

# Übungsfall: Später Widerruf und gefährliche Zigarettenpause

Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld

## Sachverhalt

Kaufmann V betreibt folgendes Geschäftsmodell: Er spricht Studierende auf dem Universitätsgelände an und bietet ihnen neue Computer zum Kauf an. Unterstützt wird er von einem Mitarbeiter der X-Bank, die Darlehensverträge zur Finanzierung solcher Geschäfte anbietet. Erklärt sich ein Student zum Kauf bereit, unterzeichnet er ein Formular, das mit „Verbindliche Bestellung“ überschrieben ist. Gleichzeitig wird ein Termin zum Abschluss eines entsprechenden Darlehensvertrags in den Geschäftsräumen der X-Bank vereinbart.

So geschieht es der Studierenden K am 11.10.2010. Auf dem Campus ihrer Universität wird sie am ersten Vorlesungstag des Wintersemesters von V angesprochen. K entschließt sich zum Kauf eines Computers zum Preis von 1.500 € und unterzeichnet das Bestellformular des V, das sie diesem wieder übergibt. K erhält einen Durchschlag ihrer verbindlichen Bestellung und eine allen gesetzlichen Bestimmungen genügende Widerrufsbelehrung ausgehändigt. Es wird vereinbart, dass K innerhalb der folgenden zehn Tage eine „Auftragsbestätigung“ erhält, durch die der Kaufvertrag geschlossen werden soll. Zur Bezahlung des Computers wird vereinbart, dass K 500 € unmittelbar an V zahlt und 1.000 € nach Abschluss eines entsprechenden Darlehensvertrags unmittelbar von der X-Bank an V überwiesen werden. Die Lieferung des Computers soll innerhalb der kommenden drei Wochen und nach Zahlungseingang erfolgen.

Am 15.10.2010 schließt K in den Geschäftsräumen der X-Bank einen entgeltlichen Darlehensvertrag zur Finanzierung des Computerkaufs. Auch hier wird sämtlichen formalen Anforderungen des Gesetzes genügt. K wird umfassend informiert. Laut Vertrag ist das Darlehen nebst Zinsen in sechs Raten innerhalb eines Jahres zurückzuzahlen. Am selben Tag geht bei K die Auftragsbestätigung von V ein. Von K und der X-Bank erhält V am 18.10.2010 die vereinbarten Zahlungen in Höhe von 500 bzw. 1000 €.

Die Lieferung des Computers an K erfolgt am 26.10.2010 per Paketpost. Nun, der Computer liegt noch originalverpackt in der Wohnung der K, überlegt es sich die Studentin anders.

Am 27.10.2010 wendet sie sich an Rechtsanwältin R mit der Frage, ob sie sich von den Geschäften noch einmal lösen kann, was sie gegebenenfalls zu unternehmen hat und auf welche Gegenansprüche seitens V und der X-Bank sie sich einzustellen hat.

Bei der Gelegenheit schildert K der Rechtsanwältin auch folgenden Vorgang, der schon ein paar Monate zurückliegt: Nach Abschluss des Abiturs hat K im Frühjahr 2010 eine Nebentätigkeit bei dem Meinungsforschungsinstitut des M aufgenommen. Die Büroräume hatte M bereits im Herbst 2008 von V gemietet. Als K sich im Sommer 2010 zu einer Zigarettenpause auf dem Balkon des Büros aufhielt, stürzte der gesamte Balkon ab, wobei sich K den Arm brach. Es stellt sich heraus, dass die Befestigung des Balkons am Mauerwerk des Gebäudes in Folge von Korrosion instabil geworden war. Allein ausschlaggebend dafür war allerdings ein Konstruktionsfehler des Balkons. Zwischenzeitlich ist sowohl

das Unternehmen, das den Balkon im Sommer 2008 hergestellt und moniert hat, als auch M insolvent geworden. An R richtet K nun die Frage, ob sie die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgelds womöglich von V verlangen kann.

