

„Ja, nein, vielleicht“ – die Grenzen des Widerrufsrechts nach §§ 108, 109 BGB

Von Stud. iur. **Moritz von Courten**, Stud. iur. **Timon-Johannes Engel**, Stud. iur. **Kaspar J.H. Wagner**, Heidelberg*

Das Minderjährigenrecht bietet zahlreiche Probleme, die gerade in den ersten Semestern häufig geprüft werden, aber auch später beherrscht werden müssen. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit dem Widerruf nach §§ 108, 109 BGB. Da dieser nach seinem Wortlaut sehr weit gewährleistet wird, ergeben sich Konflikte mit anderen Normen und generellen Rechtsprinzipien. Zunächst werden im Folgenden kurz die allgemeinen Voraussetzungen des § 109 BGB angesprochen (I.), anschließend werden die Möglichkeit einer Kombination mit der Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB (II.), eine teleologische Reduktion bei vollständig bewirkten Verträgen (III.) und die Verwirkung des Widerrufsrechts (IV.) diskutiert.

I. Allgemeine Voraussetzungen des § 109 BGB

Schließt ein Minderjähriger einen nicht lediglich vorteilhaften Vertrag, so ist nach § 107 BGB die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erforderlich. Schließt der Minderjährige ohne eine erforderliche Einwilligung einen Vertrag ab, hängt die Wirksamkeit des Vertrages nach § 108 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Der Vertrag ist also bis zur Erteilung der Genehmigung „schwebend unwirksam“. Für solche schwebend unwirksamen Verträge eröffnet § 109 BGB ein Widerspruchsrecht für den Vertragspartner des Minderjährigen. Dafür muss der Vertragspartner aber auch gem. § 109 Abs. 2 BGB schutzwürdig sein. Das trifft auf den Vertragspartner zu, der die Unsicherheiten nicht bewusst in Kauf genommen hat, weil er entweder die Minderjährigkeit nicht kannte oder weil er vom Minderjährigen über die Einwilligung getäuscht wurde und keine Kenntnis über deren Fehlen hatte. Ob der Vertragspartner den Vertrag auch bei Kenntnis der schwebenden Unwirksamkeit eingegangen wäre, ist zunächst bedeutungslos.

II. Kombination mit § 108 Abs. 2 BGB

Grundfall 1: Der 15-jährige M und der volljährige A haben einen Vertrag geschlossen, bei dem M den A über die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters V getäuscht hat. Als V von dem Vertragsschluss hört, genehmigt er diesen nur gegenüber M. A erlangt von der Genehmigung keine Kenntnis.

Abwandlung 1: A fordert V zur Erklärung über die Genehmigung auf. Nachdem sich dieser drei Tage nicht meldet, widerruft A den Vertrag.

Abwandlung 2: A schickt an V folgendes Schreiben: „Hiermit fordere ich Sie gem. § 108 Abs. 2 BGB auf, eine

Erklärung über die Genehmigung abzugeben und widerrufe den Vertrag gem. § 109 BGB.“

Abwandlung 3: A schickt ein Schreiben mit folgendem Inhalt: „Ich widerrufe den Vertrag.“

Fallfrage: War der Widerruf wirksam?

Der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen kann die Genehmigung eines Vertrages nach § 182 Abs. 1 BGB zunächst auch nur dem Minderjährigen gegenüber erklären (Innengenehmigung), ohne dass der andere Vertragsteil davon Kenntnis erlangt. Hierdurch wird die Schwebelage beendet und der Vertrag zunächst von Anfang an wirksam nach § 184 Abs. 1 BGB. Für den Vertragspartner ist es allerdings durch eine Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB möglich, eine so zuvor erteilte Innengenehmigung unwirksam werden zu lassen und dadurch die Schwebelage wiederherzustellen. Nun hat der Vertragspartner grundsätzlich die Möglichkeit nach § 109 BGB zu widerrufen.

1. Kein genereller Ausschluss dieser Kombination

Hier stellt sich die Frage, ob der Vertragspartner die Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB und den Widerruf nach § 109 BGB beliebig kombinieren kann. Eine Begrenzung könnte sich durch die Figur des widersprüchlichen Verhaltens – dem „venire contra factum proprium“ – ergeben. Diese Figur ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sie ist allerdings als Unterfall des treuwidrigen Verhaltens nach § 242 BGB weithin anerkannt.¹ Widersprüchliches Verhalten liegt vor, wenn der Berechtigte einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, auf den sich der andere Teil verlassen durfte, und der Berechtigte gegen diesen Vertrauenstatbestand durch ein Verhalten, das im unüberwindbaren Widerspruch steht, verstößt.²

Der Wortlaut des § 108 Abs. 2 S. 1 BGB enthält jedoch eine Aufforderung zur „Erklärung über die Genehmigung“ und nicht eine Aufforderung zur Erteilung der Genehmigung.³ Der andere Teil drückt somit nicht notwendigerweise einen Wunsch aus, den Vertrag wirksam werden zu lassen, sondern lediglich, dass er die bestehenden Unsicherheiten durch eine Klärung der Rechtslage beseitigen möchte.⁴ Auch § 109 BGB hat den Zweck, dem anderen Teil eine Möglichkeit zur Lösung vom Vertrag zu geben.⁵ Da folglich beide Instrumente zumindest auch dem Zweck der Rechtssicherheit dienen, stehen sie nicht von vornherein in Widerspruch zueinander.

¹ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl. 2022, § 7 Rn. 16 m.w.N.

² BGHZ 32, 273 (279); Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 4 Rn. 26.

³ Leyendecker, JuS 2006, 25 (27); Klumpp, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 109 Rn. 12.

⁴ Leyendecker, JuS 2006, 25 (27).

⁵ Wilhelm, NJW 1992, 1666 (1667).

* Die Autoren sind Studenten an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Andreas Piekenbrock und Dr. Daniel Rodi für die aufschlussreichen Anmerkungen.

Hierfür spricht auch eine historische Analyse, da die zweite Kommission den gem. § 109 BGB schutzwürdigen Vertragspartner während der Schwebelage gerade nicht binden wollte, sondern ihm ein Rücktrittsrecht, das später zu einem Widerrufsrecht wurde, ermöglichen wollte.⁶ Eine Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB schließt einen Widerruf nach § 109 BGB daher nicht generell aus.⁷

2. Erfordernis einer letzten Erklärungsmöglichkeit

Umstritten ist allerdings, ob eine solche Kombinationsmöglichkeit uneingeschränkt besteht,⁸ oder ob der Erklärende dem gesetzlichen Vertreter vor dem Widerruf nicht mindestens eine Möglichkeit zur Erklärung der Genehmigung einräumen muss.⁹ Für die historische Auslegung ist zunächst relevant, ob dieses Problem bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gesehen wurde. Zwar wurde als Argument für die Rechtfertigung einer Zwei-Wochenfrist in § 108 Abs. 2 BGB vorgebracht, dass der gem. § 109 BGB schützenswerte Vertragspartner auch schon früher zurücktreten (widerrufen) kann.¹⁰ Dass hiermit auch Fälle gemeint waren, in denen bereits eine Innengenehmigung erteilt wurde, ist zu bezweifeln, da die Möglichkeit der Innengenehmigung erst später in das Gesetz aufgenommen wurde.¹¹ Historisch lässt sich somit keine eindeutige Antwort finden.

