



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Doblerstrasse 15  
D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
StA Dr. Ralf Dietrich  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
RA Prof. Rainer Kirhdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Prof. Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X  
www.zeitschrift-jse.de  
redaktion@zeitschrift-jse.de

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Christian Knoth*

Fluggastrechte in der Europäischen Union

### KLAUSUREN

*Michael Hippeli*

Strafrecht: „Krank oder nicht krank, das ist hier die Frage“

*Caprice Nina Doerbeck/Tillmann Bartsch*

Strafrecht: „Gaststättenbesuch mit Folgen“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Voraussetzungen wirksamer Ressortaufteilung

*EuGH*

Vorabentscheidung: Ausschluss des Widerrufsrechts für versiegelte Waren aus Hygienegründen

*OLG Düsseldorf*

Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft - Motivirrtum

*LG Nürnberg-Fürth*

Bedeutender Schaden iSv. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB

*BGH*

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bild-aufnahmen: Erkennbarkeit einer anderen Person

*BGH*

Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen gegenüber dem potenziellen Tatopfer

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Christian Knoth</b> Fluggastrechte in der Europäischen Union	Seite ▶ 34
<b>Klausuren</b>	<b>Michael Hippeli</b> Anfängerklausur Strafrecht: „Krank oder nicht krank, das ist hier die Frage“	Seite ▶ 48
	<b>Caprice Nina Doerbeck/Tillmann Bartsch</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Gaststättenbesuch mit Folgen“	Seite ▶ 53
<b>Rechtsprechung</b> <b>Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Voraussetzungen wirksamer Ressortaufteilung Urteil vom 06.11.2018 ( <i>Pius O. Dolzer</i> )	Seite ▶ 60
	<b>EuGH</b> Vorabentscheidung: Ausschluss des Widerrufsrechts für versiegelte Waren aus Hygienegründen Urteil vom 27.03.2019 ( <i>Jonas Rohde</i> )	Seite ▶ 64
	<b>OLG Düsseldorf</b> Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft - Motivirrtum Beschluss vom 19.12.2018 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 68
<b>Rechtsprechung</b> <b>Strafrecht</b>	<b>LG Nürnberg-Fürth</b> Bedeutender Schaden iSv. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB Beschluss vom 12.11.2018 ( <i>Guido Philipp Ernst</i> )	Seite ▶ 71
	<b>BGH</b> Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen: Erkennbarkeit einer anderen Person Urteil vom 05.02.2019 ( <i>Caprice Nina Doerbeck</i> )	Seite ▶ 74
	<b>BGH</b> Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen gegenüber dem potenziellen Tatopfer Urteil vom 04.07.2018 ( <i>Alexander Bechtel</i> )	Seite ▶ 76

---

## EDITORIAL

---

Im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) haben sich die unterzeichnenden Staaten ausweislich der Präambel des Werkes „in dem festen Willen [...] entschlossen“, die Europa trennenden Schranken zu beseitigen. Für die Bürger der Staatengemeinschaft bedeutet das unter anderem die uneingeschränkte Freizügigkeit sowohl im Gebiet eines jeden Mitgliedsstaates als auch zwischen verschiedenen Mitgliedsstaaten. Insbesondere für den Flugverkehr in der Union ist das zweifellos eine Bereicherung, fallen hierdurch doch zahlreiche Kontrollen weg, die Drittstaatsangehörige bei der Einreise über sich ergehen zu lassen haben.

All dies ändert freilich nichts daran, dass – aller Rechtsvereinheitlichung zum Trotz – in den europäischen Staaten ein nationales Rechtssystem zu beachten ist, wenn es bei der Vertragsabwicklung zu Leistungsstörungen kommt. Da dies bei der Geltendmachung von Fluggastrechten ob des naturgemäß grenzüberschreitenden Bezuges der geschuldeten Leistung zu erheblichen Problemen führen kann, entschloss sich der europäische Gesetzgeber mit der Fluggastrechteverordnung (Nr. 261/2004) zur Schaffung unmittelbar geltenden Rechts in diesem Bereich des Verbraucherschutzes. Mit den aktuellen Auslegungsproblemen dieses Regelwerkes befasst sich KNOTH in seinem **Beitrag**, „*Fluggastrechte in der Europäischen Union - eine Betrachtung des effektiven Schutzes der Fluggäste unter Bezugnahme des kollisionsrechtlichen Zessionsstatuts.*“

Beide **Klausuren** in der aktuellen Ausgabe stammen aus dem Strafrecht. In seiner an Anfänger gerichteten Falllösung „*Krank oder nicht krank, das ist hier die Frage*“ befasst sich HIPPELI – inspiriert von einem realen Sachverhalt – mit einigen Grundfragen der Urkundsdelikte, insbesondere dem in der Ausbildung eher selten anzutreffenden § 279 StGB (Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse). Demgegenüber ist die mit „*Gaststättenbesuch mit Folgen*“ überschriebene Ausarbeitung von DOERBECK und BARTSCH vornehmlich an Studierende der Fortgeschrittenenübung gerichtet. In ihr bereiten die Autoren einige erfahrungsgemäß überaus examensrelevante Deliktssituationen didaktisch auf. Namentlich das Raubstrafrecht, den Betrug und die Trunkenheitsfahrt.

Aus der **Rechtsprechung** ist in dieser Ausgabe zunächst jene aus dem **Zivilrecht** von Interesse. Hier hatte sich der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit den Voraussetzungen wirksamer Ressortaufteilung und dem Maßstab verbleibender Kontroll- und Überwachungspflichten eines GmbH-Geschäftsführers im Rahmen eines Haftungsanspruchs wegen Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 GmbHG) zu befassen (DOLZER). Danach wurde dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Verbraucherrechterichtlinie dahingehend auszulegen ist, dass eine Matratze, deren Schutzfolie vom Verbraucher nach Lieferung entfernt wurde, „versiegelte Ware [ist,] die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet ist und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“ (ROHDE). Schließlich hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf darüber zu befinden, inwiefern eine auf spekulativer Grundlage beruhende Annahme der Werthaltigkeit eines Erbes zur späteren Anfechtung der Annahme desselben berechtigt (FORSCHNER).

Die Rechtsprechung aus dem **Strafrecht** wird angeführt von einer Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth, in welcher sich dieses mit der Auslegung des Begriffes „Bedeutender Schaden“ im Kontext des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB auseinanderzusetzen hatte (ERNST). Gefolgt wird sie vom dritten Strafsenat des Bundesgerichtshofes, der zu klären hatte, inwiefern es auf die Erkennbarkeit der Person im Rahmen der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen ankommt (DOERBECK). Zuletzt geht es in einer Entscheidung des zweiten Strafsenates um die Frage, ob ein Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen auch gegenüber dem potenziellen Tatopfer erfolgen kann (BECHTEL).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

**Sascha Sebastian, M.Mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Christian Knoth\*

# Fluggastrechte in der Europäischen Union

## eine Betrachtung des effektiven Schutzes der Fluggäste unter Berücksichtigung des kollisionsrechtlichen Zessionsstatuts

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Systematik der Fluggastrechte-VO

- I. Nichtbeförderung, Art. 4
- II. Annullierung, Art. 5
- III. Verspätung, Art. 6
- IV. Ausgleichsanspruch gem. Art. 7
- V. Ansprüche auf Erstattung, anderweitige Beförderung und Betreuungsleistungen gem. Art. 8 und 9

#### B) Kollisionsrechtliche Einordnung der Abtretung etwaiger Ansprüche aus der Flug-gastrechte-VO anhand von Beispielfällen

- I. Kollisionsrechtliche Anknüpfung des Zessionsstatuts (Verpflichtungsgeschäft und dingliche Aspekte der Zession)
- II. Ermittlung des maßgeblichen Forderungsstatuts - Parallelen zum CISG

1. Einordnung der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO - vertragliche oder außervertragliche Rechtsqualität?
2. Lückenschluss mit Hilfe der Rom I-VO

#### C) Fazit

#### Abstract

Die Fluggastrechte-VO<sup>1</sup> ist von unermesslicher Bedeutung für den europäischen Binnenmarkt sowohl in praktischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht.<sup>2</sup> Sie ist darüber hinaus die erste Kodifikation, die Passagierrechte einheitlich für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union regelt. Aufgrund der Tatsache, dass die VO nicht nur diesen und andere Vorteile, sondern auch Fehler und Lücken aufweist, legen die Gerichte der Mitgliedstaaten dem EuGH immer wieder Vorabentscheidungsersuchen vor, um so Unklarheiten zu beseitigen.<sup>3</sup> Die vorliegende Arbeit greift einige dieser Ersuchen und die darauffolgenden Entscheidungen des EuGH auf und spezifiziert sie anhand von Beispielen. Zunächst, als kurzer Überblick dienend, lässt sich festhalten, dass die beförderte Person gem. Art. 4 ff. der VO bei Nichtbeförderung gegen ihren Willen, bei Annullierung oder bei Verspätung von Flügen unter bestimmten Voraussetzungen einen Ausgleichsanspruch gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen

geltend machen kann.<sup>4</sup> Diesen Anspruch könnte die anspruchsberechtigte Person sodann an ein Unternehmen wie etwa Flightright oder Fairplane abtreten. Dabei handelt es sich um Unternehmen, die sich auf die genannten Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO spezialisiert haben. Sie lassen sich etwaige Ansprüche des faktischen Kunden abtreten und machen diese im eigenen Namen gegen das faktische Luftfahrtunternehmen geltend. Im Erfolgsfall kehren sie die erhaltene Summe abzüglich einer Provision in der Regel iHv. 20-25 % an den Kunden aus. Damit ermöglichen sie dem faktischen Kunden eine einfachere und unkompliziertere Durchsetzung seiner Ansprüche. Diese und andere Schutzmechanismen, die teils von der Fluggastrechte-VO selbst, aber auch teils von außergesetzlichen Regelungen ausgehen, werden ebenfalls ausführlicher thematisiert. Den Schluss der Arbeit bildet ein Resümee über die gewonnenen Erkenntnisse sowie ein Ausblick de lege ferenda.

#### A) Systematik der Fluggastrechte-VO

Um zu einem ersten Einstieg in die Fluggastrechte-VO zu gelangen, empfiehlt es sich zunächst, einige Ausführungen zur Systematik der VO zu tätigen. Die Fluggastrechte-VO ist der Nachfolgerechtsakt der Überbuchungs-VO,<sup>5</sup> hat diese somit abgelöst.<sup>6</sup> Bereits der Vorgängerrechtsakt sah den Schutz von Fluggästen vor, indem er bestimmte Mindestrechte in den Fällen der Nichtbeförderung gegen den Willen des Reisenden, der Annullierung sowie der Ankunft- bzw. Abflugverspätung eines Fluges statuierte.<sup>7</sup> An dieser Einteilung hält die Fluggastrechte-VO fest, indem sie in Art. 4 Regelungen zur Nichtbeförderung, in Art. 5 Regelungen zur Annullierung und in Art. 6 solche zur Verspätung von Flügen trifft. Art. 1 definiert zunächst den Regelungsgegenstand. Die VO ist demnach auf die Fälle der Nichtbeförderung gegen den Willen der Fluggäste, die Annullierung und Verspätung des Flugs zugeschnitten und nimmt Bezug auf sog. Mindestrechte der Fluggäste in diesen Fällen. Nach einigen Begriffsbestimmungen in Art. 2 der VO erfolgt die Statuierung der Kriterien hinsichtlich des Anwendungsbereichs in Art. 3. In Art. 2 lit. a) bis c) wird definiert, wer der Anspruchsgegner ist.<sup>8</sup> Ist somit das vertragliche Luftverkehrsunternehmen zugleich

\* Der Autor ist Student des Masterstudienganges Internationales Recht und rechtliche Studien an der Universität Leipzig sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Anwaltskanzlei Hogan Lovells.

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.02.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91.

<sup>2</sup> *Staudinger/Keiler*, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Vorwort.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 3 Rn. 23.

<sup>5</sup> VO 295/91 EWG des Rates über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr v. 04.02.1991, Abl. EG Nr. L 36 v. 08.02.1991, S. 5.

<sup>6</sup> *Schmid/Degott/Hopperdietzel*, Fluggastrechte-Verordnung (2014), Vorb. Rn. 1; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 1 Rn. 1.

<sup>7</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 1 Rn. 1.

<sup>8</sup> *Ibid.*, Art. 1 Rn. 3.

auch der faktische Beförderer, sind etwaige Ansprüche des Fluggastes diesem Unternehmen gegenüber geltend zu machen.<sup>9</sup> Wird der Fluggast jedoch von einem Luftverkehrsunternehmen faktisch befördert, welches nicht sein Vertragspartner ist, so ist lediglich dieser faktische Beförderer maßgeblicher Anspruchsgegner.<sup>10</sup> Aufgrund dieser Tatsache wird ein hohes Schutzniveau des Reisenden erreicht. So kann ein etwaiger Anspruch des Fluggastes aus der Fluggastrechte-VO am Ort des Abfluges geltend gemacht werden, unabhängig vom Vertragspartner des der Beförderung zugrunde liegenden Vertrages.<sup>11</sup> Gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) gilt die Verordnung für Fluggäste, die auf Flughäfen im Gebiet eines Mitgliedstaats, das den Bestimmungen des Vertrags unterliegt, einen Flug antreten. Sofern das ausführende Luftfahrtunternehmen gem. Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ein Luftfahrtunternehmen der Europäischen Union ist und Fluggäste, die von einem Flughafen in einem Drittstaat einen Flug zu einem Flughafen im Gebiet eines Mitgliedstaats, das den Bestimmungen des Vertrags unterliegt, antreten, ist die VO ebenfalls anwendbar, es sei denn, sie haben in diesem Drittstaat Gegen- oder Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen erhalten. Abs. 2 nennt sodann weitere Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit der Anwendungsbereich eröffnet ist. Zum einen müssen Fluggäste über eine bestätigte Buchung für den betreffenden Flug verfügen und sich, außer in Fällen der Annullierung des Flugs gem. Art. 5 der VO, wie vorgegeben zu der zuvor schriftlich angegebenen Zeit zur Abfertigung oder, im Fall des Mangels einer Zeitangabe, spätestens 45 Minuten vor der veröffentlichten Abflugzeit zur Abfertigung einfinden. Eine letzte Bedingung ist alternativ, dass Fluggäste von einem Luftfahrtunternehmen oder Reiseunternehmen von einem Flug, für den eine gültige Buchung bestand, ungeachtet des Grundes auf einen anderen Flug verlegt wurden. Die eigentlichen Mindestrechte der Fluggäste werden sodann in Art. 4-9 der VO geregelt, auf die im Einzelnen noch einzugehen sein wird. Art. 7 bildet die zentrale Anspruchsgrundlage in Verbindung mit den zuvor stehenden Artikeln 4-6, der den Fluggästen in den Fällen der Nichtbeförderung, Annullierung und in entsprechender Anwendung auch für Verspätungen einen Ausgleichsanspruch gewährt, welcher sich anhand der Entfernung zwischen Abflug- und Zielflughafen bemisst. Art. 8 und 9 thematisieren abschließend in diesem Kanon Ansprüche auf Erstattung oder anderweitige Beförderung sowie auf Betreuungsleistungen. Hinsichtlich der zeitlichen Anwendbarkeit lässt sich festhalten, dass die VO gem. Art. 19 seit 17. Februar 2005 in Kraft getreten ist und somit in jedem Mitgliedstaat ab diesem Zeitpunkt unmittelbar Geltung beansprucht.

### I. Nichtbeförderung, Art. 4

Die Nichtbeförderung des betreffenden Fluggastes und deren Rechtsfolgen finden sich in Art. 4 der VO. Zunächst nennt Abs.

1 S. 1 der Vorschrift die Verpflichtung des ausführenden Luftfahrtunternehmens, wenn absehbar ist, dass Fluggästen die Beförderung zu verweigern ist, dass es zunächst zu versuchen hat, Fluggäste gegen eine entsprechende Gegenleistung und unter Bedingungen, die zwischen beiden Parteien zu vereinbaren sind, zum freiwilligen Verzicht auf ihre Buchungen zu bewegen. Finden sich gem. Abs. 2 nicht genügend Freiwillige, um die Beförderung der verbleibenden Fluggäste mit Buchungen mit dem betreffenden Flug zu ermöglichen, so kann das ausführende Luftfahrtunternehmen Fluggästen gegen ihren Willen die Beförderung verweigern. In diesen Fällen, so statuiert es Abs. 3 des Art. 4, hat das ausführende Luftfahrtunternehmen dem Fluggast unverzüglich die Ausgleichsleistungen gem. Art. 7 und die Unterstützungsleistungen gem. den Art. 8 und 9 zu gewähren. Hauptanwendungsfall dieser Vorschrift sind somit Überbuchungen, die das ausführende Luftfahrtunternehmen somit veranlassen, Fluggästen die Beförderung zu verweigern.<sup>12</sup> Allerdings sollte die Vorschrift darüber hinaus auch andere Konstellationen umfassen. Dies folgt schon unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 2 lit. j), der jede Weigerung, Fluggäste zu befördern, welche sich rechtzeitig zum Flug eingefunden haben, als Nichtbeförderung ansieht.<sup>13</sup> Als Beispiel zur Darstellung der Schutzlosigkeit des Fluggastes bei einer gegenteiligen Auslegung kann der Fall angeführt werden, in denen diesem ein Platz in einem anderen Flugzeug zugewiesen wäre, was eben dann nicht als Nichtbeförderung angesehen würde. Das ist jedoch mit dem Sinn und Zweck der VO und dem Wortlaut des Art. 2 lit. j) nicht vereinbar.<sup>14</sup> Diese Auslegung wird durch die Ausführungen des EuGH in den Rechtssachen *Cachafeiro u.a./Iberia*<sup>15</sup> und *Finnair Oyj/Lassooy*<sup>16</sup> bestätigt, unter Bezugnahme der Historie und der Systematik der Fluggastrechte-VO. Ein gleiches Ergebnis wird bei der Verlegung von Fluggästen auf andere Flüge bzw. bei Umbuchungen, zumindest größtenteils, von der Rechtsprechung und Literatur ebenfalls erzielt, wobei es auf die Ursache der Umbuchung/Verlegung nicht ankommen soll.<sup>17</sup> Der Anwendungsbereich des Art. 4 wird bei einer Überbuchung/Verlegung auch auf die Fälle ausgeweitet, in denen die Ursache in der Sphäre des Reiseveranstalters und nicht des ausführenden Luftfahrtunternehmens liegt.<sup>18</sup> *Staudinger* führt darüber hinaus aus, dass diese Auslegung dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 lit. b) der VO entspricht, auf welchen Art. 2 lit. j) bzw. Art. 4 Abs. 1 unmittelbar Bezug nehmen.<sup>19</sup> Auch der BGH pflichtet dieser Auslegung bei, zumindest in den Fällen, in denen sämtliche Dokumente am Startflughafen ausgehändigt, der Passagier für den Weiterflug bereits abgefertigt und im Hinblick auf einen verspäteten Zubringerflug ohne seine Kenntnis auf einen anderen Anschlussflug umgebucht worden ist.<sup>20</sup> Allerdings ginge ein zu weiter Anwendungsbereich hinsichtlich der Nichtbeförderung von Fluggästen zu weit. Dem pflichtet die Rechtsprechung hinsichtlich

<sup>9</sup> Ibid., Art. 2 Rn. 2.

<sup>10</sup> Ibid., Art. 2 Rn. 2, Art. 3 Rn. 23.

<sup>11</sup> Ibid., Art. 1 Rn. 3.

<sup>12</sup> Ibid., Art. 4 Rn. 3.

<sup>13</sup> Ibid., Art. 4 Rn. 4.

<sup>14</sup> Ibid., Art. 4 Rn. 4; vgl. Erw. 3 und 4 der VO sowie KOM (2007) 168 endg. v. 4.4.2007, S.4.

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 04.10.2012 - C-321/11.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 04.10.2012 - C-22/11.

<sup>17</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 6.11.2007 - 6 U 94/07; LG Düsseldorf, Urt. v. 27.4.2007, - 22 S 435/06; AG Frankfurt aM, Urt. v. 28.6.2007 - 29 C 370/07;

AG Erding, Urt. v. 7.4.2013 - 2 C 228/13; AG Erding, Urt. v. 11.3.2014 - 3 C 199/13; *Tonner*, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. (2010), Kap. 15 Rn. 61

<sup>18</sup> AG Bremen, Urt. v. 14.12.2010 - 18 C 73/10; *Führich/Staudinger*, Reiserecht, 8. Aufl. (2019), § 39 Rn. 21.

<sup>19</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 4 Rn. 12.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 30.4.2009 - ZR 78/08; vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 6.11.2007 - 6 U 94/07.

des Verpassens von Anschlussflügen bzw. Flügen mit Zwischenlandungen bei. In dem der BGH Entscheidung zugrunde liegenden Fall erreichten die Fluggäste aufgrund einer Verspätung eines Zubringerfluges ihre Anschlussmaschine nicht mehr rechtzeitig, sodass das Boarding für diesen Anschlussflug bereits abgeschlossen war; eine diesbezügliche, rein faktische Nichtbeförderung von Passagieren aufgrund eines verpassten Anschlussfluges stellt demnach keine Nichtbeförderung dar.<sup>21</sup>

## II. Annullierung, Art. 5

Bei Annullierung des Fluges werden den betroffenen Fluggästen gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a) vom ausführenden Luftfahrtunternehmen Unterstützungsleistungen gem. Art. 8 angeboten. Gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b) kann der betroffene Fluggast vom ausführenden Luftfahrtunternehmen Unterstützungsleistungen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. a) und Abs. 2 und im Fall einer anderweitigen Beförderung, wenn die nach vernünftigem Ermessen zu erwartende Abflugzeit des neuen Fluges erst am Tag nach der planmäßigen Abflugzeit des annullierten Fluges liegt, Unterstützungsleistungen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. b) und c) geltend machen. Der eigentlich wichtigste Anspruch, auch im Rahmen eines annullierten Fluges, stellt einen solchen auf Ausgleichleistungen gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c) in Verbindung mit Art. 7 dar, der entfernungsbeförderungsabhängig ist. Dieser Anspruch ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Fluggäste über die Annullierung mindestens zwei Wochen vor der planmäßigen Abflugzeit unterrichtet werden, oder wenn die Fluggäste über die Annullierung in einem Zeitraum zwischen zwei Wochen und sieben Tagen vor der planmäßigen Abflugzeit unterrichtet werden, allerdings ein Angebot zur anderweitigen Beförderung erhalten, welches ihnen ermöglicht, nicht mehr als zwei Stunden vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und ihr Endziel höchstens vier Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen oder wenn sie über die Annullierung weniger als sieben Tage vor der planmäßigen Abflugzeit unterrichtet werden und ein Angebot zur anderweitigen Beförderung erhalten, das es ihnen ermöglicht, nicht mehr als eine Stunde vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und ihr Endziel höchstens zwei Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen. Art. 5 Abs. 3 enthält sodann einen Ausschlussbestand für Ausgleichzahlungen gem. Art. 7 für den Fall, in dem das ausführende Luftfahrtunternehmen nachweisen kann, dass die Annullierung auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären. Unter einer Annullierung eines Fluges ist gem. Art. 2 lit. 1) der VO die Nichtdurchführung eines geplanten Fluges zu verstehen, für den zumindest ein Platz reserviert war. Demnach ist Voraus-

setzung, dass der durch eine eindeutige Flugnummer gekennzeichnete Flug nicht durchgeführt wird, für den der Fluggast einen durch eine bestätigte Buchung zugewiesenen Sitzplatz erhalten hat.<sup>22</sup> Lesenswert, speziell zum Kriterium der Annullierung bei einer mehrstündigen Verlegung der Abflugzeit als Annullierung des Fluges und Entfallen eines Ausgleichsanspruchs wegen rechtzeitiger Benachrichtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c) Nr. 1 der VO, ist eine Entscheidung des AG Bremen.<sup>23</sup> Das Gericht führte in diesem Zusammenhang aus, dass eine Nichtdurchführung eines Fluges eindeutig vorläge, wenn der Fluggast bereits vorab informiert und aufgefordert wird, gar nicht erst zu der vereinbarten Abflugzeit im Flughafen zu erscheinen<sup>24</sup> oder wenn ihm über die Anzeigetafel im Flughafen oder am Schalter der Ausfall des Fluges bekanntgegeben wird.<sup>25</sup> Betrachtet man andere Entscheidungen der Rechtsprechung, so gelten folgende Umstände ebenfalls als ein starkes Indiz für eine Annullierung: der Wechsel der Flugnummer, das Ausstellen neuer Bordkarten,<sup>26</sup> die Wiederausgabe des Gepäcks oder das Erreichen des Zielflughafens über eine geänderte Flugroute.<sup>27</sup> Hinsichtlich der außergewöhnlichen Umstände gem. Art. 5 Abs. 3, die zu einem Ausschluss des Ausgleichsanspruchs nach Art. 7 führt, lässt sich zunächst festhalten, dass eine Definition des Begriffes in der VO fehlt.<sup>28</sup> Durch den Begriff der außergewöhnlichen Umstände im Gegensatz zu dem der höheren Gewalt wollte der Gesetzgeber ebenso Klarheit schaffen wie mit der Bezugnahme zu außergewöhnlichen Umständen im Rahmen der Annullierung (und Verspätung) in den Erwägungsgründen Nr. 14 und 15, was jedoch gescheitert ist.<sup>29</sup> Unter Bezugnahme der Instanzrechtsprechung, die eine Art Präzedenzfallsystem schafft, da eine ausdrückliche Definition des Begriffes der außergewöhnlichen Umstände nicht vorliegt, kann der Begriff jedoch besser verstanden und angewendet werden. Technische Defekte, sei es im Rahmen einer fehlerhaften Wartung<sup>30</sup> oder sonstige Defekte, die nicht auf Wartungsmängel noch auf Fabrikationsfehler, Sabotageakte oder terroristische Handlungen zurückzuführen sind, stellen aufgrund der Tatsache, dass sie zweifelsfrei mit dem Betrieb des Flugzeuges verbunden sind und daher unabhängig von deren Erkennbarkeit oder Vermeidbarkeit in den Risikobereich des Luftfahrtunternehmens fallen, grundsätzlich keine außergewöhnlichen Umstände dar.<sup>31</sup> Ebenfalls nicht als außergewöhnliche Umstände in Betracht kommen Tod oder Erkrankung von Crew-Mitgliedern<sup>32</sup> oder Vogelschlag.<sup>33</sup> Naturkatastrophen wie Erdbeben, Überschwemmungen und Vulkanausbrüche oder schlechte Wetterbedingungen wie ein starkes Gewitter, Schneefall, Frost und Nebel liegen grundsätzlich außerhalb der Sphäre des Luftfahrtunternehmens und sind von diesem nicht beherrschbar, weswegen hier nach einer detaillierten Prüfung

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 30.04.2009 - Xa ZR 78/08; zustimmend *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 4 Rn. 11.

<sup>22</sup> *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Vor. Art. 5, 6 Rn. 8.

<sup>23</sup> AG Bremen, Urt. v. 24.7.2015 - 25 C 41/15.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Vor. Art. 5, 6 Rn. 8.

<sup>26</sup> AG Frankfurt aM, Urt. v. 13.2.2007 - 30 C 2192/06.

<sup>27</sup> BGHS Wien, Urt. v. 4.8.2006 - 8 C 2016/05; AG Frankfurt aM, Urt. v. 31.08.2006 - 30 C 1370/06; AG Wedding, Urt. v. 24.5.2007 - 22a C 38/07

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2008 - C-549/07; *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 5 Rn. 6.

<sup>29</sup> *Hausmann*, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 247; *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 5 Rn. 6.

<sup>30</sup> AG Frankfurt aM, Urt. v. 24.6.2011 - 31 C 961/11, Rn. 16; AG Frankfurt aM, Urt. v. 7.10.2010 - 29 C 1352/10, Rn. 46; LG Stuttgart, Urt. v. 20.4.2011 - 13 S 227/10.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 12.11.2009 - Xa ZR 76/07; BGH, Urt. v. 18.1.2011 - X ZR 71/10; OLG Frankfurt aM, Urt. v. 15.11.2011 - 16 U 39/11; AG Bremen, Urt. v. 3.7.2007 - 4 C 393/06; AG Düsseldorf, Urt. v. 23.7.2011 - 37 C 3495/11.

<sup>32</sup> LG Darmstadt, Urt. v. 6.4.2011 - 7 S 122/10; LG Darmstadt, Urt. v. 23.5.2012 - 7 S 250/11; AG Frankfurt aM, Urt. v. 1.3.2011 - 31 C 2177/10, Rn. 83.

<sup>33</sup> LG Hamburg, Urt. v. 13.1.2012 - 318 S 98/11; AG Bremen, Urt. v. 29.12.2011 - 9 C 91/11; LG Frankfurt aM, Urt. v. 29.11.2012 - 2/24 S 111/12.

meist von außergewöhnlichen Umständen im Sinne des Art. 5 Abs. 3 auszugehen sein wird.<sup>34</sup>

### III. Verspätung, Art. 6

Die Ansprüche des Fluggastes bei einer Verspätung des Fluges sind abschließend in Art. 6 der VO geregelt. Ist demnach für das ausführende Luftfahrtunternehmen nach vernünftigem Ermessen absehbar, dass sich der Abflug gem. Abs. 1 Nr. 1 lit. a) bei allen Flügen über eine Entfernung von 1.500 km oder weniger um zwei Stunden oder mehr oder gem. Abs. 1 Nr. 1 lit. b) bei allen innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1.500 km und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1.500 km und 3.500 km um drei Stunden oder mehr oder gem. Abs. 1 Nr. 1 lit. c) bei allen nicht unter lit. a) oder lit. b) fallenden Flügen um vier Stunden oder mehr gegenüber der planmäßigen Abflugzeit verzögert, so werden den Fluggästen vom ausführenden Luftfahrtunternehmen die Unterstützungsleistungen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. a) und Abs. 2 oder, wenn die nach vernünftigem Ermessen zu erwartende Abflugzeit erst am Tag nach der zuvor angekündigten Abflugzeit liegt, die Unterstützungsleistungen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. b) und c) und, wenn die Verspätung mindestens fünf Stunden beträgt, die Unterstützungsleistungen gem. Art. 8 Abs. 1 lit. a) angeboten. Ebenso wie der Begriff der außergewöhnlichen Umstände ist auch der Begriff der Verspätung als solcher weder in den Begriffsbestimmungen des Art. 2 noch an sonstiger Stelle definiert; gleichwohl spricht Art. 6 Abs. 1 der VO ausdrücklich davon, dass sich der Abflug um eine gewisse Anzahl von Stunden gegenüber der planmäßigen Abflugzeit verzögert haben muss.<sup>35</sup> *Maruhn*<sup>36</sup> und *Hausmann*<sup>37</sup> weisen jedoch richtigerweise darauf hin, dass diese Auslegung im Widerspruch zum Begriff der Verspätung steht, der dem Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Abkommen - kurz MÜ) vom 28.5.1991 zugrunde liegt, denn dort zeigt Art. 19 MÜ deutlich, dass eine Verspätung bei der Luftbeförderung der Reisenden, des Reisegepäcks oder Gütern, mithin eine verspätete Ankunft vorliegen muss. Ob das Flugzeug verspätet abgeflogen ist, ist hierbei irrelevant. Da Art. 6 im Vergleich zu den Artikel 4 und 5 keinen Ausgleichsanspruch gem. Art. 7 vorsieht, haben sich die Gerichte in der Anfangszeit nach Erlass der VO gehäuft mit der Abgrenzung zwischen einer großen Verspätung und der Annullierung von Flügen beschäftigt.<sup>38</sup> Die Rechtsprechung hat sich recht intensiv mit der Auslegung des Begriffes der großen Verspätung auseinandergesetzt und diesen dahingehend ausgelegt, in Abgrenzung zur Annullierung, dass auch bei einer größeren Verspätung eine Verspätung im Sinne des Art. 6 und gerade keine Annullierung des Fluges gem. Art. 5 vorläge. Dafür spreche Art. 6 Abs. 1 Nr. ii der VO, der bei einem Abflug erst am nachfolgenden Tag

eine Pflicht zu Unterstützungsleistungen wie dem Angebot einer Hotelunterbringung oder von Mahlzeiten vorsieht. Der Ordnungsgeber habe dementsprechend auch größere Verspätungen unter Art. 6 fassen wollen.<sup>39</sup> Durch dieses Auslegungsergebnis wird allerdings der Schutz der Fluggäste bei einer Verspätung des Fluges gem. Art. 6, der den Hauptanwendungsfall darstellt, insoweit eingeschränkt, als dass diesen auch bei großen Verspätungen des Fluges kein Ausgleichsanspruch gem. Art. 7 der VO zusteht; vielmehr werden sie auf die Unterstützungsleistungen der Art. 8 und 9 verwiesen. Die *Sturgeon-Entscheidung* des EuGH<sup>40</sup> war entscheidend für die Stärkung der Rechte der Fluggäste, insbesondere bei einer großen Verspätung des Fluges. Der EuGH hat die von ihm formulierten Fragen, ob eine Verspätung eines Fluges als Annullierung eines solchen im Sinne von Art. 2 lit. i) und Art. 5 der VO anzusehen ist, wenn es sich um eine große Verspätung handelt und, ob die Art. 5, 6 und 7 der VO dahingehend auszulegen sind, dass die Fluggäste bei einer Verspätung auf den in Art. 7 vorgesehenen Ausgleichsanspruch zurückgreifen können. Zunächst stellt der EuGH klar, dass ein verspäteter Flug, unabhängig von der Dauer der Verspätung, auch wenn es sich um eine große Verspätung handelt, nicht als annulliert angesehen werden kann, wenn der Abflug entsprechend der ursprünglichen Flugplanung stattfindet.<sup>41</sup> Eine Annullierung läge demnach nur dann vor, wenn die Fluggäste mit einem anderen Flug befördert werden, dessen ursprüngliche Planung von der des ursprünglichen Fluges abweiche, was anhand der englischen Fassung des Urteils noch deutlicher wird - "*another flight whose original planning is different from that of the flight for which the booking was made.*"<sup>42</sup> Die zweite Frage beantwortet der EuGH ebenfalls positiv und stellt unter anderem auf Erwägungsgrund 15 der VO ab, in dem das Freiwerden des Luftfahrtunternehmens bei außergewöhnlichen Umständen auch mit den Fällen in Verbindung gebracht wird, in denen "eine Entscheidung des Flugverkehrsmanagements zu einem einzelnen Flugzeug an einem bestimmten Tag zur Folge hat, dass es zu einer großen Verspätung oder einer Verspätung bis zum nächsten Tag kommt."<sup>43</sup> Das läge den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber durch diese Ausführung in Erwägungsgrund 15 auch einen Ausgleichsanspruch hinsichtlich einer Verspätung des Fluges vorsehen wollte, es schlichtweg vergaß. Darüber hinaus argumentiert der EuGH mit der Intention der Schaffung eines hohen Schutzniveaus für Fluggäste, unabhängig davon, ob sie von einer Nichtbeförderung, einer Annullierung oder einer Verspätung betroffen sind.<sup>44</sup> Demzufolge stellt der Gerichtshof die Fluggäste verspäteter mit denjenigen annullierter Flüge gleich und billigt ihnen analog Art. 5 in Verbindung mit Art. 7 einen Ausgleichsanspruch in entfernungsabhängiger Höhe zu.<sup>45</sup> Hinsichtlich der Dauer einer Verspätung rekurriert der EuGH ebenfalls auf die Vorschriften der Annullierung in Art. 5 und

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 25.3.2010 - Xa ZR 96/09; OLG Koblenz, Urt. v. 11.1.2008 - 10 U 385/07; LG Köln, Urt. v. 16.3.2012 - 32 O 317/11; AG Rüsselsheim, Urt. v. 21.12.2011 - C 229/11, Rn. 36; AG Nürnberg, Urt. v. 14.9.2011 - 18 C 6053/11; AG Köln, Urt. v. 18.5.2011 - 132 C 314/10.