Formulieren Sie bitte im Anschluss an das Rechtsgutachten jeweils eine Empfehlung der Rechtsanwältin R an die Mandantin K.

## Lösungshinweis

Es handelt sich um eine Klausur auf dem Niveau der Ersten Staatsprüfung. Sie besteht aus zwei selbständigen Teilen. Der bedeutend kürzere zweite Teil des Falls ist eng an eine Entscheidung des *XII. Zivilsenats* zum Mietrecht angelehnt (BGH, Urt. v. 21.7.2010 – XII ZR 189/08). Im ersten Teil spielt ein Urteil des *VII. Senats* eine Rolle, wobei dies allerdings nur einen Teilaspekt des Falls betrifft (BGH, Urt. v. 23.9.2010 – VII ZR 6/10).

## Teil 1

### I. Vorbemerkung

K möchte den kreditfinanzierten Kauf eines Computers rückgängig machen. Ernsthaft in Betracht zu ziehen ist allein die Ausübung eines verbraucherprivatrechtlichen Widerrufsrechts, da der Sachverhalt weder einen Anhaltspunkt für die Anfechtbarkeit der Verträge noch für die Mangelhaftigkeit der Ware enthält. Auch die Wirksamkeit der Verträge steht nicht in Zweifel.

### II. Widerruflichkeit des Kaufvertrags über den Computer nach § 312 BGB

#### 1. Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Zwischen V und K ist ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung zu Stande gekommen. Es handelt sich um einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB. Den Antrag erklärt K durch Unterzeichnung und Übergabe des Bestellformulars an V am 11. 10.2010. Geschlossen wurde der Vertrag durch Zugang der Auftragsbestätigung bei K am 15.10.2010.

#### 2. Persönlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung der Widerruflichkeit eines Vertrags nach § 312 BGB ist ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. V ist als Einzelkaufmann und Computerhändler Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. K ist als Studierende als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB zu qualifizieren.

#### 3. Haustürsituation

Nach § 312 Abs. 1 BGB muss K in einer Haustürsituation zum Abschluss des Vertrags bestimmt worden sein. In Betracht kommt hier das Ansprechen im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen nach § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB. V hat K auf dem Campus der Universität angesprochen, woraufhin K die entsprechende Willenserklärung abgegeben hat. Dass der Vertrag erst später, mit Zugang der Annahme durch V, zu Stande kam, ist insoweit unschädlich.

## 4. Widerrufsrecht

## a) Bestehen des Widerrufsrechts

Nach § 312 Abs. 1 BGB steht K hinsichtlich des Kaufvertrags, genauer ihrer Willenserklärung, ein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB zu. Ein Ausnahmetatbestand nach § 312 Abs. 3 BGB liegt nicht vor. Nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Verbraucher an seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerruft.

## b) Widerrufsfrist gem. § 355 Abs. 2, 3 BGB

Zu klären ist, ob K am 27.10.2010 das Widerrufsrecht noch hinsichtlich des Kaufvertrags mit Aussicht auf Erfolg ausüben kann. Nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage, wenn der Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss ordnungsgemäß belehrt wurde. Maßgeblich für den Fristbeginn ist nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB die Mitteilung der Widerrufsbelehrung in Textform. § 355 Abs. 3 S. 2 BGB (Schriftform) spielt im vorliegenden Fall keine Rolle.

Zu erörtern ist nun, ob die Widerrufsfrist bereits am 11.10.2010 mit der Aushändigung der Widerrufsbelehrung in Gang gesetzt wurde. Zweifel daran können unter zwei Gesichtspunkten bestehen. Zum einen reicht es für eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht aus, wenn der Unternehmer vorab pauschal belehrt.<sup>1</sup> Zum anderen ist am 11.10.2010 noch kein Vertrag geschlossen worden. Es fragt sich also, ob der Abschluss des Vertrags den Beginn der Widerrufsfrist bedingt.