a) Widersprüchliches Verhalten

Zunächst soll die Widersprüchlichkeit herausgearbeitet werden. In einer Erklärung nach § 108 Abs. 2 BGB fordert der Vertragspartner den gesetzlichen Vertreter zur Abgabe einer Erklärung auf. Diesem Ausdruck korrespondiert das Vertrauen, eine tatsächliche Möglichkeit zur Abgabe einer solchen Erklärung zu erhalten.¹² Dieses wird durch die sofortige Vereitelung einer Genehmigungsmöglichkeit durch einen unmittelbar folgenden oder gleichzeitigen Widerruf verletzt. In Abwandlung 2 drückt A gleichzeitig aus, dass er von V die Abgabe einer Erklärung möchte und dass er diese Abgabe nicht möchte und setzt sich somit in Widerspruch. Da allerdings nicht jeder Widerspruch zu einer Unwirksamkeit des Wider-

rufs nach § 242 BGB führt, ist zu untersuchen, ob noch weitere Argumente für eine solche Begrenzung sprechen.

b) Schutz vor Rechtsunsicherheit

Für ein uneingeschränktes Widerrufsrecht sprechen vor allem die Unsicherheiten, die der gesetzliche Vertreter durch eine Innengenehmigung für den Vertragspartner geschaffen hat und die er durch eine Genehmigung auch ihm gegenüber hätte vermeiden können. Hieraus wird eine verminderte Schutzwürdigkeit gefolgert.¹³ Der Verzicht auf die Erteilung einer Außengenehmigung ist dem gesetzlichen Vertreter allerdings nicht wirklich vorzuwerfen, weil ihm das Gesetz dies in § 182 Abs. 1 BGB ausdrücklich gestattet und es dem Vertragspartner offensteht, beim Vertreter nachzufragen. Dies trifft besonders zu, wenn der Vertreter den Vertragspartner gar nicht kennt.

Eine unzumutbare Rechtsunsicherheit wird auch darin gesehen, dem Vertragspartner ein weiteres Abwarten abzuverlangen.¹⁴ Ebenfalls wird die generelle Schutzwürdigkeit desjenigen angeführt, der unbewusst einen Vertrag mit einem Minderjährigen eingegangen ist, wegen der daraus resultierenden Unsicherheiten.¹⁵ Allerdings ist auch der Minderjährige in seiner Autonomie schutzwürdig, dass genehmigte Verträge wirksam werden und bleiben.¹⁶ Es geht zudem nur um eine letzte Möglichkeit zur Erteilung einer Genehmigung, also sehr kurze Zeiträume, die kaum für weitere Rechtsunsicherheit sorgen.¹⁷ Es bietet sich auch eine Orientierung am Merkmal „unverzüglich“ in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB an. Bei einer Heranziehung der dort entwickelten Grundsätze, besteht dann auch kein Problem mit der Unbestimmtheit der Dauer dieser Frist. Eine Orientierung an § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bietet sich wegen der teilweisen Vergleichbarkeit der Situationen an: So besteht anstelle des Irrtums nach §§ 119 f. BGB, ab dessen Kenntnis unverzüglich angefochten werden muss, hier in aller Regel die Vorstellung des Vertreters, dass bereits eine Innengenehmigung zur endgültigen Wirksamkeit führt.¹⁸

Problematisch in Bezug auf die Rechtssicherheit erscheint es jedoch, dass für den anderen Teil nur schwer herauszufinden ist, ob wirklich bereits vor dem Widerruf eine Innengenehmigung erteilt wurde oder ob diese nur nachträglich behauptet wird. Die Möglichkeit einer zumindest hilfswisen gleichzeitigen Berufung auf § 108 Abs. 2 BGB würde insofern für mehr Rechtssicherheit sorgen.¹⁹ Allerdings bestehen solche Unsicherheiten ebenfalls, wenn die Existenz einer vorher nur dem Minderjährigen gegenüber erklärter Einwilligung strittig ist. Auch hier kann und muss das Vorliegen ggf. erst gerichtlich durch eine negative Feststellungsklage geklärt

⁶ Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 676 f.; Wilhelm, NJW 1992, 1666 (1667).

⁷ Ganz h.M., siehe u.a. Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 12; Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 109 Rn. 2; Spickhoff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 109 Rn. 10.

⁸ Wohl h.L., Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 12; Wilhelm, NJW 1992, 1666 (1667); Spickhoff (Fn. 7), § 109 Rn. 10.

⁹ In dem Sinne Wendtland (Fn. 7), § 109 Rn. 2; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 17. Aufl. 2021, Rn. 345 ff.; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 14. Aufl. 1952, S. 940 Fn. 11.

¹⁰ Vgl. Mugdan (Fn. 6), S. 676.

¹¹ Siehe dazu Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil I, Jahr?, S. 757; Rodi, Die Rechtsnatur des § 110 BGB, 2021, S. 62 f.

¹² Musielak/Hau (Fn. 9), Rn. 346.

¹³ Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 12; Spickhoff (Fn. 7), § 109 Rn. 10.

¹⁴ Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 12.

¹⁵ Spickhoff (Fn. 7), § 109 Rn. 1.

¹⁶ Klumpp (Fn. 3), § 108 Rn. 4.

¹⁷ Vgl. Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 197.

¹⁸ Siehe auch Lobinger (Fn. 17), S. 192.

¹⁹ Hierzu Hansen, in: juris PraxisKommentar BGB, 9. Aufl. 2020, § 109 Rn. 8.

werden.²⁰ Zwar ist diese Situation nicht uneingeschränkt mit dem Fall der Innengenehmigung vergleichbar.²¹ Für den anderen Teil besteht jedoch bezüglich der Rechtssicherheit kein nennenswerter Unterschied. Zumal in beiden Fällen die Beweislast beim Minderjährigen und beim gesetzlichen Vertreter liegt, ob eine solche Innengenehmigung bzw. Einwilligung erklärt wurde, wenn sie sich auf die Wirksamkeit berufen.²² Die Verschlechterung der Stellung des anderen Teils und die Rechtsunsicherheit hält sich daher in Grenzen und ist nicht unzumutbar.

c) Systematische Analyse

Sofern eine Kombination von § 108 Abs. 2 BGB und § 109 BGB möglich wäre, würde sich die Frage stellen, wie eine solche Erklärung auszusehen hat. Nach dem Gesetzeswortlaut müsste der andere Teil, wie in Abwandlung 2, erst eine Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung (§ 108 Abs. 2 BGB) erklären und danach widerrufen (§ 109 BGB). Gerade wenn man annimmt, dass beide Erklärungen auch zusammen in einem Dokument erklärt werden können,²³ würde dies – wie die Formulierung in Abwandlung 2 – zu einem kaum nachvollziehbaren Formalismus führen und juristisch Gebildete stark bevorzugen. Zwar ist z.B. auch § 174 BGB eine Konstruktion, die juristisch Gebildete bevorzugt; es erscheint allerdings fernliegend, dass ein solcher juristischer Taschenspielertrick vom Gesetz bei § 108 Abs. 2 BGB und § 109 BGB gewollt ist.²⁴ Zumal ein kluger Vertragspartner unter Anwesenden dann Aufforderung und Widerruf direkt nacheinander erklären würde, sodass die Wirksamkeit davon abhängen würde, ob der gesetzliche Vertreter ihm ins Wort fällt oder höflich genug ist, ihn ausreden zu lassen.²⁵ Das Gesetz würde somit den gesetzlichen Vertreter zum treuwidrigen Verstoß gegen die Verkehrssitte verleiten und zu unbilligen Zufallsergebnissen führen.

