

# VERKEHRS JURIST

Rechtszeitschrift des ACE in Zusammenarbeit mit Straßenverkehrsrecht (SVR) | Ausgabe 3/2015

## INHALT

### Zu aktuellen Themen

VSP und VRP – zwei oft unterschätzte Buchstabenkombinationen im Straßenverkehr ..... 1

### Rechtsprechung

Die Verjährung beim Gebrauchtwagenkauf .... 7  
Keine Einwirkung auf die Sache = kein Schadensersatz? ..... 9  
„Uber“ dem Personenbeförderungsgesetz? 12  
Welcher Mietpreisspiegel darf es sein?..... 15  
On-Board mit der Dash-Cam ..... 21  
Die Notwendigkeit einer Reparaturnachbesichtigung ..... 26

### Verkehrsrecht in Kürze

Die Verweisung in eine freie Fachwerkstatt... 28  
Das Fahrzeug als Arbeitstier..... 28  
Der Untergang des Fahrzeugs..... 28  
Der Sachverständiger i.S.d. A.2.18 AKB..... 28  
Unwirksame Haftungsfreizeichnung beim Gebrauchtwagenkauf ..... 28  
Zwangsmediation beim Rechtsschutzversicherer..... 29  
Die Verständigung bei Totaleinstellung..... 29  
Die Handlung im Rechtssinne ..... 29  
Die Ausfahrt aus der Waschbox..... 29  
Der Fußgänger trifft die Straßenbahn ..... 29  
Die Internetrecherche ..... 29  
Der Entzug der Fahrerlaubnis nach dem Fahreignungs-Bewertungssystem..... 30  
Die Gefährdungslage beim qualifizierten Rotlichtverstoß..... 30  
HWS-Distorsion beim Seitenaufprall..... 30  
ACE-Verkehrsrechtstag 2015..... 32

### Buchbesprechungen

AnwaltFormulare Versicherungsrecht..... 30  
Handkommentar ZPO ..... 31

### In eigener Sache

ACE-Verkehrsrechtstag 2015..... 32

## VSP und VRP – zwei oft unterschätzte Buchstabenkombinationen im Straßenverkehr

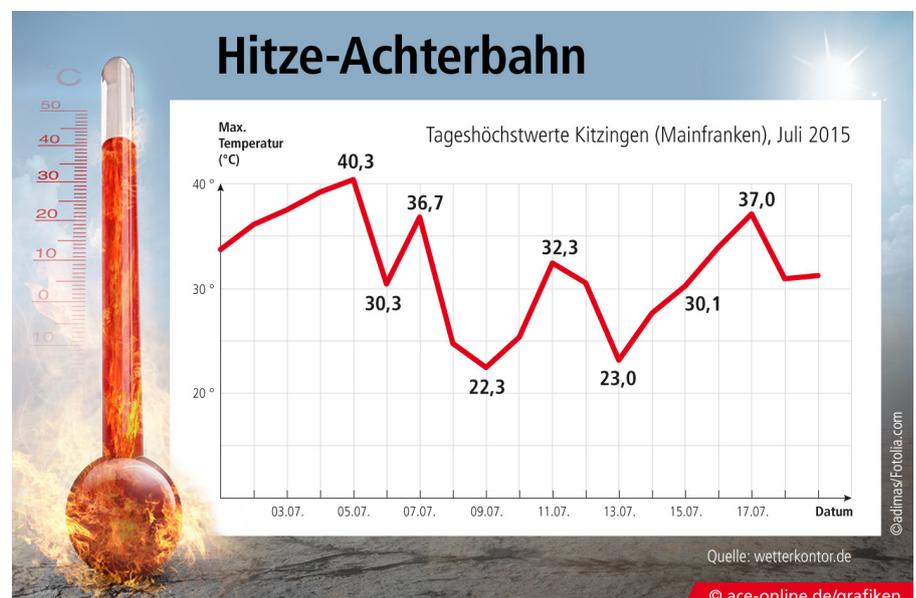
Wer hat im Laufe des Jahres nicht davon gehört oder gelesen:

Blow-ups  
Schlaglöcher  
Umgestürzte Bäume  
Hagel und unwetterartige Regenfälle  
Kunst im Kreisverkehr

Zu jedem Beginn eines Jahres kommen noch Schlagworte wie Streu- und Winterdienstpflicht bei Eis und Schnee hinzu, welche uns wohl auch noch zum Ende des Jahres hin begegnen werden. Aufgrund der stetigen klimatischen Veränderungen und der damit einhergehenden extremen Belastung des Materials durch immer größer werdende

Temperaturschwankungen<sup>1</sup> kommt es häufig zu Beschädigungen insbesondere an Kraftfahrzeugen. Dabei sind teils nicht unerhebliche Beträge für den Einzelnen festzustellen, welche bei glücklichen Kfz-Eigentümern von der Teilkasko-Versicherung getragen werden. Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) zählt in seinem „Naturgefahrenreport 2013“ unter anderem den Münchener Hagel von 1984 sowie das Sturmtief Hilal 2008 zu den schadensträchtigsten Ereignis-

<sup>1</sup> Rekordtemperatur: 40,3 °C in Kitzingen am 5.7.15, 30,3 °C/6.7.2015, 36,7 °C/7.7.15, 22,3 °C/9.7.15 etc. (Quelle: www.wetterkontor.de)



sen in ihrer Langzeitbilanz. Wobei beides Sommerunwetter gewesen sind und die Kfz-Versicherer 1984 umgerechnet 1,35 Milliarden Euro und 2008 550 Millionen Euro an die Versicherungsnehmer ausgezahlt haben.<sup>2</sup> Dies sind Ereignisse, welche regelmäßig von der Teilkasko umfasst sind und deren Regulierung dem Grunde nach zumindest gewährleistet ist. Doch was geschieht mit Ereignissen, die nicht durch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Kfz-Versicherung (AKB) abgedeckt sind? Hier steht der Geschädigte nicht selten im Regen da und versucht einen Verantwortlichen zu finden. All die eingangs genannten Schlagworte gehen gleichzeitig einher mit der Frage: „Wer haftet eigentlich für solche Schäden an meinem Fahrzeug, die durch diese Gefahren entstehen?“ Freilich sollte der Schuldner, wer auch immer es ist, solvent und bereit zur Zahlung sein. Hier kommt den meisten Geschädigten schnell die Gemeinde der betreffenden Unfallörtlichkeit in den Sinn. Diese verfügt in der Regel um genügend finanzielle Mittel, um den Schaden zu ersetzen, wenn gleich der Blick auf die öffentlichen Haushalte etwas anderes vermuten lassen könnte. Da stellt der Kundige schnell fest, dass bereits im ersten Quartal 2015 die Konten der Gemeinden lediglich 89 % der bereits bis dahin getätigten Ausgaben eingenommen haben.<sup>3</sup> Gleichwohl ist es gut für den Geschädigten, wenn er weiß, dass eine Gemeinde in der Regel insolvenzunfähig ist und daher stets zahlen könnte. Hinzu kommt, dass hier kein eigenwirtschaftliches Interesse wie bei einer Privatperson der Regulierung entgegenstehen dürfte. Die Praxis und die Anzahl der wenigen Urteile zeigen jedoch, dass es eines erheblichen Aufwandes bedarf, die Gemeinde in die Pflicht zu nehmen. Hier treffen die Geschädigten und deren Vertreter nicht selten auf die Argumentation der Gegenpartei, dass diese alles objektiv Mögliche und wirtschaftlich Zumutbare getan habe, um der Gefahr zu begegnen. Oft stellt sich danach die Frage:

„Wie weit reicht die Pflicht des Pflichtigen? Wo fängt sie an und wo hört sie auf?“

Im Folgenden sollen insbesondere die Verkehrssicherungs- und die Verkehrsregelungspflicht kurz als öffentlich-rechtliche Pflichten im Straßenverkehr näher beleuchtet werden und dabei der private Eigentümer und andere Verkehrssicherungspflichten zunächst außen vor bleiben.

## I. Die Verkehrssicherungspflicht

Bei der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen handelt es sich nach gefestigter Rechtsprechung um einen Unterfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, die auf dem Gedanken beruht, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle oder einen Gefahr drohenden Zustand schafft oder andauern lässt, die Pflicht hat, alle ihm zumutbaren Maßnahmen oder Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer zu verhindern<sup>4</sup>. Sie erstreckt sich dabei nicht nur auf die Fahrbahn und damit die Straße

im engeren Wortsinn, sondern vielmehr auch auf Teile des Straßenkörpers, die zur Straße gehören. Dabei haben insbesondere die Widmung des Verkehrsweges, die örtlichen Gegebenheiten und die Verkehrsintensität Auswirkungen auf den Inhalt und Umfang der Verkehrssicherungspflicht. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist genügt, wenn derjenige Sicherheitsgrad erreicht wird, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält. Dazu sind alle zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen zu ergreifen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren.<sup>5</sup> Gleichwohl muss der Verkehrsteilnehmer die Straße in dem Zustand hinnehmen, wie sie sich ihm darbietet, und gegebenenfalls seine Fahrweise diesem Zustand anpassen. Allerdings darf dieses „Sichtfahrgebot“ nicht uferlos sein. In vielen Fällen lohnt es sich daher, zumindest kurz den Tatbestand des § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu prüfen:

### 1. Haftungsschuldner

Haftungsschuldner sind die Bundesrepublik, die Bundesländer oder andere diensttherrenfähige Personen des öffentlichen Rechts.<sup>6</sup> Grundsätzlich muss es sich bei der haftungsauslösenden Person um einen Beamten in Ausübung eines öffentlichen Amtes handeln. Hierbei gilt es zunächst, zwischen dem staatsrechtlichen und haftungsrechtlichen Beamtenbegriff zu differenzieren. In der Konstellation der Amtshaftung kommt es auf den haftungsrechtlichen Beamten im weiteren Sinn an. Dabei ist jede Person umfasst, welcher öffentliche Gewalt anvertraut worden ist.<sup>7</sup> Entscheidend ist die nach außen hin wahrgenommene Funktion, sodass auch ein Angestellter oder Arbeiter, entgegen der Bezeichnung in seinem Arbeitsvertrag, ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sein kann. Bei Zweifeln sollte darauf abgestellt werden, welche Zielsetzung das Handeln derjenigen Person hatte und ob dies noch im Bereich hoheitlicher Tätigkeit stattgefunden hat. Somit werden ebenso Privatpersonen, die als Beliehene ein öffentliches Amt ausüben, und Verwaltungshelfer, die von staatlicher Stelle zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben herangezogen werden, umfasst. Im Rahmen der Verkehrssicherungspflicht ist dann derjenige heranzuziehen, der die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit besitzt, selbstständig eine für die Verkehrssicherheit erforderliche Maßnahme zu treffen. Im Bereich der öffentlichen Straßen ist dies regelmäßig der Straßenbaulastträger. Eine Exkulpation auf private Unternehmen, welche oft bei Baustellenarbeiten beauftragt worden sind, findet in begrenztem Umfang statt. Im Zweifel muss der Verkehrssicherungspflichtige Überwachungsmaßnahmen treffen, um sicher zu gehen, dass die durch den Privaten geschaffene Gefahrenquelle ausreichend gesichert ist.

### 2. Amtspflichtverletzung

Da es in den meisten Fällen auf ein Unterlassen des Verkehrssicherungspflichtigen ankommt, sollen im Folgenden lediglich einzelne Fallgruppen näher dargestellt werden:

<sup>2</sup> GDV-Naturgefahrenreport 2013, S. 31 f.

<sup>3</sup> <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/OeffentlicheFinanzen/EUHaushaltsrahmenrichtlinie/Tabellen/OeffentlicherGesamthaushalt.html>

<sup>4</sup> BGH NZV 2014, 169 m.w.N.

<sup>5</sup> BGH NJW 2008, 3775

<sup>6</sup> NK-GVR/Pardey § 839, Rn. 5

<sup>7</sup> BGHZ 121, 161, 163

## 2.1 Fahrbahnzustand

Grundsätzlich muss der Verkehrssicherungspflichtige den Zustand der Straße regelmäßig beobachten und kontrollieren. Bei der Bemessung des Umfangs kommt es vor allem auf die Bedeutung der Straße selbst an. Je höher das regelmäßige Verkehrsaufkommen ist, desto öfter muss der Pflichtige den Zustand kontrollieren, um seiner Verkehrssicherungspflicht in ausreichendem Maße nachzukommen. An viel befahrenen Abschnitten sollte eine wöchentliche Beobachtung erfolgen. Dabei muss der Verkehrspflichtige nicht erkennbare Gefahren beseitigen oder zumindest davor warnen. Dem Straßenverkehrsteilnehmer ist es jedoch zuzumuten, dass er die Fahrbahn so hinnehmen muss, wie sie sich ihm erkennbar darstellt. Auf eine völlig gefahrlose Benutzung darf dieser sich nicht verlassen. Als Maßstab gilt das Leitbild des sorgfältigen Verkehrsteilnehmers.<sup>8</sup>

Der Fahrer muss jedoch nicht jeden Zustand ausnahmslos hinnehmen. Ein 8 cm tiefes und 30 cm breites Schlagloch auf einer innerörtlichen stark befahrenen Straße muss von einem Radfahrer nicht erkennbar sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich das Loch im Kreuzungsbereich befindet. Bei wichtigen innerstädtischen Straßen muss ein Fahrradfahrer auch unter Berücksichtigung der angespannten Finanzlage der Kommunen darauf vertrauen dürfen, dass die Straßen keine größeren Schlaglöcher aufweisen.<sup>9</sup> Ebenso verhält es sich, wenn ein Pkw-Fahrer beim Durchfahren eines 20 cm tiefen Schlagloches auf einer stark befahrenen Straße einer Großstadt einen Schaden an seinem Fahrzeug erleidet.<sup>10</sup> Dabei hat das Gericht es für nicht ausreichend erachtet, wenn der Verkehrssicherungspflichtige eine Geschwindigkeitsreduzierung auf 30 km/h anordnet und Schilder mit der Aufschrift „Schlechte Wegstrecke“ oder „Straßenschäden“ aufstellt. Der Zustand der streitbefindlichen Straße war schon seit Jahren desolat, sodass insbesondere in den Wintermonaten eine nur monatlich stattfindende Kontrolle nicht ausreichend gewesen ist. In diesem Fall haftete der Pflichtige in Höhe von 50 %. Der Geschädigte musste sich aufgrund der Erkennbarkeit ebenfalls 50 % als Mitverschulden anrechnen lassen. Anders entschied im Februar dieses Jahres das KG in Berlin.<sup>11</sup> Hierbei handelte es sich um ein Schlagloch auf einer sehr stark frequentierten Hauptverkehrsstraße. Es war 5 cm tief und hatte eine Fläche von einem Quadratmeter. Eine schuldhaftige Pflichtverletzung konnte der Geschädigte nicht nachweisen. Der Sachverständige stellte fest, dass selbst eine tägliche Kontrolle der Stelle nicht zu einer rechtzeitigen Entdeckung geführt hätte. Somit lag zwar ein nicht verkehrssicherer Zustand der Straße vor, eine schuldhaftige Pflichtverletzung konnte jedoch nicht festgestellt werden.

Hinzu kommt, dass nach obergerichtlicher Rechtsprechung dem Geschädigten stets das Sichtfahrgebot gemäß § 3 Abs. 1 StVO im Rahmen der Betriebsgefahr angerechnet wird und daher eine 100 %ige Haftung des Straßenbaulastträgers in der Praxis nur schwer zu erreichen ist.

Vor allem in den Sommermonaten kommt es außerdem zu Hitzeschäden auf Betonfahrbahnen von Autobahnen (sog.

„blow-ups“). Im aktuellen Jahr haben die Länder bereits 19 Fälle gemeldet.<sup>12</sup> Hier handelt es sich um ein extrem hohes Gefährdungspotenzial, da auf Autobahnen regelmäßig ein höherer Geschwindigkeitsdurchschnitt herrscht und die Schäden dementsprechend hoch sein können. Das OLG Hamm hat jedoch entschieden, dass ein darauf zurückzuführender Unfall im Allgemeinen keine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Straßenbaulastträgers begründet.<sup>13</sup> Da es sich bei solchen Hitzeaufbrüchen um unangekündigte Ereignisse handelt und diese innerhalb von Sekunden stattfinden, ist es dem Pflichtigen nicht zuzumuten, dass er diese gefahrerhöhenden Umstände hätte erkennen können. Mehr als Kontrollfahrten, Geschwindigkeitsbeschränkungen und Warnhinweise könne nicht verlangt werden.

Anders verhält es sich bei schleichenden, sich langsam entwickelnden Prozessen. Hier muss der kontrollierende Beamte bereits Anzeichen in Form von netzrissartigen Beschädigungen und Setzungen für unmittelbar bevorstehende Schlaglöcher bei seiner Kontrollfahrt erkennen, um keine objektive Pflichtverletzung auszulösen.<sup>14</sup> Das LG Meiningen geht in seiner Auffassung noch weiter und verlangt eine sachgerechte Mitarbeiterschulung diesbezüglich, um der Verkehrssicherungspflicht in ausreichendem Maße nachzukommen.<sup>15</sup>

Sollten die kontrollierenden Personen gefahrträchtige Beschädigungen an der Fahrbahn feststellen, muss unverzüglich gehandelt werden. Dabei sollten die Verkehrsteilnehmer mindestens durch eine Beschilderung gewarnt werden und gegebenenfalls die zulässige Höchstgeschwindigkeit reduziert werden. Je nach Einzelfall muss die Behörde sogar die Beschädigung sofort, wenn auch nur provisorisch, beheben. Dabei reichte es für das OLG Celle nicht aus, zunächst nur eine Geschwindigkeitsbegrenzung anzuordnen oder vor der Gefahrenstelle durch eine Warntafel zu warnen.<sup>16</sup> Hier hätte schnellstmöglich kontrolliert und nachgebessert werden müssen.

Nicht nur bei „fehlender“ oder „verformter“ Fahrbahndecke kann der Straßenbaulastträger seine Verkehrssicherungspflicht verletzen, sondern auch, wenn ein „Mehr“ in Form von Rollsplitt auf der Fahrbahn liegt. Das Schleswig-Holsteinische OLG<sup>17</sup> hat jüngst in Bezug auf eine gemeindliche Straße entschieden, dass die Gemeinde als Träger der Straßenbaulast zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn ein beauftragtes Bauunternehmen die Verkehrszeichen Nr. 116 entfernt, obwohl die Gefahr durch den Splitt auf der Fahrbahn noch anhält. Ähnlich entschied das LG Frankfurt/Oder<sup>18</sup> in einem vergleichbaren Sachverhalt, wo ebenfalls ein Motorradfahrer in einer Kurve zu Sturz kam. Auf erhöhte Gefahren im Straßenbereich, dazu gehört auch der Randbereich, hat der Verkehrspflichtige hinzuweisen.

## 2.2 Winterdienst

Grundsätzlich besteht entgegen der weitläufigen Meinung in der Bevölkerung keine allgemeine Streupflicht. Auch hier

8 BGH VersR 2002, 1040 f.

9 OLG München BeckRS 2010, 19198

10 OLG Celle NJW-RR 2007, 972 f.

11 KG BeckRS 2015, 09953

12 12.08.15 Bundestag – Antwort Bundesregierung (18/5781) auf kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (18/5666)

13 OLG Hamm ZfS 1997, 8; LG Heidelberg VersR 1992, 703

14 OLG Koblenz NVwZ-RR 2008, 651

15 LG Meiningen BeckRS 2007, 11962

16 OLG Celle SVR 2007 Heft 8, 301

17 OLG Schleswig Urteil vom 18.06.2015 Az. 7 U 143/14

18 LG Frankfurt/Oder NVwZ-RR 2009, 981; vgl. OLG Saarbrücken NZV 2010, 356

kommt es auf die Bedeutung des Verkehrsweges und der Stärke des zu erwartenden Verkehrs an. Dabei ist die subjektive Leistungsfähigkeit des Pflichtigen im Rahmen der Zumutbarkeit regelmäßig zu berücksichtigen, wenngleich er sich durch eine solche Argumentation nicht komplett exkulpieren kann. Gerade bei Maßnahmen bezüglich winterlicher Verhältnisse wird regelmäßig zwischen inner- und außerorts sowie dem Fußgänger- und motorisierten Verkehr unterschieden. Wobei ein innerörtlicher Gehweg nur dann geräumt und gestreut werden muss, wenn und soweit hierzu ein berechtigtes Bedürfnis des Verkehrs besteht.<sup>19</sup> Dabei muss der Pflichtige berücksichtigen, dass die Sicherung des Fußgängerverkehrs höhere Anforderungen an die Streupflicht stellt als diejenige des Fahrzeugverkehrs. Anders als auf der Straße kann auf dem Gehweg bereits dann die Pflicht begründet sein, wenn es sich nicht allein um eine gefährliche und verkehrswichtige Stelle handelt. Auch dabei muss regelmäßig hinterfragt werden, ob der Fußgänger bei vernünftigen Sicherheitserwartungen mit der Räumung des Gehweges rechnen durfte. Dabei ist von der Kommune sicherzustellen, dass jede Wohnung per pedes zu erreichen ist. Ausnahmen können nur im Einzelfall für unwichtige, wenig begangene Wege akzeptiert werden. Der Sicherungspflichtige hat aber durch Schneeräumen und Bestreuen mit abstumpfenden Mitteln die Gefahren, die infolge winterlicher Glätte für den Verkehrsteilnehmer bei zweckgerechter Wegebenutzung und trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bestehen, im Rahmen und nach Maßgabe der vorgenannten Grundsätze zu beseitigen. Für Fußgänger müssen die Gehwege, soweit auf ihnen ein nicht unbedeutender Verkehr stattfindet, sowie die belebten, über die Fahrbahn führenden unentbehrlichen Fußgängerüberwege bestreut werden.<sup>20</sup> Insbesondere im Bereich von Haltestellen besteht hingegen eine gesteigerte Sicherungspflicht.<sup>21</sup> In der allgemeinen Praxis existiert im Idealfall ein sog. Streuplan, welcher in einem begrenzten Gebiet die zu sichernden Verkehrsflächen nach dem Grad der Dringlichkeit ihrer Sicherung auflistet, sowie ein Warnsystem, welches entstandene Glättebereiche umgehend meldet. Auf Gehwegen ist, je nach örtlichen Gegebenheiten, auf einer Breite von 1,00 bis 1,50 m zu räumen und zu streuen. An Werktagen sollte dies zwischen 6:00 Uhr und 6:30 Uhr, an Samstagen ab 8:00 Uhr und an Sonn-/Feiertagen ab 9:00 Uhr erfolgen. In der Regel kommt es bei den meisten Fällen zu einer Quotenteilung von 50 %, da dem Verkehrsteilnehmer regelmäßig eine Mitschuld nachgewiesen werden wird, indem er ein unangepasstes Verhalten (meist überhöhte Geschwindigkeit) an den Tag gelegt hat.

