

Examensklausurenkurs Zivilrecht**Klausur vom 09. Juni 2017****Fall 1:**

Die MillionärsGattin K möchte bei ihren Freundinnen im Reitverein Eindruck schinden. K beabsichtigt daher den Kauf der edlen Stute „Gloria“, die von dem renommierten Pferdehändler V zum Verkauf angeboten wird. Da K jedoch sicher gehen möchte, dass die Stute gesund ist, beauftragt sie den Pferdearzt A, im Hinblick auf den beabsichtigten Kauf einen Befund über den Gesundheitsstatus der Stute zu erstellen (sog. „Ankaufsuntersuchung“). A, der nicht weiß, wer der Verkäufer des Pferdes ist, willigt ein und führt schon wenige Tage später Untersuchungen an der Stute durch. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass die Stute gesund ist. K bedankt sich bei A für den Befund und zahlt die vereinbarte Vergütung. Anschließend einigt sie sich mit V darauf, dass sie die Stute gegen einen Kaufpreis von 50.000 € erhalten soll. Nach Zahlung der 50.000 € holt K die Stute von V ab und bringt diese zu dem Reitstall ihres Reitvereins.

Bereits eine Woche später fällt K beim Reiten der Stute auf, dass diese ungleichmäßige Schrittbewegungen macht. K fährt die Stute sofort zu dem Pferdearzt P. Dieser stellt zutreffend eine krankhafte, unheilbare Lahmheit der Stute fest, die bereits bei der Untersuchung durch A für einen Arzt unproblematisch feststellbar gewesen wäre. Das Pferd hat daher tatsächlich keinen Marktwert. V hatte zuvor keine Kenntnis von der Lahmheit und trotz regelmäßiger und sorgfältiger Beobachtung auch keine Auffälligkeiten bemerkt. K wendet sich nun an A und V und verlangt Rückzahlung bzw. Erstattung des Kaufpreises.

Frage 1: Hat K einen Anspruch gegen A und/oder gegen V auf Zahlung von 50.000 €?

Fallfortsetzung:

Es ist davon auszugehen, dass die Zahlungsansprüche gegen A und V (Frage 1) bestehen. Da V seinen guten Ruf in der Szene nicht gefährden möchte, schließt er mit K einen Vergleich. Darin verpflichtet er sich, an K zur Abgeltung der geltend gemachten Forderung 20.000 € zu zahlen. Da die Stute aufgrund der Krankheit keinen wirtschaftlichen Wert mehr hat, verzichtet V auf die Rückübereignung des Pferdes. Weiter vereinbaren K und V, dass mit dem Vergleich alle Ansprüche der K gegen V abgegolten sein sollen.

K wendet sich im Anschluss an A und verlangt von diesem die Zahlung der restlichen 30.000 € als Schadensersatz. Dieser meint jedoch, dass ein Anspruch gegen ihn aufgrund des zwischen K und V geschlossenen Vergleichs nicht mehr bestehen könne. Der Vergleich müsse wegen der Gleichrangigkeit der Haftung auch zu seinen Gunsten wirken.

Frage 2: Hat K einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 30.000 €?

Fall 2:

Die 17-jährige Tochter der K, die T, arbeitet nach hart erkämpfter Zustimmung ihrer Eltern in einem Rocker-Café, um ihr Taschengeld aufzubessern. T möchte gegen die in ihren Augen biedere Art ihrer Eltern rebellie-

ren. Obwohl ihre Eltern ihr mehrfach jede Form von Körperkult verboten haben, möchte sie sich mit einem Teil der Ersparnisse aus ihrer Tätigkeit für das Rocker-Café ein Tattoo stechen lassen. T begibt sich daher zum Tätowierstudio des M. Sie verlangt von M, dieser solle ihr auf der Innenseite des Unterarms ein Kreuz entsprechend eines von T vorgelegten Musters tätowieren. M verlangt hierfür eine Zahlung von 50 €, die T sofort in bar erbringt. Daraufhin tätowiert M das Kreuz. T bedankt sich nach Betrachtung der Tätowierung bei M und verlässt das Studio.

Zwei Tage später feiert T im Kreis der Familie ihren 18. Geburtstag. Um dort zu provozieren zeigt sie den dort Anwesenden erstmals ihre Tätowierung. Die Eltern der T sind entsetzt und machen sich sofort auf zu M. Dort angekommen teilen sie ihm ihre Verärgerung mit und kündigen ihm rechtliche Konsequenzen an. Die hinterhergeeilte T äußert hingegen gegenüber M, dass alles in Ordnung sei und sie sich über das mit M abgeschlossene Geschäft freue.

Eine Woche später bemerkt T nach genauem Hinsehen, dass das tätowierte Kreuz – was zutrifft – uneinheitlich proportioniert ist und daher nicht vollständig dem von ihr vorgelegten Muster entspricht. Dies beanstandet sie am gleichen Tag bei M, der ihr eine – ohne größere Komplikationen mögliche – Korrektur der Tätowierung anbietet. Da T sich jedoch zwei Tage zuvor in einen vornehmen Studenten verliebt hat, der nichts von Tätowierungen hält, lehnt T eine Korrektur ab, obwohl sie M fachlich weiterhin für kompetent hält. Vielmehr erklärt sie, dass sie – als feine Dame – mit M und der ganzen alternativen Szene nichts mehr zu tun haben wolle und dass sie das Tattoo bald entfernen werde. Sie verlangt daher Rückzahlung des geleisteten Entgelts.

Frage 3: Hat T einen Anspruch gegen M auf Rückzahlung der bereits 50 €? Schadensersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

Bearbeitervermerk: Es ist im Rahmen eines umfassenden Gutachtens auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfgutachten – einzugehen.

Hinweis:

Es besteht auch die Möglichkeit, die Klausur noch am Montag, den 12.06.2016, bis **10 Uhr** abzugeben.

Ausschließliche Abgabemöglichkeit ist ein Einwurf der Klausur in die zentralen Klausurenkurs-Postfächer auf T 3 (Postfach **1257, 1265, 1266** oder **1274**). Eine Abgabe per Telefax, E-Mail oder direkt am Lehrstuhl ist nicht möglich.

Bei falscher oder verspäteter Abgabe kann die Klausur leider nicht für eine Korrektur berücksichtigt werden.

Rückgabe und Besprechung: Montag, 10.07.2017, 16 - 18 Uhr in H 14.

