

Übungsfall: Action im Kino

Von **Jan Ehlers**, Greifswald*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2011 im Rahmen des Examensklausurenkurses der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald in leicht modifizierter Form gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 4,6 Punkten.

*Die Klausur beinhaltet im Wesentlichen fünf Problembe-
reiche: Zu Beginn mussten die Bearbeiter/-innen sich mit der
Herleitung anspruchsbegründender Pflichten aus dem Kino-
vertrag beschäftigen und entscheiden, wann bei unkörperlichen
Werkleistungen der Gefahrübergang erfolgt. Ein weiterer
Schwerpunkt der Arbeit lag sodann auf einer möglichen
Störung der Geschäftsgrundlage des Kinovertrags. Des Wei-
teren waren der Begriff des „ähnlichen geschäftlichen Kon-
taktes“ i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB und die Reichweite
einer deliktischen Sicherungspflicht gegenüber untreuen
Vertragspartnern zu bestimmen. Zum Schluss war problemati-
sch, ob im Kinovertrag eine Unterlassungspflicht durch
Schweigen mit einem Erklärungswert vereinbart worden ist.*

Sachverhalt

A ist Fan von actionreichen Science-Fiction-Filmen und freut sich bereits seit langem auf den Film „T 1000“. Der Film erscheint als einer der ersten Kinofilme überhaupt zusätzlich in der Variante „T 1000 3D“. Bei dieser soll der Zuschauer das Geschehen auf der Leinwand mittels einer sog. 3D-Brille räumlich wahrnehmen können. Die Erprobung der 3D-Technik an einem Testpublikum fand bisher nicht statt. Eine Karte für die 3D-Variante kostet mit 15 € doppelt so viel wie die herkömmliche zweidimensionale Version. Für die im Kino käuflich zu erwerbende 3D-Brille muss zudem 1 € aufgewendet werden. Das Kino, das A für gewöhnlich besucht, steht im Eigentum des B.

Insbesondere in den Tagen kurz vor dem Start des Films werden die Vorzüge des „3D-Erlebnisses“ gegenüber herkömmlichen zweidimensionalen Filmen allgemein noch einmal stark beworben. Dem kann sich auch A nicht entziehen. So entscheidet er sich am Erscheinungstag für eine Karte der um 20 Uhr beginnenden 3D-Vorstellung nebst Brille anstelle der eine Stunde später beginnenden, herkömmlichen 2D-Vorstellung. Nach Entwertung der Kinokarte durch einen Mitarbeiter des Kinos erhält A Zugang zum Eingangsbereich des Kinos. An diesen schließen sich die einzelnen Kinosäle sowie ein Verkaufsvorraum an, in dem Getränke und Snacks erworben werden können. Da A zuhause jedoch bereits zwei Dosen Bier eingesteckt hat und unter seiner Jacke verborgen hält, entschließt er sich dazu, sofort den Kinosaal aufzusuchen. Hätten B oder seine Angestellten von den Bierdosen gewusst, hätten sie A damit nicht ins Kino eingelassen. Dies wusste A auch und entspricht gängiger Praxis in allen vergleichbaren Kinos.

Nachdem A seinen Platz eingenommen hat, beginnt er sogleich damit, die mitgebrachten Artikel zu konsumieren. Nach etwa einer halben Stunde, in deren Verlauf ein anderer Mitarbeiter des Kinos erfolglos versuchte, A ein Eis zu verkaufen, beginnt um 20:45 Uhr endlich der Film. Bereits nach wenigen Minuten stellt sich dabei jedoch für A eine große Enttäuschung ein. Zwar funktionieren Vorstellungstechnik des Kinos und 3D-Brille ordnungsgemäß. Jedoch kann A das Bild des Kinofilms nur äußerst verschwommen wahrnehmen. Weder ergibt sich für ihn ein 3D-Effekt, noch erreicht das Bild auch nur annähernd eine Qualität, die der herkömmlichen 2D-Version entspricht. Später stellt sich heraus, dass A zu einer Minderheit der Bevölkerung gehört, die aufgrund eines geringfügigen Sehfehlers nicht zu räumlicher Wahrnehmung fähig ist. Da es sich hierbei um einen angeborenen Sehfehler handelt, den das menschliche Gehirn darüber hinaus in Situationen des alltäglichen Lebens für gewöhnlich kompensieren kann, ist der Sehfehler dem A bislang unbekannt geblieben. Möglicherweise hätte der Sehfehler jedoch bei einer Erprobung der 3D-Technik vor einem Testpublikum entdeckt werden können.

Um den Abend zu retten und nachdem er sich an die 2D-Vorstellung um 21:00 Uhr erinnert, entschließt sich A, den Kinosaal zu wechseln. Im Saal der 2D-Vorstellung sind nur wenige Plätze belegt. Da der Saal bereits abgedunkelt ist, nimmt A kurzerhand in der Nähe des Saaleingangs Platz. Vor Beginn des Films erscheint wiederum der Eisverkäufer. Die zweidimensionale Filmvorstellung verläuft zur vollsten Zufriedenheit des A. Als nach dem Abspann das Licht angeht, muss er jedoch ein Malheur feststellen. Sitz- und Rückenlehne seines Platzes waren vor Beginn des Films nicht gereinigt worden, sodass die Hose des A nun mit roter Salsa-Soße verschmutzt ist. Sie kann nur durch eine aufwendige Reinigung gerettet werden (Kosten 15 €). Zu allem Überfluss wartet am Ausgang des Saals auch noch der B, der kurz zuvor durch den Eisverkäufer informiert worden war und nun die Kinokarte des A kontrolliert. In dem sich anschließenden Streitgespräch kommt nicht nur der eigenmächtige Kinowechsel heraus, sondern auch der Schmuggel der im Kino nicht erhältlichen Bierdosen.

B verlangt von A das Geld für die besuchte 2D-Vorstellung. Darauf entgegnet A, dass selbst wenn ein solcher Anspruch bestünde, der B vielmehr ihm noch Geld wegen der verkorksten 3D-Vorstellung und der nutzlosen 3D-Brille schulde. B verlangt ferner Ersatz für das aufgrund des Bier schmuggels „entgangene Geschäft“. A meint darauf, dass er sein Bier trinken könne, wo er wolle und verlangt von B das Geld für die Reinigung der Hose.

Welche Ansprüche haben A und B gegeneinander?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie davon aus, dass die für die Kinokarten verlangten Beträge dem objektiven Wert der Leistungen entsprechen.

* Der Autor war zum Zeitpunkt der Klausurstellung wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht (Prof. Dr. iur. Axel Beater) der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

Lösung**Ansprüche des A gegen B****A. Bezüglich der 3D-Vorstellung****I. Auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB**

A könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr i.H.v. 15 € gem. § 346 Abs. 1 BGB haben. Dann müsste A ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht zustehen. Ein vertragliches Rücktrittsrecht ist nicht ersichtlich. In Betracht kommen könnte ein gesetzliches Rücktrittsrecht gem. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB.