<sup>35</sup> *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 6 Rn. 1.

<sup>36</sup> *Ibid.*, Rn. 2.

<sup>37</sup> *Hausmann*, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 293.

<sup>38</sup> *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 6 Rn. 3.

<sup>39</sup> AG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2007 - 232 C 6288/06; LG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2007 - 22 S 190/07; AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 15.11.2005 - 218 C 290/05; LG Berlin, Urt. v. 29.3.2007 - 52 S 369/06; zustimmend *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 6 Rn. 4.

<sup>40</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.2009 - verb. Rs. C-402/07 - C-432/07 - *Sturgeon* und *Böck/Lepuschitz*, vorgelegt vom Handelsgericht Wien.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

meint, dass die anderweitig beförderten Fluggäste einen Ausgleichsanspruch dann erlangen, wenn das Luftfahrtunternehmen sie nicht anderweitig mit einem Flug befördern, der nicht mehr als eine Stunde vor der planmäßigen Abflugzeit starte und sein Endziel höchstens zwei Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit erreiche. Das nimmt der EuGH in der zugrunde liegenden Entscheidung als Basis und meint, dass die Fluggäste gegenüber der ursprünglich von dem Luftfahrtunternehmen angesetzten Dauer einen Zeitverlust von mehr als drei Stunden oder mehr erleiden würden.<sup>46</sup> Auch wenn diese Entscheidung auf heftige Kritik gestoßen ist,<sup>47</sup> so ist doch mit *Hausmann*<sup>48</sup> zu erkennen, dass der EuGH seine Kompetenzen hinsichtlich der Auslegung der VO sehr wohl ausreizte, gleichwohl aber mit diesem Auslegungsergebnis für einen Einklang mit den im Primärrecht verwurzelten Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit und somit für ein hohes Schutzniveau der Fluggäste verspäteter Flüge Sorge. In konsequenter Anwendung der *Sturgeon-Entscheidung* ergibt sich allerdings ebenfalls, dass sich das ausführende Luftfahrtunternehmen gem. Art. 5 Abs. 3 der VO analog aufgrund von außergewöhnlichen Umständen von dem Ausgleichsanspruch gem. Art. 7 befreien kann, denn der EuGH verweist in Rn.67 in jener Entscheidung darauf, dass der Verordnungsgeber im Zuge der Gewährung bestimmter Rechte zugunsten der Fluggäste in Erwägungsgrund (15) und in Art. 5 Abs. 3 für Annullierungen zugleich vorgesehen habe, dass die Luftfahrtunternehmen in bestimmten Situationen von der Pflicht zur Ausgleichszahlung befreit seien.<sup>49</sup>

#### IV. Ausgleichsanspruch gem. Art. 7

Der Ausgleichsanspruch, auf den Art. 4, 5 und analog Art. 6 ausgerichtet sind, findet sich in Art. 7 der VO. Wird demnach auf diesen Artikel Bezug genommen, so erhalten die Fluggäste Ausgleichszahlungen, gestaffelt nach der Entfernung gem. Abs. 1 S.1 in folgender Höhe: 250 Euro bei allen Flügen über eine Entfernung von 1.500 km oder weniger, 400 Euro bei allen innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1.500 km und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1.500 km und 3.500 km und 600 Euro bei allen nicht unter lit. a) oder b) fallenden Flügen. Satz 2 stellt darüber hinaus klar, dass bei der Ermittlung der Entfernung der letzte Zielort zugrunde zu legen ist, an dem der Fluggast infolge der Nichtbeförderung oder der Annullierung (oder der Verspätung) später als zur planmäßigen Ankunftszeit ankommt. Eine Kürzungsmöglichkeit des Anspruchs durch das Luftfahrtunternehmen besteht gem. Abs. 2 dann, wenn den Fluggästen gem. Art. 8 eine

anderweitige Beförderung zu ihrem Endziel mit einem Alternativflug angeboten werden, dessen Ankunftszeit gem. lit. a) bei allen Flügen über eine Entfernung von 1.500 km oder weniger nicht später als zwei Stunden oder lit. b) bei allein innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1.500 km und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1.500 und 3.500 km nicht später als drei Stunden oder gem. lit. c) bei allen nicht unter lit. a) oder b) fallenden Flügen nicht später als vier Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit des ursprünglich gebuchten Fluges liegt. Liegen diese Voraussetzungen jeweils vor, so kann das ausführende Luftfahrtunternehmen die Ausgleichszahlung nach Abs. 1 um 50 % kürzen. Die Wurzel dieses Anspruchs lässt sich in Art. 4 Abs. 2 Überbuchungs-VO<sup>50</sup> finden, in welchem unter dem Titel "Mindestausgleichsleistungen" für zwei Entfernungskategorien dem Fluggast Geldansprüche zugestanden wurden: ECU<sup>51</sup> 150 für Flüge bis 3.500 km und ECU 300 für Flüge mit darüber hinausgehender Strecken.<sup>52</sup> In jedem Fall muss stets eine Leistungsstörung<sup>53</sup> bzw. Pflichtverletzung<sup>54</sup> in Gestalt eines der drei Tatbestände der Nichtbeförderung, Annullierung oder großen Ankunftsverspätung vorliegen. Gem. Art. 2 lit. b) Alt. 2 der VO kann angenommen werden, dass das ausführende Luftfahrtunternehmen als gewillkürter Stellvertreter des eigentlichen Vertragspartners ausführend tätig wird und sich somit einem etwaigen Ausgleichsanspruch aus Art. 7 entgegenseht.<sup>55</sup> Die Intention dieses Anspruchs ist die Wiedergutmachung der irreversiblen Unannehmlichkeiten der Fluggäste in Form einer Geldleistung.<sup>56</sup> Der Anspruch bedarf keines Verschuldens und keines Nachweises eines tatsächlichen Schadens; das wird durch die pauschale Staffelung des jeweiligen Geldbetrages bemessen anhand der Entfernung zwischen Abflug- und Ankunftsart.<sup>57</sup> Hinsichtlich der Entfernungskategorien lässt sich festhalten, dass diese mit denen in Art. 6 für Abflugverspätungen und jenen in Art. 10 der VO für Herabstufungen übereinstimmt und so ein aufeinander abgestimmtes System entsteht.<sup>58</sup> Bei Umsteigeverbindungen, bei denen der Fluggast aufgrund von einer Verspätung des Zubringerfluges seinen Anschlussflug verpasst, kommt es ebenso wenig auf die Verspätung des ersten Fluges an wie bei der relativen Abflugverspätung des Anschlussfluges in Richtung Endziel; allein die am Endziel in Relation zur vertraglichen vereinbarten Ankunftszeit eintretende Ankunftsverspätung ist hier maßgeblich.<sup>59</sup>

#### V. Ansprüche auf Erstattung, anderweitige Beförderung und Betreuungsleistungen gem. Art. 8 und 9

Der Anspruch auf Erstattung, anderweitige Beförderung und Betreuungsleistungen gem. Art. 8 und 9 der VO rundet den Kanon

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> *Maruhn*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 6 Rn. 4; *Müller-Rostin*, TranspR 2010, 93 (95).

<sup>48</sup> *Hausmann*, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 301 ff.

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.2009 - verb. Rs. C-402/07 - C-432/07 - *Sturgeon* und *Böck/Lepuschitz*, vorgelegt vom Handelsgericht Wien; vgl. *Hausmann*, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 317 f.

<sup>50</sup> Verordnung (EWG) Nr. 295/91 des Rates vom 4. Februar 1991 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr.

<sup>51</sup> European Currency Unit, seit 1.1.1999 im Verhältnis 1:1 durch den Euro ersetzt, vgl. *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 1.

<sup>52</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 1.

<sup>53</sup> *Reidinger*, in: Schwimann/Kodek, PK-ABGB, BAND. 4, 4. AUFL. (2014), § 918 Rn. 1 f.

<sup>54</sup> *Ernst*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 280 Rn. 9 ff; *Schulze*, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 280 Rn. 1 ff.

<sup>55</sup> *Dörner*, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Vor. §§ 164-181 Rn. 2, 10; *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 8.

<sup>56</sup> Vgl. Erwägungsgrund 2 der VO; darüber hinaus: EuGH Urt. v. 19.11.2009 - verb. Rs. C-402/07 - C-43/07 - *Sturgeon* und *Böck/Lepuschitz*, Rn. 52; *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 13.

<sup>57</sup> BGH Urt. v. 10.12.2009 - Xa ZR 61/09.

<sup>58</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 14.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 04.09.2014 - Rs. C-452/13 - *Germanwings/Henning*; *Keiler*, GPR 2014, 258; Sachstandsbericht (Generalsekretariat des Rates) 19.5.2015, 8693/15, S. 6.



der Ansprüche des Fluggastes ab und stellt so ein umfassendes Instrument zur Wiedergutmachung seiner Unannehmlichkeiten dar. Gem. Art. 8 Abs. 1 können Fluggäste, wenn auf diesen Artikel Bezug genommen wird, wählen zwischen der binnen sieben Tagen zu leistenden vollständigen Erstattung der Flugscheinkosten nach den Art. 7 Abs. 3 genannten Modalitäten zu dem Preis, zu dem der Flugschein erworben wurde, für nicht zurückgelegte Reiseabschnitte sowie für bereits zurückgelegte Reiseabschnitte, wenn der Flug im Hinblick auf den ursprünglichen Reiseplan des Fluggastes zwecklos geworden ist, gegebenenfalls in Verbindung mit einem Rückflug zum ersten Abflugort zum frühestmöglichen Zeitpunkt (lit. a)), einer anderweitigen Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Reisebedingungen zum frühestmöglichen Zeitpunkt (lit. b)) oder einer anderweitigen Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Reisebedingungen zu einem späteren Zeitpunkt nach Wunsch des Fluggastes, vorbehaltlich verfügbarer Plätze. Abs. 2 stellt darüber hinaus klar, dass Abs. 1 lit. a) auch für Fluggäste gilt, deren Flüge Bestandteil einer Pauschalreise sind, mit Ausnahme des Anspruchs auf Erstattung, sofern dieser sich aus der Richtlinie 90/314/EWG<sup>60</sup> ergibt. Desweiteren ordnet Abs. 3 des Art. 8 an: Befinden sich an einem Ort, in einer Stadt oder Region mehrere Flughäfen und bietet ein ausführendes Luftfahrtunternehmen einem Fluggast einen Flug zu einem anderen als dem in der ursprünglichen Buchung vorgesehenen Zielflughafen an, so trägt das ausführende Luftfahrtunternehmen die Kosten für die Beförderung des Fluggastes von dem anderen Flughafen entweder zu dem in der ursprünglichen Buchung vorgesehenen Zielflughafen oder zu einem sonstigen nahe gelegenen, mit dem Fluggast vereinbarten Zielort. Auf die Bestimmungen des Art. 8 verweisen Art. 4 Abs. 3 bei Nichtbeförderungen, Art. 5 Abs. 1 lit. a) bei Annullierungen sowie Art. 6 Abs. 1 sublit. iii) im Falle zumindest fünfständiger Ankunftsverspätung.<sup>61</sup> Das Wahlrecht des Fluggastes, welches schon in Art. 4 und Art. 10 II der Überbuchungs-VO vorgesehen war,<sup>62</sup> umfasst dabei drei alternative Ansprüche auf Erstattung samt eines allfällig erforderlichen Rückflugs zum ersten Abflugort, eine frühestmögliche anderweitige Beförderung ans Endziel oder eine anderweitige Beförderung ans Endziel zu einem späteren Zeitpunkt. Der Fluggast muss sein Wahlrecht ausüben und an das ausführende Luftfahrtunternehmen herantreten.<sup>63</sup> Explizit stellt der EuGH klar, dass die Betreuungsleistungen, unabhängig vom Grund der Verzögerung, "auf die Befriedigung der unmittelbaren Bedürfnisse der Fluggäste an Ort und Stelle gerichtet" ist.<sup>64</sup> Ebenfalls, wie schon der Ausgleichsanspruch gem. Art. 7, ist auch bei dem Betreuungsanspruch gem. Art. 8 kein Verschulden erforderlich.<sup>65</sup> Ebenso wenig kann sich das ausführende Luftfahrtunternehmen, im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 2I und Art. 6 in entsprechender Anwendung des Art. 5 Abs. 2I, auf das Vorliegen außerge-

wöhnlicher Umstände berufen; dies folgt aus einem *argumentum e contrario* Art. 5 Abs. 3 der VO.<sup>66</sup> Art. 9 der VO sichert dem Fluggast in den Fällen, in den auf diesen verwiesen wird, sodann einen Anspruch auf Betreuungsleistungen als Auffangnetz zusätzlich zu den Ansprüchen aus Art. 7 und 8 zu, in dem diesem folgende Leistungen unentgeltlich anzubieten sind: Gem. Art. 9 Abs. 1 Mahlzeiten und Erfrischungen in angemessenem Verhältnis zur Wartezeit (lit. a)), Hotelunterbringung, falls ein Aufenthalt von einer Nacht oder mehreren Nächten notwendig ist oder ein Aufenthalt zusätzlich zu dem vom Fluggast beabsichtigten Aufenthalt notwendig ist (lit. b)) und gem. lit. c) die Beförderung zwischen dem Flughafen und dem Ort der Unterbringung. Abs. 2 weist den Fluggästen darüber hinaus die unentgeltliche Nutzung von zwei Telefongesprächen oder das unentgeltliche Versenden von zwei Telexen, Telefaxen oder E-Mails zu. Besondere Beachtung hat das ausführende Luftfahrtunternehmen in Anwendung dieses Artikels gem. Abs. 3 auf Personen mit eingeschränkter Mobilität und deren Begleitpersonen sowie den Bedürfnissen von Kindern ohne Begleitung zu schenken. Ebenso wie die Regelung des Anspruchs auf Erstattung und anderweitige Beförderung fand die historische Entwicklung des Anspruchs auf Betreuungsleistungen in der Überbuchungs-VO statt, genauer gesagt in Art. 6 Abs. 1 mit der Maßgabe, dass das ausführende Luftfahrtunternehmen verpflichtet war, Kosten für ein Telefonat, Telefax oder Fax zu erstatten, Mahlzeiten und Erfrischungen zur Verfügung zu stellen und Hotelkosten für zusätzliche Übernachtungen zu übernehmen, wobei der Begriff der Kosten sich nur in der deutschen Version fand.<sup>67</sup> Aufgrund der Tatsache, dass die Betreuungsleistungen nach Art. 9 bei der Nichtbeförderung, der Annullierung und der Verspätung gemeinsam mit den Ansprüchen aus Art. 8 gefasst werden, kann insgesamt von Unterstützungsleistungen gesprochen werden, wobei *Keiler*<sup>68</sup> zurecht darauf hinweist, dass diese Begrifflichkeit uneinheitlich ist und besser als Hilfeleistung, wie sie in anderen Passagierrechte-VO bezeichnet wird, kategorisiert werden sollte.<sup>69</sup> Auf Art. 9 wird insgesamt verwiesen durch Art. 4 Abs. 3 bei der Beförderungsverweigerung gegen den Willen der Passagiere, es sei denn, es liegen vertretbare Gründe in der Sphäre des Fluggastes, abgestuft für die Annullierung eines Fluges durch Art. 5 Abs. 1 lit. b) auf Art. 9 Abs. 1 lit. a) und Abs. 2 sowie bei anderweitiger Beförderung erst am nächsten Tag durch Art. 5 Abs. 1 lit. c) sublit ii) und iii) auf Art. 9 Abs. 1 lit. b) und c) und im Falle einer großen Verspätung durch Art. 6 Abs. 1 auf Art. 9 Abs. 1 lit. a) bei absehbaren Abflugverzögerungen von mindestens zwei, drei oder vier Stunden bzw. auf Art. 9 Abs. 1 lit. b) und c), wenn die zu erwartende Abflugzeit nach vernünftigem Ermessen erst am Tag nach der zuvor angekündigten Abflugzeit

<sup>60</sup> Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen.

<sup>61</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 8 Rn. 2.

<sup>62</sup> *Ibid.* Rn. 1.

<sup>63</sup> *Hausmann*, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 382; *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 8 Rn. 4; vgl. auch hinsichtlich des richtigen Anspruchsgegners: *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 8 Rn. 6; *DG TREN*, Information Document - Answers to Questions, #18.

<sup>64</sup> EuGH (GK) Urt. v. 10.1.2006 - Rs. C-344/04 - IATA und ELFAA/DOT, Rn. 43, 45 f.

<sup>65</sup> OGH ZVR 2014, 126 mAnm. Huber.

<sup>66</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 8 Rn. 7.

<sup>67</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 9 Rn. 1, vgl. die anderen Fassungen: en: "offer"; fr: "offre"; it: "offerta"; es: "ofrecerá".

<sup>68</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 9 Rn. 2.

<sup>69</sup> Art. 18 Eisenbahnfahrgastrechte-VO 1371/2007/EG; vgl. *Lindner/Tonner*, GPR 2011, 15 (18); Art. 17 Schiff-Fahrgastrechte-VO 1177/2010/EU; Art. 21 Bus-Fahrgastrechte-VO 181/2011/EU.

liegen wird, Art. 6 Abs. 1 sublit. ii).<sup>70</sup> Zuletzt ist noch klarzustellen, dass die Betreuungsleistungen nach Art. 9 ebenso wie die Leistungen nach Art. 8 dem Fluggast auch dann zu stehen, wenn außergewöhnliche Umstände nach Art. 5 Abs. 2I der VO vorliegen, da sich dieser Rechtfertigungsgrund explizit nur auf die Ausgleichsleistung bezieht, was den Charakter des Anspruchs auf Betreuungsleistungen ebenso als verschuldensunabhängig und nicht entlastend prägt.<sup>71</sup>

## B) Kollisionsrechtliche Einordnung der Abtretung etwaiger Ansprüche aus der Flug-gastrechte-VO anhand von Beispielfällen

Das Vorstehende soll nun anhand von Beispielfällen im Rahmen der Einordnung des Zessionsstatuts bei Ansprüchen aus der Fluggastrechte-VO konkretisiert werden. Schließen somit etwa ein in Deutschland lebender Fluggast und das Luftverkehrsunternehmen Air France mit Sitz in Paris einen Luftbeförderungsvertrag, wobei der Abflugort in Düsseldorf und der Ankunftsort in Paris lokalisiert ist, und wird dem Fluggast, der sich bereits zum Check-In bereithält, zwei Stunden vor dem regulären Zeitpunkt des Startes sodann mitgeteilt, dass der Flug annulliert wird, ergibt sich aus der Fluggastrechte-VO aufgrund dieser Annullierung unter anderem ein Ausgleichsanspruch gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c) iVm. Art. 7 Abs. 1 lit. a) iHv. 250 Euro.<sup>72</sup> Es erfolgt nämlich kein anderweitiges Angebot zur Beförderung iSd. Art. 5 Abs. 2I, welches dem Fluggast ermöglichen würde, nicht mehr als eine Stunde vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und sein Endziel höchstens zwei Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen. Ebenso wenig kann Air France im Folgenden nachweisen, dass die Annullierung iSd. Art. 5 Abs. 2I Fluggastrechte-VO auf außergewöhnlichen Umständen beruht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.<sup>73</sup> Diesen Anspruch könnte der Fluggast sodann an Flightright abtreten, um sich nicht selbst mit Air France auseinandersetzen zu müssen. Im Falle des Obsiegens würde der Fluggast ca. 75 % der Höhe des ihm zustehenden Anspruchs erhalten.

### I. Kollisionsrechtliche Anknüpfung des Zessionsstatuts (Verpflichtungsgeschäft und dingliche Aspekte der Zession)

In diesem Falle würde sich das auf diese Zession anwendbare Recht hinsichtlich des der Abtretung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts in Form eines Forderungskaufs als auch hinsichtlich der dinglichen Aspekte der Abtretung, mit Ausnahme der Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners gem.

Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO<sup>74</sup>, nach den Art. 3 ff. Rom I-VO beurteilen.<sup>75</sup> Da der Abtretung des Anspruchs des beförderten Fluggastes aus der Fluggastrechte-VO wegen Annullierung des Fluges an Flightright ein Forderungskauf zugrunde liegt, muss jedoch zunächst eine Abgrenzung zum UNIDROIT-Übereinkommen<sup>76</sup> erfolgen, welches für die Bundesrepublik Deutschland am 01.12.1998 im Verhältnis zu Frankreich, Italien, Lettland, Nigeria und Ungarn, seit dem 01.07.2007 auch im Verhältnis zur Ukraine<sup>77</sup> und seit dem 01.03.2015 im Verhältnis zur Russischen Föderation,<sup>78</sup> in Kraft getreten ist.<sup>79</sup> Aufbautechnisch entspricht dieses Übereinkommen im Wesentlichen dem CISG,<sup>80</sup> da für beide Rechtsakte internationale Warenkäufe eine große Rolle spielen. Ebenso wie das CISG ist auch das UNIDROIT-Übereinkommen als Einheitsrecht ausgestaltet.<sup>81</sup> Damit der Anwendungsbereich des Übereinkommens eröffnet ist, müsste dieses zunächst in sachlicher Hinsicht anwendbar sein. Nach Art. 1 findet das FactÜ auf Factoringverträge Anwendung, die die Abtretung von Forderungen aus Warenkäufen oder Dienstleistungsverträgen zum Gegenstand haben.<sup>82</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. a) FactÜ definiert den Begriff des Factoring.<sup>83</sup> Demnach ist ein Factoringvertrag iSd. Übereinkommens ein Vertrag zwischen einem Factor und einem Lieferanten, bei welchem sich Letzterer dazu verpflichtet, ihm zustehende Forderungen aus Warenkaufverträgen an den Factor abzutreten. Ebenso wie bei dem CISG sind Dienstleistungsverträge den Warenkaufverträgen gem. Art. 1 Abs. 3 FactÜ gleichgestellt.<sup>84</sup> Zweifelhaft erscheint allerdings schon die Qualifikation von Flightright als Factor, da ein solcher nach allgemeinem Begriffsverständnis für gewöhnlich nur ein Kreditinstitut ist, welches dem Gläubiger gegen Abtretung etwaiger Forderungen eine Finanzierung verschafft.<sup>85</sup> Zum anderen erbringt der beförderte Fluggast auch keine Dienstleistung gegenüber dem Luftverkehrsunternehmen. Somit liegt keine Forderung aus einem Warenkauf- oder Dienstleistungsvertrag vor, die der beförderte Fluggast an Flightright abtreten könnte mit der Konsequenz, dass schon der sachliche Anwendungsbereich des UNIDROIT-Übereinkommens nicht eröffnet ist. Somit ist zur Ermittlung des Sachrechts die Rom I-VO maßgeblich. Zuvörderst ist dort eine Rechtswahl zwischen dem beförderten Fluggast und Flightright nach Maßgabe von Art. 3 Rom I-VO zu beachten.<sup>86</sup> Demnach können Zedent und Zessionar das dem Zessionsstatut zugrunde liegende Recht iRd. Art. 3 Rom I-VO frei wählen. Liegt dem Verpflichtungsgeschäft keine solche Rechtswahlabrede zugrunde, erfolgt subsidiär eine objektive Anknüpfung anhand der

<sup>70</sup> Keiler, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 9 Rn. 5.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 22.03.2012 - Rs. C-12/11 - McDonagh/Ryanair; OLG Koblenz, Urt. v. 11.1.2008 - 10 U 385/07; vgl. die Ausführungen hinsichtlich Fn.65.

<sup>72</sup> Die Entfernung des hier maßgeblichen Fluges beläuft sich auf weniger als 1.500 km.

<sup>73</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2012 - C-139/11, Rn. 33.

<sup>74</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17.Juni.2008 über die vertraglichen Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

<sup>75</sup> Doehner, in: Hüßtege/Mansel, NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. (2019), Art. 14 Rom I-VO Rn. 11; Flessner, IPRax 2009, 35 (42); Rosch, in: jurisPK-BGB, Bd. 6, 8. Aufl. (2017), Art. 14 Rom I-VO Rn. 27; Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 14 Rom I-VO Rn. 2; Thorn, in: Palandt, 78. Aufl. (2019), Art. 14 Rom I-VO Rn. 3; Die Eröffnung des Anwendungsbereichs in sachlicher (Art. 1 Rom I-VO), räumlicher (Art. 1 Rom I-VO) sowie zeitlicher Hinsicht (Art. 28 Rom I-VO) ist gegeben.

<sup>76</sup> UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring von Ottawa aus dem Jahre 1988.

<sup>77</sup> BGBl. 2007 II, S. 850; Freitag, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 14 Rom I-VO Rn. 16; Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Anh. I zu Art. 14 Rom I-VO Rn. 11.

<sup>78</sup> BGBl. 2015 II, S. 997; Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Anh. I zu Art. 14 Rom I-VO Rn. 11.

<sup>79</sup> Bek. v. 31.08.1998, BGBl. 1998 II, S. 2375; Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Anh. I zu Art. 14 Rom I-VO Rn. 11.

<sup>80</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

<sup>81</sup> Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Anh. I zu Art. 14 Rom I-VO Rn. 12.

<sup>82</sup> Ibid. Rn. 14.

<sup>83</sup> Ibid. Rn. 15.

<sup>84</sup> Ibid. Rn. 15.

<sup>85</sup> Ibid. Rn. 1.

<sup>86</sup> Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Art. 14 Rom I-VO Rn. 40; Rosch, in: jurisPK-BGB, Bd. 6, 8. Aufl. (2017), Art. 14 Rom I-VO Rn. 27.

Art. 4 ff. Rom I-VO.<sup>87</sup> Innerhalb des Kanons des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO muss zunächst auf Art. 4 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO rekurriert werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der Anwendungsbereich lediglich für Kaufverträge über bewegliche Sachen eröffnet ist,<sup>88</sup> was hier jedoch nicht der Fall ist. Da die übrigen Varianten des Art. 4 Abs. 1 lit. b) bis h) Rom I-VO ebenfalls nicht einschlägig sind, ist subsidiär auf Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO abzustellen. Fällt somit der der Abtretung zugrunde liegende Vertrag nicht unter Absatz 1, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, für gewöhnlich aufhält. Die charakteristische Leistung eines Vertrages ist nicht die Geld-, sondern vielmehr die Sachleistung, die dem Vertrag ihr bestimmungsgemäßes Gepräge verleiht. Im Falle eines Forderungskaufs erbringt typischerweise der Zedent die vertragscharakteristische Leistung in Form der Abtretung seiner Forderung an den Zessionar.<sup>89</sup> Demnach ist vorliegend das Recht an dem gewöhnlichen Aufenthalt des Fluggastes maßgeblich. Zwar enthält Art. 19 Rom I-VO eine Legaldefinition des gewöhnlichen Aufenthaltes einer natürlichen Person. Diese ist allerdings nur dann einschlägig, wenn die Person einer beruflichen Tätigkeit nachgeht. Der Fluggast geht einer solchen Tätigkeit nicht nach, sodass Art. 19 Rom I-VO nicht maßgeblich ist. Allerdings ist der Lebensmittelpunkt des Fluggastes in Deutschland begründet, sodass dort auch der gewöhnliche Aufenthalt liegt. Mithin ist über Art. 20 Abs. 1 Rom I-VO als Sachnormverweis deutsches Recht hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts und der dinglichen Wirkung der Zession zwischen Zedent und Zessionar berufen.

## II. Ermittlung des maßgeblichen Forderungsstatuts - Parallelen zum CISG

Wie bereits erwähnt, stellt die Fluggastrechte-VO Einheitsrecht dar. Sie ist von den Mitgliedstaaten der europäischen Union und denjenigen des EWR<sup>90</sup> für verbindlich erklärt worden und greift somit im gesamten Binnenmarkt Platz. Einheitsrecht kann jedoch bezüglich einzelner Regelungsgegenstände lückenhaft sein.<sup>91</sup> Es kann vorkommen, dass zwar bestimmte Gegenstände eine Regelung erfahren, der Rechtsakt jedoch zu konkreten Einzelfragen diesbezüglich schweigt (sog. interne Lücke) oder bestimmte Gegenstände gar nicht mehr von dem Regelungsbe- reich des Rechtsaktes erfasst sind (sog. externe Lücke).<sup>92</sup> Diese

Lücken müssen zugunsten der Rechtssicherheit geschlossen werden. Hinsichtlich einer internen Lücke etwa im CISG muss zunächst ermittelt werden, ob ein sog. interner Lückenschluss aufgrund der allgemeinen Grundsätze des Einheitsrechts erfolgen kann.<sup>93</sup> Zu jenen Grundsätzen gehören etwa die Beachtung des Gutgläubensgebots, der Vorrang der Parteiautonomie, das Verbot unangemessener Benachteiligung oder der Maßstab der Vernünftigen.<sup>94</sup> Ist ein solcher Lückenschluss nicht möglich, muss subsidiär auf externe Rechtsakte zurückgegriffen werden.<sup>95</sup> So wird bei dem CISG, sofern ein interner Lückenschluss gem. Art. 7 Abs. 2 1. Alt. CISG aufgrund der Prinzipien des CISG nicht möglich ist,<sup>96</sup> subsidiär gem. Art. 7 Abs. 2 2. Alt. CISG auf das nach dem Internationalen Privatrecht des Forumstaates berufene nationale Recht abgestellt.<sup>97</sup> Der Zweck dieser Anknüpfung besteht darin, nationale Vorschriften weitestgehend auszuschließen, um Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung zu gewährleisten und um die völkerrechtliche Ausgestaltung des CISG zu wahren.<sup>98</sup> Ergibt eine Auslegung des CISG, dass bestimmte Einzelfragen vom Regelungsbereich des Einheitsrechts insgesamt nicht erfasst sind, kann auf Art. 7 Abs. 2 CISG nicht abgestellt werden.<sup>99</sup> Allerdings wird ein Gleichlauf von externem Lückenschluss bei einer internen Regelungslücke und einem Lückenschluss bei einer externen Regelungslücke dadurch erreicht, dass bei Letzterem ebenfalls auf das Kollisionsrecht des Forums abgestellt wird.<sup>100</sup> Das CISG trifft beispielsweise keine Regelung bezüglich einer Forderungsabtretung.<sup>101</sup> In diesen Fällen ist für das Forderungsstatut, anknüpfend an Art. 7 Abs. 2 2. Alt. CISG, subsidiär gem. Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO dasjenige nationale Recht berufen, dem der Kaufvertrag unterläge, wenn das CISG nicht anwendbar wäre.<sup>102</sup> Unter Ausblendung des CISG muss somit fingiert werden, dass der der Zession zugrunde liegende Vertrag sich nicht nach dem CISG, sondern nach den allgemeinen Kollisionsnormen der Art. 3 ff. Rom I-VO bemisst und somit auch das Forderungsstatut gem. Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO bestimmt wird.<sup>103</sup> Da die Fluggastrechte-VO hinsichtlich der Ermittlung des Forderungsstatuts der aus ihr entstandenen Ansprüche einschließlich etwaig bestehender Abtretungsverbote und einer Leistung des Schuldners mit befreiender Wirkung gegenüber dem Zessionar gänzlich schweigt, besteht insofern eine externe Regelungslücke. Es könnte sodann das Internationale Privatrecht des Forumstaates für die Ermittlung des dem Forde-

<sup>87</sup> Flessner, IPRax 2009, 35 (42).

<sup>88</sup> Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Art. 14 Rom I-VO Rn. 41.

<sup>89</sup> Garcimartín Alférez, in: Ferrari/Leible, Rome I Regulation (2009), 217 (224 ff.); Hausmann, in: Staudinger BGB (2016), Art. 14 Rom I-VO Rn. 41.

<sup>90</sup> hierzu zählen Norwegen, Island und Liechtenstein.

<sup>91</sup> Zum CISG: Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. III.

<sup>92</sup> Saenger, in: Ferrari [u.a.], Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 7 CISG Rn. 7; Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. 132, 147.

<sup>93</sup> Zu Art. 7 II 1. Alt. CISG: Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. 132.

<sup>94</sup> Saenger, in: Ferrari [u.a.], Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 7 CISG Rn. 7.

<sup>95</sup> Zum CISG: Magnus, RabelsZ 59 (1995) 467 (473 f.); Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. 136.

<sup>96</sup> Saenger, in: Ferrari [u.a.], Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 7 CISG Rn. 7.

<sup>97</sup> Saenger, in: Ferrari [u.a.], Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 7 CISG Rn. 1; Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. 146.

<sup>98</sup> Saenger, in: Ferrari [u.a.], Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 7 CISG Rn. 2; Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. 112.

<sup>99</sup> Ibid. Rn. 147.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> OLG Hamm, IPRax 1996, 197 (197); Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht (2016), Rn. 148.

