

Methodik ZR

PD Dr. Clemens Latzel* und Dipl.-Jur. Mervin Daniels

ZR-Examensklausur zum Mietrecht

»Wrong Törn« – folgenreicher Segelausflug ohne Eltern

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2685>

SACHVERHALT

Nach vielen Diskussionen konnte Tom (T) kurz nach seinem 16. Geburtstag seine Eltern dazu überreden, ihm zu erlauben, gemeinsam mit ein paar gleichaltrigen Freunden während der Sommerferien für zwei Wochen an die mecklenburgische Ostseeküste zu fahren – ganz ohne elterliche Aufsicht. Die Eltern des T erklärten sich damit einverstanden, weil T sich bislang stets als zuverlässig erwiesen hatte und versprach, diesen »großen Vertrauensvorschuss« nicht zu missbrauchen. Für die Reise überlassen die Eltern dem T nicht nur Bargeld für Unterkunft und Verpflegung, sondern auch 300 Euro für »Freizeitaktivitäten«.

Wenige Wochen darauf treffen T und seine Freunde übergücklich in einem kleinen Hafenort an der Ostsee ein. Da T das Versprechen gegenüber seinen Eltern ernst nimmt und dementsprechend keine alkoholischen Getränke konsumiert, spaziert er an den Vormittagen regelmäßig alleine an der Hafen-Promenade entlang, während seine Freunde noch ihren Rausch vom Vorabend ausschlafen. Bei einem dieser Spaziergänge interessiert sich T sehr für die im Hafen liegenden Segelboote. T war schon oft zusammen mit seinen Eltern segeln und hat vor einem Jahr seinen Segelschein gemacht; allein war er indes noch nie segeln. T fällt an der Pier ein Schild des Segelbootverleihers »Hoch am Wind« GmbH (H) auf: »Jetzt Segeljolle für eine Person chartern – einsteigen und lossegeln«. T erkundigt sich am Stand der H nach den Preisen für die Jollen. Der Mitarbeiter der H, Anton (A), verweist T auf den gut lesbaren Aushang, auf dem es heißt: »Mietpreis: 20 Euro/ Stunde. Segeln auf eigene Gefahr. Keine Haftung.«

***Kontaktperson:** Clemens Latzel, ist Privatdozent für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Europarecht und Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht.

Mervin Daniels, ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität Greifswald, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät.

Nach kurzem Überlegen erklärt T dem A, dass er eine Jolle von 11 bis 16 Uhr mieten wolle. Dabei geht T davon aus, dass ihm seine strengen Eltern das Mieten einer Jolle niemals erlauben würden, wenn er sie vorher fragen würde. Gegenüber A gibt T jedoch wahrheitswidrig an, seine Eltern hätten der Jollenmiete ausdrücklich zugestimmt, und legt dem A seinen Segelschein vor, der auch das Geburtsdatum des T enthält. Daraufhin stimmt A dem Angebot des T zu. Mit dem von seinen Eltern überlassenen Geld zahlt T sogleich die 100 Euro in bar an A. Nach einer kurzen Einweisung segelt T um 11 Uhr vergnügt los. Er macht sich in der Nähe des Hafens zunächst mit der Jolle vertraut. Nach 45 Minuten, gerade als T etwas weiter hinaussegeln möchte, löst sich auf einmal und unvorhersehbar die Großschot¹ und bevor T reagieren kann, schlägt der freischwingende Großbaum² unter dem Druck des Windes dem T seitlich ins Gesicht. Dadurch zieht sich T an seiner rechten Wange auf Höhe des Jochbeins eine Platzwunde zu. T gelingt es, den Großbaum zu fixieren und zurück zum Anleger der H zu segeln. Dort erhält T von A sofort einen Druckverband, womit T die Blutung stoppt. A stellt nach einer kurzen Prüfung fest, dass der Unfall nur passiert war, weil A selbst zuvor bei einer Routinekontrolle den zur Sicherung der Großschot vorgesehenen Schäkel³ aus Versehen nicht ordnungsgemäß zugeschraubt hatte, was er gegenüber T einräumt. Mit ein paar Handgriffen behebt – der ansonsten stets zuverlässige – A diesen Fehler und teilt T mit, dass dieser nun weiterfahren könne. T sieht sich allerdings aufgrund der Platzwunde nicht in der Lage, weiter zu segeln, und erklärt gegenüber A um 12 Uhr: »Ich möchte die Jolle zurückgeben und mein Geld wiederhaben«. A nimmt die Jolle entgegen, verweigert aber eine Rückerstattung unter Verweis auf den Haftungsausschluss, dem T schließlich zugestimmt habe. Da ließe sich »nichts machen«.

¹ Die Großschot ist die Leine zum Bedienen des Großsegels.

² Der Großbaum ist die quer zum Mast liegende Stange, die das Großsegel nach unten spannt.

³ Ein Schäkel ist ein U-förmiger Bügel, der mit einem Schraubbolzen verschlossen wird.

Unglücklich ruft T umgehend seine Eltern an. Aus Angst, diese könnten sein eigenmächtiges »Segelabenteuer« zum Anlass nehmen, ihm in Zukunft weniger Freiheiten einzuräumen, erzählt er ihnen, dass er mit dem Fahrrad gestürzt und alles nur »halb so wild« sei; auf keinen Fall müsse er nach Hause kommen. Unter der Bedingung, dass er einen Arzt aufsuche, erklären sich seine Eltern damit einverstanden, dass T seinen Ostsee-Urlaub wie geplant zu Ende führt. T sucht sogleich die ortsansässige Ärztin Dr. Maus (M) auf, welche auf Grundlage einer ordnungsgemäßen Diagnose die Wunde fachgerecht vernäht. Die Kosten hierfür übernimmt die Krankenkasse des T. M weist den T zutreffend darauf hin, dass die Naht im Laufe des Heilungsprozesses unweigerlich zu einer Narbe führen werde. Als T später nach Hause zurückkehrt, sind seine Eltern zwar über die vernähte Wunde des T erschrocken, finden aber, jeder könne einmal vom Fahrrad stürzen, und fragen nicht weiter nach.

Ein Jahr vergeht und T wird jeden Tag an den Unfall erinnert, denn seine Wange ist von einer etwa drei Zentimeter langen, inzwischen wulstigen Narbe gezeichnet. Der im Zuge des Älterwerdens ohnehin mit Zweifeln an seinem Äußeren belastete T würde gerne etwas gegen die Narbe unternehmen, doch seine Eltern wollen von solchen »Schönheitsoperationen« nichts wissen. T müsse lernen, mit den Konsequenzen seines Handelns zu leben. T findet hingegen, er müsse nicht weiter auf seine Eltern hören, immerhin sei er schon fast erwachsen. Ohne das Wissen seiner Eltern sucht T daher die auf Narbenentfernungen spezialisierte Chirurgin Dr. Sapel (S) auf, um seine Narbe behandeln zu lassen. Zutreffend befindet S, dass sich die Narbe mit einer vergleichsweise leichten und kostengünstigen Behandlung beseitigen lässt. Nachdem T sich nach ordnungsgemäßer Aufklärung mit der Behandlung einverstanden erklärt hat, behandelt S ihn sogleich fachgerecht. Dabei geht S wegen des erwachsenen Erscheinungsbildes und souveränen Auftretens des T unzutreffend davon aus, dass dieser volljährig ist. T wiederum geht unzutreffend davon aus, dass seine Krankenkasse auch diese Behandlung übernehmen werde.

Nachdem T einige Tage sein nunmehr narbenfreies Gesicht vor seinen Eltern verbergen konnte, werden diese sehr überrascht, als sie plötzlich eine an T adressierte, ordnungsgemäß erstellte Rechnung der S für eine Narbenentfernung über 800 Euro im Briefkasten finden. Als die Eltern T damit konfrontieren, gibt dieser alles zu und erzählt ihnen auch von der eigentlichen Ursache für die Narbe: dem Unfall auf der Jolle. Die Eltern sind erbost über die Lügen und das eigenmächtige Handeln ihres Sohnes. Dass sich T eine Jolle gemietet habe, sei »ja noch völlig in Ordnung« gewesen; auf keinen Fall aber sind sie mit der

»heimlichen Schönheitsoperation« einverstanden und werden für sie auch nicht aufkommen. T bietet an, die Rechnung von seinen Ersparnissen selbst zu begleichen, da er sich der Behandlung auch dann unterzogen hätte, wenn er von vornherein gewusst hätte, dass er sie selbst bezahlen muss. Doch auch das verbieten ihm seine Eltern. Vielmehr habe ihrer Meinung nach H wegen des unverantwortlichen Verhaltens des A die von S in Rechnung gestellten Behandlungskosten zu übernehmen und obendrein die Mietkosten für die Jolle zu erstatten. Mit diesen Forderungen konfrontiert beruft sich der Geschäftsführer der H allerdings weiterhin auf den Haftungsausschluss. Außerdem hätte T die gebuchten Stunden vollständig »absegeln« können und sei die Narbenentfernung »nun wirklich reine Privatsache« des T.

