

Buch 1

Allgemeiner Teil

Abschnitt 3

Rechtsgeschäfte

Titel 1

Geschäftsfähigkeit

§ 104 [Geschäftsunfähigkeit]

Geschäftsunfähig ist:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat,
2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

ÜBERSICHT

I. Wesen der Geschäftsfähigkeit	1–4	e) Partielle oder gegenständliche Geschäftsunfähigkeit	24
II. Individualschutz und Verkehrsschutz	5, 6	f) Keine relative Geschäftsunfähigkeit	25
III. Überblick Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit	7–13	4. Betreuung	26
1. Bestimmung der Geschäftsunfähigkeit	7–9	V. Anwendungsbereich	27–36
2. Folge: Nichtigkeit oder Unwirksamkeit	10	1. Rechtsgeschäftliches Handeln	27
3. Sonderfall: Vollzogene Dauer-schuldverhältnisse	11–13	2. Rechtsscheintatbestände	28
a) Problem der schutzgerechten Anwendung	11	3. Geschäftsähnliche Handlungen	29, 30
b) Arbeitsrecht	12	4. Tathandlungen	31–33
c) Gesellschaftsrecht	13	5. Eingriffe in personenbezogene Rechte	34–36
IV. Arten der Geschäftsunfähigkeit	14–26	a) Allgemeine Grundsätze	34, 35
1. Kinder vor Vollendung des siebten Lebensjahres	14	b) Sonderfall Datenschutzrecht	36
2. Kinder ab Vollendung des siebten Lebensjahres	15	VI. Abgrenzungen	37–41
3. Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit	16–25	1. Rechtsfähigkeit	37
a) Kriterien der Geschäftsunfähigkeit im Einzelnen	17–20	2. Verfügungsfähigkeit	38
b) Krankhafte Störung der Geistestätigkeit	21	3. Erwerbsfähigkeit	39
c) Nicht vorübergehender Natur	22	4. Testierfähigkeit, Bekenntnisfähigkeit, steuerrechtliche Handlungsfähigkeit	40
d) Vermutung der Geschäftsfähigkeit	23	5. Ehefähigkeit	41
		VII. Verfahrensfragen	42–47
		1. Prozess- und Verfahrensfähigkeit	42–44
		2. Beweis	45, 46
		3. Beweis der Prozessfähigkeit	47
		VIII. EU-Recht	48
		IX. Völkerrecht	49
		X. Kollisionsrecht	50

Schrifttum (alphabetisch): Beitzke, Mündigkeit und Minderjährigenschutz, AcP 172 (1972), 240 ff; Binder, Die Geisteskrankheit im Recht, 1953; Bosch, Teil-Unmündigkeit trotz Volljährigkeit?, in: Festschr für Schiedermair, 1976, S 51 ff; Brandt, Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit, Diss Erlangen 1936; Breit, Die Geschäftsfähigkeit, 1903; Canaris, Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, 1987 ff; Cording, Die Begutachtung der Testier(un)fähigkeit, Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 72 (2004), 147–159; Cording, Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, 115 ff; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl, München 2018; Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit

nach deutschem Recht, 1903; Klein, Rechtshandlungen, 1912; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts – 1. Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., Tübingen 1959; Ernst, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, ZD 2017, 110–114; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963; Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, Festschr für Hefermehl, 1971, S 41 ff; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschr DJT, 1960, S 135 ff; Fuchs, Rechtsgeschäfte unerkennbarer Geisteskranker, JW 1914, 1011; Gebauer, Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, AcP 153 (1954), 332; Gerstberger, Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit nicht entmündigten Geisteskranken, Gruchot 71, 1; Göppinger, Probleme des Unterbringungsrechts mit Betrachtungen über den juristischen Begriff der Geisteskrankheit und Geistesschwäche, Die Justiz 1968, 148 ff; Gutch, Die Geschäftsunfähigkeit Erwachsener in Deutschland und in der Schweiz – Ein Plädoyer für die Anerkennung einer relativen Geschäfts(un)fähigkeit, Baden-Baden 2019; Hanke, Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Handlungsfähigkeit, 1928; Hepting, Die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters und ihre Auswirkungen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, FamRZ 1975, 451 ff; Leonhard, Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlichen Geisteskranken, BankA 5, 153; Lieb, Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit?, DNotZ 1989, 274 ff; Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson – Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000; Lüke/Zawar, Die Fehlerhaftigkeit von Rechtsakten, JuS 1970, 205 ff, 495 ff; Luther, Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit, 1961; Mayer-Maly, Die Grundlagen der Aufstellung von Altersgrenzen durch das Recht, FamRZ 1970, 617 ff; Neuner, Natürlicher und freier Wille – Eine Studie zum Bürgerlichen Recht, AcP 218 (2018), 1–31; Ohly, Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet, GRUR 2012, 983 ff; Ostheim, Probleme bei Vertretung durch Geschäftsunfähige, AcP 169 (1969), 193 ff; Pawlowski, Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, 66 ff; Röhl, Prozessfähigkeit Geisteskranker, JZ 1956, 309 ff; Roth, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel. Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen, AcP 208 (2008), 451 ff; Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, Tübinger Kanzlerrede, 1912; Schmoekel, Die Geschäfts- und Testierfähigkeit von Demenzzkranken, NJW 2016, 433 ff; Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht – Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2014; Schwab, Gedanken zur Reform des Minderjährigenrechts und des Mündigkeitsalters, JZ 1970, 745; Schwab, Mündigkeit und Minderjährigenschutz, AcP 172 (1972), 266 ff; Schwimann, Die Institution der Geschäftsfähigkeit, Wien 1965; Spickhoff, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), 345 ff; ders, Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen, FamRZ 2018, 412 ff; v Becker, Die Rechtshandlungen, das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit und die Möglichkeit der Stellvertretung, Diss Erlangen 1937; Wagner-von Papp, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, AcP 205 (2005), 342 ff; C Wolf, Geschäftsunfähigkeit und Behindertenrechtskonvention – Zur Vereinbarkeit von §§ 104 Nr. 2, 105, 131 BGB mit Art 12 Abs 2 BRK, Berlin 2015; M Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.

