



**Hausarbeit Zivilrecht WiSe 2018/2019  
(Prof. Dr. Gregor Bachmann)**

**Aufgabe 1 (Wertung 85 %)**

Alexander (A) ist begeisterter Fußballspieler. Sein großes Idol ist der Nationalspieler Marco Reus. Deshalb hat A bereits Frisur und Auftreten von Marco Reus übernommen, allerdings fehlt noch ein entscheidendes Detail: Ein Unterarmtattoo mit dem eigenen Vornamen. A hatte bereits vor über einem Jahr mit seinem Vater (V) – die Mutter des A ist schon lange verstorben – über solch ein Tattoo gesprochen. Dabei hatte V, der selbst tätowiert ist, A noch abgeraten: Solch ein Tattoo sei zu „präsent“ und überhaupt sei A „für sowas noch zu jung“. A hatte das Tattoo-Vorhaben deshalb vorerst nicht weiterverfolgt, seither haben A und V nicht mehr darüber gesprochen.

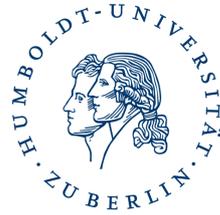
Seit einigen Monaten arbeitet A mit Zustimmung des V als Aushilfe in einer Bäckerei und hat sich so ein wenig Geld angespart. Als er genug zusammen hat, geht A – der wenige Tage zuvor seinen 17. Geburtstag gefeiert hat – in das nächste Tattoostudio des Torsten (T) und verlangt, das Kürzel seines Vornamens („Alex“) auf den Unterarm tätowiert zu bekommen. T bespricht die Details mit A – der Name soll in einer kunstvoll verschnörkelten Schrift gestochen werden, die Anfertigung soll angemessene 100 Euro kosten – und klärt ihn über die mit dem Eingriff verbundenen Schmerzen und möglichen Folgeprobleme auf (Jucken, Entzündungen etc.). A willigt ein, T sticht sodann das Tattoo. A ist – auch wenn er auf Grund der Rötung und Schwellung der Haut nicht viel erkennen kann – zufrieden und zahlt den vereinbarten Preis aus seinem ersparten Arbeitslohn.

**a) T ist der Meinung, zwischen ihm und A sei ein wirksames Vertragsverhältnis zustande gekommen. Hat er Recht?**

Wenige Wochen später nachdem die obligatorische Rötung der Haut aufgehört hat, entdeckt A, dass die Buchstaben – was zutrifft – wegen einer Unaufmerksamkeit des T unproportional gestochen sind: Das „X“ ist etwas größer geraten als die restlichen Buchstaben, zudem sind manche Zeichen mit mehr Schnörkeln versehen als andere. Hautirritationen oder Schmerzen hat A keine. Die Fehler sind durch eine erneute kurze Tätowierung leicht auszubessern, T wäre auch bereit dazu. A will sich auf den „Pfuscher“ T aber nicht mehr verlassen und lässt sich stattdessen das gesamte Tattoo mittels einer Laserbehandlung, die übliche 600 Euro kostet, entfernen.

**b) Kann A von T Ersatz für die Kosten der Laserbehandlung verlangen? Gehen Sie davon aus, dass V diesmal über das gesamte Vorgehen informiert war, in alle Handlungen des A eingewilligt hat und auch damit einverstanden gewesen wäre, dass T die Tätowierung des A ausbessert. Bitte prüfen Sie alle in Betracht kommenden Ansprüche!**

**+++ Fortsetzung auf nächster Seite! +++**



**Aufgabe 2 (Wertung 15 %)**

Monate später möchte A, mittlerweile volljährig, einen neuen Fußball erwerben. Im Sporthaus des Boris (B) findet er das Modell „Strike-Star“, das sonst überall 69 Euro kostet, zu einem günstigen Preis (50 Euro). A und B werden sich schnell einig.

Allerdings muss A schon beim ersten Spielen feststellen, dass das Ventil einen Herstellungsfehler aufweist: Bereits nach kurzer Zeit verliert der Ball an Luft und ist damit nicht nutzbar. B konnte diesen Fehler nicht erkennen. Obwohl B in seinem Sporthaus mangelfreie Bälle aus der Serie „Strike-Star“ vorrätig hat, verlangt A Rückzahlung des Kaufpreises.

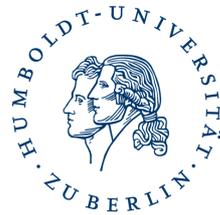
**a) Zu Recht?**

**b) Angenommen, B hat sein Sporthaus im europäischen Ausland und es gilt nicht deutsches Recht, sondern bereits das „Gemeinsame Europäische Kaufrecht“ (GEK). Prüfen Sie skizzenhaft, ob A nach GEK Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann.**

**Hinweis:** Der Text des Kommissionsvorschlags für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht (Stand: 11.10.2011) ist abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:DE:PDF> (ab S. 34)

Fragen der Anwendbarkeit des GEK sind nicht zu prüfen!

**Allgemeine Bearbeitungshinweise:**

- Bitte gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – ein!
- Die Bearbeitung darf 20 Seiten nicht überschreiten (Schriftart: Times New Roman, Schriftgröße: 12, 1,5-facher Zeilenabstand).
- Bitte versehen Sie die Seiten mit einem Korrekturrand (1/3, linksseitig)
- Abgabefrist: Montag, **08. April 2019**, 9-16 Uhr im Sekretariat des Lehrstuhls Prof. Bachmann (Kommode, Raum 329c) oder per Post mit Poststempel vom 08.04.2019. Keine Abgabe beim Pförtner!
- Rückgabe: Beim Besprechungs- und Ausgabetermin (wird noch bekannt gegeben). Nach dem Besprechungstermin können bestandene Hausarbeiten beim jeweiligen Lehrstuhl abgeholt werden. Wenn Sie wünschen, dass Ihre Hausarbeit nur gegen Vorlage Ihres Lichtbildausweises zurückgegeben wird, kennzeichnen Sie bitte das Deckblatt oben rechts mit einem großen „A“.

**Schlussversicherung:**

- Der Hausarbeit ist eine Schlussversicherung auf einem gesonderten Blatt beizufügen, die wie folgt abzufassen ist:

„Hiermit versichere ich, dass ich die Arbeit ohne fremde Hilfe und nur mit den von mir angegebenen Hilfsmitteln angefertigt habe. Sämtliche Quellen, einschließlich Internetquellen, die unverändert oder abgewandelt wiedergegeben werden, sind als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass bei Verstößen gegen diese Grundsätze ein Verfahren wegen Täuschungsversuchs bzw. Täuschung eingeleitet wird.

Datum/Unterschrift“

**Allgemeine Hinweise zur möglichen Nutzung verfügbarer Online-Informationssysteme:**

- Bitte nutzen Sie für die Bearbeitung der Aufgabe auch die juristischen Datenbanken und Fachinformationssysteme [1], die elektronischen Zeitschriften [2] sowie das E-Book-Angebot [3] der Humboldt-Universität. Die Datenbanken »Beck online« und »jurisWeb« sind ausschließlich in den Computerpools, Bibliotheken und anderen Räumen der Humboldt-Universität nutzbar; die übrigen Angebote können über einen VPN-Zugang [4] auch von außerhalb der Universität genutzt werden.
- Zusätzlich zum Angebot des drahtlosen Netzwerkzugangs per WLAN [5] besteht an den Notebookarbeitsplätzen der Zweigbibliothek Rechtswissenschaften die Möglichkeit, nach Registrierung des Notebooks im Computerpool [6] einen kabelgebundenen Netzwerkzugang zu nutzen.

[1] <http://www.rewi.hu-berlin.de/ri/>

[2] <http://www.ub.hu-berlin.de/literatur-suchen/zeitschriften/elektronische-zeitschriften-1/elektronische-zeitschriften>

[3] <http://www.ub.hu-berlin.de/literatur-suchen/e-books/elektronische-bucher-ebooks>

[4] <http://www.cms.hu-berlin.de/dl/netze/vpn/>

[5] <http://www.cms.hu-berlin.de/dl/netze/wlan/>

[6] <http://www.rewi.hu-berlin.de/rewi/sik/pool>



## Lösungshinweise

**Allgemeine Hinweise an die Korrekturassistenten/innen:** Diese Lösungshinweise erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit! Gerade im Rahmen einer Hausarbeit ist es nicht unüblich, dass die Bearbeitende alternative Lösungswege entwickeln. Nur weil diese hier nicht auftauchen, sind sie noch lange nicht „unvertretbar“ oder ähnliches. Sofern eine Bearbeitung von der hier gewählten Lösung abweicht, ist dies – sofern der Weg nachvollziehbar begründet wurde – nicht schlechter zu bewerten als ein „Treffer“ der Lösungsskizze. Da die Erfahrung lehrt, dass letzteres trotzdem oft besser bewertet wird, werden in den nachstehenden Lösungshinweisen die Ergebnisse bewusst offen gelassen. Entscheidend ist immer die Qualität der Argumentation!

Natürlich muss nicht jeder aufgeführte Literaturhinweis in der Lösung der Bearbeitenden auftauchen, entscheidend ist, dass eine angemessene Auseinandersetzung mit dem Schrifttum stattgefunden hat. Bitte berücksichtigen Sie für die Bewertung auch die unten stehenden Anmerkungen zum Erwartungshorizont der jeweiligen Aufgabe.

