

Rechtlich interessante Fälle aus der Praxis:

1. Handy am Steuer, oder doch besser: Hände am Steuer? (S. 2)
2. Ist ein bei **ebay** eingestelltes Angebot immer verbindlich? (S. 5)
3. **ebay** - Was bedeutet die unter Privatleuten getroffene Vereinbarung „versicherter Versand“ ? (S. 7)
4. Autokauf vom Händler: Wer wird Vertragspartner? (Bedeutung des Gewerregisters) (S. 9)
5. Wie lange dauert ein Fahrverbot? Verkürzung der Frist? (S. 12)
6. Besteht ein Zurückbehaltungsrecht an Haustieren? Oder wartet der Staatsanwalt? (S. 13)
7. Ist die fristlose Kündigung eines Fitnessvertrages aus wichtigem Grund, z. B. wegen einer Erkrankung, zulässig? (Teil I - S. 15)
8. Ich bin ja versichert! Auch gegen die eigene Versicherung? (S. 18)
9. Ein Joint zu viel? - § 24a Abs. 2 StVG (S. 22)
10. Ist *das* eine Verkehrsunfallflucht? (S. 25)
11. Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (der sog. 111a- Beschluss) (S. 27)
12. Rücktritt vom Pkw-Kaufvertrag - Wann ist ein Mangel erheblich? (S. 28)
13. Alkohol und/oder Fahrerlaubnis? (S. 30)
14. Ist die fristlose Kündigung eines Fitnessvertrages aus wichtigen Grund zulässig? (Teil II - S. 31)

1 . Handy am Steuer, oder besser: Hände am Steuer?

Schon vor der Einführung des bedingten Handynutzungsverbot am Steuer eines Kraftfahrzeuges galt, dass jede Teilnahme am Straßenverkehr ständige Vorsicht erfordert (§ 1 Abs.1 StVO = Straßenverkehrsordnung) und dass kein anderer Verkehrsteilnehmer gefährdet werden darf (Abs. 2).

Diese Grundregeln werden u. a. in der StVO in weiteren Paragraphen konkretisiert. So in **§ 23 StVO - Sonstige Pflichten von Fahrzeugführenden**.

Danach ist es z. B. verboten, seine Sicht oder sein Gehör durch u. a. „Geräte“ (s. dazu unten) zu beeinträchtigen, wozu auch das Hören von lauter Musik gehört.

Durch die 33. Änderungs-VO zur StVO im Jahre 2000 (eine Verfassungsbeschwerde gegen die Anwendung dieser Norm hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, Beschluss vom 18.4.08, BvR 525/08) wurde dann die Benutzung von Mobil- und Autotelefonen unter bestimmten Bedingungen verboten:

Dem Fahrzeugführer wurde die Benutzung eines Mobil- oder Autotelefon untersagt, wenn er hierfür das Mobiltelefon oder den Hörer des Autotelefon aufnehmen musste oder in den Händen hält.

Dem folgend liegt kein Verstoß vor, wenn der Fahrzeugführer über eine Freisprecheinrichtung verfügt, über die das Gespräch geführt wird, weil er in diesem Fall das Mobiltelefon nicht in der Hand halten muss (vgl. OLG Stuttgart DAR 2016, 406).

Diese Verordnung gilt für „Fahrzeugführer“. Da in Abs. 1 sowohl von „Fahrzeugen“ als auch von „Kraftfahrzeugen“ gesprochen wird, sind damit

auch Radfahrer betroffen. Fahrräder dienen der rollenden Fortbewegung und gelten damit als Fahrzeuge i. S. der StVO.

Das Handy-Nutzungsverbot gilt nach einer Entscheidung des OLG Bamberg (NJW 2009, 2393) auch für den beifahrenden Fahrlehrer während der Fahrschulübungsfahrt, da dieser während dieser Zeit als Fahrzeugführer gilt.

Diese Entscheidung ist nunmehr durch die entgegengesetzte Ansicht des BGH (St 59,311) überholt.

Aufgrund von vielzähligen Verstößen gegen diese Regeln und die Weiterentwicklung der Technik, hat der Ordnungsgeber mit Wirkung ab dem **19. Oktober 2017** diese Regeln teilweise neu gefasst bzw. präzisiert und dabei zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung (etwa zum Halt an roten Ampeln unter Benutzung der sog. Start-Stop-Automatik) mit berücksichtigt.

§ 23 Abs. **1a** StVO lautet nunmehr wie folgt:

Wer ein Fahrzeug führt, darf ein elektronisches Gerät, das der Kommunikation, Information oder Organisation dient oder zu dienen bestimmt ist, nur benutzen, wenn

hierfür das Gerät weder aufgenommen noch gehalten wird und

entweder

a) nur eine Sprachsteuerung und Vorlesefunktion genutzt wird oder

b) zur Bedienung und Nutzung des Gerätes nur eine kurze, den

Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen angepasste Blickzuwendung zum Gerät bei gleichzeitig entsprechender Blickabwendung vom Verkehrsgeschehen erfolgt oder erforderlich ist.

Geräte im Sinne des Satzes 1 sind auch Geräte der Unterhaltungselektronik oder Geräte zur Ortsbestimmung, insbesondere Mobiltelefone oder Autotelefone, Berührungsbildschirme, tragbare Flachrechner, Navigationsgeräte, Fernseher oder Abspielgeräte mit Videofunktion oder Audiorekorder. Handelt es sich bei dem Gerät im Sinne des Satzes 1, auch in Verbindung mit Satz 2, um ein auf dem Kopf getragenes visuelles Ausgabegerät, insbesondere eine Videobrille, darf dieses nicht benutzt werden. Verfügt das Gerät im Sinne des Satzes auch in Verbindung mit Satz 2, über eine Sichtfeldprojektion, darf diese für fahrzeugbezogene, verkehrszeichenbezogene, fahrtbezogene oder fahrtbegleitende Informationen benutzt werden. Absatz 1c und § 1b des Straßenverkehrsgesetzes bleiben unberührt.

