* ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der zweckgebundenen Überlassung und der Überlassung zu freier Verfügung. Für einen solchen Unterschied gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.[76] Die Ansicht von *Safferling* ist daher abzulehnen.[77]

Nach dem Wortlaut des § 110 „zu freier Verfügung" liegt es indes dennoch nahe, von einer vollumfänglichen Verfügungsfreiheit des Minderjährigen auszugehen. Das Verfügungsgeschäft könnte demnach *irgendeine* vertragsmäßige Leistung bewirken. Im Ergebnis läuft diese Ansicht damit auf die zuvor abgelehnte Auffassung von *Safferling* hinaus. Der entscheidende dogmatische Unterschied besteht lediglich darin, dass darin keine Ausnahme zu § 107 gesehen werden muss. Schließlich kann die Einwilligung nach § 107 bereits in der Überlassung der Mittel liegen und die gesetzlichen Vertreter haben allein durch die Höhe der Mittelüberlassung sehr wohl gewisse „Lenkungsmöglichkeiten".

Diese sehr weite Auffassung wird von der herrschenden Meinung jedoch abgelehnt.[78] Es könne nicht sein, dass der gesetzliche Vertreter lediglich die Wahl „zwischen dem Gängelband zweckgebundener Mittel und einem totalen Taschengeld"[79] habe. Die herrschende Meinung will daher den dem konkreten Rechtsgeschäft entgegenstehenden Willen des gesetzlichen Vertreters berücksichtigen.[80] Nach der herrschenden Lehre ist hierbei vorrangig auf das Innenverhältnis zwischen Minderjährigem und gesetzlichem Vertreter abzustellen[81]; die Rechtsprechung dagegen betont, dass es auch auf die Erkennbarkeit für Dritte ankommen müsse[82].

Angesichts des Sinns und Zwecks des Minderjährigenrechts, bei dem es eben nicht nur um Minderjährigenschutz geht, sondern auch um Verkehrsschutz und die Einübung verantwortlichen rechtsgeschäftlichen Handelns,[83] erscheint es aber gerechtfertigt, dem Wortlaut gemäß dem Minderjährigen einen weiten Handlungsspielraum zuzugestehen und in dem Taschengeld eine Mittelüberlassung für *jedwede* Bewirkung einer (gesetzlich zulässigen) vertragsmäßigen Leistung zu sehen.[84] Eine sinnvolle Beschränkungsmöglichkeit besteht bereits dadurch, dass

69 Es sei denn ein Fall der §§ 1644, 1824 liegt vor, wonach der gesetzliche Vertreter für bestimmte Gegenstände einer vormundschaftlichen Genehmigung bedarf. Siehe dazu *Larenz/Wolf* (Fn. 3), § 25 Rn. 39.

70 Vgl. *Larenz/Wolf* (Fn. 3), § 25 Rn. 39.

71 So explizit auch *Joseph Safferling,* Zur Auslegung des sog. Taschengeldparagraphen, Rpfleger 1972, 124 (124).

72 *Safferling* (Fn. 71), Rpfleger 1972, 124 (125).

73 *Safferling* (Fn. 71), Rpfleger 1972, 124 (125).

74 *Safferling* (Fn. 71), Rpfleger 1972, 124 (125 f.).

75 Siehe oben III.

76 *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 5.

77 *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 5.

78 RGZ 74, 234 (235 f.), *J. Schmitt,* in: MüKo BGB (Fn. 27), § 110 Rn. 26; *Hefermehl,* in: Soergel (Fn. 28), § 110 Rn. 4; *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 14; *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (866); *Lindacher,* in: FS Bosch (Fn. 24), 533 (542).

79 *Lindacher,* in: FS Bosch (Fn. 24), 533 (542).

80 *Knothe,* in: Staudinger (Fn. 7), § 110 Rn. 14, spricht davon, dass es „gewisse immanente Beschränkungen" gibt.

81 *Lindacher,* in: FS Bosch (Fn. 24), 533 (541 f.); *J. Schmitt,* in: MüKo BGB (Fn. 27), § 110 Rn. 27.

