

# VERKEHRS JURIST

## INHALT

### Zu aktuellen Themen

Rechtsfragen zur Winterreifenpflicht .....	1
--	---

### Rechtsprechung

Rücktritt beim Verbrauchsgüterkauf .....	3
Abtretung an Gutachter .....	7
Erheblichkeit des Mangels .....	9
Unwirksamer Garantiausschluss .....	11
Rechtsschutzverweigerung nur bei Kostenzugeständnissen .....	14
Prämiennachteile .....	16
Prüfungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers ...	17
Verzögerung durch Anwaltsbeauftragung .....	18
Fragestellung bei MPU .....	20
Fahrtenbuchauflage .....	22
Kündigung wegen Fahrerlaubnisentzug .....	25

### Verkehrsrecht in Kürze

Erfüllungsort .....	29
Kennzeichenmissbrauch .....	29
Abfindungsvergleich .....	29
Verzug der Kfz-Kaskoversicherung .....	29
Sturz im Linienbus .....	29
Rückwärts ausparken .....	29
Kosten der Schadenbeseitigung .....	29
Rotes Kennzeichen .....	30
Messung vor Ortsausgangsschild .....	30
Abschleppen bei Gehwegparken .....	30
Umweltpremie .....	30
Übermüdung .....	30
Mehrwertsteuerersatz .....	30
Unerlaubte Rechtsdienstleistung .....	30
Vollständige Reparatur .....	30
Sorgfaltspflicht des Kfz-Haftpflichtversicherers .....	31
Ersatzbeschaffung .....	31
Keine Halterhaftung für Anhänger .....	31
Unzulässiger Halterkostenbescheid .....	31
Fahrerlaubnisfreie Fahrzeuge .....	31
Fahrerlaubnisentzug bei 8 Punkten .....	31

## Rechtsfragen zur Winterreifenpflicht

Wenn man bedenkt, dass die am 04.12.2010 in Kraft getretene Regelung über die Winterreifenpflicht eine Bestimmung ablösen sollte, die mangels hinreichender Bestimmtheit als verfassungswidrig deklariert worden war, kann man schon ins Grübeln kommen. Nicht nur sind Unklarheiten in der abgelösten Vorschrift des § 2 Abs. 3a StVO geblieben, es sind neue hinzugekommen. Dementsprechend ist es bislang auch nicht gelungen, den Kraftfahrern die genaue Pflichtenlage zu vermitteln, weil sie eben aus der Formulierung des Gesetzes nur schwer herauszulesen und der Begriff „Winterreifenpflicht“ selbst, den der Gesetzgeber nicht verwendet, vorbelastet ist. Die zahlreichen Fragen an die Justiziarate der Automobilclubs legen hiervon Zeugnis ab. Auch der Verkehrsjurist muss immer wieder nicht nur den Gesetzestext, sondern auch die einschlägigen EU-Richtlinien zu Rate ziehen – und das Marktgeschehen auf dem Reifensektor beobachten.

Immer noch verbreitet ist die Vorstellung, während eines bestimmten Zeitraums (Oktober bis Ostern oder Allerheiligen bis Ostern) dürfe ein Kfz nur mit Winterbereifung betrieben werden, so wie dies beispielsweise in unserem Nachbarland Österreich vom 1. November bis 15. April der Fall ist. Hier handelt es sich um eine Ausrüstungspflicht, während sich § 2 Abs. 3a StVO ausschließlich an den Fahrer wendet und diesem unter den dort genannten Voraussetzungen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt. Deshalb lässt sich die häufige Frage, ob parkende Fahrzeuge auf Winterbereifung geprüft werden können, zwanglos aus dem Gesetz beantworten: Wer nicht fährt, kann nicht gegen die Winterreifenpflicht verstoßen. Er verhält sich vielmehr gerade gesetzeskonform, wenn er bei ungenügender Ausrüstung die Fahrt unterlässt. Der Fahrzeughalter lässt sich bei der gegenwärtigen Rechtslage ohnehin nicht belangen, auch nicht im gewerblichen Bereich.

Im Unterschied zur als verfassungswidrig verworfenen Fassung beschreibt der geltende § 2 Abs. 3a StVO statt der Wetterverhältnisse die Straßenverhältnisse, die die besondere Pflichtenlage begründen. Sie ist gegeben bei „Glatteis, Schneeglätte, Schneematsch, Eis- oder Reifglätte“. Eine entsprechende Beurteilung der Straßenlage muss man dem Kraftfahrer zumuten, sie ergibt sich ohnehin aus seiner allgemeinen Fahrerverantwortlichkeit. Gleichwohl sind Grenzsituationen denkbar, zu denen, soweit ersichtlich, noch keine aussagekräftigen Gerichtsentscheidungen vorliegen. Solche Straßenverhältnisse können auch überraschend auftreten, ohne dass der Fahrer die Möglichkeit hat, sein Fahrzeug sofort aus dem Verkehr zu nehmen. Ob hier stets ein Fahrlässigkeitsvorwurf angebracht ist, scheint fraglich, da die Verhaltenspflicht erst mit der winterlichen Straßensituation einsetzt und keine Vorausschau verlangt, wenn der Fahrtantritt unter unproblematischen Wetterverhältnissen erfolgt.

Das Hauptproblem der Vorschrift und ihre Unhandlichkeit für die betroffenen Kraftfahrer liegt aber in der fehlenden Definition dessen, was einen für die genannten Straßenverhältnisse geeigneten Winterreifen ausmacht. Orientieren kann man sich lediglich an der umständlichen Verweisung auf den Anhang II der Richtlinie 92/23/EWG des Rates vom 31.03.1992, in der folgende Definition der „M + S-Reifen“ niedergelegt ist:

*„Reifen, bei denen das Profil der Lauffläche und die Struktur so konzipiert sind, dass sie vor allem in Matsch und frischem oder schmelzendem Schnee bessere Fahreigenschaften gewährleisten als normale Reifen. Das Profil der Lauffläche der M + S-Reifen ist im Allgemeinen durch größere Profiltrillen und/oder Stollen gekennzeichnet, die voneinander durch größere Zwischenräume getrennt sind, als dies bei normalen Reifen der Fall ist.“*

Solche Reifen schreibt § 2 Abs. 3a StVO mit dem Klammervermerk (M + S-Reifen) für die winterlichen Straßenverhältnisse vor, so dass sich der Adressatenkreis erst durch den Blick in eine ihm normalerweise nicht zugängliche EU-Richtlinie über die Beschaffenheit der geforderten Reifen kundig machen kann. Dazuhin wird diese Definition für viel zu allgemein gehalten, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen. Zwar hilft der seriöse Reifenhandel mit verlässlichen Tipps und Empfehlungen, auch ist die M + S-Kennzeichnung allgemein geläufig. Bis heute fehlen jedoch eindeutige und geschützte Symbole, die über jeden Zweifel erhaben wären. Als verlässlich gilt das „Schneeflocken-Symbol“, während sich mit der M + S-Kennzeichnung auch so mancher untaugliche Billigimport schmückt. Ganzjahresreifen mit M + S-Kennzeichnung oder dem Schneeflocken-Symbol erfüllen die gesetzlichen Anforderungen.

Eine gesetzliche Definition des Begriffs „Winterreifen“ fehlt weiterhin, was man hinnehmen kann, wenn sich der Kraftfahrer im Reifenangebot problemlos zurechtfindet und sich erforderlichenfalls beraten lassen kann. Jedenfalls scheint es bislang in der Praxis keine größeren Schwierigkeiten bei der richtigen Ausrüstung zu geben, allenfalls Einzelfragen zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale. Gerichtsentscheidungen sind bislang ohnehin Mangelware.

Eine Verbesserung wird in jedem Fall die EU-weite Klassifizierungs- und Kennzeichnungspflicht für Autoreifen bringen, die zum 1. November 2012 kommen wird und auf die in der Begründung der Verordnung über die Winterreifenpflicht vom 03.11.2010 bereits hingewiesen wird. Es werden dann im Rahmen der Verordnung (EG) 661/2009 neue Vorschriften für Fahrzeuge, Fahrzeugbauteile und Reifen gelten, die bis 2020 in Etappen von jeweils zwei Jahren weiter verfeinert bzw. verschärft werden. Für Reifen, auch für Winterreifen, sind dann verbindliche Merkmale für eine bestimmte Kennzeichnung festgelegt, die eindeutige Definitionen und damit auch Verlässlichkeit für den Verbraucher ermöglichen. Dies wird dann vermutlich zu einer erneuten Änderung des § 2 Abs. 3a StVO führen.

Als wäre die Verwirrung bei der Klassifizierung der „Winterreifen“ nicht genug, sind auch die Kfz mit eingeschränkter

Ausrüstungspflicht im Gesetz selbst nicht genannt, vielmehr wird in diesem Zusammenhang auf die Anlage XXIX mit den EG-Fahrzeugklassen verwiesen – die jeder Kraftfahrer griffbereit haben dürfte. Danach brauchen Lkw und Busse nur an den Rädern der Antriebsachsen M + S-Reifen zu haben, land- und forstwirtschaftliche Nutzfahrzeuge sind überhaupt ausgenommen. Die meisten Unklarheiten über den Kreis der ausgenommenen Fahrzeuge dürften zwischenzeitlich beseitigt sein. Motorräder müssen sich ebenso der Winterreifenpflicht unterwerfen wie Wohnmobile, Wohnwagen dagegen nicht, weil der Wortlaut des § 2 Abs. 3a StVO nur Fahrzeuge mit eigenem Antrieb erfasst. Wo der Handel keine geeigneten Reifen anbietet, z.B. bei bestimmten Motorradtypen, darf das Kfz bei Schnee und Eis eben nicht bewegt werden. Da der Ordnungsgeber die Winterreifenpflicht als Verhaltensvorschrift ausgestaltet hat, müssen sich auch ausländische Kraftfahrer daran halten.

So unklar die Tatbestandsvoraussetzungen, so unmissverständlich sind die Sanktionen bei Nichtbeachtung der Winterreifenpflicht geregelt: 40 Euro Regelbuße mit Verdoppelung bei Behinderung und in beiden Fällen 1 Punkt in Flensburg. Weitere nachteilige Folgen können den Kraftfahrer treffen, wenn es aufgrund mangelhafter Bereifung zu einem Unfall kommt. Es handelt sich dabei um haftungsrechtliche und versicherungsrechtliche Nachteile, die sich allerdings wegen der geringen Zahl einschlägiger Gerichtsentscheidungen nicht klar eingrenzen lassen.

Eines der wenigen Urteile, die sich mit dem Unfall eines sommerbereiften Fahrzeugs auf verschneiter Straße befassen, ist die Entscheidung des AG Trier vom 21.03.86 (ZfS 1987, 162). Ein bevorrechtigtes Kfz kam beim Abbremsen wegen unzureichender Bereifung ins Schleudern, ohne dadurch nach Meinung des Gerichts den anschließenden Unfall verschuldet zu haben. Gleichwohl wurde eine Mithaftung in Höhe von 20 % wegen „erhöhter“ Betriebsgefahr bejaht. Heute, bei gesetzlicher Winterreifenpflicht, würde die Haftungsquote wohl noch mehr zu Ungunsten des schleudernden Kraftfahrers ausfallen, von einem regelrechten Mitverschulden wäre jedenfalls auszugehen. Allerdings muss die mangelhafte Bereifung auch nachweislich (mit-)ursächlich für den Unfall geworden sei, sonst fehlt es am haftungsrechtlichen Kausalzusammenhang. Dies ist möglicherweise ein Grund dafür, dass solche Haftungsprobleme in der gerichtlichen Praxis bislang keine große Rolle zu spielen scheinen.

Versicherungsrechtliche Folgen aus einer Nichtbeachtung der Winterreifenpflicht sind zwar denkbar, gleichwohl werden die Risiken häufig doch überzogen dargestellt, was geeignet ist, bei den Kraftfahrern übertriebene Befürchtungen auszulösen. Es ist zunächst einmal zu differenzieren zwischen Kasko- und Haftpflichtversicherung.

Bei der Kfz-Haftpflicht droht nach dem derzeitigen Stand keine Gefahr. Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft – GDV – hat bereits erklärt, dass der Schaden des Unfallopfers auch dann übernommen wird, wenn der Unfall-

verursacher mit Sommerreifen unterwegs war. Ein Regress beim Versicherungsnehmer erfolgt in diesen Fällen nicht. Dies ist schon deshalb konsequent, weil einmaliges Fahren mit ungeeigneter Bereifung keine Gefahrerhöhung i.S.d. §§ 23 ff. VVG bedeuten kann. In der Kaskoversicherung führt die fehlende Winterreifen-Ausstattung keineswegs automatisch zur Leistungsfreiheit gem. § 81 VVG mit anteiliger Kürzung der Versicherungsleistung. Der Versicherer muss nicht nur grobe Fahrlässigkeit nachweisen, sondern auch die Kausalität für den Schadenseintritt. Dies wird jedenfalls dann kaum möglich sein, wenn der Fahrer bei Antritt der Fahrt mit winterlichen Straßenverhältnissen nicht zu rechnen brauchte. Denkbar wäre allerdings auch (bedingt) vorsätzliche Handlungsweise, wenn es der Fahrer darauf ankommen ließ. Dann geht er im Zweifel leer aus.

Abschließend sei noch hervorgehoben, dass auch bei der Anmietung eines Fahrzeugs allein der Fahrer in der Pflicht ist, die Verhaltensvorschrift des § 2 Abs. 3a StVO zu beachten. Er muss also entweder ein Fahrzeug mit Winterbereifung anmieten oder bei winterlichen Straßenverhältnissen auf die Nutzung des Mietwagens verzichten. Es besteht unter keinem rechtlichen Aspekt eine Verpflichtung des Vermieters, seine Fahrzeuge mit Winterreifen auszustatten, noch kann der Mieter ohne weiteres davon ausgehen, bei der Anmietung ein wintertaugliches Fahrzeug zu erhalten. Auch ein „Zuschlag“ für Winterbereifung ist weder gesetz- noch sittenwidrig, sondern eine Frage des freien Marktes. Vergleichen lohnt sich. Mittlerweile haben einige große Vermieter ihre Flotte komplett mit wintertauglicher Bereifung ausgerüstet – und verlangen keinen Zuschlag. Dies könnte längerfristig zu einer anderen Beurteilung der Rechts- und Vertragslage führen. Einstweilen ist jedoch Aufmerksamkeit bei der Anmietung angesagt.

Die aktuelle Formulierung des § 2 Abs. 3a StVO kann also unter mehreren Aspekten nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Möglicherweise ist einer allgemeinen Ausrüstungspflicht für einen bestimmten Zeitraum doch der Vorzug zu geben. Dann bekäme man auch die Frage der Halterverantwortlichkeit besser in den Griff. Es kann jedenfalls kaum befriedigen, wenn im gewerblichen Bereich angestellte Fahrer für falsch ausgerüstete Fahrzeuge zur Kasse gebeten werden, während die Unternehmer selbst nicht zur Verantwortung gezogen werden können.

*Rechtsanwalt Volker Lemp*

## Rücktritt beim Verbrauchsgüterkauf

Urteil des BGH v. 13.07.11 – VII ZR 215/10 –

1. Der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher fällt, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, im Zweifel unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf (im Anschluss an BGH, Urteil vom 9. Dezember 2008 – XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126, zum Verbraucherdarlehensvertrag).
2. Beim Verbrauchsgüterkauf ist bei einem behebbaren Sachmangel eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag auch im Falle eines – unwirksamen – formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses nicht entbehrlich (Aufgabe des Senatsurteils vom 15. November 2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31 Rdn. 44).

### ■ Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Anhaltspunkte für eine Rückabwicklung des Vertrages nach § 812 BGB lägen nicht vor. Der Kaufvertrag sei nicht wegen der vom Zedenten erklärten Anfechtung von Anfang an unwirksam. Denn der Nachweis eines arglistigen Verhaltens des Geschäftsführers der Bekl. sei der Kl. nicht gelungen.

Die Kl. habe aber gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gem. §§ 437, 440, 323 BGB. Ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen B. stehe mit hinreichender Sicherheit fest, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft i.S.d. § 434 BGB gewesen sei. Der Sachverständige habe zwar festgestellt, dass sich sowohl das Motorgeräusch als auch das Schleifgeräusch in der Kurvenfahrt nicht auf mechanische Ursachen zurückführen ließen, sondern Verschleißerscheinungen darstellten. Hierbei handele es sich aber nicht um übliche Verschleißerscheinungen, mit denen ein durchschnittlicher Käufer rechnen müsse. Es handele sich auch nicht um einen unerheblichen Mangel.

Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss sei gem. § 475 BGB unwirksam, weil ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB vorliege. Der Zedent sei unzweifelhaft Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Auch sei die Bekl. Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Für sie als eine im Handelsregister eingetragene juristische Person gehöre grundsätzlich alles zur gewerblichen Tätigkeit, also auch – wie hier – ein branchenfremdes Nebengeschäft. Wollte man nach dem Geschäftszweck im engeren Sinn abgrenzen, wären die §§ 474 ff. BGB nur auf gewerbliche Verkäufer anwendbar.

Schon der regelmäßige Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Leasing- oder Mietwagenfirma fiele dann nicht darunter. Das würde den Schutzzweck des § 474 BGB zu sehr einschränken. Für eine umfassendere Anwendung spreche auch der Vergleich mit § 491 BGB, der den Verbraucherdarlehensvertrag regelt. Nach nahezu einhelliger Auffassung in Rspr. und Literatur könne Darlehensgeber i.S.v. § 491 Abs. 1 BGB auch ein Unternehmer sein, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe beziehe.

Zwar habe es der Zedent unterlassen, der Bekl. vor der Erklärung des Rücktritts eine Frist zur Nacherfüllung einzuräumen. Eine Fristsetzung sei hier aber nach § 323 Abs. 1 Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen, weil die Bekl. die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Es komme nicht auf die zwischen den Parteien streitige Frage an, ob der Geschäftsführer der Bekl. bereits im ersten Telefonat eine Nacherfüllung abgelehnt habe. Auch könne dahinstehen, ob in dem Anfechtungsschreiben vom 10.01.2007 eine Rücktrittserklärung enthalten gewesen sei. Jedenfalls sei die Geltendmachung des Rücktritts durch die Klageerhebung erfolgt, mit der die Rückabwicklung der Leistungen Zug um Zug verlangt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe die Bekl. eine Nacherfüllung bereits ernsthaft und eindeutig abgelehnt, indem sie im Schreiben vom 18.01.2007 die Mangelhaftigkeit der Sache bestritten und eine Rückabwicklung verweigert habe. Auch das Verhalten der Bekl. während des Rechtsstreits zeige, dass sie sich auf eine Nacherfüllung nicht eingelassen hätte, da sie sowohl tatsächlich als auch rechtlich ihre Verantwortlichkeit bestreite.

II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Kl. hat keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 29.12.2006.

Im Revisionsverfahren ist aufgrund der rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht mehr im Streit, dass die vom Zedenten erklärte Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung nicht durchgreift und damit ein Anspruch der Kl. auf eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gem. §§ 812 ff. BGB ausscheidet. Der Kl. steht aber, anders als das Berufungsgericht meint, auch ein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels des gekauften Fahrzeugs (§ 346 i.V.m. §§ 437, 440, 323 BGB) nicht zu.

1. Allerdings rügt die Revision ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte der Klage unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Sachmangelgewährleistung schon deshalb nicht stattgeben dürfen, weil der Kl. ein daraus etwa herzuleitender Rückabwicklungsanspruch bereits durch das Urteil des LG rechtskräftig aberkannt worden sei. Das trifft nicht zu.

a) Das LG hat mit Recht in der Anfechtungserklärung des Zedenten zugleich eine Rücktrittserklärung gesehen (vgl. Senatsurteil vom 10.03.2010 NJW 2010, 2503 Rdn. 15 f.) und folgerichtig den von der Kl. geltend gemachten Rückabwicklungsanspruch sowohl unter dem Gesichtspunkt einer

bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wegen arglistiger Täuschung als auch einer vertraglichen Rückabwicklung wegen eines Sachmangels geprüft. Es hat die Voraussetzungen beider Anspruchsgrundlagen verneint. Dagegen hat die Kl. unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Anträge uneingeschränkt Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht war deshalb prozessual nicht daran gehindert, der Klage im Hinblick auf einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch aus §§ 437, 440, 323, 346 BGB stattzugeben.

b) Der Umstand, dass die Kl. in ihrer Berufungsbegründung nur die Beweiswürdigung des LG zur Frage der arglistigen Täuschung beanstandet hat, nicht aber die Ausführungen des LG zum vertraglichen Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Das Berufungsgericht ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, den vorgetragenen Sachverhalt im Hinblick auf alle für den geltend gemachten Klageanspruch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu beurteilen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 520 Abs. 3 ZPO. Die in dieser Bestimmung vorgeschriebene Angabe der Berufungsgründe ist nur Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels, hat aber keine Beschränkung des Prüfungsumfangs des Berufungsgerichts auf die in der Berufungsbegründung angeführten Beanstandungen zur Folge. So kann und muss das Berufungsgericht konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO) berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn das Übergehen dieses Vertrags vom Berufungskläger nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden ist (BGH, Urteil vom 12.03.2004 BGHZ 158, 269, 278 f.). Erst recht gilt dies für die materiell-rechtliche Beurteilung des Klageanspruchs in der Berufungsinstanz. Sie unterliegt auch in der Berufungsinstanz keinen Einschränkungen und ist nicht auf die in der Berufungsbegründung angeführten rechtlichen Gesichtspunkte beschränkt (§ 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Deshalb stellt auch der Hinweis des Berufungsgerichts an die Parteien, dass die Bekl. Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB sei, entgegen der Auffassung der Revision keinen Verfahrensverstöß dar. Mit diesem materiell-rechtlichen Hinweis hat das Berufungsgericht lediglich in zulässiger Weise zu erkennen gegeben, dass ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) vorliegen könne und damit ein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels in Betracht komme. Bei der Frage, ob der vorgetragene Sachverhalt einen bereicherungsrechtlichen oder einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch rechtfertigt, geht es, anders als die Revision meint, nicht um verschiedene Streitgegenstände, sondern lediglich um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen für das Klagebegehren aufgrund des von der Kl. vorgetragenen einheitlichen Lebenssachverhalts.

2. Vergeblich beanstandet die Revision auch, dass das Berufungsgericht den vereinbarten Gewährleistungsaus-

schluss gem. § 475 BGB für unwirksam gehalten hat. Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich bei dem Kaufvertrag vom 29.12.2006 um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB, bei dem der Bekl. als Unternehmer die Berufung auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss verwehrt ist (§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Revision stellt nicht in Frage, dass der Zedent bei Abschluss des Vertrages Verbraucher war (§ 13 BGB), und bezweifelt auch nicht, dass die Bekl. als juristische Person nicht Verbraucher sein kann (§ 13 BGB), sondern als GmbH eine Handelsgesellschaft ist, die ein Handelsgewerbe betreibt (§ 13 Abs. 1 GmbHG, §§ 5, 6 Abs. 1 HGB). Sie meint aber, dass die Bekl. den vorliegenden Kaufvertrag nicht, wie es § 14 Abs. 1 BGB für den Unternehmer voraussetzt, „in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit“ geschlossen habe, weil der Geschäftszweck der Bekl. nur die Herstellung und Veräußerung von Druckerzeugnissen umfasse, nicht aber den Verkauf eines gebrauchten Pkw. Damit dringt die Revision nicht durch.