Unverbindliche Lösungshinweise

Die Klausur lehnt sich hinsichtlich des ersten Falls an die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 22.12.2011 (Az. VII ZR 7/11 (NJW 2012, 1071-1073)) und VII ZR 136/11 (NJW 2012, 1070-1071)) sowie hinsichtlich des zweiten Falls an die Entscheidung des Amtsgerichts München vom 17.03.2011 (Az. 213 C 917/11; NJW 2012, 2452) an. Generell gilt zudem, dass von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern keine dermaßen ausführliche Lösung erwartet werden kann.

Frage 1: Hat K einen Anspruch gegen A und/oder gegen V auf Zahlung von 50.000 €?

A. Anspruch der K gegen A auf Zahlung von 50.000 € gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB

K könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB haben.

I. Werkvertrag

Hierzu müsste zunächst ein Werkvertrag nach § 631 BGB zwischen K und A bestehen.

K beauftragte A mit der Erstellung des Befundes, sog. Ankaufsuntersuchung, über die Stute „Gloria“, worin A einwilligte. A war aufgrund dieser Einigung zur Erstellung des Befundes verpflichtet. Mithin war die Erbringung eines Werkerfolgs geschuldet. Ein Werkvertrag zwischen K und A liegt nach § 631 BGB vor.

II. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 633 BGB

Ferner müsste ein Sachmangel bei Gefahrübergang nach § 633 BGB vorgelegen haben.

1. Sachmangel nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB

Erster Anknüpfungspunkt für einen Sachmangel könnte § 633 Abs. 1 S. 1 BGB sein. Hiernach ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Hierzu müssten K und A aber eine Beschaffenheit vereinbart haben. Eine Vereinbarung über die Beschaffenheit haben K und A aber nicht getroffen, womit kein Sachmangel nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

Anmerkung: Da keine Anhaltspunkte für eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegen, ist eine Stellungnahme der Bearbeiterinnen und Bearbeiter zu § 633 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zwingend zu erwarten.

2. Sachmangel nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB

Es könnte ein Sachmangel nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Frei von Sachmängeln ist ein Werk nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Dies ist der Fall, wenn sich das Werk für die vom Besteller beabsichtigte und dem Unternehmer bekannte Verwendung eignet, mithin ein funktions-taugliches und zweckentsprechendes Werk darstellt (Palandt⁷⁶/Sprau, BGB, § 633 Rn. 7).

A sollte den Befund über den Gesundheitszustand der Stute als Grundlage für die Kaufentscheidung der K erstellen. Bei solchen Ankaufsuntersuchungen kommt es dem Erwerber typischerweise darauf an, den Gesundheitszustand des Tiers zu erfahren, um sich aufgrund dessen für oder gegen den Erwerb zu entscheiden. Diese Motivationslage für die Erstellung des Gutachtens, welche gerade darauf abzielte, dass der tatsächliche Gesundheitszustand der Stute erfasst würde, lag auch der Beauftragung des A durch K zugrunde. Dies wusste A auch. Mithin liegt mit dem unzutreffenden Befund über den Gesundheitszustand ein Sachmangel nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

3. Bei Gefahrübergang, § 644 Abs. 1 BGB

Ferner müsste der Sachmangel auch zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, der Abnahme des Werks nach § 644 Abs. 1 BGB, vorgelegen haben. Unter einer Abnahme versteht man die ausdrücklich oder konkludent erklärte Billigung des Werks, die mit einer Hin- bzw. Entgegennahme des Werks einhergeht (*Looschelders*, Besonderes Schuldrecht⁸, Rn. 648). Jedenfalls hat K dadurch, dass sie sich bei A bedankt hat, das Gutachten als im Wesentlichen vertragsgemäß akzeptiert, mithin wurde das Gutachten auch entgegengenommen. Ein Sachmangel bei Gefahrübergang liegt somit vor.

III. Pflichtverletzung

Weiterhin müsste A gemäß § 280 Abs. 1 BGB eine Pflicht verletzt haben. Hierbei bestimmt sich das Pflichtenprogramm anhand des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses. Im Rahmen der Ankaufsuntersuchung wäre A zur Erstellung eines fehlerfreien Befundes verpflichtet gewesen (BGH, NJW 2012, 1070 [1070]). Gegen diese Pflicht hat A durch den unzutreffenden Befund verstoßen.

IV. Vertretenmüssen

A müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Dieses Vertretenmüssen wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Demnach müsste A beweisen, dass er nicht vorsätzlich oder fahrlässig nach § 276 Abs. 1 BGB gehandelt hat. A hätte die krankhafte und unheilbare Lahmheit im Rahmen seiner Untersuchung unproblematisch feststellen können, sodass er jedenfalls fahrlässig i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB handelte. Demnach kann A die gesetzliche Vermutung für das Vertretenmüssen hinsichtlich der Pflichtverletzung nicht widerlegen. A hat den fehlerhaften Befund zu vertreten.

V. Schaden

Nach § 249 BGB hat A der K den Schaden zu ersetzen, der ihr durch den fehlerhaften Befund über die erworbene Stute entstanden ist. Die Stute ist für K wegen der Lahmheit wertlos, womit die Kaufpreissumme von 50.000 € den ersatzfähigen Schaden für K darstellt.

Anmerkung: Denkbar ist, dass Bearbeiterinnen und Bearbeiter auf einen Gegenanspruch aus § 255 BGB eingehen. Zwingend ist eine diesbezügliche Stellungnahme schon deshalb nicht, weil A sich nicht hierauf beruft.

VI. Ergebnis

K steht gegen A ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 50.000 € gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB zu.

B. Anspruch der K gegen V auf Zahlung von 50.000 € gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

K könnte ein Kaufpreisrückzahlungsanspruch gegen V gemäß §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB zustehen.

I. Kaufvertrag

V und K schlossen einen Kaufvertrag über die Stute „Gloria“. Bei der Stute handelt es sich gemäß § 90a S. 1 BGB zwar nicht um eine Sache, aber die Vorschriften über Sachen sind auf Tiere nach § 90a S. 3 BGB entsprechend anwendbar, weshalb auch ein Kaufvertrag über die Stute möglich ist.

II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Die Stute müsste bei Gefahrübergang einen Sachmangel gehabt haben.

1. Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Damit ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB angenommen werden kann, müsste es sich bei der Stute um eine Sache handeln, und es müsste eine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen K und V vorliegen.

Bei der Stute Gloria handelt es sich nach § 90a S. 1 BGB nicht um eine Sache. Allerdings werden nach § 90a S. 3 BGB die Vorschriften über Sachen entsprechend auf Tiere wie die Stute angewandt. Daher kann grundsätzlich auch die Stute einen Sachmangel aufweisen.