Zum Teil wird daher auch in einer bloßen Widerrufserklärung – wie in Abwandlung 3 – eine konkludente Kombination von Aufforderung und Widerruf gesehen.²⁶ Der andere Vertragsteil hätte dann aber bis zur Erteilung einer Außengenehmigung de facto dauerhaft ein einfaches Widerrufsrecht. Dann würde die Innengenehmigung allerdings nicht, wie in § 108 Abs. 1 BGB vorgesehen, den Vertrag wirksam werden lassen und zumindest vorläufig für Rechtssicherheit sorgen, sondern nur zu einer weiteren ungewissen Schwebelage führen. Die endgültige Wirksamkeit würde nun vom Widerruf des anderen Teils oder dem Verzicht darauf abhängen. Die Möglichkeit zur Erteilung einer Innengenehmigung wäre weitestgehend überflüssig und schon fast eine Art Falle des Gesetzes für den Vertreter, die diesen in falscher Sicherheit wiegt. Auch ist diese Ansicht inkonsequent, wenn sie nicht

zur beabsichtigten Vermeidung von Zufallsergebnissen bei jedem Aufeinandertreffen von Widerruf und Genehmigung, auch wenn diese wenige Momente vorher erfolgt, stets den Widerruf vorgehen lässt. Dies würde aber faktisch eine gerade nicht gewollte absolute Nichtigkeit von Geschäften mit Minderjährigen ohne Einwilligung mit dem Erfordernis eines erneuten Vertragsschlusses bedeuten.²⁷ Auch wäre § 108 Abs. 2 BGB dann entgegen seiner eigentlichen Funktion nicht nur ein Mittel zur Klärung der Rechtslage, sondern ein originäres Recht zur Lösung vom Vertrag.²⁸ Eine Entwertung der Innengenehmigung kann darüber hinaus historisch nicht überzeugen: Die Möglichkeit der Innengenehmigung wurde später beantragt, um Handel und Verkehr vor der unpraktischen Situation zu schützen, dass nur ein Kontakt zwischen gesetzlichem Vertreter und Dritten zu einer Bindung führen könnte.²⁹ Eine Außengenehmigung sollte nur bei Aufforderung des Vertragspartners zwingend sein; davor sollte der gesetzliche Vertreter in seiner Wahl frei sein.³⁰ Schließlich spricht der Wortlaut dagegen, der von einem Widerrufsrecht bis zur Erteilung einer Genehmigung, nicht aber bis zur Erteilung einer Außengenehmigung spricht.

d) Ergebnis

Eine uneingeschränkte Kombinationsmöglichkeit würde also entweder zu einem juristischen Taschenspielertrick führen oder die Innengenehmigung weitestgehend überflüssig machen und dem Wortlaut widersprechen. Im Ergebnis ist es somit entgegen der h.L. nicht möglich, gleichzeitig die Aufforderung nach § 108 Abs. 2 BGB und den Widerruf nach § 109 BGB zu erklären. Stattdessen muss dem gesetzlichen Vertreter eine Möglichkeit zur unverzüglichen Genehmigung geboten werden. Ein schuldhaftes Zögern kann hierbei jedoch sehr schnell angenommen werden, da der gesetzliche Vertreter, der bereits eine Genehmigung erteilt hat, keine erneute Bedenkzeit braucht. Unter Anwesenden ist daher entsprechend § 147 BGB eine sofortige Genehmigung erforderlich.

III. Teleologische Reduktion des § 109 BGB bei vollständig bewirkten Gebrauchsüberlassungsverträgen

1. Der Fall

Haben A und M (wie im oben erläuterten Fall) einen Mietvertrag geschlossen, bei dem M den A über das Vorliegen einer Einwilligung i.S.d. § 107 BGB getäuscht hat, so steht A auch nach Ende der Mietzeit ein Widerrufsrecht aus § 109 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu.

Das Widerrufsrecht besteht gem. § 109 Abs. 2 Hs. 2 BGB jedoch nicht, wenn der Vertragspartner A den tatsächlichen Mangel der Einwilligung kannte. Für die diesbezügliche Kenntnis ist in diesem Rahmen jedoch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.³¹ Insofern besteht keine Ein-

²⁰ Eine Erstreckung des § 108 Abs. 2 BGB auf Einwilligungen wurde ausdrücklich abgelehnt, *Mugdan* (Fn. 6), S. 677.

²¹ *Klumpp* (Fn. 3), § 109 Rn. 12.

²² *Spickhoff* (Fn. 7), § 108 Rn. 48.

²³ *Klumpp* (Fn. 7), § 109 Rn. 12.

²⁴ Vgl. *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).

²⁵ *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).

²⁶ So *Wilhelm*, NJW 1992, 1666 (1667).

²⁷ *Lobinger* (Fn. 17), S. 195 f.

²⁸ *Lobinger* (Fn. 17), S. 196.

²⁹ Vgl. *Mugdan* (Fn. 6), S. 679.

³⁰ Vgl. *Mugdan* (Fn. 6), S. 676 f.

³¹ *Duden*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 15.11.2021, § 109 Rn. 24.

schränkungsmöglichkeit, wenn der Vertragspartner erst während der Vertragslaufzeit oder nach deren Ende vom Mangel derselben erfährt. Ihm steht dem Grunde nach ein Widerrufsrecht zu.

Übt er dieses aus, erfolgt aufgrund der endgültigen Unwirksamkeit eine bereicherungsrechtliche Abschöpfung des bereits Geleisteten.

2. Das Problem

Hierbei kann es im Rahmen von nichtigen Gebrauchsunverträgen jedoch vorkommen, dass etwa der Mieter nur für einen Teil der Mietzeit tatsächlich Nutzungen aus dem Vertrag gezogen hat. So etwa, wenn A ein vermietetes Fahrrad nur einen Bruchteil der Mietzeit gefahren ist. Da nach (wohl) h.M. die abstrakte Nutzungsmöglichkeit nicht neben dem Besitz oder dem konkreten Gebrauch primärer Bereicherungsgegenstand ist,³² wäre es möglich, dass der Minderjährige durch die mit dem Widerruf verbundene bereicherungsrechtliche Abwicklung erheblich schlechter gestellt wird als durch den Vertrag. Zur Veranschaulichung empfiehlt sich ein kurzes Beispiel: Ist im Vertrag eine Überlassung für zehn Tage gegen einen Mietzins von 1.000 € vereinbart, hat A das Fahrrad jedoch nur zwei Tage genutzt, erhält M lediglich den Wert der tatsächlich gezogenen Nutzungen nach § 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB ersetzt. Solange der Mietzins dem objektiven Wert der Gebrauchsunverlassung entspricht, würde M bei einem wirksamen Widerruf lediglich 200 € erhalten, ein Fünftel der vereinbarten Miete. Wirtschaftlich noch gravierendere Unterschiede treten auf, sobald der vereinbarte Mietzins über dem objektiven Wert der Gebrauchsunverlassung liegt. Im Ergebnis wird jedenfalls ersichtlich, dass der Widerruf für den Minderjährigen regelmäßig mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre.

3. Die Lösung

Dieses unbillige Ergebnis könnte verhindert werden, wenn man dem Vertragspartner A das Widerrufsrecht abspricht. Dieses steht grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Schutzwürdigkeit des Widerrufenden.³³ Es bleibt daher zu untersuchen, inwiefern eine teleologische Reduktion für vollständig bewirkte Gebrauchsunverlassungsverträge mit dem Schutzzweck des § 109 BGB vereinbar ist.

a) Schutzzweck des § 109 BGB

Zweck des § 109 BGB ist es, dem Vertragspartner des Minderjährigen, der unfreiwillig mit der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages nach § 108 Abs. 1 BGB belastet ist, eine Möglichkeit zur Klärung seiner rechtlichen Bindung zu ge-

³² U.a. BGHZ 102, 41 (47); 115, 268 (270); insbesondere BGH NJW 2013, 2021 (2023 Rn. 27); Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 33 ff.; Sprau, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 818 Rn. 10; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 818 Rn. 2.

