

# VERKEHRS JURIST

## INHALT

### Zu aktuellen Themen

Die Einigungsklausel in der Rechtsschutzversicherung .....	1
--	---

### Rechtsprechung

Einstufung als Montagsauto .....	4
Halter als Zustandsstörer .....	7
Strohmann als Käufer .....	9
Schleudernder Wohnwagen .....	10
Nacherfüllung und Rücktritt .....	11
Drängeln auf der Kreuzung .....	14
Anwesenheitspflicht des Betroffenen .....	16
Fahrtenbuchauflage .....	17

### Verkehrsrecht in Kürze

Gefahrenlage nach Unfall .....	19
Schaden durch Kindergartenkinder .....	19
Ersatz der Umsatzsteuer .....	19
Erforderlichkeit eines Mietwagens .....	19
Überprüfung der Mängelrüge .....	19
Fahrschulwagen .....	19
Handy-Verbot .....	19
Schockschaden .....	19
Wohnsitzerfordernis .....	19
Elfjähriges Kind .....	20
Brand in der Werkstatt .....	20
Eingabefehler .....	20
Diebstahl des Kfz-Schlüssels .....	20

### Buchbesprechungen

Sachverständigenbeweis im Verkehrs- und Strafrecht .....	20
--	----

## Die Einigungsklausel in der Rechtsschutzversicherung

Die Allgemeinen Rechtsschutz-Versicherungsbedingungen (ARB) sind keine leichte Kost, zumal für den juristischen Laien. Ohne Rechtsbeistand sind sie kaum zu verstehen und selbst Rechtsanwälte kommen ab und zu ins Schwimmen. Die Versicherungsgesellschaften haben anscheinend wenig Interesse, daran etwas zu ändern. Wie anders wäre es zu erklären, dass sich immer wieder regelrechte „Rechtsschutzfallen“ auftun, die Versicherungsnehmer ratlos zurücklassen, haben sie sich doch kaum etwas vorzuwerfen und verlieren doch den bereits zugesagten Rechtsschutz, auf den sie so fest vertraut haben.

Ein unschönes Beispiel ist § 5 Abs. 3b der ARB 2011. Danach trägt der Versicherer nicht:

*Kosten, die im Zusammenhang mit einer einverständlichen Erledigung entstanden sind, soweit sie nicht dem Verhältnis des vom Versicherungsnehmer angestrebten Ergebnisses zum erzielten Ergebnis entsprechen, es sei denn, dass eine hiervon abweichende Kostenverteilung gesetzlich vorgeschrieben ist.*

Was dies bedeuten kann, sei an einem Beispiel aus der Praxis verdeutlicht:

Ein VW-Mitarbeiter aus Wolfsburg war nach einer Reparatur seines Fahrzeugs mit schwerem Motorschaden liegen geblieben. Die Werkstatt lehnte jedoch zunächst jede Verantwortlichkeit ab. Der Mitarbeiter verhielt sich kostenbewusst und versuchte, die Angelegenheit ohne Rechtsanwalt zu regeln. Deshalb fragte er selbst bei seiner Rechtsschutzversicherung an, ob denn Kostendeckung für ein außergerichtliches Sachverständigengutachten bestehe. Die Antwort war positiv:

*Wir freuen uns, Rechtsschutz für die Erstellung eines außergerichtlichen Gutachtens geben zu können, und tragen die übliche Vergütung eines öffentlich bestellten technischen Sachverständigen oder einer rechtsfähigen technischen Sachverständigenorganisation.*

Hingewiesen wurde dann noch auf eine Selbstverständlichkeit: Vollständig oder anteilig von der Gegenseite erstattete Kosten möchten doch bitte an die Rechtsschutzversicherung weitergeleitet werden. Ansonsten also grünes Licht für das weitere Verfahren.

Was ein Exempel für die Vorteile einer Rechtsschutzversicherung hätte werden, können, entwickelte sich jedoch zum Alptraum. Erst lief alles wie geplant: Der Gutachter bestätigte für ein Honorar von ca. EUR 1.000,- die Verantwortlichkeit der Werkstatt und diese gab klein bei. Durch den kostenlosen Einbau eines Austauschmotors wurde das Fahrzeug zur Zufriedenheit des Versicherungsnehmers instandgesetzt. Im Grunde hatte der VW-Mitarbeiter aus Wolfsburg alles richtig gemacht und mit

vergleichsweise geringem Aufwand, ohne ein kostspieliges Gerichtsverfahren, den Streit aus der Welt geschafft und dafür noch nicht einmal einen Anwalt benötigt.

Was er aber nicht konnte, war, das Gestrüpp der Rechtsschutzversicherungsbedingungen zu durchschauen. Kaum hatte ihm seine Versicherung durch ständiges Nachfragen entlockt, dass er durch den Einbau eines Austauschmotors zufrieden gestellt worden war, forderte sie von ihm unter Bezugnahme auf die Einigungsklausel in den ARB die von ihr bezahlten Gutachterkosten zurück. Die möge er sich doch von der Werkstatt holen, die ihren Fehler ja eingeräumt habe. Jedenfalls sei sie als Rechtsschutzversicherer nicht in der Pflicht, wenn man im Ergebnis alles bekommen habe, was man angestrebt hätte.

Hätte sich der VW-Mitarbeiter weniger kostenbewusst verhalten und sich anwaltlicher Hilfe bedient, wäre er vermutlich auch über die Bedeutung von § 5 Abs. 3b ARB aufgeklärt worden. Sein Anwalt hätte im Zweifel eine kostenneutrale Lösung ausgehandelt. So steht er vor der Frage, ob er sich dem Diktat seiner Rechtsschutzversicherung beugen und trotz pünktlicher Prämienzahlung und schriftlicher Leistungszusage der Versicherung EUR 1.000,- aus eigener Tasche zahlen muss.

Damit sind bereits die zwei Hauptprobleme der Einigungsklausel angesprochen. Es geht zunächst einmal um ihre Rechtswirksamkeit als AGB-Klausel, also vor allem um ihre Transparenz für den Versicherungsnehmer, und zum anderen um die Voraussetzungen, unter denen der Versicherer sich auf eine seiner Meinung nach unangemessene Kostenregelung berufen kann. Mittlerweile gibt es dazu eine ganze Reihe von Gerichtsentscheidungen, sowohl vom BGH als auch von verschiedenen Instanzgerichten, die jedoch ein sehr uneinheitliches Bild geben und zeigen, wie problematisch diese Klausel nach wie vor ist.

Vor allem Amts- und Landgerichte haben sie immer wieder mit beachtlicher Begründung für unwirksam erklärt und dabei die Interessen des Versicherungsnehmers in den Vordergrund gestellt. So nimmt das Amtsgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 30.10.12 (DAR 2013, 86) die Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden sowie als überraschende Klausel gem. §§ 307, 305c BGB an. Der Kunde wolle sich mit dem Abschluss einer Rechtsschutzversicherung gerade ohne Kostenrisiko vergleichen können, er wolle sich überhaupt nicht mit Kostenfragen beschäftigen müssen. Das mit einem außergerichtlichen Vergleich verbundene Kostenrisiko erschwere geradezu die gütliche Beilegung von Streitigkeiten.

In die gleiche Richtung ging schon ein Urteil des LG Hagen vom 23.03.07 (r+s 2008, 190 mit zustimmender Anmerkung von RA van Bühren, Köln). Das Ausmaß der weitgehenden Einschränkungen der Einigungsklausel werde für den juristischen Laien nicht deutlich. Er könne insbesondere nicht erkennen, dass der zuvor in den ARB scheinbar umfassend eingeräumte Rechtsschutz generell keine Geltung haben soll, wenn er bei einem außergerichtlichen erledigten Rechtsschutzfall in der Hauptsache – aus welchen Gründen auch immer – Erfolg hat. Darin und auch in der mehrdeutigen Formulierung

der Klausel sieht das Gericht vor allem einen Verstoß gegen das Transparenzgebot.

In der Tat bewegt sich bereits der unscharfe Wortlaut der Klausel an der Grenze des Zulässigen. Was ist eine „einverständliche Erledigung“? Welche Kosten stehen mit ihr „im Zusammenhang“? Und was soll gelten, wenn dem Versicherer kein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch zusteht, er also, trotz seines „Erfolgs“, auf nichts verzichtet? Hält man diesem Produkt juristischer Formulierungskunst mögliche Kostennachteile des Versicherungsnehmers in 4-stelliger Höhe entgegen, bedarf es schon einer sehr versicherungsfreundlichen Einstellung, um einen derartigen Leistungsausschluss auf kaltem Wege in Allgemeinen Versicherungsbedingungen abzusegnen.

Gleichwohl tut dies der BGH in seinen Urteilen vom 25.01.06 (VersR 06, 404), 25.05.11 (ACE-Verkehrsjurist 4/11, S. 14) und 19.12.12 (IV ZR 213/11). Er sieht keinen Grund, die Rechtswirksamkeit der Klausel infrage zu stellen, erörtert dies nicht einmal. Für ihn weiß der „verständige Versicherungsnehmer bei aufmerksamer Beachtung des Wortlauts der Klausel“, was bei einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich von ihm gefordert wird und dass er insoweit keinen „lückenlosen Rechtsschutz“ hat (BGH VersR 06, 405). Entscheidend sei der – legitime – Zweck der Klausel, die verhindern soll, „dass der Versicherungsnehmer bei den Verhandlungen über die Einigung unnötige Zugeständnisse im Kostenpunkt zulasten des Rechtsschutzversicherers macht, um vom Gegner weitere Zugeständnisse in der Hauptsache zu erhalten“ (BGH, ACE-Verkehrsjurist 4/11, S. 14). Hierzu ist anzumerken, dass bei kaum einem Streit über die Anwendung der Einigungsklausel eine derartige Konstellation erkennbar, geschweige denn nachweisbar ist. In der Regel geht es um schlichte Unkenntnis, Vertrauen auf die zugesagte Kostendeckung und die verbreitete Auffassung, dass bei einer außergerichtlichen Erledigung, welchen Inhalt sie auch immer haben mag, im Zweifel jeder seine eigene Kosten trägt (so auch van Bühren, r+s 08, 192).

Tatsächlich dürfte dies die Grundlage der meisten außergerichtlichen Vergleiche sein. Deshalb darf füglich bezweifelt werden, dass die Versicherer mit ihrer restriktiven Haltung tatsächlich den vom BGH unterstellten Zweck verfolgen. Sonst wäre die Klausel auch schon viel früher vereinbart bzw. angewandt worden. Die einschlägigen Entscheidungen sind durchweg jüngeren Datums.

Für die Versicherer ist jedoch mit dieser BGH-Rechtsprechung nicht viel gewonnen. Gegenwärtig profitieren sie davon, dass sie bedingungsgemäß Prozesse gegen sich selbst nicht finanzieren müssen und die unklare Rechtslage das Kostenrisiko einer Klage unkalkulierbar erscheinen lässt. Der BGH hat nämlich in seinem letzten Urteil vom 19.12.12 unmissverständlich formuliert:

*Risikoausschlussklauseln sind eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert. Der durchschnittliche VN braucht nicht damit zu rechnen, dass er Lücken im Versicherungsschutz hat, ohne dass die Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht.*

Damit steht der Wortlaut der Klausel auf dem Prüfstand und bedarf jedes Tatbestandsmerkmal einer restriktiven Auslegung zugunsten des Versicherungsnehmers. Die Rechtsprechung liefert hierzu bereits wichtige Anhaltspunkte.

Das Merkmal der „einverständlichen Erledigung“ wird zwar unproblematisch auch und gerade dann als gegeben angesehen, wenn der Versicherungsnehmer am Ende das bekommt, was er will. Dabei ist dies keineswegs selbstverständlich. Bewusst wird auf die Begriffe „Vergleich“ oder „vergleichsweise Erledigung“ verzichtet, weil die Versicherer eben vor allem die Fälle erfassen möchten, in denen kein wechselseitiges Nachgeben vorliegt. Gleichwohl fragt sich, ob jede außergerichtliche Erledigung (so steht es ja auch nicht in der Klausel) „einverständlich“ i.S.v. § 5 Abs. 3b ARB erfolgt sein muss.

Im Ausgangsfall hat die Werkstatt ohne weitere Willenserklärung den Austauschmotor eingebaut, nachdem der Versicherungsnehmer ein Gutachten eingeholt hatte. Vermutlich wollten beide Parteien ein gerichtliches Verfahren vermeiden – was auch im Sinne des Versicherers war. Über Kosten wurde nicht geredet, geschweige denn verhandelt. Es lässt sich weder ein beiderseitiger Rechtsbindungswillen noch eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Erklärung ausmachen, die Streitigkeit insgesamt beilegen zu wollen. Lässt man ein solches faktisches Handeln der Beteiligten genügen, wird der Begriff des Einverständnisses in bedenklicher Weise ausgehöhlt.

Noch unscharfer ist der von der Klausel geforderte „Zusammenhang“ zwischen einverständlicher Erledigung und dadurch entstandenen Kosten. Fällt darunter auch die Geschäftsgebühr des Rechtsanwalts oder lediglich die Einigungsgebühr? Die Praxis der Rechtsschutzversicherer ist hier unterschiedlich, teilweise wird überhaupt nichts gezahlt. Im Ausgangsfall müsste zwischen dem vom Versicherer zurückgeforderten Gutachterkosten und der Erledigung ein solcher Zusammenhang bejaht werden können. Als sie entstanden sind und vom Versicherer bezahlt wurden, deutete jedoch nichts auf eine Einigung hin. Es gab keine Schiedsabrede. Das Gutachten sollte nicht einer Einigung dienen, sondern lediglich den Rechtsstandpunkt des Versicherungsnehmers untermauern. Um dem Interesse der Versicherungsnehmer hinreichend Rechnung zu tragen, müsste die Klausel aber zumindest in allgemein verständlicher Form festlegen, welche Kosten im Falle eines außergerichtlichen Vergleichs von ihm zu tragen sind und welche nicht. Andernfalls wird der Rechtsschutz zur Lotteriede. Es geht hier letztlich um die Gefahr einer „Aushöhlung des Leistungsversprechens“ des Versicherers, die auch in dem jüngsten BGH-Urteil vom 19.12.12 angesprochen wird.

Es hat lange gebraucht, bis die Rechtsprechung zum Kern der Problematik vorgedrungen ist. Nachdem es lange Zeit ständige, von Urteilen einiger Instanzgerichte abgesegnete Praxis der Gesellschaften war, das Erfordernis eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs zu verneinen bzw. gar nicht erst zu prüfen, ja noch nicht einmal den Versicherungsnehmer bei der Realisierung eines etwaigen Anspruchs zu unterstützen, hat der BGH jetzt insoweit Klarheit geschaffen und dabei die

Linie übernommen, die bereits andere Gerichte, etwa das LG München I (VersR 09, 254), vorgezeichnet hatten.

Dabei ist er allerdings bis an die Grenzen einer noch zulässigen Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen gegangen und hat die Klausel so interpretiert, wie sie die Versicherungswirtschaft selbst nie verstanden hatte. Sie muss sich jetzt ein zusätzliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 5 Abs. 3b ARB gefallen lassen, wonach die Klausel nur dann Anwendung finden darf, wenn der Versicherungsnehmer zulasten des Versicherers ausdrücklich oder konkludent „Kostenzugeständnisse“ gemacht hat, was eben den Verzicht auf einen materiellen Kostenerstattungsanspruch voraussetzt. In der BGH-Entscheidung vom 19.12.12 ist auch von „zweckwidrigen Kostenzugeständnissen“ die Rede. Dies, so heißt es im vorausgegangenen Urteil vom 25.05.11, ist vom Versicherer darzulegen und zu beweisen.