- a) Der BGH hat für den Verbraucherdarlehensvertrag bereits entschieden, dass Darlehensgeber i.S.d. § 491 BGB auch ein Unternehmer sein kann, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht. Notwendig ist nur, dass er bei Abschluss des Darlehensvertrages in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Bei Kaufleuten wie einer GmbH streitet gem. §§ 343, 344 HGB eine Vermutung für einen unmittelbaren Bezug des Darlehensvertrags zur gewerblichen Tätigkeit des Darlehensgebers (BGH, Urteil vom 09.12.2008 – XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126 Rdn. 14 ff., 22).
- b) Für den Verbrauchsgüterkauf gilt nichts anderes. Auch der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher gehört im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH (§ 344 Abs. 1 HGB) und fällt damit, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB für den Verbrauchsgüterkauf, sofern die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegt ist. Die Anwendung der §§ 343, 344 HGB bei der Prüfung, ob bei Kaufleuten ein Unternehmergeschäft i.S.d. §§ 14, 474 BGB vorliegt, entspricht nicht nur der Rspr. des BGH zum Verbraucherdarlehensvertrag, sondern auch der ganz einhelligen Auffassung im Schrifttum (MünchKommBGB/Micklitz, 5. Aufl., § 14 Rdn. 16 ff.; Soergel/Pfeiffer, BGB, 13. Aufl., § 13 Rdn. 36, § 14 Rdn. 10; Soergel/Wertenbruch, a.a.O., § 474 Rdn. 23 und 34 mit einer – hier nicht einschlägigen – Einschränkung; Staudinger/Habermann, BGB, Neubearb. 2004, § 14 Rdn. 35; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004 § 474 Rdn. 15; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, 2. Aufl., § 14 Rdn. 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Aufl., § 14 Rdn. 2; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 14 Rdn. 8 ff., 11).

Die von der Revision für den Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Handelsgesellschaft geforderte Be-

schränkung des Anwendungsbereichs der §§ 474 ff. BGB auf professionelle Verkäufer, das heißt den engeren Kreis gewerblicher Kraftfahrzeughändler, ist abzulehnen (ebenso MünchKommBGB/S. Lorenz, a.a.O., § 474 Rdn. 21; Bamberger/Roth/Faust, a.a.O., § 474 Rdn. 12 aE; aA Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1385). Sie findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze und liefe auch dem weiten Schutzzweck der §§ 474 ff. BGB zuwider, bei denen es auf die Schutzbedürftigkeit des Käufers und nicht auf die des Verkäufers ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 09.12.2008 – XI ZR 513/07, a.a.O. Rdn. 18 f. zum Verbraucherdarlehensvertrag).

- c) Das Berufungsgericht ist auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bekl. beim Abschluss des Kaufvertrags vom 29.12.2006 als Unternehmer i.S.d. §§ 14, 474 BGB gehandelt hat. Feststellungen, aufgrund derer die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB als widerlegt anzusehen wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dagegen bringt die Revision nichts vor. Es kann dahingestellt bleiben, ob Verkaufsgeschäfte einer GmbH überhaupt außerhalb der gewerblichen Tätigkeit der ein Handelsgewerbe betreibenden GmbH liegen können. Die Revision jedenfalls vermag keinen vom Berufungsgericht etwa übergangenen Sachvortrag aufzuzeigen, aufgrund dessen der Verkauf des Kfz an die Kl. – entgegen der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB – nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes der Bekl. gehören sollte.
3. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Klappergeräuschen im Motorbereich, wie das Berufungsgericht angenommen hat, um nicht übliche Verschleißerscheinungen handelt, die einen Mangel darstellen, der so erheblich ist, dass der Rücktritt nicht gem. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen wäre. Unabhängig davon ist der Zedent nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten.

Ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels könnte dem Zedenten, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nur unter den Voraussetzungen der §§ 440, 323 BGB zustehen, also wenn der Zedent der Bekl. erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hätte (§ 323 Abs. 1 BGB) oder eine solche Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 oder § 440 BGB entbehrlich gewesen wäre (st. Rspr.; Senatsurteil vom 10.03.2010 DAR 2010, 328 m.w.N.). Diese Voraussetzungen für den Rücktritt sind hier nicht erfüllt. Der Zedent hat die Bekl. zu keinem Zeitpunkt, auch im Laufe des Rechtsstreits nicht, zur Nacherfüllung aufgefordert. Ein solche Aufforderung war nicht deshalb entbehrlich, weil die Bekl., wie das Berufungsgericht angenommen hat, eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hätte (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision ist auch aus dem Recht der AGB nicht herzuleiten, dass der Kl. der Obliegenheit, der Bekl. Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, enthoben gewesen wäre.

- a) Nach der Rspr. des BGH sind an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung i.S.d. § 323 Abs. 2

Nr. 1 BGB strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung liegt nur vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Dafür reicht das bloße Bestreiten des Mangels oder des Klageanspruchs nicht aus. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte umstimmen lassen (Senatsurteil vom 21.12.2005 DAR 2006, 259 Rdn. 25 m.w.N.).

Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sie liegen nach dem unstreitigen Sachverhalt auch nicht vor. Auch die Revisionserwiderung des Kl. zeigt keinen vorinstanzlichen Sachvortrag auf, aus dem sich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens der Bekl. herleiten ließe.

aa) Hinsichtlich des Telefonats, das die Parteien Anfang Januar 2007 geführt haben, bevor der Zedent mit Schreiben vom 10.01.2007 die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung erklärte, hat das Berufungsgericht offen gelassen, ob der Geschäftsführer der Bekl. eine Nacherfüllung abgelehnt hat. Aus dem insoweit unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, dass die Bekl. in diesem Telefonat eine Nacherfüllung nicht verweigert hat. Für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung reicht es nicht aus, dass der Geschäftsführer der Bekl. in diesem Telefonat – von sich aus – angeboten hat, sich aus Kulanz an den Kosten einer etwaigen Mangelbeseitigung beteiligen zu wollen. In diesem Angebot ist schon deshalb keine Verweigerung der Nacherfüllung zu sehen, weil der Zedent den Geschäftsführer der Bekl. in diesem Telefonat nicht aufgefordert hat, den beanstandeten Mangel zu beseitigen, sondern stattdessen Rückabwicklung des Vertrages verlangt hat. Letzteres hat die Bekl. mit Recht abgelehnt. Denn dem Zedenten stand ein Rücktrittsrecht im Zeitpunkt des Telefonats aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nicht zu.

bb) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Bekl. vom 18.01.2007 eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung hergeleitet. Dass die Bekl. in diesem Schreiben den Mangel bestritt, reicht, wie ausgeführt, nicht aus, um eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzunehmen, zumal die Bekl. auch in dem vorangegangenen Anfechtungsschreiben des Zedenten nicht zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden war. Eine Verweigerung der Nacherfüllung liegt auch nicht darin, dass die Bekl. in ihrem Schreiben – ebenso wie in dem vorangegangenen Telefonat – eine Rückabwicklung des Vertrages ablehnte. Denn dazu war sie weiterhin berechtigt, weil dem Zedenten auch zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag nicht zustand.

cc) Es ist nicht Angelegenheit des Verkäufers, vom Käufer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung zu erbitten, sondern eine

Obliegenheit des Käufers, vom Verkäufer Nacherfüllung zu verlangen (Senatsurteil vom 10.03.2010 a.a.O. Rdn. 12 m.w.N.). Das hat der Zedent versäumt. Damit bestand auch im Zeitpunkt der Klageerhebung, in der das Berufungsgericht den Rücktritt gesehen hat, kein Rücktrittsrecht des Zedenten. Daran hat sich im Laufe des Rechtsstreits nichts geändert. Zur Nacherfüllung ist die Bekl. auch nicht aufgefordert worden, nachdem sie im zweiten Rechtszug ausdrücklich (auch) gerügt hatte, dass ihr vom Zedenten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sei.

b) Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 15.11.2006 (BGHZ 170, 31) die Auffassung vertreten, einer Aufforderung zur Nacherfüllung seitens des Kl. habe es nicht bedurft, weil es sich bei dem im Vertrag enthaltenen Gewährleistungsausschluss um eine von der Bekl. verwendete AGB handele und deshalb der Grundsatz Anwendung finde, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen könne. Damit dringt die Revision nicht durch.

aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gewährleistungsausschluss im vorliegenden Fall individualvertraglich vereinbart wurde oder ob es sich um eine von der Bekl. gestellte AGB handelt. § 475 Abs. 1 BGB differenziert nicht zwischen Individualvereinbarungen und AGB. Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf zieht in beiden Fällen nur die Rechtsfolge nach sich, dass sich der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher auf den Gewährleistungsausschluss nicht berufen kann (§ 475 Abs. 1 BGB), führt aber nicht ohne weiteres dazu, dass der Verbraucher mindern, zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen könnte, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Eine so weitgehende Rechtsfolge lässt sich aus der gesetzlichen Regelung nicht ableiten. § 475 Abs. 1 BGB macht zwar den Weg dafür frei, dass der Verbraucher die ihm wegen eines Mangels gesetzlich zustehenden Rechte geltend machen kann, entbindet den Verbraucher aber nicht davon, die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Rechte zu erfüllen.

Die Grundsätze des Rechts der AGB rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Sanktion für die Verwendung unwirksamer Formulklauseln besteht darin, dass sich der Verwender mit der für ihn ungünstigeren Regelung des dispositiven Gesetzesrechts begnügen muss, die der ersatzlose Wegfall der unzulässigen Klausel zur Folge hat, geht aber nicht so weit, dass dem Verwender die Berufung auf das dispositive Gesetzesrecht verwehrt wäre (Senatsurteil vom 24.03.2010 – BGHZ 185, 114 Rdn. 23). Die Bekl. ist deshalb auch dann, wenn es sich bei dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss um eine Formulklausel handeln sollte, nicht daran gehindert, sich darauf zu berufen, dass der Kl. dem gesetzlichen Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht nachgekommen ist. Ob es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Vorausset-

zung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise nicht bedarf, ist nicht aus dem Recht der AGB herzuleiten, sondern richtet sich nach den Bestimmungen in § 323 Abs. 2 und § 440 BGB, in denen die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise entbehrlich ist, abschließend geregelt sind.

- bb) Das Vorbringen der Revision, dass es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bei einem formularmäßigen Gewährleistungsausschluss in einem Verbrauchsgüterkaufvertrag generell nicht bedürfe, zielt auf eine Anwendung des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Nach dieser Bestimmung ist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Derartige Umstände sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden und werden auch von der Revision nicht aufgezeigt.

Die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB sind nicht, wie die Revision meint, bereits dann erfüllt, wenn in einem Verbrauchsgüterkaufvertrag ein formularmäßiger Gewährleistungsausschluss enthalten ist, auf den sich der Unternehmer gem. § 475 Abs. 1 BGB nicht berufen kann. Der Senat hat zwar in dem von der Revision angeführten Urteil, ohne auf die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausdrücklich Bezug zu nehmen, eine Fristsetzung zur Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf im Falle eines formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses für entbehrlich gehalten (Senatsurteil vom 15.11. a.a.O. Rdn. 44). Daran hält er jedoch nicht fest. Die vom Senat zur Begründung angeführte Rspr. des BGH zu dem Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann (Senatsurteil vom 05.04.2006 NJW 2006, 2115 Rdn. 19 m.w.N.), betrifft andere Fallgestaltungen, aus denen sich nicht ableiten lässt, dass beim Verbrauchsgüterkauf im Falle eines formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses das Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt des Verbrauchers vom Vertrag nicht eingehalten werden müsste.

Der Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, soll verhindern, dass der Klauselgegner durch die Unwirksamkeit der Klausel schlechter gestellt wird, als er im Falle ihrer Wirksamkeit stünde (Senatsurteil vom 05.04.2006 a.a.O.; vgl. auch die dort zitierte Rspr.: BGH, Urteile vom 04.12.1997 NJW-RR 1998, 594 unter III 2b, und vom 13.10.2004 NJW-RR 2005, 34 unter III). Eine solche Schlechterstellung des Verbrauchers liegt in den Fällen des § 475 Abs. 1 BGB nicht vor. Der Verbraucher wird dadurch, dass ihm aufgrund der Regelung des § 475 Abs. 1 BGB das gesetzliche Rücktrittsrecht bei einem Sachmangel – unter den dafür geltenden Voraussetzungen – zusteht, nicht schlechter, sondern besser gestellt, als er stünde, wenn der Gewährleistungsausschluss durchgreifen wür-

de. § 475 Abs. 1 BGB bezweckt gerade, dem Verbraucher die gesetzlichen Mängelrechte und -ansprüche zu verschaffen, die dem Verbraucher nicht zustünden, wenn sich der Unternehmer auf den Gewährleistungsausschluss berufen könnte. Aus dem Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, lässt sich deshalb nicht herleiten, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag entbehrlich wäre, wenn bei einem Verbrauchsgüterkauf formularmäßig ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden ist.

## Abtretung an Gutachter

Urteil des BGH v. 07.06.2011 – VI ZR 260/10 –

Tritt der Geschädigte nach einem Fahrzeugschaden seine Ansprüche aus dem Verkehrsunfall i. H. d. Gutachterkosten ab, ist die Abtretung mangels hinreichender Bestimmbarkeit unwirksam.

### ■ Aus den Gründen:

... 1. Die von dem Geschädigten H. erklärte Abtretung ist unwirksam.

- a) Eine Abtretung ist, wie in der Rspr. und Rechtslehre anerkannt ist, nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist (BGH, Urt. v. 25.10.1952 – I ZR 48/52, BGHZ 7, 365, 357; v. 03.04.1974 – VIII ZR 235/72, NJW 1974, 1130 und v. 16.03.1995 – IX ZR 72/94, NJW 1995, 1668, 1969; MüKo-BGB/Roth, 5. Aufl., § 398 Rn 67). Dieses Erfordernis ergibt sich aus der Rechtsnatur der Abtretung, die ein dingliches Rechtsgeschäft ist. Die Abtretung bewirkt, dass das Gläubigerrecht an einer Forderung von dem bisherigen Gläubiger auf eine andere Person als neuen Gläubiger übergeht (§ 398 BGB). Wie ein Gläubigerrecht nur an einer bestimmten oder mindestens bestimmbarer Forderung bestehen kann, so kann auch nur das Gläubigerrecht an einer bestimmten oder bestimmbarer Forderung Gegenstand der Abtretung sein (RG, Urt. v. 27.02.1920 – VII 296/19, RGZ 98, 200, 202). An diesem Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit fehlt es, wenn von mehreren selbstständigen Forderungen ein Teil abgetreten wird, ohne dass erkennbar ist, von welcher oder von welchen Forderungen ein Teil abgetreten werden soll (BGH, Urt. v. 18.02.1965 – II ZR 166/62, WM 1965, 562; v. 27.05.1968 – VIII ZR 137/66, WarnR 1968, Nr. 165 und v. 02.04.1970 – VII ZR 153/68, WM 1970, 848; OLG München OLGR 1993, 248; OLG Köln VersR 1998, 1269, 1270 und MDR 2005, 975; Staudinger/ Busche, BGB [2005], § 398 Rn 61; MuKo-BGB/Roth, a.a.O., Rn 75).
- b) Entstehen aus einem Verkehrsunfall für den Geschädigten mehrere Forderungen, so kann von der Gesamtsumme die-

- ser Forderungen nicht ein nur summenmäßig bestimmter Teil abgetreten werden (Senatsurt. v. 08.10.1957 – VI ZR 128/56, VersR 1957, 753). Um verschiedene Forderungen handelt es sich etwa dann, wenn neben dem Anspruch auf Ersatz des an dem beschädigten Kfz entstandenen Sachschadens ein Anspruch auf Ersatz von Verdienstausfall geltend gemacht wird (Senatsurt. v. 19.11.1957 – VI ZR 122/57, VersR 1958, 91, 93 f. und v. 22.05.1984 – VI ZR 228/82, VersR 1984, 782, 783). Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens und dem Anspruch auf Ersatz von Schäden an der Ladung des Fahrzeugs (vgl. Senatsurt. v. 08.10.1957 – VI ZR 128/56 a.a.O.). Für die Annahme verschiedener Forderungen spricht in diesen Fällen schon die Möglichkeit unterschiedlicher Entwicklungen in der Anspruchsinhaberschaft, die sich daraus ergibt, dass die Ersatzansprüche im Regulierungsfall ggf. auf verschiedene VR übergehen können (Kaskoversicherung, Betriebsausfallversicherung, Transportversicherung; vgl. Senatsurt. v. 22.05.1984 – VI ZR 228/82, a.a.O.). Eine Verschiedenheit von Forderungen liegt nur dann nicht vor, wenn es sich bei einzelnen Beträgen um lediglich unselbstständige Rechnungsposten aus einer klar abgrenzbaren Sachgesamtheit handelt (vgl. Senatsurt. v. 26.02.1980 – VI ZR 53/79, BGHZ 76, 216, 219 f. und v. 22.05.1984 – VI ZR 228/82, a.a.O.), wie dies etwa bei Einzelelementen der Reparaturkosten der Fall ist (vgl. BGH, Urt. v. 19.06.2000 – II ZR 319/98, NJW 2000, 3718, 3719 und v. 13.03.2003 – VII ZR 418/01, MDR 2003, 824 f.; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl., §37 Rn 17 [Stand: 10.01.2010]).
- c) Die Abtretung des Geschädigten H. wird diesen Erfordernissen nicht gerecht, denn sie ist weder hinreichend bestimmt noch bestimmbar. Nach ihrem eindeutigen Wortlaut erfasst sie eine Mehrzahl von Forderungen, nämlich sämtliche Ansprüche des Geschädigten aus dem betreffenden Verkehrsunfall. Mit Recht hat das BG in der Bezugnahme der Abtretung auf die Höhe der Gutachterkosten lediglich eine Beschränkung hinsichtlich des Umfangs der Abtretung gesehen. Die Abtretung sollte ersichtlich nicht nur die Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten erfassen. Dieser Anspruch ist entgegen der Auffassung der Revision auch kein unselbstständiger Rechnungsposten, sondern im Verhältnis zu dem Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens vielmehr eine selbstständige Forderung. Dies folgt schon aus der Möglichkeit unterschiedlicher Entwicklungen in der Anspruchsinhaberschaft, denn anders als der Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens geht der hiervon schon dem Gegenstand nach klar abgrenzbare (vgl. Senatsurt. v. 22.05.1984 – VI ZR 228/82, a.a.O.) Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten im Regulierungsfall gem. § 86 Abs. 1 VVG nur unter engen Voraussetzungen auf den Kaskoversicherer über (vgl. Ziffer A.2.8 AKB 08 [Stand: 09.07.2008]). Um dem Bestimmbarkeitserfordernis zu genügen, wäre es deshalb erforderlich gewesen, in der Abtretungserklärung den Umfang der von der Abtretung erfassten Forderungen der Höhe und der Reihenfolge nach aufzuschlüsseln. Daran fehlt es bei der hier verwendeten Abtretungserklärung. Da es sich dabei nach den vom BG getroffenen Feststellungen um von der Kl. gestellte AGB handelt, gehen bestehende Unklarheiten zu ihren Lasten (§ 305c Abs. 2 BGB).
2. Mit Recht hat es das BG abgelehnt, die nichtige Abtretung gem. § 140 BGB in eine Prozessführungsermächtigung umzudeuten.
- a) Eine Umdeutung in ein Ersatzgeschäft darf nicht dazu führen, dass an die Stelle des nichtigen Geschäfts ein solches gesetzt wird, das über den Erfolg des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgeht (BGH, Urt. v. 15.12.1955 – II ZR 204/54, BGHZ 19, 269, 275 und v. 14.05.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, 363, 370 f.; BAG, NJW 1976, 592; MüKo-BGB/Busche, a.a.O., § 140 Rn 17 m.w.N.). Dies wäre hier entgegen der Auffassung der Revisionsbegründung aber der Fall, wenn die (unwirksame) Abtretung umgedeutet würde in die Ermächtigung, die Gutachterkosten im eigenen Namen geltend zu machen. Da sich der Abtretungserklärung gerade nicht entnehmen lässt, dass die Kl. Gläubigerin der gesamten Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten werden sollte, verbietet sich eine Umdeutung dahingehend, sie als ermächtigt anzusehen, im Wege der Prozessstandschaft diese Forderung in voller Höhe im eigenen Namen geltend zu machen.
- b) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus der in der Abtretungsvereinbarung enthaltenen Anweisung an den regulierungspflichtigen VR, die Sachverständigenkosten unmittelbar an die Kl. zu zahlen. Diese Zahlungsanweisung darf nicht isoliert ausgelegt werden, sondern ist im Zusammenhang mit der im vorausgehenden Satz geregelten Abtretung zu sehen. Sie nimmt ersichtlich Bezug auf die Höhe des von der vorgesehenen Abtretung erfassten Betrags und bezieht sich nicht auf einen von der (unwirksamen) Abtretung möglicherweise nicht erfassten Teil der Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten. Eine auf diese Zahlungsanweisung gestützte Klage wäre mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 03.12.1953 – III ZR 66/52, BGHZ 11, 192, 194; Greger, a.a.O. Rn 17, 19).

## Erheblichkeit des Mangels

Urteil des BGH v. 29.06.2011 – VIII ZR 202/10 –

- Der Rücktritt vom Kaufvertrag ist bei einem behebbaren Mangel ausgeschlossen, wenn die Kosten seiner Beseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind. Das ist – auch im gehobenen Preissegment – jedenfalls dann der Fall, wenn die Mängelbeseitigungskosten ein Prozent des Kaufpreises nicht übersteigen.
- Für die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB kommt es auf das Aus-

maß der Funktionsbeeinträchtigung nur dann an, wenn der Mangel nicht oder nur mit hohen Kosten behebbar oder die Mangelursache im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ungewiss ist, etwa weil auch der Verkäufer sie nicht feststellen konnte.

### ■ Aus den Gründen:

... Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom BG gegebenen Begründung kann ein Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises nach §§ 346 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 437, 440 BGB nicht bejaht werden.