Über die konkrete Beschaffenheit der Stute „Gloria“ haben sich K und V nicht ausdrücklich geeinigt. Folglich scheidet ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB aus.

Anmerkung: Durch den Untersuchungsbefund dürfte keine Beschaffenheitsvereinbarung angenommen werden können, da dieser nicht Gegenstands des Kaufvertrags war. Sollten Bearbeiterinnen und Bearbeiter dennoch hierüber einen Sachmangel begründen, müssten diese Bearbeiter im Anschluss daran das Merkmal „bei Gefahrübergang“ (wie hier unter B. II. 3. (S. 6)) prüfen. Im Übrigen dürfte dieser alternative Lösungsweg zu keinen weiteren Abweichungen im Vergleich zu der hier präferierten Lösung führen.

2. Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

In Betracht kommt ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Dazu müsste die Stute von der Beschaffenheit abweichen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Der Käufer eines Reitpferdes darf erwarten, dass ein Pferd gerade nicht lahmt, da dies die übliche Nutzung beeinträchtigt. Demnach liegt ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB vor.

3. Bei Gefahrübergang, § 446 S. 1 BGB

Dieser Sachmangel müsste auch bei Gefahrübergang, also bei Übergabe der Kaufsache nach § 446 S. 1 BGB, vorgelegen haben. Die Stute wies die Mängel sogar schon vor der Übergabe zum Zeitpunkt der Ankaufuntersuchung vor.

III. Rücktrittsgrund

Ferner müsste ein Rücktrittsgrund vorliegen, welcher sich aus § 326 Abs. 5 BGB ergeben könnte. Hierzu müsste der Schuldner, V, nach § 275 BGB von seiner Leistungspflicht befreit sein. Die Stute „Gloria“ ist unheilbar krank, sodass eine Nachbesserung nicht in Betracht kommt. Eine Nachlieferung scheidet aus, da es sich bei der Stute „Gloria“ um eine Stückschuld handelt und der Anspruch auf Übergabe und Übereignung einer gesunden Stute „Gloria“ nicht durch die Nachlieferung eines anderen Pferdes erfüllt werden kann. Folglich ist V aufgrund von Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit, womit auch ein Rücktrittsgrund nach § 326 Abs. 5 BGB vorliegt.

Anmerkung: Bearbeiterinnen und Bearbeiter könnten hier näher ausführen, ob bei Stückschulden eine Ersatzlieferung in Betracht kommt. Insoweit besteht ein ausdifferenziertes Meinungsfeld (vgl. Staudinger²⁰¹³/Matusche-Beckmann, BGB, § 439 Rn. 60 ff. [insb. 65] sowie Altmeyen/Reichard, FS U. Huber, 2006, 73 ff.). Soweit darauf abgestellt wird, dass keine andere erfüllungstaugliche Sache existiert, kann eine Ersatzlieferung immer als unmöglich erachtet werden.

IV. Rücktrittserklärung

Ein Rücktritt verlangt nach § 349 BGB noch eine Rücktrittserklärung. K verlangt von V den Kaufpreis zurück, worin eine Rücktrittserklärung zu erblicken ist.

V. Ergebnis

K steht gegen V ein Kaufpreistrückzahlungsanspruch i.H.v. 50.000 € gemäß §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB zu.

Anmerkung: Nach § 348 BGB sind die Pflichten aus dem Rückgewährschuldverhältnis Zug um Zug zu erfüllen. V könnte K demnach seinen Anspruch auf Rückerstattung der Stute entgegenhalten. Diesen Anspruch macht V aber nicht geltend, was nach § 348 BGB jedoch erforderlich wäre.

C. Anspruch K gegen V gem. §§ 437 Nr. 3, 311a BGB

Außerdem könnte K gegen V ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB zustehen.

I. Kaufvertrag, Sachmangel bei Gefahrübergang und Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Zunächst müsste ein Kaufvertrag vorliegen, bei der die Kaufsache zum Zeitpunkt der Übergabe einen Sachmangel aufwies und die Nacherfüllung unmöglich ist. Dies ist nach obigen Ausführungen zu B. I.-III. (S. 5-7) der Fall.

II. Vertretenmüssen

Einem Schadensersatzanspruch steht es nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB entgegen, wenn der Schuldner das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.

Positive Kenntnis über die Lahmheit der Stute hatte V vor der Übergabe an K nicht. Ein Vertretenmüssen läge dennoch vor, wenn V die Lahmheit fahrlässig i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB verkannt hätte. Hierzu müsste V die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben. V beobachtete die Stute sorgfältig und regelmäßig. Trotzdem konnte er die Lahmheit nicht feststellen. Ferner wurde sein Eindruck durch den (fehlerhaften) Befund des A auch bestätigt. Folglich hat V keine Kenntnis von den leistungsbefreienden Umständen gehabt und hat die fehlende Kenntnis auch nicht zu vertreten. Ein Vertretenmüssen des V liegt nicht vor.

III. Ergebnis

A steht gegen V kein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB zu.

Frage 2: Hat K einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 30.000 €?**A. Anspruch der K gegen A auf Zahlung von 30.000 €**

K könnte gegen A ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 30.000 € gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB zustehen.

I. Anspruch entstanden

Ein Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB der K gegen A bestand zunächst.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch der K gegen A könnte durch den Vergleich zwischen K und V untergegangen sein. Nach § 423 BGB wirkt der Erlass zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner, wenn die Ver-

tragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Dies gilt auch im Rahmen eines Vergleichs, und auch bei einer lediglich beschränkten Gesamtwirkung (BGH, NJW 2003, 2980 [2981]).

