

# Übungshausarbeit: Eine Reise mit Hindernissen

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Tim Husemann**, Wiss. Mitarbeiterin **Antje Weirauch**, Bochum\*

*Diese Hausarbeit wurde im Sommersemester 2016 an der Ruhr-Universität Bochum im Rahmen der Vorlesung Schuldrecht Allgemeiner Teil gestellt.*

## Sachverhalt

Mutter (M) und ihre 18-jährige Tochter (T) wollen von Bochum aus Berlin besuchen. Um Fahrtkosten zu sparen, wollen sie die Strecke per Mitfahrgelegenheit zurücklegen.

Für die Hinfahrt wird M auf der Seite „Umweltschützer-fahren-umsonst.de“ fündig. Diese bietet Inserenten die Möglichkeit, kostenlos Mitfahrgelegenheiten anzubieten, die allerdings auch für die Mitfahrenden kostenlos sein müssen.

In den „Benutzungsbedingungen“ der Website heißt es: „Nur registrierte Nutzer können Mitfahrgelegenheiten anbieten oder in Anspruch nehmen. Stellt ein Anbieter mittels der Umweltschützer-fahren-umsonst-Dienste eine Mitfahrgelegenheit ein, so gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags ab. Der Mitfahrer nimmt das Angebot an, indem er auf den Button „Mitfahren“ klickt. Der Anbieter kann sein Angebot löschen, solange niemand auf den Button „Mitfahren“ geklickt hat. Erreicht die Anzahl an Mitfahrern die vom Anbieter bei Einstellung des Angebots angegebene Höchstzahl, wird das Angebot automatisch gelöscht.“

H registriert sich als Anbieter. Hierzu ist es notwendig, sich mit der Geltung der oben genannten „Benutzungsbedingungen“ einverstanden zu erklären, indem man an entsprechender Stelle ein Häkchen setzt. Nachdem er dies getan hat, bietet er für höchstens 3 Mitfahrer eine Fahrtgelegenheit von Bochum nach Berlin an. M findet das Angebot des H und klickt, nachdem auch sie sich bei der Website angemeldet und die Geltung der „Benutzungsbedingungen“ akzeptiert hat, zweimal auf „Mitfahren“, um einen Platz für sich und ihre Tochter zu reservieren. Zur verabredeten Zeit erscheint H nicht. Als M daraufhin bei H anruft, teilt dieser mit, dass er es sich anders überlegt habe und auf gar keinen Fall nach Berlin fahren werde. M solle sich nicht so anstellen, schließlich war die Gelegenheit ja kostenlos und deshalb unverbindlich. M bleibt nichts anderes übrig, als für sich und ihre Tochter ein Bahnticket zu kaufen, das 250 € kostet.

Aufgrund der schlechten Erfahrungen bei der Hinfahrt nutzt M für die Rückfahrt einen anderen Anbieter, der kostenpflichtige Mitfahrgelegenheiten vermittelt. Auf diesem Wege findet sie E, der sich durch einige Fahrten am Wochenende etwas dazu verdient. Sie ruft ihn an und fragt, ob er ihre Tochter und sie nach Bochum bringen könne und wenn ja zu welchem Preis. E äußert, dass er bereit wäre, für 200 € nach Bochum zu fahren. M ist einverstanden. Im Gegensatz zu H erscheint E pünktlich. T nimmt auf dem Beifahrersitz Platz,

M sitzt hinten. Mit zunehmender Fahrdauer zeigt E immer mehr Interesse an T. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass E bei jedem Schaltvorgang das Bein der T tätschelt und auch nicht damit aufhört, nachdem M und T ihn wiederholt dazu aufgefordert haben. Nachdem die Übergriffe des E noch zunehmen, bittet die M ihn, einen Rastplatz anzusteuern. Der Rastplatz liegt auf der Hälfte der Strecke zwischen Berlin und Bochum. Als M und T auf dem Rastplatz ausgestiegen sind, sagt M zu E: „Sie sind ein fürchterliches Ekel, mit Ihnen fahren wir keinen Meter weiter.“ Daraufhin drehen sich die beiden um, steigen in ein Taxi, das zufällig auf dem Rastplatz steht und fahren den Rest der Strecke nach Bochum. Die Fahrt mit dem Taxi kostet 300 €. Zuhause angekommen merkt T, dass ihre Hose dunkle Flecken aufweist, die durch die ölverschmutzten Hände des E verursacht wurden. Die Reinigung kostet 30 €.

## Fallfragen

- 1. Hat M gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 €?
- 2. Hat E gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 200 €?
- 3. Hat M gegen E einen Anspruch auf 300 €?
- 4. Hat T gegen E einen Anspruch auf 30 €?

## Bearbeitervermerk

Deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen.

## Lösungsvorschlag

### I. Anspruch der M gegen H auf Zahlung von 250 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

M könnte gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB haben.

#### 1. Schuldverhältnis

Dafür muss ein Schuldverhältnis zwischen M und H vorliegen.

##### a) Angebot des H durch das Einstellen der Fahrtmöglichkeit auf Internetseite

Dafür muss zunächst ein Angebot vorliegen, welches in dem Einstellen der Fahrtmöglichkeit auf der Internetseite durch H zu sehen sein könnte.

##### aa) *Invitatio ad offerendum?*

Dabei darf es sich nicht nur um eine *invitatio ad offerendum* handeln. Hier stellt das Einstellen der Fahrgelegenheit ein verbindliches Angebot und gerade keine *invitatio ad offerendum* dar, da das Angebot bei Erreichung der Höchstzahl von Mitgliedern automatisch gelöscht wird und so gerade nicht

---

\* Der Verf. Dr. Tim Husemann ist Akad. Rat a.Z., die Verf. Antje Weirauch Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Prof. Dr. Jacob Joussen) an der Ruhr-Universität Bochum. Die Autoren danken Prof. Dr. Jacob Joussen für seine wertvollen Hinweise.

die Gefahr besteht, sich Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung auszusetzen.<sup>1</sup>

*Hinweis:* Man hätte auch über eine *offerta ad incertas personas* nachdenken können. Für die Prüfung ist dies aber letztlich nicht entscheidend, da auch eine *offerta ad incertas personas* ein verbindliches Angebot darstellt.<sup>2</sup>

