die Gerichte beschäftigen. So ergingen bereits divergierende Urteile von Landesverfassungsgerichten.[48] Auch vor Verwaltungsgerichten, die sich ohnehin häufig mit Neutralitätspflichtverletzungen befassen,[49] stellt sich die Frage, ob die dargestellten Grundsätze hierauf zu übertragen sind.[50] Da bei diesen Fragen auch weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Klassiker auftauchen,[51] ist dieses Thema zudem auch in der Ausbildung äußerst relevant.

48 Ähnlich wie hier SaarlVerfGH, Urt. v. 08.07.2014 – Lv 5/14; wie das *Schwesig*-Urteil RhPfVerfGH, NVwZ-RR 2014, 665; ThürVerfGH, Urt. v. 03.12.2014 – VerfGH 2/14, wobei nur in letzterem die hier kritisierten Grundsätze entscheidungsrelevant waren.

49 Zuletzt etwa VG München, Beschl. v. 19.01.2015 – M 7 E 15.136; OVG Münster, Beschl. v. 12.01.2015 - 15 B 45/15, wobei sich hier die Konstellation insofern anders darstellte, als dass die Antragsstellerin (eine sog. Pegida-Ablegerin) weder politische Partei noch zu Wahlkampfzeiten tätig war und deshalb wiederum andere Maßstäbe gelten könnten.

50 Dagegen VGH Kassel, Beschl. v. 24.11.2014 – 8 A 1605/14; anders die Vorinstanz. Laut VG Meiningen, Urt. v. 25.11.2014 – 2 K 268/14 Me, juris, Rn. 20, kommen Bürgermeister durch politische Wahlen in ihr Amt, weshalb sie sich zumindest im persönlichen Umgang mit Stadträten nicht neutral verhalten müssen (Verweigerung des Handschlags mit NPD-Stadtrat).

51 Etwa die Frage, ob politische Parteien als sonstige Beteiligte gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG im Organstreitverfahren parteifähig sind; für die h.M. BVerfGE 1, 208 (223 ff.); a.A. *Maurer*, StR I (Fn. 2), § 11 Rn. 25.

Die Musterlösung wurde erstellt von Ralph Weber, Greifswald*

Examensklausur Zivilrecht

Sachverhalt

Der 20-jährige A ist Eigentümer einer Trompete. Er bietet dem 17-jährigen M diese zum Preis von 150,- € zum Kauf an. Da M sich noch nicht sofort entscheiden will, gewährt ihm A eine Bedenkzeit von 24 Stunden, bis zu deren Ablauf er sich an sein Angebot halten will. Daheim entschließt sich M nur wenig später, die Trompete des A zu erwerben und bittet daher seinen 15jährigen Bruder B, zu A zu gehen und den „Kauf zu erledigen"; er solle auch das Instrument gleich mitbringen. B geht noch in derselben Stunde zu A und erklärt diesem, die Trompete sei dem M zu teuer, M würde sie aber für 120,00 € erwerben. Da A das alte Gerät schon lange loswerden wollte, geht er nach kurzer Verhandlung darauf ein und gibt dem B die Trompete zum Preis von 120,- €, die B sofort aus seinem Sparschwein bezahlt.

Als der B dem M die Trompete aushändigt und ihm von seinem Tun erzählt, lobt M den Geschäftssinn seines Bruders und verspricht, die ersparten 30,- € brüderlich zu teilen, wofür sich B artig bedankt. Als B den M am nächsten Tag um die Bezahlung der 135,- € bittet, weigert sich M, überhaupt etwas zu bezahlen. Daraufhin nimmt B die Trompete wieder an sich und verkauft und übergibt sie für 135,- € dem D, der ebenfalls sofort bezahlt. Das Geld steckt B in sein Sparschwein.

Die Eltern von M und B haben von dem Handeln ihrer Kinder keine Kenntnis.

Fragen

1. Wer ist Eigentümer der Trompete?
2. Kann D von B Rückzahlung der 135,- € verlangen?
3. Kann B von M Zahlung (wenn ja, in welcher Höhe) verlangen?

Frage 1: Wer ist Eigentümer der Trompete?

1. Eigentumsverlust an M

A könnte sein Eigentum an M verloren haben.

a. In Betracht kommt eine Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 BGB. Dann müssten sich A und M darüber geeinigt haben, dass das Eigentum an der Trompete auf M übergehen soll, und A müsste dem M die Trompete tatsächlich übergeben haben. Eine Einigung zwischen A und M persönlich hat jedoch nicht stattgefunden.

b. M könnte aber durch B gemäß § 164 I 1 BGB vertreten worden sein. Dann müsste zwischen M und B eine wirksame Stellvertretung vorliegen.

aa. Dazu müsste eine solche Stellvertretung zunächst zulässig sein. Da es vorliegend um die Abgabe von Willenserklärungen,[1] gerichtet auf die Übereignung einer Trompete gem. § 929 BGB und damit um keine höchstpersönlichen Erklärungen geht,[2] sind die ersten beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen unproblematisch erfüllt. Fraglich ist außerdem, wie es sich auswirkt, dass B noch minderjährig und damit im Sinne von § 106 S. 2 BGB

* Prof. Dr. *Ralph Weber* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Arbeitsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Greifswald. Die Klausur wurde im Wintersemester 2011/12 als Examensklausur in Mecklenburg-Vorpommern mit den angefügten Lösungshinweisen gestellt.

