

Anfängerhausarbeit: Fleisch oder Nicht-Fleisch – Das ist hier die Frage!*

*Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rätin a.Z. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer,
Wiss. Mitarbeiter Dr. Sebastian Meyer, Stud. iur. Anton Schäffler, München***

Sachverhalt

Beyza (B) möchte ihren Freund Dominic (D) zu einem gutbürgerlichen bayerischen Abendessen in das Lokal der ihr flüchtig bekannten Nachbarin Uljana (U) einladen. Bevor B und D in dem sehr gut besuchten Lokal endlich die Speisekarte gebracht wird, studieren sie schon einmal die am Tisch aufgestellte Tafel mit „Empfehlungen heute“. Dort heißt es: „Wiener‘ Schnitzel: 25 €“, „großer Salatteller, wahlweise mit Feta: 18 €, oder Lachs: 20 €“. Außerdem ist dort als Dessert genannt: „Bayerische Krem: 7 €“.

Die beiden bestellen bei Kellner Erik (E) für D ein „Wiener Schnitzel“, für B einen großen Salatteller mit Feta, außerdem „ein Mal diesen Bayerischen Pudding oder was das ist“ und Getränke.

E bringt ein Schnitzel und einen Salatteller mit Lachs. B weist darauf hin, dass sie den Salat mit Feta bestellt hätten. E, der einen gestressten Eindruck macht, entschuldigt sich und erklärt, dass sie zwei neue Küchenkräfte hätten und deshalb heute leider schon manches schiefgelaufen sei. B, die Mitleid mit E hat und vermeiden möchte, dass sie und D zeitversetzt essen müssen, antwortet: „Na gut, ich kann auch den Lachs essen“, woraufhin E ihr mit sichtlicher Erleichterung den Salatteller mit Lachs serviert. Als B ihren Freund D fragt, wie das Schnitzel schmecke, drückt D etwas herum, räumt dann aber ein, dass es nicht nach Fleisch und ihm deshalb „überhaupt nicht“ schmecke. Daraufhin werfen die beiden einen Blick in die Speisekarte, wo es heißt: „Unsere ‚Wiener‘ Schnitzel stellen wir vegan mit leckerem und besonders proteinreichem ‚VeganNoVleisch‘ her“. D, der unbedingt ein Fleischgericht essen wollte, nimmt von dem Schnitzel nur wenige Bissen, lässt den Rest des Gerichts stehen und genießt umso mehr die Bayerische Krem.

Als die Rechnung gebracht wird, protestiert B gegenüber E: Sie ist der Meinung, dass sie das „Pseudoschnitzel“ nicht bezahlen müsse, da schon auf der Tafel hätte deutlich gemacht werden müssen, dass es fleischfrei sei, oder sie jedenfalls bei der Bestellung um explizite Zustimmung hätten gebeten werden müssen. Außerdem ist sie erbost, dass der Salat mit 20 € auf der Rechnung steht, obwohl es doch klar gewesen sei, dass sie diesen nur statt des bestellten Feta-Salates angenommen habe. Schließlich ist sie erschüttert, dass für die Bayerische Krem 8 € berechnet wurden. Tatsächlich steht die Bayerische Krem mit diesem Preis auf der Speisekarte. E wirkt verzweifelt und bittet B, die Rechnung doch trotzdem „vorläufig“ zu bezahlen und sich dann mit U auseinanderzusetzen, die augenblicklich nicht zugegen ist, aber am nächsten Tag wieder im Lokal sei. B erklärt sich damit murrend einverstanden und bezahlt bar, aber ohne Trinkgeld. D hat seinerseits Mitleid mit E und erklärt:

* Diese Hausarbeit wurde im Grundkurs Zivilrecht II im Sommersemester 2025 an der Ludwig-Maximilians-Universität München als Nachholhausarbeit gestellt.

** Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München sowie Richterin am OLG München. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer ist Akad. Rätin a.Z., Dr. Sebastian Meyer Wiss. Mitarbeiter und Anton Schäffler Stud. Hilfskraft, jeweils am selben Lehrstuhl.

„Ich übernehme das Trinkgeld“. D möchte E einen 5 €-Schein geben, erwischt aber in der Aufregung versehentlich einen 20 €-Schein.

Kurze Zeit später in der U-Bahn stellt D seinen Fehler fest.

Frage

B ruft gleich am nächsten Morgen im Lokal an, erreicht tatsächlich U und E, die beide am Telefon mithören, und verlangt unter detaillierter Schilderung des am Vorabend Geschehenen Rückzahlung des „überzahlten Teils der Rechnung“ und – so wie mit D am Vorabend besprochen – Rückzahlung der von D „nur irrtümlich gezahlten 15 €“. Zu Recht?

Bearbeitungsvermerk

Es sind ausschließlich Ansprüche aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu prüfen. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

A. Das „Wiener“ Schnitzel	324
I. Anspruch B gegen U auf Herausgabe des Bargelds aus § 985 BGB.....	324
1. Eigentümer des Bargelds	325
a) Ursprünglich.....	325
b) Nach Einigung und Übergabe, § 929 S. 1 BGB	325
aa) Einigung	325
bb) Übergabe	325
cc) Verfügungsbefugnis.....	326
c) Zwischenergebnis.....	326
2. Ergebnis.....	326
II. Anspruch B gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB.....	326
1. Rücktrittserklärung, § 349 BGB.....	326
2. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes.....	327
a) Vorliegen eines dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts unterliegenden Vertrags.....	327
aa) Aufstellen der Tafel als Antrag.....	327
bb) Speisekarte als Antrag.....	327
cc) Bestellung bei E als Antrag.....	327
dd) Annahme durch Aufnahme der Bestellung oder Lieferung des Essens	329
ee) Wirkung für und gegen U nach §§ 164 ff. BGB.....	329
ff) Vertragstypologische Einordnung	329

b) Mangel der Kaufsache zum maßgeblichen Zeitpunkt	330
aa) Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 2 BGB	330
bb) Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 3 BGB	330
cc) Aliud-Lieferung, § 434 Abs. 5 BGB	331
dd) Zum maßgeblichen Zeitpunkt	331
c) Kein Ausschluss der Mängelhaftung	331
3. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rücktritts	331
a) Fristsetzung bzw. Entbehrlichkeit, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB	332
b) Keine rücktrittsspezifischen Ausschlussgründe	332
4. Zug-um-Zug-Einrede, §§ 348, 274 Abs. 1 BGB	333
5. Ergebnis	334
III. Anspruch B gegen U auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB	334
1. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes	334
2. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Schadensersatzes	334
a) Einschlägige Anspruchsgrundlage	334
b) Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB	335
c) Voraussetzungen der §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB	335
aa) Abgrenzung der Schadensarten	335
bb) Fristablauf oder Entbehrlichkeit	336
cc) Vertretenmüssen, §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB	336
d) Zwischenergebnis	336
3. Rechtsfolge	336
4. Ergebnis	337
B. Die Bayerische Krem	338
I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 1 €	338
1. Etwas erlangt	338
2. Durch Leistung	338
3. Ohne Rechtsgrund	338
4. Konditionssperre nach § 814 BGB	340
5. Rechtsfolge	340
II. Ergebnis	340
C. Der Lachs-Salat	340
I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 2 €	340
1. Etwas erlangt	340

2. Durch Leistung.....	341
3. Ohne Rechtsgrund	341
a) Wirksamer Vertragsschluss.....	341
b) Anspruch auf Mehrkosten des Lachs-Salats?	341
aa) Vertragsänderung	341
bb) Annahme an Erfüllungs statt, § 364 Abs. 1 BGB.....	342
(1) Anwendbarkeit	342
(2) Dogmatische Einordnung der Annahme an Erfüllungs statt.....	343
(3) Auswirkung der Annahme an Erfüllungs statt auf die Vergütung.....	343
II. Ergebnis.....	344
D. Das Trinkgeld	344
I. Anspruch gegen E aus § 985 BGB.....	344
II. Geltendmachung eines Anspruchs von D gegen E aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 15 € durch B.....	344
1. Etwas erlangt.....	344
2. Durch Leistung.....	345
3. Ohne Rechtsgrund	345
a) Handschenkung.....	345
b) Wirksamkeitshindernisse.....	345
aa) Anfechtungserklärung.....	346
bb) Anfechtungsgrund	346
cc) Anfechtungsfrist.....	346
dd) Ergebnis	347
c) Zwischenergebnis.....	347
4. Konditionssperre nach § 814 BGB.....	347
5. Zwischenergebnis	347
6. Einziehungsermächtigung	347
7. Ergebnis.....	347
E. Gesamtergebnis	348

A. Das „Wiener“ Schnitzel

I. Anspruch B gegen U auf Herausgabe des Bargelds aus § 985 BGB

Anmerkung: Das Ansprechen von § 985 BGB wurde in der Hausarbeit nur von sehr guten Bearbeitenden erwartet.

B könnte einen Anspruch auf Herausgabe des zur Bezahlung des Schnitzels hingegebenen Bargelds gegen U gem. § 985 BGB haben. Hierfür müsste B Eigentümerin des Bargelds sein und U Besitzerin ohne Recht zum Besitz.

1. Eigentümer des Bargelds

B müsste zunächst Eigentümerin des Bargelds sein.

a) Ursprünglich

Ursprünglich war B – mangels entgegenstehender Angaben – Eigentümerin des Bargelds (vgl. auch § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB¹).

b) Nach Einigung und Übergabe, § 929 S. 1 BGB

Durch das Bezahlen in bar könnte B ihr Eigentum jedoch verloren haben. Nach § 929 S. 1 BGB kann das Eigentum an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe übertragen werden.

aa) Einigung

Hier haben sich B und E über den Eigentumsübergang an dem Bargeld geeinigt. Diese Einigung könnte allerdings für und gegen U wirken, wenn E als Stellvertreter nach §§ 164 ff. BGB agierte. Hierfür müsste E eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen mit Vertretungsmacht abgegeben haben. E hatte Entscheidungsspielraum hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Einigung,² da insbesondere das zu übereignende Bargeld nicht schon individualisiert ist. Er hat somit eine eigene Willenserklärung abgegeben. Die Erklärung müsste auch in fremdem Namen abgegeben worden sein, wobei sich dies auch aus den Umständen ergeben kann (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Bei unternehmensbezogenen Geschäften geht der Wille der Parteien im Zweifel dahin, dass das Rechtsgeschäft mit dem Inhaber des Unternehmens zustande kommt, was auch anzunehmen ist, wenn die soziale Stellung des Handelnden dies deutlich zu erkennen gibt.³ Hier ist der handelnde E als Kellner⁴ im Lokal der U angestellt, eine solche Stellung ist mithin anzunehmen. Folglich handelte E auch in fremdem Namen – im Namen der U. Des Weiteren müsste E innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben. Eine Vertretungsmacht kann entweder rechtsgeschäftlich erteilt werden (Vollmacht, vgl. § 166 Abs. 2 BGB) oder kraft Gesetzes bestehen. Hier ist davon auszugehen, dass E von U im Wege einer Art- oder Gattungsvollmacht zur Vornahme der schuldrechtlichen und dinglichen Geschäfte, die üblicherweise im Rahmen des Restaurantbetriebs anfallen, bevollmächtigt wurde.⁵ Damit handelte E auch mit Vertretungsmacht. Folglich wirkte die Einigung zwischen B und E für und gegen U.

bb) Übergabe

Außerdem müsste eine Übergabe stattgefunden haben. Eine Übergabe setzt voraus, dass der Veräußerer jeglichen Besitz verliert, der Erwerber eine Form von Besitz erlangt und dies auf Veranlassung

¹ Auf Geld findet § 1006 BGB grds. Anwendung, vgl. *Rapat*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 1006 Rn. 19.