Welche Konsequenzen hat ein Verstoß?

Die angedrohten Bußgelder im sog. Bußgeldkatalog wurden erhöht, für den Kraftfahrer bei verbotswidriger Benutzung des Handys von 60,00 auf **100,00 €** (1Punkt). Bei zusätzlicher Gefährdung bzw. Unfallverursachung wird es teuer: **150,00** bzw. **200,00 €**, nunmehr 2 Punkte in Flensburg u n d jeweils **einen Monat Fahrverbot** werden fällig.

Zudem kann es im Falle eines Unfalles auch zivilrechtlich zu haftungsrechtlichen

Konsequenzen kommen (z.B. Mithaftung des Vorfahrtsberechtigten in Höhe von 20 %, der versucht hat, mit Mobiltelefon ohne Freisprecheinrichtung zu telefonieren, OLG Köln SP 02, 263). Zudem droht die Kürzung des Kasko-Versicherungsschutzes (§ 81 Abs. 2 VVG nF).

Dann doch lieber Hände am Steuer!

2. Ist ein bei ebay eingestelltes Angebot immer verbindlich ?

Das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg in Berlin - 15 C 221/07 - hatte folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

Die Beklagte hatte im Rahmen einer privaten ebay-Auktion einen 15 Jahre alten Autotransportanhänger zum Verkauf angeboten. Zu diesem Angebot fand sich folgender Text:

„Zwischenverkauf vorbehalten. ...bieten Sie nur, wenn Sie mit den hier aufgeführten Klauseln einverstanden sind.“

Hintergrund dieser Einschränkung durch die Beklagte war, dass sie den Anhänger gleichzeitig über die Internetplattform „Auto-Scout 24“ zum Verkauf anbot. Tatsächlich wurde sie sich auch mit einem Interessenten, der ihr Angebot dort gesehen hatte einig und verkaufte den Anhänger an diesen für 1.100,00 €. Sie bat daraufhin ihren Lebensgefährten, ihr Angebot bei ebay wegen dieses Zwischenverkaufes zurück zu nehmen. Dieser klickte dann fälschlich einen Button an, mit dem die Auktion zwar auch vorfristig, aber mit dem Abschluss eines Verkaufes endete. Zu diesem Zeitpunkt - die Auktion hätte bei regulärem Lauf noch drei Tage gedauert - gab es mehrere Gebote. Das Höchstgebot mit 560,00 € stammte vom Kläger. Der Lebensgefährte bemerkte seinen Irrtum und erzählte dies der Beklagten. Diese schrieb dann dem Kläger sofort folgende E-Mail:

„Lieber Erwerber,

wie in meinem Auktionstext beschrieben (Zwischenverkauf vorbehalten) wurde der Anhänger gestern verkauft. Vielen Dank für Dein Angebot. Leider ist bei der Beendigung

der Auktion ein Fehler aufgetreten, so dass Du als Erwerber benachrichtigt wirst. Dem ist aber nicht so, also bitte die Kaufoption nicht nutzen, da das Angebot hinfällig ist.

Mit freundlichen Grüßen... ."

Ungeachtet dessen forderte der Kläger über seinen Anwalt zunächst außergerichtlich und dann mit seiner Klage von der Beklagten Schadensersatz - die Beklagte konnte den Anhänger ja nun nicht mehr liefern - den er wie folgt berechnete:

Vom Kläger behaupteter Wert des Anhängers 2.000,00 € minus erspartem Auktionspreis von 560,00 € = *Klageforderung 1.440,00 €.*

Die Beklagte bestritt nicht nur ihre Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz an den Kläger, sondern auch und den vom diesem behaupteten Wert des Anhängers.

Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von *ebay*, denen sich alle Nutzer der Plattform unterwerfen müssen, ist die Abgabe eines Angebotes verbindlich und kann nur in Ausnahmefällen rückgängig gemacht werden (§§ 9 Nr. 11, 10 Nr. 1). Eine der dort benannten Ausnahmen lag hier nicht vor. *ebay* ist natürlich daran interessiert, dass die eingestellten Sachen nicht woanders verkauft werden.

Danach wäre also auf den ersten Blick eine Rücknahme des Angebotes nicht möglich und die Beklagte schadensersatzpflichtig.

In diese Richtung gehen auch die Urteile des Landgerichts Berlin (NJW 2004, 2831) und des Kammergerichts Berlin (NJW 2005,1053), welches die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts mit Beschluss wegen mangelnder Erfolgsaussicht zurück gewiesen hat.

Beide Gerichte betonen, dass ein solches Verkaufsangebot verbindlich sei. Sie entnehmen dies bereits den allgemeinen Regeln des BGB. Zudem sei eine solche Verbindlichkeit durch die *ebay*-AGB für jedermann erkennbar nochmals klargestellt worden. Ein Anbieter könne sich somit allenfalls durch eine Anfechtung seiner Willenserklärung vom Verträge lösen, wenn er denn einen Anfechtungsgrund hätte. Andernfalls sei ja jeder Bieter der Willkür des Anbieters ausgesetzt (in diesem Sinne auch das OLG Oldenburg, Urteil v. 28.07.2005 - 8 U 93/05).

