

Methodik ZR

Examensklausur

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller* und Vanessa Grifo

**Die »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« –
Examensvorbereitung auf italienisch**

Vor-GmbH, neues Reisevertragsrecht, Rom I- und Rom II-Verordnung

<https://doi.org/10.1515/jura-2019-2328>

Die in Stuttgart lebenden BWL-Studierenden Antonia (A) und Bert (B) organisieren neben ihrem Studium in kleingewerblichem Umfang Freizeitevents und haben eine aus ihrer Sicht neue brillante Idee: Sie wollen gestressten Jurastudierenden in der Examensvorbereitung einen besonderen Service bieten, nämlich einen Crash-Kurs in den Nebengebieten des Zivilrechts in einem Wellnesshotel auf Sardinien. Vormittags soll eine Repetitorin unterrichten, nachmittags sollen als Ausgleich Sport und andere Entspannungsaktivitäten angeboten werden. Die beiden fassen den Entschluss, das Ganze in der Rechtsform einer GmbH zu organisieren, an der sie jeweils mit einer Bareinlage von 12.500 Euro beteiligt sein sollen. Sie gehen daraufhin zu einem Notar, um den Gesellschaftsvertrag beurkunden zu lassen. A wird zur Geschäftsführerin mit Einzelvertretungsmacht bestellt. Beide können es kaum erwarten, loszulegen. B ist damit einverstanden, dass A schon vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister unter der Firma »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« die Geschäfte aufnimmt. A mietet daraufhin in Stuttgart ein Büro, von wo aus die Aktivitäten organisiert werden sollen. Darüber hinaus nimmt A im Namen der »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« ein Darlehen i.H.v. 100.000 Euro bei der Bank X auf, um die Anfangsinvestitionen für die Raumausstattung, Marketing und EDV zu finanzieren.

Hinweis: Es handelt sich um eine vom *Erstverf.* konzipierte Original-examensklausur von mittlerem bis hohem Schwierigkeitsgrad aus der Ersten Juristischen Staatsprüfung in Baden-Württemberg. Im Durchschnitt erzielten die Teilnehmer ein Ergebnis von 6,77 Punkte (die beste Durchschnittsnote aller Klausuren der damaligen Examenskampagne).

***Kontaktperson:** Marc-Philippe Weller, der Autor ist Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

Vanessa Grifo, ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin ebendort.

In der Folge kommen A jedoch Zweifel, ob die Rechtsform der GmbH die richtige Plattform für das Vorhaben darstellt. Sie hat von Bekannten gehört, die Geschäftsführung könne recht streng sein. Dieses Risiko will sie dann doch nicht auf sich nehmen. A und B entscheiden daher, die Eintragung der GmbH im Handelsregister nicht weiter zu betreiben, sondern »einfach so« weiterzumachen. Als X davon erfährt, fragt sie sich, an wen sie sich wegen ihres inzwischen fälligen Darlehensrückzahlungsanspruchs halten kann.

Um ein geeignetes Hotel für ihr neues Geschäftsmodell auszusuchen, buchen A und B jeweils unter ihrem eigenen Namen bei der Stuttgarter Zweigstelle des in Wien beheimateten Reiseveranstalters R eine einwöchige Reise inklusive Flug, Unterkunft, Verpflegung und Animation nach Sardinien zum Preis von je 1000 Euro. In Sardinien angekommen, werden sie in das Hotel »Dolce Vita« von Hotelier H gebracht, mit dem R zusammenarbeitet. Entgegen der Angaben im Reiseprospekt des R, in dem von einem gepflegten und sauberen Hotel die Rede ist, bildet sich im Hotelzimmer der A jedoch täglich eine große Wasserlache, weil der Waschbeckenabfluss erheblich tropft. A regt sich zwar darüber auf, meldet das Problem aber weder dem R noch dem H. Letzterer hätte ihr ansonsten ohne Weiteres ein ordentliches Alternativzimmer angeboten. Stattdessen beschwert sich A sechs Wochen nach ihrer Rückkehr nach Stuttgart bei R und fordert von diesem 20 % des vor Reiseantritt komplett gezahlten Reisepreises zurück, ferner eine Entschädigung wegen entgangener Urlaubsfreude. Beides lehnt R ab; A sei in jeder Hinsicht zu spät.

Um die Insel zu erkunden, mietet B beim lokalen Autovermieter einen Fiat. Als er auf einer kurvigen Küstenstraße verträumt auf das Meer blickt, kommt er mit seinem Wagen unter Verstoß gegen die italienische Straßenverkehrsordnung von der Fahrbahn ab und erfasst den auf dem Gehweg wandernden Erasmusstudenten S, der gerade auf einem Wochenendausflug auf Sardinien ist. S studiert seit 9 Monaten in Genua, will aber nach seinem Aus-

landsjahr wieder nach Ulm zurückkehren, um dort zu Ende zu studieren. In Ulm befindet sich der gesamte Familien- und Freundeskreis des S; außerdem engagiert er sich dort in verschiedenen Vereinen. Auch seine spätere berufliche Zukunft stellt sich S »im Ländle« vor.

Bei dem Unfall erleidet S einen komplizierten Beinbruch. Er wird in ein Krankenhaus nach Ulm verlegt, wo sich die Wunde drei Wochen später entzündet, so dass S insgesamt 2 Monate in der Klinik bleiben muss. B kommt dagegen mit dem Schrecken davon. S verlangt von B Ersatz der Heilbehandlungskosten und ein angemessenes Schmerzensgeld.

In einem Rechtsgutachten sind folgende Fragen zu prüfen:

Aufgabe 1

Welche Ansprüche hat X?

Aufgabe 2

Hat A die geltend gemachten Ansprüche gegen R?

Aufgabe 3

Hat S einen Anspruch auf Heilbehandlungskosten und Schmerzensgeld gegen B? Ansprüche aus dem StVG sind nicht zu prüfen.

LÖSUNGSVORSCHLAG

Aufgabe 1 (Sachkomplex »Vor-GmbH«)

A. Anspruch aus § 488 I 2 BGB gegen die »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.«

Die Bank X könnte gegen die »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 I 2 BGB haben.