I. Wesen der Geschäftsfähigkeit

- 1 § 104 bestimmt erschöpfend und zwingend, welche natürlichen Personen **geschäftsunfähig** und deshalb nicht in der Lage sind, einen auf Rechtsgestaltung gerichteten Willen wirksam zur Geltung zu bringen. Wie § 1 zum Ausdruck bringt, dass jeder Mensch, unabhängig von Stand, Geschlecht oder sonstiger gesellschaftlicher Stellung rechtsfähig ist (BGB § 1 Rz 2), bringt § 104 den Grundsatz zum Ausdruck, dass jede Person geschäftsfähig ist, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt wird¹. Die Norm ist ein typisches Beispiel dafür, dass die Privatautonomie, die prinzipiell Ausgangspunkt der deutschen Rechtsgeschäftslehre ist, nicht ohne bestimmte Mindestvoraussetzungen, einer „Infrastruktur“ auskommt². Zugleich ergibt sich aus der Verfassung die Pflicht, einen solchen Rahmen einfachgesetzlich zu schaffen, um die aus den Freiheitsrechten, insbesondere GG Art 2 resultierende Privatautonomie jedes Einzelnen weitgehend zu gewährleisten³. Aus dieser Infrastruktur ergibt sich überhaupt erst, unter welchen Voraussetzungen von der Privatautonomie Gebrauch gemacht werden kann. § 104 regelt die Mindestvoraussetzungen, um rechtlich verbindliche Willenserklärungen abgeben zu können. §§ 104 ff gestalten diesen Rahmen und beschränken zugleich die Privatautonomie des Einzelnen⁴. Der Gedanke, die Geschäftsfähigkeit ausnahmsweise einzuschränken, liegt zum einen in der Annahme begründet, dass Personen unter einem bestimmten Alter bzw unter bestimmten gesundheitlichen Einschränkungen noch nicht oder nicht mehr in der Lage sind, den Inhalt ihrer Erklärung zu überblicken und das für

1 ZB Staud/Klumpp, § 104 Rz 1.

2 ZB Hellgardt, Regulierung und Privatrecht 59; ähnlich HKK I/Thier, §§ 104–115 Rz 2.

3 Zur Geschäftsfähigkeit speziell zB Spickhoff, AcP 208 (2008), 345, 351.

4 ZB Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, 118 ff; Spickhoff, AcP 208 (2008), 345, 353 ff.

die Erklärung notwendige Erklärungsbewusstsein zu haben. Zum anderen sieht das Gesetz bei diesen Personen eine besondere Schutzbedürftigkeit für gegeben, die dafür spricht, diese Personen auch ausnahmsweise nicht an den (fehlerhaften) Erklärungen festzuhalten. Der Schutz der Personen überwiegt den Schutz des Vertragspartners, auf den Vertragsschluss vertrauen zu können⁵.

Die Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff regelt die Voraussetzungen, unter denen eine natürliche Person rechtsgeschäftlich handeln kann, dh wann eine Person selbstständig und mit voller Wirksamkeit Rechtsgeschäfte schließen kann und grundsätzlich an eine Willenserklärung gebunden ist. Wer geschäftsunfähig ist, ist auch nicht fähig, eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung zu empfangen (§ 131 Abs 1).

Die Geschäftsfähigkeit ist damit eine Unterart der Handlungsfähigkeit, also der Fähigkeit einer Person, durch ihr Verhalten Rechtswirkungen irgendwelcher Art für sich oder andere hervorzu- bringen (zB der Deliktfähigkeit, dazu etwa BGB § 828). Die Geschäftsfähigkeit baut gedanklich darauf auf, dass eine Person grundsätzlich geschäftsfähig ist und die Tatbestände von BGB §§ 104 ff nur ausnahmsweise greifen (so Rz 1). Jeder ist prinzipiell in der Lage, selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu handeln. Ausnahmsweise kann eine Person aber aufgrund geistigen Unvermögens unfähig sein, dergestalt im Rechtsverkehr zu handeln.

Die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit resultieren unmittelbar aus der Privatautonomie. Die Privatautonomie ist die aus insbesondere GG Art 2 Abs 1 resultierende Freiheit, die privaten Verhältnisse nach eigenem Willen und in Eigenverantwortung zu gestalten. Die Privatautonomie ist aber nicht grenzenlos. Sie bedarf eines Rechtssystems, welches sie anerkennt und ausformt und damit überhaupt erst einfachrechtlich ermöglicht und ausgestaltet⁶. Ein gesetzlicher Rahmen ist erforderlich, der den konkreten Umfang und das Ausmaß der Freiheit kanalisiert⁷. Diese Ausformung durch den Gesetzgeber stellt zugleich Ermöglichung als auch Einschränkung der Privatautonomie dar⁸. Die Regelungen sind daher zwingend, dh nicht durch Parteivereinbarung abänderbar und erst recht nicht in AGB einschränkbar⁹.

II. Individualschutz und Verkehrsschutz

§§ 104 ff regeln, wann eine Person sich ausnahmsweise nicht eigenverantwortlich binden kann. Es geht dabei nur um die Gefahren, die daraus erwachsen können, dass die Person ausnahmsweise nicht zu einer eigenverantwortlichen Selbstbindung in der Lage ist¹⁰. Eine Willenserklärung muss nicht rational, unbeeinflusst oder objektiv nachvollziehbar sein, damit sie verbindlich ist¹¹. Auch müssen die Vertragspartner keine absolut gleichwertigen Verhandlungspositionen innehaben. Da Menschen und damit auch Vertragspartner stets unterschiedliche Talente und Hintergrundkenntnisse haben, stehen sie sich selten als absolut gleiche Partner gegenüber¹². Stattdessen ist es auch Ausdruck der Selbstverantwortung und Selbstbestimmung jedes Einzelnen, unvernünftige, risiko-

5 Mot I S 129 f; BVerfG, NJW 1986, 1859 = BVerfGE 72, 155 1860.

6 ZB BVerfG, NJW 1990, 1469 = BVerfGE 81, 242 1470; BVerfG, NJW 1994, 36 = BVerfGE 89, 214 38; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte 165; Flume, Festschr DJT 135, 136 f.

