

Privatdozent Dr. Clemens Latzel und Wiss. Mitarbeiter Andreas Zöllner\*

## Anfänglich kostenlose Verträge mit Minderjährigen

Jugendliche, insbesondere beinahe Volljährige sind eine attraktive Zielgruppe für findige Unternehmer: Die Mischung aus gefühltem Erwachsensein und geschäftlicher Unerfahrenheit lässt „Fast-Erwachsene“ leicht Geschäfte eingehen, die auf den ersten Blick nur vorteilhaft sind. Damit diese Geschäfte ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (Eltern) wirksam sind, dürfen sie den Minderjährigen keine rechtlichen Nachteile bringen. Um dennoch wirtschaftliche Vorteile aus Verträgen mit Minderjährigen zu ziehen, setzen Unternehmen bisweilen auf eine nachgelagerte Kostenpflicht, die erst nach Erreichen der Volljährigkeit greift. Ein rechtlich zweifelhaftes Unterfangen.

### I. Ausgangsfälle

#### 1. „Kostenlose“ Mitgliedschaft im Automobilclub

Ein aktuelles Beispiel für anfänglich kostenlose Verträge mit Minderjährigen ist die Mitgliedschaft in einem Automobilclub. Gerade für minderjährige Jungfahrer (Moped oder Quad) sind Modelle wie die ADAC starter-Mitgliedschaft wegen ihres Preises „ab 0 Euro“ attraktiv, werden doch im Schadensfall Pannen- und Unfallhilfe, Abschlepp- und Bergungsleistungen angeboten.<sup>1</sup> Die Werbung ist zielgruppenspezifisch:<sup>2</sup>

„Du bist zwischen 16 und 18 Jahre alt? Hast noch keinen Pkw-Führerschein? Dann bist du im beitragsfreien ADAC starter-Jugendclub genau richtig!“<sup>3</sup>

Auch für 17-jährige Teilnehmer am begleiteten Pkw-Fahren (BF17) gibt es ein spezifisches Gratis-Angebot im ersten Jahr: die ADAC young generation driver-Mitgliedschaft.<sup>4</sup> Im Kleingedruckten legte der Automobilclub noch im September 2018 offen, dass er nichts zu verschenken hat, sondern eine Rechnung folgen wird:

Starter-Mitgliedschaft: „Dies ist eine beitragsfreie, außerordentliche Mitgliedschaft für Jugendliche bis zum 18. Geburtstag und wird anschließend automatisch in den Folgetarif ADAC young generation-Mitgliedschaft driver (in Ausbildung) umgestellt. Der Folgetarif ist im ersten Mitgliedschaftsjahr beitragsfrei.“<sup>5</sup>

young-driver-Mitgliedschaft: „Dies ist eine beitragsfreie, außerordentliche Mitgliedschaft bis zum 18. Geburtstag und wird automatisch in den beitragsfreien Folgetarif ADAC young driver (in Ausbildung) umgestellt.“<sup>6</sup>

Nach Abschluss eines solchen Mitgliedschaftsvertrags erhielten die Jungfahrer eine Mitgliedskarte und eine Bestätigung ihrer Mitgliedschaft samt dem Versprechen, dass vor Beginn der kostenpflichtigen Folgemitgliedschaft der Jungfahrer „rechtzeitig per Post“ informiert wird.<sup>7</sup> Konkret wurde die „automatische Umstellung“ auf eine kostenpflichtige Mitgliedschaft folgendermaßen angekündigt:

„In Kürze endet deine beitragsfreie Zeit. Damit wir auch in Zukunft immer an deiner Seite sind, gibt's für junge Fahrer bis 23 Jahre die ADAC young driver-Mitgliedschaft. Sie bietet dir für 24 Euro im Jahr wichtige ADAC Leistungen [...] Wichtig: die Tarifumstellung der Mitgliedschaft erfolgt automatisch – du brauchst dich also um nichts zu kümmern. Solltest du auf eine Fortsetzung deiner Mitgliedschaft verzichten wollen, teile uns dies bitte innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt dieses Briefes mit.“<sup>8</sup>

Gab das zwischenzeitlich volljährig gewordene Mitglied keine Erklärung ab, stellte ihm der ADAC eine Rechnung über den Jahresbeitrag. Zu keinem Zeitpunkt wurde die Einwilligung oder Genehmigung der gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen eingefordert.<sup>9</sup> Auf eine Abmahnung der Ver-

\* Der Autor *Latzel* ist Akad. Oberrat a. Z. an der Ludwig-Maximilians-Universität München; der Autor Dipl.-Jur. *Zöllner* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg bei der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht (*Prof. Dr. H. Hanau*).

1 S. [www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation](http://www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation) (abgerufen am soweit nicht anders angegeben 25.2.2019).

2 Stiftung Warentest v. 29.8.2018, Abofalle gestoppt: ADAC auf Kundenfang in Fahrschulen, [www.test.de/Abofalle-gestoppt-ADAC-auf-Kundenfang-in-Fahrschulen-5369750-0](http://www.test.de/Abofalle-gestoppt-ADAC-auf-Kundenfang-in-Fahrschulen-5369750-0) (abgerufen am 30.8.2018). Zur lauterkeitsrechtlichen Bewertung der gezielten Werbung von Minderjährigen (§§ 3 IV 2, 4 a II 2 UWG): *Scherer*, wrp 2016, 1441.

3 S. [www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation](http://www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation).

4 S. [www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation](http://www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation).

5 S. [www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation](http://www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation) (Stand: 12.9.2018).

6 S. [www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation](http://www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation) (Stand: 12.9.2018).