I. Wirksamer Darlehensvertrag

Voraussetzung ist, dass X und die »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« einen wirksamen Darlehensvertrag abgeschlossen haben. »Die GmbH i.G.« könnte als Vor-GmbH rechtsfähig sein und damit als potentielle Vertragspartnerin in Frage kommen.

1. Rechtsfähigkeit der »GmbH i.G.« als Vor-GmbH

Bei der GmbH-Gründung unterscheidet man drei Phasen¹:

Vor dem notariellen Abschluss des Gesellschaftsvertrags besteht eine Vorgründungsgesellschaft. Diese hat die Rechtsnatur einer GbR oder OHG. Mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages (§ 2 I GmbHG) wird die GmbH »errichtet« (vgl. die Abschnittsüberschrift vor § 1 GmbHG). Dadurch entsteht die Vor-GmbH oder Vorgesellschaft. Sie gilt als Rechtsform sui generis, auf welche die Vorschriften des GmbHG Anwendung finden, soweit diese die Eintragung der Gesellschaft nicht zwingend voraussetzen. Unstreitig ist jedenfalls die Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH: Sie wird aus § 7 II und III GmbHG abgeleitet.

Die GmbH als juristische Person entsteht dagegen erst mit der Eintragung ins Handelsregister, §§ 11 I, 13 GmbHG.

Der Darlehensvertrag wurde nicht im Vorgründungsstadium, sondern erst nach der Errichtung der Gesellschaft geschlossen. Damit kommt grundsätzlich die als solche bereits rechtsfähige Vor-GmbH als Vertragspartnerin in Frage.

2. Wirksame Vertretung der Vor-GmbH, § 164 BGB

Voraussetzung eines Darlehensvertrages zwischen X und der Vor-GmbH wäre, dass letztere durch A wirksam vertreten wurde, § 164 BGB. A hat im Namen der GmbH i.G. gehandelt, die Offenkundigkeit ist also gewahrt. Problematisch ist aber, ob A auch Vertretungsmacht hatte. Obgleich das früher geltende Vorbelastungsverbot von der Rechtsprechung aufgegeben wurde², ist der Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer Vor-GmbH umstritten.³ Vereinzelt wird aus Verkehrsschutzgesichtspunkten bereits für eine Anwendung der §§ 35 I, 37 II GmbHG plädiert, wonach A eine *unbeschränkte* Vertretungsmacht hätte.⁴ Aber auch nach der restriktiveren Auffassung, die zum Schutz der nicht handelnden Gesellschafter eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Zweck der Vor-GmbH und damit die gründungsnotwendigen Geschäfte (z. B. eine Geschäftskontoeröffnung) annimmt⁵, ist eine Er-

¹ Hübner JURA 2017, 257, 267. Schäfer Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 32 Rn. 4; Weller/ Prütting Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 477 ff.

² BGHZ 80, 129.

³ Zum Meinungsstand Bayer/Lieder Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 485–487.

⁴ Ausführlich zum Meinungsstand MünchKomm-GmbHG/Merkt, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 59 ff.

⁵ Argument: Es sei ein allgemeines Prinzip des Verbandsrechts (vgl. § 123 II HGB), dass über den haftungsträchtigen Start der Gesellschaft

weiterung der Vertretungsmacht durch übereinstimmende Ermächtigung⁶ des Geschäftsführers durch alle Gesellschafter möglich. Dies ist hier geschehen, B hat in die Aufnahme der Geschäfte eingewilligt. Nach beiden Ansichten liegt die Vertretungsmacht des A folglich vor.

3. Zwischenergebnis

Die Vor-GmbH wurde mithin von A wirksam vertreten. Der Darlehensvertrag zwischen X und der Vor-GmbH ist wirksam zustande gekommen. Der Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 I 2 BGB ist inzwischen auch fällig und würde folglich an sich gegen die Vor-GmbH bestehen.

II. Aufgabe der Eintragungsabsicht

Fraglich ist jedoch, wie sich die Aufgabe der Eintragungsabsicht durch A und B auf die Rechtsnatur der Vor-GmbH auswirkt. Darin wird ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter gesehen (§ 60 I Nr. 2 GmbHG analog).⁷ Wenn die Gründer die Gesellschaft dann jedoch nicht wie vorgesehen liquidieren (§§ 66 ff. GmbHG analog), sondern stattdessen die werbende Tätigkeit fortsetzen, wandelt sich die (echte) Vor-GmbH in eine unechte Vorgesellschaft um.⁸ A und B wirtschaften in der Tat weiter; sie nutzen die Gesellschaft nun jedoch nicht mehr als »Vorstufe zur GmbH«, sondern als Unternehmensträger für ihr gewerbliches Vorhaben.⁹ Die Vorgesellschaft wird damit zu einer OHG oder GbR, je nachdem, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt oder nicht (vgl. § 1 HGB). Jedenfalls ist die unechte Vorgesellschaft im Ergebnis eine Personengesellschaft, die sowohl in der OHG-Variante (§ 124 I HGB) als auch in der GbR-Variante (Gruppenlehre, Arge Weißes Ross-Entscheidung des BGH¹⁰) rechtsfähig ist. A und B betreiben

nur ein Kleingewerbe, vgl. § 1 II HGB. Es handelt sich bei der Gesellschaft also um eine GbR.

III. Haftung der GbR nach Aufgabe der Eintragungsabsicht¹¹

Fraglich ist, ob die GbR für die Darlehensrückzahlung überhaupt haftet, denn immerhin war der ursprüngliche Vertragspartner die Vor-GmbH. Dies ist jedoch zu bejahen: Denn die Umwandlung von der echten Vorgesellschaft (Rechtsform *sui generis*) zur unechten Vorgesellschaft (OHG oder GbR) findet identitätswahrend statt.¹² Man spricht von einem gesetzlichen Formwechsel, bei dem der Rechtsträger als Kristallisationspunkt der Rechte und Pflichten derselbe bleibt; nur die Rechtsform (»Rechtskleid«) ändert sich. Ein gesetzlicher (»automatischer«) Formwechsel findet etwa auch vom Übergang der GbR zur OHG statt, wenn das ursprüngliche Kleingewerbe (GbR) zu einem Handelsgewerbe (OHG) erwächst. Da es um ein und denselben Rechtsträger geht, benötigt man die Sukzessionstechnik der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB, § 20 I Nr. 1 UmwG) beim Formwechsel *nicht*. Diese Identitätswahrung gilt beim gesetzlichen Formwechsel auch unabhängig davon, unter welcher Firma der Rechtsträger im Rechtsverkehr auftritt (das erhellt anschaulich die GbR/OHG-Parallele). Der Darlehensrückzahlungsanspruch der X richtet sich also nunmehr gegen die unechte Vorgesellschaft, ungeachtet dessen, dass die (nach Aufgabe der Eintragungsabsicht: irreführende) Firmierung »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« den Anschein einer echten Vor-GmbH erweckt.