### Aufgabe 1 a)

#### Wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB<sup>1</sup>

T ist der Meinung zwischen ihm und A bestünde ein wirksames Vertragsverhältnis. In Betracht kommt ein Werkvertrag, gem. § 631.

#### **A. Vertragsschluss**

A und T haben vereinbart, dass T den Unterarm des A tätowiert. Bei einer Tätowierung kommt es nicht darauf an, lediglich eine Leistungshandlung zu erhalten, sondern es ist für einen Kunden besonders wichtig, den sich vorgestellten und vor Beginn der Arbeit besprochenen Tätowierungserfolg im Sinne einer künstlerisch wertvoll aussehenden und den Einzelvorstellungen des Bestellers entsprechenden Arbeit zu erhalten.<sup>2</sup> Geschuldet ist damit ein Erfolg, nicht nur eine Handlung. Es handelt sich um einen **Werkvertrag iSd. § 631**.<sup>3</sup>

**Hinweis:** Wie die Bearbeitenden die folgende Prüfung rund um die Minderjährigkeit des A aufbauen ist nicht entscheidend, wichtig ist allein, dass sie Stringenz erkennen lässt. Üblicherweise wird die beschränkte Geschäftsfähigkeit bereits am Merkmal der Willenserklärung geprüft, da § 107 sich darauf bezieht.<sup>4</sup> Allerdings wird insb. von *Leenen*<sup>5</sup> – mit durchaus beachtlichen Argumenten – vorgeschlagen, die beschränkte Geschäftsfähigkeit in toto als Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts zu prüfen (arg: Wortlaut des § 108 „Wirksamkeit des Vertrags“). Die hiesigen Lösungshinweise orientieren sich eng am Wortlaut des Gesetzes, dass zwischen der Wirksamkeit der Willenserklärungen (§§ 107, 131 II) und der des Rechtsgeschäfts (§§ 108, 110) unterscheidet. Von den Bearbeitenden muss nicht verlangt werden, dass sie derart in die Tiefe gehen, es genügt, wenn sie sich mit den § 107 ff. auseinandersetzen und das Spannungsfeld zu § 131 II verschweigen, da dies auch in der Literatur nicht unüblich ist.<sup>6</sup> Wer dennoch auf § 131 II eingeht, bekommt „Pluspunkte“

A und T müssen sich aber auch wirksam geeinigt haben. Dies ist deshalb zweifelhaft, da A im Zeitpunkt des Vertragsschlusses 17 Jahre alt, mithin beschränkt geschäftsfähig ist, §§ 2, 106

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

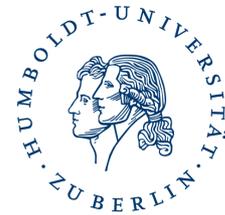
<sup>2</sup> So AG Heidelberg, NJW-RR 2003, 19.

<sup>3</sup> Allgemeine Meinung, vgl. LG Kassel, NJW-RR 2009, 1685; AG München, NJW 2012, 2452; Palandt/*Sprau*, BGB, Einf. v. § 631 Rn. 28; Jauernig/*Mansel*, Vorb. zu § 631 ff. Rn. 4 ff.; *Hauck*, NJW 2012, 2398 (2398).

<sup>4</sup> Vgl. *Faust*, BGB-AT, S. 137 ff.

<sup>5</sup> *Leenen*, BGB-AT, S. 408 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa den Rat bei *Fritzsche*, Fälle BGB-AT, S. 190; auch in den Standardkommentaren findet sich dazu in der Regel nichts.



BGB. Nach § 107 bedarf eine Willenserklärung, die nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters – hier des V. Die Willenserklärung des A ist auf das Zustandekommen eines Werkvertrags gerichtet. Der Werkvertrag ist aber gerade ein entgeltlicher Vertrag, der Besteller – hier A – verpflichtet sich den Werklohn zu zahlen. Folglich ist eine auf den Abschluss eines Werkvertrags gerichtete Willenserklärung für den Minderjährigen nicht nur rechtlich vorteilhaft, der gesetzliche Vertreter muss einwilligen. V wusste jedoch von dem Vorgang nichts und hat folglich auch nicht seine Einwilligung erteilt. Die Willenserklärung des A ist somit – zunächst – **mangels Einwilligung unwirksam, § 107.**<sup>1</sup>

**Hinweis:** Es ließe sich – durchaus spitzfindig – argumentieren, dass bei einem Werkvertrag erst die Abnahme für den Minderjährigen rechtlich nachteilig ist, da erst dann der Werklohn fällig wird, § 641 I 1. Indes treten aber schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses rechtliche Nachteile für den Besteller ein: Ihn treffen die allgemeinen vertraglichen Schutz- und Rücksichtspflichten (§ 241 II), deren Verletzung zu Schadensersatzansprüchen des Unternehmers führen kann, zudem ist er mitunter aus den Gefahrtragsregeln zur (anteiligen) Vergütung verpflichtet (vgl. 642 I, 645 I).

Aus dem Sachverhalt wird zudem nicht mit letzter Sicherheit klar, wie sich die Einigung genau vollzog, ob A oder T das Angebot gemacht und wer dementsprechend die Annahme erklärt hat. Genau dies soll nach h.M. aber für die **Wirkungen des § 131 II** entscheidend sein. Danach wird eine Willenserklärung, die einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben wird, erst mit Zugang zum gesetzlichen Vertreter wirksam, sofern die Erklärung nicht lediglich rechtliche Vorteile bringt. Daraus wird geschlossen, dass ein *Angebot* mit Zugang beim beschränkt Geschäftsfähigen wirksam werde, da dieses ihm keine Nachteile bringt, sondern, im Gegenteil, seine rechtlichen Handlungsmöglichkeiten erweitert. Macht jedoch der beschränkt Geschäftsfähige das Angebot und erklärt der Vertragspartner die *Annahme*, so soll, sofern das nun entstandene Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, die Annahme des Vertragspartners erst mit Zugang beim gesetzlichen Vertreter wirksam werden.<sup>2</sup> Folgt man dem, so ergäbe sich folgendes **Dilemma**: Die Willenserklärung des A ist wegen § 107 unwirksam, gleiches gilt mitunter für die Willenserklärung des T, da diese dem V nie zugegangen ist. An sich fehlt somit jede Basis für einen Vertragsschluss.<sup>3</sup>

*Heinemeyer* (JuS 2014, 612 (614)) argumentiert für einen ganz ähnlich gelagerten Fall, dass die Annahmeerklärung (hier des T) deshalb rechtlich vorteilhaft wäre, weil sie zu einem schwebend unwirksamen Geschäft führt, also die Rechtsmacht des Minderjährigen vergrößert. Diese Argumentation ist zirkulär, weil dann jedes Rechtsgeschäft immer rechtlich vorteilhaft wäre. § 131 geht es (genauso wie § 107) aber um die vorgelagerte Frage, ob es überhaupt einer Einwilligung bedarf. Sollten sich Bearbeiter aber hier auf die Darstellung von Heinemeyer berufen, ist dies nicht als schwerer Fehler zu werten.

Fraglich ist jedoch, wie sich §§ 108, 110 hierzu verhalten. Ihrem Wortlaut nach beziehen sich die Vorschriften auf die *Wirksamkeit des Vertrags* – und eben nicht wie §§ 107, 131 II auf die Wirksamkeit der Willenserklärung. Ein wirksamer Vertrag ohne zunächst wirksame Erklärungen ist aber an sich denklogisch nicht möglich.<sup>10</sup> Blicke man hier stehen, wären §§ 108, 110 aber nahezu wirkungslos. Die Normen überbrücken deshalb sowohl den Mangel der Willenserklärung des Minderjährigen, der darauf beruht dass die Voraussetzungen des § 107 nicht gegeben sind, als auch den (eventuellen) Mangel der Willenserklärung des Vertragspartners, weil diese dem gesetzlichen Vertreter hätte zugehen müssen (§ 131 II).<sup>11</sup> Sind die Voraussetzungen der §§ 108, 110 einschlägig, ist somit das Vertragsverhältnisses *als Ganzes* von möglichen Mängeln, die auf der Minderjährigkeit beruhen, „**geheilt**“.

<sup>1</sup> So jedenfalls die h.M., vgl. *Faust*, BGB-AT, S. 138, aA. *Leenen*, BGB-AT, S. 124 ff.; 410: Die Vorschrift des § 107 enthalte keine Rechtsfolge, vielmehr sei allein § 108 I der Hebel.

<sup>2</sup> Statt vieler MüKo/*Einsele*, § 131 Rn. 5.

<sup>3</sup> Eingehend *Faust*, BGB-AT, S. 138 f.; *Leenen*, BGB-AT, S. 410 ff

<sup>10</sup> Vgl. *Leenen*, BGB-AT, S. 408 f.

<sup>11</sup> Eingehend *Faust*, BGB-AT, S. 138 f.

## B. Wirksamkeit des Vertrags wegen § 110? (Schwerpunkt!)

**Hinweis:** Es ist in Ordnung, wenn die Bearbeiter – in der gebotenen Kürze – eine bestehende Einwilligung nach § 107 prüfen und ablehnen.