Zum ersten Punkt ist festzustellen, dass es für eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung ausreicht, wenn sie in einem konkreten Zusammenhang zum Abschluss des Vertrags steht und nicht vollkommen losgelöst erteilt wird. Dies ist vorliegend eindeutig der Fall. Die Belehrung erfolgt bei Abgabe des Vertragsantrags durch K.

Die zweite Frage stand im Mittelpunkt einer Entscheidung des VII. Zivilsenats<sup>2</sup> des BGH. Hier weist der BGH zu Recht darauf hin, dass beim Haustürgeschäft nicht der Abschluss des Vertrags eine Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist darstellt. Bezugspunkt des Widerrufs ist nicht der Vertrag, sondern die Willenserklärung des Verbrauchers. Der Fristbeginn richtet sich nach der ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung. Das Gesetz bestimmt an verschiedenen Stellen allerdings, dass der Abschluss des Vertrags Voraussetzung für den Fristbeginn ist. Zu nennen sind etwa § 312 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Dienstleistung und § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB. Eine entsprechende Regelung gibt es allerdings für das Haustürgeschäft nicht.

Folge dessen ist, dass die vierzehntägige Widerrufsfrist im vorliegenden Fall mit Belehrung am 11.10.2010 in Gang gesetzt wurde und am 27.10.2010 bereits verstrichen war.

Die Erklärung des Widerrufs hinsichtlich des Kaufvertrags wäre somit verspätet und nicht ratsam.

## 5. Zwischenergebnis

K kann sich von dem Kaufvertrag nicht mehr nach § 312 BGB lösen.

**III. Widerruflichkeit des Darlehensvertrags nach § 495 Abs. 1 BGB**

## 1. Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts

Auch beim Abschluss des Darlehensvertrags handelt K als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB. Die X-Bank ist unzweifelhaft Unternehmerin nach § 14 BGB. Es handelt sich um einen entgeltlichen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 Abs. 1 BGB. Bereichsausnahmen nach § 491 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB sind nicht einschlägig.

## 2. Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB

## a) Bestehen des Widerrufsrechts

K steht hinsichtlich des Darlehensvertrags der X-Bank gegenüber nach § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu.

## b) Widerrufsfrist

Wiederum stellt sich die Frage, ob K am 27.10.2010 noch mit Aussicht auf Erfolg von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann. Auch hier gibt die Information über das Widerrufsrecht Maß. Allerdings bestimmt das am 11.6.2010 in Kraft getretene und mit Wirkung vom 30.7.2010 geringfügig geänderte neue Verbraucherkreditrecht, dass die Information über das Bestehen des Widerrufsrechts als Pflichtangabe im formgebundenen Vertrag zu erfolgen hat, § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Es findet keine separate Widerrufsbelehrung mehr statt. Hinzu kommt, dass die Frist nicht vor Abschluss des Vertrags zu laufen beginnt, was sich aus § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB ergibt.

Im vorliegenden Fall wurde die Widerrufsfrist somit am 15.10.2010 in Gang gesetzt, so dass sie am 27.10.2010 noch nicht verstrichen war.

## c) Ausübung des Widerrufsrechts

K hat die Möglichkeit, bis zum Ablauf des 29.10.2010 den Widerruf hinsichtlich des Verbraucherdarlehensvertrags zu erklären.

*Hinweis:* Die Fristberechnung erfolgt nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 BGB, ohne, dass § 193 BGB relevant würde.

Die Ausübung des Widerrufsrechts hat nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB in Textform zu erfolgen und bedarf keiner Begründung. Erklärt werden muss der Widerruf im vorliegenden Fall gegenüber der X-Bank. Nach Maßgabe von § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a.E. genügt die rechtzeitige Absendung der Widerrufs-erklärung zur Wahrung der Frist, hier also die Absendung am 29.10.2010.

## 3. Zwischenergebnis

Von dem Darlehensvertrag kann sich K noch durch die rechtzeitige Ausübung des Widerrufsrechts lösen.

<sup>1</sup> BGH NJW 2002, 3396.