Folgt man dieser BGH-Rechtsprechung, müsste jedes Schreiben einer Rechtsschutzversicherung, das sich auf § 5 Abs. 3b ARB beruft, das Bestehen eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs dartun und dies in für den Versicherungsnehmer nachvollziehbarer Weise begründen. Das ist natürlich nicht der Fall. Die Gesellschaften verwenden durchweg ihre alten Formulare und führen die Versicherungsnehmer in die Irre, indem sie weiterhin ein uneingeschränktes Leistungsverweigerungs- bzw. Rückforderungsrecht geltend machen. Dies verdient, skandalös genannt zu werden.

Man kann nur ahnen, in wie vielen Fällen, bei denen sich Rechtsschutzversicherer in der Vergangenheit erfolgreich auf § 5 Abs. 3b ARB berufen haben, ein solches Kostenzugeständnis nicht vorlag oder jedenfalls nicht nachweisbar war. Zumindest für die Zukunft sollten die Gesellschaften ihre bisherige Regulierungspraxis überdenken, anstatt außergerichtliche Einigungen weiter zu behindern. An die Stelle vorformulierter Ablehnungsschreiben hat die Prüfung jedes Einzelfalls an Hand der vom BGH entwickelten Kriterien zu treten. Dabei wird sich erweisen, dass die von den Versicherungen vermuteten „Kostenzugeständnisse“ in den meisten Fällen reine Fiktion sind.

Interessant ist, dass viele Gesellschaften dazu übergegangen sind, Mediation als Versicherungsleistung anzubieten und im Bedarfsfall auch zu vermitteln – natürlich auf ihre Kosten. Damit bringen sie zum Ausdruck, welchen Wert sie einer außergerichtlichen Erledigung von Streitigkeiten beimessen und dass es auch in ihrem Interesse liegt, diese zu fördern. Es handelt sich übrigens meistens um Anwaltsmoderatoren, deren Tätigkeit natürlich auch angemessen honoriert werden muss. Im Gegensatz zum Rechtsanwalt herkömmlicher Provenienz brauchen sie sich um die ARB und die Einigungsklausel nicht zu kümmern. Ihre erfolgreiche Tätigkeit erfreut den Rechtsschutzversicherer. Die lässt er sich auch was kosten. Bei beiden Alternativen muss der Versicherungsnehmer jedoch die Sicherheit haben, dass die Kosten einer außergerichtlichen Einigung übernommen werden, soweit er nicht nachweislich zum Nachteil des Versicherers handelt.

*Rechtsanwalt Volker Lempp, Stuttgart*

## Einstufung als „Montagsauto“

Urteil des BGH vom 23.01.2013 – VIII ZR 140/12 –

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem gehäuftem Auftreten von Mängeln ein sogenanntes „Montagsauto“ vorliegt, bei dem eine (weitere) Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, unterliegt der wertenden Betrachtung durch den Tatrichter.

### ■ Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht (OLG Oldenburg, Urteil vom 04.04.2012 – 3 U 100/11, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Der Kl. sei nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt, so dass sein Zahlungsverlangen unbegründet sei. Er hätte der Bekl. vor der Erklärung des Rücktritts (erneut) Gelegenheit zur Nachbesserung der zuletzt behaupteten Mängel geben müssen (§ 323 Abs. 1, § 437 Nr. 2 BGB). Von einem solchen Nachbesserungsverlangen habe der Kl. unstreitig abgesehen. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung sei im Streitfall nicht gem. § 323 Abs. 2, § 440 BGB entbehrlich gewesen. Die Voraussetzungen des § 440 Satz 2 BGB, wonach bei zwei erfolglosen Nachbesserungsversuchen die Nachbesserung als fehlgeschlagen gelte, lägen nicht vor. Es sei hinsichtlich der im Rücktrittsschreiben gerügten Mängel – mit Ausnahme der Funktionsstörungen am Navigationsgerät – weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die Bekl. zweimal vergeblich eine Nachbesserung versucht habe. Zwei erfolglose Nachbesserungsversuche seien von der Bekl. nur hinsichtlich des Navigationsgeräts vorgenommen worden. Da der Hersteller dem Kl. aber den Kaufpreis für die Anschaffung eines anderen Geräts erstattet habe, seien Gewährleistungsansprüche hinsichtlich erneut auftretender Mängel an der Navigationsanlage nicht an die Bekl., sondern an den Verkäufer des neu angeschafften Geräts zu richten.

Hinsichtlich der anlässlich der Rücktrittserklärung gerügten Mängel mache der Kl. auch keine Unmöglichkeit der Nacherfüllung aus technischen Gründen gem. § 275 Abs. 1 BGB geltend.

Eine Fristsetzung zur Nachbesserung sei auch nicht nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich oder gem. § 440 Satz 1 BGB unzumutbar gewesen. Dem Kl. sei zwar darin zuzustimmen, dass im Einzelfall ein weiteres Nachbesserungsverlangen unzumutbar oder aufgrund der besonderen Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen entbehrlich sein könne, wenn das infrage stehende Kfz als sogenanntes „Montagsauto“ („Zitronenauto“) anzusehen sei. Dass der Verkäufer zuvor bereits andere Mängel nachgebessert habe, führe aber für sich gesehen (noch) nicht zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung für die Nachbesserung infrage stehender Mängel, weil im Grundsatz wegen jedes einzelnen Mangels Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden müsse. Ob ein Fahrzeug als „Montags-

auto“ einzustufen und daher eine (weitere) Nachbesserung nach § 440 BGB für den Käufer unzumutbar sei, hänge letztlich maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei die Zahl der Nachbesserungsversuche entgegen der Ansicht des Kl. keine ausschlaggebende Rolle spiele. Es bedürfe einer Vielzahl, ggf. auch mehr oder weniger kleinerer, herstellungsbedingter Defekte, die in einem relativ kurzen Zeitraum auftreten müssten.

Selbst wenn man unterstelle, dass die vom Kl. behaupteten Mängel tatsächlich bestünden und schon bei Gefahrübergang (§ 434 Abs. 1 BGB) vorgelegen hätten, sei das Wohnmobil nicht als „Montagsauto“ einzuordnen. Zwar sei eine Vielzahl von Mängeln in einem vergleichsweise kurzen Zeitraum aufgetreten. Entscheidend sei jedoch, dass es sich im Wesentlichen um Probleme im Bagatellbereich gehandelt habe oder handele, die zudem ganz überwiegend abschließend und beim ersten Nachbesserungsversuch oder sogar durch den Kl. selbst erfolgreich beseitigt worden seien. Dabei werde nicht verkannt, dass der Käufer eines Neufahrzeugs anderes erwarte und erwarten dürfe. Das ändere aber nichts an dem Umstand, dass die geltend gemachten Fehler in ihrer Gesamtheit größtenteils lediglich als „lästig“ einzustufen seien. Auch und gerade die Reparaturkosten für die zuletzt behaupteten Sachmängel beliefen sich (nach Herausrechnung der nicht zu berücksichtigenden Reparaturkosten für das Navigationsgerät) nach Darstellung des Kl. zusammen auf lediglich 3 % des gezahlten Kaufpreises und dürften daher deutlich im Bereich der Unerheblichkeit nach § 323 Abs. 5 Satz 2, § 437 Nr. 2 BGB liegen. Auch dieser Umstand spreche gegen die Bewertung des Wohnmobils als „Montagsauto“.

Eine Fristsetzung zur Nachbesserung der zuletzt gerügten Mängel sei schließlich auch unabhängig von den vorstehend angestellten Überlegungen nicht entbehrlich gewesen. Denn im Streitfall bestehe die Besonderheit, dass die Bekl. nur die ersten drei Nachbesserungsversuche durchgeführt habe. Danach und bis zum schließlich erklärten Rücktritt habe sich der Kl. ausschließlich an einen anderen Vertragshändler des Herstellers gewandt. Dieser Umstand ändere zwar zunächst nichts daran, dass die Bekl. sich bei der Frage, ob es sich bei dem Wohnmobil „objektiv“ um ein „Montagsauto“ handele, auch die (angeblichen) Mängel zurechnen lassen müsse, die in diesem Zeitraum aufgetreten und von dem anderen Vertragshändler beseitigt worden seien. Auf der anderen S. könne aber nicht außer Betracht bleiben, dass die Bekl. selbst keine Möglichkeit gehabt habe, die behaupteten (weiteren) Mängel einer Prüfung zu unterziehen. Gelegenheit zur Nachbesserung geben heiße, dass der Verkäufer den beanstandeten Mangel sachgerecht prüfen und ggf. beseitigen können müsse. Vorangegangene Nachbesserungsversuche in einer anderen Werkstatt stellten im Rahmen der Gewährleistung einen „Störfaktor“ dar. Ein Verkäufer müsse sich daher Reparaturversuche einer anderen Werkstatt nicht als vergebliche Versuche der Nacherfüllung zurechnen lassen. Vor diesem Hintergrund hätte der Kl. der Bekl. zumindest noch einmal Gelegenheit zur Nacherfüllung geben müssen und erst bei Erfolglosigkeit des erneuten Nachbesserungsversuchs vom Vertrag zurücktreten dürfen.

Eine abweichende Beurteilung sei auch nicht im Hinblick auf den Inhalt der E-Mail der Bekl. vom 14.07.2010 angezeigt. Denn die Bekl. habe darin aus Sicht eines verständigen Empfängers (§ 133, § 157 BGB) hinreichend deutlich gemacht, dass sie nicht auf ihre aus den Gewährleistungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgenden Rechte habe verzichten wollen, sondern nur auf die üblichen Garantiebedingungen der Automobilhersteller verwiesen habe, wonach Garantieansprüche bei jedem ihrer Vertragshändler deutschlandweit geltend gemacht werden könnten.

Vorliegend gehe es aber gerade nicht um die Durchsetzung eines Garantieanspruchs gegen den Hersteller, sondern um den Rücktritt vom Kaufvertrag, also um den aus der Perspektive des Verkäufers schwerwiegendsten Gewährleistungsanspruch. Der Kl. habe auch unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht annehmen dürfen, die Bekl. wolle sich aufgrund der E-Mail vom 14.07.2010 die „Nachbesserungsversuche“ – richtig: Garantiearbeiten – des anderen Vertragshändlers als quasi eigene Arbeiten zurechnen lassen, ohne die Möglichkeit gehabt zu haben, vor einer Rückabwicklung des Kaufvertrags das Fahrzeug wenigstens einer letzten eigenen Prüfung und ggf. einer abschließenden Mangelbeseitigung zu unterziehen. Hinzu komme, dass eine Gewährleistungsverpflichtung nur für bei Gefahrübergang vorhandene Mängel bestehe, während sich eine Herstellergarantie im Zweifel auf alle Mängel, die während der Garantiezeit aufträten, erstrecke (§ 443 Abs. 2 BGB).

II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand; die Revision ist daher zurückzuweisen. Dem Kl. stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Rückabwicklung des Kaufvertrags und Schadensersatz nicht zu.

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der am 01.04.2011 vom Kl. erklärte Rücktritt unwirksam ist, weil er der Bekl. hinsichtlich der im Rücktrittsschreiben gerügten Mängel nicht zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 323 Abs. 1, § 439 BGB) und eine solche Fristsetzung auch nicht nach § 323 Abs. 2, § 440 BGB entbehrlich war. Damit scheidet auch Schadensersatzansprüche auf Erstattung der aufgewendeten Gutachterkosten (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1, § 249 BGB) aus. Hierbei handelt es sich zwar um einen Mangel- folgeschaden, bei dem eine Fristsetzung nach § 280 Abs. 3, § 281 Abs. 1 BGB entbehrlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2001 NJW 2002, NJW Jahr 2002 S. 141 unter II 2 a [zur VOB/B]; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 280 Rdn. 18 m.w.N.; MünchKomm-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 437 Rdn. 32, 33). Der Kl. durfte jedoch bei verständiger Betrachtung die Gutachterkosten nicht für erforderlich (§ 249 BGB) halten (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.07.2010 – 24 U 20/10, juris Rdn. 7 [zu § BGB § 536a BGB]); denn er hat die Bekl. vor der Auftragserteilung an den Sachverständigen noch nicht einmal über das erneute Auftreten von Mängeln unterrichtet.

I. Ob auf eine nach § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderliche, im Streitfall aber unterbliebene Fristsetzung des Käufers zur Nacherfüllung verzichtet werden darf, 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 (vgl. Senatsurteil vom 13.07.2011 NJW 2011, S. 3435 Rdn. 31). Das zieht auch die Revision nicht in Zweifel.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass ein solcher Ausnahmetatbestand nicht eingreift. Dass die Bekl. eine vom Kl. verlangte Nacherfüllung verweigert hätte (§ 323 Abs. 2 Nr. 1, § 440 Satz 1 Alt. 1 BGB), macht die Revision nicht geltend. Auch nimmt sie die Feststellung des Berufungsgerichts hin, die Nacherfüllung sei nicht gem. § 440 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 BGB fehlgeschlagen. Sie meint aber, dem Kl. sei es im Hinblick auf die Art der Mangelhaftigkeit des Wohnmobils, die die Befürchtung wecke, das Fahrzeug weise weitere, noch unentdeckte Mängel auf („Montagsauto“), gem. § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB unzumutbar, die Bekl. erneut auf Nacherfüllung in Anspruch zu nehmen. Mit diesem Einwand dringt die Revision nicht durch.

a) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass die mit dem Schlagwort „Montagsauto“ bezeichnete Mangelhaftigkeit eines Fahrzeugs im Einzelfall ein weiteres Nacherfüllungsverlangen des Käufers unzumutbar (§ 440 Satz 1 Alt. 3 BGB) machen kann. Die Beurteilung, ob die Nacherfüllung dem Käufer aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist (§ 440 Satz 1 Alt. 3 BGB), obliegt dem Tatrichter (Senatsurteil vom 09.01.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, S. 1371 Rdn. 15). Sie ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung und kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt hat und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (Senatsurteil vom 11.01.2006 – VIII ZR 364/04, NJW 2006, S. 1585 Rdn. 12 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15.09.2010, NJW-RR 2011, S. 89 Rdn. 9 [jeweils zum Begriff der Unzumutbarkeit gem. § 543 Abs. 1 BGB]).

b) Der Prüfung anhand dieses Maßstabs hält das Berufungsurteil stand. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht die inhaltliche Bedeutung des Begriffs „Montagsauto“ nicht offen gelassen, sondern die hierfür maßgebenden Kriterien zutreffend herausgearbeitet und im Anschluss hieran rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Umstände des Streitfalles ein weiteres Nacherfüllungsverlangen aus Sicht des Kl. nicht unzumutbar erscheinen lassen.

aa) Ein Neufahrzeug ist dann als „Montagsauto“ zu qualifizieren, wenn der bisherige Geschehensablauf aus Sicht eines verständigen Käufers bei wertender und prognostischer Betrachtung die Befürchtung rechtfertigt, es handele sich um ein Fahrzeug, das wegen seiner auf herstellungsbedingten Qualitätsmängeln – namentlich auf schlechter Verarbeitung – beruhenden Fehleranfälligkeit insgesamt mangelhaft ist und das auch zukünftig nicht über längere Zeit frei von herstellungsbedingten Mängeln sein wird (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, NJW-RR Jahr 2011 S. 1276, NJW-RR Jahr 2011

1277; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl., Rdn. 983 f.). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Regelmäßig erforderlich ist – wovon auch die Revision ausgeht –, dass sich innerhalb eines kürzeren Zeitraums eine Vielzahl herstellungsbedingter – auch kleiner – Mängel zeigt, die entweder wiederholt oder erstmals auftreten (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; KG, NJW-RR 2010, NJW-RR Jahr 2010 S. 706 f.; OLG Hamm, Urteil vom 26.02.2008 – 28 U 135/07, juris Rdn. 26; OLG Rostock, DAR 2009, 204; OLG Bamberg, DAR 2006, 456; LG Zweibrücken, Urteil vom 02.08.2004 I O 274/03, juris Rdn. 33; Reinking/Eggert, a.a.O. Rdn. 984). Entscheidend ist dabei letztlich, ob bei verständiger Würdigung aus Sicht des Käufers das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs durch die zutage getretene Fehleranfälligkeit ernsthaft erschüttert worden ist. Ist dies der Fall, ist ihm eine Nacherfüllung regelmäßig nicht (mehr) zuzumuten (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O.; OLG Bamberg, a.a.O.; LG Zweibrücken, a.a.O.; LG Bonn, Urteil vom 21.10.2011 – 10 O 330/10, juris Rdn. 27). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann ggf. i.V.m. anderen Umständen – etwa einer Unzuverlässigkeit des Verkäufers oder wegen einer (gemessen an den Bedürfnissen des Käufers) zu langen Dauer der Nacherfüllungsarbeiten – die Grenze zur Unzumutbarkeit überschritten sein.

bb) Anders als die Revision meint, hat das Berufungsgericht diese Grundsätze bei seiner Würdigung beachtet. Dabei hat es bei seinen tragenden Erwägungen die an das Vorhandensein eines die Rechtsfolgen des § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB – oder des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB – auslösenden „Montagsautos“ zu stellenden Anforderungen beachtet. Es hat im Ausgangspunkt darauf abgestellt, ob eine „Vielzahl, ggf. auch mehr oder weniger kleinerer, herstellungsbedingter Defekte“ vorliegt, „die in einem relativ kurzen Zeitraum“ aufgetreten sind. Anschließend hat es geprüft, ob die vom Kl. vorgetragene Häufung von Mängeln auch unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Streitfalles – insbesondere der Art und des Gewichts der gerügten Mängel – ein weiteres Nacherfüllungsverlangen unzumutbar macht.