Der Werkvertrag (als Ganzes) könnte **wegen § 110 BGB wirksam** sein. Auf den ersten Blick scheint dies auch der Fall zu sein: A hat den Werklohn mit seiner Bezahlung aus der Bäckerei bewirkt, V hatte dieser Tätigkeit zuvor ausdrücklich zugestimmt. Es ist anerkannt, dass der Arbeitslohn aus einer beruflichen Tätigkeit, die der Minderjährige mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters aufgenommen hat, als „überlassenes Mittel“ iSd. § 110 anzusehen ist.<sup>12</sup> In – freilich unausgesprochener – Anknüpfung an diese Grundsätze hat kürzlich auch das AG München entschieden, dass der mit Arbeitsentgelt bewirkte, für die Zahlung einer Tätowierung bestimmte, Werklohn § 110 BGB unterfällt und der Vertrag somit wirksam ist.<sup>13</sup>

**Hinweis:** Möglicherweise biegen Bearbeitende an dieser Stelle falsch ab und gehen auf die – hier überflüssige – Streitfrage ein, ob auch die *Arbeitskraft* des Minderjährigen als Mittel iSd. § 110 BGB anzusehen ist (eingehend MüKo/Spickhoff, § 110 Rn. 22 f.). Darum geht es hier aber nicht: Denn an der Wirksamkeit des Arbeitsvertrages mit der Bäckerei bestehen keine Bedenken (V hat zugestimmt!) und dies ist auch nicht gefragt. Einzig relevant ist die zu bejahende Frage, ob die *durch die Arbeitskraft erworbenen Mittel*, Mittel iSd. § 110 BGB darstellen.

Auch sind **§§ 112, 113 nicht einschlägig**. § 112 schon deshalb nicht, da A in der Bäckerei angestellt ist, also kein selbstständiges Erwerbsgeschäft betreibt und § 113 muss ausscheiden, da der Vertrag über das Tattoo nicht die Eingehung oder Aufhebung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betrifft.

### I. Einschränkende Auslegung des § 110 BGB?

Allerdings versteht die h.M. § 110 BGB gegen seinen Wortlaut **nicht als gesetzliche Generalermächtigung** des Minderjährigen in Ausnahme zu § 107. Der Minderjährige soll also nicht mit den zur freien Verfügung überlassenen Finanzmitteln nach Belieben Bargeschäfte abschließen können (sog. „totales Taschengeld“), sondern § 110 wird als **Sonderfall der Einwilligung nach § 107** angesehen und damit vorrangig als *Auslegungsregel* eingestuft: In der Überlassung des Geldes oder in der Zustimmung zu seiner Überlassung durch einen Dritten, soll eine konkludente Einwilligung des gesetzlichen Vertreters dergestalt liegen, dass der Minderjährige Verträge, *die mit den überlassenen Mitteln sofort bewirkt werden*, abschließen darf.<sup>14</sup> Die genaue Ausgestaltung und Reichweite dieser besonderen Einwilligung beurteile sich aber – wie auch im § 107 – nach dem *Innenverhältnis* zwischen dem Minderjährigen und dem gesetzlichen Vertreter.<sup>15</sup> Rechtsgeschäfte, die mit den Erziehungszielen der gesetzlichen Vertreter nicht übereinstimmen, sollen deshalb auch nicht nach § 110 BGB wirksam werden.<sup>16</sup> Auf den guten Glauben des Vertragspartners, dass die Voraussetzungen § 110 BGB vorliegen, soll es – wie im sonstigen Minderjährigenrecht auch – nicht ankommen.<sup>17</sup>

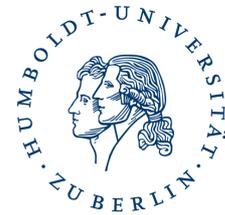
<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW 1977, 622 (623); Bork, BGB-AT, Rn. 1018; Mäsch, JuS 2012, 748 (748); Kalscheuer/Bürger, JURA 2012, 874 (875).

<sup>13</sup> Vgl. AG München, NJW 2012, 2452.

<sup>14</sup> Faust, BGB-AT, S. 133 bringt das anschaulich auf den Punkt: „Der Unterschied zwischen der Einwilligung nach § 107 und der Einwilligung nach § 110 liegt also darin, dass es Erstere dem beschränkt Geschäftsfähigen ermöglicht sich zu verschulden, Letztere nicht.“

<sup>15</sup> So die h.M., statt vieler Bork, BGB-AT, Rn. 1020 f.; anders Leenen, BGB-AT, S. 165 ff. (mwNw.).

<sup>16</sup> Anschaulich AG Freiburg NJW-RR 1999, 637 (638) zum Kauf einer Airsoft-Spielzeugpistole: „Mußte der Minderjährige annehmen, daß sich die in der Überlassung liegende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auf ein konkretes Geschäft nicht beziehen sollte, so ist ein solcher Vertrag selbst dann nicht



Gerade für den Fall einer Tätowierung hat *Hauck* deshalb einen **immanenten Vorbehalt** bejaht: Die Tätowierung begründe einen Eingriff in die körperliche Integrität und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen. Da die Rechtsordnung diese ausweislich der § 823 I BGB, Art. 2 I, 1 I GG in besonderer Weise schütze, spreche hier viel für eine restriktive Anwendung des § 110 BGB. Stets müssten sorgfältig die Erziehungsziele der Eltern einbezogen werden, von einem generellen Einverständnis könne bei einem derart folgenreichen Geschäft nicht ausgegangen werden. Da der Vertragspartner des Minderjährigen die Beweislast für die Anwendbarkeit des § 110 trage,<sup>18</sup> müsse in Zweifelsfällen davon ausgegangen werden, dass ein Tattoo nicht den Erziehungszielen der Eltern entspricht.<sup>19</sup> *Götz* sieht das ganz ähnlich und führt zudem an, dass § 110 Verträge deshalb für wirksam erachte, weil der Minderjährige keine langfristige finanzielle Belastung eingeehe. Genau das könne bei einer Tätowierung, die möglicherweise Krankheiten(-kosten) hervorrufe, der Fall sein.<sup>20</sup>

Im Ergebnis noch schärfer argumentieren *Kalscheuer/Bünger*: Zwar sehen sie anders als die h.M. § 110 im Ausgangspunkt nicht als Spezialfall einer Einwilligung nach § 107, sondern als Ausnahme („ohne jede Zustimmung“) an und verstehen das Merkmal „zur freien Verfügung“ als vollumfängliche Freiheit, mit anderen Worten als ein „totales Taschengeld“. Jedoch wollen sie § 110 immer dann, wenn es um höchstpersönliche Rechte wie die körperliche Unversehrtheit des Minderjährigen geht, teleologisch reduzieren. Denn derartige Eingriffe wirkten sich zumeist dauerhaft auf das physische und psychische Wohlbefinden aus und „konterkarieren damit den Erziehungszweck und Schutzzweck des § 110.“ Bei einer Tätowierung sei § 110 deshalb nicht anwendbar, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts sei vielmehr nur an den §§ 107, 108 zu messen.<sup>21</sup>

**Hinweis:** Die Beiträge von *Hauck*, *Götz* und *Kalscheuer/Bünger* sollten von den Bearbeitern gefunden werden und in die Arbeit einfließen. Wer – selbstverständlich ebenso vertretbar – *Kalscheuer/Bünger* folgt, der muss hier die Anwendung des § 110, und damit auch die Wirksamkeit des Vertrags insgesamt, ablehnen.

Allerdings kann man diese Argumente auch in gegensätzlicher Richtung nutzbar machen. Eine Tätowierung ist nicht nur Eingriff, sondern gerade Ausdruck der Persönlichkeit. Nicht die rechtlichen Folgen stehen im Vordergrund, vielmehr geht es um einen Kernbereich der persönlichen Lebensführung. Es erscheint dann nur konsequent, auch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts in die Hände des Kindes zu legen, insbesondere wenn es kurz vor der Volljährigkeit steht. Gleichwohl steht dieser Lösung die Wertung der §§ 107 ff. entgegen, wonach es eben allein auf die *rechtlichen* Vor- und Nachteile ankommt. Vor diesem Hintergrund erscheint es überzeugender, auch bei einer Tätowierung die Wirksamkeit der Spezialeinwilligung des § 110 von den Erziehungszielen der gesetzlichen Vertreter abhängig zu machen. Die teleologische (Total-)Einschränkung des § 110, wie von *Kalscheuer/Bünger* gefordert, kann indes kaum überzeugen: Denn es ist inkonsequent einerseits das „totale Taschengeld“ auszurufen, andererseits immer dann, wenn sich dieses Ergebnis mit dem Schutz des Minderjährigen beißt, § 110 überhaupt nicht anzuwenden. Die Lösung der h.M., die durchgehend auf den Willen der Eltern abstellt, kommt dagegen ohne derartige dogmatische Brüche aus. Musste dem A demnach klar sein, dass V mit der *konkreten* Verwendung der Mittel nicht einverstanden war, ist der darauf gerichtete Vertrag unwirksam, weil A in diesem Fall die

---

von § BGB § 110 BGB gedeckt, wenn er ihn mit an sich zur freien Verfügung überlassenen Mitteln erfüllt. [...] Auch bei frei überlassenen Mitteln muß der Wille des gesetzlichen Vertreters, Beschränkungen vorzunehmen, beachtet werden.“; auch die m.M., die § 110 nicht als Spezialfall des § 107 einstuft, kommt zu dem selben Ergebnis, da durch die Einwilligung in das Verfügungsgeschäft (§ 107 I) die elterlichen Erziehungsziele (mittelbar) in das Taschengeld-Geschäft einwirken, vgl. *Leenen*, BGB-AT, S. 166 f.