7 Flume, Allg TI BGB Bd 2, § 1/2 (S. 2); Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit 69-108, 142 f; Raiser, Hundert Jahre deutsches Rechts- leben, Bd 1, S 101 105 f.

8 Dazu bereits Arnold, Vertrag und Verteilung 230 f; Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1, 13, 19-21; Flume, Allg TI BGB Bd 2, § 1/2 (S 1 f); ders, Festschr DJT S 135, 136; Schmidt-Rimpler, AcP 147

(1941), 130 139 f; ders, Funktionswandel der Pri- vatrechtsinstitutionen, S 3, 18.

9 BGH, MDR 1991, 859 = BGHZ 115, 38.

10 BVerfG, NJW 1986, 1859 = BVerfGE 72, 155 1860; Canaris, AcP 200 (2000), 273 278 f; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte 183 f, 202 f; Dau- ner-Lieb, AcP 210 (2010), 580 594 f; Schmidt-Rim- pler, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, S 3, 5; Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht 35.

11 ZB Coester-Waltjen, JZ 2017, 1073 1077; Raiser, Festschr DJT S 128, 130 f.

12 Flume, Festschr DJT S 135, 159.

reiche oder nachteilige Verträge mit einem stärkeren oder besser informierten Verhandlungspartner zu schließen oder vernünftige Verträge zu unterlassen¹³.

- 6 Es ist eine vorwiegend rechtspolitische Entscheidung, wie die Grenze zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit zu ziehen ist, insbesondere bei der Festlegung von Altersgrenzen¹⁴. Notwendig ist eine Abwägung zwischen dem Schutz der entscheidenden Person und Gedanken des Verkehrsschutzes. Vertragspartner haben ein Interesse daran, erkennen zu können, ob ihr Vertragspartner sich endgültig binden kann oder nicht. Auf der anderen Seite steht das Interesse am Schutz der Person, die nicht zu einer voll selbstverantwortlichen Entscheidung fähig ist, vor nachteiligen Geschäften. In einer Abwägung überwiegt der Schutz dieser Person das Schutzbedürfnis des Verkehrs. Zugleich wird ihre Entscheidungsfreiheit durch die Entscheidung eines Dritten, des gesetzlichen Vertreters, gewahrt oder zumindest der Eingriff in die Privatautonomie vermindert¹⁵. Um auf der anderen Seite dem Rechtsverkehr die Erkenntnis zu erleichtern, wann eine Person ausnahmsweise nicht geschäftsfähig ist, sieht das Gesetz starre Mindestaltersgrenzen vor¹⁶. Diese können im Einzelfall dazu führen, dass einer Person eine rechtsgeschäftliche Bindung versagt wird, obwohl sie nur kurz vor Erreichen einer Altersgrenze steht und genauso zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung in der Lage wäre. Verkehrsschutz hat im Zweifel aber vor dem Schutz des Individuums zurückzutreten. Auch ein Rechtsgeschäft, das mit einem unerkennbar Geisteskranken geschlossen wird, ist nichtig, unabhängig davon, ob der (gutgläubige) Vertragspartner die Geschäftsunfähigkeit hätte erkennen können¹⁷. Um eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen, kann aber ein Einwilligungsvorbehalt „überschießend“ auch bei eindeutig geschäftsunfähigen Personen angeordnet werden¹⁸.

III. Überblick Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit

- 7 1. **Bestimmung der Geschäftsunfähigkeit.** **Absolut geschäftsunfähig** sind Kinder unter sieben Jahren (Nr 1). Das Alter ist für den Status der Geschäftsunfähigkeit entscheidend, ohne dass es auf die tatsächliche Geistesverfassung dieser Personen ankommt. Beschränkt geschäftsfähig sind Minderjährige von 7 Jahren bis zum Erreichen der Volljährigkeit (18 Jahre nach deutschem Recht, dazu § 2). Im Übrigen ist geschäftsunfähig, wer **infolge krankhafter Geistesgestörtheit** seinen Willen nicht mehr frei bestimmen kann, allerdings nur dann, wenn dies ein **andauernder Zustand** ist (Nr 2). Die Überlegung, auch starre Altersobergrenzen festzulegen, die bei Erreichen eines bestimmten Alters die Geschäftsfähigkeit wieder aberkennen oder zumindest eine Vermutung der Geschäftsunfähigkeit begründen, hat sich bisher nicht durchgesetzt (unten Rz 45)¹⁹.
- 8 Bis 1992 war in § 104 Nr 3 die Geschäftsunfähigkeit eines wegen Geisteskrankheit Entmündigten vorgesehen. Diese Vorschrift wurde – zusammen mit einer grundlegenden Reform von Entmündigungs- bzw nun Betreuungsrecht – mit Wirkung zum 1.1.1992 aufgehoben²⁰. § 104 Nr 2,

13 BVerfG, NJW 1987, 1192 = BVerfGE 74, 1 1860; BVerfG, NJW 1994, 36 = BVerfGE 89, 214 38 f; BVerfG, NJW 1994, 2749, 2750; BVerfG, NJW 1996, 2021, 2021; zur Selbstverantwortung Bundesgerichtshof, NJW 1957, 297, 297 f; Arnold, Vertrag und Verteilung 196-198, 265 f; Flume, Festschr DJT S 135, 142 f; Köhler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts 260-263, 399; Lieb, DNotZ 1989, 274, 275 f; Merz, Privatautonomie heute, 11; Raiser, Festschr DJT S 101, 120; Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht 35; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich 41-44; sehr ausdifferenziert Schmidt-Rimpler, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, S 3, 8-23.

14 Zu den Wertentscheidungen für die Aufstellung von Altersgrenzen s Mayer-Maly FamRZ 1970, 617.

15 ZB Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson 24 f, 29 f.

16 Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts § 50 I; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht 59; Kötz, Vertragsrecht Rz 134; ähnlich HKK I/Thier, §§ 104-115 Rz 2.