1 *Jauernig*, in: ders., Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 14. Aufl. 2011, § 164 Rn. 2.

2 Dazu *Jauernig*, in: ders. (Fn. 1), § 164 Rn. 9.

nur beschränkt geschäftsfähig ist. Denn im Unterschied zum Boten, der keinen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen erklärt, sondern lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt, so dass es auf seine Geschäftsfähigkeit nicht ankommt, gibt B als Vertreter des M hier eine eigene Willenserklärung ab. Deren Wirksamkeit hängt aber grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden ab. Allerdings normiert hier § 165 BGB eine - insoweit an sich überflüssige - Erweiterung zu § 107 BGB. Da nämlich die Rechtswirkungen des Vertretergeschäfts den Hintermann treffen, so dass der Vertreter aus solchen Erklärungen nicht haftet, handelt es sich für diesen um rechtlich neutrale und damit bereits nach § 107 BGB ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zulässige Rechtsgeschäfte. Dies wiederholt § 165 BGB. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit des B wäre deshalb unbeachtlich, wenn er im Rahmen einer erteilten Vollmacht gehandelt hätte. In diesem Falle wäre die Vertretung des M durch B zulässig.

bb. Als Vertreter des M müsste B im Namen und mit Vollmacht des M eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. Fraglich ist aber, ob B überhaupt eine eigene Willenserklärung abgegeben und damit als Vertreter fungiert hat, oder ob er lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt. Dann wäre er nur Erklärungsbote. B verhandelt um den Preis. Damit gibt B vor, eine eigene, nicht völlig unerhebliche Entscheidungsmacht über die Umstände des Kaufs und der Übereignung der Trompete zu haben. Daher gibt B eine eigene Willenserklärung ab und übermittelt nicht lediglich eine fremde Willenserklärung des M. Folglich tritt B nach außen als Stellvertreter des M im Sinne von § 164 I BGB auf. Für die Abgrenzung zwischen Stellvertretung und Botenschaft ist nämlich gerade das äußere Auftreten der Hilfsperson gegenüber dem Dritten entscheidend.[3] B ist damit so zu behandeln, als sei er Vertreter des M. Dies ist unabhängig von einer entsprechenden Kenntnis des B vom Übersteigen der Botenmacht.[4] B ist auch unstreitig im Namen des M aufgetreten. Fraglich ist jedoch, ob B auch die erforderliche rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, also Vollmacht i. S. des § 167 BGB hatte. M will die Trompete von A erwerben und schickt deshalb B, damit dieser dem A, wie vorbesprochen erklärt, dass er, M, das Angebot annehmen und die Trompete erwerben will. B soll somit keine eigene Entschließungsfreiheit haben. Im Innenverhältnis zu M fungiert B somit als Bote, der gar keine Vollmacht zur Abgabe einer eigenen Willenserklärung hatte, jedenfalls nicht befugt war, über den Preis der Trompete mit Wirkung für M zu verhandeln. B handelte ohne Vertretungsmacht nach außen.

c. Exkurs: Wer hier vom Vorliegen einer entsprechenden Vollmacht ausgeht, weil der nur auf Botenschaft gerichtete Inhalt der Erklärung verkannt wird, muss sich mit dem weiteren Problem auseinandersetzen, dass M bei Abgabe dieser Vollmachtserklärung selbst noch beschränkt geschäftsfähig i. S. von §§ 2, 106 BGB war und eine Einwilligung der Eltern in die Bevollmächtigung des B nicht vorliegt. Auf die Vollmachtserklärung als einseitige Willenserklärung ist § 111 BGB anzuwenden, so dass diese nichtig wäre, wenn der M hierzu einer Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter, also der Eltern bedurft hätte. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn diese Bevollmächtigung für M lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. von § 107 BGB wäre.