1. Werkvertrag

Die Anwendung des § 634 BGB setzt das Bestehen eines Werkvertrages voraus. Die Hauptleistungspflichten eines Werkvertrages gem. § 631 Abs. 1 BGB bestehen in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gegen Werklohnzahlung.¹ Im vorliegenden Fall haben A und B einen Vertrag über die Vorstellung eines Kinofilms geschlossen. Hierbei handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, dessen Leistungspflichten sich nicht auf einen bestimmten Vertragstypen beschränken. Die unmittelbar aus der Vereinbarung folgenden Pflichten des Kinovertrags i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB umfassen in der Regel die Zahlungsverpflichtung des Kinzuschauers einerseits und die Gebrauchsüberlassung eines bestimmten Sitzplatzes sowie die zeitlich gebundene Filmvorführung durch den Kinobetreiber andererseits. Es handelt sich um einen gemischten Vertrag, dessen Hauptleistungspflichten sich aus Elementen des Werk- und Mietvertrags zusammensetzen.² Die Anwendung von Normen bei gemischten Verträgen bestimmt sich grundsätzlich nach dem Schwerpunkt der betroffenen Leistungspflicht.³ Im vorliegenden Fall geht es um die möglicherweise mangelhafte Filmvorführung. Die Filmvorführung ist ein herbeizuführender, konkreter Erfolg. Dem Schwerpunkt nach geht es folglich um eine Leistungspflicht, die dem Wesen des Werkvertrages entspricht und die Anwendung werkvertraglicher Normen rechtfertigt.

2. Mangel bei Gefahrübergang, § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB

Die Anwendung des § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB setzt einen Mangel bei Gefahrübergang voraus.

¹ Damit unterscheidet sich der Werkvertrag insbesondere vom Dienstvertrag gem. § 611 BGB, bei dem lediglich das Tätigwerden geschuldet wird, vgl. *Mansel*, in: *Jauernig, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2009, Vorb. §§ 611-630 Rn. 15; *Müller-Glöge*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 611 Rn. 22; *Richardi/Fischinger*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2011, Vorb. §§ 611 ff. Rn. 26.

² *Ehlert*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 535 Rn. 25.

³ Sog. Kombinationsmethode, vgl. BGH NJW 2005, 2008; *Emmerich*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 46.

a) Gefahrübergang, § 644 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Gefahrübergang im Werkvertragsrecht erfolgt grundsätzlich durch die Abnahme gem. § 640 BGB. Nach dem eingliedrigem Abnahmebegriff ist dafür die Billigung des Leistungsgegenstands als vertragsgemäße Leistung erforderlich.⁴ Hier hat A schließlich mit Kundgabe gegenüber B das Werk gerade nicht gebilligt. Danach läge im vorliegenden Fall kein Gefahrübergang vor.⁵ Zu einer anderen Lösung gelangt der zweigliedrige Abnahmebegriff. Für die Abnahme ist danach nicht nur die Billigung des Leistungsgegenstandes erforderlich, sondern zuvor die körperliche Entgegennahme des Werks.⁶ Eine körperliche Abnahme ist hier aufgrund der unkörperlichen Beschaffenheit der Filmvorstellung nicht möglich. Mangels Abnahmefähigkeit tritt an die Stelle der Abnahme ausnahmsweise die Vollendung des Werks nach § 646 BGB.⁷ Die Filmvorführung wurde hier – wenn auch in Abwesenheit von A – jedenfalls vollendet. Danach läge ein Gefahrübergang vor. Vorzugswürdig erscheint die zweite Lösung. Die Billigung einer Kinovorstellung ist weder praktikabel noch üblich.⁸ Die zweite Lösung entspricht damit nicht nur eher den tatsächlichen Gegebenheiten als die erste, sondern trägt darüber hinaus dem Fixschuldcharakter des Kinovertrags Rechnung. Der Gefahrübergang ist danach erfolgt.

b) Mangel im Sinne des § 633 BGB

Rechtsmängel i.S.d. § 633 Abs. 3 BGB kommen nicht in Betracht. Nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB wäre das Werk mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufwies. Vereinbart war die technisch einwandfreie Vorführung des (3D-)Filmmaterials zum konkreten Termin. Diese vereinbarte Beschaffenheit wies die Vorstellung auf. Die Fähigkeit des A zur dreidimensionalen Wahrnehmung war dagegen nicht Gegenstand der Leistungspflicht von B. Ein Mangel liegt insofern nicht vor. Nach § 633 Abs. 1 S. 2 BGB wäre das Werk mangelhaft, wenn es sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nr. 1) oder nicht für die sonst gewöhnliche Verwendung eignet, weil es nicht die übliche Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann (Nr. 2). Das Werk selbst, d.h. die Filmvorstel-

⁴ *Voit*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 640 Rn. 18; *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2008, § 640 Rn. 6.

⁵ Wer sich gegen den Gefahrübergang entscheidet, muss einen Rückgewähranspruch nach allgemeinem Schuldrecht gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 326 Abs. 5 BGB prüfen. Jedoch ist die Leistung hier nicht dem Schuldner B unmöglich, sondern wiederum lediglich dem Gläubiger A die Inanspruchnahme der Leistung.

⁶ BGH NJW 1996, 1749; *Busche*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 640 Rn. 3; *Peters/Jacoby* (Fn. 4), § 640 Rn. 3.

⁷ *Busche* (Fn. 6), § 640 Rn. 8; *Peters/Jacoby* (Fn. 4), § 640 Rn. 39.

⁸ Entsprechend Theater- und Konzertvorstellungen, vgl. *Kreile/Hombach*, ZUM 2001, 731 (745).

lung, wies jedoch diese Eignung auf. Die Erwartungen des A wurden vielmehr nur deshalb enttäuscht, weil A selbst nicht die körperliche Eignung aufwies, den Film dreidimensional wahrzunehmen. Ein Mangel gerade des Werks i.S.d. Nrn. 1 oder 2 liegt damit nicht vor. Nach § 633 Abs. 2 S. 3 BGB wäre das Werk schließlich mangelhaft, wenn B zu wenig oder etwas anderes geleistet hätte, als das bestellte Werk. Beides käme in Betracht, wenn B beispielsweise anstelle des 3D-Filmmaterials, das 2D-Filmmaterial vorgeführt hätte. Dies ist hier aber wiederum nicht der Fall. Ein Mangel i.S.d. § 633 BGB besteht daher insgesamt nicht.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des A gegen B auf Rückgewähr i.H.v. 15 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB besteht nicht.

II. Auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr des Kinogeltes i.H.v. 15 € gemäß § 346 Abs. 1 BGB haben.

1. Anspruch entstanden

Dann müsste A den Rücktritt gem. § 347 BGB erklärt haben und ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB vorliegen. Eine Rücktrittserklärung gem. § 347 BGB kann hier zumindest konkludent (§§ 133, 157 BGB) aus dem Rückzahlungsverlangen des A gefolgert werden. Die Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts ergeben sich aus § 313 Abs. 3 BGB und der dortigen Verweisung auf die Abs. 1 und 2.

a) Geschäftsgrundlage

Gem. § 313 Abs. 1, 2 BGB müsste zunächst ein Umstand oder eine vertragswesentliche Vorstellung über einen Umstand vorliegen und zur Grundlage des Vertrags geworden sein.

aa) „Umstände“ (Abs. 1) oder „Vorstellungen“ (Abs. 2)

Als Geschäftsgrundlage kommen hier zweierlei Anknüpfungspunkte in Betracht, nämlich einerseits die Sehfähigkeit des A als objektiver⁹ Umstand und andererseits die subjektive Vorstellung beider Parteien, dass A den Film dreidimensional wahrnehmen kann. An einen objektiven Umstand kann nach § 313 Abs. 1 BGB nur dann angeknüpft werden, wenn sich dieser „nach Vertragsschluss“ verändert hat. Der Sehfehler lag jedoch bereits anfänglich vor. Die Anknüpfung an einen objektiven Umstand führt hier daher nicht weiter.