Auf diese Rechtsprechung hat sich der Kläger dann im Verfahren auch berufen. Ungeachtet dessen hat das Amtsgericht die Klage abgewiesen: Zum einen habe die Beklagte ihr Angebot in zulässiger Weise unter eine Bedingung gestellt, die dann eingetreten sei. Auch wenn sie mit dieser Bedingung gegen die Nutzungsregeln von *ebay* verstoßen haben sollte, so sei die

Bedingung im Verhältnis zum Bieter aber wirksam geblieben. Die Bedingung sei schließlich auch vom Wortlaut her klar und eindeutig. Der Kläger wusste somit, worauf er sich beim Bieten eingelassen habe. Diese von ihm hingenommene Einschränkung war nicht willkürlich und unangemessen. Zum anderen sei in ihrer E-Mail eine wirksame Anfechtungserklärung zu sehen. Ein Anfechtungsgrund läge zudem vor.

Damit liegt dieses Urteil auf der Linie der Entscheidung des LG Darmstadt (Urt. v. 24.01.2002 - 3 O 289/01). Auch dieses geht davon aus, dass der Verstoß gegen Auktionsbestimmungen keinen Einfluss auf das Rechtsverhältnis zwischen Anbieter und Bieter, sondern lediglich auf das Verhältnis zwischen *ebay* und Bieter hat. Der Anschein eines verbindlichen Angebotes könne somit durch entsprechend klare die Verbindlichkeit ausschließende Gestaltungen ausgeschlossen werden (dort wollte ein Anbieter zunächst nur eine unverbindliche Umfrage starten, um die Möglichkeiten eines noch nicht entschiedenen Verkaufes auszuloten).

Der Kläger legte gegen das amtsgerichtliche Urteil Berufung ein. Diese Berufung hat das Landgericht Berlin - 52 S 135/07- gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Anders als das Amtsgericht geht dieses aber davon aus, dass der Vertrag zwischen den Parteien zunächst zu Stande gekommen war. Die Vereinbarung „Zwischenverkauf vorbehalten“ könne möglicherweise eine Rechtfertigung sein, um vor Vertragsschluss sich einseitig von dem Angebot zu lösen, jedoch nicht Rechtfertigung dafür sein, einen geschlossenen Vertrag nicht zu erfüllen. Allerdings läge in der fraglich E-mail eine ausreichende Anfechtungserklärung der Beklagten vor. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 122 BGB komme nicht in Betracht, da dieser für einen allein geltend zu machenden Vertrauensschaden nicht dargelegt habe, dass ihm wegen des Zuschlages ein anderes Geschäft entgangen sei.

3. ebay - Was bedeutet die unter Privatleuten getroffene Vereinbarung „versicherter Versand“?

Das - nicht gewerbliche - *ebay* Angebot lautete:

Eine gebrauchte TV-Karte für den PC, Hersteller/Typ. Versandkosten: „ **EUR 6,90 versicherter Versand**“. Der Kläger erwarb diese Karte und überwies dem Anbieter den Versteigerungspreis von 40,00 € sowie die geforderten 6,90 € Versandkosten und wartete auf die Lieferung, die dann nie ankam.

Nachfolgende E-Mail Kontakte ergaben: Der Verkäufer hatte die Karte nur mit einfachem Brief an den Käufer versandt. Er konnte aber eine Bestätigung des DPD- Zustellers über den Einwurf der Postsendung in den Briefkasten des Käufers vorlegen.

In dem nachfolgenden Zivilprozess vor dem Amtsgericht München (251 C 17243/05) trug der auf Rückzahlung des Kaufpreises und der Versandkosten verklagte Verkäufer/Beklagte vor, mit der Übergabe der Ware an die Fa. DPD alles Erforderliche getan zu haben. Schließlich habe diese ja nachweislich die Karte auch in die Sphäre des Klägers (Briefkasten) gebracht. Mehr schulde er nicht.

Der Kläger - der den Einwurf in den Briefkasten nicht konkret bestreiten konnte, da eine solche Karte der Größe nach dort gerade noch herein passen würde - ist der Ansicht, dass allein ein Einwurf in den Briefkasten nicht ausreiche. Der vereinbarte „**versicherter Versand**“ bedeute nämlich, dass der Verkäufer mehr schulde: Dessen Verpflichtung aus dem Kaufvertrag sei erst dann erfüllt, wenn der Käufer die Karte persönlich, quasi in die Hand geliefert bekommen hätte. Da dies nicht geschehen sei, habe der Beklagte das Geschäft nicht erfüllt bzw. den Verlust der Karte zu vertreten.

Dies ergäbe sich aus folgenden Gesichtspunkten: Der sog. „versicherte Versand“ sei ausdrücklich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Zustellfirmen, etwa der Deutschen Post (Nr. 4 Abs. 3, 4 AGB/Post) oder gleich lautend in den AGB der Fa. DPD geregelt. Danach erfolge für den erhöhten Betrag von 6,90 € - also genau dem vereinbarten - eine Zustellung und Aushändigung nur an den Empfänger persönlich oder an eine von diesem bevollmächtigte Person. Da der hiesige Verkäufer schon länger Mitglied bei *ebay* sei, müsse davon ausgegangen werden, dass er dies auch wisse. Die dann folgende Vereinbarung eines „versicherten Versandes“ stelle somit auch aus Sicht des Verkäufers die Vereinbarung einer Bringschuld dar. Zwar hatte der Bundesgerichtshof (in NJW 2003, 3341) entschieden, dass im Versandhandel regelmäßig nur von einer Schickschuld auszugehen sei, doch einfache Absprachen einer Bringschuld als möglich und ausreichend angesehen.