Die unmittelbare Wirkung der Bevollmächtigung ist zunächst nicht nachteilig. M verschafft sich dadurch nur die zusätzliche Option, mittels Stellvertreter statt *in persona* zu handeln. Unmittelbar könnte man dies somit als rechtlich lediglich vorteilhaft ansehen. Bliebe man dabei stehen, könnte ein beschränkt Geschäftsfähiger jedoch stets ohne Beteiligung seines gesetzlichen Vertreters andere wirksam bevollmächtigen und dieser Bevollmächtigte könnte wiederum für den beschränkt Geschäftsfähigen bindende Erklärungen abgeben, ohne dass insoweit eine Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter erforderlich wäre. Damit wäre der Schutzzweck der §§ 106 ff. BGB völlig ausgehebelt. Deshalb kann nicht die Bevollmächtigung als solche für die Einordnung als lediglich rechtlich vorteilhaft herausgezogen werden, sondern es muss auf die je einzelne, mit der Vollmacht abgegebene Willenserklärung abgestellt werden.[5]

Soweit hierbei der hier nicht näher interessierende Kaufvertrag angesprochen wäre, würde dieser den M zur Kaufpreiszahlung verpflichten und wäre daher rechtlich nicht lediglich vorteilhaft i. S. von § 107 BGB und die entsprechende Vollmacht daher nach § 111 BGB nichtig. Anders ist dies aber mit Blick auf die Einigungserklärung zur Eigentumsverschaffung i. S. von § 929 S. 1 BGB zu sehen, die aufgrund des das BGB beherrschenden Abstraktions- und Trennungsgrundsatzes von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäft, hier also dem Kaufvertrag zu trennen ist.[6] Diese Einigungserklärung aber bringt dem M lediglich einen rechtlichen Vorteil, nämlich das Eigentum an der Trompete und ist damit rechtlich vorteilhaft. Dem entsprechend ist auch die Bevollmächtigung des B zur Abgabe dieser Erklärung für M nicht nach § 111 BGB nichtig und B hätte somit mit Vollmacht des M gehandelt. Die folgenden Ausführungen zur Genehmigung durch M entfallen dann notwendigerweise.

d. Richtigerweise aber hat B somit eine Einigungserklärung im Sinne von § 929 I BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben. Dieses vollmachtlose Vertreterhandeln des B würde nach § 177 I BGB nur dann Rechtswirkungen für und gegen M bewirken, wenn es von diesem genehmigt worden wäre. M lobt den B für dessen Geschäftstüchtigkeit und stellt eine Teilung des

3 BGHZ 12, 327 (334 f.).

4 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH, NJW 1988, 3013.

5 *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 6. Aufl. 2012, § 167 Rn. 9; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 47 Rn. 17.

6 *Jauernig*, in: ders. (Fn. 1), § 107 Rn. 2. und allgemein *Weber*, Sachenrecht I, 3. Aufl. 2013, § 4 Rn. 18 – 27.

von B erhandelten Preisnachlasses in Aussicht – dies kann nur als Genehmigung des vollmachtlosen Vertreterhandelns des B durch M gemäß §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Diese Genehmigung konnte M auch dem B gegenüber wirksam erklären, wenn und weil A den M noch nicht zur Genehmigung aufgefordert hatte, wie sich im Umkehrschluss aus § 177 II 2. Hs. BGB, im Übrigen aber auch aus § 182 I BGB ergibt.