#### bb) Bloßes Gefälligkeitsverhältnis?

Die Vereinbarung über die Mitfahrgelegenheit könnte allerdings auch ein reines Gefälligkeitsverhältnis darstellen. Entscheidend dafür ist, ob ein Rechtsbindungswille bei M und H vorliegt. Ob ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis oder ein verbindlicher Vertrag geschlossen wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln; dazu können Kriterien wie die Art des Geschäftes, die damit einhergehenden Risiken, der Bekanntschaftsgrad der Vertragsparteien sowie andere äußere Umstände herangezogen werden.<sup>3</sup>

Hier sind M und H einander unbekannt, sodass es für einen „reinen Freundschaftsdienst“ schon an der Freundschaft fehlt. Darüber hinaus sind die AGB des Plattformbetreibers<sup>4</sup> als Auslegungshilfe entscheidend: Diese werden zwar nicht Vertragsbestandteil, jedoch erklären sich beide Vertragspartner mit ihrer Geltung im jeweiligen Verhältnis zum Plattformbetreiber einverstanden. Dies führt nicht zu einer direkten Geltung zwischen M und H, jedoch kann man aus Sicht des objektiven Empfängers davon ausgehen, dass die in den AGB enthaltenen Regelungen von denen, die über die Plattform einen Vertrag schließen, als „Spielregeln“ akzeptiert werden. Nach der Rspr. des BGH zu den sog. Ebay-Fällen<sup>5</sup> helfen bei der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB insofern die AGB des Plattformbetreibers, da Verständnislücken dann unter Rückgriff auf die durch die Anerkennung der AGB begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden können.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Auch hier kann schon auf die AGB abgestellt werden, da dort von der Abgabe eines verbindlichen Angebots gesprochen wird. Zur Einbeziehung der AGB in die Auslegung sogleich unter bb), vgl. auch Fn. 4 und 5.

<sup>2</sup> *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015, Rn. 146.

<sup>3</sup> *Joussen*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2015, Rn. 123; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2016, Rn. 95; *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 60.

<sup>4</sup> Bei den Benutzungsbedingungen handelt es sich unproblematisch um AGB im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Dieser Umstand ist hier jedoch weniger entscheidend als der, dass sich sowohl H als auch M mit der Geltung des Regelwerks einverstanden erklären.

<sup>5</sup> BGH MDR 2014, 202 Rn. 18; BGH NJW 2011, 2643 Rn. 15; BGH NJW 2002, 363 (364).

<sup>6</sup> BGH MDR 2014, 202 Rn. 18; BGH NJW 2011, 2643, Rn. 15; BGH NJW 2002, 363 (364); siehe dazu auch *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber/Holzner, Multimedia-Recht, 42. Ergänzungslieferung 2015, Teil 13.4 Rn. 169b.

Die Regelungen in den Benutzungsbedingungen regeln explizit, dass es sich bei der Einstellung einer Mitfahrgelegenheit um ein verbindliches Angebot handelt. Bei der Auslegung der Willenserklärung des H aus Sicht eines objektiven Dritten, der weiß, dass H die „Benutzungsbedingungen“ des Plattformbetreibers akzeptiert hat, lässt sich also auf einen entsprechenden Rechtsbindungswillen des H schließen. Ein wirksamer Antrag des H liegt damit vor.

*Hinweis:* In der Prüfung des Rechtsbindungswillens lag der erste Schwerpunkt der Hausarbeit. Während die Thematik der *invitatio ad offerendum* keine größeren Probleme bereiten sollte, kommt es bei der Erörterung, ob hier ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorliegt, auf die richtige Verortung der „Benutzungsbedingungen“ des Plattformbetreibers an. Es gilt, zunächst zu sehen, dass diese nicht direkt zwischen H und M gelten. Noch besser ist es, darüber hinaus die Parallele zu den so genannten „Ebay-Fällen“ zu erkennen und zu sehen, dass die „Benutzungsbedingungen“ im Rahmen der Auslegung ihre Wirkung entfalten.

#### b) Annahme der M durch Betätigen des Buttons „Mitfahren“?

Die M muss das Angebot des H wirksam angenommen haben. Die M möchte hier allein wegen ihres Interesses, nach Berlin zu reisen, einen verbindlichen Vertrag abschließen. Dies gilt aber jedenfalls schon deshalb, weil man auch im Hinblick auf die Willenserklärung der M gem. §§ 133, 157 BGB die „Benutzungsbedingungen“ der Plattform heranziehen kann.

#### c) Vertragstyp

Ist damit geklärt, dass zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen wurde, bleibt die Frage, welcher.

*Hinweis:* Eine gute Bearbeitung erkennt, dass § 280 Abs. 1 BGB lediglich das Vorliegen eines Schuldverhältnisses verlangt, und lässt die weitere Spezifizierung dahinstehen. Hier kann allerdings auch schon die Einordnung als Beförderungsvertrag diskutiert werden.

H und M haben sich darauf geeinigt, dass H die M und ihre Tochter nach Berlin fahren soll. Somit haben sie einen Beförderungsvertrag geschlossen. Bei einem solchen wird mit der Beförderung zu einem bestimmten Ziel ein Erfolg geschuldet, sodass es sich um einen Werkvertrag nach § 631 BGB handelt.<sup>7</sup> Bei einem Werkvertrag wird jedoch regel-

<sup>7</sup> BGH NJW 1974, 852 (852); *Merkle*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2016, § 631 Rn. 276; *Busch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 248.

mäßig eine Vergütung als synallagmatische Hauptleistungspflicht geschuldet,<sup>8</sup> vgl. §§ 631 Abs. 1, 632 BGB.

M und H vereinbaren jedoch gerade eine kostenlose Beförderung, sodass es hier an der vertragstypischen Pflicht des Werkvertrages fehlt. Gerade die Unentgeltlichkeit unterscheidet den Werkvertrag von einem Auftrag im Sinne des § 662 BGB, der eben wegen dieser Unentgeltlichkeit einen Gefälligkeitsvertrag darstellt.<sup>9</sup>

*Hinweis:* Dieser Punkt konnte offen gelassen werden. Wer sich jedoch entschieden hat, hier näher auf den Vertragstypus einzugehen, der sollte erkennen, dass hier kein Werkvertrag, sondern ein Auftrag vorliegt. Der Annahme eines Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht der fehlende Beitrag seitens der M entgegen, vgl. § 705 BGB.