Schließlich, so der Kläger weiter, habe er auch ganz bewusst mehr für den Versand bezahlt, um den Erhalt der Ware sicher zu stellen. Der Briefkasten sei sehr unsicher und für wertvolle Lieferungen eben nicht geeignet.

Das Amtsgericht München hat mit seinem Urteil vom 12.07.2005 die Klage jedoch abgewiesen:

Eine über den Einwurf der Karte in den Briefkasten des Klägers hinausgehende Verpflichtung treffe den Beklagten nicht. Die Vereinbarung „versicherter Versand“ könne nicht so weit

ausgelegt werden, dass damit gemeint sei, dass die Sache per Paket persönlich zu übergeben sei. Diese Auslegung ginge weit über den Wortlaut der Vereinbarung hinaus. Der Beklagte habe damit seine Verpflichtung aus dem Vertrag erfüllt und den Verlust der Karte nicht zu vertreten.

4. Autokauf vom Händler: Wer wird Vertragspartner? (Bedeutung des Gewerberegisters)

In einem (Kostenschluss-)Urteil des Amtsgerichts Berlin-Wedding vom 10.04.2005 (4 C 42/2004) ging es um die Frage, wer Vertragspartner des Klägers geworden war und welche Bedeutung dabei die Eintragung der Beklagten im Gewerberegister als Inhaberin hat.

Der Kläger war auf der Suche nach einem gebrauchten Pkw an einen dubiosen Händler geraten. Nach dem Abschluss des Vertrages weigerte sich dieser, dem Kläger eine Abschrift des Kaufvertrages auszuhändigen. Der Kläger nahm somit die im Gewerberegister als Inhaberin des Auto-Centers eingetragene Beklagte auf Gewährung einer Einsichtnahme in den Kaufvertrag gemäß §§ 810, 811 BGB in Anspruch. Die Beklagte berief sich jedoch darauf, nur Strohfrau zu sein. Eigentlicher Inhaber sei der X. Diesem sollten auch alle Pkw gehören. Dieser wurde daraufhin vom Kläger als Gesamtschuldner mitverklagt. Nachdem die Beklagte an Eides Statt erklärt hatte, nicht im Besitz des Kaufvertrages zu sein und der Beklagte sich nicht zur Sache gemeldet und verteidigt hatte, erklärten der Kläger und die Beklagte den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Im Übrigen beantragten beide, der jeweils anderen Seite die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Gegen den Beklagten erging das beantragte Versäumnisurteil.

In seinem Kostenurteil gemäß § 91a ZPO hatte das Gericht zunächst keinen Zweifel daran, dass der Kläger das von ihm geltend gemachte Einsichtsrecht in den Kaufvertrag habe. Die Überbürdung der gesamten Gerichtskosten sowie der außergerichtlichen Kosten (im Wesentlichen Anwaltskosten) auf die Beklagten begründete das Amtsgericht dann wie folgt:

„Soweit die Beklagte zu 1. ihre Passivlegitimation bestreitet, ist ihr Vorbringen unbegründet. Zwischen ihr und dem Kläger ist ein gegenseitiger Kaufvertrag (§ 433 BGB) geschlossen worden. Für den Vertragsabschluss ist es auf der Seite des Klägers unschädlich, dass er sich dabei keine konkreten Vorstellungen über die Person seines Kontrahenten machte. Er wollte mit einem Anderen Geschäftsbeziehungen aufnehmen. Dabei kam es ihm auf die Person an sich nicht an. Genügend für ihn im Besonderen, wie auch für den Rechtsverkehr im

Allgemeines war, dass sein Vertragspartner ausreichend bestimmt war. Diese Bestimmtheit war gegeben. Der Kläger wollte das Fahrzeug von dem Inhaber des Betriebes X erwerben; dieser Betrieb ist per Stempel als Händler in der Garantievereinbarung vom 10.08.2003 genannt. Die Erklärung aber, mit dem Inhaber eines näher bezeichneten Gewerbebetriebs einen Vertrag schließen zu wollen, ist eine hinlängliche Konkretisierung des Vertragspartners, da Inhaber eines Betriebes immer nur eine bestimmte Person oder Personengruppe ist. Es kommt für den Abschluss ferner nicht darauf an, dass der Kläger sich Gedanken darüber machte, ob er auf der gegnerischen Seite mit dem Inhaber selbst oder mit einem Vertreter verhandelte. Verpflichtet wollte er jedenfalls den Inhaber, unabhängig davon, mit wem er die Verhandlungen führte.

In ständiger Rechtsprechung und in der Literatur ist seit langem anerkannt, dass derjenige, der mit einem Gewerbebetrieb in geschäftliche Beziehung tritt, mit dem abschließen will, der in Wirklichkeit der rechtliche Inhaber des Betriebes ist, und dass es für ihn regelmäßig gleichgültig ist, ob sein Verhandlungspartner der Inhaber selbst oder dessen Vertreter ist (OLG Köln BB 1977, 467 mwN). Der von der herrschenden Meinung vertretene Standpunkt zum sog. Unternehmens bezogenen Geschäft entspricht den praktischen Bedürfnissen des Geschäftslebens. Es würde zu unerträglichen Erschwernissen im Wirtschaftsleben führen, sollte derjenige der erkennbar nicht mit einer Person als solcher, sondern mit ihr als Inhaber eines Gewerbebetriebes den Vertrag schließen will, sich zunächst Gewissheit darüber verschaffen müssen, ob sein Verhandlungspartner nun der Inhaber oder dessen Vertreter ist.