1. Die Würdigung des BG, dass das von der Bekl. an den Rechtsvorgänger der Kl. verkaufte Wohnmobil Sachmängel insoweit aufweist, als ein Reifen Druck verliert und die Eingangstür sich mit normalem Kraftaufwand nicht vollständig schließen lässt, ist frei von Rechtsfehlern und wird von der Revision auch nicht angegriffen.
2. Zu Recht beanstandet die Revision hingegen die Annahme des BG, ein weiterer Mangel liege darin, dass sich die Eingangstür bei geöffnetem Aufstellfenster nicht bis zum Anschlag an die Wand öffnen lasse. Das BG begründet dies damit, dass es zur gewöhnlichen Verwendung einer Tür gehöre, dass sie sich bis zum Anschlag an die Wand öffnen lasse, und der Käufer eines Wohnmobils erwarten könne, dass er die Eingangstür auch bei geöffnetem Fenster um 180 Grad öffnen könne. Dies trifft nicht zu.
  - a) Nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Sache mangelfrei, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Das BG hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Anordnung von Ausstellfenster und Eingangstür Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung war, etwa aufgrund einer dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Modellbeschreibung. Sollte dies der Fall sein, läge in der gewählten Konstruktion, die bei geöffnetem Ausstellfenster nur eine Öffnung der Eingangstür bis zu 100 Grad erlaubt, schon aus diesem Grund kein Sachmangel.
  - b) Soweit die Beschaffenheit einer Sache nicht vereinbart ist und sie sich – was hier nicht infrage steht – für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, ist eine Sache mangelfrei, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Danach liegt in der Anordnung von Eingangstür und Ausstellfenster kein Sachmangel. Denn die Funktion der Tür und des Ausstellfensters sind in vollem Umfang gegeben, sodass die Eignung des Wohnmobils zur gewöhnlichen Verwendung – als Fahrzeug und zum Wohnen – nicht infrage steht. Hinsichtlich der Beschaffenheit, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, kommt es auf die objektiv berechnete Käufererwartung an, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte jeden-

falls im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert (Senatsurt. v. 07.02.2007 – VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 Rn 21, sowie v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Rn 14). Tatsächliche Feststellungen zur üblichen Beschaffenheit von Wohnmobilen in der hier gegebenen Klasse hat das BG nicht getroffen. Dass es zum allgemeinen und deshalb von Käufern berechtigterweise erwarteten Ausstattungsstandard von Wohnmobilen gehört, dass die Eingangstür zum Wohnbereich um 180 Grad geöffnet werden kann, erscheint schon deshalb fernliegend, weil dies für einen problemlosen Ein- und Ausstieg nicht erforderlich ist. Entsprechendes gilt für den Umstand, dass das neben der Eingangstür liegende Fenster als Ausstellfenster und nicht als Schiebefenster ausgestaltet ist und deshalb die Eingangstür mit dem ausgeklappten Fenster kollidieren kann, wenn sie um mehr als 100 Grad geöffnet wird. Ohne besondere Beschaffenheitsvereinbarung kann der Käufer auch bei einem Wohnmobil aus dem oberen Preissegment eine unter Gesichtspunkten des Komforts in jeder Hinsicht optimale Konstruktionsweise nicht erwarten.

3. Zu Unrecht hat das BG ferner angenommen, dass die Bekl. bezüglich der von ihm angenommenen Mängel die Nachbesserung endgültig verweigert habe und eine Fristsetzung zur Nachbesserung deshalb entbehrlich gewesen sei.
  - a) Nach der Rspr. des BGH sind an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung liegt nur vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Dafür reicht das bloße Bestreiten des Mangels oder des Klageanspruchs nicht aus. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung werde umstimmen lassen (Senatsurt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn 25).

Entgegen der Auffassung des BG liegt deshalb in der mit Schreiben der Bekl. v. 08.06.2007 erfolgten Mitteilung, alle Mängel seien behoben, keine endgültige Erfüllungsverweigerung. Die Bekl. hat damit zwar zum Ausdruck gebracht, dass sie sämtliche nach ihrer Auffassung bestehenden Mängel beseitigt habe und folglich das Vorhandensein weiterer Mängel in Abrede gestellt. Dass dies das letzte Wort der Bekl. darstellte und eine Fristsetzung deshalb sinnlos war, lässt sich daraus nicht entnehmen.

- b) Zwar ist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung auch dann entbehrlich, wenn die dem Käufer zustehende Art der Nachbesserung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist (§ 440 S. 1, 2 BGB). Ein Fehlschlagen der Nachbesserung kommt nach den Feststellungen des BG aber lediglich bezüglich der schwergängigen Eingangstür in Betracht, weil

insoweit bereits zwei vergebliche Nachbesserungsversuche stattgefunden haben; für die übrigen vom BG angenommenen Mängel gilt dies nicht.

Der Umstand, dass die Bekl. bereits wegen verschiedener anderer Mängel Nachbesserungsarbeiten vorgenommen hat, führt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht dazu, dass den Kl. wegen der weiteren noch im Streit befindlichen Mängel eine Nachbesserung durch die Bekl. nicht mehr zumutbar wäre, denn der Käufer hat dem Verkäufer grds. wegen jedes einzelnen Mangels Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rn 477).

4. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist ferner die Auffassung des BG, die von ihm angenommenen Sachmängel seien ungeachtet der unterhalb von einem Prozent des Kaufpreises liegenden Mängelbeseitigungskosten nicht unerheblich und hätten deshalb den Rechtsvorgänger der Kl. zum Rücktritt berechtigt.
  - a) Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn die in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache liegende Pflichtverletzung unerheblich ist, das heißt, wenn der Mangel geringfügig ist. Das ist nach der Rspr. des Senats der Fall, wenn der Mangel behebbar und die Kosten der Mängelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind. Bei welchem Prozentsatz die Geringfügigkeitsgrenze überschritten ist, hat der Senat bislang offen gelassen. Die Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung; denn jedenfalls Mängel, deren Beseitigung – wie hier – Aufwendungen i.H.v. nur knapp einem Prozent des Kaufpreises erfordern, sind nach der Rspr. des Senats unzweifelhaft als unerheblich i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB einzustufen, so dass auf sie ein Rücktritt nicht gestützt werden kann (Senatsurt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490 unter II 2).
  - b) Entgegen der Auffassung des BG ist diese Grenze hier nicht deshalb anders zu ziehen, weil Gegenstand des Kaufvertrages ein Fahrzeug der „Luxusklasse“ ist. Für die Erheblichkeit eines behebbaren Mangels im Rahmen des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB kommt es regelmäßig auf die Relation zwischen den Kosten der Mängelbeseitigung und dem Kaufpreis an, denn das Gewicht der dem Verkäufer insoweit zur Last fallenden Pflichtverletzung lässt sich nur unter Berücksichtigung des Umfangs der geschuldeten Leistung insgesamt bewerten. Dies gilt auch für Güter aus einem höheren Preissegment wie im vorliegenden Fall.
  - c) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist für die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bei behebbaren Mängeln grds. auf die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen. Auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung kommt es vielmehr nur dann entscheidend an, wenn der Mangel nicht oder

nur mit hohen Kosten behebbar oder die Mangelursache im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ungeklärt ist, etwa weil auch der Verkäufer sie nicht feststellen konnte, wie es bei dem Sachverhalt der Fall war, der dem von der Revisionserwiderung zitierten Senatsurt. v. 05.11.2008 (VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508) zugrunde lag. Die Behebbarkeit der hier vom BG bejahten Mängel steht hingegen nicht infrage.

- d) Entgegen der Auffassung des BG können die mit einem verhältnismäßig geringen Kostenaufwand zu beseitigenden Mängel auch nicht deshalb als erheblich angesehen werden, weil sich das Wohnmobil insgesamt vier Mal zur Nachbesserung in der Werkstatt der Bekl. befunden hat und dies für den Käufer mit nicht unerheblichen Lästigkeiten verbunden gewesen ist. Denn die Erheblichkeit eines (fortbestehenden) Mangels hat nichts damit zu tun, in welchem Umfang der Verkäufer zuvor andere Mängel beseitigt hat und wie lästig dies ggf. für den Käufer gewesen ist.

III. Nach alledem kann das Urteil des BG keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif, da das BG keine Feststellungen zu den weiteren von den Kl. geltend gemachten Mängeln getroffen hat. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BG zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

## Unwirksamer Garantieschluss

Urteil des BGH v. 06.07.2011 – VIII ZR 293/10 –

In einer formularmäßigen Vereinbarung über eine Anschlussgarantie für Material oder Herstellungsfehler eines Kraftfahrzeugs, die der Fahrzeughersteller einem Fahrzeugkäufer gegen Entgelt gewährt, ist eine Klausel, nach der Garantieansprüche davon abhängen, dass der Garantiennehmer die nach den Herstellerangaben erforderlichen Wartungen in den vorgegebenen Intervallen von einer Vertragswerkstatt des Herstellers durchführen lässt, wegen unangemessener Benachteiligung des Garantiennehmers unwirksam, wenn sie Garantieansprüche unabhängig davon ausschließt, ob eine Verletzung der Wartungspflicht für den eingetretenen Schaden ursächlich geworden ist (Fortführung der Senatsurteile vom 17. Oktober 2007 – VIII ZR 251/06, WM 2008, 263, und vom 12. Dezember 2007 – VIII ZR 187/06, WM 2008, 559).

### ■ Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Bekl. brauche für die Reparatur an der Dieseleinspritzpumpe schon deshalb nicht einzustehen, weil der Kl. die Inspektion für sein Fahrzeug nicht – wie vorgesehen – bei 60.000 km, sondern erst zusammen mit der streitigen Reparatur bei einem Stand von 69.580 km habe durchführen lassen. Ob die unterbliebene Inspektion bei 60.000 km für den eingetretenen Defekt, wie von der Bekl. geltend gemacht, ursächlich gewesen sei, sei unerheblich. Denn für eine Inanspruchnahme der Bekl. aus dem Garantieverprechen sei die in Ziff. 6 der Garantiebedingungen genannte Eintrittsvoraussetzung der regelmäßigen Wartung nicht erfüllt. Es gehe hier – vergleichbar mit der „mobilo-life“-Garantie, wie sie dem Urteil des BGH vom 12.12.2007 (DAR 2008, 141 m. Anm. Niebling) zugrunde gelegen habe – um eine sich an die zweijährige Herstellergarantie ab Erstzulassung anschließende Neuwagengarantie des Fahrzeugherstellers i.S.v. § 443 Abs. 1 BGB, welche der Kl. mit dem Erwerb des Fahrzeugs übernommen habe, und nicht um die im Zusammenhang mit dem Fahrzeugkauf erst neu begründete Gebrauchtwagengarantie eines Dritten, für die der BGH in seinem Urteil vom 17.10.2007 (DAR 2008, 20 m. Anm. Niebling) einen von der Schadensursächlichkeit unabhängigen Haftungsausschluss des Garantiegebers bei Nichteinhaltung vorgeschriebener Wartungsintervalle als unwirksam angesehen habe.

Unerheblich sei auch, ob die von der Bekl. eingeräumte Garantie vom Kl. nur gegen eine besondere Gegenleistung oder unentgeltlich übernommen worden sei. Abgesehen davon, dass derartige Entgeltbestandteile häufig mehr oder weniger versteckt in einem meist runden Gesamtpreis enthalten seien, so dass sie im Nachhinein kaum noch als gesondertes Entgelt nachvollzogen werden könnten und schon deshalb nicht als trennscharfes rechtliches Kriterium taugten, habe der Kl. das Fahrzeug gerade nicht als Neuwagen erworben. Ob die Bekl. in den Jahren 2004/2005 oder auch heute noch ihre zusätzliche Garantie grundsätzlich nur gegen gesonderte Vergütung angeboten habe, spiele angesichts der Besonderheiten der Preiskalkulation weder bei Neufahrzeugen noch bei sogenannten Tageszulassungen oder Vorführwagen eine entscheidende Rolle. Maßgeblich für die Abgrenzung sei daher nicht die Frage der (möglicherweise versteckten) Entgeltlichkeit, sondern der Umstand, ob es sich um eine Neuwagengarantie des Herstellers oder um eine Gebrauchtwagengarantie eines Dritten handele. Denn das Garantieverprechen aus einer Neuwagengarantie habe der Hersteller in zulässiger Weise von einer Einhaltung der vorgeschriebenen Wartungsintervalle und einer Erfüllung entsprechender Dokumentationspflichten abhängig machen können.

II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Freistellungsanspruch des Kl. aus der „Saab Protection“-Garantie nicht verneint werden.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es für die Wirksamkeit der unter Ziff. 6 der Garantiebedingungen geregelten Garantie-Voraussetzungen nicht nur darauf an, dass

es sich um eine Neuwagengarantie des Herstellers – und nicht um eine Gebrauchtwagengarantie eines Dritten – handelt, sondern auch darauf, ob die Bekl. die von ihr eingeräumte Anschlussgarantie entgeltlich oder unentgeltlich übernommen hat. Für das Revisionsverfahren ist dabei zu unterstellen, dass die Garantie, wie von dem Kl. behauptet, jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer Übernahme nur gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts gewährt worden ist. Zumindest für diesen Fall unterliegen die unter Ziff. 6 der Garantiebedingungen geregelten Garantie-Voraussetzungen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieser Inhaltskontrolle halten sie jedoch, wie die Revision mit Recht geltend macht, nicht stand, weil die darin geregelten Garantieeinschränkungen den Garantiennehmer – hier gem. Ziff. 2 Satz 2 der Garantiebedingungen den Kl. – entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, so dass die von ihm aus Ziff. 2 Satz 1 der Garantiebedingungen beanspruchte Reparaturkostenerstattung nicht allein schon wegen der unterbliebenen 60.000-Kilometer-Inspektion ausgeschlossen ist.

1. Die unter Ziff. 6 der Garantiebedingungen geregelten Garantie-Voraussetzungen sind nicht gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen. Zwar ist danach insbesondere § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf solche Abreden anzuwenden, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln (Senatsurteile vom 17.10.2007 a.a.O.; vom 24.03.2010 WM 2010, 1050 Rdn. 25; jeweils m.w.N.). Diese Freistellung gilt jedoch nur für den unmittelbaren Leistungsgegenstand. Dagegen werden Regelungen, die die Leistungspflicht des Verwenders einschränken, von der Freistellung nicht erfasst, so dass AGB der Inhaltskontrolle unterworfen sind, wenn sie anordnen, dass der Verwender unter bestimmten Voraussetzungen die versprochene Leistung nur modifiziert oder überhaupt nicht zu erbringen hat. Für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung bleibt deshalb nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhaltes ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH, Urteile vom 17.10.2007 – VIII ZR 251/06, a.a.O.; vom 24.03.1999 BGHZ 141, 137, 141; jeweils m.w.N.). Darum geht es bei den in der genannten Klausel geregelten Garantie-Voraussetzungen indessen nicht.

a) Eine Kontrollfreiheit der Klausel ergibt sich nicht schon daraus, dass der Garantievertrag gesetzlich nicht geregelt ist. Auch Vertragstypen, die im Gesetz unreguliert geblieben sind, können am Maßstab der §§ 307 ff. BGB gemessen werden (Senatsurteil vom 23.03.1988 – VIII ZR 58/87, BGHZ 104, 82, 90). Dementsprechend hat der Senat in der Vergangenheit Garantieverträge einer AGB-rechtlichen Kontrolle insoweit unterworfen, als es um Klauseln ging, die über die vertragliche Festlegung des unmittelbaren Leistungsgegenstandes hinaus das hierin gegebene Leistungsversprechen wieder eingeschränkt oder sonst modifiziert ha-

- ben (Senatsurteile vom 24.04.1991 WM 1991, 1384 unter II; vom 17.10.2007 a.a.O. Rdn. 13; vom 14.10.2009 NJW 2009, 3714 Rdn. 11 ff.; vgl. auch Senatsurteil vom 12.12.2007 a.a.O. Rdn. 13 ff.) oder die in ansonsten bestehende (Gewährleistungs-) Rechte des Vertragspartners eingegriffen haben (Senatsurteil vom 23.03.1988 a.a.O. S. 90 f.).
- b) Der Senat hat dabei allerdings die Frage offen gelassen, ob eine – wie hier – als negative Anspruchsvoraussetzung formulierte Garantieklausel, die Leistungen aus der Garantie nicht durch die Aufstellung bestimmter Obliegenheiten einschränkt, sondern nach der gewählten Formulierung von vornherein nur unter der Voraussetzung durchgeführter Wartungsarbeiten verspricht, als eine der Inhaltskontrolle entzogene Leistungsbeschreibung zu qualifizieren ist (Senatsurteil vom 17.10.2007 – a.a.O.).
- aa) Vor allem in der InstanzRspr. wird die gewählte Klauselformulierung für maßgeblich erachtet, so dass in Fällen, in denen die Durchführung vorgeschriebener Wartungsarbeiten nicht als Einschränkung der zuvor gegebenen Garantie, sondern als Voraussetzung des Garantieanspruchs formuliert ist, die Möglichkeit einer Klauselkontrolle verneint wird, solange der Inhalt der Garantiezusage nicht hinter dem verkehrstypischen und vom Kunden nach Treu und Glauben zu erwartenden Deckungsumfang zurückbleibt (OLG Nürnberg, NJW 1997, 2186; LG Freiburg zfs 2006, 627, 628; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 307 BGB Rdn. 69; offen gelassen von OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 1464). Die Abhängigkeit der Garantiezusage von der Durchführung vorgeschriebener Inspektions- und Wartungsarbeiten dergestalt, dass deren Unterlassen zwingend zum Anspruchsverlust führt, wird dabei jedenfalls im Neuwagenhandel für verkehrstypisch erachtet mit der Folge, dass der Kunde auch keine darüber hinausgehenden Rechte aus der Garantie erwarten könne (OLG Nürnberg, a.a.O.; LG Freiburg, a.a.O.).
- bb) Demgegenüber lehnt das Schrifttum eine Maßgeblichkeit der gewählten Klauselformulierung überwiegend ab. Es wird stattdessen vorgeschlagen, lediglich den Kernbereich der Garantiezusage wie die Garantiezeit und die Art der Garantieleistung (z.B. Nachbesserung, Ersatzlieferung, finanzielle Erstattungsleistungen oder eine Kombination hiervon) gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kontrollfrei zu stellen (Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., Teil 3 Garantieklauseln/-verträge Rdn. 3). Ansonsten sei unabhängig von der Formulierung einer Garantiebeschränkung als Inhaltsbeschreibung oder als Einschränkung oder Modifizierung der versprochenen Garantieleistung grundsätzlich vom Vorliegen einer kontrollfähigen Leistungsbeschränkung auszugehen, die am Maßstab der Schutzwürdigkeit des Garantienehmers, insbesondere seiner berechtigten Erwartungen an den Inhalt der Garantie, gem. § 307 Abs. 1 BGB auf eine Unangemessenheit der darin liegenden Benachteiligung zu überprüfen sei (Christensen, a.a.O. Rdn. 4; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., Klauseln Rdn. G 21; Abeling, ZGS 2010, 66, 67 f.; Niebling, DAR 2008, 22, 24; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rdn. 2055).
- c) Der Senat entscheidet die Frage nunmehr i.S.d. zuletzt genannten Auffassung.
- aa) Nach der Rspr. des BGH verbleibt – wie vorstehend unter II 1 ausgeführt – für die gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhaltes ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH, Urteile vom 17.10.2007 a.a.O. Rdn. 12; vom 24.03.1999 BGHZ 141, 137, 141; jeweils m.w.N.). Von diesen zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung gehörenden und deshalb nicht der Inhaltskontrolle unterliegenden Abreden sind die kontrollfähigen Nebenabreden zu unterscheiden, also Abreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (Senatsurteil vom 24.03.2010 – VIII ZR 304/08, a.a.O. m.w.N.). Anders als die unmittelbaren Leistungsabreden bestimmen sie nicht das Ob und den Umfang der zu erbringenden Leistungen, sondern treten als ergänzende Regelungen, die lediglich die Art und Weise der Leistungserbringung und/oder etwaige Leistungsmodifikationen zum Inhalt haben, „neben“ eine bereits bestehende Leistungshauptabrede (vgl. BGH, Urteile vom 26.01.2001 BGHZ 146, 331, 338; vom 24.03.2010 a.a.O.).
- bb) Um eine solche lediglich ergänzende Regelung handelt es sich bei den unter Ziff. 6 der Garantiebedingungen geregelten Garantie-Voraussetzungen jedenfalls dann, wenn die von der Bekl. gewährte Anschlussgarantie – wie hier für die revisionsrechtliche Beurteilung zu unterstellen ist – nur gegen Zahlung eines dafür zu entrichtenden Entgelts zu erlangen war.
- (1) Ob die genannte Klausel das abgegebene Garantieversprechen unmittelbar regelt oder lediglich ergänzt, kann der Senat selbst feststellen. Denn die formularmäßig gestalteten Garantiebedingungen der Bekl. unterliegen der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung. Nach der Rspr. des BGH, an die der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO angeknüpft hat (BT-Drucks. 16/9733, S. 302), sind AGB wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht – ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten durchschnittlichen Vertragspartners unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise – frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht (Senatsurteil vom 09.06.2010 NJW 2010, 2877 Rdn. 11 f. m.w.N.). Diese Auslegung ergibt, dass die genannte Klausel das auf Gewährung einer Anschlussgarantie gerichtete Hauptleistungs-

versprechen der Bekl. lediglich durch Hinzufügung einer Einschränkung ergänzt.

- (2) Anders als in dem Fall, in dem die Garantie dem Kunden nur „um den Preis“ der regelmäßigen Durchführung der Wartungsdienste in den Vertragswerkstätten gewährt wird, die Durchführung der Wartungsdienste also – bei wirtschaftlicher Betrachtung – die „Gegenleistung“ für die Garantiegewährung darstellt (vgl. Senatsurteil vom 12.12.2007 a.a.O. Rdn. 17), bildet aus Kundensicht das vom Garantiennehmer zu entrichtende Entgelt die Gegenleistung für das unter Ziff. 2 Satz 1 der Garantiebedingungen dahin umschriebene Hauptleistungsversprechen der Bekl., bei Material oder Herstellungsfehlern für die kostenlose Reparatur oder den kostenlosen Ersatz des betreffenden Teils bei jedem Saab-Vertragshändler eintreten zu wollen.

Dieses Hauptleistungsversprechen reicht aus, um einen wirksamen Garantievertrag anzunehmen. Dagegen gehören die unter Ziff. 6 der Garantiebedingungen geregelten Garantie-Voraussetzungen nicht mehr zum kontrollfreien Minimum, ohne das dem Vertrag ein so wesentlicher Bestandteil fehlte, dass ihm die Wirksamkeit zu versagen wäre. Diese Regelung beschränkt das in Ziff. 2 Satz 1 der Garantiebedingungen bereits vollständig geregelte Garantieversprechen vielmehr in der Weise, dass sie eine Inanspruchnahme der Bekl. aus der Garantie von einer Wahrung der beschriebenen Wartungsanforderungen und deren Nachweis abhängig macht, und modifiziert dadurch das gegebene Hauptleistungsversprechen entsprechend (vgl. BGH, Urteile vom 24.03.1999 a.a.O. S. 141 f.; vom 26.09.2007 NJW-RR 2008, 189 Rdn. 14).