17 RGZ 120, 174.

18 BGH, FamRZ 2018, 1193.

19 ZB Roth, AcP 208 (2008), 451; iE abl Schmoekel, NJW 2016, 433, 438 f.

20 G zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990, BGBl I 1990, 2002; ausführlich zur Entwicklung des Betreuungsrechts Fröschle, BtPrax 2017, 91 ff.

der auf die individuellen Fähigkeiten der Person abstellt, zeigt einen Wandel in der Wahrnehmung von geschäftsunfähigen erwachsenen Personen. Ihr von der Menschenwürde genährtes Persönlichkeitsrecht gebietet es, ihre Selbstbestimmung soweit wie möglich zu gewährleisten und nur in Fällen einer besonderen Schutznotwendigkeit diese Selbstbestimmung zu begrenzen (dazu auch § 1903 Abs 1 und § 105a Rz 1 ff).

Das Volljährigkeitsalter wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters²¹ von 21 auf 18 Jahre herabgesetzt (§ 2 Rz 1).

2. Folge: Nichtigkeit oder Unwirksamkeit. Der **Schutz des Geschäftsunfähigen** besteht in der **Nichtigkeit** (§ 105, Ausnahme für den volljährigen Geschäftsunfähigen in § 105a), der Schutz des nur **beschränkt Geschäftsfähigen** in der schwebenden bzw mangels Genehmigung endgültigen **Unwirksamkeit** des Rechtsgeschäfts (BGB §§ 106 ff). Diese Rechtsfolge trifft das Geschäft von Anfang an. Bei Geschäften mit Geschäftsunfähigen vollzieht sich die Rückabwicklung, wenn bereits Sachleistungen erfolgt sind, nach §§ 985 ff, da nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch die Verfügungsgeschäfte nichtig sind. Im Übrigen vollzieht sich der Ausgleich regelmäßig nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Insbesondere tritt durch Leistung an einen Geschäftsunfähigen keine Erfüllung ein²². Eine **Haftung des Minderjährigen** wegen **culpa in contrahendo** entfällt, damit er vor den nachteiligen Folgen seines rechtsgeschäftlichen Handelns bewahrt bleibt²³. Wer sich für eine Darlehensschuld verbürgt hat, haftet auch dann, wenn sich der Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers wegen Geschäftsunfähigkeit des Darlehensnehmers aus § 812 Abs 1 ergibt²⁴. Doch gilt das nicht, wenn die Hauptforderung hinsichtlich des Schuldgrunds ausdrücklich festgelegt ist²⁵.

3. Sonderfall: Vollzogene Dauerschuldverhältnisse. – a) **Problem der schutzgerechten Anwendung.** Die **Rechtsfolge der Nichtigkeit** (Unwirksamkeit) ist, wenn eine nicht voll geschäftsfähige Person ihre Leistung bereits erbracht hat, nicht nur aus der Sicht des in seinem Vertrauen getäuschten geschäftsfähigen Vertragspartners, sondern vor allem unter dem Aspekt des Schutzes des Geschäftsunfähigen unbefriedigend. Hat ein Minderjähriger seine Leistung bereits erbracht, so kann der Schutzzweck, dem die §§ 104 ff dienen, durch Anerkennung einer teilweisen Gültigkeit des Geschäfts oft eher als bei kompromissloser Annahme rückwirkender Nichtigkeit erreicht werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die Nichtigkeitsfolgen nicht zu beschränken oder abzustufen sind, wenn nach der Natur des Vertragsverhältnisses eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht nicht durchführbar ist oder dem Schutzgedanken nicht gerecht wird. Eine schutzgerechte Anwendung der §§ 104 ff ist vor allem bei **Dauerschuldverhältnissen** geboten. Hier ist eine rückwirkende Nichtigkeit in der Regel zu verneinen, wenn ein Minderjähriger seine Leistung bereits erbracht hat. Diese Auffassung hat sich bisher vor allem im Arbeits- und Gesellschaftsrecht durchgesetzt. Im Einzelnen:

b) **Arbeitsrecht.** Ein Arbeitgeber, der einen geschäftsunfähigen oder minderjährigen Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt hat, kann sich in der Regel schon deshalb nicht auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages berufen, weil er sich dadurch mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzt (§ 242). Der **Arbeitnehmer** hat, solange er arbeitet, auch bei nichtigem Arbeitsvertrag die **Rechte aus dem Arbeitsvertrag**, insbesondere den Lohnanspruch aus § 612²⁶. Gleichgültig ist, ob der Arbeitgeber die fehlende Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers kannte. Zur Begründung bedarf es nicht des Umwegs über § 242. Die fehlende Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers bewirkt nach dem Schutzzweck der §§ 104 ff, dass die Nichtigkeitsfolgen zu Gunsten des Arbeit-

21 Vom 31. Juli 1974 (BGBl I, S 1713).

22 BGHZ 205, 90 = FamRZ 2015, 1386; KG, FamRZ 2020, 285.

23 Canaris NJW 1964, 1987; Frotz, Festschr für Gschnitzer, 1969, S 163, 176.

24 Köln JuS 1976, 535; BGH LM Nr 1 zu § 765.

25 RGZ 95, 126.

26 Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S 87 ff; Jur Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 41; Hueck/Nipperdey, ArbR I, § 32 III 2 a; Flume, Allg TI BGB Bd 2, II, § 13, 7e dd; Zöllner/Loritz, ArbR § 11 II; Staud¹²/Dilcher § 107 Rz 28; § 110 Rz 13.

nehmers insoweit nicht eingreifen, als der Arbeitsvertrag ausgeführt ist und der Arbeitnehmer seine Leistung erbracht hat. Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe können nur mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden. Der minderjährige Arbeitnehmer hat daher den vertraglichen Anspruch auf Lohn. Er kann sich ferner stets auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages berufen, so zB wenn von ihm die Arbeitsleistung oder Schadenersatz wegen Verletzung einer Vertragspflicht verlangt wird. Soweit der Arbeitsvertrag wegen Minderjährigkeit des Arbeitnehmers unwirksam ist, begründet er auch keinen fehlerhaften Arbeitsvertrag zulasten des Minderjährigen²⁷. Ist der **Arbeitgeber** geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so stößt das soziale Schutzinteresse des Arbeitnehmers mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen zusammen. Soweit die Arbeit geleistet ist, ist es sachgerecht, auch in diesem Fall eine rückwirkende Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zu verneinen und dem Arbeitnehmer für die Vergangenheit einen vertraglichen Lohnanspruch zuzubilligen²⁸.