Bei den von ihm angestellten Erwägungen hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision nicht aus dem Blick verloren, dass der entscheidende Gesichtspunkt für eine Unzumutbarkeit eines weiteren Nacherfüllungsverlangens nach § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB die auf eine zutage getretene besondere Fehleranfälligkeit gründende (berechtigte) Befürchtung ist, das Fahrzeug werde nie längere Zeit frei von herstellungsbedingten Mängeln sein. Zwar hat das Berufungsgericht diesen Aspekt nicht ausdrücklich erwähnt. Es hat sich aber im rechtlichen Ausgangspunkt ersichtlich an der zutreffenden Rspr. des OLG Düsseldorf (a.a.O.) orientiert, das diesen Aspekt eingehend herausgearbeitet hat, und hat – bei genauerer Betrachtung – diesen Prüfungsmaßstab auch bei der Beurteilung der Frage angelegt, ob die vom Kl. vorgetragene Mängel – unterstellt sie lagen tatsächlich vor und waren schon bei Gefahrübergang (§ 434 Abs. 1 BGB) vorhanden – ein weiteres Nacherfüllungsverlangen unzumutbar machten. Die hiergegen gerichteten Einwände der Revision bleiben ohne Erfolg.

(1) Nach Auffassung der Revision ist ein Neufahrzeug der Luxusklasse, für das drei Mal Gelegenheit zur Nachbesserung hinsichtlich dreiunddreißig gerügter Mängel (zwanzig + vier + neun) gegeben worden sei, bei dem zusätzlich in Eigenregie weitere Mängel behoben worden seien, das vier weitere Male einem anderen Vertragshändler des Herstellers zu Mangelbeseitigungs- und Nachbesserungsarbeiten übergeben worden sei und bei dem zuletzt vierzehn neu aufgetretene Mängel (Defekte an der Navigations- und Fernsichtanlage nebst Satellitenschlüssel blieben unberücksichtigt) vorgelegen hätten, objektiv und abstrakt-generell betrachtet, also unabhängig von etwaigen weiteren Umständen des Einzelfalls, als „Montagsauto“ einzustufen, bei dem ein weiteres Nacherfüllungsverlangen per se unzumutbar sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass eine Beseitigung der zuletzt aufgetretenen Mängel lediglich einen Kostenaufwand von etwa 3 % des Kaufpreises verursachen würde.

(2) Eine solche Aussage lässt sich jedoch in dieser Allgemeinheit nicht treffen. Die Revision lässt außer Acht, dass sich nur aufgrund einer umfassenden Würdigung der gesamten Einzelfallumstände abschließend beurteilen lässt, ob der Käufer ein „Montagsauto“ erhalten hat und er sich deswegen ohne erneutes Nachbesserungsverlangen vom Kaufvertrag lösen kann. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Vorliegen eines „Montagsautos“ nicht schon im Hinblick auf das gehäufte Auftreten ungewöhnlich zahlreicher Mängel innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums bejaht hat. Der Revision ist zwar zuzugeben, dass die beschriebene Häufung von Mängeln auf den ersten Blick eine auch künftig zu befürchtende herstellungsbedingte Fehleranfälligkeit des Fahrzeugs nahelegen mag. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass dieser Umstand aufgrund anderer bedeutsamer Aspekte des Streitfalls entscheidend an Gewicht verliert.

(a) Für das Berufungsgericht war ausschlaggebend, dass es sich – nach seiner Wertung – bei den dreiunddreißig gegenüber der Bekl. im Zeitraum von Mai 2009 bis März 2010 gerügten Mängeln „im Wesentlichen“ um Probleme im Bagatellbereich mit lediglich Lästigkeitscharakter handelte, die zudem überwiegend beim ersten Nachbesserungsversuch abgestellt werden konnten. Auch die im Rücktrittsschreiben vom 01.04.2011 angeführten vierzehn (ein erneuter Defekt an Navigations- und Fernsichtanlage bleibt – so auch die Revision – außer Betracht) Mängel, von denen der Kl. einen Teil sogar in Eigenregie erfolgreich beseitigen konnte (Mängel an Nasszelle, den übrigen Sanitär-einrichtungen sowie an der Kühlschrankschleppklappe), hat das Berufungsgericht überwiegend dem Bagatellbereich zugeordnet.

(b) Dies ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn man sich vor Augen führt, dass sich die im Zeitraum von Mai 2009 bis März 2010 erhobenen Mängelrügen etwa auch auf ein Knarren der Satellitenantenne beim Ausfahren, auf Flecken in der Spüle, auf schief sitzende Abdeckkappen der Möbelverbinder, auf eine mangelhafte Chromkante der Motorradbühne und auf eine matte Lackierung am rechten Seitenteil erstreckten und sich die Beanstandungen im Rücktrittsschreiben vom 01.04.2011 u.a. auf Mängel ähnlicher Qualität bezogen, nämlich auf einen nicht bündigen Abschluss der Abdeckkappen über

den Verbindungsscheiben im Fahrzeuginnern und fehlende Abdeckkappenstifte, auf ein nicht bündiges Anliegen der vorderen Radlaufverkleidungen, auf ein mangelhaftes Verdunklungsrollo am vorderen Seitenfenster und auf eine Ablösung des Leders im Bereich der Gurtdurchführung am Fahrersitz sowie auf vom Kl. selbst beseitigte Mängel an der Nasszelle, den übrigen Sanitäreinrichtungen sowie an der Kühlschrankschleppklappe. Die Revision macht in diesem Zusammenhang zwar geltend, es seien auch diverse Mängel aufgetreten, die weit über den Bagatellbereich hinausgegangen seien. Damit stellt sie aber nicht infrage, dass es sich bei der weitaus überwiegenden Anzahl der Mängel, also – wie das Berufungsgericht angenommen hat – „im Wesentlichen“, um Bagatellprobleme handelt, die nicht die technische Funktionstüchtigkeit des Fahrzeugs, sondern die Optik und die Ausstattung des Wohnmobils betreffen.

(c) Hinsichtlich der nach dem Vorbringen des Kl. zuletzt noch vorhandenen vierzehn Mängel (ohne Navigations- und Fernsichtanlage) hat das Berufungsgericht ergänzend ausgeführt, dass diese nicht nur im Einzelnen, sondern auch insgesamt betrachtet die Stufe der Geringfügigkeit nicht überschreiten dürften, weil sich der hierfür erforderliche Kostenaufwand lediglich auf etwa 3 % des gezahlten Kaufpreises belaufe. Anders als die Revision meint, hat das Berufungsgericht dabei den Aspekt der Höhe der Mängelbeseitigungskosten nicht als eigenständiges Kriterium angesehen, sondern allein deswegen berücksichtigt, weil für die Frage, ob ein behebbarer Mangel als geringfügig einzustufen ist, auch beim gehobenen Preissegment regelmäßig das Verhältnis zwischen Kaufpreis und Mängelbeseitigungskosten eine entscheidende Rolle spielt (vgl. Senatsurteil vom 29.06.2011 NJW 2011, S. 2872 Rdn. 19 f.). Die insoweit angestellten Überlegungen dienten dem Berufungsgericht letztlich nur dazu, das Ausmaß und die Bedeutung der beanstandeten Mängel für den Kl. unter dem Kostenaspekt zu bestimmen.

Entgegen der Auffassung der Revision, die dem Berufungsgericht zur Last legt, ein untaugliches Kriterium herangezogen zu haben, stehen die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Verhältnis von Mängelbeseitigungsaufwand und gezahltem Kaufpreis nicht in Widerspruch dazu, dass es im Rahmen des § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB letztlich allein ausschlaggebend darauf ankommt, ob aufgrund der aufgetretenen Mängel das Vertrauen des Kl. in eine insgesamt ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs ernsthaft erschüttert ist. Denn ein solcher Vertrauensverlust setzt voraus, dass die bislang aufgetretenen Mängel aus Sicht eines verständigen Käufers eine ausreichende Grundlage für die Befürchtung bieten, das Fahrzeug sei insgesamt mit (immer wieder auftretenden oder noch nicht entdeckten) Qualitätsmängeln behaftet und werde daher auch in Zukunft nicht längere Zeit frei von herstellungsbedingten Mängeln sein. Bei dieser Beurteilung spielen Art, Ausmaß und Bedeutung der aufgetretenen Mängel eine entscheidende Rolle. Das Berufungsgericht hat im Rahmen seiner an diesen Maßstäben ausgerichteten Gesamtbewertung den gerügten Mängeln in vertretbarer tatrichterlicher Würdigung nicht ein solch symptomatisches Gewicht beigemessen, dass allein hieraus auf eine dauerhafte herstellungsbedingte Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs geschlossen werden könnte (vgl. auch OLG Köln, NJW-RR 1992, S. 1147).

(d) Bei seinen tatrichterlichen Erwägungen hat das Berufungsgericht auch den Umstand berücksichtigt, dass der Kl. nicht nur im Zeitraum von Mai 2009 bis März 2010 gegenüber der Bekl. (mindestens) dreiunddreißig Beanstandungen vorgebracht hat, sondern das Fahrzeug in der Zeit von Mai 2010 bis Dezember 2010 viermal zu einer anderen Vertragshändlerin des Herstellers in Reparatur gegeben hat. Insoweit hat es zugunsten des Kl. unterstellt, dass alle von ihm behaupteten Mängel am Wohnmobil vorlagen und auch schon bei Gefahrübergang vorhanden waren. Außerdem hat es im Zusammenhang mit ergänzenden Hilfserwägungen ausgeführt, dass sich die Bekl. bei der Frage, ob es sich beim Fahrzeug des Kl. „objektiv“ um ein „Montagsauto“ handle, auch die Mängel zurechnen lassen müsse, die (angeblich) im Zeitraum von Mai 2010 bis Dezember 2010 aufgetreten und von der Vertragswerkstatt D. beseitigt worden seien. Dass die in dieser Zeit zutage getretenen Mängel eine andere Qualität oder ein anderes Ausmaß als die bisherigen Beanstandungen aufgewiesen hätten, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Revision zeigt insoweit keinen übergangenen Sachvortrag in den Instanzen auf.

(3) Schließlich hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auch nicht auf Umstände gestützt, die bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit einer weiteren Nacherfüllung nicht berücksichtigungsfähig wären.

Der Revision ist zwar darin beizupflichten, dass das Berufungsgericht von unzutreffenden Bewertungsmaßstäben ausgeht, wenn es meint, auch beim – von ihm unterstellten – Vorliegen eines „Montagsautos“ sei dem Kl. ein weiteres Nachbesserungsverlangen deswegen zuzumuten, weil die Bekl. die im Zeitraum von Mai 2010 bis Dezember 2010 gerügten Mängel nicht habe einer eigenen Prüfung unterziehen können und vor dem Rücktritt nicht über den Inhalt und den Umfang der von der Vertragswerkstatt D. durchgeführten Garantiarbeiten unterrichtet worden sei. Dies verhilft der Revision jedoch nicht zum Erfolg, denn diese Erwägungen sind nicht entscheidungserheblich geworden. Das Berufungsgericht hat die diesbezüglichen Überlegungen nur hilfsweise angestellt. Es hat zunächst rechtsfehlerfrei das Vorliegen eines „Montagsautos“ verneint („der Senat ordnet das vom Kl. erworbene Fahrzeug noch nicht als ‚Montagsauto‘ ein“) und anschließend erörtert, was zu gelten hätte, wenn das Wohnmobil als „Montagsauto“ einzustufen wäre („eine Fristsetzung zur Nachbesserung der zuletzt gerügten Mängel als Rücktrittsvoraussetzung war im vorliegenden Fall aber auch unabhängig von den vorstehenden Überlegungen nicht entbehrlich“).

## Halter als Zustandsstörer

Urteil des BGH vom 21.09.2012 – V ZR 230/11 –

Überlässt der Halter sein Fahrzeug einer anderen Person zur Benutzung im Straßenverkehr, ist er Zustandsstörer, wenn es unberechtigt auf einem fremden Grundstück abgestellt wird. Auch nach Beendigung der Störung kann er Schuldner eines Unterlassungsanspruchs sein.

## ■ Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht bejaht einen Unterlassungsanspruch des Kl. gem. § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Bekl. sei mittelbarer Handlungsstörer oder Zustandsstörer, da er als Halter des Sportwagens durch dessen Weitergabe an einen Dritten eine adäquate Ursache dafür gesetzt habe, dass sein Fahrzeug unberechtigt abgestellt werden könne. Aufgrund des gesamten Verhaltens des Bekl. liege eine Wiederholungsgefahr vor. Der Kl. könne gem. §§ 670, 677, 683 BGB auch Ersatz der Kosten der Halterfeststellung verlangen. Ein Aufwendungsersatzanspruch für die vorgerichtlichen Anwaltskosten bestehe dagegen nicht, da die sofortige Einschaltung eines Rechtsanwalts in der konkreten Situation nicht erforderlich gewesen sei.

II. Die Revision des Bekl. ist unbegründet. Dem Kl. steht gegen den Bekl. ein Unterlassungsanspruch und ein Anspruch auf Erstattung der Kosten der Halterermittlung zu.

I. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen Unterlassungsanspruch des Kl. gem. § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB bejaht.

a) Das unbefugte Abstellen des Fahrzeugs auf dem von dem Kl. gemieteten Grundstück stellt eine verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB dar (Senat, Urteil vom 05.06.2009 DAR 2009, 515 = BGHZ 181, 233 Rdn. 13). Ob es sich hierbei um eine Besitzstörung oder um eine teilweise Besitzentziehung handelt, ist für die weitere rechtliche Beurteilung ohne Belang, da § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Fall der Besitzentziehung entsprechende Anwendung findet (Staudinger/Bund, BGB [2008], § 861 Rdn. 3; MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl., § 861 Rdn. 17).

b) Der Bekl. war gegenüber dem Kl. als Zustandsstörer verantwortlich.

aa) Zustandsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung zwar nicht verursacht hat, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aber aufrechterhalten wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der Inanspruchgenommene die Quelle der Störung beherrscht, also die Möglichkeit zu deren Beseitigung hat. Darüber hinaus muss ihm die Beeinträchtigung zurechenbar sein. Hierzu genügt es nicht, dass er Eigentümer oder Besitzer der Sache ist, von der die Störung ausgeht. Für die erforderliche Zurechnung der Beeinträchtigung ist nach ständiger Rspr. des BGH vielmehr erforderlich, dass die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers der störenden Sache zurückgeht. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es Sachgründe dafür gibt, dem Eigentümer oder Nutzer der störenden Sache die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen (Senat, Urteil vom 01.12.2006 NJW 2007, 432; Urteil vom 30.05.2003 – V ZR 37/02, BGHZ 155, 99, 105; Urteil vom 11.06.1999 – V ZR 377/98, BGHZ 142, 66, 69 f., jeweils m.w.N.).

bb) Danach war der Bekl. hinsichtlich der durch das parkende Fahrzeug hervorgerufenen Beeinträchtigung des Besitzes des

Kl. Zustandsstörer. Er beherrschte die Quelle der Störung, da er – bei entsprechender Information durch den beeinträchtigten Besitzer – als Halter des Fahrzeugs in der Lage war, das Fahrzeug wegzufahren. Ihm war die Beeinträchtigung auch zuzurechnen. Indem er sein Fahrzeug freiwillig einer anderen Person zur Benutzung im Straßenverkehr überlassen hat, hat er das Risiko übernommen, dass sich der Nutzer nicht an die allgemeinen Verhaltensregeln hält und das Fahrzeug unberechtigt auf fremdem Privatgrund abstellt. Da das Falschparken auf einem Privatgrundstück kein außergewöhnliches Verhalten eines Verkehrsteilnehmers darstellt, mit dem der Halter nicht zu rechnen hat, ist es sachgerecht, ihm als Halter die Verantwortung aufzuerlegen, wenn sich die mit der freiwilligen Fahrzeugüberlassung geschaffene Gefahr des unberechtigten Parkens tatsächlich realisiert (vgl. Lorenz, NJW 2009, 1025, 1026; Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2551; a.A. Woitkewitsch, MDR 2005, 1023, 1026).

c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr bejaht. Die von dem Bekl. abgegebene Unterlassungserklärung hat die Wiederholungsgefahr nicht entfallen lassen.

aa) Die Revision meint, als Zustandsstörer könne der Bekl. zwar auf Beseitigung einer bestehenden Störung, nicht aber auf künftige Unterlassung in Anspruch genommen werden, da dem Fahrzeug selbst nicht ein für das Geschäftsgrundstück des Kl. gefahrenträchtiger Zustand innewohne. Dem ist nicht zuzustimmen. Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei dem Falschparken um eine dem Fahrzeug „innewohnende Schadensanlage“ handelt (so aber LG München I, DAR 2009, 591 und AG Darmstadt, NJW-RR 2003, 19, 20). Denn die Verantwortlichkeit des Bekl. als Zustandsstörer ergibt sich nicht allein aus dessen Stellung als Halter des Fahrzeugs. Die Zurechnung der durch das Falschparken hervorgerufenen Besitzbeeinträchtigung beruht vielmehr darauf, dass diese mittelbar auf seinen Willen zurückging, indem er das Fahrzeug freiwillig einer anderen Person zur Benutzung überlassen hat. Hieran ist auch bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr anzuknüpfen.

bb) Die tatrichterliche Würdigung, ob Wiederholungsgefahr besteht, ist im Revisionsverfahren nur auf Rechtsfehler zu überprüfen (Senat, Urteil vom 14.10.1994 – V ZR 76/93, NJW 1995, 132, 134). Solche liegen nicht vor.

Schon das einmalige unbefugte Abstellen des Fahrzeugs auf dem Betriebsgrundstück des Kl. durch den Bekl. begründet die tatsächliche Vermutung dafür, dass sich die Beeinträchtigung wiederholt (Senat, Urteil vom 17.12.2010 – V ZR 46/10, ZUM 2011, 333, 336; Urteil vom 12.12.2003 – V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036). Durch die Unterzeichnung einer Unterlassungserklärung hat der Bekl. die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt. Dies kann regelmäßig nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung geschehen (BGH, Urteil vom 25.07.2012 WM 2012, 1673, 1682; Urteil vom 03.12.2009 – III ZR 73/09, MMR 2010, 173). Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht auch in dem Umstand, dass der Bekl. nach sei-



nem eigenen Vorbringen eine Ermahnung „an alle möglichen Nutzer“ ausgesprochen hat, das Fahrzeug künftig nicht auf dem Geschäftsgrundstück des Kl. abzustellen, keinen Umstand, der es rechtfertigen würde, einen Wegfall der Wiederholungsgefahr anzunehmen.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Kl. auf Erstattung der Kosten von 5,65 € für die Halterermittlung bejaht. Diese Aufwendungen waren zur Vorbereitung der an den Bekl. gerichteten Unterlassungsaufforderung erforderlich und sind daher gem. §§ 683, 677, 670 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 10.05.2012 GRUR 2012, 759) ersatzfähig.

III. Die Anschlussrevision des Kl. hat Erfolg. Die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es einen Anspruch des Kl. gem. §§ 683, 677, 670 BGB auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten für die Aufforderung an den Bekl. zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ablehnt, hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Nach § 670 BGB sind ersatzfähig solche Aufwendungen, die der Geschäftsführer den Umständen nach für erforderlich halten darf. Entscheidend ist, was er nach sorgfältiger Prüfung der ihm bekannten Umstände vernünftigerweise aufzuwenden hatte (RGZ 149, 205, 207; MünchKomm-BGB/Seiler, 5. Aufl., § 670 Rdn. 9; PWW/Fehrenbacher, BGB, 7. Aufl., § 670 Rdn. 5). Dies kann nicht allgemein bestimmt werden, sondern bemisst sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, deren Würdigung der tatrichterlichen Beurteilung obliegt.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, es handle sich um einen einfach gelagerten Unterlassungsanspruch, für dessen Durchsetzung anwaltliche Hilfe nicht benötigt werde, steht im Widerspruch dazu, dass es zur Klärung der – in der Rspr. kontrovers erörterten – Frage, ob gegenüber dem Fahrzeughalter ein Unterlassungsanspruch besteht, die Revision zugelassen hat. Soweit das Berufungsgericht zusätzlich darauf abstellt, dass der Kl. aus vorangegangenen Verfahren genau gewusst habe, was zu tun sei, vermag dies die Ablehnung des geltend gemachten Anspruchs ebenfalls nicht zu tragen. Zwar ist die Einschaltung eines Rechtsanwaltes dann nicht erforderlich, wenn der von der Störung Betr. anlässlich vorangegangener Parkverstöße Dritter diese in der Vergangenheit anwaltlich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert hat und er daher über die Vorgehensweise bei der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs informiert ist. Zu Recht macht die Anschlussrevision mit der in der mündlichen Verhandlung erhobenen Verfahrensrüge aber geltend, dass das Berufungsurteil keine Feststellungen enthält, die die Schlussfolgerung zuließen, der Kl. habe seine Rechte und die gebotene Vorgehensweise gekannt. Der bloße Hinweis auf nicht näher konkretisierte „vorangegangene Verfahren“ vermag die erforderlichen konkreten Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht zu ersetzen. Insoweit ist das Urteil daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es die Berechtigung des Anspruchs erneut prüfen kann.

## Strohmann als Käufer

Urteil des BGH vom 12.12.2012 – VIII ZR 89/12 –

Schiebt beim Verkauf einer beweglichen Sache an einen Verbraucher der Verkäufer, der Unternehmer ist, einen Verbraucher als Strohmann vor, um die Sache unter Ausschluss der Haftung für Mängel zu verkaufen, so ist der Kaufvertrag zwischen den Verbrauchern wirksam, sofern nicht die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) vorliegen (im Anschluss an Senatsurt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06 – BGHZ 170, 67).

### ■ Aus den Gründen:

Dem Kl. steht gegenüber der Bekl. kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu.

1. Das BG hat einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch rechtsfehlerfrei mit der Begründung verneint, dass der vom Kl. erklärte Rücktritt vom Vertrag unwirksam ist, weil etwaige Sachmängelansprüche des Kl. gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjährt sind und die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Verjährungsfrist gem. § 438 Abs. 3 S. 1 BGB nicht vorliegen.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Tatsachenfeststellung des BG, dass der Kl. nicht durch ein arglistiges Verhalten der Bekl. oder der hinter ihr stehenden Betreiber der Kraftfahrzeugwerkstatt zum Abschluss des Kaufvertrags veranlasst worden ist. Die tatrichterliche Würdigung des BG, dass eine etwaige Täuschung über die Anzahl der Vorbesitzer für den Kaufentschluss des Kl. jedenfalls nicht ursächlich war, weil es dem Kl. unter Berücksichtigung des Alters und des geringen Preises des Fahrzeugs nicht darauf angekommen sei, ob dieses einen Voreigentümer mehr hatte als im Kaufvertrag angegeben und aus den Fahrzeugpapieren ersichtlich war, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Rüge der Revision, die tatrichterliche Würdigung des BG sei nicht überprüfbar, weil die Aussagen der Zeugen H und R nicht protokolliert worden seien, greift nicht durch. Denn das BG hat die Aussagen dieser Zeugen nicht verwertet, sondern stützt seine Sachverhaltswürdigung auf die eigenen Angaben des Kl. in der mündlichen Verhandlung, die im Berufungsurteil wiedergegeben sind.

2. Ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, 3, § 241 Abs. 2 BGB wegen vorsätzlich unterlassener Aufklärung über die Anzahl der Vorbesitzer (vgl. dazu Senatsurt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, NJW 2010, 858) besteht ebenfalls nicht. Das BG hat auch insoweit rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Anzahl der Vorbesitzer im vorliegenden Fall keine maßgebliche Bedeutung für die Kaufentscheidung des Kl. hatte und deshalb ein etwaiges bewusstes Verschweigen des Umstandes, dass ein Voreigentümer nicht in den Fahrzeugpapieren eingetragen war, jedenfalls nicht ursächlich für den Kaufvertragsabschluss war.

3. Entgegen der Auffassung der Revision steht dem Kl. auch kein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung des

Kaufpreises aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu. Denn der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag ist wirksam zustande gekommen. Der Rechtsgrund für die Zahlung des Kaufpreises ist auch nicht nachträglich entfallen (§ 812 Abs. 1 S. 2 BGB).

a) Der zwischen dem Kl. und der Bekl. zustande gekommene Kaufvertrag ist kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB. Nach dieser Bestimmung ist eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, nichtig, wenn sie mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird. Diese Voraussetzungen hat das BG nicht festgestellt. Es hat vielmehr rechtsfehlerfrei die Feststellung getroffen, dass die mit dem Kaufvertrag verbundenen Rechtsfolgen von beiden Parteien, insb. auch vom Kl., gewollt waren. Damit scheidet ein Scheingeschäft aus.

Daran ändert auch nichts, dass die Bekl. von ihrem Ehemann dazu veranlasst worden war, den Kaufvertrag abzuschließen, damit kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt und die Sachmängelhaftung ausgeschlossen werden konnte. Das Vorschieben eines Strohmanns erfolgt im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht zum Schein. Vielmehr ist das Strohmann-Geschäft ernstlich gewollt, weil sonst der damit erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde. Daher ist ein solches Geschäft nach st. Rspr. des BGH für den Strohmann rechtlich bindend (Senatsurt. v. 13.03.2002 – VIII ZR 292/00, NJW 2002, 2030 unter II 1 m.w.N.).

Etwas anderes käme nach § 117 Abs. 1 BGB nur dann in Betracht, wenn der Kl. Kenntnis davon gehabt hätte und damit einverstanden gewesen wäre, dass die Bekl. lediglich als „Strohmann“ für ihren Ehemann aufgetreten ist. Dafür fehlt es jedoch, wie ausgeführt, an Feststellungen des BG. Übergangenen Sachvortrag hierzu zeigt die Revision nicht auf.

Aus dem Senatsurt. v. 22.11.2006 (VIII ZR 72/06, BGHZ 170, 67) ergibt sich nichts anderes. In dieser Entscheidung (a.a.O. Rn 16) hat der Senat die Frage, wie die ausschließliche Haftung des Händlers für Sachmängelansprüche bei einem Umgehungsgeschäft dogmatisch zu begründen ist, offen gelassen, weil es darauf nicht ankam. Dort hat der Senat lediglich Literaturmeinungen zur Begründung der ausschließlichen Haftung des Händlers wiedergegeben, unter anderem die Auffassung von Müller (NJW 2003, 1975, 1980), wonach der vorgeschobene Kaufvertrag zwischen den Verbrauchern als Scheingeschäft unwirksam sein soll. Diese Auffassung entspricht aber nicht der st. Rspr. des BGH und ist vom Senat auch nicht gebilligt worden. Da es auch im vorliegenden Fall nicht um die Haftung des Händlers geht, bedarf auch hier keiner Entscheidung, wie dessen ausschließliche Haftung bei einem Umgehungsgeschäft zu begründen ist.

b) Der Rechtsgrund für die Zahlung des Kaufpreises ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht durch die vom Kl. erklärte Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung entfallen. Das BG hat, wie ausgeführt, rechtsfehlerfrei festgestellt, dass eine etwaige Täuschung über die Anzahl der Vorbesitzer für den Kaufentschluss des Kl. jedenfalls nicht ursächlich war.

## Schleudernder Wohnwagen

Urteil des BGH vom 19.12.2012 – IV ZR 21/11 –

Zur Frage, ob ein in der Vollkaskoversicherung nicht versicherter Betriebsschaden vorliegt, wenn ein Wohnwagen vor der Kollision mit dem ziehenden Pkw aufgrund von Spurrillen ins Schleudern kommt.

### ■ Aus den Gründen:

I. Nach Auffassung des BG ist das schadenbegründende Ereignis zwar ein Unfall i.S. des § 12 Abs. 6a) S. 1 Hs. 1 AKB 2005. Die Leistungspflicht sei aber nach S. 2 dieser Klausel ausgeschlossen, weil der Schaden an dem Pkw durch den Anhänger ohne Einwirkung von außen verursacht worden sei. Die Einwirkung der Spurrillen auf das Gespann sei nicht von außen gekommen; sie habe nur die letztlich den Schaden verursachende Ereigniskette in Gang gesetzt. Der Schaden sei nicht durch eine von außen kommende mechanische Kraft, sondern durch die Kollision mit dem Anhänger verursacht worden. Wenn durch die Fahrbahnbeschaffenheit ein Schleudervorgang ausgelöst werde, der nur wegen Vorhandenseins eines Anhängers zu einem Schaden des ziehenden Fahrzeugs führe, realisiere sich das typische, nicht versicherte Gespannrisiko.

II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das BG hat dem Kl. zu Unrecht die begehrte Entschädigung aus der Kraftfahrzeugvollversicherung versagt.

