

09/2022

25. JAHRGANG
SEITEN 581-652



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Rechtlicher Nachteil bei Erwerb von Miteigentumsanteil an vermietetem Grundstück
- Schadensgeringhaltungsobliegenheit: Voraussetzungen einer Anspruchskürzung
- Vermieter muss einem Mieterwechsel in einer Wohngemeinschaft („WG“) grundsätzlich nicht zustimmen!
- Recht skurril: Außenwand von Reihenhauses angebohrt: Kann zulässig sein bei gemeinsamer „Nachbarwand“, aber nicht bei bloßer „Grenzwand“!

STRAFRECHT

- Raub in gleichartiger Tateinheit mit besonders schwerem Raub in sukzessiver Mittäterschaft
- Das letzte Wort zur Richterablehnung

ÖFFENTLICHES RECHT

- Einrichtungsbezogene Pflicht, Impfnachweis vorzulegen, ist verfassungskonform
- Teilweise Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes

AKTUELLE GESETZGEBUNG

- Aktuelle Rechtsprechung zu Bewertungsfehlern in Prüfungen

GRUNDFÄLLE

- Übereignung an Minderjährigen - Eigentumswohnung
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG)

HEMMER.LIFE

- Studentische Veröffentlichung leicht gemacht



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

E-BOOK LIFE&LAW SEPTEMBER 2022

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

ZIVILRECHT

1 RECHTLICHER NACHTEIL BEI ERWERB VON MITEIGENTUMSANTEIL AN VERMIETETEM GRUNDSTÜCK

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Vertretung im Rahmen des Kausalgeschäfts

II. Vertretung im Rahmen der Auflassung

1. Bei Erwerb vermieteten Grundstücks: rechtlicher Nachteil

2. Hier: „nur“ Erwerb von Miteigentumsanteilen

a) Miteigentum besteht schon bei Abschluss des Mietvertrages

b) Begründung des Miteigentums erst nach Abschluss des Mietvertrages

c) Besonderheit im Fall: Vermietung erfolgte nicht durch ursprünglichen Alleineigentümer, sondern durch Nießbraucher

aa) Kein Eintritt in Mietvertrag zwischen Mieter und Nießbraucher

bb) Aber: Eintritt denkbar, sobald Nießbrauch endet

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

2 SCHADENSGERINGHALTUNGSOBLIEGENHEIT: VORAUSSETZUNGEN EINER ANSPRUCHSKÜRZUNG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus §§ 7 I, 18 StVG, 823 I, II BGB i.V.m. § 1 II StVO bzw. § 229 StGB

1. Keine Anspruchskürzung gem. § 254 I BGB

2. Anspruchskürzung gem. § 254 II S. 1 BGB?

a) Grundsätze der Schadensgeringhaltungsobliegenheit

aa) Schuldhaftes Unterlassen von Bemühungen um die Schadensgeringhaltung

bb) Tätigkeit je nach Gesundheitszustand auch in geringem Umfang zumutbar

cc) Auch vorgelagerte Obliegenheit, Arbeitskraft wiederherzustellen, ist denkbar

dd) Dabei Betrachtung von Risiken und erwartbaren Ergebnissen im Einzelfall

ee) Nicht nur Genesung, sondern Wiederherstellung der Arbeitskraft muss erwartbar sein

b) Danach im vorliegenden Fall keine Obliegenheitsverletzung

II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

3 VERMIETER MUSS EINEM MIETERWECHSEL IN EINER WOHNUNGSGEMEINSCHAFT („WG“) GRUNDSÄTZLICH NICHT ZUSTIMMEN!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Vertraglicher Anspruch auf Zustimmung

1. Meinungsstand in Literatur und Instanzrechtsprechung

- a) Nach e.A. Anspruch auf Zustimmung bei Vermietung an „WG“
- b) Nach a.A. Anspruch auf Zustimmung bei Vermietung an von Anfang an erkennbar auf Fluktuation angelegte „WG“
- c) Nach a.A. besteht grds. kein Anspruch auf Zustimmung auch bei Vermietung an „WG“

2. Stellungnahme des BGH

- a) Das Gesetz regelt keinen Anspruch auf Zustimmung zu einem Mieterwechsel
- b) Recht auf Zustimmung würde die Mieter einseitig stark begünstigen
 - aa) Vorteile für die Mieter
 - bb) Nachteile für den Vermieter
- c) Die Mieter haben ausreichend andere Gestaltungsmöglichkeiten
- d) Vermietung an „WG“ allein begründet daher keinen Anspruch auf Zustimmung
- e) Nur bei Vermietung an erkennbar auf Fluktuation gerichtete WG kann sich im Wege der Auslegung ein Anspruch auf Zustimmung ergeben