² *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 80.

³ *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 164 Rn. 25.

⁴ Vgl. *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 164 Rn. 25.

⁵ Vgl. *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 167 Rn. 11.

des Veräußerers geschieht.⁶ B hat hier durch die Aushändigung an E jeglichen Besitz an dem Bargeld verloren. Zwar hat sie es nicht an U persönlich ausgehändigt, sondern an E, allerdings könnte E Besitzdiener von U sein, sodass U dennoch unmittelbaren Besitz erlangt hätte. Nach § 855 BGB ist Besitzdiener, wer für jemand anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, insbesondere in dessen Erwerbsgeschäft, und dabei dessen Weisung Folge zu leisten hat. Hier übt E die tatsächliche Gewalt über das Bargeld aus und hat als Angestellter der U auch den Weisungen der U zu folgen. E ist damit Besitzdiener von U, die somit durch die Aushändigung unmittelbare Besitzerin des Bargelds wurde.⁷ Dies geschah auch auf Veranlassung von B. Eine Übergabe ist somit erfolgt.⁸

cc) Verfügungsbefugnis

B war als Eigentümerin auch Verfügungsbefugte.

c) Zwischenergebnis

Damit wurde U Eigentümerin des Bargelds gem. § 929 S. 1 BGB.

2. Ergebnis

Folglich scheidet ein Anspruch von B gegen U aus § 985 BGB auf Herausgabe des Bargelds aus.

II. Anspruch B gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB

B könnte jedoch gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 25 € aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

1. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Zunächst wäre hierfür eine Rücktrittserklärung erforderlich. Hier „protestiert“ B, sie müsse das „Pseudoschnitzel“ nicht bezahlen, was als Ausübung des Rücktrittsrechts auszulegen sein könnte (§§ 133, 157 BGB). Durch den Wunsch des Nichtbezahls bringt B – für einen objektiven Dritten ersichtlich – zum Ausdruck, die Gegenleistung nicht erbringen zu wollen. Ein Wegfall der Gegenleistungspflicht lässt sich im Wege des Rücktritts erreichen.⁹ Folglich kann die Äußerung als Rücktrittserklärung verstanden werden.¹⁰ Dass sich die Erklärung nur auf einen Teil des Vertrags bezieht, ist im

⁶ Vgl. Wellenhofer, Sachenrecht, 40. Aufl. 2025, § 7 Rn. 7–8.

⁷ Vgl. auch Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 14.

⁸ Vgl. Götz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2025, § 855 Rn. 46.

⁹ Vgl. Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 22.

¹⁰ Nach a.A. kann die Rückforderung des Geleisteten nur als Schadensersatzverlangen ausgelegt werden, vgl. Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 14. Begründet wird dies damit, dass das Rücktrittsbegehren auch im Rahmen des Schadensersatzes geltend gemacht werden könne, was den Vorteil habe, dass die Wahlmöglichkeit zwischen „Surrogationsmethode“ und „Differenzmethode“ länger aufrechterhalten bleibe, Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 7–14. Durch den Rücktritt verliere der Gläubiger das Recht, seine eigene Leistung zu erbringen („Surrogationsmethode“), vgl. Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 12. Dieser mögliche Nachteil spielt hier aber schon deshalb keine Rolle, weil die Gegenleistung der B in einer Zahlung von Geld besteht, sodass – anders als möglicherweise beim Tausch – kein Interesse der B ersichtlich ist, die Gegenleistung noch zu erbringen. Zum allgemeinen Verhältnis zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt, siehe Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 2 m.w.N.

Übrigen unproblematisch, da in Fällen der Teilschlechtleistung grundsätzlich die Möglichkeit eines Teilrücktritts besteht, vgl. § 323 Abs. 5 BGB.¹¹

2. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes

a) Vorliegen eines dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts unterliegenden Vertrags

Außerdem müsste ein Vertrag vorliegen, auf den das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht Anwendung findet. Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Antrag (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB), zustande. Dabei könnte hier auch eine mögliche Einigung zwischen B und dem bei U angestellten E nach §§ 164 ff. BGB für und gegen U wirken.

aa) Aufstellen der Tafel als Antrag

Als Antrag könnte zunächst das Aufstellen der Tafel an dem Tisch ausgelegt werden, wobei unklar ist, ob dies durch E oder U selbst erfolgte. Allerdings könnte es sich dabei auch um eine bloße invitatio ad offerendum, also eine Einladung – hier an die Gäste –, ein Angebot abzugeben, handeln. Bei einer invitatio ad offerendum fehlt es an dem für eine Willenserklärung notwendigen Willen, eine rechtliche Bindung zu bewirken.¹² Ob ein solcher Rechtsbindungswille besteht, ist analog §§ 133, 157 BGB durch Auslegung des Verhaltens zu bestimmen. Würde das Aufstellen der Tafel einen Antrag i.S.d. § 145 BGB darstellen, so könnte ein Vertrag ohne weiteres Zutun des Restaurantinhabers oder dessen Vertreter durch die Bestellungen der Restaurantgäste geschlossen werden. Jedoch kann es in einem Restaurant vorkommen, dass Speisen nicht mehr verfügbar sind, sodass bei einer solchen Auslegung der Inhaber das Risiko eingehen würde, den Vertrag nicht erfüllen zu können und Sekundäransprüchen ausgesetzt zu sein. Nach dem objektiven Empfängerhorizont ist davon auszugehen, dass der Restaurantinhaber dieses Risiko nicht eingehen möchte. Folglich ist das Aufstellen der Tafel kein Antrag i.S.d. § 145 BGB.

bb) Speisekarte als Antrag

Ähnlich könnte die Speisekarte einen Antrag i.S.d. § 145 BGB oder eine invitatio ad offerendum darstellen. Allerdings liegt auch hier mit gleicher Argumentation – aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens – eine bloße invitatio ad offerendum vor.

cc) Bestellung bei E als Antrag

Des Weiteren könnte in der Bestellung bei E ein Antrag i.S.d. § 145 BGB liegen. Hier bestellt B für D ein „Wiener Schnitzel“. Der Rechtsbindungswille ist hier vorhanden, allerdings ist für einen Antrag auch erforderlich, dass die Erklärung bestimmt genug ist, also auch alle essentialia negotii, d.h. die wesentlichen Vertragspunkte des angestrebten Vertrags, enthält.¹³ Für die Bestimmtheit ist es allerdings ausreichend, wenn sich der Vertragsinhalt durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermitteln lässt.¹⁴ Hierfür ist der objektive Erklärungswert der Willenserklärung maßgeblich, also was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte.¹⁵ Fraglich

¹¹ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 323 Rn. 280 m.w.N.

¹² Vgl. Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 7.

¹³ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 6.

¹⁴ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 6.

¹⁵ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 133 Rn. 33.

ist somit, ob sich durch Auslegung des Begriffs „Wiener Schnitzel“ der Vertragsgegenstand bestimmen lässt.¹⁶ Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut, wobei grundsätzlich der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich ist.¹⁷ Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist ein „Wiener Schnitzel“ ein Schnitzel aus Kalbsfleisch.¹⁸ Allerdings kann sich aus den Begleitumständen ein abweichendes Begriffsverständnis ergeben. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn in den betroffenen Verkehrskreisen ein spezieller Sprachgebrauch üblich ist.¹⁹ Hier könnte angedacht werden, dass die Kellner einem Verkehrskreis angehören, der unter einem „Wiener Schnitzel“ ein veganes Schnitzel versteht. Allerdings müssten beide Vertragspartner dem Verkehrskreis angehören, sodass diese Erwägung nicht ausschlaggebend ist.²⁰

Zudem könnte überlegt werden, ob sich aus der Erläuterung in der Speisekarte oder der besonderen Schreibweise auf der Tafel („Viener“ statt „Wiener“ Schnitzel) ein anderes Begriffsverständnis ergibt. Was die Erläuterung in der Speisekarte angeht, so kann ein Kellner im Fall der Bestellung von Speisen, die auf einer Tafel angeschlagen sind, schon generell nicht unterstellen, dass die Kunden auch die Speisekarte gelesen haben. Erst recht gilt dies, wenn die Speisekarte – wie hier – erst zeitversetzt gebracht wird, nachdem die Kunden bereits längere Zeit warteten und vermutlich die Tafel studierten. Was die besondere Schreibweise auf der Tafel angeht, so ist zu berücksichtigen, dass auf der Tafel auch der eher unübliche Begriff „Bayerische Krem“ verwendet wurde, und die Tafel keine objektiven Anhaltspunkte dafür liefert, dass das „Viener Schnitzel“ ein „veganes Schnitzel“ bezeichnen sollte – insbesondere wurde auf die Anmerkung in der Speisekarte keinen Bezug genommen. So ergibt sich auch aus diesen Umständen kein abweichender Erklärungswert.

Dass der Kellner hier subjektiv von einem veganen Schnitzel aufgrund des im Restaurant angebotenen „VeganNoVleisch“ ausgeht, ist für die Auslegung der Willenserklärung von B unerheblich, da der Maßstab der Auslegung objektiver und nicht subjektiver Natur ist. Insbesondere liegt hier auch kein Fall der *falsa demonstratio non nocet* vor, da kein übereinstimmender Wille der Parteien gegeben ist: B ging von einem „Wiener Schnitzel“ aus.²¹

Anmerkung: Eine andere Ansicht, wonach ein Vertrag über ein veganes Schnitzel abgeschlossen wurde, ist mit großem Argumentationsaufwand vertretbar. Zur anschließenden Prüfung siehe III. 4.

Nachdem diese Hausarbeit gestellt worden war, hat das Europäische Parlament vorgeschlagen, die VO (EU) Nr. 1308/2013 dahingehend zu ändern, dass gewisse Bezeichnungen nur noch für Erzeugnisse verwendet werden dürfen, die Fleisch enthalten und ein als „Schnitzel“ bezeichnetes Produkt stets aus Fleisch sein muss.²² Mittlerweile wurde ein Kompromiss erzielt, wonach bestimmte

¹⁶ Bei der Auslegung der Willenserklärung eines Vertreters ist auf den Vertreter (hier: E) abzustellen, nicht auf den Vertretenen (hier: U), vgl. Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 166 Rn. 34.