Frage: Welche Ansprüche hat T gegen H?

Bearbeitervermerk:

- Versicherungs- sowie verkehrsrechtliche Fragen und § 276 Abs. 3 BGB bleiben außer Betracht. Es ist davon auszugehen, dass die Krankenkasse des T die Behandlung durch S nicht bezahlen muss. Es ist davon auszugehen, dass die von S geforderte Vergütung der Höhe nach üblich ist und der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) entspricht.
- Auf Schmerzensgeld und etwaige Informationspflichtverletzungen ist nicht einzugehen.
- Die Bearbeitungszeit beträgt fünf Stunden (300 Minuten).

A. Anspruch T gegen H auf Freistellung von den Behandlungskosten

T könnte gegen H einen Anspruch auf Freistellung von seiner Verbindlichkeit ggü. S i. H. v. 800 Euro haben.

I. Anspruch auf Freistellung aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB

T könnte gegen H einen Anspruch auf Freistellung von seiner Verbindlichkeit ggü. S i. H. v. 800 Euro aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB haben. Dafür müsste zwischen T und H ein Mietvertrag zustande gekommen sein und die Mietsache einen Mangel i. S. d. § 536 BGB gehabt haben.

Hinweis: Wer direkt § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 1 BGB prüft, muss erklären, warum das besondere Schuldrecht nicht einschlägig sein soll.

1. Wirksamer Mietvertrag

a) Einigung

T und H haben sich i. S. d. §§ 145 ff. BGB darüber geeinigt, dass T von H eine Jolle für 5 Stunden gegen Zahlung von insgesamt 100 Euro überlassen bekommt. Dabei handelt es sich um einen Mietvertrag i. S. d. § 535 BGB. Beim Vertragsschluss wurde die H GmbH gem. § 164 Abs. 1, 3 BGB oder § 56 HGB durch ihren Mitarbeiter A vertreten; von dessen ordnungsgemäßer Bevollmächtigung durch den gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vertretungsberechtigten Geschäftsführer der H ist auszugehen.

b) Schwebende Unwirksamkeit

Der Vertrag könnte aber zunächst schwebend unwirksam gewesen sein. Schließt ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters einen Vertrag ab, hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab (§ 108 Abs. 1 BGB).

Ein **Minderjähriger** bedarf für eine Willenserklärung (also auch zu einem Vertragsschluss, vgl. §§ 145 ff. BGB) der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter, wenn der Minderjährige durch die Willenserklärung **rechtlich nicht lediglich einen Vorteil** erlangt (§ 107 BGB). T ist 16 Jahre alt, somit minderjährig und damit in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt (§§ 2, 106 BGB). Die Willenserklärung des T ist auf Abschluss eines Mietvertrags gerichtet, aus dem T verpflichtet wird, insbesondere zur Zahlung der vereinbarten Vergütung (§ 535 Abs. 2 BGB). Folglich ist die Vertragserklärung des T rechtlich nicht lediglich vorteilhaft und somit eine Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter erforderlich.

Die **gesetzliche Vertretung** eines Minderjährigen üben die Eltern als Teil der elterlichen Sorge gemeinsam aus (§ 1626 Abs. 1 Satz 1, § 1629 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Hs. 1 BGB). Ihre **vorherige Zustimmung** (§ 183 Satz 1 BGB) zur Jollenmiete haben die Eltern des T nicht erteilt. Im Überlassen der 300 Euro für »Freizeitaktivitäten« kann bei Auslegung nach §§ 133, 157 BGB eine konkludente Generaleinwilligung in solche Aktivitäten erblickt werden, die die Eltern dem 16 Jahre alten T zutrauten. Dazu kann hier ein kleiner Segeltörn gehören, waren doch die Eltern mit T schon oft zusammen Segeln und hat T vor einem Jahr seinen Segelschein gemacht. Indes war er noch nie allein

Segeln, weshalb ein fünfstündiger Segeltörn ohne Begleitung von der Einwilligung der Eltern nicht gedeckt ist (a. A. vertretbar).

Der Vertrag könnte gem. **§ 110 BGB** als von Anfang an wirksam gelten, wenn T die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt hat, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von seinen Eltern überlassen worden sind. T hat die vertragliche Leistung (100 Euro) bereits durch Barzahlung i. S. d. § 110 BGB bewirkt. Die Mittel zur Bewirkung wurden T zudem von seinen gesetzlichen Vertretern (Eltern) überlassen. Im Innenverhältnis wurden T 300 Euro allerdings für »Freizeitaktivitäten« überlassen; die Verfügungsmöglichkeit war insoweit beschränkt. Der Umfang der Beschränkung bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont des Minderjährigen⁴. Hier ging T nicht davon aus, dass die in der Mittelüberlassung liegende Einwilligung der Eltern auch Jollenmieten durch T allein umfasste. Eine Bewirkung mit hierfür überlassenen Mitteln kommt mithin nicht in Betracht (a. A. vertretbar).

Zwischenergebnis: Der Vertrag war zunächst schwebend unwirksam.

c) Wirksamkeit durch Genehmigung der Eltern

Der Vertrag könnte durch eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) der gesetzlichen Vertreter des T rückwirkend wirksam geworden sein (§ 108 Abs. 1 i. V. m. § 184 Abs. 1 BGB). Als T ein Jahr später seinen Eltern von dem Mietvertrag mit H erzählte, war dieser für sie »völlig in Ordnung«. Bei Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB genehmigen sie damit den Vertragsschluss. Der Schwebezustand wurde zwischendurch auch nicht beendet, insbesondere hat H von der Möglichkeit des § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB oder des § 109 BGB nicht Gebrauch gemacht. Für eine Verwirkung des Genehmigungsrechts nach § 242 BGB fehlt es jedenfalls am erforderlichen Umstandsmoment, weil die Eltern kein Vertrauen bei H in das dauerhafte Ausbleiben der Genehmigung begründet haben. Auch ist T nicht zwischenzeitlich unbeschränkt geschäftsfähig geworden i. S. d. § 108 Abs. 3 BGB.

Zwischenergebnis: Der Vertrag ist mit Genehmigung der Eltern rückwirkend wirksam geworden.

⁴ MünchKomm-BGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 110 Rn. 30.

2. Anwendbarkeit der §§ 536 ff. BGB

a) Mietvertrag und Übergabe

Die mietrechtlichen Spezialvorschriften der §§ 536 ff. BGB sind auf **Mietverträge** jedenfalls ab **Überlassung der Mietsache** anwendbar⁵, **also der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes**. Es handelt sich hier um einen Mietvertrag i. S. d. § 535 BGB (oben 1.a)) und die Jolle übergab A an T.

b) Kein Haftungsausschluss

Die Anwendbarkeit der §§ 536 ff. BGB dürfte auch nicht ausgeschlossen worden sein. Da T keine Ahnung von dem gelösten Schäkel hatte, kommt kein Haftungsausschluss wegen positiver **Mängelkenntnis** nach § 536 b Satz 1 BGB oder grobfahrlässiger Mangelkenntnis nach § 536 b Satz 2 BGB in Betracht.

Der Schadensersatz könnte durch die **Haftungsausschlussklausel** in den Vertragsbedingungen ausgeschlossen worden sein. Die Haftungsausschlussklausel schließt jegliche Haftung der H aus. Demnach wäre hier auch der Schadensersatzanspruch des T ausgeschlossen. Dafür müsste die Haftungsausschlussklausel wirksamer Vertragsbestandteil geworden sein. Die Klausel wurde nicht nach §§ 145 ff. BGB Vertragsbestandteil, weil bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung T mit A beim Vertragsschluss nicht über die Klausel gesprochen hatte. Eine Einbeziehung nach §§ 305 ff. BGB war möglich, denn es handelte sich bei der Haftungsausschlussklausel um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, die der Verwender (H) seinen Vertragspartnern vorschreibt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Vertragsbedingungen waren deutlich lesbar neben dem Stand der H angebracht, die vertragliche Einigung kam in Kenntnis der Bedingungen ohne Widerspruch des T zustande und die Bedingungen wurden somit⁶ gem. § 305 Abs. 2 BGB wirksam einbezogen. Die erforderliche Zustimmung der gesetzlichen Vertreter des T lag in der späteren Genehmigung (oben A.I.1.c)). Überraschend i. S. d. § 305 c Abs. 1 BGB sind Haftungsausschlüsse nicht.