Fraglich ist jedoch, wer in diesem Falle die Genehmigung erteilen darf. Bei formaler Betrachtung ist dies gem. § 177 I BGB der Vertretene, also M. Offen bleibt dabei aber, wie es sich auf die Wirksamkeit dieser Genehmigung auswirkt, dass M als der die Genehmigung Erklärende selbst noch beschränkt geschäftsfähig im Sinne von § 106 S. 2 BGB ist. Grundsätzlich gilt, dass ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht wirksam rechtsgeschäftlich tätig werden kann, sofern das BGB keine Ausnahmen vorsieht. Die Wirksamkeit seiner Willenserklärung bedarf daher grundsätzlich der Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters. Dies gilt grundsätzlich auch für die Abgabe einer Genehmigungserklärung nach § 177 BGB. Es ist jedoch denkbar, auf einen solchen Fall nicht § 177 I BGB, sondern §§ 108 f. BGB anzuwenden. Maßgeblich ist folgende Überlegung: Ob der Vertrag *in persona* oder durch einen Stellvertreter geschlossen wird, macht für den Minderjährigenschutz keinen Unterschied – wie auch die Überlegungen zur Vollmachtserteilung gezeigt haben. Der Minderjährige darf durch die Einschaltung eines rechtsgeschäftlichen Stellvertreters weder schlechter noch besser stehen. Hätte aber M den Vertrag *in persona* geschlossen, wären allein seine Eltern für die Genehmigung und deren Verweigerung zuständig (§ 108 I, II BGB). Dann aber könnte M die Genehmigung auch nicht wirksam erteilen oder verweigern, da die Zuständigkeit, über die Genehmigung des Vertrags zu entscheiden, gerade nicht beim Minderjährigen, sondern bei dessen gesetzlichem Vertreter läge. Andererseits spricht dies nicht notwendigerweise gegen eine Anwendung des § 177 I BGB. Die Entscheidung über die Genehmigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, so dass dem Schutz des Minderjährigen jedenfalls nach §§ 111, 107 BGB Rechnung getragen wird. Daher ist keine Einschränkung des § 177 I BGB erforderlich.[7] Da M diese Genehmigung ohne die Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters abgegeben hat, könnte sie wiederum als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 111 BGB nur dann Wirksamkeit erlangen, wenn auch hier wiederum § 107 BGB eingreifen könnte. Nach § 107 BGB ist eine Einwilligung nicht erforderlich, wenn der Minderjährige aus der Erklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Aufgrund des auch hier wieder zu beachtenden Abstraktions- und Trennungsgrundsatzes folgt aus der hier bei der Bearbeitung nur der Eigentumsfrage an der Trompete allein in Rede stehenden Einigungserklärung i.S.v. § 929 S. 1 BGB kein Nachteil für M. M einigt sich durch B mit A darüber, dass das Eigentum an der Trompete auf M übergehen soll. Durch den Eigentumserwerb gemäß § 929 S. 1 BGB als solchen geht M keine rechtliche Verpflichtung ein. Er würde Eigentümer der Trompete, ohne zugleich rechtlich verpflichtet zu werden. Seine Willenserklärung wäre also nur rechtlich vorteilhaft. Grundsätzlich würde § 107 BGB daher eingreifen. Da M somit diese Erklärung selbst wegen § 107 BGB wirksam abgeben könnte, greift § 111 BGB auch für die einseitige Genehmigung dieses Rechtsgeschäfts nicht ein. M hat somit das vollmachtlose Vertreterhandeln seines Bruders B wirksam genehmigt. B hat somit nach §§ 164, 177, 182 I BGB mit Wirkung für M gehandelt, so dass eine wirksame Einigung zwischen M und A vorliegt. Damit hat auch eine Eigentumsübertragung gemäß § 929 S. 1 BGB stattgefunden. A hat sein Eigentum an der Trompete an M verloren.

Hinweis: Hier kommen nun auch die Bearbeiter wieder in die Lösung zurück, die die Stellung des B lediglich als Bote verkannt hatten und daher ohne die zusätzliche Genehmigungsproblematik von einer wirksamen Vertretung des M durch B ausgegangen waren.

2. Eigentumsverlust an B

M könnte sein Eigentum jedoch durch die Ansichnahme der Trompete durch B verloren haben.

Da es sich insoweit aber nicht um ein Einigsein im Sinne der §§ 929 ff. BGB handelt, kann der Eigentumsübergang auf diese Vorschriften nicht gestützt werden - es fehlt an der für §§ 929 bis 934 BGB jeweils erforderlichen Einigung zwischen dem Erwerber und dem Weggebenden. Durch eine hier vorliegende einseitige Ansichnahme, die sog. Aneignung, kann Eigentum nach § 958 BGB grundsätzlich ebenfalls begründet werden.[8] Nach herrschender Ansicht genügt zu einer solchen Eigentumsbegründung ein sog. natürlicher Wille ohne rechtsgeschäftlichen Charakter,[9] so dass dem die beschränkte Geschäftsfähigkeit des B nicht entgegensteht. Allerdings kann auf diese Weise Eigentum nur an herrenlosen, d.h. im Zeitpunkt der Ergreifung in niemandes Eigentum stehenden Sachen[10] erworben werden. Wie soeben festgestellt, stand die Trompete zu dieser Zeit aber im Eigentum des M und war somit also nicht herrenlos. Deshalb konnte B durch deren Ansichnahme Eigentum an der Trompete nicht begründen.

7 Für eine analoge Anwendung des § 108 I: *Larenz/Wolf*, BGB AT (Fn. 5), § 47 Rn. 29 f., im Ergebnis gleich: *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 7, 243 ff.; *Palm* will § 108 I BGB analog anwenden, sofern die Erklärung für den Empfänger lediglich rechtlich vorteilhaft ist, *Palm*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. I, 12. Aufl. 2008, § 111 Rn. 3 – Für den Fall der Bevollmächtigung durch einen Minderjährigen solle aber § 111 gelten, *Palm*, in: Erman (Fn. 7), § 111 Rn. 2. Gegen die Analogie zu § 108 I: *Schmitt*, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 111 Rn. 10; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 74. Aufl. 2015, § 111 Rn. 1; *Paal/Leyendecker*, Weiterführende Probleme aus dem Minderjährigenrecht, JuS 2006, 25 (29).

8 Dazu *Weber*, SachenR I (Fn. 6), § 10 Rn. 61 f.

9 Vgl. *Schreiber*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2003, Rn. 199.

10 *Jauernig*, in: ders. (Fn. 1), § 958 Rn. 1; *Weber*, SachenR I (Fn. 6), § 10 Rn. 61.