3. Übertragung auf den vorliegenden Fall

- a) Kein Anhaltspunkt für eine auf Fluktuation gerichtete WG
- b) Nachträge zum Mietvertrag führen zu keinem anderen Ergebnis

II. Anspruch auf Zustimmung aus §§ 241 II, 242 BGB

1. Anspruch des Mieters auf Entlassung aus Mietvertrag bei der Stellung eines Ersatzmieters

2. Aber kein Anspruch auf Auswechslung des Mieters

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) hemmer-background

Kündigung nur einheitlich möglich

Anspruch auf Mitwirkung bei Kündigung

Bei einheitlicher Kündigung wegen Fehlverhaltens einer Partei ggfs. Anspruch auf Neuabschluss eines Mietvertrages

F) Wiederholungsfrage

G) Zur Vertiefung

4 RECHT SKURRIL: AUSSENWAND VON REIHENHAUS ANGEBOHRT: KANN ZULÄSSIG SEIN BEI GEMEINSAMER „NACHBARWAND“, ABER NICHT BEI BLOSSER „GRENZWAND“!

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Anspruch auf Störungsbeseitigung aus § 1004 I S. 1 BGB
 1. Eigentum des K oder sonstiges zur Störungsabwehr berechtigendes Recht
 2. Beeinträchtigung i.S.d. § 922 BGB?
 3. Außenwand des Reihenhauses des K war aber keine Nachbarwand
 - a) Voraussetzungen für das Vorliegen einer Nachbarwand
 - b) Zu unterscheiden davon ist die Grenzwall bzw. der nicht zum Anbau gedachte rechtmäßige Überbau
 - c) Hier: Keine Nachbarwand
 - d) Zwischenergebnis: Verrutschte Grenzwall i.S.e. rechtmäßigen Überbaus
 4. Ergebnis: K war als Alleineigentümer zur Störungsabwehr befugt
 5. Keine Duldungspflicht des K gem. § 1004 II BGB
- II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 823 I, 249 I BGB

STRAFRECHT

5 RAUB IN GLEICHARTIGER TATEINHEIT MIT BESONDERS SCHWEREM RAUB IN SUKZESSIVER MITTÄTERSCHAFT

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit des Z nach §§ 249 I, 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB durch eigenes Handeln
 1. Objektiver Tatbestand des Grunddelikts
 - a) Qualifiziertes Nötigungsmittel
 - b) Wegnahme
 - c) Finalität
 2. Objektiver Tatbestand der Qualifikation
 3. Subjektiver Tatbestand
 4. Rechtswidrigkeit und Schuld
- II. Strafbarkeit des A
 1. Strafbarkeit als Mittäter des Z zu Lasten des V gemäß §§ 249 I, 250 II Nr. 1 Alt. 2, 25 II StGB
 - a) Im Vorhinein geschlossener Tatplan
 - b) Sukzessive Mittäterschaft
 2. Strafbarkeit gem. § 249 I StGB zu Lasten des B durch eigenes Handeln
 3. Konkurrenzen und Zwischenergebnis

III. Strafbarkeit des Z als Mittäter des A zu Lasten des B gemäß §§ 249 I, 25 II StGB

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Verletzung des § 244 III S. 3 Nr. 2 StPO

1. Beweisantrag

2. Ablehnungsgründe

3. Beruhen, § 337 I StPO

4. Ergebnis

II. Verstoß gegen § 258 II StPO

1. Wiedereintritt in die Hauptverhandlung

2. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Verletzung des Art. 2 II S. 1 GG

1. Schutzbereich des Art. 2 II S. 1 GG

2. Eingriff

3. Rechtfertigung

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

8

TEILWEISE VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES BAYERISCHEN VERFASSUNGSSCHUTZGESETZES

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Allgemeine Maßstäbe für Überwachungsbefugnisse

1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentraler Prüfungsmaßstab

2. Besonderheiten verfassungsschützender Befugnisse gegenüber polizeilichen Maßnahmen
3. Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung
4. Verhältnismäßigkeit der weiteren Nutzung und Übermittlung
5. Normenklarheit und Bestimmtheit
6. Kernbereichsschutz
7. Zusammenwirken von Überwachungsmaßnahmen
8. Verfahrensanforderungen

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit der einzelnen angegriffenen Regelungen

1. Art. 9 I BayVSG
2. Art. 10 I BayVSG
3. Art. 12 I BayVSG
4. Art. 15 III BayVSG
5. Art. 18 I BayVSG
6. Art. 19 I BayVSG
7. Art. 19a I BayVSG
8. Art. 25 BayVSG
9. Art. 8b II S. 1 Nr. 2 BayVSG
10. Art. 8b III BayVSG

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

I. Gegenstand der Bewertung

II. Materiell-rechtliche Vorgaben für die Leistungsbewertung

1. Fachspezifische Wertungen

2. Prüfungsspezifische Wertungen

Bewertungsspielraum des Prüfers

Grenzen des Bewertungsspielraums

a. Das Willkürverbot, Art. 20 III GG

b. Sachfremde Erwägungen, Art. 20 III GG

c. Das Gebot, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze zu beachten

Höchstpersönlichkeit der Bewertung

Korrekturhilfe zulässig!