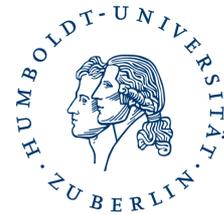
<sup>17</sup> Zum Ganzen *Derleder/Thielbar*, NJW 2006, 3233 (3234).

<sup>18</sup> Statt aller *MüKo/Spickhoff*, § 110 Rn. 38.

<sup>19</sup> Vgl. *Hauck*, NJW 2012, 2398 (2399); ähnlich *MüKo/Spickhoff*, § 110 Rn. 31.

<sup>20</sup> *Götz*, JR 2013, 289 (290).

<sup>21</sup> *Kalscheuer/Bünger*, JURA 2012, 874 (875).



Überlassung des Arbeitsentgelts ohne einschränkende Maßgaben nicht als konkludente Einwilligung gerade in *den Vertrag über eine Tätowierung* verstehen durfte.<sup>22</sup>

**Hinweis:** Hier wird von den Bearbeitenden nun verlangt den **Sachverhalt auszuwerten**. A hat mit V vor über einem Jahr über ein Unterarm-Tattoo gesprochen, wobei V „abriet“, da solch ein Tattoo zu „präsent“ sei und „A für sowas noch zu jung“ wäre. Man könnte also erwägen, V sei gegen ein derartiges Tattoo, da er auf Grund dessen Präsenz Nachteile befürchtet (Job etc.). Andererseits bezog sich V auch eindeutig auf das Alter des A, möglicherweise denkt er also nun, da A mehr als ein Jahr älter ist, anders darüber. Zudem ist V selbst tätowiert, scheint also grundsätzlich Tätowierungen nicht abgeneigt zu sein. Allerdings lässt dies nicht unbedingt einen Schluss darauf zu, ob V auch Tattoos für sein Kind begrüßt. Möglich wäre demnach aus, dass sich Bearbeiter auf den Standpunkt zurückziehen, dass es nicht abschließend geklärt werden kann, ob ein Tattoo mit den Erziehungszielen des V übereinstimmt und deshalb T sich nicht auf § 110 berufen kann, da er diesbezüglich die Beweislast trägt. Die Beantwortung ist somit offen, die Bearbeiter können **alles vertreten** – entscheidend ist die Qualität der Argumentation.

## II. Zwischenergebnis

Je nach Standpunkt ist der Vertrag nach § 110 wirksam/nicht wirksam geworden.

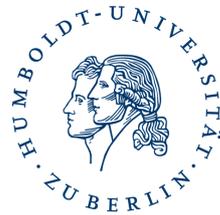
**Hinweis:** Sonstige Wirksamkeitshindernisse sind nicht ersichtlich. Selbst wenn man der Meinung ist, dass eine Tätowierung ohne Einwilligung der Eltern eine strafbewehrte Körperverletzung darstellt (dazu unten), so wäre deshalb der Werkvertrag wohl **nicht nach § 134 nichtig**. Zwar sind Straftatbestände *die* klassischen Verbotsgesetze schlechthin und auch die rechtsgeschäftliche *Verpflichtung* zu strafbarem Verhalten (das anschließende Tätowieren) unterliegt bereits § 134.<sup>23</sup> Jedoch ist nicht jede Bestimmung, die eine Strafdrohung enthält, ein Verbotsgesetz. Vielmehr muss auch bei der Verletzung eines Strafgesetzes durch ein Rechtsgeschäft geprüft werden, ob der Zweck des übertretenen Gesetzes dieses als Verbotsgesetz erscheinen lässt. Würde man bei einer Tätowierung ohne wirksame Einwilligung bereits den zu Grunde liegenden Werkvertrag für nichtig halten, so müsste konsequenterweise gleiches für einen ärztlichen Behandlungsvertrag gelten, bei dem nicht oder unrichtig aufgeklärt wurde. Das wäre aber für den Patienten geradezu katastrophal, da so der Anknüpfungspunkt für vertragliche Sekundäransprüche, insbesondere eine Schadensersatzhaftung wegbräche. Deshalb erfordert hier gerade der Schutz des Patienten/des Tätowierten, dass der Vertrag trotz einer etwaig fehlerhaften Einwilligung wirksam ist. Bearbeiter, dies deshalb § 134 erst gar nicht erwähnen begehen keinen Fehler, wer es trotzdem tut, bekommt „Pluspunkte“.

## C. Ergebnis

Je nachdem wie man zu § 110 steht, hat T Recht oder nicht: Verneint man die Anwendung der Norm, so ist der Vertrag – mangels Genehmigung durch V (vgl. dazu Anmerkung oben) – endgültig unwirksam, § 108 I. Bejaht man dagegen § 110, so ist der Werkvertrag wirksam geworden – T hätte Recht.

<sup>22</sup> Vgl. *Mäsch*, JuS 2012, 748 (748).

<sup>23</sup> Eingehend *MüKo/Armbrüster*, § 134 Rn. 50 ff.



### Aufgabe 1b)

#### **A. Anspruch A gegen T auf Schadensersatz statt der Leistung iHv. 600 Euro aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I**

**Hinweis:** Alternativ ließe sich der Anspruch wohl auch auf § 637 (Selbstvornahme, Aufwendungsersatz) stützen. Die Prüfung läuft dann ganz ähnlich (insb. Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit). Da das AG München jedoch einen Schadensersatzanspruch geprüft hat (und die Literatur die Probleme des Falls ebenfalls in Rahmen des Schadensersatzes diskutiert), wird dieser Weg der Lösungsskizze zugrunde gelegt.

#### **I. Werkvertrag**

Zwischen den A und T besteht ein Werkvertrag (s.o.), dessen Wirksamkeit wegen der Einwilligung des V diesmal keine Probleme bereitet.

#### **II. Mangelhaftes Werk**

Die Tätowierung müsste **mangelhaft iSd. § 633** sein. Maßgeblich ist dabei zunächst die vereinbarte Beschaffenheit, § 633 II 1. A und T haben vereinbart, dass As Vorname („Alex“) in kunstvoll verschnörkelter Schrift gestochen werden soll. Nicht ausdrücklich wurde darüber gesprochen, dass die Schrift auch proportional zu sein hat. Indes wurde bereits eingangs festgestellt, dass der Besteller bei einer Tätowierung erwarten kann, eine künstlerisch wertvoll aussehende und den Einzelvorstellungen des Bestellers entsprechende Arbeit zu erhalten.<sup>24</sup> Legt man die Beschaffenheitsvereinbarung folglich aus, so wird ihr nur entsprochen, wenn künstlerisch wertvoll gearbeitet wird, also bei einer Beschriftung zumindest eine einheitliche Schriftgröße und Darstellung gewählt wird.<sup>25</sup> Das Werk ist somit **mangelhaft iSd. § 633 II 1.**<sup>26</sup>

**Hinweis:** Alternativ ließe sich die Mangelhaftigkeit auch nach § 633 II 2 Nr. 2 bejahen, da die Tätowierung nicht die übliche Beschaffenheit aufweist.

#### **III. Nach Abnahme**

##### **1. Abnahme dem Grunde nach**

Wenngleich es auch nicht direkt aus dem Wortlaut der §§ 633 ff. ersichtlich wird, so kann der Besteller jedoch erst nach Gefahrübergang (bzgl. der Preisgefahr) – also **regelmäßig nach Abnahme** des Werks – auf die Rechte des § 634 zurückgreifen, davor gilt allgemeines Leistungsstörungsrecht.<sup>27</sup> Die Abnahme nach **§ 640** ist die körperliche Entgegennahme des Werks und die Billigung desselbigen als im Wesentlichen vertragsgemäß.<sup>28</sup> Da sich die schöpferische Leistung des T – im Wortsinne – verkörpert hat und A diese auch entgegennahm,<sup>29</sup> stellt sich allein die Frage, ob er das Werk zudem als im Wesentlichen vertragsgemäß billigte. Daran könnten vorliegend Zweifel bestehen, da A das Tattoo wegen der üblichen Rötung und Schwellung der Haut gar nicht abschließend inspizieren konnte. Es ließe sich somit argumentieren, dass bei Tattoos generell die Abnahme erst zeitlich erheblich später erfolgt, nämlich dann, wenn die obligatorischen körperlichen Reaktionen abgeklungen sind und der Besteller das Werk zum ersten mal „richtig“ in Augenschein nehmen kann.<sup>30</sup> Indes verlangt

<sup>24</sup> So AG Heidelberg, NJW-RR 2003, 19; ähnlich Götz, JR 2013, 289 (291).

<sup>25</sup> Ähnlich, für den Fall einer kosmetischen Tätowierung OLG Hannover, Az. 5 U 51/10: Ein Mangel wurde bejaht, weil das sog. Lippenherz, der mittige Schwung der Oberlippe, in einem (zu) großen Bogen nachgezeichnet wurde, eingehend *Diercks-Harms*, MDR 2011, 462 (463).