1. Gesamtschuldnerische Haftung von V und A

Damit der Erlass auch Wirkung zugunsten von A entfalten kann, müssten A und V zunächst Gesamtschuldner nach § 421 BGB sein.

a) Haftung von V und A

V und A sind jeweils zur Zahlung von 50.000 € gegenüber K verpflichtet (dies unterstellt die Aufgabenstellung, es steht aber auch in Einklang mit den zuvor gefundenen Ergebnissen zu Frage 1 [A VI., S. 5; B V., S. 7]).

b) Einmaligkeit der Leistung

Weiterhin müsste K die Leistung, die Rückzahlung des Kaufpreises, nur einmal fordern dürfen. K zahlte den Kaufpreis einmal und kann ihn daher auch nur einmal zurückverlangen bzw. als Schadenersatz fordern.

c) Identität des Leistungsinteresses

Zudem müsste die sog. Identität des Leistungsinteresses vorliegen. Für eine solche Identität des Leistungsinteresses ist es nicht nötig, dass sich Leistungsinhalt und Verpflichtung genau decken (Jauernig¹⁶/Stürner, BGB, § 421 Rn. 1). K konnte ursprünglich sowohl von V als auch von A die Zahlung des Betrages von 50.000 € fordern, gegenüber V in Form eines Rückzahlungsanspruchs und gegenüber A in Form eines Schadenersatzanspruchs. Hierbei ist es unerheblich, dass A auf das negative und V auf das positive Interesse haftet (BGH, NJW 2012, 1070 [1071]; s.u. Frage 2 A. II. 1. d) (S. 8-11)). Ausschlaggebend ist allein die Identität des Leistungsgegenstands. Unterschiedliche Rechtsgründe stehen insoweit nicht entgegen (Jauernig¹⁶/Stürner, BGB, § 421 Rn. 1).

d) Gleichstufigkeit

Anmerkung: Zu der Frage, ob es sich bei der Gleichstufigkeit um eine Voraussetzung der Gesamtschuld handelt, s.u. Frage 2 A. II. 1. d) S. 11.

Ferner müssten die Verpflichtungen von V und A gegenüber K gleichstufig sein. An dieser Gleichstufigkeit fehlt es, wenn der Leistungszweck der einen Verpflichtung gegenüber der anderen vorläufig oder subsidiär und damit eine Verpflichtung nachrangig ist (Palandt⁷⁶/Grüneberg, BGB, § 421 Rn. 7 m.w.N.). Hierzu führte der BGH (Urteil vom 22.12.2011, Az. VII ZR 136/11, NJW 2012, 1070 [1071 Rn. 18]; zustimmend Schwab, JuS 2012, 643 [645]) zu einem vergleichbaren Sachverhalt aus:

„Die Verpflichtungen der Verkäuferin auf Rückabwicklung des Kaufvertrags und des beklagten Tierarztes auf Ersatz des der Klägerin infolge des Abschlusses des Kaufvertrags entstandenen Vermögensschadens stehen gleichstufig nebeneinander. Die Gleichstufigkeit der Verpflichtungen ergibt sich daraus, dass sowohl die Verkäuferin als auch der Beklagte für den infolge der Kaufpreiszahlung entstandenen Vermögensnachteil aufzukommen haben und auch die Kosten für den Unterhalt des Pferdes mit einer Geldzahlung ersetzen müssen, ohne dass einer der Schuldner nur subsidiär oder vorläufig für die andere Verpflichtung einstehen muss (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2006 - VI ZR 136/05, NJW 2007, 1208). Auf die Einordnung als Rückzahlung gemäß § 346 BGB (...) oder als Schadensersatz kommt es ebenso wenig an wie auf die Frage, ob ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses oder des positiven Interesses geltend gemacht wird. Auch ist unerheblich, dass die Verkäuferin möglicherweise trotz fehlenden Verschuldens haftet, während die Haftung des Beklagten Verschulden voraussetzt. Gleiches gilt für den Umstand, dass Verkäuferin und Tierarzt, bezogen auf das Kaufgeschäft, nicht im selben Lager stehen und kein gemeinsames Interesse verfolgen. Ohne Belang ist auch, dass beide unterschiedliche Hauptleistungspflichten zu erfüllen haben. Entscheidend ist allein, dass sowohl die Verkäuferin als auch der beklagte Tierarzt verpflichtet sind, die entsprechenden Aufwendungen zu ersetzen und damit ein inhaltsgleiches Gläubigerinteresse zu befriedigen. Beide haben für die Beseitigung des gleichartigen Vermögensnachteils einzustehen, den die Klägerin dadurch erlitten hat, dass jeder von ihnen seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat (...). Daran ändern

auch die Erwägungen nichts, mit denen das Berufungsgericht eine größere Sachnähe der Verkäuferin begründen will. Diese Erwägungen lassen im Übrigen unberücksichtigt, dass der Tierarzt mit einem fehlerhaften Befund zur Ankaufsuntersuchung die eigentliche Ursache für den Ankauf gesetzt haben kann und bagatellisieren damit zu Unrecht die Aufklärungsfunktion der Ankaufsuntersuchung.“

Überträgt man dies auf den konkreten Fall, ist die Gleichstufigkeit der Verpflichtungen von V und A gegenüber K anzunehmen. Insbesondere steht der Gleichstufigkeit nicht entgegen, dass A auf ein negatives und V auf ein positives Interesse haftet (so auch *Schwab*, JuS 2012, 643 [645]; a.A. OLG Schleswig, Urteil vom 26.05.2011 - 13 U 8/10, BeckRS 2012, 02117).

Anmerkung: *Bearbeiterinnen und Bearbeiter können ebenfalls die Gegenansicht vertreten. Wird etwa der Ansicht des OLG Schleswig, Urteil vom 26.05.2011 - 13 U 8/10, BeckRS 2012, 02117 gefolgt, so ist keine gesamtschuldnerische Haftung anzunehmen. Nach dieser Ansicht wären hier lediglich diejenigen Schäden der K von A zu ersetzen, die über das positive Interesse hinausgehen.*

*Vertretbar ist zudem auch, das Merkmal der Gleichstufigkeit nicht als Voraussetzung für eine gesamtschuldnerische Haftung vorzusetzen (Staudinger²⁰¹⁷/Looschelders, BGB, § 421 Rn. 27 ff.). Mit Blick darauf, dass die Problematik um eine vorrangige bzw. nachrangige Haftung des A im Sachverhalt ausdrücklich angesprochen wird, müsste zu dem Problem, ob die vom BGH geforderte Gleichstufigkeit vorliegt, – **notfalls im Hilfsgutachten** – Stellung bezogen werden. Hingegen sind Ausführungen in aufgezeigter Tiefe von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht gefordert.*

e) **Zwischenergebnis**

A und V sind Gesamtschuldner gemäß § 421 BGB.