Grenzen der Korrekturhilfe

d. Das Gebot, Gleiches gleich zu bewerten, Art. 3 I GG

Gleiche Maßstäbe für die Bewertung einer Prüfungsleistung

Keine Gleichheit im Unrecht

e. Sachverhaltsfehler

III. Erheblichkeit inhaltlicher Bewertungsfehler

Anspruch auf Neubewertung

IV. Rechtsfolge

**Wiederholung des Prüfungsverfahrens
oder Neubewertung?**

Verfahrensfehler - Wiederholungsprüfung

Bewertungsfehler – Neubewertung

Neubewertung durch neue Prüfer

GRUNDFÄLLE

ÜBEREIGNUNG AN MINDERJÄHRIGEN - EIGENTUMSWOHNUNG

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Eigentumslage an der Wohnung

1. Sonderrechtsfähigkeit von Eigentumswohnungen

2. Dingliche Einigung (Auflassung)

a) Verstoß gegen § 181 BGB

b) Ausnahmen von dem Verbot des Selbstkontrahierens

c) Zwischenergebnis

d) Teleologische Reduktion erforderlich?

3. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

FREIE ENTFALTUNG DER PERSÖNLICHKEIT (ART. 2 I GG)

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Verstoß des Gesetzes gegen Grundrechte

1. Schutzbereich

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

4. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

ZIVILRECHT

BGH, BESCHLUSS VOM 28.04.2022, V ZB 4/21 = JURISBYHEMMER

1 RECHTLICHER NACHTEIL BEI ERWERB VON MITEIGENTUMSANTEIL AN VERMIETETEM GRUNDSTÜCK

+++ Übertragung von Miteigentumsanteilen an Minderjährige +++ Rechtlicher Nachteil bei Nießbrauch am Grundstück +++ §§ 107, 566, 1056 I BGB +++

Sachverhalt (vereinfacht und abgewandelt): V erwirbt Miteigentumsanteile im Umfang von 90 % an einem Grundstück. Zugunsten von D ist ein Nießbrauch an dem Grundstück im Grundbuch eingetragen. D hatte mit M schon vor dem Erwerb der Miteigentumsanteile durch V einen Mietvertrag über das auf dem Grundstück befindliche Einfamilienhaus abgeschlossen.

V, nach dem Tod seiner Frau alleinerziehender Vater seiner zwei beschränkt geschäftsfähigen Kinder X und Y, lässt eine Vereinbarung notariell beurkunden, wobei er im eigenen Namen und im Namen von X und Y handelte. Die Vereinbarung sieht die schenkweise Übertragung von jeweils 45 % Miteigentumsanteilen auf X und Y vor.

Die befasste Notarin hat gegen die Übertragung Bedenken, da X und Y minderjährig seien und bei diesem Geschäft eine Vertretung durch V nicht möglich sei.

Kann V seine Kinder wirksam vertreten?

A) Sounds

1. Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück durch einen Minderjährigen führt wie der Erwerb des vermieteten Grundstücks selbst gem. § 566 BGB zu dessen Eintritt in den Mietvertrag auf Vermieterseite und ist deshalb für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB.
2. Dies gilt auch, wenn der Veräußerer den Miteigentumsanteil zuvor von dem Alleineigentümer des Grundstücks erworben hat, denn bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück durch den bisherigen Alleineigentümer tritt der Erwerber gem. § 566 BGB ebenfalls neben diesem in den Vertrag auf Vermieterseite ein. In diese Position wächst sodann der Minderjährige im Erwerbsfall hinein.
3. Erfolgte die Vermietung durch einen Nießbraucher, ist der Erwerb ebenfalls nicht lediglich rechtlich von Vorteil, da der Erwerber bei Beendigung des Nießbrauchs gem. § 1056 I BGB in das Mietverhältnis hineinwächst.
4. Etwas anderes gilt in diesem Fall nur dann, wenn der Erwerb von Grundstück bzw. Miteigentumsanteil zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem eine Vermietung durch den Nießbraucher noch gar nicht stattgefunden hat, da es sich insoweit lediglich um eine theoretische Möglichkeit eines rechtlichen Nachteils handelt.