## 2. Pflichtverletzung: Nichtleistung trotz Möglichkeit und Fälligkeit

H muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt hier eine Nichtleistung trotz Möglichkeit und Fälligkeit.

*Hinweis:* Man könnte auch auf die Idee kommen, § 671 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage zu wählen. Es handelt sich bei der Aussage des H aber wohl um keine Kündigung zur Unzeit. Eine mögliche Kündigung würde daneben auch an der Pflichtverletzung nichts ändern: H hat seine Beförderungspflicht bereits verletzt als er mit M spricht. Die Kündigung kommt zu spät. Daher scheidet ein Anspruch aus § 671 Abs. 2 BGB aus.

Des Weiteren könnte man überlegen, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB zu prüfen. Dies würde jedoch die Vereinbarung einer absoluten, nicht nachholbaren Fixschuld voraussetzen.<sup>10</sup> Dies liegt im Fall aber eher fern, weil M und T ja nicht zu einer bestimmten Veranstaltung o.ä. nach Berlin wollen.

Die Prüfung der Voraussetzungen des § 281 BGB sollte dann unproblematisch sein.

### a) Fällige, mögliche Leistungspflicht des Schuldners H

Eine fällige und mögliche Leistungspflicht des Schuldners liegt hier vor, weil H wegen des Auftrages die Beförderung nach Berlin schuldet.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu auch *Mundt*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2016, § 632 Rn. 1; *Busche* (Fn. 7), § 631 Rn. 85.

<sup>9</sup> *Merkle* (Fn. 7), § 631 Rn. 164; siehe anders OLG Köln, Urt. v. 30.4.2002 – 22 U 217/01 für die Einordnung einer Fahrgemeinschaft als Auftrag.

<sup>10</sup> Zur absoluten Fixschuld und der daraus folgenden Unmöglichkeit siehe *Riehm*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 15.7.2016, § 275 Rn. 88; *Joussen* (Fn. 3), Rn. 377; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 431.

### b) Nichtleistung

Eine Nichtleistung liegt ebenfalls vor, da H die Beförderung nicht durchführt.

### c) Trotz Fristsetzung

M muss H eine Frist gesetzt haben. An einer Fristsetzung fehlt es hier. Die Fristsetzung ist jedoch entbehrlich gem. § 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

An das Vorliegen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind im Hinblick auf den Zweck der Fristsetzung strenge Anforderungen zu stellen<sup>11</sup>. Der Schuldner muss die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Gläubiger *unmissverständlich, endgültig und ernstlich* ablehnen, sodass für den Gläubiger nicht mehr zweifelhaft sein darf, dass er unter keinen Umständen mehr mit einer freiwilligen Leistung rechnen kann.<sup>12</sup>

H teilt M mit, dass er es sich anders überlegt habe und auf gar keinen Fall nach Berlin fahren werde. M solle sich nicht so anstellen, schließlich war die Gelegenheit ja kostenlos und deshalb unverbindlich. M konnte hier unzweifelhaft nicht mehr damit rechnen, noch von H befördert zu werden.

Eine Fristsetzung war damit entbehrlich.

## 3. Vertretenmüssen

H muss die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Diese Vermutung hat H nicht widerlegt, sodass er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

*Hinweis:* Der Sachverhalt enthält keine expliziten Angaben, insofern lässt sich hier allein mit der Vermutungswirkung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB argumentieren. Es ist allerdings auch vertretbar, aus den Aussagen des H auf einen Vorsatz zu schließen. Ein Vertretenmüssen des H lag jedenfalls vor, der Sachverhalt bot keinen Anlass, die unterschiedlichen Bezugspunkte des Vertretenmüssens zu diskutieren.<sup>13</sup>

## 4. Schaden

M muss ein Schaden entstanden sein. M muss „notgedrungen“, also unfreiwillig, die Bahn nehmen, sodass der Ticketpreis einen Schaden darstellt, der nach §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB ersatzfähig ist.

## 5. Ergebnis

M hat gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.

<sup>11</sup> BGH NJW-RR 1993, 139 (140); BGH NJW 1986, 661; KG ZGS 2007, 78.

<sup>12</sup> *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.3.2011, § 281 Rn. 22; *Joussen* (Fn. 3), Rn. 590; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 617.

<sup>13</sup> Hierzu siehe *Alpmann*, in: juris PraxisKommentar zum BGB, 7. Aufl. 2014, § 281 Rn. 59; *Unberath* (Fn. 12), § 281 Rn. 12.

## II. Anspruch des E gegen M auf Zahlung von 200 € aus § 631 Abs. 1 BGB

E könnte einen Anspruch gegen M auf Zahlung von 200 € aus § 631 Abs. 1 BGB haben.

### 1. Anspruch entstanden

Dies setzt zunächst einen wirksamen Werkvertrag nach § 631 BGB zwischen M und E voraus. Die Beförderung von M und T durch E nach Bochum stellt einen Erfolg dar, den der E schuldet und für den er eine Vergütung erhalten soll, sodass es sich beim diesem Beförderungsvertrag – wie allgemein<sup>14</sup> – um einen Werkvertrag handelt.

*Hinweis:* Wegen der zu benennenden Anspruchsgrundlage muss an dieser Stelle der Vertragstypus thematisiert werden. Anders als bei der Hinfahrt ist diesmal jedoch eine Vergütung vereinbart, sodass die Einordnung als Werkvertrag leicht fallen sollte.

### 2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch des E könnte jedoch untergegangen sein.

*Hinweis:* Die Erklärung der M ließe sich auch als Kündigung im Sinne des § 649 BGB auslegen, aber die Folgen einer Kündigung helfen M nicht weiter. Sie müsste weiter die gesamte Vergütung zahlen, da der Anrechnungstatbestand des § 649 BGB nicht zu ihren Gunsten greift. Für etwaige Spritersparnisse fehlt es im Sachverhalt an Angaben.

#### a) Durch Rücktritt gem. § 346 Abs. 1 BGB?

In Betracht kommt ein Untergang durch Rücktritt der M gem. § 346 Abs. 1 BGB.

##### aa) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Dazu muss M ihren Rücktritt gegenüber E erklärt haben. Dies ist der Fall. Eine Auslegung der Erklärung der M (§§ 157, 133 BGB) ergibt den Willen der M, sich vom Vertrag zu lösen.

##### bb) Rücktrittsgrund

M muss einen Rücktrittsgrund für sich geltend machen können. In Betracht kommt hier der gesetzliche Rücktrittsgrund des § 324 BGB.