3. Eigentumsverlust an D

M könnte sein Eigentum jedoch durch die Veräußerung von B an D verloren haben.

a. Da B nicht Eigentümer der Trompete war, könnte B allenfalls als Nichtberechtigter über diese verfügt haben. In Betracht kommt deshalb lediglich eine Eigentumsübertragung gemäß § 932 I 1 BGB. Fraglich ist hier, ob die Einigung zwischen B und D wirksam zustande gekommen ist. Dazu müsste eine wirksame Willenserklärung des B vorliegen. Dies ist zweifelhaft, da B beschränkt geschäftsfähig ist. Seine Willenserklärung könnte zu ihrer Wirksamkeit noch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen, wenn sie nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und damit gemäß § 107 BGB auch ohne eine solche wirksam geworden wäre. Rein formal gesehen gilt hier folgendes: B verfügt nicht über sein Eigentum, sondern über das Eigentum des M. Nicht er verliert damit durch die Einigungserklärung und Übergabe der Trompete Eigentum, sondern M. Folglich erleidet B durch seine Einigungserklärung keinen rechtlichen Nachteil. Er hat auch keinen rechtlichen Vorteil, es handelt sich um ein sogenanntes neutrales Geschäft. Insoweit ist § 107 BGB nach einhelliger Meinung erweiternd dahingehend auszulegen, dass diese Vorschrift nur einen Minderjährigenschutz bezwecken, ihn also nur vor rechtlichen Nachteilen schützen soll. Daher werden auch rechtlich neutrale Geschäfte von der genehmigungsfreien Wirksamkeit der Willenserklärung nach § 107 BGB erfasst.[11] Eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters war deshalb nicht erforderlich und die Willenserklärung des B somit wirksam. Eine wirksame Einigung zwischen B und D nach § 932 I 1 BGB liegt somit vor. Die Übergabe ist ebenfalls erfolgt. D war gutgläubig, da aus dem Sachverhalt Gegenteiliges nicht zu entnehmen und daher sein guter Glaube gemäß § 932 II BGB zu vermuten ist.[12] Die Voraussetzungen eines Eigentumserwerbs gemäß § 932 I 1 BGB liegen jedenfalls insoweit somit vor.

b. *Medicus* und andere wenden dagegen jedoch ein, dass in derartigen Fällen eine Randberichtigung der Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs erforderlich sei.[13] Denn der Gutglaubensschutz soll den Erwerber gerade (nur) so stellen, wie er bei Richtigkeit seiner Vorstellung, auf die der gute Glaube sich bezieht, stehen würde. Wäre hier aber B wirklich Eigentümer der Trompete gewesen, wie D glaubte, dann hätte D Eigentum nicht erwerben können, weil die Einigung über den Eigentumsübergang dann für B einen rechtlichen Nachteil gebracht und somit von der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters abhängig gewesen wäre. D konnte also allein deshalb von B gutgläubig nach § 932 I 1 BGB Eigentum an der Trompete erwerben, weil B nicht deren Eigentümer war. Für diese Fälle aber war die gesetzgeberische Zulassung des gutgläubigen Erwerbs nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht gedacht. Geht man also davon aus, dass auch die §§ 932 ff. BGB einen Eigentumserwerb dann nicht vollbringen können, wenn dieser scheitern müsste, sofern die Lage, die der gutgläubige Erwerber sich vorstellt, der Wirklichkeit entspräche, so könnte D hier bereits aus diesem Grunde kein Eigentum erworben haben. Die herrschende Ansicht lehnt dagegen eine solche Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs ab, da die zugrundeliegenden Wertungen nicht dem Gesetz, sondern nur einem übergesetzlichen Billigkeitsdenken entstammen, welches eine Gesetzeskorrektur nicht begründen könne. Folgt man dieser herrschenden Meinung, so könnte D gemäß § 932 I 1 BGB Eigentum erworben haben.

c. Ein wirksamer Eigentumserwerb durch D wäre jedoch auch dann ausgeschlossen, wenn die Trompete dem M abhanden gekommen wäre (§ 935 I 1 BGB). Abhandenkommen bedeutet, dass die Sache ohne den Willen des Berechtigten aus dessen unmittelbaren Besitz gelangt ist.[14] Unmittelbarer Besitzer war hier M. Dieser jedoch hat die Trompete nicht bewusst aus der Hand gegeben, sondern sie ist ihm von B ohne seinen Willen – ja gegen seinen Willen – weggenommen worden. Insoweit ist der natürliche und kein rechtsgeschäftlicher Wille entscheidend,[15] so dass es hier auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit des M nicht ankommt. Die Trompete ist damit ohne den Willen des unmittelbaren Besitzers aus dessen Besitz gelangt und damit abhanden gekommen im Sinne von § 935 BGB. Der Eigentumserwerb des D würde daher trotz seiner Gutgläubigkeit an dieser Vorschrift scheitern.

d. Da somit ein Eigentumserwerb des D auch nach der herrschenden Meinung nicht stattfinden würde, ist eine Streitentscheidung hier entbehrlich, weil beide Ansichten zum selben Ergebnis führen. Nach keiner Ansicht wäre D daher Eigentümer der Trompete geworden, M ist somit weiterhin Eigentümer der Trompete geblieben.