- 13 c) Gesellschaftsrecht.** Hat sich ein Geschäftsunfähiger oder ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters an einer Gesellschaft mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit beteiligt, so ist er nicht Gesellschafter geworden. Ist bei einer Personengesellschaft der Gesellschaftsvertrag trotz seiner Unwirksamkeit in Vollzug gesetzt worden, so ist ein solches Gesellschaftsverhältnis nicht als eine „fehlerhafte Gesellschaft“ unter Einschluss des Minderjährigen anzusehen²⁹. Die Begründung eines echten Verpflichtungsverhältnisses gesellschaftlicher Art widerspräche dem Schutzzweck der §§ 104 ff. Auch im Außenverhältnis können den Minderjährigen keine Verpflichtungen treffen, weil der Schutz des nicht Geschäftsfähigen den Vorrang vor den Interessen gutgläubiger Dritter hat. Der nicht oder nicht voll Geschäftsfähige haftet auch nicht unwissenden Dritten nach HGB § 15 Abs 3, wenn er zu Unrecht als Gesellschafter einer OHG eingetragen und diese Tatsache im Handelsregister bekannt gemacht worden ist. Bei **Vollzug** des unwirksamen Gesellschaftsvertrages lässt sich ein „fehlerhaftes“ Gesellschaftsverhältnis nur unter den übrigen Gesellschaftern anerkennen. Auch wenn ein Minderjähriger für die Gesellschaft tätig geworden ist oder ihr Kapital zur Verfügung gestellt hat, ist ihm kein seiner Arbeitsleistung oder Kapitalbeteiligung entsprechender Anteil an dem von ihm mitverdienten Gewinn zuzubilligen³⁰. **Verluste** können einem Minderjährigen ohnehin nicht zur Last fallen. Ein „Gesellschafter“, der nicht am Verlust, wohl aber am Gewinn beteiligt ist, wäre widersinnig. Werden die Interessen des Minderjährigen nicht durch Genehmigung gewahrt, so ergeben sich seine Ansprüche aus §§ 985 ff oder §§ 812 ff.

IV. Arten der Geschäftsunfähigkeit

- 14 1. Kinder vor Vollendung des siebten Lebensjahres.** Das **Kind** ist bis zur Vollendung des siebten Lebensjahrs stets und ausnahmslos geschäftsunfähig. Das siebte Lebensjahr ist gem § 187 Abs 2 S 2 vollendet mit Beginn des Geburtstages, an dem es sieben Jahre alt wird. Dieser Status gilt ausnahmslos.
- 15 2. Kinder ab Vollendung des siebten Lebensjahres.** Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist beschränkt geschäftsfähig, und zwar auch dann, wenn er in seiner geistigen Entwicklung zurückgeblieben ist. Historisch stammt diese Altersgrenze aus Richtgrößen im römischen Recht. Diese knüpften damals an die (physische) Fähigkeit von Kindern an, Verpflichtungsformeln verständlich auszusprechen und entwickelten sich als Richtgröße umgekehrt für die Fähigkeit, Erklärungen zu verstehen³¹. Im 19. Jahrhundert wurde die Altersgrenze nicht

27 BAG DB 1974, 262.

28 Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse S 88; einschränkend gemäß § 829 Flume, Allg TI BGB Bd 2, II, § 13, 7e dd.

29 BGHZ 17, 160 ff.

30 Rob Fischer, in: Grosskomm HGB § 105 Anm 100;

entgegen NJW 1955, 851; Schäfer, in: Münch-Komm § 705 Rz 348 f; aM Flume, Allg TI BGB Bd 2, II, § 13, 7 ee; Hueck OHG4 § 7 III, 4 c, S 95; Ganssmüller NJW 1955, 1067.

31 Gaius, Inst 3, 109, Ulp Form in D 45, 1, 10; Gaius D. 46,6,6; Ulp D. 26, 7, 1, 2; 44, 7, 1, 13.

nur in Deutschland, sondern in einer Reihe von europäischen Regelungen übernommen³². Die Differenzierung nach Altersgruppen wird ergänzt oder überlagert durch das Erfordernis einer bestimmten natürlichen Willensfähigkeit. **Minderjährige** können ebenso wie Volljährige unter der Voraussetzung, dass sie sich in einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, **geschäftsunfähig** sein (natürliche Geschäftsunfähigkeit; § 104 Nr 2).

3. Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Eine Person, die sich **in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit** befindet, ist geschäftsunfähig, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Die natürliche Geschäftsunfähigkeit setzt demnach einen **Dauerzustand** voraus. Wer sich nur in einem Zustand **vorübergehender** Sinnesverwirrung befindet, bleibt geschäftsfähig, jedoch ist seine im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegebene Willenserklärung nach § 105 Abs 2 nichtig. Problematisch ist hierbei, dass eine solche dauerhafte Störung dem Fall entgegensteht, dass mit Medikamenten eine Verbesserung herbeigeführt werden kann. Ist eine Person einmal als geschäftsunfähig iSd Norm eingestuft worden, könnte dies solche medizinischen Bemühungen untergraben. Hier könnte evtl über eine Reform nachgedacht werden, was die einzelnen Kriterien und ihre Folgen betrifft³³. Im Einzelnen:

a) Kriterien der Geschäftsunfähigkeit im Einzelnen. Ausschluss der freien Willensbestimmung. Für die Beurteilung der Geschäftsunfähigkeit nach Nummer 2 sind weniger die Fähigkeiten des Verstandes als die Freiheit des Willensentschlusses ausschlaggebend³⁴. Geschäftsunfähigkeit liegt vor, „wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.“³⁵

Anknüpfungspunkte, dies wiederum festzustellen, können hier vielerlei sein³⁶. Zum Teil stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob die Person noch in der Lage ist, eine „sachlichen Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte“³⁷ vorzunehmen oder ob ihre „Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Lebensverhältnisse beruhen“³⁸. Darüber hinaus kann ausschlaggebend sein, ob ein Mensch in der Lage ist, seinen Willen rational und vernünftig zu bilden³⁹, dh vernünftige Beweggründe vorzubringen⁴⁰.