IV. Ergebnis

X hat gegen die als »Zivilrecht auf Sardinien GmbH i.G.« firmierende GbR (= unechte Vorgesellschaft) einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 I S. 2 BGB.

alle Gesellschafter mitentscheiden sollen, *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 5. A. A. etwa *Freitag*, in Heide/Schall (Hrsg.), HGB, 3. Aufl. 2019, § 123 Rn. 7, wonach die Erforderlichkeit der Zustimmung *sämtlicher* Gesellschafter im Wortlaut des § 123 II HGB keine Stütze finde.

⁶ Der Begriff der »Ermächtigung« findet sich in § 125 II HGB. Er wird als Fachterminus verallgemeinernd auch im GmbH-Recht verwendet, *Bayer/Lieder* Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 486.

⁷ *Bitter/Heim* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Fall Nr. 12, 266.

⁸ *Bayer/Lieder* Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 492.

⁹ *Bitter/Heim* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Fall Nr. 12, 266 f.

¹⁰ BGH NJW 2001, 1056.

¹¹ Details werden hier nicht erwartet, lediglich das Problembewusstsein, dass es sich nach Aufgabe der Eintragungsabsicht ggf. um einen neuen Schuldner handeln könnte.

¹² *Bayer/Lieder* Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 492. Dass die Umwandlung auch *rückwirkend* erfolgt (*Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 32 Rn. 4), ändert insofern nichts am Ergebnis; siehe aber infra unter B. III. bei der Gesellschafterhaftung.

B. Anspruch aus §§ 488 I 2 BGB i. V. m. § 128 HGB (analog) gegen A und B

Die Bank X könnte darüber hinaus auch gegen A und B einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 I 2 BGB i. V. m. § 128 HGB (analog) haben.

I. Persönliche Haftung in der unechten Vorgesellschaft

Zum Zeitpunkt der Begründung des Darlehensvertrages bestand eine Vor-GmbH. Für diese gilt zwar der Vorzug der Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter nach § 13 II GmbHG noch nicht. Vielmehr haften die Gründer für alle Verbindlichkeiten (»Vorbelastungen«) aus dem Gründungsstadium (Vorbelastungshaftung). Dabei haften die Gesellschafter vor Eintragung (nur) für die Verluste der Gesellschaft (Verlustdeckungshaftung). Nach Eintragung haften sie für die gesamte Unterbilanz, d. h. neben den Verlusten auch für das versprochene Stammkapital (Unterbilanzhaftung).¹³

II. Ausgestaltung der persönlichen Haftung als Innenhaftung

Allerdings handelt es sich dabei nach Ansicht der Rechtsprechung nicht um eine Außenhaftung der Gesellschafter, so dass die Gläubiger sie nicht direkt in Anspruch nehmen können.¹⁴ Vielmehr ist die Haftung der Gesellschafter in der Vor-GmbH von der Rechtsprechung – in Parallele zur Differenzhaftung der Gesellschafter bei überbewerteten Sacheinlagen nach Eintragung (§ 9 I GmbHG) – grundsätzlich als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet worden, um eine einheitliche Gründerhaftung vor und nach Eintragung zu gewährleisten (Binnenhaftungsmodell des BGH¹⁵, a. A. selbstverständlich vertretbar¹⁶).

¹³ BGH NJW 1997, 1507, Leitsatz 1: »Die Gesellschafter einer Vor-GmbH haften für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft unbeschränkt. Es besteht eine einheitliche Gründerhaftung in Form einer bis zur Eintragung der Gesellschaft andauernden Verlustdeckungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Vorbelastungs- (Unterbilanz-)haftung.«

¹⁴ Ausführlich hierzu MünchKomm-GmbHG/Merkt, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 74 ff.

¹⁵ BGH NJW 1997, 1507, 2. Leitsatz: »Die Verlustdeckungshaftung ist ebenso wie die Vorbelastungs- (Unterbilanz-)haftung eine Innenhaftung.«

III. Persönliche Außenhaftung bei Aufgabe der Eintragungsabsicht

Etwas anders könnte sich jedoch daraus ergeben, dass A und B die Eintragungsabsicht aufgegeben haben und danach weiterhin werbend tätig waren. Dadurch hat sich die Vor-GmbH in eine unechte Vorgesellschaft umgewandelt. Das Rechtskleid wurde gewechselt, die Vor-GmbH ist zur Personengesellschaft geworden, die aus denselben Gesellschaftern (A und B) der bisherigen Vor-GmbH besteht.¹⁷ In einer Personengesellschaft haften die Gesellschafter nach dem Akzessorietätsmodell des § 128 HGB, der für die OHG unmittelbar und für die GbR entsprechend gilt¹⁸, im Außenverhältnis persönlich und unbeschränkt für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten. Damit haften A und B zumindest für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten nach Aufgabe der Eintragungsabsicht im Außenverhältnis persönlich und unbeschränkt. Zu eruieren ist schließlich, ob A und B auch für solche Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern im Außenverhältnis haften, die vor Aufgabe der Eintragungsabsicht – also in der Phase der Vor-GmbH mit ihrem für die Gesellschafter schonenderen Innenhaftungsmodell¹⁹ – begründet wurden.²⁰ Auch diese Frage ist zu bejahen. Denn die jetzige Personengesellschaft ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsträgerschaft identisch mit der Vor-GmbH, siehe oben. Zur Begründung der Gesellschafterhaftung kann man dann entweder auf § 128 HGB²¹, auf § 130 HGB²² oder darauf rekurren, dass die Umwandlung der Vor-GmbH in eine unechte Vorgesellschaft *rückwirkend* erfolgt.²³

¹⁶ Zum Diskussionsstand MünchKomm-GmbHG/Merkt, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 75 ff.