Wer der rechtliche Inhaber ist, kann zunächst zweifelhaft erscheinen, wenn - wie hier von der Beklagten zu 1. behauptet - der im Gewerberegister eingetragene und der wirtschaftliche Inhaber verschiedene Personen sind. Es erhebt sich dann die Frage, mit wem von beiden der Vertragspartner - hier der Kläger - abschließen wollte. Nach Ansicht des Gerichts geht der Wille des Gegners auch in einem solchen Falle dahin, den Vertrag mit dem eingetragenen Inhaber zu schließen. Dabei handelt es sich nicht um eine Frage des Rechtsscheins und des Gutgläubensschutzes, deren Beantwortung im Hinblick auf die Bedeutung des Gewerberegisters Zweifel aufwerfen könnte. Es geht vielmehr allein darum, den im Vertragsschluss mit einem Gewerbebetrieb zum Ausdruck kommenden Willen des Klägers zu ermitteln. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass es ihm wie jedem Vertragsschließenden in ähnlicher Lage darauf ankam, den für ihn am leichtesten identifizierbaren und damit notfalls auch gerichtlich belangbaren „Inhaber“ zum Vertragspartner zu haben. Das aber ist der, der objektiv aus öffentlichen Registern festzustellen ist, sei es nun das Handelsregister oder sei es bei Nichtkaufleuten auch das Gewerberegister. Dass dieses StPO) auf das Fahrverbot anzurechnen. Sofern das Gericht nichts anderes anordnet (§ 51 Abs.

1 Satz 2 StGB) wird die Zeit ab Bekanntgabe des Beschlusses über die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis angerechnet, und zwar selbst dann, wenn der Führerschein zu diesem Zeitpunkt noch nicht amtlich verwahrt war (vgl. LG Frankenthal, DAR 79, 341; Hentschel, Trunkenheit/Fahrerlaubnisentziehung/Fahrverbot, 8. Aufl., 2000, Rdnr. 947; Maatz, StV 88, 84).

Wie vieles im Strafrecht ist auch diese Ansicht nicht unbestritten, stellt jedoch die sog. herrschende Meinung dar.

Da hier die Bekanntgabe bereits am 23.03.2005 erfolgte, war der Führerschein am 24.06.2005 wieder herauszugeben.

Im Ergebnis führte dies vorliegend also nur zu einem wirksamen Fahrverbot von rund 3 Wochen. *öffentlich-rechtlichen Zwecken dient und keinen öffentlichen Glauben genießt, ist für die Ermittlung des Willens des Klägers unerheblich, gilt doch nach der Verkehrsanschauung auch das Gewerberegister als eine zuverlässige Quelle zur Feststellung des Inhaber eines Gewerbetriebes.*

Hierbei wird nicht verkannt, dass es für einen Vertragspartner auch von Interesse sein könnte, mit demjenigen den Vertrag zu schließen, der wirtschaftlich der eigentliche Inhaber eines Gewerbetriebes ist. Es trifft zu, dass dieser in nicht wenigen Fällen eher in der Lage wäre, finanzielle Forderungen zu erfüllen, als der im Gewerberegister Eingetragene. Andererseits entspricht es der Erfahrung, dass Personen, die einen Gewerbebetrieb wirtschaftlich beherrschen, ohne jedoch dessen Geschäftspartnern gegenüber hervorzutreten, leicht geneigt sind, sich den Gewerbebetrieb betreffenden Forderungen unter Hinweis darauf zu entziehen, dass sie nicht Inhaber seien. In solchen Fällen fällt es den Berechtigten nicht selten schwer nachzuweisen, dass der in Anspruch genommene tatsächlich als Inhaber zu gelten habe. Darum wird in der Regel der Vertragspartner eines Gewerbetriebes um der Sicherheit, d. h. hier der Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche willen mit dem in einem öffentlichen Register feststellbaren Inhaber abschließen wollen, auch wenn ein vielleicht leistungsfähigerer wirtschaftlicher Inhaber in Betracht kommt (ebenso OLG Köln a. a. O.: vgl. auch OLG Köln BB 1988, 1993, wonach derjenige, der zum Schein für einen anderen einen Gewerbebetrieb anmeldet, sich aber um die Führung des Betriebs nicht kümmert, im Rechtsverkehr gegenüber Dritten kraft Rechtsschein als Inhaber des Betriebes zu behandeln ist)."

5. Wie lange dauert ein Fahrverbot? Verkürzung der Frist?

Die Anwaltschaft Berlin warf dem Beschuldigten vor, am 19.01.2005 beim Ausparken einen Verkehrsunfall verursacht und sich anschließend unerlaubt vom Unfallort entfernt zu haben (§ 142 StGB). Der Schaden am gegnerischen Pkw betrug rund 2.200,00 €. Ein Unfallzeuge meinte, der Anstoß sei sowohl akustisch wie auch optisch (das angestoßene Fahrzeug habe „gewackelt“) wahrnehmbar gewesen.

Am 11.03.2005 erließ dann das Amtsgericht Tiergarten einen sog. „111a-Beschluss“ (vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 111 a StPO i. V. m. §§ 142, 69 StGB). Die Zustellung desselben an den Verteidiger erfolgte am 23.03.2005. Am 31.05.2005 gab dann der Beschuldigte seinen Führerschein in sog. amtliche Verwahrung.

In einem Verteidigergespräch mit der zuständigen Amtsanwältin konnte erreicht werden, dass diese im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens auf den Antrag auf Entziehung der Fahrerlaubnis verzichten würde. Dafür müsse der Beschuldigte aber ein Fahrverbot von drei Monaten gem. § 44 StGB akzeptieren.