7 Schreiben des ADAC v. 14.3.2018 an einen Jungfahrer, vorgehalten von der Verbraucherzentrale Hamburg (VZHH).

8 Schreiben des ADAC v. 14.3.2018 an einen Jungfahrer, vorgehalten von der VZHH.

9 Der ADAC meinte, dass es der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter nicht bedürfe, vgl. *Peters*, ADAC – der Trick mit den Kindern, *Tagesspiegel* v. 7.1.2013, [www.tagesspiegel.de/weltspiegel/fragwuerdige-methoden-adac-der-trick-mit-den-kindern/7593454.html](http://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/fragwuerdige-methoden-adac-der-trick-mit-den-kindern/7593454.html) (abgerufen am 12.9.2018).

braucherzentrale Hamburg hat der ADAC sodann eine Unterlassungserklärung abgegeben.<sup>10</sup> Mittlerweile sollen Mitgliedschaften, die von Minderjährigen beantragt werden, nach der beitragsfreien Zeit automatisch enden.<sup>11</sup>

## 2. Weitere Konstellationen

Neben Automobilclubmitgliedschaften kommen weitere anfänglich kostenlose Verträge mit Minderjährigen in Betracht, zum Beispiel Kfz-Haftpflichtversicherungen (Halter iSd § 1 PflVG können auch Minderjährige sein), Zahlungskontoverträge und jugendtypische Dauerschuldverhältnisse (Mobilfunkverträge, Mehrwertdienstleistungen etc.<sup>12</sup>). Theoretisch können bei allen Dauerschuldverhältnissen („Abfallen“) die Zahlungspflichten der minderjährigen Vertragspartner bis zum Erreichen der Volljährigkeit (oder auch darüber hinaus) ausgesetzt werden und sich die anfänglichen „Gratisverträge“ später in kostenpflichtige Verträge „umwandeln“. Dazu zählen auch Ratenzahlungsverträge oder Stundungsvereinbarungen, die den Minderjährigen von Zahlungspflichten freihalten, bis er volljährig ist.

## II. Unwirksamer Vertragsschluss mit Minderjährigen

### 1. Rechtliche und wirtschaftliche Ausgangslage

Das Ziel der geschilderten Gestaltungen ist evident: Der bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres nur beschränkt geschäftsfähige Minderjährige (§§ 2, 106 ff. BGB) kann zwar als solcher selbst nur wirksam Verträge schließen, die rechtlich lediglich vorteilhaft für ihn sind (§ 107 BGB) oder wenigstens neutral<sup>13</sup> – Verträge mit Zahlungspflichten sind das nicht. Aber womöglich kann der Minderjährige wirksam Verträge schließen, die, *solange* er noch minderjährig ist, rechtlich vorteilhaft für ihn sind und erst anschließend auch Pflichten (vor allem Zahlungspflichten) für den dann unbeschränkt geschäftsfähigen Volljährigen begründen. Dann könnte bereits ein Minderjähriger sein volljähriges „Zukunft-Ich“ wirksam verpflichten, ohne dass seine gesetzlichen Vertreter einwilligen müssten. Die menschliche Trägheit<sup>14</sup> wird dann dafür sorgen, dass der soeben volljährig Gewordene den Vertrag nicht oder nicht rechtzeitig kündigt und im Idealfall ein Leben lang an das Unternehmen gebunden bleibt,<sup>15</sup> das ihm als Minderjährigen das „Gratisangebot“ gemacht hatte.

### 2. Rechtliche Vorteilhaftigkeit?

Dreh- und Angelpunkt für die rechtliche Wirksamkeit der „Gratisverträge“ mit Minderjährigen ohne Einwilligung von deren gesetzlichen Vertretern ist die rechtliche Vorteilhaftigkeit iSd § 107 BGB. Beachtlich sind dabei bekanntlich nur die *rechtlichen* Folgen des Geschäfts – eine wirtschaftliche Betrachtung wird nicht angestellt.<sup>16</sup>

a) *Keine rechtlichen Nachteile während der Minderjährigkeit.* Damit die Verträge mit den Minderjährigen ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter wirksam sind, dürfen sie in jedem Fall *während der Minderjährigkeit* keine rechtlichen Nachteile für den Minderjährigen mit sich bringen. Aus vielen beitragsfreien Vereinsmitgliedschaften erwachsen zunächst keine materiellen oder immateriellen<sup>17</sup> Verpflichtungen für den Minderjährigen.<sup>18</sup>

Andere Dauerschuldverhältnisse (zB Zahlungskontoverträge) sind typischerweise nicht rechtlich lediglich vorteilhaft. Selbst wenn sie nicht mit Gebühren für den Minderjährigen einhergehen, legen sie ihm doch in der Regel besondere Nebenpflichten auf (bei Zahlungskontoverträgen: Sorgfalts- und Kontrollpflichten des Kontoinhabers wie Manipulati-

onsschutz, Meldung von Fehlbuchungen<sup>19</sup>). Auch Verträge mit sozialen Netzwerken, bei denen Minderjährige in die Verarbeitung ihrer Daten einwilligen, sind rechtlich nicht ausschließlich vorteilhaft.<sup>20</sup>

Der *BGH* hält es nur für möglich, Rechtsnachteile mit „typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotenzial“ für das Vermögen des Minderjährigen vom Anwendungsbereich des § 107 BGB auszunehmen, die den Minderjährigen *kraft Gesetzes* persönlich treffen.<sup>21</sup> Das können etwa rechtliche Nachteile sein, die sich nur mittelbar aus dem Geschäft ergeben (zB Steuerpflicht, Verkehrssicherungspflicht, bedingte Rückgewährpflichten).<sup>22</sup> Dergleichen sind bei den hier untersuchten „Gratisverträgen“ nicht ersichtlich.