¹⁷ Bayer/Lieder Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015 Rn. 492.

¹⁸ BGH NJW 2001, 1056, 3. Leitsatz: »Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der OHG (Akzessorietät).«

¹⁹ Die Innenhaftung ist auch insofern schonender, als sie als Teil der Kapitalaufbringung auf Geld gerichtet ist (vgl. § 9 I GmbHG), während eine Außenhaftung aus § 128 HGB auf Naturalerfüllung gerichtet sein kann, vgl. Weller/Prütting Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 487 ff.

²⁰ Bitter/Heim Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Fall Nr. 12, 266 f.

²¹ Bitter/Heim Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Fall Nr. 12, 279: »Die Personengesellschaft ist dieselbe Gesellschaft wie die Vor-GmbH (...). Verbindlichkeiten der Vor-GmbH sind daher auch solche der Personengesellschaft. Für diese Verbindlichkeiten sieht § 128 HGB (analog) eine persönliche Haftung der Gesellschafter vor, gleichviel, ob die Gesellschaft schon bei der Begründung der Verbindlichkeit eine solche mit unbeschränkter Gesellschafteraußenhaftung war oder nicht.«

²² Weller/Prütting Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 487 ff.

²³ Schäfer Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 32 Rn. 4.

IV. Erlöschen der persönlichen Haftung

Die Haftung der unechten Vorgesellschaft (GbR) steht zur Haftung der Gesellschafter A und B im Verhältnis der Akzessorietät, vgl. § 129 HGB (analog). Würde die unechte Vorgesellschaft das Darlehen zurückzahlen, entfielen auch die Haftung von A und B. Im Verhältnis zueinander haften A und B als Gesamtschuldner, mit der Folge, dass X nach § 421 BGB sowohl den A als auch den B in Anspruch nehmen kann.

V. Ergebnis

Die Bank X hat demnach auch gegen A und B einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 488 I 2 BGB i. V. m. § 128 HGB (analog).

C. Anspruch aus § 11 II GmbHG gegen die A

Schließlich könnte die Bank X noch gegen die A als »Handelnde« einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 11 II GmbHG haben.

I. Handeln »im Namen der Gesellschaft«

Zunächst müsste »im Namen der Gesellschaft« agiert worden sein. Davon erfasst wird die Begründung *rechtsgeschäftlicher* Verbindlichkeiten, also auch der hier interessierende Darlehensvertrag.

II. Vorliegen einer »Gesellschaft« i. S. d. § 11 II GmbHG

Fraglich ist, ob mit »Gesellschaft« i. S. d. § 11 II GmbHG die künftige GmbH²⁴ oder die Vor-GmbH gemeint ist.²⁵ Nach heute wohl herrschender Auffassung werden beide Fälle erfasst.²⁶ Es ist also unerheblich, ob der Handelnde im Namen der künftigen GmbH auftritt oder aber im Namen der

²⁴ Vgl. noch BGH NJW 1978, 1978.

²⁵ Hierzu *Bayer/Lieder* Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 495.

²⁶ MünchKomm-GmbHG/Merkel, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 132; Schäfer Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 7.

»GmbH i.G.«²⁷ Denn nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts wird ohnehin (nur) der richtige (d. h. existierende) Rechtsträger verpflichtet, also die Vor-GmbH.²⁸

III. A als »Handelnder« i. S. d. § 11 II GmbHG

Schließlich wäre Voraussetzung, dass die A »Handelnde« im Sinne des § 11 II GmbHG ist. Dieses Tatbestandsmerkmal wird restriktiv im Sinne des *telos* der Vorschrift ausgelegt: Die Bestimmung will einerseits die Gläubiger sichern, solange noch nicht feststeht, dass ihnen die (eingetragene) GmbH als Schuldnerin zur Verfügung steht (Sicherungsfunktion). Damit scheiden Gesellschafter als Handelnde aus, weil diese ohnehin schon über die Verlustdeckungshaftung im Gründungsstadium haften, eine weitere Anspruchsgrundlage gegen die Gesellschafter also nicht erforderlich ist.²⁹ Andererseits will die Vorschrift die Verantwortlichen dazu anhalten, die Eintragung zügig zu betreiben (Druckfunktion): Damit adressiert sie die für die Eintragung Zuständigen, nämlich nach § 78 GmbHG die Geschäftsführer.³⁰ A ist Geschäftsführerin, also potentielle Haftungsadressatin des § 11 II GmbHG.

IV. Einschränkung des Handelndenbegriffs

Der BGH will den Handelndenbegriff darüber hinaus laut einem obiter dictum zu § 41 I 2 AktG (dem Pendant zu § 11 II GmbHG im Aktienrecht) auf solche Geschäftsführer beschränken, die – bei fehlender Ermächtigung durch die übrigen Gesellschafter – ohne Vertretungsmacht gehandelt haben.³¹ Nur dann – so die Logik des BGH – benötige ein Gläubiger den Geschäftsführer als *falsus procurator*

²⁷ Nur wenn der Geschäftsführer den Vertragsschluss eindeutig *aufschiebend bedingt* (§ 158 Abs. 1 BGB) auf die Eintragung der künftigen GmbH schließt, greift § 11 Abs. 2 BGB nicht.

²⁸ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 7.

²⁹ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 7.

³⁰ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33, Rn. 7.

³¹ BGH NJW 2004, 2519: Die Sicherungsfunktion »trägt dem Gedanken Rechnung, dass die mit der Vorgesellschaft in rechtsgeschäftlichen Kontakt tretenden Gläubiger nicht wissen können und mit der Unsicherheit nicht belastet werden sollen, ob die Gründer sämtlich das handelnde Organ ermächtigt haben, schon vor der Eintragung der Gesellschaft geschäftlich tätig zu werden (...); fehlt diese Ermächtigung und ist demgemäß die Vertretungsmacht des Handelnden eingeschränkt, soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Gläubiger wenigstens die als organschaftlicher Vertreter für die Gesellschaft auftretende Person in Anspruch nehmen dürfen. Unter diesem Blickwinkel hat die Handelndenhaftung nach wie vor ihren Platz.«

Schuldner. Wenn der Geschäftsführer jedoch *mit* Vertretungsmacht gehandelt habe, stehe die Vor-GmbH als Schuldnerin zur Verfügung, eines weiteren Schuldners bedürfe es dann nicht. Folgt man dieser Ansicht, würde eine Haftung der A ausscheiden, hat diese doch *mit* Vertretungsmacht agiert.