¹⁷ Biehl, JuS 2010, 195 (198).

¹⁸ Vgl. nur Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse, Ziff. 2.1.3.4: „Wiener Schnitzel ist paniertes Kalbsschnitzel. Auf Wiener Art zubereitete Schnitzel von anderen Tierarten werden entsprechend gekennzeichnet (z.B. Schweineschnitzel Wiener Art, Putenschnitzel Wiener Art).“; Bundesministerium Land- und Forstwirtschaft, Klima- und Umweltschutz, Regionen und Wasserwirtschaft, Wiener Schnitzel, https://www.bmluk.gv.at/themen/lebensmittel/trad-lebensmittel/speisen/wiener_schnitzel.html (17.12.2025). Ggf. ist vertretbar, ein „Wiener Schnitzel“ müsse nicht aus Kalbsfleisch sein, jedenfalls aber aus Fleisch, vgl. VG Arnsberg, Urt. v. 26.10.2009 – 3 K 3516/08 = LMRR 2009, 87.

¹⁹ Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 52.

²⁰ Vgl. Biehl, JuS 2010, 195 (198).

²¹ Vgl. Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 34.

²² Vgl. Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1308/2013, (EU) 2021/2115 und (EU) 2021/2116 hin-

Bezeichnungen weiterhin auch für fleischlose Produkte verwendet werden dürfen, insbesondere „Burger“²³ und wohl auch „Schnitzel“.²⁴
Eine solche Regelung müsste ggf. zukünftig im Rahmen der Auslegung Berücksichtigung finden.

Folglich ist der Vertragsgegenstand bestimmt und die essentialia negotii liegen vor. B gab einen Antrag auf Abschluss eines Vertrags über ein „Wiener Schnitzel“ aus Fleisch ab.

dd) Annahme durch Aufnahme der Bestellung oder Lieferung des Essens

Eine Annahme kann hier entweder in der Aufnahme der Bestellung durch E oder in der Lieferung des Essens liegen (siehe C. I. 3. a)). Dies kann letztlich dahinstehen, da in beiden Fällen von einer unbedingten Annahme ausgegangen werden kann. Folglich ist ein Vertrag geschlossen worden.

ee) Wirkung für und gegen U nach §§ 164 ff. BGB

Die Einigung zwischen E und B wirkt gem. § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB für und gegen U, wenn die Voraussetzungen einer Stellvertretung vorliegen. Hier gab E eine eigene Willenserklärung ab. E konnte über das „Ob“ des Vertrags entscheiden – er konnte z.B. störende oder insolvente Gäste ablehnen – und auch über das „Wie“ – er konnte z.B. Bestellungen über nicht mehr verfügbare Speisen zurückweisen. E gab die Willenserklärung im Rahmen eines unternehmensbezogenen Geschäfts auch in fremdem Namen – im Namen der U – und mit Vertretungsbefugnis aufgrund einer Vollmacht ab (siehe I. 1. b) aa)). Damit wirkt die Einigung für und gegen U nach den §§ 164 ff. BGB.

ff) Vertragstypologische Einordnung

Zur Anwendung des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsregimes wäre weiterhin erforderlich, dass ein Kaufvertrag vorliegt, bzw. die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Hier schlossen die Vertragsparteien einen Bewirtungsvertrag, der als gemischt typischer Vertrag verschiedene Elemente enthält.²⁵ Zunächst enthält der Vertrag, da die Gerichte erst zubereitet werden, Elemente eines Werklieferungsvertrags i.S.d. § 650 BGB.²⁶ Die Bedienung des Gastes stellt ein Dienstvertrags-element dar, die Zurverfügungstellung von Tisch, Stuhl, Geschirr und Besteck beinhaltet Elemente der Gebrauchsüberlassung.²⁷ Eine ggf. vorhandene Garderobe kann ein Verwahrungselement darstellen.²⁸ Fraglich ist, wie mit einem solchen Vertrag umzugehen ist. Nach der Kombinationsmethode sind für jedes betroffene Vertragselement die Normen dieses Elements anzuwenden.²⁹ Nach der Absorptionsmethode hingegen ist das Recht des Vertragstypus anzuwenden, der im Vordergrund steht; andere in Betracht kommende Vertragstypen werden so verdrängt.³⁰ Eine Entscheidung kann hier dahinstehen, da der Schwerpunkt, nämlich Elemente des Werklieferungsvertrags, und das

sichtlich der Stärkung der Position der Landwirtinnen und Landwirte in der Lebensmittelversorgungskette (COM(2024)0577 – C10-0209/2024 – 2024/0319(COD)), Änderungsantrag 113.

²³ Wenzel/Nickel/Treppn, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/eu-namensstreit-fleischersatz-um-benennung-veggie-burger-vegan> (30.3.2026).

²⁴ Bundesministerium für Landwirtschaft, Ernährung und Heimat, <https://www.instagram.com/p/DVq1lUkJP8o/> (30.3.2026).

²⁵ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (561–562).

²⁶ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (561–562).

²⁷ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (562).

²⁸ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (562).

²⁹ Emmerich, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 311 Rn. 37.

³⁰ Emmerich, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 311 Rn. 37.

betroffene Vertragselement, die Lieferung des Schnitzels, identisch sind, und somit nach beiden Methoden die Vorschriften des Werklieferungsvertrags und damit gem. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB die Normen über den Kauf Anwendung finden.

Folglich unterliegt der Vertrag dem kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsregime.

b) Mangel der Kaufsache zum maßgeblichen Zeitpunkt

Außerdem müsste ein Mangel der Kaufsache zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen. Nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu liefern. Ein Sachmangel liegt nach § 434 Abs. 1 BGB vor, wenn die Sache bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen oder den Montageanforderungen nicht entspricht. Nach § 434 Abs. 5 BGB steht eine Aliud-Lieferung einem Sachmangel gleich.

aa) Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 2 BGB

Nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB sind die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nicht erfüllt, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Traditionell werden an Beschaffenheitsvereinbarungen hohe Anforderungen gestellt; so soll grundsätzlich keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung infrage kommen.³¹ Begründet wird dies damit, dass § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB sonst nur ein kleiner Anwendungsbereich zukäme.³² Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die verschiedenen Varianten des § 434 BGB nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen, so die Grenze zur Garantie (§ 443 BGB) verwischt würde und dies für Verbrauchsgüterkäufe wohl kaum mit der RL (EU) 2019/771 vereinbar wäre.³³ Vor allem aber bedarf es stets einer Vereinbarung, um festzulegen, was überhaupt geschuldet ist und um die objektiven Anforderungen an die Sache (§ 434 Abs. 3 BGB) zu bestimmen. Der vorliegende Fall macht dies deutlich: Die Vereinbarung, dass ein Schnitzel aus Fleisch geliefert werden soll, legt den Vertragsgegenstand fest und determiniert damit zugleich i.S.v. § 434 Abs. 2 BGB die Soll-Beschaffenheit. Niemand möchte eine Blackbox verkaufen oder kaufen und das Gesetz kann nicht anstelle der Parteien festlegen, ob sie Äpfel, Birnen, Schweine- oder Kalbsschnitzel oder vegane Schnitzel verkaufen oder kaufen wollen. Warum an die vertragliche Festlegung der maßgeblichen Eigenschaften der Kaufsache hohe Anforderungen zu stellen sind, erschließt sich schon deshalb nicht; ohne die Vereinbarung wäre gar nicht bestimmt, welche Sache gem. §§ 650 Abs. 1, 433 Abs. 1 BGB übergeben und übereignet werden soll.

Da ein veganes Schnitzel geliefert wurde, wich die gelieferte Sache von dieser Beschaffenheitsvereinbarung ab. Damit liegt ein Sachmangel vor.

bb) Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 3 BGB

Außerdem könnte eine Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit vorliegen. Nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB muss die Kaufsache die Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Bei der Bestimmung der „Art“ der Sache muss zwingend auf die vertragliche Vereinbarung abgestellt werden.³⁴ Das Verständnis der von den Parteien verwendeten Terminologie richtet sich dabei nach der Verkehrsanschauung, sofern

³¹ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 33.

³² Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 33.

³³ Der Begriff „Beschreibung“ in Art. 6 lit. a RL (EU) 2019/771 wird so verstanden, dass jegliche vertragliche Vereinbarung umfasst ist, welche die Eigenschaft der Sache betrifft, vgl. Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Kommentar, 2. Aufl. 2025, RL (EU) 2019/771 Art. 6 Rn. 20.

³⁴ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 63; zur RL (EU) 2019/771 auch Gsell, ZfPW 2022, 130 (144–148).

nicht ein davon abweichendes subjektiv übereinstimmendes Verständnis vorlag. Hier haben die Vertragsparteien sich über die Übergabe eines „Wiener“ Schnitzels geeinigt (siehe a) cc)). Bei einem Wiener Schnitzel gehört zu der üblichen Beschaffenheit nach der Verkehrsanschauung, dass es aus Kalbsfleisch besteht.³⁵ Folglich weicht das Schnitzel aus „VeganNoVleisch“ hiervon ab. Damit entspricht das vegane Schnitzel auch nicht den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB.

cc) Aliud-Lieferung, § 434 Abs. 5 BGB

Außerdem könnte eine Aliud-Lieferung nach § 434 Abs. 5 BGB vorliegen. Hier war die Übergabe eines „Wiener“ Schnitzels geschuldet, sodass das vegane Schnitzel eine andere Art und damit ein Qualifikationsaliud darstellen könnte. Allerdings gibt es jenseits der Fälle des Identitätsaliuds – das bei der hier vorliegenden Gattungsschuld nicht in Betracht kommt – kein verlässliches Kriterium, um die Aliud-Lieferung von der Schlechtleistung abzugrenzen, weswegen § 434 Abs. 5 BGB klarstellt, dass die Aliud-Lieferung dem Sachmangel gleichsteht, also genauso zu behandeln ist. Zudem kann streng genommen ein Qualifikationsaliud i.R.d. § 434 Abs. 5 BGB ohnehin gar nicht mehr vorliegen, da in § 434 Abs. 2 S. 2 BGB die Art der Sache – in Übereinstimmung mit dem zugrundeliegenden Europarecht (Art. 6 lit. a RL (EU) 2019/771) – als Teil der subjektiven Anforderungen eingeordnet wird.³⁶

dd) Zum maßgeblichen Zeitpunkt

Der Mangel müsste auch zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen, also zum Zeitpunkt des hypothetischen Gefahrübergangs (§ 434 Abs. 1 BGB). Bei Übergabe, also dem Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB), war das Schnitzel bereits vegan. Damit liegt ein Mangel zum maßgeblichen Zeitpunkt vor.

c) Kein Ausschluss der Mängelhaftung

Auch dürfte die Mängelhaftung nicht ausgeschlossen sein. Eine handelsrechtliche Rügeobliegenheit (§ 377 HGB) kommt hier schon mangels Kaufmanneigenschaft bei B nicht in Betracht. Da hier ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, weil B Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB, U Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB und das Schnitzel eine Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB ist, ist wegen § 474 BGB i.V.m. § 475 Abs. 3 S. 2 BGB auch der Anwendungsbereich des § 442 BGB nicht eröffnet. Folglich liegt kein Ausschluss der Mängelhaftung vor.

3. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rücktritts

Darüber hinaus müssten die besonderen Voraussetzungen für einen Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB vorliegen.

³⁵ Vgl. bereits vor und mit Fn. 18.

³⁶ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 146. Unerheblich ist es deshalb, dass die RL (EU) 2019/771 den Fall einer Aliud-Lieferung nicht explizit anspricht, sondern nur den Fall einer Minderlieferung, Art. 6 lit. a, 7 Abs. 1 lit. d RL (EU) 2019/771; vgl. auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, BT-Drs. 19/27424, S. 24; dazu, dass auch die Aliud-Lieferung von der Mängelgewährleistung nach der RL (EU) 2019/771 umfasst ist, auch Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Kommentar, 2. Aufl. 2025, RL (EU) 2019/771 Art. 6 Rn. 21.

a) Fristsetzung bzw. Entbehrlichkeit, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

Nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB bedarf es für einen Rücktritt grundsätzlich des erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Nacherfüllung. Eine Fristsetzung ist die Aufforderung zur Leistungsbewirkung durch den Gläubiger nach Fälligkeit.³⁷ Eine solche ist hier nicht ersichtlich.

Es ließe sich allerdings überlegen, ob die Nacherfüllung i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, mit der Folge, dass gem. § 326 Abs. 5 BGB die Fristsetzung entbehrlich wäre. Die Beseitigung des Mangels der gelieferten Speise durch Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) ist jedenfalls unmöglich, denkbar wäre aber die Nachlieferung eines mangelfreien Schnitzels (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Der Sachverhalt lässt offen, ob das Restaurant auch „Wiener“ Schnitzel im Angebot hat. Wenn nicht könnte die in diesem Fall erforderliche Besorgung eines solchen Schnitzels mithilfe eines Dritten deshalb nicht genügen, weil die Bestellung in einem Restaurant typischerweise und auch hier zeitlich gebunden ist (der Gast soll nicht irgendwann essen, sondern in der nächsten halben oder dreiviertel Stunde). Ob Unmöglichkeit vorliegt, kann an dieser Stelle allerdings offenbleiben, sofern eine Fristsetzung aus anderen Gründen entbehrlich ist.

Ob die Fristsetzung aus anderen Gründen als der Unmöglichkeit entbehrlich ist, bestimmt sich hier – da ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt (siehe bereits 2. c)) – nach § 475d BGB, der § 323 Abs. 2 BGB und § 440 BGB vollständig verdrängt. Eine Fristsetzung könnte hier entbehrlich sein, weil ein schwerwiegender Mangel nach § 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB vorliegt. Die Beurteilung dieses Tatbestandes erfordert eine Abwägung der Interessen des Unternehmers und des Verbrauchers im Einzelfall; die Details wurden der Rechtsprechung überlassen.³⁸

Der Sachverhalt lässt offen, ob U überhaupt ein Interesse daran hat, nachzuliefern. Hätte das Restaurant kein „Wiener“ Schnitzel im Angebot, wäre eine Nacherfüllung allenfalls unter großem Aufwand möglich. Zumindest ist kein besonderes, über das normale Interesse an der Nacherfüllung hinausgehendes Interesse der U ersichtlich.

Auf der anderen Seite ist ein starkes Interesse von B zu erkennen, zusammen mit D zu speisen, welches das Interesse der U jedenfalls überwiegt. Folglich ist die Fristsetzung entbehrlich.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist bei entsprechender Argumentation vertretbar. Es ist hier ebenso gut vertretbar, sich mit entsprechender Argumentation auf ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 BGB oder §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB festzulegen. Zum Schadensersatz siehe III.

b) Keine rücktrittsspezifischen Ausschlussgründe

Fraglich ist allerdings, ob rücktrittsspezifische Ausschlussgründe vorliegen. Gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist ein Rücktritt im Fall einer Schlechtleistung ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Das Schnitzel war zwar grundsätzlich essbar, schmeckte aber nicht nach Fleisch, sodass es eine seiner wesentlichen Funktionen überhaupt nicht erfüllen konnte. Der Mangel war daher mehr als geringfügig³⁹ und somit erheblich.

³⁷ Fries, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 323 Rn. 5.

³⁸ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 475d Rn. 21; RegE, BT-Drs. 19/27424, S. 37–38.

³⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 5 RL (EU) 2019/771. Der BGH unterscheidet grundsätzlich zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln und stellt bei behebbaren Mängeln nicht auf die Funktionsbeeinträchtigung, sondern auf die Kosten der Mängelbeseitigung ab, vgl. BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = NJW 2014, 3229 (3230 Rn. 17). Da hier nicht klar ist, ob bzw. mit welchem Aufwand eine Mängelbeseitigung möglich ist, ist es jedoch vorzugswürdig, auf die Funktionsbeeinträchtigung abzustellen, vgl. Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2025, § 323 Rn. 324–325.

Ein Ausschlussgrund könnte sich allerdings aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB ergeben. Danach kann im Fall einer Teilleistung nur vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat. Hier bestellte B ein Schnitzel, eine Bayerische Krem und einen Salat. Nur das Schnitzel ist mangelhaft. Damit liegt ein Fall einer Teilschlechtleistung vor. Da die Rücktrittserklärung aber nicht als Rücktritt vom gesamten Vertrag verstanden werden kann (§§ 133, 157 BGB; siehe 1.), kommt es auf § 323 Abs. 5 S. 1 BGB nicht an und es liegt auch insofern kein rüchtrittsspezifischer Ausschlussgrund vor. Dass die Voraussetzungen von §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 6 BGB gegeben sind, ist nicht ersichtlich. B konnte somit wirksam von dem Vertrag mit U zurücktreten.

4. Zug-um-Zug-Einrede, §§ 348, 274 Abs. 1 BGB

Anmerkung: Dieser Punkt musste in der Hausarbeit nicht unbedingt angesprochen werden.

Nach § 348 BGB sind die Ansprüche aus dem Rücktritt jedoch Zug-um-Zug zu erfüllen. Fraglich ist deshalb, ob hier ein Gegenanspruch der U gegen B besteht, den diese der B entgegenhalten könnte. Grundsätzlich muss nach § 346 Abs. 1 BGB die empfangene Leistung einschließlich gezogener Nutzungen in Natur herausgegeben werden. B und D haben zwar das empfangene Schnitzel bereits vor Ort im Restaurant auf dem Teller liegen lassen, sodass die Rückgewährpflicht bereits nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wurde, allerdings erst nachdem einige Bissen davon gegessen wurden.

Ein solcher Verbrauch stellt keine Nutzung dar,⁴⁰ sondern wird als bestimmungsgemäßer Verzehr der Sachsubstanz⁴¹ von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB erfasst, sodass B hier keine Nutzungen gezogen hat, sondern ein Anspruch auf Wertersatz aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB in Betracht kommt. Ferner könnte eine Verschlechterung i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vorliegen, worunter jede nachteilige Veränderung der Substanz oder Funktionsweise der Sache fällt,⁴² nicht jedoch eine Abnutzung der Sache durch bestimmungsgemäßen Gebrauch, da diese bereits durch den Nutzungsersatz abgedeckt ist.⁴³ Die „wenigen Bissen“ des Schnitzels stellen zweifellos einen „Verbrauch“ i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB dar. Der Teil des Schnitzels, den D nicht gegessen hat, kann entweder ebenfalls als „verbraucht“ angesehen werden, mit der Argumentation, dass durch den ersten Bissen das ganze Schnitzel – als hygienisch sensibles Produkt – verzehrt wurde, oder als Verschlechterung. Nimmt man eine Verschlechterung an, so stellt sich das Problem, ob diese durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB) entstand. Hierunter ist jede allgemein vorgesehene, übliche Aufnahme der Verwendung des Leistungsgegenstands zu verstehen,⁴⁴ worunter auch der Beginn des Verzehrs eines Schnitzels zu verstehen sein wird, sodass schon nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB kein Wertersatz für diesen Wertverlust zu leisten wäre.

Jedenfalls besteht der Anspruch auf Wertersatz nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB auch dann nicht, wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung des Gegenstands gezeigt hat. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB ist analog auf die Fälle anzuwenden, in denen sich der Mangel

⁴⁰ Stresemann, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 100 Rn. 6.

⁴¹ Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 102; Metzger, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn. 9.

⁴² Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 106; Metzger, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn. 11.

⁴³ BT-Drs. 14/6040, S. 196; Metzger, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn. 12.

⁴⁴ Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 346 Rn. 544.

erst während des bestimmungsgemäßen Verbrauchs der Sache zeigt.⁴⁵ Hier hat sich erst beim Probieren des Schnitzels gezeigt, dass dieses vegan (mithin mangelhaft, siehe 2. b)) ist; die Pflicht zum Wertersatz entfällt damit. Auch wurde D durch die wenigen Bissen nicht nennenswert gesättigt, sodass B nicht durch ersparte Aufwendungen bereichert ist und auch nicht nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB Ersatz schuldet.⁴⁶

Somit steht U keine Zug-um-Zug-Einrede zu. Diese wurde überdies nicht erhoben.⁴⁷

5. Ergebnis

Folglich hat B gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 25 € aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB.

III. Anspruch B gegen U auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB

Außerdem könnte B gegen U einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB haben.

Anmerkung: Der Schadensersatzanspruch wird hier der Vollständigkeit halber ausführlich behandelt; es wäre aber auch sehr gut vertretbar, den Schadensersatz nur knapp zu verneinen mit der Begründung, dass kein über die Rückzahlung des Kaufpreises hinausgehender Schaden geltend gemacht wird und hinsichtlich des Kaufpreises aufgrund des rücktrittfolgenrechtlichen Rückzahlungsanspruchs kein Schaden (mehr) gegeben ist.

1. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes

Die allgemeinen Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes liegen hier vor (siehe bereits II. 2.).

2. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Schadensersatzes

Fraglich ist allerdings, ob auch die besonderen Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung erfüllt sind. Die Pflichtverletzung liegt hier in der Lieferung einer mangelhaften Sache durch die Übergabe eines veganen Schnitzels statt eines „Wiener“ Schnitzels.

a) Einschlägige Anspruchsgrundlage

Fraglich ist hierbei zunächst, ob §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt einschlägig sind oder anfängliche (qualitative) Unmöglichkeit vorliegt mit der Folge der Anwendbarkeit von §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB. Hierfür ist entscheidend, ob es U bei Vertragsschluss möglich gewesen wäre, ein „Wiener“ Schnitzel zu liefern. Wie bereits erwähnt (siehe II. 3. a)), lässt es der Sach-

⁴⁵ Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 120; Kaiser/Sittmann-Haury, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 346 Rn. 175.

