

# DER VERKEHRSJURIST

Rechtszeitschrift des ACE in Zusammenarbeit mit Straßenverkehrsrecht (SVR)

## Halterhaftung und EU-Vollstreckung

Die Halterhaftung im fließenden Verkehr, von manchen zum Allheilmittel gegen den Raser- und Drängler-Virus hochstilisiert, hat in Deutschland auch nach dem Verkehrsgerichtstag in Goslar wenig Chancen auf eine Realisierung, jedenfalls, soweit man dabei die verschuldensunabhängige bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters für die mit seinem Fahrzeug begangenen Verkehrsverstöße im Blick hat.

Gleichwohl muss sich die Rechtsdogmatik weiterhin mit diesem seltsamen Konstrukt eines Entstehensmüssens für fremdes Fehlverhalten beschäftigen, weil über andere EU-Staaten oder eine „deutsche Lösung“ die Gefahr droht, dass deutsche Fahrzeughalter eines Tages vielleicht doch schuldlos zur Kasse gebeten werden.

Die gegenwärtige Diskussion erfolgt vor allem unter zwei Aspekten:

1. Lässt das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30.06.2009 (NJW 2009, 2067) überhaupt eine von der EU kraft der ihr zugewachsenen Kompetenzen eingeführte europaweite Halterhaftung mit Wirkung

auch für deutsche Fahrzeughalter zu oder könnte bzw. müsste sich die deutsche Regierung einem solchen „Übergriff“ in den rechtsstaatlichen Kernbereich des Grundgesetzes verweigern?

2. Ist durch das voraussichtlich zum 01.10.2010 in Kraft tretende Geldsanktionsgesetz mit seinen Regeln zur grenzüberschreitenden Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen wirklich sichergestellt, dass ausländische Bescheide, die Bestimmungen über die Halterhaftung im weitesten Sinne zur Grundlage haben, in Deutschland nicht vollstreckt werden dürfen bzw. können?

Auf das Lissabon-Urteil muss nochmals besonders hingewiesen werden, weil Gegnern einer Halterhaftung gerne übertriebener Dogmatismus und Festhalten an (überholten?) Rechtsgrundsätzen zum Vorwurf gemacht wird, nach dem Motto, andere europäische Staaten hätten schließlich derartige „Skrupel“ nicht. Solcher augenscheinlichen Gleichgültigkeit gegenüber unserer gewachsenen Rechtskultur lässt sich mit dem Bundesverfassungsgericht Folgendes entgegenhalten:

„Die Zuständigkeiten der Europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege müssen zudem in einer Weise ausgelegt werden, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt. Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und zu entfalten. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 I GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG. Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 III GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist.“

### INHALT

#### Zu aktuellen Themen

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| Halterhaftung und EU-Vollstreckung ..... | 1 |
|------------------------------------------|---|

#### Rechtsprechung

|                                                  |    |
|--------------------------------------------------|----|
| Fluggastrechte .....                             | 4  |
| Reparaturerfordernis bei 130 %-Grenze .....      | 5  |
| Unfallersatztarif .....                          | 7  |
| Schätzgrundlage bei Mietwagenkosten .....        | 10 |
| Anzeigepflicht gegenüber Kasko-Versicherer ..... | 13 |
| Unerwartete Erkrankung .....                     | 15 |
| Verwertungsverbot für VZR-Voreintragungen .....  | 17 |
| Radarmessgerät „Multanova VR 6F“ .....           | 19 |

#### Verkehrsrecht in Kürze

|                                                  |    |
|--------------------------------------------------|----|
| Nutzungswertersatz bei Verbrauchsgüterkauf ..... | 21 |
| Hinweis auf Zwischenhändler .....                | 21 |
| Sorgfaltspflicht des Einparkers .....            | 21 |
| Lasermessung .....                               | 21 |
| Kreisverkehr .....                               | 21 |
| Hinweispflicht auf Fahrverbot .....              | 22 |
| Gemeinsamer „Unfallbericht“ .....                | 22 |
| Verletzung der sog. halben Vorfahrt .....        | 22 |
| Alleinhaltung des Fußgängers .....               | 22 |
| Kaskoschutz bei Diebstahl .....                  | 22 |
| Missachten eines Stoppschildes .....             | 22 |
| Garage und Hausratversicherung .....             | 22 |
| Arglist beim Gebrauchtwagenverkauf .....         | 22 |
| Nichtbeachtung der Durchfahrthöhe .....          | 22 |

#### Buchbesprechungen

|                                                      |    |
|------------------------------------------------------|----|
| Straßenverkehrsrecht .....                           | 23 |
| Die Fahrerlaubnis in der anwaltlichen Beratung ..... | 23 |
| Versicherungsrecht im Straßenverkehr .....           | 23 |
| Berechnung von Personenschäden .....                 | 24 |

Damit hat das höchste deutsche Gericht ein weiteres Mal klargestellt, dass der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ (Schuldprinzip) zu dem durch Art. 79 III GG geschützten grundrechtlichen Mindeststandard gehört und auch nicht auf dem Altar der europäischen Integration geopfert werden darf. Rechtsakte der Europäischen Union, die diese wegen Art. 79 III GG unverfügbare Verfassungsidentität des Grundgesetzes missachten, können in Deutschland keine Rechtswirksamkeit entfalten (vgl. Brenner, DAR 2010, 127).

Dies erstreckt sich, nach wohl einhelliger Auffassung, auch auf Sanktionen, die nicht im eigentlichen Strafrecht, sondern im Ordnungswidrigkeitenrecht ihre Grundlage haben, das ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip unterliegt und insoweit der Identität des Grundgesetzes gem. Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 u. 3 GG zuzuordnen ist.

Auch dies entspricht der in der Vergangenheit wiederholt zum Ausdruck gebrachten Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, das das in Art. 19 III i. V. m. Art. 2 und 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip mit einem Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ als unantastbaren Grundsatz allen Strafens durchgehend gewahrt wissen will, auch von einem supranationalen Gesetzgeber. Wie immer die Sanktionen im Ordnungswidrigkeitenrecht ausgestaltet sind – und sie haben in ihren Folgen keineswegs immer „Bagatelldarakter“ –: Dass es sich dabei um schuldgebundene Strafen handelt, die sich nicht wesensmäßig von strafrechtlichen Sanktionen unterscheiden, wird niemand ernsthaft bestreiten wollen (vgl. Albrecht, DAR 2010, 188). Trotz dieser eindeutigen Verfassungslage wird auch weiterhin über mittelbare Formen der Halterhaftung diskutiert, sei es durch eine Ausweitung der Kostentragungspflicht des Halters gem. § 25a StVG, sei es durch eine sanktionsbewehrte Auskunftspflicht des Fahrzeughalters nach österreichischem Muster (die Brenner a. a. O. ebenfalls für verfassungswidrig hält, als „mittelbare Ahndung“ eines dem Halter nicht zurechenbaren Fehlverhaltens). Mittelbare Auswirkung auf die Rechtsposition des Halters könnte auch der geplante Halterdatenaustausch bei im automatisierten Verfahren festgehaltenen Verkehrsverstößen haben (Albrecht a. a. O. 2010, 188). Während es sich hierbei aber eher um „Zukunftsmusik“ handelt und nichts dafür spricht, dass der deutsche Gesetzgeber irgendwann einmal den Grundsatz der Fahrerverantwortlichkeit in Frage stellen könnte, betrifft die Auswirkung der in anderen EU-Staaten praktizierten Halterhaftung auf die grenzüberschreitende Vollstreckung nach dem neuen Geldsanktionsgesetz den deutschen Fahrzeughalter unmittelbar, könnte sich dadurch doch die Hintertür für eine europaweite Halterhaftung öffnen.

Wer den vorliegenden Gesetzentwurf zur Einfügung der EU-Vorschriften im Rahmenbeschluss des Rats vom

24.02.2005 (RBGeld) in das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), das sog. Geldsanktionsgesetz, durchblättert, wird Mühe haben, auf Anhieb eine Regelung über die Behandlung von Erkenntnissen zu finden, die den Fahrzeughalter betreffen. Dies ist ein unbefriedigender und misslicher Zustand, da das Problem schließlich bekannt und vielfach diskutiert ist. Die Autofahrer, die durch das neue Recht ja erst einmal massiv zur Kasse gebeten werden sollen, können, jedenfalls aus deutscher Sicht, eine unmissverständliche Klarstellung ihrer Rechtsposition erwarten.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs sieht die Lösung des Problems in dem neuen § 87 d IRG, der zwar die Vollstreckungsbehörde des ersuchten Staates grundsätzlich zur Bewilligung des ausländischen Vollstreckungsersuchens verpflichtet, andererseits aber in bestimmten Fällen Ablehnungen zulässt.

Abs. 2 dieser Bestimmung lautet:

*„Die Bewilligung eines zulässigen Ersuchens um Vollstreckung einer Geldsanktion kann zudem abgelehnt werden, wenn die betroffene Person in dem ausländischen Verfahren keine Gelegenheit hatte einzuwenden, für die der Entscheidung zugrundeliegende Handlung nicht verantwortlich zu sein, und sie dies gegenüber der Bewilligungsbehörde geltend macht.“*

Welche Gründe es auch immer gegeben haben mag, dass man sich hier für eine bloße „Kann-Bestimmung“ entschieden hat – in der Sache scheint schwer ein Fall vorstellbar, wo das pflichtgemäße Ermessen der Behörde vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungslage nicht automatisch auf „null“ reduziert wäre, jedenfalls soweit es sich eindeutig um Straferkenntnisse „ohne Schuld“ handelt. Weshalb dann überhaupt eine bloße Ermessensvorschrift?

Stattdessen macht die Bestimmung in fragwürdiger Weise ein Absehen von der Bewilligung von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig. Hatte der Betroffene Gelegenheit, seine Verantwortlichkeit für den Verstoß zu bestreiten, hat er dies aber nicht getan oder wurde er gleichwohl als schuldloser Halter (oder Fahrer) verurteilt, soll ihm der Einwand gegen die beantragte Bewilligung der Vollstreckung ebenso abgeschnitten sein, wie wenn eine Geltendmachung gegenüber der Bewilligungsbehörde unterbleibt. Eine recht komplizierte und „auslegungsfähige“ Regelung, die auch weit hinter dem zurückbleibt, was bislang im Vollstreckungshilfeverkehr mit Österreich praktiziert wurde. Dort wurden Strafverfügungen wegen Nichterteilung der Lenkerauskunft eben in Deutschland nicht vollstreckt und damit die deutschen Fahrzeughalter im wünschenswerten Umfang vor einer Nichtbeachtung des deutschen „ordre public“ durch einen Mitgliedsstaat geschützt.

Gerade die österreichische Praxis mit Lenkeraskunft und Strafverfügung ist aber von dem neuen § 87 d IRG möglicherweise gar nicht erfasst. Wer eine nach österreichischem Recht obligatorische und bußgeldbewehrte Lenkeraskunft nicht erteilt – in welchem rechtlichen Zusammenhang auch immer – handelt schließlich schuldhaft, und zwar vorsätzlich. Soll einer daraufhin erlassenen Strafverfügung die Vollstreckungsbewilligung versagt werden, wäre das zwar möglicherweise von Sinn und Zweck des § 87 d IRG gedeckt, aber sicherlich nicht im Sinne des ersuchenden Staates, sodass zumindest fraglich und für den Betroffenen unsicher wäre, wie die Vollstreckungsbehörde in einem solchen Fall ihr Ermessen ausüben würde.

Geht man vom Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus, so ist auch bei Vollstreckungsakten innerhalb der EU und über die Grenzen ihrer Mitgliedsstaaten die Verfassungsidentität des Grundgesetzes mit ihrem unantastbarem Kerngehalt zu beachten und muss deshalb auch die Wahrung des Schuldprinzips durch entsprechende Verfahrensgarantien und nicht nur „kosmetisch“ sicherge-

stellt sein. Ob die derzeit vorgesehene Regelung in § 87 d IRG dem in ausreichendem Maße gerecht wird, muss bezweifelt werden. Der Nachweis eines Vollstreckungshindernisses wegen Verletzung des Schuldprinzips und der Voraussetzungen einer „Ausnahme“ sind weitgehend dem Betroffenen zugewiesen, zumal der ersuchende Staat nicht gehalten ist, bei seinem Vollstreckungsersuchen hierzu nähere Angaben zu machen. So besteht die ernsthafte Möglichkeit, dass ein weiteres Mal die Umsetzung eines Rahmenbeschlusses über die strafrechtliche Zusammenarbeit der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhält. Eine Revision des vorliegenden Entwurfs unter diesem Aspekt wäre deshalb zu empfehlen.

*Hinweis: Der Verfasser ist zusammen mit Dr. Sebastian Trautmann, Staatsanwalt, zzt. Bundesministerium der Justiz, und Carsten Krumm, Richter am Amtsgericht, Verfasser einer Einführung in die Praxis des neuen Geldsanktionsgesetzes, die in Kürze im Nomos Verlag, Baden-Baden, erscheint.*

*Rechtsanwalt Volker Lempp, Stuttgart*

## Fluggastrechte



Urteil des BGH v. 18.02.2010 – Xa ZR 95/06 –

*Bei einer großen Verspätung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 FluggastrechteVO steht dem Fluggast wie bei einer Annullierung des Flugs ein Anspruch auf eine Ausgleichszahlung nach Art. 7 zu, sofern er sein Endziel nicht früher als drei Stunden nach der geplanten Ankunftszeit erreicht und die große Verspätung nicht auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann*

*nicht hätten vermeiden lassen, wenn von dem Luftfahrtunternehmen alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären (im Anschluss an EuGH RRa 2009, 282 = NJW 2010, 43 – Sturgeon/Condor).*

### Aus den Gründen:

I. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen für die begehrten Ausgleichszahlungen nach Art. 7 Abs. 1 der VO seien nicht erfüllt, hält der Nachprüfung nicht stand.

1. Eine Annullierung des Flugs i.S.v. Art. 5 der VO hat allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nicht stattgefunden. Nach dem Urteil des Gerichtshofs kann ein verspäteter Flug unabhängig von der – auch erheblichen – Dauer der Verspätung nicht als annulliert angesehen werden, wenn er entsprechend der ursprünglichen Flugplanung des Luftfahrtunternehmens durchgeführt wird (a.a.O. Tz. 39). So verhält es sich im Streitfall. Der Flug von Toronto nach Frankfurt ist trotz der eingetretenen Verzögerung entsprechend der ursprünglichen Flugplanung durchgeführt worden.

2. Wegen des wesentlich verspäteten Abflugs kommt gleichwohl ein Anspruch auf die in Art. 7 der VO vorgesehene Ausgleichszahlung in Betracht.

a) Der Flug hat einen Tag später als geplant begonnen; die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 der VO für die Annahme einer von der VO erfassten (großen) Verspätung lagen daher ohne weiteres vor.

b) In einem solchen Fall steht dem Fluggast, sofern auch die weiteren Voraussetzungen für eine Ausgleichsleistung erfüllt sind, der in Art. 7 der VO vorgesehene Ausgleichsanspruch zu, wenn er wegen des verspäteten Fluges sein Endziel nicht früher als drei Stunden nach der ursprünglich geplanten Ankunftszeit erreicht (EuGH a.a.O. Tz. 61). Auch diese Voraussetzung ist ohne weiteres erfüllt, denn das Endziel der Kl. wurde mehr als 25 Stunden später als geplant erreicht. Damit liegen im Streitfall die vom Gerichtshof aufgestellten Anforderungen für einen Ausgleichsanspruch wegen einer wie eine Annullierung zu behandelnden großen Verspätung vor.

II. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da der Rechtsstreit auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts zur Endentscheidung reif ist.

1. Der Ausgleichsanspruch ist nicht entsprechend Art. 5 Abs. 3 der VO ausgeschlossen. Die Verspätung geht nicht auf außergewöhnliche Umstände im Sinne dieser Vorschrift zurück.

a) Entgegen der von der Bekl. in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung besteht keine Veranlassung, den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um der Bekl. Gelegenheit zu geben, zu den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 der VO vorzutragen. Die Parteien haben in den Tatsacheninstanzen darüber gestritten, ob die Bekl. im Streitfall zu einer Ausgleichszahlung wegen Annullierung des Flugs verpflichtet ist. Die Bekl. war demgemäß gehalten, auch zu den Voraussetzungen vorzutragen, unter denen die Verpflichtung zu einer solchen Ausgleichszahlung ausgeschlossen ist, und hat dies auch getan. Für den Ausgleichsanspruch wegen großer Verspätung gelten keine anderen Voraussetzungen.

b) Die Bekl. hat geltend gemacht, der Flug habe wegen nicht vorhersehbarer technischer Beanstandungen nicht pünktlich begonnen. Probleme seien an einem Triebwerk sowie an der Treibstoffanzeige aufgetreten. Damit ist kein außergewöhnlicher Umstand i.S.v. Art. 5 Abs. 3 der VO aufgezeigt.