2. Der in Ziff. 6 der Garantiebedingungen als Folge einer unterlassenen Durchführung der dort beschriebenen Wartungsarbeiten vorgesehene Verlust der Garantieansprüche benachteiligt den Kl. unangemessen und ist deshalb gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.
- a) Eine Formulklausel ist nach der Rspr. des BGH unangemessen, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Senatsurteile vom 17.10.2007 a.a.O. Rdn. 15; vom 12.12.2007 a.a.O. Rdn. 14; vom 14.10.2009 a.a.O. Rdn. 13; jeweils m.w.N.). Dies ist bei den in der genannten Klausel aufgestellten Garantie-Voraussetzungen der Fall, wenn – wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist – die Bekl. die Gewährung der Anschlussgarantie von der Zahlung eines gesonderten Entgelts abhängig macht.
- b) Zwar ist ein Interesse der Bekl. anzuerkennen, zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der von der Garantie erfassten Fahrzeuge auf die Einhaltung der vorgegebenen Wartungsintervalle zu dringen, um auf diese Weise das

Risiko von Garantiefällen zu vermindern. Auch mag ihr ein Interesse daran nicht abzusprechen sein, ihre Neuwagenkunden über die gesetzliche Gewährleistungszeit hinaus an ihr Werkstattnetz zu binden, um dadurch nicht nur dessen Auslastung, sondern auch eine sachgerechte, nach ihren Vorgaben durchzuführende Wartung der Fahrzeuge und darüber zugleich den qualitativen Ruf der Fahrzeugmarke zu fördern sowie die von ihr eingegangenen Garantieverpflichtungen hinreichend kalkulierbar gestalten zu können. Diese Gesichtspunkte rechtfertigen es für sich allein jedoch noch nicht, den Garantiegeber von seiner Leistungsverpflichtung ohne Rücksicht darauf freizustellen, ob der Verstoß des Garantiennehmers gegen seine Obliegenheit zur Durchführung der Wartungsarbeiten für den reparaturbedürftigen Schaden ursächlich geworden ist.

- aa) Zwar ist ein Fahrzeughersteller, der eine gesetzliche Haftung durch eine zusätzlich zum Kaufvertrag übernommene Herstellergarantie freiwillig erweitert, in der Bestimmung von Inhalt und Reichweite dieser zusätzlich gewährten Garantie grundsätzlich frei, was auch bei einer AGB-rechtlichen Beurteilung nicht unberücksichtigt bleiben kann (vgl. BGH, Urteil vom 19.06.1997 WM 1997, 2043 unter II 3 b – Herstellergarantie). Dementsprechend hat der Senat das von vorstehenden Erwägungen getragene Interesse eines garantiegebenden Herstellers, von einer für Neuwagen übernommenen zusätzlichen Garantieverpflichtung bereits bei Nichteinhaltung der dem Kunden auferlegten Wartungsobliegenheiten in verkehrüblichen Intervallen vollständig frei zu werden, für den Fall als berechtigt anerkannt, dass ungeachtet einer möglichen Bereitschaft des Kunden, für das mit einer solchen Garantie versehene Neufahrzeug einen höheren Preis zu zahlen, die Garantie als zusätzliche Leistung zum Fahrzeugkauf angeboten wird und der Kunde, um in deren Genuss zu kommen, als – wirtschaftlich gesehen – „Gegenleistung“ lediglich zur regelmäßigen Durchführung der Wartungsdienste in den Vertragswerkstätten gehalten ist. Für diesen Fall hat der Senat die Interessen des Kunden, die – ohnehin regelmäßig notwendigen – Wartungsarbeiten zwecks Erhalts des Garantieanspruchs nach den Vorgaben des Herstellers in dessen Werkstattnetz durchführen zu lassen, durch die betreffende Verfallklausel nicht für unangemessen beeinträchtigt erachtet, da es der freien Entscheidung des Kunden überlassen bleibt, ob und ab wann er – etwa im Hinblick auf das Alter des Fahrzeugs – von den regelmäßigen Wartungen Abstand nehmen oder diese bei anderen (preisgünstigeren) Werkstätten durchführen lassen will (Senatsurteil vom 12.12.2007 a.a.O. Rdn. 17 f.).

Ebenso hat es der Senat außerhalb dieser besonderen Interessenlagen beim Absatz von Neuwagen nicht missbilligt, wenn ein Garantiegeber in seinen Garantiebedingungen von einer Obliegenheit des Kunden ausgegangen ist, vom Fahrzeughersteller vorgeschriebene oder empfohlene Wartungsarbeiten in zumutbarer Weise (dazu Senatsurteil vom 14.10.2009 a.a.O.) durchführen zu lassen, und bei versäumter Fahrzeugwartung dem Kunden den Beweis feh-

lender Ursächlichkeit zwischen dem Wartungsversäumnis und dem Garantiefall auferlegt hat (Senatsurteil vom 17.10.2007 a.a.O. m.w.N.).

bb) Um solche Fallgestaltungen geht es hier aber nicht. Die mit dem Fahrzeugkauf auf den Kl. übergegangene Anschlussgarantie der Bekl. stellt nicht lediglich eine zusätzliche Leistung des Herstellers beim Neufahrzeugkauf zwecks Schaffung eines absatzfördernden Qualitätsmerkmals seiner Fahrzeuge dergestalt dar, dass sich die „Gegenleistung“ für die gewährte Garantie weitgehend in einer bis zum Garantiefall durchgeführten regelmäßigen Fahrzeugwartung im Werkstattnetz des Herstellers erschöpft (vgl. Senatsurteil vom 12.12.2007 a.a.O. Rdn. 17). Vielmehr handelt es sich – wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist – um eine gesondert zu erwerbende und zu vergütende Garantie. Für diesen Fall kann das grundsätzlich anzuerkennende Interesse eines Fahrzeugherstellers, seine Kunden bei dem Absatz von Neufahrzeugen zu den vorgeschriebenen oder empfohlenen Wartungsarbeiten in seinem Werkstattnetz anzuhalten, um dadurch den Ruf seiner Marke als wenig schadensanfällig zu stärken und den Kunden an das eigene Werkstattnetz zu binden (vgl. Senatsurteil vom 12.12.2007 a.a.O. Rdn. 17 f.; Christensen, a.a.O.), keinen Vorrang vor dem Interesse des Kunden an einem Schutz vor einer Aushöhlung von Garantiezusagen durch einschränkende Nebenbestimmungen beanspruchen. Vielmehr verdient, wenn die Garantieleistungen nicht automatisch als zusätzliche Leistung zum Fahrzeugkauf mitgewährt werden, sondern erst durch ein gesondertes Entgelt erkaufte werden müssen, die berechnete Erwartung des Kunden am (Fort-) Bestand der erkauften Garantieleistung jedenfalls dann den Vorrang, wenn die mangelnde Beachtung der vorgeschriebenen Wartungsobliegenheiten keinen Einfluss auf den Eintritt des Garantiefalls hat. Die in diesem Fall eintretende Belastung des Garantiegebers mit der Klärung von Kausalitätsfragen rechtfertigt – wie der Senat in seinem Urteil vom 17.10.2007 (a.a.O.) entschieden hat – unter den genannten Umständen ebenfalls keinen Untergang des Garantieanspruchs allein schon wegen einer Säumnis des Garantienehmers mit seiner Wartungsobliegenheit.

## Rechtsschutzverweigerung nur bei Kostenzugeständnissen

Urteil des BGH v. 25.05.2011 – IV ZR 59/09 –

Der Ausschlussstatbestand des § 5 Abs. 3b ARB 2000 setzt voraus, dass der VN – ausdrücklich oder konkludent – Kostenzugeständnisse in der Weise gemacht hat, dass die Kostenlast zu seinem Nachteil von der angesichts der Obsiegsquote objektiv gebotenen Kostenverteilung abweicht. Das ist vom VR darzulegen und zu beweisen.

### ■ Aus den Gründen:

... 2. Der VR, der sich auf den Ausschlussstatbestand des § 5 Abs. 3b ARB 2000 beruft, hat die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Eingreifen dieser Klausel darzulegen und ggf. zu beweisen. Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

- a) Wie der Senat bereits mit Urte. v. 25.01.2006 (VersR 2006, 404) zur inhaltlich entsprechenden Vorgängerklausel des § 2 Abs. 3a ARB 75 ausgeführt hat, werden auch außergerichtliche Vergleiche vom Anwendungsbereich der Klausel erfasst (a.a.O. unter III 2a), und zwar auch dann, wenn der Vergleich keine ausdrückliche Regelung über die außergerichtlichen Kosten der Parteien enthält, eine Kostenregelung aber konkludent getroffen worden ist (a.a.O. unter III 2b). Dies ergibt sich aus dem Zweck der Klausel, der darin besteht zu verhindern, dass der VN bei den Verhandlungen über die Einigung „unnötige“ Zugeständnisse im Kostenpunkt zu Lasten des Rechtsschutzversicherers macht, um vom Gegner weitere Zugeständnisse in der Hauptsache zu erhalten (Senat, a.a.O. und VersR 1977, 809 unter I 1).
- b) Ob dies auch dann gilt, wenn die außergerichtliche Einigung keine Kostenregelung enthält und ihr eine solche auch nicht konkludent entnommen werden kann, wird unterschiedlich beurteilt. So wird aus dem Senatsurt. v. 25.01.2006 teilweise gefolgert, dass die Klausel bei fehlender Kostenvereinbarung nicht anwendbar sein soll, weil es eines Rückgriffs auf die allgemeine Ausgleichsklausel dann nicht bedurft hätte (so Heither/Heither, NJW 2008, 2743, 2745; eine mindestens konkludente Kostenregelung verlangen auch LG Bremen NJW-RR 2007, 1404; LG München I r+s 2008, 512 und VersR 2009, 254; Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., § 5 ARE 2008/II Rn 50 und 58; a.A. Bauer, NJW 2008, 1496, 1499).

Allerdings wird weithin von einer stillschweigenden Kostenregelung des Inhalts, dass jede Partei ihre eigenen Kosten selbst trägt, ausgegangen, wenn der Vergleich zum Kostenpunkt schweigt (Armbrüster, a.a.O. Rn 50; Harbauer/Bauer, Rechtsschutzversicherung, 7. Aufl., § 2 ARB 75 Rn 168a). Noch weiter gehend hält Bauer die Klausel für anwendbar, wenn die Kostenregelung in einem außergerichtlichen Vergleich ausdrücklich offen gelassen worden ist (a.a.O. 8. Aufl. § 5 ARB 2000 Rn 199). Nach anderer Auffassung ist die Klausel jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn die Parteien keine Kostenregelung getroffen haben und auch kein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch bestand (LG Bremen a.a.O.; weitere Nachweise zur uneinheitlichen Rspr. der Instanzgerichte s. bei Harbauer/Bauer, a.a.O., 7. Aufl., Rn 168a und 8. Aufl. Rn 198 f.).

- c) Das braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden.
- aa) Versicherungsbedingungen sind nach st. Rspr. des Senats so auszulegen wie ein durchschnittlicher VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse diese bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Be-

rücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss (vgl. Senat BGHZ 123, 83 unter III 1 b).

Risikoausschlussklauseln sind dabei eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert. Denn der durchschnittliche VN braucht nicht damit zu rechnen, dass er Lücken im Versicherungsschutz hat, ohne dass die Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht (VersR 2009, 1617 Rn 10 m. w. N.).

Danach ist für ein Eingreifen des Ausschlussstatbestands aus der maßgeblichen Sicht des VN jedenfalls erforderlich, dass er zu Lasten des VR – ausdrücklich oder konkludent – Kostenzugeständnisse gemacht hat. Davon ist auszugehen, wenn die Kostenlast zu seinem Nachteil von der angesichts der Obsiegsquote objektiv gebotenen Kostenverteilung abweicht. Anderenfalls würde das in § 1 ARB 94/2000 gegebene Leistungsversprechen der Bekl. als VR, dafür zu sorgen, dass der VN seine rechtlichen Interessen wahrnehmen kann, und die für die Interessenwahrnehmung erforderlichen Kosten zu tragen, ausgehöhlt, zumal sie dem Kl. bereits Deckungsschutz für die Geltendmachung seiner Ansprüche erteilt hatte.

bb) Ein solches Kostenzugeständnis hat die Bekl. hier nicht dargelegt. Das gilt selbst dann, wenn eine konkludent vereinbarte Kostenaufhebung unterstellt wird.

Denn der Kl. hat mit dem Ergebnis der von ihm erzielten Einigung nicht überwiegend obsiegt. Die Obsiegsquote, die in den Vorinstanzen lediglich „rechnerisch unstrittig“ war, kann nicht allein nach dem bei Durchführung des Vergleichs zurückzuzahlenden Kaufpreis bestimmt werden, sondern hat den gesamten Vergleichsinhalt zu berücksichtigen. Dabei ist einerseits zu bedenken, dass der Kl. nur einen Teil seines Kaufpreises zurückerhält, gleichwohl aber das erworbene Fahrzeug zurückzugeben hat, ohne dass klar ist, in welchem Umfang hierbei Gegenansprüche des Verkäufers (z.B. auf Nutzungsschädigung) berücksichtigt sind. Vor allem aber liegt ein erheblicher zusätzlicher Nachteil für den Kl. gegenüber der an sich erstrebten Rückabwicklung des Vertrages nach den §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB darin, dass die vereinbarte Rückabwicklung an den Erwerb eines anderen Fahrzeugs beim Verkäufer geknüpft worden ist. Anders als bei einem vollen Erfolg seines ursprünglichen Begehrens kann der Kl. damit nicht frei über den zurückerhaltenen Betrag verfügen. Wie dieser beträchtliche Nachteil der Verknüpfung mit einem Neugeschäft zu bewerten ist, kann er aus seiner Warte nicht ohne weiteres beurteilen.

Wie der Senat schon mit Urt. v. 16.06.1977 (VersR 1977, 809 unter I 2 c) ausgeführt hat, ist der VR bei erheblichen Schwierigkeiten, die im Einzelfall bei der Ermittlung des Erfolgsverhältnisses bestehen, jedenfalls nach Treu und Glauben gehalten, eine der gesetzlichen Ersatzregelung des § 98 ZPO entsprechende Kostenaufhebung zu akzep-

tieren, sofern sie nach den Ergebnissen in der Hauptsache noch vertretbar erscheint. Hieran ist festzuhalten. Eine Kostenaufhebung beinhaltet in solchen Fällen kein unzulässiges Kostenzugeständnis und berührt den Zweck des § 5 ARB 94/2000 nicht.

## Prämiennachteile

Urteil des OLG Celle v. 03.02.2011 – 5 U 171/10 –

1. Prämiennachteile, die einem Geschädigten nach einem Verkehrsunfall durch die Inanspruchnahme der Versicherungsleistungen aus einem Kaskoversicherungsvertrag entstehen, sind keine kongruente Schadensposition, auf deren Erstattung die Versicherungsleistung gerichtet ist. Sie nehmen am sogenannten Quotenvorrecht des versicherten Geschädigten nicht teil.
2. Vorergründlich beim Geschädigten angefallene Anwaltskosten nehmen am Quotenvorrecht nicht teil, wenn sie nur durch Inanspruchnahme des Unfallgegners und nicht der Kaskoversicherung entstanden sind.

### ■ Aus den Gründen:

- II. Die Berufung des Widerkl. ist zulässig und hat im erkannten Umfang Erfolg.
  1. Die notwendige Beschwer von 600 Euro nach § 511 II Nr. 1 ZPO ist erreicht. Der Wert des Antrags zu 1 beträgt 527,71 Euro, der des Antrags zu 2: 239,32 Euro (80 % des Leistungsinteresses von 299,15 Euro, also der vom erstinstanzlichen Urteil nichtzuerkannten restlichen 2/3 des Prämiennachteils in Höhe von 448,73 Euro). Dass der Antrag zu 3 in der Sache nur eine Nebenforderung betrifft, ist deswegen unerheblich.
  2. Die Berufung hat in Höhe von 527,71 Euro Erfolg; sie war im Übrigen zurückzuweisen.
    - a) Zu Recht wendet der Widerkl. ein, dass das LG bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs die zu § 86 VVG (§ 67 VVG a.F.) entwickelten Grundsätze des Quotenvorrechts nicht beachtet hat.

Wird dem Geschädigten der ihm entstandene Schaden von seiner Kaskoversicherung nicht komplett erstattet, und kam der Geschädigte seinerseits vom Schädiger nur einen Teil seines Schadens erstattet verlangen, so verbleibt dem Geschädigten der Ersatzanspruch gegen den Schädiger bis zur vollständigen Deckung seines Schadens. Nur die Restforderung geht auf den Versicherer über (st. Rspr., vgl. BGHZ 13, 28 = NJW 1954, 1113; BGH, VersR 1982, 383).

Allerdings verbleibt die Ersatzforderung beim Geschädigten nur hinsichtlich derjenigen Schadenspositionen, die ihrer Art nach in den Schutzbereich des Versicherungsvertrags fallen (sog. kongruente Schäden), während die verbleibenden Schadenspositionen nur nach der Haftungsquote, hier in Höhe von  $\frac{1}{3}$ , zu erstatten sind (zum Ganzen z.B. Prölss-Martin, VVG, 28. Aufl., § 86 Rdnr. 25 m. w. Nachw.).

b) Danach ergibt sich im vorliegenden Fall folgende Erstattungspflicht:

(1) Den Reparaturschaden bzw. die Wertminderung in Höhe der Selbstbeteiligung von 300 Euro kann der Widerkl. insgesamt ersetzt verlangen. Ihm stünde ohne Leistung der Kaskoversicherung ein Ersatzanspruch in Höhe von ( $\frac{1}{3} \times 4.252,05 \text{ Euro} =$ ) 1.417,35 Euro zu, also ein Betrag, der über die Summe von 300 Euro hinausgeht. Damit verbleibt ihm eine Forderung in voller Höhe des Abzugs der Versicherungsleistung von 300 Euro. Dass der Widerkl. den zu ersetzenden Schaden auf die Selbstbeteiligung stützt, dürfte einer sprachlichen Ungenauigkeit geschuldet sein. Ersichtlich ist gemeint, dass der Anspruch wegen des Reparatur-/Wertminderungsschadens in Höhe der Selbstbeteiligung bei ihm verblieben ist.

(2) Ebenfalls in voller Höhe ist dem Kl. die weitere Förderung wegen der Sachverständigenkosten in Höhe von 491,57 Euro verblieben.

Zwar war ausweislich des Schreibens der Versicherung vom 25.01.2010 die Erstattung der Sachverständigenkosten nicht von der Kaskoversicherung gedeckt. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 12.01.1982 (NJW 1982, 829 = VersR 1982, 383) sind die Kosten für die Einholung eines Sachverständigengutachtens Teil des – kongruenten – Sachschadens, weil sie vor allem aufgewendet werden, um das Ausmaß der Beschädigungen des Kraftfahrzeugs zu ermitteln und deren Beseitigung in einer Werkstatt vorzubereiten. Sie dienen daher der Wiederinstandsetzung und damit der Wiederherstellung des früheren Zustands. Somit gelten sie im Verhältnis zum Schädiger als kongruente Schadenspositionen, selbst wenn der Versicherungsnehmer im Innenverhältnis zur Versicherung die Kosten für das Schadensgutachten selbst tragen muss (BGH, NJW 1982, 829).

(3) Die geltend gemachten Anwaltsgebühren in Höhe von 546,69 Euro sind keine kongruente Schadensposition, die in voller Höhe zu erstatten ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts gegenüber der Kaskoversicherung noch als notwendiger Aufwand zur Beseitigung des unmittelbaren Sachschadens angesehen werden kann (für eine Erstattung z.B. OLG Karlsruhe, NZV 1990, 431). Der Widerkl. hat nicht schlüssig dargelegt, dass die Inanspruchnahme seines Bevollmächtigten zur Bewirkung der Leistung aus der Kaskoversicherung überhaupt erforder-

lich war. Die vorgelegte Korrespondenz betrifft lediglich den Drittwiderbkl., also die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners, dem gegenüber ohnehin nur der verbleibende, von der Kaskoversicherung gerade nicht gedeckte Schaden geltend gemacht werden konnte.

Das LG hat dem Widerkl.  $\frac{1}{3}$  des Betrags einer  $\frac{1}{3}$ -Gebühr nach einem Streitwert von 5.517,35 Euro zugesprochen, also 182,23 Euro. Hierdurch ist der Widerkl. nicht beschwert. Die Gewährung einer  $\frac{1}{3}$ -Gebühr in voller Höhe nach der berechtigten Forderung würde inklusive Kostenpauschale und MwSt. einen Betrag von 101,15 Euro ergeben.

(4) Die Prämiennachteile aus der Hochstufung der Kaskoversicherung sind kein kongruenter Schaden. Sie folgen vielmehr zwangsläufig der Inanspruchnahme der Kaskoversicherung nach und sind damit nicht Teil der Schadensforderung, die auf den Versicherungsträger übergehen könnte (BGHZ 44, 382 = NJW 1966, 654). Der Feststellungsausspruch des LG zur Erstattungspflicht in Höhe von  $\frac{1}{3}$  der aus der Inanspruchnahme der Kaskoversicherung resultierenden Schäden ist zutreffend.

## Prüfungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers

Urteil des KG v. 01.09.2011 – 8 U 42/10 –

1. Einen Gebrauchtwagenhändler, der die unfallbedingte Vorschädigung eines Fahrzeugs kennt, trifft eine Untersuchungspflicht jedenfalls im Umfang einer Sichtprüfung (s. BGH NJW 2010, 2426, 2429 Tz 29). Sind Anzeichen für eine unfachgerechte Reparatur vorhanden (Spaltmaße etc.), hat er den Käufer zur Vermeidung des Vorwurfs arglistigen Verschweigens ungefragt aufzuklären.

2. Jedenfalls dann, wenn das Fahrzeug vom Händler als „sehr gepflegt“ oder ähnlich beworben worden war, kann der Käufer die Angabe „reparierter Unfallschaden“ als positive Beschaffenheitsangabe (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) dahin verstehen, dass eine fachgerechte Reparatur vorliegt. Insoweit kommt auch Arglist des Händlers unter dem Gesichtspunkt einer Falschangabe „ins Blaue“ in Betracht.

### ■ Aus den Gründen:

a) Die mit Schreiben vom 09.04.2009 erklärte Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung ist gem. § 123 BGB wirksam, ohne dass es auf die vom LG zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemachte Behauptung der

Kl. ankommt, die Bekl. habe eine bestimmte positive Qualität der Reparaturausführung mündlich zugesagt.

Das zum Preis von 8.490 € erworbene Fahrzeug weist nach dem Gutachten des Sachverständigen H. vom 30.05.2011 erhebliche Unfallschäden im Front- und Heckbereich auf, die nicht fachgerecht behoben waren und deren fachgerechte Behebung Kosten von mindestens 9.177,96 € brutto verursachen würde. Ferner hat der Sachverständige festgestellt, dass die Unfachgerechtheit der Reparatur bei einer äußerlichen Inaugenscheinnahme durch einen Kfz-Händler anhand diverser Anzeichen (unregelmäßige Spaltmaße, behelfsmäßige Reparatur eines Kotflügels, Schleifen und behelfsmäßige Befestigung der Heckklappenverkleidung und weiteres) feststellbar sei. Die Feststellungen sind von der Bekl. nicht angegriffen worden.