Diese Ansicht überzeugt allerdings nicht. Der Wortlaut des § 11 II GmbHG deutet nicht auf ein so enges Verständnis hin. Abgesehen davon wäre § 11 II GmbHG bei dieser restriktiven Sicht ohne eigenständige Bedeutung, werden doch die falsus procurator-Fälle schon von § 179 BGB erfasst.³²

V. Erlöschen der Handelndenhaftung mit Eintragung der GmbH

Die Haftung aus § 11 II GmbHG erlischt mit der Eintragung der GmbH, weil sich in diesem Moment beide Funktionen (Druck- und Sicherungsfunktion) erledigt haben.³³ Den Gläubigern steht dann (nur) die GmbH als Schuldnerin zur Verfügung. Vorliegend kam es jedoch nicht zur Eintragung. Die Haftung aus § 11 II GmbHG besteht daher fort.

VI. Ergebnis

X hat gegen A einen Anspruch aus § 11 II GmbHG.

Aufgabe 2 (Sachkomplex »Reisemangel wegen Wasserlache«)

A. Anspruch aus §§ 346 I, 651 m II, 651 i III Nr. 6 BGB

A könnte gegen R einen Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises in Höhe von 20 % infolge Minderung aus §§ 346 I, 651 m II, 651 i III Nr. 6 BGB haben.

Voraussetzung wäre das Vorliegen einer mangelhaften Reise im Sinne der §§ 651 i II, III Nr. 6 BGB. Dies setzt wiederum einen Reisevertrag zwischen A und R voraus.

I. Anwendungsbereich des Internationalen Privatrechts

Fraglich ist zunächst, ob der Reisevertrag überhaupt deutschem Recht unterliegt. R hat nämlich seinen gewöhnlichen Aufenthalt (Sachverhalt: »beheimatet«) in Österreich, A in Deutschland. Es liegt mithin ein Sachverhalt mit Auslandsbezug vor, bei dem gemäß Art. 3 Nr. 1 EGBGB das Internationale Privatrecht (IPR) über das anwendbare Recht bestimmt.

Die einschlägigen Kollisionsnormen des IPR befinden sich in verschiedenen europarechtlichen, völkerrechtlichen und nationalen Regelwerken, wobei normhierarchisch die EU-Verordnungen Vorrang vor den anderen Rechtsquellen genießen, Art. 288 AEUV. Art. 3 Nr. 1 EGBGB erinnert *deklaratorisch* an diesen sich schon aus dem Unionsrecht ergebenden Anwendungsvorrang.

1. Anwendbarer Regelungskörper: Rom I-VO

Im Hinblick auf den Reisevertrag zwischen A und R ist die Verordnung 593/2008/EG über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog. Rom I-VO) einschlägig, vgl. deren Art. 1 Abs. 1. Diese bestimmt nicht nur das anwendbare Recht für das Zustandekommen des Vertrages (Art. 10 Rom I-VO). Das Vertragsstatut regelt vielmehr auch das Leistungsstörungsregime im Fall einer Vertragsverletzung, Art. 12 I c) Rom I-VO.

a) Anwendbare Kollisionsnorm

Fraglich ist, nach welcher Kollisionsregel das Reisevertragsstatut zu bestimmen ist. In Ermangelung einer Rechtswahl (Art. 3 Rom I-VO) kommt es auf die objektiven Anknüpfungsregeln an.

In Frage kommen Art. 6 I Rom I-VO (Verbraucherverträge) und Art. 4 I b) Rom I-VO (Dienstleistungsverträge). Der an sich ebenfalls denkbare Art. 5 II Rom I-VO (Personenbeförderungsverträge) tritt hinter den spezielleren Art. 6 I Rom I-VO zurück, so ausdrücklich Art. 6 IV b) Rom I-VO.³⁴ Abgesehen davon umfasst die Pauschalreise neben der Beförderung auch noch anderen prägende Leistungselemente (hier: Hotel, Verpflegung, Animation), weswegen sie einheitlich zu betrachten und anzuknüpfen ist und daher jedenfalls vorliegend nicht als bloßer Personenbeförderungsvertrag qualifiziert werden kann.³⁵

³² Schäfer Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 7.

³³ Bayer/Lieder Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 496; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 7.

³⁴ BeckOKBGB/Spickhoff, 53. Aufl. 2020, Art. 6 ROM I, Rn. 12.

aa) Art. 6 I Rom I-VO

Einschlägig könnte zunächst Art. 6 I Rom I-VO sein. Dieser erfasst grundsätzlich Pauschalreisen (vgl. Art. 6 IV b) Rom I-VO e contrario) und sieht in seinem Anwendungsbereich eine Anknüpfung des Vertragsstatuts an den gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers vor. A hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Stuttgart; man käme hiernach also zum deutschen Recht.

R müsste dafür allerdings nach Art. 6 I a) Rom I-VO seine gewerbliche Tätigkeit in Deutschland ausüben (lit. a) oder diese zumindest auf den deutschen Markt ausrichten (lit. b). Beides ist der Fall, hat er doch in Stuttgart eine Zweigniederlassung, über die er die Reisen abschließt.

Problematisch ist indes, ob A überhaupt als Verbraucher agiert. Der Reisevertrag setzt jedenfalls nicht voraus, dass der Reisende Verbraucher ist.³⁶ A bucht die Reise zwar im eigenen Namen, ihr Zweck ist aber bei objektiver Betrachtung seiner gewerblichen Tätigkeit zuzurechnen, will er doch das Hotel für das Geschäftsmodell »Zivilrecht auf Sardinien« testen. Wie der Verbraucherbegriff³⁷ in Art. 6 Rom I-VO im Einzelnen zu bestimmen ist, ist umstritten.³⁸

bb) Art. 4 I b) Rom I-VO

Die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 6 I Rom I-VO könnte dahinstehen, wenn man über Art. 4 I b) Rom I-VO ebenfalls zum deutschen Recht gelänge.