Da ein **Fahrverbot** (= 1 - 6monatige - mithin befristete - Untersagung, ein Kfz im Straßenverkehr zu führen) gegenüber einer unbedingten Entziehung der Fahrerlaubnis (mit der Möglichkeit, nach Ablauf einer vom Gericht festgesetzten Sperrfrist eine neue Fahrerlaubnis zu erlangen) das weit geringere Übel ist (gesetzliche Mindestsperrfrist für eine Neuerteilung nach einer Entziehung = 6 Monate; in der Praxis bei Alkoholdelikten je nach Promille im Erstfall 9 - 12 Monate), akzeptierte der Beschuldigte dieses Angebot.

Mit Beschluss vom 24.06.2005 hob dann das Amtsgericht Tiergarten den 111a- Beschluss Antrags gemäß wieder auf, da nach dem gleichzeitig beantragten und dann auch erlassenen Strafbefehl es nicht mehr zu einer Entziehung der Fahrerlaubnis, sondern nur noch zu einem Fahrverbot kommen sollte. Die Frage war nunmehr: Wann läuft eigentlich das dreimonatige Fahrverbot ab? Gemäß § 44 Abs. 2 StGB wird das Fahrverbot mit der Rechtskraft des Urteils, hier des Strafbefehls, wirksam. Ungeachtet der Wirksamkeit beginnt jedoch die Verbotsfrist erst mit dem Tag an zu laufen, an dem der Führerschein in so genannte amtliche Verwahrung kommt (Abs. 3 Satz 1). Vorliegend befand er sich aber bereits seit dem 31.05.2005 in amtlicher Verwahrung. Herausgabe also drei Monate danach? Nein!

Gemäß § 51 Abs. 5 StGB ist die Dauer einer vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111 a StPO) auf das Fahrverbot anzurechnen. Sofern das Gericht nichts anderes anordnet (§ 51 Abs.1 Satz 2 StGB) wird die Zeit ab Bekanntgabe des Beschlusses über die vorläufige

Entziehung der Fahrerlaubnis angerechnet, und zwar selbst dann, wenn der Führerschein zu diesem Zeitpunkt noch nicht amtlich verwahrt war (vgl. LG Frankenthal, DAR 79, 341; Hentschel, Trunkenheit/Fahrerlaubnisentziehung/Fahrverbot, 8. Aufl., 2000, Rdnr. 947; Maatz, StV 88, 84).

Wie vieles im Strafrecht ist auch diese Ansicht nicht unbestritten, stellt jedoch die sog. herrschende Meinung dar.

Da hier die Bekanntgabe bereits am 23.03.2005 erfolgte, war der Führerschein am 24.06.2005 wieder herauszugeben.

Im Ergebnis führte dies vorliegend also nur zu einem wirksamen Fahrverbot von rund 3 Wochen.

6. Besteht ein Zurückbehaltungsrecht an Haustieren? Oder wartet der Staatsanwalt?

Mit Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten von Berlin wurde dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe als Tierarzt eine Hundehalterin rechtswidrig genötigt, in dem er die Herausgabe des von ihm behandelten Tieres von der vorherigen mindestens hälftigen Bezahlung der entstandenen Kosten abhängig gemacht habe. Dabei - so das Gericht - ergäbe sich die Rechtswidrigkeit dieses Handelns aus § 811 c Zivilprozessordnung (ZPO):

Abs. 1

Tiere, die im häuslichen Bereich und nicht zu Erwerbszwecken gehalten werden, sind der Pfändung nicht unterworfen.

Abs. 2

Auf Antrag des Gläubigers lässt das Vollstreckungsgericht eine Pfändung wegen des hohen Wertes zu, wenn die Unpfändbarkeit für den Gläubiger eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der Belange des Tierschutzes und der berechtigten Interessen des Schuldners nicht zu rechtfertigen ist.

Der Beschuldigte ließ gegen diesen Strafbefehl Einspruch einlegen und begründen: Die Nichtherausgabe des Hundes stelle keine Pfändung im Sinne des § 811 c ZPO dar, was sich bereits aus §§ 803 Abs. 1, 808 Abs. 1 ZPO ergäbe, da es sich dabei nicht um eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme eines Gerichtsvollziehers handele. Die Nichtherausgabe stelle vielmehr die zulässige Ausübung eines **Zurückbehaltungsrechts** im Sinne des § 273 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) dar, wie es auch anderen Dienstleistern (z.B. Steuerberatern oder Rechtsanwälten bei ausstehenden Gebühren) zustehe.

Zivilrechtlich ist anerkannt, dass die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts unter Berücksichtigung der Natur des konkreten Schuldverhältnisses ausgeschlossen sein kann, hier etwa wegen der Eigenart des Gegenstandes, der zurückbehalten werden soll (Rechtsgedanke des § 242 BGB - Treu und Glauben).

Ob dies etwa auch für Hunde gilt, ist umstritten (vgl. AG Bad Homburg NJW-RR, 02, 849; LG Mainz NJW-RR, 02, 1181; OLG München RdL 2000, 27, 28).

Befürworter eines Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechts in solchen Fällen berufen sich auf den Tierschutzgedanken. Ein Haustier gehöre eben in seine angestammte Umgebung. Eine rein sachenrechtliche Betrachtungsweise des Tieres als Mitgeschöpf sei nicht mehr sachgerecht. Dies habe auch der Gesetzgeber in § 90 a BGB klargestellt:

Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt.