## 2.3 Bäume, Baustellen und Beleuchtung

### a) Bäume

Nach ständiger Rechtsprechung des dritten Zivilsenats wurde im vergangenen Jahr erneut bestätigt, dass sich die Verkehrssicherungspflicht auch auf den Schutz von Gefahren durch

Bäume erstreckt.<sup>22</sup> Zwar ist ein natürlicher Astbruch auch bei anfälligeren Baumarten als naturgebundenes allgemeines Lebensrisiko vom Verkehrsteilnehmer hinzunehmen, jedoch findet dieses Risiko seine Grenzen darin, dass der Verkehrssicherungspflichtige Bäume oder Baumteile entfernen muss, die den Verkehr konkret gefährden. Hierunter fallen insbesondere solche Bäume wie Pappeln oder andere sog. Weichhölzer, welche auch in gesundem Zustand eine konkrete Gefahr für den Straßenverkehr darstellen können. Andererseits muss der Verkehrsteilnehmer sich immer auf die gegebenen Verhältnisse einstellen und anpassen und kann nicht verlangen, dass sich die Wege und Straßen immer im „Neuzustand“ befinden. Dies konnte auch das LG Aachen jüngst wieder feststellen. Die Verkehrssicherungspflicht führt eben gerade nicht dazu, dass der Geschädigte seiner Vorsorgepflicht enthoben wird, auf seine Sicherheit in zumutbarem Maße selbst zu achten. Dieser Grundsatz findet besonders dort seine Berechtigung, wo der Benutzer eines Verkehrsweges, auch eines Rad- und Fußweges, mit naturbedingten Bodenunebenheiten und den sich daraus ergebenden Gefahrenquellen rechnen muss, soweit diese im zumutbaren Rahmen liegen. Vor allem im Wurzelbereich von Bäumen muss stets mit Erhebungen im Fahrbahnbelag gerechnet werden.<sup>23</sup> In den meisten Streitigkeiten geht es jedoch oft darum, dass der Behörde vorgeworfen wird, sie habe ihre Kontrollpflicht nicht in ausreichendem Maße wahrgenommen und erst dadurch kam der Schaden zustande. Dies wirft die Frage auf:

*„Wie oft muss der Straßenbaulastträger den Baumbestand in seinem Verantwortungsbereich auf Schäden o.Ä. überprüfen?“*

Dies ist, wie so oft, einzelfallabhängig und kann nicht pauschalisiert werden. Wenngleich es in der Rechtsprechung gewisse Tendenzen bezüglich der Anforderungen einer sog. „Baumschau“ zu verzeichnen gibt. So sieht das OLG Hamm schon seit geraumer Zeit eine zweimalige Kontrolle im Jahr, einmal in belaubtem und einmal in unbelaubtem Zustand vor. Im Grundsatz reicht dabei eine Sichtprüfung vom Boden aus.<sup>24</sup> Lediglich bei Auffälligkeiten sind weitere Maßnahmen, wie z. Bsp. Abklopfen, Zugprüfung, Bohrungen oder umfassendere Maßnahmen<sup>25</sup> zu veranlassen. Das LG Kaiserslautern schließt sich dieser Argumentation bei einem unwetterbedingten Umsturz eines Baumes an.<sup>26</sup> Zu einer eingehenderen fachmännischen Untersuchung des Baumes ist der Verkehrssicherungspflichtige erst verpflichtet, wenn besondere Umstände wie etwa trockenes Laub, trockene Äste, äußere Verletzungen oder Beschädigungen des Baumes und dergleichen sie angezeigt sein lassen.<sup>27</sup> Pauschal lässt sich jedoch feststellen, dass der Pflichtige stets dazu angehalten ist, das sog. „Lichttraumprofil“ über der Straße stets frei von Geäst oder Ähnlichem zu halten. Die in § 32 StVZO vorgeschriebene Maximalhöhe von 4 m kann hier als Richtwert dienen, wenngleich auf untergeordneten Straßen dieses Maß nicht unbedingt einzuhalten ist.

<sup>22</sup> BGH NJW 2014, 1588

<sup>23</sup> LG Aachen BeckRS 2015, 00480

<sup>24</sup> OLG Hamm NVwZ-RR 2004, 76

<sup>25</sup> OLG Hamm NZV 2004, 140 („Wurzelfäule“)

<sup>26</sup> LG Kaiserslautern NJOZ 2006, 1414

<sup>27</sup> BGH, NJW 1965, NJW 1965, 815 f. („Defektsymptome“)

<sup>19</sup> Thüringer OLG OLG-NL 2005, 200

<sup>20</sup> BGH VersR 1995, 721 f.; BGH BeckRS 2015, 13679

<sup>21</sup> BGH NVwZ 1993, 1126

### b) Baustellen

Neben der „Bedrohung“ von oben oder seitwärts durch Flora und Fauna wird regelmäßig der Boden der Straße durch Baustellen „verletzt“. Insbesondere die Ferienzeit wird gern dazu genutzt, aufgrund des fehlenden Pendlerverkehrs Baustellen einzurichten. Dabei muss der Straßenbaulastträger sowie der beauftragte Baustellenbetreiber selbst für die Sicherheit des Straßenverkehrs sorgen. Eine vollständige Exkulpation der Behörde ist regelmäßig ausgeschlossen. Sollte er Pflichten auf ein privates Unternehmen übertragen, bleibt die Überwachungspflicht stets in seinem Aufgabenbereich.

Die Baustelle muss immer durch Verkehrsschilder angekündigt werden. Diese Pflicht kann nicht auf den Unternehmer übertragen werden und bleibt primäre Pflicht des Straßenbaulastträgers. Bei Bedarf muss die Geschwindigkeit reduziert und innerhalb auf Gefahrenstellen (Baustellenausfahrt, Engstellen, Fahrbahnende etc.) hingewiesen werden. Weiterhin können Verkehrseinrichtungen gem. § 43 StVO und Baustellenbeleuchtung installiert werden. Die „Richtlinien für die Sicherung von Arbeitsstellen“ (RSA) sowie die „Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen und Richtlinien für Sicherungsarbeiten an Arbeitsstellen an Straßen“ (ZTV-SA) Nr. 97 geben dem Pflichtigen Grundsätze an die Hand, um die Arbeitsstelle ausreichend zu sichern. Die Verkehrssicherungspflicht des Unternehmers endet erst dann, wenn er die Baustelle abgebaut hat und nicht mehr die tatsächliche Herrschaft darüber ausübt.

### c) Beleuchtung

Eine generelle „Beleuchtungspflicht“ des Straßenbaulastträgers ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Lediglich an Fußgängerüberwegen sieht die „Richtlinie für die Anlage und Ausstattung von Fußgängerüberwegen“ (R-FGÜ 2001) unter Nr. 3.4 vor, dass dieser beleuchtet sein muss, damit Fußgänger auch bei Dunkelheit und bei regennasser Fahrbahn deutlich erkennbar sind. Die Ausführung hierbei erfolgt nach DIN.<sup>28</sup> Weiterhin müssen die vom Träger selbst geschaffenen Hindernisse bei Dunkelheit kenntlich gemacht werden. Diese Beleuchtungspflicht trifft jedermann gemäß § 32 Abs. 1 StVO. Bei einem Ausfall der Beleuchtung in einer ländlichen Gegend müssen sich insbesondere Fußgänger darauf einstellen, dass sie beim Überqueren der Fahrbahn äußerste Sorgfalt an den Tag legen müssen und gegebenenfalls voll haften.<sup>29</sup> Andererseits muss die Schranke einer straßenmäßig ausgebauten Feuerwehrausfahrt so ausgeleuchtet werden, dass die Verkehrsteilnehmer sie rechtzeitig erkennen können und so vor Fehlreaktionen geschützt werden.<sup>30</sup>

## 2.4 Kreisverkehre und ihre Inseln

Dem Grunde nach stellt der Kreisverkehr mit der in der Mitte befindlichen Insel eine Fahrbahntrennung durch ein Hindernis dar. Wie bereits unter c) geschildert, muss hier der Straßenbaulastträger als Verursacher dieses Hindernis ausreichend kenntlich machen. Dies geschieht regelmäßig durch das Hinweisschild „rechts vorbei“. Sollte dies beschädigt oder

entfernt worden sein, so muss er unverzüglich handeln, um seiner Verkehrssicherungspflicht nachzukommen. So entschied das KG, dass dem Pflichtigen bei Unterlassen eine 50-prozentige Mithaftung trifft, wenn das Hindernis nur aus unmittelbarer Entfernung zu erkennen ist.<sup>31</sup> Den Geschädigten traf auch hier ein Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB, da er gegen das Sichtfahrgebot verstoßen hatte und ihm die Verkehrsinsel bekannt war. Auch hier ist offensichtlich die Pflicht nicht uferlos, sondern verlangt vom Verkehrsteilnehmer stets ein wachsames Auge und im Zweifel eine passive Fahrweise. So kann nicht verlangt werden, dass jeder Quadratmeter Fahrbahn überprüft wird, um eine etwaige fehlende Griffigkeit der Fahrbahn festzustellen, ohne dass ein Anlass besteht. Hierbei trifft es häufig Kraftradfahrer, die den Kreisverkehr oftmals, um wenig bremsen zu müssen, nah an der Mittelinsel befahren. Dabei verlangt das Rechtsfahrgebot eine „sehenartige“ Fahrlinie vom Verkehrsteilnehmer, wenn er sich ordnungsgemäß verhalten möchte.<sup>32</sup>

Auch die künstlerische Gestaltung der Kreisverkehrsinseln ist häufig nicht nur ein politisches Streitthema. So kommen viele Unfälle zu Gericht, weil die meisten Schäden erheblicher Natur sind und nicht selten Personen zu Schaden kommen. Dabei stellen solche Hindernisse regelmäßig eine Gefahrenquelle dar, welche in ausreichendem Maße gesichert werden muss. Wollte die Kommune auf Nummer sicher gehen, dürfte die Insel lediglich mit Gras oder Blumen bepflanzt werden. Auch hier muss differenziert werden. Innerorts können solche Bauwerke wohl eher aufgestellt werden, da hier die Geschwindigkeit gering ist und der Verkehrsteilnehmer mehr mit Hindernissen rechnen muss als außerhalb geschlossener Ortschaften. Grenzwertig wird es häufig bei den Übergängen aus den Gemeinden hinaus. Hier gilt es abzuwägen, wobei der Schutz der Straßenverkehrsteilnehmer regelmäßig im Vordergrund stehen sollte. Vor allem im Hinblick auf die vom DVR ins Leben gerufene „Vision Zero“<sup>33</sup> darf der Schutz der Menschen nicht einem Politikum untergeordnet werden.

## II. Die Verkehrsregelungspflicht

Die Verkehrsregelungspflicht ist strikt von der bereits angesprochenen Verkehrssicherungspflicht zu unterscheiden. Dabei obliegt die Regelungspflicht nicht dem Straßenbaulastträger, sondern der Straßenverkehrsbehörde. Diese hat für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu sorgen und betrifft im Kern das Aufstellen von Verkehrszeichen und Anlagen sowie das ordnungsgemäße Programmieren von Verkehrsregelungseinrichtungen.<sup>34</sup> Diese gesetzlich normierte Pflicht ergibt sich aus §§ 44, 45 StVO. Die Verkehrsregelungspflicht besteht im Interesse und zum Schutz aller Verkehrsteilnehmer, die die Straße nach Art ihrer Zwecksetzung benutzen dürfen. Hierunter fallen nicht nur gewidmete Straßen und Plätze im Sinne des Straßenrechts, sondern vielmehr alle Flächen, die tatsächlich dem öffentlichen Verkehr zugänglich sind. Allerdings findet die Pflicht ihre Grenzen in objektiven

28 DIN 5044/DIN-EN 13201, DIN 67523  
29 LG Dessau-Roßlau NZV 2012, 598  
30 OLG Frankfurt/Main VersR 1985, 149

31 KG SVR 2012, 226  
32 OLG Hamm NZV 2009, 453  
33 <http://www.dvr.de/presse/informationen/873.htm>  
34 BeckOK BGB/Reinert BGB § 839 Rn. 25

Kriterien. So müssen die Straßenverkehrsbehörden nur insoweit tätig werden, als dies objektiv erforderlich und zumutbar ist. Auch hier wird von den Verkehrsteilnehmern bei schwieriger Verkehrslage eine defensive Fahrweise und gesteigerte Aufmerksamkeit verlangt. Entgegen der Verkehrssicherungspflicht werden im Rahmen der Verkehrsregelungspflicht Ge- und Verbotsschilder als typische Instrumente verwendet. So wäre u.a. ein Anspruch denkbar, weil die zuständige Behörde es unterlassen hat, eine Lichtsignalanlage unzuverlässig geschaltet oder eine Störung nicht rechtzeitig beseitigt zu haben, und es dadurch zu einem Unfall kam. So entschied das LG Osnabrück, dass bei einer objektiv unrichtig beschilderten Kreuzung (zwei Mal Vorfahrt) entgegen der Verwaltungsvorschrift zu §§ 41, 42 StVO die Straßenverkehrsbehörde gegen ihre Verkehrsregelungspflicht verstoßen hat und dem Geschädigten zu 100 % Schadensersatzpflichtig ist.<sup>35</sup>

### III. Eigenverschulden

Im Rahmen der Haftungsquote kommt es regelmäßig zu einem Mitverschulden des Geschädigten, da dieser generell nicht davon ausgehen darf, dass der Zustand der Straße vollkommen ohne Beanstandung ist. Gerade in der heutigen Zeit, wo allorts die finanzielle Lage der Kommunen bekannt ist, darf sich der Verkehrsteilnehmer nicht darauf verlassen, dass sich die Fahrbahn in einem „Neuzustand“ befindet („Sichtfahrgebot“). Wenngleich hier Unterschiede zwischen Bundesautobahnen und dörflichen Nebenstraßen zu machen sind. Sind besondere Gegebenheiten zu erwarten, muss sich der Fahrer darauf einstellen. So urteilte der BGH bereits in den 1960ern, dass zum Beispiel beim Befahren einer Umleitungsstrecke<sup>36</sup>, bei Dunkelheit<sup>37</sup> sowie bei Glatteisgefahr<sup>38</sup> erhöhte Aufmerksamkeit geboten ist. Die stattfindende Abwägung der Verantwortlichkeiten der Parteien unterliegt gemäß § 287 ZPO einem weiten trichterlichen Ermessensspielraum.<sup>39</sup> Eine volle Haftung des Verkehrssicherungspflichtigen sieht der BGH nur in Ausnahmefällen vor. Von den Verkehrsteilnehmern wird dabei in schwierigen Verkehrslagen sogar eine gesteigerte Aufmerksamkeit erwartet und es werden Kenntnisse über besondere Verkehrsgefahren vorausgesetzt.<sup>40</sup> Gerade an diesem Punkt kommt es auf die genaue Darstellung des Sachverhaltes, Benennung von Beweismitteln und die richtige Argumentation an, um den Geschädigten nicht über das rechtliche Maß hinaus zu belasten. Hier muss substantiiert vorgetragen werden, warum kein bzw. nur ein geringes Mitverschulden vorliegen kann, ganz nach Franz Grillparzer<sup>41</sup>:

*„Was Logik ist, liegt in der Betrachtung desjenigen, der sie vertritt.“*

### IV. Haftungsausschluss

Im Rahmen des § 839 BGB darf weiterhin keines der drei Haftungsprivilegien vorliegen. So könnte sich der Anspruchsgegner durch die Subsidiaritätsklausel (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB) oder aber das Spruchrichterprivileg (§ 839 Abs. 2 BGB) exkulpieren. Weiterhin gibt es noch den Vorwurf des Nichtgebrauchens von Rechtsbehelfen, den sich der Geschädigte gegebenenfalls vorhalten lassen muss. Den Geschädigten trifft hier regelmäßig die Beweislast auch für die negativen Anspruchsvoraussetzungen. Es ist jedoch ausreichend, wenn er im Rahmen der anderweitigen Ersatzmöglichkeit schlüssig darlegt, warum zum Beispiel die Inanspruchnahme eines Dritten nicht erfolversprechend ist. Die bloße Behauptung, dieser sei mittellos, reicht indes nicht.<sup>42</sup>

### V. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die gerichtliche Geltendmachung oft an einer äußerst schwierigen Beweislast zu scheitern droht und die Geschädigten oft auf ihrem Schaden zu Unrecht sitzen bleiben. Erschwerend kommt hinzu, dass die Anspruchsgegner sich regelmäßig exkulpieren können, was die Erfolgsaussichten eines Prozesses stark einschränkt. Ohne einen Rechtsschutzversicherer im Rücken ist wohl den meisten Geschädigten das Risiko der Kostentragslast im Verlustfalle zu groß.

Nichtsdestotrotz haben über 80 Millionen Bundesbürger einen Anspruch, gleich welcher Art, dass das marode Straßennetz nicht unter den klammen Kassen der Kommunen leiden darf. Es wird schon lange zu wenig Geld investiert. So beträgt der tägliche Wertverlust unserer Verkehrsinfrastruktur mehr als 12 Millionen Euro.<sup>43</sup> Damit einhergehend erhöht sich auch die Zahl der Unfälle und Schäden aller Beteiligten. Es kann nicht hingenommen werden, dass die Durchsetzung eines bestehenden Schadenersatzanspruches in der Praxis nur mit enormem Aufwand und grenzenlosem Durchhaltevermögen durchgesetzt werden kann. Hier bedarf es dringend einer gesetzlichen und politischen Änderung, um die Zahl der Toten und Verletzten zu minimieren. Bei immer voller werdenden Straßen mit mittlerweile mehr als 60 Millionen zugelassenen Kraftfahrzeugen<sup>44</sup> (Tendenz stark steigend) müssen auch mehr Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt werden, um vorrangig bereits bestehende Straßen zu sanieren und für den Verkehrsteilnehmer so schadlos wie möglich zu halten.

Hannes Krämer  
Ass. Iur.

35 LG Osnabrück BeckRS 2009, 03992

36 BGH NJW 1960, 239

37 BGH NJW 1966, 1456

38 BGH NJW 1966, 1162

39 BeckRS 2015, 13679

40 OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1443

41 Franz Grillparzer (1791 – 1872), Wiener Hofkonzipist und Burgtheaterdichter

42 BGH ZIP 2002, 1144

43 <https://www.ace-online.de/der-club/verkehrspolitik/wertverlustrechner.html>

44 [http://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/bestand\\_node.html](http://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/bestand_node.html)

## Die Verjährung beim Gebrauchtwagenkauf

**BGB §§ 280 I, 281, 307 I 2, 433 I 2, 437 Nr. 3, 439 I, 475 I**

Zu den Anforderungen an eine Verkürzung der Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Gebrauchtwagenkauf (in Fortführung von BGH, NJW 2013, 2584 Rn. 15 f.).

**BGH, Urteil vom 29.4.2015 – VIII ZR 104/14 –**

### ■ Aus den Gründen:

II. Zu Unrecht hat das BerGer. die Verkürzung der Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Sachmängeln durch Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als wirksam und die Schadensersatzforderung der Kl. als verjährt angesehen.

1. Das BerGer. ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass der Kl. der geltend gemachte Schadensersatzanspruch grundsätzlich gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I und III, 281 I BGB zusteht, weil nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des BerGer. das Fahrzeug bei der Übergabe mangelhaft war, die Kl. den Bekl. mit Schreiben vom 08.11.2011 vergeblich unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert hat und die Beseitigung des Schadens Aufwendungen in der von der Kl. geltend gemachten Höhe von 2.158,73 Euro erfordert.

2. Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. diesen Anspruch jedoch als verjährt angesehen, denn die Regelungen zur Verjährungsfrist in Abschnitt VI Nr. 1 S. 1, Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügen den Anforderungen des Transparenzgebots nicht und sind deshalb wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam (§ 307 I 2 BGB). Die Regelungen sind nicht klar und verständlich, da sich ihnen die Auswirkungen dieser Klauseln auf Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) nicht mit der erforderlichen Klarheit entnehmen lassen.

a) Dem Käufer kann gegen den Verkäufer einer mangelhaften Sache ein Anspruch, welcher auf die Zahlung der für die Reparatur erforderlichen Kosten gerichtet ist (vgl. BGHZ 193, 326 = NJW 2012, 2793 Rn. 31 mwN), als Schadensersatz statt der Leistung unter zwei Gesichtspunkten zustehen. Zum einen kann der Verkäufer seine Pflicht zur Lieferung der mangelfreien Kaufsache (§ 433 I 2 BGB) schuldhaft verletzt haben; zum anderen kann sich ein solcher Anspruch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) ergeben (vgl. Senat, BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 Rn. 11 ff.).

b) Ein nach Maßgabe des § 437 Nr. 3 BGB in Betracht kommender Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der

Pflicht des Bekl. zur Lieferung eines mangelfreien Pkw steht der Kl. schon deshalb nicht zu, weil der Bekl. die in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB). Denn nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des BerGer. sind die Korrosionsschäden auf Verarbeitungsfehler bei der Produktion zurückzuführen und erst nach der Übergabe des Fahrzeugs aufgetreten. Ein Verschulden des Herstellers muss sich der Bekl. nicht gem. § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen (st. Rspr.; vgl. nur Senat, BGHZ 200, 337 = NJW 2014, 2183 Rn. 31 f. m.w.N.).

c) Der Kl. steht jedoch ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I und III, 281 I BGB zu, weil der Bekl. seine Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) schuldhaft verletzt hat, indem er die Korrosionsschäden trotz Fristsetzung nicht beseitigt hat.

Anders als die Revisionserwiderung meint, steht einer Verletzung der Pflicht des Bekl. zur Nacherfüllung nicht entgegen, dass Sachmängelansprüche gem. Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen binnen eines Jahres ab Ablieferung verjähren und dass dieser Zeitraum bereits verstrichen war, als die Kl. ihren Nacherfüllungsanspruch erstmals geltend gemacht hat. Unabhängig davon, ob der Bekl. – wozu das BerGer. keine Feststellungen getroffen hat – sich gegenüber der Kl. binnen der von ihr zur Nacherfüllung gesetzten Frist auf eine Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs berufen hat, war er gleichwohl zur Nacherfüllung verpflichtet. Denn die Regelungen zur Verjährungsfrist in Abschnitt VI Nr. 1 S. 1, Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligen die Kl. unangemessen, da sie den Anforderungen des Transparenzgebots (§ 307 I 2 BGB) nicht genügen.

aa) Nach § 307 I 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGHZ 200, 362 = NJW 2014, 2269 Rn. 37; BGHZ 165, 12 [21 f.] = NJW 2006, 996; BGH, NJW-RR 2011, 1144 Rn. 10; NVwZ-RR 2013, 807 = VersR 2013, 888 Rn. 45, jew. m.w.N.). Der Verwender muss folglich einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (st. Rspr.; vgl. BGHZ 200, 362 = NJW 2014, 2269; BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996; BGH, GRUR 2013, 375 Rn. 35; NJW-RR 2011, 1144; BGHZ 199, 355 = NJW 2014, 924 = WM 2014, 307 Rn. 23, jew. m.w.N.). Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird (Senat, NJW 2007, 3632 = NZM 2007, 879 Rn. 31 m.w.N.).

Bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeit-

punkt des Vertragsschlusses abzustellen (st. Rspr.; vgl. BGHZ 201, 271 = NJW 2014, 2940; BGHZ 200, 362 = NJW 2014, 2269; BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996; BGH, NZA-RR 2012, 67; NJW-RR 2011, 1144; BGHZ 199, 355 = NJW 2014, 924). Dabei sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (st. Rspr.; vgl. BGHZ 200, 362 = NJW 2014, 2269; NJW 2011, 1342 = WM 2011, 1860 Rn. 29; NJW-RR 2011, 1144; NJW 2013, 1805 Rn. 9, jew. m.w.N.).

bb) Diesen Anforderungen werden die Regelungen in Abschnitt VI Nr. 1 S. 1, Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bekl. nicht gerecht. Diesen Klauseln sind die Auswirkungen der Verjährungsfrist für sachmangelbedingte Schadensersatzansprüche nicht mit der gebotenen Klarheit zu entnehmen. Für den Käufer bleibt unklar, ob er mit einem Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 3, 281 I, 280 I und III, 439 I BGB) wegen Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 bereits nach einem Jahr oder erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 438 I Nr. 3 BGB) ausgeschlossen ist. Denn einerseits soll gem. Abschnitt VI Nr. 5 die Verjährungsverkürzung in Abschnitt VI Nr. 1 nicht für Schadensersatzansprüche gelten. Andererseits sollen nach Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 Ansprüche wegen Sachmängeln, also auch der Anspruch auf Nacherfüllung, nach Ablauf eines Jahres ab Ablieferung der Kaufsache verjähren.

(1) Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verkürzt die Verjährungsfrist für sämtliche Ansprüche wegen Sachmängeln auf ein Jahr. Daher ist der Verkäufer nach dieser Klausel berechtigt, die Nacherfüllung (§ 439 I BGB) nach Ablauf eines Jahres zu verweigern (§ 214 I BGB). Verweigert er die Nacherfüllung nach Ablauf der Verjährungsfrist gem. § 214 I BGB zu Recht, kann ein Schadensersatzanspruch hierauf nicht gestützt werden. Die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 I BGB stellt in diesem Fall keine Pflichtverletzung i.S.d. §§ 280 I und III, 281 I BGB (i.V.m. § 437 Nr. 3 BGB) dar, denn §§ 280 I und III, 281 I BGB setzen voraus, dass dem Gläubiger ein Anspruch aus dem Schuldverhältnis zusteht, der nicht durch eine dauernde oder aufschiebende Einrede gehemmt ist (vgl. BGH, NJW 2013, 1431 Rn. 20).

Legt man also allein Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde, scheiden Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung der Pflicht des Verkäufers zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) demnach bereits nach Ablauf eines Jahres ab Übergabe des Fahrzeugs aus, sofern sich der Verkäufer auf die Verjährung beruft.

(2) Im Widerspruch hierzu ergibt sich aus den Regelungen in Abschnitt VI Nr. 5 sowie Abschnitt VII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dass Schadensersatzansprüche einschließlich des Schadensersatzanspruchs wegen einer Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 3, 281 I, 280 I und III, 439 I BGB) erst nach Ablauf der gesetzlichen Ver-

jährungsfrist von zwei Jahren ab Ablieferung des Fahrzeugs (§ 438 I Nr. 3 BGB) nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden können, wenn sich der Verkäufer auf die Verjährung beruft.