Hinweis: Es kann hier dahinstehen, ob ein Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB gegeben ist, weil dessen Erleichterungen für die AGB-Kontrolle hier nicht erforderlich sind.

⁵ BGH NJW 1997, 2813; str. bei anfänglich unbehebbarer Sachmängel: MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, Vor § 536 Rn. 12.

⁶ Konkludentes Einverständnis i. S. d. § 305 Abs. 2 a. E. BGB durch widerspruchsfreien Vertragsschluss möglich, Becker, BeckOK-BGB, 2/2022, § 305 Rn. 67.

Die **Inhaltskontrolle** ist gem. § 307 Abs. 3 BGB eröffnet, weil durch die Klausel u. a. von den §§ 536 a, 536, 547 BGB und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht abgewichen wird. Die Klausel verstößt gegen § 309 Nr. 7 BGB, weil die Klausel *jegliche* Haftung ausschließt, die auf einer Pflichtverletzung beruht. Die Klausel ist unzulässig, weil sie auch die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben/Körper/Gesundheit (Nr. 7 lit. a) und auf grober Fahrlässigkeit beruhende Schäden (Nr. 7 lit. b) ausschließt. Wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ist die Klausel insgesamt unwirksam. Der Vertrag bleibt nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam. Statt der unwirksamen Klausel gilt das dispositive Gesetzesrecht (§ 306 Abs. 2 BGB).

Zwischenergebnis: Die Haftungsausschlussklausel ist nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden und Schadensersatz somit nicht vertraglich ausgeschlossen. Die §§ 536 ff. BGB sind mithin anwendbar.

3. Mietmangel bei Vertragsschluss

Eine Mietsache ist mangelhaft, wenn ihre Ist- von der Soll-Beschaffenheit negativ abweicht, sodass die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt ist (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für eine Mangelhaftigkeit i. S. d. § 536 a Abs. 1 Var. 1 i. V. m. § 536 Abs. 1 BGB genügt es, wenn die Ursache des Mangels und damit die der späteren Schädigung des Mieters bei Vertragsschluss angelegt ist⁷. Hier löste sich die Großschot zwar erst beim Segeln vom Großbaum, doch war der entsprechende Schäkel bereits bei Vertragsschluss nicht ordnungsgemäß zugeschraubt. Mithin hatte die Mietsache bereits bei Vertragsschluss nicht die Beschaffenheit, die für den vertragsgemäßen Gebrauch (sicheres Steuern der Jolle) notwendig war.

Zwischenergebnis: Die gemietete Jolle war bei Vertragsschluss mangelhaft i. S. d. § 536 a Abs. 1 Var. 1 i. V. m. § 536 Abs. 1 BGB. Auf ein Verschulden des Vermieters kommt es nicht an.

4. Rechtsfolge: Schadensersatz

H muss den durch die Pflichtverletzung verursachten Schaden des T ersetzen (§ 249 Abs. 1 BGB). Ersatzfähig

⁷ Schmidt-Futterer Mietrecht/Eisenschmid, 15. Aufl. 2021, § 536 a BGB Rn. 18.

sind im Rahmen des § 536 a Abs. 1 BGB sämtliche Vermögenseinbußen, die infolge nicht vertragsgemäßer Leistung entstehen⁸.

Hinweis: Kosten aus dem Behandlungsvertrag mit M belasten das Vermögen des T nicht, weil insoweit die Krankenkasse die Kosten übernommen hat. Nach den Erstattungsansprüchen der Kasse gegen H (Forderungsübergang gem. § 116 SGB X) ist nicht gefragt.

a) Schaden durch Kosten aus Behandlungsvertrag mit S

In Betracht kommen zunächst die Kosten der Behandlung durch S. Damit diese ein Schaden des T sind, müsste S gegen T einen Anspruch auf Zahlung der Behandlungskosten i. H. v. 800 Euro haben. Ein solcher Anspruch könnte sich aus Behandlungsvertrag i. V. m. § 630 a Abs. 1 BGB ergeben.

aa) Einigung

S und T müssten einen **Behandlungsvertrag** gem. § 630 a BGB samt Vergütungsvereinbarung geschlossen haben. S und T haben sich über die Behandlung der Narbe des T durch S geeinigt gem. §§ 145, 147 BGB.

Eine ausdrückliche **Vergütungsvereinbarung** haben die Parteien zwar nicht getroffen, jedoch gilt die taxmäßige Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, § 630 b i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB. Die Vergütungserwartung ist anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung und der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Einschätzung ankommt⁹. Eine ärztliche Behandlung, die – wie hier – offensichtlich zum Beruf eines Arztes gehört und durch einen solchen ausgeführt wird, erfolgt eindeutig nur gegen eine Vergütung.

Die **Höhe** der Vergütung richtet sich beim Bestehen einer Taxe nach der taxmäßigen Vergütung, ansonsten nach der üblichen Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB). Hier entspricht die Vergütungshöhe von 800 Euro der GOÄ als Taxe und ist außerdem auch die übliche Vergütung für solch eine Behandlung.

Zwischenergebnis: S und T haben sich über den Abschluss eines Behandlungsvertrags nach § 630 a BGB mit einer Vergütung i. H. v. 800 Euro geeinigt.

bb) Schwebende Unwirksamkeit gem. § 108 Abs. 1 BGB

Der Vertrag könnte zunächst schwebend unwirksam gewesen sein, da T bei Vertragsschluss 17 Jahre alt und somit immer noch in seiner **Geschäftsfähigkeit beschränkt** war (§§ 2, 106 BGB).

Hinweis: Die teilweise vertretene Ansicht, aus § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I eine von den üblichen zivilrechtlichen Regeln abweichende Geschäftsfähigkeit in Bezug auf Behandlungsverträge mit minderjährigen Kassenpatienten herzuleiten, ist mit den §§ 104 ff. BGB nicht zu vereinbaren und daher abzulehnen¹⁰.

Die Willenserklärung des T war auf Abschluss eines Behandlungsvertrags gerichtet, aus dem T nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet wurde, insbesondere zur Zahlung der vereinbarten Vergütung (§ 630 a Abs. 1 Var. 2 BGB). Folglich war die Vertragserklärung des T **rechtlich nicht lediglich vorteilhaft** und bedurfte somit der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter.

Hinweis: Bei minderjährigen Patienten, die gesetzlich krankenversichert sind und deshalb grds. kein Kostenrisiko tragen (Sachleistungsprinzip, § 2 Abs. 2 SGB V), wird vertreten, dass für sie der Abschluss eines Vertrags über eine erstattungsfähige Behandlung rechtlich lediglich vorteilhaft ist¹¹.

Ihre vorherige Zustimmung (§ 183 Satz 1 BGB) haben die Eltern des T nicht erteilt. Der Vertrag gilt auch nicht gem. § 110 BGB als von Anfang an wirksam, weil T die vertragliche Leistung noch nicht bewirkt hat.

Zwischenergebnis: Der Vertrag war zunächst schwebend unwirksam.

cc) Keine Wirksamkeit durch Genehmigung der Eltern

Der Vertrag könnte durch eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) der gesetzlichen Vertreter des T wirksam geworden sein (§ 108 Abs. 1 i. V. m. § 184 Abs. 1 BGB). Die Genehmigung sowie ihre Verweigerung können sowohl ggü. dem Minderjährigen als auch dessen Vertragspartner erklärt werden (§ 182 Abs. 1 BGB). Hier teilten die Eltern des T diesem jedoch mit, dass sie die Rechnung nicht bezahlen wollen. Mithin haben sie die Genehmigung **verweigert**.

Die Verweigerung der Genehmigung war nicht treuwidrig i. S. d. § 242 BGB oder gar sittenwidrig i. S. d. § 138

⁸ MünchKomm-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 536 a Rn. 14.

⁹ BAG NJW 1967, 413; BAG NZA 2019, 399 Rn. 25.

¹⁰ Lauf/Birck NJW 2018, 2230 (2231).

¹¹ Lauf/Birck NJW 2018, 2230 (2231 ff.).

Abs. 1 BGB, weil dadurch etwa die Gesundheit des T gefährdet worden wäre. T wurde bereits behandelt. Eine etwaige Einwilligungspflicht aus der elterlichen Sorge (§ 1626 Abs. 1 BGB) kann deshalb dahinstehen.