Für eine Vorstellung i.S.d. Abs. 2 verlangt der Wortlaut der Norm ferner, dass sich die Vorstellung später als falsch herausstellen muss, m.a.W. eine positiv bestehende (Fehl-)Vorstellung. Hier liegt es jedoch so, dass mangels Problem-

bewusstseins weder A noch B überhaupt eine Vorstellung von dem Sehfehler hatten (fehlende Vorstellung). Nach Literatur und Rechtsprechung soll darin jedoch kein wesentlicher Unterschied bestehen. Danach genügt es für eine Geschäftsgrundlage, wenn die Parteien bestimmte Umstände als selbstverständlich ansahen, ohne sich diese bewusst zu machen.¹⁰ Voraussetzung ist jedoch, dass der Geschäftswille beider Parteien auf diesem Umstand aufbaute.¹¹ So liegt es hier. Die Vorstellung, dass A den Film dreidimensional sehen kann, war maßgeblich für seine Entscheidung zugunsten der 3D-Vorstellung. Auch B ging wie selbstverständlich davon aus, dass A den Film dreidimensional sehen kann und schloss mit ihm auf dieser Grundlage den Vertrag über die 3D-Vorstellung.

Abzustellen ist somit i.S.d. Abs. 2 auf die für beide Parteien selbstverständliche Vorstellung, dass A den Film dreidimensional wahrnehmen kann.

bb) Außerhalb des Vertragsinhalts

Kein Raum für die Anwendung des § 313 BGB besteht, wenn der Umstand oder die Vorstellung bereits zum Vertragsinhalt gehört. Die Rechtsfolgen des Wegfalls oder Fehlens würden sich in diesem Fall nach einer Vertragsauslegung oder den gesetzlichen Vorschriften (§§ 275, 280 ff., 323 ff. BGB) bestimmen.¹² Die Vorstellung, einen Kinofilm sehen zu können, gehört in der Regel zum Vertragsinhalt. Wäre die Sicht des Kinogasts beispielsweise aufgrund eines vom Kinobetreiber zu verantwortenden Umstands (z.B. wegen eines schlechten Sitzplatzes hinter einem Pfeiler o.ä.) eingeschränkt, läge ein Mangel der Leistung vor.¹³ Im vorliegenden Fall beruhte die fehlende, dreidimensionale Wahrnehmung des A jedoch auf einem in seiner Person liegendem Umstand. Solche Umstände, die in der Sphäre des Gläubigers liegen, umfasst die Leistungspflicht des Kinobetreibers jedoch in der Regel nicht.

Die Vorstellung, dass A den Film dreidimensional wahrnehmen kann, gehörte damit nicht bereits zum Vertragsinhalt.

cc) Vertragswesentliche Vorstellungen

Die Vorstellung, dass A den Film dreidimensional sehen kann, müsste gem. § 313 Abs. 2 BGB auch wesentlich gewesen sein. Das bedeutet, A und B müssten den Vertrag i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB bei Kenntnis von der Unrichtigkeit der Vorstellung nicht oder zumindest nicht so geschlossen haben.¹⁴ Hätte A von seinem Sehfehler gewusst, hätte er wohl sogleich eine Karte für die 2D-Vorstellung gekauft. Der Ki-

¹⁰ BGH NJW-RR 2006, 699 (700); BGH NJW 1996, 990 (992 m.w.N.); Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 45; Brox/Walker (Fn. 9), Rn. 9; BT-Drs. 14/6040, S. 176 re. Sp.

¹¹ BGH NJW 2001, 1204 (1205); BGH NJW 2005, 2069 (2071); Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 5.

¹² Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 6.

¹³ Vgl. für Theater- und Konzertvorstellungen, Kreile/Hombach, ZUM 2001, 731 (753).

¹⁴ Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 7.

novertrag über die 3D-Vorstellung wäre damit nicht zustande gekommen. Die Vorstellung war folglich wesentlich.

dd) Zwischenergebnis

Die Vorstellung, dass A zur dreidimensionalen Wahrnehmung fähig ist, war wesentlich und ist zur Geschäftsgrundlage beider Parteien des geschlossenen Kinovertrags geworden.

b) Vorstellung ist unzutreffend

Die Vorstellung müsste sich gem. § 313 Abs. 2 BGB als falsch herausstellen. A konnte den Film nicht dreidimensional wahrnehmen. Die dem Vertrag zugrunde liegende Vorstellung erwies sich damit als unzutreffend.

c) Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag¹⁵

Nach § 313 Abs. 1 BGB müsste das Festhalten am Vertrag für A unzumutbar sein. Von einer Unzumutbarkeit ist nur dann auszugehen, wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde.¹⁶ Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind.¹⁷ Als weitere Umstände, die im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, kommen vertragliche oder gesetzliche Risikozuweisungen, die Erkenntnis oder Vorhersehbarkeit, die Beherrschbarkeit und Beeinflussbarkeit des Risikos oder die wirtschaftliche Belastbarkeit der Parteien mit dem Risiko in Betracht.¹⁸ A hat seine Leistung, die Entgeltzahlung, vollständig erbracht, bekommt mit der 3D-Vorstellung aber eine Gegenleistung, mit der er nichts anfangen kann. Er kann keine Vorteile aus der 3D-Vorstellung ziehen. Aus Sicht des A bestand so nicht nur eine Störung des Äquivalenzverhältnisses, sondern verlor das Geschäft jeglichen Sinn.

aa) Ausgleich durch verbleibende Vorteile

Für die Zumutbarkeit könnten die verbleibenden Vorteile, den Film „zu hören“ und die Sitzplatzüberlassung, sprechen. Ob diese allein ausreichen, um dem A ein Festhalten an dem Vertrag zuzumuten, ist jedoch zweifelhaft. Näher dürfte liegen, ohne visuellen Teil auch die Sitzplatznutzung und das Hören des Films als nutzlos und daher wertlos anzusehen.

bb) Obliegenheitsverletzung des A

Ein Festhalten an dem Geschäft ist A zuzumuten, wenn er selbst für dessen Sinnlosigkeit verantwortlich ist. Insofern könnte an eine Verpflichtung des A gegen sich selbst (Obliegenheit) gedacht werden, sich vor Kinobesuch zu vergewissern, ob er die Leistung des B überhaupt in Anspruch nehmen kann.¹⁹ A konnte aufgrund der im Sachverhalt genannten Schwierigkeiten bei der Erkennbarkeit hier jedoch nichts von seinem Sehfehler wissen. Eine Pflicht, sich zu informieren, kann hier daher nicht verlangt werden. Mangels Bestehen einer Informationspflicht liegt eine Obliegenheitsverletzung des A somit nicht vor.

cc) Gesetzliche Risikozuweisung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB

Für die Zumutbarkeit könnte ferner die gesetzliche Wertung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB sprechen. Danach wird der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird. Da es sich um eine mietvertragliche Norm handelt, hier allerdings der werkvertraglichen Aspekt des Kinovertrags betroffen ist, müsste § 537 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen einer Analogie, d.h. planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage,²⁰ vorliegen. §§ 631 ff. BGB enthalten keine Regelungen zum Verwendungsrisiko. Eine planwidrige Regelungslücke liegt damit vor.