³³ Müller, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 109 Rn. 1.

ben.³⁴ Mithin handelt es sich um eine Begrenzung des weiten Minderjährigenschutzes aus § 108 Abs. 1 BGB.³⁵ Schutzgut ist dabei die Vermeidung der Unsicherheit des gutgläubig Widerrufenden hinsichtlich der Verbindlichkeit der Leistungsversprechen.³⁶ Diese besteht maßgeblich in der Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs sowie der Verpflichtung zur Gegenleistung.

b) Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs

Zunächst ist es für den Widerrufenden üblicherweise unklar, ob er die ihm versprochene Leistung erhalten wird und insofern mit deren Verfügbarkeit rechnen kann.³⁷ Dies kann dazu führen, dass der Vertragspartner nicht über die versprochene Leistung disponieren kann und er so erheblich belastet wird.³⁸

Diese Unsicherheit besteht für A nicht. Ist der Mietvertrag vollständig bewirkt, hat er die Nutzungsmöglichkeit bereits für die gesamte Mietdauer genießen können. Zwar hätte eine Unwirksamkeit zur Folge, dass A während der Mietzeit kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB und die Mietsache daher nach § 985 BGB herauszugeben hätte. Wenn jedoch bis zum Ende der Mietzeit keine Verweigerung der Genehmigung durch V erklärt wurde, was gleichzeitig Voraussetzung für § 109 BGB ist, so bestand während der Mietzeit zwar eine Herausgabepflicht, die jedoch nach Ablauf der Mietdauer keine praktischen Auswirkungen mehr hat. Muss A am Ende der Mietzeit die Mietsache so oder so herausgeben, sei es nach § 546 BGB oder § 985 BGB, entsteht daraus für ihn keine zusätzliche Unsicherheit hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeit während der Mietdauer.

Hinsichtlich der Verfügbarkeit der Mietsache besteht mithin keinerlei Unterschied zu einem wirksamen Mietvertrag, sobald der schwebend unwirksame Mietvertrag vollständig bewirkt wurde. Ab diesem Zeitpunkt kann sich der Vertragspartner nicht auf eine Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs berufen, da dieser bereits irreversibel eingetreten ist.

Lediglich hinsichtlich des Rechtsgrundes besteht für A grundsätzlich Unsicherheit, ist doch die Leistung im Falle der Unwirksamkeit kondizierbar. Entscheidend ist hier jedoch, dass auch ein Kondiktionsanspruch aufgrund der Irreversibilität der Leistungsbewirkung nur ein auf Geldzahlung gerichteter Wertersatzanspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 BGB sein könnte. Es besteht folglich keine Unsicherheit hinsichtlich des Leistungsempfangs in Form der Gebrauchsunverlassung.

c) Unsicherheit hinsichtlich der Gegenleistung

Die Unsicherheit besteht für den Widerrufenden allerdings zusätzlich darin, dass er bereits eine Gegenleistung erbracht

³⁴ Wendtland (Fn. 7), § 109 Rn. 1; Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 2.

³⁵ Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 5.

³⁶ Spickhoff (Fn. 7), § 109 Rn. 1.

³⁷ Duden (Fn. 31), § 108 Rn. 10.

³⁸ Klumpp (Fn. 3), § 108 Rn. 7; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 34 Rn. 52.

hat, sich dabei jedoch nicht sicher sein kann, ob diese im Falle eines Widerrufs nicht doch rechtsgrundlos erfolgt sein könnte, sodass er sie nur nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen könnte.³⁹

Diese Unsicherheit besteht im Falle eines vollständig bewirkten Gebrauchsüberlassungsvertrages zunächst durchaus fort. Für A bleibt unklar, ob er seine Mietpreiszahlung am Ende aufgrund eines vollständig wirksamen Mietvertrages oder ohne rechtlichen Grund geleistet hat und stattdessen nach den oben erläuterten Grundsätzen Wertersatz leisten muss.

Fraglich ist jedoch, ob diese Unsicherheit eine hinreichend schwerwiegende Belastung des A zur Folge hat, die für sich genommen ein Widerrufsrecht nach § 109 BGB begründen kann.

Gelangt der Vertrag zu Wirksamkeit, erfolgte die Mietpreiszahlung des A in Erfüllung der Verbindlichkeit aus § 535 Abs. 2 BGB. Tritt jedoch bei einer Verweigerung der Genehmigung endgültige Unwirksamkeit ein, wäre diese Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückzugewähren. Gleichzeitig hätte A nach den oben erläuterten Grundsätzen Wertersatz in Höhe des objektiven Wertes der tatsächlich gezogenen Nutzungen zu entrichten. Dabei ist zu beachten, dass diese Abwicklung für ihn in der Regel wirtschaftlich vorteilhaft sein wird (siehe unter III. 2.).

Es bleibt in der Folge eine Unsicherheit des A hinsichtlich des Rechtsgrundes seiner Gegenleistung erhalten. Allerdings beschränkt sich diese auf die Möglichkeit, dass bei endgültiger Unwirksamkeit eine zumeist wirtschaftlich günstigere Abwicklung eintreten könnte. Im wirtschaftlich gravierendsten Fall müsste A den objektiven Wert der Nutzungen für die gesamte Mietzeit bezahlen, also einen objektiv angemessenen Preis für die aus den unter III. 3. b) genannten Gründen ungeschmälerete Leistung.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt nur, wer etwa die Regelung des § 346 Abs. 2 S. 2 BGB entsprechend anwenden und eine Bindung des Vertragspartners an den vertraglich vereinbarten Mietzins annehmen möchte.⁴⁰ Eine solche Lösung missachtet durch Aufrechterhaltung der Vergütungsabrede jedoch den in § 139 BGB enthaltenen Grundsatz der totalen Nichtigkeit⁴¹ und verstößt zusätzlich gegen die bereicherungsrechtliche Funktion, rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen zurückzuführen und nicht aufrechtzuerhalten.⁴² Durch das entgangene Geschäft ist dem Bereicherungsgläubiger nur eine Vermögensminderung in Höhe des objektiven Wertes, nicht jedoch des vertraglich vereinbarten Preises entstanden.⁴³ Es bleibt daher bei einer Berechnung anhand des objektiven Wertes und folglich bei einem Zahlungsanspruch, der höchstens einen objektiv angemessenen „Preis“ darstellt.

³⁹ Klumpp (Fn. 3), § 108 Rn. 1.

⁴⁰ Dafür Wieling, AcP 169 (1969), 137 (166); Beuthien, RdA 1969, 161 (168 f.).

⁴¹ Rodi, Wirksamkeitsdynamik, 2020, S. 365 ff.

⁴² Vgl. dazu Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 812 Rn. 3; Sprau (Fn. 32), Einf. v. § 812 Rn. 1.

⁴³ Dazu Rodi (Fn. 41), S. 370.