B) Problemaufriss

Der Fall behandelt eine klassische BGB-AT-Frage. Es geht um die Beurteilung, ob der Erwerb durch einen Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Im Originalfall ging es um den Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, so dass im Problemaufriss zunächst einmal der Grundfall des Erwerbs eines Grundstücks erläutert wird. Dann fällt der Transfer auf den BGH-Fall leichter.

Der Erwerb kann sich dabei (in Klausur und Praxis) entweder so vollziehen, dass der beschränkt geschäftsfähige Min-

derjährige selbst die Willenserklärungen abgibt, oder so, dass – wie vorliegend – die Eltern als Vertreter des Minderjährigen agieren.

Handelt der Minderjährige selbst, findet § 107 BGB unmittelbare Anwendung. Wird der Minderjährige durch die Eltern vertreten, die selbst – typischerweise im Wege vorweggenommener Erbfolge – auf Veräußererseite stehen, handelt es sich um ein Insichgeschäft, §§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB (**ab 01.01.2023: §§ 1629 II S.1, 1824 II, 181 BGB**). Dabei ist jedoch in ständiger Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass die Zulässigkeit des Insichgeschäfts davon abhängt, ob die jeweilige Willenserklärung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder nicht (vgl. dazu die Ausführungen in der Lösung).

Zusätzlich ist in beiden Varianten strikt das Trennungsprinzip zu beachten.

Dabei ist in formaler Hinsicht zu berücksichtigen, dass zwar nur das Kausalgeschäft gem. § 311b I S. 1 BGB notariell beurkundungsbedürftig ist. Da die Notarin aber auch zuständige Stelle i.S.d. § 925 I S. 2 BGB ist, wird typischerweise auch die Auflassung in derselben Urkunde aufgenommen.

a) Der schuldrechtliche Vertrag ist in der Variante der Schenkung lediglich rechtlich von Vorteil. Der Minderjährige erlangt lediglich einen Anspruch, ohne den Anspruch auch geltend machen zu müssen.

b) Auf dinglicher Ebene muss differenziert werden:

aa) Ist das erworbene Grundstück **nicht vermietet**, ist der Erwerb für den Minderjährigen lediglich rechtlich von Vorteil. Etwaige steuerrechtliche Nachteile, die im Zusammenhang mit dem Erwerb stehen, sind unbeachtlich, denn sie resultieren nicht unmittelbar aus den abgegebenen Willenserklärungen, sondern basieren auf einer gesetzlichen Anknüpfung an den Erwerbsvorgang. Der BGH ergänzt diese Argumentation typischerweise mit dem Hinweis, dass der Erwerber nur dinglich mit dem erworbenen Gegenstand haftet und nicht darüberhinausgehend in eine davon unabhängige Haftung „hineinrutscht“.

Anmerkung: Das Argument ist natürlich angreifbar, weil es eine wirtschaftliche Betrachtung beinhaltet, um die es ja eigentlich gerade nicht gehen soll. Der Hintergrund dafür, dass der BGH steuerrechtliche Nachteile ausblendet, ist faktisch ein anderer: Die Übertragung von Grund und Boden auf die nächste Generation im Wege vorweggenommener Erbfolge würde erheblich erschwert werden, wenn der steuerrechtliche Faktor relevant wäre, denn es müsste dann bei jedem (!) Grundstücksgeschäft ein Ergänzungspfleger bestellt werden, vgl. §§ 1693, 1909 BGB (**ab 01.01.2023: 1809 BGB**)!

bb) Ausgehend von diesem Argument wird klar, dass der **Erwerb eines vermieteten Grundstücks** nicht lediglich rechtlich von Vorteil ist.¹

Gem. §§ 578 I, 566 BGB rückt der Minderjährige durch den Eigentumserwerb in die Vermieterposition hinein. Hier ist er persönlichen Verpflichtungen ausgesetzt, deren Umfang sich nicht auf den Wert des Grundstücks beschränken muss.

Insbesondere ist der Minderjährige verpflichtet, die Sache gem. § 535 I S. 2 BGB instand zu halten. Zudem droht eine der Höhe nach nicht begrenzte Mängelhaftung gem. §§ 536, 536a BGB.

Zwischenergebnis: Die Auflassungserklärung gem. §§ 873 I Var. 1, 925 I S. 1 BGB durch den Minderjährigen wäre in diesem Fall gem. § 107 BGB unwirksam.

Folgeproblem: Könnten nun die Eltern das Kind vertreten? Zwar würde es sich wiederum um ein Insichgeschäft handeln, wenn die Eltern die Veräußerer sind. §§ 1629 II, 1795 II BGB stellen klar, dass § 181 BGB auch bei der gesetzlichen Vertretung des Kindes durch die Eltern gilt (**ab 01.01.2023: §§ 1629 II S.1, 1824 II, 181 BGB**). Allerdings ist nach dem Wortlaut des § 181 a.E. BGB das Selbstkontrahieren erlaubt, wenn es lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit geht. Und genau diese existiert ja aufgrund der Schenkung, die der Minderjährige selbst zustande bringen konnte, s.o.