b) *Eintritt rechtlicher Nachteile erst während Volljährigkeit.* Unterstellt, in den Ausgangsfällen begründen die Verträge erst dann unmittelbare rechtliche Nachteile (Zahlungspflichten) für den zunächst minderjährigen Vertragspartner, wenn dieser volljährig geworden ist: Ist ein Vertrag auch dann rechtlich lediglich vorteilhaft iSd § 107 BGB für den Minderjährigen? Oder „strahlt“ ein erst später eintretender rechtlicher Nachteil schon in die Minderjährigkeit „hinein“?

aa) *Wortlaut.* Der „Nachteilserlanger“ ist im Relativsatz des § 107 BGB durch das Personalpronomen „er“ auf das im Hauptsatz stehende Subjekt („Minderjährige“) bezogen. Streng genommen muss demnach der rechtliche Nachteil bereits den Minderjährigen als solchen treffen.

bb) *Historie.* Aus den Motiven zum BGB ergibt sich, dass die wegen Minderjährigkeit beschränkt Geschäftsfähigen nur solche Rechtsgeschäfte selbst *vornehmen können* sollen, durch die „dieselben lediglich Rechte erwerben oder von Verbindlichkeiten befreit werden“<sup>23</sup>. Zwar fallen potenziell oder künftig belastende Verträge nicht darunter, doch stellt sich auch hier die Frage, ob die Minderjährigen nach Erreichen der Volljährigkeit noch „dieselben“ sind. Der späteren Beratungskommission war übrigens diese positive „Kennzeichnung der der Einwilligung bedürftigen Geschäfte zu eng“ und sie hat für die bis heute geltende umgekehrte Formulierung votiert.<sup>24</sup>

10 VZHH v. 2.7.2018, [www.vzh.de/themen/einkauf-reise-freizeit/adac-abofalle-gestoppt](http://www.vzh.de/themen/einkauf-reise-freizeit/adac-abofalle-gestoppt) (abgerufen am 25.2.2019)

11 S. [www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation](http://www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation).

12 Zum Minderjährigenschutz insoweit eingehend *Derleder/Thielbar*, NJW 2006, 3233.

13 So die ganz hM, vgl. statt vieler nur *Palandt/Ellenberger*, BGB, 78. Aufl. 2019, § 107 Rn. 7 mwN.

14 Zur menschlichen Status-Quo-Neigung grdl. *Samuelson/Zeckhauser*, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 (1988), 7 ff.

15 Zur langfristigen Bindung junger Erwachsener an Sparkassen *Glabé/Boston*, Kunden von morgen schon heute nachhaltig binden, Betriebswirtschaftliche Blätter 1/2012, 35 ff.; zur Bedeutung des Kindes- und Jugendalters für eine lebenslange Markenbindung *Wildner/Twardawa*, Markenbindung – Wodurch sie gestärkt und wodurch sie gefährdet wird, in: Gesellschaft für Konsumforschung, Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung, 3/2008, 204 ff.

16 *BGHZ* 161, 170 = NJW 2005, 415 (418); *Palandt/Ellenberger*, § 107 BGB Rn. 2.

17 Dazu zählen Mitverwaltungspflichten, Treuepflichten, Unterwerfung unter die Disziplinargewalt des Vereins (vgl. *Hofmann*, Rpfleger 1986, 5), die zB bei der ADAC-Mitgliedschaft nicht ersichtlich sind. Anders sähe das etwa beim Sportverein aus, wenn die Mitglieder verpflichtet werden, bei einem Arbeitseinsatz die Sportanlagen zu pflegen.

18 AA *Staudinger/Knothe*, BGB, Neubearb. 2004, § 107 Rn. 33, allerdings ohne Rücksicht auf die kostenlose Mitgliedschaft.

19 *Staudinger/Klumpp*, BGB, Neubearb. 2017, § 107 Rn. 29.

20 *Staudinger/Klumpp*, § 107 Rn. 30.

21 *BGHZ* 161, 170 = NJW 2015, 414 (418).

22 *Staudinger/Klumpp*, § 107 Rn. 14, 20; *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 561 ff.

23 Motive zum Entwurf eines BGB, Bd. I, 1888, § 65 2 a, S. 133.

24 Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. I, 1897, Prot. 11. III, 59.

cc) *Systematik*. Die §§ 104 ff. BGB stellen hinsichtlich der *Geschäftsfähigkeit* auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts ab. Hinsichtlich der rechtlichen Vorteilhaftigkeit muss das aber nicht gelten.

Ein Blick ins Vormundschaftsrecht bringt keine Klarheit. Gemäß § 1822 Nr. 5 BGB muss das FamG einem Vertrag mit einem Mündel (oder Kind, § 1643 I BGB) zustimmen, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach Eintritt der Volljährigkeit des Mündels fortauern soll. Damit werden langfristig belastende Verträge der Genehmigungsfähigkeit durch die gesetzlichen Vertreter entzogen. Daraus kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass Verträge, die bis zum 19. Geburtstag des Mündels kostenfrei sind oder eine Kündigungsmöglichkeit enthalten, deswegen nicht der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter bedürften oder gar rechtlich lediglich vorteilhaft wären.<sup>25</sup>