Fraglich ist, ob hier eine mit § 537 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbare Interessenlage vorliegt. Der Vermieter schuldet aufgrund des Mietvertrags die Gebrauchsüberlassung zur Ziehung der entsprechenden Nutzung i.S.d. § 100 BGB. Eine Pflicht des Mieters zur Nutzungsziehung besteht nicht. Der Mieter schuldet die Miete für die Gewährung der Möglichkeit einer Nutzungsziehung, nicht dagegen für die daraus erwachsenen Vorteile. Der Anspruch auf die Miete soll folglich deswegen bestehen bleiben, weil die Nutzungsziehung in den Risikobereich des Mieters fällt.²¹ Diese Situation ist zunächst mit der des Kinovertrags vergleichbar. Auch der Kinobetreiber schuldet lediglich die Gewährung der Möglichkeit zur Nutzungsziehung. Eine Pflicht des Kinobesuchers zur Nutzungsziehung besteht dagegen nicht.

Gegen die analoge Anwendung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB spricht hingegen, dass danach die Störung des Äquivalenzverhältnisses ausschließlich in den Risikobereich des Mieters, hier des A, fallen muss. Im vorliegenden Fall setzte jedoch auch B eine Ursache für das Nicht-Sehen-Können des

¹⁵ Es wird der Lösung gefolgt, welche die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag bejaht, da dies noch weitere Prüfungspunkte zur Folge hatte. Für eine 18-Punkte-Arbeit war diese Entscheidung jedoch nicht erforderlich.

¹⁶ BGH NJW 1997, 1702 (1704); BGH NJW 1995, 592 (594); BGH NJW 1993, 1856 (1860); BGH NJW 1982, 2184 (2186 m.w.N.).

¹⁷ BGH NJW 1995, 47 (49).

¹⁸ Vgl. Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 61 f.

¹⁹ Dabei handelt es sich um die ureigenste Pflicht jeder Partei, sich selbst über die allgemeinen Marktverhältnisse und die sich daraus ergebenden Risiken und Chancen zu informieren, vgl. Emmerich (Fn. 3), § 311 Rn. 101.

²⁰ Coing/Honsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, B. Einl. zum BGB, Rn. 61; Musielak, Grundkurs BGB, 12. Aufl. 2011, § 9 Rn. 826.

²¹ Bieber, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 537 Rn. 1; Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 537 Rn. 1.

A, indem er mit der 3D-Filmvorstellung eine dem Verkehr bislang nicht bekannte Leistung anbot. Bei solchen, neuartigen Leistungen kann der Verkehr gerade nicht aus Erfahrung beurteilen, ob er die Leistung in Anspruch nehmen können wird. Er ist hierfür in besonderem Maße auf die Erfahrungen des Anbieters mit der Leistung und der daraus resultierenden Leistungsbeschreibung angewiesen. Die Ursache für das gestörte Äquivalenzverhältnis ist damit nicht allein in der Risikosphäre des A, sondern zumindest auch in der des B zu suchen. Eine vergleichbare Interessenlage liegt somit nicht vor. § 537 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf den Kinovertrag nicht anwendbar.

dd) Möglichkeit der Vorhersehbarkeit durch den Kinobetreiber

Der Umstand, dass die Störung des Äquivalenzverhältnisses nicht nur in die Risikosphäre des A, sondern auch in die des B fiel, könnte zugleich für die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sprechen.

Zwar kann B hier keine Pflichtverletzung gegenüber A vorgeworfen werden. Der Vorwurf der nicht vertragsgemäßen Leistung trifft B hier nicht, weil B seine Leistung vertragsgemäß erbracht hat (vgl. oben). Auch der Vorwurf der fehlenden Aufklärung aufgrund einer vorvertraglichen Pflicht gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB trifft B nicht. Nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren verpflichtet, den Gegner über Umstände aufzuklären, die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln, oder aus denen sich für ihn besondere Gefahren bei der Vertragsdurchführung ergeben können.²² B wusste hier aber weder etwas vom Sehfehler des A, noch dass diese die Wahrnehmung von 3D-Filmen beeinträchtigen können. Ob der Sehfehler ferner vor einem Testpublikum tatsächlich erkannt worden wäre, ist letztlich ungewiss. Eine Aufklärungspflicht nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kann daher nicht von B verlangt werden.

Als Anbieter der Leistung und anders als A hatte B hier aber wenigstens die abstrakte Möglichkeit, Kenntnis vom Sehfehler zu erlangen und das Risiko des Auseinanderfallens von Leistung und Gegenleistung vorherzusehen. Diese immerhin bestehende Chance der Vorhersehbarkeit spricht in der hier vorliegenden, außergewöhnlichen Situation²³ dafür, das Risiko ausnahmsweise dem Kinobetreiber aufzuerlegen.

ee) Zwischenergebnis

A hat seine Leistung vollständig erbracht, bekommt mit der 3D-Vorstellung aber eine Gegenleistung, mit der er nichts anfangen kann. Die Pflicht, sich über die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Leistung zu vergewissern, konnte hier nicht von A verlangt werden. Die gesetzliche Risikozuweisung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf den Kinovertrag nicht anwendbar. Vielmehr hat B es versäumt, eine neuartige Leistung zu testen, wodurch der Sehfehler eventuell hätte erkannt

werden können. Nach Würdigung aller Umstände erscheint es daher nicht gerecht, A das Festhalten am Vertrag zuzumuten.²⁴

d) Kein Ausschluss des Rücktritts: Unmöglichkeit der Vertragsanpassung

Damit der Rücktritt möglich ist, müsste gem. § 313 Abs. 3 BGB eine Anpassung des Vertrags unmöglich oder dem benachteiligten Teil unzumutbar sein. B war zur Vorführung eines 3D-Films verpflichtet. Diese Leistungspflicht hat er jedoch bereits erfüllt. Sie ist nach Gefahrübergang gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Dies gilt ebenfalls für die Verpflichtung des A zur Entgeltzahlung. Für eine Anpassung der Leistungspflichten könnte es daher zu spät sein. Um dem Vorrang der Vertragsanpassung Geltung zu verschaffen, ist jedoch auch die rückwirkende Anpassung der vertraglichen Leistungspflichten zulässig, wenn nur sie einen angemessenen, d.h. für beide Parteien zumutbaren Interessenausgleich herbeiführen kann.²⁵

In Betracht kommen könnte hier eine Anpassung des Vertrages dergestalt, dass B sich verpflichtet, A an einem späteren Termin zu einer 2D-Vorstellung zuzulassen. Fraglich ist jedoch, ob damit noch eine Anpassung des ursprünglichen Vertrags vorliegt oder hierfür nicht vielmehr der Abschluss eines neuen Vertrags notwendig ist. Letzteres ist der Fall, wenn mit dem Kinovertrag ein absolutes Fixgeschäft vorliegt, dessen Nachholung unmöglich ist.²⁶ Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn der Vertrag nach ausdrücklicher Vereinbarung oder den Interessen der Parteien mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Leistungszeit stehen oder fallen soll.²⁷ Dies ist hier der Fall. Weder Kinobetreiber noch Kinogast haben ein Interesse daran, dass der einmal fehlgeschlagene Kinovertrag bestehen bleibt. Anderenfalls wäre der Kinobetreiber zur Nachholung des Kinofilms und der Kinogast dazu verpflichtet, einen vom Kinobetreiber vorgeschlagenen Ersatztermin als Erfüllung anzunehmen. Kinobetreiber haben jedoch regelmäßig ein gewisses Kontingent an Kinoplatzen bereits im Vorverkauf verplant und auch der Kinogast plant seine Freizeit in der Regel im Voraus.²⁸ Der Kinovertrag stellt folglich ein absolutes Fixgeschäft dar. Die nachträgliche Zulassung zu einer 2D-Vorstellung stellt daher nicht

²⁴ Da es bei der Unzumutbarkeit im Rahmen des § 313 BGB letztlich um Gerechtigkeitserwägungen geht, ist auch eine a.A. gut vertretbar.