Sinn und Zweck des erlaubten Selbstkontrahierens ist jedoch nicht, dass der Minderjährige über diesen Umweg doch wieder rechtliche Nachteile erleidet, vor denen ihn § 107 BGB schützen soll. Daher muss für diesen Fall eine teleologische Reduktion des § 181 BGB vorgenommen werden, d.h. in Erfüllung einer Verbindlichkeit sind Insichgeschäfte nur zulässig, wenn dies im Ergebnis nicht zu einem rechtlichen Nachteil führt. Die Eltern sind daher an der Vertretung des Kindes gehindert. Erforderlich für die Wirksamkeit ist daher die Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger, § 1909 BGB (**ab 01.01.2023: 1809 BGB**)!

Anmerkung: Früher hat der BGH dieses Problem durch die sog. Gesamtbetrachtungslehre gelöst. Danach war der Schenkungsvertrag (!), also der Vertrag, der die nach § 181 BGB zu erfüllende Verbindlichkeit begründete, nur dann wirksam, wenn sowohl das Kausalgeschäft als auch die Übereignung lediglich rechtlich von Vorteil waren. So brauchte man keine

¹ Ist das Grundstück mit einem Wohngebäude bebaut, findet § 566 BGB unmittelbar Anwendung, ist es unbebaut, gilt § 578 I BGB. Ist es mit anderen Gebäuden als Wohngebäuden bebaut, müssen Sie § 578 II BGB hinzututieren. Bei einer Verpachtung gelangen Sie über § 581 II BGB in die mietrechtlichen Normen.

teleologische Reduktion des § 181 BGB, sondern schon vom Wortlaut her war die Vorschrift nicht einschlägig, da es bei vermieteten Grundstücken schon keinen wirksamen Schenkungsvertrag gab. Diese Lehre ist vom BGH schon vor Jahren aufgegeben worden und das ist gut so, denn sie stellte einen eklatanten Verstoß gegen das Trennungsprinzip dar.²

Der BGH hatte nun im vorliegenden Fall die Frage zu erörtern, ob dieselben Grundsätze gelten, wenn „nur“ Miteigentumsanteile erworben werden. Zudem wird der Fall noch dadurch verkompliziert, dass die Vermietung gar nicht durch den Eigentümer, sondern durch einen Nießbraucher erfolgte. Wie wirkt sich hier der Erwerb des Grundstücks auf Vermieterseite aus?

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob V seine Kinder X und Y bei dem beabsichtigten Geschäft vertreten kann.

I. Vertretung im Rahmen des Kausalgeschäfts

Grundsätzlich steht den Eltern die Befugnis zu, ihre Kinder aufgrund gesetzlicher Vertretungsmacht zu vertreten. Die Vertretung des Kindes ist Ausfluss der elterlichen Sorge und erfolgt grundsätzlich im Wege der Gesamtvertretung, vgl. §§ 1626 I S. 1, 1629 I S. 1, S. 2 HS 1 BGB.

Vorliegend ist V verwitwet. Gem. § 1680 I BGB steht ihm daher die elterliche Sorge – und damit auch die Vertretungsbefugnis für die Kinder – allein zu, § 1629 I S. 3 BGB.

Die Vertretung der Kinder bei Abschluss des Schenkungsvertrages ist jedoch deshalb problematisch, weil V auch gleichzeitig Schenker ist. Es handelt sich daher um ein sog. Insichgeschäft, welches gem. §§ 1629 II, 1795 II, 181 BGB (**ab 01.01.2023: §§ 1629 II S. 1, 1824 II, 181 BGB**). grundsätzlich unzulässig ist.

Vorliegend ist die Vertretung weder gestattet, noch handelt es sich die bloße Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit.

Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung, dass eine Vertretung von X und Y durch V entgegen dem Wortlaut des § 181 BGB zulässig ist, soweit das Geschäft für die Kinder lediglich rechtlich von Vorteil ist.

Hintergrund dieser teleologischen Reduktion ist der Umstand, dass die schenkweise Transferierung von Vermögensgegenständen auf die nachfolgende Generation andernfalls unnötig erschwert werden würde, denn für die Wirksamkeit des Schenkungsvertrages wäre andernfalls die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich, von dessen Zustimmung die Wirksamkeit des Geschäfts sodann abhinge, vgl. §§ 1693, 1909 BGB (**ab 01.01.2023: 1809 BGB**)!