Wie der Senat im Anschluss an die Rspr. des EuGH bereits entschieden hat, begründen technische Defekte, wie sie beim Betrieb eines Flugzeugs gelegentlich auftreten können, für sich gesehen keine außergewöhnlichen Umstände, die das Luftfahrtunternehmen von der Verpflichtung zur Zahlung der Ausgleichsleistung wegen Annullierung eines Fluges befreien können (Sen. Ur. v. 12.11.2009 – X ZR 76/07, RIW 2010, 63).



c) Die Bekl. hat ferner vorgetragen, die vorgesehene Crew habe Grippesymptome gezeigt und deshalb ausgetauscht werden müssen. Sie hat daraus aber lediglich abgeleitet, dass der erfolgte Austausch der Besatzung nicht als Indiz für eine Annullierung des Fluges angesehen werden könne. Dass die Erkrankung des Personals eine zusätzliche Ursache für die Verspätung gebildet hat, ergibt sich aus dem Beklagtenvortrag nicht, so dass dahinstehen kann, ob hierin ein außergewöhnlicher Umstand gesehen werden könnte.

2. Die Bekl. ist deshalb verpflichtet, eine Ausgleichszahlung in der in Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der VO bestimmten Höhe von 600 Euro pro Person zu erbringen. Unter Berücksichtigung der bereits vom AG unter dem Gesichtspunkt der Minderung zugesprochenen Beträge stehen den Kl. die noch geltend gemachten Zahlungsansprüche zu. Der zuletzt noch verfolgte Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1 BGB. Soweit die Kl. in erster Instanz Zinsen bereits für die Zeit ab 17.07.2005 begehrt haben, ist die Entscheidung des AG nicht angefochten.

3. Zu der von der Bekl. angeregten erneuten Vorlage der Sache an den EuGH sieht der Senat keine Veranlassung.

Der BGH hat dem Gerichtshof die Streitsache zur Vorabentscheidung vorgelegt, weil er es nicht für zweifelsfrei gehalten hat, dass den Fluggästen eines wesentlich verspäteten Fluges, wie er im Streitfall vorliegt, nach der VO kein Anspruch auf Ausgleichszahlungen zusteht. Diese Unklarheit hinsichtlich der Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist dadurch beseitigt worden, dass der Gerichtshof in seinem Urteil vom 19.11.2009 die VO dahin ausgelegt hat, dass auch in einem solchen Fall Ausgleichsleistungen zu erbringen sind. Das Urteil selbst wirft jedenfalls keine für den Streitfall relevanten neuen Auslegungsfragen auf, die der Senat nicht ohne erneute Vorlage beantworten könnte.

Soweit sich das Urteil nicht ausdrücklich mit der Frage befasst, ob das vom Gerichtshof gefundene Auslegungsergebnis mit dem Montrealer Übereinkommen vereinbar ist, hat der Senat diese Frage bereits in seinem Urteil vom 10.12.2009 (Xa ZR 61/09) bejaht; daran hält er fest. Der Gerichtshof hat dies offenbar ebenso gesehen; dass er Art. 29 MÜ übersehen hätte, kann nicht angenommen werden.

Der Senat hat auch keine Zweifel an der Gültigkeit der VO. Der Gerichtshof hat die Gültigkeit – anders als die Generalanwältin – bejaht (a.a.O. Tz. 47). Für den von der Bekl. angenommenen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nichts Substantiiertes geltend gemacht.

## Reparaturerfordernis bei 130 %-Grenze

*Urteil des OLG München v. 13.11.2009 – 10 U 3258/08 –*

**Zur Bedeutung der kalkulierten Reparaturkosten und des Umfangs der vom Geschädigten durchgeführten Reparatur, wenn sich der Geschädigte für einen alternativen Reparaturweg entscheidet und gleichwohl die 130 %-Grenze überschreitet.**

### Aus den Gründen:

1. Der Kl. hat Anspruch auf Erstattung der von der Bekl. bislang nicht beglichenen restlichen Kosten für die Erstellung des von ihm in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens in Höhe von 35,70 €. Das Sachverständigengutachten dient der Ermittlung des Schadensumfangs. Die Kosten hierfür hat der Ersatzpflichtige als Sachfolgeschaden gem. § 249 II 1 BGB zu tragen. Durch das Sachverständigengutachten wird der Geschädigte häufig erst in die Lage versetzt, zu entscheiden, welche konkrete Schadensabrechnungsart er wählen will. Darüber hinaus dient das Gutachten auch der Beweissicherung. Nach einem Verkehrsunfall ist ein Geschädigter im Regelfall berechtigt, einen qualifizierten Gutachter seiner Wahl mit der Erstellung des Schadensgutachtens zu beauftragen (BGH DAR 2007, 263). Es genügt ein „qualifizierter“ Sachverständiger (BGH DAR 2007, 263). Ein in Relation zur Schadenshöhe berechnetes Sachverständigenhonorar kann grundsätzlich als erforderlicher Herstellungsaufwand i.S.d. § 249 II 1 BGB erstattet verlangt werden (BGH DAR a.a.O.). Allein dadurch, dass ein Sachverständiger eine an der Schadenshöhe orientierte angemessene Pauschalierung des Honorars vornimmt, überschreitet er die Grenzen zulässiger Preisgestaltung grundsätzlich nicht (BGH NJW 2006, 2472). Zu einer Erforschung des ihm zugänglichen Markts, um einen möglichst preisgünstigen Sachverständigen ausfindig zu machen, ist ein Geschädigter grundsätzlich nicht verpflichtet (BGH NJW 2007, 1450; OLG Nürnberg SP 2002, 358 = VRS 103 [2002] VRS321 = OLGR 2002, 471 = NVwZ-RR 2002, 711). Gegen ein nach seiner Ansicht überhöhtes Honorar kann sich der Versicherer in einem Schadensersatzprozess gegen den Sachverständigen wehren. Vorliegend ist nicht ersichtlich, weshalb die Sachverständigenkosten von insgesamt 1.011,50 € angesichts der Schadenshöhe nicht insgesamt erstattungsfähig sein sollten.

2. Hinsichtlich der Unkostenpauschale besteht über die bereits bezahlten 25 € hinaus kein weitergehender Ersatzanspruch des Kl., so dass die Klage insoweit (5 € nebst Zinsen) abzuweisen und die Berufung zurückzuweisen ist. Nach der ständigen Rspr. des Senats ist ein Betrag von 25 € angemessen. Für eine Anhebung der vor der Wäh-

runsumstellung zuletzt angenommenen 50 DM (Senat NZV 2001, 220) besteht kein Anlass. Es besteht auch kein Anlass zu einer mit § 287 ZPO unvereinbaren Pseudogenauigkeit in Form einer Umrechnung auf 25,56 € oder 26 € (wie sie etwa Thalmer in DAR 2007, 594 vertritt; Senat, Urt. v. 16.07.2004 – 10 U 1953/04; v. 18.03.2005 – 10 U 5448/04; v. 27.01.2006 – 10 U 4904/05 = NZV 2006, 261 [262]; v. 28.07.2006 – 10 U 2237/06 = DAR 2006, 692; v. 24.11.2006 – 10 U 4845/06; ebenso OEG Celle NJW-RR 2004, 1673; LG Passau, Urt. v. 27.07.2006 – 3 O 1202/05). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das KG grds. von 20 € ausgeht (vgl. zuletzt VRS 110 [2006] VRS11 und 112 [2007] 325) und der BGH sogar einen Ansatz von 7,50 € (!) nicht beanstandet hat (BGH DAR 2006, 83).

3. Der Kl. hat Anspruch auf weitere 6.026,89 € nebst Zinsen. Der Kl. ließ das Fahrzeug reparieren und nutzt es seither weiter. Der Anspruch scheitert nicht an der 130 %-Grenze und auch nicht daran, dass das Fahrzeug nicht vollständig oder nicht ordnungsgemäß repariert worden wäre.

a) Der Geschädigte kann im Totalschadensfalle ausnahmsweise die voraussichtlichen Reparaturkosten zzgl. einer etwaigen Wertminderung erstattet verlangen, wenn diese Summe den Wiederbeschaffungswert um nicht mehr als 30 % übersteigt (BGH DAR 1992, 22). Maßgeblich für die Berechnung ist grundsätzlich die Reparaturkostenkalkulation des Sachverständigen, nicht der schlussendlich tatsächlich angefallene Reparaturaufwand. Der Restwert des Fahrzeuges wird bei dieser Berechnung nicht berücksichtigt. Grundlage dieser Rspr. ist das besondere Integritätsinteresse des Geschädigten. Damit soll faktisch sichergestellt sein, dass das Eigentum des Geschädigten für den Bedarfsfall in seiner konkreten Zusammensetzung und nicht nur dem Wert nach erhalten bleiben kann. Der Reparaturkostensatz erfolgt allerdings nur nach tatsächlich durchgeführter, fachgerechter Reparatur im Umfang des Sachverständigengutachtens (BGH DAR 2005, 266), jedenfalls aber in einem Umfang, der den Wiederbeschaffungsaufwand übersteigt (BGH DAR 2005, 268 [269]). Eine Teilreparatur ist mithin nicht ausreichend. Setzt der Geschädigte nach einem Unfall sein Kfz nicht vollständig und fachgerecht instand, ist regelmäßig die Erstattung von Reparaturkosten über dem Wiederbeschaffungswert nicht gerechtfertigt. Im Hinblick auf den Wert der Sache wäre eine solche Art der Wiederherstellung im Allgemeinen unvernünftig und kann dem Geschädigten nur ausnahmsweise im Hinblick darauf zugebilligt werden, dass der für ihn gewohnte und von ihm gewünschte Zustand des Fahrzeuges auch tatsächlich wie vor dem Schadensfall erhalten bleibt bzw. wie-

derhergestellt wird (BGH DAR 2007, 635; BGHZ 162, 161, 168 = DAR 2005, 266; BGH VersR 1972, 1024 f. und VersR 1985, 593, 594). Dass der Geschädigte Schadensersatz erhält, der den Wiederbeschaffungswert übersteigt, ist deshalb mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und Bereicherungsverbot nur zu vereinbaren, wenn er den Zustand des ihm vertrauten Fahrzeuges wie vor dem Unfall wieder herstellt. Maßgeblich ist insoweit, ob – und wenn auch nur in Teilbereichen – mehr als nur unerhebliche Beanstandungen und Reparaturdefizite verblieben sind, die einer vollständigen und insoweit fachgerechten Instandsetzung und insbesondere einer Wiederherstellung eines mit dem unbeschädigten Fahrzeug vergleichbaren Zustandes entgegenstehen (BGH DAR 2007, 635 [Bestätigung von LG Bochum, Urt. v. 21.11.2006 – 9 S 108/06]).

Lässt ein Geschädigter, wenn die vom Sachverständigen kalkulierten Reparaturkosten die 130 %-Grenze überschreiten, auf einem alternativen Reparaturweg reparieren und gelingt es ihm dabei nicht, das Fahrzeug zu Kosten innerhalb der 130 %-Grenze vollständig und fachgerecht in einen Zustand wie vor dem Unfall zurückzusetzen, kann er sich zur Begründung seiner Reparaturkostenforderung nicht auf ein unverschuldetes Werkstatt- oder Prognoserisiko berufen. Entscheidend ist dabei nicht, ob die ausgewählte Werkstatt – etwa aus Kulanzgründen – nach durchgeführter Reparatur verbliebene, nicht nur völlig unerhebliche Mängel so lange ausbessert, bis ein „ordentliches Ergebnis“ erzielt wird, sondern ob nach Abnahme seitens des Geschädigten aufgrund der nach dem erteilten Auftrag durchgeführten Reparatur von einer vollständigen und fachgerechten Reparatur auszugehen ist. Spätere Nachbesserungen stehen der Verneinung einer derartigen Reparatur dann nicht entgegen, wenn diese – ausgehend vom erteilten Auftrag – in Gewährleistungsansprüchen auslösenden Mängeln ihre Ursache haben, etwa weil die Mängel dem Geschädigten von der Reparaturwerkstätte nicht offengelegt wurden und von ihm bei Abnahme oder danach auch nicht erkannt und als vertragsgemäß akzeptiert wurden. Andernfalls, wenn der Geschädigte wesentliche Reparaturdefizite akzeptiert, beweist der Geschädigte zwar ein Interesse an der Mobilität durch sein Fahrzeug oder ein Interesse an der Weiternutzung, das jedoch ohne eine in jeder Hinsicht vollständige Reparatur in vergleichbarer Weise auch durch eine Ersatzbeschaffung befriedigt werden könnte.

b) Dies zugrunde gelegt, ergibt sich vorliegend Folgendes: Der Kl. hat mehr getan als nur die Fahrtüchtigkeit wiederhergestellt, die nur sein Mobilitätsinteresse belegt hätte. Der Kl. hat vielmehr einen Zustand wiederherstellen lassen, der dem vergleichbar ist, wie er sich

vor dem Unfall gezeigt hat (BGH DAR 2007, 635; OLG Düsseldorf DAR 2001, 499; LG Dortmund, Urteil v. 03.07.2008 – 4 S 24/08 [Juris]).

(1) Der Wiederbeschaffungswert für den Pkw beläuft sich unter Berücksichtigung der Umbaukosten für die Sonderausstattung nach den ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen auf 8.890 €. Ein merkantiler Minderwert ist bei der durchgeführten Reparatur vorliegend nicht verblieben. Die 130 %-Grenze für den vom Kl. gewählten alternativen Reparaturweg mit teilweise gebrauchten Teilen beträgt daher 11.557 €.

(2) Der Sachverständige schätzte den Reparaturaufwand auf 15.812,18 €, der Kl. ließ den Pkw für 11.526,89 € reparieren. Die Kosten der vom Kl. gewählten alternativen Reparatur überschreiten daher die 130 %-Grenze nicht.

(3) Der Senat glaubt den Angaben des Zeugen G. im Termin vom 13.11.2009, dass der Kl. mit der Reparaturfirma vereinbarte, das Fahrzeug vollständig und fachgerecht zum Preis von 11.440 € zu reparieren.

(4) Die aufgrund des Kostenvoranschlages vom 02.10.2007 durchgeführten Arbeiten führten nach Nachbesserung am Frontblech zu einer bis auf unerhebliche Defizite vollständigen und fachgerechten Reparatur.

## Unfallersatztarif

Urteil des BGH v. 19.01.2010 – VII ZR 112/09 –

**Zur Schätzung eines Aufschlags zum Normaltarif bei einem sog. Unfallersatztarif.**

**Aus den Gründen:**

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen dem Kläger gem. §§ 7, 18 StVG, § 3 Nr. 1 PflVersG, §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 2 S. 1 BGB lediglich weitere Mietwagenkosten in Höhe von 284,55 EUR nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit zu. Zwar habe die Beklagte wegen des bei ihr liegenden Werkstatttrisikos Mietkosten nicht nur für fünf, sondern für neun Tage zu erstatten. Die Anspruchshöhe bestimme sich allerdings nicht nach dem von der Streithelferin in Rechnung gestellten Unfallersatztarif, sondern nach dem Normaltarif, der anhand der Schwacke-Mietpreisliste 2006 zu ermitteln sei. Der Kläger und die Streithelferin hätten nicht hinreichend dargelegt, dass der gegenüber dem Normaltarif höhere Tarif auf Grund konkreter aus Anlass der unfallbedingten Anmietung des Klägers gegebener Kostenfaktoren gerechtfertigt sei. Es fehle eine am Einzelfall orientierte Aufstellung der Kostenkalkulation. Nach der Rspr. des BGH würden zwar die Anforderungen an die Darlegungslast des Geschädigten mit dem Erfordernis konkreter Angaben zur Kalkulation des Unfallersatztarifes überspannt. Jedoch könne die Prüfung, ob spezifische

Leistungen bei der Vermietung an Unfallgeschädigte einen Mehrpreis rechtfertigten – gegebenenfalls durch einen Aufschlag auf das gewichtete Mittel des Schwacke-Mietpreisspiegels – nur dann zu einem Ergebnis führen, wenn sich die unfallbedingten Leistungen in bezifferbare Beträge bzw. prozentuale Aufschläge fassen ließen. Ohne substantiierte Darlegung der im Einzelfall maßgebenden unfallspezifischen Kostenfaktoren fehle hingegen die Grundlage für eine fundierte Beratung durch den Sachverständigen, unter dessen Hinzuziehung erforderlichenfalls der Tatrichter die Höhe der erforderlichen Mietwagenkosten zu schätzen habe. Der bei der Kammer übliche pauschale Aufschlag von 20 % auf den Normaltarif bei der Vermietung von Unfallersatzfahrzeugen könne nicht zugesprochen werden, weil substantiierter Vortrag des darlegungs- und beweisbelasteten Klägers dazu fehle, dass er zur Vorfinanzierung nicht imstande gewesen sei. Es sei gerichtsbekannt, dass zahlreiche namhafte Vermieter vor Ort für die Anmietung eines Fahrzeugs der unteren Mietwagenklassen 1 und 2 lediglich die Vorlage einer EC-Karte verlangten. Ferner hätte der Kläger sich mit der Beklagten in der Zeit zwischen Unfall und Anmietung in Verbindung setzen können, um eine Finanzierung der Mietwagenkosten sicherzustellen. Der Kläger habe auch nicht nachgewiesen, dass ihm ein wesentlich günstigerer Tarif unter zumutbaren Anstrengungen auf dem in seiner Lage zeitlich und örtlich relevanten Markt nicht zugänglich gewesen sei. Er habe sich lediglich bei zwei Autovermietungen nach den entsprechenden Mietpreisen erkundigt und dabei nur von einer Auskunft erhalten. Schon im Hinblick auf die Höhe des in Anspruch genommenen Tarifs hätten weitere Erkundigungen bei anderen Mietwagenanbietern nahe gelegen, um sich einen Überblick zu verschaffen, zumal eine Not- oder Eilsituation nicht vorgelegen habe. Der von der Streithelferin in Rechnung gestellte Preis von 175 EUR netto pro Tag sei um ein Vielfaches höher als der nach dem Modus der Schwacke-Liste 2006 übliche. Danach sei ein Mietwagenpreis von 555 EUR brutto pro Woche angemessen und erforderlich. Daraus ergebe sich der Tagespreis von 79,29 EUR brutto bzw. für den vorsteuerabzugsberechtigten Kläger von 66,60 EUR netto. Dem Kläger stünden daneben die Kosten für die Vollkaskoversicherung sowie für die Zustellung und Abholung des Fahrzeugs zu, nicht hingegen für Winterreifen, zu deren Vorhandensein Vortrag des Klägers fehle.