Zwischenergebnis: Der zwischen S und T geschlossene Behandlungsvertrag ist gem. § 108 Abs. 1 BGB endgültig unwirksam.

dd) Zwischenergebnis

S hat keinen Anspruch gegen T auf Zahlung der Behandlungskosten i. H. v. 800 Euro aus Behandlungsvertrag i. V. m. § 630a Abs. 1 BGB und T erwachsen mithin hieraus keine ersatzfähigen Kosten.

Hinweis: Auf die Einwilligungsfähigkeit des T für die Durchführung der medizinischen Maßnahme (§ 630d BGB) kommt es hier nicht an. Sie wäre unter Berücksichtigung des Alters des T (17 Jahre) und der vergleichsweise geringen Erheblichkeit der Maßnahmen zu bejahen.

b) Schaden durch Aufwendungsersatz für berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag der S

S könnte gegen T einen Aufwendungsersatzanspruch i. H. v. 800 Euro aus § 677, § 683 Satz 1, § 670 BGB wegen berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) haben, wovon H den T ggf. freistellen müsste.

aa) Besorgung eines Geschäfts

S müsste ein Geschäft besorgt haben. Unter einer Geschäftsbesorgung i. S. d. § 677 BGB ist jedes rechtliche oder auch tatsächliche Tätigwerden zu verstehen. Die medizinische Behandlung durch S war ein tatsächliches Tätigwerden und daher eine Geschäftsbesorgung.

bb) Fremdheit des Geschäfts

Hinweis: Es ist ebenso vertretbar, die objektive Fremdheit des Geschäfts nicht als eigenes Tatbestandsmerkmal, sondern nur inzident beim Fremdgeschäftsführungswillen zu prüfen¹².

Das Geschäft müsste für S fremd gewesen sein. Fremd ist ein Geschäft, wenn es einen fremden Rechts- und Interessenkreis betrifft. Die Behandlung des T war primär dessen

Sache und stellt damit für S grds. ein objektiv fremdes Geschäft dar.

Hinweis: Da es sich bei der Behandlung des T offensichtlich nicht um einen Notfall handelte, kommt auch eine berufsrechtliche Pflicht der S, den T zu behandeln, nicht in Betracht – und somit auch kein Auch-fremdes-Geschäft. Es ist indes vertretbar, ein Auch-fremdes-Geschäft anzunehmen, weil S mit der Behandlung des T auch ihre (vermeintliche) vertragliche Pflicht erfüllte.

cc) Fremdgeschäftsführungswille

Wie sich aus einem Umkehrschluss zu § 687 BGB ergibt, muss S mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Der Fremdgeschäftsführungswille wird beim objektiv fremden und beim Auch-fremden-Geschäft vermutet. Hier ist die Vermutung nicht widerlegt.

dd) Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

Zwischen S und T bestand zwar kein wirksamer Behandlungsvertrag (oben A. I.4.a)), doch könnte der unwirksame Behandlungsvertrag die S in sonstiger Weise berechtigt haben, für T tätig zu werden.

Hinweis: Teilweise wird in diesen Fällen schon der Fremdgeschäftsführungswille verneint¹³, weshalb das Folgende auch dort diskutiert werden kann.

Nach der **Rechtsprechung** ist eine Leistung auf einen nichtigen Vertrag eine Leistung ohne Auftrag und sind mithin die GoA-Regeln anwendbar¹⁴. Dafür spricht, dass der Ausschluss der GoA bei Leistung auf nichtige Verträge für den Fall, dass sich der Geschäftsführer zur Leistung verpflichtet gefühlt hat, weder im Wortlaut noch Sinn des Gesetzes eine Stütze findet. Da S hier die Geschäfte des T in der Annahme besorgt hat, einen Vertrag zu erfüllen, es aber keinen wirksamen Auftrag oder Behandlungsvertrag gab, wären demnach die GoA-Regeln anwendbar.

¹³ Brox/Walker Besonderes Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 36 Rn. 21.

¹⁴ St. Rspr. seit RGZ 90, 211 (215 f.); BGH NJW 1962, 2010 (2011); BGH NJW 2015, 1020; anders nur bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel: BGH NJW 2009, 2590 Rn. 20: Mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen ist; krit. S. Lorenz NJW 2009, 2576.

¹² Dafür Grüneberg/Sprau, 81. Aufl. 2022, § 677 Rn. 3.

Nach **herrschender Lehre** ist auch eine Leistung auf einen nichtigen Vertrag eine Leistung mit Auftrag¹⁵. Dafür spricht, dass es widersinnig wäre, wenn nur bei nichtigen *Geschäftsbesorgungsverträgen*, bei denen allein eine subsidiäre Heranziehung der Regeln über die GoA in Betracht kommt, ein anderes Rückabwicklungsregime (nämlich GoA) gälte als bei sonstigen nichtigen Verträgen, die nur nach Bereicherungsrecht rückgängig zu machen sind. Vor allem hebt die Anwendung der §§ 677 ff. BGB die bereicherungsrechtlichen Schranken aus (Konditionssperren der §§ 814, 817 BGB, Einwendung der Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB). Deshalb ist diese Ansicht der Rechtsprechung vorzuziehen (a. A. vertretbar). Demnach handelte S hier zwar auf einen nichtigen Behandlungsvertrag, aber nicht ohne Berechtigung.

Zwischenergebnis: S hat keinen Anspruch gegen T aus GoA.

ee) Hilfgutachten

Falls der Rechtsprechung gefolgt wird, muss die Übernahme der Geschäftsführung außerdem dem **Interesse** des Geschäftsherrn entsprochen haben (§ 683 Satz 1 BGB). Das Interesse des Geschäftsherrn bestimmt sich nach objektiven Kriterien aus der Sicht eines verständigen Dritten. Hier suchte T die S auf, um seine Narbe behandeln zu lassen, und S nahm dann auch die medizinische Behandlung vor. Somit lag die Behandlung im objektiven Interesse des T.

Die Geschäftsführung muss außerdem dem **wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn** entsprochen haben. Weil T in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war (§§ 2, 106 BGB), kommt es auf den Willen seiner gesetzlichen Vertreter an (Rechtsgedanke aus § 166 BGB)¹⁶ (a. A. nur mit triftiger Begründung vertretbar). Die Ausdehnung des Schutzzwecks des – nur auf Willenserklärungen gerichteten – Minderjährigenschutzes nach §§ 106 ff. BGB auf die GoA rechtfertigt sich aus dem auftragsähnlichen Charakter der berechtigten GoA. Hier entsprach im maßgeblichen Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung¹⁷ die Behandlung des T nicht dem wirklichen Willen der Eltern des T.

¹⁵ *Canaris* NJW 1985, 2403, 2405; *MünchKomm-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 677 Rn. 101; *Brox/Walker* Besonderes Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 36 Rn. 21.

¹⁶ BGH NJW 2015, 1020 Rn. 6, 8; *Staudinger/Bergmann*, 2020, § 683 BGB Rn. 16; *MünchKomm-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 683 Rn. 21; *Staudinger/Steinrötter* JuS 2012, 97 (101) m. w. N.

¹⁷ *BeckOK-BGB/Gehrlein*, 2/2022, § 683 Rn. 4.

Hinweis: Anders als das Bindewort »oder« in § 683 BGB andeutet, stehen der wirkliche und der mutmaßliche Wille in keinem Alternativverhältnis. Wenn der wirkliche Wille der Geschäftsübernahme entgegensteht, darf nicht auf den mutmaßlichen Willen zurückgegriffen werden.

Zwischenergebnis: Die Übernahme der Geschäftsführung durch S entsprach nicht dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn i. S. d. § 683 Satz 1 BGB.

ff) Zwischenergebnis

S hat gegen T keinen Aufwendungsersatzanspruch i. H. v. 800 Euro aus § 677, § 683 Satz 1, § 670 BGB und T erwachsen mithin hieraus keine ersatzfähigen Kosten (a. A. vertretbar).

Hinweis: Wer anderer Ansicht ist, muss den im Folgenden zu prüfenden Anspruch der S gegen T aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB konsequent an der berechtigten GoA scheitern lassen, welche einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen darstellt.

c) Schaden durch Kosten aus rechtsgrundloser Behandlungsleistung der S

S könnte gegen T einen Anspruch auf Ersatz des Wertes der erlangten Behandlungsleistung aus Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB) haben.

aa) Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB

Der Anspruch setzt voraus, dass T etwas ohne rechtlichen Grund durch Leistung der S erlangt hat. **Erlangtes Etwas** kann grds. nur ein Vermögensvorteil sein. Im faktischen Erlangen fremder Dienste kann – unabhängig von einer konkret ersparten Aufwendung – ein erlangtes Etwas gesehen werden¹⁸. Wenn die Dienste einen Erfolg bezwecken, also werkmäßig erbracht werden, kann der eingetretene Erfolg ebenfalls erlangtes Etwas sein (z. B. eine Beförderung an einen bestimmten Ort)¹⁹. Die Ersparnis etwaiger Aufwendungen ist nach zutreffender Ansicht keine Frage

¹⁸ *Koppensteiner* NJW 1971, 1769 (1774); *Staudinger/S. Lorenz*, 2007, § 812 BGB Rn. 72; *MünchKomm-BGB/Schwab*, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 21.