Abschnitt VI Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nimmt Schadensersatzansprüche sämtlich von den Regeln des Abschnitts VI und damit auch von der Verjährungsverkürzung des Abschnitts VI Nr. 1 S. 1 aus und unterstellt sie – anders als das BerGer. meint – den Regelungen in Abschnitt VII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ausnahmen sind dem einschränkungslos formulierten Wortlaut der Regelung in Abschnitt VI Nr. 5, die der Senat selbst auslegen kann (st. Rspr.; vgl. nur Senat, NJW-RR 2015, 264 = NZM 2015, 79 Rn. 16 m.w.N.), nicht zu entnehmen.

Ausgehend von den Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders ist die genannte Klausel – jedenfalls nach der Unklarheitenregelung des § 305 c II BGB – dahin zu verstehen, dass für Schadensersatzansprüche generell die in VI Nr. 1 S. 1 angeordnete Verjährungsverkürzung nicht gilt, sondern es bei der gesetzlichen Verjährungsfrist verbleibt. Abschnitt VI Nr. 5 erfasst – wie die Überschrift „Sachmangel“ deutlich macht – auch Schadensersatzansprüche wegen Sachmängeln. Eine nähere Unterscheidung der grundsätzlich möglichen Unterarten von Schadensersatzansprüchen wegen Sachmängeln (Verletzung von Erfüllungs-, Nacherfüllungs- oder Nebenpflichten) enthält die Regelung nicht.

Der für Schadensersatzansprüche geltende Abschnitt VII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält demgegenüber nur gegenständliche Beschränkungen der Haftung und trifft keine Regelungen zur Verkürzung der Verjährungsfrist. Aus dem Zusammenspiel der genannten Klauseln folgt also, dass für Schadensersatzansprüche – einschließlich des Anspruchs wegen der Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) – die gesetzliche Verjährungsfrist von zwei Jahren gilt (§ 438 I Nr. 3 BGB).

Legt man also nicht nur Abschnitt VI Nr. 1, sondern auch Abschnitt VI Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde, kann der Käufer somit einen Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung auch noch nach Ablauf eines Jahres nach Übergabe des Fahrzeugs mit Erfolg geltend machen.

(3) In Anbetracht des aufgezeigten Widerspruchs zwischen den Regelungen in den Abschnitten VI Nr. 1 S. 1 (Verkürzung der Verjährung für Nachbesserungsansprüche) und VI Nr. 5 und VII (keine Verjährungsverkürzung für Schadensersatzansprüche) ist für einen durchschnittlichen Vertragspartner des Verwenders nicht erkennbar, ob ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist von zwei Jahren oder bereits nach einem Jahr nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden kann, weil der Verkäufer nach Ablauf eines Jahres die Nacherfüllung gem. § 214 I BGB verweigern darf,

ohne pflichtwidrig zu handeln. Denn den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist für einen durchschnittlichen Kunden, von dem rechtliche Spezialkenntnisse nicht erwartet werden dürfen (BGH, NJW 2008, 2495 Rn. 19 m.w.N.; VersR 2015, 318 = BeckRS 2015, 01172 Rn. 22), nicht mit der gebotenen Klarheit zu entnehmen, dass die Verjährung des von Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 erfassten Nachbesserungsanspruchs – ungeachtet der anders lautenden Regelung in Abschnitt VI Nr. 5 – dazu führen kann, dass ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Nachbesserungspflicht nach Ablauf eines Jahres ab Ablieferung der Kaufsache nicht mehr geltend gemacht werden könnte. Erst recht erschließt sich ihm nicht, wie der Widerspruch zwischen den gegenläufigen Regelungen des Abschnitts VI Nr. 1 S. 1 und VI Nr. 5 aufzulösen ist. Die Klauseln geben keine eindeutige Antwort darauf, ob und inwieweit sich die bei Zugrundelegung von Abschnitt VI Nr. 1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Ablauf eines Jahres eintretende Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs auf den Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung auswirkt und damit dessen erfolgreicher Geltendmachung bereits vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist entgegensteht. Diese Unklarheit in einer wesentlichen Rechtsposition macht die Regelungen in Abschnitt VI Nr. 1 S. 1, Nr. 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen intransparent i.S.d. § 307 I 2 BGB und damit unwirksam.

3. Die Entscheidung des BerGer. beruht auch auf der rechtsfehlerhaften Annahme, die Verjährungsfrist für diesen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Nachbesserungspflicht werde durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bekl. wirksam auf ein Jahr verkürzt und der von der Kl. geltend gemachte Anspruch werde von dieser Verkürzung erfasst. Der Schadensersatzanspruch der Kl. war bei Erhebung der Klage am 27.11.2012 nicht verjährt, denn die gesetzliche Verjährungsfrist von zwei Jahren war in diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen. Sie begann mit Ablieferung des Pkw am 23.02.2010 zu laufen (§ 438 I Nr. 3, II BGB) und wurde gem. §§ 204 I Nr. 7, 209 BGB für die Dauer der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens gehemmt. Dem steht nicht entgegen, dass der Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens nicht i.S.d. § 166 ZPO förmlich zugestellt, sondern lediglich formlos übersandt wurde (vgl. BGHZ 188, 128 = NJW 2011, 1965 Rn. 44 ff.). Die Hemmung begann mit Zugang des Antrags (vgl. BGHZ 188, 128 = NJW 2011, 1965) und somit spätestens am 16.12.2011, dem Tag, an dem der Bekl. auf den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens erwidert hat. Sie endete gem. § 204 II BGB sechs Monate nach Beendigung dieses Verfahrens. Das Verfahren endete mit Ablauf der mit Verfügung vom 25.06.2012 gesetzten Stellungnahmefrist, sodass die Verjährungsfrist bei Erhebung der Klage am 27.11.2012 noch lief und durch diese erneut gehemmt wurde.

## Keine Einwirkung auf die Sache = kein Schadensersatz?

### BGB § 823; StVG §§ 7, 18

1. Eine Sache ist dann „beschädigt“ im Sinne des § 7 StVG, wenn entweder ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder wenn ihre Brauchbarkeit zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist, ohne dass zugleich ein Eingriff in die Sachsubstanz vorliegt. Eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit einer Sache zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung liegt nicht schon dann vor, wenn nur der tatsächliche Bedarf für die entsprechende Verwendung eingeschränkt wird.

2. Soweit Vorschriften der StVO nach ihrem Sinn und Zweck den Straßenverkehr selbst vor Störungen schützen wollen, dienen sie dem öffentlichen Interesse und nicht auch den Vermögensinteressen derjenigen, die von einer Verkehrsstörung und der daraus folgenden Beschränkung der Nutzbarkeit der Straße besonders betroffen sind.

3. Soll der berechtigte Besitz an einer Sache dazu dienen, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es eine Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 I BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird. Voraussetzung ist freilich stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat.

### BGH, Urt. v. 09.12.2014 – VI ZR 155/14 –

#### ■ Aus den Gründen:

II. Das BerGer. geht zutreffend davon aus, dass der Kl. keine Schadensersatzansprüche gegen den Fahrer oder Halter des bei der Bekl. versicherten Sattelzugs zustehen.

I. Zutreffend geht das BerGer. zunächst davon aus, dass die Kl. im Hinblick auf die Rastanlage keine Ansprüche aus §§ 7, 18 StVG hat. Es fehlt an einer „Beschädigung“ der – was im Rahmen der §§ 7, 18 StVG ausreicht (vgl. Senat, NJW 1981, 750 = VersR 1981, 161 [162]; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl., § 7 StVG Rn. 26) – in ihrem berechtigten unmittelbaren Besitz stehenden Anlage oder deren Einrichtungen.

Eine Sache ist dann „beschädigt“ i.S.d. § 7 StVG, wenn entweder ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder wenn ihre Brauchbarkeit zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung

nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist, ohne dass zugleich ein Eingriff in die Sachsubstanz vorliegt (Senat, NJW-RR 2008, 406 = VersR 2008, 230 Rn. 8). Dass die nach dem – für das Revisionsverfahren zu unterstellenden – Vortrag der Kl. von ihr betriebene Rastanlage durch die vom bei der Bekl. versicherten Sattelzug verursachte Sperrung der BAB 5 wenige Kilometer entfernt in ihrer Sachsubstanz verletzt worden wäre, steht nicht in Rede. Aber auch die Brauchbarkeit der Rastanlage zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung wurde durch die Sperrung nicht beeinträchtigt. Denn die Funktionsfähigkeit der Anlage und ihrer Einrichtungen selbst wurde durch die Sperrung nicht betroffen. Die Anlage und ihre Einrichtungen hätten auch während der Sperrung der Autobahn in jeder Hinsicht bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen werden können.

Dass infolge der Sperrung und der damit zusammenhängenden Empfehlung, den Bereich weiträumig zu umfahren, Durchgangsverkehr und damit nennenswerter Kundenzustrom nicht zu erwarten war, ändert daran nichts. Denn die Brauchbarkeit einer Sache für ihre zweckentsprechende Verwendung hängt nicht davon ab, ob und in welchem Umfang auch ein tatsächlicher Bedarf für die entsprechende Verwendung der Sache besteht. Zudem umfasst der von § 7 StVG gewährleistete Schutz des Integritätsinteresses nicht die Garantie, mit einer Sache ungehindert Gewinne erzielen zu können.

2. Zutreffend ist die weitere Annahme des BerGer., der Kl. stehe kein Anspruch aus § 823 II BGB in Verbindung mit der Verletzung eines Schutzgesetzes zu.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats setzt ein solcher Anspruch voraus, dass es sich bei der Vorschrift, die verletzt wurde, um eine Rechtsnorm handelt, die zumindest auch dazu bestimmt ist, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen (z.B. Senat, NJW 2005, 2923 = VersR 2005, 1449 [1450]; BGHZ 103, 197 [199] = NJW 1988, 1383; BGHZ 100, 13 [14] = NJW 1987, 1818; vgl. auch Freyermann in Geigel, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 15 Rn. 2; Greger in Greger/Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Aufl., § 11 Rn. 4, jew. m.w.N.). Im konkreten Schaden muss sich dabei die Gefahr verwirklicht haben, vor der die betreffende Norm schützen sollte. Der eingetretene Schaden muss also in den sachlichen Schutzbereich der verletzten Norm fallen (z.B. Senat, NJW 2005, 2923 = VersR 2005, 1449 [1450]; Freyermann in Geigel, Rn. 3; Greger in Greger/Zwickel, § 11 Rn. 5; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 823 Rn. 59; MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl., § 823 Rn. 418). Weiter muss der konkret Geschädigte auch zum Kreis derjenigen Personen gehören, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt. Der Geschädigte muss also vom persönlichen Schutzbereich der verletzten Norm erfasst sein (Senat, NJW 1991, 292 = VersR 1990, 1366 [1367]; Freyermann in Geigel, Rn. 3; Greger in Greger/Zwickel, § 11 Rn. 4, jew. m.w.N.; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 59).

b) Hieran scheidet im Streitfall ein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 823 II BGB. Die Versicherten der Bekl. haben kein Gesetz verletzt, das dem Schutz der Kl. als Betreiberin ei-

ner Autobahnrastanlage vor Gewinneinbußen zu dienen bestimmt ist.

aa) Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die StVO nicht im Ganzen ein Gesetz zum Schutz des Vermögens ist. Sie ist Teil des Straßenverkehrsrechts, durch das die Teilnahme am Straßenverkehr geregelt und insbesondere dessen Sicherheit und Leichtigkeit gewährleistet werden soll. Dieses dient als sachlich begrenztes Ordnungsrecht der Abwehr von typischen Gefahren, die vom Straßenverkehr ausgehen und die dem Straßenverkehr von außen oder durch Verkehrsteilnehmer erwachsen (Senat, NJW 2005, 2923 = VersR 2005, 1449 [1450]; NJW 2004, 356 = VersR 2004, 255 [256], jew. m.w.N.). Einzelne Vorschriften der StVO können allerdings zugleich dem Schutz von Individualinteressen dienen, namentlich der Gesundheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums (Senat, NJW 2006, 2110 = VersR 2006, 944 Rn. 18; NJW 2005, 2923 = VersR 2005, 1449 [1450]; NJW 2004, 356 = VersR 2004, 255 [256]).

bb) Als von den Versicherten der Bekl. verletzte Gesetze kommen vorliegend die Vorschriften der §§ 18 I 2, 22 II 1, 23 I 2, 29 III 1 sowie des § 1 II StVO in Betracht. Welchen dieser Regelungen – was der erkennende Senat für § 1 II StVO bereits anerkannt hat (vgl. Senat, NJW 2013, 1679 = VersR 2013, 599 Rn. 8, 13; NJW 1972, 1804 = VersR 1972, 1072 [1073]) und darüber hinaus jedenfalls für § 22 II 1 StVO der herrschenden Meinung entsprechen dürfte (vgl. König in Hentschel/König/Dauer, § 22 StVO Rn. 11, 33; vgl. ferner OLG Celle, NStZ-RR 2007, 215) – grundsätzlich Schutznormcharakter zukommt, kann im Streitfall freilich dahinstehen. Die Kl. wirft den Versicherten der Bekl. nämlich nicht etwa vor, sie durch die unzulässig dimensionierte Ladung unmittelbar in einem ihrer Rechtsgüter verletzt zu haben. Inhalt des Vorwurfs der Kl. ist vielmehr, die bei der Bekl. Versicherten hätten durch ihr Verhalten die Nutzung einer öffentlichen Straße vorübergehend unmöglich gemacht und der Kl. dadurch, also mittelbar, Gewinneinbußen zugefügt. Aus diesem Vorwurf kann die Kl. in Bezug auf § 823 II BGB aber nichts für sich herleiten. Denn soweit die genannten Vorschriften der StVO nach ihrem Sinn und Zweck den Straßenverkehr selbst vor Störungen schützen wollen, dienen sie allein dem öffentlichen Interesse und nicht auch den Vermögensinteressen derjenigen, die von einer Verkehrsstörung und der daraus folgenden Beschränkung der Nutzbarkeit einer Straße besonders betroffen sind.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus, dass es sich bei der Rastanlage um einen Nebenbetrieb an einer Bundesautobahn i.S.v. § 15 und § 1 IV Nr. 5 FStrG handelt. Denn weder dieser Umstand noch die von der Revision weiter hervorgehobene angeblich existenzgefährdende Wirkung der behaupteten Einnahmeausfälle ändern etwas daran, dass es vorliegend allein um die von den genannten Vorschriften gerade nicht geschützten individuellen (Vermögens-)Interessen geht, die ein privater Gewerbetreibender am störungsfreien Betrieb einer Straße hat.

3. Weiter lassen sich die von der Kl. geltend gemachten Ansprüche auch nicht aus § 823 I BGB herleiten. Es fehlt bereits

an einem haftungsrelevanten Eingriff in ein von § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut der Kl. Beim von der Kl. behaupteten entgangenen Gewinn handelt es sich mithin um einen nach dieser Vorschrift nicht ersatzfähigen reinen Vermögensschaden.

a) Dies gilt zunächst insoweit, als der berechtigte Besitz der Kl. an der Rastanlage als verletztes Rechtsgut in Rede steht.

aa) Allerdings ist auch der berechtigte Besitz an einer Sache von § 823 I BGB geschützt (z.B. Senat, NJW 2005, 673 = VersR 2005, 515 [517]; BGHZ 137, 89 [98] = NJW 1998, 377 [378]; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 13). Soll er dazu dienen, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats eine Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 I BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird (Senat, BGHZ 137, 89 [98] = NJW 1998, 377 [378]; vgl. ferner Senat, NJW 1977, 2264 = VersR 1977, 965 [966]). Damit ist – anders als die Revision annimmt – freilich nicht gemeint, dass der berechtigte Besitzer einer Sache in Bezug auf Beeinträchtigungen der Nutzbarkeit der Sache deliktisch weitergehend geschützt ist als der Eigentümer. Denn mit der Entscheidung vom 04.11.1997 (BGHZ 137, 89 [98] = NJW 1998, 377 [378]) hat der Senat lediglich die für die Eigentumsverletzung beim Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache geltenden Grundsätze auf den Besitz übertragen; eine Ausdehnung des Besitzschutzes über den Eigentumschutz hinaus war hingegen nicht gewollt (Senat, NJW 2005, 673). Folglich kann im vorliegenden Fall auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die der Senat für die Annahme einer Eigentumsverletzung durch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache aufgestellt hat.

bb) Insoweit entspricht es ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 I BGB nicht zwingend einen Eingriff in die Sachsubstanz voraussetzt, sondern auch durch eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der betreffenden Sache erfolgen kann (Senat, NJW 2005, 673 = VersR 2005, 515 [516]; NJW 2004, 356 = VersR 2004, 255 [257]; BGHZ 138, 230 [235] = NJW 1998, 1942; BGHZ 137, 89 [97] = NJW 1998, 377 [378]; NJW 1994, 517 = VersR 1994, 319 [320]; NJW 1990, 908 = VersR 1990, 204 [205]; BGHZ 105, 346 [350] = NJW 1989, 707; NJW 1977, 2264 = VersR 1977, 965 [966]; BGHZ 86, 152 [155] = NJW 1983, 2313 – technische Brauchbarkeit; BGH, Urt. v. 07.06.1979 – II ZR 132/77, BeckRS 1979, 30400015; BGHZ 55, 153 [159] = NJW 1971, 886; ferner BGHZ 63, 203 [206] = NJW 1975, 347). Voraussetzung ist freilich stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat, wobei diese Einwirkung tatsächlicher oder – wie im Falle eines Nutzungsverbots – rechtlicher Natur sein kann (vgl. zum „Einsperren“ von Fahrzeugen BGHZ 55, 153 = NJW 1971, 886; ferner Senat, NJW 2005, 673; zur Blockade von Baumaschinen Senat, BGHZ 137, 89 = NJW 1998, 377 [378]; zur Verbindung der Sache mit anderen Bauteilen oder schädlichen Stoffen Senat, BGHZ 138, 230 = NJW 1998, 1942 und NJW 1994, 517; zur gefahrenbedingten Aufhebung der Begehbarkeit eines Grundstücks

Senat, NJW 1977, 2264; zum Nutzungsverbot Senat, BGHZ 105, 346 = NJW 1989, 707; NJW 1977, 2264). Fehlt es an einer solchen unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst, wird eine auf Nutzungseinschränkungen gestützte Eigentumsverletzung abgelehnt (vgl. BGHZ 86, 152 = NJW 1983, 2313; BGHZ 63, 203 = NJW 1975, 347; BGHZ 55, 153 [160] = NJW 1971, 886 [hinsichtlich der Schuten]). Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die wirtschaftliche Nutzung einer Anlage nur deshalb vorübergehend eingeengt wird, weil sie von Kunden infolge einer Störung des Zufahrtswegs nicht angefahren werden kann, ohne dass zugleich in die Sachsubstanz der Anlage eingegriffen oder deren technische Brauchbarkeit beschränkt oder beseitigt wurde (BGHZ 86, 152 [154 f.] = NJW 1983, 2313). An diesen Grundsätzen ist festzuhalten.

cc) Im Streitfall kann damit nicht davon ausgegangen werden, dass die Kl. durch die Autobahnspernung in ihrem berechtigten Besitz an der Rastanlage verletzt wurde. Denn die wenige Kilometer von der Rastanlage entfernte Sperrung, die die unmittelbare Zufahrt zur Anlage selbst – anders als in dem dem Urteil vom 15.11.1982 (BGHZ 86, 152 [155] = NJW 1983, 2313) zu Grunde liegenden Fall – sogar unbeeinträchtigt ließ, wirkte nicht unmittelbar auf die Rastanlage und ihre Einrichtungen ein. Die Auswirkungen der Sperrung auf die Rastanlage beschränkten sich vielmehr auf den Wegfall des Durchgangsverkehrs für die Zeit der Sperrung, das deshalb zu erwartende Ausbleiben von Kunden und die sich daraus ergebende vorübergehende Einengung der wirtschaftlichen Nutzung der Anlage. Nach den dargelegten Grundsätzen berührt dies allein das Vermögen der Kl., nicht aber ihre Rechtsposition als berechnete Besitzerin der Rastanlage (vgl. BGHZ 86, 152 = NJW 1983, 2313). Dass es sich bei der Rastanlage um einen Nebenbetrieb an einer Bundesautobahn i.S.v. § 15 und § 1 IV Nr. 5 FStrG handelt, spielt auch insoweit keine Rolle.

b) Ein Anspruch der Kl. aus Verletzung ihres eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist nicht gegeben. Ein solcher Anspruch kommt nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigung unmittelbar in den Bereich des Gewerbebetriebs eingreift, also betriebsbezogen ist und nicht von diesem ohne Weiteres ablösbare Rechte betrifft (z.B. Senat, NJW-RR 2005, 673 = VersR 2005, 515 [517]; NJW 2004, 356 = VersR 2004, 255 [257]; NJW 1977, 2264 = VersR 1977, 965 [967]; BGHZ 29, 65 [70 f., 74] = NJW 1959, 479). Ein derartiger Eingriff liegt im Streitfall nicht vor. Der Unfall hat in keiner unmittelbaren Beziehung zum eingerichteten und ausgeübten Betrieb der Kl. gestanden. Die angeordnete Sperrung der BAB und die Empfehlung, den gesperrten Bereich großräumig zu umfahren, waren allgemeine Folgen des Schadensereignisses, die die Kl. rein zufällig trafen.

4. Schließlich kann die Kl. auch aus der Beschädigung der – nicht in ihrem Eigentum stehenden – Brücke keine Ansprüche für sich herleiten. Insoweit handelt es sich bei dem von ihr verlangten entgangenen Gewinn nämlich um einen mittelbaren Schaden, der im deliktischen Schadensrecht von vornherein bis auf wenige Ausnahmen (z.B. § 844 BGB) nicht ersatzfähig ist.

## „Uber“ dem Personenbeförderungsgesetz?

GG Art, 12, 14; PBefG §§ 2, 42, 46, 49

1. Das Personenbeförderungsgesetz ist auf die unter der Applikation „uber pop“ betriebene, vom Unternehmer als „Vermittlung privater Fahrten“ bezeichnete Tätigkeit anwendbar. Dabei handelt es sich im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes um entgeltliche Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr, die nicht genehmigungsfähig ist.
2. Ein auf die ordnungsrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 1 HmbSOG gestütztes Verbot der Personenbeförderung mit dem „Geschäftsmodell“ „uber pop“ verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Es sprechen überragende Interessen der Allgemeinheit dafür, dass Gelegenheitsverkehr zur Personenbeförderung jedenfalls dann nicht genehmigt wird, wenn der Unternehmer für die gewerbliche Nutzung nicht versicherte Fahrzeuge einsetzt und das Entrichten von Einkommensteuern und Sozialabgaben für die Fahrer sowie von Umsatzsteuern für die Entgelte in dem Geschäftsmodell des Unternehmers nicht vorgesehen sind.

OVG Hamburg, Beschluss vom 24.09.2014 – 3 Bs 175/14 –

### ■ Entscheidung des Gerichts:

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet. Mit der Beschwerdebegründung wird die tragende Begründung des angefochtenen Beschlusses hinreichend in Zweifel gezogen (A). Die infolgedessen gebotene vollständige Überprüfung der Begründetheit der Anträge führt zu deren Ablehnung (B).

B. Die infolgedessen gebotene vollständige Prüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht führt dazu, dass die Anträge der Antragstellerinnen abgelehnt werden müssen. Die angefochtene Verfügung erweist sich als voraussichtlich rechtmäßig sowohl gegenüber der Antragstellerin zu 1. (1.) als auch gegenüber der Antragstellerin zu 2. (2.). (...)