Im Kaufvertrag ist vermerkt: „reparierter Unfallschaden im Front- und Heckbereich“.

Danach hat die Bekl. die Kl. auf zwei Wegen arglistig getäuscht:

- aa) Arglistig handelt zunächst der Verkäufer, der vertragswesentliche Erklärungen ohne hinreichende Erkenntnisgrundlage „ins Blaue hinein“ abgibt (s. BGH NJW 1998, 2360, 2361; BGHZ 168, 64 = 2839, 2840 Rz 13 = DAR 2006, 565; BGHZ 63, 382 = NJW 1975, 642, 645). Das war hier der Fall.

Die fehlende Fachgerechtheit einer Reparatur eines Unfallschadens stellt einen Mangel des Gebrauchtwagens dar (vgl. BGHZ 181, 170 = DAR, 2009, 517; NJW 2008, 53, 54 Rz 20) und kann eine Arglisthaftung des Verkäufers begründen (vgl. OLG Rostock OLG-NL 2004, 73; OLG Koblenz, Urte. v. 18.05.2000, 5 U 1928/98 – bei Juris –; OLGR Köln 2001, 233; OLGR Düsseldorf 2004, 152; OLGR München 1995,64).

Die Angabe „reparierter Unfallschaden ...“ im Kaufvertrag stellte nicht lediglich eine Beschreibung der Kaufsache dar, sondern enthielt auch die Erklärung, dass der angegebene Unfallschaden fachgerecht behoben ist. Es spricht bereits einiges dafür, eine derartige Angabe eines Händlers wegen seiner Sachkunde und der Schutzwürdigkeit des Kunden als Laien grundsätzlich als positive Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen und nicht bloß als Beschreibung dahin, dass es sich um ein Fahrzeug handelt, dessen Unfallschäden irgendwie optisch beseitigt sind (gegen eine Zusicherung nach altem Recht allerdings OLGR Düsseldorf 2001, 225; offen gelassen von OLG Rostock a.a.O.).

Dies kann jedoch dahinstehen. Denn die Erklärung der Bekl. ist vorliegend nach §§ 133, 157 BGB jedenfalls deshalb dahin zu verstehen, dass es sich um einen fachgerecht reparierten Unfallschaden handelt, weil sie das Fahrzeug im Inserat als „sehr gepflegt“, „lückenlos scheckheftgepflegt“

und mit „TÜV/AU mangelfrei neu!“ beworben hat. Erklärungen des Verkäufers in der Werbung können bei der Auslegung des Kaufvertrags berücksichtigt werden, wenn sie eine Erwartungshaltung des Käufers begründen (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2009, 485, 487; allg. BGH NJW 1981, 2295 – Angaben im Prospekt – und Ellenberger in: Palandt, BGB, 70. Aufl., § 133 Rdn. 5, 16). Die Bewerbung des Fahrzeugs als gepflegt und – jedenfalls im weiteren Sinne – mangelfrei durch die im Übrigen als seriöses und vertrauenswürdiges Fachunternehmen auftretende Bekl. („Profi“ in der Firma; „Ihre erste Wahl ...“ und „... auf Nummer sicher“ auf dem Kaufvertragsformular) lässt es als geradezu treuwidrig erscheinen, wenn diese die Kl. darauf verweisen möchte, dass sie eben nur eine „Reparatur“ angegeben habe, sich jedoch zur Qualität ihrer Ausführung – mangels Nachfrage der Kl. – nicht geäußert habe. Nach dem Auftreten und den Erklärungen der Bekl. hatte die Kl. keinen Anlass zu einer Nachfrage, sondern durfte einen Zustand des Fahrzeugs erwarten, der die Bezeichnung einer „Reparatur“ verdient, und damit eine mangelfreie und fachgerechte Behebung der Unfallschäden.

Die von der Bekl. damit gemachte Beschaffenheitsangabe erfolgte ins Blaue und damit auch dann arglistig, wenn Anzeichen für eine Unfachgemäßheit der Reparaturausführung bei einer Sichtprüfung nicht bestanden haben sollten (dazu s.u.). Sie hatte mangels eigener eingehender Untersuchung des Fahrzeugs und mangels Vorliegens zuverlässiger sachkundig erstellter Belege von dritter Seite (etwa Gutachten; Reparaturrechnungen von Fachwerkstätten u.a.) keine hinreichende Erkenntnisgrundlage für ihre Aussage, dass sich das Fahrzeug in einem ordnungsgemäß reparierten Zustand befand (vgl. BGHZ 168, 64 = DAR 2009, 517).

- bb) Zudem hat die Bekl. den bei einer Sichtprüfung erkennbaren Mangel auch arglistig verschwiegen. Den Händler trifft zwar keine allgemeine Untersuchungspflicht, eine solche besteht jedoch dann, wenn er mit der Möglichkeit eines Mangels rechnet (vgl. BGHZ 63, 382 = NJW 1975, 642, 644 r.Sp.). Einen Gebrauchtwagenhändler, der die unfallbedingte Vorschädigung eines Fahrzeugs kennt, trifft daher eine Untersuchungspflicht jedenfalls im Umfang einer Sichtprüfung (s. BGH NJW 2010, 2426, 2429 Rz 29; OLG Brandenburg, Urte. v. 08.12.2006, 7 U 74/06, bei Juris Rdn. 22). Sofern die Mängel – wie es hier nach den gutachterlichen Feststellungen der Fall ist – bei Sichtprüfung erkennbar waren, trifft den Händler ein Arglistvorwurf, da er die Anhaltspunkte entweder erkannt und verschwiegen hat oder die Mitteilung unterlassen hat, dass er eine fachgerechte Sichtprüfung nicht vorgenommen hat oder – mangels Sachkunde – nicht vornehmen konnte.

- b) Danach steht der Kl. gegen die Bekl. gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 142 Abs. 1, 123 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu, unter Saldierung der von ihr gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 2 BGB) und Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs (§§ 812, 273 BGB).

Die in Abzug gebrachte Nutzungsentschädigung von 490 € begegnet keinen Bedenken. Zur Ermittlung der gezogenen Nutzung im Wege der Schätzung (§ 287 ZPO) ist der Kaufpreis mit der voraussichtlichen Restfahrleistung ins Verhältnis zu setzen und mit der tatsächlichen Fahrleistung des Käufers zu multiplizieren (s. BGH DAR 1995, 323). Der Tachostand war im Kaufvertrag mit 65.892 km angegeben und betrug bei Stilllegung des Fahrzeugs am 29.06.2009 66.609 km. Die Kl. ist somit nur 717 km gefahren, so dass der von ihr vorgenommene Abzug unzweifelhaft ausreichend ist. Die Bekl. rügt insoweit auch nichts.

## Verzögerung durch Anwaltsbeauftragung

Urteil des LG Saarbrücken v. 07.06.2011 – 13 S 43/11 –

Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 II 1 BGB kann in der Regel nicht angenommen werden, wenn der Geschädigte eines Verkehrsunfalls zunächst einen Anwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragt und sich dadurch die Einholung eines Schadensgutachtens verzögert.

### ■ Aus den Gründen:

II. (...) 1. Zu Recht ist das AG davon ausgegangen, dass der Kl. aus den §§ 7 I, 18 StVG i.V.m. § 115 I VVG gegenüber den Bekl. einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung geltend machen kann.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH stellt auch der vorübergehende Verlust der Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs einen ersatzfähigen Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB dar, wenn der Geschädigte sich für die Zeit des Nutzungsausfalls keinen Ersatzwagen beschafft hat (st. Rspr.; vgl. BGHZ 40, 345 [347 ff.] = NJW 1964, 542; BGHZ 56, 214 [215] = NJW 1971, 1692; BGH, NJW-RR 2008, 1198 = NZV 2008, 453; NJW 2009, 1663 = NZV 2009, 334 = DS 2009, 270; NJW 2010, 2426 = NZV 2010, 500, jew. m. w. Nachw.). Dieser Nutzungsausfall ist nicht notwendiger Teil des am Kfz in Natur eingetretenen Schadens. Es handelt sich vielmehr um einen typischen, aber nicht notwendigen Folgeschaden, der weder überhaupt noch seiner Höhe nach von Anfang an fixiert ist. Er setzt neben dem Verlust der Gebrauchsmöglichkeit voraus, dass der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis zur Nutzung des Fahrzeugs willens und fähig gewesen wäre (Nutzungswille und hypothetische Nutzungsmöglichkeit; st. Rspr.; vgl. BGHZ 45, 212 [219] = NJW 1966, 1260; BGHZ 98, 212 [219 f.] = NJW 1987, 50; BGH, NJW 2008, 915 = NZV 2008, 137 = DS 2008, 98; NJW 2009, 1663 = VersR 2009, 697; NJW 2010, 2426).

b) Nach diesen Grundsätzen steht dem Kl. grundsätzlich Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit zwischen

dem 22.06.2009 (Unfalltag) und dem 04.08.2009 (Tag der Abholung des reparierten Fahrzeugs), also für 42 Tage, zu. Denn er konnte – was zwischen den Parteien unstreitig ist – in diesem Zeitraum das Fahrzeug unfallbedingt nicht nutzen. Dabei spricht die Lebenserfahrung dafür, dass der Halter und Fahrer eines privat genutzten Pkw, diesen während eines unfallbedingten Ausfalls auch benutzt hätte (vgl. OLG Celle, VersR 1973, 717; OLG Frankfurt a.M., DAR 1984, 318 = BeckRS 2010, 11 424; OLG Köln, MDR 1999, 157; VersR 2000, 336; OLG Düsseldorf, SP 2002, 171; DAR 2006, 269 = BeckRS 2005, 14 693).

2. Das AG hat zwar zutreffend erkannt, dass die Dauer des zu entschädigenden Nutzungsausfalls unter bestimmten Umständen beschränkt sein kann. Entgegen der Annahme des Erstrichters liegen die Voraussetzungen einer solchen Beschränkung im Streitfall aber nicht vor.

a) Regelmäßig ist für den Zeitraum einer Reparatur oder Ersatzbeschaffung Nutzungsausfallentschädigung zu leisten. Der Geschädigte ist mit Blick auf die Schadensminderungspflicht gem. § 254 II 1 BGB aber gehalten, die Schadensbehebung in angemessener Frist durchzuführen (BGH, NJW 2010, 2426; OLG Brandenburg, Ur. v. 30.08.2007 – 12 U 60/07, BeckRS 2008, 09 567; OLG Naumburg, NJW 2004, 235; NJW 2004, 3191; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1711 = DS 2009, 114) und einen längeren Nutzungsausfall gegebenenfalls durch die Anschaffung eines Interimsfahrzeugs zu überbrücken (BGH, NJW 2009, 1663 m. w. Nachw.; NJW 2010, 2426). Kommt er dem in zurechenbarer Weise nicht nach, muss er sich eine Kürzung oder sogar den Ausschluss seines Schadensersatzanspruchs gefallen lassen (vgl. nur OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1711 = DS 2009, 114; zum Verschuldensmaßstab des § 254 II BGB vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 254 Rdnrn. 1, 36 m.w. Nachw.). Die Beweislast für einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Schädiger (vgl. nur BGH, NJW 1979, 2142 = VersR 1979, 424; NJW 1998, 3706 = VersR 1998, 1428; OLG Köln, MDR 1999, 157; Palandt/Grüneberg, § 254 Rdnr. 72 m. w. Nachw.).

b) Ein Verstoß des Kl. gegen seine Schadensminderungspflicht nach § 254 II BGB ist nicht nachgewiesen. Das AG überspannt die Anforderungen an einen Geschädigten, wenn es meint, dass der Kl. den Reparaturauftrag unter den hier vorliegenden Umständen innerhalb von acht Tagen nach dem Unfallereignis hätte erteilen müssen.

aa) Ob ein Geschädigter die Schadensbehebung in angemessener Frist durchgeführt hat, hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass dem Geschädigten nicht vorgehalten werden kann, wenn er zunächst einen Anwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragt und/oder ein Schadensgutachten bei einem außergerichtlichen Sachverständigen einholt. Die damit verbundenen Verzögerungen sind von dem Schädiger jedenfalls im üblichen zeitlichen Rahmen

hinzunehmen (für die Schadensermittlung durch Einholung eines Gutachtens ebenso OLG Düsseldorf, DAR 2006, 269 = BeckRS 2005, 14 693; OLG Brandenburg, SP 2007, 361).

bb) Es begründet danach kein Mitverschulden i.S.d. § 254 II BGB, dass der Kl. zunächst einen Anwalt hinzugezogen und danach ein Schadensgutachten in Auftrag gegeben hat. Dies gilt vor allem deshalb, weil es sich hier nicht um das eigene Fahrzeug des Kl., sondern um Eigentum eines Leasinggebers handelte. Der Kl. durfte daher schon zur Vermeidung etwaiger Auseinandersetzungen mit dem Leasinggeber zunächst die Hilfe eines Anwalts in Anspruch nehmen und den entstandenen Schaden verbindlich klären lassen. Auch die hierfür aufgewendete Zeit hält sich unter den hier gegebenen Umständen im Rahmen des Üblichen. Der Kl. hat noch am Unfalltag selbst, dem 22.06.2009, Kontakt mit einem Rechtsanwalt aufgenommen. Innerhalb von weiteren vier Werktagen fand ein Besprechungstermin mit dem Anwalt statt und ein Schadensgutachten wurde in Auftrag gegeben. Das Gutachten datiert auf den 30.06.2009, erreichte die Verfahrensbevollmächtigte des Kl. aber erst am darauffolgenden Tag, also dem 01.07.2009, und wurde an den Kl. weitergeleitet. Es fand daraufhin vor dem Wochenende (04./05.07.) eine erneute Rücksprache der Verfahrensbevollmächtigten mit dem Kl. statt, der am Dienstag der darauffolgenden Woche, dem 07.07.2009, den Reparaturauftrag erteilte. Dem Kl. kann insoweit auch nicht entgegengehalten werden, dass er nicht sofort nach Erhalt des Gutachtens den Reparaturauftrag erteilt hat. Denn dem Geschädigten ist zuzugestehen, dass er sich zunächst wegen des Ergebnisses der Schadensermittlung mit seinem Anwalt in Verbindung setzt und erst dann eine Entscheidung über den Weg der Schadensbeseitigung trifft (zur Überlegungsfrist des Geschädigten vgl. nur OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1711 = DS 2009, 114; OLG Brandenburg, Urt. v. 30.08.2007 – 12 U 60/07, BeckRS 2008, 09 567; OLG Braunschweig, SP 2000, 205).

cc) Der Anspruch des Kl. auf Entschädigung seines Nutzungsausfalls ist auch nicht dadurch beschränkt, dass es – wie vorliegend – durch die verzögerte Lieferung von Ersatzteilen zu einer verlängerten Reparaturzeit gekommen ist. Denn es ist anerkannt, dass der Geschädigte auch Nutzungsausfallentschädigung für eine lang andauernde Reparaturzeit erhält, die durch Schwierigkeiten bei der Ersatzteilbeschaffung durch die Reparaturwerkstatt bedingt ist (vgl. BGH, NJW 1982, 1518 = VersR 1982, 548; OLG Düsseldorf, OLG-Report 1991, 10; OLG Köln, MDR 1999, 157). Dass eine andere Werkstatt die Ersatzteile vorrätig gehabt hätte, ist nicht dargetan.

c) Damit ergibt sich folgende Abrechnung der Nutzungsausfallentschädigung:

42 Tage x 35 Euro = 1.470 Euro  
bereits gezahlt: 280 Euro

noch zu zahlen: 1.190 Euro.

Steht dem Kl. aber ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 1.190 Euro zu, erweist sich die Verurteilung der Bekl. im Umfang des amtsgerichtlichen Urteils als richtig, ohne dass es auf die weitergehende Frage ankommt, ob zwischen den Parteien eine vergleichsweise Regelung hinsichtlich der streitigen Reinigungskosten getroffen worden ist.

## Fragestellung bei MPU

Beschluss des VGH Mannheim v. 30.06.2011 – 10 S 2785/10 –

1. An die Anlassbezogenheit und Verhältnismäßigkeit der Fragestellung für eine medizinisch-psychologische Untersuchung sind mangels selbstständiger Anfechtbarkeit der Gutachtenanordnung und wegen der einschneidenden Folgen einer unberechtigten Gutachtenverweigerung im Interesse effektiven Rechtsschutzes strenge Anforderungen zu stellen (Fortführung der Senatsrechtsprechung).
2. Geben die Anknüpfungstatsachen für eine Gutachtenanordnung nur Anlass zu Zweifeln an der charakterlichen Fahreignung, so ist die Festlegung einer Fragestellung verfehlt und unverhältnismäßig, welche die Erfüllung der körperlichen und geistigen Anforderungen für das Führen von Kraftfahrzeugen als Gegenstand der Begutachtung festlegt.
3. Besteht die Fragestellung in einer Gutachtenanordnung aus mehreren sich inhaltlich überschneidenden Teilen, so infiziert die Unrechtmäßigkeit eines Teils regelmäßig die Fragestellung insgesamt. Es ist nicht Aufgabe des Betroffenen, insoweit zu differenzieren und den Gutachter zu einer entsprechend absichtenden Untersuchung zu veranlassen. Anderes kann gelten, wenn eine Gutachtenanordnung mehrere thematisch klar abgegrenzte Fragestellungen enthält.
4. Zur Abweichung vom Reaktionskatalog des Punktsystems.

### ■ Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Aus den in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründen (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) ergibt sich, dass abweichend von der Entscheidung des VG das private Interesse des Antragstellers, vom Vollzug des Bescheids des LRA R.-Kreis vom 18.08.2010 vor einer endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Bescheids verschont zu bleiben, dem öf-

fentlichen Interesse an seiner sofortigen Vollziehung vorgeht. Denn bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage bestehen derzeit ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der mit dem angefochtenen Bescheid verfügten Entziehung der Fahrerlaubnis.

Nach § 3 Abs. 1 StVG, § 46 Abs. 3 FeV hat die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich jemand als ungeeignet zum Führen von Kfz erweist. Werden Tatsachen bekannt, die Bedenken an der Eignung des Fahrerlaubnisinhabers zum Führen eines Kfz begründen, hat die Fahrerlaubnisbehörde unter den in §§ 11 bis 14 FeV genannten Voraussetzungen durch die Anordnung der Vorlage von ärztlichen oder medizinisch-psychologischen Gutachten die Eignungszweifel aufzuklären (§ 3 Abs. 1 Satz 3 StVG, § 46 Abs. 3 FeV). Wenn sich der Betr. weigert, sich untersuchen zu lassen, oder das von der Fahrerlaubnisbehörde geforderte Gutachten nicht fristgerecht beibringt, darf die Fahrerlaubnisbehörde bei ihrer Entscheidung auf die Nichteignung schließen (§ 11 Abs. 8 Satz 1 FeV). Der Schluss auf die Nichteignung ist jedoch nur zulässig, wenn die Anordnung des Gutachtens formell und materiell rechtmäßig, insbesondere anlassbezogen und verhältnismäßig ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 05.07.2001 NJW 2002, 78; vom 09.06.2005 NJW 2005, 3081; Senatsbeschluss vom 24.06.2002 VB1BW 2002, 441 m.w.N.). Im vorliegenden Fall fehlt es an der Rechtmäßigkeit der Gutachtensanordnung vom 07.07.2010, weil die dem Antragsteller darin mitgeteilte Fragestellung teilweise den Gutachtensanlass verfehlt bzw. über diesen hinausgeht und damit den diesbezüglich zu stellenden rechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird.

Der Senat hat in seiner jüngeren Rspr. die zentrale Bedeutung sowohl der nach § 11 Abs. 6 FeV einzuhaltenden formell-rechtlichen als auch der materiell-rechtlichen Anforderungen an eine dem Betr. mitzuteilende konkrete Fragestellung in einer Gutachtensanordnung hervorgehoben (vgl. Senatsbeschluss vom 20.04.2010 DAR 2010, 410; Beschluss vom 16.09.2010 – 10 S 956/10 –; Beschluss vom 10.12.2010 VB1BW 2011, 196). Da eine Gutachtensanordnung nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Rspr. nicht selbstständig anfechtbar ist, sondern nur im Rahmen eines Rechtsbehelfsverfahrens gegen eine daran anknüpfende Fahrerlaubnisentziehung oder sonstige in Rechte des Betr. eingreifende Maßnahme der Fahrerlaubnisbehörde inzident auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden kann, ist es ein Gebot effektiven Rechtsschutzes, insoweit strenge Anforderungen zu stellen (vgl. im Einzelnen Senatsbeschluss vom 20.04.2010, a.a.O.).

Auszugehen ist von der bzw. den für die jeweilige Fallgestaltung in Betracht kommenden, eine Gutachtensanordnung gebietenden oder in das Ermessen der Fahrerlaubnisbehörde stellenden Befugnisnorm bzw. -normen in der FeV. Bereits deren tatbestandliche Voraussetzungen geben gewisse eingrenzende Zielrichtungen für die zu formulierende konkrete Fragestellung vor. In jedem Fall hat die Fahrerlaubnisbehörde die konkretisierende Fragestellung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls festzulegen und dem Betr. unter Darlegung der Gründe für die Eignungszweifel mitzuteilen.

Etwa eine bloße sinngemäße Wiedergabe der Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm genügt grundsätzlich nicht. Sodann ist auf der Rechtsfolgenseite ein hinreichender innerer Zusammenhang zwischen dem für die Eignungszweifel Anlass gebenden Ausgangssachverhalt und dem in der Gutachtensanordnung festgelegten Prüfprogramm zu fordern. Dies folgt bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der überschießenden – vom Untersuchungsanlass her gesehen nicht erforderlichen – Untersuchungsvorgaben bzw. -inhalten mit Blick auf die damit einhergehenden Eingriffe in die Rechte des Betr. entgegensteht. Dies gilt namentlich, aber nicht nur dort, im Bereich von Befugnisnormen, die eine Gutachtensanordnung in das Ermessen der Fahrerlaubnisbehörde stellen (wie z.B. § 11 Abs. 3 Satz 1 FeV), und kann auch zur Folge haben, dass auch bei grundsätzlich gegebener Ermächtigung zur Anordnung einer MPU aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Beschränkung auf eine (medizinische oder psychologische) Teiluntersuchung geboten sein kann (vgl. dazu Geiger, Teilgutachten im Rahmen der Fahreignungsgutachtung, DAR 2011, 244). Der vom Antragsgegner in der Beschwerdeerwiderung angeführte Umstand, dass der Verwaltungsgeber derartige Teilgutachten z.B. im Rahmen des § 11 Abs. 3 Satz 1 FeV nicht vorgesehen habe, steht dem wegen der übergreifenden Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht entgegen.