II. Die Revision des Klägers hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger von der Beklagten nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur den Ersatz der Mietwagenkosten verlangen kann, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig



und notwendig halten darf. Der Geschädigte ist dabei ebenso wie in anderen Fällen, in denen er die Schadensbeseitigung selbst in die Hand nimmt, nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren von mehreren möglichen den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbehebung zu wählen. Er verstößt aber noch nicht allein deshalb gegen seine Pflicht zur Schadensgeringhaltung, weil er ein Kraftfahrzeug zu einem Unfallersatztarif anmietet, der gegenüber einem Normaltarif teurer ist, soweit die Besonderheiten dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation (etwa die Vorfinanzierung, das Risiko eines Ausfalls mit der Ersatzforderung wegen falscher Bewertung der Anteile am Unfallgeschehen durch den Kunden oder das Mietwagenunternehmen u.Ä.) aus betriebswirtschaftlicher Sicht einen gegenüber dem Normaltarif höheren Preis rechtfertigen, weil sie auf Leistungen des Vermieters beruhen, die durch die besondere Unfallsituation veranlasst und infolgedessen zur Schadensbehebung nach § 249 BGB erforderlich sind (ständige Rspr. vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 160, 377, 383 f.; vom 25.10.2005 – VersR 2006, 133; vom 05.07.2005 – VersR 2005, 1256, 1257; vom 19.04.2005 – VersR 2005, 850; vom 15.02.2005 – VersR 2005, 569, 570 und VersR 2005, 568 und vom 26.10.2004 – VersR 2005, 241, 243). Inwieweit dies der Fall ist, hat der bei der Schadensabrechnung nach § 287 ZPO besonders freigestellte Tatrichter – gegebenenfalls nach Beratung durch einen Sachverständigen – zu schätzen (vgl. Senatsurt. v. 19.04.2005 und vom 25.10.2005 jeweils a.a.O.), wobei unter Umständen auch ein pauschaler Aufschlag auf den Normaltarif in Betracht kommt. In Ausübung seines Ermessens nach § 287 ZPO kann der Tatrichter den Normaltarif auf der Grundlage des gewichteten Mittels des Schwacke-Mietpreisspiegels im Postleitzahlengebiet des Geschädigten – gegebenenfalls mit sachverständiger Beratung – ermitteln (vgl. Senat, Urt. v. 26.06.2007 – VersR 2007, 1286, 1287; vom 12.06.2007 – VersR 2007, 1144, 1145; vom 30.01.2007 – VersR 2007, 516, 517 und vom 09.05.2006 – VersR 2006, 986 f.).

2. Danach ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den zur Frage der Erforderlichkeit der Mietwagenkosten vergleichsweise heranzuziehenden Normaltarif anhand des Schwacke-Mietpreisspiegel 2006 ermittelt hat. Insoweit hält es sich im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens nach § 287 ZPO (vgl. Senatsurt. v. 11.03.2008 – VersR 2008, 699, 700 m.w.N.). Doch überspannt das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast des Klägers dadurch, dass es zur Rechtfertigung des der Schadensabrechnung zu Grunde liegenden höheren Unfallersatztarifs aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Darlegung bezifferbarer Beträge bzw. konkreter prozentualer Aufschläge für unfallbedingte Leistungen verlangt. Nach st. Rspr. des erkennenden Senats ist es nicht erforderlich, für

die Frage der betriebswirtschaftlichen Rechtfertigung eines Unfallersatztarifs die Kalkulation des konkreten Vermieters nachzuvollziehen, vielmehr hat sich die Prüfung darauf zu beschränken, ob spezifische Leistungen bei der Vermietung an Unfallgeschädigte allgemein den Mehrpreis rechtfertigen (vgl. etwa Senatsurt. v. 30.01.2007 – a.a.O.; vom 23.01.2007 – VersR 2007, 514, 515; vom 04.04.2006 – VersR 2006, 852, 854; vom 14.02.2006 – VersR 2006, 669, 670 und VersR 2006, 564, 565). Der erkennende Senat vermag die Bedenken des Berufungsgerichts, wonach die Prüfung der Rechtfertigung eines Aufschlags nicht zu einem konkreten Ergebnis führen könne, wenn sich die spezifischen unfallbedingten Leistungen nicht in bezifferbare Beträge bzw. konkrete prozentuale Aufschläge fassen ließen, nicht zu teilen. Die Beschränkung der Prüfung darauf, ob spezifische Leistungen bei der Vermietung an Unfallgeschädigte allgemein einen Aufschlag rechtfertigen, dient nicht nur dem Interesse des Geschädigten, um für ihn bestehenden Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten zu begegnen. Diese Art der Prüfung Gewähr leistet vielmehr auch, dass die erforderlichen Mietwagenkosten nach einem Unfall anhand objektiver Kriterien ermittelt werden, ohne dass es für die Erforderlichkeit i.S.d. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auf die konkrete Situation und Kalkulation des einzelnen Vermieters ankommt (Senatsurt. v. 24.06.2008 – VersR 2008, 1370, 1371). Ob und in welchem Umfang sich die unfallspezifischen Faktoren kostenerhöhend auswirken, ist vom Tatrichter erforderlichenfalls mithilfe eines Sachverständigen zu schätzen (§ 287 ZPO). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fehlen für eine solche Begutachtung ohne konkrete Zahlenangaben nicht die Anknüpfungstatsachen. So hat der gerichtliche Sachverständige in dem Verfahren, das dem Senatsurt. v. 24.06.2008 (a.a.O.) zu Grunde liegt, auf Grund verschiedener in der Fachliteratur vertretener Ansichten und nach Überprüfung der Plausibilität der einzelnen Risikofaktoren einen Aufschlag von 15,13 % wegen spezifischer Sonderleistungen für erforderlich erachtet.

Die Streithelferin hat allgemeine unfallspezifische Kostenfaktoren vorgetragen, die einen höheren Mietpreis rechtfertigen können. Danach sei das angemietete Fahrzeug zur Werkstatt des Klägers gebracht und von dort zurückgeholt worden. Eine Vorreservierungszeit sei nicht erforderlich gewesen, obwohl es sich nicht um einen üblichen Pkw, sondern um einen Transporter handelte. Die voraussichtliche Mietzeit sei offen geblieben. Es seien keine Vorauszahlung und keine Kaution für Fahrzeugschäden oder für die Betankung erhoben worden. Auch seien keine Nutzungseinschränkungen vereinbart worden. Schließlich sei das Fahrzeug mit Winterreifen ausgerüstet gewesen. Zu mehr Angaben war der Kläger nicht verpflichtet.



Das Berufungsgericht durfte die Vorfinanzierung der Mietwagenkosten als unfallspezifischen Kostenfaktor nicht auch schon deshalb unberücksichtigt lassen, weil substantiierter Vortrag des Klägers dazu fehlte, dass er zur Vorfinanzierung nicht imstande sei. Diese Frage betrifft nicht die Erforderlichkeit der Herstellungskosten i.S.d. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB, sondern die Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB. Unter diesem Blickwinkel kommt es darauf an, ob dem Geschädigten die Vorfinanzierung, zu der auch der Einsatz einer EC-Karte oder einer Kreditkarte gerechnet werden könnte, möglich und zumutbar ist. Das kann angesichts der heutigen Gepflogenheiten nicht generell ausgeschlossen werden, für den Streitfall aber auch nicht mangels hinreichender tatsächlicher Grundlagen bejaht werden, wobei zunächst im Rahmen des § 254 BGB nicht der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist, wenn sich auch je nach dem Vortrag der Beklagten für ihn eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast ergeben kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 163, 19, 26; vom 20.03.2007 VersR 2008, 235, 237; vom 14.02.2006 – VersR 2006, 564, 565 und vom 29.09.1998 – VersR 1998, 1428). Der Geschädigte ist im Rahmen des § 254 BGB auch unter Berücksichtigung seiner sekundären Darlegungs- und Beweislast jedenfalls nicht gehalten, von sich aus zu seiner finanziellen Situation vorzutragen.

Unter den Umständen des Streitfalls kann dem Kläger auch nicht vorgeworfen werden, dass er sich mit der Beklagten bis zur Anmietung des Fahrzeugs nicht in Verbindung gesetzt habe. Dass die Beklagte zur Vorfinanzierung bereit gewesen wäre, behauptet diese selbst nicht. Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht den unter Beweis gestellten Vortrag der Streithelferin in der ersten Instanz hierzu nicht gewürdigt hat, dass der Beklagten von der Streithelferin ein um 25 % günstigerer Tarif angeboten worden sei, wenn keinerlei Haftungseinwände erfolgten und die Kostenübernahme erklärt würde, die Beklagte jedoch darauf nicht reagiert habe. Auch hätte das Berufungsgericht den beweisbewehrten Vortrag der Streithelferin berücksichtigen müssen und insoweit nicht einen Mangel an Vortrag des Klägers dazu annehmen dürfen, dass das Fahrzeug mit Winterreifen ausgestattet war (§ 287 ZPO; Art. 103 Abs. 1 GG).

3. Auf die Klärung der Erforderlichkeit des geltend gemachten Unfallersatztarifs kann auch nicht deshalb verzichtet werden, weil nach den Umständen des Streitfalls feststünde, dass dem Kläger jedenfalls ein günstigerer Normaltarif in der konkreten Situation ohne weiteres zugänglich war, sodass ihm eine solche (kostengünstigere) Anmietung eines entsprechenden Fahrzeugs unter dem Blickwinkel der ihm gem. § 254 BGB obliegenden Schadensminderungspflicht zugemutet werden konnte (vgl. Senat, Urt. v. 20.03.2007 – VersR 2008, 235, 237 m.w.N.).

Wenn die Erforderlichkeit des geltend gemachten Unfallersatztarifs nicht feststeht, trifft – anders als die Revision meint – den Kläger die Beweislast dafür, dass ihm ein wesentlich günstigerer Tarif nicht zugänglich war. Insoweit geht es nicht um die Verletzung der Schadensminderungspflicht, für die grundsätzlich der Schädiger die Beweislast trägt, sondern um die Schadenshöhe, die der Geschädigte darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat (vgl. Senatsurt. v. 14.10.2008 – VersR 2008, 1706, 1707; vom 11.03.2008 – VersR 2008, 699, 701; vom 09.10.2007 – VersR 2007, 1577, 1578; vom 14.02.2006 – VersR 2006, 669, 671 und vom 19.04.2005 – VersR 2005, 850, 851). Steht fest, dass der Unfallersatztarif betriebswirtschaftlich gerechtfertigt ist, sodass er grundsätzlich dem Geschädigten als unfallbedingter Herstellungsaufwand zu ersetzen wäre, möchte jedoch der Schädiger nach § 254 BGB nur einen niedrigeren Schadensersatz leisten, so hat er nach allgemeinen Grundsätzen darzulegen und zu beweisen, dass dem Geschädigten in der konkreten Situation ein günstigerer Normaltarif ohne weiteres zugänglich war (Senatsurt. v. 24.06.2008 – a.a.O., 1372).

Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht aus seiner Sicht zutreffend dem Kläger die Darlegungs- und Beweislast dafür überbürdet, dass ihm unter Berücksichtigung seiner individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie der gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten unter zumutbaren Anstrengungen auf dem in seiner Lage zeitlich und örtlich relevanten Markt – zumindest auf Nachfrage – kein wesentlich günstigerer Tarif zugänglich war. Auch geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass es zur Frage der Erkennbarkeit der Tarifunterschiede für den Geschädigten darauf ankommt, ob ein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Geschädigter unter dem Aspekt des Wirtschaftlichkeitsgebots zu einer Nachfrage nach einem günstigeren Tarif gehalten gewesen wäre, wobei die Höhe des angebotenen Unfallersatztarifs eine maßgebende Rolle spielt, wenn sich daraus Bedenken gegen die Angemessenheit ergeben können (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 163, 19, 24 f.; Urt. v. 30.01.2007; vom 23.01.2007; vom 9.05.2006; vom 14.02.2006 und vom 25.10.2005 jeweils a.a.O.). Liegt die Höhe des Mietpreises weit über den Vergleichspreisen und ist das Angebot des in Anspruch genommenen Vermieters um ein Vielfaches überhöht, wird sich ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten um eine preiswertere Möglichkeit der Anmietung bemühen. Die Frage, welche Bemühungen dem Geschädigten um einen günstigeren Tarif zuzumuten sind, ist somit maßgeblich beeinflusst von der Höhe des Mietpreisangebots.

Hierzu rügt die Revision mit Recht, dass das Berufungsgericht auf Grund einer fehlerhaften Rechnung eine er-

hebliche Differenz zwischen Normaltarif und Unfallersatztarif angenommen hat, die den Kläger zu weiteren Erkundigungen hätte veranlassen müssen. Bei der vom Berufungsgericht vorgenommenen Berechnung des einheitlichen Tagestarifs aus dem siebten Teil des Wochentarifs bleibt außer Betracht, dass der Kläger bei Anmietung des Ersatzfahrzeugs nach dem Reparaturplan von einer Reparaturdauer von fünf Tagen ausgehen durfte und sich diese erst nach Lieferung der falschen Ersatztüren um vier Tage verlängerte.

Ein Angebot zum Wochentarif kam, da der Kläger an einem Montag das Ersatzfahrzeug mietete, somit vorerst für ihn nicht infrage. Ob der Kläger auch schon auf Grund der Höhe des Tagespreises gehalten gewesen wäre, sich nach weiteren günstigeren Tarifen zu erkundigen, kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen vom erkennenden Senat nicht beurteilt werden.

Der Kläger musste sich auch nicht schon auf Grund der Verlängerung der Mietzeit um einen günstigeren Tarif bemühen, selbst wenn ihm Vergleichspreise im Informationsschreiben der Beklagten vom 22.03.2006 genannt worden sind. Das Schreiben ist erst am 29.03.2006, mithin zwei Tage nach Abschluss des Mietvertrags, zugegangen. Die in Tabellenform dargestellten Mietpreise betreffen Pkw und keinen Transporter. Sie beziehen sich auch nicht auf eine konkrete Vermieterfirma in der dem Kläger zugänglichen Region. Schon deshalb war der Kläger nicht verpflichtet, den Mietvertrag zu kündigen und ein Fahrzeug bei einem anderen günstigeren Anbieter anzumieten, zumal die Reparaturzeit lediglich auf fünf Tage veranschlagt war (vgl. Senatsbeschluss vom 13.01.2009 – VersR 2009, 801, 802).

Hingegen liegt es im Ermessen des im Rahmen des § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters und begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts keinen rechtlichen Bedenken, dass die Einholung eines einzigen Vergleichsangebotes durch den Kläger nicht genügt hätte, wenn auf Grund der Höhe des Mietangebots der Streithelferin eine Erkundigungspflicht bestünde. Nachdem die Firma U. die Preisangabe verweigert hatte, lag lediglich ein einziges Vergleichsangebot vor, das der Kläger schon deshalb hätte kritisch prüfen müssen, weil er die Telefonnummer dieser Firma vom Angestellten der Streithelferin, mithin der Konkurrenz, aus dessen Telefonbuch erhalten hatte und der Anruf bei einem weiteren Vermieter von dem Angestellten abgewehrt worden ist, nachdem ein Anbieter die Auskunft verweigert hatte.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses unter Beachtung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats die gebote-

nen Feststellungen zur Erforderlichkeit des Unfallersatztarifs im konkreten Fall und unter Umständen zur Zugänglichkeit eines günstigeren Tarifs nachholen kann.