Regelmäßig wird aber die Formel verwendet, dass ein Ausschluss der freien Willensbestimmung **vorliegt**, wenn der Betroffene nicht im Stande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln (vgl auch BGB § 2229 Abs 4)⁴¹. Abzustellen ist also neben der **Einsichts- auf die Steuerungsfähigkeit** der betroffenen Person⁴².

Es kommt darauf an, ob noch eine freie Entscheidung aufgrund einer Abwägung des Für und Wider, eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte und ein dementsprechendes Handeln möglich sind, oder ob der Betroffene infolge krankhafter Geistesgestörtheit fremden Willenseinflüssen unterliegt oder sein Wille durch unkontrollierte Triebe und Vorstellung-

32 HKK I/Thier, §§ 104-115 Rz 5, 15 ff.

33 Ausführlich Habermeyer/Saß, MedR 21 (2003), 543 545 f.

34 BGH NJW 1953, 1342; OGHZ 4, 66.

35 BGH NJW 1996, 918, 919; WM 1063, 1064.

36 Vgl etwa VG München, BeckRS 2019, 28960; Wolf, Geschäftsunfähigkeit und Behindertenrechtskonvention 35 ff; ausf Cording, ZEV 2010, 115.

37 BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680, 1681; 1996, 918, 918 f; WM 1984, 1063, 1064.

38 RGZ 103, 399, 401; 162, 223, 228; BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1681.

39 RGZ 103, 399, 401; 130, 69, 71; 162, 223, 228.

40 OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064, 1065.

41 BT-Drucks 15/2494, 28; BGH NJW 1996, 916, 918 f; 1953, 1342; 1970, 1680, 1681.

42 BGH, FamRZ 2017, 1149; FamRZ 2011, 630, 631; 2012, 869, 870; 2012, 1210, 1211; BtPrax 2012, 115; Neuner, AcP 218 (2018), 1, 24 f.

gen beherrscht wird⁴³. Die freie Willensbestimmung muss völlig ausgeschlossen sein. Bloße Willensschwäche und leichte Beeinflussbarkeit genügen nicht, solange die äußeren Einflüsse auch in normaler Weise als Motive wirken⁴⁴. Das gleiche gilt für das bloße Unvermögen, die Tragweite einer Erklärung zu ermessen⁴⁵. Vorgeschlagen wird daher, eine Parallele zur geistigen Fähigkeit einer Person jünger als sieben Jahren herzustellen⁴⁶. Abstrakt ist eine solche Schwelle ein Anhaltspunkt, doch lässt sich auch faktisch nicht die intellektuelle Fähigkeit eines Siebenjährigen feststellen, sondern diese Schwelle ergibt sich aus anderen, ua Verkehrsschutzerwägungen (so Rz 6).

21 b) Krankhafte Störung der Geistestätigkeit. Der Ausschluss der freien Willensbestimmung muss auf einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit beruhen. Nur dann liegt Geschäftsunfähigkeit vor. Die krankhafte Störung umfasst die Fälle der **Geisteskrankheit** und der **bloßen Geisteschwäche**. Sie kann in der einen wie der anderen ihren Grund haben, sodass die Einordnung in medizinische Begriffe ohne Belang ist⁴⁷. **Angeborener Schwachsinn** kann geschäftsunfähig machen, auch wenn einfache Verrichtungen des täglichen Lebens ordnungsgemäß vorgenommen werden⁴⁸. **Altersschwachsinn** mit manischer Färbung auf hysterischer Grundlage kann krankhafte Störung sein⁴⁹, ebenso manische Depression⁵⁰. Altersschwachsinn und Geistesstörungen geringerer Art schließen nicht notwendig die freie Willensbestimmung aus⁵¹. Sind Urteilsfähigkeit und Gedächtnis so herabgesetzt, dass die Handlung nur unter dem Zwang zufälliger Vorstellungen erfolgt, so ist Nummer 2 anwendbar⁵². Das Fehlen von Störungen auf verstandesmäßigem Gebiet schließt die Anwendung der Nummer 2 nicht aus, da die durch die geistige Störung eingetretene Veränderung der Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit maßgebend ist⁵³. Beachtlich sind die Erscheinungen der Erkrankung, das Verständnis für geschäftliche und rechtliche Vorgänge, die Wahrnehmungen der Umgebung über die Lebensführung, die für die Behandlung der Krankheit gewonnenen ärztlichen Einsichten⁵⁴.

22 c) Nicht vorübergehender Natur. Die krankhafte Störung darf nicht vorübergehender Natur sein. Wiederkehrende Neurombeschwerden, die mehrere Tage andauern und dann wieder schwinden, stellen keinen Dauerzustand im Sinne des § 104 Nr 2 dar⁵⁵. Liegt eine dauernde Geistesgestörtheit vor, so schließt dies nicht aus, dass der Geisteskranke in einem lichten Augenblick, in dem eine normale Motivationsfähigkeit besteht, als geschäftsfähig anzusehen ist⁵⁶.

23 d) Vermutung der Geschäftsfähigkeit. Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit sind **Ausnahmen** (§§ 104 ff). In der Regel ist jeder Mensch geschäftsfähig. Überzeugt sich der Notar davon, dass ein Beteiligter die erforderliche Geschäftsfähigkeit nicht besitzt, so hat er die Beurkundung abzulehnen. Ist er nur im Zweifel, so soll er dies zwar in der Niederschrift festhalten, darf jedoch grundsätzlich nicht die Beurkundung ablehnen (BeurkG § 17 Abs 2 Satz 2). Der Vertragsgegner tut gut, den Vertragsschluss abzulehnen.

24 e) Partielle oder gegenständliche Geschäftsunfähigkeit. Der Ausschluss der Geschäftsfähigkeit wegen einer geistigen Störung bezieht sich grundsätzlich auf Rechtsgeschäfte jeder Art. Nur **ausnahmsweise** kann er sich auf einen **bestimmten Lebensbereich** beschränken. Es gibt eine partielle oder gegenständliche Geschäftsunfähigkeit⁵⁷. Sie liegt vor, wenn für den Betroffenen

43 BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680, 1681; WM 1984, 1063, 1064; NJW 1996, 918, 919; RGZ 103, 399, 401; 130, 69, 71; 162, 223, 228.