1. Die angefochtene Verfügung ist nach der erschöpfenden Prüfung im Eilverfahren gegenüber der Antragstellerin zu 1. voraussichtlich rechtmäßig. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin zu 1. ist auf ihre Geschäftstätigkeit unter der Bezeichnung „uber pop“ das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) anwendbar (a). Mit „uber pop“ betreibt sie Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr i.S.d. PBefG (b) als Unternehmerin i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG (c). Diese Personenbeförderung ist nicht genehmigungsfähig (d). Dies ist mit Art. 12 GG vereinbar (e). Die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit ist nicht zu

berücksichtigen (f). Die Untersagungsverfügung ist mit Recht auf § 3 Abs. 1 SOG gestützt (g).

a) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin zu 1. ist auf ihre Geschäftstätigkeit unter der Bezeichnung „uber pop“ das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) anwendbar. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG unterliegen Beförderungen mit Personenkraftwagen nicht diesem Gesetz, wenn diese unentgeltlich sind oder das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt. Die Entgelte für Fahrten mit „uber pop“ betragen pro Kilometer 1 Euro zuzüglich 0,25 Euro pro Minute. Damit beträgt der Fahrpreis etwa 1,5 Euro pro Kilometer. Denn in Hamburg kann individueller Verkehr mit Personenkraftwagen kaum mehr als 30 km pro Stunde zurücklegen, sodass jeder zurückgelegte Kilometer mindestens 2 Minuten dauert. Ein Entgelt von 1,5 Euro pro Kilometer übersteigt aber die Betriebskosten der Fahrt um ein Mehrfaches. Zu den Betriebskosten, die sich auf die der Fahrt beschränken, zählen nur die unmittelbaren Verbrauchskosten (z.B. Treibstoff und gegebenenfalls verbrauchtes Öl) für die konkrete Fahrt, nicht aber die allgemeinen Betriebskosten (z.B. Steuern, Versicherungen, Reparaturen, Abschreibung) für das Fahrzeug. Selbst wenn die Fahrer der Antragstellerin zu 1. von dem Fahrpreis nur 80 % ausgekehrt erhalten, übersteigt ein Entgelt von dann noch 1,2 Euro die Betriebskosten der konkreten Fahrt erheblich. Denn diese dürften pro Kilometer auch in ungünstigen Fällen 0,35 Euro bei einem Verbrauch von ca. 20 l Treibstoff auf 100 km nicht übersteigen.

b) Die Geschäftstätigkeit „uber pop“ der Antragstellerin zu 1. ist Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 PBefG. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin zu 1. ist ihre Geschäftstätigkeit keine bloße Vermittlung von Mitfahrgelegenheiten. Mitfahrgelegenheiten zeichnen sich dadurch aus, dass der Fahrer Start und Ziel einer ohnehin von ihm durchgeführten Fahrt bestimmt und Dritte bei dieser Fahrt mit befördert. Das mit „uber pop“ betriebene Geschäft bietet dagegen an, dass Nutzer der App ihren Beförderungswunsch der Antragstellerin zu 1. mitteilen, diese einen Fahrer informiert und er dann von seinem Standort den Nutzer aufsucht, um nach dessen Wünschen ihn zu dessen Fahrziel gegen Entgelt zu befördern. Damit werden entgeltliche Beförderungsleistungen mit Kraftfahrzeugen erbracht. Dies ist gemäß § 46 Abs. 1 PBefG als Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen zu qualifizieren. Die Antragstellerin zu 1. betreibt die Beförderung von Personen nicht im Linienverkehr, sondern nach individuellen Anforderungen der Nutzer zu von denen vorgegebenen Fahrzielen.

c) Die Antragstellerin zu 1. ist Unternehmerin dieses Gelegenheitsverkehrs i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG. Denn sie betreibt mit „uber pop“ diesen Gelegenheitsverkehr selbst. Sie schließt selbst Verträge mit den Nutzern der App als Nachfragern von Beförderungsleistungen. Sie setzt die Fahrpreise in unterschiedlicher Höhe selbst fest. Die Nutzer verpflichtet sie nach der aus der Sachakte ersichtlichen Vertragsgestaltung zur Zahlung von Fahrpreis, evtl. Stornogebühren und Reinigungspauschalen ihr gegenüber, nicht gegenüber den

Fahrern. Die Antragstellerin zu 1. erteilt den Nutzern selbst darüber Rechnung, Barzahlungen und Trinkgelder an die Fahrer sind ausgeschlossen. Sie selbst schließt mit den Fahrern Verträge über deren Tätigkeit bei „uber pop“ nur unter konkreten Bedingungen ab, die Alter, gezeigtes Verhalten und das Fahrzeug betreffen. Sie zahlt ein als „Unterstützungsgebühr“ bezeichnetes Entgelt für 40 Stunden Arbeitszeit („Available Hours“) an die Fahrer. Sie rechnet mit den Fahrern deren Entlohnung für durchgeführte Fahrten ab. Sie steuert den Einsatz der Fahrer mithilfe des den Fahrern zur Verfügung gestellten Smartphones. Die Antragstellerin zu 1. ist zwar nicht Halterin der Fahrzeuge und zahlt keine Steuern und Sozialbeiträge für die Fahrer. Gleichwohl steuert und verantwortet sie die Beförderung der Nutzer der App von deren Werbung über den Einsatz der Fahrer bis zur Bezahlung der Fahrt und Entlohnung der Fahrer. Sie erfüllt damit alle Voraussetzungen, die einen selbst Personenbeförderungen durchführenden Unternehmer kennzeichnen.

d) Der Gelegenheitsverkehr mit „uber pop“ ist nicht zulässig. Er ist damit nicht genehmigungsfähig. Zulässig als Gelegenheitsverkehr ist nur der Verkehr mit Taxen, Ausflugsfahrten und Fernziel-Reisen sowie der Verkehr mit Mietomnibussen und Mietwagen (§ 46 Abs. 2 PBefG). Die Einordnung des Gelegenheitsverkehrs mit „uber pop“ als Taxenverkehr scheidet aus, weil die Antragstellerin zu 1. die eingesetzten Fahrzeuge nicht an den für Taxen behördlich zugelassenen Stellen bereithält (§ 47 Abs. 1 PBefG). Außerdem besteht keine Beförderungspflicht der Fahrer. Die Fahrzeuge sind äußerlich nicht als Fahrzeuge der gewerblichen Personenbeförderung gekennzeichnet. Beförderungsaufträge können ausschließlich über das Programm „uber App“ erteilt werden. Die Einordnung als Verkehr mit Mietwagen scheidet ebenfalls aus, weil die Fahrzeuge nach Ausführung des Beförderungsauftrages nicht unverzüglich zum Betriebsitz der Antragstellerin zu 1., auch nicht zu dem der Antragstellerin zu 2., zurückkehren (§ 49 Abs. 4 PBefG). Ausflugsfahrten und Fernziel-Reisen werden von „uber pop“ nicht angeboten.

Der Gelegenheitsverkehr mit „uber pop“ ist auch nicht ausnahmsweise zur Erprobung neuer Verkehrsarten unter Abweichung von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes genehmigungsfähig (§ 2 Abs. 7 PBefG). Dabei kann hier dahinstehen, ob nicht schon die öffentlichen Verkehrsinteressen der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gelegenheitsverkehrs mit Taxen und Mietwagen einer Genehmigung zwingend entgegenstehen. Denn jedenfalls sprechen überragende Interessen der Allgemeinheit dafür, dass Gelegenheitsverkehr zur Personenbeförderung jedenfalls dann nicht genehmigt wird, wenn, wie vorliegend, der Unternehmer für die gewerbliche Nutzung nicht versicherte Fahrzeuge einsetzt und das Entrichten von Einkommensteuern und Sozialabgaben für die Fahrer sowie von Umsatzsteuern für die Entgelte in dem Geschäftsmodell nicht vorgesehen sind (siehe unten e) bb)).

e) Das Verbot, keinen Gelegenheitsverkehr zu betreiben, der nicht genehmigungsfähig ist, stellt keinen Verstoß gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG dar.

aa) Mit Recht hat die Antragstellerin zu 1. die angefochtene Verfügung dahin gehend verstanden, dass mit dem Verbot der Vermittlung der Beförderungswünsche von Fahrgästen an Fahrer ohne Genehmigung nicht nur ein Vermittlungsverbot im engen Wortsinne ausgesprochen ist, sondern ein Verbot, die von ihr als „Geschäftsmodell“ „uber pop“ bezeichnete gewerbliche Tätigkeit fortzusetzen und dafür öffentlich zu werben. Zwar möchte die Antragstellerin zu 1. ihre Tätigkeit als bloße Vermittlungstätigkeit verstanden wissen und bezeichnet sie auch so. Wenn die Verfügung dieser Bezeichnung folgt, kennzeichnet sie die unter „uber pop“ zusammengefasste Tätigkeit der Antragstellerin zu 1. umfassend und beschränkt sich nicht nur auf das Verbot einer Vermittlungstätigkeit. Damit ist diese gewerbliche Tätigkeit insgesamt erfasst.

bb) Wer einen Beruf ergreifen und ausüben will, ist gehalten, dies im Rahmen der für jedermann geltenden Vorschriften zu tun. Es kann dahinstehen, ob die generelle Beschränkung auf die zulässigen Typen von Gelegenheitsverkehr in § 46 Abs. 2 PBefG im Lichte vom Art. 12 Abs. 1 GG problematisch sein könnte. Hinsichtlich des Geschäftsmodells „uber pop“ für Personenbeförderungen im Gelegenheitsverkehr ist die Freiheit der Berufswahl ohne Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG eingeschränkt. Denn es sprechen überragende Interessen der Allgemeinheit dafür, dass Gelegenheitsverkehr zur Personenbeförderung jedenfalls dann nicht genehmigungsfähig ist, wenn, wie vorliegend, der Unternehmer für die gewerbliche Nutzung nicht versicherte Fahrzeuge einsetzt und das Entrichten von Einkommensteuern und Sozialabgaben für die Fahrer sowie von Umsatzsteuern für die Entgelte in dem Geschäftsmodell nicht vorgesehen sind. Zum einen kann die Allgemeinheit ohne die verlässliche Zahlung von Steuern und Sozialabgaben nicht funktionsfähig bleiben. Daher gehört die Pflicht, beide abzuführen, zu den zulässigen Einschränkungen der Berufswahlfreiheit. Ebenso gehört es zu den überragenden öffentlichen Interessen der Allgemeinheit, dass die mit den Personenbeförderungen im Gelegenheitsverkehr verbundenen Gefahren hinreichend versichert sind. Dies ist dem Pflichtversicherungsgesetz unschwer zu entnehmen. Andernfalls würden zumindest die Kosten von Personenschäden den Sozialversicherungssystemen zur Last fallen, denen Beiträge zuzuführen nach dem Geschäftsmodell der Antragstellerin zu 1. nicht vorgesehen ist. Daran ändert auch die Behauptung der Antragstellerin nichts, sie halte für die Nutzer im Schadensfall eine Versicherung vor, die Deckung biete. Die von der Antragsgegnerin betriebenen Nachforschungen haben erbracht, dass diese Versicherung nur Deckung für Schäden der Antragstellerin zu 1. bietet, nicht aber für solche der Nutzer ihrer Beförderungsleistungen. Dem ist die Antragstellerin zu 1. nicht entgegengetreten. Die eingereichten englischsprachigen Vertragsteile geben keine Hinweise für eine gegenteilige Einschätzung.

f) Zu Unrecht beruft sich die Antragstellerseite auf die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit. Nach Art. 58 Abs. 1 AEUV gelten für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Titels über den Verkehr (Art. 90 bis 100 AEUV). Die von der Antragstellerseite

te herangezogene Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie, Abl. L 376/36 vom 27.12.2006) ist nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) auf Verkehrsdienstleistungen nicht anwendbar. Zutreffend hat die Antragsgegnerin in der angefochtenen Verfügung darauf hingewiesen, dass die Verordnung (EG) 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers nach Art. 1, 2 Nr. 2 nicht für entgeltliche Personenbeförderung mit Kraftfahrzeugen bis zu neun Personen Anwendung findet.

g) Die Antragsgegnerin hat die Verbotsverfügung zutreffend auf § 3 Abs. 1 SOG gestützt. Entgegen der Ansicht der Antragstellerseite kommt eine Gewerbeuntersagung gemäß § 15 GewO hier nicht in Betracht. Voraussetzung nach dieser Vorschrift ist, dass ein grundsätzlich erlaubnisfähiges, nur ohne die erforderliche Erlaubnis betriebenes Gewerbe vorliegt. Das unter der Bezeichnung „uber pop“ betriebene Unternehmen ist, wie oben dargestellt, nicht erlaubnisfähig. Das Verbot einer unter die Geltung des Personenbeförderungsgesetzes fallenden Tätigkeit ist auf § 3 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) v. 14.03.1966 (HmbGVBl. S. 77 m. spät. Änd.) zu stützen. Es fehlt an einer eigenen Ermächtigungsgrundlage hierfür im Personenbeförderungsgesetz. Die Voraussetzungen für ein solches Verbot sind erfüllt. Die Genehmigungspflicht für die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 PBefG. Überragende Interessen der Allgemeinheit sprechen dafür, dass Gelegenheitsverkehr zur Personenbeförderung jedenfalls dann nicht genehmigungsfähig ist, wenn, wie vorliegend, der Unternehmer für die gewerbliche Nutzung nicht versicherte Fahrzeuge einsetzt und das Entrichten von Steuern und Sozialabgaben in dem Geschäftsmodell nicht vorgesehen sind (s.o. i. e) bb)). Zum Schutze der Allgemeinheit und der Fahrgäste vor den Gefahren, die sich bei einem weiteren Betrieb ergeben, ist das Verbot geeignet, erforderlich und angemessen. Die Antragsgegnerin hat ihr Entschließungsermessen auch ohne Ermessensfehler ausgeübt. Die Vorwürfe der Antragstellerseite wegen Voreingenommenheit zugunsten des Konkurrenzschutzes des hamburgischen Taxigewerbes gehen fehl. Erkennbar hat sich die Antragsgegnerin zentral davon leiten lassen, dass wegen fehlenden Versicherungsschutzes der Fahrgäste eine konkrete Gefahr für diese bestehe, der durch das Verbot zu begegnen sei. Das ist auch betonter Gegenstand der Beschwerde begründung geworden und nicht zu beanstanden. Unschädlich ist, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerinnen als „Zweckveranlasser“ bezeichnet hat. Damit sind sie als Handlungsstörerinnen herangezogen, was zutreffend ist. Die Antragstellerinnen sind als Unternehmerinnen für ihr unerlaubtes Tun verantwortlich.

2. Die angefochtene Verfügung ist voraussichtlich auch insoweit vollen Umfangs rechtmäßig, als sie die Untersagung nicht nur hinsichtlich der Werbung, sondern auch hinsichtlich der „Vermittlung“ auf die Antragstellerin zu 2. erstreckt.

Die Antragstellerin zu 2. ist personenbeförderungsrechtlich Teil des Unternehmers, der mit „uber pop“ mit Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr Personen befördert (a). Ihre Verpflichtungen zur Einhaltung der Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes werden durch die firmenrechtliche Gestaltung nicht berührt (b).

a) Zwar weist die Antragstellerin zu 2. mit Recht darauf hin, dass sie eine selbstständige juristische Person sei. Sie ist personenbeförderungsrechtlich aber Teil des Unternehmers, der mit „uber pop“ mit Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr Personen befördert. Denn die Antragstellerin zu 2. betreibt nicht nur Werbung für die Antragstellerin zu 1. Ihre von der Antragstellerseite als „interne Hilfstätigkeiten“ bezeichneten Aufgaben sind nicht weiter spezifiziert. In Hamburg werden die für Hamburg geworbenen Fahrer überprüft. Hier werden die Fahrzeuge auf gepflegtes Aussehen und Zustand untersucht. Die zur Abwicklung der Fahraufträge erforderlichen Smartphones werden den Fahrern hier übergeben und sie werden vor Ort in ihre Aufgaben eingewiesen. Die Wahrnehmung dieser Tätigkeiten ist für die Gewinnung von Fahrern notwendig. Die Tätigkeiten sind mithin maßgeblicher Bestandteil für die Durchführung der gesamten Unternehmung „uber pop“. Es ist nicht erkennbar, dass die Antragstellerin zu 1. mit Sitz in Amsterdam in Hamburg Mitarbeiter vorhält, die diese Aufgaben wahrnehmen. Zudem betont sie, nur die „App“ zu betreiben. Es ist also naheliegend, mit der Antragsgegnerin davon auszugehen, dass die Antragstellerin zu 2. über Werbemaßnahmen hinaus weitere für das Gesamtunternehmen unverzichtbare Tätigkeiten ausführt und damit Teil des Unternehmers im personenbeförderungsrechtlichen Sinne ist. Die Angaben zum Gegenstand der Geschäftstätigkeit im Handelsregister über die Antragstellerin zu 2. sind wenig aussagekräftig und schließen dies nicht aus.

b) Die Verpflichtungen der Antragstellerin zu 2. zur Einhaltung der Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes werden durch die hier gegebene firmenrechtliche Gestaltung nicht berührt. Dies ergibt sich aus § 6 PBefG. Rechtsgeschäftliche oder firmenrechtliche Gestaltungen oder Scheintatbestände, die zur Umgehung der Bestimmungen des Gesetzes geeignet sind, lassen danach die Verpflichtung des Unternehmers nach diesem Gesetz unberührt. Ist eine Unternehmung der Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr auf mehrere rechtlich selbstständige Firmen aufgeteilt, die Teilaufgaben der Unternehmung wahrnehmen, treffen jede der selbstständigen Firmen die Pflichten nach dem Personenbeförderungsgesetz, soweit die Aufteilung oder rechtsgeschäftliche Gestaltung zur Umgehung des Gesetzes geeignet sind. Solches ist vorliegend anzunehmen.

Unter „vermitteln“ i.S.v. Ziffer I 1. der angefochtenen Verfügung ist die als „Geschäftsmodell“ „uber pop“ bezeichnete gewerbliche Tätigkeit insgesamt erfasst (s. o. i. e) a)), also auch die offenbar von der Antragsgegnerin zu 2. wahrgenommenen „Hilfstätigkeiten“ im Zuge der Rekrutierung der Fahrer. Diese ist wesentlicher Bestandteil des „Geschäftsmodells“. Ohne Fahrer kann keine Beförderung erfolgen. Werden derar-

tige Tätigkeiten von der Antragstellerin zu 1. auf die rechtlich selbstständige Antragstellerin zu 2. verlagert, ist dies geeignet, zu einer Umgehung des Personenbeförderungsgesetzes zu führen. Ohne eine Einbeziehung der Antragstellerin zu 2. in den Geltungsbereich des Personenbeförderungsgesetzes würde ein wichtiger Teil der nicht erlaubten Tätigkeit fortgesetzt werden können und damit zu einer Umgehung der Vorschriften führen. Das Verbot bezieht sich daher auch auf die über die Werbung für die Antragstellerin zu 1. hinausgehenden Tätigkeiten der Antragstellerin zu 2.

sowie der gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten unter zumutbaren Anstrengungen auf dem in seiner Lage zeitlich und örtlich relevanten Markt kein wesentlich günstigerer (Normal-)Tarif zugänglich war (BGH Urt. v. 18.12.2012 – VI ZR 316/11, a.a.O. m.w.N.).

2) Die Kl. hat weder dargelegt, dass die Anmietung zu den von der Fa. T in Rechnung gestellten Tarifen dem Wirtschaftlichkeitsgebot genüge, noch hat sie Umstände vorgetragen, die es rechtfertigen könnten, ihr auch wirtschaftlich nicht erforderliche Mietwagenkosten zuzuerkennen.

a) Hier ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass die Fa. T nicht der einzige Anbieter vergleichbarer Mietfahrzeuge auf dem örtlich relevanten Markt war. Soweit sich aus einer subjektbezogenen Schadensbetrachtung (dazu s.u.) nichts anderes ergibt, könnte die Kl. die konkreten von dieser Firma in Rechnung gestellten Mietkosten bereits im Hinblick auf die Höhe des verlangten Entgelts daher nur verlangen, wenn sie sich auf dem örtlich relevanten Markt orientiert und Konkurrenzangebote eingeholt hätte (vgl. BGH Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 210/07, r+s 09, 37 = NJW-RR 09, 318, juris Rn. 6; Urt. v. 11.03.2008 – VI ZR 164/07, r+s 08, 258 = VersR 08, 699, juris Rn. 15). Das hat die Kl. hier aber bereits nach eigenem Vorbringen nicht getan. Vielmehr hat sie sich allein an die Fa. T gewandt und von dieser 3 Tage nach dem Unfall ein Ersatzfahrzeug erhalten. Durch bloße Vorlage der Rechnung war hier damit keineswegs dargetan, dass die Kl. dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügt hatte und eben diese Aufwendungen i.S.d. Gesetzes auch erforderlich waren.

b) Eine subjektbezogene Schadensbetrachtung vermag die Kl. hier nicht zu entlasten. Es sind keine Umstände ersichtlich, die die Kl. gehindert hätten, sich über das konkrete Mietwagenangebot vor Ort zu orientieren. Im Gegenteil: Da die Kl. selbst Handel betreibt, hätte eine solche Wirtschaftlichkeitskontrolle eher nahegelegen. Sie wäre auch ohne Weiteres durchführbar gewesen, da sich der Unfall an einem Montag im August ereignete und die Anmietung erst 3 Werkstage später, nämlich an dem folgenden Donnerstag, erfolgte. Der Umfang des Geschäfts – immerhin stand zu befürchten, dass der Geschäftswagen allein reparaturbedingt fast 2 Wochen nicht zur Verfügung stehen würde – hätte der Kl. weiter Anlass geben müssen, sich über die Marktlage zu vergewissern. Fraglich könnte allein sein, ob die dauernde Geschäftsbeziehung zu der Fa. T eine andere Bewertung rechtfertigen könnte. Allerdings ist zu den Vorteilen dieser Kooperation nichts vorgetragen. Offenbar sollten sich diese auch nur realisieren, wenn über den Schädiger bzw. dessen Versicherung kein höherer Tarif durchzusetzen war. Jedenfalls begründet nach Auffassung des Senats allein die dauernde Geschäftsbeziehung zu einem bestimmten Mietwagenunternehmen keinen Vertrauensstatbestand, der es im Einzelfall rechtfertigen könnte, zu lasten des Schädigers und seiner Versicherung auf eine leicht zugängliche Wirtschaftlichkeitskontrolle zu verzichten.

c) Wenn der Geschädigte aber nicht dartun kann, dass er mit der konkreten Anmietung dem Wirtschaftlichkeitsgebot ge-

## Welcher Mietpreisspiegel darf es sein?

### BGB § 249 Abs. 2; ZPO § 287

Der Senat stellt fest, dass der Fraunhofer-Mietpreisspiegel als Schätzungsgrundlage nach § 287 ZPO der sog. Schwacke-Liste bezüglich des regional begrenzten Mietwagenmarktes vorzugswürdig ist. (Leitsatz der Redaktion)

### OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.3.2015 – 1 U 42/14 –

#### ■ Aus den Gründen:

I. Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Erstattung weiterer Mietwagenkosten gem. §§ 7 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 2 StVG, 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG nur iHv. 42,84 EUR. Wegen der darüber hinaus geltend gemachten Mietwagenkosten steht der Kl. demgegenüber kein Erstattungsanspruch zu, weil die weiteren Kosten keinen erforderlichen Wiederherstellungsaufwand (§ 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) darstellen.

II. 1) Nach der st. Rspr. des BGH (Urt. v. 05.02.2013 – VI ZR 290/11, r+s 13, 407 = NJW 13, 1149, juris Rn. 13; Urt. v. 18.12.2012 – VI ZR 316/11, r+s 13, 149 = NJW 13, 1539; juris Rn. 8 m.w.N.) kann der Geschädigte als erforderlichen Herstellungsaufwand (§ 249 Abs. 2 Satz 1 BGB) Ersatz der Mietwagenkosten verlangen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in seiner Lage für zweckmäßig und notwendig halten darf. Nach dem aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit hergeleiteten Wirtschaftlichkeitsgebot kann er dabei für die Anmietung eines vergleichbaren Ersatzfahrzeugs von mehreren auf dem örtlich relevanten Markt – nicht nur für Unfallgeschädigte – erhältlichen Tarifen grundsätzlich nur den günstigeren Mietpreis verlangen. Darüber hinausgehende bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht erforderliche Mietwagenkosten kann der Geschädigte nach dieser Rspr. aus dem Blickwinkel der subjektbezogenen Schadenbetrachtung nur dann ersetzt verlangen, wenn er darlegt und erforderlichenfalls beweist, dass ihm unter Berücksichtigung seiner individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten

nügt, und auch keine Umstände ersichtlich sind, die es bei einer subjektbezogenen Schadensbetrachtung als geboten erscheinen lassen, u.U. auch nicht erforderliche Mietwagenkosten zu ersetzen, dann muss zur Schadenermittlung auf die objektive Marktlage rekuriert werden; denn dann kommt es im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung entscheidend darauf an, zu welchen Bedingungen der Geschädigte einen Mietwagen erlangt hätte, wenn er dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprochen hätte. Unter Berücksichtigung der objektiven Marktlage aber kann die Kl. nur einen geringen Anteil der geltend gemachten Mietwagenkosten, nämlich nur einen weiten Betrag von 42,84 EUR, ersetzt verlangen.