## Schätzgrundlage bei Mietwagenkosten

*Urteil des OLG Köln v. 22.12.2009 – 15 U 98/09 –*

**1. Die Frage der Höhe der Erstattungsfähigkeit eines Unfallersatztarifes stellt sich dann nicht, wenn die Mietwagenkosten auf der Basis des „Normaltarifes“ geltend gemacht werden. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass der Schwacke-AMP 2006 eine geeignete Grundlage zur Schätzung des Normaltarifes darstellt.**

**2. Neben den dargelegten Beispielen spricht bereits die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass Werte, die mit einer einwöchigen Vorlaufzeit erfragt werden, einen erheblichen Einfluss auf die Höhe der Preise haben. Die Fraunhofer-Studie ist daher weniger geeignet, weil gerade die Notwendigkeit der kurzfristigen Verfügbarkeit – aus beruflichen oder privaten Gründen – in einer erheblichen Anzahl von Fällen die Situation der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs kennzeichnet.**

**3. Außerdem weist die Fraunhofer-Studie keine dem hier betroffenen Bereich entsprechende Regionalisierung anhand dreistelliger Postleitzahlengebiete auf. Für die größere – anhand zweistelliger Postleitzahlengebiete ausgewiesene – Region können sich aber durch den Einbezug einer höheren Anzahl von Anbietern und Werten Verschiebungen ergeben.**

**4. Entsprechend hat der Senat in seinem Urteil vom 13.10. 2009 – 15 U 49/09 – entschieden.**

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Kl. hat in der Sache zum ganz überwiegenden Teil Erfolg; wegen eines Teils der geltend gemachten Zinsen ist sie unbegründet.

Der Kl. stehen die im Berufungsrechtszug noch geltend gemachten Hauptforderungsansprüche auf Erstattung restlicher Mietwagenkosten aus abgetretenem Recht (mit der rechnerischen Korrektur um einen Cent nach unten) gemäß §§ 7 I, 17 I und II, 18 I und III StVG i.V. mit §§ 3 PflVG, 115 I Nr. 1 VVG sowie §§ 249 ff. BGB i.V. mit §§ 535 II, 398 BGB zu.

Die Begründung der Klageabweisung durch das LG in dem angefochtenen Urteil vermag das gegenteilige Ergebnis nicht zu tragen. Auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des 6. Zivilsenats des BGH seit dem Jahr

2004 (vgl. grundlegend: Urt. v. 12.10.2004 – VI ZR 151/03 – NJW 2005, 51 ff.; in neuester Zeit: Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 308/07 – NJW 2009, 58 ff.; Beschl. v. 13.01.2009 – VI ZR 134/08 – r + s 2009, 481) kommt es auf die Zugänglichkeit eines „Normaltarifs“ nur dann an, wenn der Geschädigte Mietwagenkosten ersetzt haben möchte, die auf der Grundlage eines Tarifs, insbesondere eines „Unfallersatztarifs“, ermittelt sind, die zu einem wesentlich höheren Mietzins führen. Diese rechtliche Problematik stellt sich vorliegend nicht, weil die Kl. den unfallbedingten Schaden wegen Mietwagenkosten der jeweiligen Geschädigten bereits in erster Instanz auf der Grundlage des „Normaltarifs“ mit jeweils geringerer Summe berechnet hat (so der erkennende Senat schon mit Urteil vom 18.03.2008 – 15 U 145/07 –, abrufbar über juris.de und u.a. abgedruckt im OLG-Report 2008, 545 ff., sowie Schaden-Praxis 2008, 218 ff.). Die Zugänglichkeit eines „Normaltarifs“ steht auch nicht der Zuerkennung von über die Sätze dieses Tarifs hinaus gehenden Nebenkosten entgegen, soweit sie denn tatsächlich angefallen und erforderlich waren (OLG Köln, 15. ZS, Urt. v. 18.03.2008, a.a.O.; 19. ZS, Urt. v. 02.03.2007 – 19 U 181/06 – NZV 2007, 199, 201). Mit der danach für die Beurteilung des Rechtsschutzbegehrens der Kl. entscheidenden Rechtsfrage, ob der „Normaltarif“ im Rahmen des gemäß § 287 ZPO eröffneten Ermessens auf der Grundlage des gewichteten Mittels des Schwacke-AMP 2006 im Postleitzahlengebiet des jeweiligen Geschädigten zu ermitteln ist oder auf der Grundlage des Fraunhofer-AMP 2008 und ob die von der Kl. geltend gemachten Nebenkosten erstattungsfähig sind, hat sich das LG nicht befasset.

(1) Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass der Schwacke-AMP 2006 eine geeignete Grundlage zur Schätzung des „Normaltarifs“ i. S. v. § 287 ZPO darstellt (vgl.: Urteil vom 18.03.2008, aaO, und Urt. v. 13.10.2009 – 15 U 49/09 – nicht veröffentlicht) mit der Folge, dass die von der Kl. auf dieser Grundlage in den einzelnen Schadensfällen geltend gemachten restlichen Mietwagenkosten zu Recht von der Bekl. verlangt werden.

(1.1) An dieser Erkenntnis ist der Senat nicht gehindert, weil sich das LG zur Schadensschätzung „letztlich“ der den Zahlungen der Bekl. an die Kl. zu Grunde liegenden Erhebung des Fraunhofer-Instituts bedient hat und das BerGer. auf eine Rechtsfehlerkontrolle beschränkt ist. Das dem sinngemäß entsprechende Vorbringen der Bekl. verfängt nicht. In Ermangelung der Darlegung ihrer Abrechnung gegenüber der Kl. kann schon nicht nachvollzogen werden, dass die Bekl. ihre Zahlungen an dem Fraunhofer-AMP 2008 orientiert hat. Zudem hat sich das LG zu einer Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO nicht veranlasst gesehen, weil es die Klage mangels Darlegungen der Kl. zur Nicht-Zugänglichkeit eines günstigeren Tarifs als dem von ihr in Rechnung gestellten für unbe-

gründet erachtet hat. Schließlich ist das Berufungsgericht auch im Fall einer auf § 287 ZPO gründenden Entscheidung, auch in Ansehung des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.07.2001 (BGBl. I, 1887) berufen, den Prozessstoff auf der Grundlage der nach § 529 ZPO berücksichtigungsfähigen Tatsachen selbstständig nach allen Richtungen von Neuem zu prüfen (OLG Köln, Urt. v. 18.03.2008, aaO; Urt. v. 09.10.2007 – 15 U 105/07 – VersR 2008, 364, 365; jew. m. w. Nachw.).

(1.2) Wie der Senat zunächst in seiner Entscheidung vom 18.03.2008 näher begründet hat, bildet der Schwacke-AMP 2006 wie schon der Schwacke-AMP 2003 eine geeignete Schätzgrundlage zur Bestimmung des „Normaltarifs“. Auf die Begründung dieses Urteils wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Nahezu zeitgleich hierzu hat auch der BGH erkannt, dass die Schätzung des „Normaltarifs“ auf der Grundlage des gewichteten Mittels des AMP 2006 nicht zu beanstanden ist (BGH, Urteil vom 11.03.2008 – VI ZR 164/07 – NJW 2008, 1519, 1520).

(1.3) Daran hat der Senat auch unter dem Blickwinkel des Einwands des beteiligten Versicherungsunternehmens, der Fraunhofer-AMP 2008 bilde eine geeignetere Schätzungsgrundlage, in seinem Urt. 13.10.2009 festgehalten. Danach lässt der Umstand, dass die Fraunhofer-Studie 2008 durchgängig und auch im hier betroffenen Bereich niedrigere Mietpreise ausweist, nicht den Schluss zu, der Schwacke-AMP 2006 spiegele nicht die tatsächlichen Marktverhältnisse wider. Denn dadurch, dass die in der Fraunhofer-Studie 2008 ausgewiesenen Werte auf der Grundlage einer anderen Voraussetzung, nämlich mit einer einwöchigen Vorlaufzeit erfragt wurden, bestünden durchgreifende Bedenken an der die Besonderheiten gerade der hier zu beurteilenden Schadensfälle erfassenden Repräsentativität der in dieser Studie abgebildeten – niedrigeren – Werte und deren Vergleichbarkeit mit den in dem Schwacke-AMP 2006 ausgewiesenen Modi bzw. gewichteten Mittel.

Dafür, dass die einwöchige Vorlaufzeit für Mietwagenbuchungen auf die für die Anmietung eines Mietfahrzeugs geforderten Preise von nicht lediglich unerheblichem Einfluss ist, sprächen neben der allgemeinen Lebenserfahrung die von der Kl. vorgelegten Angebote, aus denen hervorgehe, dass der Preis für die Anmietung eines bestimmten Pkw bei einem größeren Mietwagenunternehmen, welches zweifelsohne zu den die einschlägigen Marktverhältnisse mitprägenden Unternehmen zähle, je nach der Vorbuchungsfrist deutlich variierten. Die in dem Schwacke-AMP 2006 ausgewiesenen Werte seien demgegenüber jedoch unstrittig auf der Grundlage zumindest auch eine kurzfristige Anmietung berücksichtigender Mietpreise ermittelt. Gerade die Notwendigkeit der kurz-



fristigen Verfügbarkeit kennzeichne aber in einer erheblichen Anzahl von Fällen die Situation der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs, welches – sei es aus beruflichen, sei es aus privaten Gründen – anstelle des infolge des Unfalls fahruntauglichen oder zumindest nicht verkehrssicheren beschädigten Kfz benötigt werde. Eine Vorzugswürdigkeit des Fraunhofer-AMP 2008 ergebe sich auch nicht aus der Methode, mit welcher die in den Schwacke-AMP 2006 eingeflossenen Werte ermittelt worden seien. Es möge zutreffen, dass diese Methode, bei welcher der Zweck der Befragung gegenüber den befragten Mietwagenunternehmen offengelegt worden sei, bei einer nicht unbeachtlichen Anzahl der Angeschriebenen, die den Fragebogen ausgefüllt zurücksandten, dazu geführt habe, höhere als die tatsächlich geforderten Mietpreise („Papierpreise“) zu nennen, um so Einfluss auf das als ersatzfähig anzuerkennende Preisniveau zu nehmen. Unabhängig davon, dass die zunächst auf die beschriebene Weise bei den Angeschriebenen eingeholten Werte anschließend durch teils anonyme Nachfragen oder Internetrecherchen verifiziert worden seien, rechtfertige dies aber jedenfalls nicht den Rückschluss darauf, dass über das gesamte Bundesgebiet verteilt alle Angeschriebenen gleichermaßen in den jeweiligen Postleitzahlengebieten dieser Tendenz erlegen gewesen seien. Vor diesem Hintergrund hätte die Bkl. aber, um die Entscheidungsrelevanz dieses Gesichtspunkts zu verdeutlichen, darlegen müssen, dass in den betroffenen örtlichen Bereichen die unter den gegebenen Bedingungen von Anbietern tatsächlich geforderten Preise deutlich unterhalb des für die Region ermittelten gewichteten Mittels des Schwacke-AMP 2006 liegen. Aus der Fraunhofer-Studie 2008 ergebe sich das schon aus dem oben aufgezeigten Grund nicht, überdies weise er keine dem hier betroffenen Bereich entsprechende Regionalisierung anhand dreistelliger Postleitzahlen auf. Für die größere – anhand zweistelliger Postleitzahlengebiete ausgewiesene – Region könnten sich aber durch den Einbezug einer höheren Anzahl von Anbietern und Werten Verschiebungen ergeben.

(1.4) An dieser Bewertung hält der Senat auch in Anbetracht vereinzelt vertretener Vorzugswürdigkeit des Fraunhofer-AMP 2008 (vgl. z. 8.: OLG Köln, 6. ZS, Urt. v. 10.10.2008 – 6 U 115/08 – NZV 2009, 145 ff.; Urt. v. 21.08.2009 – 6 U 6/09 –, aufrufbar über juris.de; OLG München, Urt. v. 25.07.2008 – 10 U 2539/08 – r + s 2008, 493 ff.) fest. Über die oben angeführten Argumente hinaus sei hierzu ausgeführt: Gerade der hier betroffene Postleitzahlenbereich weist nach dem Schwacke-AMP 2006 im zweistelligen Postleitzahlenbereich erhebliche Differenzen für den städtischen und ländlichen Einzugsbereich auf. Die Konzentration der Internetabfrage auf sechs bundesweit agierende und marktführende Anbieter, wie sie von der Fraunhofer-Studie unternommen worden ist, führt

nach allgemeiner Lebenserfahrung tendenziell zu einer Preisverzerrung nach unten; die „wachsende“ Bedeutung des Internets für Preisvergleiche, die offensichtlich argumentativ für die Maßgeblichkeit dieser Erhebungsmethode angeführt wird, ist nach der Auffassung des Senats nicht aussagekräftig, weil der Marktanteil der Buchungen über Internet ohne aufwendige und zeitintensive Recherchen nicht verifizierbar sein dürfte. Das weitere Argument gegen die bessere Eignung des Fraunhofer-AMP 2008, dass Preise bei einer Vorbuchzeit von einer Woche erfragt wurden (siehe oben), kann nicht damit entkräftet werden, Teuerungen wegen kurzfristigerer Buchungen könnten im Rahmen der Ermittlung des Pauschalzuschlags wegen unfallbedingten Mehraufwendungen hinlänglich berücksichtigt werden. Denn es kann nicht festgestellt oder auch nur prognostiziert werden, dass sog. Selbstzahler stets oder zumindest deutlich überwiegend mit einer Vorlaufzeit von einer Woche anmieten. Zudem kann dem Geschädigten das angeführte Korrektiv in Form einer unfallbedingten Mehrkostenpauschale richtigerweise nicht zugebilligt werden, wenn ihm ein „Normaltarif“, also der von Selbstzahlern üblicherweise zu leistende Mietpreis zugänglich ist, da es in diesem Fall an der Kausalität/Erforderlichkeit für einen unfallbedingten Mehrkostenaufschlag fehlt (vgl. die oben zitierten Urteile des erkennenden Senats, m. BGH-Rspr.-Nachw.).

(1.5) Ungeachtet dessen scheidet eine Bewertung des „Normaltarifs“ nach dem Fraunhofer-AMP 2008 in den Fällen 1 bis 16 und 18 bis 22 ohnehin deswegen aus, weil dieser Mietpreisspiegel für den Zeitraum vor Beginn mit den Erhebungen zu diesem am 19.02.2008 keine Berücksichtigung finden kann. Für die Bestimmung der Schadenshöhe ist maßgeblich der Zeitpunkt, in dem der Schaden eintritt. Die im Fraunhofer-AMP 2008 ausgeworfenen Mietpreise lassen nicht ohne weiteres einen Rückschluss auf die Mietpreishöhe für die Zeit vor dem Erhebungsbeginn zu.

(1.6) Schließlich lassen sich auch aus dem von der Bkl. eingeholten einzelfallbezogenen Gutachten des Sachverständigen Dr. Zinn vom 05.12.2008 keine konkreten Anhaltspunkte dafür herleiten, dass die von Anbietern tatsächlich geforderten Preise deutlich unterhalb des für die betroffenen Regionen ermittelten gewichteten Mittels des Schwacke-AMP 2006 liegen und der Fraunhofer-AMP 2008 eine bessere Schätzungsgrundlage darstellt. Die Aussagekraft dieses Gutachtens beschränkt sich ohnehin auf die Schadensfälle 1 bis 12, die sich in 2007 ereigneten, also in einem Zeitraum, für den der Fraunhofer-AMP 2008 aus den oben genannten Gründen nicht herangezogen werden kann, gleichwohl aber als Vergleichsmaßstab aufgeführt ist. Ungeachtet dessen leidet der Aussagewert dieses Gutachtens darunter, dass die Ergebnisse der im dreistelligen Postleitzahlenbereich befragten Unternehmen der Stellung-



nahme nicht beigelegt sind. Auch wenn die Methode der Auswertung der Daten abstrakt mitgeteilt ist, kann der jeweils ermittelte Mittelwert nicht konkret nachvollzogen werden. Dieses Gutachten leidet auch daran, dass es den jeweiligen Mittelwert des Fraunhofer-AMP 2008 mit einem deutlich zu geringen Betrag angibt. So ergibt sich zum Beispiel aus der von der Bekl. auszugsweise vorgelegten Fraunhofer-Studie für den Schadensfall 1 betreffend den zweistelligen Postleitzahlenbereich 41 und bei einer Eingruppierung des Pkw in die Klasse 4 nicht bloß ein Mittelwert von 505,94 €, sondern von  $(262,79 € \times 2 + 76,49 €) 602,07 €$  und für den Schadensfall 2 anstatt 472,97 € für die Gruppe 1 im Postleitzahlenbereich 52 von  $(206,66 € \times 2 + 149,51 €) 562,83 €$ . Auch in Anbetracht dessen kann eine tendenzielle Bewertung nicht ausgeschlossen werden.

(2) Die Kl. beanstandet auch zu Recht, dass das LG ihr die konkret abgerechneten tatsächlichen Mietnebenkosten abgesprochen hat. Die Kl. hat die zusätzlich entstandenen Nebenkosten einzeln für jeden Schadensfall dargetan und mit Unterlagen belegt. Die Bekl. hat hierzu keinerlei Einwendungen geführt. Die unfallbedingte Entstehung dieser Kosten ist deshalb als unstreitig zu behandeln und der Entscheidung daher zu Grunde zu legen.