Selbst wenn man entgegen der wohl h.M. Wertersatz für die reine Nutzungsmöglichkeit zugesteht,⁴⁴ muss der Vertragspartner maximal einen objektiv angemessenen „Mietpreis“ für die gesamte Dauer zahlen. Dabei fällt es schwer, in einer solchen Lösung einen für den Vertragspartner A unerträglichen Zustand zu sehen, der eine Widerrufsmöglichkeit erforderlich macht, insbesondere, da es sich auch hier in jedem Fall um einen nur in der Höhe bis zu einem objektiv angemessenen Preis unbestimmten Geldzahlungsanspruch handelt.⁴⁵ Dies gilt umso mehr in Anbetracht des Rechts aus § 108 Abs. 2 BGB, mit dem A auf schonendere Weise rechtliche Klarheit gewinnen kann, sodass eine mögliche Unsicherheit gem. § 108 Abs. 2 S. 2 BGB innerhalb von maximal zwei Wochen wegfiel.

Im Ergebnis bestünde für A über maximal zwei Wochen die Unsicherheit, aus welchem Rechtsgrund seine in einer Geldzahlung bestehende Gegenleistung erfolgte. Dabei beschränkt sich diese Unsicherheit auf Fälle, die ihm wirtschaftlich zumutbar sind. A konnte die Gebrauchsüberlassung in uneingeschränktem Maße genießen (siehe oben) und muss dafür höchstens einen angemessenen „Mietpreis“ zahlen. Ihm unter diesen Voraussetzungen einen Widerruf zuzugestehen, käme einem „Reurecht“ gleich. Mangels ausreichender Unsicherheit ist A nicht schutzwürdig. Im Falle einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung wie der Leihe entstünde mangels Gegenleistung auch keine Unsicherheit hinsichtlich derselben, weshalb ebenfalls keine Schutzwürdigkeit bestünde. Im Übrigen dürfte im Falle der Leihe für den Vertragspartner jedoch regelmäßig kein Grund bestehen, den Vertrag zu widerrufen.

Es erscheint im Ergebnis gerechtfertigt, das Widerrufsrecht nach § 109 BGB im Fall eines vollständig bewirkten Gebrauchsüberlassungsvertrages mangels schutzwürdiger Unsicherheit teleologisch zu reduzieren.⁴⁶

Zu einem gleichwertigen Ergebnis gelangt man, soweit man für vollständig irreversibel erbrachte Leistungen des Minderjährigen schon einen positiven Wandel des schwebend unwirksamen zu einem endgültig wirksamen Vertrag annimmt, weil der Vertrag den Minderjährigen nach Erfüllung nicht mehr verpflichtet und auch ansonsten vorteilhaft ist.⁴⁷ Der endgültig wirksame Vertrag wäre in diesem Fall ebenso wenig widerruflich, allerdings bietet diese Lösung angesichts der aus der Wirksamkeit folgenden Haftung nach § 241 Abs. 2 BGB potentiell ein erhöhtes Risiko für den Minderjährigen.⁴⁸

⁴⁴ So Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 818 Rn. 13; Buck-Heeb, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 812 Rn. 10; so auch noch: Lieb, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 357 ff., § 818 Rn. 12 ff.; Emmerich, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 16 Rn. 11. Für diese Ansicht spricht angesichts dieses Falles insbesondere der Minderjährigenschutz, da der Vertragspartner sich eigenverantwortlich auf die Vergütung für die gesamte Mietzeit eingelassen hat.

⁴⁵ Vgl. dazu in anderem Kontext Rodi (Fn. 41), S. 352 f.

⁴⁶ Ebenso Rodi (Fn. 41), S. 372.

⁴⁷ Dafür Rodi (Fn. 41), S. 325 ff.

⁴⁸ Diese Haftung besteht u.U. auch nach vollständiger Bewir-

Ferner ist zwar anzuerkennen, dass die Wirksamkeit aus den erläuterten Gründen gegenüber der Unwirksamkeit vorteilhaft sein sollte, allerdings besteht unter Umständen ein Interesse des gesetzlichen Vertreters, unabhängig von der wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit des Wandels zu einem wirksamen Vertrag über das ursprünglich rechtlich nicht lediglich vorteilhafte Geschäft zu entscheiden. Dieses, nicht zuletzt auch erzieherische Recht sollte dem gesetzlichen Vertreter nicht entzogen werden,⁴⁹ weshalb eine Reduktion der Widerrufsmöglichkeit dem positiven Wandel zu einem endgültig wirksamen Vertrag vorzuziehen ist.

d) Abgrenzung von anderen Ansätzen zur Begrenzung der Rückabwicklung

aa) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob für in Vollzug gesetzte Mietverträge die ex tunc wirkende Anfechtung auf eine Wirkung ex nunc reduziert⁵⁰ oder zugunsten der ebenfalls ex nunc wirkenden Kündigung ausgeschlossen sein soll.⁵¹ Dies ist von dem Fall eines vollständig bewirkten und folglich abgeschlossenen Gebrauchsüberlassungsvertrages abzugrenzen.

Die vorgenannte Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 142 Abs. 1 BGB wird nach h.M. in erster Linie mit der Begründung abgelehnt, es mangle an einer mit fehlerhaften Arbeits- oder Gesellschaftsverträgen vergleichbaren Interessenlage, denn die synallagmatische Leistung sei vergleichsweise einfach zurückzugewähren bzw. in ihrem Wert zu ersetzen.⁵² Eine solche Komplexität der Rückabwicklung ist hier jedoch keinesfalls Grund für die Reduktion. Viel eher mangelt es an einer schutzwürdigen Unsicherheit des Vertragspartners, die Voraussetzung für ein Widerrufsrecht aus § 109 BGB ist (siehe oben).

Im Übrigen werden für die Ablehnung vor allem Gründe herangezogen, die in den unterschiedlichen Schutzzwecken der §§ 119 ff. BGB und des Gewährleistungsrechts liegen⁵³

kung fort, siehe dazu nur *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 160 ff., 179.

⁴⁹ Ebenso besteht grundsätzlich angesichts des elterlichen Sorgerechts kein Anspruch des Minderjährigen auf Genehmigung bestimmter, auch geboten erscheinender Geschäfte, eine Korrektur ist dabei lediglich über das Familiengericht i.R.d. §§ 1666 ff. BGB möglich. Vgl. dazu nur *Spickhoff* (Fn. 7), § 108 Rn. 15 f.

⁵⁰ Dafür LG Mannheim ZMR 1990, 303 (303); AG Hamburg NZM 1998, 233 (233); *Rolfs*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 542 Rn. 179.

⁵¹ So KG GE 2001, 1131 (1131); LG Wuppertal WuM 1999, 39 (41); im Ansatz wohl auch LG Wiesbaden WuM 2004, 399 (399); a.A. BGH NJW 2009, 1266 (1268) m.w.N.; *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, Vorb. § 535 Rn. 104; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 536 Rn. 12; *Emmerich*, NZM 1998, 692 (694 ff.); *Fischer*, NZM 2005, 567 (570 f.).

⁵² Siehe dazu *Emmerich*, NZM 1998, 692 (695); *Fischer*, NZM 2005, 567 (570).

⁵³ Vgl. dazu etwa BGH NJW 2009, 1266 (1268).

und gegen die hier erläuterte Einschränkungsmöglichkeit nicht fruchtbar gemacht werden können.