#### (1) Anwendbarkeit?

Fraglich ist, ob § 324 BGB hier überhaupt Anwendung finden kann, oder ob nicht vielmehr das werkvertragliche Gewährleistungsrecht anzuwenden ist. Doch selbst, wenn man hier das Besondere Werkvertragsrecht für grds. einschlägig hält, gelangt man zur Anwendung des § 324 BGB. Denn die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts gelten ohnehin

<sup>14</sup> *Merkle* (Fn. 7), § 631 Rn. 276; *Voit*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.2.2015, § 631 Rn. 12a; siehe anders BGHZ 62, 71 ff. betr. Luftbeförderung.

bis zur Abnahme des Werkes, nach der Abnahme sind diese dann nicht mehr isoliert anwendbar.<sup>15</sup> Bei Beförderungsverträgen ist die Abnahme aufgrund der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen, sodass an die Stelle der Abnahme gem. § 646 BGB die Vollendung des Werkes tritt.<sup>16</sup> An dieser Vollendung – dem Transport nach Bochum – fehlt es jedoch.

Die Anwendbarkeit des § 324 BGB ergibt sich aber vor allem aus einem anderen Aspekt:

§ 324 BGB berechtigt den Gläubiger deswegen zum Rücktritt, weil es ihm nicht mehr zuzumuten ist, die vertragsgemäße Leistung vom Schuldner entgegenzunehmen. Die Störungen, um die es bei § 324 geht, betreffen insoweit das Verhältnis der Vertragsparteien als Personen, nicht dagegen die von ihnen mangelfrei zu erbringenden Leistungen.<sup>17</sup> § 324 BGB ist also neben den Gewährleistungsregeln anwendbar.

*Hinweis:* Die Thematisierung der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts könnte hier auf Grund der spezielleren Regelungen im Werkvertragsrecht erfolgen, ist indes nicht zwingend.

#### (2) Voraussetzungen von § 324 BGB

Ein gegenseitiger Vertrag liegt vor, denn beim Werkvertrag sind die Erbringung der Werkleistung (hier die Beförderung) und die Pflicht zur Entrichtung der Vergütung synallagmatisch miteinander verknüpft.<sup>18</sup>

Darüber hinaus verlangt § 324 BGB, dass eine Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verletzt wurde.<sup>19</sup>

Aus dem Schuldverhältnis folgen für die Beteiligten gem. § 241 Abs. 2 BGB unterschiedliche Rücksichtnahmepflichten, hierzu gehören insbesondere Schutz-, Fürsorge-, Obhuts-, Aufklärungs- und Verschwiegenheitspflichten.<sup>20</sup> Die Rücksichtnahmepflicht kann auch durch Beleidigungen und Kränkungen des Vertragspartners verletzt werden.<sup>21</sup>

E belästigt allerdings nicht seine Vertragspartnerin M, sondern deren Tochter T.

Die Rücksichtnahmepflichten bestehen nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber den be-

<sup>15</sup> *Kober*, in: Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2016, § 634 Rn. 24; *Busche* (Fn. 8), § 634 Rn. 3.

<sup>16</sup> Zur Geltung von § 646 BGB bei Beförderungsverträgen siehe nur BGH NJW-RR 1989, 160; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1122; *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, § 646 Rn. 1.

<sup>17</sup> *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 324 Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 324 Rn. 3.

<sup>18</sup> *Merkle* (Fn. 7), § 631 Rn. 1; *Busche* (Fn. 7), § 631 Rn. 85.

<sup>19</sup> *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 689; *Stadler* (Fn. 17), § 324 Rn. 4.

<sup>20</sup> *Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, Stand: 5.8.2016, § 324 Rn. 35; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 16), § 241 Rn. 7.

<sup>21</sup> *Ernst* (Fn. 17), § 324 Rn. 12; *Stadler* (Rn. 17), § 324 Rn. 4.

sonders in die Schutzwirkung des Schuldverhältnisses einbezogenen Dritten.<sup>22</sup>

Inwieweit dies der Fall ist, lässt sich gem. § 241 Abs. 2 BGB nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmen.

Zwar schließt M hier den Beförderungsvertrag ab, dies geschieht jedoch ebenfalls zur Beförderung der T. Die sich aus dem Vertrag für den Beförderer ergebenden Schutzpflichten müssen daher nicht nur gegenüber M, sondern auch gegenüber T gelten. Dies wird noch deutlicher, wenn man sich vorstellt, die M wäre die Reise gar nicht selbst angetreten, sondern hätte lediglich ein Ticket für ihre Tochter erworben.

Auch die Belästigung<sup>23</sup> der Tochter stellt damit eine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB dar.

*Hinweis:* Die Verletzung der Nebenpflicht an sich durch das Verhalten des E dürfte unproblematisch zu bejahen sein. Ein gewisses Problembewusstsein sollte man jedoch vor dem Hintergrund entwickeln, dass hier nicht M, sondern T belästigt wird. Es gibt hier mehrere Wege, dies argumentativ zu lösen: Man kann wie hier vorgeschlagen darstellen, dass die Rücksichtnahmepflicht schon aufgrund des konkreten Vertrages auch gegenüber der T bestand. Auch möglich erscheint es hier, die Wertungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter heranzuziehen und deren Vorliegen schon hier<sup>24</sup> zu prüfen. Eine ebenfalls vertretbare Argumentation läge letztlich darin, dass die Belästigung der Tochter eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber der Mutter darstellt. Welcher Weg hier gewählt wird, ist weniger wichtig als das Problembewusstsein und die argumentative Lösung des Problems.

Dies kann auch beinhalten, sich mit der Möglichkeit eines eigenen Vertrags zwischen T und E auseinanderzusetzen, der zur Folge hätte, dass die Pflichtverletzung dort – und nicht im Vertrag zwischen M und E – zu erörtern wäre. Für die notwendige Stellvertretung der T durch M fehlt es jedoch an der erforderlichen Vertretungsmacht. Auch deutet die Aussage der M, ob E sie und ihre Tochter nach Bochum bringen könne, auf den Abschluss nur eines Vertrages hin.

Die Vorschrift des § 324 BGB verlangt zudem, dass dem Schuldner das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist.

<sup>22</sup> *Grüneberg* (Fn. 20), § 324 Rn. 3; *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 34; *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 324 Rn. 5.