III. 1) Die Ermittlung der Schadenhöhe und damit des angemessenen „Normaltarifes“ ist Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters. Die Art der Schätzungsgrundlage gibt § 287 ZPO nicht vor. Die Schadenhöhe darf lediglich nicht auf der Grundlage falscher oder offenbar unsachlicher Erwägungen festgesetzt werden und ferner dürfen wesentliche die Entscheidung bedingende Tatsachen nicht außer Betracht bleiben. Auch darf das Gericht in für die Streitentscheidung zentralen Fragen auf nach Sachlage unerlässliche fachliche Erkenntnisse nicht verzichten. Gleichwohl können in geeigneten Fällen Listen oder Tabellen bei der Schadensschätzung Verwendung finden. Nach diesen Grundsätzen ist der Tatrichter grundsätzlich weder gehindert, seiner Schadensschätzung die „Schwacke-Liste“ zugrunde zu legen, noch den Fraunhofer-Marktpreisspiegel. Der Umstand, dass die vorhandenen Markterhebungen im Einzelfall zu deutlich voneinander abweichenden Ergebnissen führen können, genügt nicht, um Zweifel an der Eignung der einen oder anderen Erhebung als Schätzgrundlage zu begründen. Die Listen dienen dem Tatrichter nur als Grundlage für seine Schätzung nach § 287 ZPO. Er kann im Rahmen seines Ermessens unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls von diesen – etwa durch Abschläge oder Zuschläge auf den sich aus ihnen ergebenden „Normaltarif“ – abweichen. Die Eignung von Listen oder Tabellen, die bei der Schadensschätzung Verwendung finden können, bedarf allerdings dann, aber auch nur dann, der Klärung, wenn mit konkreten Tatsachen aufgezeigt wird, dass geltend gemachte Mängel der Schätzungsgrundlage sich auf den zu entscheidenden Fall in erheblichem Umfang auswirken. Die Anwendung der Listen durch den Tatrichter begegnet also nur dann Bedenken, wenn die Parteien deutlich günstigere bzw. ungünstigere Angebote anderer Anbieter für den konkreten Zeitraum am Ort der Anmietung aufzeigen (BGH, I+S 13, 149 = NJW 13, 1539, juris Rn. 10 f. m.N.).

2) Das LG hat den „Normaltarif“ gem. § 287 ZPO aufgrund der „Schwacke-Liste“ 2011 geschätzt. An die Ermessensausübung der Vorinstanz ist der Senat indes nicht gebunden. Vielmehr kann nach der Rspr. des BGH das BG im Fall einer auf § 287 ZPO gründenden Entscheidung den Prozessstoff auf der Grundlage der nach § 529 ZPO berücksichtigungsfähigen Tatsachen ohne Bindung an die Ermessensausübung des erstinstanzlichen Gerichts selbstständig nach allen Richtungen von neuem prüfen und bewerten. Selbst wenn es die erstinstanzliche Entscheidung zwar für vertretbar hält, letztlich

aber bei Berücksichtigung aller Gesichtspunkte nicht für sachlich überzeugend, darf es nach seinem Ermessen eine eigene Bewertung vornehmen (BGH Urt. v. 12.11.2011 – VI ZR 300/09, I+S 11, 265 = NJW 11, 1947, juris Rn. 22 m.N.).

3) Der Senat macht vorliegend von der Möglichkeit einer eigenen Ermessensausübung Gebrauch. Aus Sicht des Senats ist der Fraunhofer-Marktpreisspiegel als Schätzgrundlage gem. § 287 ZPO – jedenfalls was den hiesigen regionalen Markt angeht – gegenüber der „Schwacke-Liste“ grundsätzlich vorzugswürdig. Der durchschnittliche „Normaltarif“ ist daher grundsätzlich – so auch im vorliegenden Fall – anhand des Fraunhofer-Marktpreisspiegels und nicht anhand der „Schwacke-Liste“ zu schätzen. Daher kann die im Streit stehende Frage, ob die Bekl. die Eignung der „Schwacke-Liste“ als Schätzgrundlage im konkreten Fall erschüttert haben, dahinstehen.

IV. Die Frage nach der richtigen Schätzgrundlage zur Ermittlung des durchschnittlichen „Normaltarifs“ ist in der Rspr. umstritten (vgl. die Rspr.-Übersicht der Berufungsgerichte von Freymann/Vogelsang, zfs 14, 544 ff.). Auch die Berufungskammern der insg. 6 LG im Bezirk des OLG Düsseldorf beantworten diese Frage nicht einheitlich (vgl. Scholten, DAR 14, 72 ff.).

In der allgemeinen Diskussion und in der Rspr. werden im Wesentlichen die folgenden Vor- und Nachteile der beiden Preiserhebungen diskutiert (s. hierzu etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.08.2011 – I U 27/11, Rn. 40 ff.; Bock, DAR 11, 659 ff., jew. m.N.):

Ein Vorteil der „Schwacke-Liste“ sei, dass sie über eine größere Datenbasis verfüge und durch die Auswertung für dreistellige PLZ-Bereiche eine höhere örtliche Genauigkeit aufweise als die Erhebung des Fraunhofer-Instituts, die sich auf zweistellige PLZ-Bereiche beschränkt. Andererseits wird es aus empirischer Sicht als Nachteil der „Schwacke-Liste“ angesehen, dass wegen der nicht anonymisierten Abfrage der Daten zum einen die konkrete Anmietungssituation nicht abgebildet werde und zum anderen den angefragten Autovermietern der Zweck der Preisermittlung bekannt sei, sodass die Gefahr bestehe, dass Anbieter aus Eigeninteresse höhere Preise angeben.

Für den Fraunhofer-Marktpreisspiegel spreche, dass er auf anonymen Abfragen beruht und so etwaige Manipulationen durch bewusste Nennung höherer Preise seitens der befragten Mietwagenunternehmen vermieden würden. Als Nachteil der Vorgehensweise der Fraunhofer-Erhebung wird aufgeführt, dass sie überwiegend auf eingeholten Internetangeboten beruht, was Zweifel an der Repräsentativität der erhobenen Daten begründe. Zudem lasse sich eine Zugriffsmöglichkeit des Geschädigten auf das Internet nicht grundsätzlich unterstellen. Hinzu komme, dass sämtlichen ermittelten Tarifen eine bei kurzfristiger Anmietung nach Verkehrsunfällen kaum realistische einwöchige Vorbuchungsfrist zugrunde liege. Des Weiteren wird die Seriosität und Unabhängigkeit der Erhebung des Fraunhofer-Instituts in Zweifel gezogen, weil

Auftraggeber der Studie der Verband der deutschen Versicherungswirtschaft ist, der ein Interesse an einem möglichst geringen „Normaltarif“ habe.

In der obergerichtlichen Rspr. wird teilweise eine Schätzung der erforderlichen Mietwagenkosten allein auf Basis der „Schwacke-Liste“ (z.B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.12.2011 – 4 U 106/11; OLG Köln, Urt. v. 26.02.2013 – 3 U 141/12; OLG Köln, Urt. v. 18.08.2010 – 5 U 44/10; OLG Dresden – Urt. v. 18.12.2013 – 7 U 831/13 – jew. zit. n. juris) und teilweise eine Schätzung allein auf Basis des Fraunhofer-Marktpreisspiegels (z.B. OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2009 – 14 U 175/08, r+s 09, 299; OLG Frankfurt, Urt. v. 24.06.2010 – 16 U 14/10; OLG Köln, Urt. v. 21.08.2009 – 6 U 6/09; OLG München, Urt. v. 25.07.2008 – 10 U 2539/08, r+s 08, 439; OLG Jena, Urt. v. 27.11.2008 – 1 U 555/07, r+s 09, 40, jew. zit. n. juris) vorgenommen. Aufgrund der diskutierten Vor- und Nachteile beider Erhebungen wird in der obergerichtlichen Rspr. auch eine Schadensschätzung nach dem arithmetischen Mittel beider Markterhebungen (sog. „Fracke-Lösung“) befürwortet, um auf diese Weise die Schwächen der beiden Erhebungsmethoden auszugleichen (z.B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 01.02.2013 – 1 U 130/12; OLG Celle, Urt. v. 09.10.2013 – 14 U 51/13; OLG Hamm, Urt. v. 20.07.2011 – 13 U 108/10; r+s 11, 536; OLG Köln, Urt. v. 01.08.2013 – 15 U 9/12; OLG Zweibrücken, Urt. v. 22.01.2014 – 1 U 165/11; OLG Saarbrücken, Urt. v. 22.12.2009, Az. 1 U 165/11, jew. zitiert nach juris). Von den Berufungskammern einiger LG werden auch prozentuale Zuschläge auf die Tarife des Fraunhofer-Marktpreisspiegels (z.B. LG Ingolstadt, Urt. v. 23.08.2011 – 22 S 143/11 – plus 25%; LG Rostock, Urt. v. 24.11.2011 – 1 S 299/10 – plus 20%; LG Bochum, Beschl. v. 02.12.2013 – 9 S 145/13 – plus 20% – jew. zit. n. juris) bzw. prozentuale Abschläge auf die Tarife der „Schwacke-Liste“ (z.B. LG Mönchengladbach, Urt. v. 14.05.2013 – 3 S 29/13 – minus 17% – zit. n. juris) vorgenommen, um auf diese Weise die Nachteile der jeweiligen Schätzgrundlage zu kompensieren.

V. 1) Aus Sicht des Senats ist eine Schadensschätzung auf Grundlage des Fraunhofer-Marktpreisspiegels sowohl einer Schätzung nach der „Schwacke-Liste“ als auch einer Schätzung anhand des arithmetischen Mittels beider Markterhebungen vorzuziehen. Denn der Senat ist der Überzeugung, dass die in der „Schwacke-Liste“ genannten durchschnittlichen „Normaltarife“ den für den hiesigen regionalen Markt maßgeblichen durchschnittlichen Marktpreis nicht realistisch abbilden, während die vom Fraunhofer-Institut ermittelten durchschnittlichen „Normaltarife“ dem wirklichen Angebotsspektrum entsprechen. Aus diesem Grunde ist grundsätzlich auch kein pauschaler Aufschlag auf den durchschnittlichen „Normaltarif“ gem. dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel angezeigt.

2) Entscheidend gegen die „Schwacke-Liste“ als Schätzgrundlage spricht, dass sie auf der Annahme beruht, die in den eingeholten Preislisten der Mietwagenunternehmen angegebenen Preise würden Marktpreisen, d.h. den tatsächlich auf dem Markt realisierten Mietpreisen, entsprechen. Diese Annahme wird durch die Autoren der „Schwacke-Liste“ nicht belegt und begegnet zudem nicht unerheblichen Zweifeln.

a) Aus Sicht des Senats spricht gegen die Annahme, dass die in den eingeholten Preislisten der Mietwagenunternehmen angegebenen Preise den Marktpreis wiedergeben, dass der Marktpreis sich nicht nach den von der EurotaxSchwacke GmbH (E GmbH) eingeholten statischen Preislisten, die laut „Schwacke-Liste“ „für einen sehr langen Zeitraum gelten“ (vgl. z.B. „Schwacke-Liste“ 2012, S. 8), sondern nach den Preisen richtet, mit denen ein Kunde in der Situation des Geschädigten tatsächlich konfrontiert wird. Diese Preise wiederum richten sich nach der aktuellen Angebots- und Nachfragesituation und ggf. nach besonderen Wettbewerbssituationen. Diese Parameter unterliegen jedoch typischerweise stetigen Schwankungen, die sich ständig auf das Preisniveau auswirken. Es liegt in der Natur der Sache, dass solche Schwankungen von statischen, für einen „sehr langen Zeitraum“ erstellten Preislisten nicht hinreichend abgebildet werden. Nach dem Wegfall des Rabattgesetzes im Jahre 2001 ist es auch nicht unüblich, dass Waren und Dienstleistungen dem Endkunden zu einem – auch deutlich – günstigeren als dem in einer Preisliste aufgeführten oder auf andere Weise zunächst angegebenen Preis, und zwar entspr. der im Zeitpunkt der Buchung aktuellen Angebots- und Nachfragesituation, offeriert werden. Dies liegt gerade für den Mietwagenmarkt nahe, auf dem bedingt durch zahlreiche regionale und überregionale Anbieter (z.B. A, S, H, E, B und B) eine nicht unerhebliche Konkurrenzsituation herrscht. Die Konkurrenzsituation dürfte sich durch die Verbreitung von Preissuchmaschinen für Mietwagen im Internet (z.B. „m.-b.de“; „c.24.de/M.“; „M.24.de“), die dem Kunden eine stets aktuelle Preisrecherche ermöglichen, noch verschärft haben. Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig realistisch, dass Mietwagenunternehmen in großer Zahl an starren Preislisten festhalten, statt ihre Angebotspreise flexibel nach der aktuellen Marktlage zu gestalten. Die Autoren der „Schwacke-Liste“ weisen auch selbst zutreffend darauf hin, dass es durch den Einsatz von EDV-Systemen immer mehr Autovermietern möglich ist, „eine flexible Preisgestaltung“ vorzunehmen (vgl. „Schwacke-Liste“ 2012, S. 5).

b) Die Autoren der „Schwacke-Liste“ weisen zudem auf die Problematik hin, dass Abweichungen zwischen den Angebotspreisen gem. der von den Mietwagenunternehmen übermittelten Preislisten und den realisierten Preisen möglich sind. Hierzu heißt es im Editorial der „Schwacke-Liste“ (vgl. „Schwacke-Liste“ 2012, S. 10): „Uns ist bekannt, dass durchaus Abweichungen zwischen den Angebotspreisen und den realisierten Preisen existieren. Dies ist in der Art der angebotenen Dienstleistung begründet, die nicht lagerfähig ist. Wenn sie nicht am jeweiligen Tage verkauft worden ist, erzielt sie für diesen Tag keinen Umsatz, verursacht aber dennoch Kosten. In derartigen Situationen muss der Verkäufer entscheiden, welche Parameter er bei seinem Angebot verändern muss, um Umsatz zu erzielen. Ein wesentlicher Parameter ist der Angebotspreis.“

Dem ist mit der Maßgabe zuzustimmen, dass bei lebensnaher Betrachtung regelmäßig der in der Preisliste genannte Mietpreis als der wesentliche Parameter gesenkt werden wird, um über den niedrigeren und daher für den Kunden attraktiven

(konkurrenzfähigen) tatsächlichen Mietpreis eine Vermietung der Fahrzeuge zu erreichen und somit den betriebswirtschaftlich benötigten Umsatz zu generieren. In diesen Fällen kommt dem Mietpreis gem. Preisliste sprichwörtlich „nur auf dem Papier“, nicht aber in der Vermietungspraxis Geltung zu. Für die Ermittlung des Marktpreises ist jedoch maßgeblich, zu welchem Preis die Vermieter ihre Leistungen tatsächlich anbieten.

Die somit entscheidende Frage, wie häufig und in welchem Umfang der tatsächlich realisierte Mietpreis von den in den Preislisten genannten Mietpreisen abweicht, wird von den Autoren der „Schwacke-Liste“ indes nicht beantwortet. Eine statistische Erhebung zu dieser Frage ist – soweit ersichtlich – nicht durchgeführt worden. Damit aber bleiben die Autoren der „Schwacke-Liste“ den Beleg dafür, dass die in den eingeholten Preislisten der Mietwagenunternehmen angegebenen Preise regelmäßig den realisierten Preisen und damit Marktpreisen entsprechen, schuldig.

c) Der Einwand, dass die in den Preislisten genannten Mietpreise nicht den realen Preisen entsprechen, lässt sich nicht mit der PreisangabenVO (PAngV) ausräumen, welche die Autoren der „Schwacke-Liste“ als Argument gegen die Kritik, die Mietwagenunternehmen würden aus Eigeninteresse „Wunschlisten“ mit überhöhten Mietpreisen übermitteln, anführen (vgl. „Schwacke-Liste“ 2012, S. 10). Denn seit dem Wegfall des Rabattgesetzes sind die Händler an die gem. § 1 PAngV anzugebenden Preise nicht mehr gebunden. Vielmehr stehen individuellen Preisnachlässen grundsätzlich keine rechtlichen Hindernisse entgegen (Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 1 PAngV Rn. 23 m.N.). Die Mietwagenunternehmen handeln demgem. nicht rechtswidrig, wenn sie sich – zugunsten des Kunden – nicht an die in den Preislisten genannten Tarife halten. Insoweit sind die Preisangaben in den der E GmbH übermittelten Preislisten mithin unverbindlich. Der Verweis der Autoren der „Schwacke-Liste“ auf das anzunehmende „rechtstreue Verhalten“ der Anbieter (vgl. „Schwacke-Liste“ 2012, S. 10) ist mithin nicht stichhaltig, da sich die Anbieter auch dann „rechtstreu“ verhalten, wenn sie Preisnachlässe auf die in ihren Preislisten genannten Preise gewähren.

d) Die vom Fraunhofer-Institut mittels anonymer Telefonabfragen und Internetangeboten, d.h. aufgrund einer „realen Anmietsituation“ ermittelten durchschnittlichen Mietwagenpreise liegen bekanntermaßen regelmäßig deutlich unter den von der E GmbH ermittelten durchschnittlichen Mietpreisen. Dies spricht aus Sicht des Senats dafür, dass entgegen der Annahme der E GmbH der tatsächlich angebotene bzw. realisierte Preis häufig unterhalb des Preises liegt, der in den von den Mietwagenunternehmen übermittelten Preislisten angegeben ist. Anders lassen sich die bis auf wenige Ausnahmen durchgängig erheblichen Unterschiede der von dem Fraunhofer-Institut durch Abfrage konkreter Angebote auf der einen, und von der E GmbH auf Basis der übermittelten Preislisten der Mietwagenunternehmen auf der anderen Seite ermittelten Mietpreise nicht nachvollziehbar erklären. Denn würden

sich die Mietwagenunternehmen regelmäßig an die Preise ihrer der E GmbH übermittelten Preislisten halten, müssten auch die vom Fraunhofer-Institut abgefragten Preise – zumindest überwiegend – den Preisen in den Preislisten in etwa entsprechen. Dies ist jedoch ersichtlich nicht der Fall. Nichts anderes gilt im Grundsatz, wenn man die vom Fraunhofer-Institut ermittelten Preise aufgrund der diskutierten Nachteile der dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel zugrunde liegenden Erhebungsmethode tendenziell als zu niedrig ansieht und deshalb den durchschnittlichen Marktpreis nach dem arithmetischen Mittel beider Erhebungen bestimmt oder auf die im Fraunhofer-Marktpreisspiegel ausgewiesenen Mietpreise einen prozentualen Aufschlag von bis zu 25 % vornimmt. Denn selbst die so ermittelten (höheren) durchschnittlichen Mietpreise liegen – wie im vorliegenden Fall auch – regelmäßig noch nennenswert unter den durchschnittlichen Mietpreisen gem. der „Schwacke-Liste“ und damit unter den durchschnittlichen Mietpreisen gem. den der E GmbH von den Mietwagenunternehmen übermittelten Preislisten.

e) Für den OLG-Bezirk Düsseldorf wird die Annahme, dass die Mietpreise gem. „Schwacke-Liste“ regelmäßig deutlich über dem tatsächlichen durchschnittlichen Marktpreis liegen, durch die Erfahrungen des Senats aus anderen Verfahren, in denen ebenfalls die Angemessenheit des Mietpreises gem. der „Schwacke-Liste“ zwischen Schädiger und Geschädigtem im Streit stand und in denen die Schädiger günstigere Vergleichsangebote vorgelegt haben, indiziell gestützt. Mögen die jew. vorgelegten Vergleichsangebote auch nicht immer den vom BGH aufgestellten strengen Anforderungen zur Vergleichbarkeit als Voraussetzung zur Erschütterung der Schätzgrundlage im konkreten Fall (vgl. hierzu BGH r+s 13, 149 = NJW 13, 1539, Rn. 10 f. m.N.) genügt haben, so haben sie gleichwohl aufgezeigt, dass im Wesentlichen vergleichbare Mietfahrzeuge zu deutlich niedrigeren Preisen – nicht selten für etwa den halben Preis – als dem in der „Schwacke-Liste“ genannten Durchschnittspreis hätten angemietet werden können. Selbst wenn man wegen der nicht immer eindeutigen Vergleichbarkeit der Alternativangebote, weil z.B. der Anmietort oder die Anmietzeit nicht identisch waren, zugunsten des Geschädigten einen großzügigen Aufschlag von beispielsweise 25 % auf den Preis der Alternativangebote gemacht hätte, so hätte der Mietpreis der Alternativangebote häufig immer noch nennenswert unter dem Durchschnittspreis gem. der „Schwacke-Liste“ gelegen. Demgegenüber entsprachen die in den Alternativangeboten genannten Mietpreise regelmäßig in etwa dem durchschnittlichen Mietpreis gem. dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel. Dies spricht aus Sicht des Senats dafür, dass der Fraunhofer-Marktpreisspiegel zumindest den hier maßgeblichen regionalen Markt realistischer abbildet als die „Schwacke-Liste“.

f) Diese Erkenntnis spiegelt sich auch im vorliegenden Fall wider. Die von den Bekl. vorgelegten 4 Vergleichsangebote der Firmen E, A, S und T weisen eine Preisspanne von 835,31 EUR netto (Fa. E) bis 964,63 EUR netto (Fa. S) auf. Der durchschnittliche „Normaltarif“ beträgt gem. den Vergleichsangeboten rund 900 EUR netto. Dieser Tarif entspricht in etwa

dem vom Fraunhofer-Institut ermittelten durchschnittlichen „Normaltarif“ (Wochenpauschale) für eine Anmietdauer von 19 Tagen i.H.v. (370,27 EUR : 7 × 19 Tage =) 1.005,02 EUR brutto = 844,55 EUR netto. Im Vergleich hierzu ist der von der Kl. in Anspruch genommene Tarif i.H.v. 1.977,58 EUR netto bzw. der durchschnittliche „Normaltarif“ (Wochenpauschale) für eine Anmietdauer von 19 Tagen gem. der „Schwacke-Liste“ 2011 i.H.v. (950 EUR : 7 × 19 Tage =) 2.578,57 EUR brutto = 2.166,87 EUR netto mehr als doppelt so hoch.

g) In Mietwagenrechnungen für Unfallgeschädigte wird verbreitet darauf hingewiesen, dass der berechnete (Normal-)Tarif der „Schwacke-Liste“ entspreche bzw. sich hieran orientiere. Auch vorliegend enthält die Rechnung der Fa. T vom 05.09.2011 den Hinweis, dass die Abrechnung nach dem „Schwacke Marktpreisspiegel 2006 Bundesdurchschnitt“ erfolgt sei. Des Weiteren wird in Mietwagenrechnungen verbreitet – so auch im vorliegenden Fall – sinngem. darauf hingewiesen, dass der berechnete Tarif gem. „Schwacke-Liste“ von der Rspr. als erstattungsfähig anerkannt werde.

Ohne dass es entscheidend darauf ankommt, ist diese Verfahrensweise aus Sicht des Senats ein Anhaltspunkt dafür, dass Unfallgeschädigten im Hinblick auf die (angenommene) Erstattungsfähigkeit der gem. der „Schwacke-Liste“ berechneten Mietwagenkosten von vornherein der höhere „Schwacke-Tarif“ angeboten wird, während sonstigen (selbst zahlenden) Kunden im Hinblick auf deren regelmäßig höhere Preissensibilität – zumindest auf Nachfrage – ein günstigerer Tarif offeriert wird. Mit anderen Worten bestehen Anhaltspunkte dafür, dass bei Mietwagenunternehmen verbreitet 2 verschiedene (Normal-)Tarife zur Anwendung kommen: ein höherer Tarif für Unfallgeschädigte, der sich an der „Schwacke-Liste“ orientiert, und ein niedrigerer Tarif für sonstige (selbst zahlende) Kunden, der betriebswirtschaftlich kalkuliert ist und sich regelmäßig an den aktuellen Wettbewerbspreisen orientiert. Die im Vergleich höheren durchschnittlichen „Normaltarife“ der „Schwacke-Liste“ würden sich dann dadurch erklären, dass die von den Mietwagenunternehmen an die E GmbH übermittelten Preislisten die höheren „Normaltarife“ ausweisen, die für Unfallgeschädigte zur Anwendung kommen.