Im Familienrecht beschränkt § 1629 a I 1 Hs. 2 Alt. 1 BGB die Haftung des volljährig Gewordenen für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die der Minderjährige gem. §§ 107, 108, 111 BGB „mit Zustimmung seiner Eltern vorgenommen“ hat. Geschäfte, für die der Minderjährige gem. § 107 BGB gar nicht der Zustimmung seiner Eltern bedurfte, fallen nicht darunter. Ging der Gesetzgeber also davon aus, solche Geschäfte können ohnehin keinen überschuldeten Start in die Volljährigkeit (wegen ihrer rechtlich ausschließlichen Vorteilhaftigkeit) bewirken? Das könnten sie nämlich, wenn Zahlungspflichten aus nach § 107 BGB wirksamen Verträgen den nunmehr Volljährigen wirtschaftlich belasteten. Doch zielt § 1629 a BGB nicht auf umfassenden Überschuldungsschutz, sondern schützt nur vor *fremdverursachter* Überschuldung,<sup>26</sup> so dass auf die Grenzen der *selbstverursachten* Bindung und den maßgeblichen Zeitraum bei § 107 BGB nicht geschlossen werden kann.

Indes kann der Minderjährige nach § 108 III BGB seinen mangels Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zunächst schwebend unwirksamen Vertrag selber genehmigen und damit rechtliche Nachteile verbindlich eingehen, sobald er *volljährig geworden* ist. Dieses Selbstgenehmigungsrecht steht dem Minderjährigen gerade noch nicht zu (dazu unten III 2 a). Daraus lässt sich folgern, dass rechtlich nachteilhafte Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen stets einer *aktiven* Bestätigung (Genehmigung) durch einen Volljährigen bedürfen, also der bloße Eintritt der bislang minderjährigen Vertragspartei in die Volljährigkeit nicht genügt. § 108 III BGB wäre also überflüssig, wenn sich die rechtliche Vorteilhaftigkeit eines Geschäfts nur nach dem Zeitraum der Minderjährigkeit beurteilt und rechtliche Nachteile ab Eintritt der Volljährigkeit für die Beurteilung eines Geschäfts nach § 107 BGB unbeachtlich wären.

dd) *Telos*. Der systematische Befund wird durch den Zweck der §§ 105 ff. BGB bestätigt, nämlich den Schutz des Minderjährigen.<sup>27</sup> Dem liegt die typisierte Annahme zugrunde, dass der Minderjährige zur vernünftigen Willensbildung noch nicht hinreichend fähig ist.<sup>28</sup> Gerade die jugendtypische überoptimistische Einstellung, es könne doch nur gutgehen (ein rechtlicher Nachteil nicht eintreten), soll den Minderjährigen nicht zu Rechtsgeschäften verleiten,<sup>29</sup> weshalb sie (zunächst) rechtlich unwirksam bleiben. Es ist dem Ziel des Minderjährigenschutzes am meisten gedient, wenn rechtlich nachteilhafte Rechtsgeschäfte des Minderjährigen unabhängig davon schwebend unwirksam sind, ob und wann damit verbundene rechtliche Nachteile (zB Zahlungspflichten) tatsächlich eintreten. Der *BGH* macht zwar eine Ausnahme, wenn bloß eine „theoretische Möglichkeit“ künftiger Rechtsnachteile besteht.<sup>30</sup> Bei lediglich *zeitlich* hinausgeschobenen Rechtsnachteilen kann davon freilich keine Rede sein, denn ihr Eintritt ist alles andere als „bloß theoretisch“. Der *BGH* hält den Eintritt des rechtlichen Nachteils schon bei Schenkungen mit Rücktrittsvorbehalt, der über § 530 BGB hinausgeht, für hinreichend wahrscheinlich<sup>31</sup> und differen-

ziert dabei nicht nach dem Zeitpunkt des möglichen Rücktritts.

Folglich spricht auch das *Telos* des Minderjährigenschutzes dafür, dass die rechtliche Nachteilehaftigkeit iSd § 107 BGB nicht vom Zeitpunkt des Eintritts des Nachteils abhängt. Vielmehr wird der Minderjährigenschutz bereits dann aktiviert, wenn der Handelnde bei Vornahme des Rechtsgeschäfts minderjährig ist und mit dem Geschäft mehr als ein bloß theoretischer rechtlicher Nachteil verbunden ist – egal, wann er eintreten wird. Demgemäß ist allen Personen vor Vollendung des 18. Lebensjahres die Fähigkeit abgesprochen, autonom ihr volljähriges „Zukunfts-Ich“ zu verpflichten.

c) *Keine Heilung durch Lösungsmöglichkeit*. Wenn die andere Vertragspartei dem Minderjährigen das Recht einräumt, den Vertrag zu kündigen, bevor sich der rechtliche Nachteil realisieren (die Zahlungspflicht eintreten) kann, wird damit das Rechtsgeschäft nicht rechtlich vorteilhaft oder auch nur neutral für den Minderjährigen. Einen rechtlichen Nachteil hat der Minderjährige nämlich gleichwohl zunächst einmal *erlangt* iSd § 107 BGB. Die Obliegenheit zur Kündigung ändert daran nichts. Wie § 108 III BGB zeigt, kann der (dann vormals) Minderjährige nur durch eine *aktive* Bestätigung (Genehmigung) dem Vertrag zur Wirksamkeit verhelfen, aber nicht durch schweigendes Volljährigwerden. Die Kündigungsmöglichkeit kann allenfalls über eine gem. § 1822 Nr. 5 BGB erforderliche Genehmigung des *FamG* hinweghelfen (dazu unten III 1 a).