⁴⁶ Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 120; vgl. auch Kaiser/Sittmann-Haury, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 346 Rn. 175; Führich/Artz, in: Führich/Staudinger, Reiserecht, Handbuch, 9. Aufl. 2024, § 49 Rn. 15.

⁴⁷ Vgl. zur Notwendigkeit der Erhebung Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 348 Rn. 3.

verhält offen, ob das Restaurant auch „Wiener“ Schnitzel im Angebot hatte. Falls dem nicht so sein sollte, hätte U die Optionen gehabt, bei einem Dritten Fleisch zu besorgen und anschließend selbst ein Fleischschnitzel zuzubereiten oder direkt ein „Wiener“ Schnitzel zu besorgen. Da die Bestellung zeitlich gebunden ist, ist allerdings zweifelhaft, ob diese Optionen die Unmöglichkeit ausschließen würden. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, wie viel Aufwand die Beschaffung eines „Wiener“ Schnitzels mithilfe eines Dritten verursachen würde. Die Frage der Unmöglichkeit kann allerdings offenbleiben, wenn beide Alternativen zum selben Ergebnis führen. Dies ist deshalb nachfolgend zu prüfen:

Anmerkung: Hier ist auch vertretbar, sich für eine der beiden Varianten – Unmöglichkeit oder keine Unmöglichkeit – zu entscheiden und entweder § 311a Abs. 2 BGB oder §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu prüfen.

b) Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB

Läge anfängliche Unmöglichkeit vor, wären die Voraussetzungen von § 311a Abs. 2 S. 1 BGB erfüllt. Insbesondere wäre ein Kenntnisverschulden i.S.v. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB gegeben. Da beim Vertragschluss E als Stellvertreter der U tätig wurde, kommt es nach § 166 Abs. 1 BGB grundsätzlich auf dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis an.⁴⁸ E wusste zwar nicht, dass der Vertrag über ein Fleischschnitzel zustande kommen würde und deshalb nicht erfüllt werden konnte, seine Unkenntnis beruhte jedoch auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Da nämlich die Bezeichnung „Wiener“ Schnitzel für ein veganes Schnitzel nicht geläufig ist und es im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dafür gab, dass ein veganes Schnitzel gewollt war (siehe II. 2. a) cc)), resultierte die Unkenntnis des E aus der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB. Somit lägen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vor und es wären die Rechtsfolgen in den Blick zu nehmen (siehe 3.).

c) Voraussetzungen der §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Geht man hingegen von der Möglichkeit der Leistung aus, ist § 311a Abs. 2 BGB nicht anwendbar und es ist i.R.v. § 280 BGB weiter zu bestimmen, welche Schadensart geltend gemacht wird.

aa) Abgrenzung der Schadensarten

Hier macht B den durch Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Schaden geltend. Nach der „Zauberformel“ umfasst der Schadensersatz *neben* der Leistung diejenige Schadensposition, die sich bereits vor dem Erlöschen der Leistungspflicht in der Weise endgültig verfestigt hat, dass sie durch Nacherfüllung nicht mehr abwendbar oder kompensierbar ist.⁴⁹ Hier wäre der durch das „falsche“ Schnitzel eingetretene Schaden noch durch Nacherfüllung (Nachlieferung eines „Wiener“ Schnitzels) abwendbar gewesen, sodass hiernach Schadensersatz *statt* der Leistung vorliegt.

Nach der schadensphänomenologischen Abgrenzung betrifft der Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 280 Abs. 3 BGB den Schadensposten, der dadurch entsteht, dass das Naturalleistungs-

⁴⁸ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 311a Rn. 66. Vertretbar ist es auch, hier auf eine Zurechnung nach § 278 BGB abzustellen (siehe dazu c) cc)).

⁴⁹ Gsell, in: FS Canaris, 2017, S. 451 (452).

interesse des Gläubigers endgültig nicht mehr vom Schuldner befriedigt wird.⁵⁰ Das Naturalleistungsinteresse besteht hier in der Übergabe eines „Wiener“ Schnitzels; der von B geltend gemachte Schaden betrifft daher auch nach dieser Abgrenzungsmethode einen im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung geltend zu machenden Schadensposten.

Da somit „Zauberformel“ und schadensphänomenologische Abgrenzung zum gleichen Ergebnis kommen, kann ein Streitentscheid ausbleiben.

bb) Fristablauf oder Entbehrlichkeit

Die Fristsetzung ist auch hier gem. § 475d Abs. 2, Abs. 1 Nr. 3 BGB entbehrlich (siehe bereits II. 3. a)).

cc) Vertretenmüssen, §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Fraglich ist, ob U die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Hier ist der Bezugspunkt des Vertretenmüssens problematisch: Es könnte auf die ursprüngliche Schlechtleistung abgestellt werden (Bereitstellen eines „nur“ veganen Schnitzels), die Nichtvornahme der Nacherfüllung zum Zeitpunkt des Eintritts des Entbehrlichkeitstatbestandes, die Herbeiführung des Entbehrlichkeitstatbestandes oder auf alle drei Punkte.⁵¹ Da hier allerdings die Fristsetzung zur Nacherfüllung aufgrund der Unzumutbarkeit, alleine essen zu müssen, entbehrlich war (siehe II. 3. a)), ergibt sich unabhängig von der vertretenen Ansicht der gleiche Bezugspunkt: die Nichtbereitstellung des „Wiener“ Schnitzels.

Ob U hier selbst schuldhaft gehandelt hat, ist fraglich. Gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB muss sie sich allerdings das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen. Erfüllungsgehilfe von U ist, wer bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit mit ihrem Wissen und Wollen als ihre Hilfsperson tätig wird;⁵² damit ist E Erfüllungsgehilfe der U. E wusste hier, dass er ein veganes Schnitzel übergab und könnte daher vorsätzlich i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB gehandelt haben. Jedoch setzt Vorsatz auch das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit voraus.⁵³ E ging davon aus, dass ein Kaufvertrag über ein veganes Schnitzel geschlossen worden war, sodass ihm dieses Bewusstsein fehlte. Allerdings könnte dieser Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhen, mit der Folge, dass E dennoch schuldhaft handelte. Wie bereits erläutert (b)), hätte E erkennen müssen, dass der Vertrag über ein „Wiener“ Schnitzel zustande kam. Damit handelte E fahrlässig. Dieses Verschulden ist der U gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zuzurechnen. Mithin liegt Vertretenmüssen vor.

d) Zwischenergebnis

Folglich führt die Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB einerseits und §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB andererseits zum selben Ergebnis, sodass eine Entscheidung für die eine oder andere Anspruchsgrundlage offen bleiben kann.

3. Rechtsfolge

Rechtsfolge ist Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB. Dieser bestimmt sich nach der Differenzhypothese durch Vergleich der tatsächlichen Güterlage mit der hypothetischen Güterlage bei korrekter Vertragserfüllung. Tatsächlich hat B ein veganes Schnitzel erhalten und den Rücktritt erklärt und hierdurch

⁵⁰ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (762).

⁵¹ Vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 281 Rn. 59.

⁵² Schulze, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 278 Rn. 5.

⁵³ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 276 Rn. 14.

einen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung erlangt (siehe II.).⁵⁴ Ein etwaiger Schaden kann folglich nur noch in der Differenz zwischen dem Wert von Leistung und Gegenleistung zuzüglich weiterer im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung geltend zu machender Schadensposten bestehen.⁵⁵ Ein solcher Schaden ist hier nicht ersichtlich, insbesondere ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt, wie hoch der Marktpreis eines „Wiener“ Schnitzels gewesen ist; sonst könnte B diese Differenz geltend machen.

4. Ergebnis

Folglich besteht kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

Anmerkung: Alternativer Lösungsweg für den Fall der Annahme eines Vertrags über ein veganes Schnitzel:

Anspruch B gegen U auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo)

Wurde angenommen, dass der Vertrag über ein veganes Schnitzel zustande kam, der durch Anfechtung ex tunc nichtig wurde, so ist ein Schadensersatzanspruch aus der c.i.c. zu prüfen, der grundsätzlich neben der Irrtumsanfechtung Anwendung finden kann.⁵⁶ Hier stellt sich das Problem, ob eine Pflicht zur Aufklärung darüber, dass es sich um ein veganes Schnitzel handelte, bestand. Eine solche Pflicht ist insbesondere anzunehmen, wenn eine Partei einen Irrtum der Gegenseite erregt oder erkennt oder erkennen muss, dass die Gegenseite einem Irrtum unterliegt,⁵⁷ was hier – je nach Argumentation – beides vertretbar ist. Als Rechtsfolge kommt insbesondere die Vertragsaufhebung als Naturalrestitution in Betracht.⁵⁸

Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (ebenfalls vertretbar: § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB)⁵⁹ ist ebenfalls nur zu prüfen, wenn angenommen wurde, dass ein Vertrag über ein veganes Schnitzel zustande kam, der infolge einer Anfechtung ex tunc nichtig wurde gem. § 142 Abs. 1 BGB. Hier wären im Rahmen der Rechtsfolge insbesondere die Zwei-Konditionen-Theorie und die Saldotheorie zu diskutieren.⁶⁰

⁵⁴ Vgl. Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 5.

⁵⁵ Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 6.

⁵⁶ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 251.

⁵⁷ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 244.

⁵⁸ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 351.

⁵⁹ Der BGH lässt offen, ob bei einer Anfechtung § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB Anwendung findet, BGH, Urt. v. 13.2.2008 – VIII ZR 208/07 = NJW 2008, 1878 (1879 Rn. 15); vgl. auch Wiese, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 812 Rn. 7 m.w.N. zum Streitstand.

⁶⁰ Siehe zu diesen Theorien Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 56 Rn. 25–35.

B. Die Bayerische Krem

I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 1 €

Fraglich ist, welche Ansprüche B in Bezug auf die Bayerische Krem hat. B könnte diesbezüglich einen Anspruch gegen U gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Zahlung i.H.v. 1 € haben. Hierfür wäre erforderlich, dass U durch Leistung der B etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

1. Etwas erlangt

Dafür müsste U zunächst etwas erlangt haben. Darunter ist zumindest jeder vermögenswerte Vorteil zu verstehen.⁶¹ U hat Besitz und Eigentum (siehe A. I. 1. b)) an dem Bargeld erhalten und somit i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB etwas erlangt.

2. Durch Leistung

Außerdem müsste U dies durch Leistung der B erlangt haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁶² B hat U das Geld zur Erfüllung ihrer (angeblichen) Zahlungspflicht aus dem Bewirtungsvertrag übereignet. Eine Leistung liegt mithin vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Außerdem dürfte kein Rechtsgrund zum Behaltendürfen des zugeflossenen Vorteils bestehen.⁶³ Als Rechtsgrund kommt hier der Bewirtungsvertrag zwischen U und B in Betracht, wenn dieser wirksam mit einer vereinbarten Gegenleistung i.H.v. 8 € zustande kam.