## Anzeigepflicht gegenüber Kasko-Versicherer

Urteil des OLG Karlsruhe vom 18.02.2010 – 12 U 175/09 –

**Zum Kausalitätsgegenbeweis bei der Verletzung der Obliegenheit, dem Kasko-Versicherer den Versicherungsfall innerhalb einer Woche schriftlich anzuzeigen.**

### Aus den Gründen:

Das Urteil des LG erweist sich im Ergebnis als zutreffend. Die Bekl. ist gem. § 7 I. (2) Satz 1 AKB i.V.m. § 6 Abs. 3 VVG a.F. wegen Obliegenheitsverletzung durch die Kl. leistungsfrei. § 7 AKB lautet auszugsweise wie folgt:

*§ 7 Obliegenheiten im Versicherungsfall*

*I. ...*

*(2) Jeder Versicherungsfall ist dem Versicherer vom VN innerhalb einer Woche schriftlich anzuzeigen. ...*

*IV. ...*

*(4) Wird eine dieser Obliegenheiten in der Fahrzeug- oder Kraftfahrtunfallversicherung verletzt, so besteht Leistungsfreiheit nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 VVG.*

1. Zu Recht hat das LG eine objektive Verletzung der Anzeigepflicht angenommen und dabei für den Fristbeginn allein auf den Eintritt des Versicherungsfalles abgestellt. Auf die zutreffenden Ausführungen hierzu im

angefochtenen Urteil kann verwiesen werden. Der Wortlaut des § 7 I. (2) Satz 1 AKB lässt keine andere Interpretation zu als diejenige, dass der Fristbeginn an den „Versicherungsfall“ geknüpft ist, allein dessen Eintritt kann eine Anzeigepflicht auslösen und die Anzeigefrist in Gang setzen. Auch die Kl. zeigt keinen anderweitigen Anknüpfungszeitpunkt für den Fristbeginn auf, ihre Ausführungen sind vielmehr geprägt von vermeintlichen Billigkeitserwägungen, die allesamt jedoch nicht überzeugen. Es ist im Übrigen für den VN ein Leichtes, den Unfall auf unkomplizierte Weise und einmalig seiner Kaskoversicherung zu melden. Dabei kann es auch keine Rolle spielen, ob der VN zu dieser Zeit überhaupt beabsichtigt, die Kaskoversicherung letztlich in Anspruch nehmen zu wollen. Die Obliegenheit steht nicht zur Disposition des VN, sondern dient in erster Linie dem Zweck, den Versicherer in die Lage zu versetzen, sich möglichst schnell in die Schadensermittlungen und -verhandlungen einzuschalten und notwendige eigene Feststellungen zu treffen (BGH VersR 1968, 58), der Versicherer hat an der rechtzeitigen Kenntnis des Versicherungsfalles schlechthin ein Interesse (OLG Saarbrücken VersR 1976, 157). Er entscheidet somit auf Grundlage der vom VN gemachten Anzeige darüber, ob und ggfs. welche Ermittlungen er anzustellen gedenkt, auch bei vermeintlich klarer Haftungslage. In der Tat würde die Wochenfrist vor diesem Hintergrund völlig ins Leere laufen, würde man es dem VN überlassen, ob und wann er seine Kaskoversicherung benachrichtigt.

Somit begann die Wochenfrist des § 7 I. (2) Satz 1 AKB am 17.02.2004 zu laufen und endete mit Ablauf des 23.02.2004 (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Unstreitig hat die Kl. binnen dieser Frist den Versicherungsfall nicht bei der Bekl. angezeigt. Der der Bekl. obliegende Beweis einer objektiven Obliegenheitsverletzung ist somit geführt (zur Beweislast vgl. Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. 2004, § 6 Rdn. 124 m.w.N. aus der Rspr.).

2. Ob diese Obliegenheit tatsächlich – wie vom LG angenommen – vorsätzlich verletzt wurde und für den Fall ihrer Folgenlosigkeit weiter auch die Kriterien des BGH zur sog. Relevanzrechtsprechung erfüllt wären (vgl. BGH VersR 1998, 447; 1993, 830; 1984, 228; 1982, 182; 1972, 341; 1970, 241), kann dahin stehen, denn zu Recht hat das LG auch die Voraussetzungen einer nur grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung mit überzeugender Begründung als erfüllt angesehen. Der Kl. vermochte weder ein mangelndes Verschulden noch einen geringeren Schuldgrad als die vermutete grobe Fahrlässigkeit zu beweisen (zur Beweislast siehe wiederum Prölss/Martin a.a.O.; zur Verschuldensvermutung vgl. BGH VersR 1999, 1004; 1993, 960).

Unstreitig hatte die Kl. Kenntnis sowohl von ihrer Anzeigepflicht als auch der hierfür geltenden Wochenfrist. Der Kl. musste zudem klar sein, dass sich die Anzeigepflicht

aus § 7 I. (2) Satz 1 AKB ausdrücklich an den Kaskoversicherer richtete und nicht – wie sie im vorliegenden Rechtsstreit Glauben machen will – an die gegnerische Haftpflicht als aus Sicht der Kl. primär Leistungspflichtige. Die abweichende Auffassung der Kl. beruht auf einer völligen Verkennung der Norm des § 7 I. (2) Satz 1 AKB. Auch ersetzt die Anzeige des Haftpflichtfalls nicht die Anzeige des Kaskoschadens und umgekehrt, da die Ermittlungen des Versicherers in beiden Fällen in ganz anderer Richtung verlaufen müssen (Stiefel/ Hofmann a.a.O., § 7 Rdn. 16). Unter diesem Aspekt erscheint das Unterlassen der Anzeige gegenüber der Bekl. als schlicht unverständlich. Die in diesem Zusammenhang von der Kl. geäußerte Auffassung, die Übersendung von Pro-forma-Anzeigen an den Kaskoversicherer verursache dort einen Aufwand und eine Ansammlung an Papier, liegt ebenso neben der Sache wie der Hinweis auf damit verbundene negative Auswirkungen auf die Prämien und auf ein bloßes „Abheften“ durch den Versicherer. Dies alles sind keine sachgerechten Kriterien, um von einer Anzeige abzusehen.

Als ebenso wenig stichhaltig zur Erklärung ihres Verhaltens erweist sich der Einwand der Kl., der Fall sei haftungsrechtlich damals eindeutig zu beurteilen gewesen, da sich die Kl. weder ein Mitverschulden noch eine Betriebsgefahr habe anrechnen lassen müssen und daher klar gewesen sei, dass die generische Haftpflichtversicherung zu 100 % eintrittspflichtig sei, was wiederum eine Inanspruchnahme des Kaskoversicherers als nicht erforderlich habe erscheinen lassen. Hierbei handelte es sich um eine rein subjektive Einschätzung durch die Kl. Bekanntermaßen gibt es bei der Abwicklung von Schadensfällen nach Verkehrsunfällen aber in einer sehr hohen Häufigkeit Unstimmigkeiten, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Fragen resultieren. Mithaftungseinwände des Gegners sind an der Tagesordnung. Auch die komplizierten Versicherungsbedingungen lassen einen Schadensfall nur in den seltensten Fällen als klar oder eindeutig erscheinen, zumal dann, wenn – wie vorliegend – nicht die eigene, sondern die gegnerische (Haftpflicht-)Versicherung in Anspruch genommen wird und der Geschädigte von dem Inhalt und der Gestaltung dieses Versicherungsverhältnisses keine Kenntnis hat. So hat die Kl. mit ihrer Berufungsbegründung denn auch selbst ausgeführt, dass sich bei der Bearbeitung eines Schadenfalls durch die Haftpflichtversicherung regelmäßig erst nach zeitraubenden Ermittlungen Haftungseinwände ergeben, die dann doch die Inanspruchnahme des Kaskoversicherers erforderlich machen können. Mithin musste auch die Kl. in Betracht ziehen, ggfs. doch auf ihre Kaskoversicherung angewiesen zu sein. Ein Absehen von der Anzeige des Versicherungsfalles war in keinem Fall gerechtfertigt. Das Verhalten der Kl. rechtfertigt zumindest die Annahme grober Fahrlässigkeit, denn die Kl. hat die erforderliche Sorgfalt in un-

gewöhnlich hohem Maße verletzt und dasjenige nicht beachtet, was in ihrer Lage jedem hätte einleuchten müssen (BGH VersR 1999, 1004; 1992, 1087). Von einem geringen Verschulden kann demgegenüber nur dann gesprochen werden, wenn ein Fehlverhalten vorliegt, das auch einem ordentlichen VN leicht unterlaufen kann und für das deshalb ein einsichtiger Versicherer Verständnis aufzubringen vermag (BGH VersR 1884, 228). Dazu gehören jedoch die hier gegebenen Verstöße der Kl. gegen ihre Anzeigepflicht nach § 7 I. (2) Satz 1 AKB nicht. Die in diesem Verhalten zum Ausdruck gekommene Nachlässigkeit und Sorglosigkeit der Kl. bei der Erfüllung ihrer diesbezüglichen Pflichten gegenüber ihrem Kaskoversicherer kann nämlich im Hinblick darauf, dass der Versicherer im Interesse der Versichertengemeinschaft auf die Erfüllung dieser Pflichten durch den VN angewiesen ist, nicht als ein nur leichtes Fehlverhalten angesehen werden, das jedem VN einmal unterlaufen kann und für das deshalb ein einsichtiger Versicherer Verständnis haben kann. Die Kl. hat sich über einen Zeitraum von nahezu 22 Monaten um eine Anzeige an die Bekl. nicht gekümmert. Auch wenn sie die Haftungslage für klar und eindeutig gehalten haben sollte, muss ihr dennoch ein sehr leichtfertiges Verhalten gegenüber der Bekl. vorgeworfen werden, zumal sie ihr jede Möglichkeit genommen hat, sich in die Schadensregulierung einzuschalten. Mit einem „leichten Versagen“ kann daher die Verhaltensweise der Kl. nicht verglichen werden (vgl. OLG Saarbrücken VersR 1976 a.a.O.).

3. Ebenso wenig ist der Kl. der Kausalitätsgegenbeweis nach § 6 Abs. 3 Satz 2 VVG a.F. gelungen. Der Beweis, dass die grob fahrlässige Verletzung der Obliegenheit weder Einfluss auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch auf die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung gehabt hat, obliegt dem VN (BGH VersR 2009, 497 m.w.N.). Er kann diesen negativen Beweis aber praktisch nur so führen, dass er zunächst die sich aus dem Sachverhalt ergebenden Möglichkeiten ausräumt und dann abwartet, welche Behauptungen der Versicherer über Art und Maß der Kausalität aufstellt, die der VN dann ebenfalls zu widerlegen hat. Der Versicherer muss dazu die konkrete Möglichkeit eines für ihn günstigeren Ergebnisses aufzeigen, indem er zum Beispiel vorträgt, welche Maßnahmen er bei rechtzeitiger Erfüllung der Obliegenheit getroffen und welchen Erfolg er sich davon versprochen hätte (vgl. insgesamt BGH VersR 2001, 756; BGHZ 41, 327; Prölss/Martin a.a.O., § 6 Rdn. 105 und 124 m.w.N.).

Die nach Eintritt des Versicherungsfalles am 16.02.2004 zunächst unterlassene und erst am 21.12.2005 erstmals an die Bekl. gemachte Anzeige durch die Kl. führte dazu, dass die Bekl. gut 22 Monate lang von dem Versicherungsfall überhaupt nichts wusste und dadurch an jeglicher eigenen und frühzeitigen Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhalts und Sicherung der Beweise gehindert war. Dieser

damit einhergehende mögliche Verlust eigener Erkenntnismöglichkeiten würde für sich genommen möglicherweise aber die Kausalität nicht begründen können (BGH VersR 2001 a.a.O. unter 2 b aa). Allerdings wurde das streitgegenständliche Fahrzeug bereits im Juli 2004 von der Kl. verkauft und stand somit bei Kenntniserlangung der Bekl. vom Schadensfall knapp 17 Monate später längst nicht mehr zur Verfügung, was insbesondere für Untersuchungszwecke durch einen (neutralen) Sachverständigen o.Ä. von entscheidender Bedeutung sein kann. Die Bekl. war und ist dadurch auf Anknüpfungstatsachen und Beweise angewiesen, die durch Dritte (Kl. bzw. Haftpflichtversicherung des Gegners) erhoben und vermeintlich gesichert wurden. Ihr wurde die Möglichkeit genommen, einen eigenen Sachverständigen mit der unmittelbaren Schadensaufnahme und -bewertung einzuschalten. Stattdessen muss sie sich jetzt im Wesentlichen u.a. mit einem Gutachten eines Sachverständigen St. auseinandersetzen, der nicht nur von der Kl. beauftragt worden war, sondern – wie sich nunmehr herausstellte – als Gefälligkeitsgutachter in einer Vielzahl von Fällen in Erscheinung getreten und dafür vom AG H zwischenzeitlich auch wegen Bestechlichkeit und mittelbarer Falschbeurkundung zu einer Bewährungsstrafe verurteilt wurde. Dies zeigt eindrücklich, welch hohem Risiko ein Versicherer ausgesetzt wird, dem elementare und frühzeitige Informationen vorenthalten werden. Er ist auf diese Informationen in hohem Maße angewiesen. Daran kann angesichts dieser besonderen Umstände auch die Tatsache nichts ändern, dass der Unfall polizeilich aufgenommen wurde und es ein weiteres Gutachten eines Sachverständigen B. gibt, das durch die Streithelferin der Bekl. in Auftrag gegeben worden war. Denn auch der Sachverständige B. hat mit Ausnahme eines eigenen Nachbesichtigungstermins im März 2004 (vgl. S. 8 seines Gutachtens vom 08.11.2006, AH I Bekl.) für seine Beurteilung wesentlich auch auf die durch den Sachverständigen St. getroffenen tatsächlichen Feststellungen zurückgegriffen, deren Verlässlichkeit angesichts der fragwürdigen Berufsauffassung des Sachverständigen St. jedoch erheblich in Frage gestellt werden muss. Es bestand unter diesen Umständen durchaus die Möglichkeit, dass ein von der Bekl. frühzeitig eingeschalteter Gutachter nach eingehender und auch gezielter Besichtigung des Fahrzeugs die behaupteten Vorschäden und auch den ungeklärten Unfallhergang in einer für die Bekl. günstigeren Weise festgestellt hätte. Diese Möglichkeit konnte die Kl. nicht widerlegen (BGH VersR 2001 a.a.O.), weshalb von der Kausalität der Obliegenheitsverletzung auszugehen ist.

4. Die Bekl. verhält sich auch nicht treuwidrig, wenn sie sich auf Leistungsfreiheit beruft. Dies hat das LG mit zutreffenden Erwägungen ebenso gesehen (S. 13 LGU). Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kann nur dann durchdringen, wenn sich der Versicherer so verhalten hat,

dass der VN daraus aus Treu und Glauben den Willen des Versicherers zum Verzicht auf das Leistungsverweigerungsrecht entnehmen musste (Stiefel/Hofmann a.a.O., § 7 Rdn. 123), d.h., ein Verzichtswille, der nicht ausdrücklich erklärt worden sein muss, sondern sich auch aus den Gesamtumständen ergeben kann, muss eindeutig festgestellt werden. Das setzt aber auf Seiten des VN einen vom Versicherer veranlassten Vertrauenstatbestand voraus, der den VN zu Recht zu der Annahme gelangen lassen konnte, der Versicherer werde sich nicht auf Leistungsfreiheit berufen (OLG Köln VersR 1994, 1183). Dies kann entgegen der Auffassung der Kl. nicht alleine aus dem Umstand abgeleitet werden, dass die Bekl. sich nicht sofort nach Eingang der Anzeige im Dezember 2005 sozusagen auf die Obliegenheitsverletzung „gestürzt“, sondern zunächst mit Schreiben vom 11.01.2006 weitere Unterlagen und Informationen bei der Kl. angefordert hat sowie in eine Sachprüfung eingestiegen ist, um dann schließlich am 08.09.2008 ihre Einstandspflicht aus materiell-rechtlichen Gründen abzulehnen, ohne sich vorgerichtlich auf Leistungsfreiheit zu berufen. Hieraus kann schon nicht zwingend der Schluss gezogen werden, die Bekl. habe die Obliegenheitsverletzung überhaupt (frühzeitig) erkannt, geschweige denn in Kenntnis hiervon unter Verzicht auf das Leistungsverweigerungsrecht die Berechtigung des Anspruchs zunächst inhaltlich geprüft und schließlich wiederum unter Verzicht auf ihr Leistungsverweigerungsrecht ihre Einstandspflicht aus anderen Gründen abgelehnt. Es fehlen für einen solchermaßen geäußerten Verzichtswillen hinreichende Anhaltspunkte, was zu Lasten der hierfür beweisbelasteten Kl. geht. Es soll auch vorkommen, dass die Versäumung der Anzeigepflicht – möge sie auch noch so auf der Hand liegen, wie die Kl. meint – beim Versicherer zunächst schlicht nicht bemerkt wird, etwa weil das Augenmerk der Prüfung auf ganz andere Dinge gerichtet ist. Allein der relativ lange Zeitraum, der von Eingang der Anzeige im Dezember 2005 bis zur Leistungsablehnung am 08.09.2008 bei der Bekl. vergangen ist, ohne dass die Bekl. sich dabei auf ihr Leistungsverweigerungsrecht wegen Anzeigepflichtverletzung berufen hätte, genügt für die Schaffung eines Vertrauenstatbestandes bzw. die Annahme eines Verzichtswillens auf Seiten der Beklagten ebenfalls nicht.