<sup>102</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1271 (1271); Doehner, in: Hülstege/Mansel, NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. (2019), Art. 14 Rom I-VO Rn. 16; Hohloch, in: Erman, BGB, 2. Aufl. (2017), Art. 14 Rom I-VO Rn. 5b; Martiny, in: MüKo-BGB, Bd. 12, 7. Aufl. (2018), Art. 14 Rom I-VO Rn. 12; Stoll, in: Heldrich, Festschrift für Murad Ferrid (1988), S. 506 (506 f.); von Bar/Mankowski, IPR, Bd. 2 (2019), Rn. 566; zum CMR (Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route): OLG Düsseldorf, VersR 2004, 1479 (1480).

<sup>103</sup> Doehner, in: Hülstege/Mansel, NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. (2019), Art. 14 Rom I-VO Rn. 16; Hohloch, in: Erman, BGB, 2. Aufl. (2017), Art. 14 Rom I-VO Rn. 5b; zum EKG (Haager Einheitliches Kaufgesetz), welches durch das CISG ersetzt wurde: OLG Hamm, ZIP 1983, 1212 (1213).

rungsstatut unterliegenden Rechts unter Ausblendung der Fluggastrechte-VO berufen werden. Dies würde eine Parallele zum Lückenschluss einer externen Lücke bezogen auf das Forderungsstatut im CISG bedeuten, weshalb sodann subsidiär auf die Rom I- bzw. Rom II-VO<sup>104</sup> abgestellt werden könnte. Zwar beansprucht das CISG völkervertragliche Geltung, während die Fluggastrechte-VO lediglich von den Mitgliedstaaten der EU und des EWR ratifiziert wurde. Allerdings ist beiden der Charakter des Einheitsrechts zuzugeben. Das sorgt für eine Rechtsvereinheitlichung und ein hohes Schutzniveau der dem Einheitsrecht unterstehenden Regelungen. Um diesen Schutz nicht zu unterlaufen, erscheint eine Übertragung der bezüglich des CISG gewonnenen Erkenntnisse sinnvoll. Für diese Parallele spricht auch ein Gleichlauf mit der Lösung für den Lückenschluss hinsichtlich der Ermittlung des Verjährungsstatuts von Ansprüchen aus der Fluggastrechte-VO, bezüglich dessen eine Regelung in der VO ebenfalls gänzlich fehlt.<sup>105</sup> Der EuGH stellte in der Rechtssache *Moré*, C-139/11, für alle Mitgliedstaaten verbindlich fest, dass sich das Verjährungsstatut hinsichtlich etwaig bestehender Ansprüche gem. Art. 5 iVm. Art. 7 Fluggastrechte-VO mangels Regelung in der VO selbst und mangels Eröffnung des Regelungsbereichs des MÜ<sup>106</sup> nach den Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten über die Klageverjährung bestimmt.<sup>107</sup> Zur Ermittlung des Verjährungsstatuts<sup>108</sup> ist somit die Rom I-VO, namentlich Art. 12 lit. d) Rom I-VO, bzw. die Rom II-VO, Art. 15 lit. h) Rom II-VO, einschlägig, abhängig davon, ob der Anspruch auf Ausgleichsleistung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO vertraglicher oder außervertraglicher Natur ist.<sup>109</sup> Wenn somit also für das Verjährungsstatut die Rom I-VO bzw. Rom II-VO zur Lückenschließung maßgeblich ist, kann zur Ermittlung des Forderungsstatuts inklusive etwaig bestehender Abtretungsverbote sowie für Fragen hinsichtlich einer Leistung mit befreiender Wirkung des Schuldners gegenüber dem Zessionar in dieser Hinsicht nichts anderes gelten. In den Fällen, in denen dem Fluggast ein Anspruch auf Ausgleichszahlung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO zusteht, erscheint es somit zur Ermittlung des Forderungsstatuts sinnvoll, im Lichte des Art. 7 Abs. 2 2. Alt. CISG dasjenige nationale Recht zu berufen, dem die Forderung unterläge, wenn die Fluggastrechte-VO nicht anwendbar wäre.

### 1. Einordnung der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO - vertragliche oder außervertragliche Rechtsqualität?

Es bleibt somit die aufgeworfene Frage zu klären, welche Rechtsqualität insbesondere der Anspruch auf Ausgleichsleistung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO aufweist. Würde eine vertragliche Anknüpfung jenes Anspruchs erfolgen, wären über Art. 14 Abs. 2

Rom I-VO unter Ausblendung der Fluggastrechte-VO hypothetisch die Art. 3 ff. Rom I-VO berufen, während bei einer außervertraglichen Anknüpfung hypothetisch auf Art. 14 bzw. subsidiär auf Art. 4 ff. Rom II-VO abzustellen wäre. Ausweislich des Erwägungsgrundes 7 Fluggastrechte-VO soll der Anspruchsgegner stets das ausführende Luftfahrtunternehmen sein, gleichgültig, ob zwischen diesem und dem beförderten Fluggast ein Vertrag besteht.<sup>110</sup> Dies spricht dafür, den Anspruch gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO unter Rom II-VO als außervertraglich anzuknüpfen. Allerdings muss im Wege einer harmonischen Auslegung und unter Berücksichtigung der bisherigen Judikatur zur Brüssel I-VO festgehalten werden, dass maßgebliches Kriterium für eine diesbezügliche Abgrenzung in erster Linie die freiwillige Eingehung der Verpflichtung ist.<sup>111</sup> Diese Rechtsprechung wurde in der Rechtssache *Brogstetter*, C-548/12, des EuGH dahingehend erweitert, dass auch dann eine vertragliche Qualifikation von Ansprüchen erfolgen kann, die im nationalen Recht deliktischer Natur sind, sofern eine Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages als unerlässlich erscheint, um zu klären, ob das dem Anspruchsgegner vorgeworfene Verhalten als rechtswidrig zu qualifizieren ist.<sup>112</sup> Während die Frage hinsichtlich der Einordnung der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO durch den EuGH auf europäischer Ebene bisher nicht entschieden wurde, ergingen mehrere Entscheidungen des BGH, in denen der Anspruch auf Ausgleichszahlung aus dem Sekundärrechtsakt an das Vertragsstatut angeknüpft wurde.<sup>113</sup> Zwar sei der Anspruch auf Ausgleichszahlung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO ein gesetzlicher Anspruch gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen, allerdings basierend auf vertraglicher Grundlage.<sup>114</sup> Die Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO setzten zwar keine rechtsgeschäftliche Grundlage voraus. Gleichwohl müsse der Fluggast über eine bestätigte Buchung gem. Art. 3 Abs. 2 lit. a) Fluggastrechte-VO verfügen, damit der Anwendungsbereich des Sekundärrechtsaktes eröffnet sei.<sup>115</sup> Dafür sei jedoch wiederum ein geschlossener Beförderungsvertrag erforderlich, welcher sowohl mit dem faktischen Beförderer, als auch mit einem anderen Luftfahrtunternehmen bestehen könne, für welches jener faktische Beförderer tätig würde.<sup>116</sup> Somit könnte die Regelung der Fluggastrechte-VO als besondere Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des der Beförderung zugrunde liegenden Vertrages angesehen werden.<sup>117</sup> Unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Rehder*<sup>118</sup> lässt sich in dieser Konstellation ferner festhalten, dass die Auslegung des BGH hinsichtlich der Rechtsnatur des Anspruchs aus der Fluggastrechte-

<sup>104</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Rechte (Rom II).

<sup>105</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2012 - C-139/11; BGH, Urt. v. 10.12.2009 - Xa ZR 61/09; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 1; *Staudinger/Schürmann*, NJW 2010, 2771 (2776).

<sup>106</sup> Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr v. 28.05.1999, BGBl. 2004 II, S. 458.

<sup>107</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2012 - C-139/11, Rn. 33.

<sup>108</sup> Zu Art. 28 ff. EGBGB: BGH, Urt. 10.10.2009 - Xa ZR 61/09.

<sup>109</sup> Dazu sogleich im Folgenden.

<sup>110</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>111</sup> EuGH, Urt. v. 28.01.2015 - C-375/13, Rn. 39 und Urt. v. 14.03.2013 - C-419/11, Rn. 47; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>112</sup> EuGH Urt. v. 13.03.2014 - C-548/12, Rn. 25.

<sup>113</sup> BGH, Urt. v. 09.04.2013 - X ZR 105/12; BGH, Urt. v. 18.01.2011 - X ZR 71/10; BGH Urt. v. 10.12.2009 - Xa ZR 61/09; BGH, Urt. v. 12.11.2009 - Xa ZR 76/07; hinsichtlich der Qualifizierung der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO im Rahmen der Brüssel I-VO (Art. 5 Nr. 1 lit. a): Vorlagefrag des BGH Urt. v. 18.08.2015 - X ZR 2/15.

<sup>114</sup> BGH, Urt. v. 18.08.2015 - X ZR 2/15 Rn. 14.

<sup>115</sup> BGH Urt. v. 18.08.2015 - X ZR 2/15, Rn. 14; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>116</sup> BGH, Urt. v. 18.01.2011 - X ZR 71/10; BGH, Urt. v. 12.11.2009 - Xa ZR 76/07.

<sup>117</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>118</sup> EuGH, Urt. v. 09.07.2009 - C-204/08 - *Rehder/Air Baltic Corporation*.

VO durchaus nahe liegt und vertretbar erscheint.<sup>119</sup> Der EuGH stellte in jener Rechtssache fest, dass der Kläger einen Anspruch aus der Fluggastrechte-VO gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b) Brüssel I-VO wahlweise vor den Gerichten des Ortes des Abflugs oder des Ortes der Ankunft entsprechend den Vereinbarungen dieser Orte in dem Beförderungsvertrag einklagen kann.<sup>120</sup> Wenn also hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit der Gerichte gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b) Brüssel I-VO der Vertrag zwischen befördertem Fluggast und Luftfahrtunternehmen Maß gibt, kann für die Einordnung des Anspruchs aus Art. 7 Fluggastrechte-VO zumindest dann insgesamt nichts anderes gelten, wenn vertraglicher und faktischer Beförderer zusammenfallen. Die Entscheidung in der Rechtssache *Brogstetter*<sup>121</sup> könnte diese Auslegung bekräftigen. Denn die Frage etwa einer Verspätung iSd. Art. 6 Fluggastrechte-VO wird maßgeblich davon beeinflusst, welche konkrete Abflug- bzw. Ankunftszeit im Beförderungsvertrag vereinbart wurde.<sup>122</sup> Demnach erscheint eine Auslegung des Beförderungsvertrages als unerlässlich, um zu klären, ob das dem Luftfahrtunternehmen vorgeworfene Verhalten als solches unter Art. 6 Fluggastrechte-VO subsumiert werden kann. Im Lichte der *Rehder*- und der *Brogstetter*-Doktrin erscheint es mithin sinnvoll, den Anspruch auf Ausgleichszahlung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO zunächst in den Fällen als vertraglich zu qualifizieren, in denen vertraglicher und faktischer Luftbeförderer identisch sind. Wenn in diesen Konstellationen eine vertragliche Anknüpfung erfolgt, könnte im Wege einer harmonischen, autonomen Auslegung für die übrigen Fallgestaltungen sodann das gleiche Auslegungsergebnis erzielt werden.<sup>123</sup> Um für jeden beförderten Passagier einen Gleichlauf der Qualifikation jener Ansprüche zu erreichen, könne nämlich nicht maßgeblich sein, ob der Vertragspartner des Fluggastes auch das ausführende Luftfahrtunternehmen sei oder die Beförderung vielmehr von einem faktischen Luftfahrtunternehmen durchgeführt werde.<sup>124</sup> Ferner sei zu beachten, dass ein Wechsel des ausführenden Luftfahrtunternehmens nach Vertragsschluss möglich sei und diesbezüglich lediglich eine Information an den Fluggast gem. Art. 11 Abs. 2-4 Luftfahrtunternehmen-Identitäts-VO 2111/2005/EG<sup>125</sup> zu erfolgen habe.<sup>126</sup> Würde allerdings hinsichtlich der Qualifikation der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO danach unterschieden werden, ob Vertragspartner des Fluggastes und faktischer Beförderer identisch sind oder nicht, könnte der Vertragspartner des Fluggastes durch einen Austausch des faktischen Beförderers die Rechtsnatur der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO einseitig bestimmen. Das kann von dem europäischen Gesetzgeber nicht gewollt sein. Um ein einheitliches Aus-

legungsergebnis für alle in Betracht kommenden Konstellationen zu erreichen, hat vielmehr eine Anknüpfung jenes Anspruchs aus der Fluggastrechte-VO insgesamt an das Vertragsstatut zu erfolgen. Demnach ist die hinsichtlich der Ermittlung des Forderungsstatuts sowie etwaiger Abtretungsverbote und einer Leistung des Schuldners mit befreiender Wirkung gegenüber dem Zessionar bestehende externe Lücke innerhalb der Fluggastrechte-VO mit Hilfe der Rom I-VO zu schließen.

## 2. Lückenschluss mit Hilfe der Rom I-VO

Werden zunächst die Vertragsparteien des der Beförderung zugrunde liegenden Vertrages bezüglich etwaiger Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO gegenüber gestellt, ist vorrangig auf die Sonderkollisionsnormen der Art. 5-9 Rom I-VO abzustellen. Es könnte zunächst Art. 6 Rom I-VO maßgeblich sein, welcher den Schutz des Verbrauchers als intellektuell und wirtschaftlich schwächere Partei bezweckt.<sup>127</sup> Art. 6 Rom I-VO findet ausweislich seines Abs. 4 lit. b) Rom I-VO iVm. Erwägungsgrund 32 Rom I-VO allerdings keine Anwendung auf Beförderungsverträge.<sup>128</sup> Eine Rückausnahme sieht der Sekundärrechtsakt lediglich bei Pauschalreiseverträgen iSd. Art. 2 I Pauschalreiserichtlinie vor. Sofern also diese Rückausnahme greift und die räumlich-situativen Voraussetzungen des Art. 6 I lit. a) und b) erfüllt sind, sperrt Art. 6 Rom I-VO als *lex specialis* Art. 5 Rom I-VO, welcher für Beförderungsverträge die maßgebliche Kollisionsnorm darstellt.<sup>129</sup> Falls somit lediglich eine Beförderungsleistung geschuldet ist und nicht weitere Dienstleistungen hinzu treten, sodass ein Pauschalreisevertrag iSd. Richtlinie 90/314 EWG vorliegt, ist auf Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO abzustellen.<sup>130</sup> In dem obigen Beispiel wurde der deutsche Fluggast lediglich von Düsseldorf nach Paris befördert, ohne weitere Dienstleistungen gebucht zu haben, sodass es sich nicht um einen Pauschalreisevertrag iSd. Art. 2 Abs. 1 Pauschalreiserichtlinie handelt. Im Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO ist vorrangig zu klären, wer als "zu befördernde Person" iSd. Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO anzusehen ist. Zwar scheint der Wortlaut dafür zu sprechen, dass nicht auf die vertragliche, sondern vielmehr auf die faktisch beförderte Person abzustellen sei.<sup>131</sup> Zudem würde eine solche Auslegung den Schutz der beförderten Person gewährleisten, indem das Recht des Staates berufen würde, in dem der faktisch Beförderte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hätte.<sup>132</sup> Diese Auslegung kann jedoch deswegen nicht überzeugen, weil es aufgrund der Tatsache, dass an ein Merkmal einer Nicht-Vertragspartei angeknüpft würde, zu Wertungswidersprüchen kommen könnte.<sup>133</sup> Vielmehr ist im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 22 Rom I-VO festzuhal-

<sup>119</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>120</sup> EuGH, v. 09.07.2009 - C-204/08.

<sup>121</sup> EuGH, v. 13.03.2014 - C-548/12.

<sup>122</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>123</sup> BGH Vorlagebeschl. v. 18.08.2015 - X ZR 2/15 Rn. 15 (EuGH - Rs. C-533/15, anhängig seit 13.10.2015); *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 6.

<sup>124</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 6.

<sup>125</sup> ABl. 2006 L 189/27.

<sup>126</sup> *Keiler*, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 6.

<sup>127</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 13.

<sup>128</sup> *Magnus*, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 5; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 13.

<sup>129</sup> *Ibid.*; *Thorn*, in: Palandt, 78. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 3.

<sup>130</sup> *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 13; *Thorn*, in: Palandt, 78. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 3.

<sup>131</sup> *Magnus*, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 21; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 16.

<sup>132</sup> *Magnus*, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 25; *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 16.

<sup>133</sup> *Mankowski*, TranspR 2008, 339 (348); *Staudinger*, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 16.

ten, dass die "zu befördernde Person" zunächst lediglich die Vertragspartei des Luftfahrtunternehmens darstellt.<sup>134</sup> Allerdings kann in den Fällen, in denen etwa eine Vertragspartei für Familienangehörige eine Reise im eigenen Namen bucht, gleichwohl eine Anknüpfung unter Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO erfolgen. Denn in diesen Fällen hat der faktisch Beförderte aufgrund des der Beförderung zugrunde liegenden Vertrages einen vertraglichen Anspruch als begünstigter Dritter.<sup>135</sup> Sofern also der deutsche Fluggast nicht nur für sich, sondern auch für seine Kinder einen Flug von Düsseldorf nach Paris gebucht hätte, wäre das Verhältnis zwischen diesen Kindern und Air France ebenfalls an Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO anzuknüpfen. Ferner ist festzuhalten, dass hinsichtlich des Anspruchsgegners als Beförderer grundsätzlich nur auf die Vertragspartei und gerade nicht auf den faktischen Beförderer abzustellen ist.<sup>136</sup> Dafür spricht zum einen eine systematische rechtsaktübergreifende Auslegung im Lichte des Art. 5 Nr. 1 lit. b), 2. Spiegelstrich Brüssel I-VO iVm. den Erwägungsgründen 7 und 17 der Rom I-VO.<sup>137</sup> Hierfür spricht des Weiteren, dass das nach Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 Rom I-VO berufene Sachrecht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist. Daher kann es nicht darauf ankommen, dass danach der Transport von einem faktischen Beförderer vorgenommen wird, der nicht mit dem vertraglichen Luftfahrtunternehmen identisch ist.<sup>138</sup> Ansonsten könnte letzteres Unternehmen vielmehr aufgrund eines Wechsels des Transporteurs nachträglich das auf den Beförderungsvertrag anwendbare Recht einseitig und für den Kunden unvorhersehbar beeinflussen.<sup>139</sup> Nach deutschem Verständnis würde dieser faktische Beförderer als Erfüllungsgehilfe des vertraglichen Beförderers iSd. § 278 BGB qualifiziert werden.<sup>140</sup> In diesen Fällen ist somit grundsätzlich auf die Rom II-VO abzustellen.<sup>141</sup> Da der Anspruch auf Ausgleichszahlung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO nach der hier vertretenen Ansicht als vertraglich qualifiziert wird, kann in Konstellationen, in denen die Vertragsparteien nicht identisch sind, sondern vielmehr eine Nicht-Vertragspartei von einem faktischen Beförderer oder die vertraglich zu befördernde Person von einem faktischen Beförderer transportiert würde, nicht auf die Rom II-VO abgestellt werden. Dies würde zu Wertungswidersprüchen hinsichtlich der Einordnung des Anspruchs gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO als vertraglich führen. Denn Grund für diese Anknüpfung war ja gerade der der Beförderung zugrunde liegende Vertrag. Vielmehr ist zu konstatieren, dass der Beförderungsvertrag für sämtliche in Betracht kommenden Konstellationen maßgeblich ist. Allerdings ist fraglich, ob entgegen der vorstehenden Aussagen zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs des Art. 5

Abs. 2 Rom I-VO in jenen Konstellationen, in denen vertraglicher Luftbeförderer und faktischer Beförderer hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO divergieren, gleichwohl an diese Kollisionsnorm anzuknüpfen ist oder ob nicht vielmehr subsidiär Art. 4 Rom I-VO Anwendung findet.<sup>142</sup> Es muss im Rahmen der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO beachtet werden, dass jene dem Kunden gerade gegen den faktischen Beförderer zustehen. Auf etwaige Vertragsverhältnisse kommt es hingegen nicht an.<sup>143</sup> Würden solche Ansprüche unter Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO qualifiziert werden, wäre somit das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 19 Rom I-VO) des Dienstleisters berufen, sofern keine Auflockerung gem. Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO erfolge. Dies würde jedoch dazu führen, dass der Schutzzweck der Fluggastrechte-VO unterlaufen würde. Die VO soll nämlich der beförderten Person unter bestimmten Voraussetzungen einen Ausgleichsanspruch gegen den faktischen Beförderer sowie eine problemlose und vorhersehbare Durchsetzung des Anspruchs vor den Gerichten seines Heimatortes gewährleisten.<sup>144</sup> Wenn jedoch an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des faktischen Beförderers angeknüpft würde, würden auch Abtretungsverbote dieser Rechtsordnung greifen, mit denen der beförderte Fluggast nach seiner Rechtsordnung unter Umständen nicht zu rechnen bräuchte. Ebenso wie die Fluggastrechte-VO dient Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO iVm. Erwägungsgrund 23 Rom I-VO dem Schutz der beförderten Person als vermeintlich schwächeren Partei.<sup>145</sup> Um diesen Schutzzwecken gerecht zu werden, erscheint in den Fällen, in denen Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO bestehen, eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO auf alle in Betracht kommenden Konstellationen des Beförderers und des beförderten Fluggastes sinnvoll, sofern die Fluggastrechte-VO hinsichtlich einzelner Fragen, wie z.B. der Ermittlung des Forderungsstatuts, lückenhaft ist. Sollten demnach der deutsche Fluggast und seine Kinder nicht von Air France, sondern vielmehr etwa von dem Luftfahrtunternehmen Lufthansa, welches die Beförderung für Air France vornimmt, von Düsseldorf nach Paris geflogen werden, würde ein etwaiger Anspruch auf Ausgleichszahlung wegen Annullierung des Fluges gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c) iVm. Art. 7 Abs. 1 lit. a) Fluggastrechte-VO ebenfalls unter Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO qualifiziert werden. Sodann ist iRd. Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO zunächst eine subjektive Anknüpfung gem. Unterabs. 2 vorrangig. Danach wird den Vertragsparteien zunächst eine beschränkte Rechtswahl unter Wahrung des Art. 3 Rom I-VO gestattet.<sup>146</sup> Unter anderem kann gem. Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 lit. b) Rom I-VO das Recht am gewöhnlichen Auf-

<sup>134</sup> Mankowski, TranspR 2008, 339 (348); Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 15; Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 16.

<sup>135</sup> Mankowski, TranspR 2008, 339 (348); Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 73.

<sup>136</sup> Martiny, in: MüKo-BGB, Bd. 12, 7. Aufl. (2018), Art. 5 Rom I-VO Rn. 37; Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 16.

<sup>137</sup> Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 15.

<sup>138</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 18.

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Staudinger, in: Ferrari (u.a.), Internationales Vertragsrecht, 3. Auflage (2018), Art. 5 Rom I-VO, Rn. 58; Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10.

Auf. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 16; Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 18.

<sup>141</sup> Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 16.

<sup>142</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 18, Fn. 65.

<sup>143</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 5.

<sup>144</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 1 Rn. 3.

<sup>145</sup> Magnus, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 2; Staudinger, in: Ferrari (u.a.), Internationales Vertragsrecht, 3. Auflage (2018), Art. 5 Rom I-VO Rn. 1.

<sup>146</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 19.

enthalt des Beförderers gewählt werden. Fraglich erscheint jedoch, ob in den zuvor genannten Konstellationen eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechtes des Beförderers überhaupt zulässig ist. Schlössen die Vertragsparteien etwa eine solche Rechtswahlabrede, würde diese auch im Verhältnis zu faktisch beförderten Personen, hier gegenüber den Kindern des deutschen Fluggastes, gelten, denn die Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO konnten ja gerade erst aufgrund des der Beförderung zugrunde liegenden Vertrages auch in der Person des einzelnen Kindes entstehen. Würde eine solche Rechtswahl zugelassen, würde diese allerdings zu Lasten Dritter wirken, obschon gerade keine Rechtswahl mit dem vertraglichen Luftfahrtunternehmen Air France bestünde. Maßgebliche Abtretungsverbote oder die Möglichkeit einer Leistung des Schuldners mit befreiender Wirkung gegenüber dem Zessionar würden sich somit nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers richten. Das würde jedoch wiederum den bereits vorher erörterten Schutzzweck der Fluggastrechte-VO konterkarieren. Um eine einheitliche Auslegung des Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 Rom I-VO zu erreichen, ist demnach eine Rechtswahl somit nicht nur im Verhältnis zwischen faktisch beförderten Kunden und faktischem Luftfahrtunternehmen, sondern vielmehr auch im Verhältnis zwischen faktischem Kunden und vertraglichem Luftfahrtunternehmen als auch zwischen den Vertragspartnern untereinander unwirksam. Zudem sorgt dieses Ergebnis für eine flexiblere Anknüpfung unter Berücksichtigung des Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO. Danach kann in Fällen, in denen keine subjektive Anknüpfung erfolgt, eine Durchbrechung des durch Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 Rom I-VO berufenen Rechts erfolgen, sofern sich eine wesentlich engere Verbindung aufgrund der Gesamtheit der Umstände zu dem Recht eines anderen Staates ergibt.<sup>147</sup> Demnach ist festzuhalten, dass eine Rechtswahl zwischen Air France und dem deutschen Familienvater im Lichte eines Anspruchs auf Ausgleichszahlung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO insgesamt unwirksam ist. Subsidiär hat vielmehr zunächst eine objektive Anknüpfung gem. Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 Rom I-VO zu erfolgen. Danach ist das Recht des Staates berufen, in dem sich der gewöhnliche Aufenthalt der zu befördernden Person befindet, sofern dieser mit dem Abgangs- oder Bestimmungsort identisch ist.<sup>148</sup> Bei dieser Anknüpfung stehen das Interesse und der Schutz des Reisenden im Vordergrund, der dadurch hinsichtlich des auf den Beförderungsvertrag anwendbaren Rechts auf sein Heimatrecht vertrauen kann.<sup>149</sup> Da die meisten Fluggäste bei reinen Beförderungsverträgen aus dem Staat ausreisen bzw. in den Staat einreisen, in dem sie sich gewöhnlich aufhalten, stellt Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 Rom I-VO die Regelanknüpfung von Beförderungsverträgen dar.<sup>150</sup> Der deutsche Fluggast und seine

Kinder haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und reisen von diesem Staat auch aus, sodass in diesem Fall Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 Rom I-VO einschlägig ist. Demnach findet das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der beförderten Personen, mithin deutsches Recht, Anwendung. Lägen diese Voraussetzungen jedoch nicht vor, wäre subsidiär auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers abzustellen.<sup>151</sup> Bedeutung erlangt diese Ausnahme vornehmlich im geschäftlichen Reiseverkehr.<sup>152</sup> Sofern sodann das auf den Beförderungsvertrag anzuwendende Recht objektiv bestimmt wurde, ist noch eine Auflockerung gem. Art. 5 Abs. 2I Rom I-VO zu beachten. Um dem Ausnahmecharakter jener Regelung Rechnung zu tragen, muss diese restriktiv angewandt werden. Wesentliche Aspekte müssen für eine Durchbrechung der gem. Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 Rom I-VO ermittelten Rechtsordnung sprechen.<sup>153</sup> Sofern die Ausweichklausel eingreifen sollte, spricht diese iVm. Art. 20 Rom I-VO einen Sachnormverweis zugunsten des Rechts aus, zu dem aufgrund einer Berücksichtigung aller Umstände des Falles eine wesentlich engere Verbindung als zu jenem Recht besteht, welches im Wege der objektiven Anknüpfung gem. Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 Rom I-VO berufen wäre.<sup>154</sup> Anderenfalls bleibt es bei dem aufgrund der objektiven Anknüpfung gem. Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 Rom I-VO iVm. Art. 20 Rom I-VO ermittelten Recht. Da keine wesentlich engere Verbindung zu einem anderen Recht als demjenigen besteht, das gem. Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 Rom I-VO ermittelt wurde, ist in dem dem Lückenschluss mit Hilfe der Rom I-VO zugrunde liegenden Beispiel somit deutsches Sachrecht bezüglich des Forderungsstatuts des Anspruchs auf Ausgleichszahlung gem. Art. 7 Fluggastrechte-VO des Vaters und seiner Kinder anwendbar. Mithin wird die in der Fluggastrechte-VO bestehende externe Lücke hinsichtlich der Ermittlung des Forderungsstatuts gem. Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO dadurch geschlossen, dass hypothetisch unter Ausblendung der VO entweder über Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 Rom I-VO das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der zu befördernden Person oder über Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 Rom I-VO das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers berufen wird. Sofern aufgrund der Ausweichklausel gem. Art. 5 Abs. 2I Rom I-VO eine wesentlich engere Verbindung zu dem Recht eines anderen Staates besteht, wird dieses Sachrecht berufen. Diesem so ermittelten Sachrecht unterliegt das Forderungsstatut hinsichtlich des aus Art. 7 Fluggastrechte-VO stammenden Anspruchs auf Ausgleichszahlung. Somit werden auch Fragen der Wirksamkeit etwaig in Betracht kommender Abtretungsverbote und einer Leistung des Schuldners gegenüber dem Zedenten mit befreiender Wirkung gegenüber dem Zessionar nach diesem Sachrecht bestimmt.

<sup>147</sup> Magnus, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 60; Staudinger, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 5 Rom I-VO Rn. 23; Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 97 ff.

<sup>148</sup> Magnus, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 55; Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 26; Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 80.

<sup>149</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 26.

<sup>150</sup> Magnus, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 56; Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 29; Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 83.

<sup>151</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 29; Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 83.

<sup>152</sup> Mankowski, TranspR 2009, 339; Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 29; Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 83.

<sup>153</sup> Magnus, in: Staudinger BGB (2016), Art. 5 Rom I-VO Rn. 60; Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 30.

<sup>154</sup> Staudinger, in: Keiler/Staudinger, Fluggastrechte-Verordnung (2016), C. Internationales Privatrecht Rn. 31.

### C) Fazit

Im Lichte dieser Arbeit kann resümierend festgehalten werden, dass eine einheitliche Kodifikation etwaiger Ansprüche von Fluggästen in Form der Fluggastrechte-VO sehr begrüßenswert ist und zu einem umfassenden und wichtigen Schutz dieser Personengruppe, die von dem Luftfahrtunternehmen, sei es das vertragliche oder faktische, abhängig ist. Mit der Ausweitung des Ausgleichsanspruchs nach Art. 7 in Verbindung mit Art. 6 analog auch auf große Verspätungen durch den EuGH in der *Sturgeon-Entscheidung* wird die wichtigste Gruppe der Mindestrechte der VO ebenfalls erfasst. Ausgleichsansprüche hinsichtlich der Nichtbeförderung und Annullierung, Begriffe, die systematisch und zum Schutz der Fluggäste ebenfalls weit ausgelegt werden müssen, runden den Kanon der Mindestrechte der Verordnung ab. Durch Art. 8 und 9 wird sichergestellt, dass etwaige Betreuungsleistungen, anderweitige Beförderungsleistungen und sonstige Kosten wie Hotelunterbringungen, Transportkosten oder Kosten für Logerie ebenfalls geltend gemacht werden können. Aufgrund der Tatsache, dass sich eine Vielzahl von Luftfahrtunternehmen als Anspruchsgegner auf außergewöhnliche Umstände hinsichtlich der Annullierung und Verspätung von Flügen gem. Art. 5 Abs. 3 (analog)<sup>155</sup> berufen, erwuchs das Erfordernis, Unternehmen wie Flightright oder Fairplane zu gründen, um den Fluggästen durch die Abtretung ihrer Forderung zur einfacheren Durchsetzung ihres Anspruches, notfalls mit gerichtlichen Mitteln, abzüglich eines Abschlags, zu verhelfen.

Einer Studie zufolge halten viele Luftfahrtunternehmen auch nach Jahren nach Inkrafttreten der Verordnung deren Regeln noch immer nicht beständig ein oder legen diese so aus, dass ihre Inanspruchnahme minimiert wird.<sup>156</sup> Gerade im Hinblick auf den Ausgleichsanspruch nach Art. 7 berufen sich die Luftfahrtunternehmen meist auf Art. 5 Abs. 3 bei der Annullierung eines Fluges bzw. deren entsprechende Anwendung bei einer großen Verspätung, um so nicht zahlen zu müssen. Durch die strengen Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes sollte durch die Rechtsprechung des EuGH jedoch einer missbräuchlichen Anwendung des Art. 5 Abs. 3 entgegengewirkt werden.<sup>157</sup>

Hinsichtlich des maßgeblichen Zessionsstatuts bei einer Zession von Ansprüchen des Fluggastes, die ihm die Fluggastrechte-VO gewährt und die dieser sodann zur besseren Durchsetzbarkeit vor Gericht an speziell darauf ausgerichtete Unternehmen abtritt lässt sich festhalten, dass die VO hinsichtlich der Ermittlung des Forderungsstatuts eine externe Lücke aufweist, die im Lichte einer Parallele zum Lückenschluss im CISG subsidiär mit Hilfe der Rom I-VO geschlossen wird. Es empfiehlt sich eine hypothetische Prüfung unter Ausblendung des Einheitsrechts. Die Rom II-VO ist hinsichtlich jener Anknüpfung nicht einschlägig, da die Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO im Einklang mit der Einordnung dieser Ansprüche durch den BGH als vertraglich zu qualifizieren sind. Maßgeblich ist sodann Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO, sodass nach Unterabs. 1 S. 1 in der Regel das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des beförderten Fluggastes oder nach Unterabs. 1 S. 2 subsidiär das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt

des Beförderers für die dingliche Wirkung der Zession zwischen Schuldner und Zessionar berufen wird. De lege ferenda sollte der europäische Gesetzgeber zunächst den Begriff der außergewöhnlichen Umstände anhand der bisherigen EuGH-Judikatur konkretisieren und kodifizieren, damit sich Luftfahrtunternehmen nicht mehr pauschal auf diesen Ausschlussbestand berufen können und den Fluggästen somit eine einfachere Durchsetzung ihrer Ansprüche zukäme. Desweiteren sollte, um Auslegungs- und Anknüpfungsschwierigkeiten hinsichtlich des Zessionsstatuts bei der Abtretung von Forderungen aus der VO zu vermeiden, eine Kollisionsnorm in einer reformierten Fluggastrechte-VO eingefügt werden. Die Europäische Kommission hat am 13.03.2013 einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Fluggastrechte-VO vorgestellt. Aufgrund des Vorabentscheidungsverfahrens des BGH<sup>158</sup> hätte der EuGH die Möglichkeit gehabt, die Rechtsnatur der Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO, insbesondere die des Ausgleichsanspruch gem. Art. 7, für alle Mitgliedstaaten verbindlich zu bestimmen; allerdings wurde das Verfahren durch Beschluss des EuGH nach Mitteilung durch den BGH aus dem Register des Gerichtshofes gestrichen, da der Rechtsstreit gütlich beigelegt worden ist.<sup>159</sup> So bleibt die Rechtsnatur jenes Anspruch weiterhin strittig, bis der EuGH erneut Gelegenheit bekommen wird, diese spannende Rechtsfrage zu klären.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>155</sup> Keiler, in: Staudinger/Keiler, Fluggastrechte-Verordnung (2016), Art. 7 Rn. 3; Hausmann, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 559.