²⁵ Vgl. Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 72, 78. Die Rspr. geht von der Zulässigkeit der rückwirkenden Vertragsanpassung bereits aus, wenn die Geschäftsgrundlage von Anfang an gefehlt hat, vgl. BGH NJW 2001, 1204 (1206); BGH NJW 1996, 990 (992); LG Düsseldorf, Urt. v. 12.8.2008 – 4b O 17/08.

²⁶ Grothe, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 20, Stand: 1.2.2007, § 323 Rn. 25.

²⁷ Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 286 Rn. 39; Otto/Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 323 Rn. B 101.

²⁸ Für Theater- und Konzertvorstellung entsprechend, vgl. Kreile/Hombach, ZUM 2001, 731 (739).

²² Emmerich (Fn. 3), § 311 Rn. 112.

²³ Gerade solche außergewöhnliche Situationen kennzeichnen die Fälle des § 313 BGB, vgl. Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 69.

lediglich eine Vertragsanpassung dar, sondern setzt einen neuen Vertrag voraus. Eine rückwirkende Anpassung des Kinovertrags ist damit nicht möglich.

e) Zwischenergebnis

A hat den Rücktritt gem. § 347 BGB erklärt. Die Voraussetzungen für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 liegen vor. Der Anspruch auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB ist damit entstanden.

2. Anspruch untergegangen

Erlöschensgründe sind nicht ersichtlich. Der Anspruch ist damit nicht untergegangen.

3. Anspruch durchsetzbar

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte entgegenstehen, dass B hier möglicherweise gegenüber A zur Verweigerung der Rückzahlung gem. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB berechtigt ist. Dann müsste B ein Anspruch zustehen, der in einem Gegenständigkeitsverhältnis (Synallagma) zum Rückgewähranspruch des A steht. B dürfte ferner nicht zur Vorleistung verpflichtet sein.

a) Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

B könnte gegen A ein Anspruch auf Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB zustehen. Danach ist Wertersatz zu leisten, wenn die Rückgewähr oder Herausgabe nach der Natur des Erlangten unmöglich ist. Herauszugeben hätte A hier gemäß § 346 Abs. 1 BGB grundsätzlich die gezogenen Nutzungen, d.h. die Sitzplatznutzung und den Filmgenuss. Beide Vorteile könnten aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht herausgegeben werden. Problematisch ist hierbei allerdings, dass A bereits kurz nach Beginn der 3D-Filmvorstellung den Saal verlassen hat. Abgesehen von einem unerheblichen Teil, hat A damit die Nutzungsziehung unterlassen. Ein Wertersatzanspruch nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB scheidet daher aus.

b) Wertersatzpflicht gem. § 347 Abs. 1 BGB²⁹

Wegen der nicht gezogenen Nutzungen könnte B gegen A jedoch ein Wertersatzanspruch gem. § 347 Abs. 1 BGB zustehen. Gemäß § 347 Abs. 1 S. 1 BGB müsste dafür die Nutzungsziehung möglich gewesen und entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft³⁰ unterlassen worden sein. Im vorliegenden Fall wollte sich jedoch nicht einmal der Filmgenuss einstellen, welcher der 2D-Version entsprochen hätte. A war damit die Ziehung des Filmgenusses unmöglich. Den Sitzplatz konnte A zwar grundsätzlich nutzen. Ohne den

entsprechenden Filmgenuss war die Nutzung des Sitzplatzes allerdings wirtschaftlich sinnlos. Die Aufgabe des Sitzplatzes widersprach damit auch nicht den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft. Dasselbe gilt für einen Hörgenuss bei einer etwaigen Aufteilung der Filmvorführung in einen visuellen und auditiven Teil. Danach ist auch ein Wertersatzanspruch nach § 347 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

4. Ergebnis

Mangels eines synallagmatischen Anspruchs kann B kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen. Der Anspruch des A gegen B auf Rückgewähr i.H.v. 15 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB ist damit entstanden, nicht untergegangen und auch durchsetzbar.

III. Auf Herausgabe gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kinoentgelts i.H.v. 15 € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben, wenn B damit etwas ohne rechtlichen Grund und durch Leistung des A erlangt hat.

1. Etwas erlangt

Erlangt werden kann jeder vermögenswerte Vorteil.³¹ Bei lebensnaher Auslegung hat B hier gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum und Besitz an Geldscheinen bzw. -münzen im Wert von 15 € erlangt.

2. Durch Leistung des A

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.³² A übereignete dem B das Geld zu dem Zweck, damit seine Zahlungsverpflichtung aus dem Kinovertrag zu erfüllen. B hat damit die 15 € auch durch eine Leistung des A erlangt.

3. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Nach erfolgtem Rücktritt stellt das daraus resultierende Rückgewährschuldverhältnis den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung dar.

Auch ohne den Rücktritt wäre die Leistung jedoch nicht rechtsgrundlos erfolgt. Der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der 15 € bestünde in dem Fall in dem zwischen A und B bestehenden Kinovertrag. Anders wäre dies nur, wenn der Vertrag gemäß § 142 Abs. 1 BGB wirksam angefochten worden ist. Eine Anfechtungserklärung des A gem. § 143 BGB könnte zumindest konkludent (§§ 133, 157 BGB) aus dem Rückzahlungsverlangen des A gefolgert werden. Fraglich ist allerdings, ob dem A auch ein Anfechtungsgrund zusteht. A hat sich bei Vertragsschluss weder Versprochen noch Versprochen. Er wollte auch gerade eine Karte für die 3D-Vorstellung erwerben. Ein Anfechtungsgrund aufgrund

²⁹ Entgegen der amtlichen Überschrift erfasst § 347 BGB auch Nutzungen vor Ausübung des Rücktrittsrechts, vgl. *Grothe* (Fn. 26), § 347 Rn. 1; *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 347 Rn. 2.

³⁰ Gemeint ist ein objektiver Maßstab vernünftiger Wirtschaftsführung, vgl. *Gaier* (Fn. 29), § 347 Rn. 6; *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2004, § 347 Rn. 8.

³¹ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 35. Aufl. 2011, § 40 Rn. 2.

³² BGH NJW 2005, 60; BGH NJW 1999, 1393 (1394); BGH NJW 1989, 900 (901); *Brox/Walker* (Fn. 31), § 40 Rn. 6.

Erklärungs- oder Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 BGB besteht daher nicht. Ein Irrtum wegen Fehlens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft der Leistung gem. § 119 Abs. 2 BGB liegt ebenfalls nicht vor. Zwar kann A den Film nicht dreidimensional sehen. Dies liegt aber nicht an einer Eigenschaft der geschuldeten Leistung, sondern an A selbst.³³ Ferner steht A auch kein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu. Eine dafür erforderliche Aufklärungspflicht bestand mangels Kenntnis vom Sehfehler nicht.³⁴ A steht im Ergebnis kein Anfechtungsgrund zu. Die Leistung des A erfolgte damit jedenfalls mit Rechtsgrund.