## Unerwartete Erkrankung

*Urteil des OLG Köln v. 30.10.2009 – 20 U 62/09 –*

**Zum Begriff der akuten, unerwarteten Erkrankung i. S. v. § 1 Ziff. 1 AVB Reisekrankenversicherung.**

**Aus den Gründen:**

„... Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger die durch Rechnungen belegten Aufwendungen für die ärztliche Behandlungen des bei Frau U während des Besuchs in



Deutschland aufgetretenen Herzinfarkts in Höhe eines Gesamtbetrages von 23.821,33 EUR zu erstatten.

Bei dem Herzinfarkt handelt es sich um eine akute, unerwartete Erkrankung i.S.v. § 1 Ziffer 1. AVB. Wie der in den Bedingungen verwendete Begriff der akuten, unerwarteten Erkrankung zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist maßgebend, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer die Klausel bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss (BGHZ 123, 83, 85; BGH VersR 2001, 184).

Den Begriff der akuten Erkrankung wird ein Versicherungsnehmer dahin verstehen, dass eine plötzliche Verschlechterung des bisherigen Gesundheitszustandes auftritt. Wenn der Versicherungsnehmer bzw. die versicherte Person bereits an einer chronischen Grunderkrankung leidet, wird er der Klausel nicht entnehmen, dass von vornherein jede weitere Erkrankung, die eine Folge jener Grunderkrankung ist, vom Versicherungsschutz ausgenommen sein soll. Dafür gibt das in die Versicherungsbedingungen aufgenommene Wort „akut“ nichts her; dieses deutet im Gegenteil darauf hin, dass jede nachteilige Veränderung des Gesundheitszustandes, die sich von einem Tag auf den anderen einstellt, vom Versicherungsschutz erfasst ist.

Was unter einer „unerwarteten“ Erkrankung zu verstehen ist, erschließt sich dem um Verständnis bemühten Versicherungsnehmer nicht ohne weiteres. Er wird erkennen, dass es im Rahmen des in § 1 Ziffer 1 AVB gegebenen Leistungsversprechens auf seine subjektive Einschätzung, ob die Erkrankung unerwartet aufgetreten ist, nicht ankommen kann, denn insoweit hat der Versicherer ausdrücklich einen Risikoausschluss in § 1 Ziffer 2 a) AVB formuliert, der anderenfalls weitgehend gegenstandslos wäre. Andererseits wird der Versicherungsnehmer, der zur Kenntnis genommen hat, dass seine subjektive Sicht bei der Ausfüllung des Begriffs der unerwarteten Erkrankung i.S.v. § 1 Ziffer 1 keine Bedeutung haben kann, nicht zu der Erkenntnis gelangen, es sei insoweit auf die Einschätzung Dritter, insbesondere auf eine ärztliche Beurteilung, ob die Erkrankung unerwartet aufgetreten ist, abzustellen, denn dies hätte zur Folge, dass der Umfang des gewährten Versicherungsschutzes für den in aller Regel medizinisch nicht vorgebildeten Versicherungsnehmer undurchschaubar würde. Demgemäß kommt es vorliegend nicht auf die von den beteiligten Gutachtern diskutierte Frage an, mit welcher Wahrscheinlichkeit aus medizinischer Sicht der Eintritt eines Herzinfarktes bei Frau U angesichts ihrer Vorerkrankungen zu erwarten war; es bedarf deshalb auch nicht der von der Beklagten beantragten Anhörung des Gerichtsgutachters. Um sich die Bedeutung des Begriffs „unerwartete Erkrankung“ in § 1 Ziffer 1

AVB näher zu erschließen, wird der Versicherungsnehmer sehen, dass das Wort „unerwartet“ in den Bedingungen gemeinsam mit dem Begriff „akut“ verwendet worden ist. Es liegt nahe, dass – da, wie ausgeführt, „unerwartet“ hier nur ohne subjektive Komponente verstanden werden kann – die im Zusammenhang aufgeführten Begriffe „akut“ und „unerwartet“ lediglich gemeinsam kennzeichnen sollen, dass die Erkrankung plötzlich und ohne zuvor erkennbare Anzeichen aufgetreten sein muss. In diesem Sinne – und eine solche Auslegung ist als dem Versicherungsnehmer günstig hier anzunehmen – ist eine Erkrankung, die unvermittelt zu einer Verschlechterung des bisherigen Gesundheitszustandes führt, stets akut und unerwartet, denn mindestens der konkrete Zeitpunkt, zu dem eine Erkrankung auftritt, ist nicht vorhersehbar. Auch bei bestehenden Vorerkrankungen ist eine konkret im Versicherungszeitraum aufgetretene und mit der Vorerkrankung im Zusammenhang stehende Erkrankung zumindest dann (objektiv) unerwartet, wenn sie keine zwingende, notwendig eintretende Folge der Vorerkrankung darstellt, sondern allenfalls das Risiko des Eintretens der weiteren Erkrankung erhöht ist (vgl. OLG Köln VersR 1998, 354). Dies ist hier der Fall: Die Herzerkrankung mag das Risiko, dass Frau U einen Herzinfarkt erleiden kann, gesteigert haben; gleichwohl war der Zeitpunkt, zu dem sich dieses Risiko gegebenenfalls verwirklichen würde, schlechterdings nicht zu prognostizieren. Der Herzinfarkt ist damit (objektiv) unerwartet eingetreten.

Ob der Herzinfarkt subjektiv vorhersehbar war, ist – wie sich dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer bei Lektüre der Bedingungen ohne weiteres erschließt – alleine Gegenstand des in § 1 Ziffer 2 a) AVB geregelten Leistungsausschlusses. § 1 Ziffer 2 a) AVB stellt nach seinem Wortlaut nur darauf ab, ob absehbar war, dass vor Reiseantritt bekannte Erkrankungen während der Reise behandlungsbedürftig werden. Mit dieser Formulierung wird für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer schon nicht hinreichend deutlich gemacht, ob von dem Leistungsausschluss auch das Auftreten solcher neuer gesundheitlicher Beschwerden, die lediglich ihre Grundlage in einem schon vorhandenen, bekannten Leiden haben, erfasst werden sollen. Bekannt waren bei Frau U allein ein chronisches Herzleiden und ein älterer durchgemachter Herzinfarkt. Ob der neu aufgetretene Herzinfarkt nach dem Verständnis eines durchschnittlichen, nicht medizinisch vorgebildeten Versicherungsnehmers als eine Behandlung der bekannten Herzgrunderkrankung verstanden werden muss, ist fraglich und im Zweifel bei dem Gebot, Ausschlussklauseln eng auszulegen (vgl. BGHZ 88, 228, 231), nicht anzunehmen. Aber selbst dann, wenn die Ausschlussklausel auch insoweit einschlägig sein sollte, fehlt es an zureichenden Anhaltspunkten dafür, dass der Eintritt des Herzinfarktes für Frau U im versicherten



Zeitraum von drei Monaten „absehbar“ war. Unter „absehbar“ versteht ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer mehr als nur ein gering erhöhtes Risiko, dass es zu einer ärztlichen Behandlung bei bestehender Vorerkrankung kommen kann. Die Behandlungsbedürftigkeit muss sich für den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person auf Grund konkreter Kenntnisse über den vor Reiseantritt bestehenden Gesundheitszustand wenigstens als wahrscheinlich darstellen; es müssen Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass es im versicherten Zeitraum voraussichtlich zu einer Behandlung der schon vorhandenen Erkrankung kommen wird. Solche Anhaltspunkte sind, soweit es das Auftreten eines Herzinfarktes angeht, vorliegend nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass Frau U sich zuletzt am 01.06.2007 auf den S auch wegen vom Herzen herrührender Beschwerden (Angina) in ärztliche Behandlung begeben hat und ihr Medikamente verschrieben worden sind, besagt nichts über die Vorhersehbarkeit einer Behandlung wegen eines neu aufgetretenen Herzinfarktes während ihres Deutschlandaufenthaltes. Frau U kann auch nicht angelastet werden, dass sie auf den S keine weitere ärztliche Hilfe mehr in Anspruch genommen hat. Dazu war sie nach den Versicherungsbedingungen nicht verpflichtet; insbesondere ist ihr kein ärztliches Zeugnis über die Reisefähigkeit abverlangt worden. Die Behandlungsbedürftigkeit wegen eines erst in Deutschland im versicherten Zeitraum aufgetretenen Herzinfarktes war nach allem weder für den Kläger noch für Frau U i.S.v. § 1 Ziffer 2 a) AVB absehbar. Demgegenüber war eine Behandlung der Grunderkrankung mit Blick auf die schon auf den S bestehende regelmäßige Behandlungsbedürftigkeit absehbar, sodass insoweit kein Versicherungsschutz besteht. Die Beklagte hat nach den vorstehenden Ausführungen Versicherungsschutz zu gewähren, soweit die Behandlungen von Frau U auf den Herzinfarkt und nicht auf die bestehende Grunderkrankung zurückgeführt werden können. ...“

## Verwertungsverbot für VZR-Voreintragungen

*Beschluss des OLG Bamberg v. 10.02.2010 – 2 Ss OWi 1575/09 –*

**1. Maßgebender Zeitpunkt für das Eingreifen des in § 29 Abs. 8 S. 1 StVG enthaltenen gesetzlichen Verwertungsverbotes für im Verkehrszentralregister (VZR) getilgte Voreintragungen ist im Hinblick auf neue Taten des Betroffenen stets der Zeitpunkt des Erlasses des (neuen) tatrichterlichen Urteils.**

**2. Das Verwertungsverbot nach § 29 Abs. 8 S. 1 StVG besteht deshalb auch dann, wenn zwar noch während der Tilgungsfrist weitere Taten begangen wur-**

**den, hinsichtlich der Vorahndungen aber im maßgeblichen Zeitpunkt der Hauptverhandlung Tilgungsreife nach § 29 Abs. 6 S. 1 StVG eingetreten war.**

**3. Ein Verwertungsverbot besteht auch dann, wenn im Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung die Überliegefrist des § 29 Abs. 7 StVG noch nicht abgelaufen war (Anschluss u.a. an OLG Bamberg DAR 2007, 38; OLG Karlsruhe zfs 2005, 411 f.; OLG Hamm NZV 2007, 156; OLG Brandenburg DAR 2008, 218; OLG Jena NZV 2008, 165 f.; OLG Schleswig zfs 2006, 348 f. und OLG Frankfurt NSTZ-RR 2010, 87).**

### Aus den Gründen:

Die gem. § 79 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 OWiG statthafte und im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde des Betr. ist unbegründet.

1. Die Feststellungen des AG tragen den Schuldspruch sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht (wird ausgeführt).

2. Auch die Rechtsfolgenentscheidung weist im Ergebnis keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Betr. auf. Zwar hat das AG rechtsfehlerhaft die Voreintragungen des Betr. berücksichtigt, weil diese im Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung einem Verwertungsverbot unterlagen und deshalb die verurteilte Regeldeliktstrafe verdoppelt wurde. Die Erhöhung auf 200 EUR ist aber gleichwohl im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betr. gerechtfertigt.

a) Das AG hält die Vorahndungen des Betr. für verwertbar, weil dem Wortlaut des § 29 Abs. 8 S. 1 StVG ein Verwertungsverbot hinsichtlich solcher Voreintragungen nicht zu entnehmen sei, die von der Überliegefrist des § 29 Abs. 7 S. 1 erfasst und deshalb noch nicht (endgültig) gelöscht worden seien. So könne der dort verwendete Begriff „getilgt“ zwar mit „gelöscht“, nicht aber mit „tilgungsreif“ gleichgesetzt werden. Ein Verwertungsverbot könne auch nicht aus § 29 VII 2 StVG hergeleitet werden, da diese Regelung zwar ein Verbot der Übermittlung und Auskunftserteilung für Vorahndungen während der Überliegefrist begründe, nach ihrem Wortlaut aber gerade nicht die Verwertbarkeit von Vorahndungen hindere. Im Übrigen führe die gegenteilige Rechtsauffassung zu einer Benachteiligung derjenigen, die einen Bußgeldbescheid ohne Rechtsbehelf akzeptieren und sich damit nicht getilgte Vorahndungen vorhalten ließen, ohne durch Rechtsbehelfe das Verfahren hinauszuzögern, um auf diese Weise eine Tilgung eingetragener Verkehrsverstöße zu erreichen. Die Nichtberücksichtigung tilgungsreifer Vorahndungen in der Überliegefrist sei auch mit der gesetzgeberischen Intention und den Zweckbestimmungen des VZR nicht vereinbar.

b) Diese Rechtsauffassung ist rechtsfehlerhaft. Nach § 29 Abs. 8 S. 1 StVG ergibt sich für getilgte Voreintragungen im

VZR ein gesetzliches Verwertungsverbot. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines solchen Verwertungsverbot ist dabei immer der Erlass des tatrichterlichen Urteils in Bezug auf eine neue Tat (BayObLG DAR 2001, 354 und DAR 1996, 243; OLG Köln NZV 2000, 430; OLG Karlsruhe zfs 2005, 411). Dieses Verwertungsverbot muss auch dann beachtet werden, wenn zwar während der laufenden Tilgungsfrist neue Taten begangen wurden, die Vorahndungen aber zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung nach § 29 Abs. 7 S. 1 StVG tilgungsreif waren. Wie aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen des § 29 Abs. 8 StVG mit § 29 Abs. 6 S. 1 StVG und § 29 Abs. 7 StVG deutlich wird, sind Tilgung und Tilgungsreife wesensgleich (vgl. auch § 51 Abs. 1 BZRG), so dass auch eine trotz Tilgungsreife im Verkehrszentralregister nur aus verfahrensrechtlichen Gründen im Blick auf § 29 Abs. 6 S. 2 und § 29 Abs. 7 S. 2 StVG noch nicht endgültig gelöschte Vorahndung nicht zum Nachteil des Betr. verwertet werden darf. An diesem Verwertungsverbot ändert sich auch dann nichts, wenn im Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung die Überliegefrist noch nicht abgelaufen ist (§ 29 Abs. 7 StVG). Denn die Überliegefrist des § 29 Abs. 7 StVG hat nur die Funktion einer Tilgungshemmung und Verhinderung der Löschung, soweit es unter den Voraussetzungen des § 29 Abs. 6 S. 2 StVG tatsächlich zu einer weiteren Eintragung während dieser Frist gekommen ist. Sie enthält aber gerade keine dem § 29 Abs. 8 S. 1 StVG entgegenstehende Regelung, die zu einer weiteren Verwertbarkeit der Voreintragungen führt.

aa) Grundsätzlich beträgt die Tilgungsfrist bei Entscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StVG zwei Jahre. Sie beginnt gem. § 29 Abs. 4 Nr. 3 StVG bei Bußgeldentscheidungen mit dem Tag der Rechtskraft oder Unanfechtbarkeit der Entscheidung. Enthält das VZR mehrere Eintragungen, ist nach § 29 Abs. 6 S. 1 StVG die Tilgung aller Eintragungen grundsätzlich erst zulässig, wenn für alle betreffenden Eintragungen die Tilgungsvoraussetzungen vorliegen. Diese lagen hier vor, da die letzte vom AG berücksichtigte Vorahndung am 18.07.2007 rechtskräftig wurde und somit beim maßgeblichen Zeitpunkt des Urteilserlasses am 27.07.2009 hinsichtlich aller Vorahndungen die zweijährige Tilgungsfrist abgelaufen und folglich Tilgungsreife eingetreten war.

bb) In Ausnahme zu dieser allgemeinen Regelung des § 29 Abs. 6 S. 1 StVG entfällt nach § 29 Abs. 6 S. 2 StVG eine bereits eingetretene Tilgungsreife von Voreintragungen und damit auch ein Verwertungsverbot nur dann, wenn eine neue Tat vor Ablauf der Tilgungsfrist nach § 29 Abs. 1 StVG begangen wird und bis zum Ablauf der Überliegefrist des § 29 Abs. 7 StVG zu einer weiteren Eintragung führt. Mit dieser Regelung sollen Taten erfasst werden, die dem VZR bis zum Ablauf der Überliegefrist im Bezug auf die alten Eintragungen bekannt werden