Es ist folglich streng zwischen einem Ausschluss der ex tunc-Wirkung der Anfechtung für in Vollzug gesetzte Mietverhältnisse und einer teleologischen Reduktion des Widerrufsrechts aus § 109 BGB mangels schutzwürdiger Unsicherheit zu differenzieren.

bb) Insbesondere bei *Riezler* findet sich der Ansatz, der Vertragspartner begeben sich mit der Annahme einer irreversiblen Leistung der Möglichkeit, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages mit dem Minderjährigen zu berufen.⁵⁴ Diese Generalisierung des Grundsatzes „venire contra factum proprium“ wird der Erfordernis einer Einzelfallbetrachtung i.R.d. § 242 BGB nicht gerecht und ist daher in seiner Allgemeinheit abzulehnen.⁵⁵ Im vorliegenden Fall wird jedoch nicht auf die Treuwidrigkeit der Rechtsausübung abgestellt, mangels schutzwürdigem Vertrauen besteht hingegen schon keine Widerrufsmöglichkeit. Auch von diesem Ansatz ist die teleologische Reduktion folglich abzugrenzen.

e) Anwendbarkeit auf andere Vertragstypen

Es bleibt zu klären, ob sich diese Gedanken auch auf andere Vertragstypen übertragen lassen.

aa) Arbeits- und Dienstverträge

Im Rahmen von Arbeitsverträgen ist nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis⁵⁶ bereits anerkannt, dass diese unter bestimmten Voraussetzungen für die Vergangenheit als wirksam behandelt werden, sodass bisher gewährte Leistungen nicht rückabgewickelt werden müssen.⁵⁷ Dabei sind insbesondere Arbeitsverträge mit Jugendlichen, die etwa gegen §§ 5, 7 JArbSchG verstoßen, nicht rückwirkend abzuwickeln.⁵⁸ Es entfällt lediglich der Anspruch auf eine Fortsetzung des

⁵⁴ *Riezler*, *Venire contra factum proprium*, 1912, S. 137; Zustimmung *Knoke*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. 1913, § 110 Anm. 7; *Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, 1983, S. 290.

⁵⁵ Siehe dazu auch *Rodi* (Fn. 11), S. 115 ff.

⁵⁶ BAGE 5, 58 (65 f.); BAGE 5, 159 (161 f.); so auch bereits *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 6. Aufl. 1959, S. 166 f.; vgl. aus dem neueren Schrifttum *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 611a Rn. 688; *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 557.

⁵⁷ Teilweise wird auch eine direkte oder entsprechende Anwendung des § 110 BGB auf die Arbeitskraft des Jugendlichen befürwortet, siehe etwa *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 110 Rn. 3; *Dörner*, in: Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2022, § 110 Rn. 2; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 25 Rn. 43; so bereits *Oertmann*, in: Oertmann, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1927, § 110 Anm. 7.

⁵⁸ *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 46.

Arbeitsverhältnisses.⁵⁹ Diese Lösung ist neben sozialversicherungsrechtlichen Bedenken⁶⁰ und Problemen bei der Rückabwicklung von Arbeitsleistung⁶¹ unter anderem auch durch vergleichbare Rechtsgedanken getragen⁶² und auf Dienstverträge anwendbar.⁶³

bb) Gesellschaftsverträge

Auch für unwirksame Gesellschaftsverträge ist nach vergleichbaren Grundsätzen anerkannt, dass diese, aufgrund der Unwägbarkeiten einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, als wirksam behandelt werden und lediglich mit Wirkung für die Zukunft beendet werden können.⁶⁴

cc) Kauf- und Schenkungsverträge

Kauf- sowie Schenkungsverträge bewirken im Gegensatz zu Gebrauchsüberlassungsverträgen eine dauerhafte Verschiebung der Eigentümerverhältnisse, sodass auch nach der Bewirkung eine erhebliche Unsicherheit des Vertragspartners verbleibt. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Bewirkung durch den Jugendlichen in aller Regel nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein dürfte, sodass eine Übereignung der gekauften Sache an den Vertragspartner ohnehin nicht wirksam wird. Im Übrigen bliebe es bei einer wirksamen Bewirkung dabei, dass es für den Vertragspartner weiterhin unklar ist, ob er das Eigentum nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB wieder zurückgewähren muss.

In der Folge lassen sich die angestellten Überlegungen nicht auf Kaufverträge übertragen.

f) Ergebnis

Es zeigt sich, dass unabhängig von der anerkannten Beschränkung der Rückabwicklung im Arbeits- und Gesellschaftsrecht die Widerrufsmöglichkeit des Vertragspartners nach § 109 BGB dann teleologisch reduziert werden muss, wenn diesen im Rahmen von Gebrauchsüberlassungsverträgen aufgrund

vollständiger Bewirkung keine schutzwürdige Unsicherheit mehr trifft.

IV. Verwirkung des Widerrufsrechts aus § 109 BGB

1. Unterliegt das Widerrufsrecht aus § 109 BGB der Verwirkung?

Es ist bezüglich des Widerrufsrechts des Vertragspartners aus § 109 BGB zudem zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verwirkung anzunehmen ist.

Das Widerrufsrecht ist ein Gestaltungsrecht; folglich ist eine Verwirkung grundsätzlich möglich.⁶⁵ Dennoch ist fraglich, ob das Widerrufsrecht aus § 109 BGB der Verwirkung unterliegen sollte. Dafür spricht die fehlende Frist für die Ausübung des Rechts. Fristen von Gestaltungsrechten, wie in §§ 121, 124, 355 Abs. 2 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 BGB⁶⁶ dienen dem Gebot der Rechtssicherheit.⁶⁷ Der Rechtsverkehr soll dahingehend sicher gestaltet werden, dass schon lange begründete Gestaltungsrechte nicht mehr ausgeübt werden. Dies dient dem allgemeinen Rechtsschutz- und Verkehrsinteresse.⁶⁸ Es gewährleistet auch den Schutz des einzelnen Vertragspartners, der sich nach einem gewissen Zeitablauf auf den Rechtsfrieden verlassen können soll. Ob über die Möglichkeit des gesetzlichen Vertreters zur Beendigung der Schwebelage durch Erteilung oder Verweigerung der (Außen-)Genehmigung ein solcher Schutz erforderlich ist, erscheint fraglich. Hat der gesetzliche Vertreter hingegen keine Kenntnis von dem Vertragsschluss des Minderjährigen (was in der Praxis oft der Fall sein wird) entfällt diese Möglichkeit. Der Schutz über eine Verwirkung des Widerrufsrechts kommt in solchen Fällen demnach unmittelbar dem Minderjährigen zugute. Daneben lassen sich auch die anderen allgemeinen Zwecke von Verjährung und Verfristung auf § 109 BGB übertragen. Da der Gesetzgeber keine Befristung festgelegt hat, kommt eine zeitliche Begrenzung über eine Verwirkung in Betracht.

2. Interessenlage

Bei einer möglichen Verwirkung des Rechts aus § 109 BGB sind verschiedene widerstreitende Interessen zu beachten. Zum einen dienen die §§ 106 ff. BGB grundsätzlich dem Schutz von Minderjährigen im Rechtsverkehr.⁶⁹ Die schwebende

⁵⁹ *Canaris* (Fn. 58), S. 46; *Spinner* (Fn. 56), § 611 a Rn. 558.

⁶⁰ *Thüsing*, in: *Hennsler/Willemsen/Kalb*, Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2020, BGB § 119 Rn. 15.

⁶¹ Vgl. BAGE 90, 251 (256).

⁶² Dieser wäre, dass kein Grund dafür besteht, eine irreversibel erbrachte Leistung rückwirkend anders zu behandeln, ob wohl diese vollständig vertragskonform erbracht wurde und sich für den vergangenen Zeitraum keine Probleme aus dem Umstand ergeben, dass der Vertrag tatsächlich unwirksam war; vgl. dazu BAG NJW 1958, 397 (398); *Richardi/Fischinger* (Fn. 56), § 611 a Rn. 687, 695.