Nach anderer Ansicht ist ein genereller Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts in diesen Fällen nicht zulässig. Dies ergäbe sich aus § 90 a **Satz 3** BGB:

Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Prof. Heinrichs schreibt im Palandt - dem zivilrechtlichen Standardkommentar - zu § 90 a BGB:

„Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass das Tier als Mitgeschöpf nicht der Sache gleichgestellt werden dürfe. Die vorgesehene entsprechende Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften bringt aber gegenüber der unmittelbaren Anwendbarkeit keinerlei Änderung. Im Ergebnis ist § 90 a eine gefühlige Deklamation ohne wirklichen rechtlichen Inhalt.“

(Palandt-Heinrichs, BGB, 65. Aufl., 2006, § 90 a Anm. 1)

Ein genereller Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts lässt sich somit aus dem Gesetz nicht ableiten. So wollen denn auch einige Gerichte die Entscheidung jeweils im Einzelfall treffen, so u. a. nach dem Verhältnis und der Bedeutung des Tieres zum bzw. für den Halter auf der einen, der Höhe der angefallenen Behandlungskosten auf der anderen Seite. Ersteres erscheint indes schwierig feststellbar und mag zudem je nach Tierart mehr oder weniger nachvollziehbar sein.

Vorliegend gab der Beschuldigte in der Hauptverhandlung - nicht widerlegbar - an, von diesem zivilrechtlichen (Juristen-)Streit nichts gewusst zu haben. Er sei vielmehr davon ausgegangen, im Recht zu sein. Wer aber das - hier vermeintliche - Unrecht seiner Tat nicht kennt, handelt nicht schuldhaft (§ 17 StGB). Da ihm dieser Irrtum auch nicht vorgeworfen werden konnte, hat ihn das Amtsgericht letztlich freigesprochen.

7. Ist die fristlose Kündigung eines Fitnessvertrages aus wichtigem Grund, z. B. wegen einer Erkrankung, zulässig?

Frau K. hat nach ihrer Schwangerschaft neben Gewichtsproblemen auch solche mit ihrem Rücken. Der Hausarzt rät zur Fitness: Schwimm- und Ausdauertraining. K. sucht sich daraufhin einen entsprechenden Fitnessclub mit Schwimmhalle und legt mit dem dortigen Trainer das Fitnessprogramm fest. Nach kurzer Zeit hat sie jedoch beim Schwimmen und allen anderen Übungen Schmerzen im Knie und muss diese jeweils abbrechen. Der daraufhin konsultierte Orthopäde stellt bei ihr irreparable Abnutzungsschäden im Knie fest und rät vom weiteren Fitnessstraining ab. Daraufhin kündigt Frau K. den Fitnessvertrag unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung und eines sog. MRT's (Magnetresonanztomographie) fristlos. Das Fitnessstudio akzeptiert die fristlose Kündigung nicht, ist aber bereit, zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist den Vertrag zu beenden. Die von Frau K nicht weiter gezahlten Mitgliedsbeiträge klagt das Fitnessstudio dann vor dem Amtsgericht ein. Mit Recht? Ein Fitnessvertrag wird regelmäßig für eine unbestimmte Dauer geschlossen. Ein solches Dauerschuldverhältnis kann ordentlich/fristgemäß (nicht, wenn es auf bestimmte Dauer geschlossen worden ist), aber auch außerordentlich/fristlos gekündigt werden. Wie bei allen solchen Rechtsverhältnissen kann eine **außerordentliche Kündigung** nicht ausgeschlossen werden. Es bedarf jedoch für die Begründetheit einer solchen eines sog. **wichtigen Grundes**. Ein solcher wäre etwa der Umzug in eine andere Stadt oder aber auch eine Erkrankung des Teilnehmers.

Wie eine solche Erkrankung geartet und nachgewiesen sein muss, und ob dies dann

tatsächlich auch zu einer abschließenden Beendigung des Vertrages führt, ist umstritten.

Hier kommt es jeweils auf den zuständigen Richter und dessen subjektive Wertungen an. Wie heißt es doch so schön: „Auf hoher See und vor deutschen Gerichten hilft nur Gottvertrauen“.

Zu berücksichtigen ist jedenfalls auch die Restlaufzeit des Vertrages. Wenn also der Vertrag vom Zeitpunkt der Feststellung der Erkrankung und der daraufhin ausgesprochenen fristlosen Kündigung (Frist: 2 Wochen; LG Hamburg 313 S 77/90) bis zum Zeitpunkt des wirksam Werdens einer ordentlichen Kündigung ohnehin nur noch z. B. 3 Monate dauern würde, wäre dem Teilnehmer ein weiteres Festhalten an dem Vertrage eher zuzumuten, als wenn der Vertrag noch 6 oder mehr Monate laufen würde.

Aber der Reihe nach:

Das grundsätzliche Recht eines jeden Teilnehmers zur Kündigung eines Fitnessvertrages aus wichtigem Grund wegen einer (neuen, also nicht bereits bei Abschluss des Vertrages vorliegenden, sich verschlimmernden; vgl. AG Hamburg, AZ: 20 b C 367/97) Erkrankung ist als solches in der Rechtsprechung weitgehend anerkannt. Grundsätzlich gilt zwar auch hier der alte römische Rechtssatz: *pacta sunt servanda* („Verträge sind einzuhalten“).