Ist das Geschäft für das Kind lediglich rechtlich von Vorteil, besteht auch vom Sinn und Zweck des § 181 BGB her kein Grund dafür, das Insichgeschäft nicht zuzulassen, denn ein Interessenkonflikt bei der Person, die auf beiden Seiten des Vertrages steht (hier V), ist in diesen Fällen nicht gegeben.

Zu prüfen ist daher, ob der Schenkungsvertrag für X und Y lediglich rechtlich von Vorteil ist.

Davon ist auszugehen, da der Schenkungsvertrag einseitig verpflichtend ist. X und Y erlangen einen Anspruch, zu dessen Geltendmachung sie nicht einmal verpflichtet sind.

Dabei bleibt nach Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre durch den BGH (siehe dazu den Problemaufriss) auch außer Betracht, ob die Beurteilung im Rahmen des dinglichen Geschäfts anders ausfällt.

Ergebnis zu I: V kann X und Y bei Abschluss des Schenkungsvertrages wirksam vertreten.

II. Vertretung im Rahmen der Auflassung

Fraglich ist, ob die Vertretung auch im Rahmen der Auflassungserklärung gem. §§ 873 I Var. 1, 925 I S. 1 BGB erfolgen kann.

Orientiert man sich am Wortlaut des § 181 BGB, ist eine Vertretung unproblematisch wirksam. Zwar handelte es sich erneut um ein Insichgeschäft, allerdings dient dieses Geschäft nun lediglich der Erfüllung einer (ohnehin schon) beste-

² Nicht ansatzweise nachvollziehbar ist, dass in der Kommentierung im Grüneberg diese Rechtsprechungsänderung verschwiegen wird. Sowohl bei § 107, Rn. 6 als auch bei § 181, Rn. 22 wird der Eindruck erweckt, als würde der BGH diese Lehre immer noch vertreten. Auch fehlt eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Lehre vollständig.

henden Verbindlichkeit, vgl. § 181 a.E. BGB.

Problematisch daran wäre allerdings, dass auf diese Weise auch solche Rechtsgeschäfte dinglich vollzogen werden könnten, die für die erwerbenden Kinder nicht lediglich rechtlich von Vorteil wären.

Daher gilt: Genau wie auf schuldrechtlicher Ebene ein Insichgeschäft *zulässig* ist, wenn es lediglich rechtlich von Vorteil ist, ist auf dinglicher Ebene die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch Insichgeschäft *unzulässig*, wenn das Geschäft nicht lediglich rechtlich von Vorteil ist.

Insoweit findet eine teleologische Reduktion hinsichtlich der Ausnahme der Erfüllung einer Verbindlichkeit statt.

Zu prüfen ist daher, ob mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils an dem Grundstück ein rechtlicher Nachteil einhergeht.

Anmerkung: Bis zu dieser Stelle sind die Ausführungen allgemeingültig, d.h. unabhängig vom Schenkungsgegenstand lässt sich auf die beschriebene Art und Weise stets die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts bejahen und die Problemhinführung beim dinglichen Geschäft beschreiben. So oder so ähnlich könnten Sie die Ausführungen daher quasi als Textbaustein verwenden.

1. Bei Erwerb vermieteten Grundstücks: rechtlicher Nachteil

Wie im Problemaufriss aufgezeigt, wäre der Erwerb eines vermieteten Grundstücks nicht lediglich rechtlich von Vorteil. Der Erwerber wächst gem. § 566 BGB in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietverhältnis auf Vermieterseite hinein. Damit geht eine persönliche Haftung einher, deren Umfang nicht auf den Wert des Grundstücks beschränkt ist.

Anmerkung: Ein weiteres Beispiel eines nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Erwerbs stellt jener einer Eigentumswohnung dar, und zwar unabhängig davon, ob diese vermietet ist oder nicht. Denn mit dem Erwerb „rutscht“ der Erwerber in die Wohnungseigentümergeinschaft hinein und ist dort den persönlichen Verpflichtungen des § 14 WEG ausgesetzt.

2. Hier: „nur“ Erwerb von Miteigentumsanteilen

Fraglich ist, ob diese Betrachtung auch dann gilt, wenn nicht das Grundstück selbst, sondern lediglich Miteigentumsanteile am vermieteten Grundstück erworben werden sollen (deren Übertragung sich nach §§ 873 I Var. 1, 925 BGB richtet).

hemmer-Methode: Die zusätzliche Besonderheit, dass die Vermietung durch Nießbraucher D erfolgte, soll zunächst außer Betracht bleiben, damit die Erwägungen nicht durcheinandergeraten. Vgl. dazu weiter unter c).

a) Miteigentum besteht schon bei Abschluss des Mietvertrages

Ist der Mietvertrag bereits durch die Miteigentümer abgeschlossen worden und wird sodann ein Miteigentumsanteil übertragen, wächst der Erwerber in die Position des ehemaligen Miteigentümers, d.h. an dessen Stelle in die Vermieterposition neben dem verbleibenden Miteigentümer hinein.³

b) Begründung des Miteigentums erst nach Abschluss des Mietvertrages

Vorliegend bestand der Mietvertrag jedoch bereits, bevor Miteigentum an dem Grundstück dadurch begründet wurde, dass zunächst V die Miteigentumsanteile erwarb, die er später an X und Y übertragen wollte.