¹⁹ *Staudinger/S. Lorenz*, 2007, § 818 BGB Rn. 28, der in solchen Fällen allerdings nur den Erfolg erlangt sieht.

des erlangten Etwas²⁰, sondern des Umfangs der zu erstattenden Bereicherung²¹. Hier hat T die Behandlung durch S und den Behandlungserfolg erlangt und damit geldwerte Leistungen.

Hinweis: Es ist vertretbar, in den ersparten Aufwendungen für eine ansonsten erforderliche Behandlung das erlangte Etwas zu sehen.

Die Behandlung hat T auch durch **Leistung** der S, also durch bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, erhalten. Der Behandlungserfolg war allerdings nicht Gegenstand der Leistung der S, weil bei Heilbehandlungen nicht der werkmäßige Erfolg, sondern nur dienstmäßiges Bemühen versprochen wird (vgl. § 631a Abs. 1, § 630b BGB). Für T ist die erfolgreiche Behandlung zwar mehr wert als die nicht erfolgreiche, er hat den Erfolg aber nicht durch Leistung i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB erlangt – dieser ist vielmehr durch biologische Vorgänge eingetreten.

Hinweis: Die Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) hinsichtlich des Behandlungserfolgs scheidet daran, dass T den Erfolg nicht auf Kosten der S, also durch Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines ihr zustehenden Rechts, erlangt hat.

Die Leistung erfolgte **ohne Rechtsgrund**, da der Behandlungsvertrag zwischen T und S unwirksam war (oben A.I.4.a)cc)).

bb) Herausgabe des Erlangten oder Wertersatz

Da die Behandlungsleistung der S nicht gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB *in natura* herausgegeben werden kann, richtet sich ihr Anspruch auf Wertersatz nach § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Maßgeblich hierfür ist der objektive Wert, d. h. der gemeine Verkehrswert des Erlangten. Bei Dienst- und Werkleistungen ist die übliche Vergütung oder, wenn eine solche fehlt, eine angemessene Vergütung zu leisten. Hier hat T der S daher Wertersatz in Höhe der üblichen Vergütung für die Behandlung, also 800 Euro zu leisten.

²⁰ So aber noch BGH NJW 1956, 1276; NJW 1971, 609 (610): Außergewöhnliche Ausgaben, die sonst nicht gemacht worden wären, können schon Entstehung einer Bereicherung verhindern.

²¹ Staudinger/S. Lorenz, 2007, § 812 BGB Rn. 72; jurisPK-BGB/Martinek, 9. Aufl. 2020, § 812 Rn. 21 – jeweils m. w. N.

cc) Keine Entreicherung

Jedoch könnte der Anspruch ausgeschlossen sein, soweit T nicht mehr um den Wert des Erlangten bereichert ist, § 818 Abs. 3 Alt. 2 BGB. Stellt man auf den Erfolg der Behandlung ab (und blendet das Leistungsproblem aus), so bleibt dieser Vorteil im Vermögen des Bereicherungsschuldners vorhanden und wird nicht durch Inanspruchnahme der Behandlung konsumiert²². Sieht man das Erlangte in der dienstmäßigen Behandlungsleistung, ist umstritten, ob eine Entreicherung möglich ist:

Nach **einer Meinung** ist Entreicherung bei Erlangung fremder Dienste schon begrifflich nicht möglich und daher stets ausgeschlossen²³. Der erfolgte Genuss der Dienstleistung könne nicht wieder rückgängig gemacht werden. Wer irrtümlich ohne Rechtsgrund einen Dienst in Anspruch nimmt, der üblicherweise nur gegen Entgelt zu erlangen ist, solle nicht bessergestellt werden, als derjenige, der aufgrund wirksamen Dienstvertrags den Dienst in Anspruch genommen hat.

Nach **anderer Meinung** kommt es im Bereicherungsrecht (nicht: »Entreicherungsrecht«) auf den noch vorhandenen Vermögensvorteil – etwa in Form ersparter Aufwendungen – an²⁴. Gerade weil der in der Dienstleistung selbst liegende Vorteil in ihrer Inanspruchnahme liegt und sich darin erschöpft, kann die Fortdauer der Bereicherung nur aus anderen Umständen, insbesondere der Ersparnis von ansonsten erforderlichen, d. h. ohne die rechtsgrundlose Leistung angefallenen Aufwendungen gefolgert werden²⁵.

Hat hier T aufgrund der unmittelbar erlangten Behandlung noch einen Vermögensvorteil, insbesondere in Form ersparter Aufwendungen? Da T die Behandlung durch Inanspruchnahme vollständig »verbraucht« hat, kann ihm ein Vermögensvorteil nur dann verbleiben, wenn er sich mit der rechtsgrundlosen Behandlung Ausgaben erspart hat, die er notwendigerweise auch sonst gehabt hätte. Die Behandlung der Narbe durch S war rein kosmetischer Natur und somit nicht medizinisch notwendig. Allerdings wollte T sich auch dann der Behandlung unterziehen, wenn er sie hätte selbst bezahlen müssen. Somit ist davon auszugehen, dass er die Behandlung in jedem Fall hätte vornehmen lassen, sodass sie für ihn keine »Luxusaufwendung« darstellte. Mithin hat T sich durch Leistung der S die Aufwendungen für eine Behandlung

²² Staudinger/S. Lorenz, 2007, § 818 BGB Rn. 28 – für Beförderungsleistung.

²³ Koppensteiner NJW 1971, 1769 (1774 mit Fn. 66); Harder NJW 1990, 857 (863) m. w. N.

²⁴ Canaris JZ 1971, 560 (561); MünchKomm-BGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 189.

²⁵ Canaris JZ 1971, 560 (561).

auf wirksamer Vertragsbasis zu den üblichen Kosten i. H. v. 800 Euro erspart (a. A. bei entsprechender Begründung vertretbar).

Zwischenergebnis: T ist nicht i. S. d. § 818 Abs. 3 Alt. 2 BGB entreichert.

Hinweis: Wer die Entreichung bejaht, muss sodann den Ausschluss des Entreichungseinwands gem. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB bei Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund prüfen. Dann ist insbesondere auf den Streit einzugehen, ob es insofern auf die Bösgläubigkeit des T²⁶ oder auf die seiner Eltern²⁷ ankommt.

dd) Zwischenergebnis

S hat gegen T einen Anspruch auf Wertersatz in Höhe der üblichen Behandlungskosten von 800 Euro aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB.

d) Schadensersatz durch Freistellung

Gem. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den Ersatz der Behandlungskosten, auch wenn T sie noch nicht an S gezahlt hat. Auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit – hier aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB – ist ein ersatzfähiger Schaden. Weil T den insoweit gegen ihn bestehenden Anspruch der S noch nicht beglichen hat, kann T von H Freistellung von der Verbindlichkeit gegenüber S gem. § 249 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB verlangen. Auf § 257 BGB (analog) kommt es hier nicht an, weil der Schaden in den durch die Pflichtverletzung kausal verursachten Behandlungskosten (Zahlungspflichten ggü. S egal auf welcher Rechtsgrundlage) ausgelöst wurde (Schadensersatz durch Schuldbefreiung)²⁸.

Hinweis: § 257 BGB erweitert in Satz 1 Aufwendungsersatzansprüche, damit nicht erst nach Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit Aufwendungsersatz verlangt werden kann, sondern schon ab Eingehung der Verbindlichkeit²⁹.

²⁶ Für Maßgeblichkeit des Minderjährigen bei Eingriffskondition: MünchKomm-BGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, § 819 Rn. 9.

²⁷ Stets für Maßgeblichkeit der gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen: Batsch NJW 1972, 611; NK-BGB/Linke, 4. Aufl. 2021, § 819 Rn. 5; BeckOK-BGB/Wendehorst, 2/2022, § 819 Rn. 8; lediglich bei Leistungskondition: MünchKomm-BGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, § 819 Rn. 9.

²⁸ BGH NZG 2011, 631 Rn. 21.