4. Ergebnis

Ein Anspruch des A gegen B gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB besteht nicht.

IV. Auf Schadensersatz i.H.v. 15 € gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)

Im vorliegenden Fall fehlte B jegliche Vorstellung von der Existenz eines Sehfehlers, der die dreidimensionale Wahrnehmung des Films vereitelt. Zwar hatte B als Anbieter der Leistung die abstrakte Möglichkeit vor einem Testpublikum Kenntnis von dem Sehfehler zu erlangen. Ob der Sehfehler dadurch tatsächlich erkannt worden wäre, ist laut Sachverhalt aber ungewiss (vgl. oben). Eine Aufklärungspflicht kann daher nicht von B verlangt werden. Ein Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB besteht somit nicht.

B. Bezüglich der 3D-Brille

I. Auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. § 284 i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB

Der für den Kauf der 3D-Brille gezahlte Euro könnte im Hinblick auf den Kinovertrag als eine vergebliche Aufwendung gem. § 284 BGB i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB zu ersetzen sein.³⁵ Da der Anspruch an die Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung tritt, sind zunächst die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches zu prüfen. Es müsste wiederum ein Mangel der Kinoleistung bei Gefahrenübergang vorliegen. Wie bereits dargestellt wurde, ist ein Gefahrenübergang zwar erfolgt, die Kinovorstellung aber nicht mangelhaft. Ein Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. § 284 BGB i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB besteht daher nicht.

II. Auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

Möglicherweise steht A jedoch ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag der Brille zu. Die Brille wurde übergeben, der

³³ Die Vorstellung des „Sehenkönnens“ stellt dagegen einen beidseitigen Motivirrtum dar, der nach h.M. über § 313 BGB zu lösen ist, vgl. BGH NJW 1958, 297 (298); BGH NJW 2002, 292 (294); Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 139; Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 14.

³⁴ Siehe oben II. 1. c) dd).

³⁵ Kinovertrag und Kaufvertrag über die 3D-Brille sind zwei voneinander zu trennende Geschäfte.

Gefahrenübergang nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist damit erfolgt. Ein Mangel an der Brille lag jedoch offenkundig nicht vor. Ein Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises i.H.v. 1 € gemäß § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB besteht daher nicht.

III. Auf Rückgewähr i.H.v. 1 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB

A könnte gegen B jedoch einen Anspruch auf Rückgewähr i.H.v. 1 € gegen Herausgabe der Brille gemäß § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB haben, wenn das dreidimensionale „Sehen-Können“ zur Geschäftsgrundlage auch des Kaufvertrages geworden ist. Je nachdem, wie man sich oben entschieden hat, entspricht die Lösung im Übrigen der Lösung bezüglich der Kinokarte. Zu beachten ist allerdings, dass der Anspruch gem. §§ 320, 322 BGB nur Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Brille durchsetzbar ist.

IV. Anspruch auf Herausgabe gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kaufpreises für die 3D-Brille gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB besteht mangels Anfechtungsrecht des A nicht. Der Kaufvertrag bzw. das Rückgewährschuldverhältnis stellt einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Euros für B dar.

V. Auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)

Mangels Bestehen einer Aufklärungs- oder Warnpflicht besteht bezüglich der Brille ebenso wenig ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, wie bezüglich der 3D-Kinovorstellung.

C. Bezüglich der Hose des A

I. Auf Schadensersatz gem. § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz eines Mangel- folgeschadens i.H.v. 15 € wegen Verletzung einer mietvertraglichen Pflicht aus dem Kinovertrag gemäß § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB³⁶ haben.³⁷ Dies setzt jedoch voraus, dass A und B überhaupt einen Vertrag über die 2D-Vorstellung und den verschmutzten Sitz geschlossen haben. A hat hier jedoch eigenmächtig den Saal gewechselt. Es liegt insoweit bereits kein Kinovertrag vor. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht daher nicht.

II. Auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)

A und B haben keinen Vertrag über den Sitzplatz bei der 2D-Vorstellung geschlossen. Möglicherweise hat A gegen B gem. § 280 Abs. 1 BGB jedoch einen Schadensersatzan-

³⁶ § 536a BGB umfasst sowohl Mangel- als auch Mangelfolgeschäden, vgl. Ehlert (Fn. 2), § 536a Rn. 16.

³⁷ Dem Schwerpunkt der betroffenen Leistung nach geht es hier um eine mietvertragliche Pflicht, was die Anwendung mietvertraglicher Normen rechtfertigt, vgl. oben Fn. 3.

spruch i.H.v. 15 € wegen Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis i.S.d. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Da bezüglich der 2D-Vorstellung überhaupt keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben oder auch nur bevorstanden, kommt als Schuldverhältnis lediglich ein „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Betracht. Ebenso wie bei den Nrn. 1 und 2 muss auch hier der Schuldner Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB des Gläubigers haben.³⁸ Weitere Voraussetzung ist, dass es sich um einen „geschäftlichen“ Kontakt handelt.³⁹ Die Haftung muss demgemäß jedenfalls dort entfallen, wo nicht einmal die abstrakte Möglichkeit eines Geschäftsschlusses besteht, weil der Gläubiger sich in krimineller Absicht in den Räumen des Schuldners aufhält (z.B. der Ladendieb).⁴⁰ Hier hat sich A bewusst auf einen Platz gesetzt, der ihm nicht zustand. Den Abschluss eines weiteren Kinovertrags wollte er gerade vermeiden. Die Annahme eines Schuldverhältnisses i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB rechtfertigt dies nicht. Ein Anspruch des A gegen B gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB besteht somit nicht.

III. Auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

Möglicherweise steht A gegen B jedoch ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 15 € wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht gem. § 823 Abs. 1 BGB zu.

1. Rechtsgutsverletzung

Die Hose des A ist erheblich verschmutzt. Es liegt eine Sachbeschädigung und damit Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vor.

2. Durch zurechenbares Tun oder Unterlassen des B

Die Eigentumsverletzung müsste durch ein zurechenbares Tun oder Unterlassen des B geschehen sein. B hat hier unterlassen, für die Reinigung der Sitzplätze Sorge zu tragen. Das Unterlassen war auch kausal für die Beschädigungen der Hose. Das Unterlassen wäre dem B jedoch nur dann als Pflichtverletzung zurechenbar, wenn B eine Pflicht zum Handeln gehabt hätte und das Unterlassen damit einem aktiven Tun gleichgestellt werden könnte. In Betracht kommen könnte hier eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht aufgrund der typischen Gefahren, die im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kinos bestehen.⁴¹ Um gerade eine typische Gefahr des Kinovertrags darzustellen, müsste die Verschmutzung der Hose infolge des Sitzplatzwechsels vorhersehbar gewesen sein. Grundsätzlich liegt es nicht fernab jeglicher Erwartung, dass Kinositze durch die Benutzung von Kinogästen verschmutzt werden können. Ebenso wenig wi-

derspricht es jeder Lebenserfahrung, dass sich Gäste irrtümlich auf einen falschen Sitzplatz setzen oder den falschen Kinosaal wählen. Nicht vorhersehen müssen Kinobetreiber jedoch, dass Kinogäste bewusst vertragswidrig einen anderen Sitzplatz einnehmen. Grundsätzlich kann der Kinobetreiber darauf vertrauen, dass seine Gäste sich vertragsgemäß verhalten, d.h. nur den Sitzplatz in Anspruch nehmen, der ihnen vertraglich zugewiesen ist. Nach dem Sachverhalt hat A sich jedoch nicht irrtümlich, sondern bewusst vertragswidrig auf den Sitzplatz in dem anderen Kinosaal gesetzt. Eine Verkehrssicherungspflicht des B gegenüber A bestand damit nicht.