44 RG NJW 1936, 1205; 1937, 35.

45 RG WarnR 1911 Nr 164.

46 Lipp, Freiheit und Fürsorge, S 69 ff; Kohl, in: Alternativkommentar BGB, § 104 Rz 4; Pawlowski, Allgemeiner Teil⁷, Rz 197 und Wieser, JZ 1988, 493.

47 RGZ 130, 69 (mNachw); 162, 228.

48 RG JW 1938, 1590; dazu kritisch BGH NJW 1953, 1342.

49 RG LZ 1927, 1027.

50 RG WarnR 1928 Nr 167.

51 RG HRR 1929 Nr 793; Breslau OLGE 40, 259.

52 RG Recht 1919 Nr 872.

53 RG WarnR 1936 Nr 53.

54 RG JW 1937, 35.

55 BGH LM Nr 18 zu ZPO § 234.

56 Kritisch zur zweifelhaften Rechtsfigur des „luziden Intervalls“ Jauß, KritV 99 (2016), 224.

57 BGHZ 18, 184, 187; 30, 112, 118; BGH WM 1970, 1366; 1975, 1279, 1280; BGH NJW-RR 2002, 1424; München NJW-RR 2009, 1599, 1602; Kötz, Vertragsrecht Rz 138; Gebauer AcP 153 (1954), 332 ff; Neuner, AcP 218 (2018), 1, 26.

nach Art seiner krankhaften Störung die freie Willensbestimmung nur in einem gegenständlich beschränkten Kreis von Angelegenheiten ausgeschlossen, in anderen Lebensbereichen dagegen nicht beeinträchtigt ist. So kann sich zB die Geschäftsunfähigkeit bei **Querulantenwahn** – oder anderen Gründen – auf die Prozessführung beschränken⁵⁸, beim Schock eines Anwalts auf die Versäumung der Berufungsfrist und der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag⁵⁹, bei krankhafter Eifersucht auf den Lebensbereich der Ehe⁶⁰.

f) **Keine relative Geschäftsunfähigkeit.** Nicht anerkannt ist eine „relative Geschäftsunfähigkeit“ für nur bestimmte, besonders schwierige Geschäftsarten⁶¹. Eine Ausnahme bieten die Regelungen zu BGB § 105a, da umgekehrt ein Geschäftsunfähiger bei Geschäften des täglichen Lebens doch als (relativ) geschäftsfähig angesehen wird⁶². Darüber hinaus ist aber eine Geschäftsfähigkeit für Geschäfte von bestimmter Komplexität zu verneinen: Etwa existiert keine Geschäftsunfähigkeit für die Errichtung schwieriger Testamente⁶³. Eine Person, die ihren Willen noch frei bestimmen kann, deren verstandesmäßige Fähigkeiten aber nicht ausreichen, schwierigere Fragen zu beantworten und die Tragweite ihrer Erklärungen zu beurteilen, ist keinesfalls geschäftsunfähig. Hintergrund ist bei der jetzigen Rechtslage, dass der Schutz des Rechtsverkehrs zumindest insoweit gewährleistet werden soll, dass nur zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit, nicht aber zusätzlich der Schwierigkeit des Geschäfts differenziert wird⁶⁴. Der Schutz solcher Personen, die in der Lage sind, ihren Willen frei zu bestimmen, deren geistige Fähigkeiten aber nicht ausreichen, um bestimmte schwierige rechtliche Verhältnisse sinnvoll zu regeln, wird stattdessen auf andere Weise hergestellt: Etwa durch Beratungsmöglichkeiten (Anwalt, Notar etc) bei schwierigen Rechtsfragen und auch durch Einzelregelungen, zB durch Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumnis⁶⁵.

4. **Betreuung.** § 104 Nr 3 ist durch Art 1 Nr 2 des Ges zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BetreuungsGes – BtG) vom 12. September 1990 (BGBl I, S 2002 ff) mit Wirkung vom 1. Januar 1992 aufgehoben worden. An die Stelle der Entmündigung ist die **Betreuung** getreten (§§ 1896 ff). Der **Betreuer** vertritt den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich (§ 1902). Die Fähigkeit des Betreuten zu einem selbstbestimmten Leben wird soweit berücksichtigt, wie dies außerhalb der gesetzlichen Vertretung möglich ist. Der Betreute ist demnach weiterhin handlungsfähig, es sei denn, dass er nach § 104 Nr 2 geschäftsunfähig ist oder das Vormundschaftsgericht nach § 1903 Abs 1 angeordnet hat, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die im Aufgabenkreis des Betreuers liegt, dessen Einwilligung bedarf (Einwilligungsvorbehalt)⁶⁶.

V. Anwendungsbereich

1. **Rechtsgeschäftliches Handeln.** Die Geschäftsfähigkeit ist auf das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person bezogen. Ob diese Fähigkeit auch für **Rechtshandlungen** zu verlangen ist, bei denen die Rechtsordnung den Rechtserfolg ohne Rücksicht darauf eintreten lässt, ob er von dem Handelnden gewollt ist, lässt sich nicht generell im bejahenden oder verneinenden

58 ZPO § 52; RG JW 1906, 376; Recht 1933 Nr 435; HRR 1934 Nr 42; BAG AP Nr 1 zu § 104; LAG Hamburg, ECLI:DE:LAGHH:2018:0418, 6SA13.15.0A; LAG Mecklenburg-Vorpommern, BeckRS 2019, 15976.

59 BGHZ 30, 112.

60 BGHZ 18, 184, 186; BGH FamRZ 1971, 244; OGHZ 2, 53; 4, 66, 71; RGZ 162, 229; dazu auch Roth, AcP 208 (2008), 451, 469.

61 BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680, 1681; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2019, 772, 773; LG Osnabrück, ECLI:DE:LGOSNAB:2019:0703.11S203.18.00; ausf Gutch, Die Geschäftsunfähigkeit

Erwachsener in Deutschland und in der Schweiz 153 ff, für eine relative Geschäftsunfähigkeit aber 200 f; Roth, AcP 208 (2008), 451, 470 ff (iE abl 480 f).