2. **Eintritt einer Gesamtwirkung durch den Vergleich**

Fraglich ist nun, ob und wie sich der zwischen K und V geschlossene Vergleich für A auswirkt. In Betracht kommen eine (umfassende) Gesamtwirkung, eine beschränkte Gesamtwirkung oder eine Einzelwirkung.

a) Gesamtwirkung

Für eine Gesamtwirkung des Vergleichs nach § 423 BGB hätte K den Willen gehabt haben müssen, nicht nur gegenüber V, sondern auch gegenüber A auf weitergehende Ansprüche zu verzichten. A und V standen in keiner erkennbaren Beziehung zueinander (wenn man davon absieht, dass sie zufällig Schuldner der K sind). Tatsächlich kannten sich A und V nicht einmal. Der BGH (Urteil vom 22.11.2012, BGH, NJW 2012, 1071 [1073 Rn. 21]) führte in einer vergleichbaren Sachverhaltskonstellation aus:

„Ob ein Vergleich eine Gesamtwirkung haben soll, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Im Zweifel kommt (...) einem Vergleich mit einem Gesamtschuldner grundsätzlich keine Gesamtwirkung zu (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2000 - IX ZR 39/99, NJW 2000, 1942 [...]). Eine Gesamtwirkung kann aber angenommen werden, wenn sich aus dem Vergleich ausdrücklich oder den Umständen nach ergibt, dass der Gläubiger den Willen hatte, auch gegenüber dem nicht am Vergleich beteiligten Gesamtschuldner auf weitergehende Ansprüche zu verzichten und ihn deshalb nicht mehr in Anspruch zu nehmen. (...) Aus dem Umstand, dass nach dem Vergleich die im Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Verkäufer erhobenen Forderungen abgegolten sein sollten, lässt sich nicht entnehmen, dass auch eine etwaige noch bestehende Forderung gegen den Beklagten abgegolten sein sollte. (...)“

Überträgt man dies auf den vorliegenden Sachverhalt, liegen keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass der Ausschluss auch gegenüber A wirken soll. Demnach ist auf die Zweifelsregelung abzustellen. Folglich liegt gerade keine Gesamtwirkung vor.

Anmerkung: *Mit entsprechender Argumentation ist eine andere Auffassung ebenfalls vertretbar. Insbesondere kann auf das Interesse des V*

*abgestellt werden, nicht von A in Regress genommen zu werden. Inso-
weit hätte jedenfalls V ein Interesse an einem vollständigen Ausschluss,
auch gegenüber K. Entscheidend ist, dass die Bearbeiterinnen und Be-
arbeiter erkennen, dass der Vergleichsabschluss des Gläubigers mit ei-
nem Gesamtschuldner Auswirkungen auf die Haftung der übrigen Ge-
samtschuldner haben kann und die Bearbeiterinnen und Bearbeiter ei-
ne Auslegung des Vergleichs vornehmen.*

b) Beschränkte Gesamtwirkung

*Anmerkung: Die nachfolgenden Erwägungen dürften ausschließlich
von besonders aufmerksamen Bearbeiterinnen und Bearbeitern zu er-
warten sein. Vertiefte Ausführungen und Kenntnis der Rechtsprechung
werden nicht verlangt.*

Denkbar ist eine beschränkte Gesamtwirkung des zwischen K und V
abgeschlossenen Vergleichs im Hinblick auf A. Im Außenverhältnis
würde eine solche beschränkte Gesamtwirkung hinsichtlich V dazu
führen, dass dieser völlig frei wird. Im Außenverhältnis zwischen dem
Gläubiger und den übrigen Gesamtschuldner, hier nur A, würden die
übrigen Gesamtschuldner um den Teilbetrag befreit, zu dessen Leistung
der Gesamtschuldner V sich im Vergleich verpflichtet hat. Daher könn-
te K von A nur noch maximal 30.000 € fordern. Im Innenverhältnis
könnte A im Fall der Inanspruchnahme auf 30.000 € soweit man im
Innenverhältnis zwischen A und V eine Haftung zu je der Hälfte an-
nahme, V auf Zahlung von 5.000 € in Regress nehmen (5.000=30.000-
25.000 €).

Grundsätzlich ist es im Rahmen einer beschränkten Gesamtwirkung
aber auch möglich, dass mit dem Vergleich eine vollständige Erledi-
gung der Sache für den sich vergleichenden Gesamtschuldner eintreten
kann, und zwar auch in dem Sinne, dass ein Regress gegen ihn im In-
nenverhältnis ausgeschlossen sein soll (vgl. zum Erlassvertrag: Pa-
landt⁷⁶/Grüneberg, BGB, § 423 Rn. 4 m.w.N.). Hierbei gilt es aber zu
berücksichtigen, dass eine solche Regelung dann nicht möglich ist,
wenn sie sich zum Nachteil der übrigen Gesamtschuldner auswirkt, da

andernfalls ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter gegeben wäre (Staudinger²⁰¹⁷/Looschelders, BGB, § 423 Rn. 15, 20). Ist also gewollt, dass der vergleichsschließende Gesamtschuldner im Innenverhältnis nicht von einem anderen Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden kann, so dürfen die übrigen Gesamtschuldner hierdurch nicht benachteiligt werden. Das kann nur dadurch erreicht werden, dass die Haftung der übrigen Gesamtschuldner im Außenverhältnis auf die Quote ihrer Haftung im Innenverhältnis beschränkt wird. Demnach würde A hier im Außenverhältnis maximal auf den Betrag in Anspruch genommen werden können, der dem Betrag im Innenverhältnis entspricht. Dieser beläuft sich auf 25.000 €

Der BGH (NJW 2012, 1071 [1073 Rn. 22-24]) führte hierzu in einem vergleichbaren Fall an:

„(...)Das Berufungsgericht hält es wohl auch für möglich, dass die Parteien eine beschränkte Gesamtwirkung vereinbart haben. Ein Gesamtschuldner kann mit dem Gläubiger gemäß § 423 BGB auch zugunsten anderer Gesamtschuldner vereinbaren, dass deren Inanspruchnahme ausgeschlossen ist, soweit sie sich im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs bei dem die Vereinbarung schließenden Gesamtschuldner schadlos halten könnten (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2000 - IX ZR 39/99 [...]). Insoweit kommt ein Vertrag zugunsten des am Vergleich nicht beteiligten Gesamtschuldners in Betracht (...); dieser ist kraft der gesetzlichen Anordnung des § 423 BGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass ansonsten gemäß § 328 BGB ein Erlassvertrag zugunsten Dritter nicht möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1994 - XI ZR 183/93, BGHZ 126, 261, 266).