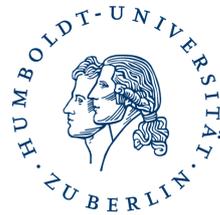
<sup>26</sup> So – unausgesprochen – auch das AG München, NJW 2012, 2452 für den Fall eines unproportionalen koptischen Kreuzes.

<sup>27</sup> Allg. Meinung, statt aller *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht-BT, S. 266 mwNw.

<sup>28</sup> Vgl. nur BGHZ 48, 257 (262).

<sup>29</sup> Ebenso (allgemein) *Diercks-Harms*, MDR 2011, 462 (464).

<sup>30</sup> *Diercks-Harms*, MDR 2011, 462 (464).



§ 640 gerade nur, dass das Werk als *im Wesentlichen* vertragsgemäß gebilligt wird, mithin keine abschließende, sondern eine vorläufige Beurteilung. Auch ein Tattoo kann folglich unmittelbar nach der Anfertigung, trotz Rötungen etc. abgenommen werden – genau dies ist hier geschehen.

**Hinweis:** Auf § 640 II kann es hier gar nicht ankommen: Denn selbst wenn A Kenntnis von dem Mangel hätte – was er wegen der Rötung schon nicht hat – versperrt § 640 II keine Ansprüche auf Schadensersatz („...so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu...“).

## 2. Wirksamkeit der Abnahme

Die **Abnahme ist auch wirksam**. Zwar ist die **Rechtsnatur die Abnahme** umstritten (empfangsbedürftige Willenserklärung, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, geschäftsähnliche Handlung, tatsächlicher Vorgang?).<sup>31</sup> Vorliegend ist die Frage jedoch unerheblich. Denn selbst wenn die Abnahme eine empfangsbedürftige Willenserklärung wäre – oder für sie als geschäftsähnliche Handlung analog die Vorschriften über Willenserklärungen anwendbar wären – wäre § 111 gewahrt, da V diesmal in alle Handlungen des A eingewilligt hat.

## IV. Besondere Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 I

Weiterhin müssten die speziellen Voraussetzungen des §§ 280 I, III, 281 I vorliegen.

### 1. Fälliger Anspruch auf Nacherfüllung (Abgr. zu § 283)

A müsste ein (fälliger) Anspruch auf Nacherfüllung zustehen, folglich dürfte keine Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 275) eingetreten sein.

#### a) Tatsächliche Unmöglichkeit

A hat sich das Tattoo entfernen lassen, so dass das Grundwerk, auf das sich die Nachbesserung beziehen sollte, weggefallen ist. Dies könnte bei unbefangener Betrachtung dafür sprechen, dass die Nacherfüllung unmöglich geworden ist. Allerdings ist dies nur dann der Fall, wenn *jede Art der Nacherfüllung* unmöglich ist.<sup>32</sup> Vorliegend ist aber eine komplette Neuherstellung des Werks nach wie vor möglich, eine Unmöglichkeit in tatsächlicher Hinsicht scheidet demnach aus.<sup>33</sup>

#### b) Rechtliche Unmöglichkeit?

*Hauck* hat vorgeschlagen, eine nacherfüllende Tätowierung, die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt, als rechtlich unmöglich einzustufen. Denn, so die These, jede Tätowierung eines Minderjährigen ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter sei eine strafbare Körperverletzung und damit rechtswidrig, somit auch die (erneute) Tätowierung im Rahmen der Nacherfüllung. Es bestünde somit ein rechtliches Leistungshindernis gem. § 275 I.<sup>34</sup>

Dafür spricht, dass rechtliche Unmöglichkeit auch dann vorliegen soll, wenn der geschuldete Erfolg herbeigeführt werden könnte, der Schuldner zur Bewirkung der Leistung aber gegen die Rechtsordnung verstoßen müsste.<sup>35</sup> Dies beruht auf dem Gedanken der sog. Einheit der Rechtsordnung, zivilrechtlich soll vom Schuldner nichts verlangt werden, was ein Verbot außerhalb des Zivilrechts untersagt. Vorliegend ist V jedoch grds. damit einverstanden, dass T

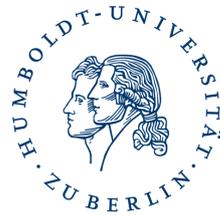
<sup>31</sup> Vgl. den Überblick bei MüKo/Busche, § 640 Rn. 4.

<sup>32</sup> Statt aller Bamberger/Roth/Voit, § 635 Rn. 13.

<sup>33</sup> Nachbesserungen bei Tattoos sind durchaus üblich, vgl. den Fall des LG Kassel, NJW-RR 2009, 1685 (1686).

<sup>34</sup> *Hauck*, NJW 2012, 2398 (2400).

<sup>35</sup> Vgl. MüKo/Ernst, § 275 Rn. 43.



den A erneut tätowiert, womit der Anknüpfungspunkt für die Rechtswidrigkeit entfällt. Folglich ist die Nachbesserung nicht (rechtlich) unmöglich.

## 2. Pflichtverletzung/Vertretenmüssen

Indem der T die ursprüngliche Werkleistung nicht mangelfrei ausführte, hat er die Pflicht des § 633 I verletzt.<sup>36</sup> laut Sachverhalt hat T unachtsam, mithin fahrlässig iSd. § 276 II gehandelt. Er hat die Pflichtverletzung somit auch zu vertreten.

## 3. Erfolgreiche Frist (**Schwerpunkt**)

Der Besteller muss dem Unternehmer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Genau dies hat A jedoch versäumt, da er sich das Tattoo direkt entfernen ließ und sogleich Ersatz für die Kosten verlangte.

### a) Aber: Entbehrlichkeit der Frist nach §§ 637 II, 636?

**Hinweis:** Die Bearbeiter können die Prüfung der Unzumutbarkeit ebenso nur auf § 637 II stützen.

Allerdings könnte die – mögliche – Nacherfüllung für den A **unzumutbar** gewesen sein. Zu beachten ist, dass **§§ 637 II, 636** den Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung durchbricht und deshalb restriktiv auszulegen ist; nur in nur Ausnahmesituationen ist es zu erlauben, eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Besteller anzunehmen.<sup>37</sup> Die Gründe für die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung werden regelmäßig in der Person des Unternehmers oder in nachteiligen Auswirkungen der Nacherfüllung für den Besteller liegen.

### aa) Stimmen pro Unzumutbarkeit

Unterstützend zu seiner These eines rechtlichen Leistungshindernisses geht *Hauck* davon aus, dass eine erneute Tätowierung des Minderjährigen im Rahmen der Nacherfüllung jedenfalls nach § 636 unzumutbar wäre. Denn einen zweiten rechtswidrigen Eingriff in seine körperliche Integrität müsse er nicht dulden, selbst wenn er in den ersten Eingriff eingewilligt haben sollte. *Hauck* stützt dies vorrangig auf einen Vergleich zum ärztlichen Behandlungsvertrag, wo dem Patient eine neuerliche Behandlung durch denselben Arzt auch nicht zugemutet werde.<sup>38</sup> Ähnlich, wenn auch nicht speziell auf Minderjährige zugeschnitten, argumentiert *Diercks-Harms*, die gerade im Fall, dass die Pigmentierung durch das Tattoo „ungerade oder ungleichmäßig ist oder von den vereinbarten Vorgaben abweicht“, davon ausgeht, dass „viel für die Unzumutbarkeit spricht, sich in die nochmaligen Hände des Tätowierers zu begeben“. Allerdings hat *Diercks-Harms* den Fall vor Augen, dass das ursprüngliche Tattoo zunächst entfernt werden muss und nicht, wie hier, leicht nachgebessert werden kann. Darüber hinaus solle Unzumutbarkeit dann angenommen werden, „wenn zwischenzeitlich berechtigte Ängste [beim Besteller] aufgetreten sind.“<sup>39</sup> Dem folgt in der Sache auch das OLG Hamm. Bei einer Tätowierung komme wegen der einhergehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen dem Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers eine besondere Bedeutung zu. Die Folgen eines erfolglosen Nachbesserungsversuches, die bei anderen Werken in der Regel überschaubar sind, können hier gravierend sein. Deshalb sei auch die Schwelle für die Unzumutbarkeit geringer anzusetzen und eine Nachbesserungsverweigerung hier zu rechtfertigen.<sup>40</sup>

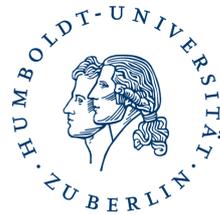
<sup>36</sup> Vgl. MüKo/Busche, § 634 Rn. 35; insofern besteht eine Parallele zum Kaufrecht: Die Pflichtverletzung kann nach hM. sowohl in der mangelhaften Herstellung des ursprünglichen Werks, als auch in dem Ausbleiben eines mangelfreien Werks bei Ablauf der Nachfrist erblickt werden, eingehend Bamberger/Roth/Unberath, § 281 Rn. 12. Die Streitfrage kann deshalb offen bleiben.

<sup>37</sup> Vgl. nur MüKo/Busche, § 636 Rn. 22.

<sup>38</sup> *Hauck*, NJW 2012, 2398 (2400).