3. Ergebnis

Mangels gegenüber A bestehender Verkehrssicherungspflicht besteht auch ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB nicht.

Ansprüche des B gegen A

I. Auf Zahlung i.H.v. 7,50 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB (Eingriffskondition)

Das Zustandekommen eines Vertrags über die 2D-Vorstellung ist nicht ersichtlich. Vielmehr wechselte A eigenmächtig den Kinosaal. B könnte deswegen gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 7,50 € ausschließlich aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB zustehen.

1. Anspruch entstanden

a) Etwas erlangt

Erlangt hat A hier die vermögenswerten Vorteile, die sich ansonsten aus der Erfüllung eines Kinovertrags über die 2D-Vorstellung ergeben hätten, d.h. den Filmgenuss und die zeitweise Gebrauchsüberlassung eines Sitzplatzes.

b) „In sonstiger Weise“

A müsste die o.g. Vorteile „in sonstiger Weise“ erlangt haben. Das bedeutet, dass A die Vorteile nicht durch eine Leistung des B oder eines Dritten erlangt haben dürfte. Die Nichtleistungskondition verhält sich zur Leistungskondition grundsätzlich subsidiär.⁴² Die Mehrung des Vermögens von A erfolgte hier jedoch bewusst weder durch B noch durch einen seiner Verfügungsberechtigten. Eine Leistung des B oder eines Dritten liegt damit nicht vor.

c) Eingriff „auf Kosten“ des B

Die Vorteilserlangung müsste ferner durch einen Eingriff „auf Kosten“ des B erfolgt sein. Dies ist nach der Lehre vom Zuweisungsgehalt dann der Fall, wenn der dem Empfänger zugeflossene Vorteil von der Rechtsordnung dem Gläubiger zugewiesen ist und deshalb im Ergebnis auf seine Kosten ging.⁴³ Nach klassischem Verständnis handelt es sich bei den Rechten, in deren Zuweisungsgehalt eingegriffen wird, lediglich um absolute Rechte (z.B. Eigentum) und Immaterialgü-

³⁸ Gehrlein/Sutschet, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 311 Rn. 49.

³⁹ Löwisch, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neub. 2005, § 311 Rn. 102.

⁴⁰ Emmerich (Fn. 3), § 311 Rn. 92.

⁴¹ Für Theatervorstellungen, vgl. BGH NJW 2006, 610 (611).

⁴² BGH NJW 2005, 60 m.w.N.

⁴³ BGH NJW 1987, 1631 (1632 m.w.N.).

terrechte (z.B. Urheberrechte).⁴⁴ Ein Eigentumsrecht steht dem B hier zumindest in Bezug auf den Sitzplatz zu, in das A danach eingegriffen hat. Ein eigenes Urheberrecht hat der Kinobetreiber jedoch nicht inne. Dieses liegt bei den Urhebern des Films. Der Kinobetreiber hat dagegen regelmäßig nur ein über das Produktionsunternehmen und den Filmverleih mehrfach abgeleitetes Vorführungsrecht i.S.d. § 19 Abs. 4 UrhG. Nach heutigem Verständnis ist das Erfordernis der Ausschließlichkeit jedoch gelockert. Für ein Recht mit Zuweisungsgehalt genügt danach jede subjektive Rechtsposition, die kommerziell verwertbar ist und dessen Nutzung der Rechteinhaber jederzeit Dritten untersagen kann.⁴⁵ Dies ist hier mit dem Vorführungsrecht des B der Fall. Danach liegt ein Eingriff „auf Kosten“ des B vor.

d) Ohne Rechtsgrund

Der Eingriff des A auf Kosten des B müsste ferner ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Dies ist hier der Fall. Ein Vertrag über die 2D-Vorstellung ist hier nicht zustande gekommen. Auch die sich bereits im Besitz befindliche, entwertete Kinokarte⁴⁶ berechtigte den A nicht zum Besuch der 2D-Vorstellung.

e) Rechtsfolge

Rechtsfolge des Bereicherungsanspruch ist gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Herausgabe der erlangten Vermögensvorteile. Sofern die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, schuldet der Bereicherungsschuldner Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB. Erlangt hat A hier die vorübergehende Gebrauchsüberlassung des Sitzplatzes sowie den Filmgenuss. Beide Vorteile können nicht bzw. nicht mehr herausgegeben werden. A schuldet daher grundsätzlich Ersatz in Höhe ihres objektiven Werts. Fraglich ist, wie hoch der objektive Wert der erlangten Vorteile ist. Grundsätzlich nicht ersetzen muss A die von B verlangte Summe. Hierbei handelt es sich um den für B subjektiven Wert der Veranstaltung. Laut Bearbeitungsvermerk soll der objektiven Wert hier jedoch 7,50 € entsprechen.⁴⁷

f) Zwischenergebnis

Damit ist ein Anspruch des B gegen A auf Ersatz des objektiven Werts für die zeitweise Inanspruchnahme eines Sitzplatzes und des Filmgenusses gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB entstanden.

⁴⁴ Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 812 Rn. 244.

⁴⁵ Schwab (Fn. 44), § 812 Rn. 246, 250, 252.

⁴⁶ Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB, d.h. das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier, vgl. Stürmer, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 398 Rn. 5; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor §§ 793-808 Rn. 14.

⁴⁷ Ohne Bearbeitungsvermerk dürfte auf eine Summe abzustellen sein, die deutlich unterhalb der von B verlangten liegt.

2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch des B könnte jedoch infolge einer Aufrechnung durch A gemäß § 389 BGB untergegangen sein.

a) Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

Eine hierfür erforderliche Aufrechnungserklärung kann zumindest konkludent (§§ 133, 157 BGB) aus der Erklärung des A gefolgert werden, dass der B dem A noch Geld schulde.

b) Aufrechnungslage, § 387 BGB

Nach § 387 BGB müsste der Eingriffskondition als Hauptforderung eine gleichartige, durchsetzbare und insbesondere fällige Forderung des A gegenüber stehen. Die Eingriffskondition müsste ferner erfüllbar sein. Als Gegenforderungen bestehen hier zwei Ansprüche des A auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB, nämlich einmal i.H.v. 15 € (Eintritt) und einmal i.H.v. 1 € (Brillenpreis). Die Forderungen sind auch gleichartig, da auf die Zahlung von Geld gerichtet. Beide Gegenforderungen des A sind hier gem. § 271 Abs. 1 BGB ohne weiteres, d.h. sofort fällig. Die Forderung i.H.v. 1 € ist jedoch gem. §§ 320, 322 BGB lediglich gegen Rückgabe der Brille durchsetzbar und fällt für die Aufrechnung daher aus. Die Hauptforderung ist ferner gem. § 271 Abs. 1 BGB ohne weiteres sofort erfüllbar. Eine Aufrechnungslage gem. § 387 BGB liegt damit vor.

c) Kein Ausschluss der Aufrechnung

Ein Aufrechnungsausschluss ist nicht ersichtlich.

d) Rechtsfolge

Gemäß § 389 BGB bewirkt die Aufrechnung das Erlöschen der beiden Forderungen im Zeitpunkt des erstmaligen Bestehens der Aufrechnungslage und soweit sie sich entsprechen. Die Forderung des B wegen des Besuchs der 2D-Vorstellung ist damit in voller Höhe erloschen. A hat gegen B hingegen noch eine Restforderung i.H.v. 7,50 € sowie die Forderung i.H.v. 1 €, wenn er die 3D-Brille zurückgibt.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des B gegen A gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ist zwar entstanden, aber wegen Aufrechnung vollständig untergegangen.