<sup>2</sup> BGH ZIP 2010, 2052.

#### IV. Widerruflichkeit des Darlehensvertrags nach § 312 BGB

Selbst wenn man in Erwägung zieht, dass der Darlehensvertrag in einer Haustürsituation angebahnt wurde, würde das Widerrufsrecht aus § 312 BGB nach Maßgabe von § 312a BGB in Anbetracht der Widerruflichkeit des Vertrags aus § 495 BGB zurücktreten.

#### V. Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufsrechts aus § 495 BGB

##### 1. Auswirkung des Widerrufs auf den Darlehensvertrag

Unmittelbar wirkt sich die Ausübung des Widerrufsrechts auf den Darlehensvertrag dadurch aus, dass K nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr an ihre Willenserklärung gebunden ist. K muss die fällig werdenden Raten nicht zurückzahlen. Die weiteren Rechtsfolgen richten sich grundsätzlich nach § 357 BGB. Insbesondere hätte K der Bank die empfangenen, respektive an V geleisteten 1.000 € zurückzuerstatten. Im vorliegenden Fall sind allerdings die Besonderheiten des verbundenen Geschäfts zu beachten.

##### 2. Verbundene Verträge

###### a) Vorliegen verbundener Verträge

Der Darlehensvertrag zwischen K und der X-Bank sowie der Kaufvertrag zwischen K und V sind nach Maßgabe von § 358 Abs. 3 S. 1 BGB verbunden, wenn das Darlehen der Finanzierung des Kaufpreises dient und die beiden Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Das Darlehen hat sich K ausschließlich zu dem Zweck gewähren lassen, den Erwerb des Computers zu finanzieren. Auch eine wirtschaftliche Einheit zwischen den beiden Verträgen liegt vor, weil sich die Bank der Mitwirkung des V bei der Vorbereitung des Vertragsabschlusses bedient hat, § 358 Abs. 3 S. 2 BGB.

###### b) Rechtsfolgen des Verbunds

###### aa) Widerrufserstreckung

§ 358 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt, dass der Verbraucher in Folge des Widerrufs des Darlehensvertrags auch an das finanzierte Geschäft nicht mehr gebunden ist. Die Widerrufserstreckung führt somit dazu, dass K sich trotz der Verfristung des Widerrufsrechts aus § 312 BGB auch noch von dem Kaufvertrag mit V lösen kann.

###### bb) Rückabwicklung im Verhältnis zwischen K und der X-Bank

Weiterhin beschränkt sich das Rückabwicklungsverhältnis hier nach Ausübung des Widerrufsrechts auf das Verhältnis zwischen der X-Bank und K, was sich aus § 358 Abs. 4 S. 3 BGB ergibt.

Folge dessen ist, dass K von der X-Bank die Rückzahlung des an V geleisteten Teils des Kaufpreises in Höhe von 500 € verlangen kann. Diesbezügliche Anspruchsgrundlage sind die §§ 358 Abs. 4 S. 3, S. 1, 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Der ebenfalls bestehende Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen (Zinsen) dürfte in Anbetracht des Zeitraums von wenigen Tagen vernachlässigbar sein.

Auf der anderen Seite trifft die K nach §§ 358 Abs. 4 S. 3, S. 1, 357 Abs. 2 S. 1 BGB die Pflicht zur Rücksendung des Computers an die X-Bank. Die Kosten der Rücksendung trägt wiederum die X-Bank, §§ 358 Abs. 4 S. 3, S. 1, 357 Abs. 2 S. 2 BGB, so dass K das Paket der X-Bank unfrei zusenden kann.

Etwaigen Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung seitens der X-Bank sieht sich K in Anbetracht des Zeitraums und des original verpackt gebliebenen Computers nicht ausgesetzt. Insbesondere steht der Bank kein Anspruch gegen K auf Rückzahlung der an V geleisteten 1.000 € zu. Diesbezüglich muss sich die X-Bank an V halten.