²⁹ MünchKomm-BGB/Krüger, 8. Aufl. 2019, § 257 Rn. 1.

e) Haftungsausfüllende Kausalität

Dass T für die Kosten, die ihm für die Beseitigung der Narbe entstanden sind, einstehen muss, ist adäquat-kausale Folge der Pflichtverletzung der H. Die haftungsausfüllende Kausalität wird nicht dadurch infrage gestellt, dass die Behandlung der Narbe auf einem Willensentschluss des T beruht und im Gegensatz zur Erstbehandlung durch M nur mittelbare Folge des Unfalls war. Dieser zweite Akt vermag den Kausalzusammenhang nur dann im Sinne eines *novus actus interveniens* zu unterbrechen, wenn er gegenüber dem originär schädigenden Verhalten so stark in den Vordergrund tritt, dass die Erstursache vollständig verdrängt wird und der Schaden dem Erstverursacher nicht mehr zugerechnet werden kann³⁰. Das ist beim Entfernen einer durch das Erstereignis (Unfall) unmittelbar und unvermeidbar³¹ verursachten Narbe nicht der Fall. Die Totalreparation gem. § 249 Abs. 1 BGB ist auf vollständige Herstellung des Status *quo ante* gerichtet. Deswegen haftet der Schädiger auch für Verletzungsfolgen, deren Beseitigung vornehmlich ästhetischen Gesichtspunkten dient³².

f) (Erforderlichkeit)

Gem. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB muss bei Verletzung einer Person der zur Restitution aufgewendete Geldbetrag erforderlich sein. Eine Aufwendung ist erforderlich, wenn ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten sie für zweckmäßig und notwendig halten durfte (Wirtschaftlichkeitspostulat)³³. Hier ist die Entfernung einer drei Zentimeter langen, wulstigen Narbe aus dem Gesicht für 800 Euro zur Totalreparation zweckmäßig und notwendig. Es handelt sich nicht um eine besonders aufwändige oder kostspielige Maßnahme.

5. Mitverschulden

T könnte sich ein Mitverschulden gem. § 254 BGB anrechnen lassen müssen. Hier löste sich die Großschot plötzlich und für T unvorhersehbar, weshalb T persönlich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit an Schadenseintritt oder -höhe anzulasten ist.

T könnte sich aber eine etwaige Aufsichtspflichtverletzung seiner Eltern als gesetzliche Vertreter i. S. d. § 278 Satz 1 Alt. 1 BGB zurechnen lassen müssen gem. § 254

³⁰ MünchKomm-BGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 143.

³¹ Hier führte die fachgerechte Erstbehandlung durch M unweigerlich zur Narbenbildung.

³² BGH NJW 1975, 640; KG Berlin VersR 1980, 873.

³³ BGH NJW 2005, 1041 (1042).

Abs. 2 Satz 2 BGB, der sich auch auf die Schadensentstehung nach § 254 Abs. 1 BGB bezieht³⁴. Es kann dahinstehen, ob dafür ein Schuldverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger erforderlich ist³⁵, weil hier ein solches durch das Mietverhältnis zwischen T und H jedenfalls gegeben war. Allerdings haben die Eltern des T weder fahrlässig noch vorsätzlich ihre Aufsichtspflicht verletzt, als sie T mit seinen Freunden allein in den Urlaub schickten. Die elterliche Aufsichtspflicht ist dem Alter und Leistungsvermögen des Kindes anzupassen, sodass aufgrund des unberechenbaren und einem Erwachsenen noch nicht vergleichbaren, also kindestypischen Verhaltens Gefahren im Rahmen des Zumutbaren verhütet werden³⁶. Hier gibt es für kindestypische Verhalten des 16 Jahre alten T keine Anhaltspunkte, vielmehr besaß er einen Segelschein und war schon mehrmals mit seinen Eltern segeln (a.A. vertretbar, weil T noch nie allein segeln war; dann ist auch eine Kürzung des Anspruchs nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld in Betracht zu ziehen³⁷).

6. Ergebnis

T hat gegen H einen Anspruch auf Freistellung von seiner Verbindlichkeit gegenüber S i.H.v. 800 Euro aus § 536 a Abs. 1 Var. 1, § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Hinweis: Es kann problematisiert werden, ob der minderjährige T für die Forderung empfangszuständig ist. Um den Minderjährigen zu schützen, geht nämlich die ganz h.M. davon aus, dass der Schuldner durch Leistung an den minderjährigen Gläubiger selbst nicht erfüllen kann (analog § 107 BGB), wenn der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen dem nicht zustimmt; wirksam erfüllen kann der Schuldner sonst nur durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter³⁸. Hier wäre die Zahlung der H an S für T nicht rechtlich lediglich vorteilhaft (Untergang des Anspruchs gem. § 362 BGB) und deswegen kann vertreten werden, dass T nur Leistung an seine gesetzlichen Vertreter (Eltern) verlangen kann, sofern sie der Leistung an S nicht zustimmen.

³⁴ St. Rspr. seit RGZ 62, 106; fortgeführt von BGHZ 3, 46.

³⁵ Für § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB als Rechtsgrundverweisung: BGH NJW 2007, 3120 Rn. 15; MünchKomm-BGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 254 Rn. 128 f. m. w. N.

³⁶ Slizyk Handbuch Schmerzensgeld, 18. Aufl. 2022, Rn. 336 – für Teilnahme am Straßenverkehr.

³⁷ Doch Mitverursachung durch Aufsichtspflichtverletzung kürzt nicht den Anspruch des Kindes gegen den (Primär-)Schädiger, weil der von § 1664 Abs. 1 BGB bezweckte Schutz des Familienfriedens »Außenstehende« nicht einbezieht, BGH NJW 1988, 2667 (2669).

³⁸ Nur BGH NJW 2015, 2497 Rn. 15; MünchKomm-BGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 62 – jeweils m. w. N.

II. (Anspruch auf Freistellung aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB)

Hinweis: Wer § 536 a Abs. 1 BGB nicht prüft, kann stattdessen den Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB herleiten. Die obigen Ausführungen gelten dann entsprechend. Es muss allerdings erläutert werden, warum nicht der Weg über §§ 536 ff. BGB (Vorrang des besonderen Schuldrechts) gewählt wird. Außerdem ist zusätzlich das Verschulden der H (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu prüfen und ihr hierbei das Verhalten des A als Erfüllungsgehilfen analog § 278 BGB³⁹ und sein Vertretenmüssen gem. § 278 BGB (Fahrlässigkeit, da Schäkel »aus Versehen« nicht ordnungsgemäß zugeschraubt) zuzurechnen (unten A.IV.2.e)).

III. Anspruch auf Freistellung aus § 823 Abs. 1 BGB

T hat keinen Freistellungsanspruch gegen H aus § 823 Abs. 1 BGB. Ein Auswahl-, Überwachungs- oder Organisationsverschulden der Organe der H, das der H über §§ 31, 89 BGB zugerechnet werden kann, ist nicht gegeben, denn H hat einen Mitarbeiter für die Vermietung und die Wartung der Jollen abgestellt (A) und dieser handelte ansonsten zuverlässig. A selbst war nur Mitarbeiter und nicht Organ (Geschäftsführer, § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) der H GmbH. Über § 278 BGB ist eine Zurechnung von Mitarbeiterverhalten im Rahmen von § 823 BGB nicht möglich.

IV. Anspruch auf Freistellung aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB

T könnte gegen H einen Anspruch aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Schadensersatz haben. Dafür muss A als Verrichtungsgehilfe der H den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt haben und darf sich H nicht nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren können.

1. Verrichtungsgehilfe

A müsste Verrichtungsgehilfe gewesen sein und in Ausführung seiner Verrichtung (nicht nur bei deren Gelegenheit) gehandelt haben. Verrichtungsgehilfe ist, wem von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall tätig wird und zu dem er in einer gewissen Weisungsabhängigkeit steht, eine Tätigkeit

³⁹ Vgl. S. Lorenz JuS 2007, 983 (984); BeckOGK-BGB/Schaub, 12/2021, § 278 Rn. 16.

übertragen worden ist⁴⁰. Hier war A als »Mitarbeiter« der H – bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung – deren Arbeitnehmer und mithin von H weisungsabhängig (§ 611 a Abs. 1 BGB, § 106 GewO) und somit deren Verrichtungsgelhilfe. Zudem hat A bei der Wartung der Jolle in Ausführung seiner Verrichtung gehandelt.