Jedenfalls aber lässt sich die Feststellung treffen, dass (Normal-)Tarife, die sich erklärtermaßen an den – stets für einen zurückliegenden Zeitraum ermittelten – Durchschnittspreisen der „Schwacke-Liste“ orientieren, ersichtlich nicht anhand einer eigenen betriebswirtschaftlichen Kalkulation unter Berücksichtigung der aktuellen Angebots- und Nachfragesituation ermittelt worden sind (so bereits LG Rostock, UrT.v.24.II.2011 – I S 299/10, juris Rn.9). Dies wird im vorliegenden Fall besonders deutlich, weil hier die Abrechnung ausweislich der Mietwagenrechnung vom 05.09.2011 aufgrund der „Schwacke-Liste“ 2006 und damit auf Grundlage einer Preiserhebung für einen bereits 5 Jahre zurückliegenden Zeitraum erfolgt ist. Zudem liegt der Abrechnung der „Bundesdurchschnitt“ der „Schwacke-Liste“ 2006 und nicht der – für eine Preiskalkulation ersichtlich geeignetere – regionale Durchschnittstarif gem. „Schwacke-Liste“ zugrunde.

h) Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass die Fa. T gegenüber den Bekl. einerseits und gegenüber der Kl. andererseits offensichtlich unterschiedlich abgerechnet hat. Denn nachdem die Bekl. zu 2) auf die Mietwagenrechnung lediglich 779,46 EUR an die Fa. T gezahlt hatte, hat diese von der Kl. nicht, wie es eigentlich zu erwarten gewesen wäre, den vollen Restbetrag aus der Rechnung vom 05.09.2011 i.H.v. (2.698,74 EUR ./ 779,46 EUR =) 1.919,28 EUR verlangt. Vielmehr ergibt sich aus dem Schreiben der Fa. T vom 06.12.2011 an die Kl., dass dieser gegenüber lediglich ein Restbetrag i.H.v. 401,54 EUR geltend gemacht worden ist. Aus dem von der Kl. vorgelegten Kontoauszug folgt, dass die Kl. insg. nur 914,30 EUR an die Fa. T gezahlt hat. Im Ergebnis hat die Fa. T somit auf ihre Rechnung vom 05.09.2011 über 2.698,74 EUR lediglich (779,46 EUR + 914,30 EUR =) 1.693,76 EUR erhalten.

i) Die Differenz i.H.v. 1.004,98 EUR entspricht im Übrigen in etwa der Differenz i.H.v. 1.021,85 EUR zwischen dem „Normaltarif“ gem. dem von den Bekl. vorgelegten Alternativangebot der Fa. T über 955,73 EUR netto und der reinen Fahrzeugmiete i.H.v. 1.977,58 EUR netto gem. der Rechnung vom 05.09.2011. Jedenfalls rechnerisch hat die Fa. T der Kl. somit lediglich eine Fahrzeugmiete i.H.v. (1.977,58 EUR ./ 1.004,98 EUR =) 972,60 EUR netto berechnet. Dieser Mietpreis wiederum entspricht in etwa den Mietpreisen der von den Bekl. vorgelegten Vergleichsangebote, insb. auch dem Mietpreis gem. dem vorgelegten Vergleichsangebot der Fa. T über 1.137,32 EUR brutto = 955,73 EUR netto, sowie dem durchschnittlichen „Normaltarif“ gem. dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel 2011 i.H.v. 844,55 EUR netto. Mit anderen Worten hat die Fa. T offensichtlich gegenüber den Bekl. mit einem höheren Tarif gem. „Schwacke-Liste“ 2006 und gegenüber der Kl. mit einem niedrigeren Tarif auf dem Preisniveau des Fraunhofer-Marktpreisspiegels 2011 abgerechnet. Die unterschiedliche Abrechnung muss auch deshalb zu denken geben, weil die Kl. erklärt hat, trotz der bestehenden intensiven Geschäftsbeziehung zu der Fa. T von dieser keinen Rabatt erhalten zu haben.

3) a) Vom Fraunhofer-Institut werden die durchschnittlichen „Normaltarife“ nicht aufgrund der von den Mietwagenunternehmen übermittelten Preislisten, sondern aufgrund einer anonymen Befragung mittels Telefon und durch die Auswertung von Angeboten im Internet ermittelt, was einer „realen Anmietsituation“ nahekommt. Dieser methodische Ansatz ist aus Sicht des Senats transparenter und gewährleistet im Gegensatz zur Erhebungsmethode der E GmbH insb., dass es sich bei den erhobenen Mietpreisen auch um tatsächlich am Markt verlangte und realisierte Preise, sprich um Marktpreise handelt. Für den Fraunhofer-Marktpreisspiegel spricht des Weiteren, dass er aus den genannten Gründen den hier maßgeblichen regionalen Markt realistischer abbildet als die „Schwacke-Liste“. Jedenfalls was den hiesigen regionalen Markt angeht, ist der Fraunhofer-Marktpreisspiegel daher der „Schwacke-Liste“ zur Schätzung des durchschnittlichen „Normaltarifs“ grundsätzlich vorzuziehen.

b) Die gegen den Fraunhofer-Marktpreisspiegel allgemein erhobenen Einwände begründen keine durchgreifenden

Zweifel an dessen grundsätzlicher Eignung als Schätzgrundlage. Mit den allgemeinen Einwänden gegen den Fraunhofer-Marktpreisspiegel haben sich bereits u.a. das OLG Köln (Urt. v. 21.08.2009 – 6 U 6/09, Rn. 10 ff. = NJW-RR 09, 1678, zit. n. juris), das OLG Frankfurt (Urt. v. 24.06.2010 – 16 U 14/10, Rn. 18 ff. = SP 10, 401, zit. n. juris) und das OLG Hamburg (Urt. v. 15.05.2009 – 14 U 175/08, Rn. 10 ff. = r+s 09, 299, zit. n. juris) ausführlich befasst und die geäußerten Bedenken als nicht gewichtig bzw. stichhaltig angesehen. Der Senat schließt sich den überzeugenden Erwägungen in den zitierten Entscheidungen an. Auch der BGH hat entschieden, dass die allgemein gegen den Fraunhofer-Marktpreisspiegel erhobenen Einwände keine durchgreifenden Zweifel an dessen Eignung als Schätzgrundlage begründen und er daher grundsätzlich zur Schätzung der erforderlichen Mietwagenkosten geeignet ist (u.a. BGH r+s 13, 149 = NJW 13, 1539, Rn. 10 f.; Urt. v. 12.04.2011 – VI ZR 300/09 Rn. 17 f., jew. zit. n. juris). Angesichts dessen soll im Folgenden nur auf 2 Aspekte näher eingegangen werden.

aa) Soweit gegen den Fraunhofer-Marktpreisspiegel eingewandt wird, dass dieser auch Internet-Angebote in die Preisermittlung einfließen lässt, liegt hierin aus Sicht des Senats kein Nachteil, sondern vielmehr ein weiterer Vorteil der Erhebungsmethode. Denn die Bestellung von Waren und Dienstleistungen über das Internet (sog. E-Commerce) ist mittlerweile weit verbreitet und beeinflusst die Marktpreise insgesamt. Auch Preisrecherchen werden häufig im Internet durchgeführt. Die Nichteinbeziehung von Internetangeboten bei der Preisermittlung ist nach alledem nicht mehr zeitgemäß und aus Sicht des Senats ein weiteres Argument gegen die Heranziehung der „Schwacke-Liste“, die bei der Preisermittlung Internetangebote und damit einen nicht unmaßgeblichen preisbildenden Faktor außer Betracht lässt. Nach den Erhebungen des Fraunhofer-Instituts stellen Internetangebote auch keinen „Sondermarkt“ mit grundsätzlich günstigeren Tarifen dar. Vielmehr sind nach den Erhebungen des Fraunhofer-Instituts Internetangebote bei kurzen Anmietzeiten sogar etwas teurer als die telefonisch recherchierten Tarife (Marktpreisspiegel Mietwagen-Deutschland 2013, S. 64 f.).

bb) Auf den Einwand, der Fraunhofer-Marktpreisspiegel lege der Preisermittlung einen für Unfallsituationen untypischen Anmietzeitpunkt mit einer Woche Vorlauf zugrunde, hat das Fraunhofer-Institut mit jährlichen Untersuchungen reagiert, die zu dem Ergebnis kommen, dass der Anmietzeitpunkt nur in äußerst seltenen Fällen einen Einfluss auf den Preis hat (z.B. Marktpreisspiegel Mietwagen-Deutschland 2013, S. 53 f.; Marktpreisspiegel Mietwagen-Deutschland 2012, S. 107 f.). Der Einwand eines untypischen Anmietzeitpunkts ist demnach bereits mangels statistischer Relevanz vernachlässigbar. Unbeschadet dessen hat das OLG Frankfurt (Urt. v. 24.06.2010 – 16 U 14/10, Rn. 24, zit. n. juris) zu Recht darauf hingewiesen, dass Sondereffekte, die bei einer kurzfristigen Anmietung aufgrund eines Unfalls unvermeidbar sein mögen, nicht beim „Normaltarif“, sondern ggf. im Rahmen eines Aufschlages für unfallbedingte Mehrleistungen zu berücksichtigen seien, weil anderenfalls die Mehrkosten einer kurzfristigen Anmietung wieder aus dem „Normaltarif“ her-

ausgerechnet werden müssten, wenn die Anmietung nicht kurzfristig erfolge.

4) Da dem Senat mit dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel eine auch nach der Rspr. des BGH grundsätzlich geeignete Schätzgrundlage zur Verfügung steht, die nach den Erfahrungen des Senats die durchschnittlichen „Normaltarife“ im hiesigen OLG-Bezirk realistisch abbildet, sieht der Senat keine Notwendigkeit, den durchschnittlichen „Normaltarif“ abweichend vom Fraunhofer-Marktpreisspiegel anhand des arithmetischen Mittels der Durchschnittspreise des Fraunhofer-Marktpreisspiegels und der „Schwacke-Liste“ zu schätzen bzw. die Durchschnittstarife des Fraunhofer-Marktpreisspiegels mit einem pauschalen Aufschlag zu versehen. Unbeschadet dessen ist eine Schadensschätzung anhand des arithmetischen Mittels beider Erhebungen bereits deshalb nicht angezeigt, weil der Senat aus den genannten Gründen Vorbehalte gegen die Eignung der „Schwacke-Liste“ als Schätzgrundlage – jedenfalls was den hiesigen regionalen Markt angeht – hat.

Allgemein gegen die Berechnung des arithmetischen Mittels beider Erhebungen spricht zudem, dass damit letztlich Abstand von dem Ansatz genommen wird, als Grundlage für den Schadenersatzanspruch den tatsächlichen Marktpreis anhand einer empirischen Schätzgrundlage zu ermitteln. Denn das arithmetische Mittel beider Erhebungen stellt so-wohl nach dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel als auch nach der „Schwacke-Liste“ gerade nicht den durchschnittlichen „Normaltarif“ dar. Jedenfalls fehlt bislang ein Nachweis dafür, dass durch die Berechnung des arithmetischen Mittels die (vermeintlichen) Schwächen beider Schätzgrundlagen tatsächlich ausgeglichen werden könnten. Dies gilt entspr. für die Anwendung von pauschalen Zu- bzw. Abschlägen, wobei hier noch das Problem der Ermittlung der angemessenen Höhe des Zu- bzw. Abschlages hinzutritt. Ungeachtet dessen kann in besonders begründeten Einzelfällen ein Zuschlag auf den durchschnittlichen „Normaltarif“ gem. dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO angebracht sein.

Gegen die Berechnung des arithmetischen Mittels beider Erhebungen sprechen schließlich entscheidend auch praktische Erwägungen. Denn zum einen setzt diese Methode voraus, dass die Anwender (Versicherungen, Rechtsanwälte und Gerichte) über beide Listen verfügen, was jedenfalls derzeit im hiesigen Bezirk nicht allorts gewährleistet ist. Zum anderen ist die Berechnung des arithmetischen Mittels für die Beteiligten mit einem Mehraufwand verbunden, der seinerseits dem Sinn und Zweck des Gesetzes entgegensteht. Denn § 287 ZPO hat nicht allein den Zweck, der Entwertung materiell begründeter Schadenersatzansprüche durch übertriebene Anforderungen insb. an den Beweis hypothetischer Verläufe entgegenzuwirken (vgl. Wiczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, § 287 Rn. 2); vielmehr lässt die Bestimmung auch Raum für verfahrensökonomische Erwägungen und will allgemein die Feststellung des Schadenumfangs erleichtern. Abgesehen davon ist eine so komplexe Schadenberechnung, wie sie die Feststellung des arithmetischen Mittels erfordert, nur Quelle weiterer Fehler und Unsicherheiten.

VI. Nach dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel 2011 beträgt für eine Anmietung eines Fahrzeugs der Kategorie 8 im PLZ-Gebiet „47“ der durchschnittliche „Normaltarif“ (Wochenpauschale) 370,27 EUR brutto = 311,15 EUR netto. Dies entspricht einem Tagespreis von 44,45 EUR netto. Hieraus errechnet sich für eine Anmietzeit von 19 Tagen ein Betrag von 844,55 EUR. Erstattungsfähig ist zudem der in der Mietwagenrechnung vom 05.09.2011 enthaltene Zuschlag für Zustellung und Abholung i.H.v. 21,01 EUR netto. Der weitere Zuschlag für eine Vollkaskovers. i.H.v. 412,87 EUR ist nicht erstattungsfähig, weil in dem „Normaltarif“ gem. dem Fraunhofer-Marktpreisspiegel bereits eine Vollkaskovers. mit üblicher Selbstbeteiligung inbegriffen ist. Die Zuschläge für eine Anhängerkupplung und ein Navigationsgerät i.H.v. jew. 143,64 EUR hatte bereits das LG nicht zugesprochen. Insg. sind der Kl. mithin ersatzfähige Mietwagenkosten i.H.v. (844,55 + 21,01 =) 865,56 EUR netto entstanden. Hiervon ist im Wege der Vorteilsausgleichung, die aufgrund der Besserstellung des Geschädigten wegen ersparter Eigenaufwendungen zu berücksichtigen ist, ein pauschaler Abzug von 5 % vorzunehmen (st. Rspr. des Senats, grundlegend insow. Senat DAR 98,102), sodass ein Betrag i.H.v. 822,28 EUR verbleibt. Nach Abzug der von der Bekl. zu 2) vorgerichtlich auf die Mietwagenkosten bereits gezahlten 779,46 EUR verbleiben restliche von den Bekl. zu erstattende Mietwagenkosten i.H.v. 42,84 EUR netto.

VII. Die Bekl. dringen nicht mit ihrem Berufungseinwand

durch, die Kl. habe nicht substantiiert dargelegt, dass für die ausgefallenen Fahrten nicht die vorhandenen weiteren Fahrzeuge ihres Fuhrparks hätten eingesetzt werden können, um den Ausfall des verunfallten Fahrzeugs zu kompensieren. Gegen diesen Einwand ist anzuführen, dass es unternehmerischer Vernunft entspricht, die vorgehaltenen Fahrzeuge möglichst intensiv zu nutzen. Von daher ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Kl. den Ausfall nicht mit eigenen Mitteln hat ersetzen können, zumal die Kl. kein Fuhrparkunternehmen betreibt und sie daher keinen Anlass dazu hatte, zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs oder aus anderen Gründen ständig Ersatzfahrzeuge vorzuhalten. Hinzu kommt, dass das verunfallte Fahrzeug der Kl. nicht nur kurzfristig, sondern für einen Zeitraum von fast 3 Wochen nicht zur Verfügung gestanden hat. Mag ein kurzfristiger Ausfall eines Fahrzeugs noch zu überbrücken sein, besteht jedenfalls bei einer längeren Ausfallzeit i.d.R. die Notwendigkeit, den Fuhrpark durch die Anmietung eines Fremdfahrzeugs zu vervollständigen. Angesichts des Vorstehenden ist die auch in 2. Instanz pauschal gebliebene Behauptung der Bekl., dass die Kl. den Ausfall mit anderen Fahrzeugen habe kompensieren können, unsubstantiiert. Unbeschadet dessen hatte die Kl. nach der Rspr. des BGH ohnehin das Recht, mit einem vollständigen Fuhrpark zu disponieren (BGH Urt. v. 19.10.1993 – VI ZR 20/93, r+s 94, 137 = NJW 93, 3321; Urt. v. 04.12.1984 – VI ZR 225/82, r+s 85, 62 = NJW 85, 793).

## On Board mit der Dash-Cam

### BDSG §§ 6b, 27, 38 Abs. 5

1. Anspruchsgrundlage für eine Untersagung der Aufzeichnung einer sog. Dash-Cam kann § 38 Abs. 5 S.2 BDSG darstellen, wenn es sich um personenbezogene Daten handelt.

2. Aufnahmen enthalten personenbezogene Daten, wenn Fußgänger und Fahrzeuge durch das amtliche Kennzeichen identifizierbar und bestimmbar sind. (Leitsätze der Redaktion)

### VG Ansbach, Urteil vom 12.08.2014 – AN 4 K 13.01634 –

#### ■ Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist begründet. Die Anordnung in Ziffer 1.a) des Bescheids (I.) und die Anordnungen in Ziffer 1.b) und c) (II.) sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rech-

ten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)). Gleiches gilt für die Zwangsgeldandrohungen in Ziffer 2 und die Nebenentscheidungen in Ziffer 3 des Bescheids (III.).

I. Die Anordnung des Beklagten in Ziffer 1.a) des Bescheids, mit der dem Kläger untersagt wurde, mit der im Fahrzeug des Klägers eingebauten On-Board-Kamera während der Autofahrt permanente Aufnahmen des von ihm befahrenen öffentlichen Bereichs zu machen, ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Zwar ist § 38 Abs. 5 BDSG vorliegend anwendbar (1)), die Anordnung ist aber rechtsfehlerhaft ergangen (2)).

1) Der Beklagte stützt diese Anordnung auf § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG.

An der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 38 Abs. 5 BDSG bestehen im vorliegenden Fall gem. § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2, Abs. 2 BDSG keine Bedenken. Danach findet § 38 Abs. 5 BDSG Anwendung, soweit personenbezogene Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen durch nicht-öffentliche Stellen verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden. Die Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

a) Die Aufnahmen mit der klägerischen On-Board-Kamera in der vom Kläger gewählten Betriebsform enthalten personenbezogene Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG. Danach sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener). Grundsätzlich ist die Bestimmbarkeit einer Person dann zu bejahen, wenn deren Gesicht auf den Aufnahmen erkennbar wird. Allerdings können auch zusätzliche Kriterien zu einer Bestimmbarkeit führen. Dies gilt vor allem für das sonstige Körperbild einer Person, wie die Körperhaltung, die Kleidung oder die mitgeführten Gegenstände. Darüber hinaus sind auch Zeitpunkt und Ort der Aufnahme geeignet, um Rückschlüsse auf eine Person ziehen zu können. Eine Identifizierung muss zumindest mit weiteren Hilfsmitteln mit noch verhältnismäßigem Aufwand möglich sein. Dies ist vorliegend der Fall. Die Aufnahmen des Klägers mit seiner On-Board-Kamera enthalten personenbezogene Daten. Durch die im behördlichen und gerichtlichen Verfahren vorgelegten Aufzeichnungen der On-Board-Kamera wurde für das Gericht ersichtlich, dass jedenfalls Aufschriften auf Autos und Lastwagen lesbar sind und Personen zumindest bestimmbar waren.

b) Die personenbezogenen Daten wurden zwar vorliegend nicht unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben, da die On-Board-Kamera des Klägers nicht als Datenverarbeitungsanlage einzustufen ist. Datenverarbeitungsanlagen sind Anlagen zur automatisierten Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Art. 3 Abs. 1 Alt. 1 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie) (ABl EG Nr. L 281 S. 39). Dies wird auch aus § 3 Abs. 2 Satz 1 BDSG deutlich, wonach automatisierte Verarbeitung die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen ist. Daher ist das bloße Aufzeichnen und Abspielen von Videosequenzen keine automatisierte Verarbeitung, solange dies nicht im Rahmen eines automatisierten Verarbeitungssystems erfolgt, das zwischen den Daten verschiedener Personen unterscheiden und darauf aufbauend die Verarbeitung steuern kann. Vorliegend stellt die On-Board-Kamera des Klägers keine Datenverarbeitungsanlage dar, da diese nicht zwischen den Daten verschiedener Personen unterscheiden und darauf aufbauend die Verarbeitung steuern kann.

c) Die personenbezogenen Daten werden aber durch die klägerische On-Board-Kamera in nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt und dafür erhoben.

Vorliegend sind die Aufnahmen nicht automatisierte Dateien gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 BDSG. Danach ist eine nicht automatisierte Datei jede nicht automatisierte Sammlung personenbezogener Daten, die gleichartig aufgebaut und nach bestimmten Merkmalen zugänglich ist und ausgewertet werden kann. Bei reinen Videoaufzeichnungen ohne ergänzende Informationen wird es wohl an einer Zugänglichkeit nach bestimmten

Merkmale fehlen. Werden allerdings den Bildaufzeichnungen weitere Informationen, wie Uhrzeit, Datum oder eventuell Standort, beigelegt, hat man von einer Zugänglichkeit im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 BDSG auszugehen. Dies ist vorliegend der Fall. Die verschiedenen klägerischen Aufzeichnungen stellen eine Sammlung personenbezogener Daten dar. Auf den im behördlichen und gerichtlichen Verfahren vorgelegten Videoaufzeichnungen mit der On-Board-Kamera des Klägers sind den Bildaufnahmen Datum und Uhrzeit beigelegt. Bei einer Verbindung zum Internet werden außerdem der Fahrtroutenverlauf und der momentane Standort grafisch angezeigt. Es werden damit der reinen Videoaufzeichnung weitere Informationen hinzugefügt. Die Daten sind somit gleich aufgebaut und nach bestimmten Merkmalen zugänglich, eine Auswertung kann folglich erfolgen. Daher liegen nicht automatisierte Dateien vor.

d) Die personenbezogenen Daten werden in den nicht automatisierten Dateien sowohl verarbeitet als auch genutzt und auch dafür erhoben. Ein Verarbeiten i.S.d. § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG liegt hier gem. § 3 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 BDSG vor. Danach ist Verarbeiten u.a. das Speichern personenbezogener Daten. Speichern ist das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung. Vorliegend speichert der Kläger personenbezogene Daten durch die Sicherung der Aufnahmen auf der externen SD-Speicherkarte der On-Board-Kamera des Klägers. Der Kläger nutzt darüber hinaus die personenbezogenen Daten gem. § 3 Abs. 5 BDSG. Danach ist nutzen jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt. Durch die Vorlage bei der Polizei und anderen Behörden nutzt der Kläger die mit seiner On-Board-Kamera aufgenommenen Aufzeichnungen, denn die Vorlage stellt keine Verarbeitung i.S.d. § 3 Abs. 4 BDSG dar. Außerdem erhebt der Kläger die personenbezogenen Daten auch für die Verarbeitung und Nutzung gem. § 3 Abs. 3 BDSG, da er sich bewusst und gewollt Daten über Betroffene beschafft.

e) Der Kläger ist als natürliche Person eine nicht-öffentliche Stelle gem. § 2 Abs. 4 BDSG, da er keine hoheitlichen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

f) Die Anwendung des § 38 Abs. 5 BDSG ist auch nicht gem. § 27 Abs. 1 Satz 2 BDSG ausgeschlossen. Danach ist die Norm nicht anwendbar, wenn die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten erfolgt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Werden, wie hier, die Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten bereits unter dem erklärten Zweck vorgenommen, ein Beweismittel im straf- oder zivilgerichtlichen Verfahren zu haben und die Aufnahmen im Bedarfsfall bei Behörden vorzulegen, wird dadurch der persönliche und familiäre Bereich verlassen. Der Kläger zeichnet die Verkehrsvorgänge gerade deshalb permanent auf, um die Aufzeichnungen, wenn auch nicht jede einzelne, bei Behörden abzuliefern. Dass dadurch möglicherweise eigene Rechte geschützt werden sollen, reicht für die Bejahung einer Erhebung ausschließlich für persönli-

che oder familiäre Tätigkeiten nicht aus. Eine Erhebung von personenbezogenen Daten ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten ist nur dann anzunehmen, wenn die personenbezogenen Daten den geschützten persönlichen oder familiären Bereich grundsätzlich nicht verlassen.

g) Ein Ausschluss des § 38 Abs. 5 BDSG ergibt sich auch nicht aus § 27 Abs. 2 BDSG. Danach gilt die Norm nicht für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten außerhalb von nicht automatisierten Dateien, soweit es sich nicht um personenbezogene Daten handelt, die offensichtlich aus einer automatisierten Verarbeitung entnommen worden sind. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die personenbezogenen Daten nicht außerhalb von nicht automatisierten Dateien verarbeitet oder genutzt werden.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 38 Abs. 5 BDSG ist damit vorliegend gegeben.

2) Die Anordnung ist aber rechtsfehlerhaft ergangen.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG liegen schon nicht vor. Danach kann die Aufsichtsbehörde zur Gewährleistung der Einhaltung dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter Verstöße bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten oder technischer oder organisatorischer Mängel anordnen. Die Norm bezieht sich auf die Mängelbeseitigung bei Verfahren. Ein Verfahrensmangel ist hier aber nicht ersichtlich.