Nach diesen Grundsätzen dürfte die in der Gutachtensanordnung formulierte zweiteilige Fragestellung nicht in vollem Umfang den rechtlichen Anforderungen entsprechen. Keinen durchgreifenden Bedenken dürfte allerdings der erste Teil der Fragestellung begegnen („Ist zu erwarten, dass Herr W. auch zukünftig erheblich oder wiederholt gegen verkehrsrechtliche Bestimmungen verstoßen wird?“). Anlass zu dieser an § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 FeV anknüpfenden Fragestellung hat der Antragsteller dadurch gegeben, dass er nach seiner Haftentlassung Ende August 2008 von Februar 2009 bis Juli 2009 mit nicht weniger als 6 punktpflichtigen Verkehrsordnungswidrigkeiten aufgefallen ist, die zusammen 13 Punkte im Rahmen des Punktsystems nach § 4 StVG ergeben haben.

Dieser Fragestellung ist auch ohne weiteres, insbesondere aber unter Berücksichtigung der ausführlichen Begründung der Gutachtensanordnung durch den Antragsgegner zu entnehmen, dass die Fähigkeit und Bereitschaft des Antragstellers zur Beachtung der für den Kraftfahrverkehr geltenden Regelungen bei einer künftigen Verkehrsteilnahme, mithin im Schwerpunkt die charakterliche Fahreignung des Antragstellers, durch die MPU festgestellt werden soll. Dies zieht auch der Antragsteller selbst mit der Beschwerde nicht ernsthaft in Zweifel.

Die Beschwerde wendet sich auch nicht substantiiert gegen die Annahme des VG, dass das Punktsystem des § 4 StVG im vorliegenden Fall nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StVG keine Ausschlusswirkung für andere Maßnahmen als die nach dem Punktsystem vorgesehenen – wie die im vorliegenden Fall angeordnete MPU – entfalte. Einer diesbezüglichen näheren Erörterung, ob die rechtlichen Anforderungen an eine solche Abweichung

vom Reaktionskatalog des Punktsystems und an deren Begründung gegeben sind, bedarf es hier nicht (vgl. dazu aber OVG Münster, Beschluss vom 10.12.2010 NJW 2011, 1242 mit Anmerkung Dauer; Senatsbeschluss vom 18.03.2010 – 10 S 2234/09 –; OVG Koblenz, Beschluss vom 27.05.2009 DAR 2009, 478). Eine solche Erörterung ist hier schon wegen der auf die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung durchschlagenden rechtlichen Bedenken gegen den zweiten Teil der Fragestellung entbehrlich.

Dieser an § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 FeV anknüpfende zweite Teil der Fragestellung

*„Ist trotz der aufgrund der aktenkundigen Straftaten entstandenen Eignungszweifel (vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis am 07.08.1997; Fahren ohne Fahrerlaubnis am 12.08.1997; vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis am 01.05.2000; unerlaubtes Entfernen vom Unfallort in Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis sowie Fahren ohne Fahrerlaubnis am 03.01.2000; Betrug in 28 Fällen) zu erwarten, dass Herr W. die körperlichen und geistigen Anforderungen an das sichere Führen eines Kfz der FE-Klassen B, M, L und S im Verkehr erfüllt?“*

leidet an einem inneren Widerspruch. Die als Grund für die entstandenen Eignungszweifel angeführten Straftaten geben keinen Anlass zu der Annahme, der Antragsteller leide an eignungsrelevanten körperlichen oder geistigen Defiziten. Wegen des Fehlens entsprechender Anknüpfungspunkte muss es deshalb sowohl für den Gutachter als auch den Antragsteller selbst irritierend sein, dass die Fragestellung sich gleichwohl schwerpunktmäßig auf die Erfüllung der körperlichen und geistigen Anforderungen an das sichere Führen von Kfz bezieht. In Wahrheit dürften die angeführten Straftaten die Eignungszweifel in charakterlicher Hinsicht verstärken, nicht aber parallel dazu, gewissermaßen gleichgewichtig, körperliche oder geistige Eignungszweifel begründen und einen entsprechenden Untersuchungsbedarf auslösen. Insoweit ist die Fragestellung daher widersprüchlich und überschießend. Der diesbezüglichen – vom Antragsteller bereits im erstinstanzlichen Verfahren unterbreiteten, vom VG nicht näher gewürdigten – Argumentation des Antragstellers hält der Antragsgegner ohne Erfolg entgegen, dass der Umfang der aufgegebenen körperlichen und geistigen Untersuchung sich begrenzend an der Art der aufgezählten Straftaten zu orientieren habe. Dies führt schon deshalb nicht weiter, weil kein Anhaltspunkt dafür genannt wird oder ersichtlich ist, dass diese Straftaten mit körperlichen oder geistigen Defiziten in Zusammenhang stehen könnten. Des Weiteren ist auch der Hinweis des Antragsgegners unergiebig, der Antragsteller habe sich auch im Rahmen der letzten MPU im Jahre 2004 einer körperlichen Untersuchung unterzogen und müsse sich nunmehr, da die damalige positive gutachterliche Prognose offensichtlich unter Vorspiegelung einer Verhaltensänderung und eines Einstellungswandels erreicht worden sei, nunmehr in gleichem Umfang einer MPU stellen. Ungeachtet des Umstands, dass einiges für ein täuschendes Erschleichen der damaligen positiven medizinisch-psychologischen Begutachtung sprechen mag, ist im vorliegenden Fall allein maßgeblich, ob nach dem

aktuellen Erkenntnisstand eine den rechtlichen Anforderungen genügende anlassbezogene Fragestellung gegeben ist. Eine erkennbar unzutreffende, den früheren Gutachter täuschende Darstellung eines Einstellungswandels mag bei einer Beurteilung charakterlicher Eignungszweifel berücksichtigt werden.

Die Inkonsistenz des zitierten zweiten Teils der Fragestellung wird auch nicht dadurch relativiert oder gar unerheblich, dass sie einer in der Kommentierung zu den Begutachtungsleitlinien beispielhaft genannten Formulierung entspricht (vgl. Schubert/Schneider/Eisenmenger/Stephan, Kommentar, Begutachtungsleitlinien zur Kraftfahreignung, 2. Aufl. 2005, zu Kap. 2.4, Nr. 3.6 („Ist trotz der aktenkundigen Straftaten zu erwarten, dass Herr/Frau ... die körperlichen und geistigen Anforderungen an das sichere Führen eines Kfz der Gruppe 1/2 (Fahrerlaubnisklasse ...) im Straßenverkehr erfüllt?“). Dieser Formulierungsvorschlag ist zu undifferenziert. Er nimmt nicht genügend zur Kenntnis, dass nach § 2 Abs. 4 Satz 1 StVG zwischen körperlicher, geistiger und charakterlicher Eignung zu unterscheiden ist und dass die Fokussierung auf körperliche und geistige Anforderungen nur vertretbar ist, wenn es (ggf. neben charakterlichen Eignungszweifeln) tatsächliche Hinweise auf das Vorliegen körperlicher oder geistiger Beeinträchtigungen gibt (so zutreffend Geiger, DAR 2011, 246). Dies ändert nichts daran, dass auch im Rahmen einer auf charakterliche Eignungszweifel konzentrierten MPU in gewissem – entsprechend geringem – Umfang auch medizinische Basisdaten zu erheben sein können, um eine krankhafte Beeinflussung bzw. Ursächlichkeit der auf charakterliche Defizite hindeutenden Verhaltensauffälligkeit des zu Untersuchenden auszuschließen. Mit einem schwerpunktmäßig auf körperliche und geistige Eignungsmängel abhebenden Gutachtensauftrag ist dies aber nicht gleichzusetzen.

Dass der Senat nur einen Teil der Fragestellung für rechtlich nicht haltbar ansieht, kann nicht dazu führen, dass dem Antragsteller im Rahmen des § 11 Abs. 8 Satz 1 FeV im Ergebnis doch eine insgesamt ungerechtfertigte Verweigerung der Beibringung des geforderten medizinisch-psychologischen Gutachtens anzulasten wäre. Die scharfe Sanktion des § 11 Abs. 8 Satz 1 FeV setzt grundsätzlich eine vollständig rechtmäßige Gutachtensanordnung voraus. Dies gilt auch bei mehreren Fragestellungen jedenfalls dann, wenn diese sich inhaltlich überschneiden – wie hier in Bezug auf die auch der ersten Fragestellung immanenten, aber gegenüber der zweiten Fragestellung ihrer Intensität nach wesentlich zu relativierenden Klärung etwaiger körperlicher oder geistiger Ursachen für Eignungsmängel. Es kann dem Betr. in einer solchen Konstellation nicht angesonnen werden, selbst entsprechende rechtliche Differenzierungen vorzunehmen und letztlich klüger und präziser sein zu müssen als die Fachbehörde. Ihm kann insbesondere auch nicht zugemutet werden, dem Gutachter etwa verständlich zu machen, dass entgegen dem behördlichen Gutachtensauftrag nur bestimmte Teile der Fragestellungen zulässigerweise zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden dürften. Anderes könnte nur gelten, wenn im Falle mehrfacher Fragestellungen diese ohne inhaltliche

Überschneidungen jeweils selbstständig tragend Gutachteraufträge konkretisieren (z.B. betreffend Drogenkonsum einerseits und auf Behinderung beruhende Leistungseinschränkungen andererseits), der Betr. sich also klar unterscheidbaren getrennten Fragestellungen gegenübersteht; in einer solchen Konstellation kann von ihm eine differenzierte Entschließung erwartet werden, ob und ggf. welchen Untersuchungen bzw. Fragestellungen er sich stellen oder im Verweigerungsfall die Sanktion des § 10 Abs. 8 Satz 1 FeV riskieren will. Dieser Fall liegt hier aber, wie dargelegt, nicht vor. Letztlich gilt auch in diesem Zusammenhang der Grundsatz, dass Unklarheiten zu Lasten der Verwaltung gehen.

Nach allem muss der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wegen der jedenfalls partiellen Inkongruenz von Gutachtensanlass und Fragestellung Erfolg haben, ohne dass es noch auf die – bei summarischer Prüfung nicht stichhaltigen – Rügen des Antragstellers ankommt, die Anordnung der sofortigen Vollziehung genüge nicht den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO und dem Antragsteller sei entgegen § 11 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz FeV nicht mitgeteilt worden, dass er die Unterlagen der Fahrerlaubnisbehörde einsehen könne; die letztere Behauptung ist aktenwidrig.

Der Senat verkennt nicht, dass sich nach Aktenlage Zweifel am Willen des Antragstellers aufdrängen, die Rechtsordnung allgemein und insbesondere im Verkehrsbereich zu respektieren. Der Senat weist deshalb darauf hin, dass es der Fahrerlaubnisbehörde unbenommen ist, den Antragsteller unter Wahrung der formellen und materiellen Anforderungen an eine Untersuchungsanordnung erneut zur Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens aufzufordern.

## Fahrtenbuchauflage

Urteil des VG Oldenburg v. 06.07.2011 – 7 A 3283/09 –

Zu den Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit einer Fahrtenbuchanordnung bei einer innerörtlichen Geschwindigkeitsüberschreitung um 29 km/h.

### ■ Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet. Der Bescheid des Bekl. v. 19.11.2009 ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Die Verfügung des Bekl. begegnet in formeller Hinsicht keinen Bedenken, zumal er den Kl. zuvor hinreichend angehört hat (...).

Auch in materieller Hinsicht ist die Anordnung zum Führen eines Fahrtenbuches nicht zu beanstanden. Die Voraussetzungen des § 31a StVZO sind erfüllt. Nach dieser Vorschrift kann die Behörde gegenüber einem Fahrzeughalter für ein oder mehrere auf ihn zugelassene oder künftig zuzulassen-

de Fahrzeuge die Führung eines Fahrtenbuchs anordnen, wenn die Feststellung des Fahrzeugführers nach einer Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften nicht möglich war (zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. mit weiteren Nachweisen Kammerbeschl. v. 23.12.2008 – 7 B 3216/08 und v. 09.03.2009 – 7 B 682/09).

Mit dem von dem Kl. gehaltenen Kfz wurde am 07.04.2009 ausweislich der Verwaltungsvorgänge des Bekl. ... eine Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften begangen, die „erheblich“ genug für die Fahrtenbuchanordnung, d.h. nicht geringfügig ist. Mit dem Fahrzeug des Kl. wurde die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h innerhalb geschlossener Ortschaften um 29 km/h überschritten. Ein solcher Verstoß zieht eine Geldbuße i.H.v. 100 EUR sowie die Eintragung von drei Punkten im Verkehrszentralregister nach sich.

Die Feststellung des Fahrzeugführers war „nicht möglich“ i.S.v. § 31a Abs. 1 S. 1 StVZO. Die in § 31a StVZO geforderte Unmöglichkeit der Feststellung des Fahrzeugführers liegt vor, wenn die Behörde nach den Umständen des Einzelfalles nicht in der Lage gewesen ist, den Täter zu ermitteln, obwohl sie alle angemessenen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat. Der notwendige Umfang der Ermittlungspflichten der Behörde bemisst sich danach, inwieweit der Halter seinerseits an der Ermittlung des Fahrzeugführers mitwirkt. Lehnt beispielsweise ein Fahrzeughalter erkennbar die Mitwirkung an den Ermittlungen ab, so muss die Behörde nach st. Rspr. des NdsOVG und der Kammer i.d.R. überhaupt keine weiteren Ermittlungen mehr durchführen, weil diese zeitraubend wären und kaum Aussicht auf Erfolg böten. An einer solchen Mitwirkung fehlt es bereits dann, wenn der Fahrzeughalter – wie hier – den Anhörungs- oder Zeugenfragebogen der Ordnungswidrigkeitenbehörde nicht zurücksendet bzw. weitere Angaben zum Personenkreis der Fahrzeugbenutzer nicht macht (vgl. NdsOVG, Beschl. v. 02.11.2006 – 2 LA 177/06 – zitiert nach juris [zfs 2007, 119]).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Ordnungswidrigkeitenbehörde (Stadtamt B) alle angemessenen und zumutbaren Maßnahmen zur Ermittlung des Fahrzeugführers ergriffen, ohne dass dies zur Feststellung des verantwortlichen Fahrzeugführers führte.

Der Kl. muss sich hier ein unzureichendes Mitwirken an der Fahrerfeststellung entgegenhalten lassen. Er hat den Anhörungsbogen v. 27.04.2009 nicht zurückgesandt. Der Kl. kann dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, er habe den Anhörungsbogen nicht erhalten. Die Absendung dieses Schreibens durch das Stadtamt B ist hinreichend belegt. Insoweit reicht es nach der st. Rspr. der Kammer und des NdsOVG aus, wenn – wie hier – die Übersendung anhand eines Datensatzauszugs nachvollzogen werden kann (vgl. z.B. NdsOVG, Beschl. v. 02.10.2007 – 12 ME 320/07 und v. 24.07.2008 – 12 LA 377/06; Beschl. der Kammer v. 05.06.2009 – 7 B 1461/09; bestätigt durch NdsOVG, Beschl. v. 27.10.2009 – 12 ME 146/09). Der in den Verwaltungsvorgängen enthaltene „Datenbestandsauszug“ vom 30.06.2009 (...) enthält einen ausdrücklichen Erledigungsvermerk bzgl. des Anhörungsbogens für den 27.04.2009

(...). Ferner ist davon auszugehen, dass der Kl. diesen Anhörungsbogen auch erhalten hat. Hier deuten verschiedene Indizien darauf hin, dass der Anhörungsbogen dem Kl. tatsächlich zugegangen ist, Zunächst ist – wie dargelegt – die Absendung des Schriftstücks hinreichend belegt. Dass an den Kl. adressierte Briefe oder andere Schriftstücke auf dem Postweg verloren gegangen wären oder ihn nicht erreicht hätten, hat dieser weder geltend gemacht, noch ist dies anderweitig erkennbar. Auch ein Rücklauf des Schreibens an die Behörde etwa mit dem Vermerk „unzustellbar“ u.Ä. ist nicht erfolgt. Soweit der Kl. den Zugang des Anhörungsbogens bestreitet, ist dieser Vortrag nicht hinreichend substantiiert, um die Vermutung des Zugangs des Anhörungsbogens zu erschüttern und nunmehr die Behörde zum Nachweis des Zugangs dieser Schreiben und des Zeitpunkts zu verpflichten (vgl. NdsOVG, Beschl. v. 27.10.2009 – 12 ME 146/09; Beschl. der Kammer v. 05.06.2009 – 7 B 1461/09). Der Vortrag des Prozessbevollmächtigten des Kl., er – der Kl. – würde ihm sämtliche behördlichen Schreiben, die er erhalte, vorlegen und der Umstand, dass der Kl. ihm das Anhörungsschreiben nicht vorgelegt habe, belege, dass der Kl. dieses Schreiben nicht erhalten habe, ist hierzu nicht geeignet. Der Prozessbevollmächtigte hat naturgemäß keine Kenntnis darüber, in welchem Umfang der Kl. ihm behördliche Schreiben nicht vorlegt. Folglich ist die Aussage, ihm würden sämtliche an den Kl. gerichteten behördlichen Schreiben vorgelegt, eine bloße Vermutung des Prozessbevollmächtigten. Dieser Vortrag vermag die von den o.g. Indizien ausgehende Beweiswirkung nicht zu erschüttern.

Der Rechtmäßigkeit der Anordnung zum Führen des Fahrtenbuches steht auch nicht entgegen, dass der Kl. den Anhörungsbogen nicht innerhalb von zwei Wochen erhalten hat. Zwar ist die Verfolgungsbehörde grds. gehalten, den Halter sobald wie möglich – im Regelfall innerhalb von zwei Wochen – von der mit seinem Fahrzeug begangenen Verkehrsordnungswidrigkeit zu unterrichten, damit er die Frage, wer zur Tatzeit sein Fahrzeug geführt hat, noch zuverlässig beantworten kann. Die Überschreitung der Zweiwochenfrist führt aber nicht zwangsläufig zur Rechtswidrigkeit einer Fahrtenbuchauflage. Die Zweiwochenfrist ist kein formales Tatbestandskriterium der gesetzlichen Regelung und keine starre Grenze. Sie beruht vielmehr auf dem Erfahrungssatz, wonach Personen Vorgänge nur einen begrenzten Zeitraum erinnern oder rekonstruieren können. Die Nichteinhaltung der Zweiwochenfrist ist unschädlich in den Fällen, in denen die Überschreitung des Zeitrahmens ausnahmsweise für die Unmöglichkeit der Feststellung des Fahrzeugführers nicht ursächlich gewesen sein konnte. Ein verspäteter Zugang eines Anhörungsschreibens wie das des Stadtamtes B v. 27.04.2009 ist nur dann für die Nichtermittelbarkeit des Fahrers kausal, wenn der Halter sich an den Vorfall nicht erinnern kann. Weiter ist es erforderlich, dass sich der Betroffene bereits im Ordnungswidrigkeitenverfahren darauf beruft, aufgrund des Zeitablaufs keine Erinnerung an den Fahrzeugführer mehr zu haben. Dies hat der Kl. nicht getan. Vielmehr hat er gegenüber der Polizei kundgetan, dass er den auf dem Foto abgebildeten Fahrer nicht kenne. Dies hat er im Rahmen seiner informatorischen Anhörung in der mündlichen Verhandlung bekräftigt. Er hätte den ver-

antwortlichen Fahrer danach auch dann nicht benennen können, wenn er den Anhörungsbogen innerhalb von zwei Wochen erhalten hätte. Zudem ist zu berücksichtigen, dass dem Kl. bei seiner Befragung durch die Polizei ein Foto von so guter Qualität vorgelegt wurde, dass dieses die Identifizierung des Fahrers grds. ermöglicht hätte. Damit wurden keine Anforderungen an sein Erinnerungsvermögen, sondern an sein Erkenntnisvermögen gestellt. Soweit der Kl. im gerichtlichen Verfahren schriftlich vorgetragen hat, er hätte den Fahrer durch Nachfragen innerhalb seiner Glaubensgemeinschaft ermitteln können, wenn ihm der Vorfall innerhalb von zwei Wochen zur Kenntnis gelangt wären, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Kl. in der mündlichen Verhandlung selbst vorgetragen hat, dass er nicht wisse, ob es ihm möglich gewesen wäre, selbst unter Zuhilfenahme des Fotos die Personalien des Fahrers durch Nachfragen innerhalb seiner Glaubensgemeinschaft zu ermitteln. Die Nichtbenennung des Fahrers durch den Kl. ist daher nicht auf die verblässende Erinnerung des Kl. zurückzuführen. Die „verspätete“ Anhörung des Kl. war damit nicht kausal für die Nichtbenennung des Fahrers.

Die Ordnungswidrigkeitenbehörde (Stadtamt B) hat unter Berücksichtigung des Verhaltens des Kl. im Ordnungswidrigkeitenverfahren alle angemessenen und zumutbaren Maßnahmen zur Ermittlung des Fahrzeugführers ergriffen, ohne dass dies zum Erfolg führte. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die zuständige Ermittlungsbehörde aufgrund der fehlenden Mitwirkung des Kl. im Ordnungswidrigkeitenverfahren (Nichtrücksendung des Anhörungsbogens) grds. nicht zu weiteren Ermittlungen verpflichtet gewesen ist. Zusätzliche Bemühungen der Behörde zur Feststellung des Fahrzeugführers – wie sie das Stadtamt B hier ergriffen hat – ändern an dieser Rechtslage nichts. Sie deuten nicht darauf hin, dass weitere Maßnahmen zur Feststellung des Fahrzeugführers geboten gewesen seien, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dessen Feststellung sei nicht möglich. Die Behörde ist nur dann zu weiteren Ermittlungen gezwungen, wenn sich im Einzelfall besondere Anzeichen ergeben haben, die auf die Person des Fahrzeugführers hindeuten (NdsOVG, Beschl. v. 31.10.2006 – 12 LA 463/05, juris; BVerwG, Urt. v. 17.12.1982 – 7 C 3.80, VRS 64, 466). Das ist hier nicht der Fall.