II. Auf Schadensersatz wegen des „Bierschmuggels“ gemäß § 280 Abs. 1 BGB

B könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des „Bierschmuggels“ aufgrund der Verletzung einer Pflicht aus dem Kinovertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Als Schuldverhältnis liegt hier der zwischen A und B bestehende Kinovertrag über die 3D-Vorstellung vor Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis vor.

2. Pflichtverletzung

Des Weiteren müsste A gem. § 280 Abs. 1 BGB eine Pflicht aus dem Kinovertrag verletzt haben. Dies wäre der Fall, wenn A verpflichtet war, das Mitbringen eigener Konsumartikel zu unterlassen.⁴⁸

a) Aufgrund einer Leistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB

Die Unterlassungspflicht könnte als Leistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB ausgestaltet sein. Anders als eine Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB müsste das Unterlassen hierzu nicht nur der Bewahrung der gegenwärtigen Güterlage (Integritätsinteresse)⁴⁹ dienen. Vielmehr müsste das Unterlassen auf die Veränderung der Güterlage des Gläubigers gerichtet und damit Teil des Leistungsinteresses aus dem Kinovertrag sein.⁵⁰ Dann müsste die Unterlassungspflicht mit dieser Zielsetzung im Kinovertrag vereinbart worden sein.

Über eine Pflicht zum Unterlassen der Mitnahme eigener Konsumartikel wurde bei Vertragsschluss jedoch nicht gesprochen. Insoweit liegt ein Schweigen vor, dem grds. kein Erklärungswert zukommt.⁵¹ Ausnahmsweise kann jedoch auch ein Schweigen eine Willenserklärung darstellen, wenn es den Sinn hat, einen bestimmten Rechtsfolgwillen zum Ausdruck zu bringen (sog. beredtes Schweigen). Die besondere Erklärungswirkung des Schweigens muss dabei individuell vereinbart sein,⁵² kann sich jedoch auch aus den Umständen ergeben, wenn das Schweigen bei verständiger Würdigung aller Umstände nur die Bedeutung einer Willenserklärung haben kann („unmissverständliche Konkludenz“).⁵³ Als für die Auslegung maßgebliche Umstände kommen neben der Verkehrssitte dabei vor allem die Interessenlage der Beteiligten und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte wirtschaftliche Zweck in Betracht.⁵⁴ Neben dem Kinoentgelt haben Kinobetreiber regelmäßig ein Interesse an zusätzlichen Einnahmen aus dem Verkauf von Getränken und Snacks in ihren Kinos. Dies ergibt sich aus dem Verhalten entsprechender Verkaufsräume und ist allgemein bekannt. Ein objektiver Kinobesucher hätte dies gewusst, sodass bei Schluss des Kinovertrags nicht mehr darüber gesprochen werden musste.

Fraglich ist jedoch, ob der objektive Kinogänger damit auch unmissverständlich von einem Leistungsinteresse aus dem Kinovertrag ausgehen musste. Näher liegt, dass der

objektive Kinogänger den Kinovertrag und etwaige Kaufverträge über Konsumartikel als voneinander unabhängige Geschäfte einordnet und deshalb auch von zwei nebeneinander bestehenden Leistungsinteressen ausgeht.⁵⁵ Fraglich ist ferner, ob die gängige Praxis der Kinobetreiber daran etwas zu ändern vermag. Dagegen spricht jedoch, dass diese Praxis ursprünglich unberechtigt war und bis zu einer ausdrücklichen „Erklärung“ des Verhaltens auch weiterhin so verstanden werden konnte. Ein gerade unmissverständliches Schweigen kann hier nicht angenommen werden. Eine als Leistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB ausgestaltete Unterlassungspflicht besteht daher nicht.

b) Aufgrund einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob A nicht wenigstens aufgrund einer Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB dazu verpflichtet war, das Mitbringen eigener Konsumartikel zu unterlassen. Das Unterlassen müsste dann dazu erforderlich gewesen sein, um B vor Schäden und Beeinträchtigungen seiner Rechte, Rechtsgüter oder Interessen zu bewahren, die unabhängig von den Leistungspflichten des Kinovertrags bestehen (Integritätsinteresse, vgl. oben).

Unabhängig vom Kinovertrag bietet B in seinem Kino selbst Konsumartikel an. Als Interesse, das durch das Mitbringen eigener Konsumartikel beeinträchtigt sein könnte, kommt die Integrität seines Vermögens in Betracht. Die Integrität des Vermögens wird insoweit geschützt, als es vor der Verletzung bereits vorhanden war („status quo“). Zu dem bereits vorhandenen Vermögen gehören auch konkret zu erwartende Einnahmen.

Ob B hier etwas eingenommen hätte, wenn A die Bierdosen nicht geschmuggelt hätte, ist jedoch vollkommen ungewiss. Denn gleichgültig, ob Kinogäste eigene Konsumartikel mitbringen oder nicht, kann nicht mit Bestimmtheit vorhergesagt werden, dass dadurch Einnahmen ausbleiben. So mag ein Kinogast, der nichts mitgebracht hat, trotzdem nichts im Kino kaufen. Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Kinogast, der sich Bier mitbringt, noch mehr Bier oder etwas anderes im Kino kauft.

Das Unterlassen der Mitnahme eigener Konsumartikel ist somit schon nicht geeignet, um das Vermögensinteresse des Kinobetreibers zu schützen. Eine Pflicht zum Unterlassen ist daher nicht erforderlich und kann nicht verlangt werden.

3. Ergebnis

Mangels Pflicht⁵⁶, die verletzt werden könnte, besteht ein Anspruch des B gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen des „Bierschmuggels“ nicht.

⁴⁸ Und B deshalb berechtigt gewesen wäre, den Zutritt zum Kino zu verweigern.

⁴⁹ Roth (Fn. 10), § 241 Rn. 90.

⁵⁰ Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 241 Rn. 160.

⁵¹ Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 133 Rn. 10, 29; Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, Vor § 116-144 Rn. 24.

⁵² Z.B. bei Abstimmungen oder durch AGB, Wendtland (Fn. 51), § 133 Rn. 10.

⁵³ BGH NJW 2002, 3629 (3630 m.w.N.); Kramer (Fn. 51), Vor §§ 116-144 Rn. 24.

⁵⁴ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 133 Rn. 52; Wendtland (Fn. 51), § 133 Rn. 25.

⁵⁵ Dies dürfte einen entscheidenden Unterschied zur Interessenlage in Restaurants darstellen.

⁵⁶ Auch das Hausrecht nach § 903 BGB kommt nicht als zu verletzende Pflicht in Betracht. Durch den Kinovertrag hat der Kinobetreiber dem Kinobesucher erst das Recht gewährt, sein Kino zu betreten. Wenn der Kinobetreiber eine Beschränkung des gewährten Zutrittsrechts gewollt hätte, müsste er dies zuvor ausdrücklich im Kinovertrag bestimmen.