Rechtsgrundlage bei einer Untersagung kann daher hier nur § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG sein. Danach kann die Aufsichtsbehörde bei schwerwiegenden Verstößen oder Mängeln, insbesondere solchen, die mit einer besonderen Gefährdung des Persönlichkeitsrechts verbunden sind, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung oder den Einsatz einzelner Verfahren untersagen, wenn die Verstöße oder Mängel entgegen der Anordnung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 und trotz der Verhängung eines Zwangsgeldes nicht in angemessener Zeit beseitigt werden. Folglich sieht § 38 Abs. 5 BDSG grundsätzlich ein zweistufiges Verfahren vor. Erst bei Nichtbefolgung einer Anordnung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG kann es zur Untersagung nach § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG kommen. Jedoch kann in Ausnahmefällen auch dann eine umgehende Untersagungsanordnung ergehen, insbesondere dann, wenn eine Anordnung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG offensichtlich nicht in Betracht kommt. Dies ist vorliegend der Fall. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Anordnung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG zum Erfolg geführt hätte. Daher ist hier ausnahmsweise eine umgehende Heranziehung des § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG möglich.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG liegen zwar vor (a)), die Anordnung ist jedoch zu unbestimmt (b)) und erging ermessensfehlerhaft (c)).

a) Die Verwendung der On-Board-Kamera des Klägers stellt einen schwerwiegenden (2.) Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Vorschriften dar (1.).

i. Der Kläger hat durch den Betrieb seiner On-Board-Kamera in der von ihm gewählten Betriebsform gegen das datenschutzrechtliche Verbot, dass die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung) unzulässig ist, verstoßen, da eine Ausnahme gem. § 6 b BDSG, der den allgemeinen Zulässigkeitsnormen (insbes. § 28 BDSG) als *lex specialis* vorgeht, hier nicht gegeben ist. Gem. § 6 b Abs. 1 Nr. 3 BDSG ist die Beobachtung (cc)) öffentlich zugänglicher Räume (aa)) mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung) (bb)) nur zulässig, soweit sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke (dd)) erforderlich (ee)) ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen (ff)). Der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle sind durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen (§ 6 b Abs. 2 BDSG) (gg)).

Die Voraussetzungen des § 6 b BDSG liegen hier nicht vor.

aa) Bei den Straßen, die von dem Kläger mit seinem Fahrzeug befahren werden, handelt es sich um öffentlich zugängliche Räume.

bb) Die On-Board-Kamera des Klägers stellt eine optisch-elektronische Einrichtung dar. Zwar wird teilweise diesbezüglich vertreten, dass als optisch-elektronische Einrichtungen in § 6 b BDSG nur Einrichtungen zu verstehen seien, die fest angebracht sind. Mobile Kameras habe der Gesetzgeber nicht regeln wollen. Diese Auslegung ist dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich bei der gewählten Formulierung der optisch-elektronischen Einrichtung gerade um einen wertneutralen Begriff, der jegliche Form der Videoüberwachung erfassen soll. § 6 b BDSG verfolgt den Zweck, die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume nur in sehr begrenzten Ausnahmefällen zu gestatten, um das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen zu wahren. Durch den Klammerzusatz in § 6 b Abs. 1 BDSG („Videoüberwachung“) hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass jegliches technisches Gerät, das Videos aufzeichnen kann, grundsätzlich als optisch-elektronische Einrichtung im Sinne dieser Norm zu verstehen ist.

cc) Durch die Benutzung der On-Board-Kamera in der gewählten Betriebsform beobachtet der Kläger öffentlich zugängliche Räume. Unter Beobachtung ist die Sichtbarmachung von Geschehnissen und Personen mithilfe technischer Einrichtungen zu verstehen. Beobachten setzt eine optische Erfassung voraus und ist schon nach seinem Wortsinn durch eine gewisse Dauer gekennzeichnet. Dies ist vorliegend der Fall. Hier verwendet der Kläger seine On-Board-Kamera in der von ihm gewählten Betriebsform gerade dazu, die gefertigten Aufnahmen möglicherweise in einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren als Beweismittel vorlegen zu können. Diese sollen ihm helfen, Verkehrsverstöße anderer Verkehrsteilnehmer aufzudecken, um beweisen zu können, nicht für Unfälle verantwortlich zu sein. Dies hat natürlich zur Folge, dass andere Verkehrsteilnehmer unweigerlich kontrolliert

werden. Die Kontrolle erfolgt dabei über eine Überwachung des vor dem klägerischen Fahrzeug befindlichen Verkehrsraumes, die auch das nötige zeitliche Moment besitzt, da sie nicht von nur unerheblicher Dauer ist. Zwar unterscheidet sich die vorliegende Konstellation von den Fällen, bei denen eine Kamera auf einen bestimmten, festen Ort gerichtet ist. Dort wird ein Ausschnitt des öffentlichen Bereichs durchgehend beobachtet. Hier wird aufgrund der Befestigung der On-Board-Kamera auf einem fahrbaren Untersatz gerade ein weiter, sich wechselnder, öffentlich zugänglicher Bereich ins Visier genommen. Die Anzahl der Betroffenen ist dadurch um ein Vielfaches höher. Dass die Beobachtungsintensität möglicherweise unterschiedlich ist, weil je nach Fahrgeschwindigkeit des klägerischen Fahrzeugs die Aufnahmequalität und damit die Identifizierbarkeit einzelner Personen schwerer oder leichter sein kann, ist hier nicht von Bedeutung. Denn vorliegend geht es gerade um den Betrieb der On-Board-Kamera des Klägers in der von ihm gewählten Betriebsform. Er selbst bestimmt die Geschwindigkeit seiner Fahrt und damit mittelbar auch die Qualität der Aufzeichnungen des von ihm befahrenen Bereichs. Je nachdem wie lange sich die Betroffenen in seinem Aufzeichnungsbereich aufhalten, ist der Eingriff intensiver oder weniger intensiv. Die Benutzung der On-Board-Kamera des Klägers unterscheidet sich insoweit nicht von der Verwendung einer fest installierten, auf einen Ort ausgerichteten Kamera.

dd) Zwar wurden die Zwecke der Verwendung durch den Kläger nicht vorher festgelegt. Er hat aber im behördlichen und gerichtlichen Verfahren dargelegt, dass er die Kamera deshalb verwendet, um mögliche Beweismittel bei einem Verkehrsunfall oder bei einem anderen verkehrsrechtlichen Sachverhalt vorlegen zu können. Dies ist wohl als berechtigtes Interesse anzuerkennen.

ee) Die Anordnung war auch erforderlich. Mildere Mittel unter Beibehaltung der gewählten, permanenten Betriebsform (z.B. mithilfe eines kleineren Speichers, der nur eine sehr kurze Aufzeichnungsdauer ermöglicht) sind nicht ersichtlich, da der Beklagte das Ziel verfolgt, die dauerhafte Beobachtung des öffentlichen Raums zu unterbinden. Dies ist unabhängig von der Größe der eingesetzten externen Speicherkarte.

ff) Es bestehen, im Sinne des Gesetzes, Anhaltspunkte dafür, dass die schutzwürdigen Interessen der anderen Verkehrsteilnehmer (auch Fußgänger) mit ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Interessen des Klägers auf Beschaffung von Beweismitteln überwiegen. Bildaufnahmen stellen grundsätzlich einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen dar. Nicht jeder Eingriff ist jedoch ungerechtfertigt. So ist klar, dass Abbildungen von Passanten auf öffentlichen Straßen und Wegen, die nur als Beiwerk des Stadt- oder Straßenbildes oder von baulichen Anlagen mit erfasst werden, von diesen auch ohne Weiteres hinzunehmen sind. Geht es jedoch um die gezielte und heimliche Fertigung von Bildaufnahmen, muss dann etwas anderes gelten, wenn die Betroffenen nicht absehen können, ob Aufzeichnungen gefertigt werden. Dies ist vorliegend der

Fall. Der Kläger macht mit seiner On-Board-Kamera umfassende heimliche Aufzeichnungen des gesamten Verkehrsgeschehens vor seinem Fahrzeug. Eine solche großflächige Beobachtung von öffentlichen Straßen stellt schon deshalb einen schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar, weil durch die permanente Aufzeichnung mit der On-Board-Kamera eine Vielzahl von Personen in kurzer Zeit in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht betroffen wird. Auf den jeweiligen Videofilmen wird festgehalten, wann ein Betroffener die jeweilige Straße mit welchem Verkehrsmittel und gegebenenfalls auch in welcher Begleitung passiert. Grundsätzlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Betroffene sich nur kurzzeitig, wie bei einer auf einen bestimmten, festen Ort gerichteten Kamera, im Aufzeichnungsbereich aufhält, da es der Kläger selbst in der Hand hat, wie lange er einen Betroffenen aufzeichnet. Auch wenn der Kläger erklärt, dass die Videoaufzeichnungen dann wieder gelöscht würden, wenn sich keine besonderen Vorkommnisse ereignet hätten, ändert dies an der Beurteilung nichts, da es nicht dem Kläger überlassen bleiben kann, wie er mit derart hergestellten Videoaufnahmen verfährt. Allein der Kläger entscheidet, welche Sequenzen der Videoaufzeichnung er durch die Betätigung des Knopfes manuell sichert oder welche er, ohne Betätigung des Knopfes, dadurch längerfristig speichert, dass er die Daten frühzeitig von der Speicherkarte auf einen anderen Datenträger überträgt, um ein Überschreiben der Daten zu verhindern.

Zwar möchte der Kläger mithilfe der On-Board-Kamera seine verfassungsrechtlich garantierten Rechte (Eigentum, Ehre) schützen, trotzdem überwiegen die Interessen der Betroffenen, die keine Anhaltspunkte für eine Beobachtung liefern, erheblich.

gg) Der Kläger hat den Umstand der Beobachtung und sich als verantwortliche Stelle nicht durch geeignete Maßnahme gem. § 6 b Abs. 2 BDSG kenntlich gemacht. Ob es sich bei § 6 b Abs. 2 BDSG um eine Zulässigkeitsvoraussetzung oder um eine Ordnungsvorschrift handelt, kann vorliegend dahinstehen. Allerdings wird man wohl nicht annehmen können, dass ein Verstoß gegen die Hinweispflicht per se die Beobachtung rechtswidrig macht, da Fallkonstellationen denkbar sind, unter denen nur eine heimliche Videoüberwachung sinnvoll erscheint. Außerdem wird im Bericht des Innenausschusses die Hinweispflicht als Ergänzung der nach dem Gesetz bestehenden allgemeinen Verkehrssicherungspflichten betrachtet (BT-Drucks. 14/5793 S. 62), die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien den Abs. 1, 3 und 5 für die verschiedenen Verarbeitungsphasen zu entnehmen (BT-Drucks. 14/5793 S.61).

2. Der datenschutzrechtliche Verstoß ist auch als schwerwiegend anzusehen. Bei einer permanenten Überwachung des Verkehrsraums und der damit angesammelten Daten über Verkehrsteilnehmer ist vorliegend von einem schwerwiegenden Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften auszugehen, da ein besonders schwerer Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen gegeben ist.

## b) Bestimmtheit

Jedoch ist die Anordnung in Ziff. 1.a) des Bescheides gem. Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG inhaltlich zu unbestimmt. Eine inhaltlich hinreichende Bestimmtheit verlangt, dass insbesondere für den Adressaten des Verwaltungsakts die von der Behörde getroffene Regelung so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar ist, dass er sein Verhalten danach richten kann. In diesem Zusammenhang ist nicht erforderlich, dass der wesentliche Inhalt der Regelung getrennt von den übrigen Teilen des Verwaltungsakts, vor allem auch von seiner Begründung, in einem besonderen Entscheidungssatz nach Art eines Urteilstenors zusammengefasst ist, der alle wesentlichen Punkte vollständig und aus sich allein heraus verständlich wiedergibt. Die Anordnung in Ziffer 1.a) erfüllt die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit nicht. Darin wird dem Kläger untersagt, mit seiner in seinem Fahrzeug eingebauten On-Board-Kamera während der Autofahrt permanente Aufnahmen des von ihm befahrenen öffentlichen Bereichs zu machen. Zwar bestehen keine Bedenken an der Umschreibung „permanente Aufnahmen“, da damit die Verwendung der On-Board-Kamera in der momentan gewählten Betriebsform untersagt werden soll, was der Beklagte in der mündlichen Verhandlung bestätigte. Dass allein auf die momentane Betriebsform abzustellen ist, ergibt sich aus der Bescheidsbegründung, in der der Beklagte erklärt, dass die Kamera mit der Zündung des Pkw verbunden ist und bei eingeschalteter Zündung permanent Filmaufnahmen macht und auf einer SD-Karte speichert, bis deren Kapazität erschöpft ist. Es ist für den Kläger erkennbar, dass er keine permanenten Aufnahmen des von ihm befahrenen öffentlichen Bereichs fertigen darf. Außerdem bestehen keine rechtlichen Bedenken dahingehend, dass das Fahrzeugkennzeichen im Tenor des Bescheids nicht enthalten ist, da im Rahmen der Auslegung auch die Begründung des Bescheids heranzuziehen ist und in dieser das Kennzeichen des Fahrzeugs des Klägers genannt wird.

Jedoch ist die On-Board-Kamera des Klägers, auf die sich die Anordnung bezieht, nicht hinreichend bestimmt. Diese ist in der Anordnung nicht genauer umschrieben, sodass eine Vollstreckung aussichtslos wäre. Es fehlen bestimmende Angaben, wie z.B. Herstellername, Modellbezeichnung, Fabrikationsnummer etc. Für den Kläger muss klar erkennbar sein, auf welche On-Board-Kamera sich die Anordnung erstreckt, da für ihn erst dann ersichtlich wird, wann ein Zwangsgeld verwirkt und wann ein Handeln bußgeldbewehrt ist. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung des Beklagtenvertreters bezieht sich die Anordnung in Ziffer 1.a) ausweislich des Wortlauts der Regelung („mit Ihrer in Ihrem Fahrzeug eingebauten On-Board-Kamera“) ausschließlich auf die zum Zeitpunkt des Bescheidserlasses eingebaute On-Board-Kamera und nicht auf jede in seinem Fahrzeug genutzte Dash-Cam.

## c) Ermessen

Die Anordnung ist darüber hinaus ermessensfehlerhaft ergangen.

Sowohl Anordnungen nach § 38 Abs. 5 Satz 1 als auch Anordnungen nach § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG stehen im Ermessen der zuständigen Aufsichtsbehörde. Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (§ 114 S. 1 VwGO). Liegt eine Ermessensentscheidung vor, bedeutet dies grundsätzlich, dass die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten hat (Art. 40 BayVwVfG). Teilweise werden als allgemeine Ermessensermächtigungen gefasste Vorschriften dahin ausgelegt, dass sie die Ermessensausübung grds. in eine bestimmte Richtung festlegen, sie somit wie Sollvorschriften zu verstehen sind (sog. gelenktes bzw. intendiertes Ermessen). Ist eine ermessens-einräumende Vorschrift dahin auszulegen, dass sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, so müssen besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst und es bedarf insoweit auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung. Bei Annahme eines intendierten Ermessens ist jedoch Zurückhaltung geboten. Geht die Behörde irrtümlich davon aus, dass es sich bei der Befugnisnorm um eine Norm mit intendiertem Ermessen handelt, so liegt ein Ermessensfehler in Form des Ermessensnichtgebrauchs vor. Übt die Behörde ihr Ermessen nicht aus, so führt dieser Ermessensfehler zur Rechtswidrigkeit des entsprechenden Verwaltungsaktes (§ 114 S. 1 VwGO). Ein Nachschieben von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bewirkt in diesem Fall nicht die Heilung des vorher ermessensfehlerhaften Verwaltungsaktes mit Rückwirkung. Vielmehr wird mit dem Auswechseln oder Nachschieben von Ermessenserwägungen auch die Entscheidung geändert, womit es sich in Wirklichkeit um den Erlass eines neuen Verwaltungsaktes handelt. Der neue Verwaltungsakt kann im Wege der Klageänderung nach § 91 VwGO in ein anhängiges Verfahren eingeführt werden, wobei immer eine entsprechende Erklärung des Klägers erforderlich ist.

Gemessen an diesen Grundsätzen ergibt sich im vorliegenden Fall, dass die Anordnung rechtswidrig ist. Eine Ermessensreduzierung auf null ist nicht ersichtlich. Daher war grundsätzlich von dem Beklagten eine Ermessensentscheidung zu treffen. Dieser hat aber keinerlei Ermessen ausgeübt. Er geht vielmehr davon aus, dass es sich bei der Befugnisnorm des § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG, auf die er seine Anordnung stützt, um eine Vorschrift mit intendiertem Ermessen handelt. Da aber die Intensität von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften sehr unterschiedlich sein kann, sind für das Gericht keine Anzeichen ersichtlich, dass es sich bei der Regelung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG um eine Vorschrift mit intendiertem Ermessen handelt. Eine Ermessensabwägung war daher vorzunehmen. Es erscheint nicht uneingeschränkt

denkbar, dass jeder datenschutzrechtliche Verstoß eine Anordnung nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG nach sich zieht, zumal es sich bei der Befugnisnorm um eine Generalnorm handelt und damit deren Anwendungsbereich sehr weit ist. Gleiches gilt auch für Befugnisnorm des § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG, auf die wohl hätte abgestellt werden müssen. Auch dort ist nicht undenkbar, dass trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen doch keine (vollständige) Untersagung angezeigt ist. Daher ist bei der Anwendung des § 38 Abs. 5 Satz 2 BDSG von der Aufsichtsbehörde ebenfalls eine Ermessensentscheidung zu treffen. Dies war vorliegend nicht der Fall. Entgegen der Auffassung des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung enthält der Bescheid nämlich auch keine ausreichenden (Hilfs-)Ausführungen zur Ermessensausübung. Vielmehr wird aus der Begründung unter 2.3. des Bescheids erkennbar, dass sich der Beklagte lediglich damit auseinandergesetzt hat, ob ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt gegeben ist, der ausnahmsweise eine andere Entscheidung rechtfertigen würde. Folglich liegt ein Ermessensausfall vor, der auch durch die Ausführung in der mündlichen Verhandlung nicht geheilt wurde. Der Beklagtenvertreter ging vielmehr davon aus, dass der Bescheid ausreichende Ausführungen zur Ermessensausübung enthalte. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass durch die Ausführungen des Beklag-

tenvertreters Ermessenserwägungen nachgeschoben wurden, hätte dies keine rückwirkende Heilung zur Folge. Jedenfalls hat sich die Anordnung durch die Ausführungen auch nicht erledigt, da der Beklagte an dem Bescheid festhalten wollte und keine konkludente Aufhebungsabsicht zu erkennen war.

Daher handelte der Beklagte ermessensfehlerhaft. Die Anordnung in Ziff. 1.a) ist rechtswidrig, verletzt den Kläger in seinen Rechten und war daher aufzuheben.

II. Die weiteren Anordnungen in Ziffer 1. des Bescheids, mit denen der Kläger verpflichtet wurde, die mit seiner in seinem Fahrzeug eingebauten On-Board-Kamera gemachten Aufnahmen zu löschen (Ziffer 1.b)) und die Löschung innerhalb von zwei Wochen nach Unanfechtbarkeit des Bescheids schriftlich zu bestätigen, sind aus oben genannten Gründen ebenfalls rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

III. Da die Hauptanordnungen in Ziffer 1 des Bescheids rechtswidrig sind, erstreckt sich die Rechtswidrigkeit ebenfalls auf die Zwangsgeldandrohungen in Ziffer 2 und die Nebenentscheidungen in Ziffer 3 des Bescheids. Diese Anordnungen verletzen den Kläger ebenfalls in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

## Die Notwendigkeit einer Reparaturnachbesichtigung

1) Bei Fahrzeugen, die über zehn Jahre alt sind, ist gemäß der Tabelle Sanden/Danner/Küppersbusch eine Abstufung um zwei Gruppen vorzunehmen.

2) Zur Notwendigkeit einer Nachbesichtigung durch den Sachverständigen.

3) Die Nebenkostenpauschale beläuft sich auf 25,00 €.

Reparaturkosten	2.025,58 EUR
Sachverständigenkosten	498,23 EUR
Nutzungsausfallentschädigung	380,00 EUR
Auslagenpauschale	25,00 EUR
	<b>2.928,81 EUR</b>

Gezahlt hat die Beklagte jedoch nur 2.908,81 EUR. Mithin hat sie noch offene 20,00 EUR zu begleichen.

Weitere Ansprüche stehen dem Kläger hingegen nicht zu. Was den Nutzungsausfall anbetrifft, kann der Kläger keinen Tagessatz von 59,00 EUR, sondern nur von 38,00 EUR, wie von der Beklagten gezahlt, beanspruchen. Die Höhe der Nutzungsausfallentschädigung wird in der Rechtsprechung üblicherweise nach den Tabellen von Sanden/Danner/Küppersbusch bemessen. Es ist anerkannt (z.B. OLG Hamm, Recht und Schaden 2004, 168), dass eine Abstufung um zwei Gruppen vorzunehmen ist, wenn das Fahrzeug älter als zehn Jahre ist. Das ist hier der Fall. Das Fahrzeug des Klägers war zum Unfallzeitpunkt 13 Jahre alt. Mithin hat die Beklagte zutreffend unter Berücksichtigung des Tagessatzes von 38,00 EUR gemäß Gruppe D reguliert. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich das Fahrzeug des Klägers in einem sehr guten Zustand befand. Selbst wenn dies der Fall ist, hält es das Gericht dennoch nicht für gerechtfertigt, die Herabstufung zu unterlassen bzw. nur eine Herabstufung um eine Stufe vorzunehmen. Zum einen ist nämlich zu berücksichtigen, dass das Fahrzeug

**AG Ibbenbüren, Urt. v. 17.06.2015 – 3 C 91/15 –**

### ■ Entscheidungsgründe:

Die Klage ist nur zu einem geringen Teil begründet.

Dem Kläger steht ein Anspruch gegen die Beklagte zu aus §§ 7 StVG, 115 VVG auf Zahlung restlicher 20,00 EUR aufgrund des Verkehrsunfalls vom 05.12.2014.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte als Kfz-Haftpflichtversicherer desjenigen Pkw, mit dem der Unfall verursacht worden ist, vollumfänglich einstandspflichtig ist. Die Beklagte hat ausweislich ihres Sachvortrages und des Abrechnungsschreibens vom 19.01.2015 wie folgt abgerechnet:

mit einem Alter von 13 Jahren deutlich über die vorgenannte Grenze von zehn Jahren hinausgeht. Zum anderen erscheint es nicht sachgerecht, im Rahmen des § 287 ZPO auf der einen Seite eine Schematisierung durch Verwendung der genannten Tabelle und der Herabstufung nach Altersgruppen vorzunehmen und auf der anderen Seite dann wiederum diese Schematisierung dadurch aufzuheben, dass im Einzelfall der jeweilige Zustand des Fahrzeugs eine Rolle spielen soll.

Im Ergebnis ist die Abrechnung der Nutzungsausfallentschädigung durch die Beklagte, die 380,00 EUR auf diese Position gezahlt hat, nicht zu beanstanden. Weitere Nutzungsausfallentschädigung steht dem Kläger mithin nicht zu.

Nicht ersetzt verlangen kann der Kläger die Kosten für die Reparaturbestätigung des Sachverständigen gemäß Rechnung vom 09.01.2015 in Höhe von 77,56 EUR. Insoweit handelt es sich nach Auffassung des Gerichts nicht um einen ersatzfähigen Schaden. Was die Kosten eines Sachverständigengutachtens anbetrifft, so gehören diese grundsätzlich zu den mit dem Schaden unmittelbar verbundenen und gemäß § 249 Abs. 1 BGB auszugleichenden Vermögensnachteilen, soweit die Begutachtung zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlich und zweckmäßig ist (BGH NJW RR 1989, 953). Für die Frage der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Begutachtung ist auf die Sicht des Geschädigten zum Zeitpunkt der Beauftragung abzustellen (BGH NJW 1994, 446 zur Beauftragung eines Rechtsanwalts). Demnach kommt es darauf an, ob ein verständig und wirtschaftlich denkender Geschädigter nach seinen Erkenntnissen und Möglichkeiten die Einschaltung eines Sachverständigen für geboten erachten durfte (BGHZ 61, 346). Vor diesem Hintergrund erstreckt sich die Schadensersatzpflicht des Schädigers auch auf Folgeschäden, die mit dem Unfall in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen und in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen. Dies ist im Hinblick auf die Reparaturbestätigung nicht der Fall. Entgegen der Auffassung des Klägers war die Bestätigung insbesondere nicht für die Geltendmachung der Nutzungsausfallentschädigung brauchbar, denn sie sagt nichts über den konkreten Zeitraum aus, für den der Nutzungsausfall begehrt wird. Abgesehen davon hat die Beklagte offensichtlich auch die Durchführung einer sach- und fachgerechten Reparatur nicht bestritten. Nicht überzeugend ist ferner die Argumentation des Klägers, die Reparaturbestätigung sei deshalb erforderlich, weil der Kläger beispielsweise bei einem Weiterverkauf des Fahrzeuges oder einem neuen Schaden die Durchführung der Reparatur nachweisen müsse. Der Geschädigte hat im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit grundsätzlich die Wahlmöglichkeit zwischen einer konkreten Abrechnung des Fahrzeugschadens unter Vorlage einer Rechnung der von ihm beauftragten Reparaturwerkstatt oder einer fiktiven Abrechnung auf der Basis eines Kostenvorschlages oder des Gutachtens eines Sachverständigen. Bei den Kosten für eine Reparaturbescheinigung handelt es sich somit um eine Schadensposition, die ursächlich auf die freie Entscheidung des Klägers zurückzuführen ist, sein Fahrzeug nicht in einem Fachbetrieb, sondern im Wege der Eigenreparatur instand zu setzen. Das Wahlrecht des Geschädigten

darf aber für den Schädiger nicht zu Mehrkosten führen. Die Kosten für die Bescheinigung eines Sachverständigen über die durchgeführte Reparatur sind deshalb nach überwiegender Rechtsprechung (z.B. OLG Frankfurt, NZV 2010, 525) nicht erstattungsfähig. Der Kläger hat sich entschieden, fiktiv abzurechnen und sein Fahrzeug selbst zu reparieren. Sofern er es dann für erforderlich hielt, wegen der Eigenreparatur eine Reparaturbestätigung einzuholen, hat er die dadurch entstandenen Kosten selbst verursacht und kann sie mithin nicht auf die Beklagte abwälzen.