Eine Einigung zwischen B und U ist hier nicht ersichtlich (siehe A. II. 2. a)); eine Einigung kommt damit nur zwischen B und E infrage, die nach den Regeln der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) für und gegen U wirken könnte. E hat hier, ebenso wie hinsichtlich des Schnitzels, eine eigene Willenserklärung abgegeben. Da ein unternehmensbezogenes Geschäft vorliegt (siehe A. I. 1. b) aa)), gab E diese auch im Namen der U ab. Außerdem hat E innerhalb der ihm durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht gehandelt (siehe A. I. 1. b) aa)). Damit liegen die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB vor, sodass die Einigung zwischen B und E für und gegen U wirkt.

Fraglich ist allerdings auch hier, ob hinsichtlich der essentialia negotii eine Einigung zwischen B und E zustande kam. Der Ausdruck „Bayerischer Pudding oder was das ist“ wurde von B und E⁶⁴ als „Bayerische Krem“ verstanden. Damit liegt hinsichtlich des Vertragsgegenstands eine Übereinstimmung des wirklichen Willens vor, sodass es insofern auf den objektiven Empfängerhorizont nicht ankommt.⁶⁵ Allerdings könnte es an einer Einigung über die Höhe des Preises der Speise fehlen.⁶⁶ Hier gingen B und E bei Abgabe ihrer Willenserklärungen jeweils von anderen Beträgen (E von 8 € und B von 7 €) aus. Entscheidend dafür, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, ist somit, ob aus dem

⁶¹ Martinek/Heine, in: juris PraxisKommentar BGB, Stand: 1.2.2023, § 812 Rn. 13.

⁶² Siehe nur Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 47 m.w.N.

⁶³ Vgl. Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 427.

⁶⁴ Im Rahmen der Auslegung einer Willenserklärung ist auf den Vertreter abzustellen, Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 166 Rn. 34.

⁶⁵ Vgl. nur Möslein, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 33–34.

⁶⁶ Dazu, dass auch der Kaufpreis zu den essentialia negotii eines Kaufvertrags gehört, siehe Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2025, § 8 Rn. 38.

objektiven Erklärungswert beider Erklärungen eine Übereinstimmung folgt. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist gem. §§ 133, 157 BGB nach der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont so auszulegen, wie ein objektiver, vernünftiger Dritter in der Position des Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Treu und Glauben diese verstanden hätte.⁶⁷ Ein objektiver Dritter würde hier die auf der Tafel angegebenen Preise als maßgeblich erachten, wenn die Preise in der Speisekarte höher ausgewiesen werden. Denn es liegt nahe, dass es sich bei der mit „Empfehlungen heute“ überschriebenen Angabe auf der Tafel um ein besonders beworbenes Sonderangebot handelte, das gegenüber der Karte Vorrang haben sollte. Außerdem können bei Auslegung der Willenserklärungen die Vorschriften der Preisangabeverordnung (PAngV) berücksichtigt werden. Der Besucher einer Gaststätte darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Preise den Vorschriften der Preisangabeverordnung entsprechend angegeben werden.⁶⁸ Nach § 13 PAngV unterliegt die Preisangabe in Gaststätten bestimmten Transparenzvorgaben. Danach sind etwa Preisunterschiede zwischen verschiedenen Räumen eindeutig und klar anzugeben.⁶⁹ Ein objektiver Dritter würde daher bei einer Tafel, die – wie hier – keinen Hinweis darauf enthält, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein höherer Preis fällig wird, davon ausgehen, dass der auf der Tafel angegebene Preis beim Vertragsschluss zugrunde gelegt wird.

Anmerkung: Ein Abstellen auf die Preisangabeverordnung kann von den Studierenden nicht erwartet werden, allerdings ist die Anwendung der Preisangabeverordnung auch nicht nach dem Bearbeitervermerk ausgeschlossen, da dieser – mit Ausnahme des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – nur Ansprüche auf das Bürgerliche Gesetzbuch begrenzt.

Eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ergibt also, dass zwei korrespondierende Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags über eine Bayerische Krim gegen ein Entgelt i.H.v. 7 € vorliegen; folglich ist ein solcher Vertrag zustande gekommen.

Dieses Ergebnis wird zudem durch die Regelung des § 305c Abs. 2 BGB gestützt: Danach gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB zulasten des Verwenders. Eine Unklarheit liegt vor, wenn nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden mindestens zwei Auslegungen vertretbar sind.⁷⁰ Hier erklärt B nur, dass sie eine Bayerische Krim möchte. Säge man für die Bestimmung des Preises die Tafel und die Speisekarte aus Sicht eines objektiven Empfängers als gleichwertig an, läge wegen der unterschiedlichen Preisangaben objektive Mehrdeutigkeit vor. Da die Tafel und die Speisekarte für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen enthalten, die mit der mit dem Einbeziehungsverlangen versehenen Annahmeerklärung⁷¹ Teil des Vertrags werden, liegen AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB vor. Die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB ist auch nicht nach § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, da dieser nur §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 308, 309 BGB exkludiert, nicht jedoch §§ 305a ff. BGB.⁷² Damit gehen Zweifel gem. § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders, hier der U.

Der Bewirtungsvertrag ist somit über eine Bayerische Krim zu einem Entgelt von 7 € wirksam zustande gekommen. Folglich hat B 1 € der geleisteten 8 € ohne Rechtsgrund geleistet.

⁶⁷ Vgl. nur BGH, Urt. v. 22.3.2023 – IV ZR 95/22 = NJW 2023, 1957 (1957 Rn. 14); Dörner, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 133 Rn. 8.

⁶⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.2014 – 15 U 71/14 = BeckRS 2015, 3183 Rn. 27.

⁶⁹ Vgl. Gesmann-Nuissl, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, Bd. 2, 94. Lfg., Stand: Januar 2024, PAngV § 13 Rn. 11.

⁷⁰ Bonin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2025, § 305c Rn. 115.

⁷¹ Vgl. Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 305 Rn. 87.

⁷² Wurmnest, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 307 Rn. 23.

4. Konditionssperre nach § 814 BGB

Dem Anspruch könnte jedoch die Konditionssperre aus § 814 BGB entgegenstehen. Dies wäre an sich der Fall, wenn B trotz positiver Kenntnis der Nichtschuld leistete (Gedanke des „venire contra factum proprium“).⁷³ Hier bringt E der B die Rechnung, welche für die Bayerische Krim einen Preis von 8 € ausweist, während nur Zahlung von 7 € geschuldet war (siehe 3.). Diese Preisdifferenz wird von B sofort moniert. Allerdings bittet E sie, die Rechnung trotzdem vorläufig zu bezahlen und die Angelegenheit mit U am nächsten Tag zu besprechen, worauf sich B einlässt. Folglich wusste B positiv um ihre Nichtschuld.

Allerdings ist anerkannt, dass bei Leistung unter Vorbehalt die Ausschlusswirkung des § 814 BGB nicht greift,⁷⁴ da sich der Leistende durch den Vorbehalt gerade gegen eine Deutung seines Verhaltens als Leistung ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Verpflichtung wehrt.⁷⁵

Da hier B die 8 € nur „vorläufig“ zahlt und damit – wie sich aus dem objektiven Empfängerhorizont ergibt – unter Vorbehalt, findet § 814 BGB keine Anwendung. Damit ist der Anspruch der B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nicht gesperrt.

5. Rechtsfolge

Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, dass eine Herausgabe des von B konkret gezahlten Bargelds in natura (noch) möglich ist, sodass nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten ist.⁷⁶ Eine Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB ist nicht ersichtlich.

II. Ergebnis

B hat damit einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Wertersatz i.H.v. 1 €.

C. Der Lachs-Salat

Fraglich ist auch, welche Ansprüche B in Bezug auf den Lachs-Salat hat.

I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 2 €

B könnte gegen U einen Anspruch auf Zahlung von 2 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. Erforderlich wäre hierfür, dass U durch Leistung der B etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

1. Etwas erlangt

Hierzu müsste U zunächst etwas erlangt haben. U hat Eigentum und Besitz an dem Bargeld, mithin einen vermögenswerten Vorteil (siehe B. I. 1.) erlangt.

⁷³ Wiese, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 814 Rn. 1; vgl. auch BGH, Urt. v. 7.5.1997 – IV ZR 35/96, Rn. 20 (juris) = NJW 1997, 2381.

⁷⁴ Vgl. nur Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 814 Rn. 5.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 17.2.1982 – IV b ZR 657/80, Rn. 10 m.w.N. (juris) = BGHZ 83, 278.

⁷⁶ Zur Kondition bei rechtsgrundlos erlangtem (Bar-)Geld, siehe Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 818 Rn. 22.

2. Durch Leistung

Auch müsste U diesen Vorteil durch Leistung erlangt haben, also durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (siehe B. I. 2.). B hat U als Inhaberin des Restaurants die 2 € bewusst verschafft. Dies geschah zum Zweck, einen etwaigen Anspruch der U gegen B aus dem Bewirtungsvertrag zu tilgen. Somit liegt eine Leistung vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Zudem dürfte kein Rechtsgrund vorliegen. Als Rechtsgrund kommt hier der Bewirtungsvertrag zwischen B und U in Betracht.

a) Wirksamer Vertragsschluss

Dafür wäre zunächst eine Einigung zwischen B und E erforderlich, die nach §§ 164 ff. BGB für und gegen U wirkt (siehe A. II. 2. a) ee)). Hier gab B mit der Bestellung bei E einen Antrag i.S.d. § 145 BGB ab (siehe A. II. 2. a) cc)). Wie oben angesprochen (siehe A. II. 2. a) dd)), bestehen zwei Möglichkeiten für den Zeitpunkt der Annahme durch E im Namen der U: (1.) die Aufnahme der Bestellung durch E oder (2.) die Übergabe der Speise. Im zweiten Fall (2.) würde die Lieferung des Lachs-Salats eine abändernde Annahme und damit einen neuen Antrag (§ 150 Abs. 2 BGB) darstellen, während im ersten Fall (1.) der Vertrag über die Lieferung eines Feta-Salats schon geschlossen worden wäre, sodass nur eine nachträgliche Vertragsänderung oder Annahme der nicht geschuldeten Leistung (Lachs-Salat) an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) in Betracht käme. Ob die Aufnahme der Bestellung bereits eine Annahme darstellt, bestimmt sich danach, ob nach dem objektiven Empfängerhorizont⁷⁷ Rechtsbindungswille⁷⁸ vorliegt. Bei der Aufnahme der Bestellung hat der Kellner bereits die Möglichkeit, Bestellungen über Speisen, die ggf. nicht zubereitet werden können, abzulehnen. Zudem besteht hier – anders als etwa bei einer Speisekarte oder Tafel (siehe A. II. 2. a) aa) und A. II. 2. a) bb)) – nicht die Gefahr, dass zu viele Gäste das Angebot annehmen und damit den Wirt an einen Vertrag binden.⁷⁹ Folglich ist hier von einem Rechtsbindungswillen auszugehen. Damit wurde ein Vertrag über einen Feta-Salat geschlossen. Es ist somit ein Anspruch von U gegen B i.H.v. 18 € entstanden.

b) Anspruch auf Mehrkosten des Lachs-Salats?