<sup>156</sup> Steer/Davies/Gleave, Evaluation of Regulation 261/2004, S. 1; vgl. Hausmann, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 559.

<sup>157</sup> Hausmann, Europäische Fluggastrechte (2012), S. 559.

<sup>158</sup> BGH, Urt. v. 18.08.2015 - X ZR 2/15, Rn. 14.

<sup>159</sup> EuGH, Urt. v. 02.05.2016 - C-533/15.





## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

---

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

---

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

# KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

## „Krank oder nicht krank, das ist hier die Frage“ Anfängerklausur

### Sachverhalt

Die 48-jährige verbeamtete Lehrerin Olga Kogan (O) will ihre Tochter Nadine (N) zum RTL-Dschungelcamp im Februar 2019 begleiten.<sup>1</sup> Sie fragt daher für einen Zeitraum von drei Wochen während des regulären Schulbetriebs um Urlaub an. Der Schulleiter des Gymnasiums in Delmenhorst (Niedersachsen), an dem O unterrichtet, sieht hierfür aber keinerlei Möglichkeiten. Ein regulärer Urlaubsantrag scheidet aus, da bei Lehrern der Anspruch auf Erholungsurlaub mit den Schulferien abgegolten wird.<sup>2</sup> Die gesamten Schulferien (insbesondere Sommer-, Herbst-, Oster- und Weihnachtsferien) sind in der Summe bereits deutlich umfangreicher als die Urlaubstage bei anderen Beamten oder normalen Arbeitnehmern in der freien Wirtschaft.<sup>3</sup>

Daher kommt für O wenn überhaupt nur ein Sonderurlaubsantrag nach der Landes-Sonderurlaubsverordnung in Betracht. Allerdings lässt sich die Begleitung eines Kindes zu einem Realityshow-Format unter keinen der dort genannten Sonderurlaubsgründe<sup>4</sup> subsumieren. Der Schulleiter teilt dies so der O mit, die daraufhin gar nicht erst förmlich einen Urlaubsantrag stellt.

Allerdings bringt dies die O nicht von ihrem Plan ab, ihre Tochter so oder so nach Australien zu begleiten. Daher geht sie eine Woche vor dem Abflug ins Dschungelcamp zu ihrem Hausarzt (H) und erzählt ihm von ihren (in Wahrheit nicht existenten) Depressionen und einem (ebenfalls nicht vorhandenen) Burn-Out. Die entsprechenden Symptome hat sich O vorher „ergoogelt“. Vor H zieht sie allerlei theatralische Register. Dieser erkennt, dass O gar nichts hat<sup>5</sup>, macht aber das, was er immer macht, wenn er keine äußeren Symptome diagnostizieren kann und die Schilderungen darauf hinauslaufen, dass der Patient andeutet, krankgeschrieben werden zu wollen: Er stellt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für zwei Wochen aus. Dabei kommt der O zugute, dass sie – wie Beamte eigentlich immer – Privatpatientin ist. Bei Kassenpatienten ist H nicht derart „freigiebig“, allerdings kann er bei Leistungen für Privatpatienten viel höher abrechnen, so dass er lukrative Privatpatienten nicht

verärgern und durch Entgegenkommen letztlich von einem Arztwechsel abhalten will.

Die zwei Wochen Krankschreibung reichen der O allerdings nicht. Schließlich bräuchte sie inklusive der einen Woche Vorlauf vier Wochen Krankschreibung. Allerdings hat sie sich nicht getraut, dies H klar zu erkennen zu geben. Dieser erschien ihr schon als einigermaßen argwöhnisch. Also geht O zum Hausarzt ihrer besten Freundin Svetlana. Dieser hat einen legendären Ruf als sog. „Doc Holiday“. Wer auch immer krankgeschrieben werden will, gerne auch etwas länger, wird diese Krankschreibung hier typischerweise auch erhalten. O holt also nochmals ihr gesamtes schauspielerisches Können hervor. Und tatsächlich: es klappt. Einen Tag nach ihrem ersten „Auftritt“ vor H hält sie die begehrte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für vier Wochen in Händen. Ob „Doc Holiday“ gemerkt hat, dass O voll dienstfähig ist und gar nichts hat, ist unklar. Die zweite Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung reicht O bei ihrer Schule ein und ab geht der Flieger nach Australien. Zuvor zerreißt sie noch die erste, aus ihrer Sicht unnütze Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

Auf RTL wird O von Kollegen und dem Schulleiter gesichtet, offenbar kerngesund und quietschfidel. Dies führt zu einer Strafanzeige und der Einleitung eines Disziplinarverfahrens. Letztendlich wird O als Disziplinarmaßnahme aus dem Dienst entlassen. Das in dieser Sache urteilende VG Lüneburg<sup>6</sup> zog den Schluss, dass die Lehrerin „gegen Dienstpflichten verstoßen hat, indem sie ungerechtfertigt ihrem Dienst ferngeblieben ist und sich damit nicht mit dem vollen persönlichen Einsatz ihrem Beruf gewidmet hat. Da dieses Vergehen schwer wiege, rechtfertige dies auch die disziplinarische Höchstmaßnahme. Sie habe aufgrund ihres Verhaltens das Vertrauen ihres Dienstherrn und der Allgemeinheit endgültig<sup>7</sup> verloren“.

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von O und H nach dem StGB.**

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Der Fall ist weitgehend dem Fall der Mutter der Dschungelcamp-Teilnehmerin Nathalie Volk nachgebildet. Diese wurde zunächst durch das TV-Format Germany's Next Topmodel (GNTM) bekannt. Nach dem Dschungelcamp sorgte die Beziehung der damals 19-jährigen mit dem damals 59-jährigen Milliardär Frank Otto für Aufmerksamkeit.

<sup>2</sup> Genauer gesagt: auch Lehrer haben Anspruch auf Erholungsurlaub, diesen müssen sie aber innerhalb der unterrichtsfreien Zeit (= Schulferien) nehmen.

<sup>3</sup> Natürlich soll damit keine Neiddebatte losgetreten werden im Stile etwa eines Gerhard Schröder („alles faule Säcke“). Zwar gibt es sicherlich Lehrer, die in den Schulferien überhaupt nichts Dienstliches machen. Wohl aber gibt es demgegenüber auch Lehrer, die dann teilweise ihren Unterricht vorbereiten bzw. die vorhandenen Unterlagen aktualisieren/überarbeiten etc.

<sup>4</sup> Vgl. zu Sonderurlaubsgründen und den ggf. entgegenstehenden dienstlichen Gründen im Überblick etwa Hippeli, DÖD 2018, 293 ff.

<sup>5</sup> An dieser Stelle handelt es sich um reine Fiktion des Autors. Im Originalfall wurden die behandelnden Ärzte nicht belangt.

<sup>6</sup> Vgl. zum Originalfall VG Lüneburg Urte. v. 26.04.2019, 10 A 6/17 (noch nicht rechtskräftig); zur strafrechtlichen Bedeutung ferner LG Lüneburg, Urte. v. 06.03.2018, 29 Ns 61/17.

<sup>7</sup> Im Originalfall hatte sich die Lehrerin wohl zuletzt noch selbst ein Bein gestellt, indem sie sich auch nach Versetzung/Kürzung der Dienstbezüge ehedem über die Weisung hinwegsetzte, keine Interviews zur Sache zu geben. Aus Sicht des VG Lüneburg war diese erneute Insubordination der berühmte Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte und dann sogar die Entfernung aus dem Dienst rechtfertigte. Allerdings ist derzeit wohl noch offen, ob eine Beschwerde zum OVG Lüneburg erhoben wird, welche dann dieses Schicksal ggf. noch abwenden kann.

## Gliederung

### A) Strafbarkeit von O

#### I. Strafbarkeit der O aus § 279 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

##### 2. Rechtswidrigkeit

##### 3. Schuld

##### 4. Zwischenergebnis

#### II. Strafbarkeit der O aus § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

#### III. Strafbarkeit der O aus § 263 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

##### 2. Zwischenergebnis

#### IV. Strafbarkeit der O aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

##### 1. Tatbestand

##### 2. Zwischenergebnis

#### V. Ergebnis

### B) Strafbarkeit von H

#### I. Strafbarkeit des H aus § 278 StGB

#### II. Strafbarkeit des H aus § 348 Abs. 1 StGB

#### III. Ergebnis

### C) Gesamtergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Der Fall ist daher interessant, als dass sich in Deutschland jedes Jahr eine Vielzahl<sup>8</sup> von Arbeitnehmern und Beamten krankschreiben lässt, ohne in Wahrheit krank zu sein. Was kaum jemand weiß: Die Ärzte machen sich stets strafbar, wenn sie dies wissen, aber dennoch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen. Sehr ungewöhnlich ist aber die Rechtslage auf der anderen Seite des Tisches. Sofern der Arbeitgeber etwa eine Behörde ist, dann liegt eine gesonderte Strafbarkeit iSd. § 279 StGB vor. Diese Nischennorm ist kaum bekannt.

### A) Strafbarkeit von O

#### I. Strafbarkeit der O aus § 279 StGB

O könnte sich dadurch, dass sie ihrer Schule die zweite Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung<sup>9</sup> vorlegte, wegen Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht haben.

Dies setzt voraus, dass sie iSd. Norm tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

<sup>8</sup> Tatsächlich findet sich alljährlich in der polizeilichen Kriminalstatistik nur eine zweistellige Zahl von Straftaten nach § 279 StGB, während das Dunkelfeld wohl riesig ist, vgl. *Erb*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 279 Rn. 1.

<sup>9</sup> Nur um diese kann es im Rahmen von § 279 StGB gehen. Von der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat die O schließlich gerade keinen Gebrauch gemacht und eine andere Tathandlung (etwa das Erschleichen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung) ist von § 279 StGB nicht erfasst.

<sup>10</sup> BGH NJW 1957, 718; OLG Stuttgart NJW 2014, 482 (483); *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 277 Rn. 4; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 277 Rn. 4.

### 1. Tatbestand

Zunächst müsste O tatbestandsmäßig gehandelt haben. Hierfür ist Voraussetzung, dass sie den objektiven und den subjektiven Tatbestand des § 279 StGB erfüllt hat.

#### a) Objektiver Tatbestand

Fraglich ist zunächst, ob O den objektiven Tatbestand des § 279 StGB erfüllt hat.

Dann müsste sie ein ärztliches Zeugnis iSd. §§ 277, 278 StGB (Gesundheitszeugnis) gebraucht haben, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über ihren oder eines anderen Gesundheitszustand zu täuschen.

Das Tatobjekt zweite Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung müsste damit entweder ein gefälschtes Gesundheitszeugnis iSd. § 277 StGB oder ein unrichtiges Gesundheitszeugnis iSd. § 278 StGB darstellen. Ein Gesundheitszeugnis beinhaltet Erklärungen über den Gesundheitszustand eines Menschen und zwar zu einem früheren Zustand, zum gegenwärtigen Zustand wie auch über künftige Gesundheitsaussichten.<sup>10</sup> Gefälscht ist ein Gesundheitszeugnis iSd. § 277 StGB dann, wenn der von einem Arzt oder einer anderen approbierten Medizinalperson stammende Originalinhalt verändert wird.<sup>11</sup> O hat den Originalinhalt der zweiten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zwischen Erhalt und Weiterleitung an ihre Schule aber nicht verändert. Ein gefälschtes Gesundheitszeugnis iSd. § 277 StGB liegt daher jedenfalls nicht vor. Die zweite Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung könnte dann allerdings ein unrichtiges Gesundheitszeugnis iSd. § 278 StGB darstellen. Unrichtig ist ein Gesundheitszeugnis dann, wenn der ausstellende Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson von Anfang an ein inhaltlich unrichtiges Gesundheitszeugnis anfertigt, wenn also das Zeugnis in einem maßgeblichen Punkt von objektiven medizinischen Erkenntnissen oder Erfahrungen abweicht.<sup>12</sup> Es muss daher wie bei § 267 StGB in der Variante des Verfälschens im Ergebnis rein objektiv eine schriftliche Lüge vorliegen.<sup>13</sup>

Ob der handelnde Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson an dieser Stelle einer Täuschung durch den Patienten erlegen ist, sorgfaltswidrig eine Fehldiagnose gestellt, sich trotz aller Sorgfalt schlicht geirrt oder sogar die nicht vorhandene Krankheit erkannt, aber dennoch das unrichtige Gesundheitszeugnis ausgestellt hat, spielt keinerlei Rolle. Ebenso wenig muss es dem handelnden Arzt oder der anderen approbierten Medizinalperson darauf angekommen sein, dass das unrichtige Gesundheitszeugnis später zur Täuschung im Rechtsverkehr eingesetzt wird.<sup>14</sup> Vorliegend ist insgesamt ein unrichtiges Gesundheitszeugnis iSd. § 278 StGB ausgestellt worden. Denn die O war tatsächlich arbeitsfähig.

<sup>11</sup> *Maier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 277 Rn. 9; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 277 Rn. 8.

<sup>12</sup> *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 278 Rn. 4; *Wittig*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 278 Rn. 5.

<sup>13</sup> *Kindhäuser*, LPK-StGB, 7. Auflage (2017), § 278 Rn. 1; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 277 Rn. 1.

<sup>14</sup> OLG Stuttgart NJW 2014, 482 (484); *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 279 Rn. 1; *Erb*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 279 Rn. 2.

Fraglich ist neben dem Tatobjekt weiterhin die Tathandlung. Diese besteht in einem Gebrauch des maßgeblichen Gesundheitszeugnisses gegenüber einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft. Behörden iSd. Definition des § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB sind ständige, vom Wechsel bzw. Wegfall einzelner Personen unabhängige, in das Gefüge der staatlichen Verwaltung eingeordnete Organe, die mit öffentlicher Autorität auf die Erreichung von Staatszwecken oder staatlich geförderten Zwecken hinwirken.<sup>15</sup> Die Schule, bei der O Lehrerin ist, ist eine solche Behörde. Dies ist alleine schon daraus erkennbar, dass O Beamtin ist, sodass die Schule im Umkehrschluss eine staatliche Instanz mit Dienstherreneigenschaft darstellt. Ein Gebrauchen setzt schließlich voraus, dass die Urkunde dem zu Täuschenden mit der Möglichkeit der Wahrnehmung zugänglich gemacht wird.<sup>16</sup> Das Übersenden des unrichtigen Gesundheitszeugnisses an die Schule von O ist ein solches Gebrauchen. Auch die taugliche Tathandlung des § 279 StGB ist damit erfüllt.

### b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob O auch den subjektiven Tatbestand erfüllt hat. In subjektiver Hinsicht muss der Täter des § 279 StGB vorsätzlich und mit Täuschungsabsicht handeln.

Hinsichtlich des Vorsatzes ist es erforderlich, dass der Täter die Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses kennt, bedingter Vorsatz genügt.<sup>17</sup> Daran gemessen lässt sich festhalten, dass die O sogar zielgerichtet die Ausstellung eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses erreichen wollte (dolus directus 1. Grades). Daher hat sie jedenfalls vorsätzlich gehandelt.

Weiterhin müsste die O Täuschungsabsicht über ihren Gesundheitszustand gegenüber der Schule als Behörde besessen haben. Die Absicht der Täuschung über den Gesundheitszustand setzt dabei zwingend voraus, dass das Gesundheitszeugnis zumindest nach der Vorstellung des Täters unwahre Angaben über den Gesundheitszustand enthält. Dem Täter muss es als Ausdruck der deliktisimmanenten überschießenden Innentendenz auch iS. dolus directus 1. Grades gerade darauf ankommen, dass etwa eine Behörde über den Gesundheitszustand getäuscht wird.<sup>18</sup> Dies war vorliegend der Fall, die O hatte Täuschungsabsicht.

Der subjektive Tatbestand liegt damit insgesamt vor.

### 2. Rechtswidrigkeit

Ferner müsste O rechtswidrig gehandelt haben. Da keinerlei Rechtfertigungsgründe erkennbar sind, war das Handeln der O auch rechtswidrig.

### 3. Schuld

Schließlich müsste O auch schuldhaft gehandelt haben. Es sind vorliegend keinerlei Entschuldigungsgründe ersichtlich. Damit war das Handeln der O auch schuldhaft.

### 4. Zwischenergebnis

O hat sich somit insgesamt wegen des Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit der O aus § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Die O könnte sich ferner durch die Übermittlung der zweiten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an ihre Schule wegen Urkundenfälschung in Form des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde iSd. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

Allerdings stellt § 279 StGB im Bereich der Gesundheitszeugnisse eine spezielle Privilegierung hinsichtlich des Gebrauchs dar, so dass die Urkundenfälschung iSd. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB als *lex generalis* hinter § 279 StGB zurücktritt.<sup>19</sup>

#### Hinweis

Hier liegt dann der Anknüpfungspunkt für Fälle, bei denen die Täuschung mit einer unrichtigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht gegenüber etwa einer Behörde erfolgt, sondern gegenüber einem Arbeitgeber in der freien Wirtschaft. Bspw. wäre die Lehrerin im Originalfall anstelle von § 279 StGB nach § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB zu verurteilen gewesen, wenn es sich bei ihrer Schule nicht um eine staatliche Schule (Behörde), sondern um eine Privatschule gehandelt hätte. Jeder Arbeitnehmer, der sich eine objektiv unrichtige Krankschreibung erschwandelt, muss also wissen, dass er sich so oder so strafbar macht und eben kein rein moralisch verwerfliches, aber strafloses Kavaliärsdelikt vorliegt.

## III. Strafbarkeit der O aus § 263 Abs. 1 StGB

Weiterhin könnte B auch dadurch einen Betrug iSd. § 263 Abs. 1 StGB begangen haben, dass sie ihrer Schule durch Vorlage des unrichtigen Gesundheitszeugnisses eine Krankheit vorgespiegelt und sodann in unzulässiger Weise keine Arbeitsleistung erbracht hat, obwohl ihr auch weiterhin Bezüge gewährt wurden.

#### Hinweis

An dieser Stelle gilt es aufzupassen, nicht in eine „so ähnlich“-Falle zu geraten. Beamte können zwar anders als Angestellte regelmäßig keinen Arbeitszeit-Betrug durch Minderleistung begehen, da sie lediglich ihre Anwesenheit zur Verfügung stellen müssen und keine Leistung i.e.S. schulden. Ein Arbeitszeit-Betrug ist aber auch durch Beamte möglich, wenn sie eben diese Anwesenheit vereiteln (falsches Ein- oder Ausstechen; Erschleichen einer Krankschreibung etc.).

Dann müsste die O sowohl tatbestandsmäßig, rechtswidrig als auch schuldhaft gehandelt haben.

### 1. Tatbestand

Zunächst müsste O wieder tatbestandsmäßig gehandelt haben. Hierfür ist Voraussetzung, dass sie den objektiven und den subjektiven Tatbestand des § 279 StGB erfüllt hat.

#### a) Objektiver Tatbestand

O müsste den objektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht haben. Dafür ist Voraussetzung, dass O getäuscht hat, wodurch bei dem Getäuschten ein Irrtum erregt wurde, so dass

<sup>15</sup> v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 11 Rn. 50; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 11 Rn. 20.

<sup>16</sup> Vgl. Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 279 Rn. 1; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 279 Rn. 7.

<sup>17</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 279 Rn. 3; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 279 Rn. 3.

<sup>18</sup> Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 279 Rn. 1; Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 279 Rn. 4.

<sup>19</sup> Bischoff/Buchholz, JuS 2013, 1123 (1128).

der Getäuschte eine Vermögensverfügung vorgenommen hat, die zu einem Vermögensschaden führte.

O hat mit der Vorlage der zweiten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihre Schule bzw. die dortigen Amtswalter darüber getäuscht, dass sie vier Wochen lang dienstunfähig ist, woraufhin ihr dennoch weiter Bezüge gewährt wurden (welche ihr bei unerlaubter Abwesenheit gekürzt oder gestrichen hätten werden können). Hierdurch entstand der Schule bzw. dem Träger (Land Niedersachsen) ein Vermögensschaden.<sup>20</sup>

### b) Subjektiver Tatbestand

O müsste auch subjektiv tatbestandsmäßig gehandelt haben, also vorsätzlich und in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Der Vorsatz des Täters muss sich dabei bei § 263 StGB auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen, bedingter Vorsatz genügt.<sup>21</sup> Schon beim Vorsatz kann selbst der bloß bedingte Vorsatz der O nur sehr schwer bejaht werden. Schließlich darf der Rspr. des BGH nach ein Schluss vom äußeren Tatablauf auf die innere Tatseite nicht ohne weiteres erfolgen.<sup>22</sup> Vorliegend ist schließlich fraglich, ob die Fortdauer der Bezüge für O überhaupt irgendeine Rolle gespielt hat.

Noch kritischer wird dieser Aspekt hinsichtlich der erforderlichen Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Hier kommt es auf die zielgerichtete Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils iS. dolus directus 1. Grades an.<sup>23</sup> Zumindest diese Absicht ist bei O jedenfalls nicht erkennbar. Ihr Ziel war es einzig, ihre Tochter nach Australien zu begleiten, komme was wolle. Die Fortdauer der Bezüge ohne Erbringung von Lehrtätigkeit mag sie dabei als erfreulichen Nebenaspekt in Kauf genommen haben, dies reicht indes alleine in der Form nicht aus, um die Vorteilsverschaffungsabsicht bejahen zu können.

Insgesamt ist daher der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

### 2. Zwischenergebnis

Die O hat sich nicht wegen Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### IV. Strafbarkeit der O aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die O könnte sich ferner dadurch wegen Urkundenunterdrückung iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, dass sie die von H ausgestellte erste Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zerrissen hat.

#### 1. Tatbestand

O müsste zunächst iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandsmäßig gehandelt haben.

Sodann müsste O den gesamten objektiven Tatbestand verwirklicht haben. O müsste also eine echte Urkunde, die ihr nicht ausschließlich gehörte, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben.

Eine Urkunde ist insoweit eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, einen Aussteller erkennen lässt und die zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist.<sup>24</sup> Echte Urkunde ist eine Urkunde dann, wenn sie von demjenigen herrührt, der in ihr als Aussteller erkennbar ist.<sup>25</sup> Daran gemessen war die erste Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine echte Urkunde. Denn sie ließ den Aussteller H erkennen und dokumentierte in rechterheblicher Weise, dass O (angeblich) dienstunfähig war.

Weiterhin dürfte die in Rede stehende Urkunde dem Täter nicht oder zumindest nicht ausschließlich gehören. Dies ist dann der Fall, wenn keine (alleinige) Befugnis besteht, diese Urkunde zur Beweisführung zu benutzen.<sup>26</sup> Vorliegend lässt sich aber feststellen, dass Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen einzig im Interesse des Patienten ausgestellt werden. Dieser muss schließlich beweisen, dass er arbeitsunfähig ist, sonst drohen ihm das Entfallen der Entgeltfortzahlung und arbeitsrechtliche Konsequenzen wegen unerlaubten Fernbleibens (Angestellte) bzw. disziplinarrechtliche Konsequenzen (Beamte). Darüber hinaus ist nicht erkennbar, dass das Beweisführungsrecht an Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen irgendjemand anderem alternativ oder kumulativ zustehen könnte (bspw. Krankenkassen, Arbeitgeber/Dienstherr). Damit hatte die O das alleinige Beweisführungsrecht an der maßgeblichen Urkunde. Dementsprechend ist bereits der objektive Tatbestand von § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfüllt.

### 2. Zwischenergebnis

Die O hat sich nicht wegen Urkundenunterdrückung iSd. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### V. Ergebnis

O hat sich einzig wegen des Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht.

### B) Strafbarkeit von H

#### I. Strafbarkeit des H aus § 278 StGB

H könnte sich wegen des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 278 StGB strafbar gemacht haben, als er durchschaute, dass O gar nicht wirklich krank war, ihr aber dennoch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellte.

#### Hinweis

Die §§ 277-279 StGB bilden innerhalb der Urkundendelikte (§§ 267 – 282 StGB) einen eigenen Deliktscluster rein bezogen auf Gesundheitszeugnisse. § 277 StGB bestraft jeden, der ein falsches Gesundheitszeugnis herstellt

<sup>20</sup> Vgl. zum einzig ersichtlichen ähnlichen Rechtsprechungsfall hinsichtlich eines solchen Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB, bei dem ein Polizist sich trotz abgeklungener Krankheit weiter krankschreiben ließ und in Urlaub fuhr BVerwG BeckRS 2018, 24283; VG Mannheim, BeckRS 2017, 152040; VG Stuttgart BeckRS 2016, 133519.

<sup>21</sup> *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 263 Rn. 73; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 279 Rn. 868 f.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2003, 663 (664).

<sup>23</sup> *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 58; *Perron*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 176.

<sup>24</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 3. Aufl. (2018), § 267 Rn. 2; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 267 Rn. 2.

<sup>25</sup> *Brehmeier-Metz*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. (2015), § 267 Rn. 16; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 267 Rn. 21.

<sup>26</sup> *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 274 Rn. 1; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 274 Rn. 4.

oder ein echtes verfälscht und in qualifizierter Weise gebraucht. § 278 StGB soll dagegen Ärzte davon abhalten, unrichtige Gesundheitszeugnisse auszustellen. Und § 279 StGB bestraft den reinen Nutznießer-Patienten, der von dem kritischen Gesundheitszeugnis in qualifizierter Weise Gebrauch macht, ohne sich bereits zuvor bei der Ausstellung strafbar gemacht zu haben.

Wie bereits im Zusammenhang mit § 279 StGB festgestellt, erfasst das unrichtige Gesundheitszeugnis zum Zwecke des Gebrauchs bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft jede schriftliche Lüge. Es muss also in irgendeinem wesentlichen Punkt den Tatsachen widersprechen.<sup>27</sup> Dies war vorliegend der Fall. Die von H ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hatte objektiv einen falschen Inhalt, da O gar nicht krank war.

H müsste bei Ausstellung in subjektiver Hinsicht zumindest Eventualvorsatz gehabt haben, bezüglich der Unrichtigkeit ist jedoch ein Handeln wider besseres Wissen (dolus directus 2. Grades) erforderlich.<sup>28</sup> Dies ist bei H einschlägig. Denn er hatte erkannt, dass sich die O eine Krankschreibung erschwindeln wollte und ihr trotzdem eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt.

Sein Handeln war auch rechtswidrig und schuldhaft.

Daher hat sich H wegen des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 278 StGB strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit des H aus § 348 Abs. 1 StGB

H könnte sich ferner wegen Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, da er womöglich rechtserhebliche Tatsachen falsch beurkundet hat.

Allerdings ist grundlegende Voraussetzung von § 348 Abs. 1 StGB, dass ein Amtsträger handelt, der zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt ist. Wie § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zeigt, sind Amtsträger aber stets Beamte, Angestellte im öffentlichen Dienst oder sonst in irgendeiner Form staatlich beauftragt. Hinsichtlich H als bloß privatrechtlich agierendem Arzt ist dies – anders etwa als bei einem Amtsarzt – nicht der Fall. Daher kann H sich insgesamt nicht wegen Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

## III. Ergebnis

H hat sich einzig wegen des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 278 StGB strafbar gemacht.

## C) Gesamtergebnis

O hat sich wegen des Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht, H wegen des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 278 StGB.

## Abschließende Hinweise für Studierende

Der Fall ist noch als Anfängerklausur zu behandeln, da alle maßgeblichen Tatbestände außer den §§ 277 ff. StGB im Grundstudium behandelt werden und die §§ 277 ff. StGB nur eine leichte Varianz zu § 267 StGB aufweisen (Gesundheitszeugnis vs. Urkunde).

► [Inhaltsverzeichnis](#)



<sup>27</sup> Kindhäuser, LPK-StGB, 7. Auflage (2017), § 278 Rn. 1; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 277 Rn. 1.

<sup>28</sup> Koch, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 278 Rn. 3; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2019), § 278 Rn. 8.

# KLAUSUR – STRAFRECHT

Referendarin Caprice Nina Doerbeck\*/Jun.-Prof. Dr. Tillmann Bartsch\*\*

## „Gaststättenbesuch mit Folgen“ Fortgeschrittenenklausur

### Sachverhalt

Weil sie seine „gelegentlichen“ Gaststättenbesuche nicht länger finanzieren will, kommt es zu einem heftigen Streit zwischen T und seiner Freundin F. Aufgebracht fährt er in die nächstgelegene Gaststätte und bestellt in dem Wissen, kein Bargeld bei sich zu haben, für sich ein Tablett „Asbach-Cola“ im Wert von 38 €. Gastwirt G fragt sich noch, ob T die Getränke wohl bezahlen kann, serviert aber trotzdem die Bestellung. Nach dem Genuss der Alkoholika kommt T, der mittlerweile eine BAK von 1,5 ‰ aufweist, auf den Gedanken, dass bei G „sicher etwas zu holen ist“. Durch Vorhalten seiner stets in der Jackentasche mitgeführten Pistole und unter der Androhung, ihn zu erschießen, fordert T den G auf, ihm den Inhalt der gerade geöffneten Kasse auszuhändigen. G glaubt, das Geld sei „so oder so verloren“, und überreicht T in Todesangst die Tageseinnahmen. Mit diesen verlässt T – natürlich ohne seine Rechnung zu begleichen – die Gaststätte, steckt die Waffe in seine Jackentasche und steigt in seinen Wagen, um nach Hause zu fahren. Dabei ist T bewusst, dass er erheblich alkoholisiert und daher fahruntüchtig ist. Auf dem Heimweg kommt er an dem Haus seiner Freundin vorbei und zündet dieses an, wobei F zu Tode kommt. Im unmittelbaren Anschluss – das Inbrandsetzen des Gebäudes hat lediglich wenige Minuten gedauert – fährt er in seine eigene Wohnung.

**Aufgabe 1:** Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht? Etwaig erforderliche Strafanträge wurden gestellt. Straftaten aus dem sechzehnten, siebzehnten und siebundzwanzigsten des Besonderen Teils des StGB sowie die §§ 306-306f StGB sind nicht zu prüfen.

**Aufgabe 2:** Beziehen Sie zu den nachfolgenden Fragen Stellung:

Als der Tod der F untersucht wird, gerät T schnell ins Visier der Ermittlungen. T sucht bei seinem alten Bekannten, dem Rechtsanwalt R, Hilfe. Dieser lässt sich von T den Vorfall genau schildern und rät ihm sodann: „Sag auf keinen Fall, dass du das Haus der F angezündet hast. Besser ist es, wenn du einfach ein bisschen flunkerst und dir ein Alibi verschaffst. Sag doch einfach, du seist mit einem Kumpel unterwegs gewesen.“ Ist diese Beratung durch R zulässig?

T wird wegen der Taten im Zusammenhang mit den Geschehnissen in der Gaststätte sowie wegen Brandstiftung mit Todesfolge zulasten der F angeklagt. Sowohl der Bruder der F als auch G, der seit dem Überfall traumatisiert und arbeitsunfähig ist, möchten sich als Nebenkläger am Gerichtsverfahren beteiligen. Prüfen Sie, ob dies möglich ist.

### Gliederung

#### Aufgabe 1

##### A) Strafbarkeit des T

###### I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB

###### 1. Objektiver Tatbestand des § 249 StGB

Problem: Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung

- Derzeit noch herrschende Auffassung in der Literatur
- Auffassung der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur
- Streitentscheidung

###### 2. Ergebnis

###### II. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB

###### III. § 240 Abs. 1, 2 StGB

###### IV. § 241 Abs. 1 StGB

###### V. § 239 Abs. 1 StGB

Problem: Dauer der Freiheitsentziehung / Erheblichkeitsschwelle

###### VI. § 239a StGB

Problem: Anwendung des § 239a Abs. 1 StGB im 2-Personen-Verhältnis

###### VII. § 263 Abs. 1 StGB (bezüglich der alkoholischen Getränke)

###### 1. Tatbestand

- Täuschung
- Problem: Irrtum bei Zweifeln des Getäuschten
- Vermögensverfügung
- Vermögensschaden
- Vorsatz und Bereicherungsabsicht

###### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

###### 3. Ergebnis

###### VIII. Sonstige in Betracht kommende Delikte bezüglich der alkoholischen Getränke

###### IX. § 316 StGB

Problem: Beendigung des Dauerdelikts

##### B) Gesamtergebnis

#### Aufgabe 2

##### A) Rechtsstellung des Strafverteidigers

##### B) Nebenklage

\* Die Autorin ist Referendarin im Bezirk des OLG Stuttgart (derzeit Staatsanwaltschaft Tübingen).

\*\* Der Autor ist Juniorprofessor für Kriminologie und Strafrechtspflege an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

\*\*\* Es handelt sich um Teile einer Klausur, die im Wintersemester 2018/2019 an der Eberhard-Karls Universität Tübingen im Rahmen des Examenklausurenkurses gestellt wurde. Die Bearbeiter erreichten im Schnitt 5,5 Punkte, die Nichtbestehensquote lag bei 28 %.

## Gutachten

### Aufgabe 1

#### A) Strafbarkeit des T

##### I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB

Indem T dem G mit vorgehaltener Pistole androhte, ihn zu erschießen, wenn er ihm nicht den Inhalt der Kasse aushändigen würde, könnte er sich wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand des § 249 StGB

T müsste G gem. § 249 Abs. 1 StGB eine fremde bewegliche Sache mit Gewalt oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben weggenommen haben. Die Tageseinnahmen stellen ein taugliches Tatobjekt dar.

T müsste diese weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.<sup>1</sup> Vorliegend ist genauer zu untersuchen, ob T dem G die Tageseinnahmen weggenommen hat oder ob dieser darüber verfügte.