62 Pawlowski, JZ 2003, 66, 72.

63 BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680; OGHZ 2, 45, 53; aM Köln NJW 1960, 1389.

64 Kötz, Vertragsrecht Rz 138.

65 BGH NJW 1970, 1680; aA Gutch, Die Geschäftsunfähigkeit Erwachsener in Deutschland und in der Schweiz, 200 f; Neuner, AcP 218 (2018), 1, 26 ff.

66 Vgl etwa Jauernig/Budzikiewicz, Vor §§ 1896 Rz 3 ff.

Sinne entscheiden. Es kommt auf die Natur der einzelnen Rechtshandlung an, ob eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff sachlich gerechtfertigt ist⁶⁷.

- 28 **2. Rechtsscheintatbestände.** Die §§ 171, 172 sind etwa auf beschränkt geschäftsfähige Personen nicht anwendbar, es sei denn, dass vor Erteilung der Vollmacht die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorlag⁶⁸. Einen Rechtsschein im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Vertretenen kennt das BGB nicht⁶⁹. Etwas anderes gilt für bereits andere abstrakte Rechtsscheintatbestände: HGB § 15 I gilt zB auch zu Lasten von Geschäftsunfähigen⁷⁰. Auch ein Versicherungsschein als Legitimationspapier wurde als fähig angesehen, sich auch zulasten des geschäftsunfähigen Versicherungsnehmers durchzusetzen⁷¹. Ebenso kann man von einem Geschäftsunfähigen gutgläubig das Eigentum an einem Wechsel erwerben⁷². Auch wird ein Schuldner, der an einen geschäftsunfähigen Wechselgläubiger nach Verfall oder an einen Schuldverschreibungsgläubiger leistet, grundsätzlich frei⁷³.

- 29 **3. Geschäftsähnliche Handlungen.** Für **geschäftsähnliche Handlungen**, die willensmäßig nicht auf einen rechtsgeschäftlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind, kann eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff, insb der §§ 107–111, sachlich gerechtfertigt sein. So zB für die Mahnung (§ 286) oder Fristsetzung (§ 323), Aufforderungen zur Genehmigung (§ 108 Abs 2, § 177 Abs 2), ferner für Mitteilungen oder Anzeigen, zB die Mängelrüge (HGB § 377), eine Anzeige der Vollmachterteilung (§ 171) oder Forderungsabtretung (§ 409). Auch die Einwilligung in eine Operation zählt zu den geschäftsähnlichen Handlungen. Über den hergebrachten Begriff der Handlungsfähigkeit hinaus stellt sich das Problem der subjektiven Zurechnungsfähigkeit, wobei es sich fragt, ob die §§ 104 ff und §§ 827, 828 auch auf andere als rechtsgeschäftliche und deliktische Verhaltensweisen ganz oder teilweise analog angewendet werden können⁷⁴.

- 30 Mitunter ist die Frage gesetzlich geregelt. So verlangt § 8 für die Begründung und Aufhebung des **Wohnsitzes** die volle Geschäftsfähigkeit. Für die **Geschäftsführung ohne Auftrag**, die kein Rechtsgeschäft, sondern eine geschäftsähnliche Handlung ist, folgt aus § 682, dass eine minderjährige Person als Geschäftsführer voll geschäftsfähig sein muss. Sonst haftet sie nach § 682 nur nach Delikts- und Bereicherungsrecht: die Haftung des Geschäftsherrn nach §§ 683, 684 entfällt in diesem Falle nicht⁷⁵. Vgl ferner § 1673 für die elterliche Sorge, § 1780 für den Vormund, § 2201 für den Testamentsvollstrecker, §§ 2229 Abs 3, 4, 2275 für die Testierfähigkeit (siehe auch U Rz 40). Zu Ehefähigkeit unten Rz 41.

- 31 **4. Tathandlungen.** Bei reinen **Realakten**, bei denen es ausschließlich auf den tatsächlich herbeigeführten Erfolg ankommt, ist Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich. So insbesondere nicht für die Verbindung oder Vermischung (§§ 946 ff), die Verarbeitung (§ 950), die Entdeckung eines Schatzes (§ 984), die Schöpfung eines Werkes der Literatur oder Kunst (§ 2 UrhG). Geschäftsunfähige können Erfindungen machen. Die Patentanmeldung eines Geisteskranke unterliegt den für Verfahrenshandlungen geltenden Grundsätzen. Stimmt der gesetzliche Vertreter zu und betreibt er die Anmeldung weiter, so ist der Mangel nach ZPO § 56 Abs 2 rückwirkend geheilt⁷⁶. Ein Vorschlag, wer die Betreuung nach § 1897 übernehmen soll, erfordert weder die Geschäftsfähigkeit noch die natürliche Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person, sodass die Willensäußerung ausreicht⁷⁷.

67 Flume, Allg TI BGB Bd 2, § 9, 2.

68 BGH WM 1976, 1350, 1351; vgl auch LG München II, NJW-Spezial 2019, 647 = BeckRS 2019, 15775, 647 f; AG Oldenburg (Holstein) ECLI:DE:AGOLDEN:2010:0406.22C625.09.0A.

69 LG München II, NJW-Spezial 2019, 647 = BeckRS 2019, 15775, 647 f.

70 BGH, NJW 1991, 2566 = BGHZ 115, 78; Münch-Komm-HGB/Krebs, § 15 Rz 40 f; Schmidt JuS 1990, 517, 519; aA Nitschke JuS 1968, 541 ff.

71 Saarbrücken, VersR 2015, 306.

72 WG Art 16 Abs 2; BGH NJW 1951, 402, 598: für Scheck.

73 WG Art 40 Abs 3; BGB § 793 Abs 1 Satz 2.

74 Canaris NJW 1964, 1987 ff.

75 Flume, AllgTeil II, § 13, 11 e.

76 Klauer/Möhring PatentG, 1978, § 26 Rz 8; Pfanner GRUR 1955, 556, 560; aM Tetzner PatentG, 19782, § 26 Bem 4, der Nichtigkeit annimmt.

77 BGH, NZFam 2017, 868.