### 3. Zustimmungsfreie Verträge

Keiner Zustimmung der gesetzlichen Vertreter bedürfen daher nur solche Verträge, die zu keinem Zeitpunkt für die minderjährige Vertragspartei (auch nicht erst, wenn sie volljährig geworden ist) einen rechtlichen Nachteil mit sich bringen. Verträge mit Minderjährigen, die sich mit Erreichen der Volljährigkeit (oder später) in kostenpflichtige Verträge „automatisch umwandeln“, bedürfen daher stets der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter bzw. der zwischenzeitlich volljährig gewordenen Vertragspartei (§ 108 III BGB).

### III. Zustimmung zum Vertragsschluss

Ist der mit einem Minderjährigen geschlossene Vertrag für diesen nicht rechtlich lediglich vorteilhaft, bedarf der Vertrag der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (dazu 1) (§§ 107, 182 BGB), sofern nicht der Minderjährige nach Erreichen der Volljährigkeit den Vertrag selbst genehmigt (dazu 2).

#### 1. Zustimmung durch gesetzlichen Vertreter

Bedarf der Vertragsschluss mit dem Minderjährigen gem. § 107 BGB der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, muss diese nicht unbedingt ausdrücklich gegenüber dem Minderjährigen oder der anderen Vertragspartei (§ 182 I BGB), sondern kann auch konkludent erklärt werden. Das wird hier (dazu b) anhand der Automobilclubmitgliedschaft

25 *OLG Jena*, Beschl. v. 2.3.2012 – 9 W 42/12, BeckRS 2012, 23201.

26 *Staudinger/Coester*, BGB, Neubearb. 2015, § 1629 a Rn. 5, 9 f., 41.

27 *BGHZ* 161, 170 = *NJW* 2005, 415 (418).

28 *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 535 ff.

29 Vgl. *Staudinger/Knothe*, § 107 Rn. 1: Abschirmung der „jugendlichen Unerfahrenheit“ von Schädigungsgefahr durch „abstrakt gefährliche Geschäfte“.

30 *BGHZ* 162, 137 = *NJW* 2005, 1430 (1431).

31 *BGHZ* 162, 137 = *NJW* 2005, 1430 (1431).

exemplifiziert. Dafür darf freilich kein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt greifen (dazu a).

a) *Gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt.* Wenn der Mündel (bzw. Minderjährige) zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird und das Vertragsverhältnis über das 19. Lebensjahr hinaus fort dauern soll, genügt die Genehmigung der gesetzlichen Vertreter nicht für die rechtliche Wirksamkeit des Vertrags, sondern muss gem. § 1822 Nr. 5 BGB (bzw. iVm § 1643 I BGB) das FamG den Vertrag genehmigen. Das gilt nur dann nicht,<sup>32</sup> wenn der Mündel den Vertrag mit Wirkung vor seinem 19. Geburtstag ohne Einbußen kündigen kann.<sup>33</sup> Davon kann bei Zahlungskontenverträgen<sup>34</sup> oder versicherungsähnlichen Verträgen ohne Anspareffekt (wie einer Automobilclubs-Mitgliedschaft) ausgegangen werden.

b) *Konkludente Zustimmung zur Automobilclubmitgliedschaft.* Im eingangs geschilderten Ausgangsfall könnten die gesetzlichen Vertreter sich mit der Automobilclubmitgliedschaft des Minderjährigen dadurch konkludent einverstanden erklärt haben, indem sie ihm erlaubt haben, eine Fahrerlaubnis zu erwerben oder einen Fahrschulvertrag abzuschließen<sup>35</sup> oder am BF17 teilzunehmen. Als Folgegeschäft<sup>36</sup> könnte davon auch der Beitritt in den Automobilclub umfasst sein, da die Mitgliedschaft bei der Teilnahme am Straßenverkehr nicht undienlich ist. Indes ist eine Automobilclubmitgliedschaft nicht so eng mit dem Erwerb einer Fahrerlaubnis oder gar dem Autofahren verbunden, wie etwa der Abschluss einer Kfz-Haftpflichtversicherung oder der Kauf von Kraftstoff jeweils mit der Anschaffung eines Kfz. In den beiden letztgenannten Fällen kann von einer konkludenten Zustimmung ausgegangen werden,<sup>37</sup> weil die Bestimmung eines Kfz in aller Regel dessen Fahren ist, § 1 PflVG dafür vom Halter eine Haftpflichtversicherung verlangt und (je nach Fabrikat) Kraftstoff erforderlich ist. Doch an den Erwerb einer Fahrerlaubnis sind keine vergleichbar typischen Folgegeschäfte geknüpft,<sup>38</sup> weshalb darin auch keine konkludente Einwilligung in eine Automobilclubmitgliedschaft verbunden ist. Auch die *Fahrschule* soll nur zum Erwerb der Fahrerlaubnis befähigen – dafür ist eine Automobilclubmitgliedschaft erst recht nicht erforderlich.