1. Es hat § 12 Abs. 6a) S. 2 AKB 2005 unzutreffend so ausgelegt, dass ein durch die Fahrbahnbeschaffenheit ausgelöster Schleudervorgang nicht als Einwirkung von außen mit mechanischer Gewalt anzusehen sei.

a) Die Auslegung der dem zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Bestimmung des § 12 AKB 2005 ist in der Revisionsinstanz voll überprüfbar. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und können vom Revisionsgericht frei ausgelegt werden, wenn sie über den Bezirk des BG hinaus verwendet werden und eine unterschiedliche Auslegung durch verschiedene BG denkbar ist ... . Das ist bei den hier in Rede stehenden Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung (AKB 2005), die von Kraftfahrzeugversicherern im gesamten Bundesgebiet verwendet werden, der Fall.

b) AVB sind nach gefestigter Rechtsprechung des Senats so auszulegen, wie ein durchschnittlicher VN sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an ... .

aa) Unter Anlegung dieses Maßstabs hat der Senat in dem Urte. v. 06.03.1996 (VersR 1996, 622 unter 3 b) entschieden, der

durchschnittliche VN könne dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 II e AKB a.F. – der § 12 Abs. 6a) S. 1 AKB 2005 entspricht – nicht entnehmen, dass Schäden durch einen Aufprall des Anhängers auf den ihn ziehenden Pkw, die also Schäden durch ein plötzlich von außen einwirkendes Ereignis seien, als nicht versicherte Betriebsschäden angesehen werden sollten. Betriebsschäden sind solche, die durch normale Abnutzung, durch Material- oder Bedienungsfehler an dem Fahrzeug oder seinen Teilen entstehen, ferner Schäden, die zwar auf einer Einwirkung mechanischer Gewalt beruhen, aber zum normalen Betrieb des Kraftfahrzeugs gehören (Senat VersR 1969, 32, 33). Einen solchen Betriebsschaden hat der Senat in dem 1996 entschiedenen Fall, in dem ein Camping-Anhänger durch die Sogwirkung eines vorbeifahrenden Lkw instabil wurde und gegen die hintere rechte Seite des ziehenden Pkws prallte, verneint. Der durchschnittliche VN sehe trotz der Verbindung von Pkw und Camping-Anhänger in diesen zwei Fahrzeuge, von denen eines auf das andere mit mechanischer Gewalt von außen eingewirkt habe. Die starre Verbindung dieser beiden Fahrzeuge führe im Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers noch nicht dazu, Pkw und Anhänger als eine Betriebseinheit im technischen Sinne zu sehen; dies umso weniger, als der Pkw auch allein zum Betrieb geeignet und bestimmt sei (Senat VersR 1996, 622; anders noch Senat VersR 1969, 940).

bb) Diese Beurteilung verändert sich durch den in § 12 Abs. 6a) AKB 2005 hinzugefügten S. 2 nur insoweit, als gegenseitige Schäden zwischen ziehendem und gezogenem Fahrzeug ohne Einwirkung von außen als Betriebsschäden anzusehen und daher vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind. Nach dem Wortlaut, von dem der durchschnittliche VN ausgeht, kommt es allerdings bei solchen Schäden ebenso wie bei anderen Betriebsschäden der in § 12 Abs. 6a) S. 1 Hs. 2 AKB 2005 beschriebenen Art darauf an, ob sie ohne Einwirkung von außen verursacht worden sind. Dies wird er etwa bei Material- oder Bedienungsfehlern annehmen, die sich auf eines der zu dem Gespann gehörenden Fahrzeuge beziehen. Als Einwirkung von außen wird er hingegen Ursachen ansehen, die weder von dem ziehenden noch von dem gezogenen Fahrzeug ausgehen. Solche Ursachen können auch in der Fahrbahnbeschaffenheit oder den Witterungsverhältnissen liegen (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG VersR 1995, 1346; a.A. OLG Stuttgart VersR 2005, 643 f.).

cc) Ausgehend davon ist nach dem unstreitigen Sachverhalt eine Einwirkung von außen in den unerwartet starken Spurrillen zu sehen, durch die der Wohnanhänger ins Schleudern geriet. Spurrillen sind – wie das AG zutreffend ausgeführt hat – Unebenheiten in der Fahrbahn, die die Richtungsstabilität eines Fahrzeugs nachteilig beeinflussen und somit eine äußere, mechanische Einwirkung auf das Fahrzeug darstellen. Da der Anhänger infolge der Spurrillen ins Schleudern geriet und dann gegen den Pkw prallte, wurde dieser durch eine von außen kommende Einwirkung beschädigt.

## Nacherfüllung und Rücktritt

Urteil des BGH vom 19.12.2012 – VIII ZR 96/12 –

1. Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen muss auch die Bereitschaft des Käufers umfassen, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Der Verkäufer ist deshalb nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm am Erfüllungsort der Nacherfüllung die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung gegeben hat (Bestätigung von BGH, NJW 2010, 1448, und BGHZ 189, 196).

Das Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 326 Abs. 5 BGB besteht im Falle sog. wirtschaftlicher Unmöglichkeit nur und erst dann, wenn der Schuldner gem. § 275 Abs. 2 BGB von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat.

### ■ Aus den Gründen:

Das BG, das unangegriffen nicht nur die Kl. zu 1) und den Bekl. zu 1), sondern auch den Kl. zu 2) und Bekl. zu 2) als Vertragspartner des Kaufvertrages angesehen hat, hat hinsichtlich einer See- oder Wassertauglichkeit des verkauften Kajütboots zwar rechtsfehlerfrei das Vorliegen einer vom Gewährleistungsausschluss nicht erfassten Beschaffenheitsvereinbarung bejaht. Ebenso wenig ist es aus Rechtsgründen zu beanstanden, dass das BG im Rahmen der von ihm geprüften kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte (§§ 437, 439, 440, 323 Abs. 1 BGB) eine (wirksame) Aufforderung zur Nachbesserung einschließlich der erforderlichen Fristsetzung für nicht entbehrlich gehalten hat. Rechtsfehlerhaft hat es jedoch angenommen, dass die Kl. den Rücktritt wegen wirtschaftlicher Unmöglichkeit der Nachbesserung auch ohne dahingehende Einrede der Bekl. auf § 326 Abs. 5 BGB stützen können.

1. Entgegen der Auffassung der Revision konnte das BG aus den Erklärungen, mit denen die Bekl. zu 1) im eBay-Angebot eine Eignung des Kajütboots zum Wasserwandern herausgestellt hat, eine Beschaffenheitsvereinbarung zu dessen See- und Wassertauglichkeit herleiten, die – wie das BG mit sachkundiger Hilfe unangegriffen festgestellt hat – aufgrund des umfangreichen Pilzbefalls am hölzernen Bootskörper bei Übergabe des Bootes nicht mehr gegeben war.

a) Gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein Sachmangel der Kaufsache vor, wenn dieser eine vereinbarte Beschaffenheit fehlt. Dazu ist es nicht erforderlich, dass bestimmte Beschaffenheitsanforderungen ausdrücklich festgelegt werden. Eine solche Vereinbarung kann sich vielmehr auch aus den Umständen des Vertragschlusses wie etwa dem Kontext der dabei geführten Gespräche oder den bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen ergeben (Senatsurt. v. 17.03.2010 – VIII ZR 253/08, WM 2010, 990 Rn 13). Insb. kann die für eine Beschaffenheitsvereinba-

zung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Käufer dem Verkäufer bestimmte Anforderungen an den Kaufgegenstand zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt (Senatsurt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Rn 9 unter Hinweis auf BT-Drucks 14/6040, S. 213). Ebenso ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass in Fällen, in denen der Verkäufer bei Vertragsschluss die Eigenschaften der verkauften Sache in einer bestimmten Weise beschreibt und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft, die Erklärungen des Verkäufers ohne Weiteres zum Inhalt des Vertrages und damit zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung werden (BT-Drucks 14/6040, S. 212). So liegt es bei der erforderlichen Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles (vgl. Senatsurt. v. 28.03.2012 – VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723 Rn 25), die das BG in rechtsfehlerfreier Weise tatrichterlich gewürdigt hat, auch hier.

b) Das BG hat bei dieser Würdigung an eine in der Angebotsbeschreibung mehrfach zum Ausdruck gebrachte Eignung des Kajütboots zum ausgedehnten Wasserwandern angeknüpft. Das lässt ungeachtet des Einwandes der Revision, die Aussage, man könne mit dem Boot auf Reisen gehen, beziehe sich lediglich auf den gleichzeitig angebotenen Trailer und die damit verbundene Transport- und Mitnahmemöglichkeit, keinen Rechtsfehler erkennen. Das Verständnis des BG liegt, wie etwa der in der Angebotsbeschreibung enthaltene Hinweis auf die Möglichkeit längerer Entdeckungstouren und den dafür vorhandenen Stauraum zeigt, im Gegenteil nahe. Zudem liegt es auf der Hand, dass ein Kaufinteressent die für einen künftigen Gebrauch des Kajütboots zentrale Beschaffenheitsaussage einer See- und Wasser-tauglichkeit zur Grundlage seines Kaufentschlusses macht.

Zumindest für einen Einsatz des Bootes als Wanderboot ist, wie das BG unter Bezugnahme auf die dahingehenden Ausführungen des AG weiter angenommen hat, eine nach den am Bootsrumpf festgestellten Schäden nicht mehr gegebene See- oder Wassertauglichkeit unabdingbar. Es begegnet deshalb keinen rechtlichen Bedenken, wenn das BG in der Angebotsbeschreibung – vergleichbar mit der Beschreibung eines Kfz als fahrbereit, mit der die Eignung zu einer gefahrlosen Benutzung bei bestimmungsgemäßem Gebrauch, insb. das Fehlen von verkehrsgefährdenden Mängeln zugesagt wird (Senatsurt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06, BGHZ 170, 67 Rn 21, 25 m.w.N.) – die Grundlage eines von den Bekl. jedenfalls konkludent angenommenen Beschaffenheitsangebots gesehen hat und daran anknüpfend zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Kajütboot diesen Beschaffenheitsanforderungen nicht gerecht wird, weil dem Bootsrumpf aufgrund seiner Schäden das dafür erforderliche Mindestmaß an Stabilität und Stoßfestigkeit fehlt.

c) Es steht weiter im Einklang mit der Rspr. des Senats, dass das BG den zwischen den Parteien vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht auf die genannte Beschaffenheitsvereinbarung bezogen hat (Senatsurt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rn 31).

2. Soweit das BG die Wirksamkeit eines Rücktritts nach § 437 Nr. 2, § 440 S. 1, § 323 Abs. 1 BGB verneint hat, weil es eine

(wirksame) Aufforderung zur Nachbesserung einschließlich der erforderlichen Fristsetzung nicht für entbehrlich gehalten hat, macht die Revisionserwiderung im Wege der Gegenrüge ohne Erfolg geltend, dass die Bekl. bereits mit ihrer E-Mail vom 29.04.2009 durch den dortigen Hinweis auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss jegliche Gewährleistungsansprüche endgültig abgelehnt hätten und damit der Weg für einen sofortigen Rücktritt vom Vertrag frei gewesen sei.

a) Das BG hat unter Bezugnahme auf die Ausführungen des AG und dessen Würdigung des Inhalts des vorausgegangenen Telefonkontakts der besagten E-Mail eine solche endgültige Anspruchsablehnung nicht entnehmen können. Dagegen bringt die Revisionserwiderung nichts Durchschlagendes vor, sondern setzt lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung durch das BG.

Das gilt umso mehr, als an die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen sind, die nur vorliegen, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er seinen Vertragspflichten nicht nachkommen werde. Insb. kann in dem bloßen Bestreiten von Mängeln eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung noch nicht ohne Weiteres, sondern nur dann gesehen werden, wenn weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte oder werde umstimmen lassen (Senatsurt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, WM 2006, 1355 Rn 25 m.w.N.). Dazu stellt das BG nichts fest. Ebenso wenig zeigt die Revisionserwiderung übergangenen Sachvortrag auf. Im Gegenteil verhält es sich so, dass die Kl. jedenfalls bis zu ihrer Mängelbeseitigungsaufforderung vom 22.01.2010 selbst davon ausgegangen sind, sich auf eine Nacherfüllung der Bekl. nicht einlassen zu müssen, und ihnen dementsprechend dazu auch keine Gelegenheit eingeräumt haben. Es erscheint aber – wie auch die Reaktion der Bekl. auf das Schreiben vom 22.01.2010 zeigt – nicht ausgeschlossen, dass die Bekl. bei einer an sie gerichteten Nacherfüllungsaufforderung ihre bis dahin geäußerte Haltung aufgegeben hätten und der Möglichkeit einer Nacherfüllung näher getreten wären (vgl. Senatsurt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, a.a.O.).

b) Von der Revisionserwiderung unbeanstandet ist das BG weiter rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass auch in der Nacherfüllungsaufforderung vom 22.01.2010 keine den Anforderungen des § 323 Abs. 1 BGB genügende Fristsetzung zur Nacherfüllung gelegen hat, da die Kl. ihrem Nachbesserungsverlangen zu Unrecht Usedom als Erfüllungsort zugrunde gelegt und sich dadurch nicht bereit erklärt haben, den Bekl. das Boot in Berlin als dem richtigen Erfüllungsort zur Überprüfung der Mängelrügen und einer daran ggf. anknüpfenden Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen.

Diese Beurteilung steht im Einklang mit der Rspr. des Senats, wonach zum einen ein taugliches Nacherfüllungsverlangen auch die Bereitschaft des Käufers umfassen muss, dem Verkäu-

fer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen, und der Verkäufer nicht verpflichtet ist, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat (Senatsurt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn 12). Zum anderen setzt dies eine Zurverfügungstellung am rechten Ort, nämlich dem Erfüllungsort der Nacherfüllung, voraus. Für dessen Bestimmung ist im Kaufrecht die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB maßgebend mit der Folge, dass bei einem – hier gegebenen – Fehlen vertraglicher Vereinbarungen über den Erfüllungsort auf die jeweiligen Umstände, insb. auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen ist und dass dann, wenn sich hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen lassen, der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln ist, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte (Senatsurt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn 29 ff. m.w.N.). Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn das BG in diesem Zusammenhang entscheidend auf den übereinstimmenden Wohnsitz der Parteien im Raum Berlin abgestellt und dem Umstand, dass das Boot lediglich zum Zwecke der Unterstellung nach Usedom verbracht worden war, keine für die Bestimmung des Erfüllungsortes entscheidende Bedeutung beigelegt hat.

3. Mit Recht beanstandet die Revision jedoch, dass das BG gleichwohl eine Fristsetzung der Kl. zur Nacherfüllung für entbehrlich gehalten hat, weil es die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts nach § 326 Abs. 5 BGB für gegeben erachtet hat.

a) Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, wobei auf den Rücktritt § 323 BGB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung findet, dass die Fristsetzung entbehrlich ist. Das BG hat es dahinstehen lassen, ob der Pilzbefall des Bootsrumpfes wegen einer selbst bei vollständiger Schadensbeseitigung möglicherweise verbleibenden Wertminderung schon für sich allein als ein unbehebbarer Mangel anzusehen und daher von der objektiven Unmöglichkeit einer vollständigen Mangelbeseitigung mit der Folge einer dahingehenden Leistungsfreiheit der Bekl. gem. § 275 Abs. 1 BGB auszugehen ist (vgl. dazu Senatsurt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53 Rn 23). Für das Revisionsverfahren ist daher zu unterstellen, dass ein i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB unbehebbarer Mangel nicht vorliegt.

b) Das BG hat ein Rücktrittsrecht der Kl. nach § 326 Abs. 5 BGB – und damit ohne eine Fristsetzung zur Nacherfüllung – wegen sog. wirtschaftlicher Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 2 BGB für gegeben erachtet. Das ist nicht richtig. Dem BG ist zwar insoweit beizupflichten, als es angesichts des groben Missverhältnisses zwischen den mit sachverständiger Hilfe ermittelten Nachbesserungskosten von 12.900 EUR und dem Zeitwert des Bootes von 1.400 EUR einen Fall der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit bejaht hat. Nicht gefolgt werden kann ihm jedoch, soweit es die Geltendmachung eines hierauf gestützten Leistungsverweigerungsrechts der Bekl. für entbehrlich gehalten hat.