#### Problem: Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung<sup>2</sup>

Die Frage ist, ob die Aufforderung des T, ihm den Inhalt der Kasse auszuhändigen, eine Wegnahme im Sinne des § 249 Abs. 1 StGB oder eine erpresserische Vermögensschädigung gem. §§ 253, 255 StGB darstellt.

##### a) Derzeit herrschende Auffassung in der Literatur

Die wohl noch herrschende Auffassung in der Literatur<sup>3</sup> begreift die räuberische Erpressung als Selbstschädigungsdelikt, das eine Vermögensverfügung erfordert und daher zum Raub in einem Exklusivverhältnis steht. Danach kommt es darauf an, ob G mit der Aushändigung der Tageseinnahmen über sein Vermögen verfügte. Eine Vermögensverfügung erfordert jedenfalls ein willensgetragenes Verhalten des Genötigten.<sup>4</sup> Weiteres ist umstritten: Überwiegend wird darauf abgestellt, ob der Genötigte seine Mitwirkung im Sinne einer Schlüsselstellung für notwendig hält:<sup>5</sup> Wenn der Genötigte den Gegenstand unabhängig von seiner Mitwirkung als verloren ansieht, liege eine Wegnahme und keine Vermögensverfügung vor. Ist der Gewahrsamsverlust nach der Vorstellung des Genötigten hingegen noch von seiner Mitwirkung abhängig, handele es sich bei dieser Mitwirkung um eine Vermögensverfügung.

Nach dieser Auffassung ist das Geschehen als Wegnahme zu beurteilen. T hat durch die Bedrohung des G mit der Waffe eine

Situation geschaffen, in der dieser keinerlei Entscheidungsspielraum hatte und das Geld unabhängig von seiner Mitwirkung dem Zugriff des T ausgeliefert sah.

##### b) Auffassung der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur

Die höchstrichterliche Rechtsprechung,<sup>6</sup> der ein Teil des Schrifttums gefolgt ist,<sup>7</sup> sieht den Raub als Spezialfall der räuberischen Erpressung an. Danach wird für die räuberische Erpressung auf das Merkmal „Vermögensverfügung“ verzichtet, so dass §§ 253, 255 StGB auch durch Wegnahme begangen werden können.<sup>8</sup> Liegen die sonstigen Voraussetzungen des Raubes und der räuberischen Erpressung vor, entscheide das äußere Erscheinungsbild der Tat darüber, ob das allgemeinere Delikt der räuberischen Erpressung durch den speziellen Tatbestand des § 249 StGB verdrängt wird.<sup>9</sup> Stellt sich das äußere Erscheinungsbild als „Nehmen“ der Sache dar, handle es sich um eine Wegnahme im Sinne des § 249 StGB. Bei einem Sich-Geben-Lassen liege dagegen eine räuberische Erpressung vor. Das Spezialdelikt des Raubes scheidet in diesem Fall mangels räuberischer Wegnahme aus.

T wollte sich die Tageseinnahmen von G aushändigen lassen. Nach dieser Ansicht läge daher keine Wegnahme im Sinne des § 249 StGB vor. Vielmehr müsste das Geschehen als räuberische Erpressung gewertet werden.

##### c) Streitentscheidung

Da die beiden Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist eine Streitentscheidung erforderlich. Die wohl herrschende Ansicht in der Literatur begründet ihre Auffassung damit, dass eine Vermögensverfügung auch bei dem parallel ausgestalteten § 263 StGB allgemein anerkannt sei, im Wortlaut jedoch ebenfalls nicht genannt werde.<sup>10</sup> Systematisch sei es zudem ungewöhnlich, den Raub als *lex specialis* anzusehen, da die Überschrift des 20. Abschnitts darauf hindeute, dass Raub und Erpressung gleichwertige Delikte mit eigenständiger Bedeutung sind.<sup>11</sup> Auch lasse sich der Ansicht der Rechtsprechung entgegenhalten, dass diese zu ihren Aussagen bei der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug in Widerspruch stehe, da die Rechtsprechung dort auf die innere Willensrichtung des Opfers abstelle.<sup>12</sup> Schließlich wird behauptet, dass § 249 Abs. 1 StGB nach der Ansicht der Rechtsprechung überflüssig sei, da regelmäßig der Auffangtatbestand der §§ 253, 255 StGB – mit gleicher Strafdrohung – eingreife.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 249 Rn. 8.

<sup>2</sup> S. zu diesem Problem in Versuchs-Konstellationen auch die Darstellungen bei Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. (2018), Fall 9, Rn. 411 und Dietrich/Doerbeck, JSE 2018, 80 (84 f.).

<sup>3</sup> So beispielsweise Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 253 Rn. 8; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 253 Rn. 2 f.; Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 11 Rn. 13; Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 13; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 253 Rn. 7, § 255 Rn. 3.

<sup>4</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 11 Rn. 13, 34, 37; Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 13.

<sup>5</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 253 Rn. 3; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 253 Rn. 9.

<sup>6</sup> So beispielsweise BGHSt 7, 252 (254); 14, 386 (390); BGH NSTz 1999, 350 (351); NSTz-RR 2010, 46 (48).

<sup>7</sup> So beispielsweise Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 17. Aufl. (2015), Rn. 432 f.; Maier, in: Matt/Renzikowski (2013), § 253 Rn. 14; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 249 Rn. 9, § 253 Rn. 16 f.

<sup>8</sup> Dazu BGHSt 14, 386 (390); Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 17. Aufl. (2015), Rn. 427; vgl. auch Rengier, Strafrecht BT I, 20.°Aufl. (2018), §<sup>11</sup> Rn. 14.

<sup>9</sup> Dazu Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 249 Rn. 56; Rengier, Strafrecht BT I, 20.°Aufl. (2018), §<sup>11</sup> Rn. 39.

<sup>10</sup> Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 14.

<sup>11</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 253 Rn. 8a.

<sup>12</sup> BGHSt 18, 221 (223); s. dazu Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 17. Aufl. (2015), Rn. 44 f., 430, 577 ff.

<sup>13</sup> Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 253 Rn. 16.



Vorzugswürdig ist jedoch – auch aufgrund ihrer größeren Praktikabilität<sup>14</sup> – die Ansicht der Rechtsprechung. Hierfür spricht schon der Wortlaut des § 253 StGB, der nur irgendein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangt.<sup>15</sup> Eine historische Betrachtung stützt die Exklusivitätsthese nicht.<sup>16</sup> Auch die Gesetzessystematik spricht eher für die Subsidiaritätsthese: Die §§ 253 ff. StGB sind im 20. Abschnitt des StGB bei Raub und räuberischem Diebstahl eingeordnet und nicht im 22. Abschnitt bei den Betrugstatbeständen.<sup>17</sup> Dass die allgemeineren §§ 253, 255 StGB nach dem Raub geregelt sind, lässt sich mit der Entstehungsgeschichte der Normen erklären.<sup>18</sup> Zudem finden sich subsidiäre Delikte im StGB mit einer gewissen Regelmäßigkeit hinter den ihnen vorgehenden Tatbeständen.<sup>19</sup> Schließlich stimmen die im Gesetz genannten qualifizierten Nötigungsmittel des § 255 StGB wortwörtlich mit denen des § 249 StGB überein: Es ist nicht einzusehen, warum bei dem Gewaltbegriff des § 255 StGB – anders als bei § 249 StGB – vis absoluta ausgeklammert werden sollte.<sup>20</sup> Folgt man der Ansicht der Rechtsprechung, entstehen auch keine Strafbarkeitslücken.<sup>21</sup>

Die zweite Auffassung erscheint daher vorzugswürdig. Danach handelt es sich bei der Aufforderung des T, ihm den Inhalt der Kasse auszuhändigen, nicht um eine Wegnahme.

#### Hinweis

Freilich konnten die Bearbeiter auch der Literaturansicht folgen. Dann mussten sie § 249 StGB bejahen und §§ 253, 255 StGB wegen des Exklusivitätsverhältnisses im Folgenden ablehnen. Die weitere Prüfung konnte im Übrigen identisch verlaufen. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB musste dann im Rahmen des Raubes geprüft werden.

## 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### II. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich T jedoch wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

T hat den G gem. §§ 253, 255 StGB mit einer Drohung – dem Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt<sup>22</sup> – mit gegenwärtiger Gefahr für dessen Leben (Nötigungsmittel) zur Aushändigung der Tageseinnahmen veranlasst (Nötigungserfolg). Eine Vermögensverfügung ist nach der vorzugswürdigen Auffassung (s.o.) nicht erforderlich. Die Herausgabe des Geldes hat bei G zu einem Schaden in Höhe der Tageseinnahmen geführt. T hat gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB eine Waffe bei sich geführt und diese auch gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB bei der Tat verwendet. Somit hat er den

objektiven Tatbestand einer schweren räuberischen Erpressung verwirklicht.

T handelte vorsätzlich bezüglich des Grundtatbestandes und des Beisichführens bzw. Verwendens der Waffe. Er hatte zudem die Absicht eigennützig stoffgleicher Bereicherung im Sinne des § 253 StGB. Die erstrebte Bereicherung war auch rechtswidrig. T handelte auch diesbezüglich vorsätzlich. Rechtfertigungsgründe greifen nicht ein. Mit 1,5 % war T auch schuldhaftig.

#### Hinweis

Feste Grenzwerte, ab denen die Schuldunfähigkeit sicher ausgeschlossen bzw. vermindert ist, existieren nicht, da jeder Mensch auf den Konsum alkoholischer Getränke anders reagiert. Dennoch dienen bestimmte Promillegrenzen als Richtwerte: Ab einem Promillegwert von 2,0 ist eine verminderte Schuldunfähigkeit in Betracht zu ziehen und ab einem Wert von 3,0 % ein die Schuldunfähigkeit ausschließender Rausch. Diese Werte erhöhen sich bei schwerwiegenden Gewalttaten gegen Leib oder Leben aufgrund der zu überwindenden höheren Hemmschwelle auf 2,2 % bzw. 3,3 %.<sup>23</sup>

T hat sich wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. § 250 Abs. 1 StGB tritt gegenüber Absatz zwei zurück.<sup>24</sup>

### III. § 240 Abs. 1, 2 StGB

Indem T dem G die Waffe vorhielt und ankündigte, ihn zu erschießen, könnte er sich wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben. Das Vorhalten einer Waffe und die Ankündigung, den G zu erschießen, stellen eine Drohung mit einem empfindlichen Übel gem. § 240 Abs. 1 StGB dar. Dadurch hat T den Nötigungserfolg, nämlich die Übergabe des Geldes, herbeigeführt. Er handelte auch vorsätzlich. Rechtfertigungsgründe greifen nicht ein. Die Tat ist auch als verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB einzustufen. T hat den § 240 Abs. 1, 2 StGB auch schuldhaftig verwirklicht.

### IV. § 241 Abs. 1 StGB

Indem T dem G androhte, diesen zu erschießen, hat er ihm die Begehung eines Verbrechens – nämlich jedenfalls einen Totschlag gem. § 212 StGB – in Aussicht gestellt, auf das er Einfluss zu haben vorgab.<sup>25</sup> T hat § 241 Abs. 1 StGB rechtswidrig und schuldhaftig verwirklicht.

### V. § 239 Abs. 1 StGB

Indem T dem G die Waffe vorhielt, könnte er sich zudem wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Dazu müsste T den G auf andere Weise als durch Einsperren der Freiheit beraubt haben. Darunter ist jede Handlung zu verste-

<sup>14</sup> S. dazu Günther, in: Bannenberg (u.a.), Festschrift für Rössner (2015), S. 798 (802 f.); vgl. auch Maier, in: Matt/Renzikowski (2013), § 253 Rn. 14.

<sup>15</sup> Maier, in: Matt/Renzikowski (2013), § 253 Rn. 14.

<sup>16</sup> S. dazu Günther, in: Bannenberg (u.a.), Festschrift für Rössner (2015), S. 798 (800).

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> S. Ibid. mit Verweis auf die §§ 263, 265b und §§ 242, 246, 248b.

<sup>20</sup> Ibid.; Maier, in: Matt/Renzikowski (2013), § 253 Rn. 14.

<sup>21</sup> Maier, in: Matt/Renzikowski (2013), § 253 Rn. 14.

<sup>22</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 19. Aufl. (2018), § 23 Rn. 39.

<sup>23</sup> S. dazu beispielsweise Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. (2018), § 24 Rn. 9.

<sup>24</sup> Sander, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 250 Rn. 73.

<sup>25</sup> S. zur Definition des Bedrohens beispielsweise Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 241 Rn. 3.

hen, welche die Realisierung seines aktuellen Willens zur Fortbewegung verhindert.<sup>26</sup> Dies kann auch durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben geschehen.<sup>27</sup> T hat G mit einer gegenwärtigen Gefahr für dessen Leben gedroht, sodass sich dessen potentieller Fortbewegungswille nicht realisieren konnte.

### Problem: Dauer der Freiheitsentziehung/ Erheblichkeitsschwelle

Fraglich ist aber, ob eine Freiheitsberaubung durch das Vorhalten der Waffe für den Zeitraum der Drohung und der Übergabe des Geldes ausreichend ist. Nach dem Wortlaut des § 239 Abs. 1 StGB ist keine bestimmte Dauer der Freiheitsentziehung erforderlich.<sup>28</sup> Grundsätzlich ist daher auch die nur kurzfristige Entziehung der Bewegungsfreiheit von § 239 Abs. 1 StGB erfasst.<sup>29</sup> Dennoch muss eine bestimmte Erheblichkeit der Freiheitsberaubung erreicht sein, um nur Fälle strafwürdigen Unrechts zu erfassen.<sup>30</sup> Als Anhaltspunkt können bekannte Entscheidungen des Reichsgerichts dienen:<sup>31</sup> Danach soll die Zeit des Gebets eines „Vaterunser“ ausreichend sein. Ein solcher – vergleichsweise kurzer – Zeitraum genügt jedoch nur dann, wenn die Intensität des Eingriffs besonders hoch ist.<sup>32</sup> Davon wird man unter Umständen ausgehen können, wenn jemand kurzzeitig „wie ein Paket verschnürt“ wird und jede Bewegungsfreiheit verliert, nicht aber bei dem Vorhalten einer Waffe für die Dauer einer Drohung und der sofort erfolgenden Übergabe des erpressten Gegenstandes. T hat sich daher nicht wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht.

#### Hinweis

Dies kann von den Bearbeitern selbstverständlich anders gesehen werden. Dann ist § 239 Abs. 1 StGB zu bejahen.

### VI. § 239a StGB

In Betracht kommt auch eine Strafbarkeit des T gem. § 239a Abs. 1 StGB. Allerdings ist die restriktive Auslegung dieses Tatbestandes zu beachten. Diese ist aufgrund der hohen Strafdrohung des § 239a Abs. 1 StGB, die im Zwei-Personen-Verhältnis problematisch scheint, erforderlich.<sup>33</sup>

### Problem: Anwendung des § 239a Abs. 1 StGB im 2-Personen-Verhältnis

Bei § 239a StGB handelt es sich um ein unvollkommen zweiaktiges Delikt, bei dem zwischen den Teilakten der Herbeiführung der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Ausnutzung zu einer Erpressung ein funktionaler Zusammenhang bestehen muss.<sup>34</sup> Dies setzt nach h.M. voraus, dass die Bemächtigungslage bereits eine gewisse Stabilisierung aufweist.<sup>35</sup> In Fällen, in denen

die Bemächtigungslage mittels einer qualifizierten Drohung begründet wird, ist auch die erpresste Handlung auf die Drohung zurückzuführen, ohne dass der Herrschaftsgewalt des Täters eine eigenständige Bedeutung zukommt.<sup>36</sup> Das Vorhalten einer Schusswaffe durch T führt daher nicht zu einer stabilen Bemächtigungslage. Eine Strafbarkeit gem. § 239a StGB kommt nicht in Betracht. Jedenfalls deshalb hat sich T auch nicht nach § 239b StGB strafbar gemacht.

### VII. § 263 Abs. 1 StGB (bezüglich der alkoholischen Getränke)

Indem sich T mehrere alkoholische Getränke bestellte, könnte er sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Ungunsten des G strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Täuschung

T müsste G gem. § 263 Abs. 1 StGB getäuscht haben. Unter den Begriff der Täuschung fällt jedes Verhalten, durch das im Wege einer Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über die Realität erregt werden kann.<sup>37</sup> Auch eine konkludente Täuschung erfüllt den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB.<sup>38</sup> In der Bestellung der Getränke liegt eine konkludente Täuschung über die Zahlungsfähigkeit sowie die Zahlungswilligkeit.

##### b) Problem: Irrtum bei Zweifeln des Getäuschten

Dadurch müsste T bei G einen Irrtum erregt haben. Ein Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen.<sup>39</sup> Fraglich ist, ob sich G tatsächlich irrte, da er an der Zahlungsfähigkeit des T zweifelte. Überwiegend wird ein Irrtum auch bei Zweifeln an der Aussage angenommen.<sup>40</sup> Es genüge, wenn das Opfer die Aussage für möglicherweise wahr halte. Auch wenn G sich der Zahlungsfähigkeit des T nicht ganz sicher war, hielt er diese jedoch für möglich und servierte ihm im Folgenden mehrere alkoholische Getränke. Teilweise wird jedoch vertreten, dass bereits Zweifel einen Irrtum ausschließen, wenn sie auf konkreten Anhaltspunkten beruhen.<sup>41</sup> Für Ts Zahlungsunfähigkeit gab es jedoch keine objektiven Anzeichen, sodass ein Irrtum des G auch nach dieser restriktiven Auffassung anzunehmen wäre. Somit ist ein auf der konkludenten Täuschung des T beruhender Irrtum gegeben.

##### c) Vermögensverfügung

G müsste über sein Vermögen verfügt haben, wobei der Irrtum für die Verfügung mitbestimmend<sup>42</sup> gewesen sein muss. Eine

<sup>26</sup> Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 239 Rn. 10.

<sup>27</sup> BGH NJW 1993, 1807; Fischer, 65. Aufl. (2018), § 239 Rn. 8; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 239 Rn. 10.

<sup>28</sup> Fischer, 65. Aufl. (2018), § 239 Rn. 6; Rengier, Strafrecht BT II, 19. Aufl. (2018), § 22 Rn. 13.

<sup>29</sup> Fischer, 65. Aufl. (2018), § 239 Rn. 6.

<sup>30</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 19. Aufl. (2018), § 22 Rn. 13.

<sup>31</sup> RGSt 7, 259.

<sup>32</sup> Sonnen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 239 Rn. 18.

<sup>33</sup> Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 239a Rn. 12.

<sup>34</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 239a Rn. 4a; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 239a Rn. 12; vgl. für § 239b BGHSt 40, 350 (355).

<sup>35</sup> BGH NStZ 2010, 516; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 239a Rn. 12.

<sup>36</sup> BGHSt 40, 350 (359); Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 239a Rn. 13.

<sup>37</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 6.

<sup>38</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 263 Rn. 106.

<sup>39</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 18.

<sup>40</sup> BGH NStZ 2003, 313 (314); Perron, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 40; Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 50 ff.

<sup>41</sup> Beulke, JR 1978, 390; ders., Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. (2018), Fall 5 Rn. 205.

<sup>42</sup> Dazu Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 62.

Vermögensverfügung umfasst jedes tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt.<sup>43</sup> Der Abschluss des Vertrages über die Getränke (und die spätere Übereignung) stellt die Vermögensverfügung dar.

#### d) Vermögensschaden

Bei G müsste gem. § 263 Abs. 1 StGB auch ein Vermögensschaden eingetreten sein. Ein solcher ist gegeben, wenn ein Vergleich zwischen dem Vermögensstand vor und nach der Vermögensverfügung eine nachteilige Vermögensdifferenz ergibt.<sup>44</sup>

Eine solche könnte schon durch die mit dem Vertragsschluss einhergehende bloße Vermögensgefährdung entstanden sein. Schon in der Gefährdung einer Vermögensposition kann ein tatbestandsmäßiger Schaden – in Form eines sogenannten Gefährdungsschadens – liegen.<sup>45</sup> Bereits durch den Abschluss eines Vertrages kommt es in diesen Fällen zur Vollendung des (Eingehungs-)Betrugs.<sup>46</sup> Der Vermögensschaden muss aber – abgesehen von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – der Höhe nach beziffert werden.<sup>47</sup> Dies kann vorliegend jedoch dahinstehen, da G dem T die Getränke auch übereignete und dieser sie konsumierte, ohne sie zu bezahlen. Ein Vermögensschaden ist daher gegeben.

#### Hinweise

Es empfiehlt sich hier, den abgewickelten Eingehungsbetrag als Einheit aus dem Blickwinkel der späteren Erfüllung zu prüfen, ohne zwischen der Eingehungs- und der Erfüllungsphase zu trennen.<sup>48</sup>

Es war aber auch möglich, zwischen Eingehungs- und Erfüllungsphase zu trennen. Haben die Bearbeiter dann einen Gefährdungsschaden – entgegen dessen grundsätzlicher Anerkennung durch das BVerfG<sup>49</sup> – nicht als tatbestandlichen Schaden im Sinne des § 263 StGB angesehen, musste ein Erfüllungsbetrag gesondert geprüft und bejaht werden.

#### e) Vorsatz und Bereicherungsabsicht

T handelte vorsätzlich sowie in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.<sup>50</sup>

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 3. Ergebnis

Somit hat sich T wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Je nachdem, bei welcher Summe die Geringwertigkeitsgrenze angesetzt wird,<sup>51</sup> ist gem. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB ein Strafantrag erforderlich. Ein solcher wurde ggf. gestellt.

#### VIII. Sonstige in Betracht kommende Delikte bezüglich der alkoholischen Getränke

Da G dem T die Getränke übereignete (s.o.), kommt ein Diebstahl gem. § 242 StGB nicht in Betracht. Mangels Fremdheit scheidet auch die Strafbarkeit wegen einer Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB aus.

#### IX. § 316 StGB

Indem T mit einer BAK von 1,5 ‰ zum Haus der F fuhr, hat er sich wegen § 316 StGB wegen Trunkenheit im Verkehr strafbar gemacht.

#### Problem: Beendigung des Dauerdelikts

Fraglich ist, wie sich der Halt am Haus der F auswirkt. Bei § 316 StGB handelt es sich um ein Dauerdelikt.<sup>52</sup> Dauerdelikte sind mit der Herbeiführung des rechtswidrigen Zustands vollendet.<sup>53</sup> Ob auch vorübergehende Unterbrechungen des Dauerzustands – hier die Unterbrechung der Trunkenheitsfahrt, um das Haus der F anzuzünden – dessen rechtliche Beendigung herbeiführen, ist problematisch. Eine Tat im Sinne des § 316 StGB wird jedenfalls nicht dadurch unterbrochen, dass der Täter kurzzeitig verkehrsbedingt anhält.<sup>54</sup> Auch sonstige kürzere Fahrtunterbrechungen, etwa zum Betanken des Fahrzeugs, beenden das Dauerdelikt nicht.<sup>55</sup> Daher könnte vorliegend eine Beendigung des Dauerdelikts durch das Anzünden des Hauses der F abgelehnt werden.

Anders verhielte es sich, wenn die Rechtsprechung zur Unterbrechung der Einheitlichkeit der Fahrt bei Verkehrsunfällen, die sich während der Trunkenheitsfahrt ereignen, zugrunde gelegt werden könnte. Der Täter sei durch den Unfall sowohl im äußeren Geschehen als auch in seiner geistig-seelischen Verfassung vor eine neue Lage gestellt, sodass die Weiterfahrt nach dem Unfall, selbst wenn der Täter sein ursprüngliches Fahrtziel nicht ändere, notwendig auf einem neuen, selbstständigen Tatentschluss beruhe.<sup>56</sup> Diese Rechtsprechung könnte auch auf sonstige Ereignisse – hier die Brandstiftung des T – anwendbar sein, die die Fahrt in ähnlicher Weise unterbrechen.

Hier wird man jedoch geltend machen können, dass T auf dem Heimweg bei Fs Haus vorbeifuhr und die Straftaten beging, ohne dass dies eine wesentliche zeitliche Zäsur oder eine Änderung

<sup>43</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 63.

<sup>44</sup> BGHSt 3, 99 (102); 16, 220 (221); Perron, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 99.

<sup>45</sup> BVerfG NStZ 2010, 626 (629 f.); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 263 Rn. 297; Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 183 ff.

<sup>46</sup> BVerfG NStZ 2012, 496 (503 f.); Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 263 Rn. 65; Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 183.

<sup>47</sup> S. dazu BVerfG NStZ 2012, 496 (405); sodann auch BGHSt 58, 205 (209).

<sup>48</sup> So etwa Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 202.

<sup>49</sup> S. dazu BVerfG NStZ 2010, 626 (629) für § 266 und BVerfG NStZ 2012, 496 (504).

<sup>50</sup> Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. (2018), Fall 5 Rn. 206.

<sup>51</sup> Teilweise wird die Grenze bei 25 € angesetzt (BGH, Beschl. v. 9.7.2004 – 2 StR 176/04); nach a.A. liegt sie bei 30 € (OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111) oder bei 50 € (OLG Hamm NJW 2003, 3145; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 40. Edit. (01.11.2018), § 248a Rn. 4; dagegen Fischer, 65. Aufl. (2018), § 248a Rn. 3a).

<sup>52</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 316 Rn. 3.

<sup>53</sup> Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 52 ff. Rn. 84.

<sup>54</sup> BayObLG NJW 1960, 879; Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 52 ff. Rn. 84.

<sup>55</sup> Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 52 ff. Rn. 84.

<sup>56</sup> BGHSt 21, 203 (205); 23, 141 (144); 25, 72 (75).

seiner geistig-seelischen Verfassung – insbesondere die Entstehung eines Fluchtvorsatzes – bewirkt hätte. Folgt man dem, hat T § 316 StGB nur einmal verwirklicht.

#### Hinweis

Eine aA., also zweimaliges Verwirklichen des § 316 StGB, ist ebenfalls gut vertretbar. Wichtig ist, dass die Bearbeiter die Frage gesehen und erörtert haben.

### B) Gesamtergebnis

§ 241 StGB tritt hinter § 240 StGB in Gesetzeskonkurrenz zurück.<sup>57</sup> Dieser wird jedoch von den §§ 253, 255 StGB nach Spezialitätsgrundsätzen verdrängt.<sup>58</sup> Der Betrug sowie die Trunkenheit im Verkehr stehen dazu jeweils in Tatmehrheit.

T hat sich daher im Ergebnis gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 – 53 – 263 Abs. 1 – 53 – 316 StGB strafbar gemacht.

### Aufgabe 2

#### A) Rechtsstellung des Strafverteidigers

Ob die Beratung durch R zulässig ist, hängt davon ab, wie die Rechtsstellung des Strafverteidigers beurteilt wird.<sup>59</sup> Von der ganz überwiegenden Auffassung wird der Verteidiger als Organ der Rechtspflege angesehen.<sup>60</sup> Die Verteidigung dient danach auch öffentlichen Interessen. Der Verteidiger darf den Beschuldigten danach nicht zur Lüge anstiften oder Lügen für diesen erfinden. Danach wäre die Beratung des R unzulässig gewesen. Zu einem anderen Ergebnis könnte gelangen, wer den Verteidiger als einseitigen Interessenvertreter des Beschuldigten ansieht.<sup>61</sup> Die daraus folgenden Befugnisse des Verteidigers werden jedoch unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird dem Verteidiger zugestanden, alles zu dürfen, was auch der Mandant ungestraft tun darf.<sup>62</sup> Die Anstiftung zur Lüge wäre danach ebenso erlaubt wie das Erfinden eigener Lügen zugunsten des Beschuldigten. Die Beratung des R wäre damit zulässig gewesen. Andere wollen nur eine unterstützende Beratung des Verteidigers zulassen, die es dem Beschuldigten erlaubt, ihm nützliche Lügen zu erfinden.<sup>63</sup> Da R vorliegend selbst eine unwahre Aussage vorgeschlagen hat, wäre seine Beratung unzulässig gewesen. Richtigerweise kann die durch den Verteidiger erfundene Lüge nicht zulässig sein, da dieser sonst seine Glaubwürdigkeit verlöre. Dem Strafverteidiger werden verschiedene Sonderrechte gewährt, sodass er im Gegenzug dafür Sorge zu tragen hat, dass der Kernbereich einer effektiven Strafrechtspflege nicht gefährdet wird.<sup>64</sup> Daher war die Beratung des R nicht zulässig.

#### B) Nebenklage

Die Nebenklage ist in den §§ 395 ff. StPO geregelt. Der Anschluss an die erhobene öffentliche Klage steht gem. § 395 Abs. 1 StPO dem Verletzten zu. Als Verletzter im Sinne des § 395 Abs. 1 StPO wird derjenige bezeichnet, der unmittelbar in seinen höchstpersönlichen Rechtsgütern verletzt wurde.<sup>65</sup>

G ist durch die Tat des T verletzt worden. Die gleiche Befugnis steht nach § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO auch den Geschwistern einer durch die Tat getöteten Person zu. F kam in dem Feuer zu Tode, sodass ihr Bruder zu den in § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO genannten Personen zählt.

Rechtswidrige Taten im Sinne des § 395 Abs. 2 Nr. 1 sind nicht nur die Straftaten gegen das Leben gem. §§ 211 ff., sondern auch die durch den Tötungserfolg qualifizierten Straftaten, sofern die Voraussetzungen von § 18 vorliegen.<sup>66</sup> Fs Bruder kann sich mit der Nebenklage der erhobenen öffentlichen Klage anschließen.

G wurde nicht durch eine der in § 395 Abs. 1 StPO genannten rechtswidrigen Taten verletzt. Allerdings ist er seit dem Überfall traumatisiert und arbeitsunfähig. Daher ist ein Anschluss an die erhobene öffentliche Klage mit der Nebenklage nach § 395 Abs. 3 StPO in Betracht zu ziehen. Danach kann sich derjenige der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen, der durch eine andere rechtswidrige Tat, insbesondere nach den §§ 185 bis 189, 229, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 249 bis 255 und 316a StGB, verletzt ist, wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint. G wurde durch eine rechtswidrige Tat im Sinne der §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verletzt. Sein Anschluss an die erhobene öffentliche Klage müsste aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheinen. Schwere Folgen sind anzunehmen, wenn bei dem Verletzten körperliche oder seelische Schäden mit einem gewissen Grad an Erheblichkeit eingetreten oder zu erwarten sind.<sup>67</sup> Darunter sind auch Gesundheitsschädigungen, Traumata oder erhebliche Schockerlebnisse zu fassen.<sup>68</sup> G ist traumatisiert und arbeitsunfähig. Er kann sich daher nach § 395 Abs. 3 StPO mit der Nebenklage der erhobenen öffentlichen Klage anschließen.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>57</sup> Toepel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 240 Rn. 202.

<sup>58</sup> Gleiches würde auch bei der Annahme eines schweren Raubes gelten, s. Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 240 Rn. 39.

<sup>59</sup> S. auch die Darstellung Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. (2018), Fall 5 Rn. 241.

<sup>60</sup> BVerfGE 34, 293 (300); BVerfG NJW 1998, 296 (297); BGHSt 9, 20 (22).

<sup>61</sup> So Ostendorf, Strafprozessrecht, 3. Aufl. (2018), Rn. 114.

<sup>62</sup> Bernsmann, StraFo 1999, 226 (230).

<sup>63</sup> Sommer, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. (2016), Kap. 1 Rn. 184 ff.

<sup>64</sup> Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. (2018), Fall 5 Rdnr. 241; vgl. BGHSt 9, 20 (22).

<sup>65</sup> Weiner, in: Graf, BeckOK-StPO, 31. Edit. (15.10.2018), § 395 Rn. 16.

<sup>66</sup> BGH NStZ-RR 2008, 352 (353); NJW 2008, 2199 (2200); Weiner, in: Graf, BeckOK-StPO, 31. Edit. (15.10.2018), § 395 Rn. 20.

<sup>67</sup> BT-Drs. 16/12098, S. 31; Weiner, in: Graf, BeckOK-StPO, 31. Edit. (15.10.2018), § 395 Rn. 26.

<sup>68</sup> Weiner, in: Graf, BeckOK-StPO, 31. Edit. (15.10.2018), § 395 Rn. 26.



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Voraussetzungen wirksamer Ressortaufteilung

Urteil vom 06. November 2018, Az.: II ZR 11/17

**Eine Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung auf der Ebene der Geschäftsführung setzt eine klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben auf Grund einer von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung voraus, die die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt und ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers die Zuständigkeit des Gesamorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung wahrt. Eine diesen Anforderungen genügende Aufgabenzuweisung bedarf nicht zwingend einer schriftlichen Dokumentation (Abgrenzung zu BFH, Urteil vom 26. April 1984 V R 128/79, BFHE 141, 443).**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der W-GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), das auf Eigenantrag vom 10. Oktober 2008 hin eröffnet wurde. Der Beklagte war neben dem Zeugen K Geschäftsführer der Schuldnerin. Die Schuldnerin wurde gegründet, um die vom Beklagten moderierte Fernsehshow "Ka" für den Fernsehsender V zu produzieren. Nach deren Einstellung und verschiedenen kleineren Projekten begann die Schuldnerin im Herbst 2006 mit der Produktion der "D", einer Late-Night-Show, die mit dem Beklagten als Moderator vom Fernsehsender S ausgestrahlt wurde. Der Fernsehsender stellte die Sendung nach der zehnten Folge der fünften Staffel im Oktober 2008 ein. Der Kläger macht geltend, die Schuldnerin sei seit dem 1. Juli 2008 mit fälligen Verbindlichkeiten in Höhe von 152.447,79 Euro, die auch später nicht ausgeglichen worden seien, spätestens aber seit dem 1. September 2008 zahlungsunfähig gewesen. Ungeachtet dessen seien vom 3. September bis zum 10. Oktober 2008 aus dem Vermögen der Schuldnerin noch Zahlungen in Höhe von 94.437,92 Euro geleistet worden, deren Erstattung der Kläger vom Beklagten u.a. verlangt.

#### B) Verfahrensgang

Zur Rede steht ein Anspruch gegen den Beklagten gemäß § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG aF. (§ 64 S. 1 GmbHG). Demnach ist ein Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns ver-

einbar sind (§ 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG aF.; § 64 S. 2 GmbHG). Dabei obliegt es dem Beklagten, die gegen ihn streitende Vermutung eines schuldhaften Handelns zu widerlegen (Entlastungsbeweis). Ob dem Beklagten dies gelungen ist, ist Kern des Rechtsstreits.