<sup>23</sup> Eine sexuelle Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG im Arbeitsverhältnis eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar, vgl. BAG Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, Leitsatz der Entscheidung. Das AGG anzusprechen, wirkt sich auf die Bearbeitung positiv aus, ist aber keinesfalls erforderlich, da es Studierenden des zweiten Semesters weder bekannt noch hier letztlich einschlägig ist.

<sup>24</sup> In Aufgabe 4 wird dies ohnehin relevant.

Bei der Beurteilung sind die beiderseitigen Interessen abzuwägen.<sup>25</sup> In diesem Zusammenhang bedarf es einer Bewertung der festgestellten Pflichtverletzung daraufhin, ob sie das (weitere) Festhalten am Vertrag unzumutbar macht, also einer negativen Prognose darüber, dass insbesondere bei der (weiteren) Erbringung der Leistung ein (weiterer) Integritätsschaden droht oder dem Gläubiger der persönliche Umgang mit dem Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.<sup>26</sup>

Letzteres ist der Fall. Es ist M nicht mehr zuzumuten mit dem E weiter zu fahren und sich bzw. ihre Tochter weiteren Belästigungen auszusetzen.<sup>27</sup>

#### cc) *Teiltrücktritt?*

Es könnte allerdings statt eines Gesamtrücktritts auch nur ein Teiltrücktritt der M erfolgt sein. E hat eine Teilleistung mit Transport zum Rastplatz bewirkt – auch der Umstand, dass er dabei T sexuell belästigte, hindert die Bewirkung der Leistung nicht. Die Existenz des § 324 BGB zeigt gerade, dass eine Leistung auch bei Verletzung einer Nebenpflicht bewirkt werden kann. Diejenige Leistung, die der Gläubiger bereits erhalten hat, wird durch die Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht in der Regel nicht entwertet.<sup>28</sup>

Damit könnte M hier auch nur teilweise, d.h. im Hinblick auf die zweite Streckenhälfte, zurückgetreten sein. In § 324 BGB finden sich allerdings keine Regelungen bzgl. eines möglichen Teiltrücktritts.

Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB, die eine entsprechende Regelung des Teiltrücktritts enthält, analog heranzuziehen ist.

Eine Auffassung vertritt hier, § 323 Abs. 5 BGB müsse analog zur Anwendung kommen<sup>29</sup>: Die (Teil-)Leistung sei korrekt erbracht worden, sodass es keinen Grund gebe, diese in § 324 BGB anders zu behandeln als in § 323 BGB. Nur für die noch zu erbringende Leistung ist die insoweit nicht mehr vorhandene Vertrauensgrundlage noch nötig.<sup>30</sup> Das hieße, dass M nur dann vom gesamten Vertrag zurücktreten kann, wenn sie an der bereits erbrachten Teilleistung kein Interesse hat.

Kein Interesse besteht regelmäßig dann, wenn der Gläubiger mit der Teilleistung nichts anfangen kann.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> *Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 324 Rn. 6; *Ernst* (Fn. 17), § 324 Rn. 7.

<sup>26</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 38; *Westermann* (Fn. 22), § 324 Rn. 6; diesen präventiven Schutzgedanken ablehnend: *Ernst* (Fn. 17), § 324 Rn. 8.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 40, der als Beispiel für eine Unzumutbarkeit die Behandlung einer Patientin durch einen Arzt, der sie zuvor belästigt hat, nennt.

<sup>28</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 55; vgl. auch *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 324 Rn. 23 a.E.

<sup>29</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 55; *Ernst* (Fn. 17), § 324 BGB Rn. 14; *Grüneberg* (Fn. 20), § 324 Rn. 5.

<sup>30</sup> *Stürner*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2016, § 324 Rn. 6.

<sup>31</sup> *Schulze*, in: Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 323 Rn. 13; vgl. auch *Ernst* (Fn. 17), § 323 BGB Rn. 205.

Für das Interesse spricht, dass M Kosten spart und die Hälfte der Strecke absolviert hat.

Gegen ein Interesse spricht, dass M an einer solchen Fahrt unter den Umständen gerade kein Interesse hatte, diese war gerade unzumutbar (siehe oben): Belästigung bei jedem Schaltvorgang trotz mehrfacher Aufforderungen, dies zu unterlassen; man kann daher gut dahingehend argumentieren, dass sich das Misstrauen auch schon auf die erbrachten Leistungen bezieht.<sup>32</sup>

*Hinweis:* Beide Ansichten sind vertretbar. Je nachdem welcher Auffassung gefolgt wird, ist nur ein Teilrücktritt oder aber der Komplettücktritt möglich. Entscheidet man sich jedoch für ein Interesse der M an der Teilleistung, ist ein Streitentscheid erforderlich (siehe unten).

Eine andere Auffassung lehnt jedoch bereits die analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 BGB auf die Fälle des § 324 BGB ab,<sup>33</sup> weil § 324 BGB eine Unzumutbarkeit des Vertragsvollzugs verlange, die ihren Grund in Umständen habe, die unabhängig von der einwandfreien Leistungserbringung seien. Das Interesse/fehlende Interesse sei danach allein beim Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit zu messen.<sup>34</sup> Die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag indiziere regelmäßig ein mangelndes Interesse an der Teilleistung des Gläubigers. Darüber hinaus sei der derart vertragsbrüchige Schuldner auch nicht schutzwürdig, sodass ein Komplettücktritt nicht unbillig erscheine.

Demnach ist (nur) ein Komplettücktritt der M möglich.

*Hinweis:* Der Komplex des Teilrücktritts stellt eine Herausforderung dar. Zunächst ist die Möglichkeit, auch nur einen bloßen Teilrücktritt anzunehmen, zu sehen. In den Kommentaren zu § 324 BGB wird diese Problematik angesprochen, da aber die Norm an sich hierzu keine Anhaltspunkte bietet, ist ein Problembewusstsein hier positiv zu werten. Die Prüfung an sich kann dann so wie hier vorgeschlagen vorgenommen werden, wobei eine (sehr) gute Bearbeitung nicht den Streitstand darstellt, sondern die Voraussetzungen einer Analogie erörtert. Im Hinblick auf die diesbezüglich notwendige planwidrige Regelungslücke ist zunächst kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber die Teilleistung in § 324 BGB anders als in § 323 BGB regeln wollte.<sup>35</sup> Der Frage, ob eine vergleichbare Interessenlage vorliegt, lässt sich dann nähertreten mit den Argumenten, die bei der Wiedergabe der einzelnen Meinungen dargestellt worden sind. Wer hier die entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB bejaht, muss sich mit der Frage auseinandersetzen, ob M an der Teilleistung ein Interesse hat. Wichtig ist, dass ein

Streit nur dann entschieden wird, wenn dies für die Lösung des Falles notwendig ist.