Der autonom auszulegende Begriff der »Dienstleistung« ist nach dem maßgeblichen unionsrechtsautonomen Verständnis deutlich weiter als im deutschen Recht und erfasst insbesondere den Werkvertrag und auch dessen Sonderform des Reisevertrags.³⁹

Hiernach unterläge der Reisevertrag dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Da R in Wien residiert, käme österreichisches Recht zur Anwendung.

³⁵ Vgl. auch MünchKommBGB/*Martiny*, 7. Aufl. 2019, Art. 4 Rom I-VO, Rn. 67.

³⁶ MünchKommBGB/*Tonner*, 8. Aufl. 2020, Vor § 651a BGB, Rn. 17.

³⁷ Kenntnisse zu dieser Problematik können nicht erwartet werden. Wenn Examenkandidaten jedoch die vergleichbare Diskussion zum Verbraucherbegriff in § 13 BGB für Art. 6 Rom I-VO fruchtbar machen, sollte dies honoriert werden, wenngleich der Auslegungsmaßstab bei Art. 6 Rom I-VO natürlich nicht derselbe ist (unionsrechtsautonome Auslegung). Der Streit spielt aber hier im Ergebnis keine Rolle. Denn wenn man den Anwendungsbereich des Art. 6 Rom I-VO verneint, gelangt man über Art. 4 I b) Rom I-VO ebenfalls zum deutschen Recht.

³⁸ Vgl. BeckOKBGB/*Spickhoff*, 53. Aufl. 2020, Art. 6 ROM I, Rn. 20.

³⁹ MünchKommBGB/*Martiny*, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rom I-VO, Rn. 66 f.

Eine hier einschlägige Ausnahme gilt jedoch für den Fall, dass der Vertrag über eine Zweigniederlassung geschlossen wird. Dann kommt es nach Art. 19 II Rom I-VO auf den Ort der Zweigniederlassung an. Da A den Reisevertrag über die Stuttgarter Zweigniederlassung des R gebucht hat, verweist Art. 4 I b) i. V. m. Art. 19 II Rom I-VO auf das deutsche Recht.

b) Ausschluss von Rück- und Weiterverweisungen

Die Verweisungen in Art. 4 und 6 Rom I-VO sind sog. Sachnormverweisungen, so dass eine etwaige Rück- oder Weiterverweisung (*renvoi*) nicht zu prüfen ist, Art. 20 Rom I-VO.

2. Zwischenergebnis

Auf den Reisevertrag findet deutsches Recht Anwendung.

II. Wirksamer Pauschalreisevertrag

Eine Minderung des Reisepreises nach § 651m BGB setzt voraus, dass zwischen A und R überhaupt ein Pauschalreisevertrag i. S. d. § 651a I BGB geschlossen wurde.

Ein Pauschalreisevertrag liegt gem. § 651a II 1 BGB vor, wenn der Vertrag mindestens zwei verschiedene Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise umfasst.⁴⁰ Der Begriff der Reiseleistung ist legaldefiniert in § 651a III BGB: Danach sind Reiseleistungen i. S. v. § 651a II 1 BGB entweder »die Beförderung von Personen« (Nr. 1), die »Beherbergung außer wenn sie Wohnzwecken dient« (Nr. 2), »die Vermietung« (Nr. 3) von vor allem Autos oder Motorrädern⁴¹ sowie grundsätzlich jede andere »touristische Leistung« (Nr. 4). Nach § 651a III 2 BGB sind jedoch solche Reiseleistungen ausgenommen, die wesensmäßig Bestandteil einer anderen Reiseleistung sind. Ferner liegt nach § 651a IV 1 BGB auch dann keine Pauschalreise vor, wenn (nur) eine Reiseleistung i. S. v. § 651a III 1 Nrn. 1 – 3 mit touristischen Leistungen i. S. v. Nr. 4 verbunden wird.

Hier bucht A bei R eine Reise bestehend aus Flug (§ 651a III Nr. 1 BGB), Unterkunft, (§ 651a III Nr. 2 BGB), Verpflegung und Animation (§ 651a III Nr. 4 BGB). Ein Reisevertrag i. S. d. § 651a I BGB liegt somit vor.

⁴⁰ Umfassend: *Paulus* JuS 2018, 647.

⁴¹ *Paulus* JuS 2018, 647, 649.

III. Mangelhafte Reise

Eine Minderung des Reisepreises würde ferner voraussetzen, dass ein Mangel der Reise vorliegt⁴², § 651 i I BGB.

Dieser ist nach § 651 i II BGB gegeben, wenn die tatsächliche Ist- von der vereinbarten Sollbeschaffenheit einer Pauschalreise (negativ) abweicht. Damit liegt auch dem Pauschalreisevertragsrecht ein primär subjektiver Mangelbegriff zu Grunde.⁴³ Die Ermittlung der Sollbeschaffenheit ist folglich entscheidend. Die Beschaffenheit einer Pauschalreise ist weit zu verstehen und umfasst neben der Qualität einzelner Reiseleistungen auch deren Pünktlichkeit (§ 651 i II 3 Var. 2 BGB) sowie bestimmte Umweltbeziehungen.⁴⁴ Nicht zur Beschaffenheit zählen »bloÙe Unannehmlichkeiten« (z. B. einzelntes Ungeziefer) sowie Erscheinungsformen des allgemeinen Lebensrisikos (z. B. Diebstahl)⁴⁵. Der Inhalt einer etwaigen Beschaffenheitsvereinbarung richtet sich u. a. nach den Vereinbarungen der Parteien sowie nach Leistungsbeschreibungen im Reiseprospekt.⁴⁶

Dieser spricht hier von einem »gepflegten und sauberen« Hotel. Tägliche Wasserlachen im Zimmer infolge eines tropfenden Wasserabflusses entsprechen nicht dieser Sollbeschaffenheit und gehen über bloÙe Unannehmlichkeiten (z. B. einmaliges Tropfen) hinaus. Somit liegt ein Reisemangel vor. Bedient sich der Reiseveranstalter zur Ausführung der einzelnen Leistungen sogenannter Leistungsträger (§ 651 b II BGB), hier des Hoteliers H, wird ihm deren Verhalten und Verschulden nach § 278 BGB zugerechnet.