## 2. Genehmigung durch Vertragschließenden

Ist der Minderjährige volljährig geworden, kann er die von ihm geschlossenen schwebend unwirksamen Verträge selbst genehmigen (§ 108 III BGB).<sup>39</sup> Das setzt voraus, dass die Verträge dann noch schwebend unwirksam, also nicht durch Genehmigungsverweigerung der gesetzlichen Vertreter bereits *ex tunc* unwirksam geworden sind.<sup>40</sup>

a) *Antizipierte Genehmigung durch Minderjährigen.* Eine antizipierte Genehmigung des (noch) Minderjährigen scheitert schon am Wortlaut des § 108 III BGB. Überdies steht die typisierte Unvernünftigkeitannahme (dazu oben II 2 b dd) rechtswirksamen Handlungen des Minderjährigen entgegen. Am Vortag seines 18. Geburtstags ist der Minderjährige im Sinne des Gesetzes noch nicht reif, um hinreichend besonnen über seine rechtlichen Verpflichtungen entscheiden zu können. Einen Tag später gilt er als reif und kann seinen Vertrag selbst genehmigen. Weil Vernunft idealtypisch persönliche Reifung voraussetzt, die sich nicht vorwegnehmen lässt, kann der unreife Minderjährige die Genehmigung durch sein künftiges, vernünftiges Ich nicht vorwegnehmen. Andernfalls würde der volljährig Gewordene an die vom unvernünftigen „Vergangenheits-Ich“ eingegangenen Pflichten gebunden sein, was dem Zweck des Minderjährigenschutzes zuwiderliefe.

b) *Stillschweigende Genehmigung durch Volljährigen.* Eine andere Frage ist, ob der volljährig gewordene Minderjährige nach § 108 III BGB stillschweigend genehmigen kann.

aa) *Erklärungswert von Schweigen.* Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass Schweigen keinen Erklärungswert habe.<sup>41</sup> § 151 S. 1 BGB scheint das zu bestätigen, denn er macht nur die Annahmeerklärung *gegenüber dem Antragenden* entbehrlich, wenn dieser darauf verzichtet hat oder sie nach der Verkehrssitte nicht erwartet wird. Dabei handelt es sich also nur um eine Ausnahme vom Zugangserfordernis (§ 130 BGB).<sup>42</sup> Die Annahme muss dennoch erklärt werden, also der Annehmende sich einen Annahmewillen gebildet haben.<sup>43</sup>

Jedoch kann Schweigen dann Erklärungswert haben, wenn es die Umstände nahelegen, so dass analog §§ 133, 157 BGB eine konkludente Erklärung durch *beredtes* Schweigen angenommen werden kann. Da die Genehmigung formfrei ist, kann sie konkludent<sup>44</sup> und mithin auch schweigend erteilt werden, sofern genügend „Konkludenzzindizien“ bestehen.<sup>45</sup> Durch beredtes Schweigen kann etwa eine Zustimmung zu einem Vertrag erteilt werden, zu dem bereits eine unwirksame Zustimmung erteilt wurde,<sup>46</sup> wenn ein zunächst vollmachtloser Vertreter später zur Vollmacht gelangt ist.<sup>47</sup>

Eine Genehmigung durch beredtes Schweigen setzt aber prinzipiell voraus, dass der Genehmigende die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts kennt.<sup>48</sup> In seiner Laiensphäre muss der Genehmigungsberechtigte ahnen, dass das Rechtsgeschäft bislang noch irgendwie „unvollkommen“<sup>49</sup> ist. Bei strikter Orientierung am Empfängerhorizont (§ 157 BGB) ist zwar der Irrtum über den rechtlichen Bedeutungsinhalt des eigenen Verhaltens unbeachtlich und berechtigt allenfalls zur Anfechtung analog § 119 I BGB.<sup>50</sup> Doch

32 Allerdings für gerichtliche Genehmigungsfreiheit von Verträgen mit „verhältnismäßig geringer wirtschaftlicher Bedeutung“ *Staudinger/Veit*, BGB, Neubearb. 2014, § 1822 Rn. 121.

33 MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rn. 42; *Staudinger/Veit*, § 1822 Rn. 120.

34 *Staudinger/Veit*, § 1822 BGB Rn. 122.

35 Gerade Fahrschulen nutzt(e) der ADAC zur Anwerbung junger Mitglieder, Stiftung Warentest v. 2.2.2014, [www.test.de/ADAC-Mitgliederwerbung-Pannenhilfe-fuer-6-Jaehrige-4664912-0/](http://www.test.de/ADAC-Mitgliederwerbung-Pannenhilfe-fuer-6-Jaehrige-4664912-0/); Stiftung Warentest v. 29.8.2018, Abofalle gestoppt: ADAC auf Kundenfang in Fahrschulen, [www.test.de/Abofalle-gestoppt-ADAC-auf-Kundenfang-in-Fahrschulen-5369750-0](http://www.test.de/Abofalle-gestoppt-ADAC-auf-Kundenfang-in-Fahrschulen-5369750-0) (jew. abgerufen am 12.9.2018).

36 Gemeint sind Geschäfte, „die mit dem von der Einwilligung zweifellos umfassten Erst- oder Hauptgeschäft in einem Folgezusammenhang stehen, weil sie dessen Durchführung dienen“, *Staudinger/Klumpp*, § 107 Rn. 108.

37 *LG Saarbrücken*, VersR 1966, 33 – für den Haftpflichtvertrag; *BGH*, NJW 1977, 622 (623) – für den Kauf von Kraftstoff.

38 *BGH*, NJW 1973, 1790; *OLG Hamm*, NJW 1966, 2357 – jeweils für die Anmietung eines Kfz.

39 Nach zutreffender Ansicht ist Zugang der Genehmigungserklärung beim Vertragspartner erforderlich, *Baldus*, NK-BGB, 3. Aufl. 2016, § 108 Rn. 34.

40 *Staudinger/Klumpp*, § 108 Rn. 54, der auch auf die Möglichkeit eines konkludenten Neuabschlussangebots durch leerlaufende Genehmigung hinweist.

41 *BAGE* 130, 21 = NJW 2009, 2475 (2476); *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 574; *Neuner*, JuS 2007, 881 (882).

42 *Staudinger/Bork*, Neubearb. 2015, § 151 BGB Rn. 14; MüKoBGB/*Busch*, 8. Aufl. 2018, § 151 Rn. 1.