2. Erfüllung des Tatbestandes einer unerlaubten Handlung durch A

a) Rechtsgutsverletzung

A müsste ein Rechtsgut des T i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB verletzt haben. T erlitt eine Platzwunde im Gesicht, wodurch in seine körperliche Integrität eingegriffen wurde.

b) Verletzungshandlung

Die Rechtsgutsverletzung müsste durch eine Handlung des A verursacht worden sein. Hier schraubte A den zur Sicherung der Großschot vorgesehenen Schäkel nicht zu und schuf damit eine Gefahrenlage, die sich schließlich in der Verletzung des T konkretisierte. A unterließ es damit – trotz einer ihn treffenden Verkehrssicherungspflicht – durch Vorkehrungen eine Schädigung des T zu verhindern.

c) Haftungsbegründende Kausalität

Hätte A den Schäkel ordnungsgemäß verschraubt, wäre der Großbaum dem T nicht ins Gesicht geschlagen und hätte T keine Platzwunde erlitten. Folglich war die Verletzungshandlung des A adäquat kausal für den Schaden des T.

d) Rechtswidrigkeit

Der Tatbestand der unerlaubten Handlung indiziert die Rechtswidrigkeit⁴¹. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

e) Verschulden

Die »widerrechtliche« Schadenszufügung i.S.d. § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB muss auch sorgfaltswidrig gewesen sein⁴². Hier hat A »aus Versehen« den Schäkel nicht ord-

nungsgemäß zugeschraubt und damit sorgfaltswidrig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB gehandelt.

f) Zwischenergebnis

A beging eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.

3. Exkulpation

H darf sich als Geschäftsherr nicht nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren können. Der Geschäftsherr kann den Entlastungsbeweis führen, wenn er nachweisen kann, dass er bei Auswahl, Anweisung und Überwachung des Gehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat oder der Schaden auch bei der Einhaltung dieser Sorgfalt entstanden wäre. Da sich A als »ansonsten stets zuverlässig« erwiesen hat, kann H den Entlastungsbeweis führen und sich damit exkulpieren.

4. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen H auf Freistellung von seiner Verbindlichkeit gegenüber S aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB.

B. Anspruch T gegen H auf Rückerstattung der Miete

I. Anspruch aus § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB

T könnte gegen H einen Anspruch auf Rückerstattung der Miete für die Jolle i.H.v. 100 Euro aus § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB haben. Dafür muss das Mietverhältnis zwischen T und H beendet und T Miete für die Zeit nach der Beendigung im Voraus entrichtet haben.

1. Mietvertrag und im Voraus entrichtete Miete

Einen wirksamen Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB über eine fünfständige Miete der Jolle gegen Zahlung von 100 Euro haben T und H geschlossen (oben A.I.1.). T hat bereits vor Überlassung der Jolle die vereinbarte Miete an H (vertreten durch A) gezahlt.

⁴⁰ MünchKomm-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 831 Rn. 14.

⁴¹ Jauernig/Teichmann, 18. Aufl. 2021, § 823 BGB Rn. 48 f. m. w. N.

⁴² Statt vieler MünchKomm-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 831 Rn. 34 ff. m. w. N.

2. Beendigung des Mietverhältnisses

Das Mietverhältnis könnte T außerordentlich fristlos aus wichtigem Grund gem. § 543 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB gekündigt haben.

a) Kein Ausschluss des Kündigungsrechts

Das Kündigungsrecht wurde nicht durch die Vertragsbedingungen der H ausgeschlossen, weil der Haftungsausschluss wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 BGB nicht wirksam in den Mietvertrag einbezogen wurde (oben A.I.2.b)).

b) Kündigungsgrund

Es muss ein **wichtiger Grund** i.S.d. § 543 Abs. 1 BGB gegeben sein, d.h. dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden können. Hier war die weitere Gebrauchsüberlassung der Jolle möglich und H wollte auch weiterhin den Vertrag erfüllen.

H hat jedoch die Verletzungen des T durch seinen fahrlässig handelnden Erfüllungsgehilfen A schuldhaft gem. § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 278 BGB verursacht. **Erfüllungsgehilfe** i.S.d. § 278 BGB ist, wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als dessen Hilfsperson tätig wird⁴³. Hier schuldete H dem T aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Mietvertrag die Gebrauchsüberlassung der Jolle im vereinbarten Zustand für fünf Stunden. Hierfür hat H sich ihres Mitarbeiters A bedient, der für die Wartung zuständig war. Damit ist A mit Willen der H in ihrem Pflichtenkreis tätig geworden. H muss sich daher das Handeln ihres Erfüllungsgehilfen A im Hinblick auf die Pflichtverletzung zu rechnen lassen.

Deshalb ist es unerheblich, dass grds. der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache trägt (§ 537 BGB). T wurde durch sorgfaltswidriges Verhalten eines Mitarbeiters der H bei der Vertragsausführung erheblich an seiner Gesundheit beschädigt und konnte deshalb nicht weitersegen. Die Gebrauchsüberlassung diente aber ausschließlich dem Segeln. Weil H dieses Nutzungshindernis ver-

ursacht hatte, muss ihr Leistungsinteresse hinter dem Vertragsbeendigungsinteresse des T zurücktreten.

Zwischenergebnis: Ein wichtiger Grund i.S.d. § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigt eine außerordentliche fristlose Kündigung des Mietvertrags durch T.

c) Kündigungserklärung

Die Kündigung muss gegenüber dem anderen Teil erklärt werden. Erforderlich ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die bei Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ausdrücklich oder konkludent die Lösung vom Vertrag bezweckt. Bei Auslegungszweifeln ist der interessengerechten (»vernünftigen«) Auslegung der Vorzug zu geben⁴⁴. Hier hat T um 12 Uhr gegenüber A erklärt, die Jolle zurückgeben und sein Geld wiederhaben zu wollen.

Hinweis: Die Erklärung des T kann unterschiedlich ausgelegt werden. Es kommt darauf an, verschiedene Möglichkeiten zu diskutieren – innerhalb welches Anspruchs, ist sekundär.

Bei Auslegung der Erklärung des T hat er damit ggü. einem empfangsberechtigten Vertreter seines Vertragspartners H zum Ausdruck gebracht, dass er sich nicht (weiter) an die Vereinbarung mit H gebunden fühlt.

Eine Auslegung als bloße **Rückforderung der überzahlten Miete** infolge Minderung (§ 536 BGB) aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheidet von vornherein aus. T erklärte nämlich, die Jolle zurückgeben zu wollen. Folglich wollte er den Vertrag beenden, nicht nur die Miete wegen Tauglichkeitsmängeln der Jolle reduzieren.

Ob T **zurücktreten** (§ 323 Abs. 1, § 324 i. V. m. § 349 BGB) oder **kündigen** (§ 543 Abs. 1 BGB) wollte, kann dahinstehen, weil beide Erklärungen gem. § 111 Satz 1 BGB nur mit Einwilligung der gesetzlichen Vertreter wirksam sind, die hier fehlt. Rücktritt wie Kündigung sind für den minderjährigen T (oben A.I.1.b)) nämlich rechtlich nicht lediglich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB (führen zum Verlust der Rechte aus § 535 BGB) und deshalb einwilligungsbedürftig. Eine nachträgliche Genehmigung der Eltern (oben A.I.1.c)) genügt nicht, wie sich aus dem Umkehrschluss zu § 108 BGB und dem Zweck des § 111 BGB ergibt, der den Rechtsverkehr vor schwebend unwirksamen Gestaltungen schützen soll⁴⁵. Nach der Genehmigung nützt die abermals erklärte Kündigung (konkludent durch Gel-

⁴³ St. Rspr. seit BGH NJW 1954, 1193; zuletzt etwa BGH NJW 2017, 2608 (2612).

⁴⁴ MünchKomm-BGB/Busche, 8. Aufl. 2018, § 133 Rn. 64.

⁴⁵ Staudinger/Klumpp, 2021, § 111 BGB Rn. 2.

tendmachung des Rückzahlungsanspruchs gegenüber H) dem T nichts mehr, weil sie nur *ex nunc* wirkt.

Hinweis: Wer § 111 BGB übersieht, kommt zu einer Erstattungspflicht der H für vier Stunden zu je 20 Euro, insgesamt also 80 Euro. Die Schuld der H ist nicht gem. § 547 Abs. 1 Satz 2 BGB auf einen Bereicherungsausgleich beschränkt, da H den Grund für die Kündigung durch T zu vertreten hat (oben B. I.2.b)).

3. Ergebnis

T hat gegen H keinen Erstattungsanspruch aus § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB.

II. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB

T hat gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Miete aus § 346 Abs. 1 BGB, wenn T vom Mietvertrag wirksam zurückgetreten ist.

1. Wirksamer Vertrag

Zwischen T und H bestand ein wirksamer Mietvertrag (oben A. I.1.).