#### VI. Ergebnis und Empfehlung

Der fristgerechte Widerruf des Darlehensvertrags führt nicht nur zur Freistellung der K von der Verpflichtung, das Darlehen nebst Zinsen zurückzuzahlen, sondern eröffnet K auch die Möglichkeit, den Computer wieder zurückzugeben. Die Rückzahlung der an V geleisteten Anzahlung kann K von der X-Bank verlangen. K ist allerdings verpflichtet, den Computer an die X-Bank zu senden. Diesbezügliche Kosten trägt die Bank.

Es ist K daher zu empfehlen, den Darlehensvertrag bis zum 29.10.2010 in Textform zu widerrufen und anschließend die Bank auf Zahlung von 500 € in Anspruch zu nehmen sowie das Paket unfrei an die Bank zu versenden.

#### Teil 2

##### I. Vorbemerkung

K macht gegenüber V einen Schadensersatzanspruch geltend. Dem Sachverhalt ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass V ein Verschuldensvorwurf hinsichtlich des Geschehens zu machen sein könnte, so dass sämtliche verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche von vornherein ausscheiden. In Betracht kommt allein eine Schadensersatzhaftung des V aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB, der eine Garantiehafung des Vermieters anordnet. Die zentralen Probleme des Falls liegen einmal darin, dass sich eine Leistungspflicht des Vermieters gegenüber seinem Mieter zur Schutzpflicht gegenüber einem Dritten wandelt. Zum anderen ist zu erörtern, ob der vorliegende Mangel bereits anfänglich bestand.

##### II. Anspruchsvoraussetzungen des § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB

###### 1. Mietvertrag

Ein Mietvertrag zwischen V und K besteht zweifellos nicht. K kann aber in den Schutzbereich des Mietvertrags zwischen V und M einbezogen sein. Ein solcher Mietvertrag über die Büroräume zwischen V und M besteht laut Sachverhalt.

###### 2. Einbeziehung in den Schutzbereich des Mietvertrags

Als Arbeitnehmerin ist K in den zwischen V und M geschlossenen Mietvertrag über die Büroräume einbezogen. Der *XII. Zivilsenat*<sup>3</sup> hat dies in einer jüngeren Entscheidung, der ein

<sup>3</sup> BGH NJW 2010, 3152.

vergleichbarer Fall zu Grunde lag, noch einmal ausführlich begründet:

„Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. zu, obwohl sie selbst nicht Mieterin der Gewerberäume der Beklagten zu 4 ist. Denn sie ist als Angestellte der Mieterin in den Schutzbereich des Mietvertrages mit der Beklagten zu 4 einbezogen.

aa) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch dritte, an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden können. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gehört insbesondere auch der Mietvertrag (BGHZ 49, 350, 353 = WM 1968, 438, 439 m.w.N.). Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, dass die dritte Person wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Weiter ist erforderlich, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewährleisten hat, was ein Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet und dies für den Vermieter erkennbar ist. Dann entspricht es Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass dem Dritten der Schutz des Vertrages in gleicher Weise zugute kommt wie dem Gläubiger selbst (BGHZ 49, 350, 353 f. = NJW 1968, 885, 887; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* aaO § 536 a Rdn. 77).

bb) Auf der Grundlage dieser ständigen Rechtsprechung ist die Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 einbezogen. Als Arbeitnehmerin hatte sie zu den angemieteten Büroräumen eine ebenso starke Leistungsnähe wie die Vermieterin selbst. Die Mieterin ist ihr aufgrund des Dienstverhältnisses zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was ein Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in die Schutzwirkungen des Vertrages begründet. Schadensersatzansprüche nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. stehen somit auch der Klägerin persönlich zu.“

Somit liegen die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte vor. Gewöhnlich wird dies anhand des folgenden Schemas geprüft:

- Bestimmungsgemäße Leistungsnähe der K  
K ist Arbeitnehmerin des M
- Berechtigtes Interesse des M am Schutz der K  
„Wohl- und Wehe-Formel“, Verpflichtung zu Schutz und Fürsorge
- Erkennbarkeit von Leistungsnähe und Gläubigerinteresse  
Überschaubare Personengruppe
- Schutzbedürftigkeit der K  
Kein gleichwertiger Anspruch der K

### 3. *Garantiehaftung des V aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB*

Ein Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB besteht, wenn der Mangel der Mietsache bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags vorlag. Hieran könnte man im Vorliegenden zweifeln, da das schädigende Ereignis erst im Herbst 2010 eingetreten ist, während der Mietvertrag zwischen V und M bereits 2008 geschlossen wurde.