<sup>39</sup> *Diercks-Harms*, MDR 2011, 462 (463 f.).

<sup>40</sup> OLG Hamm NJW-RR 2014, 717 (718).



## bb) Stimmen contra Unzumutbarkeit

Gegen die Thesen von *Hauck* und *Diercks-Harms* wenden sich – jedenfalls in der Sache – *Mäsch* und *Götz*. Bei § 636 käme es „nicht auf subjektive Befindlichkeiten des Bestellers an, der dem Werkunternehmer verständlicherweise gram ist, sondern auf objektive Umstände in dessen Person, so etwa darauf, ob sich der Letztere bei der bisherigen Durchführung des Vertrags als ‚chronisch unzuverlässig‘ erwiesen hat.“ *Mäsch* geht deshalb davon aus, dass die Nacherfüllung für den Minderjährigen dann zumutbar sei, wenn das Werk nur ein wenig ausgebessert werden muss und es nicht darum geht „gravierende Fehler ausbügeln, die jeden vernünftigen Menschen an der Zuverlässigkeit und Geschicklichkeit [des Unternehmers] zweifeln ließen.“<sup>41</sup> Mit dieser Einschätzung befindet sich *Mäsch* auf Linie mit dem AG München, das in einem vergleichbaren Fall der Tätowierung eines unproportionalen koptischen Kreuzes ebenfalls von der Zumutbarkeit der Nacherfüllung ausging. Zwar handele „es sich bei einer Tätowierung um eine dauerhafte Gestaltung des Körpers“, jedoch entsprach „diese dauerhafte Gestaltung grundsätzlich dem Wunsch der Kl. [hier A]“, weshalb auch die Nachbesserung zumutbar sei, da „es bei der Nachbesserung gerade darum geht, die dauerhafte Gestaltung in einer der Kl. [A] gefälligen Art und Weise auszuführen.“<sup>42</sup>

Allerdings räumt *Mäsch* ein, dass „in Blick ins Arztrecht Zweifel an dieser Lösung wecken könnte, denn für ärztliche Behandlungsverträge wird (soweit sie Werkvertragsrecht unterliegen) verbreitet vertreten, dass dem Patienten generell ein Korrekturingriff ausgerechnet durch den pflichtvergessenen Arzt nicht zumutbar ist.“ *Mäsch* zweifelt zwar schon an der generellen Plausibilität dieser These, will sie jedoch jedenfalls bei einer Tätowierung nicht heranziehen. Denn sie rechtfertige sich „allenfalls aus der besonderen Bedeutung, die das Vertrauen des Patienten in den behandelnden Arzt für den Genesungsprozess nach einem (schweren) medizinischen Heileingriff spielt.“ Eine solche Sachlage sei aber bei der Tätowierung nicht gegeben, da diese, „keine Heil-, sondern eine kosmetische Behandlung darstellt.“<sup>43</sup>

**Hinweis:** Die Bearbeiter können nach alledem **jede Position** vertreten, wichtig ist nur, dass sie sich mit den Argumenten von *Hauck*, *Mäsch*, *Götz*, des OLG Hamm und AG München sowie den Angaben im Sachverhalt auseinandersetzen und so zu einem vertretbaren Ergebnis gelangen. Auf die Ausführungen von *Diercks-Harms* muss nicht zwingend eingegangen werden, wer es trotzdem tut bekommt „Pluspunkte“; gleiches gilt für Bearbeiter, die einen tieferen Ausflug ins Arztrecht unternehmen und die die dort anzutreffende These von der Unzumutbarkeit einer zweiten Behandlung durch den pflichtvergessenen Arzt näher beleuchten.

## b) Zwischenergebnis

Je nach Standpunkt war die Nacherfüllung zumutbar oder unzumutbar. Im ersten Fall war die Frist nicht entbehrlich, der Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I muss dann scheitern. Bejaht man die Unzumutbarkeit nach §§ 637 II, 636, so war die Frist entbehrlich und der Anspruch ist wie folgt weiter zu prüfen.

### (4. Schaden)

A ist durch die mangelhafte Werkleistung mit einem – so nicht gewollten – Tattoo auf seiner Haut gezeichnet und damit geschädigt. Der Anspruch aus § 281 I ist von vorneherein auf Geldersatz gerichtet, § 251 I. Der Geschädigte kann die üblichen Mangelbeseitigungskosten, hier also die Kosten für die Laserentfernung, ersetzt verlangen.<sup>44</sup>

**Hinweis:** Vgl. zum Schaden auch die Ausführungen unten iRd. § 823 I.

<sup>41</sup> *Mäsch*, JuS 2012, 748 (749).

<sup>42</sup> AG München, NJW 2012, 2452 (2452).

<sup>43</sup> *Mäsch*, JuS 2012, 748 (749); ganz ähnlich *Götz*, JR 2013, 289 (292).

<sup>44</sup> Statt aller Bamberger/Roth/*Unberath*, § 281 Rn. 39..



## V. Ergebnis

Hält man die Nacherfüllung für unzumutbar, steht A gegen T ein Anspruch auf Schadensersatz iHv. 600 Euro zu. Das Verlangen nach Schadensersatz ist auch **wirksam**. Zwar ist die Erklärung nach hM. rechtlich nachteilig, da A seinen (Nach-)erfüllungsanspruch verliert,<sup>45</sup> jedoch hat V in dieses Verlangen ja gerade eingewilligt, weshalb **§ 111 keine Probleme** bereitet.

**Hinweis:** Möglicherweise kommen Bearbeiter, die einen Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I mangels Fristsetzung ablehnen, auf die Idee, einen Anspruch aus **§ 280 I („pur“)** zu prüfen. Fernliegend ist das nicht, denn T greift durch die Tätowierung in die körperliche Integrität des A und damit in ein von § 241 II erfasstes Rechtsgut ein. Jedoch stellt sich dann die entscheidende Frage nach einer möglichen Sperrwirkung des speziellen – auf das Austauschverhältnis bezogenen – Gewährleistungsrechts (wobei die besseren Argumente freilich für eine parallele Anwendung sprechen). Vgl. dazu die eingehenden Ausführungen im Rahmen des § 823 I.

Kaum überzeugend ist jedenfalls eine Prüfung von § 634 Nr. 4, 280 I (also gerade nicht § 280 I „pur“, sondern über den Anknüpfungspunkt Mangel) und sodann zu fragen, ob die Nacherfüllung unzumutbar ist. Dies macht systematisch keinen Sinn, denn für einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung kommt es auf den Vorrang der Nacherfüllung gar nicht an (sondern auf besagte Sperrwirkung). Leider ist das OLG Hamm aber exakt so vorgegangen. Sollten Bearbeitende daher diesen Weg wählen, darf dies nicht als falsch gelten.

## B. Anspruch A gegen T auf Schadensersatz statt der Leistung iHv. 600 Euro aus § 823 I

### I. Rechtsgutverletzung

Ein Tattoo entsteht durch kleine Injektionen, durch die Farbstoffe in oder unter die Haut gebracht werden.<sup>46</sup> Damit stellt eine Tätowierung – genauso wie ein ärztlicher Heileingriff – eine Körperverletzung dar.

### II. Kausale (und zurechenbare) Verletzungshandlung

Die Verletzung folgte unmittelbar aus der Handlung des T. Kausalität ist somit gegeben, die Verletzung ist dem T auch als eigene zurechenbar.

**Hinweis:** Im Rahmen der Zurechnung ließe sich lediglich argumentieren, dass eine eigenverantwortliche Fremdschädigung durch T gegeben ist, die den Zurechnungszusammenhang entfallen lässt. Üblicherweise wird dies jedoch im Rahmen der Rechtswidrigkeit unter dem Stichwort der Einwilligung erörtert.<sup>47</sup>

### III. Rechtswidrigkeit

T hat den A unmittelbar körperlich verletzt. Nach hM. wird deshalb die Rechtswidrigkeit des Eingriffs indiziert, T müsste zur Entlastung einen Rechtfertigungsgrund beibringen. A könnte jedoch in die Schädigung eingewilligt haben, indem er dem T gestattete, das Tattoo zu stechen.

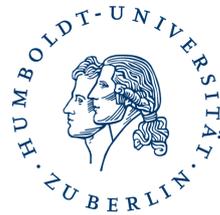
#### 1. Wirksamkeit der Einwilligung

Fraglich ist jedoch, ob die Einwilligung wirksam ist. Auch ein Minderjähriger ist nach hM. in der Lage, in eine Körperverletzung einzuwilligen, entscheidend soll allein sein, ob er die nötige

<sup>45</sup> Bamberger/Roth/Unberath, § 281 Rn. 50.

<sup>46</sup> Mäsch, JuS 2012, 748 (749).

<sup>47</sup> Vgl. zum Parallelfall der Arzthaftung, Schwarz/Wandt, Gesetzliche SV, § 16 Rn. 7 ff.



Einsichtsfähigkeit besitzt.<sup>48</sup> Hauck ist dagegen im Anschluss an Stimmen zum Arzthaftungsrecht der Auffassung, dass bei Tätowierungen *auch* eine gesonderte Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter vorliegen müsse.<sup>49</sup> Auch diese liegt hier vor.