82 RGZ 74, 234 (235 f.).

83 Siehe oben II. 2.

84 Mit ähnlicher Argumentation auch *Nierwetberg* (Fn. 8), JURA 1984, 127 (128 f.).

die gesetzlichen Vertreter die Höhe des Taschengeldes bestimmen können und dass, wie gesehen,[85] die Mittelüberlassung durch Dritte auch wieder von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängt. Was die etwas weitere Ansicht der *Rechtsprechung* anbelangt, die zusätzlich auf die Erkennbarkeit für Dritte abstellt, so ist zu sagen, dass es nur ausnahmsweise der Fall sein wird, dass Dritte den dem konkreten Rechtsgeschäft entgegenstehenden Willen des gesetzlichen Vertreters erkennen können. In diesen Ausnahmefällen ist daran zu denken, dem Vertragspartner die Berufung auf den Vertragsabschluss wegen einer gegen § 242 verstoßenden Rechtsausübung zu verwehren.[86] Gegenüber einer begriffsimmanenten Beschränkung, also der Beschränkung innerhalb des Begriffes „zu freier Verfügung", gewährleistet der Rückgriff auf § 242 eine größere Transparenz und damit ein stärkeres Maß an Rationalität.[87]

d) Zusammenfassung

Die Grundstruktur des § 110 in Bezug auf das Verfügungsgeschäft dürfte nach alldem klar geworden sein: Es gibt zwei Möglichkeiten der Mittelüberlassung – die Mittelüberlassung vom gesetzlichen Vertreter oder von einem Dritten. Beide Möglichkeiten setzen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters voraus. Diese Zustimmung zur Mittelüberlassung kann durch einen Zweck gebunden sein, muss aber nicht. Bei der Überlassung zu freier Verfügung ist nach hier vertretener Auffassung von einer vollumfänglichen Verfügungsfreiheit des Minderjährigen auszugehen.

e) Beispielsfälle

Anhand von zwei Beispielsfällen soll die Regelung des § 110 in Bezug auf das Verfügungsgeschäft veranschaulicht werden. Zunächst geht es im „Lotterielos-Fall" um die Mittelüberlassung durch einen Dritten und im „Weinkauf-Fall" wird der Streit um das Tatbestandsmerkmal „zu freier Verfügung" erörtert.

aa) Lotterielos-Fall

Sachverhalt: Der 17-jährige M spielt mit seinem Taschengeld von 10 €, das er wöchentlich von seinen Eltern erhält, regelmäßig Lotto. Eines Tages gewinnt er 5.000 €. Davon kauft er sich bei V einen VW Bully. Ist die Übereignung der 5.000 € des M an V wirksam?[88]

Lösung: Voraussetzung ist, dass die dingliche Einigung (§ 929 S. 1) gemäß §§ 145, 147 wirksam ist. Die Übereignung der 5.000 € stellt kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft dar und bedarf folglich gemäß § 107 der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Vorliegend hat M aber aufgrund des zu freier Verfügung gestellten Taschengeldes die 5.000 € erworben. Fraglich ist, ob deshalb gemäß § 110 ausnahmsweise keine Zustimmung der gesetzlichen Vertreter notwendig ist. Auch in diesem Fall wurden dem M aber die 5.000 € letzthin nicht von seinen gesetzlichen Vertretern zu freier Verfügung überlassen, sondern von einem Dritten, nämlich der Lotteriegesellschaft. Wie gesehen,[89] bedarf es auch bei einer Mittelüberlassung von einem Dritten der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter. Eine derartige Zustimmung liegt weder ausdrücklich noch stillschweigend vor. Die Übereignung der 5.000 € an V ist daher unwirksam.

Bei strenger Gesetzesanwendung ist daher der komplizierte Weg der herrschenden Meinung, die den Lottogewinn als ein Surrogat des zu freier Verfügung gestellten Taschengeldes ansieht,[90] überhaupt nicht erforderlich.[91] Der Lottogewinn, der von der Lotteriegesellschaft ausgezahlt wird, stellt vielmehr schlicht eine neue Mittelüberlassung dar, die wiederum der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.[92]

bb) Weinkauf-Fall

Sachverhalt: Der 15-jährige M kauft sich von seinem ihm zu freier Verfügung gestellten Taschengeld vier Flaschen Weißwein für 40 € bei V. Die Eltern von M möchten jedoch nicht, dass er bereits in diesem Alter anfängt, Alkohol zu trinken. Er soll sich dementsprechend auch keinen Wein vom Taschengeld kaufen. Ist die Übereignung der 40 € von M an V wirksam?