IV. Ausschluss des Minderungsrechts

Die Minderung könnte allerdings nach § 651 o II Nr. 1 BGB ausgeschlossen sein. Um dem Reiseveranstalter die Chan-

⁴² Liegt ein Mangel vor, tritt – wie im Mietrecht – kraft Gesetzes die Minderung ein (§ 651 m I BGB):

»mindert sich ... der Reisepreis«. Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht bedarf es also keiner Gestaltungserklärung (vgl. §§ 441, 638 BGB). Im Unterschied zum Mietrecht richtet sich die Rückforderung eines infolge der Minderung zu viel gezahlten Reisepreises jedoch nicht nach Bereicherungsrecht (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB), sondern aufgrund der Verweisung in § 651 m II 2 nach Rücktrittsrecht.

⁴³ Paulus JuS 2018, 647, 652; Looschelders Schuldrecht BT, 15. Aufl. 2020, § 36 Rn. 27 ff.

⁴⁴ Paulus JuS 2018, 647, 652.

⁴⁵ Paulus JuS 2018, 647, 652; Looschelders Schuldrecht BT, 15. Aufl. 2020, § 36 Rn. 27 ff.

⁴⁶ Paulus JuS 2018, 647, 652; Looschelders Schuldrecht BT, 15. Aufl. 2020, § 36 Rn. 27 ff.

ce der Abhilfe zu geben (§ 651 k BGB), trifft den Reisenden die Obliegenheit, den Reisemangel unverzüglich (§ 121 BGB) anzuzeigen. Kommt er dieser Anzeigepflicht nicht nach, verliert er sein Minderungsrecht. A hat es bewusst und damit »schuldhaft« (§ 651 o II BGB) unterlassen, den Mangel dem R (oder dessen Erfüllungsgehilfen H) anzuzeigen. Eine Mängelanzeige ist dabei nicht deswegen entbehrlich, weil der Reiseveranstalter den Mangel kennt.⁴⁷ Die Minderung greift damit nicht.

V. Ergebnis

A hat gegen R keinen Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises infolge Minderung aus §§ 346 I, 651 m II, 651 i III Nr. 6 BGB.

B. Anspruch aus § 651 n II BGB

A könnte gegen R einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit nach § 651 n II BGB haben.

I. Anwendung deutschen Sachrechts

Deutsches Sachrecht findet auch auf diesen Anspruch Anwendung, siehe oben.

II. Nutzlos aufgewendete Urlaubszeit

In den Fällen einer Vereitelung oder erheblichen Beeinträchtigung der Pauschalreise eröffnet § 651 n II BGB als Ausnahme zu § 253 I BGB einen Entschädigungsanspruch im Hinblick auf einen immateriellen Schaden. Das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung bemisst sich anhand des Zwecks und Charakters der Pauschalreise unter Würdigung aller Umstände aus der Sicht des Reisenden.⁴⁸ Um einen solchen Anspruch zu gewähren, kommt es nicht mehr wie früher darauf an, dass der Reisende ein Arbeitseinkommen hat (so noch das überholte Verständnis vom Urlaub als Mittel zur Wiederherstellung der Arbeitskraft); vielmehr können heutzutage auch nicht berufstätige Reisende (z. B. Studierende) eine Entschädigung verlangen.⁴⁹

⁴⁷ Looschelders Schuldrecht BT, 15. Aufl. 2020, § 36 Rn. 35, 42; BGH NJW 2016, 3304.

⁴⁸ Paulus JuS 2018, 647, 653.

⁴⁹ BGH NJW 2005, 1047, 1050.

Hier bildete sich im Hotelzimmer der A täglich eine große Wasserlache. Mithin liegt eine erhebliche Beeinträchtigung der Pauschalreise vor.

III. Ausschluss des Entschädigungsanspruchs

Die Mangelobliegenheit nach § 651 o II Nr. 2 BGB verweist umfassend auf den § 651 n BGB und erfasst mithin auch den Entschädigungsanspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld.

Folglich ist auch der Anspruch nach § 651 n II BGB ausgeschlossen.

IV. Ergebnis

A hat gegen R keinen Anspruch auf Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit nach § 651 n II BGB.

Aufgabe 3 (Sachkomplex »Unfall auf Sardinien«)

A. Anspruch des S gegen B aus §§ 823 I, 249 II, 253 II BGB

S könnte gegen B einen Anspruch auf Heilbehandlungskosten und Schmerzensgeld aus §§ 823 I, 249 II, 253 II BGB haben.

I. Anwendungsgebiet des Internationalen Privatrechts: anwendbarer Regelungskörper Rom II-VO

Zu ermitteln ist angesichts des grenzüberschreitenden Sachverhalts (Art. 3 Nr. 1 EGBGB) zunächst das anwendbare Recht. Da es um ein deliktisches und damit außervertragliches Anspruchsbegehren geht, ist die Rom II-VO einschlägig, vgl. Art. 1 I Rom II-VO. Sie hat in ihrem Anwendungsbereich gemäß Art. 288 AEUV Anwendungsvorrang vor Art. 40 EGBGB, vgl. auch Art. 3 Nr. 1 EGBGB.

1. Anknüpfung an die *lex loci damni*

Art. 4 I Rom II-VO stellt für das Deliktsstatut auf den Ort des Schadenseintritts ab (*lex loci damni*). Aus dem letzten Halbsatz des Abs. 1 sowie dem Erwägungsgrund 17 ergibt

sich, dass damit der Ort der Rechtsgutsverletzung gemeint ist; auf den Ort, an dem spätere Folgeschäden eintreten, kommt es somit nicht an.

S erleidet den Beinbruch und damit die Körperverletzung in Italien; die spätere Wundentzündung in Ulm ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts unerheblich. Hiernach käme an sich italienisches Recht zur Anwendung.

2. Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt

Allerdings könnte vorliegend die besondere Anknüpfungsregel in Art. 4 II Rom II-VO greifen. Haben beide Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so richtet sich das Deliktsstatut nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt.