43 *BGHZ* 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 38; *Staudinger/Singer*, BGB, Neubearb. 2017, § 133 Rn. 16.

44 *Staudinger/Klumpp*, § 107 BGB Rn. 89 – für Genehmigung nach § 107 BGB.

45 *Staudinger/Singer*, vor §§ 116 ff. Rn. 76.

46 *Staudinger/Singer*, vor §§ 116 ff. Rn. 76.

47 MüKoBGB/*Bayreuther*, 8. Aufl. 2018, § 182 Rn. 14.

48 *Staffhorst*, NK-BGB, 3. Aufl. 2016, § 182 Rn. 21 f., 26.

49 *BGHZ* 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 36: „Zweifel am Zustandekommen des Vertrags“.

50 MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 119 Rn. 96 ff.

nimmt der BGH den Ausgleich mit § 133 BGB über die Erklärungsfahrlässigkeit vor: „Trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrs-sitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat“.<sup>51</sup> Das fahrlässig als rechtliche Erklärung zu verstehende Verhalten setzt einen hinreichenden Zurechnungsgrund.<sup>52</sup>

bb) *Genehmigung durch Nicht-Kündigung*. Fraglich ist, ob die Erwartung an den Bedeutungsgehalt von Schweigen vom Erklärungsempfänger dadurch beeinflusst werden kann, indem er auf eine Erklärungsmöglichkeit extra hinweist. Dann könnte auch außerhalb des Handelsverkehrs die Maxime *qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit* (lat. Wer schweigt, scheint zuzustimmen, wenn er widersprechen könnte und sollte) zur Anwendung gebracht werden, indem Bewusstsein über die Bedeutung des Schweigens<sup>53</sup> erzeugt, genauer: eine bestimmte Verkehrserwartung<sup>54</sup> mit dem Schweigen verknüpft wird. Wenn etwa die früher minderjährige Partei eines schwebend unwirksamen Vertrags auf ihr Kündigungsrecht hingewiesen wird, nachdem sie volljährig geworden ist, und sie davon gleichwohl keinen Gebrauch macht, könnte darin eine konkludente Genehmigung nach § 108 III BGB erblickt werden.

Indes können jedenfalls in der hier behandelten Konstellation Volljährige nicht dazu angehalten werden, schwebend unwirksame Verträge aus ihrer Vergangenheit als Minderjährige aktiv zu kündigen, weil sie sie sonst konkludent nach § 108 III BGB genehmigten. Wie § 108 II 2 Hs. 2 BGB zeigt, kann durch eine bloße Genehmigungsaufforderung dem Adressaten keine Erklärungslast zugeschoben werden,<sup>55</sup> die bei Untätigkeit zu einer konkludenten Genehmigung und damit einem wirksamen Vertrag führt. Wenn ein Automobilclub seine nunmehr volljährig gewordenen Mitglieder – wie eingangs dargestellt – vor Vollendung ihres 19. Lebensjahres auf die Kündigungsmöglichkeit hinweist, kann er damit nicht erreichen, dass der Vertrag bei Unterlassen der Kündigung als genehmigt iSv § 108 III BGB gilt. Die Lehre von der Erklärungsfahrlässigkeit ist insoweit von § 108 II BGB verdrängt.

cc) *Genehmigung durch Zahlung*. Ein starkes Genehmigungsindiz ist schließlich die Forderungserfüllung durch den Genehmigungsberechtigten, sprich: der nunmehr Volljährige zahlt auf die ihm in Rechnung gestellte Forderung. Doch auch eine Erfüllungshandlung kann nicht ohne Weiteres als Genehmigung ausgelegt werden,<sup>56</sup> wenn es am dafür erforderlichen Bewusstsein der Genehmigungsbedürftigkeit (dazu oben aa) fehlt. Nach der Lehre von der Erklärungsfahrlässigkeit hätte der Erfüllende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, dass die zu erfüllende Schuld noch nicht rechtswirksam ist, aber durch die Zahlung wirksam wird. Doch wann ist das der Fall? Menschen begleichen oft Forderungen, ohne sich über deren Berechtigung Gedanken zu machen. Jedenfalls in den Fällen des § 108 III BGB wird man vom Genehmigungsberechtigten, der gerade erst die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erlangt hat, kein hinreichendes Misstrauen gegenüber der Wirksamkeit des bisherigen „Gratisvertrags“ erwarten können (vgl. Rechtsgedanke aus § 3 IV UWG). Überdies kann der Vertragspartner über § 108 II BGB Klarheit herstellen und ist deshalb nur vermindert schutzwürdig.<sup>57</sup> Anderes kann man nur annehmen, wenn in dem Vertrag und der

Zahlungsaufforderung auffällig und eindeutig auf den Bedeutungsgehalt der Zahlung hingewiesen wird. Ansonsten kann der irrig Genehmigende die in der Zahlung liegende konkludente Genehmigung nach § 119 I BGB analog wegen Erklärungsirrtums anfechten und seine Leistung nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB kondizieren. Eine Haftung aus § 122 I wird in aller Regel an Absatz 2 BGB scheitern, wenn der Vertragspartner durch die Zahlungsaufforderung eine konkludente Genehmigung provoziert hat. Im Fall der eingangs geschilderten Automobilclubmitgliedschaft will der Anbieter in Zukunft darauf hinweisen, dass ein Vertrag (erst) durch die Zahlung entsteht.<sup>58</sup> Im Anschluss an eine automatisch endende Minderjährigen-Mitgliedschaft solle dann nur ein „unverbindliches Angebot“ folgen.<sup>59</sup>