Genauso wie § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, der nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner entweder wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB oder wegen Erhebens der Einrede nach § 275 Abs. 2 oder 3 BGB nicht zu leisten braucht (BT-Drucks 14/6040, S. 188), verlangt auch § 326 Abs. 5 BGB nach seinem eindeutigen Wortlaut für das darin geregelte Rücktrittsrecht, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, also nach einer dieser Bestimmungen von seiner Primärleistungspflicht frei (geworden) ist. Anders als im Fall der echten Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB führt eine sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 2 BGB aber nur und erst dann zu einer Befreiung des Schuldners von seiner Primärleistungspflicht, wenn er sich hierauf durch Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts beruft. Das gilt uneingeschränkt auch für den hier gegebenen Fall, dass das Missverhältnis zwischen dem (Nach-)Erfüllungsaufwand (hier: Mängelbeseitigungskosten) und dem Interesse des Gläubigers am Erhalt der Primärleistung (hier: Erhalt des Bootes in mangelfreiem Zustand) besonders krass ist. Davon sollte nach der Gesetzesbegründung im Übrigen noch nicht einmal in Fällen der sog. faktischen Unmöglichkeit, bei denen die Behebung des Leistungshindernisses lediglich theoretisch möglich erscheint, selbst wenn sie kein vernünftiger Gläubiger ernsthaft erwarten kann, eine Ausnahme zu machen sein (BT-Drucks 14/6040, S. 129 f.).

Ein Bedürfnis, für solche Fallgestaltungen vom Erfordernis einer Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Schuldner abzusehen, ist entgegen der Auffassung des BG nicht gegeben. Vielmehr ist für Fälle, in denen eine Ungewissheit darüber besteht, ob eine Nacherfüllung unmöglich ist oder ob der Schuldner sich auf eine (wirtschaftliche) Unmöglichkeit berufen wird, bereits im Gesetzgebungsverfahren auf die Möglichkeit des Gläubigers hingewiesen worden, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen und nach fruchtlosem Fristablauf gem. § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurückzutreten (BT-Drucks 14/7052, S. 183, 193).

II. Nach alledem kann das Urteil des BG keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 2 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das BG – vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Rechtsauffassung folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Pilzbefall des Bootsrumpfes wegen einer selbst bei vollständiger Schadensbeseitigung möglicherweise verbleibenden Wertminderung schon für sich allein als ein unbehebbarer Mangel anzusehen und daher von der objektiven Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) einer vollständigen Mangelbeseitigung auszugehen ist. Ebenso wenig hat das BG – worauf die Revisionserwiderung gleichfalls hinweist – Feststellungen zu einer von den Kl. geltend gemachten arglistigen Täuschung der Bekl. über den Zustand des Bootsrumpfes und einer in diesem Fall gegebenen Unbeachtlichkeit des Gewährleistungsausschlusses nach § 444 BGB getroffen. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BG zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO).

## Drängeln auf der Kreuzung

Urteil des OLG Karlsruhe vom 15.10.2012 – 1 U 66/12 –

Die aus §§ 11 I und III StVO abzuleitenden besonderen Sorgfaltsanforderungen bei Stauungen im Kreuzungsbe-  
reich können zu einer deutlich überwiegenden Haftung  
eines Pkw-Halters und -Fahrers führen, der in eine stau-  
bedingt blockierte ampelgeregelte Kreuzung bei eigenem  
Grünlicht einfährt, sich vor ein hängen gebliebenes Fahr-  
zeug hineindrückt und von dessen Fahrer beim Anfahren  
übersehen wird (vgl. BGH, VersR 1961, 524; VRS 34, 358;  
BGHZ 56, 146; VerkMitt 1993, Nr. 27; NZV 2004, 547).

### ■ Aus den Gründen:

Die selbstständigen Berufungen beider Seiten sind jeweils  
statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat die Be-  
rufung des Kl. jedoch gar keinen und die Berufung der Beklag-  
ten nur geringfügigen Erfolg, nämlich lediglich insofern, als  
sich die Beklagten (auch) gegen die landgerichtliche Verurtei-  
lung zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung wenden (dazu  
Ziff. 2\*). Ohne Erfolg beanstanden die Parteien demgegenüber  
zuvorderst die landgerichtliche Haftungsquotierung und ma-  
chen weiterhin eine Alleinverantwortlichkeit der jeweils ande-  
ren Seite für die Unfallfolgen geltend (dazu unter Ziff. 1).

\*Nicht mit abgedr., die Red.).

1. Zu Recht hat das LG mit dem angefochtenen Urteil der auf  
Schadensersatz infolge eines Verkehrsunfalls vom 13.05.2011  
in Mannheim an der Einmündung der K- in die R-M-Straße  
gerichteten Klage nur unter Zugrundelegen einer Haftungs-  
verteilung von 2/3 : 1/3 zu Lasten des Kl. stattgegeben. Die da-  
gegen von beiden Parteien mit ihren jeweils selbstständigen  
Berufungen vorgebrachten Bedenken rechtfertigen keine ab-  
weichende Entscheidung.

a) Eine Unabwendbarkeit des streitgegenständlichen Unfalls  
gemäß § 17 III StVG hat das LG zu Recht für keinen der Unfall-  
beteiligten festzustellen vermocht.

b) Im Rahmen der danach vorzunehmenden Haftungsabwägung  
gemäß § 17 II, I StVG ist vorliegend von einem überwiegenden  
Verursachungsbeitrag des Kl. zu dem streitgegenständlichen  
Verkehrsunfall auszugehen, dem das LG durch eine Haftungs-  
verteilung von 2/3 : 1/3 zutreffend Rechnung getragen hat.

aa) In Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltsanforderun-  
gen des § 1 StVO, beruhend auf dem Gedanken ständiger Vor-  
sicht und gegenseitiger Rücksichtnahme gebieten § 11 I und  
III StVO im Falle von Verkehrsstauungen dem – an sich – Vor-  
rangberechtigten durch – ausnahmsweisen – Vorrangverzicht  
zur Entwirrung verwickelter Verkehrslagen beizutragen (so  
die Gesetzes-Begründung, zit. nach König in: Hentschel/Dau-  
er/König, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 11 StVO, Rdnr.  
5). Sie sind damit Ausfluss der übergeordneten Grundregel,

dass Verkehrsregeln nicht ins Gegenteil des Bezweckten um-  
schlagen dürfen, und stellen dementsprechend auch keine  
Ausnahmevorschriften dar (König, a.a.O.).

Daraus folgt im Interesse der Verkehrssicherheit die allge-  
mein anerkannte, klare und eindeutige Regel, dass ein Kraft-  
fahrer, der bei Grünlicht in eine Kreuzung einfahren will,  
zunächst dem in der Kreuzung „hängen gebliebenen“ Quer-  
verkehr die Möglichkeit geben muss, die Kreuzung zu verlas-  
sen. Mit anderen Worten: Nachzügler muss, um Stauungen  
zu vermeiden, die Möglichkeit gegeben werden, die Kreuzung  
alsbald zu verlassen (so gen. Vorrecht des Kreuzungsräumers;  
st. Rspr., vgl. BGH, VersR 1961, 524; VRS 34, 358; BGHZ 56, 146).

Infolgedessen ist bei einem Unfall auf einer Kreuzung, auf wel-  
cher der Fahrzeugverkehr durch eine Lichtzeichensignalanla-  
ge geregelt ist, und bei dem es zu einem Zusammenstoß zwis-  
chen einem Fahrzeug, das bei dem Umschalten der Ampel auf  
„grün“ anfährt, und einem Fahrzeug des Querverkehrs, das die  
Kreuzung räumen will, in der Regel von einer überwiegenden  
Verursachung des in die Kreuzung einfahrenden Querverkehrs  
auszugehen bzw. sogar von der Alleinschuld von dessen Fahrer,  
wenn dieser den Kreuzungsrümer rechtzeitig erkennen konn-  
te oder aus dem Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer mit  
Kreuzungsräumern rechnen musste (vgl. KG, VerkMitt 1993, Nr.  
27; König, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht,  
41. Aufl. 2011, § 37 StVO, Rdnr. 61 m. w. Nachw.). Das gilt erst  
recht, wenn der Einfahrende den Kreuzungsrümer sogar po-  
sitiv wahrgenommen hat (vgl. KG, NZV 2004, 574). Räumt der  
Nachzügler die Kreuzung allerdings nicht mit der gebotenen  
Sorgfalt, so haftet er mit (König, a.a.O., m. w. Nachw.).

bb) Nach diesen Maßstäben hat das LG im Rahmen der gemäß  
§ 17 II, I StVG vorzunehmenden Abwägung zu Recht angenom-  
men, dass der Kl. den streitgegenständlichen Unfall überwie-  
gend verschuldet hat.

(1) Ausweislich der vom Kl. selbst vorgelegten Lichtbilder han-  
delte es sich bei dem vom Bekl. Ziff. 1 seinerzeit gesteuerten  
(Groß-)Lkw (a) um einen etliche Meter langen, der nach Sachla-  
ge, ausgehend (b) von der dokumentierten Unfallendstellung,  
(c) der Länge der Streifschäden am klägerischen Pkw und (d) ei-  
nem – zumindest – gewissen Abstand zu diesem Fahrzeug un-  
mittelbar vor der Kollision – beim Anfahren des Lkw jedenfalls  
noch einen erheblichen Teil des Einmündungs-/Kreuzungs-  
bereichs ausfüllte. Der vor dem Lkw verbliebene (Sicherheits-)  
Abstand reichte unstreitig nicht aus, um sich mit dem – wie im  
Berufungstermin unwidersprochen thematisiert – rund 4,80 m  
langen Pkw des Kl. vollständig in den auf der R-M-Straße kurz-  
zeitig stehenden Verkehr einzugliedern. Angesichts dessen  
hätte der Kl. – trotz (unterstellt) grünen Lichtzeichens – gemäß  
§ 11 I StVO von vornherein auf ein Einfahren in die Kreuzung  
einstweilen verzichten müssen. Das hat er jedoch nicht ge-  
tan, sondern, obwohl er den vom Bekl. Ziff. 1 gesteuerten, in  
der Kreuzung „hängen gebliebenen“ Lkw positiv erkannt hat-  
te, dessen anerkanntes („Kreuzungsrümer“-)Vorrecht miss-  
achtet und vielmehr versucht, sich vor diesen schräg in eine  
ersichtlich unzureichende Lücke „hineinzudrücken“. Dies er-

folgte zudem – wie unangegriffen vom LG festgehalten –, ohne sich insoweit mit dem Bekl. Ziff. 1 vorab verständigt zu haben. Der Kl. macht nicht einmal geltend, Blickkontakt mit dem Bekl. Ziff. 1 gesucht zu haben; ebenso wenig, ein solcher sei etwa aus räumlichen Gründen (ohnehin) unmöglich gewesen, beispielsweise wegen der Sitzposition des Bekl. Ziff. 1 im Führerhaus des Lkw einerseits und der Stellung des klägerischen Pkw schräg am vorderen rechten Eck des Lkw andererseits.

Für das vom Kl. im Prozess geltend gemachte eigene Vertrauen unmittelbar vor der Kollision darauf, der Bekl. Ziff. 1 werde ihn schon in die Lücke einfahren lassen, fehlte mithin jede ausreichende Tatsachengrundlage. Darauf, dass der Bekl. Ziff. 1 ihm die Vorfahrt lassen würde, hätte er sich jedoch nur dann verlassen dürfen, wenn er dessen sicher sein konnte. Musste ihm hingegen das weitere Verhalten des Bekl. Ziff. 1 zumindest noch ungewiss erscheinen, so hätte er sich bei seiner Fahrweise darauf einrichten müssen (vgl. BGHZ 56, 146 – juris 21), hier mithin nicht in die unzureichende Lücke vor dem unübersichtlichen Lkw schräg einfahren zu dürfen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass – situationsbedingt – schon an sich eine erhöhte Betriebsgefahr von Fahrzeugen ausgeht, die – wie hier der Pkw des Kl. – bei Grün in eine Kreuzung eingefahren werden, bevor der Kreuzungsbereich vom abfließenden Querverkehr geräumt ist (vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1977, 841).

Gegen all dies kann der Kl. nicht mit Erfolg einwenden, mangels (beiderseitiger) Bewegung der Fahrzeuge, insbesondere aber eines Stehens seines Pkw bei der Kollision, sei schon im Ausgangspunkt nicht von einer „Kreuzungsräumungskonstellation“ auszugehen und infolge jeweils abweichender Sachverhalte en détail auch die diesbezüglich im Hinweisbeschluss des erkennenden Gerichts zitierten Entscheidungen unvergleichbar, jedenfalls aber sei nicht von einer erhöhten Betriebsgefahr des klägerischen Pkw auszugehen.

Auch wenn selbstverständlich keine der zitierten Entscheidungen exakt den streitgegenständlichen Sachverhalt erfasst und Abweichungen en détail nicht zu verkennen sind, ändert dies nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 11 I, III StVO und den hieraus anerkanntermaßen entwickelten Rechtsgrundsätzen. Schließlich dient § 11 StVO – wie gesehen – lediglich der Konkretisierung der allgemeinen Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten im Falle von Verkehrsstauungen im Kreuzungsbereich; und zwar durch Regelung der Rangfolge der Interessen der beteiligten Verkehrsteilnehmer im – wohlverstandenen – Allgemeininteresse an einer Entwirrung der Situation. Insoweit kann indessen keinem Zweifel unterliegen, dass diese Rechtsgrundsätze auch auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung finden müssen; ungeachtet der Frage, ob das klägerische Fahrzeug – worauf der Kl. entscheidend abheben will – zum Zeitpunkt der Kollision (schon) zum Stillstand gekommen war oder sich (noch) in Bewegung befand. Denn es steht für die berufsgerichtliche Entscheidung jedenfalls unabweisbar fest, dass der Kl. nicht nur das Vorrecht des Bekl. Ziff. 1 auf Kreuzungsräumung missachtet, sondern außerdem in (egoistischer) Verfolgung seiner individuellen

Fortbewegungsinteressen durch Hineindrängen in eine unzureichende Lücke vor dem Lkw dessen Kreuzungsräumung nicht nur weiter verzögert und damit statt zu einer „Entwirrung“ vielmehr zu einer weiteren „Verwirrung“ bzw. Verlängerung der Verkehrsstockung beigetragen hat. Er hat darüber hinaus auch durch die Art und Weise seines Vorgehens, nämlich das – ohne Blickkontakt erfolgende – nur teilweise Hineindrängen in eine Lücke vor den vom Bekl. Ziff. 1 gesteuerten Lkw – für jedermann voraussehbar – gerade auch die konkrete Gefahr geschaffen, die sich letztlich im streitgegenständlichen Unfall realisiert hat, nämlich, dass im Rahmen einer weiteren Verdichtung des Verkehrs, insbesondere unmittelbar schräg vor einem bauartbedingt unübersichtlichen (Groß-) Lkw, – wie hier vom Kl. dem Bekl. Ziff. 1 alleine vorgeworfen – Umstände übersehen werden und es infolgedessen zu Fahrzeug-Berührungen kommt. Gerade auch die zu Recht befürwortete erhöhte Betriebsgefahr des Einfahrenden resultiert – wie im Berufungstermin näher erörtert – schon allein aus der nachträglichen, weiteren Verdichtung bzw. „Verwirrung“ des Kreuzungsverkehrs(-raums) durch den Einfahrenden, wie hier geschehen, und setzt demzufolge – entgegen der Ansicht des Kl. – keine (zwingend zum Zeitpunkt der Kollision noch fortdauernde) Bewegung des Einfahrenden voraus.