Allerdings ist fraglich, ob der konkrete Eingriff durch die Einwilligung des A bzw. des V gedeckt war. Zwar hat T den A ordnungsgemäß über die Risiken des Eingriffs aufgeklärt, jedoch könnte die Wirksamkeit aus anderem Grund scheitern. Nach *Diercks-Harms* bezieht sich die Einwilligung nämlich lediglich auf die Anfertigung eines *mangelfreien Tattoos*, weshalb eine mangelhafte Tätowierung rechtswidrig sein soll.<sup>50</sup> Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund der Parallele zum ärztlichen Heileingriff durchaus überzeugend: Auch hier soll sich die Einwilligung nur auf die kunstgerecht (*lege artis*), mithin mangelfreie Behandlung beziehen.<sup>51</sup> Danach wäre die mangelhafte Anfertigung des Tattoos durch T gerade nicht von der Einwilligung des A/V gedeckt.

## 2. Zwischenergebnis

Für den konkreten Eingriff lag somit keine Einwilligung des A/V vor. Die Körperverletzung war auch rechtswidrig.

## IV. Verschulden

T hat fahrlässig gehandelt (s.o.).

## V. Rechtsfolge: Schadensersatz

T ist nach § 823 I zum Ersatz des aus der Verletzung entstandenen Schadens verpflichtet. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an materiellen oder immateriellen Gütern.<sup>52</sup> Da A den Eingriff in die körperliche Substanz mit einem so nicht gewollten Tattoo bezahlt hat, ist A durch das Tattoo geschädigt. Nach § 249 I hat T den Zustand wiederherzustellen der bestünde, wenn das schädigende Ereignis – die Körperverletzung durch die Tätowierung – nicht eingetreten wäre. T müsste also grundsätzlich die Tätowierung wieder entfernen, bzw. die Kosten hierfür ersetzen (§ 249 II).<sup>53</sup>

### I. Aber: Sperrwirkung durch das Gewährleistungsrecht? (Schwerpunkt)

**Hinweis:** Diese Problematik stellt sich in ihrer ganzen Vehemenz nur dann, wenn man oben einen vertraglichen Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I mangels Fristsetzung abgelehnt hat. In der Fallfrage wird jedoch ausdrücklich nach allen denkbaren Ansprüchen gefragt, deshalb sollten die Bearbeitenden sich zu einer möglichen Sperrwirkung äußern (nicht zuletzt weil diese Frage von *Mäsch* thematisiert wird).

Möglicherweise könnte ein Anspruch aus § 823 I – bzw. die Ersatzfähigkeit des konkreten Schadens – durch die **speziellen Vorschriften des Gewährleistungsrechts**, insbesondere wegen des Strukturprinzips des **Vorrangs der Nacherfüllung**, versperrt sein. Zwar werden durch die §§ 634 ff. Schadensersatzansprüche aus §§ 823 ff. grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Vertrags- und Deliktsansprüche stehen vielmehr gleichberechtigt nebeneinander, wenn ein Verhalten sowohl gegen eine allgemeine Rechtspflicht als auch gegen eine vertraglich begründete Pflicht verstößt. Unproblematisch ist das jedenfalls für den Fall, dass ein Mangel *außerhalb des Werkes* auf Rechtsgüter des Bestellers (Leben, Körper, Eigentum an anderen Sachen etc.) auswirkt und deshalb zu einem (weiteren) Schaden des

<sup>48</sup> Eingehend MüKo/Wagner, § 823 Rn. 736 mwNw.; für die hiesige Konstellation AG München NJW 2012, 2452.

<sup>49</sup> Hauck, NJW 2012, 2398 (2399 f.).

<sup>50</sup> *Diercks-Harms*, MDR 2011, 462 (465); ebenso *Mäsch*, JuS 2012, 748 (749); *Götz*, JR 2013, 289 (293); OLG Hamm NJW-RR 2014, 717 (718).

<sup>51</sup> MüKo/Wagner, § 823 Rn. 725 mwNw.

<sup>52</sup> Vgl. nur *Schwarz/Wandt*, Gesetzliche SV, § 22 Rn. 4.

<sup>53</sup> Vgl. *Hauck*, NJW 2012, 2398 (2400), *Mäsch*, JuS 2012, 748 (749).

Bestellers führt. Denn hier ist durch die mangelhafte Ausführung des Werkes nicht nur das vom Gewährleistungsrecht erfasste Äquivalenzinteresse berührt, sondern auch das durch §§ 823 ff. geschützte Interesse des Bestellers an der Unversehrtheit seiner sonstigen Rechtsgüter (Integritätsinteresse).<sup>54</sup>

Problematisch ist jedoch die Situation, in der es nicht zu weiteren Schäden an Rechtsgütern des Bestellers kommt, sondern *nur das Werk selbst* von einem (mitunter fortwirkenden) Mangel befallen ist. Denn hier betrifft der Mangel vorrangig das Austauschverhältnis und nicht sonstige Rechtsgüter: Der Besteller erhält keine seiner eigenen Leistung entsprechende, weil mangelhafte Gegenleistung; er hat überzahlt, es ist primär sein Vermögen geschädigt. Für die Abhilfe von Störungen im Austauschverhältnis sieht allerdings das Gewährleistungsrecht besondere Voraussetzungen vor, die durch eine Haftung aus § 823 I umgangen werden könnten. Genauso sieht es *Mäsch* für den hiesigen Fall einer mangelhaften Tätowierung:<sup>55</sup>

„Es sticht aber die Diskrepanz zu unserem Ergebnis auf vertragsrechtlicher Ebene ins Auge: Wenn wir dort einen Schadensersatzanspruch unter Hinweis auf die Obliegenheit des Bestellers abgelehnt haben, dem Werkunternehmer eine Chance zur Nachbesserung zu geben (auch „zweite Andienung“ genannt), kann die Lösung auf deliktischer Ebene keine andere sein. Zwei gleichwertige Wege führen zu diesem Ziel. Zum einen kann man die Kl., [hier A] die auf einer Laserbehandlung beharrt, statt den Bekl. [hier T] kostengünstig nachbessern zu lassen, unter Hinweis auf die *Schadensminderungspflicht* des § 254 II 1 a.E. BGB *alle* diesbezüglichen Kosten tragen lassen. Zum anderen kann man bei der haftungsausfüllenden *Zurechnung* ansetzen: Entsprechend der Lösung der sog. Herausforderungsfälle sind die Laserbehandlungskosten dem Bekl. nicht zuzurechnen, weil sie auf einem selbstständigen Willensentschluss der Kl. beruhen, den die Rechtsordnung nicht billigt, *da die Nacherfüllung durch den Bekl. Vorrang hat*. Verhielte sich die Kl. so, wie es ihr zumutbar ist, würden ihr die Kosten nicht erwachsen.“

In der Tat hat in diesem Sinne auch das OLG Dresden, auf das *Mäsch* sich beruft, für den Fall einer mangelhaften Zahnprothese entschieden. Das Gericht geht davon aus, wobei es auch auf ältere Judikate anderer Obergerichte verweist, dass eine Haftung aus § 823 I wegen des fehlenden Zurechnungszusammenhangs dann ausscheidet, wenn der Patient „eine ihm zumutbare Nachbesserung [...] vereitelt hat“. In der Rechtsprechung sei zudem anerkannt, „dass die bloße (erste) Anpassung eines Zahnersatzes, bei der sich Mängel insbesondere im Sitz herausstellen, noch keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines Patienten bedeutet, sondern lediglich belegt, dass das geschuldete prothetische Werkstück mit seiner Eingliederung noch nicht frei von Mängeln ist.“<sup>56</sup>

Der letzte Satz macht jedoch den **Unterschied zum hiesigen Fall** deutlich: Es steht gerade keine Eigentums-, sondern eine **Körperverletzung** in Rede. Denn anders als bei einem neu hergestellten, aber mangelhaften Sachwerk (etwa einer Zahnprothese), bei der in der Tat keine von § 823 I erfasste Eigentumsverletzung vorliegen kann weil der Besteller nie mangelhaftes Eigentum erwirbt, begründet bei einer Tätowierung bereits die mangelhafte (erste) Herstellung des Werks *als solche* eine Rechtsverletzung, da sie notwendig in die körperliche Substanz des Bestellers einwirkt und zuvor eine „mangelfreie“ körperliche Verfassung bestand.<sup>57</sup> Die allgemeine Meinung geht im vergleichbaren Fall eines **ärztlichen Behandlungsfehlers** deshalb auch selbstverständlich von einem gleichberechtigten nebeneinander von vertraglicher und deliktischer Haftung aus.<sup>58</sup> Gestützt auf §§ 823 ff. soll der Patient sofort kostenpflichtige

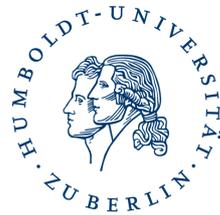
<sup>54</sup> Eingehend MüKo/*Busche*, § 634 Rn. 9.

<sup>55</sup> *Mäsch*, JuS 2012, 748 (749).

<sup>56</sup> OLG Dresden, NJW-RR 2009, 30 (30 f.).

