

§ 108 II BGB analog auf Einwilligungen

Nach § 108 II BGB kann der Geschäftspartner den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung der Genehmigung auffordern. Genehmigung bedeutet nach § 184 BGB **nachträgliche** Zustimmung. Umstritten ist,

Streitstand



ob ein kraft Einwilligung verbindlicher Vertrag durch eine Aufforderung des Vertragspartners zur Genehmigung wieder in einen Zustand schwebender Unwirksamkeit zurückversetzt werden kann.

a) Rückversetzungstheorie, § 108 II BGB analog

Teilweise wird vertreten, § 108 II BGB sei auf die Einwilligung **analog anzuwenden**.

Argumente:

- Auch bei der Einwilligung besteht das Interesse des Geschäftspartners zu klären, ob sie vorliegt oder nicht. (Stichwort: **Interesse an Klarheit**)
- Dass durch die Aufforderung ein zunächst wirksamer Vertrag zu einem unwirksamen wird, ist als sachliche **Ausnahme von § 183 BGB** hinzunehmen.

b) Verbindlichkeitstheorie

Überwiegend wird eine Analogie zu § 108 II BGB bei Einwilligungen **abgelehnt**.

Argumente:

- Nach **Wortlaut und Willen des Gesetzgebers** ist § 108 II BGB auf Genehmigungen beschränkt. Es **fehlt an einer planwidrigen Lücke**.
- Die §§ 107ff. BGB dienen primär dem **Schutz des Minderjährigen**. Ob eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt, muss der Vertragspartner in seinem Interesse vor Vertragsschluss klären. Unterlässt er dies, ist er nicht schutzwürdig. Ihm verbleibt eine Feststellungsklage. (Stichwort: **Schutzrichtung 107ff. → Minderjährige**)
- Ein **verbindlicher** Vertrag kann nicht wieder schwebend unwirksam werden.

Fundstelle

MünchKomm/Schmitt (2001), § 108 Rn. 23ff.