(2) Der Bekl. Ziff. 1 auf der anderen Seite ist jedenfalls nicht mit der erforderlichen Sorgfalt angefahren.

Entgegen der Behauptung des Kl. kann hingegen ein unfallkausal eigener Verstoß des Bekl. Ziff. 1 gegen § 11 I, III StVO nicht festgestellt und weitergehend zulasten der Beklagten bei der Abwägung berücksichtigt werden.

Aber auch ein unterstellter vorausgegangener Verstoß des Bekl. Ziff. 1 gegen § 11 I, III StVO wäre nicht zu berücksichtigen, weil er schon vom Schutzzweck der Norm her, nämlich der Entwirrung einer aufgetretenen Verkehrsstauung zu dienen, nicht zugunsten des Kl. in Ansatz gebracht werden könnte, der erst nachträglich und seinerseits gegen § 11 I, III StVO verstoßend in die Kreuzung eingefahren ist. Mit einem – unterstellten – Verstoß (auch) des Bekl. Ziff. 1 gegen diese Regeln stünde bei der insoweit gebotenen, wertenden Betrachtung der klägerseits geltend gemachte Schaden nicht – wie erforderlich – in einem inneren Zusammenhang, sondern allenfalls in einem rein äußerlichen, gewissermaßen zufälligen, was jedoch nicht genügt (vgl. BGH, VersR 2000, 370; 2012, 1133, Tz. 12 m. w. Nachw.).

Neben dem fahrlässigen Verstoß des Bekl. Ziff. 1 gegen seine allgemeine Sorgfaltspflicht ist aufgrund der Größe, Masse und Unübersichtlichkeit des von ihm gesteuerten Lkw von einer – bauartbedingt – höheren Betriebsgefahr als beim Pkw des Kl. auszugehen.

cc) Insgesamt ist danach in Übereinstimmung mit dem LG davon auszugehen, dass der Kl. zwar nicht alleine, aber doch überwiegend für den streitgegenständlichen Unfall verantwortlich zeichnet, weil er „sehenden Auges“, unter Missachtung des Vorrechts des Bekl. Ziff. 1 als „Kreuzungsräumer“, ohne Blickkontakt mit diesem aufzunehmen, die Verkehrs-

stauung zusätzlich verdichtete und gleichzeitig – mit Blick auf den vom Bekl. Ziff. 1 gesteuerten, unübersichtlichen (Groß-)Lkw einerseits und die unzureichend kurze Lücke vor demselben, mit der Folge eines nur teilweisen, schrägen Hineinragens seines Pkw in diese Lücke – eine konkrete Gefahr geschaffen hat, die sich in dem streitgegenständlichen Verkehrsunfall schließlich auch realisiert hat.

Demgegenüber ist dem Bekl. Ziff. 1 allenfalls eine Unaufmerksamkeit anzulasten, mithin ein fahrlässiger Verstoß gegen seine allgemeinen Sorgfaltspflichten.

Dem allen trägt eine Haftungsverteilung von 2/3 : 1/3 zulasten des Kl. angemessen Rechnung.

## Anwesenheitspflicht des Betroffenen

Beschluss des OLG Bamberg vom 29.08.2012 – 3 SS OWi 1092/12 –

Eine Einspruchsverwerfung nach § 74 Abs. 2 OWiG stellt eine Verletzung rechtlichen Gehörs dar, wenn der Betroffene die Fahrereigenschaft zum Tatzeitpunkt eingeräumt und erklärt hat, dass er im Hauptverhandlungstermin keinerlei Angaben machen werde.

### ■ Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 80 II Nr. 1, I Nr. 2 OWiG zuzulassen, weil es aus den nachfolgenden Gründen geboten ist, das Urteil wegen Versagung des rechtlichen Gehörs aufzuheben.

1. Nach dem durch die Verfahrensakten bewiesenen Rechtsmittelvorbringen liegt der prozessordnungsgemäß geltend gemachten Gehörsrüge (§ 344 II 2 StPO, § 80 III 3 OWiG) im Wesentlichen folgender Verfahrensgang zugrunde:

Mit Schriftsatz vom 18.01.2012 beantragte der Betr. durch seinen mit Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidiger, ihn von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen zum Hauptverhandlungstermin am 17.02.2012 zu entbinden, und führte zur Begründung aus, dass er die Fahrereigenschaft zum Tatzeitpunkt einräume und er auch bei persönlicher Anwesenheit im Hauptverhandlungstermin „absolut schweigen“ werde.

Mit Beschluss vom 24.01.2012 lehnte das AG diesen Antrag mit der Begründung ab, die Voraussetzungen des § 73 II OWiG seien nicht erfüllt, und führte hierzu aus:

„Da der Betr. die Tat bestreitet, ist ein Tatnachweis ggf. durch eine Gegenüberstellung des Betr. mit dem Zeugen zu führen. Dies wurde übrigens auch seitens der Verteidigung beantragt (Bl. 29).

Dafür ist allerdings die Anwesenheit des Betr. in der Hauptverhandlung erforderlich.

Der Antrag war daher zurückzuweisen.“

Mit Schriftsatz vom 13.02.2012 wies der Betr. erneut darauf hin, dass er die Fahrereigenschaft einräume, so dass „ein Tatnachweis durch eine Gegenüberstellung mit dem Zeugen“ nicht zu führen sei und er lediglich die Benutzung eines Mobil- oder Autotelefon und das Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes bestreite. Für diese Wahrnehmung käme es aber allein auf die Aussage des Zeugen POM H an, nicht aber auf seine persönliche Anwesenheit. Aus diesem Grunde beantrage er nochmals, ihn vom persönlichen Erscheinen zu entbinden.

Das AG teilte daraufhin dem Verteidiger mit, dass der Beschluss vom 24.01.2012 aufrechterhalten bliebe. Des Weiteren führt es aus, dass ohne Gegenüberstellung des Betr. mit dem Zeugen ein Tatnachweis nicht zu führen sei und er dies selbst beantragt habe.

Mit weiterem Schreiben vom 16.02.2012 beantragte der Betr. wiederum, ihn vom persönlichen Erscheinen zu entbinden, und führte hierzu aus, dass er eine Gegenüberstellung mit dem Zeugen nicht beantragt habe. Vielmehr habe er lediglich die Stellung eines Beweisantrages angekündigt. Diese Beweisanregung – die die Anwesenheit des Betr. erfordert – soll aber nach dem Inhalt der Ladung in der Hauptverhandlung vom 17.02.2012 nicht „zur Ausführung kommen“; sollte des Weiteren das Gericht immer noch der Auffassung sein, es sei eine Gegenüberstellung mit dem Zeugen beantragt, so werde dieser Antrag insoweit zurückgenommen.

Mit Beschluss vom 17.02.2012 wies das AG den erneuten Antrag des Betr. auf Entbindung vom persönlichen Erscheinen „aus den Gründen des Beschlusses vom 24.02.2012 mit der Verfügung vom 16.02.2012“ zurück und führte ergänzend aus, „dass von der Anwesenheit des Betr. in der Hauptverhandlung sehr wohl ein Erkenntnisgewinn zu ersehen ist. Das Gericht beabsichtigt, zunächst die Zeugen mit dem Betr. gegenüberzustellen. Für den Fall, dass dann das Vorbringen der Verteidigung als wahrscheinlich erscheint, wird das Gericht von Amts wegen (Amtsermittlungsgrundsatz) über das weitere Vorgehen (Augenschein Lkw bzw. Sachverständigen-gutachten) entscheiden. Der Betr. ist insoweit an der Mitwirkung des Verfahrens durch seine Anwesenheit verpflichtet. Im Übrigen erwartet das Gericht selbstverständlich keine weiteren Angaben durch den Betr.“ (Hervorhebungen des Gerichts; die Red.)

Mit Fax vom 17.02.2012 beantragte der Betr. erneut, ihn vom persönlichen Erscheinen zu entbinden.

In der Hauptverhandlung am 17.02.2012 lehnte das AG den erneuten Antrag unter Bezugnahme auf die Begründung der Beschlüsse vom 24.01.2012 und 17.02.2012 ab und verwarf sodann dessen Einspruch. In den Urteilsgründen führte es hierzu aus:



„Der Betr. hat gegen den in der Urteilsformel bezeichneten Bußgeldbescheid rechtzeitig Einspruch erhoben.

Die Ladung zum heutigen Hauptverhandlungstermin, welche eine Belehrung nach § 74 III OWiG und über die Folgen eines nicht bzw. nicht genügend entschuldigtem Ausbleibens enthielt, wurde ordnungsgemäß zugestellt am 13.01.2012.

Der Betr. ist ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben und auch nicht durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten worden.

Der Betr. war von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht entbunden worden.

Der Einspruch ist daher nach § 74 II OWiG zu verwerfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 109 II OWiG.

Der Zeuge H wurde um 11:47 Uhr entlassen.“

2. Diese Vorgehensweise des AG ist rechtsfehlerhaft.

Nach § 73 II OWiG hat das Gericht den Betr. auf seinen Antrag von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden, wenn er sich zur Sache geäußert oder wenn er erklärt hat, er werde sich in der Hauptverhandlung nicht (weiter) zur Sache äußern, und seine Anwesenheit zur Aufklärung wesentlicher Gesichtspunkte des Sachverhalts nicht erforderlich ist.

Dabei ist zu beachten, dass im Gegensatz zur früheren Rechtslage die Entscheidung über den Entbindungsantrag nicht mehr in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Vielmehr ist das Gericht nunmehr verpflichtet, dem Entbindungsantrag zu entsprechen, sofern die Voraussetzungen des § 73 II OWiG vorliegen (BayObLG, DAR 2001, 371/372; OLG Dresden, DAR 2005, 460; OLG Karlsruhe, ZfS 2005, 154; OLG Hamm, VRS 107,120/123 und ZfS 2006, 710 ff.; OLG Bamberg, ZfS 2006, 708/709, VRS 113, 284 ff. sowie Beschl. v. 17.08.2009 – 3 Ss OWi 780/2009; OLG Düsseldorf, NZV 2007, 251 ff.; OLG Celle, NZV 2008, 582/583; ferner KK/Senge, OWiG 3. Aufl. § 73 Rdnr. 15, 23 ff.).

a) Der Betr. hat jeweils in der Begründung zu den Entbindungsanträgen eindeutig und unmissverständlich erklären lassen, dass er seine Fahrereigenschaft im Sinne des zugrunde liegenden Bußgeldbescheids einräumt und im Übrigen in der Hauptverhandlung keine Angaben zur Sache machen wird.

b) Für weitere Feststellungen zur Tat in der Hauptverhandlung am 17.02.2012 war die Anwesenheit des Betr. nicht vonnöten, insbesondere bedurfte – nachdem der Betr. die Fahrereigenschaft eingeräumt hatte – es keiner Gegenüberstellung mit dem Zeugen POM H. Auch für die Entscheidung des AG „über das weitere Vorgehen“ war die Anwesenheit des Betr. nicht erforderlich. Denn das weitere Vorgehen des Gerichts konnte nach dem Beschluss vom 17.02.2012 nur in der Beauftragung eines Sachverständigen bestehen oder in der Bestimmung

eines neuen Termins zur Einvernahme eines Augenscheins, da am Sitzungstag weder der vom Betr. gefahrene Lkw noch ein vergleichbarer Lkw zur Einvernahme eines Augenscheins vor Ort zur Verfügung standen.

3. Das Unterlassen der rechtzeitig und begründet beantragten Entbindung des Betr. von seiner Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung am 17.02.2012 durch das AG war demnach rechtsfehlerhaft und sperrte deshalb die Einspruchsverwerfung nach § 74 II OWiG mit der Folge, dass das dennoch ergangene Verwerfungsurteil schon wegen dieses aufgezeigten Verfahrensganges keinen Bestand haben kann (KK a.a.O. § 74 Rdnr. 36 m. w. Nachw.).

4. Durch diese vom Gesetz nicht gedeckte Verfahrensweise blieb das Vorbringen des Betr. zur Richtigkeit des gegen ihn erhobenen Schuldvorwurfs unberücksichtigt. Dieses substantiierte Vorbringen des Betr. war auch nicht von vornherein völlig unerheblich, so dass der Tatrichter gehalten war, sich hiermit auseinanderzusetzen.

Die rechtsfehlerhafte Verwerfung des Einspruchs des Betr. nach § 74 II OWiG stellt deshalb nicht nur einen Verstoß gegen einfaches Verfahrensrecht dar, sondern wegen der dadurch unterbliebenen Auseinandersetzung mit dem substanziellen Vorbringen des Betr. zu den Grundlagen des im Bußgeldbescheid erhobenen Schuldvorwurfs auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG; BayObLG, ZfS 2001,186/187).

5. Auf den Antrag des Betr. ist deshalb die Rechtsbeschwerde gegen das Urteil des AG Hersbruck vom 17.02.2012 zuzulassen (§ 80 II Nr. 1, I Nr. 2 OWiG) und das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 79 III 1 OWiG, §§ 337, 353 I StPO). Gemäß § 79 VI OWiG wird die Sache zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an das AG Hersbruck zurückverwiesen.

## Fahrtenbuchauflage

Beschluss des Niedersächsischen OVG vom 01.02.2013 – 12 LA 122/12 –

Für die Beurteilung, ob der Fahrzeugführer nach einer Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften mit hinreichender Sicherheit identifiziert werden kann, ist die Einschätzung der Ordnungswidrigkeitenbehörde maßgeblich. Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn die Bewertung nicht nachvollziehbar ist, insbesondere sich die Täterschaft der Behörde hätte aufdrängen müssen.

### ■ Aus den Gründen:

II. Der gegen dieses Urteil gerichtete Zulassungsantrag der Kl. bleibt ohne Erfolg. Das zur Begründung und unter Benennung allein des Zulassungsgrundes nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO

(ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung) angebrachte Vorbringen rechtfertigt die Zulassung der Berufung nicht. Die Kl. macht geltend, das VG habe nicht allein anhand des Abgleichs des Lichtbildes der Meldebehörde mit dem bei dem Verkehrsverstoß gefertigten Foto die Frage der Personenidentität verneinen dürfen. Das Lichtbild der Meldebehörde sei nämlich veraltet. Vielmehr hätte sich das Gericht einen eigenen Eindruck von Herrn C. verschaffen müssen. Dazu hätte es das persönliche Erscheinen anordnen müssen, um einen entsprechenden Abgleich vornehmen zu können.

Mit dieser auf einen Verstoß gegen die Aufklärungspflicht des § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO gerichteten Rüge dringt die Kl. nicht durch.