Das LG Berlin hat die Klage abgewiesen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts (KG Berlin) ist dem Beklagten der Entlastungsbeweis teilweise, nämlich für bis zum 8. Oktober 2008 geleistete Zahlungen, gelungen (Rn. 8).<sup>1</sup> K, der neben dem Beklagten Geschäftsführer der Schuldnerin war, habe im Ausgangspunkt bestätigt, dass er selbst sich um die kaufmännische, organisatorische und finanzielle Seite des Geschäfts gekümmert habe und der Beklagte allein für das Künstlerische zuständig gewesen sei (Rn. 8). Dabei ließ das Berufungsgericht genügen, dass der Zeuge K und der Beklagte sich einmal wöchentlich, bei laufender Produktionsherstellung vierzehntägig, getroffen und sich über Aktuelles in den unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen ausgetauscht hätten. Konkret habe der Zeuge "ressortübergreifend" als Beispiele die Zuschauerquoten und eventuelle kaufmännische Fragen angeführt. Diese Organisation sei für den hier speziell interessierenden Zeitraum innerhalb eines Geschäftsjahres bei laufender Produktion zur Erfüllung der Informations- und Kontrollpflichten des Beklagten ausreichend (Rn. 8). Auch gebe es nach dem Parteivortrag keinen Umstand, aus dem der Beklagte die Notwendigkeit einer verschärften Wahrnehmung seiner Informations- und Kontrollpflichten gegenüber dem Zeugen hätte herleiten können (Rn. 8). Trotz hinreichender Organisation sei dem Beklagten nicht vorwerfbar die Situation eingetreten, dass ihm die Insolvenzzreife unbekannt geblieben sei, weil der Zeuge nach eigenen Angaben dem Beklagten die wesentlichen finanziellen Daten bewusst verschwiegen und erst am 9. Oktober 2008 die eingetretene Insolvenzzreife mitgeteilt habe. Der Zeuge K habe ausgesagt, versucht zu haben, die finanziellen Probleme vom Beklagten fernzuhalten (Rn. 9). Ab dem 9. Oktober 2008 hätte der Beklagte dann aber dafür Sorge tragen müssen, dass es nicht mehr zur Ausführung der Zahlungen mit Wertstellung vom 10. Oktober 2008 hätte kommen können (Rn. 10).

#### C) Die Entscheidung des Senates

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten nach dem Urteil des 2. Zivilsenats des BGH einer rechtlichen Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand (Rn. 11 ff.). Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte im vorliegenden Fall den Entlastungsbeweis zu seinen Gunsten geführt habe, sei rechtsfehlerhaft (Rn. 13). Denn die Feststellungen des Berufungsgerichts würden nicht die Annahme rechtfertigen, dass es eine

<sup>1</sup>Angaben der Randziffer beziehen sich auf jene der besprochenen Entscheidung BGH, Urt. vom 06.11.2018, Az.: II ZR 11/17.

wirksame Ressortverteilung zwischen dem Beklagten und dem Zeugen K gegeben hat, auf Grund derer der Beklagte sich auf die Kontrolle und Überwachung der Tätigkeit des Mitgeschäftsführers beschränken konnte (Rn. 16). Auch könnten die Erwägungen des Berufungsgerichts zu einer hinreichenden Kontrolle und Überwachung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung durch den Beklagten einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten (Rn. 30). Das Berufungsurteil sei daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht werde, ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien und weiteren Feststellungen, unter Beachtung der vom Senat aufgezeigten Maßstäbe erneut zu würdigen haben, ob der Beklagte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat (Rn. 44).

Das Urteil entfaltet über den konkreten Fall hinausreichende Relevanz. Daher sei nachfolgend in den Blick genommen, welche inhaltlichen Ausführungen der gesellschaftsrechtliche Senat des BGH für eine wirksame Ressortaufteilung einerseits und die Wahrnehmung der verbleibenden Kontroll- und Überwachungspflichten andererseits trifft. Unberücksichtigt bleibt hier dagegen, an welchen Stellen der BGH nähere Feststellungen des Berufungsgerichts erwartet und ob der Zeuge K mit seiner Zahlung i.H.v. 25.000 € auf den mit dem Kläger geschlossenen Vergleich die verfahrensgegenständlichen Forderungen anteilig erfüllt hat und dies gemäß § 422 I 1 BGB zu Gunsten des Beklagten wirkt (zu letzterem vgl. Rn. 39 ff).

Der BGH stellt zunächst klar, dass die Erfüllung der sich aus § 64 GmbHG ergebenden Pflichten allen Geschäftsführern persönlich obliegt (Rn. 14). Die persönliche Verantwortung des Geschäftsführers schließe aber ein arbeitsteiliges Handeln bzw. eine Ressortverteilung nicht aus, dies könne je nach Größe des Unternehmens und Art der vorzunehmenden Geschäfte ggf. sogar notwendig sein; doch entbinde das denjenigen, dem hiernach nur bestimmte Aufgaben zur Erledigung zugewiesen sind, nicht von seiner eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft (Rn. 15).<sup>2</sup> Soweit es um die Wahrnehmung der nicht übertragbaren Aufgaben gehe, sei ein strenger Maßstab an die Erfüllung der in einem solchen Falle besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber dem Mitgeschäftsführer anzulegen (Rn. 15).<sup>3</sup>

## I. Wirksame Ressortaufteilung

Der BGH unterscheidet zwischen notwendigen Voraussetzungen und nicht (zwingend) notwendigen Merkmalen für eine wirksame Ressortverteilung.

### 1. Notwendige Voraussetzungen

Als notwendige Voraussetzungen einer wirksamen Ressortverteilung sind mit dem BGH zu identifizieren (Rn. 17): eine klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben (a), auf Grund einer von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung (b), die die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt (c) und ungeachtet der

Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung wahrt (d).<sup>4</sup> Dem liegt zu Grunde, dass für eine Umgestaltung der auf eigene Aufgabewahrnehmung gerichteten Pflicht in eine Pflicht zur Überwachung eines Mitgeschäftsführers nur dann Raum sei, wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung das Vertrauen darauf rechtfertigt, dass jede Geschäftsführungsaufgabe einem Geschäftsführer zugeordnet ist und bei dieser Zuordnung weder Zweifel über die Abgrenzung einzelner Aufgaben noch über die Person des für die Erledigung Verantwortlichen entstehen (Rn. 20).

### 2. Nicht zwingend notwendige Merkmale

Dagegen bedürfe eine Ressortaufteilung nicht zwingend der Schriftform oder einer ausdrücklichen Absprache, wenngleich die schriftliche Dokumentation regelmäßig das naheliegende und geeignete Mittel für eine klare und eindeutige Aufgabenbegrenzung darstellt. Ob und ggf. in welchem Umfang eine solche Dokumentation erforderlich ist, sei jedoch unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Einzelfall zu bestimmen (Rn. 17).

Mit Ablehnung eines zwingenden Schriftformerfordernis stellt sich der BGH gegen eine im Schrifttum unter Hinweis auf die Rspr. des BFH zur Wahrnehmung steuerrechtlicher Pflichten vertretenen Auffassung (Rn. 22). Dabei betont der Senat, er weiche mit seiner Rechtsauffassung nicht von der Rspr. des BFH ab, da diese sich mit § 34 Abs. 1 AO auf einen vom öffentlichen Recht geprägten Pflichtenkreis beziehe (Rn. 25). Hier bedürfe es dagegen keiner Schriftform, da den Vorgaben einer sorgfältigen Unternehmensleitung grundsätzlich auch Rechnung getragen werden könne, ohne eine Ressortverteilung schriftlich festzulegen; dies sei nur dann geboten, wenn den Geboten der Klarheit und Eindeutigkeit der Aufgabenverteilung im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft oder die Art der Verteilung der Geschäfte bzw. Aufteilung der Ressorts selbst nicht genügend Rechnung getragen werden könne (Rn. 23).<sup>5</sup>

Ein Schriftformerfordernis könne zudem nicht aus Gründen des Gläubigerschutzes oder dem Beweisinteresse des Rechtsverkehrs hergeleitet werden (Rn. 24). Der BGH erkennt zwar an, dass eine nicht ausdrücklich vereinbarte Aufgabenverteilung das Risiko von Missverständnissen in sich birgt, die den geforderten Geboten der Klarheit und Eindeutigkeit widersprechen können. Dennoch erscheine es nicht ausgeschlossen, dass eine auf einer faktischen Arbeitsteilung oder einer stillschweigenden Übereinkunft beruhende Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung durch ihre tatsächliche Handhabung zu einer den oben beschriebenen Anforderungen genügenden Aufgabenzuweisung erstarkt (Rn. 26).

## II. Kontroll- und Überwachungspflichten

Liegt nach den vom BGH definierten Maßstäben eine wirksame Aufteilung der Geschäftsführungsaufgaben vor, ist weiter zu prüfen, ob der Geschäftsführer seinen verbleibenden Kontroll-

<sup>2</sup> Für eine scharfe Unterscheidung der jeweiligen Primär-, Sekundär- und Tertiärpflichten vgl. *Dieckmann*, LMK 2019, 415387.

<sup>3</sup> BGH ZIP 1994, 891 (892); BGHZ 133, 370 (378 f.).

<sup>4</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen näher *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (586 f.).

<sup>5</sup> Unter Verweis auf *Goette*, ZHR 2011, 388 (397 f.); *Dreher*, ZGR 1992, 22 (59 f.).

und Überwachungspflichten nachgekommen ist. Im Ausgangspunkt gelte dabei, dass die Erkennbarkeit der Insolvenzreife fehlen könne, wenn der für die Überwachung des laufenden Geschäftsverkehrs zuständige Geschäftsführer seiner Informationspflicht gegenüber dem in Anspruch genommenen Mitgeschäftsführer nicht nachkommt bzw. entsprechende Informationen gar bewusst vorenthält (Rn. 31). Doch setze dies voraus, dass die vorenthaltenen Informationen über die wirtschaftliche Lage dem beklagten Geschäftsführer auch bei ordnungsgemäßer Überwachung des Mitgeschäftsführers nicht aufgefallen wären (Rn. 32). Diesbezüglich könne jedenfalls eine bloße Überprüfung der Kontostände nicht genügen (Rn. 32). Aber auch die Durchführung wöchentlicher bzw. 14-tägiger Besprechungen innerhalb eines Geschäftsjahres reiche nicht aus (Rn. 33). Denn die bloße Durchführung von Besprechungen sei für sich betrachtet noch kein Instrument der Kontrolle einer ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung im kaufmännischen Geschäftsbereich, sondern schaffe lediglich die Voraussetzung für eine solche, indem der zuständige Geschäftsführer den anderen informiert (Rn. 34). Auf Grundlage dieser Informationen und mit gezielten Nachfragen müsse sich der so informierte Geschäftsführer ein eigenes Bild über den Geschäftsbereich machen. Dazu bedürfe es regelmäßig zumindest im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung eines Abgleichs mit den wesentlichen betriebswirtschaftlichen Kennzahlen des Unternehmens (Rn. 34). Hinsichtlich der Kontrolldichte könne eine bloß jährliche Kontrolle der Geschäftszahlen regelmäßig nicht genügen (Rn. 35). Verschärfte Pflichten treffe den Geschäftsführer außerdem in Zeiten krisenhafter Entwicklung des Unternehmens (Rn. 36). Dabei sei es Sache des Beklagten, im Einzelnen darzulegen, dass ihm eine solche Entwicklung ohne eigenes Verschulden verborgen geblieben ist.

#### D) Anmerkung

Dem Urteil des BGH ist hohe praktische Relevanz zuzusprechen, da die Ressortaufteilung nicht nur, aber insbesondere in größeren Unternehmen gängige Praxis darstellt.<sup>6</sup> Das Urteil liegt im Spannungsfeld zwischen der Notwendigkeit<sup>7</sup> zur Ressortaufteilung einerseits, die sich etwa aus Gründen der Effizienz und punktgenauen Ansprache spezifischer Kenntnisse der einzelnen Geschäftsführer<sup>8</sup> ergeben kann (Organisationsinteresse), und der Haftung der Geschäftsführer aus Gründen des Gläubigerschutzes andererseits. Zum Großteil findet sich in ihm altbekanntes, wirklich neu ist im Grunde nur die Entscheidung gegen ein zwingendes Schriftformerfordernis.<sup>9</sup> Das schmälert indes die

Bedeutung des Urteils kaum, denn gerade mit Blick auf die Praxis scheint eine erneute Klarstellung durchaus nötig. So besteht noch immer allzu häufig der Irrglaube, eine Ressortaufteilung sei als persönlicher Haftungsschott zu verstehen und könne den ressortfremden Geschäftsführer gänzlich entlasten.<sup>10</sup> Mit diesem Trugschluss<sup>11</sup> räumt der BGH zurecht auf. Ob sogar eine gesetzliche Kodifikation des Grundsatzes der Gesamtverantwortung ratsam ist, wie von *Fleischer* vorgeschlagen,<sup>12</sup> kann so und so beurteilt werden.<sup>13</sup> Dafür lässt sich in der Tat eine Orientierungsfunktion des Gesetzes anführen.<sup>14</sup> Andererseits werden wohl die meisten Geschäftsführer auch nicht oder nur selten in das GmbHG blicken, sodass de facto meist nur die jeweiligen Rechtsberater und Anwälte, i.e. die bereits Fachkundigen, erreicht werden.<sup>15</sup> Generell gefällt die erfrischende Kürze des GmbHG, was per se gegen eine Kodifizierung von anerkannten Grundsätzen zu rein deklaratorischen/narrativen Zwecken spricht. Zuzustimmen ist *Fleischer* aber jedenfalls darin, dass das Urteil in Beraterkreisen als „teaching tool“ Anwendung finden sollte.<sup>16</sup>

Schlagwortartig kann das Urteil des BGH unter das Motto „Zuckerbrot und Peitsche“ gefasst werden.<sup>17</sup> Denn trotz der persönlichen Verantwortlichkeit jedes Geschäftsführers hält der BGH im ersten Schritt eine Ressortaufteilung für zulässig, teils gar notwendig (Rn. 15). Im zweiten Schritt werden dann aber strenge Voraussetzungen sowohl an die materiellen Voraussetzungen wirksamer Ressortaufteilung, als auch an die einhergehenden Kontroll- und Überwachungspflichten formuliert. Entsprechend urteilen bisherige Rezensenten unisono, dass damit ein Entlastungsbeweis nur im Ausnahmefall gelingen werde.<sup>18</sup> Dabei weist namentlich *Dieckmann* darauf hin, dass § 64 GmbHG nicht de facto zur verschuldensunabhängigen Haftung verkommen dürfe.<sup>19</sup> Dem ist per se zuzustimmen, doch vermag zugleich zu überzeugen, dass gerade im Rahmen des § 64 GmbHG ein strenger Maßstab anzulegen ist. Insgesamt ist der Pflichtenmaßstab zwar bemerkenswert hoch, erscheint aber doch aus Gründen des Gläubigerschutzes angemessen.<sup>20</sup> Die restriktiv gefassten Kontroll- und Überwachungspflichten lassen sich dann auch auf die Formel bringen: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.<sup>21</sup> Dabei bleibt es eine täglich herausfordernde Gratwanderung für die Praxis, das richtige Verhältnis zwischen kollegialer Zusammenarbeit/Vertrauen einerseits und gesundem Misstrauen/notwendiger Überwachung andererseits zu finden.<sup>22</sup> Mit dem BGH-Urteil wird Letzteres stärker gewichtet.<sup>23</sup>

<sup>6</sup> *Dieckmann*, LMK 2019, 415387; *Buck-Heeb*, BB 2019, 584; *Peters*, GmbHR 2008, 682.

<sup>7</sup> Im Einzelfall sogar als Pflicht ordnungsgemäßer Aufgabenerfüllung, *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (585); *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14).

<sup>8</sup> *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211); *Peters*, GmbHR 2008, 682.

<sup>9</sup> *Fleischer*, DB 2019, 472; zu offenbleibenden Fragen multipler Ressortzuständigkeit und des Rückfalls in die originäre Gremienzuständigkeit *Ibid.*, S. 476.

<sup>10</sup> Vgl. *Calcagno*, FD-InsR 2019, 414508; allgemein *Peters*, GmbHR 2008, 682 (684); *Reichert*, ZGR 2017, 671 (701); *Fleischer*, DB 2014, 1971 (1972).

<sup>11</sup> *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209.

<sup>12</sup> *Fleischer*, DB 2019, 472 (477); allgemein zur Frage einer stärkeren Kodifizierung von Richterrecht *Fleischer*, DB 2014, 1971; konkret zum Grundsatz der Gesamtverantwortung *Ibid.* S. 1972.

<sup>13</sup> Als denkbar, aber nicht unbedingt notwendig beurteilt es *Reichert*, ZGR 2017, 671, (700 f., 703); vgl. auch die Diskussion über das Für und Wider einer Kodifikation des Pflichtenkatalogs der GmbH-Geschäftsführer auf dem Heidelberger Symposium zur 125-Jahrsfeier des GmbHG bei *Dolzer*, ZGR 2017, 704 f.

<sup>14</sup> *Fleischer*, DB 2019, 472 (477).

<sup>15</sup> Immerhin bestehen teilweise Feststellungen in unternehmenseigenen Geschäftsordnungen (Bsp: Deutsche Bank) und BaFin-Rundschreiben; *Reichert*, ZGR 2017, 671 (701).

<sup>16</sup> *Fleischer*, DB 2019, 472 (477).

<sup>17</sup> So auch *Fleischer*, DB 2019, 472 (475).

<sup>18</sup> *Calcagno*, FD-InsR 2019, 414508; *Nassal*, jurisPR-BGHZivilR 5/2019 Anm. 2; *Kleindiek*, EWiR 2019, 135 (136); *Dieckmann*, LMK 2019, 414387.

<sup>19</sup> *Dieckmann*, LMK 2019, 414387.

<sup>20</sup> So auch *Fleischer*, DB 2019, 472 (476).

<sup>21</sup> *Nassal*, jurisPR-BGHZivilR 5/2019 Anm. 2.

<sup>22</sup> *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (214).

<sup>23</sup> *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (588) sieht den Ausgangspunkt im Grundsatz gegenseitigen Vertrauens der Geschäftsführer untereinander, der nur zu einer geringen Kontrolle und Überwachung, nie aber zu überhaupt keiner Überwachung Veranlassung gibt. Zum Wechsel vom Vertrauens- zum Misstrauensprinzip und dem Erwachen einer Interventionspflicht *Ibid.*, S. 589.



Zu empfehlen ist daher die Dokumentation der vorgenommenen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen.<sup>24</sup>

Dass der BGH eine Schriftlichkeit der Ressortaufteilung nicht zwingend voraussetzt, ist in der Sache zu begrüßen, kann aber von der Praxis schulterzuckend zur Kenntnis genommen werden, denn man wird ihr weiterhin zur Verschriftlichung raten müssen.<sup>25</sup> Dies ergibt sich schon aus der in dem Urteil selbst verbleibenden Rechtsunsicherheit, hält sich der BGH doch offen, die Schriftform zu fordern, falls den Geboten der Klarheit und Eindeutigkeit der Aufgabenverteilung im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft oder die Art der Verteilung der Geschäfte bzw. Aufteilung der Ressorts selbst nicht genügend Rechnung getragen werden kann (Rn. 23). Rechtsunsicherheiten bleiben aber auch aufgrund der Diskrepanz zwischen der Rspr. des BFH und des BGH, wenngleich sich Letzterer zu betonen bemüht, er würde dem BFH nicht widersprechen.<sup>26</sup> Dass eine klare und eindeutige Ressortaufteilung im Einzelfall auch aus faktischer Aufteilung und langjähriger Übung resultieren kann, ist zuzugestehen.<sup>27</sup> Dennoch sollte der Formerlass des BGH nicht als Handlungsanweisung fehlinterpretiert werden.<sup>28</sup> Das bloß formale Erfordernis der Schriftform kann relativ einfach erfüllt werden und ist zudem deshalb von großem Nutzen, da den Geschäftsführern im Zuge der Verschriftlichung manch' dunkel verbliebene Aufteilung vor Augen geführt wird und entsprechend nachgebessert werden kann.<sup>29</sup> Die Verschriftlichung der Ressortaufteilung wird regelmäßig in der Geschäftsordnung erfolgen.<sup>30</sup> Eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bzw. des tatsächlichen Einverständnisses der Gesellschafter mit der Ressortaufteilung bedarf es nicht.<sup>31</sup> Im Zuge jährlicher Selbstevaluation sollte überprüft werden, ob die Ressortaufteilung sinnvoll war und weiterhin ist oder ob Bedarf zur Anpassung besteht.<sup>32</sup> *Kleindiek* verlangt „unter Umständen“ sogar die Einrichtung eines geschäftsführungsinternen Systems gegenseitiger Ressortberichte.<sup>33</sup>

## E) Fazit

- (1) Dem Urteil kommt eine hohe praktische Relevanz zu, die über den Bereich des § 64 GmbHG hinausreicht.
- (2) Der BGH konkretisiert die Voraussetzungen wirksamer Ressortaufteilung und legt einen strengen Maßstab an die Kontroll- und Überwachungspflichten an.
- (3) Auch wenn der BGH auf die Voraussetzung der schriftlichen Dokumentation für eine wirksame Ressortaufteilung verzichtet, ist sie der Praxis zu empfehlen. Zudem sollte die Ressortaufteilung in regelmäßiger Selbstevaluation überprüft werden.
- (4) Die vorgenommenen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen sollten von den Geschäftsführern dokumentiert werden, um die Beweisführung zu erleichtern.

<sup>24</sup> *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (589); *Otte/Schürmann*, GWR 2019, 74.

<sup>25</sup> *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587); *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211); *Scharf/Bothe*, DB 2019, 599 (600); *Otte/Schürmann*, GWR 2019, 74; *Fleischer*, DB 2019, 472 (474 f.); auch der BGH selbst betont, die schriftliche Dokumentation sei regelmäßig das naheliegende und geeignete Mittel für eine klare und eindeutige Aufgabenzuweisung (Rn. 17).

<sup>26</sup> Dazu kritisch *Fleischer*, DB 2019, 2019, 472 (474) und *Scharf/Bothe*, DB 2019, 599 die eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat (Art. 93 Abs. 3 GG) wohl befürwortet hätten. Im Ergebnis stimmt *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (587) dem BGH zu, begründet dies aber anders mit Blick auf die unterschiedlich geregelte Beweislast.

- (5) Studierenden des unternehmensrechtlichen Schwerpunktbereichs dient das Urteil als Leitfaden, um sich den Grundsatz der Gesamtverantwortung, die Voraussetzungen und Folgen einer Ressortaufteilung sowie die Grundlagen der Ersatzpflicht bei Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenzreife in Erinnerung zu rufen.

## Pius O. Dolzer

Referendar

OLG Karlsruhe

Stammdienststelle Heidelberg

Wissenschaftliche Hilfskraft

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und

Wirtschaftsrecht

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

## ► Inhaltsverzeichnis

<sup>27</sup> aA. *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13 (14).

<sup>28</sup> *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (212).

<sup>29</sup> Vgl. *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211).

<sup>30</sup> *Otte/Schürmann*, GWR 2019, 74.

<sup>31</sup> Dazu *Fleischer*, DB 2019, 472 (473 f.); *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (585).

<sup>32</sup> Für eine periodische, jedenfalls aber bei personellem Wechsel kritische Überprüfung auch *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209 (211); zur Frage, ob und wenn ja, unter welchen Gesichtspunkten sogar eine Pflicht zur periodischen Kontrolle der Ressortaufteilung bestehen kann *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 (586) („nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte“).

<sup>33</sup> *Kleindiek*, EWIR 2019, 135 (136).

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Europäischer Gerichtshof

### Vorabentscheidung:

## Ausschluss des Widerrufsrechts für versiegelte Waren aus Hygienegründen, Art. 16 lit. e RL 2011/83/EU, § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Urteil vom 27. März 2019, Az.: C-681/17

1. Art. 16 lit. e RL 2011/83/EU<sup>1</sup> [...] ist dahingehend auszulegen, dass eine Ware wie eine Matratze, deren Schutzfolie vom Verbraucher nach Lieferung entfernt wurde, **nicht** unter den Begriff „versiegelte Waren ...“, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet sind und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“ im Sinne dieser Vorschrift fällt.

(Tenor des Gerichts, Hervorhebung durch den Bearbeiter)

2. Das Widerrufsrecht ist gem. Art. 16 lit. e VRRL nur dann ausgeschlossen, wenn nach Entfernung der Versiegelung die Ware endgültig nicht mehr verkehrsfähig ist, weil es dem Unternehmer aufgrund der Beschaffenheit der Ware unmöglich oder unverhältnismäßig schwierig ist, den nötigen Hygienestandard wiederherzustellen und die Ware dadurch wieder verkaufsfähig zu machen.

(Leitsatz des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

Der Kläger, ein Verbraucher, bestellte auf der Webseite der Beklagten eine Matratze. Diese war mit einer Schutzfolie umhüllt, die der Kläger nach der Anlieferung entfernte. Die Widerrufsbelehrung der Beklagten wies darauf hin, dass das Widerrufsrecht „bei Verträgen zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“ vorzeitig erlösche. Der Kläger erklärte fristgemäß den Widerruf gegenüber der Beklagten, die daraufhin die Rücknahme der Matratze verweigerte.

#### B) Verfahrensgang

Der Kläger erhob vor dem AG Mainz Klage u.a. auf Erstattung des Kaufpreises. Die Klage war sowohl in erster Instanz als auch im Berufungsverfahren vor dem LG Mainz erfolgreich. Die Beklagte legte daraufhin Revision beim BGH ein. Der BGH setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH gem. Art. 267 AEUV die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:<sup>2</sup> „1. Ist Art. 16 lit. e VRRL dahin auszulegen, dass zu den dort genannten Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen

nicht zur Rückgabe geeignet sind, auch Waren (wie etwa Matratzen) gehören, die zwar bei bestimmungsgemäßem Gebrauch direkt mit dem menschlichen Körper in Kontakt kommen können, aber durch geeignete (Reinigungs-)Maßnahmen des Unternehmers wieder verkehrsfähig gemacht werden können?

2. Falls die Frage 1 zu bejahen ist:<sup>3</sup>

a) Welche Voraussetzungen muss eine Verpackung erfüllen, damit von einer Versiegelung iSv Art. 16 lit. e VRRL gesprochen werden kann? Und

b) Hat der vom Unternehmer vor Eintritt der Vertragsbindung zu erteilende Hinweis nach Art. 6 Abs. 1 lit. k VRRL in der Weise zu erfolgen, dass der Verbraucher unter konkreter Bezugnahme auf den Kaufgegenstand (hier: Matratze) und die angebrachte Versiegelung darauf hingewiesen wird, dass er das Widerrufsrecht bei Entfernung des Siegels verliert?<sup>4</sup>

#### Hinweis

Im Vorabentscheidungsverfahren<sup>5</sup> kann ein mitgliedstaatliches Gericht<sup>6</sup> dem EuGH Fragen zur Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts, die für den vor dem mitgliedstaatlichen Gericht anhängigen Rechtsstreit erheblich sind, vorlegen. So soll gewährleistet werden, dass innerhalb der EU das Unionsrecht einheitlich ausgelegt wird, Art. 267 Abs. 1 AEUV.

Ein nationales Gericht ist zur Vorlage verpflichtet, falls seine Entscheidung im konkreten Fall nicht mehr angefochten werden kann, Art. 267 Abs. 3 AEUV.<sup>7</sup> Die vorgelegte Frage zur Auslegung des Unionsrechts muss abstrakt formuliert sein, da der EuGH nicht über nationales Recht urteilen darf, sondern nur über Unionsrecht zur Rechtsprechung befugt ist<sup>8</sup>.

Urteile zur Auslegung des Unionsrechts sind von allen Gerichten aller Mitgliedsstaaten anzuwenden, bei Zweifeln über die Auslegung dürfen sie dem EuGH die Frage erneut vorlegen (sog. eingeschränkte erga-omnes-Rechtskraftwirkung). Wird eine Norm des Unionsrechts für ungültig erklärt, so wird ein erneutes Vorlageverfahren ausgeschlossen (sog. umfassende erga-omnes-

<sup>1</sup> Im Folgenden VerbraucherrechteRL – VRRL.

<sup>2</sup> Der vollständige Beschl. v. 15.11.2017, Az. VIII ZR 194/16, ist zu finden unter MMR (2018), 84.

<sup>3</sup> Der EuGH hat die erste Vorlagefrage verneint und musste sich somit nicht mit den beiden Folgefragen beschäftigen. Deshalb beschränkt sich dieser Beitrag auch auf die erste Vorlagefrage.

<sup>4</sup> BGH MMR 2018, 84, Leitsatz.

<sup>5</sup> Ausführlich zum Vorabentscheidungsverfahren: Harratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. Aufl. (2018), 3. Kapitel, Rn. 580 ff.

<sup>6</sup> Zum Begriff des Gerichts: Harratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. Aufl. (2018), 3. Kapitel, Rn. 583.

<sup>7</sup> Ibid., Rn. 586 f.

<sup>8</sup> Ibid., Rn. 589.

Rechtskraftwirkung). Nur falls der EuGH die Norm für gültig erklärt, dürfen die nationalen Gerichte wieder vorlegen, wenn sie neue Zweifel an der Gültigkeit hegen.

## C) Einführung in die Probleme

### I. Überblick

Art. 16 lit. e VRRRL bestimmt, dass bei versiegelten Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet sind, kein Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen besteht. Diese Vorschrift der vollharmonisierenden VRRRL ist mit im Wesentlichen gleichem Wortlaut in § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB im deutschen Recht umgesetzt.

Gegenstand der ersten Vorlagefrage ist die Auslegung des Begriffs der versiegelten Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind. Für den vorliegenden Rechtsstreit ist entscheidungserheblich, ob die Regelung des Art. 16 lit. e VRRRL so „auszulegen ist, dass sie auch Waren erfasst, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch eng mit dem menschlichen Körper in Kontakt kommen können.“<sup>9</sup>

### II. Bisheriger Streitstand

Die Reichweite dieses Ausnahmetatbestands ist umstritten. Der unverbindliche Leitfaden der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission nennt Matratzen als Beispiel für die Ausnahme gem. Art. 16 lit. e VRRRL.<sup>10</sup> Da die deutschen Gerichte noch nicht allzu häufig mit dem Ausnahmetatbestand befasst waren, gibt es in der **Rechtsprechung** keine generelle Linie, sondern nur Einzelfallentscheidungen. So hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass ein Toilettensitz keine Ware, die aus Gründen der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet ist, ist.<sup>11</sup> Maßgebliches Argument war, dass Toilettensitze mit vertretbarem Aufwand desinfiziert werden könnten und deswegen durch die Entfernung der Versiegelung ihre Verkehrsfähigkeit nicht verloren hätten.<sup>12</sup> Das OLG Hamm hat Erotikartikel als vom Ausnahmetatbestand erfasst angesehen.<sup>13</sup> Diese kämen im und am Körper mit Körperstellen in Kontakt, die zur Übertragung von Krankheiten besonders geeignet seien. Da dies nach der Verkehrsauffassung bei anderen Verbrauchern Ekelgefühle hervorrufen könne, sei die Verkehrsfähigkeit der Erotikartikel mit dem Auspacken entfallen.<sup>14</sup>

In der **Literatur** wird zum Teil die Ansicht vertreten, der Ausnahmetatbestand sei möglichst weit zu fassen.<sup>15</sup> Die Eignung zur Rückgabe soll bereits dann fehlen, falls die **abstrakte Gefahr** besteht, dass die Ware wegen unsachgemäßer Behandlung durch den Verbraucher an Sicherheit verloren hat und deswegen

nicht mehr anderweitig verkauft werden kann.<sup>16</sup> Dem Unternehmer könne nicht zugemutet werden, die Ware zu reinigen und zu reduziertem Preis als Gebrauchtware zu verkaufen.<sup>17</sup> Deswegen sei das Widerrufsrecht für alle Waren, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch intensiven Körperkontakt haben, ausgeschlossen.<sup>18</sup> Eine **andere Ansicht** erachtet für maßgeblich, ob der Unternehmer die Ware aus Hygienegründen **dauerhaft nicht wiederverwerten kann**, nachdem der Verbraucher die Versiegelung entfernt hat.<sup>19</sup> *Specht* meint, dies sei nur dann der Fall, wenn die Ware ihren Wert vollständig verloren hat.<sup>20</sup>

Der **BGH** hat sich in seinem Vorlagebeschluss der letztgenannten Ansicht angeschlossen, dass das Widerrufsrecht gem. Art. 16 lit. e VRRRL nur ausgeschlossen ist, wenn die Ware durch die Entfernung der Versiegelung aus Hygienegründen endgültig nicht mehr verkehrsfähig ist.<sup>21</sup> Dies soll dann der Fall sein, wenn es von vornherein ausgeschlossen ist, dass Dritte die Ware erneut verwenden, und der Unternehmer die Verkehrsfähigkeit auch nicht durch Reinigung oder Desinfektion wiederherstellen kann.<sup>22</sup>

## D) Die Entscheidung der Kammer

### Hinweis

Beim EuGH gibt es 28 Richter (für jeden Mitgliedsstaat einen), die auf 10 Kammern<sup>23</sup> verteilt sind. Die Kammern haben zwischen drei und fünf planmäßige Mitglieder. In den in Art. 60 VerfO-EuGH bestimmten besonderen Fällen entscheidet die Große Kammer, ansonsten eine der Kammern. Beim EuGH gibt es, anders als bei allen deutschen Gerichten, keinen Geschäftsverteilungsplan. Die Zuständigkeit der 6. Kammer für das vorliegende Verfahren ergibt sich dadurch, dass ihr die vorliegende Rechtsache durch den Präsidenten des EuGH aufgrund der nachfolgend beschriebenen Prozedur zugewiesen wurde. Sofern eine Rechtssache nicht ausnahmsweise der Großen Kammer zugewiesen wird, bestimmt der Präsident des EuGH nach freiem Ermessen einen der Richter als Berichterstatter. Nachdem dieser sich in den Fall eingearbeitet hat, stellt er der Generalversammlung<sup>24</sup> seinen Vorbericht vor und schlägt gem. Art. 59 Abs. 2 VerfO-EuGH ihr vor, welchem Spruchkörper die Rechtssache zugewiesen werden soll. In der Regel wird der Berichterstatter den Spruchkörper empfehlen, dem er selbst angehört. Sonst müsste sich ein neuer Berichterstatter in den Fall einarbeiten.<sup>25</sup>

<sup>9</sup> BGH MMR 2018, 84, Rn. 6.