Nach überzeugender Auffassung des BGH kann in diesem Fall jedoch nichts anderes gelten. Denn der Mieter ist bei der Veräußerung eines Alleineigentumsanteils durch den bisherigen Alleineigentümer jedenfalls nicht weniger schutzwürdig

³ BGH, NJW 2018, 2472 = jurisbyhemmer.

als im Falle der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einen Dritten bei einer bereits bestehenden Bruchteilsgemeinschaft. Folglich tritt in einem solchen Fall zunächst der einen Anteil vom Alleineigentümer Erwerbende (mit) in die Vermieterposition hinein und sodann die Erwerber der Miteigentumsanteile, vgl. § 567b BGB.

Zwischenergebnis: Auch in einem solchen Fall wäre daher der Erwerb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

c) Besonderheit im Fall: Vermietung erfolgte nicht durch ursprünglichen Alleineigentümer, sondern durch Nießbraucher

Problematisch an dieser Betrachtung ist jedoch jedenfalls im vorliegenden Fall, dass die Vermietung nicht durch den ursprünglichen Alleineigentümer erfolgte. Vielmehr bestand an dem Grundstück ein Nießbrauch zugunsten des D, welcher die Vermietung vorgenommen hatte.

aa) Kein Eintritt in Mietvertrag zwischen Mieter und Nießbraucher

Wird ein vermietetes Grundstück veräußert, tritt der Erwerber in einem solchen Fall gerade nicht in das bestehende Mietverhältnis ein; vielmehr besteht der Mietvertrag zwischen Nießbraucher und Mieter fort.

hemmer-Methode: Genau das ist ja die „Idee“ des Nießbrauchs, nämlich diesem ein umfassendes dingliches Nutzungsrecht zuzubilligen. Dieses muss natürlich über die Veräußerung des Grundstücks hinaus fortbestehen. Daher ändert sich hinsichtlich der Parteien des Mietvertrages nichts!

Ebenso verhält es sich, wenn an dem Grundstück Miteigentum besteht und die Miteigentumsanteile übertragen werden. Auch hier wachsen die Erwerber der Miteigentumsanteile nicht in das bestehende Mietverhältnis hinein.

Demnach wäre der Erwerb der Miteigentumsanteile durch X und Y doch lediglich rechtlich vorteilhaft.

hemmer-Methode: Achten Sie hier bitte genau auf die Details des Falles: Sollte der Mietvertrag durch den Eigentümer selbst abgeschlossen worden sein, kommt es darauf an, ob der Nießbrauch vorher oder nachher bestellt wurde.

Nur wenn der Nießbrauch später eingeräumt wurde, geht gem. §§ 567, 566 BGB das Mietverhältnis auf den Nießbraucher über.

Erfolgt die Vermietung durch den Eigentümer nach Einräumung des Nießbrauchs, würde eine spätere Veräußerung des Grundstücks dann wiederum dazu führen, dass der Erwerber in das Mietverhältnis hineinwächst und ein rechtlicher Nachteil jedenfalls vorläge!

bb) Aber: Eintritt denkbar, sobald Nießbrauch endet

Problematisch ist allerdings, dass ein Eintritt in das bestehende Mietverhältnis durch X und Y dann erfolgen könnte, wenn der Nießbrauch vor Beendigung des Mietverhältnisses endet. § 1056 I BGB bestimmt für diesen Fall, dass das Mietverhältnis auf den Grundstückseigentümer übergeht.

Auf diesem Weg würden X und Y dann doch wieder in das bestehende Mietverhältnis hineinwachsen.

Allerdings ist zu beachten, dass diese Folge nicht unmittelbar im Zeitpunkt des Erwerbs der Miteigentumsanteile eintreten würde, sondern erst später und dies auch nur dann, wenn der Nießbrauch endet. Zudem wäre ein rechtlicher Nachteil auch nur dann gegeben, wenn die Beendigung des Nießbrauchs vor Eintritt der Volljährigkeit erfolgen würde.

Insoweit könnte es sich wiederum um einen irrelevanten, nur theoretisch denkbaren rechtlichen Nachteil handeln.

Anerkannt ist, dass die bloß theoretische Möglichkeit einer zukünftigen Belastung nicht genügt, um einen Rechtsnachteil i.S.d. § 107 BGB anzunehmen. Deshalb ist die Schenkung eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks nicht bereits deshalb rechtlich nachteilig, weil eine in Zukunft erfolgende Vermietung oder Verpachtung durch den Nießbraucher nicht ausgeschlossen werden kann.