2. Rücktrittserklärung

Indem T ein Jahr nach dem Segelunfall die Mietkosten für die Jolle von H zurückforderte, hat er konkludent den Rücktritt vom Mietvertrag gem. § 349 BGB erklärt. Die gem. § 111 Satz 1, § 107 BGB erforderliche Einwilligung seiner Eltern in den Rücktritt (oben B. I.2.c)) war zu diesem Zeitpunkt gegeben, weil sie den Mietvertrag zuvor insgesamt genehmigt hatten (oben A. I.1.c)) und sich die Genehmigung bei Auslegung nach §§ 133, 157 BGB auch auf (künftige) Gestaltungserklärungen aus dem Mietverhältnis bezieht.

3. Rücktrittsgrund

T konnte gem. § 324 BGB vom Mietvertrag zurücktreten, weil H seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Gesundheit des T verletzt hat (oben B. I.2. b)). H muss sich insofern das Verhalten ihres Erfüllungsgehilfen A, der insoweit fahrlässig handelte, analog § 278

BGB zurechnen lassen (oben A.II.). T war infolge seiner von H verschuldeten Platzwunde am Kopf ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten.

Hinweis: Es kann zusätzlich auch ein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB angenommen werden, wobei die Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich sein kann.

Allerdings verdrängen die Kündigungsvorschriften bei Dauerschuldverhältnissen, wie dem Mietvertrag, grds. die Vorschriften zum Rücktritt, sobald das Schuldverhältnis in Vollzug gesetzt wurde⁴⁶ (vgl. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB). Der Rücktritt vom in Vollzug gesetztem Dauerschuldverhältnis ist nur möglich, wenn ein berechtigtes Interesse an der Rückabwicklung des Vertrages besteht, insbesondere eine vollständige Rückabwicklung des Vertrags unschwer möglich und nach der Interessenlage »sachgerecht« ist⁴⁷. Das kann der Fall sein, wenn der Zweck des Vertrages voraussichtlich nicht erreicht wird⁴⁸ und der Gläubiger an den bereits erhaltenen Leistungen kein Interesse hat (Rechtsgedanke aus § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB)⁴⁹. Hier ist eine Rückabwicklung des Vertrages durch Rückzahlung der Miete gem. § 346 Abs. 1 BGB und Leistung von Wertersatz für die vollzogene Mietdauer gem. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 BGB zwar möglich, aber eine Rückabwicklung nicht sachgerecht, weil T die Jolle immerhin eine dreiviertel Stunde genutzt hatte und im Übrigen der Mietzweck noch weitgehend erreichbar war (a. A. vertretbar).

4. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen H aus § 346 Abs. 1 BGB auf Rückzahlung der Miete.

Hinweis: Wer den Anspruch auf Rückzahlung der Miete i. H. v. 100 Euro bejaht, muss darauf hinweisen, dass H nur Zug um Zug gegen Zahlung von 15 Euro Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2, § 348 BGB zur Rückzahlung verpflichtet ist (Einrede gem. § 348 Satz 2 i. V. m. § 322 BGB von H zu erheben, keine Saldierung *ipso iure*).

⁴⁶ BGH NJW 1969, 37; MünchKomm-BGB/Gaier, 8. Aufl. 2019, § 314 Rn. 3.

⁴⁷ BGH NJW 2002, 1870f.; MünchKomm-BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 36.

⁴⁸ MünchKomm-BGB/Ernst, § 323 Rn. 38.

⁴⁹ MünchKomm-BGB/Ernst, § 323 Rn. 36.

III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB

T könnte gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Miete aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) haben.

1. Etwas erlangt durch Leistung

H hat von T 100 Euro im Wege der bewussten und zweckgerichteten Vermögensmehrung durch Barzahlung erlangt.

2. Ohne Rechtsgrund

Der Rechtsgrund für die Zahlung lag zunächst im wirksam geschlossenen Mietvertrag.

a) Miete für die Zeit von 11 bis 12 Uhr

Für die Zeit von 11 bis 12 Uhr könnte T gem. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB nur eine geminderte Miete geschuldet haben. Die Mietsache war bei Vertragsschluss mangelhaft i. S. d. § 536 Abs. 1 BGB, denn die Tauglichkeit der Jolle zum vertragsgemäßen Gebrauch (sicheres Steuern) war gemindert (oben A. I.3.). T konnte die Jolle allerdings 45 Minuten zum Segeln nutzen; sie war nicht vollständig unbrauchbar. T schuldete für die erste Mietstunde mithin nur eine »angemessen herabgesetzte Miete« i. H. v. 3/4 von 20 Euro, also 15 Euro (a. A. vertretbar).

b) Miete für die Zeit von 12 bis 16 Uhr

Nachdem A die Jolle repariert hatte, war sie nicht mehr mangelhaft i. S. d. § 536 Abs. 1 BGB, weshalb ab 12 Uhr keine Mietminderung mehr gerechtfertigt war. Die außerordentliche fristlose Kündigung des Mietvertrages durch T war unwirksam (oben B. I.2.c)).

3. Keine Entreicherung

Für eine Entreicherung des H gem. § 818 Abs. 3 BGB ist nichts ersichtlich.

4. Ergebnis

T hat gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Miete i. H. v. 5 Euro aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.

Hinweis: Zwischen Ansprüchen aus § 547 Abs. 1 Satz 1 und § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB besteht Anspruchskonkurrenz, wobei der Anspruch aus § 547 BGB für den Mieter günstiger ist, weil sich der Vermieter insofern nicht auf Entreicherung berufen kann.

IV. Anspruch aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB

T könnte gegen H einen Anspruch auf Erstattung der Miete im Wege des Schadenersatzes wegen des Mietmangels haben. Die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches wegen mangelhafter Mietsache i. S. d. § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB sind hier erfüllt (oben A. I.). Soweit infolge des Mietmangels die Miete kraft Gesetzes ohnehin gemindert ist, ist die überzahlte Miete kein ersatzfähiger Nutzungsausfallschaden, weil sie durch den Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (oben B. III.2.a)) **kompensiert** wird⁵⁰.

Die Mietzahlungen können im Übrigen Mangelschäden sein. Der Ersatz von Kündigungs- und Kündigungsfolgeschäden setzt zwar grds. eine wirksame Kündigung des Mietvertrages voraus, die hier fehlt (oben B. I.2.c)), doch kann der kündigungsberechtigte Mieter auch ohne wirksame Erklärung der Kündigung seine Vermögensschäden als Mangelschaden ersetzt verlangen, wenn er einen Mietmangel berechtigterweise zum Anlass nimmt, vom Mietverhältnis Abstand zu nehmen⁵¹. Hier hat T einen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung (oben B. I.2. b)) und infolgedessen berechtigterweise um 12 Uhr ausdrücklich von der Nutzung der Mietsache Abstand genommen. Deshalb kann T die für die Folgezeit entrichtete Miete als Mangelschaden von H ersetzt verlangen, auch wenn er den Mietvertrag nicht wirksam gekündigt hat.

Somit hat T gegen H einen Anspruch aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB auf Ersatz der gezahlten Miete für die Zeit von 12 bis 16 Uhr i. H. v. 80 Euro.

⁵⁰ BeckOGK-BGB/Bieder, 4/2021, § 536 a Rn. 23.

⁵¹ BGH NJW 2017, 1104 Rn. 11.

V. Anspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 282 BGB

Aufgrund der Schutzpflichtverletzung des A, die H zuzurechnen ist (oben A.II.), könnte T dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung gegen H aus § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 282 BGB zustehen. Die weitere Leistung ist T i. S. d. § 282 BGB **unzumutbar**, insofern gelten die gleichen Maßstäbe wie bei § 543 BGB (oben B.I.2.b)). Zum Schaden gilt das zu § 536 a BGB Gesagte entsprechend, weshalb die gezahlte Miete i. H. v. 80 Euro ein ersatzfähiger Schaden ist. Indes ist § 536 a BGB insoweit ggü. §§ 280 ff. BGB vorrangig, weil es sich um Schadensersatz wegen Mietmängeln handelt⁵².

⁵² Vgl. BeckOGK-BGB/*Bieder*, 4/2021, § 536 Rn. 4 ff.; MünchKommBGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, vor § 536 Rn. 7.

C. Gesamtergebnis

T hat gegen H einen **Anspruch auf Freistellung** von seiner Verbindlichkeit gegenüber S i. H. v. 800 Euro aus § 536 a Abs. 1 Var. 1, § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB, **auf Rückzahlung der überzahlten Miete** für die Zeit von 11 bis 12 Uhr i. H. v. 5 Euro aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB und **auf Erstattung der Miete** für die Zeit von 12 bis 16 Uhr i. H. v. 80 Euro aus § 536 a Abs. 1 Var. 1 BGB.