Dazu, dass die Parteien eine solche beschränkte Gesamtwirkung gewollt haben, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Allein der Umstand, dass der Vergleichspartner im Innenverhältnis allein haftet (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2000 - IX ZR 39/99, NJW 2000, 1942 [...]), reicht insoweit nicht aus. Es kommt auf den Willen der Parteien an, ihn auch von dem Risiko zu befreien, dass der Ver-

gleich durch einen Gesamtschuldnerausgleich ganz oder teilweise wertlos wird. Ohne weitere Anhaltspunkte aus dem Vergleich oder den ihm zugrunde liegenden Verhandlungen kann von einem solchen Willen nicht ausgegangen werden. Denn der Gläubiger hat grundsätzlich ein Interesse daran, sich bei dem anderen Gesamtschuldner schadlos halten zu können.

Im Übrigen kann [...] nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer im Innenverhältnis allein [...] haftet. Hat sich der Verkäufer, was er im Prozess geltend gemacht hat, ebenso wie die Klägerin auf das Ankaufsgutachten verlassen, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Verkäufer für diese Kosten im Verhältnis zum Beklagten allein haftet. In diesem Fall könnte auch nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Verkäufer deshalb im Innenverhältnis das alleinige oder überwiegende Verschulden trägt, weil er den Rücktritt nicht sofort akzeptiert hat.“

Entsprechend diesen Ausführungen scheidet eine beschränkte Gesamtschuld vorliegend jedenfalls am Interesse der K an einer vollen Rückerlangung des Kaufpreisbetrages.

Anmerkung: Mit entsprechender Argumentation ist hier eine andere Auffassung ebenfalls vertretbar.

c) Zwischenergebnis

Mangels umfassender oder beschränkter Gesamtwirkung entfaltet der geschlossene Vergleich lediglich Einzelwirkung zwischen K und V.

III. Ergebnis

Der Vergleich entfaltet keine Wirkung für A. Folglich besteht in Höhe der restlichen 30.000 € ein Schadensersatzanspruch der K gegen A gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB.

Anmerkung: Soweit sich Bearbeiterinnen und Bearbeiter zuvor mit entsprechenden Argumenten einer anderen Ansicht angeschlossen haben, ist in der Folge auch ein anderes Ergebnis vertretbar.

Frage 3: Hat T einen Anspruch gegen M auf Rückzahlung der bereits geleisteten 50 €? Schadensersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

A. Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 634 Nr. 3 BGB

Anmerkung: Zulässig ist in diesem Falle wohl auch, die Prüfung mit § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu beginnen. Entsprechend der Sachverhaltslage dürften nämlich beide Ansprüche geringe Aussichten auf Erfolg haben. Auch würden durch einen entsprechenden Aufbau im konkreten Fall keine Probleme abgeschnitten. In diesem Fall muss die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrags allerdings im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „ohne rechtlichen Grund“ aufgeworfen werden.

T könnte gegen M ein Anspruch auf Rückzahlung von 50 € gemäß §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 634 Nr. 3 BGB zustehen.

I. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Mit der Erklärung der T, sie wolle mit M nichts mehr zu tun haben, liegt – jedenfalls konkludent – eine Rücktrittserklärung vor.

II. Abschluss eines wirksamen Werkvertrags, § 631 BGB

M und T müssten einen wirksamen Werkvertrag nach § 631 BGB geschlossen haben.

1. Einigung

M und T einigten sich darauf, dass M die T tätowieren sollte. Insoweit einigten sich beide auf ein Werk i.S.v. § 631 BGB als Leistungserfolg, womit ein Werkvertrag vorliegt.

2. Wirksamkeit der Einigung

Der Wirksamkeit der Einigung zwischen M und T könnten §§ 2, 106, 108 BGB (sog. schwebende Unwirksamkeit) entgegenstehen.

Zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Willenserklärung war T zwar mit 17 Jahren minderjährig, war aber, da sie das siebte Lebensjahr vollendet hat, zumindest beschränkt geschäftsfähig gemäß §§ 2, 106 BGB. Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob die von T abgegebene Willenserklärung wirksam ist.

a) Lediglich rechtlicher Vorteil

Aus § 107 BGB ergibt sich, dass ein (beschränkt geschäftsfähiger) Minderjähriger ein Rechtsgeschäft abschließen kann, wenn es für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Ob ein Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist, richtet sich nach den Rechtsfolgen des Geschäfts. Entsprechend dem Schutzzweck des Minderjährigenrechts kommt es hingegen nicht auf die wirtschaftlichen Folgen des Rechtsgeschäfts an (MüKo⁷/Schmitt, BGB, § 107, Rn. 33). Sobald sich der Minderjährige verpflichtet, liegt nach h.M. ein rechtlicher Nachteil vor, welcher einer Qualifizierung als lediglich rechtlich vorteilhaft entgegensteht. Dies gilt selbst dann, wenn aufgrund einer wertenden Betrachtung die Vorteile die Nachteile des Geschäfts bei Weitem überwiegen (Palandt⁷⁶/Ellenberger, BGB, § 107 Rn. 2).

T sollte durch den Werkvertrag über die Tätowierung zur Zahlung von 50 € an M verpflichtet werden. Dies stellt einen rechtlichen Nachteil dar, der einer Einordnung des Geschäfts als lediglich rechtlich vorteilhaft entgegensteht.

b) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

Da das Geschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, könnte es nach § 107 BGB wirksam sein. Die hierzu nötige (ausdrückliche) Einwilligung haben die Eltern der T jedoch nicht erteilt.

c) Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln, § 110 BGB

Der Vertrag könnte nach § 110 BGB wirksam geworden sein, wenn T den Leistungserfolg, Zahlung des Werklohns, bewirkt hat.

Dogmatisch gesehen handelt es sich bei § 110 BGB um eine antizipierte Einwilligung der gesetzlichen Vertreter dahingehend, dass die überlassenen Mittel zweckgebunden zur Verfügung oder zur freien Verfügung des Minderjährigen stehen sollen (Staudinger²⁰¹⁷/Klumpp, BGB, § 110, Rn. 7 ff.). Hierbei ist es auch unschädlich, wenn die Mittel des Minderjährigen rechtlich wirksam, vgl. § 113 BGB, von einem Dritten (hier dem Inhaber des Rocker-Cafés) stammen. Bei einer solchen Mittelherkunft ist eine stillschweigende Überlassung durch den gesetzlichen Vertreter anzunehmen (BGH, NJW 1977, 622 [623]; Palandt⁷⁶/Ellenberger, BGB, § 110 Rn. 2).