#### b) Ergebnis

Bei Komplettücktritt: Der Anspruch des E ist untergegangen; bei Teilrücktritt: Der Anspruch des E ist zur Hälfte untergegangen.

#### 3. Endergebnis

E hat keinen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB; bei Teilrücktritt hat er noch einen Anspruch auf Zahlung von 100 €.

### III. Anspruch der M gegen E auf Zahlung von 300 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB

M könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von 300 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB haben.

#### 1. Schuldverhältnis

Wie oben geprüft, besteht zwischen den Parteien ein Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB.

#### 2. Pflichtverletzung

Die Voraussetzungen des § 282 BGB sind identisch mit denen des § 324 BGB,<sup>36</sup> deswegen kann hier nach oben verwiesen werden.

#### 3. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. E handelt zudem vorsätzlich im Sinne des § 276 BGB.

#### 4. Schaden

Unfreiwillig wurde die Inanspruchnahme des Taxis erzwungen. Insoweit hat M einen nach §§ 249, Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB ersatzfähigen Schaden erlitten.

#### 5 Rechtsfolge: Schadensersatz

Fraglich ist jedoch, in welcher Höhe M Schadensersatz von E verlangen kann. Ausgangspunkt ist die Frage, ob sich M im Rahmen der Geltendmachung der Taxikosten (300 €) nicht die Kosten anrechnen lassen muss, die sie ohnehin hätte an den E bezahlen müssen, um auch die zweite Hälfte der Strecke von ihm befördert zu werden (100 €).

*Hinweis:* Während die Prüfung des Tatbestandes keine Probleme bereiten sollte, erfordert die Prüfung der Rechtsfolge wieder ein Problembewusstsein. Die richtige Lösung ist abhängig davon, wie man sich im Rahmen der Lösung der Aufgabe 2 unter II. entschieden hat. Wichtig ist daher zunächst, dass die Lösung hier folgerichtig ist. Die Lösungen werden im Folgenden nacheinander dargestellt.

<sup>32</sup> Vgl. *Stürner* (Fn. 30), § 324 Rn. 6, der dann einen Gesamttücktritt annimmt, wenn sich Misstrauen auf schon erbrachte Leistungen bezieht.

<sup>33</sup> *Gsell* (Fn. 28), § 324 Rn. 23.

<sup>34</sup> *Gsell* (Fn. 28), § 324 Rn. 23.

<sup>35</sup> *Schwarze* (Fn. 20), § 324 Rn. 55.

<sup>36</sup> *Alpmann* (Fn. 13), § 282 BGB Rn. 3; *Ernst* (Fn. 17), § 282 Rn. 3.

a) Lösung für denjenigen, der sich unter II. für einen Gesamtrücktritt entschieden hat

§ 282 BGB gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Erfasst sind alle Schäden, die dadurch entstehen, dass die Leistung für den Gläubiger infolge der vom Schuldner zu vertretenden Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB unzumutbar wird und er deswegen von deren Erbringung Abstand nimmt.<sup>37</sup>

Die Höhe des Schadensersatzes bemisst sich nach der Differenzhypothese, d.h. es sind zwei Güterlagen miteinander zu vergleichen. Die tatsächlich durch das Schadensereignis geschaffene und die unter Ausschaltung des Ereignisses gedachte hypothetische Lage.<sup>38</sup> Bei ordnungsgemäßigem Verhalten des E wäre M mit ihrer Tochter T für 200 € von Berlin nach Bochum transportiert worden. Tatsächlich musste sie 300 € für das Taxi bezahlen, an E bezahlt sie infolge des Komplettrücktritts nichts. Somit ist ihr ein Schaden i.H.v. 100 € entstanden.

Allerdings könnte M für die erbrachte Beförderung mangels Möglichkeit der Herausgabe gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB wertersatzpflichtig sein, sodass E insofern aufrechnen könnte.

Dafür spricht, dass sich die Rechtsfolgen eines Rücktritts nach §§ 346, 324 BGB ebenfalls nach den §§ 346 ff. BGB richten. Die Beförderungsleistung kann kraft Natur der Sache nicht zurückgewährt werden, sodass Wertersatz zu leisten wäre. Dies gilt allgemein für unkörperliche Werkleistungen.<sup>39</sup> Dann könnte E von M im Hinblick auf die schon zurückgelegte Teilstrecke 100 € fordern.

*Hinweis:* Allerdings enthält der Sachverhalt keine Hinweise, dass E Wertersatz geltend macht/aufrechnen will. Daher ist es allenfalls als positiv einzuordnen, wenn das Problem gesehen und ggf. eine Wertersatzpflicht in die Schadensberechnung mit einbezogen wird.

Letztlich, dies zeigt die Existenz der Vorschrift des § 325 BGB, hat die Frage des Wertersatzes für den Gesamtausgleich keine Bedeutung. Denn im Gesamtausgleich zwischen Gläubiger und Schuldner ist die Rückabwicklung gem. §§ 346ff. BGB, zu der auch der Wertersatz gehört, nur ein Zwischenschritt. Die endgültige Lage bestimmt sich nach Maßgabe des Schadensersatzrechts, das den Gläubiger in die Lage versetzt, in der er sich bei ordnungsgemäßer Erbringung der Leistung bzw. ordnungsgemäßer Durchführung des Leistungsaustausches befände.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Benicke/Hellwig, in: Soergel (Fn. 28), § 282 Rn. 46; Grüneberg (Fn. 20), § 282 Rn. 1.

<sup>38</sup> Grüneberg (Fn. 20), vor § 249 Rn. 10; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 18.

<sup>39</sup> „Hat die Sängerin gesungen, kann der Gesang nicht zurückgegeben werden, sondern hat die Sängerin Anspruch auf Wertersatz“, Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 346 Rn. 102; Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 21.

<sup>40</sup> Schwarze (Fn. 20), § 325 Rn. 34 mit Verweis auf BGHZ 174, 290; Stadler (Fn. 17), § 325 Rn. 3.