Fraglich ist, ob U dennoch gegen B auch einen Anspruch auf den höheren Preis für einen Lachs-Salat hat. Ein solcher Anspruch könnte aus einer nachträglichen Vertragsänderung folgen oder sich aus einer mit einer etwaigen Annahme an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) zusammenhängenden Preisanpassung ergeben.

aa) Vertragsänderung

Eine nachträgliche Änderung des Inhalts eines Vertrags erfolgt auch durch Vertrag.⁸⁰ Hier könnte die Aussage des E, dass leider schon manches schiefgelaufen sei, als Angebot zur Vertragsänderung ausgelegt werden (§§ 133, 157 BGB). Jedenfalls liegt aber in der Aussage der B „Na gut, ich kann auch den Lachs essen“ keine Annahme. Diese Aussage lässt nicht die Bereitschaft erkennen, den Vertrag zu

⁷⁷ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 10.

⁷⁸ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 6.

⁷⁹ Vgl. auch Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 49. Aufl. 2025, § 8 Rn. 2.

⁸⁰ Schmidt, in: Weber, Rechtswörterbuch, 34. Aufl. 2025, Vertrag.

ändern, sondern nur, eine andere als die ursprünglich geschuldete Leistung in Kenntnis der Abweichung anzunehmen. Dies ist aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht dahingehend zu verstehen, dass der ursprüngliche Vertrag geändert werden soll, sondern vielmehr dahingehend, dass B nicht auf einer Lieferung des richtigen Salats besteht, sondern die Vertragspflicht der U trotz der Lieferung eines anderen Salats erlöschen soll.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Argumentation vertretbar.

bb) Annahme an Erfüllungs statt, § 364 Abs. 1 BGB

Näherliegender ist es daher, die Annahme des Lachs-Salats durch B als Annahme an Erfüllungs statt i.S.d. § 364 Abs. 1 BGB auszulegen. Eine solche ist anzunehmen, wenn das Schuldverhältnis (i.e.S.) durch die – ursprünglich nicht geschuldete – Leistung erlöschen soll.⁸¹ Mit der Aussage „Na gut, ich kann auch den Lachs essen“ bringt B grundsätzlich zum Ausdruck, dass durch Leistung des Lachs-Salats das Schuldverhältnis erlöschen soll. Danach läge eine Annahme an Erfüllungs statt vor.

(1) Anwendbarkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Regelungen zur Annahme an Erfüllungs statt überhaupt anwendbar sind. Da ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt (siehe bereits A. II. 2. c)), könnte der Anwendung des § 364 BGB § 476 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Danach kann sich ein Unternehmer auf Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von insbesondere §§ 433, 434, 437 und 439 BGB abweichen, nicht berufen, wenn diese vor Mitteilung des Mangels getroffen wurden.⁸² Die Annahme an Erfüllungs statt würde dazu führen, dass sich B – trotz Aliud-Lieferung und damit an sich mangelhafter Leistung gem. § 434 Abs. 2, Abs. 5 BGB (siehe A. II. 2. b) aa) und A. II. 2. b) cc)) – nicht auf eine Mangelhaftigkeit des Feta-Salats berufen könnte, da mit Annahme an Erfüllungs statt der Anspruch auf die ursprünglich geschuldete Leistung erlöschen und sich die Pflicht zur mangelfreien Leistung auf den neuen Gegenstand – den Lachs-Salat – beziehen würde (vgl. § 365 BGB).⁸³ Mangel und Annahme an Erfüllungs statt schließen sich insoweit aus. Die Annahme an Erfüllungs statt könnte daher eine die Mängelrechte des Verbrauchers beschränkende Abrede i.S.v. § 476 Abs. 1 BGB darstellen.

Allerdings gilt § 476 Abs. 1 BGB nicht für Vereinbarungen, die nach Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffen werden. Hier machte B den E (der als Vertreter der U handelte) darauf aufmerksam, dass es sich bei der gelieferten Speise fälschlicherweise um einen Lachs-Salat handelt. Damit liegt eine Mitteilung des Mangels i.S.d. § 476 Abs. 1 BGB vor.⁸⁴ Folglich kann hier eine Vereinbarung, die von § 434 Abs. 2, Abs. 5 BGB abweicht, getroffen werden.⁸⁵

Anmerkung: Selbst wenn man sich hier anders entscheidet, würde dies nicht zur Unwirksamkeit der Annahme an Erfüllungs statt führen, denn Rechtsfolge des § 476 Abs. 1 BGB ist nur, dass sich der Unternehmer – hier U – nicht auf die Vereinbarung berufen kann, im Übrigen bleibt die Vereinbarung jedoch wirksam.⁸⁶ Folglich steht § 476 Abs. 1 BGB einer Annahme an Erfüllungs statt i.S.d. § 364 BGB

⁸¹ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 6.

⁸² Vgl. Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 476 Rn. 17.

⁸³ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5.

⁸⁴ Vgl. Grunewald, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 476 Rn. 2.

⁸⁵ Vgl. Augenhöfer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2025, § 476 Rn. 26; Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 476 Rn. 17; Grunewald, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 476 Rn. 2.

⁸⁶ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 25.

nicht entgegen. In Abweichung von § 364 BGB⁸⁷ könnte der Verbraucher – hier B – sich jedoch weiterhin auf die Mangelhaftigkeit – hier des Salats – berufen.

(2) Dogmatische Einordnung der Annahme an Erfüllung statt

Die frühere h.M. klassifizierte eine Annahme an Erfüllung statt als selbstständigen entgeltlichen Austauschvertrag.⁸⁸ Der neue Vertrag ersetze das ursprüngliche Schuldverhältnis, auf das dann nicht mehr zurückgegriffen werden könne.⁸⁹ Begründet wurde diese Austauschvertragstheorie mit § 365 BGB.⁹⁰ Diese Theorie ist zu Recht vom BGH und auch in der Literatur kritisiert worden, da es sich bei der Annahme an Erfüllung statt nach den Parteivorstellungen gerade nicht um ein eigenständiges Rechtsgeschäft handeln soll; vielmehr um ein Hilfsgeschäft.⁹¹

Stimmen in der neueren Literatur gehen davon aus, dass es sich bei der neuen Vereinbarung um einen Schuldänderungsvertrag handle.⁹² Dies birgt gegenüber der Austauschvertragstheorie den Vorteil, dass bereits entstandene Einreden bzw. Sicherheiten bestehen bleiben.⁹³ Nach der Änderungsvertragstheorie wird nur der ursprünglich geschuldete Leistungsgegenstand geändert und somit neu bestimmt.⁹⁴ Allerdings ist fraglich, ob diese Änderungsvertragstheorie mit dem Wortlaut des § 364 Abs. 1 BGB vereinbar ist. Ändert sich die Leistung durch den Änderungsvertrag, so schuldet der Schuldner nun die neue Leistung mit der Folge, dass mit dieser Leistung der Vertrag bereits nach § 362 Abs. 1 BGB – nicht § 364 Abs. 1 BGB – erlöschen würde.⁹⁵

Die neue h.M. sieht in der Vereinbarung zwischen den Parteien daher berechtigterweise eine Erfüllungsabrede (bzw. einen Erfüllungsvertrag).⁹⁶ Danach wird kein neues Schuldverhältnis begründet, sondern nur die bestehende Schuld gem. § 364 Abs. 1 BGB zum Erlöschen gebracht.⁹⁷

Anmerkung: Ausführungen zu der dogmatischen Einordnung sind hier nicht unbedingt erforderlich.

(3) Auswirkung der Annahme an Erfüllung statt auf die Vergütung

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Annahme an Erfüllung statt Auswirkungen auf die Gegenleistung, hier den Preis für den Salat, hat. Allerdings wird bei der Annahme an Erfüllung statt zwar

⁸⁷ Vgl. Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5; Kreutz, JA 2017, 655 (656).

⁸⁸ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 8 m.w.N.; BGH, Urt. v. 18.1.1967 – VIII ZR 209/64, Rn. 12 (juris) = BGHZ 46, 338 = NJW 1967, 553 (554).

⁸⁹ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 8.

⁹⁰ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 9.

⁹¹ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 9; vgl. auch Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 364 Rn. 2.

⁹² Buck-Heeb, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 364 Rn. 3; Schreiber, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, § 364 Rn. 1.

⁹³ Schreiber, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, § 364 Rn. 1.

⁹⁴ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 10.

⁹⁵ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 1; Looschelders/Erm, JA 2014, 161 (164).

⁹⁶ BGH, Urt. v. 30.11.1983 – VIII ZR 190/82, Rn. 15 (juris) = BGHZ 89, 126 = NJW 1984, 429 (431); Stürner, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 364 Rn. 1; Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 1; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 18 IV; Bülow, JuS 1991, 529 (534); dies als Vereinbarung über die Erfüllung der ursprünglichen Schuld bezeichnend Avenarius, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 364 Rn. 2; Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 364 Rn. 2.

⁹⁷ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 1; Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 1.

die eine geschuldete Leistung durch die Erfüllungsabrede modifiziert, die Gegenleistung dadurch jedoch nicht tangiert.⁹⁸ Die Gegenleistung ist nur betroffen, wenn und soweit dies gesondert vereinbart wurde.⁹⁹ Eine solche Abrede ist hier jedoch nicht ersichtlich, sodass nur ein Anspruch von U gegen B auf Vergütung i.H.v. 18 € besteht.

B hat somit 2 € ohne Rechtsgrund an U geleistet. Der Ausschluss gem. § 814 BGB findet wieder keine Anwendung, weil die Leistung auch hier nur unter Vorbehalt erfolgte (siehe B. I. 4.).

II. Ergebnis

B hat somit einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Wertersatz (siehe B. I. 5.; § 818 Abs. 2 BGB) i.H.v. 2 €.

D. Das Trinkgeld

Zuletzt ist fraglich, ob B gegen E Ansprüche bezüglich des zu viel gezahlten Trinkgelds geltend machen kann.

I. Anspruch gegen E aus § 985 BGB

Ein Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe des 20 €-Scheins entspricht schon nicht dem – nach §§ 133, 157 BGB analog – zu bestimmenden Rechtsschutzbegehren, da B nur die Herausgabe von 15 € verlangt und nicht des 20 €-Scheins; eine Geldwertvindikation ist abzulehnen.¹⁰⁰

II. Geltendmachung eines Anspruchs von D gegen E aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 15 € durch B

Allerdings könnte B gegenüber E im eigenen Namen eine Forderung von D gegen E auf Zahlung von 15 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen, wenn dieser Anspruch besteht und B zur Einziehung der Forderung nach § 185 BGB analog ermächtigt ist.