Eine Zweckbindung des verdienten Geldes der T ist nicht zu erblicken. Insofern standen die Mittel zur freien Verfügung der T. Allerdings gilt es aufgrund der dogmatischen Einordnung von § 110 BGB zu berücksichtigen, dass eine Mittelüberlassung zur freien Verfügung nicht zwangsweise darauf hinausläuft, dass ein Minderjähriger tatsächlich jedes Rechtsgeschäft bewirken darf. Vielmehr ist zu berücksichtigen, ob nach dem (mutmaßlichen) Willen der gesetzlichen Vertreter auch das konkrete Rechtsgeschäft abgedeckt sein soll. Ohne Zustimmung ist i.R.d. § 110 BGB wie „ohne ausdrückliche Zustimmung“ zu lesen (Staudinger²⁰¹⁷/Klumpp, BGB, § 110 BGB Rn. 10 m.w.N.; dazu kritisch MüKo⁷/Schmitt, BGB, § 110 Rn. 4 m.w.N.). Inwieweit einzelne Rechtsgeschäfte von der generellen Einwilligung in Form der Mittelüberlassung erfasst sein sollen, ist durch Auslegung zu ermitteln (HKBGB⁹/Dörner, BGB, § 110 Rn. 3,1). Hierbei gilt es auch zu berücksichtigen, dass die Mittelüberlassung erzieherischen Zwecken dient und die damit verfolgten Erziehungsziele der gesetzlichen Vertreter berücksichtigt werden müssen. Maßstab für diese Auslegung ist die Perspektive des Minderjährigen als Erklärungsempfänger bei Erhalt der Mittel. Wenn der Minderjährige annehmen musste, dass sich die Mittelüberlassung nicht auf das konkrete Geschäft beziehen sollte, ist der Vertrag nicht von § 110 BGB umfasst (Staudinger²⁰¹⁷/Klumpp, BGB, § 110 Rn. 9).

Anmerkung: Bearbeiterinnen und Bearbeiter können auch vertreten, dass durch die gesetzlichen Vertreter Mittel nur zweckgebunden oder (ohne teleologische Einschränkungen wie zuvor) zu freien Verfügung überlassen werden können (wie etwa AG München, NJW 2012, 2452 [2452] ablehnend etwa Hauck NJW 2012, 2398 [2399]). Gegen eine solche Ansicht spricht, dass sie dem Erziehungszweck des Minderjährigen nicht gerecht wird (vgl. MüKo⁶/Schmitt, BGB, § 110 Rn. 28).

T war seitens ihrer Eltern jede Form des Körperkults verboten. Demnach hätte sie die 50 € nicht für die Tätowierung ausgeben dürfen. Deswegen war sich T auch bewusst, weshalb sie ihren Eltern ihre Tätowierung

erst zur Feierlichkeit anlässlich ihres 18. Geburtstags offenbarte. Folglich kann der Werkvertrag über die Tätowierung nicht nach § 110 BGB als von Anfang an wirksam angesehen werden.

***Anmerkung:** Eine andere Ansicht ist schon aufgrund eines anderen Verständnisses zu § 110 BGB vertretbar. Sollten Bearbeiterinnen und Bearbeiter zuvor aber darauf abgestellt haben, dass entweder eine zweckgebundene oder freie (ohne jede Einschränkung) Mittelüberlassung möglich ist, sollten diese Bearbeiterinnen und Bearbeiter angesichts des vorliegenden Falles dennoch eine teleologische Reduktion des § 110 BGB erwägen. Anknüpfungspunkt für diese teleologische Reduktion ist der Eingriff in höchstpersönliche Rechtsgüter des Minderjährigen wie die körperliche Integrität und sein allgemeines Persönlichkeitsrecht (vgl. MüKo⁶/Schmitt, BGB, § 110 Rn. 29 m.w.N.; Hauck NJW 2012, 2398 [2399]), welche hier durch die Tätowierung betroffen sind.*

d) Nachträgliche Genehmigung

Der Werkvertrag über die Tätowierung kann nicht durch Einwilligung als von Anfang an wirksam betrachtet werden. Er könnte jedoch im Wege einer (nachträglichen) Genehmigung nach §§ 108, 184 Abs. 1 BGB von Anfang an wirksam geworden sein.

aa) Genehmigung durch die Eltern

Zunächst ist an eine Genehmigung der Eltern nach § 108 Abs. 1 BGB zu denken. Diese drohten M jedoch mit rechtlichen Konsequenzen, worin (jedenfalls konkludent) eine Genehmigungsverweigerung liegt. Damit diese Verweigerung eine rechtliche Unwirksamkeit des schwebend unwirksamen Werkvertrags zwischen T und M nach sich zieht, müssten die Eltern der T für die Genehmigung oder deren Verweigerung zuständig sein. Mit Eintritt der Volljährigkeit können Eltern eine solche Genehmigung aber nicht mehr erteilen (oder verweigern) (Palandt⁷⁶/Ellenberger, BGB, § 108 Rn. 4). § 108 Abs. 3 BGB ist dahingehend zu verstehen, dass ab Erlangung der Volljährigkeit ausschließlich der ehemals Minderjährige – nunmehr Volljährige – für die Genehmigung des schwebend unwirksamen Geschäfts zuständig ist.

bb) Genehmigung durch T

Eine Genehmigung kommt jedoch durch T selbst gemäß § 108 Abs. 3 BGB in Betracht. Hiernach wird der Minderjährige selbst anstelle seiner Eltern für die Erteilung (oder Verweigerung) der Genehmigung zuständig, sobald er volljährig wird. T ist mittlerweile 18 Jahre alt, mithin volljährig und somit uneingeschränkt geschäftsfähig geworden. Weiterhin erklärte sie, alles sei in Ordnung und sie freue sich über die abgeschlossene Arbeit. Demnach hat T selbst nach § 108 Abs. 3 BGB den Werkvertrag über die Tätowierung genehmigt.

e) Zwischenergebnis

Durch die Genehmigung wurde der Werkvertrag über die Tätowierung *ex tunc* wirksam gemäß §§ 108 Abs. 3, 184 Abs. 1 BGB.

III. Sachmangel bei Gefahrübergang

Zudem müsste bei Gefahrübergang ein Sachmangel nach § 633 BGB vorgelegen haben.