<sup>57</sup> So – bezogen auf ein Werk, dass der Unternehmer durch Verwendung von dem Besteller gehörender Materialien herstellt – auch MüKo/*Busche*, § 634 Rn. 9: „Im Werkvertragsrecht trifft den Unternehmer häufig die Verpflichtung, eine bewegliche oder unbewegliche Sache des Bestellers zu be- oder verarbeiten. Geschieht dies unsachgemäß, so ist damit nicht nur das Äquivalenzinteresse des Bestellers betroffen, sondern auch das deliktsrechtliche Integritätsinteresse.“

<sup>58</sup> Vgl. MüKo/*Wagner*, § 823 Rn. 699 mwNw. sowie *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 ff.



„Nachbesserungen“ bei anderen Ärzten ersetzt verlangen dürfen. Die besseren Argumente sprechen somit dafür, im Fall der Tätowierung genauso zu verfahren: Da sowohl das Äquivalenzinteresse – der Tätowierte erhält keine seiner eigenen Leistung entsprechende, weil mangelhafte Gegenleistung; er hat überzahlt – als auch das Integritätsinteresse – der Tätowierte wurde nicht nur in seinem Vermögen geschädigt, sondern in seiner körperlichen Substanz verletzt – betroffen ist, stehen vertragliche und deliktische Haftung gleichberechtigt nebeneinander.<sup>59</sup>

A dürfte aber lediglich den **erforderlichen Geldbetrag für die Wiederherstellung** (also hier Entfernung des Tattoos) verlangen, **§ 249 II**. Hier sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass A über die Stränge geschlagen hat, der Preis für die Laserentfernung iHv. 600 Euro war vielmehr üblich und ist deshalb von T nach § 249 II zu ersetzen.

## II. Zwischenergebnis

Folgt man der obigen Argumentation, wird der Anspruch aus § 823 I nicht von den Gewährleistungsvorschriften verdrängt: Beide schützen vielmehr unterschiedliche, hier jeweils selbstständig betroffene Interessen und stehen deshalb gleichberechtigt nebeneinander.

**Hinweis:** Die Bearbeiter können selbstverständlich auch der Ansicht von *Mäsch* folgen und einen Anspruch aus § 823 I ablehnen. Wichtig ist allein, dass sie sich mit dem Verhältnis von Deliktsrecht und vertraglicher Haftung, sowie dem Lösungsvorschlag von *Mäsch* auseinandersetzen und eine konsequente Linie vertreten. Da die hiesige Problematik eine gewisse Nähe zum berühmten „Weiterfresserschaden“ aufweist, wäre es von den Bearbeitern nicht abwegig, auf diese Fallgruppe einzugehen – auch wenn es sich bei einer Tätowierung um eine Körperverletzung handelt.

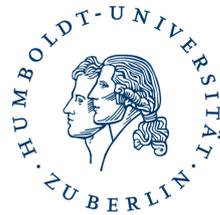
## VI. Ergebnis

Je nach Standpunkt steht A auch ein Anspruch aus §§ 823 I, 249 II gegen T auf Zahlung von 600 Euro zu.

**Hinweis:** Daneben käme dann auch ein Anspruch aus §§ 823 II iVm. §§ 223 I, 224 StGB in Betracht – der aber auf das Gleiche hinausliefe.

---

<sup>59</sup> So im Ergebnis auch *Diercks-Harms*, MDR 2011, 462 (465 f.), Götz, JR 2013, 289 (293) wenngleich auch das Verhältnis zum Gewährleistungsrecht nicht vertieft wird.



### Aufgabe 2a)

#### **A. Anspruch A gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 I (437 Nr. 2, 323 I)**

Zwar bestand zwischen A und B ein wirksamer Kaufvertrag, auch war die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft (§ 434 I 2 Nr. 2). Jedoch hätte A dem B eine **erfolgreiche Frist** zur Nacherfüllung setzen müssen, § 323 I. Da die Nacherfüllung möglich ist und auch keine Anhaltspunkte für die Entbehrlichkeit der Frist bestehen, steht A kein Rücktrittsrecht zu.

**Hinweis:** In der Literatur wird vielfach vertreten, dass das Fristsetzungserfordernis beim Rücktritt des Verbrauchers der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie widerspreche. Nach dieser soll der Verbraucher nämlich immer dann zurücktreten können, wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat; dass der Verbraucher eine Frist setzt, ist nicht erforderlich.<sup>60</sup> Jedoch kommt es auf diese Problematik hier gar nicht an. Denn A hätte den B jedenfalls zur Nacherfüllung auffordern müssen,<sup>61</sup> jedenfalls müsste aber eine angemessene Zeit verstrichen sein – A ist aber sofort zurückgetreten und hat sein Geld zurückgefordert.

Falls die Bearbeitenden den Streit um die richtlinienkonforme Auslegung dennoch aufmachen und diskutieren, ist das kein Fehler, sofern nicht andere (und wichtigere) Aspekte zu kurz kommen. Bei besonders schöner Argumentation sind Extra-Punkte möglich, sofern der Bezug zum Sachverhalt gewahrt bleibt (also insbesondere erkannt wird, dass der Streit hier nicht entscheidend ist).

A kann somit nicht Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

**Hinweis:** Die Bearbeiter können – und sollen! – sich bei dieser Aufgabe kurzfassen, da sich hier keine Probleme stellen. Die Aufgabe dient lediglich als Vergleichsmaßstab für die nachfolgende Aufgabe.

### Aufgabe 2b)

**Hinweis:** *Rüfner* (ZJS 2012, 476 ff.; abrufbar unter [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2012\\_4\\_593.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2012_4_593.pdf)) bietet einen guten Überblick über die Regelungen des GEK, wobei er auch auf die Abweichungen zum BGB eingeht.

#### **A. Gewährleistungsrechte nach GEK**

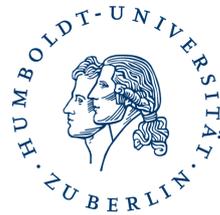
Art. 106 GEK listet die Abhilfen des Käufers bei „Nichterfüllung“ durch den Verkäufer auf. A und B müssten somit einen Kaufvertrag geschlossen haben. Hier ergeben sich keine Unterschiede. Wie nach BGB müssen sich A und B einigen (Art. 30 Nr. 1 lit. a GEK), wobei dies durch Annahme des Angebots geschieht (Art. 30 Nr. 2 GEK).

Sodann müsste B seine Verpflichtungen als Verkäufer nicht erfüllt haben, **Art. 106 Nr. 1 GEK**. Der Verkäufer hat die Verpflichtung sicherzustellen, dass die verkauften Waren „vertragsgemäß“ sind, **Art. 91 lit. c GEK**. Eine Ware ist dann nicht vertragsgemäß – mit anderen Worten: mangelhaft – wenn sie nicht in „Menge, Qualität und Art den Anforderungen des Vertrags“ entspricht (Art. 99 Nr. 1 lit. a GEK), wobei sie diesen Anforderungen dann auch nicht entspricht, wenn die Ware nicht diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit besitzt, die der Käufer erwarten kann, Art. 100 lit. g GEK. Der Ball war somit zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Art. 105 Nr. 1 GEK), also mit Übergabe der Ware (Art. 142 Nr. 1 GEK) nicht vertragsgemäß, B hat seine Verpflichtungen nicht erfüllt. A stehen somit die Abhilfen des Art. 106 Nr. 1 GEK dem Grunde nach zu.

#### **B. Rücktritt und Rückzahlung**

<sup>60</sup> Eingehend Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 18 ff.

<sup>61</sup> Statt vieler Bamberger/Roth/Faust, § 437 Rn. 23.



Nach **Artt. 106 Nr. 1 lit. c, 114 Nr. 2 GEK** kann der (Verbraucher-)Käufer für den Fall das die Waren nicht vertragsgemäß sind den Vertrag beenden und Rückzahlung des Kaufpreises verlangen (Art. 172 Nr. 1 GEK). Anders als im BGB sieht das **GEK aber keinen Vorrang der Nacherfüllung** vor sofern es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (**Art. 106 Nr. 3 lit. a GEK**). Da A Verbraucher und B Unternehmer ist (Art. 2 lit. e und f Vor-GEK), kann A sofort zurücktreten. Die Vertragswidrigkeit der Ware ist, da sich der Ball nicht nutzen lässt, auch nicht nur unerheblich, Art. 114 Nr. 2 GEK. A kann somit sein Geld zurückverlangen, muss aber auch den mangelhaften Ball zurückgewähren (Art. 172 Nr. 1 GEK).

### C. Ergebnis

Unter Geltung des GEK könnte A, obwohl er dem B keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gewährte, zurücktreten und sein Geld zurückverlangen (106 Nr. 1 lit. c, 114 Nr. 2, 172 Nr. 1 GEK).

**Hinweis:** Die Bearbeiter sind höchstwahrscheinlich bisher noch nicht mit dem GEK in Berührung gekommen. Es kann deshalb von ihnen keine schulmäßige Prüfung verlangt werden, zudem müssen sie nicht alle einschlägigen Normen finden und nennen. Wichtig ist nur, dass die Bearbeiter erkennen – und belegen (**Art. 106 Nr. 3 lit. a GEK!**) – dass das GEK, anders als das BGB, keinen Vorrang der Nacherfüllung kennt. Bearbeiter, die „auf der Kippe stehen“, fallen nicht durch, weil sie diese – nicht leichte und exotische – Aufgabe nicht oder nicht ausreichend bearbeiten.