Frage 2: Kann D von B Rückzahlung der 135,- € verlangen?

1. Rückzahlungsanspruch gemäß §§ 433 I, 435, 437 Nr. 2, 440, 323 I, 346 I BGB

a. In Betracht kommen könnte zunächst ein vertraglicher (Rück-) Zahlungsanspruch des D gegen B in Höhe von 135,- € oder ein gleichlaufender Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach §§ 433, 435, 437 Nr. 3, 440, 280 I BGB. Dies würde jeweils voraussetzen, dass zwischen D und B ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist. Entsprechende korrespondierende Willenserklärungen zwischen D und B (Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB) liegen vor, so dass hier offen bleiben kann,

11 *Jauernig*, in: ders. (Fn. 1), § 107 Rn. 6.

12 BGHZ 50, 45 (52); *Weber*, SachenR I (Fn. 6), § 9 Rn. 40.

13 Dazu genauer *Wiegand*, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2011, § 932 Rn. 10 f.; *Weber*, SachenR I (Fn. 6), § 9 Rn. 48.

14 RGZ 101, 225; *Weber*, SachenR I (Fn. 6), § 9 Rn. 55.

15 *Stürner*, in: Baur/ders., Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 42; *Jauernig*, in: ders. (Fn. 1), § 935 Rn. 4.; *Weber*, SachenR I (Fn. 6), § 9 Rn. 55.

wer als Anbieter aufgetreten ist und von wem die Annahmeerklärung erfolgte. Da B jedoch gemäß § 106 II BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, stellt sich die Frage, ob dies auf die Wirksamkeit des Kaufvertrages Einfluss hat. Zwischen D und B war ein Kaufvertrag, also ein synallagmatisches Schuldverhältnis geplant. Dieses wäre für B auch mit Pflichten, nämlich der Pflicht zur Übereignung der Trompete, verbunden und damit rechtlich nachteilig im Sinne von § 107 BGB. Der beabsichtigte Kaufvertrag hätte somit zur Wirksamkeit der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters des B bedurft. Eine solche ist vorliegend noch nicht gegeben, allerdings auch noch nicht verweigert. Erst die endgültige Verweigerung der Genehmigung und noch nicht ihr bloßes Fehlen (= Nichtvorhandensein) macht den Vertrag unwirksam.[16] Der Kaufvertrag ist damit lediglich schwebend unwirksam, weil er noch immer genehmigungsfähig ist. Diese Schwebezeit ist grundsätzlich unbegrenzt.[17] Während dieser Schwebelage kann der Minderjährige aus dem Vertrag nicht in Anspruch genommen werden.[18] Somit sind vertragliche Rückgewähr- oder Schadenersatzansprüche des D derzeit nicht gegeben.

b. Exkurs: D könnte den für ihn misslichen Schwebezustand jedoch dadurch beseitigen, dass er die Eltern des B als dessen gesetzliche Vertreter nach § 108 II 1 BGB zur Genehmigung auffordert. Verweigern daraufhin die Eltern diese Genehmigung, so wird der Kaufvertrag rückwirkend unwirksam – dasselbe gilt gemäß § 108 II 2 BGB, falls die Eltern sich binnen zwei Wochen seit dem Zugang der Genehmigungsaufforderung nicht äußern. Auch in diesem Falle sind Ansprüche für D aus dem Kaufvertrag nicht herzuleiten.

2. Anspruch des D gegen B auf Rückzahlung der 135,- € gemäß § 812 I 1 1. Alt. BGB

a. D könnte von B Rückzahlung der 135,- € aus ungerechtfertigter Bereicherung verlangen. Das wäre der Fall, wenn B durch die Leistung des D etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hätte. Durch Übereignung des Geldes seitens des D gemäß § 929 S. 1 BGB, also durch eine bewusste und gewollte Vermögensmehrung, mithin also durch Leistung, hat B Eigentum und Besitz am Geld erlangt. Als Rechtsgrund käme ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 BGB in Betracht. Vorliegend handelt es sich jedoch um einen bisher nur schwebend unwirksamen Vertrag. Aus einem solchen können - wie oben dargelegt - noch keine Ansprüche hergeleitet werden. Im Unterschied zum nichtigen Vertrag sind die Vertragspartner allerdings an diesen Vertrag weiterhin gebunden. Fraglich ist daher, ob dies als (mindestens vorläufiger) Rechtsgrund für die erbrachte Leistung ausreicht. Der BGH will insoweit danach unterscheiden, ob die Leistung in Kenntnis des Schwebezustandes erbracht wurde (dann soll eine Leistung mit Rechtsgrund vorliegen) oder ob sie in Unkenntnis des Schwebezustandes erbracht wurde, was die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung zur Folge haben soll.[19] Folgt man dem, so wäre hier mangels Kenntnis des Schwebezustandes durch D von einer rechtsgrundlosen Leistung auszugehen, so dass D die 135,- € gemäß § 812 I 1 BGB zurückverlangen könnte.

b. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass das Bereicherungsrecht als Maßstab lediglich nach dem Vorliegen eines Rechtsgrundes für eine Leistung und nicht subjektiv nach der Kenntnis des Leistenden von diesem Rechtsgrund fragt. Dies belegt letztlich auch § 814 BGB. Dann aber ist der Rechtsgrund der Leistung mit dem Schwebezustand des vorliegenden Kaufvertrages eben noch nicht weggefallen, so dass der schwebend unwirksame Kaufvertrag als Rückgewährsperre anzusehen ist. Dies wird auch von der jeweiligen Interessenlage getragen, da es ja allein beim Leistenden liegt, über §§ 108 II, 109 BGB den Schwebezustand aufzulösen und damit den Weg zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung frei zu machen. Tut er dies nicht, ist er an den nur schwebend und damit eben noch nicht endgültig unwirksamen Kaufvertrag insoweit gebunden, als er die erbrachte Leistung noch gegen sich gelten lassen muss. Folgt man dieser Ansicht, wäre ein Bereicherungsanspruch des D noch nicht gegeben.

Frage 3: Kann B von M Zahlung (wenn ja, in welcher Höhe) verlangen?

1. Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 670, 662 BGB

a. B könnte gegen M einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 670 BGB geltend machen. Dies setzt jedoch voraus, dass zwischen M und B ein wirksames Auftragsverhältnis zustande gekommen ist. Ein Auftrag ist gemäß § 662 BGB ein Schuldverhältnis, durch das sich jemand verpflichtet, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft unentgeltlich zu besorgen. Er kommt zustande durch zwei korrespondierende Willenserklärungen. Der Begriff der Geschäftsversorgung wird dabei weit verstanden und bedeutet jede Tätigkeit im fremden Interesse.[20] B soll anstelle des M zu A gehen und für ihn eine Trompete kaufen und abholen, also im Interesse des M tätig werden. Diese Tätigkeit soll er auch unentgeltlich vornehmen.

b. Zweifelhaft könnte jedoch sein, ob sich M und B hinsichtlich dieses Auftrages auch rechtlich binden wollten oder ob eine bloße Gefälligkeit des täglichen Lebens vorliegt. Entscheidend ist insoweit die Verkehrsauffassung. Danach sind als Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsbindungswille vorliegt, die äußeren Umstände, die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Tätigkeit sowie die dabei bestehende Interessenlage der

16 BGHZ 81, 90 (93).

17 BGHZ 81, 90 (93).

18 *Palm*, in: Erman (Fn. 7), § 108 Rn. 1.

19 BGHZ 65, 123.

20 BGH, NJW 1989, 1216 (1217).

Parteien heranzuziehen.[21] Zwar kann hier angesichts der Geschäftserledigung des einen Bruders für den anderen und der geringen rechtlichen Bedeutung der abzugebenden Erklärungen durchaus von einem Gefälligkeitsverhältnis ausgegangen werden, jedoch liegt es angesichts der Tatsache, dass M dem B den Kaufpreis nicht vorgestreckt und B andererseits sicherlich an eine Rückzahlung des von ihm verauslagten Geldes gedacht hat, schon aus diesem Grunde näher, von einem Rechtsbindungswillen, nämlich einem Rückforderungsanspruch B gegen M auszugehen.[22] Dies wird des Weiteren auch durch die für einen 15jährigen nicht geringe Summe von 120 € belegt. Es läge daher näher, ein Gefälligkeitsverhältnis zu verneinen und von einem Auftragsverhältnis auszugehen. Beide Ansichten sind jedoch mit entsprechender Begründung vertretbar, entscheidend ist das Erkennen des Problems.

c. Sofern man von einem Auftragsverhältnis ausgeht, ist jedoch weiter fraglich, ob die Willenserklärung von B und M aufgrund der jeweiligen beschränkten Geschäftsfähigkeit auch wirksam waren. Bei einem Auftragsverhältnis ergeben sich aufgrund dieses Auftragsverhältnisses sowohl für B als auch für M nicht nur Rechte, sondern jeweils auch Pflichten. B verpflichtet sich, die angetragene Geschäftsbesorgung unentgeltlich durchzuführen, während M kraft Gesetzes nach § 670 BGB zum Aufwendungsersatz verpflichtet wäre. Unter diesen Umständen handelt es sich weder für B noch für M um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes oder auch nur rechtlich neutrales Geschäft, so dass beide zur Wirksamkeit dieses Auftragsverhältnisses der jeweiligen Genehmigung der gesetzlichen Vertreter bedürften. Da diese Genehmigung im jeweiligen Fall nicht vorliegt, aber auch noch nicht endgültig verweigert wurde, würde es sich um ein schwebend unwirksames Auftragsverhältnis handeln. Das aber bedeutet, dass Ansprüche zugunsten des B aus diesem Auftragsverhältnis derzeit noch nicht hergeleitet werden können.[23]

2. Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 683 S. 1, 677 BGB

Fraglich ist jedoch, ob B deshalb einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683 S. 1, 677 BGB herleiten kann. Diese Frage stellt sich indessen nur dann, wenn man in obiger Prüfung kein Gefälligkeitsverhältnis angenommen hat, da ansonsten der Gefälligkeitscharakter der Geschäftsbesorgung jeglicher rechtlichen Abwicklung entgegenstünde.

Für diejenigen dagegen, die vorliegend einen schwebend unwirksamen Auftrag bejaht haben, stellt sich hier die Folgefrage, ob dieser Schwebezustand durch die Anwendung der Vorschriften über die GoA überwunden werden kann. Zwar ist anerkannt, dass bei Geschäftsbesorgungen aufgrund nichtiger Geschäftsbesorgungsverträge oder Aufträge eine Abwicklung nach den Regeln der GoA eingreifen kann,[24] jedoch ist die berechtigte Kritik in der Literatur,[25] dass für solche Fälle der Bereicherungsausgleich als lex specialis der Rückabwicklung einen Rückgriff auf die GoA verbietet, weil sonst die gesetzlichen Wertungen der §§ 814, 817 S. 2, 818 III BGB umgangen würden, überzeugend. Folgt man dem, so kann ein Anspruch aus GoA vorliegend nicht eingreifen. Bereicherungsrechtliche Ansprüche hingegen sind, solange der Auftrag zwischen B und M nur schwebend unwirksam ist, ebenfalls ausgeschlossen.[26]

Wer dagegen eine Rückabwicklung nichtiger Auftragsverhältnisse nach den Regelungen der GoA bejaht, muss sich hier der Problematik der nur schwebenden Unwirksamkeit des Auftragsverhältnisses stellen. Dabei erscheint es überzeugend, während des Bestehens des Schwebezustandes ebenso wie Bereicherungsansprüche auch den Rückgriff auf die GoA auszuschließen, eben weil der Auftrag als Rechtsgrund des Tätigwerdens noch realisierbar ist.

Nur wer all diese Probleme sieht und sich argumentativ damit auseinandersetzt, kann zur Bejahung eines Anspruchs des B gegen M auf Rückzahlung der 120,- € gemäß §§ 677, 683 BGB kommen. Die eigentliche Prüfung der GoA bereitet insoweit keine besonderen Probleme mehr.

3. Anspruch des B gegen M auf Zahlung von 15,- € gemäß § 516 I BGB

Fraglich ist, ob B gegen M einen Anspruch auf Zahlung der 15,- € aus Schenkung gemäß § 516 I BGB herleiten könnte. Dies würde wiederum das Zustandekommen eines wirksamen Schenkungsvertrages zwischen B und M voraussetzen. Zwar wäre die Einigung über den Schenkungsvertrag für den B als lediglich rechtlicher Vorteil durch § 107 BGB gedeckt, würde aber für den versprechenden M einen rechtlichen Nachteil darstellen und könnte daher von § 107 BGB nicht erfasst werden. Da auch die anderen gesetzlichen Regelungen, in denen ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters wirksam Willenserklärungen abgeben kann, hier nicht greifen, wäre dieser Schenkungsvertrag wegen der nur beschränkten Geschäftsfähigkeit des M schwebend unwirksam. Diese schwebende Unwirksamkeit wirkt sich hier indessen im Ergebnis nicht aus, da dieser Schenkungsvertrag außerdem der nach § 518 I BGB erforderlichen Form ermangelt und daher nach § 125 BGB nicht nur schwebend unwirksam, sondern endgültig nichtig ist. B kann daher aus Schenkung keinen Anspruch auf Zahlung der 15,- € von M herleiten.

21 BGHZ 88, 373 (382).

22 Vgl. BGHZ 56, 204 (210).

23 Siehe oben Frage 2, dort unter 1. a.

24 BGHZ 39, 87.

25 *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 1), § 677 Rn. 6; *Canaris*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.12.1984 VII ZR 388/83, NJW 1985, 2405; *Beuthien*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. X, 13. Aufl. 2011, § 677 Rn. 23. m.w.N.

26 Siehe oben. Frage 2, dort unter 1. c. am Ende; Frage 2 dort unter 1. a.