B lebt in Stuttgart, hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt mithin in Deutschland. Dagegen erscheint problematisch, wo S seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Er studiert immerhin schon seit 8 Monaten in Italien, will aber nach dem Auslandsstudium wieder nach Deutschland zurück.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gehört zu den Zentralbegriffen des Europäischen Kollisionsrechts; er ist autonom zu bestimmen.⁵⁰ Allerdings enthält das Unionssekundärrecht bislang keine *allgemeine* Definition des gewöhnlichen Aufenthalts. Immerhin setzt beispielsweise Art. 23 Rom II-VO den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes für beruflich handelnde natürliche Personen mit dem Ort ihrer Hauptniederlassung gleich, für juristische Personen mit dem Ort ihrer Hauptverwaltung. Eine Definition des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts von privat handelnden natürlichen Personen, auf die es hier in Bezug auf S ankäme, existiert indes bisher noch nicht.⁵¹

Einigkeit besteht darüber, dass der gewöhnliche Aufenthalt einer Person grundsätzlich mit deren tatsächlichen Lebensmittelpunkt gleichgesetzt werden kann.⁵² Als Faustregel gilt, dass man bei Umzügen nach sechs Monaten Verweildauer einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Dies ist aber nur eine Faustregel. So kann der Lebensmittelpunkt insbesondere in Grenzfällen

⁵⁰ Hilbig-Lugani, GPR 2014, 8 ff.; Rauscher, IPR, 5. Aufl. 2017, § 3, Rn. 195; Weller IPRax 2014, 225, 226 f.

⁵¹ Vgl. Kropholler/v. Hein Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Art. 3 EuMVVO, Rn. 3 f. sowie Art. 59 EuGVO, Rn. 9.

⁵² Kropholler/v. Hein, (aaO), Art. 5 EuGVO, Rn. 59; v. Hoffmann/Thom Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 5 Rn. 73.

durch subjektive Kriterien konkretisiert werden.⁵³ Problematische Konstellationen sind insbesondere grenzüberschreitende Umzüge mit Bleibewillen (*animus manendi*) oder – wie vorliegend – längere berufliche oder akademische Auslandsaufenthalte mit Rückkehrwillen (*animus revertendi*).

In solchen Grenzfällen wird man dem Willenselement den Ausschlag geben müssen (a. A. selbstverständlich vertretbar). Dafür spricht die EuGH-Entscheidung in der Sache *Barbara Mercredi*.⁵⁴ Der Gerichtshof betont, dass eine Mindestaufenthaltsdauer für die Begründung eines (neuen) gewöhnlichen Aufenthalts im Destinationsstaat nicht erforderlich sei. Entscheidend sei vielmehr der *Wille* des Betroffenen, den ständigen oder gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Interessen in dem Aufnahmestaat in der *Absicht* zu begründen, ihm Beständigkeit zu verleihen. Der Dauer des Aufenthaltes komme nur Indizwirkung im Rahmen der Beurteilung der Beständigkeit des Aufenthaltes zu.⁵⁵

Wenn man mit dem EuGH den Bleibewillen für die Lokalisierung des (neuen) gewöhnlichen Aufenthalts betont, ist es konsequent, auch den Rückkehrwillen für die Konservierung des (bisherigen) gewöhnlichen Aufenthalts »im Heimatstaat« für maßgeblich zu halten.

Abgesehen davon sprechen hier auch die objektiven Kriterien für einen gewöhnlichen Aufenthalt des S in Deutschland: Seine Familien- und Freundeskreis befindet sich dort, seine Vereinsaktivitäten finden dort statt. S hat also sowohl nach objektiver als auch nach subjektiver Beurteilung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland.

3. Zwischenergebnis

Damit ist für das Deliktsstatut nach Art. 4 II Rom II-VO deutsches Sachrecht maßgeblich.

⁵³ Ausführlich Weller, Der gewöhnliche Aufenthalt im Kollisionsrecht, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom-O-Verordnung?, 2013, 293 ff.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 22. 12. 2010 – C-J049/10 – Barbara Mercredi/Richard Chaffe.

⁵⁵ EuGH, a. a. O., Rn. 51.

II. Voraussetzungen des § 823 I BGB

Die nach § 823 I BGB erforderliche Rechtsgutsverletzung (Körperverletzung des S) liegt vor. Sie wurde durch eine Handlung des B unmittelbar verursacht. Damit ist die Rechtswidrigkeit indiziert.⁵⁶ Auch das Verschulden ist zu bejahen; B handelt jedenfalls fahrlässig, weil der die im Straßenverkehr erforderliche Sorgfalt missachtet hat, § 276 II BGB. Der Tatbestand des § 823 I BGB ist also gegeben.

Auf Rechtsfolgenreihe sind als Schadensposten der Ersatz der Heilbehandlungskosten (§ 249 II 1 Alt. 1 BGB) sowie ein angemessenes Schmerzensgeld (§ 253 II BGB) zu bejahen. Dass sich eine Wunde entzünden kann, ist nicht ungewöhnlich. Die haftungsausfüllende Kausalität ist auch insofern zu bejahen.

B. Ergebnis

S hat gegen B einen Anspruch auf Heilbehandlungskosten und Schmerzensgeld aus §§ 823 I, 249 II, 253 II BGB.

Danksagung: Herzlich gedankt sei Frau Präsidentin des Landesjustizprüfungsamts Baden-Württemberg *Sintje Leßner* sowie Frau Staatsanwältin *Lena Stabel*, LJPA, für wertvolle Hinweise bei der Klausurerstellung und die freundliche Genehmigung der Veröffentlichung.

⁵⁶ Nach der kollisionsrechtlichen Datumlehre, die in Art. 17 Rom II-VO ihren Niederschlag gefunden hat, sind zur Ermittlung der Rechtswidrigkeit (und des Verschuldens, str.) die Verkehrsregeln am Ort des Schadenseintritts, mithin die italienischen Straßenverkehrsregeln, im Rahmen des deutschen Sachrechts, also im Rahmen des § 823 I BGB, »zu berücksichtigen«. Die Reichweite des Art. 17 Rom II-VO ist allerdings umstritten. Dazu s. etwa Näher v. *Hein* Die Behandlung von Sicherheits- und Verhaltensregeln nach Art. 17 Rom II-VO, FS v. Hoffmann, 2011, 139 ff.; *Pfeiffer Liber amicorum* Klausur Schurig, 2012, 229 ff.