(BT-Drucks 15/1508, S. 7). Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung hier nicht vor, so dass sich die Tilgungsreife der Voreintragungen insoweit allein nach § 29 Abs. 6 S. 1 StVG beurteilt. Die Regelung des § 29 Abs. 6 S. 2 StVG kann mit ihrem temporalen Element auch nicht dahingehend erweiternd ausgelegt werden, dass nur die Voraussetzung einer Eintragungsfähigkeit insoweit gegeben sein muss, dass die neuerliche Entscheidung innerhalb der Überliegefrist ergeht und somit zu einer Eintragung führen wird (so noch OLG Frankfurt, Beschluss v. 22.01.2009 – 2 Ss OWi 352/08 = VRR 2009, 194 f. m. Anm. Gübner = NZV 2009, 350 ff. m. Anm. König = NSTZ-RR 2009, 255 ff.). Denn eine solche Auslegung verstößt gegen den Wortlaut und den Sinn der Regelung, die gerade keine Ahndungsverschärfung im aktuellen Bußgeldverfahren erreichen will, sondern dem Ziel der Umsetzung von Maßnahmen dient, die nach dem Punktesystem anzuordnen sind (BT-Drucks 15/1508, S. 11). Vor allem bliebe bei einer solchen Lösung ungeklärt, was bei Entscheidungen geschehen soll, die kurz vor Ablauf der Überliegefrist getroffen werden und von denen anzunehmen ist, dass sie erst nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist und nach Ablauf der Überliegefrist rechtskräftig werden. In diesem Fall wäre bei der Entscheidung der Bußgeldbehörde und des Tatrichters andernfalls zu antizipieren, ob die Entscheidung noch innerhalb der Überliegefrist rechtskräftig und im VZR eingetragen wird (OLG Brandenburg DAR 2008, 218 f.). Selbst dem Rechtsbeschwerdegericht wäre dies nicht möglich, wenn es gegen Ende der Überliegefrist entscheidet, weil es nicht absehen kann, wann die Rechtsmittelentscheidung tatsächlich zu einer Eintragung führt.

cc) Diese Rechtsauffassung wird auch durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. So wollte im Gesetzgebungsverfahren zum 1. JuMoG vom 24.08.2004 der Bundesrat durch eine Neufassung des § 29 VIII 1 StVG auch die Verwertung ansonsten tilgungsreifer Vorahndungen während des Laufs der Überliegefrist erreichen, indem am Ende dieses Satzes im Bezug auf das Verwertungsverbot die Einschränkung „es sei denn bei der Verfolgung und Ahndung einer vor Eintritt der Tilgungsreife begangenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit“ eingefügt werden sollte (BT-Drucks 15/1508, S. 46). Die Bundesregierung hat dies unter Hinweis auf die Funktion der Überliegefrist jedoch ausdrücklich abgelehnt (BT-Drucks 15/1508, S. 52). Verabschiedet wurde nicht die vom Bundesrat vorgeschlagene Neufassung des § 29 VIII StVG, sondern der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neufassung des § 29 VI StVG (BT-Drucks 15/1508, S. 10/11; König NZV 2009, 352; OLG Karlsruhe, zfs 2005, 411/412).

dd) Trotz des aus Sicht des AG wünschenswerten Ergebnisses einer konsequenten Ahndung von Mehrfachtätern muss es damit aber im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut

und den Willen des Gesetzgebers hingenommen werden, dass die gegenwärtige Rechtslage dem Betr. Anreize für eine „Verzögerungstaktik“ bietet und es damit im Einzelfall zu Wertungswidersprüchen kommen kann. Im Übrigen würde eine andere Rechtsauffassung auch die Funktion der Überliegefrist verkennen, die nur sachlich nicht gerechtfertigte Löschungen im VZR verhindern und nicht faktisch Tilgungsfristen verlängern soll, um ansonsten tilgungsreife Voreintragungen auch für das laufende Bußgeldverfahren nutzbar zu machen (OLG Hamm NZV 2006, 487; OLG Jena NZV 2008, 165; BT-Drucks 15/1508, S. 52). Ansonsten wäre nicht verständlich, weshalb nach § 29 VII 2 StVG während der Überliegefrist der Inhalt einer Eintragung nicht mitgeteilt werden darf. Das Tatgericht könnte die Voreintragung dann faktisch nur berücksichtigen, wenn ihm zum Zeitpunkt der Entscheidung ein veralteter Auszug aus dem VZR vorläge (Gübner NZV 2005, 57, 61). Somit kommt es nach Eintritt der Tilgungsreife und während der Überliegefrist des § 29 Abs. 6 S. 2 StVG von einem Jahr zwar gem. § 29 Abs. 7 StVG zu einer Hemmung der Tilgung von verkehrsrechtlichen Vorbelastungen im VZR, es verbleibt aber während der Überliegefrist bei einem Verwertungsverbot tilgungsreifer Voreintragungen (vgl. in diesem Sinne neben OLG Bamberg DAR 2007, 38 u.a. schon OLG Karlsruhe zfs 2005, 411/412; OLG Hamm DAR 2005, 693; NZV 2006, 487; DAR 2006, 697; NZV 2007, 156; OLG Schleswig zfs 2006, 348 f.; SVR 2008, 29; OLG Brandenburg DAR 2008, 218; OLG Jena NZV 2008, 165 f. und nunmehr auch OLG Frankfurt NSTZ-RR 2010, 87; vgl. auch Hentschel/König/Dauer Straßenverkehrsrecht 40. Aufl. § 29 StVG Rn 12; Jagow/Burmann/ Heß Straßenverkehrsrecht 15. Aufl. § 29 StVG Rn 17; Burhoff (Hrsg.) Böttger, Hdb. für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren 2. Aufl. Rn 2752; Gübner NZV 2005, 57, 59; Pinkerneil DAR 2005, 57, 58 und Schäpe DAR 2007, 348).

c) Die Notwendigkeit einer Divergenzvorlage gem. § 79 Abs. 3 S. 1 OWiG i.V.m. § 121 Abs. 2 i.V.m. § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG an den BGH besteht nicht mehr. Das OLG Frankfurt hatte in seinem Beschluss v. 22.01.2009 (a.a.O.) zwar die Rechtsauffassung vertreten, dass der Tatrichter nicht gehindert sei, Voreintragungen zu verwerten, wenn der neue Verstoß vor Ablauf der 2-jährigen Tilgungsfrist der Voreintragungen begangen wird, die neue Verurteilung aber erst innerhalb der sich anschließenden einjährigen Überliegefrist erfolgt, eine Vorlagepflicht nach § 121 Abs. 2 GVG aber gleichwohl mit nicht überzeugender Argumentation als unzulässig verneint, weil die aufgeworfene Rechtsfrage im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs wegen Ablaufs der Überliegefrist prozessual überholt sein werde. Insoweit wäre der Senat daher, soweit er an seiner bisherigen Rechtsauffassung und der einhelligen Rspr. festhält, an sich gem. § 121 Abs. 2 GVG grundsätzlich verpflichtet gewesen, diese Rechtsfrage dem BGH zur Entscheidung vor-

zulegen (BGHSt 9, 272/274; 13, 149/152 f.; LR/Franke StPO 25. Aufl. § 121 GVG Rn 49; KK/Hannich StPO 6. Aufl. § 121 GVG Rn 27; Kissel/Mayer GVG 5. Aufl. § 121 GVG Rn 19; Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. § 121 GVG Rn 8). Das OLG Frankfurt hat aber erst unlängst klargestellt, dass es an seiner abweichenden früheren Rechtsauffassung nicht mehr festhält und diese ausdrücklich aufgegeben hat (OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.01.2010 – 2 Ss OWi 552/09 – NSTZ-RR 2010, 87). Damit entfällt eine Verpflichtung des Senats zur Divergenzvorlage (BGHSt 14, 319/320; 17, 399/401; KK/Hannich § 121 GVG Rn 30; LR/Franke § 121 GVG Rn 45; Meyer-Goßner § 121 GVG Rn 7).

d) Zwar ist damit die hier erfolgte Berücksichtigung der Voreintragungen des Betr. durch das AG als rechtsfehlerhaft anzusehen. Gleichwohl führt dies hier ausnahmsweise nicht zu einer Reduzierung der gegen den Betr. verhängten erhöhten Geldbuße. Die in der Bußgeldkatalogverordnung vorgesehenen Regelahndungen gehen von fahrlässiger Begehung, gewöhnlichen Tatumständen und fehlenden Vorahndungen des Betr. aus (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 BKatV). Daneben liegen den Bußgeldkatalogen durchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse des Betr. zugrunde (OLG Düsseldorf VRS 80, 376/380; OLG Köln NZV 1991, 203; OLG Oldenburg NZV 91, 82; Göhler OWiG 15. Aufl. § 17 Rn 29 m.w.N.). Nach den Feststellungen des AG ist der Betr. selbständiger Steuerberater und verfügt über ein jährliches Nettoeinkommen von 200.000 EUR. Diese deutlich über den durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen liegenden Einkünfte rechtfertigen nach Auffassung des Senats eine über die Regelbuße hinausgehende Ahndung des Betr. Nach § 17 Abs. 3 S. 2 1. Halbs. OWiG sind im Rahmen der Bußgeldbemessung ausdrücklich auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betr. zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund erachtet der Senat nach Abwägung aller für und gegen den Betr. sprechenden Gesichtspunkte eine Verdoppelung der Regelgeldbuße von 100 EUR auf 200 EUR für erforderlich, aber auch für ausreichend, um die begangene Verkehrsordnungswidrigkeit zu ahnden. Der Senat kann insoweit in der Sache selbst entscheiden, so dass es einer Zurückverweisung an das AG nicht bedarf (§ 79 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 79 Abs. 6 OWiG). Auch die Verhängung des Fahrverbots erweist sich als rechtsfehlerfrei ...

## Radarmessgerät „Multanova VR 6F“

Beschluss des OLG Bamberg v. 25.02.2010 – 3 Ss OWi 206/10 –

**§ 100 h I 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 I OWiG bildet (auch) für den Einsatz des zur polizeilichen Geschwindig-**



**keitsüberwachung in Bayern verwendeten Radarmessgeräts „Multanova VR 6F“ sowie den zum gleichen Zweck eingesetzten sog. Einseitensensor des Typs „ES1.0“ und für die hierbei jeweils nur bei Erreichen eines bestimmten Grenzwertes ausgelöste fotografische Erfassung Betr. eine hinreichende gesetzliche Rechtsgrundlage für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot besteht nicht (Anschluss an OLG Bamberg NJW 2010, 100 f. = DAR 2010, 26 ff. = VRR 2009, 468 ff. = StRR 2009, 475 ff. = zfs 2010, 50 ff.)**

## Aus den Gründen:

I. Gegen den Betr. ist ausschließlich eine Geldbuße von nicht mehr als 250 Euro festgesetzt worden. Nach § 80 I OWiG darf deshalb die Rechtsbeschwerde nur zugelassen werden, wenn es geboten ist, die Nachprüfung des angefochtenen Urteils zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. zu ermöglichen oder das Urteil wegen Versagung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde wird daher nach § 80 IV 1, III OWiG verworfen. Damit gilt die Rechtsbeschwerde als zurückgenommen (§ 80 III 2 i. Vm. § 80 IV 4 OWiG).

II. Außerhalb der durch den Zulassungsantrag veranlassten Rechtsbeschwerdeprüfung bemerkt der Senat ergänzend:

1. Das AG hat im Einklang mit der Rspr. des OLG Bamberg (Beschluss vom 16.11.2009 – 2 Ss OWi 1215/09 = NJW 2010, 100 f. = DAR 2010, 26 ff. m. Anm. Grunert = VRR 2009, 468 ff. m. Anm. Deutscher = StRR 2009, 475 ff. = zfs 2010, 50 ff.; vgl. auch OLG Jena, Beschluss vom 06.01.2010 – 1 Ss 291/09, OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.01.2010 – 4 Ss 1525/09 und OLG Dresden, Beschluss vom 02.02.2010 – Ss <OWi> 788/09, jeweils bei juris) im Ergebnis zu Recht ein strafprozessuales Verwertungsverbot abgelehnt.

a) § 100 h I 1 Nr. 1 StPO i. Vm. § 46 I OWiG bildet auch für die im Rahmen des hier eingesetzten Verkehrsradaarmessgeräts des Typs „Multanova VR 6F“ hergestellten anlassbezogenen Fotoaufnahmen zur Identifizierung Betr. eine hinreichende gesetzliche Rechtsgrundlage für damit verbundene Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

b) Soweit die Verteidigung zur Stützung ihrer abweichenden Auffassung auf den Beschluss des OLG Ramm vom 22.12.2009 (1 Ss OWi 960/09) abhebt, teilt sie nicht mit, dass in der genannten Entscheidung ein Beweisverwertungsverbot gerade verneint wird. Gravierender fällt ins Gewicht, dass die Verteidigung übersieht, dass sich die Entscheidung des OLG Hamm vom 22.12.2009 ebenso wie schon der Beschluss des OLG Oldenburg vom 27.11.2009 – Ss Bs 186/09 (= DAR 2010, 32 f. = VRR 2010, 31 f. m. Anm. Deutscher; vgl. in diesem Sinne z.B. auch AG Mei-

ßen VRR 2009, 472 f.) und nicht zuletzt der Beschluss der 2. Kammer des 2. Senats des BVerfG vom 11.08.2009 – 2 BvR 941/08 (= NJW 2009, 3293 f. m. Anm. Bull NJW 2009, 3279 ff. = zfs 2009, 589 ff. m. Anm. Bode = StRR 2009, 356 f. = VRR 2009, 354 f. m. Anm. Burhoff = DAR 2009, 577 ff. = DVBl. 2009, 1237 ff. = NZV 2009, 618 ff.) auf den Einsatz des verdachtsunabhängigen „Abstands- und Geschwindigkeitskontrollsystems VKS 3.0“ (Version 3.1) bezieht. Im Unterschied zu seiner mit dem sog. Vorselektionssoftwaremodul „VKS selekt“ ausgerüsteten Nachfolgeversion ist dieses System dadurch gekennzeichnet, dass auf dem sog. Tatvideo der gesamte auflaufende Verkehr in einem bestimmten Streckenbereich aufgezeichnet wird und die Auswertung der codierten Videoaufzeichnung erst später durch ein Computersystem unter Verwendung von auf der Fahrbahn angebrachter, zuvor eingemessener Markierungen erfolgt. Da dieses System im Unterschied zu seiner Nachfolgeversion eine anlassbedingte Zuschaltung der Identifizierungskamera bei Vorliegen des Verdachts eines Geschwindigkeitsverstößes nicht erlaubt, wird der gesamte fließende Verkehr aufgezeichnet (OLG Hamm a.a.O.).

c) Von einer verdachtsunabhängigen Fertigung von Bildaufnahmen des Betr. oder gar von einer Videofilmüberwachung des Verkehrsraums kann bei dem vorliegend für die Geschwindigkeitsmessung unter Ausnutzung des Dopplereffektes zum Einsatz gelangten Verkehrsradaarmessgerät des Typs „MultanovaVR 6F“ aber keine Rede sein. Entsprechendes gilt etwa auch für den ebenfalls von der Polizei in Bayern zur amtlichen Geschwindigkeitsüberwachung eingesetzten rechnergesteuerten sog. Einseitensensor vom Typ „ES1.0“ auf der Basis einer sensorgestützten Weg-/Zeitmessung durch Ermittlung sog. Triggersignale sowie des Helligkeitsprofils durch Abtasten des vorbeifahrenden Fahrzeugs. Denn ein Foto des Betr. und des von ihm geführten Kfz mit Kennzeichen wird bei dem hier eingesetzten Gerät „MultanovaVR 6F“, wie vom AG zutreffend festgestellt, nur dann erstellt, wenn ein vom Bediener zuvor eingestellter und (maschinell) festgestellter – bei Messung des ankommenden Verkehrs vorläufiger – Grenzwert erreicht oder überschritten wird. Nur in diesem Fall sowie nach Verifikation der Eingangsmessung des ankommenden Verkehrs werden sodann neben dem gemessenen Fahrzeug und seiner Geschwindigkeit weitere Daten der Messung wie Fahrtrichtung, Datum und Uhrzeit im Rahmen der die Zuordnung zu Fahrzeug und Fahrer ermöglichenden fotografischen Erfassung dokumentiert und der Film in der Kamera transportiert; andernfalls erfolgt lediglich eine Annulationsanzeige (zu Funktionsweise, Messwertbildung und Fotoauslösung im Einzelnen vgl. neben der hier einschlägigen „Ergänzenden Weisung Nr. 2.1 (Radar)“ des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zu den Polizeilichen Richtlinien für die Verkehrsüberwachung auch Grün in: Burhoff/Neidel/Grün, Ge-



schwindigkeits- und Abstandsmessungen im Straßenverkehr <2007>, Teil 1, Rdn. 642 ff., insbes. Rdn. 654 ff. und Böttger in: Burhoff <Hrsg.>, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 2. Aufl., Rdn. 1407 ff.). 2. Hinzu kommt, dass der Betr. im Hinblick auf die (rechtzeitige) Erfüllung der Widerspruchsbliegenheit gegen die Verwertung der den verfahrensgegenständlichen Geschwindigkeitsverstoß begründenden Beweismittel in der Hauptverhandlung, worauf ebenfalls schon die GenStA zutreffend hinweist, keine den Begründungsanforderungen des

§ 344 II 2 StPO i.V.m. § 79 III 1 OWiG genügende und damit zulässige Verfahrensrüge erhoben hat (vgl. hierzu zuletzt neben OLG Rostock, Beschluss vom 16.11.2009 – 2 Ss OWi 257/09 = VRR 2010, 35 f. m. Anm. Burhoff u.a. OLG Hamm NJW 2009, 242/243 = NZV 2009, 90 ff. = StRR 2008, 463 f. = VRR 2008, 472 f. und OLG Hamburg NJW 2008, 2597/2598 = StraFo 2008, 158 ff. = VerKMitt. 2008, Nr. 38 = NZV 2008, 362 ff. = VRS 114, 275 ff. = StV 2008, 454 ff. = OLGSt StPO § 81a Nr. 6 = VRR 2008, 122 f. sowie rechtsgrundsätzlich BGHSt 38, 214/225 ff. und BGHSt 42, 15/22 ff.).