<sup>10</sup> Leitfaden der GD Justiz der Europäischen Kommission (Stand 2014), S. 66 abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd\\_guidance\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_de.pdf), (zuletzt aufgerufen am 28.04.2019).

<sup>11</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.09.2016, Az. 12 O 357/15 = BeckRS 2016, 20917.

<sup>12</sup> Ibid., I.3.

<sup>13</sup> OLG Hamm GRUR-RR 2017, 277.

<sup>14</sup> Ibid., Rn. 32f.

<sup>15</sup> *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 312g Rn. 24.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> *Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 312g BGB, Rn. 22.

<sup>19</sup> *Martens*, in: BeckOK-BGB, 49. Ed. (01.02.2019), § 312g Rn. 25.

<sup>20</sup> *Specht*, VuR 2017, 363 (369).

<sup>21</sup> BGH MMR 2018, 84 (85), Rn. 9.

<sup>22</sup> Ibid.; ebenso: *Sesing/Baumann*, VuR 2017, 415 (419); *Grüneberg*, in: Palandt, 78. Aufl. (2019), § 312g Rn. 6.

<sup>23</sup> Ausführlich zur Organisation des EuGH: [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice\\_de#zusammensetzung](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_de#zusammensetzung) (zuletzt aufgerufen am 02.05.2019).

<sup>24</sup> Die Generalversammlung setzt sich aus allen Richtern des EuGH und den Generalanwälten zusammen.

<sup>25</sup> Zum Ganzen, mit ausführlichen Hinweisen zur Praxis der Geschäftsverteilung: *Rönnau/Hoffmann*, ZIS 7-8/2018, 233 (235ff.).

## I. Ausgangspunkt

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Ausnahmetatbestände, die verbraucherschützende Rechte, wie hier das Widerrufsrecht, einschränken, eng auszulegen.<sup>26</sup> Für die Auslegung des Art. 16 lit. e VRRL sind neben dem Wortlaut auch die Ziele, die die VRRL verfolgt, maßgeblich.<sup>27</sup> Gem. Art. 1 VRRL soll die VRRL ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen.<sup>28</sup> Das Widerrufsrecht soll den Nachteil des Verbrauchers, dass er im Fernabsatz die Ware vor Vertragsabschluss – anders als beim Kauf im Laden – nicht prüfen und ausprobieren kann, ausgleichen, indem ihm eine angemessene Zeitspanne nach Anlieferung der Ware ausbedungen wird, in der der Verbraucher die Prüfung derselben nachholen kann.<sup>29</sup>

## II. Abstrakte Begriffsdefinition

Das Widerrufsrecht kann nach dem 49. Erwägungsgrund der VRRL **wegen der Beschaffenheit** einer Ware ausgeschlossen werden.<sup>30</sup> Im Rahmen des Art. 16 lit. e VRRL rechtfertigt also die Beschaffenheit einer Ware ihre Versiegelung in einer Verpackung, sodass ein angemessener Hygienestandard nach Entfernung der Versiegelung nicht mehr gewährleistet werden kann.<sup>31</sup> Dies führt dazu, dass ein Dritter die Ware möglicherweise nicht mehr wiederverwenden kann und der Unternehmer deswegen die Ware nicht nochmals in den Verkehr bringen kann.<sup>32</sup> Könnte der Verbraucher nichtsdestotrotz sein Widerrufsrecht ausüben, würde das Ziel der VRRL, das hohe Verbraucherschutzniveau in einen angemessenen Ausgleich zur Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu bringen,<sup>33</sup> konterkariert.<sup>34</sup> Der Ausnahmetatbestand des Art. 16 lit. e VRRL greift folglich nur dann ein, wenn die Ware, nachdem die Versiegelung entfernt wurde, „[...] aus Hygienegründen endgültig nicht mehr verkehrsfähig ist, weil es für den Unternehmer wegen ihrer Beschaffenheit unmöglich oder übermäßig schwierig ist, Maßnahmen zu ergreifen, die sie wieder verkehrsfähig machen, ohne dass einem dieser Erfordernisse nicht genügt würde.“<sup>35</sup>

## III. Subsumtion des konkreten Falles

Die Matratze müsste eine Ware sein, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet ist, nachdem ihre Versiegelung entfernt wurde. Dies ist aufgrund der folgenden Erwägungen nicht der Fall.

### 1. Mehrfache Nutzung von Matratzen in Hotelbetten

Hotelbetten werden von mehreren Gästen hintereinander genutzt, ohne dass die Matratze ausgetauscht wird. Außerdem können Matratzen gereinigt werden und es gibt grundsätzlich einen Markt für gebrauchte Matratzen.<sup>36</sup>

### 2. Gleichsetzung mit Kleidungsstücken

Außerdem steht die Matratze hinsichtlich des Widerrufsrechts mit einem Kleidungsstück gleich. Der Unionsgesetzgeber wollte

es dem Verbraucher ermöglichen, die Kleidung zunächst anzuprobieren und das Widerrufsrecht ggf. nach der Anprobe auszuüben.<sup>37</sup> Durch das Widerrufsrecht soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, die Ware im gleichen Umfang zu prüfen, wie wenn er diese im Ladengeschäft erwerben würde.<sup>38</sup> Kleidungsstücke kommen in der Regel, wenn man sie bestimmungsgemäß anprobiert, direkt mit dem menschlichen Körper in Kontakt, ohne dass in praxi besondere Schutzmaßnahmen getroffen werden, damit der Körperkontakt bei der Anprobe vermieden wird.<sup>39</sup> Im Ladengeschäft kann man Kleidungsstücke einfach ausprobieren und danach, falls sie nicht passen, wieder ins Regal zurücklegen, ohne dass diese danach nur als Gebrauchtware verkauft würden. Dies gilt auch bei Oberhemden, die in der Regel etwas aufwändiger verpackt sind. Bei Kleidungsstücken wie bei Matratzen kann man also davon ausgehen, dass der Unternehmer in der Lage sein wird, die Ware selbst nach direktem Körperkontakt „[...] mittels einer Behandlung wie einer Reinigung oder Desinfektion für eine Wiederverwendung durch einen Dritten und damit für ein erneutes Inverkehrbringen geeignet zu machen, ohne dass den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht genügt würde.“<sup>40</sup> Der Verbraucher kann also, anders als teilweise angenommen,<sup>41</sup> nicht darauf verwiesen werden, dass er die Matratze auch testen könne, ohne die Versiegelung zu entfernen.

## 3. Subsidiarität des Ausschlusses des Widerrufsrechts

Des Weiteren hat der Verbraucher ausweislich des 47. Erwägungsgrundes in erster Linie gem. Art. 14 Abs. 2 VRRL<sup>42</sup> Ersatz für jeden Wertverlust der Ware zu leisten, der dadurch entsteht, dass der Verbraucher die Ware ausführlicher als zur Feststellung ihrer Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise notwendig gewesen wäre, ohne dass das Widerrufsrecht dadurch ausgeschlossen würde.<sup>43</sup> Aus dieser Systematik ergibt sich ein Vorrang des Wertersatzes vor dem Ausschluss des Widerrufsrechts; der Ausschluss des Widerrufsrechts soll nur beim vollständigen Verlust der Verkehrsfähigkeit zum Tragen kommen, während beim bloß teilweisen Verlust die Wertersatzpflicht einen angemessenen Ausgleich schafft.<sup>44</sup>

## IV. Zusammenfassung

Eine Matratze, deren Verpackungsfolie nach der Anlieferung durch den Verbraucher entfernt wurde, fällt nicht unter den Ausnahmetatbestand. Es kann dem Unternehmer zugemutet werden, einen Wertverlust der, auch nach einer Reinigung, möglicherweise nur als gebraucht zu verkaufenden, Ware zu tragen. Es bleibt ihm freilich unbenommen, unter Berücksichtigung der Rückläuferquoten und der Kosten für die Wiederherichtung der Ware diese Wertminderung bereits in die Preisbemessung einzubeziehen.<sup>45</sup>

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2019, Az.: C-681/17, Rn. 34; BGH MMR 2018, 84 (85), Rn. 10 mwN.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2019, Az.: C-681/17, Rn. 31.

<sup>28</sup> Ibid., Rn. 32.

<sup>29</sup> Ibid., Rn. 45.

<sup>30</sup> Ibid., Rn. 36.

<sup>31</sup> Ibid., Rn. 37.

<sup>32</sup> Ibid., Rn. 38.

<sup>33</sup> Erwägungsgrund 4 der VRRL

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2019, Az.: C-681/17, Rn. 39.

<sup>35</sup> Ibid., Rn. 40.

<sup>36</sup> Ibid., Rn. 42.

<sup>37</sup> Erwägungsgründe 37 u. 47 der VRRL.

<sup>38</sup> Specht, VuR 2017, 363 (366).

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2019, Az.: C-681/17, Rn. 45.

<sup>40</sup> Ibid., Rn. 46.

<sup>41</sup> Wendehorst, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 312g Rn. 26.

<sup>42</sup> Umgesetzt in § 357 Abs. 7 BGB.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2019, Az.: C-681/17, Rn. 47.

<sup>44</sup> Omlor, JuS 2018, 712 (713).

<sup>45</sup> BGH MMR 2018, 84 (85), Rn. 11 mwN.

Der Ausnahmetatbestand des Art. 16 lit. e VRRRL ist eng zu fassen. Das Widerrufsrecht soll nur dann ausgeschlossen sein, wenn die Ware überhaupt nicht mehr verkehrsfähig ist. In allen weiteren Fällen, in denen die Ware einen Wertverlust erleidet, weil der Verbraucher diese über das notwendige Maß hinaus testet, bevor er sein Widerrufsrecht ausübt und die Ware zurückschickt, greift die Wertersatzpflicht des Art. 14 Abs. 2 VRRRL ein.

Die verbraucherfreundliche Auslegungsvariante des EuGH, mit der er seine Rechtsprechung zur restriktiven Auslegung von Ausnahmetatbeständen fortführt, ist zu begrüßen. So wird das Ziel des hohen Verbraucherschutzniveaus effektiv durchgesetzt. Das Widerrufsrecht in dieser weitreichenden Form sieht *Ernst* kritisch, der auf den teilweise betriebenen Missbrauch hinweist.<sup>46</sup>

Durch das Urteil des EuGH konnte die im deutschen Recht umstrittene Frage, unter welchen Umständen eine Ware aus Hygienegründen nicht zum Wiederverkauf geeignet und der Widerruf deswegen ausgeschlossen ist, geklärt werden.

Offen bleiben jedoch die Fragen, welche Anforderungen an eine Verpackung zu stellen sind, damit diese als „Versiegelung“ iSd Art. 16 lit. e VRRRL gilt, und in welcher Art und Weise der Unternehmer den Verbraucher über den Wegfall des Widerrufsrechts zu belehren hat.<sup>47</sup> Da der EuGH die erste Vorlagefrage des BGH verneint hat, waren die zwei weiteren Vorlagefragen nicht zu beantworten. Diese werden weiterhin Gegenstand reger Diskussionen bleiben und bestimmt Gegenstand weiterer Vorabentscheidungsverfahren werden. Um Letztere zu vermeiden, wäre es wünschenswert gewesen, wenn der EuGH sich in einem obiter dictum dazu geäußert hätte.<sup>48</sup>

### Abschließende Hinweise für Studierende

Die Entscheidung des EuGH eignet sich besonders, um in der Prüfung von Studenten und Referendaren den sicheren Umgang mit der unionsautonomen Auslegung und – in der Folge – richtlinienkonformen Auslegung abzuprüfen. Eine Vielzahl von Kaufgegenständen kann unter den Ausnahmetatbestand subsumiert werden, zB Toiletensitze,<sup>49</sup> Blasinstrumente, Badebekleidung usw. Auch die in der Entscheidung nicht behandelten Vorlagefragen bieten Stoff für Klausuren, in denen der Schwerpunkt auf der Auslegung des Art. 16 lit. e VRRRL bzw. des § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB sowie etwaiger Folgefragen liegen könnte. Zum Beispiel, wie mit einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung über das Erlöschen des Widerrufsrechts umzugehen sein wird und ob der Verbraucher dann sein Widerrufsrecht behalten dürfte.

Eine weitere Frage, die Inspiration für Klausursachverhalte gibt, dürfte sein, in welchem Umfang der Verbraucher bestimmte Waren prüfen darf, ohne seine Wertersatzpflicht nach § 357 Abs. 7 BGB auszulösen. Auch hier bedarf es der Gesetzesauslegung im Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Recht.

Zur Vertiefung: *Sesing/Baumann*, Der Ausschluss des Widerrufsrechts für versiegelte Hygieneartikel, *VuR* 2017, 415; *Ernst*, Widerrufsrecht des Verbrauchers beim Kauf einer Matratze im Internet trotz Entfernen der Schutzfolie („slewo“), *EWiR* 2019, 235 (auch zur Wertersatzpflicht); *Förster*, Die Umsetzung der VerbraucherrechteRL in §§ 312 ff. BGB, *JA* 2014, 721 ff. u. 801 ff.; *Schärtl*, Der verbrauchererschützende Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, *JuS* 2014, 577.

Zum Wertersatz des Verbrauchers nach Widerruf gem. § 357 Abs. 7 BGB: *Specht*, Wertersatz nach Verbraucherrückruf im Fernabsatz – Was kommt nach den Entscheidungen „Wasserbett“ und „Katalysatorkauf“?, *VuR* 2017, 363; *Lühmann*, Zur Berechnung von widerrufsbedingten Rückabwicklungsansprüchen, *EWiR* 2019, 257.

**Jonas Rohde**, Jurist (Univ.)

Referendar

OLG Celle

z.Zt. Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>46</sup> *Ernst*, *EWiR* 2019, 235 (236); *Ernst* erachtet die Rechtsprechung deutscher Gerichte als zu großzügig. Da die Wertersatzpflicht des Verbrauchers den Missbrauch des Widerrufsrechts nicht verhindern könne, fordert er den Gesetzgeber auf, einen pauschalierten (Schadens-)Ersatzanspruch des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher einzuführen.

<sup>47</sup> Zu den letzten beiden Vorlagefragen siehe BGH *MMR* 2018, 84 m. Anm. *Sesing/Baumann*.

<sup>48</sup> So auch *Ernst*, *EWiR* 2019, 235 (236).

<sup>49</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.09.2016, *Az.* 12 O 357/15 = *BeckRS* 2016, 20917.

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Düsseldorf

### Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft - Motivirrtum

Beschluss vom 19. Dezember 2018, Az.: I-3 Wx 140/18

**Zur Anfechtung einer Ausschlagungserklärung bei Irrtum über die Höhe des Nachlasswerts und unklarer Entscheidungsgrundlage.**

**(Leitsatz des Verfassers)**

#### A) Sachverhalt

Die kinderlose und verwitwete Erblasserin, deren Eltern vorverstorben sind, wohnte allein in einer Wohnung, die sich in einem schlechten, renovierungsbedürftigen Zustand befand und aufgrund einer psychischen Erkrankung der Erblasserin erheblich mit Müll zugestellt war. Am 13. Januar 2019 verstarb die Erblasserin und hinterließ als einzige nähere Angehörige ihre Schwester A. Am 13. Februar 2019 erklärte A zu Protokoll der Geschäftsstelle des Amtsgerichts, dass ihr nicht bekannt sei, ob eine Verfügung von Todes wegen vorhanden sei und sie daher davon ausgehe, dass sie die einzige gesetzliche Erbin sei. In der Erklärung gab sie weiter an, dass ihr weder die Höhe noch der Inhalt des im Nachlass vorhandenen Vermögens bekannt sei. Sie schlage die Erbschaft deshalb aus allen Berufsgründen aus, da sie befürchte, dass der Nachlass überschuldet sei. Die Wohnung sei vermüllt, vor Jahren sei schon wenig Kapital vorhanden gewesen und die Rente der Erblasserin sei niedrig.

Tatsächlich ging die A davon aus, dass nach Renovierung und Räumung der Wohnung sowie nach Begleichung der Bestattungskosten vom vorhandenen Geldvermögen nichts mehr übrigbleiben dürfte. Nach Abwicklung der Erbschaft durch eine Nachlasspflegerin verblieb jedoch ein Guthaben von gut 10.000 EUR. Daraufhin hat A ihre Ausschlagungserklärung form- und fristgemäß angefochten und beim zuständigen Amtsgericht einen Erbschein beantragt. Sie beruft sich darauf, dass sie sich über die Zusammensetzung des Nachlasses geirrt habe.

#### B) Die Entscheidung der Kammer

Fraglich war daher das Bestehen eines Anspruches der A auf Erteilung eines Erbscheins.

#### I. Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins

Voraussetzung für die Erteilung eines Erbscheins ist gem. § 2353 BGB, dass es sich bei dem Antragsteller um den oder die Erben handelt. Zuständig ist gem. § 2353 BGB das Nachlassgericht. Die im Antrag erforderlichen Angaben ergeben sich aus § 352 FamFG. Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen ist jedoch mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt auszugehen. Örtlich zuständig ist gem. § 343 Abs. 1 FamFG das Nachlassgericht in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

#### II. Erbenstellung der A

Demnach ist zu prüfen, ob A Erbin geworden ist. Gem. § 1925 Abs. 2 BGB sind gesetzliche Erben der zweiten Ordnung die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Da Verwandte der ersten Ordnung nicht vorhanden sind und auch die Eltern der Erblasserin vorverstorben sind, ist sie gem. §§ 1930, 1925 Abs. 1 BGB Alleinerbin der Erblasserin.

Fraglich ist jedoch, ob A die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat. Gem. § 1953 Abs. 1 BGB bewirkt die Ausschlagung der Erbschaft, dass die Erbschaft als nicht angefallen gilt. Da die Anfechtung zu Protokoll der Geschäftsstelle und innerhalb der Frist des § 1944 Abs. 1 BGB erklärt wurde, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass A die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat.

Möglicherweise hat A jedoch die Ausschlagung wirksam angefochten mit der Folge, dass die Anfechtung der Ausschlagung gem. § 1957 Abs. 1 BGB als Annahme der Erbschaft gelten würde. Laut Sachverhalt erfolgte die Anfechtung form- (§ 1955 BGB) und fristgerecht (§ 1954 Abs. 1 BGB). Fraglich ist jedoch, ob auch ein Anfechtungsgrund vorliegt. Als Anfechtungsgrund kommen grundsätzlich sämtliche Anfechtungsgründe des Allgemeinen Teils des BGB in Betracht (§§ 119 ff. BGB), also insbesondere der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gem. § 119 Abs. 2 BGB.

Vorliegend gibt A an, dass Sie sich über die Zusammensetzung des Nachlasses geirrt habe. Bei der Ausschlagung gab sie jedoch an, dass ihr der Wert und Inhalt des Nachlasses unbekannt sei. Dazu führt das OLG Düsseldorf aus:

*„Stützt sich die Anfechtung - wie hier - auf einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache gemäß § 119 Abs. 2 BGB, ist als „Sache“ im Sinne dieser Vorschrift die Erbschaft anzusehen, d.h. der dem Erben angefallene Nachlass oder Nachlassanteil. Insoweit ist nahezu einhellig anerkannt, dass die Überschuldung der Erbschaft eine verkehrswesentliche Eigenschaft darstellt, die zur Anfechtung berechtigen kann, indes nur, wenn der Irrtum bezüglich der Überschuldung auf falschen Vorstellungen hinsichtlich der Zusammensetzung des Nachlasses, also bezüglich des Bestandes an Aktiva oder Passiva, beruht. Der Senat hat in der Vergangenheit den Standpunkt vertreten, hieraus folge zugleich, dass nicht zur Anfechtung berechtigt ist, wer ohne nähere Kenntnis der Zusammensetzung des Nachlasses einer Fehlvorstellung über dessen Größe unterlag; mit anderen Worten sich derjenige nicht auf einen Anfechtungsgrund berufen kann, der nicht aufgrund einer Bewertung ihm bekannter oder zugänglicher Fakten zu dem Ergebnis gelangt war, die Erbschaft wolle er annehmen oder ausschlagen, sondern seine Entscheidung auf spekulativer - bewusst ungesicherter - Grundlage getroffen hatte.“*

Wer bewusst bestimmte Umstände als lediglich möglich betrachtet und dieses Vorstellungsbild handlungsleitend sein lässt, der verhält sich aufgrund Hoffnungen oder Befürchtungen, die das Motiv seines Handelns bilden. Ein bloßer Irrtum im Motiv berechtigt jedoch weder im allgemeinen, noch speziell im Zusammenhang der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft zur Anfechtung. Dies findet allgemein seine Rechtfertigung im Gesichtspunkt der Rechtssicherheit; im besagten erbrechtlichen Zusammenhang ist zudem der Gefahr zu begegnen, durch eine zu großzügige Berücksichtigung reiner Motivirrtümer faktisch eine im Gesetz nicht vorgesehene weitere Form der Haftungsbeschränkung eines Erben zu schaffen, nämlich eine sozusagen einstweilige Ausschlagung bis zur abschließenden Klärung der Vermögensverhältnisse (entwickeln sich die Erkenntnisse negativ, belässt der Erbprätendent es bei der erklärten Ausschlagung, entwickeln sie sich günstig, ficht er seine Ausschlagung an).

Aber auch unabhängig hiervon, befand sich [A] nach ihren eigenen Angaben nur in einem anfechtungsrechtlich unbeachtlichen Motivirrtum der oben beschriebenen Art; angesichts dessen kommt es auf den Inhalt des gerichtlichen Protokolls nicht mehr an. Sie selbst spricht davon, aus einer Befürchtung heraus gehandelt zu haben. Ihr Vorstellungsbild lässt sich zwanglos dahin beschreiben, dass sie die Wohnungsauflosungskosten überschätzte und daher eine Überschuldung für wahrscheinlich hielt, wobei ihr aber bewusst war, weder vorhandene Guthaben, noch die entstehenden Kosten irgendwie verlässlich (geschweige denn gesichert) beziffern zu können. Was die Aktiva anbelangt, erklärt die [A] selbst, von einem rund fünf Jahre zurückliegenden Wert ausgegangen zu sein und ganz allgemein gehaltene Rückschlüsse aus der Rentensituation in Verbindung mit der äußeren Lebensführung der Erblasserin gezogen zu haben. Aber auch bezüglich der Passivseite blieben die auf die „Vermüllung“ gegründeten Vorstellungen so lange bloße Befürchtungen, wie die [A] die Kosten der „Entrümpelung“ nicht halbwegs tragfähig schätzen konnte und ferner keine Kenntnis des Mietvertrages (wegen Renovierungs- und Mietzinspflicht) hatte; beides Letztere jedoch behauptet sie selbst nicht. Der Rückschluss auf die Überschuldung schließlich war in jedem Falle notwendig spekulativ, da sie keine Kenntnis der Aktiva besaß.“

Da die A die Entscheidung zur Ausschlagung damit aufgrund bloßer Vermutungen „ins Blaue hinein“ getroffen hat, liegt lediglich ein bloßer Motivirrtum vor, der zur Anfechtung nicht berechtigt.

### III. Ergebnis

Damit ist die Ausschlagung wirksam, A wurde nicht Erbin. Das Amtsgericht wird den Erbschein deshalb nicht erteilen.

### Abschließende Hinweise für Studierende

Die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft ist immer mal wieder Gegenstand von Examensklausuren. Der vorliegende Fall ist – zugegebenermaßen – nicht besonders spektakulär. Er gibt jedoch Anlass, nochmals die Spezialvorschriften der Anfechtung der Ausschlagung zu repetieren. Denn im Examen ist davon auszugehen, dass viele Bearbeiter mit diesen speziellen Normen nicht zu recht kommen und man sich deshalb schon positiv abheben kann, wenn man nur die richtigen Normen findet und ordentlich argumentiert. Deshalb nochmals zur Wiederholung:

§ 1949 BGB, der in der amtlichen Überschrift „Irrtum über den Berufungsgrund“ suggeriert, es handele sich um einen Anfechtungsgrund, ist in Wirklichkeit gar kein Anfechtungsgrund. Die Annahme gilt hier ipso iure als nicht erfolgt, ohne dass es einer Anfechtung bedarf.

§ 1957 Abs. 1 BGB ist lex specialis zu § 142 Abs. 1 BGB und geht über dessen Wirkungen hinaus. § 1954 BGB regelt die Anfechtungsfrist abweichend von § 121 BGB. Die Anfechtung kann deshalb binnen sechs Wochen erfolgen und ist im Vergleich zu § 121 BGB („unverzüglich“) großzügiger. Die Anfechtung muss gem. § 1955 S. 1 BGB gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden und damit nicht wie bei § 143 Abs. 1 BGB gegenüber dem „Erklärungsgegner“ (den es bei einer Ausschlagung oder Annahme überhaupt nicht gibt).

Als praktisch wichtigster Anfechtungsgrund ist der Eigenschaftsirrtum zu nennen, insbesondere über die Zusammensetzung oder Überschuldung des Nachlasses. Die Überschuldung des Nachlasses stellt eine verkehrswesentliche Eigenschaft dar.<sup>1</sup> Das gleiche gilt für die Zusammensetzung des Nachlasses.<sup>2</sup> Wie der vorliegende Fall zeigt, muss jedoch auch ein Irrtum tatsächlich vorliegen. Wer sich keine Vorstellungen über die konkrete Zusammensetzung macht und lediglich eine Überschuldung „befürchtet“, kann nicht anfechten, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der Nachlass doch nicht überschuldet war. Die speziellen Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 BGB gelten nur für die Anfechtung von letztwilligen Verfügungen nicht aber für die Anfechtung einer Ausschlagung.

Dr. Julius Forschner, LL.M. (Cambridge)

Notarassessor

Würzburg

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>1</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1174.

<sup>2</sup> BGH NJW 1989, 2885.



Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)



## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Landgericht Nürnberg-Fürth

### Bedeutender Schaden iSv. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB

Beschluss vom 12. November 2018, Az.: 5 Qs73/18

**Ab einem Betrag von 2.500,00 € (netto) ist ein bedeutender Schaden iSv. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB gegeben.**

**(Leitsatz des Bearbeiters)**

#### A) Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Das Amtsgericht erließ auf Antrag der Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten einen Strafbefehl und entzog ihm mit Beschluss vom selben Tag vorläufig die Fahrerlaubnis. Zudem ordnete es die Beschlagnahme des Führerscheins an, was in der Folge geschah. Dem Angeklagten wird in dem Strafbefehl unerlaubtes Entfernen vom Unfallort zur Last gelegt: Er soll mit seinem Kfz gegen ein anderes gestoßen sein, wodurch ein Fremdschaden von 1.977,74 Euro netto entstanden sein soll. Obwohl er den Unfall bemerkt und erkannt bzw. damit gerechnet habe, dass ein nicht völlig unbedeutender Fremdschaden entstanden sei, sei er weitergefahren und habe sich dadurch als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen.

Gegen den Strafbefehl legte der Angeklagte Einspruch ein und erhob gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis Beschwerde, der das Amtsgericht nicht abgeholfen hat. Die Staatsanwaltschaft beantragte, die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Über diese Beschwerde hatte das Landgericht zu entscheiden.

#### B) Die Entscheidung der Kammer

Die Beschwerde<sup>1</sup> hatte Erfolg:

„1. Auf die Beschwerde des Angeklagten wird der Beschluss des Amtsgerichts [...], Az. [...], vom [...] aufgehoben.

2. Der Führerschein ist dem Angeklagten unverzüglich herauszugeben.

3. Die Staatskasse trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten.“

Diesen Tenor begründete die Kammer nach Wiedergabe des wesentlichen Verfahrensstandes (s. oben) wie folgt:

„Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Nach § 111 a StPO kann die Fahrerlaubnis vorläufig nur dann entzogen werden, wenn sich aus der vorgeworfenen Tat auch ergibt, dass der Angeklagte zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist (§ 69 StGB). Dringende Gründe für den endgültigen Entzug der Fahrerlaubnis liegen vor, wenn dies in hohem Maße wahrscheinlich ist. Das ist der Fall, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für die körperliche oder charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen besteht. Nach derzeitigen Ermittlungsstand ist

ein endgültiger Entzug der Fahrerlaubnis mangels Nachweisbarkeit der charakterlichen Ungeeignetheit des Angeklagten zum Führen von Kraftfahrzeugen unwahrscheinlich.

a) Der Angeklagte ist derzeit nicht dringend verdächtig, einen Regelfall des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht zu haben. Zwar besteht momentan ein dringender Tatverdacht der Unfallflucht (§ 142 Abs. 1 StGB) aufgrund der Angaben der Zeugen [...] und der Lichtbilder [...] sowie der Angaben des Beschuldigten gegenüber dem Polizeibeamten [...]. Nach dem derzeitigen Ermittlungsergebnis besteht jedoch kein dringender Verdacht, dass der Angeklagte durch den Unfall einen bedeutenden Fremdschaden verursacht.

Ein bedeutender Fremdschaden liegt ab einem Betrag von 2.500,00 € netto vor (vgl. z.B. die Beschlüsse der Kammer vom 10.04.08 - Az. 5 Qs 23/18 und vom 05.11.18, Az. 5 Qs 69/18). Die Kammer hat die Änderung von § 44 Abs. 1 StPO und damit die seit dem 24.08.2017 geschaffene Möglichkeit der Verhängung von Fahrverboten von bis zu sechs Monaten anstelle von drei Monaten zum Anlass genommen, ihre Rechtsprechung zum Begriff des bedeutenden Fremdschadens Anfang 2018 zu ändern (bis 2017: 1.800,00 € netto, vgl. z. B. Beschluss vom 11.04.2008, Az. 5 Qs 61/08). Im Hinblick auf die in § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB angeordnete Gleichsetzung des bedeutenden Fremdschadens mit der Tötung bzw. nicht unerheblichen Verletzung eines Menschen einerseits und der wirtschaftlichen Entwicklung in den letzten zehn Jahren andererseits hat die Kammer im Interesse der Rechtssicherheit eine großzügige Anpassung der Wertgrenze nach oben vorgenommen. Die Kammer hat dabei die Entwicklung der Einkommen und der Kosten für die Beseitigung der Folgen von Verkehrsunfällen berücksichtigt und sich an einer groben Schätzung der wirtschaftlichen Entwicklung orientiert. Eine exakte Ermittlung der Kostenentwicklung bei der Beseitigung von Unfallfolgen ist nicht zuletzt wegen der Vielfältigkeit der Unfallszenarien von geringer Aussagekraft. Die Kammer hat deswegen davon abgesehen anhand von einem Musterunfallgeschehen auf eine insoweit singuläre Kostenentwicklung abzustellen (vgl. aber zu diesem Ansatz, LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 13.05.2008, Az. 5/9a Qs 5/08). Die Verbraucherpreise für die Wartung und Reparatur von Fahrzeugen sind allein in den Jahren von 2010 bis 2016 um 11,6 % angestiegen (vgl. Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex für Deutschland, Klassifikation CC 0723). Im gleichen Zeitraum steigerte sich der Reallohnindex lediglich um 7,8 % (vgl. Statistisches Bundesamt, Verdienste und Arbeitskosten, Reallohnindex und Nominallohnindex, 4. Vierteljahr 2017). Auch im Bereich der Bergungs- und Abschleppkosten ist es zu deutlichen Preissteigerungen gekom-

<sup>1</sup> Vertiefend zum Rechtsmittel der Beschwerde LG Stuttgart Beschl. v. 20.10.2014 – 7 Qs 52/14, mAnm. ►Grüner-Blatt, JSE 4/2014, 468 (469 f.) mit den entsprechenden Anmerkungen.

men. So sind beispielsweise die Preise für ein Standard-Bergungsfahrzeug zum Abtransport von liegen gebliebenen Pkws bis 7,49 t zwischen den Jahren 2006 und 2016 um 35,5 % angestiegen (vgl. VBA, Preis- und Strukturumfrage im Bergungs- und Abschleppgewerbe, Ergebnisse 2006 bis 2016). Eine großzügige Anpassung der Wertgrenze war im Interesse der Rechtssicherheit geboten, um eine wiederholte Anpassung um kleinere Beträge in kürzeren Zeitabständen möglichst zu vermeiden.