Lösung: Die Wirksamkeit der Übereignung der 40 € setzt eine dingliche Einigung (§ 929 S. 1) gemäß §§ 145, 147 voraus. Da es sich bei der Übereignung der 40 € um kein für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft i. S. v. § 107 handelt, bedarf die Übereignung der 40 € der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Vorliegend handelt es sich bei den 40 € um Taschengeld, also um eine Mittelüberlassung zu freier Verfügung i. S. v. § 110.

Nach herrschender Lehre ist auch in diesem Fall der dem konkreten Rechtsgeschäft entgegenstehende Wille des gesetzlichen Vertreters zu berücksichtigen, wobei vorrangig auf das Innenverhältnis zwischen Minderjährigem und gesetzlichen Vertreter abzustellen ist[93]. Die gesetzlichen Vertreter von M wollen nicht, dass sich M von dem Taschengeld Wein kauft. Demzufolge möchten sie auch nicht, dass M zum Zwecke der Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung aus dem (schwebend unwirksamen) Kaufvertrag 40 € übereignet. Nach herrschender Lehre wäre folglich mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Übereignung der 40 € unwirksam.

85 Siehe oben III. 2. b).

86 Zur Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung siehe *Helmut Heinrichs,* in: Palandt (Fn. 27), § 242 Rn. 38.

87 Letzthin entspricht dieses Vorgehen der herrschenden weiten Tatbestandstheorie (auch Außentheorie genannt) bei den Grundrechten. Dazu siehe *Robert Alexy,* Theorie der Grundrechte, 1986, S. 290 ff.

88 Frei nach RGZ 74, 234.

89 Siehe oben III. 2. b).

90 So etwa RGZ 74, 234 (235 f.); *Flume* (Fn. 2), § 13 c, cc, S. 199.

91 So auch *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (864).

92 *Leenen* (Fn. 8), FamRZ 2000, 863 (864).

93 *Lindacher,* in: FS Bosch (Fn. 24), 533 (541 f.); *J. Schmitt,* in: MüKo BGB (Fn. 27), § 110 Rn. 27.

Aufgrund des Umstands, dass der Verkauf von Wein an einen Minderjährigen zugleich gegen § 9 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG verstößt, ist bei normativer Bewertung anzunehmen, dass auch für Dritte der entgegenstehende Wille der gesetzlichen Vertreter erkennbar ist. Auch nach Ansicht der Rechtsprechung[94] wäre demnach die Übereignung der 40 € unwirksam.

Nach der hier vertretenen Mindermeinung hingegen ist in der Mittelüberlassung der Eltern zu freier Verfügung stets die konkludente Einwilligung in das mit diesen Mitteln getätigte Verfügungsgeschäft des Minderjährigen zu sehen. Allerdings ist auch nach dieser Ansicht zu berücksichtigen, dass der entgegenstehende Wille der gesetzlichen Vertreter in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft für Dritte erkennbar war. Nach hier vertretener Lösung mangelt es beim Verfügungsgeschäft deshalb aber nicht an der Zustimmung der Eltern, sondern dem V ist gemäß § 242 wegen unzulässiger Rechtsausübung die Berufung auf die dingliche Einigung zu verwehren. Nach allen Ansichten ist die Übereignung der 40 € folglich unwirksam.

Dieser Fall zeigt somit, dass die Konsequenzen der Auffassung, die das Merkmal „zu freier Verfügung“ weit versteht, nicht so einschneidend sind, wie sie auf den ersten Blick scheinen.

V. Zusammenfassung

Dieser Aufsatz zeigt, dass die herrschende Meinung, die im Überlassen von Mitteln zugleich eine stillschweigende Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft sieht, mit guten Gründen abgelehnt werden kann. Aus § 110 folgt vielmehr die Auslegungsregel, dass der gesetzliche Vertreter dem Verpflichtungsgeschäft nicht schon dadurch zustimmt, dass er dem Minderjährigen Mittel überlässt. Es müssen stattdessen besondere Umstände hinzutreten, die diese Annahme rechtfertigen. Ist dies der Fall, so ist jedoch überhaupt nicht § 110 einschlägig, sondern § 107.

Im Falle des zu freier Verfügung gestellten Taschengeldes erscheint es aus Gründen des Verkehrsschutzes und der Einübung verantwortlichen rechtsgeschäftlichen Handelns vertretbar, von einem weiten Handlungsspielraum für den Minderjährigen auszugehen und ihm daher zuzugestehen, mit dem Taschengeld grundsätzlich jedwede vertragsmäßige Leistung bewirken zu können.

94 RGZ 74, 234 (235 f.).