Das Stadtamt B hat die Polizei Z. mit der Befragung des Kl. zur Ermittlung des verantwortlichen Fahrzeugführers beauftragt. Aufgrund dessen befragte der Polizeibeamte P. den Kl. und seine Ehefrau am 10. und 11.06.2009. Diese Befragung erbrachte jedoch keine besonderen Anhaltspunkte, die auf die Person des Fahrzeugführers hindeuteten. Zunächst einmal konnte der Polizeibeamte anhand des Tatfotos feststellen, dass es sich bei dem Kl. nicht um den verantwortlichen Fahrer, sondern um die sich zum Zeitpunkt des Verkehrsverstoßes auf dem Beifahrersitz befindliche Person handelte. Auf Befragen und Vorlage des Tatfotos erklärten der Kl. und seine Ehefrau übereinstimmend, den Fahrer nicht zu kennen und seine Personalien nicht nennen zu können. Der Ordnungswidrigkeitenbehörde kann nicht deshalb ein unzureichendes Ermittlungsverhalten entgegengehalten werden, weil zu der Befragung bei der Polizei kein Dolmetscher hinzugezogen wurde. Zum einen steht

zur Überzeugung des Gerichts aufgrund der informatorischen Befragung des Kl. in der mündlichen Verhandlung fest, dass der Kl. das Anliegen des Polizeibeamten ausreichend verstanden hat und auch seine Äußerungen von dem Polizeibeamten im Wesentlichen richtig verstanden wurden. Der Kl. hat auf Befragen des Gerichts vorgetragen, der Polizeibeamte habe ihm erklärt, er – der Kl. – sei geblitzt worden. Auf weitere Nachfrage des Gerichts, ob er verstanden habe, dass die Polizei von ihm habe wissen wollen, wer der Fahrer auf dem Foto sei, erklärte der Kl., er sei von der Polizei gefragt worden, wer der auf dem Foto zu erkennende Fahrer sei. Er habe daraufhin erklärt, er kenne den Fahrer nicht. Ein solcher Gesprächsverlauf wird auch im Grundsatz in dem Vermerk des Polizeibeamten B. v. 20.08.2009 wiedergegeben, im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass wohl auch keine grds. Verpflichtung der Polizei bestand, einen Dolmetscher hinzuzuziehen. Art. 6 Abs. 3e EMRK ist auf das behördliche Bußgeldverfahren – zumindest bis zum Erlass eines Bußgeldbescheides – nicht anwendbar (vgl. hierzu Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage 2006, § 46, Rn 6 ff.).

Unerheblich ist zudem die Frage, ob es dem Kl. tatsächlich möglich war, den Fahrer zu benennen oder ob er – wie er behauptet – den Fahrer nicht kannte und weder Namen noch Adresse benennen konnte. Für den Tatbestand des § 31 a StVZO ist nicht entscheidend, ob der Fahrzeughalter, der sein Fahrzeug anderen überlassen hat, subjektiv in der Lage gewesen ist, den schließlich verantwortlichen Fahrzeugführer zu benennen. Die Fahrtenbuchanordnung verfolgt den Zweck, die gebotene Überwachung der Fahrzeugbenutzung durchzuführen und den Fahrzeughalter zur zukünftigen Mitwirkung bei der Feststellung des Fahrzeugführers im Falle eines erneuten Verkehrsverstößes anhalten zu können. In den Fällen, in denen das Kfz – wie hier – auch an Dritte weitergegeben wird, hilft das Fahrtenbuch auch dem Halter bei der Überwachung der Fahrzeugbenutzer (Beschl. der Kammer v. 27.01.2010 – 7 B 178/10 m.w.N.; bestätigt durch: NdsOVG, Beschl. v. 12.03.2010 – 12 ME 43/10).

Entgegen der Auffassung des Kl. ist eine abweichende Entscheidung auch nicht deshalb geboten, weil das für das Ordnungswidrigkeitenverfahren zuständige Stadtamt B dem vom Prozessbevollmächtigten des Kl. vorgetragene Akteneinsichtsgesuch im Bußgeldverfahren nicht entsprochen hat. Das Unterbleiben der Aktenübersendung im Ordnungswidrigkeitenverfahren wirkt sich nicht automatisch negativ auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung zum Führen eines Fahrtenbuches aus. Vielmehr ist auch in diesem Zusammenhang – unter Zugrundelegung der oben dargestellten Grundsätze zum erforderlichen Ermittlungsumfang bei unzureichender Mitwirkung des Betroffenen – zu prüfen, ob das Unterbleiben der Aktenübersendung kausal für die Nichtfeststellbarkeit des verantwortlichen Fahrzeugführers war. Eine Unbeachtlichkeit ist etwa in den Fällen anzunehmen, in denen dem jeweiligen Halter mit der Anhörung ein Foto des Fahrers beim Verkehrsverstoß übersandt wurde. In diesen Fällen ist das Unterbleiben einer beantragten Aktenübersendung unschädlich, weil die Akten bei einem Geschwindigkeitsverstoß außer

dem Lichtbild des Fahrers in der Regel nichts enthalten, was für die Identifizierung von Bedeutung ist (VGH Mannheim, Beschl. v. 23.08.1996 – 10 S 1867/96, NZV 1996, 470 f.; Beschl. v. 01.10.1992 – 10 S 2173/92, NZV 1993, 47 f.). Im vorliegenden Fall enthielt der Anhörungsbogen des Stadtamtes B v. 27.04.2009 zwar kein Foto des Fahrers, gleichwohl war das Unterbleiben der Aktenübersendung nicht kausal für die Nichtfeststellung des Fahrers. Der Prozessbevollmächtigte des Kl. beantragte mit Schreiben v. 22.06.2009 Akteneinsicht beim Polizeikommissariat Z. Zu diesem Zeitpunkt war dem Kl. das Foto des verantwortlichen Fahrers bereits seit fast zwei Wochen bekannt, da es ihm bei den Befragungen auf der Polizeidienststelle am 11.06.2009 gezeigt wurde. Dort hat der Kl. unmissverständlich erklärt, er kenne den Fahrer nicht und könne die Personalien auch nicht mitteilen. Es spricht nach Überzeugung des Gerichts Überwiegendes dagegen, dass der Kl. im Falle der gewährten Akteneinsicht den verantwortlichen Fahrer durch Nachfragen in seinem Bekanntenkreis anhand des ihm dann überlassenen Fotos ermittelt und dessen Personalien der Ordnungswidrigkeitenbehörde mitgeteilt hätte. Zum einen ist nicht ersichtlich, dass der Kl. bei der Befragung durch die Polizei Interesse daran gezeigt hätte, dass ihm eine Ablichtung des Fotos (zur Durchführung eigenständiger Ermittlungen zur Feststellung des Fahrers) ausgehändigt wird. Zum anderen hat der Kl. bei seiner informatorischen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, er wisse nicht, ob er den Fahrer hätte ermitteln können, wenn ihm ein Foto mitgegeben worden wäre. Das Unterbleiben der Gewährung der Akteneinsicht ist auch deswegen im konkreten Einzelfall unbeachtlich im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Fahrtenbuchanordnung, weil zum Zeitpunkt des Antrages auf Gewährung von Akteneinsicht bereits feststand, dass der Kl. als Fahrer ausschied. Der Polizeibeamte P. konnte bei der persönlichen Befragung feststellen, dass es sich bei dem Kl. um den auf dem Foto erkennbaren Beifahrer und nicht den Fahrer handelte. Die fehlende Akteneinsicht ist dann nicht kausal für die Einstellung des Verfahrens, wenn die polizeilichen Ermittlungen – wie hier – zu dem Ergebnis führen, dass der Kl. als Fahrer ausscheidet (VG München, Gerichtsbescheid 19.04.2007 – M 23 K 07.227, juris).

Der Rechtmäßigkeit der Anordnung zum Führen eines Fahrtenbuches steht auch nicht entgegen, dass das Stadtamt B das Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits vor dem Eintritt der Verfolgungsverjährung eingestellt hat, da hier keine weiteren Ermittlungstätigkeiten der Ordnungswidrigkeitenbehörde angezeigt waren. Auf die Frage, ob – wie der Kl. meint – vor dem Eintritt der Verjährung noch eine richterliche Vernehmung des Kl. als weitere Ermittlungstätigkeit zeitlich noch möglich gewesen wäre (...), kommt es nicht an, da die Ermittlungsbehörde hierzu wegen der mangelnden Mitwirkung des Kl. nicht verpflichtet war. Zudem lagen hier keine besonderen Anhaltspunkte vor, dass die Person des Fahrzeugführers durch die richterliche Befragung hätte ermittelt werden können.

Die Anordnung zum Führen eines Fahrtenbuches ist auch verhältnismäßig und nicht etwa ermessensfehlerhaft i.S.d. § 114 S. 1 VwGO. Der angegriffene Bescheid des Bekl. lässt er-

kennen, dass er das Entschließungsermessen aus § 31a StVZO ausgeübt hat. Auch lässt die Dauer der Fahrtenbuchanordnung keine Ermessensfehler erkennen. Insb. verstößt diese nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In der verwaltungsgerichtlichen Rspr. ist geklärt, dass schon ein einmaliger Verstoß gegen Verkehrsvorschriften, der nach der Anlage 13 zu § 40 FeV mit nur einem Punkt zu bewerten ist, regelmäßig so erheblich ist, dass die Anordnung des Führens eines Fahrtenbuches möglich ist, ohne dass es einer besonderen Begründung bedarf. Bei einem Verkehrsverstoß wie dem hier maßgeblichen vom 07.04.2009 ist angesichts seiner Bewertung mit drei Punkten im Verkehrszentralregister und einer Geldbuße von 100 EUR demgemäß auch ein Führen eines Fahrtenbuchs für die Dauer von 6 Monaten nicht zu beanstanden.

Auch die Kostenfestsetzung in dem angefochtenen Bescheid ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 6a Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 S. 1 StVG, §§ 1, 3, 4 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebOSt) i.V.m. Ziff. 252 des Gebührentarifs für Maßnahmen im Straßenverkehr (Anl. 1 zu § 1 GebOSt) ist für die Anordnung einer Fahrtenbuchauflage eine Gebühr von 21,50 EUR bis 93,10 EUR festzusetzen. Innerhalb dieses Rahmens ist die im Einzelfall angemessene Gebühr nach dem in § 9 VwKG aufgestellten Kriterium des Verwaltungsaufwands für die einzelne Amtshandlung zu bestimmen. Insoweit bedarf es allerdings nicht einer bis ins Einzelne gehenden Kostenberechnung (VG Braunschweig, Urt. v. 16.08.2004 – 6 A 477/03, juris; VG Braunschweig, Urt. v. 02.04.2003 – 6 A 83/02 und 6 A 602/02, juris; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 01.04.1993 – 11 B 79/92, Buchholz 442.10 § 6a StVG Nr. 6). Wenn die Behörde bei einem durchschnittlichen Verwaltungsaufwand eine Gebühr bis zur Mitte des Rahmens – die hier bei 57,30 EUR liegt – festsetzt, genügt es regelmäßig, den Gebührenrahmen und die zu berücksichtigenden Bemessungsgesichtspunkte zu nennen (VG Cottbus, Urt. v. 11.09.2007 – 2 K 1526/04, juris). Eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens nach oben erfordert demgegenüber grds. eine besondere Begründung (VG Cottbus, a.a.O.). Hier hat die Bekl. eine Gebühr von 54,21 EUR festgesetzt und ist damit unterhalb der mittleren Gebühr geblieben. Die Begründung, die der Bescheid des Bekl. v. 19.11.2009 gibt, ist ausreichend. Der Bekl. benennt die mit der Anordnung zum Führen des Fahrtenbuches verbundenen Tätigkeiten der Verwaltung sowie die zugrunde zu legenden Mindeststundensätze für die Personalkosten.

Die Klage war daher mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. ...

## Kündigung wegen Fahrerlaubnisentzug

Urteil des LSG Stuttgart v. 08.06.2011 – L 3 AL 1315/11 –

1. Wird einem Berufskraftfahrer wegen einer Verkehrsstraftat die Fahrerlaubnis entzogen und kündigt der Arbeitgeber daraufhin das Arbeitsverhältnis, weil er den Mitarbeiter nicht mehr beschäftigen kann, so war ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Ursache der Arbeitslosigkeit, weswegen grundsätzlich eine Sperrzeit eintreten kann.
2. Es fehlt jedoch an der groben Fahrlässigkeit des Mitarbeiters bezüglich der Verursachung der Arbeitslosigkeit, wenn der Grund für den Entzug der Fahrerlaubnis lediglich eine fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs – ohne Einfluss berauschender Mittel – war und ihm auch wegen der Umstände des Einzelfalles kein leichtfertiges Verhalten vorgeworfen werden kann.

### ■ Aus den Gründen:

Zu Recht hat das SG über den Sperrzeitbescheid vom 9. und den Bewilligungsbescheid vom 10.06.2009 entschieden. Beide hängen prozessual untrennbar zusammen.

Ebenfalls zu Recht hat das SG der Anfechtungs- und Leistungsklage des Kl. (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Var. 1, Abs. 4 SGG) stattgegeben. Sie war zulässig und begründet.

- a) Des Kl. – unstrittig bestehender – Anspruch auf Alg ab dem 12.05.2009 ruhte in dem streitigen Zeitraum nicht wegen einer Sperrzeit.

Der Anspruch des Arbeitslosen auf Arbeitslosengeld ruht nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) für die Dauer einer Sperrzeit, wenn sich der Arbeitslose versicherungswidrig verhalten hat, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben.

- aa) Allerdings hat sich der Kl. entgegen der Ansicht des SG arbeitsvertragswidrig verhalten.

Mit dem Begriff „arbeitsvertragswidriges Verhalten“ knüpft das SGB III an die zivilrechtlichen Regelungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an. Ein solches Verhalten liegt vor, wenn der Arbeitnehmer gegen Haupt- oder Nebenpflichten aus seinem Arbeitsvertrag (§§ 611 ff. Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) verstößt, seien diese kraft Gesetzes angeordnet, seien sie – wirksam – einzelvertraglich vereinbart worden. Grundsätzlich reicht hier ein objektiv arbeitsvertragswidriges Verhalten aus, also der Verstoß gegen die vertraglichen Pflichten selbst (vgl. Karmanski,

in: Niesel/Brand, SGB III 5. Aufl. 2010, § 144 Rdn. 46). Auf einen subjektiven Verschuldensvorwurf kommt es hier nicht an, unabhängig davon, ob bestimmte zivilrechtliche Rechtsfolgen des Vertragsverstoßes ein Verschulden voraussetzen. Dies folgt schon daraus, dass § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III das Verschulden als eigenständiges Tatbestandsmerkmal und Voraussetzung einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe ausgestaltet hat. Die Norm verlangt nämlich, dass der Arbeitslose vorsätzlich oder grob fahrlässig – im Hinblick auf die spätere Arbeitslosigkeit – gehandelt hat. Das Sozialrecht verlangt hiermit für eine Sperrzeit ein erhöhtes Maß an Verschulden, denn es lässt – anders als § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB und nach § 619a BGB grundsätzlich auch im Arbeitsrecht – einfache Fahrlässigkeit nicht genügen (vgl. Karmanski, a.a.O., Rdn. 53).

Der Kl. hat gegen arbeitsvertragliche Nebenpflichten verstoßen. Nach Nr. 12 Abs. 10 des Arbeitsvertrags vom 03.12.2007 war er für die Einhaltung der Verkehrsvorschriften verantwortlich. Nach Nr. 14 Abs. 2 letzter Punkt des Vertrags stellte es für die Spedition einen Grund für eine fristlose Kündigung dar, wenn der Kl. einstweilen oder endgültig seine Fahrerlaubnis verliere oder gegen ihn ein Fahrverbot verhängt werde. Aus diesen Klauseln ergibt sich eindeutig, dass es eine vertragliche Nebenpflicht des Kl. war, alle Verkehrsvorschriften einzuhalten und insbesondere kein Verhalten zu zeigen, das zu einem Verlust der Fahrerlaubnis führen würde oder könnte. Der Senat geht im Einklang mit der auch von der Bekl. zitierten arbeitsgerichtlichen Rspr. davon aus, dass diese arbeitsvertraglichen Klauseln wirksam sind. Sie konkretisieren den Begriff des wichtigen Grundes aus § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB, der schon nach dem Gesetz (§ 626 Abs. 1 BGB) für eine außerordentliche fristlose Kündigung ausreicht. Das Verhalten des Kl. hat zu einem Entzug seiner Fahrerlaubnis geführt.

Im Übrigen liegt auch ein – objektiver – Verstoß gegen vertragliche Hauptpflichten vor. Der Kl. war als Berufskraftfahrer eingestellt worden. Nach dem Entzug der Fahrerlaubnis war es ihm unmöglich geworden, seine Arbeitspflichten aus § 611 BGB zu erfüllen. Faktisch zwar hätte er noch fahren können. Da er sich in diesem Falle jedoch wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis strafbar gemacht hätte, konnte er die Erfüllung aus rechtlichen Gründen verweigern (§ 275 Abs. 3 BGB).

- bb) Es besteht auch der notwendige Kausalzusammenhang zwischen dem arbeitsvertragswidrigen Verhalten des Kl. und der Kündigung.

Einen solchen Kausalzusammenhang setzt § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III voraus (vgl. Karmanski, a.a.O., Rdn. 49 ff.), wobei hier nicht der weitere Kausalverlauf zwischen der Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses und der anschließenden Arbeitslosigkeit gemeint ist, der durch den Begriff „dadurch“ in der Norm beschrieben wird.

Zu klären ist, ob das objektiv arbeitsvertragswidrige Verhalten des Arbeitslosen Anlass für die Kündigung war. Es reicht aber nicht ein bloß tatsächlicher Zusammenhang, insbesondere nicht, dass das Verhalten nach der allgemeinen Lebenserfahrung überhaupt geeignet ist, eine Kündigung auszulösen (BSG, Urteil vom 21.07.1988, 7 RAR 41/86, Juris Rdn. 26). Vielmehr ist grundsätzlich relevant, ob die Kündigung des Arbeitgebers zu Recht ausgesprochen wurde, also zivilrechtlich wirksam ist (Karmanski, a.a.O., Rdn. 50). Allerdings haben die Bekl. und die Sozialgerichte diese Frage eigenständig zu prüfen, sie sind nicht an etwaige arbeitsgerichtliche Entscheidungen gebunden (Lüdtke, in: Lehr- und Praxiskommentar [LPK] SGB III, 2008, § 144 Rdn. 12 m.w.N.). Andererseits sind für die sozialrechtliche Prüfung nur die materiell-, nicht aber etwaige verfahrensrechtliche Voraussetzungen der Arbeitgeberkündigung relevant. So ist bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung – nur – festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB (vgl. § 314 BGB) vorgelegen haben, also ein wichtiger Grund für die Kündigung vorlag und dem Arbeitgeber daher die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war (Karmanski, a.a.O., Rdn. 51 m.w.N.). Bei einer ordentlichen Kündigung, wobei für § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III ohnehin nur eine verhaltensbedingte Kündigung relevant sein kann, ist allgemein festzustellen, ob sie zu Recht ausgesprochen wurde (Karmanski, a.a.O., Rdn. 50). In beiden Fällen fehlt es (auch) an der Kausalität zwischen Verhalten und Kündigung, wenn der Kündigung eine arbeitsrechtlich erforderliche Abmahnung nicht vorausgegangen ist (Lüdtke, a.a.O., Rdn. 12 m.w.N.; anders Karmanski, a.a.O., Rdn. 45, der allerdings in diesen Fällen das Verschulden des gekündigten Arbeitnehmers an der Arbeitslosigkeit verneint). Nicht erheblich ist dagegen, ob z.B. die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten wurde, die Kündigung entsprechend § 623 BGB schriftlich ausgesprochen wurde, die nach § 174 Satz 1 BGB ggfs. erforderliche Vollmacht beilag oder nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG der Betriebsrat angehört wurde (Lüdtke, a.a.O., Rdn. 12). Ferner ist es für das Sozialrecht unerheblich, ob eine etwa unwirksame außerordentliche Kündigung in eine wirksame ordentliche umgedeutet werden kann (§140 BGB) oder der Arbeitgeber hilfsweise auch ordentlich gekündigt hat. Wenn die tatsächlich ausgesprochene außerordentliche Kündigung rechtswidrig war, das Verhalten des Arbeitnehmers aber eine ordentliche Kündigung rechtfertigte, kann dies eine Sperrzeit nicht verhindern, es verschiebt sich lediglich der Beginn dieser Sperrzeit auf das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist (Karmanski, a.a.O., Rdn. 52).

Nach diesen Kriterien ist es irrelevant, ob die Spedition im Mai 2009 noch wegen eines Verhaltens im März kündigen konnte oder die zweiwöchige Frist des § 626 Abs. 2 BGB schon abgelaufen war.

Arbeitsrechtlich kommt es ferner nicht generell darauf an, ob der Arbeitnehmer den Kündigungsgrund schuldhaft gesetzt hat, also schuldhaft gegen seine arbeitsvertragli-

chen Pflichten verstoßen hat. § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB regelt diesen Punkt dahin, dass bei Kündigungen in diesen Fällen eine Nachfristsetzung oder eine Abmahnung nötig ist, aber auch ausreicht. Ob Verschulden vorliegt, ist darüber hinaus im Rahmen der nach § 314 Abs. 1, § 626 Abs. 1 BGB nötigen Abwägung relevant.

Entgegen der Ansicht des Kl. war die Kündigung hier wirksam, auch wenn zuvor keine Abmahnung ausgesprochen wurde. Zwar bestimmt § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich, dass eine „erfolglose“ Abmahnung nötig ist. Nach § 314 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB ist jedoch in einigen Fällen eine Abmahnung entbehrlich (vgl. Stadler, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl. 2007, § 314 Rdn. 6). Zu diesen Fällen gehört auch die Unmöglichkeit der Hauptleistung, auch in den Fällen des § 275 Abs. 3 BGB (vgl. § 326 Abs. 5 Halbsatz 2 BGB). Eine Abmahnung soll eine Verhaltensänderung herbeiführen und sicherstellen, dass der Arbeitnehmer in Zukunft, und zwar sofort, seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Dies ist nicht möglich, wenn es dem Arbeitnehmer unmöglich ist, die geschuldeten Arbeitsleistungen weiterhin zu erbringen. So war es hier. Insofern liegt hier ein Fall vor, in dem personen- und verhaltensbedingte Gründe zusammen für die Kündigung relevant werden, nämlich eine verhaltensbedingt verursachte persönliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung (so im Ergebnis auch LSG Stuttgart, Urteil vom 25.02.2011, L 8 AL 3458/10, Juris Rdn. 25). Diese beiden Begriffe sind hier im Bereich der außerordentlichen Kündigung ohnehin nur mittelbar relevant, nämlich im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen. Die Begriffe einer Verhaltens- bzw. personenbedingten Kündigung sind direkt nur bei einer ordentlichen Kündigung nach § 1 KSchG erheblich.

Letztlich ging auch die nach § 314 Abs. 1 Satz 2, § 616 Abs. 1 BGB erforderliche Abwägung der Interessen der beiden Arbeitsvertragsparteien zu Lasten des Kl. aus. Die Spedition hatte keinen Ersatzarbeitsplatz, auf dem der Kl. in der Zeit bis zur Wiedererlangung der Fahrerlaubnis ohne Arbeit als Kraftfahrer hätte eingesetzt werden können. In diesem Fall ist einem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. Hinzu kommt, dass es offen war, ob und ggfs. wann der Kl., der ja nicht nur ein Fahrverbot erhalten hatte, seine Fahrerlaubnis von der Erlaubnisbehörde wieder erlangen würde und dass der Zeitraum bis dahin auf jeden Fall lang war (ab dem 07.05.2011 bis vier Monate nach Rechtskraft des Urteils vom 27.07.2009, also mindestens bis zum 03.12.2009). An dieser Stelle, bei der Abwägung der Interessen der Vertragsparteien, sprach auch gegen den Kl., dass dieser den Verlust seiner Fahrerlaubnis schuldhaft verursacht hatte, nämlich auf Grund eines mindestens fahrlässig verursachten Verkehrsverstoßes (und nicht etwa wegen Krankheit oder dgl.).

cc) Jedoch folgt der Senat der Hilfserwägung des SG, der Kl. habe seine Arbeitslosigkeit nicht grob fahrlässig verursacht, wie es § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III weiter voraussetzt.