Dies ist vorliegend aber anders, da die Vermietung bereits stattgefunden hat, d.h. das Mietverhältnis bereits besteht. Daher ist nach Auffassung des BGH die hinreichend konkrete Möglichkeit gegeben, dass X und Y bei Beendigung des Nießbrauchs gem. § 1056 I BGB i.V.m. § 566 I BGB mit Pflichten aus dem Mietverhältnis belastet werden können.

Dafür, dass der Mietvertrag zeitgleich mit dem Nießbrauch enden würde und damit ein Hineinwachsen durch X und Y ausgeschlossen wäre, gibt der Sachverhalt nichts her.

III. Endergebnis

Daher besteht ein relevanter rechtlicher Nachteil, so dass V die Auflassung nicht in Form des Inlichgeschäfts vornehmen kann.

Eine gleichwohl vorgenommene Erklärung wäre schwebend unwirksam gem. § 177 I BGB. Erforderlich wäre die Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB (**ab 01.01.2023: 1809 BGB**), wodurch die Auflassung rückwirkend (§ 184 I BGB) wirksam werden würde.

D) Kommentar

(cda). Im Originalfall bestanden die Bedenken nicht bei der Notarin, sondern beim Grundbuchamt, welches die Eintragung unter Hinweis auf § 20 GBO verweigert hatte.

Der BGH führt zu dem letzten Punkt aus, man hätte zu der Laufzeit des Mietvertrages im Antragsverfahren ausführen müssen, dass dieser zeitgleich mit dem Nießbrauch enden würde. Das hätte dazu geführt, dass ein relevanter Nachteil nicht drohen würde, so dass das Grundbuchamt die Eintragung hätte vornehmen müssen.

Man kann die Entscheidung des BGH an einer Stelle kritisieren: Der BGH begründet den relevanten Nachteil damit, dass X und Y bei Beendigung des Nießbrauchs gem. § 1056 I BGB in das Mietverhältnis hineinwachsen würden. Ist die Beendigung des Nießbrauchs aber nicht auch eine bloß theoretische Möglichkeit eines zukünftigen rechtlichen Nachteils? Wie endet denn ein Nießbrauch überhaupt? Folgende Varianten sind denkbar:

- Tod des Berechtigten: § 1061 S. 1 BGB
- Vereinbarung einer Befristung
- Vereinbarung einer auflösenden Bedingung
- Rechtsgeschäftliche Aufhebung, § 875 I BGB (einseitige Aufgäbeerklärung des Nießbrauchers)
- Zwangsversteigerung mit dem Zuschlag, wenn der Nießbrauch dem Recht des betreibenden Gläubigers im Rang nachgeht.

Kein Erlöschen tritt – anders als beim Nießbrauch an beweglichen Sachen (§ 1063 I BGB) – bei Konsolidation ein, § 889 BGB.

Und nun können Sie selbst entscheiden, wie wahrscheinlich der Eintritt einer dieser Fälle ist, bevor X und Y volljährig werden.

Andererseits könnte man argumentieren, dass die Bewertung genau dieser Umstände die eigentliche Aufgabe des Ergänzungspflegers ist.

Er muss vor Erteilung einer Genehmigung entscheiden, wie wahrscheinlich die Belastung des Minderjährigen tatsächlich ist. Dabei wird er seine Entscheidung davon abhängig machen, wie lange die Minderjährigkeit noch andauert, wie der Nießbrauch konkret ausgestaltet ist und wie groß die Gefahr einer persönlichen Haftung des Minderjährigen wäre, wenn er tatsächlich in das bestehende Mietverhältnis hineinwächst.

Potential für eine Examensklausur bietet der Fall allemal!

E) Wiederholungsfrage

- **Warum ist der Erwerb eines Grundstücks, welches durch einen Nießbraucher vermietet wurde, nicht lediglich rechtlich vorteilhaft?**

Der Erwerb führt zwar nicht unmittelbar zum Hineinwachsen des Erwerbers in das Mietverhältnis, jedoch tritt diese Folge bei Beendigung des Nießbrauchs gem. § 1056 I BGB ein. Diese Möglichkeit eines zukünftigen Vertragseintritts genügt nach Ansicht des BGH, um einen rechtlich relevanten Nachteil zu bejahen.

F) Zur Vertiefung

Zu § 107 BGB allgemein

- Hemmer/Wüst, BGB AT I, Rn. 120 ff.
- TYROLLER, „Ausgewählte Probleme des Minderjährigenrechts (Teil 1)“, Life&LAW 03/2006, 213 ff.