## VERKEHRSRECHT IN KÜRZE



### Nutzungswertersatz bei Verbrauchsgüterkauf

Anders als beim Recht des Verbrauchers auf Ersatzlieferung ist bei der Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs der Verkäufer nicht durch europäisches Recht gehindert, Nutzungswertersatz gem. § 346 I BGB zu verlangen.

BGH – VIII ZR 243/08 – (NZV 2010, 142)

### Hinweis auf Zwischenhändler

Der Käufer eines Gebrauchtwagens geht grundsätzlich davon aus, dass der Vertragspartner das Fahrzeug von demjenigen übernommen hat, der als letzter Halter in den Kraftfahrzeugbrief eingetragen ist.

Deshalb muss der Verkäufer eines Gebrauchtwagens den Käufer darüber aufklären, dass er das Fahrzeug kurze Zeit vor dem Weiterverkauf von einem nicht im Kraftfahrzeugbrief eingetragenen „fliegenden Zwischenhändler“ erworben hat.

BGH – VIII ZR 38/09 – (DAR 2010, 200)

### Sorgfaltspflicht des Einparkers

Ungeachtet besonderer Umstände im Einzelfall sind an die Sorgfalt des Fahrers eines Fahrzeugs, der auf einem öffentlich zugänglichen Parkplatz in eine rechtwinklig durch Durchfahrtrichtung angeordnete Parklücke einparken will, sowie an die Sorgfaltspflicht des Fahrers oder Mitfahrers eines neben dieser Parklücke abgestellten weiteren Fahrzeugs beim Aussteigen gleich hohe Anforderungen zu stellen, so dass in der Regel bei einer Kollision des einparkenden Fahrzeugs mit einer teilweise

geöffneten Fahrzeugtür eines geparkten Fahrzeugs eine hälftige Schadenaufteilung angemessen erscheint.

OLG Frankfurt – 3 U 211/08 – (DAR 2010, 267)

### Lasermessung

Wird ein Motorrad während einer Geschwindigkeitsmessung mit einem Lasermessgerät der Firma Riegl GmbH vom Typ LR-90-2351P mit einem Seitenabstand von lediglich 60 cm von einem anderen Motorrad überholt, muss der Tatrichter davon ausgehen, dass die Zuordnung des Messwerts zum Fahrzeug des Betroffenen problematisch sein kann. Deshalb muss er seine Überzeugung von der eindeutigen Messwertzuordnung im Urteil näher begründen und dabei auf die Bekundungen der Beamten zum Einsatz des Messgeräts näher eingehen.

OLG Düsseldorf – IV-4 RBs 149/09 – (DAR 2010, 212)

### Kreisverkehr

Die Wirksamkeit einer Geschwindigkeitsbeschränkung, die an einer Zufahrt zu einem außerörtlichen Kreisverkehr angebracht ist, wirkt nicht für die Weiterfahrt nach dem Verlassen des Kreisverkehrs.

OLG München – 24 U 252/09 – (DAR 2010, 206)

### Hinweispflicht auf Fahrverbot

Ist im Bußgeldbescheid kein Fahrverbot nach § 25 StVG verhängt worden, so setzt eine entsprechende Anordnung durch das Gericht im Einspruchsverfahren voraus, dass es in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 2 StPO den Betroffenen zuvor auf ein mögliches Fahrverbot hingewiesen hat.

Unterblieb dieser Hinweis (negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls nach § 274 ZPO), ist das angefochtene Urteil sowohl im Schuld- als auch im Rechtsfolgenausspruch aufzuheben.

*Thüringer OLG – 1 Ss 270/09 – (ZfS 2010, 294)*

### Gemeinsamer „Unfallbericht“

Unterschreiben beide unfallbeteiligten Parteien einen „Unfallbericht“, so ist von den dortigen Feststellungen solange auszugehen, bis der jeweils anderen Partei der Nachweis der Unrichtigkeit des im „Unfallbericht“ festgehaltenen Unfallhergangs gelingt.

*OLG Dresden – 7 U 949/09 – (NZV 2010, 256)*

### Verletzung der sog. halben Vorfahrt

Besteht an einer Kreuzung Vorfahrtsberechtigung gegenüber Verkehrsteilnehmern von links, zugleich aber Wartepflicht gegenüber Verkehrsteilnehmern von rechts (halbe Vorfahrt) mit der sich daraus ergebenden Notwendigkeit, mit mäßiger Geschwindigkeit an die Kreuzung heranzufahren, so wirkt sich die Verletzung dieser sog. halben Vorfahrt in einer Mithaftung des Vorfahrtberechtigten zu 25 % aus. Hat der Vorfahrtberechtigte zusätzlich gegen das Rechtsfahrgebot verstoßen, kommt eine Erhöhung der Mithaftungsquote auf 50 % in Betracht.

*KG – 12 U 212/08 – (ZfS 2010, 198)*

### Alleinhaftung des Fußgängers

Zumindest bei regem Straßenverkehr muss ein Fußgänger damit rechnen, dass sich auch im linken Fahrstreifen Fahrzeuge nähern, die durch im rechten Fahrstreifen herannahende Fahrzeuge verdeckt sind. Betritt er dennoch unvermittelt die Fahrbahn, handelt er grob fahrlässig mit der Folge, dass die Betriebsgefahr des Kraftfahrzeugs, von dem er im linken Fahrstreifen angefahren wird, gegenüber dem Alleinverschulden des Fußgängers vollständig zurücktritt.

*KG – 12 U 143/08 – (NZV 2010, 149)*

### Kaskoschutz bei Diebstahl

Wer einem Bekannten seinen Pkw überlässt zu dem Zweck, ihn in eine Garage zu bringen, wo das Fahrzeug dann angeblich gestohlen wird, hat keinen Leistungsanspruch in der Fahrzeugversicherung. Dass die Gebrauchs-

überlassung im Interesse des Empfängers erfolgt, wird durch § 12 Abs. 1 I b AKB nicht vorausgesetzt.

*OLG Saarbrücken – 5 U 197/09 – (ZfS 2010, 154)*

### Missachten eines Stoppschildes

Das Nichtbeachten eines deutlich erkennbaren Stoppschildes ist wegen der damit verbundenen Gefahren regelmäßig als objektiv grob fahrlässig zu werten. Die Nichtbefolgung des unbedingten Haltegebots mit anschließendem Unfall kann aber nicht stets als grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls angesehen werden. Insoweit gelten vielmehr dieselben Grundsätze wie bei einem Rotlichtverstoß. Aus dem objektiv groben Pflichtverstoß darf nicht automatisch auf die subjektive Unentschuldbarkeit geschlossen werden. Jedoch lassen der äußere Geschehensablauf und das Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes den Schluss auf innere Vorgänge und deren gesteigerte Vorwerfbarkeit zu.

*OLG Köln 9 U 63/09 – (NZV 2010, 200)*

### Garage und Hausratversicherung

Sehen die Versicherungsbedingungen in der Hausratversicherung vor, dass auch Garagen in der Nähe des Versicherungsortes vom Versicherungsschutz umfasst sind, so ist diese Voraussetzung bei einer mehr als einen Kilometer vom versicherten Anwesen entfernt liegenden Garage nicht mehr gegeben.

*LG Dortmund – 2 O 424/08 – (ZfS 2010, 278)*

### Arglist beim Gebrauchtwagenverkauf

Eine Arglisthaftung des Gebrauchtwagenverkäufers setzt nicht nur Mängel voraus, die bei Kaufabschluss nicht offenbart worden sind, sondern verlangt auch den Nachweis, dass der Verkäufer diese Mängel kannte oder zumindest für möglich hielt. Dies gilt vor allem dann, wenn der Verkäufer nur kurze Zeit im Besitz des Pkw war.

*LG Aschaffenburg – 1 O 163/09 – (ZfS 2010, 203)*

### Nichtbeachtung der Durchfahrtshöhe

Wer die begrenzte Höhe einer Autobahnunterführung missachtet und dadurch einen Kraftfahrzeugschaden verursacht, handelt i.d.R. grob fahrlässig. In einem solchen Fall kann eine Kürzung der Kaskoentschädigung um ein Drittel angemessen sein.

*LG Göttingen – 5 O 118/09 – (ZfS 2010, 213)*

Wer die begrenzte Höhe der Einfahrt in ein Parkhaus missachtet und so einen Kraftfahrzeugschaden verursacht, handelt i.d.R. grob fahrlässig und muss daher eine hälftige Kürzung der Kaskoentschädigung hinnehmen.

*LG Konstanz – 3 O 119/09 – (ZfS 2010, 214)*



## Straßenverkehrsrecht

von Norman M. Spreng, Dirk Kimmeskamp und Stefan Dietrich,  
Beck-Rechtsberater im dtv, 2. Auflage, 480 Seiten, € 17,90.  
Erschienen im C.H. Beck Verlag, München. ISBN: 978-3-423-50633-5



Auf 480 Seiten bieten die Verfasser eine leicht verständliche Einführung in die wichtigsten Aspekte des Verkehrsrechts. Dabei liegt der Schwerpunkt auf den Verkehrsverstößen (einschließlich der Verkehrsstraftaten) und der Schadenregulierung nach Unfällen. Vor allem in diesen Bereichen kann sich bei den Verkehrsteilnehmern von heute auf morgen Beratungsbedarf oder die Notwendigkeit einer gerichtlichen Interessenvertretung ergeben. Die vielfältigen Fragen um Alkohol und Drogen im Straßenverkehr einschließlich MPU werden ebenfalls behandelt, natürlich nicht erschöpfend, aber im Sinne einer Erstorientierung, die geeignet ist, das Geschehen für den verunsicherten Täter erst einmal durchschaubar zu machen.

Dabei ist der Ratgeber von kompetenten Rechtsanwälten geschrieben, die wissen, wovon sie reden, und juristisch versiert argumentieren, ohne jede Simplifizierung oder Anbiederung beim rechtsunkundigen Leser. Die Lektüre ist also anspruchsvoll und erfordert konzentriertes Mitdenken. Dann wird manchem ein Licht aufgehen über Fakten und Zusammenhänge, die zwar Allgemeingut der kraftfahrenden Bevölkerung scheinen, aber vielfach falsch verstanden oder interpretiert werden.

Spreng, Kimmeskamp und Dietrich rücken die Dinge klar und sind die beste Waffe gegen unverdaute Stammtischweisheiten. Hier stimmt einfach alles – auch der Preis.



## Die Fahrerlaubnis in der anwaltlichen Beratung

von Hans Buschbell und Dr. Hans Dieter Utzelmann, 4. Auflage 2009, 676 Seiten, € 80,00. Erschienen bei Deutscher Anwaltverlag, Bonn. ISBN: 978-3-8240-0982-4

Dem Rechtsanwalt wird in Fahrerlaubnissachen eine umfassende Beratung abverlangt, die über die rein juristische Seite – die kompliziert genug ist – hinausgeht. Der Mandant will nicht nur wissen, ob die beanstandete

Führerscheinmaßnahme rechtens ist, sondern ihn interessiert vor allem, auf welchem Wege er am schnellsten und sichersten wieder zu einer Fahrerlaubnis kommt, wie er selbst diesen Prozess fördern kann und auf was er sich bei der Anordnung einer MPU einstellen muss.

Leider gibt es in der juristischen Fachliteratur wenige Werke, die diese Thematik entsprechend umfassend behandeln. Deshalb ist es zu begrüßen, dass dieses Handbuch, verfasst von den zwei bewährten MPU-Praktikern Buschbell und Utzelmann, jetzt wieder neu aufgelegt worden ist. Es enthält einen ausführlichen dritten Teil zu medizinisch-psychologischen Aspekten der Eignung, den jeder Verkehrsrechtsanwalt mit Gewinn lesen wird. Die von Rechtsanwalt Buschbell bearbeiteten juristischen Teile überzeugen vor allem durch ihre Konzentration auf das in der anwaltlichen Praxis Wesentliche und die zahlreichen, in den Text eingearbeiteten Schaubilder und Musterschreiben.

So gehört das Buch in der Reihe „AnwaltsPraxis“ zu den Highlights, auf die kein Verkehrsrechtler verzichten sollte.

## Versicherungsrecht im Straßenverkehr

von Dr. Michael Burmann, Dr. Rainer Heß, LL.M und Kerstin Stahl, 2010, XV, 223 Seiten, kartoniert € 28,00. Erschienen im Verlag Franz Vahlen, München. ISBN: 978-3-8006-3675-4



Mit der VVG-Reform, die auch schon wiederholt den Verkehrsgerichtstag in Goslar beschäftigt hat, ist das Kraftfahrtversicherungsrecht nicht übersichtlicher geworden. Auf praktisch allen Ebenen gibt es Neuerungen, angefangen bei dem Abschluss von Versicherungsverträgen bis zu den Obliegenheitsverletzungen und zur Regressproblematik (Alles-oder-Nichts-Prinzip).

„Versicherungsrecht im Straßenverkehr“ ist deshalb eine Pflichtlektüre für jeden, der sich schnell und zuverlässig mit der schwieriger und komplexer gewordenen Rechtslage vertraut machen will.

Haftpflicht- und Kaskoversicherung werden umfassend behandelt, die Unfallversicherung in ihren wesentlichen Grundzügen. Dabei sind die neuen Vorschriften drucktechnisch hervorgehoben im Wortlaut wiedergegeben. Sie sind Ausgangspunkt der Kommentierung, die auch sonst die Neuerungen durchweg besonders herausstellt und so die Unterschiede zum alten Recht deutlich macht. Von Interesse sind dabei natürlich vor allem die Ausführungen zu

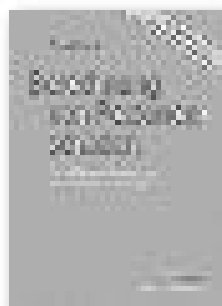


## BUCHBESPRECHUNGEN



den Quotelungsmodellen, nachdem bereits erste einschlägige Gerichtsentscheidungen veröffentlicht worden sind.

Ein überaus gelungener Leitfaden für Praktiker jeder Couleur, an dem es eigentlich nichts zu verbessern gibt.



### Berechnung von Personenschäden

von Frank Pardey, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2010, XXI, 720 Seiten, gebunden € 79,95. Erschienen im C.F. Müller Verlag, Heidelberg. ISBN: 978-3-8114-3524-7

Bereits in der 4. Auflage erscheint ein Grundlagenwerk zur Berechnung von Personenschäden, selbstverständlich überarbeitet und aktualisiert. Das Themenfeld ist entsprechend dem Gegenstand breit gestreut und beinhaltet insbesondere Mobilität, Pflege, berufliche Rehabilitation sowie den Hausarbeits- und Haushaltsführungs-schaden. Der Praktiker findet eine

Fülle von Berechnungsvorschlägen, die es ihm ermöglichen, die Herausforderungen einer konkreten oder pauschalierenden Berechnung in den Griff zu bekommen. Im Übrigen basieren die Ausführungen auf der aktuellen Gesetzgebung, der relevanten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie der Obergerichte und Eingangsgerichte. Vollständigkeit und Aktualität der Ausführung zur Schadenermittlung sind damit gewährleistet.

Mit der Praxistauglichkeit der Neuauflage hat sich der Verlag besondere Mühe gegeben, die Struktur des Buches jedoch beibehalten. Der Apparat erfüllt alle Anforderungen, die der Praktiker an ein solches Nachschlagewerk berechtigterweise stellen darf. Als zusätzlicher Service kommt hinzu, dass dem Nutzer im Internet die Texte des Buches mit Suchfunktionen zur Verfügung stehen, ergänzt durch Tabellen mit Berechnungsvorlagen, Mustertexte, die in die eigene Textverarbeitung übernommen werden können sowie eine Gesetzessammlung.

Niemand sollte auf ein so vorzügliches Werk in so vorzüglicher Präsentation verzichten, zumal im Bereich der Personenschäden, die der juristischen Kompetenz des bearbeitenden Rechtsanwalts oft alles abverlangen.

## IMPRESSUM

Der Verkehrsjurist des ACE erscheint viermal im Jahr und berichtet über die verkehrsrechtliche Entwicklung und aktuelle Rechtsprechung. Der Bezugspreis ist im Mitgliedsbeitrag enthalten.

**Herausgeber:** ACE Auto Club Europa e. V., Vorsitzender: Wolfgang Rose

**Verlag:** ACE-Verlag GmbH, Geschäftsführer: Erwin Braun

**Redaktion:** Rechtsanwalt Volker Lempp (verantwortlich für den Inhalt)

**Gestaltung:** ACE-Werbung

**Anschrift:** Schmidener Straße 227, 70374 Stuttgart, Tel. 0711 5303-185

Internet: [www.ace-online.de](http://www.ace-online.de),

E-Mail: [ace@ace-online.de](mailto:ace@ace-online.de)

Nachdrucke mit Quellenangaben sind mit unserer Zustimmung gerne gestattet.