Nachdem der vorliegend eingetretene Schaden mit 1.977,74 € netto unterhalb dieses Betrages liegt, kommt es nicht mehr darauf an, ob [...] der Angeklagte wusste oder hätte wissen können, dass ein Schaden in dieser Höhe eingetreten ist. [...]

b) Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte aus anderen Gründen zur Führung von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist. Die Auskünfte aus dem Fahreignungsregister [...] und dem Bundeszentralregister [...] waren negativ. Allein aus diesem Umstand, dass der Angeklagte mit der vorliegend angeklagten Tat dringend einer Unfallflucht, also einer Katalogtat im Sinne des § 69 Abs. 2 StGB, verdächtig ist, kann noch nicht auf eine charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen geschlossen werden.

c) Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 473 StPO.“

### C) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

1. Zentral in vorliegender Entscheidung und seit geraumer Zeit Gegenstand der Diskussion<sup>2</sup>, die gerade in letzter Zeit – nicht zuletzt aufgrund mehrerer Entscheidungen der Kammer – an Fahrt aufgenommen hat, ist die Frage nach der Höhe des bedeutenden Schadens im Sinn von § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB und damit zugleich danach, ob nach vielen Jahren eine Anhebung des überkommenden Betrags veranlasst ist: Während die wohl immer noch herrschende Meinung die Grenze (seit 2002)<sup>3</sup> bei 1.300 Euro verortet,<sup>4</sup> mehrten sich die Stimmen, die einer Erhöhung<sup>5</sup> der Grenze das Wort reden. In der Rechtsprechung werden insbesondere 1.500 Euro<sup>6</sup> und 2.500 Euro<sup>7</sup> als neue Beträge genannt.<sup>8</sup> Dass es nach all den Jahren seit 2002 angezeigt ist, die Grenze zu erhöhen, hat die Kammer ausführlich begründet und

entspricht aktuellen Tendenzen.<sup>9</sup> Schließlich hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, eine starre Schadensgrenzen für den Umfang des bedeutenden Schadens festzulegen, weshalb es sich um eine veränderliche Grenze handelt.<sup>10</sup> Und diese ist – was die Kammer mit Recht ausführt – von der wirtschaftlichen Entwicklung, insbesondere der allgemeinen Preis- und Einkommensentwicklung abhängig.<sup>11</sup> Ob er Betrag nun (wie die Kammer meint) großzügig angepasst und damit auf 2.500 Euro nahezu verdoppelt werden sollte, „um eine wiederholte Anpassung um kleinere Beträge in kürzeren Zeitabständen möglichst zu vermeiden“, erscheint zweifelhaft.<sup>12</sup> Denn eine Anpassung soll an die Preis- und Einkommensentwicklung erfolgen – und das gerade nicht „auf Vorrat“. Insofern erscheint eine verhältnismäßige Erhöhung auf 1.500 Euro vorzugswürdig.<sup>13</sup>

2. Hinsichtlich des Umfangs des bedeutenden Schadens geht die Kammer von der Berücksichtigungsfähigkeit nur des Netto-Schadensbetrags aus, ohne dies zu begründen. Hier besteht keinesfalls breiter Konsens:

a. Der bedeutende Schaden soll sich nach wirtschaftlichen Kriterien bemessen und sich nach der Höhe des Betrages beurteilen, um den das Vermögen des Geschädigten als direkte Folge des Unfalls vermindert wird.<sup>14</sup> Demgemäß sollen zu den reinen Reparaturkosten auch alle übrigen, nach BGB zu ersetzenden Schadensposten hinzuzurechnen sein, auch Mehrwertsteuer<sup>15</sup>, sofern der Geschädigte nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist.<sup>16</sup> Denn immerhin schütze § 142 StGB, auf den § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB Bezug nimmt, die zivilrechtlichen Ansprüche, weswegen es für die Schadensberechnung auf die zivilrechtlichen Maßstäbe ankomme.<sup>17</sup>

b. Andere – und in diese Richtung geht hier auch die Kammer – halten diese Betrachtung für zu weitgehend: Nur die Wertminderung bzw. die Reparaturkosten und nicht der gesamte, zivilrechtlich ersatzfähige Schaden sei/seien bei der Schadensberechnung beachtlich. Denn es gehe nach dem Gesetzeswortlaut nur um den Schaden „an fremden Sachen“, zudem seien die nach

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Himmelreich/Halm*, NSTz 2011, 440 (442); *Geppert*, DAR 2014, 737 ff.; *Fromm*, NZV 2018, 5 (8); *Quarch*, SVR 2018, 281 (284); *Krumm*, SVR 2019, 134 (137).

<sup>3</sup> Dazu etwa *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 69 Rn. 29.

<sup>4</sup> OLG Hamm NZV 2011, 356 (357) und Beschl. v. 06.11.2014 - 5 RVs 98/14, Rn. 23; LG Kaiserslautern Beschl. v. 25.6.2012 - 5 QS 72/12, Rn. 5; LG Berlin DAR 2010, 533 (533); LG Schwerin Beschl. v. 21.10.2015 - 32 Qs 56/15, Rn. 4; LG Hannover Beschl. v. 23.09.2015 - 46 Qs 81/15, Rn. 8; *Athing/v. Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 69 Rn. 71; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 69 Rn. 29; *Burmann*, in: ders./Heß/ Hühnermann/Jahnke, StVR, 25. Aufl. (2018), § 69 Rn. 20; *Pflieger/Braasch*, in: HK-GS, 4. Aufl. (2017), § 69 StGB Rn. 8; vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB 29. Aufl. (2018), § 69 Rn. 7; vgl. auch BGH NSTz 2011, 215.

<sup>5</sup> Dagegen für 1.250 Euro *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 41. Edition (01.02.2019), § 69 Rn. 41.

<sup>6</sup> LG Braunschweig DAR 2016, 596 mAnm. *Ernst*; AG Tiergarten Beschl. v. 15.05.2015 - 288 Gs 48/15, (288 Gs) 3014 Js 2061/15 (48/15), Rn. 6; LG Lübeck Beschl. v. 14.03.2014 - 4 Qs 60/14, Rn. 2; LG Hamburg DAR 2008, 219; AG Saalfeld DAR 2005, 52; LG Dresden Beschl. v. 07.05.2019 - 3 Qs 29/19, Rn. 12; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 69 Rn. 39.

<sup>7</sup> LG Landshut DAR 2013, 588 m. Anm. *Ernst*; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2018, 37287 m. Anm. *Krumm*, in: FD-StrVR 2019, 414510; LG Nürnberg-Fürth Ur. v. 28.08.2018 - 5 Qs 58/18.

<sup>8</sup> Das Fehlen einer einheitlichen Rechtsprechung beklagend *Fromm*, NZV 2018, 5 (8).

<sup>9</sup> Selbige begrüßend *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 69 Rn. 13. Demgegenüber hat sich das OLG Stuttgart Ur. v. 27.07.2018 - 2 Rv 33 Ss 959/17, Rn. 30 zurückhaltender geäußert.

<sup>10</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 27.07.2018 - 2 Rv 33 Ss 959/17, Rn. 30.

<sup>11</sup> *Athing/von Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 69 Rn. 71; OLG Stuttgart Ur. v. 27.07.2018 - 2 Rv 33 Ss 959/17, Rn. 30.

<sup>12</sup> Krit. zu 2.500 Euro als neue Grenze etwa *Krumm*, FD-StrVR 2019, 414510; *Kerkmann/Blum*, in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, 2. Aufl. (2017), § 69 StGB Rn. 27; *Ernst*, DAR 2013, 589; bejahend *Quarch*, SVR 2018, 281 (284).

<sup>13</sup> Vgl. dazu mit Berechnung der Preissteigerungsrate und Anpassung des Grenzwertes unter Zugrundelegung dieser Rate auf 1.500 Euro LG Braunschweig DAR 2016, 596 m. zust. Anm. *Ernst*.

<sup>14</sup> OLG Stuttgart Ur. v. 27.07.2018 - 2 Rv 33 Ss 959/17, Rn. 30; OLG Hamm Beschl. v. 30.09.2010 - 3 RVs 72/10, Rn. 9; Beschl. v. 06.11.2014 - 5 RVs 98/14, Rn. 23.

<sup>15</sup> A.A. etwa *Krumm*, NJW 2012, 829 (830).

<sup>16</sup> OLG Stuttgart Die Justiz 1982, 97 (98). Natürlich kann ein brutto-Reparaturkostenbetrag nur dann erstattungsfähig und hier beachtlich sein, wenn die Reparatur tatsächlich auch vorgenommen wird, vgl. LG Dresden Beschl. v. 07.05.2019 - 3 Qs 29/19, Rn. 13.

<sup>17</sup> *Kerkmann/Blum*, in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, 2. Aufl. (2017), § 69 StGB Rn. 27 mN.

BGB möglichen Positionen für den Täter am Unfallort nicht kalkulierbar (vgl. § 69 Abs. 2 Nr. 3: „obwohl der Täter weiß oder wissen kann“).<sup>18</sup>

c. Jedenfalls ist vorausgesetzt, dass der Täter von den Unfallfolgen, den entsprechenden Schadenspositionen, bei Tatbegehung wusste oder vorwerfbar nicht wusste.<sup>19</sup> Dabei sollen die Anforderungen nicht zu niedrig angesetzt werden und allein aus der späteren Feststellung eines hohen Schadens ergebe sich nicht ohne weiteres, dass dies für Laien erkennbar war.<sup>20</sup>

3. Besonders interessant dürfte vorliegende Entscheidung für Rechtsreferendare sein: Nicht nur in der Strafstation und beim Sitzungsdienst, sondern gerade auch in der Assessorklausur sollte die behandelte Problematik, insbesondere die Frage, ab welchem Betrag ein bedeutender Schaden anzunehmen ist, bekannt sein. Dort sollte in entsprechenden Fällen eine – auch vorläufige, § 111a StPO – Entziehung der Fahrerlaubnis bzw. ein solcher Antrag nicht vergessen werden. Auch hierzu mag vorliegende Entscheidung beitragen.

### **Dr. Guido Philipp Ernst**

Richter am Landgericht und  
Arbeitsgemeinschaftsleiter für Referendare  
Landgericht Stuttgart

Lehrbeauftragter  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

Repititor (Assessorkurs)  
Alpmann/Schmidt  
Stuttgart

#### **► Inhaltsverzeichnis**

<sup>18</sup> Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 69 Rn. 13; vgl. auch Quarch, SVR 2018, 281 (284).

<sup>19</sup> Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 69 Rn. 27; vgl. auch Krumm, NJW 2012, 829 (830); ausf. zur subjektiven Komponente Quarch, SVR 2018, 281 (285).

<sup>20</sup> Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 69 Rn. 27.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen: Erkennbarkeit einer anderen Person

Beschluss vom 05. Februar 2019, Az.: 3 StR 563/18

Von 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB werden nur solche Bildaufnahmen erfasst, auf denen erkennbar eine Person abgebildet ist. Ermöglicht die Bildqualität schon nicht die Feststellung, dass es sich um die Abbildung einer Person bzw. Teile derselben handelt, ist der Anwendungsbereich des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht eröffnet.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Der Angeklagte führte „seine Finger in die Scheide der Zeugin ein, richtete sich auf und fertigte mit seinem Smartphone Lichtbildaufnahmen von der Penetrationshandlung. Entsprechend der insoweit vom Landgericht als nicht widerlegt angesehenen Einlassung des Angeklagten waren die Bilder 'nichts geworden' und wurden durch den Angeklagten sofort gelöscht.“

#### B) Verfahrensgang

„Das Landgericht hat den Angeklagten [unter anderem] wegen [...] Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen [...] verurteilt. [...] Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit der auf die Sachrüge gestützten Revision.“

#### C) Die Entscheidung des Senates

„Das Landgericht ist in seiner rechtlichen Würdigung davon ausgegangen, dass der Angeklagte [...] auch den Tatbestand der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (§ 201a Abs. 1 Nr. 1, § 205 Absatz 1 Satz 2 StGB) verwirklicht habe. [...] Diese rechtliche Würdigung wird von den Urteilsfeststellungen nicht getragen.“

#### Hinweis

Die Darstellung wird nachfolgend auf die Frage des Vorliegens einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen gem. § 201a Abs. 1 StGB beschränkt. Ausführungen zum Vorliegen einer Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 2, 6 StGB sowie zu Prozesszinsen auf den im Adhäsionsverfahren (§§ 403 ff. StPO) zuerkannten Schmerzensgeldanspruch unterbleiben.

#### I. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB

„Nach der Strafnorm des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB, welche dem Schutz des durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleisteten

höchstpersönlichen Lebensbereichs des Einzelnen durch Eingriffe mittels Bildaufnahmen dient [...], macht sich strafbar, wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblicke besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.“

#### 1. Bildaufnahme einer anderen Person

§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert das Vorliegen einer Bildaufnahme einer anderen Person. Bildaufnahmen sind Reproduktionen der Wirklichkeit durch technische Mittel.<sup>1</sup> Dazu gehören insbesondere Fotos, Videos und Einzelbilder aus Videosequenzen.<sup>2</sup> Das mit dem Smartphone angefertigte Foto stellt eine Bildaufnahme dar.

Fraglich erscheint, ob es auf die Erkennbarkeit einer Person ankommen kann: „Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen dieser Vorschrift auch Bildaufnahmen unterfallen, die allein aus sich heraus eine Individualisierung der abgebildeten Person nicht ermöglichen [...], braucht der Senat nicht zu entscheiden.“

#### Hinweis

Dabei sind zwei Fragestellungen zu unterscheiden: Einerseits die Frage durch wen eine Identifizierung möglich sein muss<sup>3</sup> und andererseits die Überlegung, ob sich die Identifizierung unmittelbar aus dem Bild selbst ergeben muss oder auch über Zusätze möglich sein kann.<sup>4</sup>

„Denn tatbestandlich erfasst werden jedenfalls nur solche Bildaufnahmen, auf denen erkennbar eine Person - ganz oder teilweise - abgebildet ist. Ermöglicht die Bildqualität schon nicht die Feststellung, dass es sich um die Abbildung einer Person bzw. Teile derselben handelt, ist der Anwendungsbereich des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht eröffnet. Denn eine Verletzung des Schutzgutes der Norm - des höchstpersönlichen Lebens- und Geheimbereichs des Einzelnen - ist durch die Anfertigung von Bildern unkenntlichen Inhalts nicht zu besorgen.“

Die Feststellungen des Landgerichts erschöpfen sich darin, der Angeklagte habe von der Penetrationshandlung mit seinem Smartphone ein Bild gefertigt, welches nach seiner nicht widerlegten Einlassung 'nichts geworden' sei. Eine nähere Beschreibung,

<sup>1</sup> Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433; Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 201a Rn. 12; Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 9.

<sup>2</sup> Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433.

<sup>3</sup> Siehe dazu BGH NStZ 2015, 391.

<sup>4</sup> Dafür: Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 3. Aufl. (2016), § 201a Rn. 5; ders., Jura 2016, 1380 (1382); für die mitfotografierte Umgebung: Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 201a Rn. 7; ders., Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 22; für andere Umstände: Graf, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 201a Rn. 29.

ob und gegebenenfalls was auf dem Bild tatsächlich erkennbar war, fehlt jedoch.“

## 2. Ergebnis

Es handelt sich bei dem angefertigten Foto nicht um eine Bildaufnahme einer anderen Person im Sinne des § 201a Abs. 1 StGB.

## II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gem. § 201a I Nr. 1 StGB kommt nicht in Betracht.

### Abschließende Hinweise für Studierende

Dem Anfertigen von Bildaufnahmen kommt heute große praktische Bedeutung zu. Dies zeigt sich auch daran, dass seit der Einführung des § 201a StGB im Jahr 2004 die Zahl der Verurteilungen stetig zugenommen hat.<sup>5</sup> Es ist zu erwarten, dass diese Zahlen weiter ansteigen werden, da die technischen Möglichkeiten zur Anfertigung und Verbreitung solcher Aufnahmen zunehmen.<sup>6</sup> Auch wenn die Norm derzeit noch nicht zum Prüfungstoff der Staatsprüfung gehört, ist die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich unbedingt im Blick zu behalten.

**Weiterführender Literatur:** Einen guten Überblick über § 201a StGB verschafft *Bosch*, Jura 2016, 1380; zur Umgestaltung des § 201a StGB durch das 49. StÄG: *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312; speziell zu § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB: ▶ *Doerbeck*, JSE 2017, 197.

Dipl.-Jur. *Caprice Nina Doerbeck*

Rechtsreferendarin  
Oberlandesgericht Stuttgart  
Tübingen

▶ **Inhaltsverzeichnis**

<sup>5</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3 (Rechtspflege, Strafverfolgung), Berichtszeiträume 2005, S. 152, 2006, S. 152, 2007, S. 160, 2008, S. 160,

2009, S. 160, 2010, S. 162, 2011, S. 160, 2012, S. 166, 2013, S. 166, 2014, S. 164, 2015, S. 168, 2016, S. 168, 2017, S. 168.

<sup>6</sup> Diese Vermutung wird bereits in der BT-Drucks. 18/2601, S. 36 geäußert.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen gegenüber dem potenziellen Tatopfer

Urteil vom 04. Juli 2018, Az.: 2 StR 245/17

**Ein Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen iSd. § 30 Abs. 2 StGB kann auch gegenüber dem potenziellen Opfer erfolgen, sofern die Erklärung geeignet ist, eine motivationale Selbstbindung des Täters zu begründen.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

T hatte im Laufe seines Lebens einen ausgeprägten sexuellen Sadismus entwickelt, wobei er besonderen Gefallen an „Erhängungsszenen“ fand, im Rahmen derer er Frauen fesselte und durch „Scheinhinrichtungen“ in Todesangst versetzte. Mitte März 2016 nahm er über ein Internet-Forum erstmals Kontakt mit der O auf, welche als Kind sexuell missbraucht worden war und unter einer Persönlichkeitsstörung wie auch einer posttraumatischen Belastungsstörung litt. O hatte bereits mehrere Selbsttötungsversuche mit Tabletten unternommen. Nachdem O Zweifel am Sinn ihres Lebens geäußert hatte, bot T an, ihr beim Sterben zu „helfen“, wobei er namentlich auf das Erhängen – als schmerzfreie Tötungsart – verwies. Obwohl O dieses Ansinnen zunächst ablehnte und sich von T bedrängt fühlte, kommunizierte sie in der Folgezeit weiter mit ihm. Dabei destabilisierte T sie noch zusätzlich, indem er sie selbst für ihre Probleme verantwortlich machte. Er erläuterte abermals – sowie konkretisierend – seinen Plan für eine Hinrichtung: O solle nach G. fahren, wo er sie am Bahnhof abholen, mit ihr in einen Wald fahren und sie dort – nachdem sie sich ausgezogen und er sie gefesselt habe – am Galgen erhängen werde. Nachdem O Mitte April 2016 von ihrer Hausärztin in eine psychiatrische Klinik eingewiesen worden war, kam es erneut zum Kontakt mit T, der ihr riet, den Ärzten einen psychisch stabilen Zustand vorzuspiegeln, um Ausgang zu erhalten. Im Rahmen dieses Ausgangs sollte sie dann, wie geplant, nach G. fahren, auf dass er sie dort erhängen könne. Ende April erhielt die O dann auch Ausgang und setzte sich in einen Zug Richtung G. Auf dem Weg dorthin vertraute sie sich fernmündlich einem Bekannten an. Als sie schließlich am Bahnhof in G. ankam und mit T zu dessen Auto ging, in dem dieser Abschleppseile zum Erhängen und Kabelbinder zum Fesseln mitführte, wurde T von der Polizei festgenommen.

#### B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte die Tat als Sich-Bereiterklären zu einem Verbrechen des Mordes nach Maßgabe der §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2, 30 Abs. 2 StGB eingestuft und T in der Folge zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Der Angeklagte stützte seine Revision daraufhin auf die Sachrüge.

#### C) Die Entscheidung der Kammer/des Senates

Der 2. Strafsenat versagte dem Rechtsmittel den Erfolg und bestätigte die erstinstanzliche Verurteilung:

T könnte sich durch die – mehrfach – gegenüber O geäußerte Bereitschaft, diese durch Erhängen vom Leben zum Tode zu befördern, wegen Sicht-Bereiterklärens zu einem Tötungsverbrechen gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2, 30 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Objektiver Tatbestand

##### a) Bezugstat: Verbrechen

§ 30 Abs. 2 StGB setzt als Bezugstat zunächst ein „Verbrechen“ voraus. In Betracht kommt insoweit das Verbrechen des Mordes nach Maßgabe der §§ 212, 211 StGB.

##### aa) Abgrenzung von Selbsttötung und Fremdtötung

Am Verbrechencharakter der Tat würde es vorliegend fehlen, wenn es sich bei dem von T geplanten Geschehen „nur“ um die Beteiligung an einer (freierantwortlichen) Selbsttötung handeln würde, welche nach geltendem Recht – vom Anwendungsbereich des § 217 StGB einmal abgesehen – straflos ist.<sup>1</sup> Dies stellt auch der Senat im Ausgangspunkt fest:

*„Selbsttötungen sind nicht strafbar; wer sich daran beteiligt, wird deshalb auch nicht bestraft [...].“*

Die Abgrenzung von (strafloser) Beteiligung an einer Selbsttötung und (strafbarer) Fremdtötung richtet sich nach dem Senat, der insoweit auch auf die „Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“ verweist, danach,

*„wer das zum Tod führende Geschehen zuletzt beherrscht. Wenn der Sterbewillige bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal behält, tötet er sich selbst, wenn auch gegebenenfalls mit fremder Hilfe [...]. Gibt sich der zu Tötende demgegenüber in die Hand eines anderen, [...], so hat der andere die Tatherrschaft. In diesem Fall, in dem ein anderer die Herrschaft über den eigentlich todbringenden Akt innehat, liegt eine strafbare Fremdtötung vor.“*

Sodann subsumiert der Senat wie folgt: *„Der Angeklagte beabsichtigte, die Zeugin zu fesseln und sie anschließend zu töten; sie sollte sich gerade nicht mehr wirkungsvoll gegen eine Tötung entscheiden können.“*

Mithin liegt hinsichtlich des geplanten Ablaufs eine strafbare Fremdtötung vor.

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch *Bechtel*, JuS 2016, 882 (883).

## bb) Abgrenzung zum Anwendungsbereich des § 216 Abs. 1 StGB

Auch § 216 Abs. 1 StGB stellt freilich eine Fremdtötung dar, ohne indes ein „Verbrechen“ zu sein. Sollte es sich demnach um die Situation einer Tötung auf Verlangen handeln, fehlte es der – geplanten – Tat an dem von § 30 Abs. 2 StGB vorausgesetzten Verbrechenscharakter. Dazu der Senat:

*„§ 216 Abs. 1 StGB setzt ein Tötungsverlangen voraus, das bereits begrifflich nicht mit einer bloßen Zustimmung des zu Tötenden gleichgesetzt werden kann. Vielmehr ist zur Privilegierung der Tötung eine bestimmende Einflussnahme des Opfers auf den Entschluss des Täters erforderlich [...]. Das Verlangen muss auch nach dem Zweck des § 216 Abs. 1 StGB, erheblich vermindertes Unrecht und reduzierte Schuld zu privilegieren, für den Täter handlungsleitend wirken.“*

Entscheidend ist – mit Blick auf die Subsumtion – für den Senat sodann, dass die Initiative hinsichtlich des Tötungsszenarios eindeutig von T, der sich einen eigenen Lustgewinn versprach, ausgegangen war. Die bloße (spätere) Zustimmung des Opfers genügt insoweit nicht:

*„Denn der Angeklagte hatte die Initiative ergriffen, er war zur Tötung [...] entschlossen und verfolgte eigene sexuelle Interessen. Wer aber maßgeblich Eigeninteressen verfolgt, befindet sich nicht in einer Konfliktsituation, welche die Privilegierung des § 216 Abs. 1 StGB rechtfertigt [...]. Der erklärte Sterbewunsch der Zeugin war für den Angeklagten zwar notwendige Voraussetzung zur Durchführung der Tat, aber nicht handlungsleitendes Motiv.“*

Mit anderen Worten: Selbst wenn das Opfer – nach Erstinitiative des Täters – erklärt, getötet werden zu wollen, kann das Fehlen des handlungsleitenden Charakters dieser Aufforderung zur Versagung der Privilegierung des § 216 Abs. 1 StGB führen.<sup>2</sup>

Damit scheidet eine Anwendbarkeit des § 30 Abs. 2 StGB auch nicht am fehlenden Verbrechenscharakter der Fremdtötung.

## cc) Verbrechen des Mordes

Im Hinblick auf die Einstufung des – geplanten – Geschehens als Mord iSd. § 211 Abs. 2 StGB führt der Senat aus:

*„Nach den Vorstellungen des Angeklagten wollte er [...] zur Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse töten. Die geplante Tat erfüllt deshalb den Tatbestand des Mordes gemäß § 211 Abs. 2 Var. 1 StGB. Mit diesem verwerflichen Motiv tötet der Täter einen anderen Menschen, wenn er in der Tötung seine geschlechtliche Befriedigung sucht [...]. Der Angeklagte wollte die [O] nackt und gefesselt erhängen, weil dies seiner sexuellen Präferenz entsprach.“*

## b) Tathandlung: Sich-Bereiterklären (§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB)

Zunächst definiert der Senat die Tathandlung des Sich-Bereiterklärens iSd. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB:

*„Das Sich-Bereiterklären im Sinne von § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB besteht in der Kundgabe der Bereitschaft zur Begehung des Verbrechens gegenüber einer anderen Person [...], wonach der Erklärende dem Empfänger gegenüber ‚im Wort steht‘ [...] und deshalb*

*nicht mehr uneingeschränkt von seinem Tatentschluss zurückstehen kann [...]“.*

Weiter hält der Senat hinsichtlich des konkreten Falles fest, dass die Erklärung des Angeklagten „mit der gebotenen Ernsthaftigkeit“ erfolgte, wobei die *„geplante Tat [...] auch bereits ausreichend konkretisiert [war]“.*

Fraglich ist indes – und hier liegt der Schwerpunkt der Entscheidung (!) –, ob die Erklärung nicht nur gegenüber „einem potenziellen weiteren Tatbeteiligten“, sondern auch „gegenüber dem Tatopfer“ abgegeben werden kann. Die Besonderheit des Falles liegt immerhin darin, dass **nicht** – gewissermaßen konspirativ – in ernsthafte Verhandlungen über die Begehung eines Verbrechens gegenüber einem Dritten eingetreten wurde, sondern Adressat der Erklärung das ins Auge gefasste Verbrechensopfer selbst war.

Die vom Landgericht gefundene Lösung, die das Tatopfer selbst als tauglichen Erklärungsadressaten sieht, sodass eine (Vorfeld-)Strafbarkeit nach Maßgabe der §§ 212, 211, 30 Abs. 2 StGB zu bejahen war, wird vom erkennenden Senat unter Heranziehung der gängigen Auslegungsmethoden bestätigt.

Am Anfang steht die Auslegung nach dem Wortlaut der Vorschrift: *„Der Wortlaut des Gesetzes nennt keinen Adressaten, dem gegenüber die Tatbereitschaft erklärt werden muss. [...] Ein prospektiver Tatbeteiligter muss dies [...] nicht sein, wenn die Erklärung auch gegenüber einer anderen Person eine motivationale Selbstbindung des Täters begründen kann. Erklärungsempfänger kann daher auch das voraussichtliche Tatopfer sein, wenn dessen Zustimmung oder sonstige Mitwirkung nach der Vorstellung des Täters die Tatausführung ermöglicht und der Täter mit seiner Erklärung auf die Herbeiführung dieser Zustimmung oder sonstigen Mitwirkung abzielt.“*

Demnach ist der Wortlaut nach Ansicht des Senats durchaus offen für eine Erfassung des Tatopfers als Adressat der Erklärung.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt der Senat hinsichtlich des Normzwecks: *„Der Zweck des § 30 Abs. 2 StGB besteht in der Bekämpfung von Gefahren für das von dem Verbrechenstatbestand geschützte Rechtsgut durch eine motivationale Bindung des Täters [...]. Diese Bindung kann auch gegenüber dem potenziellen Opfer des Verbrechens erfolgen, wenn das Opfer ein eigenes Interesse an der Tatbegehung hat und seine Einbeziehung in die Ausführung der Tat deren Begehung erleichtern oder nach der Vorstellung des Täters überhaupt erst ermöglichen soll.“*

Sodann subsumiert der Senat, dass *„die Mitwirkung des künftigen Tatopfers nach seinem [des Täters] Plan zur Tatausführung erforderlich [war]. Auch in dieser Konstellation liegt beim Sich-Erbieten zur Tötung des Opfers nicht nur eine Verlautbarung des Tatentschlusses, sondern eine Handlung mit dem Ziel, eine Reaktion hervorzurufen, welche das sexuell motivierte Erhängen ermöglichen sollte.“*

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die seit ihrer Aufnahme ins (R)StGB im Jahre 1876 (in Gestalt des § 49a [R]StGB) mehrfach geändert, jedoch nie aufgehoben wurde,

<sup>2</sup> Dazu auch *Bechtel*, JuS 2016, 882 (886 f.).

stellt der Senat fest, dass der Gesetzgeber insbesondere bei Schaffung des § 30 StGB „an die Möglichkeit einer motivationalen Selbstbindung des Täters gegenüber dem potenziellen Verbrechenopfer [...] ersichtlich nicht gedacht, diese aber auch nicht erkennbar ausgeschlossen“ habe.

Die Entstehungsgeschichte steht der Einbeziehung des Tatopfers damit jedenfalls nicht entgegen.

Schließlich stellt der Senat noch „systematische Erwägungen“ an. Dabei nimmt er sich insbesondere des Umstandes an, dass die Regelung des § 30 StGB unmittelbar an die Vorschriften über die Beteiligung (§§ 25 bis 29 StGB) anschließt und nicht etwa bereits an die Vorschriften des Versuchs (§§ 22 bis 24 StGB) anknüpft. Die Notwendigkeit eines in strafbarer Weise mitwirkenden anderen Beteiligten ergebe sich aber daraus nicht. Der Gesetzgeber habe

„die Regelung insgesamt getroffen [...], um die Vorbereitung schwerster Delikte rechtzeitig auch mit den Mitteln des Strafrechts zu verhindern. Der Gesetzgeber hat sich somit für eine Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorbereitungsstadium entschieden. Auch die Rücktrittsregelung des § 31 StGB bestätigt dies [...].“

Auch unter systematischen Gesichtspunkten ist die Einbeziehung des Opfers als Erklärungsadressat daher möglich.

#### Hinweis

Der Senat wendet sich an dieser Stelle noch einem verfassungsrechtlichen Aspekt zu, indem er der z.T. in der Literatur vertretenen Auffassung nachgeht, wonach § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB grundsätzlich kein strafwürdiges Unrecht begründe und daher gegen den Schuldgrundsatz verstoße. Der Senat widerspricht dieser Argumentation, die in einer Klausur freilich regelmäßig nicht anzubringen ist, unter Verweis auf den dem Gesetzgeber eingeräumten Spielraum hinsichtlich der Einschätzung und Pönalisierung abstrakter Gefahren. Es sei Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, „wie er ein wichtiges Rechtsgut mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will“. Speziell im Hinblick auf den – durch die Entscheidung (neu) eröffneten – Anwendungsbereich der Vorschrift bei Erklärungen gegenüber dem potenziellen Opfer merkt der Senat an, auch insoweit bleibe „der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [...] gewahrt“; dies ergebe sich schon aus dem diesbezüglich auf Tötungsverbrechen begrenzten Anwendungsbereich, da in allen anderen Fällen das vom Opfer erklärte Einverständnis bereits tatbestandsausschließend wirke.

Nach alledem konnte T sich auch gegenüber dem – potenziellen – Opfer O dazu bereiterklären, ein (Tötungs-)Verbrechen zu begehen, womit der objektive Tatbestand erfüllt ist.

## II. Subjektiver Tatbestand

T handelte mit Erfolgswillen bzgl. der in Aussicht genommenen Tat sowie mit dem Willen zur täterschaftlichen Begehung.

## III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe liegen ersichtlich nicht vor.

## IV. Rücktritt

Ein Rücktritt nach § 31 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB scheidet aus, da T weder von seiner Tat Abstand genommen noch sich freiwillig und ernsthaft um deren Verhinderung bemüht hat.

## V. Ergebnis

T hat sich durch die – mehrfach – gegenüber O geäußerte Bereitschaft, diese durch Erhängen vom Leben zum Tode zu befördern, wegen Sich-Bereiterklärens zu einem Tötungsverbrechen gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2, 30 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

### Abschließende Hinweise für Studierende

Die Entscheidung des Senats zum Anwendungsbereich des § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB wurde durchaus kritisch aufgenommen.<sup>3</sup> So ist zu sehen, dass das Wortlautargument von nicht allzu großem Gewicht ist, während das vom Senat behauptete Fehlen des – unmittelbaren – systematischen Bezugs zu den Beteiligungsvorschriften (§§ 25 bis 29 StGB) nicht ohne weiteres einleuchtet. Legt man den Fokus freilich ganz auf Sinn und Zweck der Vorschrift und rückt dabei nochmals den Gesichtspunkt der – mit einer erhöhten Rechtsgutsgefährdung einhergehenden – „motivationalen Selbstbindung“ des Erklärenden in den Mittelpunkt, lässt sich eine Strafbarkeit – auch und insbesondere in einer Klausur – durchaus bejahen. Wichtig ist dabei, dass der Aufbau der Prüfung gelingt, wobei auch bei Prüfung des § 30 Abs. 2 StGB „klassisch“ zwischen obj. und subj. Tatbestand zu differenzieren ist.<sup>4</sup> Die in der Entscheidung behandelte Konstellation eignet sich auch deshalb so gut als Vorlage für Übungsarbeiten, weil zusätzlich zur Problematik des tauglichen Erklärungsadressaten die Fragen der Abgrenzung von Selbst- und Fremdtötung sowie der Voraussetzungen der Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) zu behandeln sind; hier werden Fragen des Besonderen Teils in die Prüfung einer für viele Studierende „exotischen“ Vorschrift des Allgemeinen Teils integriert.

### Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele)  
Eberhard Karls Universität Tübingen

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>3</sup> Eisele, JuS 2019, 497 (499); Kudlich, NJW 2019, 449 (453); Schiemann, NSZ 2019, 186 (188 f.).

<sup>4</sup> Vgl. das Aufbauschema bei Wessels/Beulke/Satzger, AT, 48. Aufl. (2018), Rn. 917.



# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck  
 Pius Dolzer  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Maik Kniebel  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (*Schriftleiter*)  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)  
 Philipp Trautmann  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Doblerstrasse 15  
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (*Vorsitzender*)  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
 (*Stellv. Vorsitzender*)  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 (*Schatzmeister*)  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 (*Ressortleiter Strafrecht*)  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

9. Jahrgang (2019)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 RiLG Dr. Ralf Dietrich  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
 Prof. Dr. Alexander Proelß  
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. Dr. Christian Traulsen  
 RA Dr. Werner Walk  
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>  
 E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:  
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

1/2019   Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018   Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018   Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018   Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018   Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018   Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017   Arne Pautsch	Die Wahlpflicht
4/2017   Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   Sascha Sebastian	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   Markus Meißner/Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   Tim P. Holler/Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016   Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016   Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016   Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015   Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet
3/2015   Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015   Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

<b>1/2015</b>   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
<b>4/2014</b>   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
<b>4/2014</b>   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
<b>3/2014</b>   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
<b>2/2014</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
<b>2/2014</b>   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
<b>1/2014</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
<b>4/2013</b>   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
<b>4/2013</b>   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
<b>3/2013</b>   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
<b>2/2013</b>   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
<b>1/2013</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
<b>1/2013</b>   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
<b>4/2012</b>   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
<b>3/2012</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
<b>2/2012</b>   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
<b>1/2012</b>   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
<b>1/2012</b>   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
<b>1/2011</b>   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
<b>1/2011</b>   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

ISSN 2195-044X



9 772195 044008