Die Auslagenpauschale hat die Beklagte ebenfalls zutreffend abgerechnet. Sie beläuft sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts auf 25,00 EUR, nicht auf 30,00 EUR.

Der Zinsanspruch des Klägers auf die zugesprochenen 20,00 EUR folgt aus § 288 BGB. Allerdings kann er nicht, wie beantragt, Zinsen ab dem 05.12.2014 verlangen. Mit welcher Begründung der Kläger Zinsen ab dem Unfalltag begehrt, ist nicht ersichtlich. Zinsen stehen ihm mithin erst ab Rechtshängigkeit (17.04.2015) zu.

Weitere vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten kann der Kläger ebenfalls nicht ersetzt verlangen. Die Beklagte hat die Rechtsanwaltskosten des Klägers erstattet auf Grundlage eines Gegenstandswertes von bis zu 3.000,00 EUR, und zwar in Höhe einer 1,3-Gebühr nebst Portopauschale und Mehrwertsteuer. Wie bereits dargelegt, belief sich der insgesamt zu ersetzende Schaden auf 2.928,81 EUR. Mithin war nach der Gebührenstufe von bis zu 3.000,00 EUR abzurechnen. Entgegen der Auffassung des Klägers sind die vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren nicht nach einem Gebührensatz von 1,5 zu bemessen. Allein der Umstand, dass die Prozessbevollmächtigten des Klägers fünf Schreiben verfasst haben, rechtfertigt nicht die Überschreitung der Mittelgebühr von 1,3.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 11, 713 ZPO.

Die Berufung war nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 511 Abs. 4 ZPO ersichtlich nicht gegeben sind.

*Freundlicherweise eingereicht von Rechtsanwalt  
Reinhold Gronheid, Ibbenbüren*

## Die Verweisung in eine freie Fachwerkstatt

BGB §§ 249 II 1, 254 II 1

Der Schädiger kann den Geschädigten gem. § 254 II BGB auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne Weiteres zugänglichen „freien Fachwerkstatt“ verweisen, wenn er darlegt und beweist, dass eine Reparatur in dieser Werkstatt vom Qualitätsstandard her der Reparatur in einer markengebundenen Werkstatt entspricht, und wenn er gegebenenfalls vom Geschädigten aufgezeigte Umstände widerlegt, die diesem eine Reparatur außerhalb einer markengebundenen Werkstatt unzumutbar machen würden. Unzumutbar ist eine Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ für den Geschädigten insbesondere dann, wenn sie nur deshalb kostengünstiger ist, weil ihr nicht die (markt-)üblichen Preise dieser Werkstatt, sondern auf vertraglichen Vereinbarungen mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers beruhende Sonderkonditionen zugrunde liegen (Bestätigung von Senat, NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 7).

Der Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer hat darzulegen und zu beweisen, dass die von ihm benannte „freie Fachwerkstatt“ für die Reparaturen am Fahrzeug des Geschädigten ihre (markt-)üblichen, das heißt allen Kunden zugänglichen Preise zugrunde legt (Betätigung von Senat, NJW 2010, 2725 = VersR 2010, 1097 Rn. 9).

Allein der Umstand, dass die fragliche „freie Fachwerkstatt“ mit dem Haftpflichtversicherer in Bezug auf Reparaturen von Kaskoschäden seiner Versicherungsnehmer vertraglich verbunden ist, lässt eine Verweisung auf sie nicht unzumutbar erscheinen.

**BGH, Urteil vom 28.4.2015 – VI ZR 267/14 – (NJW 2015,2110)**

## Das Fahrzeug als Arbeitstier

StVG § 71

1. Ein Schaden ist dann gem. § 7 I StVG „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die vom Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben, das heißt, wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit-)geprägt worden ist. Erforderlich ist stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift schadlos gehalten werden soll, das heißt, die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist.
2. Ein Schaden, der dadurch entsteht, dass ein Grashäcksler durch den Metallzinken, der von einem zuvor auf demsel-

ben Grundstück eingesetzten Kreiselschwader abgefallen war, beschädigt wird, ist nicht der Betriebsgefahr des Traktors zuzurechnen, der den Kreiselschwader gezogen und angetrieben hat.

**BGH, Urteil vom 24.3.2015 – VI ZR 265/14 – (NZV 2015,327)**

## Der Untergang des Fahrzeugs

BGB §§ 346 III 2, 275 I, 285, 320, 348

Der Käufer eines Fahrzeugs, welches er kaskoversichert hat, ist nach Untergang der Sache zur Herausgabe einer verbleibenden Bereicherung im Sinne des § 346 III 2 BGB nur insoweit verpflichtet, als er etwas erlangt hat, was er herausgeben könnte. Dies ist bei einer vom Kaskoversicherer verweigerten Genehmigung der Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung der Versicherungsleistung an den Verkäufer nicht der Fall.

**BGH, Urteil vom 25.3.2015 – VIII ZR 38/14 – (NZV 2015,333)**

## Der Sachverständige im Sinne der A.2.18 AKB

Ein Mitarbeiter einer Partei ist kein Sachverständiger im Rahmen des Sachverständigenverfahrens nach A.2.18 AKB

**BGH, Urteil vom 10.12.2014 – IV ZR 281/14 – (VRS 128,15)**

## Unwirksame Haftungsfreizeichnung beim Gebrauchtwagenkauf

BGB §§ 309 Nr. 7 Buchst. a, b, 284, 305 I, 307 I, II, 323 I, 346 I, 437 Nr. 2, 3, 444

Eine umfassende Freizeichnung in AGB (hier: eines Gebrauchtwagenkaufvertrags), nach der die Haftung des Klauselverwenders auch für Körper- und Gesundheitsschäden sowie für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden ausgeschlossen ist, hält einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 309 Nr. 7 Buchst. a) und b) BGB nicht stand (im Anschluss an Senat, BGHZ 170, 67 = NJW 2007, 759; BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774).

**BGH, Urteil vom 4.2.2015 – VIII ZR 26/14 – (NZV 2015,294)**

## Zwangsmediation beim Rechtsschutzversicherer

BGB § 307, UKlaG § 7; VVG §§ 125, 127

Eine Bedingung in der Rechtsschutzvers., nach der die Übernahme anwaltlicher Beratungskosten von der vorherigen Durchführung eines Mediationsversuchs abhängig ist, benachteiligt den VN unangemessen. Auch wenn der Rechtsschutzversicherer sich die Auswahl des Mediators vorbehält, wird hierdurch die freie Anwaltswahl nicht beeinträchtigt.

**OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 9.4.2015 – 6 U 110/14 – (r+s 2015, 351)**

## Die Verständigung bei Totaleinstellung

OWiG §§ 46 Abs. 1, 78 Abs. 2; StPO §§ 212, 243 Abs. 4 S 1

Werden im Vorfeld zur Hauptverhandlung im Bußgeldverfahren Gespräche über eine Totaleinstellung des Verfahrens nach § 47 Abs. 2 OWiG geführt, erweisen sich diese nicht als mitteilungspflichtige verständigungsbezogene Erörterungen, wenn nur eine Tat im prozessualen Sinne und ein einziger hierdurch verwirklichter Bußgeldtatbestand in Rede stehen.

**Hans. OLG Hamburg, Beschluss vom 27.3.2015 – 1 RB 58/14 – (VRS Bd. 128,134)**

## Die Handlung im Rechtssinne

BGB §§ 254 Abs. 1, 276 Abs. 2; StVO §§ 1 Abs. 2, 25 Abs. 1

Wenn eine Fußgängerin, die plötzlich und unerwartet durch einen Hund erschreckt wird, in einem „Reflex“ einen Schritt zur Seite macht und dabei in die Fahrbahn eines herannahenden Fahrzeugs tritt, liegt in der Regel eine Handlung im Rechtssinne vor, da auch ein „automatisiertes“ menschliches Verhalten grundsätzlich einer möglichen Bewusstseinskontrolle und Willenssteuerung unterliegt. Bei einer Schreckreaktion in einer plötzlichen Gefahrensituation kann es jedoch an einem Verschulden der Fußgängerin auch dann fehlen, wenn die konkrete Handlung – Schritt zur Seite – zur Abwendung der Gefahr objektiv nicht notwendig war.

**OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.1.2015 – 9 U 9/14 – (VRS Bd. 128,113)**

## Die Ausfahrt aus der Waschbox

Derjenige, der eine schlechte Sicht hat, muss im Straßenverkehr Vorsicht walten lassen. Er muss sich „eintasten“, also sehr langsam („zentimeterweise“, unter Schrittgeschwindigkeit“) stets bremsbereit einfahren und bei gegebenem Anlass sofort bremsen.

**OLG München, Endurteil vom 3.7.2015 – 10 U 642/15 – (BeckRS 2015, 12042)**

## Der Fußgänger trifft die Straßenbahn

Gegenüber einem die Schienen unachtsam überquerenden Fußgänger tritt die Betriebsgefahr der Straßenbahn nicht in jedem Fall vollständig hinter dem erheblichen Verschulden des Fußgängers zurück.

**OLG Saarbrücken, Urteil vom 16.4.2015 – 4 U 15/14 – (BeckRS 2015, 08629)**

## Die Internetrecherche

StVZO § 31 a

Die Ermittlungsbehörden sind nicht verpflichtet, ohne einen Hinweis des Fahrzeughalters auf eine konkrete Internetseite oder das Vorliegen anderer Anhaltspunkte, dass eine Suche im Internet erfolversprechend sein könnte, im Internet nach Lichtbildern der in Betracht kommenden Fahrzeugführer zu recherchieren, selbst wenn es sich beim Fahrzeughalter um eine Firma handelt.

**VGH Bayern, Beschluss vom 16.04.2015 – 11 ZB 15.171 – (VRS 128,15)**

## Der Entzug der Fahrerlaubnis nach dem Fahreignungsbewertungssystem

StVG §§ 4 II 3, III, V, 65 III Nr. 3

Es ist offen und in einem Hauptsacheverfahren klärungsbedürftig, ob die Neuregelung des § 4 III StVG n.F. über die Löschung von Punkten bei Erteilung einer Fahrerlaubnis auch dann gilt, wenn die Fahrerlaubnis vor dem Inkrafttreten der Neuregelung (1.5.2014) erteilt worden ist, und ob das Tattagprinzip bei Zuwiderhandlungen vor dem 1.5.2014 zumindest dann im Verhältnis zur Übergangsvorschrift des § 65 III Nr. 3 StVG n.F. vorrangig zu berücksichtigen ist, wenn das dort vorgesehene Abstellen auf den späteren Zeitpunkt der Eintragung im Fahreignungsregister zu Lasten des Betroffenen zu einer Punkteerhöhung führen würde. Die gesetzgeberische Wertung, dass die Erteilung einer Fahrerlaubnis eine die Löschung bis dahin angefallener Punkte rechtfertigende positive Eignungsbeurteilung enthält, ist jedenfalls bei der Beurteilung des Gefährdungspotenzials im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

**VGH Mannheim, Beschluss vom 31.3.2015 – 10 S 2417/14 – (NJW 2015,2134)**

## Die Gefährdungslage beim qualifizierten Rotlichtverstoß

StVO §§ 37 Abs. 2, 49 Abs. 3; BKatV §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1

Die Annahme eines vorsätzlichen Rotlichtverstoßes erfordert notwendige Angaben zur Geschwindigkeit des Betr., mit der er sich der Lichtzeichenanlage näherte, und zur Entfernung zur Haltelinie, von wo aus er das dem Rotlicht vorausgehende Gelblicht bemerkt hat.

Ist der Betr. nicht mit überhöhter, sondern eher mit einer geringen Geschwindigkeit (der Sachverständige ist in dem zu entscheidenden Fall von einer mittleren Geschwindigkeit von nur 16,8 km/h ausgegangen) in den geschützten Bereich eingefahren und gab es keinen Fußgänger- und Fahrradverkehr (im zu entscheidenden Falle handelte es sich um eine Autobahnzufahrt ohne den typischen Kfz-Querverkehr), fehlt es an der besonderen Gefährdungslage, die bei einem qualifizierten Rotlichtverstoß üblicherweise das Verhängen eines Fahrverbotes erforderlich macht. Wenn aber aus diesem Grunde ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme eines „atypischen Rotlichtverstoßes“ vorliegen, ist der Tatrichter nicht von der Prüfung entbunden, ob die Regelsanktion eines Fahrverbotes ausnahmsweise unangemessen erscheint.

**KG Berlin, Beschluss vom 17.2.2015 – 3 Ws (B) 24/15 – (VRS Bd. 128,142)**

## HWS-Distorsion beim Seitenaufprall

BGB §§ 249, 253 II; StVG §§ 7, 17; ZPO §§ 286, 287

Auch bei einer nur sehr geringen Geschwindigkeitsänderung von etwa 7 km/h kann bei einem Seitenaufprall eine HWS-Distorsion als erwiesen angesehen werden, wenn der Verletzte die Beschwerden glaubhaft geschildert, die erstbehandelnde Ärztin einen Muskelhartspann mit Druckschmerz und eine Steilstellung der Halswirbelsäule diagnostiziert und der medizinische Gutachter nach Auswertung der Umstände den typischen Befund einer leichten bis mittelschweren HWS-Distorsion vorgefunden hat.

**LG Koblenz, Urteil vom 9.12.2014 – 6 S 274/14 – (NZV 2015,302)**

## AnwaltFormulare Versicherungsrecht

Muster – Erläuterungen – Checklisten

von Dr. Hubert W. van Bühren /  
André Naumann



Deutscher Anwaltverlag, 1. Auflage 2015, 584 Seiten, gebunden 79,00 €, ISBN: 978-3-8240-1344-9

Aus der Praxis – für die Praxis. Ein neues Werk insbesondere für Junganwälte und die, die es werden wollen.

Schon die Liste der Autoren spricht hier für sich. Ausschließlich Rechtsanwälte und Fachanwälte für Versicherungsrecht haben hier in der Erstauflage ihr gesammeltes praktisches Wissen zusammengefasst, welches sie quer durch die Republik sammeln konnten. Die gebundene Ausgabe zeugt von hoher Qualität. Die 584 Seiten sind noch kompakt genug, um nicht gleich erschlagen zu werden. Allein der Blick in das Inhaltsverzeichnis lässt erahnen, welch

umfassendes Spektrum hier für einen vergleichsweise niedrigen Preis angeboten wird.

Bei intensiverer Lektüre der einzelnen Bereiche fällt dem Leser/der Leserin auf, dass der Rechtssuchende hier an der Hand geführt wird, ohne bevormundet zu werden. Von der Mandatsvorbereitung über die Vollmacht, die Schadensmeldung und die Deckungsanfrage bis zur Klage und Klageerwiderung werden die Grundzüge des Versicherungsrechts aufgezeigt und regelmäßig mit Beispielen veranschaulicht. Somit ist eine umfassende Mandatsbetreuung auch für den nicht versierten „Versicherungsrechtler“ gegeben. Eine gute und verständliche Aufteilung hilft, den passenden der vielfältigen Versicherungszweige schnell auffindig zu machen. Selbst die wichtigsten Gesetze, wie VAG, VVG, PflVG, AVB etc., werden kurz angesprochen, um hier etwaigen Pflichten und gesetzlichen Obliegenheiten nachkommen zu können. Für Abwechslung sorgen Schaubilder, Tabellen und Checklisten, welche eine schnelle Auffassung der einzelnen Methoden erleichtern. Einzig der sparsame Umgang mit Fußnoten birgt Verbesserungspotenzial für die nachfolgende Auflage. Hier könnten die rechtlichen Aspekte noch etwas mehr durch höchstrichterliche Rechtsprechung untermauert werden, um einen weiteren Blick in einen Kommentar vermeiden zu können. Dabei würde es sich anbieten, die Urteile durchgängig mit Datum und Aktenzeichen zu zitieren. Dies erleichtert die Suche über das Internet, denn der Bestand an Zeitschriften dürfte in den meisten Kanzleien wohl nicht ausreichen, um alle Fundstellen zu lokalisieren.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das hier besprochene Werk ideal für alle Berufseinsteiger und Junganwälte geeignet ist, da für jedwede Situation in den meisten Versicherungsbereichen Hilfestellung in ausreichendem Maße gewährt wird. Auch bei Unternehmensjuristen in Versicherungsgesellschaften ist dieses Werk gut aufgehoben, da auch deren Sichtweise nicht außen vor bleibt. Die mitgelieferte CD stellt alle Muster und Formulare auch digital für die Textverarbeitung zur Verfügung. Insofern man Formularbücher als geeignet empfindet, ist dieses Werk eine sinnvolle Ergänzung der schon vorhandenen Bibliothek.

In der Reihe der praxistauglichen NomosKommentare wurde das Standardwerk zur ZPO erneut, nunmehr in der sechsten Auflage, präsentiert.

Er offeriert sich abermals in der gewohnten kompakten Art, wie es die Nutzer der Voraufgaben gewohnt sind, liegt gut in der Hand und darf in keiner praktisch orientierten juristischen Bibliothek fehlen.

Die Aktualisierungen der neuen Auflage erfassen alle Bereiche sowie die einschlägigen EU-Verordnungen, welche immer mehr an Bedeutung gewinnen.

Leicht und verständlich vermittelt er insbesondere dem Junganwalt oder Richter Basics, welche den Einstieg in das Berufsleben erleichtern. So verwenden die Autoren Abkürzungen äußerst sparsam, sodass das Lesen der manchmal recht trockenen Materie keine allzu große „Blätterarbeit“ verursacht. Gleichwohl muss festgestellt werden, dass er nicht so weit ins Detail geht wie andere einschlägige Werke und daher für die wissenschaftliche Arbeit nicht unbedingt geeignet ist. Das muss er als Handkommentar jedoch auch gar nicht. Für den Praktiker vor Ort reicht in den meisten Fällen die obergerichtliche Rechtsprechung, welche ausreichend dargestellt wird. Hinzu kommt, dass die Wortwahl leicht und verständlich ist, was zu einer schnelleren Auffassung und damit einhergehenden Lösung des Problems führt. Dem Leser werden die in der Praxis wichtigsten Problemstellungen mundgerecht und leicht verdaulich serviert. Eine strikte Gliederung, hervorgehobene Überschriften und fettgedruckte wichtige Schlagworte fördern das Lesevergnügen.

Außergewöhnlich für einen Kommentar, aber für die Praxis ungemein von Vorteil, werden nicht nur Anträge und Tenorierungen vorgeschlagen, sondern zusätzlich Formeln aufgestellt, welche bei der Berechnung z. Bsp. der Sicherheit bei einer Teilvollstreckung gem. § 752 ZPO helfen. Ebenso ist im Anhang II zu § 1078 ZPO der Pkh-Antrag vollständig abgedruckt, sodass sich insbesondere unerfahrene Anwälte vorab ein Bild machen können, welche Daten hier relevant sind.

Wohl aufgrund der doch überschaubaren Anzahl von Bearbeitern liest sich das mehr als 3.000 Seiten umfassende Werk wie aus einem Guss.

Insofern der Käufer die praktische Ausrichtung des Werkes weiß und akzeptiert, kann er mit überschaubar geringem finanziellem Aufwand ein tolles Buch ohne viel Brimborium erwerben. Als sinnvolle Ergänzung empfiehlt es sich, das passende Prozessformularbuch zur ZPO anzuschaffen.

## Handkommentar ZPO



**Familienverfahren –  
Gerichtsverfassung –  
Europäisches Verfahrensrecht**

von Prof. Dr. Ingo Saenger

NOMOS Verlagsgesellschaft,  
6. Auflage 2015, 3.488  
Seiten, gebunden 98,00 €,  
ISBN: 978-3-8487-1798-9

ACE-Verkehrsrechtstag 2015

## Drei Mal die richtige Wahl getroffen



„Ich war von den vielen Fragen der Teilnehmer angetan ...“, so fasste **Professor Karl Maier** seine Eindrücke von der lebhaften Diskussion zusammen, die er Ende Juni

beim 7. ACE-Verkehrsrechtstag in Karlsruhe sammeln konnte. Maier ist Dozent am Institut für Versicherungswesen an der Fachhochschule Köln und hat vier Stunden zu aktuellen versicherungsrechtlichen Brennpunkten im Verkehrsrecht und über neue Versicherungsprodukte in der Kaskoversicherung gesprochen. Themen, die eher trocken zu sein scheinen. Aber die Vertrauensanwälte lauschten gespannt und hatten viele Fragen. Und deshalb konnte das Orga-Team des Club-Services nach dem ersten Referenten feststellen: Dieser Referent – gesponsert von der Advocard – war schon mal die erste richtige Wahl. Und es sollte auch so weitergehen.

**Rechtsanwalt Elmar Fuchs**, Geschäftsführer des Bundesverbandes der freiberuflichen und unabhängigen Sachverständigen für das Kraftfahrzeugwesen, unterhielt mit



einem fachlich tiefschürfenden und dennoch launigen Vortrag über die aktuelle Entwicklung in der Unfallschadenregulierung.



Und last, but not least hatte **Dr. Benjamin Krenberger**, Richter am Amtsgericht Landstuhl, am Samstag die schwere Aufgabe, nach dem Mittagessen alle Teilnehmer aus ih-



*Diese sechs haben sich bei einem ACE-Verkehrsrechtstag kennengelernt und kommen seitdem immer wieder gern zusammen.*

rer Entspannungs-Phase zu holen. Bei einem so „viel“-sagenden Thema wie „Grundlagen und Aktuelles aus dem Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht“ – gar nicht so einfach – dachten wir. Falsch gedacht. Auch er war ein exzellenter Unterhalter, der die Vertrauensanwälte bis zum Schluss mitnahm, der viele Fragen stellte und sie auch beantwortet bekam und der auch viel erklären musste.

### Unsere Bauchschmerzen zuvor

Zehn Stunden Weiterbildung für Fachanwälte für Verkehrsrecht – sie gingen 2015 vorbei wie im Flug. Und unsere Bauchschmerzen, die wir zuvor hatten, auch. Denn bevor ein ACE-Verkehrsrechtstag beginnt, steht das Orga-Team des Club-Services immer vor einigen Unbekannten: Haben wir die richtigen Themen gewählt? Können die Referenten gut unterhalten oder sind sie zwar in ihrem Fach spitze, vermitteln können

sie ihr Wissen aber nur trocken? Kommt die Location an? Fragen über Fragen, die uns erst mit Eröffnung des Verkehrsrechtstages sukzessive beantwortet werden.

Wir sind keine Fachleute auf dem Gebiet des Verkehrsrechts, kennen die Besten in der Branche nicht – aber wir haben gute Unterstützer, die mit zahlreichen Ideen und Engagement – und letztlich auch mit finanzieller Unterstützung – immer an unserer Seite sind: Udo Henke von der Advocard und Frank Michel vom Nomos Verlag. Sowie die Vertrauensanwälte Peter Lihs aus Nürnberg und Michael Kringe aus dem Siegerland. Allen vier sei an dieser Stelle unser ganz herzlicher Dank dafür gesagt, dass wir in 2015 wieder drei Mal die richtige Wahl getroffen haben. Und wir sind sicher: Auch in 2016 gelingt uns das gemeinsam wieder. Am 24./25. Juni 2016 in Dresden. [martina.mohr@ace-online.de](mailto:martina.mohr@ace-online.de)