#### IV. Lösung vom schwebend unwirksamen Vertrag

Hat der Minderjährige einen vermeintlich rechtlich lediglich vorteilhaften Vertrag geschlossen, der gem. § 107 BGB schwebend unwirksam ist, können die gesetzlichen Vertreter ausdrücklich ihre Genehmigung gegenüber dem Minderjährigen oder der anderen Vertragspartei verweigern (§ 182 I BGB) und dadurch den Vertrag endgültig unwirksam machen. Der Minderjährige selbst kann seine nachteilsbehaftete Willenserklärung nicht frei widerrufen.<sup>60</sup> Er kann aber schweigen, eventuell geforderte Leistungen (Zahlungen) verweigern und, sobald er volljährig geworden ist, gem. § 108 III BGB die Genehmigung verweigern. Bereits geleistete Zahlungen kann der Volljährige nur dann aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zurückfordern, wenn in der Zahlung keine konkludente Genehmigung lag, was von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Deklaration der Zahlungsaufforderung abhängt. Hilfsweise kann der nunmehr Volljährige eine in der Zahlung liegende konkludente Genehmigung nach § 119 I BGB analog anfechten und den Vertrag kündigen.

Die andere Vertragspartei ist an ihre Vertragserklärung prinzipiell nur widerruflich gebunden gem. § 109 I BGB. Hat sie sich allerdings bewusst an Minderjährige als Vertragspartner gewandt, kann sie gem. § 109 II BGB nur widerrufen, wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters behauptet hat und es der Vertragspartner nicht besser wusste. Zwar können auch schwebend unwirksame Verträge jederzeit einvernehmlich aufgehoben werden, doch bedeutet das hier für den beschränkt geschäftsfähigen Vertragspartner einen Rechtsverlust, weshalb auch der Aufhebungsvertrag der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf (§§ 107, 108 I BGB).<sup>61</sup> Will die andere Partei nicht widerrufen und auch nicht auf widerspruchslose Vertragserfüllung durch den später Volljährigen setzen, kann sie auch den gesetzlichen Vertreter gem. § 108 II BGB zur Genehmigung auffordern und damit spätestens nach 14 Tagen Klarheit erreichen.

51 BGH, NJW 2005, 2620 (2621).

52 BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 37.

53 Baldus, NK-BGB, § 108 Rn. 27.

54 Staudinger/Singer, vor §§ 116 ff. BGB Rn. 78: Der Schweigende wird an dem von ihm zurechenbar gesetzten Rechtsschein festgehalten.

55 Staudinger/Gursky, Neubearb. 2014, § 182 BGB Rn. 11.

56 Staffhorst, NK-BGB, § 182 Rn. 21; Faust, BGB AT, 6. Aufl. 2017, § 18 Rn. 23, 43.

57 Staffhorst, NK-BGB, § 182 Rn. 22.

58 Stiftung Warentest v. 29.8.2018, Abofalle gestoppt: ADAC auf Kundenfang in Fahrschulen (Fn. 35).

59 S. www.adac.de/mitgliedschaft/tarife/adac-young-generation/.

60 BGH, NJW 1993, 648 (651); MüKoBGB/Bayreuther, § 184 Rn. 4.

61 Latzel, AcP 216 (2016), 674 (677); aA Staudinger/Gursky, § 184 Rn. 8: keine Genehmigung für einvernehmliche Aufhebung eines Erstvertrags erforderlich, wenn der Erstvertrag für den beschränkt geschäftsfähigen „keinerlei rechtliche Vorteile“ bringt.

## V. Zusammenfassung

1. „Gratisverträge“ mit Minderjährigen, die rechtliche Nachteile (insbes. Kosten) für den Minderjährigen erst dann mit sich bringen, wenn er volljährig geworden ist (etwa nur anfänglich kostenlose Automobilclubmitgliedschaft), sind nicht rechtlich lediglich vorteilhaft und deshalb ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (Eltern) gem. § 107 BGB schwebend unwirksam. Die rechtliche Vorteilhaftigkeit iSd § 107 BGB beurteilt sich nicht allein nach dem Zeitraum der Minderjährigkeit, sondern nach Systematik und Zweck des Gesetzes soll damit die Verpflichtung des volljährigen „Zukunfts-Ichs“ durch das noch minderjährige „Gegenwarts-Ich“ verhindert werden. Deshalb machen auch rechtliche Nachteile, die erst während der Volljährigkeit eintreten werden, den Vertrag mit einem Minderjährigen zustimmungsbedürftig. Eine Kündigungsmöglichkeit ändert daran nichts.

2. Wird der Minderjährige volljährig, kann er einen bis dato noch schwebend unwirksamen Vertrag selbst genehmigen (§ 108 III BGB). Eine konkludente Genehmigung liegt nicht allein im Nichtausüben von Kündigungsrechten, selbst dann nicht, wenn die andere Vertragspartei extra auf die Kündigungsmöglichkeit hingewiesen hat. Der Vertrag kann konkludent durch Erfüllung der aus dem schwebend unwirksamen Vertrag geforderten Leistung (Zahlung) genehmigt werden, doch muss dafür die rechtliche Bedeutung der Erfüllungshandlung dem Leistenden klar sein. Das setzt jedenfalls in den Fällen des § 108 III BGB einen ausdrücklichen Hinweis über die Bedeutung der Zahlung voraus, weil die soeben unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Vertragspartei sich typischerweise keine Vorstellungen über die Unwirksamkeit des bisherigen „Gratisvertrags“ und dessen konkludente Genehmigung durch die Zahlung macht. ■