1. Etwas erlangt

Hierzu müsste der E zunächst etwas erlangt haben. Anders als das Entgelt für die in einem Restaurant bestellten Speisen und Getränke wird das Trinkgeld nicht an die Inhaberin entrichtet, sondern den Mitarbeitenden zugewendet, vgl. auch § 107 Abs. 3 GewO. E hat somit Eigentum und Besitz an dem 20 €-Schein erlangt.

Anmerkung: Die Nennung von § 107 Abs. 3 GewO wurde in der Hausarbeit nicht erwartet.

⁹⁸ Buck-Heeb, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 364 Rn. 5; Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 28; Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5.

⁹⁹ Buck-Heeb, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 364 Rn. 5; Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 28; Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5.

¹⁰⁰ Vgl. Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 76.

2. Durch Leistung

Des Weiteren müsste D an E geleistet (siehe B. I. 2.) haben. D hat E den Besitz und das Eigentum an dem 20 €-Schein bewusst und zweckgerichtet verschafft. Somit liegt eine Leistung von D an E vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Außerdem müsste die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung, Trinkgeld zu zahlen, vgl. auch § 107 Abs. 3 GewO. Fraglich ist jedoch, ob die Leistung dennoch mit Rechtsgrund erfolgte.

a) Handschenkung

Als Rechtsgrund kommt hier eine Handschenkung i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB von D an E in Betracht. Eine Handschenkung beinhaltet eine Einigung darüber, dass die zugleich vollzogene Zuwendung unentgeltlich erfolgt (schuldrechtliche Rechtsgrundabrede).¹⁰¹ Problematisch könnte hier sein, dass die Zahlung des Trinkgelds auch als Gegenleistung für den geleisteten Service angesehen werden kann. Eine nachträgliche Zuwendung für eine Leistung, die ohne Anspruch auf Entgelt vorgenommen wurde, ist nicht als Schenkung einzuordnen, wenn die Leistung in der erkennbaren Absicht einer späteren Zuwendung erfolgte; es handelt sich dann um eine vorweggenommene Erfüllungshandlung in Bezug auf einen künftigen entgeltlichen Vertrag.¹⁰² Dagegen ist eine belohnende, nicht entlohnende Zuwendung als Schenkung zu klassifizieren, wobei die Abgrenzung nach dem Parteiwillen erfolgt.¹⁰³ Hier möchte sich D für den Service des E erkenntlich zeigen und gibt diesem ein Trinkgeld, das nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht als Entlohnung, sondern als Belohnung aufzufassen ist. Denn E hat den Service nicht nur mit der Absicht der späteren Trinkgeldzahlung vorgenommen, sondern war hierzu arbeitsvertraglich gegenüber U verpflichtet.¹⁰⁴ Damit liegt hier eine unentgeltliche Zuwendung vor.

Die Einigung ist hier durch das Angebot des D („Ich übernehme das Trinkgeld“) und die Entgegennahme des 20 €-Scheins durch E zustande gekommen. Dass D subjektiv lediglich 5 € zuwenden wollte, ist nach §§ 133, 157 BGB unerheblich, da er E einen 20 €-Schein übergab, was nach dem objektiven Empfängerhorizont als Angebot für eine Rechtsgrundabrede hinsichtlich einer unentgeltlichen Zuwendung i.H.v. 20 € auszulegen ist. Einer besonderen Form (vgl. § 518 Abs. 1 BGB) bedarf die Handschenkung i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB nicht.¹⁰⁵

b) Wirksamkeitshindernisse

Möglicherweise ist die schuldrechtliche Rechtsgrundabrede jedoch nach § 142 Abs. 1 BGB – zumindest teilweise – als ex tunc nichtig anzusehen. Hierzu bedürfte es eines Anfechtungsgrunds und einer Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner innerhalb der Anfechtungsfrist.

¹⁰¹ Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 14.

¹⁰² Siehe Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 30.

¹⁰³ Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 31.

¹⁰⁴ Vgl. auch Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 31.

¹⁰⁵ Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 518 Rn. 2.

aa) Anfechtungserklärung

Zunächst muss eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB vorliegen, also eine Erklärung, welche den Willen zum Ausdruck bringt, dass der Berechtigte das Rechtsgeschäft nicht bestehen lassen möchte,¹⁰⁶ wobei das Wort „Anfechtung“ nicht fallen muss. B erklärt E am Telefon, dass D irrtümlich 20 € überreichte und nur 5 € überreichen wollte. Daraus ergibt sich hinreichend deutlich, dass eine Schenkung nur i.H.v. 5 € erfolgen sollte, was sich als Anfechtung der Rechtsgrundabrede auslegen lässt (§§ 133, 157 BGB).¹⁰⁷

Problematisch ist hier jedoch, dass nicht D, sondern B die Erklärung am Telefon abgegeben hat. Hier könnte B als Stellvertreterin oder als Botin agiert haben (siehe A. I. 1. b) aa)). B hat mit D am Abend zuvor besprochen, dass sie für D das zu viel gezahlte Trinkgeld zurückfordern werde, sodass B nicht über das „Ob“ und „Wie“ der Erklärung bestimmt hat, mithin keine eigene Willenserklärung abgab. B agierte somit als Botin für D. Eine ordnungsgemäße Anfechtungserklärung liegt damit vor. Weiterhin müsste diese auch dem richtigen Anfechtungsgegner zugegangen sein. Der „andere Teil“ i.S.d. § 143 Abs. 1, Abs. 2 BGB ist hier der beschenkte E. Da E laut Sachverhalt auch mit B am Telefon verbunden war, erfolgte damit die Anfechtungserklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner.

bb) Anfechtungsgrund

Außerdem müsste ein Anfechtungsgrund bestehen. D könnte sich in einem Erklärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB befunden haben. Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn dem Erklärenden die Umsetzung seines Erklärungswillens missglückt.¹⁰⁸ Insbesondere liegt ein solcher Irrtum vor, wenn der Erklärende sich verspricht, verschreibt oder vergreift.¹⁰⁹ Laut Sachverhalt will D dem E einen 5 €-Schein überreichen und damit konkludent den Antrag für eine Rechtsgrundabrede hinsichtlich einer Zuwendung i.H.v. 5 € abgeben. Er vergreift sich jedoch und übergibt E einen 20 €-Schein. Das rechtsgeschäftlich Erklärte, die Zuwendung eines 20 €-Scheins, weicht somit von dem durch die Erklärung Gewollten, der Zuwendung eines 5 €-Scheins, ab. Ein Erklärungsirrtum liegt somit vor. Da der Irrtum nur einen Teil der Schenkung i.H.v. 15 € umfasst und nach dem Parteiwillen von einer Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen ist,¹¹⁰ ist hier eine teilweise Anfechtung i.H.v. 15 € erfolgt.¹¹¹

cc) Anfechtungsfrist

Schließlich muss die Anfechtung innerhalb der Frist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB erklärt worden sein, also unverzüglich, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Kenntnis von seinem Vergreifen erlangte D am selben Abend. Unverzüglich bedeutet nicht sofort, sondern nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Damit ist die Frist je nach Einzelfall zu bestimmen,¹¹² wobei auch ausreichend Zeit zum Ersuchen rechtlichen Rats einzuräumen ist.¹¹³ Laut Sachverhalt wird hier die Anfechtung innerhalb nur weniger Stunden erklärt. Ein schuldhaftes Zögern liegt mithin nicht vor, sodass die Anfechtung fristgerecht war.

¹⁰⁶ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 143 Rn. 3.

¹⁰⁷ Vgl. Beurskens, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2025, § 143 Rn. 10.

¹⁰⁸ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 119 Rn. 22.

¹⁰⁹ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 119 Rn. 22.

¹¹⁰ Vgl. Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 139 Rn. 60.

¹¹¹ Vgl. Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 142 Rn. 26.

¹¹² Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 121 Rn. 7.

¹¹³ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 21 Rn. 3.

dd) Ergebnis

Durch die Anfechtung ist die Rechtsgrundabrede i.H.v. 15 € gem. § 142 Abs. 1 BGB als ex tunc nichtig anzusehen.

c) Zwischenergebnis

Somit leistete D i.H.v. 15 € ohne Rechtsgrund.

4. Konditionssperre nach § 814 BGB

Eine Konditionssperre nach § 814 BGB ist hier nicht gegeben, da D schon nicht wusste, dass er 20 € übergab und übereignete.

5. Zwischenergebnis

Somit hat D gegen E einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Da die 15 € nicht von dem 20 €-Schein abtrennbar sind, ist Herausgabe in natura nicht möglich, sodass gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz i.H.v. 15 € zu leisten ist.

6. Einziehungsermächtigung

Schließlich ist fraglich, ob B den Anspruch des D im eigenen Namen geltend machen kann. Hier sind verschiedene Konstruktionen denkbar.

Denkbar wäre zunächst eine Abtretung nach §§ 398 ff. BGB. Dies hätte jedoch zur Folge, dass der Anspruch von D gegen E auf B übergeht, sodass nunmehr nur B von E Leistung verlangen kann. Dies dürfte jedoch nicht dem nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Begehren des D entsprechen, der das Recht, selbst Zahlung von E zu verlangen, wohl nicht aufgeben möchte.

Daher ist es naheliegender, von einer Einzugsermächtigung nach § 185 BGB analog auszugehen. Deren Zulässigkeit war zunächst umstritten, da eine übermäßige Benachteiligung des Schuldners, dem nun plötzlich zwei Gläubigern gegenüberstehen, befürchtet wurde.¹¹⁴ Allerdings ist diese mittlerweile weit anerkannt und in der Praxis etabliert; etwaigen Missbrauchsgefahren wird mithilfe von § 242 BGB Rechnung getragen.¹¹⁵ Hier hat D mit B besprochen, dass B für D das Geld besorgen soll. Mithin ist von einer Einzugsermächtigung auszugehen.¹¹⁶

Anmerkung: Hier sind beide Varianten mit entsprechender Argumentation vertretbar.

7. Ergebnis

Demnach kann B gegenüber E im eigenen Namen (§ 185 Abs. 1 BGB analog) eine Forderung von D gegen E auf Zahlung von 15 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen.

¹¹⁴ Bayreuther, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 185 Rn. 34.

¹¹⁵ Bayreuther, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 185 Rn. 34–35.

¹¹⁶ Vgl. zur Einziehungsermächtigung auch Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 57 Rn. 1.

E. Gesamtergebnis

Folglich hat B gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des für das Schnitzel gezahlten Kaufpreises i.H.v. 25 € aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB und jeweils aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 1 € bezüglich der Bayerischen Krem und 2 € bezüglich des Salats. D wiederum hat einen Anspruch gegen E auf Zahlung von 15 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB, wobei B diesen Anspruch aufgrund der Einziehungsermächtigung analog § 185 BGB geltend machen kann.