⁶³ So im Ansatz wohl BGHZ 41, 282 (288); 53, 152 (158); 53, 152 (159); BGH NJW 2000, 2983; vgl. aus dem Schrifttum *Richardi/Fischinger* (Fn. 56), § 611 a Rn. 594; *Baumgärtner*, in: *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Stand: 1.5.2022, § 611 Rn. 34; *Spinner* (Fn. 56), § 611 a Rn. 557.

⁶⁴ Vgl. BGH NJW 1969, 1483 (1483); aus der Lit. *Schäfer*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 353 f., 356; *Geibel*, in: *Beck'scher Online-Großkommentar BGB*, Stand: 1.1.2019, § 705 Rn. 263; *Schöne*, in: *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Stand: 1.5.2022, § 705 Rn. 82.

⁶⁵ RGZ 155, 148 (151); BGHZ 20, 198 (206); BGH BeckRS 2020, 5351 Rn. 8; *Schubert*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 372; *Kähler*, in: *Beck'scher Online-Großkommentar BGB*, Stand: 1.3.2022, § 242 Rn. 1648.

⁶⁶ Die „Frist“ ist beim Rücktritt (§§ 323 ff. BGB) über eine Unwirksamkeit desselbigen bei Eintritt der Verjährung des Leistungs- oder Nacherfüllungsanspruchs ausgestaltet. Im Ergebnis führt auch dies zu einer zeitlichen Begrenzung des Rücktrittsrechts (zum Normzweck siehe auch: *Grothe*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2021, § 218 Rn. 1).

⁶⁷ Für die Verjährung BGHZ 59, 72 (74) = NJW 1972, 1460 und *Piekenbrock*, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung*, 2006, S. 317.

⁶⁸ Zu § 121 BGB *Wendtland* (Fn. 7), § 121 Rn. 1; zu § 124 BGB *Wendtland* (Fn. 7), § 124 Rn. 1.

⁶⁹ *Spickhoff* (Fn. 7), § 104 Rn. 6.

Unwirksamkeit von Verträgen ohne Einwilligung führt jedoch zu erheblicher rechtlicher Unsicherheit für den Vertragspartner. Daher hat der Vertragspartner mit § 108 Abs. 2 BGB und § 109 BGB zwei Möglichkeiten zur Beendigung dieser Unsicherheit. Diese Regelungen dienen den Interessen der Vertragspartner von Minderjährigen⁷⁰ und auch der Rechtssicherheit.⁷¹

§ 109 BGB ist neben deliktsrechtlichen Ansätzen⁷² die einzige Möglichkeit des Vertragspartners, einen Vertrag mit einem Minderjährigen, der seine Geschäftsfähigkeit oder Einwilligung vorgetäuscht hat, ohne eine Frist von zwei Wochen aufzulösen.⁷³

Eine Verwirkung stärkt auch die Position des Minderjährigen. Für diesen besteht dann nicht mehr die Gefahr einer Vertragsauflösung durch den Geschäftspartner. Auf der anderen Seite wird die Position des Geschäftspartners geschwächt. Dieser kann sich nur noch durch § 108 Abs. 2 BGB Rechtssicherheit verschaffen. Die vom Gesetzgeber gewollte Privilegierung des gutgläubigen Vertragspartners wird somit, wenn auch nach Ablauf eines gewissen Zeitraums, aufgehoben.

Dies ist vor allem bei der Annahme problematisch, dass der Berechtigte für den Beginn der Verwirkung keine Kenntnis seines Rechts haben muss.⁷⁴ Bei Ansprüchen liegt der Beginn des für die Verwirkung notwendigen Zeitablaufs dieser Ansicht folgend in der Regel bei ihrer Fälligkeit.⁷⁵ Bei Gestaltungsrechten müsste somit der Zeitpunkt der frühesten Möglichkeit ihrer Ausübung maßgebend sein. Für § 109 BGB liegt dieser Zeitpunkt direkt nach Vertragsschluss. Dies würde einen effektiven Schutz des Vertragspartners durch § 109 BGB verhindern, da dieser auch erst nach längerer Zeit von der Täuschung durch den Minderjährigen erfahren kann. Gegen diese Ansicht ist auch anzuführen, dass die Verwirkung an einen durch illoyale Verspätung geschaffenen Vertrauensstatbestand anknüpfen soll.⁷⁶ Ein Vertrauenstatbestand wird

jedoch ohne Kenntnis des Widerrufsrechts gar nicht geschaffen.⁷⁷ Folglich ist Kenntnis des Berechtigten von seinem Recht vorauszusetzen.

Sobald der Vertragspartner von der Minderjährigkeit oder von der fehlenden Einwilligung Kenntnis erlangt, entfällt seine Gutgläubigkeit. Je mehr Zeit nach der Kenntniserlangung verstreicht, desto stärker lässt die Schutzwürdigkeit des Vertragspartners nach. Die Privilegierung, welche die Widerrufsmöglichkeit darstellt, ist demnach auch weniger oder nach langem Zeitablauf gar nicht mehr berechtigt. Man könnte sogar davon ausgehen, dass eine zeitlich unbegrenzte Privilegierung nun unzulässig ist.⁷⁸ Dies führt zu einer Verschiebung der Interessengewichtung. Nach den Wertungen der §§ 104 ff. BGB ist der Schutz des Minderjährigen immer vorrangig zu berücksichtigen.⁷⁹ Besteht demnach kein Grund mehr für einen weitergehenden Schutz des Vertragspartners, ist die Abwägung zugunsten des Minderjährigenschutzes und hier auch des allgemeinen Rechtsschutz- und Verkehrsinteresses zu treffen. Dies eröffnet die Möglichkeit der Verwirkung des Widerrufsrechts.

Mit der Verwirkung entfällt der Schutz des Vertragspartners jedoch nicht komplett. Vielmehr wird der Vertragspartner, welcher später Kenntnis von der Minderjährigkeit oder fehlenden Einwilligung erhält und dennoch für längere Zeit nicht widerruft, mit dem Vertragspartner gleichgestellt, welcher schon zu Beginn nicht gutgläubig war. Dadurch hat der bei Vertragsschluss gutgläubige Vertragspartner die Entscheidung für oder gegen einen Vertragsschluss unter Kenntnis aller Umstände erneut zu fällen. Ist die Verwirkung jedoch eingetreten, so steht ihm weiterhin das Recht aus § 108 Abs. 2 S. 2 BGB der Aufforderung zur Genehmigung zu.

3. Voraussetzungen im Einzelfall

a) Allgemeine Voraussetzungen

Für eine Verwirkung im Einzelfall müssen allerdings die Verwirkungsvoraussetzungen vorliegen. Somit bedarf es eines Zeit- und eines Umstandsmoments.⁸⁰ Als Zeitmoment wird auf den Zeitraum abgestellt, in dem ein durchschnittlicher Rechtsinhaber sein Recht üblicherweise geltend macht.⁸¹ Für

⁷⁰ Spickhoff (Fn. 7), § 104 Rn. 10.

⁷¹ Spickhoff (Fn. 7), § 104 Rn. 14.

⁷² Klumpp (Fn. 3), Vorb. zu §§ 104 ff. Rn. 83; um dem Minderjährigenschutz der §§ 104 ff. BGB Rechnung zu tragen, beschränkt sich eine etwaige deliktsrechtliche Haftung des Minderjährigen jedoch auf das negative Interesse, es sei denn dieses übersteigt das positive Interesse. Der effektivste Schutz des Vertragspartners liegt demnach in § 109 BGB.