Auch zu dieser grundsätzlichen Frage hat sich der BGH in dem aktuellen Urteil ausführlich geäußert. Die überzeugende Argumentation des BGH<sup>4</sup> wird im Folgenden auf den vorliegenden Fall übertragen:

Der Balkon an den gemieteten Gewerberäumen war mit einem Konstruktionsfehler behaftet, der eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vorgesehenen Soll-Beschaffenheit und somit einen Fehler der Mietsache begründet. Weil sich der Fehler der Befestigung des Balkons das Betreten des Balkons unsicher machte und sich somit auf den konkreten Mietgebrauch auswirkte, begründete er einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB.<sup>5</sup> Der Mangel der Mietsache war bereits bei Übergabe der Mietsache sowie bei Abschluss des Mietvertrages vorhanden. Damit handelt es sich um einen anfänglichen Mangel im Sinne des § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB, der eine Garantiehaftung des Vermieters auslöst. Entscheidend für die Einstufung als anfänglicher Mangel ist nicht, wann durch den vorhandenen Mangel ein Schaden entstanden ist, sondern ob der Mangel selbst bereits bei Vertragsschluss vorhanden war. Das ist auch dann der Fall, wenn der Mangel und die daraus folgende Gefahr der Mieterin bei Vertragsschluss noch nicht bekannt waren. Die Abgrenzung zwischen der auf einem anfänglichen Mangel beruhenden Garantiehaftung und der verschuldensabhängigen Haftung aufgrund eines nachträglich entstandenen Mangels kann allerdings schwierig sein, wenn – wie hier – ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Beruht dies allein auf Alterungs- oder Verschleißprozessen, entsteht der Mangel erst später mit dem Verschleiß. Nicht jedes später funktionsuntüchtig werdende Bauteil kann also bereits als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses latent mangelhaft angesehen werden. War ein Bauteil aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss allerdings bereits in diesem Zeitpunkt für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel vor.<sup>6</sup> Anfänglich ist ein Mangel also dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Ein Baufehler ist auch dann ein anfänglicher Mangel, wenn er den Mietgebrauch erst später konkret beeinträchtigt oder für einen Schaden des Mieters ursächlich wird. Ausreichend ist mithin, wenn bei Vertragsschluss die Gefahrenquelle vorhanden war oder die Schadensursache vorlag.<sup>7</sup> Wenn der Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor. Danach lag im vorliegenden Fall ein anfänglicher Mangel vor, weil das spätere Schadensereignis und die Verletzung der K auf einen Konstruktionsmangel zurückzuführen sind, der der Befestigung des Balkons schon bei Vertragsschluss anhaftete. Das Schadensereignis ist nicht etwa auf bloßen Verschleiß zurückzuführen, sondern darauf, dass die Konstruktion zwangs-

<sup>4</sup> BGH NJW 2010, 3152.

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 664.

<sup>6</sup> *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 536a Rn. 3, 8.

<sup>7</sup> *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 7.

läufig zu dem späteren Schaden führte und lediglich der Schadenseintritt noch ungewiss war.

*4. Ergebnis*

K kann den ihr in Folge des Absturzes des Balkons entstehenden Schaden aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ersetzt verlangen. Dass K auch einen Anspruch auf Schmerzensgeld hat, ergibt sich aus § 253 Abs. 2 BGB.

**III. Empfehlung**

K ist der Rat zu geben, V auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in Anspruch zu nehmen.