1. Sachmangel nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB

Das Werk wäre nach § 633 Abs. 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. M sollte anhand des von T zur Verfügung gestellten Musters ein Kreuz auf deren Unterarm tätowieren. Die Proportionen des tätowierten Kreuzes weichen jedoch von denen des Musters ab. Aufgrund dieser Abweichungen liegt ein Sachmangel nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

2. Bei Gefahrübergang § 644 Abs. 1 BGB

Der Sachmangel müsste auch bei Gefahrübergang nach § 644 Abs. 1 BGB, also im Zeitpunkt der Abnahme, vorgelegen haben. T bedankte sich unmittelbar nach der Entrichtung der 50 € bei M. Hiermit billigte sie das Werk, die Tätowierung, als im Wesentlichen vertragsgemäß. Hierin ist die Abnahme zu erblicken. Bereits zu diesem Zeitpunkt lagen die Abweichungen zwischen Vorlage und Tätowierung vor. Demnach war der Sachmangel bereits bei Gefahrübergang gegeben.

Anmerkung: Hinsichtlich der Abnahme könnten die Bearbeiterinnen und Bearbeiter thematisieren, ob T wegen ihrer beschränkten Geschäftsfähigkeit überhaupt rechtlich wirksam eine Abnahme vornehmen konnte. Sollten

Bearbeiterinnen und Bearbeiter dies aufgreifen, dürfte die Lösung dieses Problems parallel zu der Lösung der auf den Vertrag gerichteten Willenserklärungen ausfallen.

IV. Rücktrittsgrund, § 323 BGB

Es müsste außerdem ein Rücktrittsgrund vorliegen. In Betracht kommt lediglich ein Rücktrittsgrund nach § 323 Abs. 1 BGB. Hierzu müsste T eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Eine solche Frist hat T zu keinem Zeitpunkt gesetzt. Vielmehr geht es ihr um die Rückabwicklung des Vertrags ohne Möglichkeit der Nacherfüllung für M. Dies wäre nur dann möglich, wenn die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist.

1. Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 636 Var. 3 BGB

Der einzige ernsthafte Anknüpfungspunkt für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ist § 636 Var. 3 BGB. Hiernach ist eine Fristsetzung entbehrlich, wenn dem Besteller die Nacherfüllung unzumutbar ist. Im Unterschied zu § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB bedarf es bei § 636 Var. 3 BGB keiner Abwägung. Insoweit kommt es bei § 636 Var. 3 BGB allein auf eine Unzumutbarkeit aus Bestellersicht an. Nichtsdestotrotz gilt es zu berücksichtigen, dass ein Rücktritt ohne Nacherfüllungsfrist die absolute Ausnahme sein soll (MüKo⁶/Busche, BGB, § 636 Rn. 22). Hintergrund ist, dass dem Hersteller durch die Frist grundsätzlich ein „Recht zur zweiten Andienung“ eingeräumt wird (vgl. *Preussner*, NZBau 2017, 65 [65 f.]). Eine Ausnahme dazu besteht jedenfalls dann, wenn aus der maßgeblichen Sicht des Auftraggebers das Vertrauen in die ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigung erschüttert ist und dadurch für den Besteller unzumutbar ist (OLG Hamm, NJW-RR 2014, 717 [717, 718]). T hält M aber weiterhin für kompetent und traut M auch eine Nachbesserung zu. Sie möchte dies nur nicht, da sie das Interesse an ihrem Tattoo verloren hat. Ferner fiel der Mangel erst nach einiger Zeit bei genauer Betrachtung auf. Auch wäre eine Mängelbeseitigung ohne größere Komplikationen möglich. Betrachtet man diese Argumente, liegt keine Unzumutbarkeit i.S.d. § 636 Var. 3 BGB vor.

Anmerkung: Vertretbar wäre an dieser Stelle auch ein anderes Ergebnis. Hier könnte insbesondere damit argumentiert werden, dass bei ärztlichen

Behandlungsverträgen nach verbreiteter Auffassung (MüKo⁶/Wagner, BGB, § 630a Rn. 78 m.w.N.) vertreten wird, dass einem Patienten ein Korrekturingriff gerade durch den pflichtverletzenden Arzt nicht zumutbar ist. Dagegen ist jedoch anzuführen, dass es sich bei Tätowierungen gerade nicht um eine Heilbehandlung, sondern nur um eine kosmetische Behandlung handelt. Bei solchen kosmetischen Behandlungen bedarf es gerade nicht eines besonderen Vertrauens wie bei einem behandelnden Arzt. Insofern dürften diejenigen Teile der Literatur (etwa Ballhausen, NJW 2011, 2694 [2696 f.]), die eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung durch den ursprünglich fehlerhaft behandelnden Arzt aufgrund einer regelmäßig zugunsten des Patienten ausfallenden Abwägung annehmen, eine Unzumutbarkeit gerade nicht für Fälle des Tätowierungsvertrags annehmen.

Darüber hinaus ist auf Behandlungsverträge die Vorschrift des § 627 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers anwendbar (BT-Drs. 17/10488 S. 21), woraus Teile der Literatur schließen, dass aufgrund von § 627 BGB der Patient sich nicht wieder an den fehlerhaft agierenden Arzt halten muss (MüKo⁶/Wagner, BGB, § 630a Rn. 78). § 627 BGB ermöglicht gerade für Vertrauensverhältnisse, worunter der Behandlungs- aber nicht der Tätowierungsvertrag fällt, die Möglichkeit, jederzeit auch ohne wichtigen Grund zu kündigen. Die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit könnte demnach auch dann ausgeübt werden, wenn ein Nacherfüllungsversuch bevorstünde.

2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Man könnte auch an eine Unzumutbarkeit nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB denken. Wenn aber schon nach dem weiteren Unzumutbarkeitsverständnis des § 636 Var. 3 BGB keine Unzumutbarkeit vorliegt, liegt erst recht keine Unzumutbarkeit nach dem engeren Unzumutbarkeitsbegriff des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB vor (vgl. Frage 3 A. IV. 1. (S. 21f.)).

Anmerkung: Mit entsprechender Argumentation ist eine andere Ansicht ebenfalls vertretbar.

3. Zwischenergebnis

Die Fristsetzung war nicht entbehrlich. Folglich fehlt es an einem Rücktrittsgrund.

V. Ergebnis

T hat gegen M keinen Anspruch auf Rückzahlung der 50 € gemäß §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 634 Nr. 3 BGB.

B. Anspruch der T gegen M aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Zu denken ist noch an einen Rückzahlungsanspruch i.H.v. 50 € der T gegen M aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (*condictio indebiti*). Dies würde aber voraussetzen, dass die 50 € ohne Rechtsgrund gezahlt worden sind. Es besteht aber ein Rechtsgrund in Form eines Tätowiervertrags.