⁷³ Klumpp (Fn. 3), § 109 Rn. 5; denkbar wäre auch eine Anfechtung des Vertrages, wenn man die Geschäftsfähigkeit oder Minderjährigkeit einer Person als verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.v. § 119 Abs. 2 BGB sieht, so Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 137; zum Alter als verkehrswesentliche Eigenschaft Wendtland (Fn. 7), § 119 Rn. 42. Die § 121 Abs. 1 S. 1 BGB und § 122 Abs. 1 BGB stellen den Vertragspartner jedoch schlechter, als wenn er sein Widerrufsrecht aus § 109 BGB ausübt.

⁷⁴ So Kähler, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 242 Rn. 1675.

⁷⁵ BGH NZG 2012, 1189 (1191 Rn. 22) m.w.N.

⁷⁶ BGHZ 92, 184 (187); 105, 250 (256); Kramme, in: Prütting/Wegen/Weinreich Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, § 242 Rn. 61.

⁷⁷ Knops, AöR 2018, 554 (591).

⁷⁸ So wohl Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 146, 161.

⁷⁹ BGHZ 17, 160 (168) = NJW 1955, 1067 (1069); Spickhoff (Fn. 7), § 104 Rn. 11.

⁸⁰ BGH NJW 2010, 1074 (1076 Rn. 19); BGH NJW 2009, 847 (849 Rn. 39); BGH NJW 2003, 847 m.w.N.; Schubert (Fn. 65), § 242 Rn. 378.

⁸¹ Looschelders/Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 242 Rn. 305; Suschet, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 242 Rn. 146; a.A. Kähler, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 242 Rn. 1686; Schubert (Fn. 65), § 242 Rn. 132 ff., 380, die die Maßgeblichkeit der individuellen Beziehung betonen und außerdem anführen, dass ein Vertrauen auf die fehlende Durchsetzung eines Rechts erst wachsen kann, wenn mit dieser nicht mehr zu rechnen ist. Im Ergebnis führt dies wohl zu

Gestaltungsrechte wie § 109 BGB gilt dabei keine grundsätzlich kürzere Verwirkungsfrist.⁸² Für die Verwirkung müssen zudem Umstände hinzukommen, die diese begründen.⁸³ Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Hierbei besteht eine „Wechselwirkung [des Umstandsmoments] mit dem Zeitmoment“⁸⁴ in der Form, dass bei einem kürzeren Zeitablauf höhere Anforderungen an die für die Verwirkung maßgeblichen Umstände zu stellen sind.⁸⁵ Insofern wirken sich die eine Verwirkung begründenden Umstände zumindest indirekt auf die Länge der Verwirkungsfrist aus.

b) Möglicherweise relevante Umstände

Einige Umstände haben spezifisch für das Widerrufsrecht aus § 109 BGB Bedeutung. So hat der gesetzliche Vertreter ab Vertragsschluss die Möglichkeit zur Genehmigung, § 108 Abs. 1 BGB. Wenn er demnach Kenntnis von dem schwebend unwirksamen Vertrag hat und diesen nicht genehmigt oder die Genehmigung verweigert, so ist er und auch der Minderjährige weniger schutzwürdig, wodurch eine längere Verwirkungsfrist angenommen werden kann. Der Minderjährige ist dann zwar von einem möglichen Verschulden seines gesetzlichen Vertreters abhängig. Dies entspricht jedoch der allgemeinen rechtlichen Abhängigkeit des Minderjährigen von seinem gesetzlichen Vertreter.⁸⁶ Der Bedarf für eine Abweichung ist nicht gegeben.

Ein weiterer relevanter Umstand kann der Vertragstyp sein. Bei einem Gebrauchsüberlassungsvertrag verpflichtet sich der Minderjährige neben der Besitzverschaffung gerade dazu, dem Vertragspartner den Gebrauch der Sache zu gewähren. Dabei ist die Gegenleistung an die Dauer des Gebrauchs gekoppelt. Durch die Ausübung des Widerrufsrechts entzieht sich der Vertragspartner jedoch der vertraglichen Gegenleistungspflicht. Je länger der Vertragspartner mit dem Widerruf wartet, desto länger ist auch der Zeitraum, für den er sich der vertraglichen Gegenleistungspflicht entzieht. Handelt es sich bei dem Gebrauchsüberlassungsvertrag um einen teilbaren Vertrag, so ist jedenfalls für den bereits vollständig erfüllten Teil mit der oben vertretenen Ansicht der Widerruf ausgeschlossen. Für den noch nicht vollständig erfüllten Teil kann auf die Verwirkung zurückgegriffen werden. Bei einem Kaufvertrag ist die Gegenleistung grundsätzlich nur für einen Zeitpunkt bestimmt. Mit einem späteren Widerruf entzieht sich der Vertragspartner nur einer einmaligen vertraglichen Gegenleistungspflicht. Ist der schwebend unwirksame Vertrag somit

einem längeren Zeiterfordernis, damit das Zeitmoment als gegeben angesehen werden kann.

⁸² BGH NJW 2003, 669 (670); BGH WM 1969, 721 (723).

⁸³ Kähler (Fn. 81), § 242 Rn. 1695.

⁸⁴ Kähler (Fn. 56), § 242 Rn. 1697.

⁸⁵ BGH NJW 2018, 1390 (1390 Rn. 9); BGH GRUR 2001, 323 (327); Kähler (Fn. 56), § 242 Rn. 1697; a.A. Salzmann, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015, S. 72.

⁸⁶ Die Abhängigkeit vom gesetzlichen Vertreter findet sich nicht nur im Minderjährigenrecht, sondern auch allgemein. Ausdruck dafür ist die Verantwortlichkeitsregelung des § 278 S. 1 BGB.

ein Gebrauchsüberlassungsvertrag, so ist die Verwirkungsfrist kürzer anzusetzen als bei einem Kaufvertrag.

4. Fazit

Die Möglichkeit der Verwirkung des Widerrufsrechts aus § 109 BGB ist demnach im Lichte des allgemeinen Rechts- und Verkehrsschutzinteresses und des Minderjährigenschutzes zu bejahen. Es bedarf jedoch einer interessengerechten Prüfung der allgemeinen Verwirkungsvoraussetzungen im Einzelfall. Sind diese – auch unter Berücksichtigung der hier aufgeführten Aspekte – gegeben, so ist der Verwirkung des Widerrufsrechts zuzustimmen.

V. Zusammenfassende Bemerkungen

Das Widerrufsrecht aus § 109 BGB ist ein Kernstück des Minderjährigenrechts und weist folglich eine hohe Relevanz in Klausuren und Hausarbeiten auf. Dabei gerät regelmäßig der eigentliche Zweck des Minderjährigenschutzes in Konflikt mit dessen Begrenzung in § 109 BGB zugunsten des Vertragspartners.

Das dem Wortlaut nach sehr weit gefasste Widerrufsrecht ist dabei teilweise zugunsten des Minderjährigenschutzes zu begrenzen, dies gilt vor allem dann, wenn der volljährige Geschäftspartner nicht schutzwürdig ist, da er, wie unter III. erläutert, die Vorzüge eines wirksamen Vertrages bereits genossen hat oder da er, wie unter IV. ausgeführt, nach Kenntnis von der Widerrufsmöglichkeit diese über längere Zeit nicht ausübt und den Vertrag daher ebenfalls als wirksam behandelt. Darüber hinaus ist eine Beschränkung des unglücklich weiten Wortlauts auch für die Kombination von §§ 108 Abs. 2, 109 BGB anzunehmen, da ansonsten die Innengenehmigung zulasten des Minderjährigenschutzes in ihrer systematischen Funktion untergraben würde.