Nimmt man zunächst eine Wertersatzpflicht der M an, würde dem E zwar ein entsprechender Anspruch i.H.v. 100 € zustehen. Im Rahmen der bei der Schadensberechnung anzustellenden Gegenüberstellung der Vermögenspositionen würde jedoch auch dieser Posten schadenserhöhend in der Bilanz zu berücksichtigen sein, sodass zunächst ein Schaden i.H.v. 200 € anzunehmen wäre, der sich nach Verrechnung mit dem Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 100 € wieder auf 100 € reduzieren würde. Es verbliebe also auch in diesem Fall bei einer Ausgleichspflicht des E i.H.v. 100 €.

Unter dieser Prämisse muss E hier letztlich 100 € an M zahlen.

b) Lösung für denjenigen, der sich unter II. für einen Teilrücktritt entschieden hat

E hat die M und die T bereits bis zur Hälfte der Strecke gefahren, insofern eine Teilleistung erbracht. § 282 BGB trifft keine Regelung für den Fall, dass der Schuldner bereits eine Teilleistung bewirkt hat.

Möglicherweise kommt jedoch eine analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht,<sup>41</sup> demzufolge im Falle einer Teilleistung der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat.

*Hinweis:* Da es sich bei §§ 324-282 und 323-281 BGB jeweils um Parallelnormen handelt, ist die Diskussion um die analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB an dieser Stelle nur die konsequente Fortführung der Überlegung zur analogen Anwendung im Rahmen des § 323 BGB. Deshalb sollte man sich an dieser Stelle konsequent verhalten, d.h. erstens eine analoge Anwendung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB bejahen ebenso wie das Interesse an der Teilleistung. Hinsichtlich der Argumentation zur analogen Anwendung kann ebenso wie zur Frage, ob M ein Interesse an der Teilleistung hat, nach oben, d.h. zu den Ausführungen unter II., verwiesen werden.

Wer oben einen Teilrücktritt angenommen hat, müsste demzufolge auch hier das Interesse der M an der Teilleistung bejahen, was dazu führt, dass M hier keinen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann. Dies führt allerdings nicht dazu, dass der Schuldner bloß die Teilleistung erhält, sondern darüber hinaus auch den so genannten „kleinen Schadensersatz“.<sup>42</sup>

Im Rahmen des „kleinen Schadensersatzes“ kann er verlangen, so gestellt zu werden, als ob gehörig erfüllt worden wäre.<sup>43</sup> Der zu erstattende Minderwert wird bestimmt durch den Unterschied zwischen dem Wert der empfangenen Leis-

<sup>41</sup> Parallele Problematik zum Teilrücktritt oben. Wer oben eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 BGB angenommen hat, sollte konsequenterweise auch § 281 Abs. 1 S. 2 BGB analog annehmen.

<sup>42</sup> Ernst (Fn. 17), § 281 Rn. 142; Benicke/Hellwig (Fn. 37), § 282 Rn. 30, 47.

<sup>43</sup> Unberath (Fn. 12), § 281 Rn. 67; Grüneberg (Fn. 20), § 281 Rn. 45.

tung und dem Wert, den die Leistung hätte, wenn sie „wie geschuldet“ erbracht worden wäre,<sup>44</sup> d.h. der Anspruch richtet sich auf Ersatz des Wertunterschiedes zwischen mangel-freiem und mangelhaftem Werk.<sup>45</sup> Dieser kann nach dem niedrigeren Preis bemessen werden, zu dem der Vertrag in Kenntnis des Mangels abgeschlossen worden wäre, aber auch nach den erforderlichen Kosten zur Herstellung einer mangel-freien Leistung.<sup>46</sup>

Wenn gehörig erfüllt worden wäre, wäre M mit ihrer Tochter T für 200 € von Berlin nach Bochum befördert worden. Tatsächlich musste sie insgesamt 400 € aufwenden, 100 € an E, weil sie nur teilweise vom Vertrag zurückgetreten ist und 300 € für das Taxi, das die Leistung des E ersetzen musste.

M schuldet E also Schadensersatz i.H.v. 200 €.

*Hinweis:* Diese Schadensproblematik stellt den Schwerpunkt in der Prüfung des dritten Anspruchs dar und sollte sich in der jeweiligen Ausarbeitung weit weniger kompliziert darstellen lassen als hier in der Lösungsskizze. Dies liegt daran, dass man zunächst im Hinblick auf die Frage des Teilrücktritts konsequent sein muss. Wer diesen oben bejaht, muss auch hier analoge Anwendung des § 281 Abs. 2 S. 2 BGB bejahen.

Darüber hinaus sollte im Rahmen der Ausführungen zum Schadensersatz ein Problembewusstsein im Hinblick auf den Umstand gezeigt werden, dass M mind. 100 € „spart“, die sie nicht an E zahlen muss und die Eingang in die Schadensberechnung finden müssen.

#### 6. Ergebnis

M hat gegen E bei Annahme eines Gesamtrücktritts einen Anspruch auf Zahlung von 100 €, bei Annahme eines Teilrücktritts einen Anspruch auf Zahlung von 200 € aus §§ 280 Abs. 1, 3, 282 BGB.

*Hinweis:* Durch dieses Ergebnis bei der Prüfung des Schadensersatzanspruchs ist es für das Endergebnis nicht erheblich, ob ein Teilrücktritt angenommen wird oder nicht. Der finanzielle Ausgleich zwischen den Parteien ist in der Gesamtschau identisch.

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, muss man beachten, dass infolge der Aufgabenstellung in Frage 2 ein Posten aus der Gesamtsaldierung, die zur Berechnung der Höhe des Schadensersatzes durchzuführen ist, herausgenommen wurde. Deswegen muss die Schadensersatzberechnung in Frage 3 berücksichtigen, ob M infolge der Beantwortung von Frage 2 100 € an E zahlen muss oder nicht.

Die Wertersatzpflicht, die man bezogen auf M im Falle des Gesamtrücktritts für die nicht zurückzugebende Be-

förderung annehmen könnte, ist innerhalb dieser Schadensberechnung ein „durchlaufender Posten“, der – wenn geltend gemacht – ihren Schadenersatzanspruch entsprechend erhöhen würde und deswegen für das rechnerische Ergebnis der Gesamtsaldierung nicht von Bedeutung ist.