- (1) Grobe Fahrlässigkeit liegt nur vor, wenn der Arbeitnehmer die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, wobei von einem individuellen, subjektiven Maßstab auszugehen ist (Karmanski, a.a.O., Rdn. 53). Die grobe Fahrlässigkeit muss sich, darin ist dem SG zu folgen, auf alle Glieder der Kausalkette vom arbeitsvertragswidrigen Verhalten bis hin zur Arbeitslosigkeit erstrecken (Karmanski, a.a.O., Rdn. 53).
- (2) Hiernach lag grobe Fahrlässigkeit sicherlich hinsichtlich der beiden letzten Glieder der Kausalkette vor. Der Kl. wusste, dass er seinen Arbeitsplatz verlieren würde, sobald er keine Fahrerlaubnis mehr haben würde, denn ihm war die interne Struktur der Spedition bekannt, sodass er auch wusste, dass es keinen Ersatzarbeitsplatz gab. Ebenso war ihm klar, dass er nicht kurzfristig eine andere Beschäftigung finden konnte, jedenfalls nicht als Kraftfahrer.
- (3) Jedoch hat der Kl. den ursprünglichen Verkehrsverstoß, der zum Verlust der Fahrerlaubnis rührte, nur einfach fahrlässig, nicht aber grob fahrlässig nach dem hier anzulegenden subjektiven Maßstab begangen.

Bereits das AG ist insgesamt nur von Fahrlässigkeit ausgegangen. Es hat die Verurteilung des Kl. auf eine „doppelt fahrlässige“ Straßenverkehrgefährdung (§ 315c Abs. 3 Nr. 2 StGB) gestützt, also auf einen – nur – fahrlässigen Verstoß gegen das Überholverbot i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b StGB und eine fahrlässige Verursachung der Gefahren für die anderen Verkehrsteilnehmer. Es ist zwar davon ausgegangen, dass der Kl. das Überholverbot vorsätzlich missachtete, zumal er die Strecke und auch das Überholverbot kannte. Aber schon bei dem zweiten Merkmal der Tathandlung „grob verkehrswidrig und rücksichtslos“ hat ihm das AG nur vorgeworfen, „zumindest fahrlässig“ gehandelt zu haben. Das Gleiche gilt für die weitere Voraussetzung einer Strafbarkeit nach § 315c Abs. 1 StGB, der konkreten Gefährdung von Leib oder Leben anderer Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert. Dass das AG zu diesen beiden Punkten insgesamt keine grobe, sondern nur einfache Fahrlässigkeit angenommen hat, dürfte sich auch daraus ergeben, dass es nur eine geringfügige Geldstrafe am unteren Rand des Strafrahmens verhängt und eine im Rahmen des § 69a Abs. 4 Satz 2 StGB sehr kurze Restsperrfrist angeordnet hat.

Der Senat jedenfalls ist der Ansicht, dass der Kl. nicht grob fahrlässig gehandelt hat. Er hatte es nicht verabsäumt, in die Außenspiegel zu schauen, jedoch keine anderen Fahrzeuge hinter oder neben sich gesehen. Außerdem ist es im Straßenverkehr durchaus üblich, dass in einer Kolonne nach einem Hindernis zunächst das erste der nachfolgenden Fahrzeuge überholt und diese dann in der jeweiligen Reihenfolge nachfolgen, auch wenn dies straßenverkehrsrechtlich nicht vorgeschrieben ist.

- (4) Unabhängig hiervon ist davon auszugehen, dass dem Kl. hinsichtlich der Entziehung der Fahrerlaubnis keine grobe

Fahrlässigkeit anzulasten ist. Zwar sind Delikte nach § 315c Abs. 2 Nr. 1 StGB Katalogtaten (§ 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB), auch sie führen aber nur „i.d.R.“ zu einer Entziehung der Fahrerlaubnis. Es ist daher glaubhaft, wenn der Kl. anführt, er habe nicht damit gerechnet, dass der Verstoß gegen das Überholverbot zum Verlust der Fahrerlaubnis führen werde. Bei dem hier anzulegenden subjektiven Maßstab und den höheren Anforderungen der groben gegenüber der leichten Fahrlässigkeit kann nicht gesagt werden, er habe – zwingend – mit dieser Folge rechnen müssen.

- (5) Mit dieser Ansicht, es habe keine grobe Fahrlässigkeit vorgelegen, weicht der Senat nicht von dem genannten Urteil des LSG vom 25.02.2011 ab. Dort war der Grund für die Entziehung der Fahrerlaubnis und die anschließende Kündigung eine (private) Trunkenheitsfahrt mit einer BAK von 1,95 ‰. Im Bereich des § 316 Abs. 1, Abs. 2 StGB reicht die reine, vorsätzlich oder fahrlässig begangene Tat im Zustand absoluter Fahruntüchtigkeit für die Entziehung der Fahrerlaubnis aus (§ 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Im Falle des Kl. musste die konkrete Gefährdung hinzukommen. Der Senat meint, dass jeder Autofahrer weiß oder im Sinne grober Fahrlässigkeit wissen muss, dass eine Trunkenheitsfahrt mit einer BAK über 1,1 ‰ zum Verlust der Fahrerlaubnis

führt, dass dies aber nicht gleichermaßen bei Delikten nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchstaben a bis g StGB der Fall ist.

- b) Die weiteren Voraussetzungen des klägerischen Anspruchs auf Alg für die Zeit ab dem 12.05.2009 liegen vor. Insbesondere hatte sich der Kl. – am 12.05.2009 – arbeitslos gemeldet und stand den Vermittlungsbemühungen der Bekl. zur Verfügung. Sonstige Ruhestatbestände, etwa wegen einer Abfindung oder einer verspäteten Arbeitsuchendmeldung, liegen nicht vor. Die Höhe des geltend gemachten Anspruchs auf Arbeitslosengeld muss der Senat nicht feststellen, nachdem der Kl. seinen Leistungsantrag zulässigerweise (§ 130 Abs. 1 Satz 1 SGG) auf eine Verurteilung dem Grunde nach beschränkt hat.
4. Der Senat sieht keine Gründe für die Zulassung der Revision. Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung i.S.v. § 160 Abs. 2 SGG, denn die Entscheidung beruht auf einer rein tatrichterlichen Würdigung des Sachverhalts im Bereich der groben Fahrlässigkeit. Eine ausdrückliche Entscheidung über die Zulassung im Tenor dieses Urteils war nicht notwendig, nachdem nur der Kl. hilfsweise die Zulassung beantragt hatte, dieser aber bereits mit seinem Hauptantrag Erfolg hat.

## Erfüllungsort

Mangels einer eigenständigen Regelung im Kaufrecht des BGB gilt für den Erfüllungsort der Nacherfüllung die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB.

Fehlen vertragliche Vereinbarungen zum Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.

BGH – VIII ZR 220/10 – (VRS Bd. 121, 193)

## Kennzeichenmissbrauch

Wegen Kennzeichenmissbrauch nach § 22 Abs. 1 Nr. 3 StVG ist strafbar, wer bei Dunkelheit die Fahrzeugbeleuchtung und damit auch die Kennzeichenbeleuchtung ausschaltet, um (auch) die Ablesbarkeit des hinteren Kennzeichens zu vereiteln.

OLG Stuttgart – 2 Ss 344/11 – (VRS Bd. 121, 146)

## Abfindungsvergleich

Mit einem Abfindungsvergleich endet die Hemmung der Verjährung auch hinsichtlich der vorbehaltenen Ansprüche. Die Verjährung beginnt insoweit neu zu laufen.

Ein Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede liegt weder in der Vereinbarung des Vorbehalts noch in der erklärten Bereitschaft, ggfs. auch die Zukunftsschäden abzufinden; für die Auslegung ist auf die Sicht des anwaltlich vertretenen Geschädigten abzustellen.

Dem Ersatzpflichtigen ist es in der Regel auch nicht verwehrt, sich auf die Verjährung zu berufen.

OLG Rostock – 5 U 225/09 – (r+s 2011, 490)

## Verzug der Kfz-Kaskoversicherung

Die Kaskoversicherung ist eine Sachversicherung und umfasst keine Vermögensschäden, die sich – wie die Nutzungsausfallentschädigung – erst an eine Sachwertbeschädigung anschließen.

Auch bei Verzug des Versicherers besteht kein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung, denn dies würde den Verlust der Gebrauchsmöglichkeit des Fahrzeugs durch eine unmittelbare Einwirkung auf das Fahrzeug selbst voraussetzen. Die bloße Nichtzahlung der Versicherungsleistung stellt jedoch keine solche unmittelbare Einwirkung dar.

OLG Hamm – I-20 U 208/10 – (VersR 2011, 1259)

## Sturz im Linienbus

Der Fahrer eines Linienbusses darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Fahrgäste entsprechend ihrer Verpflichtung aus § 14 III Nr. 4 BOKraft selbst dafür sorgen, sich im Fahrzeug stets einen festen Halt zu verschaffen. Dies gilt auch beim Anfahren, es sei denn, die besondere Hilfsbedürftigkeit des Fahrgastes musste sich dem Fahrer aufdrängen.

Gibt es keinerlei Anhaltspunkte für eine sonstige Ursache des Sturzes eines Fahrgastes, sind insbesondere auch andere Fahrgäste nicht gestürzt, spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Sturz jedenfalls weit überwiegend auf mangelnde Vorsicht des Fahrgastes zurückzuführen ist. Kann dieser Anscheinsbeweis nicht entkräftet werden, tritt die auf Seiten des Betreibers des Linienbusses zu berücksichtigende Betriebsgefahr gänzlich zurück.

OLG Bremen – 3 U 19/10 – (NZV 2011, 540)

## Rückwärts ausparken

Wer rückwärts aus einer Parktasche auf die Fahrbahn fährt und dabei ein anderes Fahrzeug beschädigt, muss eine tatsächliche Vermutung für eine Sorgfaltspflichtverletzung gegen sich gelten lassen. Kann er diese nicht widerlegen, ist seine alleinige Haftung begründet, da die bloße Betriebsgefahr des geschädigten Fahrzeugs gegenüber dem schwerwiegenden Verschulden nicht ins Gewicht fällt.

OLG Köln – 5 U 26/11 – (DAR 2011, 640)

## Kosten der Schadenbeseitigung

Der Geschädigte eines Verkehrsunfalls muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass er mit den erforderlichen Instandsetzungskosten in Vorlage zu treten oder zur Vermeidung von Folgeschäden einen Kredit aufzunehmen hat. Auch bei Bestehen einer Vollkaskoversicherung besteht keine Obliegenheit, Reparaturkosten vorzufinanzieren.

Ein Anspruch auf Ersatz von Mietwagenkosten nach einem Verkehrsunfall besteht auch dann, wenn zwar der Geschädigte selbst verletzungsbedingt an der Nutzung eines Fahrzeugs gehindert ist, jedoch seine Ehefrau sein Fahrzeug mit genutzt hat und es auch weiterhin benötigt.

OLG Düsseldorf – I – 1 U 220/10 – (DAR 2011, 580)

---

## Rotes Kennzeichen

Die Benutzung eines mit roten Kennzeichen oder Kurzzeitkennzeichen versehenen Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen zu anderen als den in § 16 Abs. 1 FZV genannten Zwecken (Prüfungs-, Probe- und Überführungsfahrten) stellt – wie bereits unter Geltung der StVZO – ein Inbetriebsetzen ohne die erforderliche Zulassung und damit eine Ordnungswidrigkeit dar.

OLG Düsseldorf – III – 3 RBs 143/11 – (DAR 2011, 646)

---

## Messung vor Ortsausgangsschild

In Baden-Württemberg steht einer Messung kurz vor dem Ende einer Geschwindigkeitsbegrenzung eine Verwaltungsvorschrift nicht entgegen.

OLG Stuttgart – 4 Ss 261/11 – (DAR 2011, 599)

---

## Abschleppen bei Gehwegparken

Ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls sicher, dass der Fahrer eines verkehrsordnungswidrig abgestellten Fahrzeugs in Kürze die Störung/Behinderung selbst beseitigen wird, so ist eine Abschleppanordnung in der Regel nicht verhältnismäßig, auch wenn sich der Störer vorsätzlich über eine ihm gegenüber mündlich ergangene Anordnung hinwegsetzt. Eine Abschleppanordnung aus Gründen der General- oder Spezialprävention ist unzulässig, diese darf keinen Sanktionscharakter haben.

Hamburgisches OVG – 5 Bf 124/08 – (ZfS 2011, 652)

---

## Umweltprämie

Der Kunde darf auf die Angabe eines Kfz-Händlers vertrauen, dass ein angebotenes Kfz „nach seinem Dafürhalten“ die Voraussetzungen für die Umweltprämie erfüllt. Stellt sich diese Angabe im Nachhinein als unzutreffend heraus, weil das Kfz aufgrund einer ausländischen Registrierungszulassung tatsächlich nicht den Förderrichtlinien für die Umweltprämie entspricht, hat der Händler im Rahmen seiner Schadenersatzpflicht den

Kunden so zu stellen, wie er bei richtiger Offenbarung der für den Kaufabschluss erheblichen Umstände stehen würde.

LG Traunstein – 8 S 838/11 – (DAR 2011, 594)

---

## Übermüdung

Deutet der Unfallhergang auf einen Übermüdungszustand hin und gibt der beschuldigte Kraftfahrer selbst an, er sei „Schlafapnoiker“, so ist daraus nicht zwingend der Schluss zu ziehen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 315 c I Nr. 1 b StGB vorliegen. Vielmehr ist durch ein rechtsmedizinisches Gutachten zu klären, ob es sich um einen solchen Übermüdungszustand handelt, welcher für den Beschuldigten die erkennbare Erwartung eines nahen Sekundenschlafes mit sich bringt.

LG Traunstein – 1 Qs 225/11 – (NZV 2011, 514)

---

## Mehrwertsteuerersatz

Entscheidet sich der Geschädigte für die Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs, ohne dass ein wirtschaftlicher Totalschaden vorliegt, kann ihm ein Anspruch auf Ersatz der Mehrwertsteuer, wie sie bei Durchführung einer Reparatur angefallen wäre, nicht mit der Begründung verwehrt werden, es liege eine unzulässige Kombination von fiktiver und konkreter Schadensabrechnung vor.

LG Aschaffenburg – 23 S 129/10 – (ZfS 2011, 563 m. zustimmender Anm. von Diehl)

---

## Unerlaubte Rechtsdienstleistung

Die formularmäßige Abtretung des Schadenersatzanspruchs gegen den gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherer an ein Mietwagenunternehmen, um den Mietkostenanteil durchzusetzen, den dieser Versicherer nicht zahlen will, ist eine Rechtsdienstleistung i.S.d. § 2 Abs. 1 RDG und deshalb wegen Verstoßes gegen das RDG nach § 134 BGB unwirksam.

Einer Klage des Mietwagenunternehmens fehlt daher die Aktivlegitimation.

LG Stuttgart – 4 S 154/10 – (VersR 2011, 1327)

---

## Vollständige Reparatur

Für die Bewertung der „Vollständigkeit“ einer Reparatur i.S.d. § 13 Nr. 5 Satz 2 AKB kommt es entscheidend darauf an, ob alle Arbeiten ausgeführt sind, die technisch erforderlich sind, um die Unfallschäden zu beseitigen; ob weitere Arbeiten technisch

möglich sind, ist unerheblich. Vollständig ist eine Reparatur daher dann, wenn das Fahrzeug technisch vollständig instand gesetzt, mithin also fahrtüchtig und unfallsicher ist und eine weitere Reparatur aus technischer Sicht nicht erforderlich ist.

Auf die Einhaltung der dem Versicherungsnehmer regelmäßig unbekannteten Herstellerrichtlinien für die Reparatur eines Fahrzeugs kommt es nicht an.

LG Dortmund – 2 S 36/10 – (r+s 2011, 425)

## Sorgfaltspflicht des Kfz-Haftpflichtversicherers

Auch wenn er zu einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage angehalten ist, darf der Kfz-Haftpflichtversicherer die Schadenregulierung grundsätzlich nach eigenem Ermessen vornehmen und handelt insbesondere dann nicht pflichtwidrig, wenn er in Zweifelsfällen Ersatz leistet, um dem Risiko eines Prozesses aus dem Wege zu gehen. Er darf jedoch nicht völlig unsachgemäß regulieren und offensichtlich unbegründete Schadenersatzansprüche befriedigen.

Ist die Schadenregulierung nach diesen Grundsätzen nicht zu beanstanden, besteht kein Anspruch des Versicherungsnehmers auf Ausgleich des Rückstufungsschadens.

AG Frankfurt/Main – 30 C 478/11 (47) – (NZV 2011, 549)

## Ersatzbeschaffung

Der Anspruch auf Anschaffung einer gleichwertigen Ersatzsache setzt voraus, dass der Wiederbeschaffungsaufwand nicht höher ist als der in Folge einer Reparatur zu leistende Ersatz, wobei jeweils die Bruttowerte maßgeblich sind.

Deshalb kann der Geschädigte den Wiederbeschaffungsaufwand auch dann ersetzt verlangen, wenn die Versicherung einer Abrechnung auf Totalschadenbasis nach Maßgabe des vorliegenden Gutachtens mit einem „Prüfbericht“ zu begegnen versucht, in dem die Stundenverrechnungssätze unter Verweis auf angeblich günstigere Werkstätten gekürzt wurden.

AG Frankfurt/Main – 32 C 1699/10-18 – (ZfS 2011, 620)

## Keine Halterhaftung für Anhänger

Wird ein Anhänger ohne Zugfahrzeug in einem Parkverbot abgestellt, kommt eine Kostentragungspflicht des Halters gem. § 25a StVG nicht in Betracht.

AG München – 943 OWi 25/11 – (DAR 2011, 600)

## Unzulässiger Halterkostenbescheid

Verteidigt sich der Betroffene erst im Rechtsbehelfsverfahren gem. § 25a StVG mit Einwendungen gegen den ihm zur Last gelegten Parkverstoß, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, er hätte seine Einwendungen in dem vorausgegangenen Bußgeldverfahren geltend machen müssen. Anders verhält es sich nur dann, wenn der Betroffene nachweislich Gelegenheit erhielt, sich zur Sache zu äußern und hiervon schuldhaft keinen Gebrauch gemacht hat. Dies setzt aber den Nachweis voraus, dass ihm als dem betroffenen Halter ein Anhörungsbogen tatsächlich zugegangen ist. Dass ein Anhörungsbogen nicht als unzustellbar zurückkam, ist insoweit unerheblich.

VerfGH d. Landes Berlin – VerfGH 97/09 – (NZV 2011, 570 m. Anm. Sandherr)

## Fahrerlaubnisfreie Fahrzeuge

Das Führen eines Kfz mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 ‰ lässt noch nicht die Annahme eines Alkoholmissbrauchs auch in Bezug auf fahrerlaubnisfreie Fahrzeuge zu, vor allem dann nicht, wenn der Betroffene im Zusammenhang mit dem Führen eines fahrerlaubnisfreien Fahrzeugs im Straßenverkehr nie auffällig geworden ist.

Deshalb setzt die Anordnung einer medizinisch-psychologischen Begutachtung nach § 13 S. 1 Nr. 2 a) Alt. 2 FeV zum Zwecke der Klärung der Frage, ob Alkoholmissbrauch im Hinblick auf das Führen eines fahrerlaubnisfreien Fahrzeugs anzunehmen ist, eine naheliegende und konkrete Gefahr für die Verkehrssicherheit voraus. Die zu befürchtenden Folgen müssen an diejenigen bei auffällig gewordenen Kraftfahrer heranreichen.

OVG Rheinland-Pfalz – 10 B 10415/11. OVG – (ZfS 2011, 657)

## Fahrerlaubnisentzug bei 8 Punkten

Die Entziehung einer Fahrerlaubnis ist auch bereits bei Erreichen von 8 Punkten zulässig, wenn die Vorgeschichte dies erfordert. Dies gilt insbesondere dann, wenn bereits einmal das vollständige Instrumentarium des Punktsystems einschließlich der Entziehung der Fahrerlaubnis zur Anwendung gekommen ist und der Antragsteller kurz nach Wiedererteilung der Fahrerlaubnis weitere Verkehrsverstöße innerhalb eines kurzen Zeitraums begangen hat.

OVG Münster – 16 B 212/11 – (NZV 2011, 572)

Information

TERMININFO

4. ACE Verkehrsrechtstag  
29./30. Juni 2012

Hotel Sonnenhügel, Burgstr. 15, 97688 Bad Kissingen  
www.hotel-sonnenhuegel.de

Die Einladung mit den Themen/Referenten erfolgt  
Anfang Februar.

Zimmer können schon heute im Hotel Sonnenhügel  
unter dem Stichwort ACE Verkehrsrechtstag gebucht  
werden: Telefon: 0971-830, Telefax: 0971-83-4828  
tagung@hotel-sonnenhuegel.de

EZ: 68 Euro für Ü/F  
DZ: 104 Euro für Ü/F

Nähere Infos  
ACE Club-Service:  
0711 5303-256

# Wozu Verkehrs-Rechtsschutz?

Hier ist einer von 2.411.271 Gründen.\*



Bei Unfallstreitfragen,  
Knöllchen, Blitzern, Führerscheinentzug,  
Ärger mit der Werkstatt oder dem Finanzamt, beim Fahrzeugkauf ...

**Jetzt abschließen: Mit dem günstigen Verkehrs-Rechtsschutz vom ACE**

- keine Selbstbeteiligung — keine Wartezeit — weltweiter Schutz
- 300.000 € Versicherungssumme je Rechtschutzfall — alle auf Sie zugelassenen Fahrzeuge sind mitversichert

**20€**

Singletarif: **nur 56,20 €** im Jahr  
inklusive Verkehrs-Unfallversicherung  
Bis 31.12.2011 abgeschlossen und  
**20 € Tankguthaben** sichern!

[www.ace-online.de/verkehrsrechtsschutz](http://www.ace-online.de/verkehrsrechtsschutz) | 01802 33 66 77\*\* oder 0711 530 33 66 77 (Flatrate)

\*Laut dem Statistischen Bundesamt ereigneten sich im Jahr 2010 in Deutschland 2.411.271 polizeilich erfasste Unfälle.

\*\*Gebühr: 6 Cent pro Anruf aus dem deutschen Festnetz. Mobilfunk max. 0,42 €/Min.

**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, E-Mail: ace@ace-online.de | Nachdrucke mit Quellenangaben sind mit unserer Zustimmung gerne gestattet.