Es ist anerkannt, dass ein Gericht seine Pflicht zur erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts grds. nicht verletzt, wenn es von einer Beweiserhebung absieht, die ein anwaltlich vertretener Beteiligter nicht gem. § 86 Abs. 2 VwGO ausdrücklich beantragt hat (st. Rspr., vgl.: BVerwG, Beschl. v. 24.11.1977 – VI B 16.77, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 161; Beschl. des Senats v. 16.09.2009 – 12 LA 200/08; Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., § 124 Rn 13 m.w.N.). Denn die Aufklärungsrüge stellt kein Mittel dar, um Versäumnisse eines Verfahrensbeteiligten in der Vorinstanz, vor allem das Unterlassen förmlicher Beweisangebote zu kompensieren (vgl. BVerwG, Beschl. v. 05.08.1997 – 1 B 144.97, NVwZ-RR 1998, 784). Der Prozessbevollmächtigte der Kl. hat weder schriftsätzlich einen Beweis Antrag angekündigt oder angeregt, den Inhaber der Kl. zu laden, noch einen entsprechenden Beweis Antrag in der mündlichen Verhandlung gestellt. Die Beweiserhebung musste sich dem VG nach seiner materiell-rechtlichen Auffassung auch nicht aufdrängen (vgl. dazu: BVerwG, Beschl. v. 19.08.1997 – 7 B 261.97, NJW 1997, 3328).

Die Feststellung eines Fahrzeugführers nach einer Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften ist – wie das VG zutreffend ausgeführt hat – unmöglich i.S.d. Gesetzes, wenn die zuständige Behörde nach den Umständen des Einzelfalls nicht in der Lage war, den Täter zu ermitteln, obwohl sie alle angemessenen und zumutbaren Maßnahmen getroffen hat. Art und Umfang der Ermittlungstätigkeit der Behörde können sich an dem Verhalten und der Erklärung des Fahrzeughalters ausrichten. Lehnt dieser erkennbar die Mitwirkung an der Aufklärung des Verkehrsverstoßes ab, ist es der Behörde regelmäßig nicht zuzumuten, wahllos zeitraubende, kaum Aussicht auf Erfolg bietende Ermittlungen zu betreiben (vgl. dazu nur: BVerwG, Beschl. v. 21.10.1987 – 7 B 162.87, VRS 74, 233). An einer hinreichenden Mitwirkung des Fahrzeughalters daran, den Fahrzeugführer zu bezeichnen, fehlt es regelmäßig, wenn der Fahrzeughalter den Anhörungsbogen der Ordnungswidrigkeitenbehörde nicht zurücksendet oder weitere Angaben zum Personenkreis der Fahrzeugbenutzer nicht macht. Der Behörde werden in diesen Fällen weitere Ermittlungsversu-

che, die über die Anhörung des Fahrzeughalters hinausgehen, grds. nicht zugemutet (st. Rspr. des Senats, vgl. z.B. Beschl. v. 08.11.2004 – 12 LA 72/04, DAR 2005, 231 und v. 31.10.2006 – 12 LA 463/05, VerkMitt 2007 Nr. 6). Unternimmt die Behörde – wie hier – gleichwohl weitere Ermittlungen und werden in diesem Rahmen neue Erkenntnisse bekannt, die zu einer Feststellung des Fahrers führen können, so darf sich die Behörde diesen jedoch nicht verschließen. Tut sie dies doch, kann dies der Annahme einer Unmöglichkeit der Feststellung des Fahrzeugführers entgegenstehen (Senatsbeschl. v. 23.04.2010 – 12 ME 50/10; v. 11.01.2012 – 12 LA 21/11 und v. 29.06.2012 – 12 ME 76/12).

Es ist vorliegend nicht zu beanstanden, wenn das Gericht anhand der ausführlich gewürdigten und als glaubhaft gewerteten Aussage des handelnden Ermittlungsbeamten zu dem Ergebnis gelangt ist, der Fahrer bei dem Verkehrsverstoß habe auch im Zuge der weiteren Ermittlungen nicht identifiziert werden können. Die Feststellung des Fahrers ist selbst dann unmöglich, wenn die Ermittlungen zwar auf einen bestimmten Täter hindeuten, die Behörde jedoch keine ausreichende Überzeugung von der Täterschaft des Verdächtigen gewinnen konnte (vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 40. Auflage, § 31a Rn 4). Für die Frage, ob der für die Behörde handelnde Zeuge nach seiner Befragung zu dem Ergebnis gelangt war, bei dem Fahrer handle es sich mit hinreichender Sicherheit um Herrn C., ist unerheblich, ob das Gericht bei einem Abgleich des bei dem Verkehrsverstoß gefertigten Fotos und dem unmittelbaren Eindruck von Herrn C. zu demselben Ergebnis wie der Zeuge gelangt wäre, denn die Ermittlung im Ordnungswidrigkeitenverfahren obliegt der Behörde und nicht dem VG. Das VG hat im Einzelnen begründet, warum es die Aussage des Zeugen für glaubhaft erachtet, er habe den Fahrer auch bei den Nachforschungen im Umfeld der Kl. nicht ermitteln können, da sowohl der Betriebsinhaber als auch dessen Ehefrau keine Aussagen hätten machen wollen und ein Fahrtenbuch nicht existiere. Selbst wenn das Gericht in der mündlichen Verhandlung aufgrund der eigenen Wahrnehmung zu dem Ergebnis gelangt wäre, es spreche viel für eine Personenidentität zwischen dem Lichtbild und dem Betriebsinhaber, hätte daraus nicht gefolgert werden können, mithin sei die Aufklärung möglich gewesen. Denn es kommt – wie dargelegt – insoweit nicht auf die Einschätzung des VG, sondern der für die Ermittlungen zuständigen Behörde an. Anderes kann nur dann gelten, wenn sich die Täterschaft – hier des Firmeninhabers – der Behörde hätte aufdrängen müssen oder sie sich entsprechenden Erkenntnissen verschlossen hätte. Dieses konnte das Gericht hier aber angesichts der eher mäßigen Qualität und beschränkten Aussagekraft des bei dem Verkehrsverstoß gefertigten Fotos, auf die im Urteil zutreffend hingewiesen worden ist, verneinen. Schon dies stand – auch nach Einschätzung des Senats – der Annahme entgegen, die Behörde habe anhand dieses Lichtbildes eine Person zweifelsfrei identifizieren können.

## Gefahrenlage nach Unfall

Verlässt ein Unfallbeteiligter wegen eines Auffahrunfalls bei eisglatter Fahrbahn sein Fahrzeug, um sich über die Unfallfolgen zu informieren, eröffnet er dadurch nicht selbst einen eigenständigen Gefahrenkreis. Stürzt er infolge der Eisglätte, verwirklicht sich nicht eine aufgrund der Straßenverhältnisse gegebene allgemeine Unfallgefahr, sondern die bereits durch den Unfall entstandene Gefahrenlage, die der Betriebsgefahr des auffahrenden Fahrzeugs zuzurechnen ist.

BGH – VI ZR 116/12 – DAR 2013,261

## Schaden durch Kindergartenkinder

Beschädigen in einer Kindertagesstätte untergebrachte Kinder ein etwa 2 m vom Außenbereich der Tagesstätte entfernt geparktes Fahrzeug, so kommt dem Geschädigten, der gegen eine Gemeinde als Trägerin der Kindertagesstätte wegen Verletzung der den Erzieherinnen der Kindertagesstätte obliegenden Aufsichtspflichten Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG geltend macht, die Beweislastregel des § 832 BGB zugute.

BGH III ZR 226/12 (NZV 2013,235)

## Ersatz der Umsatzsteuer

Wählt der Geschädigte den Weg der Ersatzbeschaffung, obwohl nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot nur ein Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten besteht, und rechnet er den Schaden konkret auf der Grundlage der Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs ab, steht ihm ein Anspruch auf Ersatz von Umsatzsteuer zu, wenn bei der Ersatzbeschaffung tatsächlich Umsatzsteuer angefallen ist. Der Anspruch ist auf den Umsatzsteuerbetrag begrenzt, der bei Durchführung der notwendigen Reparatur angefallen wäre.

BGH – VI ZR 363/11 – (VersR 2013, 471)

## Erforderlichkeit eines Mietwagens

Ob die Anmietung eines Fahrzeugs nach einem Unfall unwirtschaftlich ist, kann nur mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Allein der Umstand, dass ein solches Fahrzeug nur für geringe Fahrleistungen benötigt wird, rechtfertigt nicht die Annahme der Unwirtschaftlichkeit einer solchen Maßnahme. Bei bestimmten Sachverhalten kann auch die Notwendigkeit der ständigen Verfügbarkeit eines Kfz die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs rechtfertigen, ohne dass es auf die gefahrene Kilometerleistung ankommt.

BGH – VI ZR 290/11 – (VersR 2013, 516)

## Überprüfung der Mängelrüge

Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen muss auch die Bereitschaft des Käufers umfassen, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Der Verkäufer ist deshalb nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm am Erfüllungsort der Nacherfüllung die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung gegeben hat.

BGH – VIII ZR 96/12 – DAR 2013, 263

## Fahrschulwagen

Unabhängig von der Frage, ob die Negativbewertung von Fahrschulwagen auf dem Pkw-Markt überhaupt eine hinreichende sachliche Grundlage hat, ist jedenfalls eine nur gelegentliche atypische Vornutzung dieser Art nicht geeignet, einen Fahrzeugmangel zu begründen.

OLG Köln – I – 14 U 15/12 – (DAR 2013,208)

## Handy-Verbot

Unter dem Begriff der „Benutzung“ eines Mobiltelefons im Sinne des § 23 Abs. 1a StVO ist auch die Benutzung als Navigationsgerät zu verstehen. Für die Anwendung dieser Vorschrift ist allein maßgeblich, ob das Gerät in der Hand gehalten wird oder nicht und die Handhabung des Geräts einen Bezug zu einer bestimmungsgemäßen Funktion desselben aufweist.

OLG Hamm – III-5 RBs 11/13 – (DAR 2013,217)

## Schockschaden

Ist die Mutter aufgrund des Unfalltods ihrer Tochter schwerwiegend psychisch erkrankt, so löst dies Schmerzensgeldansprüche gegen den Unfallverursacher, der sich einen groben Verkehrsverstoß hat zuschulden kommen lassen, aus. Soweit keine Anhaltspunkte für eine Ober- und Unterschreitung vorliegen, ist hierbei ein Betrag in der Größenordnung von 15.000 EUR angemessen.

OLG Frankfurt – I U 32/12 – (ZfS 2013, 202 m. Anm. Diehl)

## Wohnsitzerfordernis

Wer mit einem spanischen Führerschein fährt, der ihm außerhalb einer Sperrfrist erteilt wurde, macht sich keines Fahrens ohne Fahrerlaubnis schuldig, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er zu der Zeit, als er seinen Führerschein erwarb, keinen Wohnsitz in Spanien hatte. Nur beim Vorliegen solcher Anhaltspunkte sind Feststellungen zu den Ausnahmetatbeständen des § 28 IV FeV erforderlich.

OLG Hamm – III -3 RVs 46/12 – (NZV 2013,255)

## Elfjähriges Kind

Verstößt ein elfjähriges Kind schuldhaft gegen elementare Verkehrsvorschriften (hier: schnelles Rennen über die Straße bei Dunkelheit zwischen parkenden Fahrzeugen hervor und unmittelbar vor herannahenden Fahrzeugen) tritt trotz der Nähe des Alters zur Haftungsgrenze des § 828 Abs. 2 BGB die Haftung des Kraftfahrers, der dieses Kind bei einer Geschwindigkeit zwischen 25 und 30 km/h erfasst, vollständig hinter dessen Verschulden zurück.

OLG Naumburg – 10 U 22/12 – (NZV 2013,244)

## Brand in der Werkstatt

Gerät ein in einer Werkstatt abgestellter Lkw in Brand, so ist ein durch den Brand verursachter weiterer Schaden an einem in der Werkstatt abgestellten Fahrzeug nur dann im Sinne des § 7 Abs. 1 StVG „beim Betrieb“ entstanden, wenn die Transport- und Fortbewegungsfunktion des Lkw das Brandereignis geprägt hat. Der für die Verwirklichung des Haftungsstatbestandes darlegungs- und beweisbelastete Kläger genügt seiner Darlegungslast, wenn nichts vorgetragen wird.

OLG Saarbrücken – 4 U 211/11 – (r+s 2013,196)

## Eingabefehler

Stellt der Tatrichter bei der Geschwindigkeitsmessung mit dem System VKS 3.0 – Softwareversion 3.1 – einen Eingabefehler bei der manuellen Auswertung fest (hier: Eingabe eines offensichtlich falschen Datums), so müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, warum der Tatrichter dennoch von der Richtigkeit des Messergebnisses überzeugt ist. Es reicht nicht aus, die Geschwindigkeit anhand einer eigenen Wegzeitberechnung aus den Wegmarken der Videostandbilder abzuleiten.

OLG Celle – 322 Ss Bs 356/12 – (VRS Bd. 124/117)

## Diebstahl des Kfz-Schlüssels

Das Belassen des Fahrzeugschlüssels in einer Sporttasche in einer nicht verschlossenen Umkleidekabine einer Sporthalle, die ihrerseits zu Beginn des Sportkurses noch nicht verschlossen war, ist versicherungsrechtlich als grobe Fahrlässigkeit zu werten. Werden Fahrzeugschlüssel und Fahrzeug in der Folge gestohlen, so ist eine Kürzung der Versicherungsleistung um 25 % gem. § 81 Abs. 2 VVG angemessen.

LG Berlin – 42 O 297/11 – (DAR 2013,209)

## Sachverständigenbeweis im Verkehrs- und Strafrecht

Unfallrekonstruktion, Unfallflucht, Biomechanik, Verkehrsmesstechnik, Bildidentifikation, Alkohol und Drogen

Herausgegeben von Dipl.-Ing. Prof. Dr. Jochen Buck und VRiLG a.D. Helmut Krumbholz, 2. Auflage 2013, 713 Seiten, geb., € 79,-. ISBN 978-3-8329-7138-0. Erschienen bei Nomos-Verlag

Was haben sich Jurist und forensischer Wissenschaftler zu sagen, wenn es um Unfallrekonstruktion, Geschwindigkeitsmessungen oder die Drogenproblematik geht? Welche Gutachten sind zur Klärung komplexer technischer oder medizinischer Sachverhalte notwendig und wie wird der Jurist instand gesetzt, solche Gutachten auf ihre Richtigkeit zu prüfen? Wie kann er Gegengutachten entkräften?

Die Behandlung solcher Fragen bedarf des Zusammenwirkens von herausragenden Experten beider Fakultäten, die willens und in der Lage sind, Methoden und Sprache der jeweils anderen Seite zu verstehen und eine Gesamtschau zu liefern, von der alle profitieren, deren Profession ihnen täglich verantwortliche Entscheidungen im Straf- und Zivilrecht abverlangt.

Das Werk von Buck/Krumbholz, dessen Kapitel sowohl von Juristen als auch von Sachverständigen verfasst sind, wird dieser Aufgabe hervorragend gerecht und erfreut die Praktiker nun mit einer zweiten Auflage. Mit zahlreichen Illustrationen und informativen Erläuterungen zu allen praxisrelevanten Bereichen ist eine optimale Verständlichkeit auch bei anspruchsvollsten wissenschaftlichen Darstellungen garantiert. Geschwindigkeit, Abstand, Rotlicht, Alkohol, Drogen, Personenidentifizierung, ob man sich gezielt vorbereiten oder sich einfach mit einer bestimmten Thematik vertraut machen möchte – hier liegt ein einzigartiges Kompendium des forensischen Sachverständigenwesens vor, das durchweg den aktuellen Erkenntnisstand bietet, die Methodenvielfalt kritisch beleuchtet und durch die Fachbeiträge der juristischen Mitverfasser die Einordnung in die zivil- und strafrechtlichen Abläufe erleichtert.

Kurz: kein verkehrsrechtlich tätiger Anwalt sollte auf diese Neuerscheinung verzichten, die durch ein Geleitwort des Kollegen Ottheinz Käab aus München angemessen gewürdigt wird. Es ist ein interdisziplinäres Fachbuch, wie man es immer sucht, aber leider viel zu selten findet.