#### IV. Anspruch der T gegen E auf Zahlung von 30 € aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

T könnte einen Anspruch gegen E auf Zahlung von 30 € aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haben.

##### 1. Schuldverhältnis

Zwischen T und E direkt besteht kein Schuldverhältnis, denn M schließt den Vertrag mit E.

T könnte aber in den Vertrag zwischen E und M über die Grundsätze eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter einbezogen worden sein.

*Hinweis:* Vertretbar wäre es auch, einen Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB anzunehmen. Dazu ist eine entsprechende Auslegung des Telefonats von M und E erforderlich. Bejaht man diesen, erwirbt T einen eigenen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Mangels konkreter Sachverhaltsangaben, ob T berechtigt sein sollte, selbst die Leistung von E zu verlangen, liegt jedoch die Ablehnung eines Schuldverhältnisses zwischen T und E und die Prüfung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter näher.

##### a) Dogmatische Anknüpfung

Die konkrete dogmatische Anknüpfung ist umstritten, vertreten wird eine ergänzende Vertragsauslegung, die Wertung des § 328 Abs. 2 BGB, die Heranziehung des § 242 BGB oder des § 311 Abs. 3 BGB.<sup>47</sup>

*Hinweis:* Die Rechtsfigur ist jedoch allgemein anerkannt, sodass eine nähere Auseinandersetzung mit der dogmatischen Anknüpfung nicht erwartet wird.

##### b) Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Es müssten aber auch die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegen.

##### aa) Leistungsnähe

Leistungsnähe liegt vor, wenn der Dritte bestimmungsgemäß den gleichen Gefahren des Schuldverhältnisses in gleicher Weise ausgesetzt ist wie der Gläubiger.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Ernst (Fn. 17), § 281 Rn. 132; Grüneberg (Fn. 20), § 281 Rn. 45.

<sup>45</sup> BGHZ 96, 283 (287); 108, 156 (159); Unberath (Fn. 12), § 281 Rn. 67; Schulze (Fn. 31), § 281 Rn. 18.

<sup>46</sup> Alpmann (Fn. 13), § 281 Rn. 116; Unberath (Fn. 12), § 281 Rn. 67.

<sup>47</sup> Janoschek, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 328 Rn. 46; Joussem (Fn. 3), Rn. 1205; Looschelders (Fn. 3), Rn. 160 ff.

<sup>48</sup> Stadler (Fn. 17), § 328 Rn. 24; Joussem (Fn. 3), Rn. 1210; Looschelders (Fn. 3), Rn. 165.



T kommt bestimmungsgemäß wie M mit dem Transport des E in Kontakt. Diese Voraussetzung ist somit erfüllt.

#### bb) Gläubigernähe

Gläubigernähe liegt vor, wenn der Gläubiger ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages hat. Das ist schon dann der Fall, wenn der Dritte mit der im Vertrag versprochenen Leistung bestimmungsgemäß in Kontakt kommen soll.<sup>49</sup>

M ist am „Wohl und Wehe“ der Tochter gem. § 1626 Abs. 1 BGB und damit an ihrer Einbeziehung interessiert, sodass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

#### cc) Erkennbarkeit

Des Weiteren muss die Einbeziehung des Dritten für den Schuldner erkennbar sein.<sup>50</sup>

M bucht ausdrücklich einen Platz für sich und ihre Tochter. Die Einbeziehung der T war für E mithin erkennbar.

#### dd) Schutzbedürftigkeit des Dritten

Schließlich muss T schutzbedürftig gewesen sein. Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn der Dritte keinen eigenen vertraglichen Anspruch hat, der den gleichen oder doch zumindest gleichwertigen Inhalt hat.<sup>51</sup>

Da kein eigener vertraglicher Anspruch der T ersichtlich ist, ist sie auch schutzbedürftig.

#### c) Ergebnis

T wurde über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wirksam in den Vertrag zwischen M und E einbezogen. Somit liegt ein Schuldverhältnis vor.

*Hinweis:* Die Prüfung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bildet den Schwerpunkt in der Prüfung des vierten und letzten Anspruchs und ist sicherlich der einfachste der Schwerpunkte. Hier können evtl. Fehler aus den vorherigen Prüfungen ausgeglichen werden. Umso schwerer wiegt es jedoch, wenn dieser Schwerpunkt nicht erkannt bzw. ordentlich geprüft wird.

#### 2. Pflichtverletzung

E muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Durch sein Verhalten verletzt E das Eigentum der T. Das dies nicht passiert, ist mindestens Nebenpflicht des E, die sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergibt. Mit entsprechender Argumentation lässt sich jedoch auch begründen, dass im Rahmen des Beförderungsvertrags die Hauptpflicht dahin geht, dass eine

Beförderung nicht irgendwie stattfinden muss, sondern die Passagiere frei von Schäden ihren Bestimmungsort erreichen.<sup>52</sup>

#### 3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

E muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben. E handelt vorsätzlich, wenn man ihm die Kenntnis seiner verschmutzten Hände unterstellt. Lehnt man dies ab, handelt er jedoch zumindest fahrlässig im Sinne von §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1, 2 BGB.

#### 4. Schaden

Die T wendet für die Reinigung unfreiwillig 30 € auf. Ein ersatzfähiger Schaden liegt vor.

#### 5. Ergebnis

T hat einen Anspruch auf Zahlung von 30 € gegen E aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

<sup>49</sup> Westermann (Fn. 22), § 328 Rn. 13b; Jousen (Fn. 3), Rn. 1212 f.; es muss hier nicht thematisiert werden, ob ein einfaches vertragliches Schutzinteresse oder eine darüberhinausgehende Schutzpflicht erforderlich ist, da M eine Schutzpflicht trifft, vgl. dazu Jousen (Fn. 3), Rn. 1213.

<sup>50</sup> Janoschek (Fn. 47), § 328 Rn. 53; Jousen (Fn. 3), Rn. 1217; Looschelders (Fn. 3), Rn. 168.

<sup>51</sup> Janoschek (Fn. 47), § 328 Rn. 54; Jousen (Fn. 3), Rn. 1218; Looschelders (Fn. 3), Rn. 169.

<sup>52</sup> Wie sich die Bearbeiter hier entscheiden, hat letztlich keinen Einfluss auf die weitere Prüfung, da sowohl die Verletzung von Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB als auch von drittbezogenen Leistungspflichten zu Ansprüchen aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter führen kann, vgl. Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 177 f.