Daraus abgeleitet könnte einer solchen fristlosen Kündigung entgegen gehalten werden, dass ja hier die Störung der Geschäftsgrundlage dieser Vertragsbeziehung, nämlich der Wegfall der Möglichkeit des Teilnehmers, Fitness zu betreiben, allein aus seiner Sphäre kommt. Der Gesundheitszustand des Teilnehmers ist aber - auch für den Fitnessclub erkennbar - konkludent erklärte und entsprechend akzeptierte Grundlage der gemeinsamen vertraglichen Beziehung (vgl. AG Hamburg, AZ: 13 b C 96/90). Bei einer erheblichen Veränderung bzw. Verschlechterung des Gesundheitszustandes entfällt somit auch die Grundlage eines solchen Vertrages.

Welches **Ausmaß** eine Erkrankung haben muss, ob also z. B. eine nur vorübergehende Erkrankung ausreicht (in solchen Fällen kommt wohl eher eine der Dauer der Erkrankung entsprechende Vertragsverlängerung unter gleichzeitiger Beitragsfreistellung für den Erkrankungszeitraum in Betracht), oder ob sie dauerhaft sein muss, ist ebenfalls umstritten. Regelmäßig wird man aber eine „erhebliche“ Erkrankung für die Annahme eines wichtigen Grundes fordern müssen (vgl. AG Frankfurt/Main, NJW-RR 1993, 758; AG Hamburg, AZ: 4 C 411/970).

Zum **Nachweis** einer solchen lassen einige Gerichte die oftmals wenig aussagekräftigen Atteste

von Hausärzten nicht ausreichen (AG Bad Homburg, NJW- RR 2003, 1994; vgl. aber auch LG Düsseldorf , AZ: 12 O 271/85).

Also: Attest, wenn möglich, vom Facharzt, z. B. eines Orthopäden, vorlegen. In diesem sollte die Erkrankung als solche, deren Beginn und Dauer beschrieben und insbesondere dargelegt werden, warum die weitere Teilnahme am Fitness (insgesamt; s. unten) nicht mehr möglich ist.

Nehmen wir also mal an, die Erkrankung sei erheblich und dauerhaft und ausreichend nachgewiesen worden. Selbst dann sind einige Richter noch der Ansicht, dass in diesen Fällen der Vertrag nicht vollständig beendet werden kann. Für den Teilnehmer sei es vielmehr zumutbar, wenn er z. B. nicht mehr schwimmen, Rad fahren oder Gewichte bewegen könne, andere Angebote des Clubs anzunehmen.

In unserem Falle - Frau K. hatte weiterhin Rückenprobleme; mittlerweile waren beide Knie so erheblich abgenutzt, dass diese sich nach bloßem 2-stündigen Laufen versteiften - meinte die Richterin, die Teilnehmerin könne ja z. B. Yoga-Übungen machen. Wer noch 2 Stunden spazieren gehen könne, könne auch schonende Gymnastik betreiben (Amtsgericht Berlin-Tempelhof/Kreuzberg, 6 C 487/06; Urteil vom 15.01.2007).

In diesem Sinne auch das Amtsgericht Berlin-Lichtenberg (12 C 215/06; Urteil vom 28.09.2006): Man könne ja schließlich dafür im Club in die Sauna oder in das Solarium gehen.

Anders das Amtsgericht Raststatt (NJW-RR 02, 1280):

... „Bei einem Fitnessvertrag mit einem Gesunden gehen die Vertragsparteien davon aus, dass dem Kunden des Fitnesscenters sämtliche Trainingsmöglichkeiten grundsätzlich offen stehen. ... Wenn diese - für jedes Fitnesscenter essentiellen - Trainingsmöglichkeiten für den Kunden aus gesundheitlichen Gründen wegfallen, verliert der Fitnessvertrag für den Kunden in der Regel jegliche Bedeutung. ... Ein gesunder Mensch schließt einen Fitnessvertrag normalerweise nicht ab, um im Falle der Erkrankung gänzlich andere, auf ganz geringe Möglichkeiten reduzierte Trainingsangebote wahrzunehmen. Die Erkrankung stellt für den Kunden des Fitnesscenters eine völlig neue Situation dar.“...

8. Ich bin ja versichert! Auch gegen die eigene Versicherung?

Der Mandant ist Kunde einer großen deutschen Autoversicherung. Bei dieser hatte er seinen Volvo Baujahr 1995 seit nunmehr rund 7 Jahren Haftpflicht und Kasko versichert. Beide hatte er bis dahin noch nicht in Anspruch nehmen müssen.

Da dieses Auto während seiner längeren Auslandsaufenthalte nicht bewegt wurde, gab es danach immer wieder Startprobleme. Daher sollte der Wagen zur Sicherheit vor der mit der Familie geplanten Urlaubsreise durch Polen in einer Werkstatt durchgesehen werden. Da der Mandant in Polen einen Zweitwohnsitz hat und die Werkstattpreise dort noch moderat sind, fragte er bei einem Aufenthalt in seiner Zweitwohnung rund einen Monat vor seinem Urlaub bei der Werkstatt nach einem Termin an. Diese hatte jedoch kurzfristig keinen frei. Tage darauf erkrankte er und musste mit einem Freund nach Berlin zurück fahren, um sich dort in ärztliche Behandlung zu begeben. Der Volvo blieb in Polen nahe der Wohnanschrift auf der Straße geparkt stehen.

Nach seiner Wiedergenesung fuhr er mit seiner Familie mit dem Zug nach Polen zur Zweitwohnung, von wo aus es mit dem Volvo weiter durchs Land gehen sollte. Am Pkw Abstellort konnte er jedoch seinen Wagen nicht wiederfinden. Er ging daraufhin zur örtlichen Polizei und erstattete Anzeige. Dort beruhigte man ihn, schließlich könne der Wagen ja auch abgeschleppt worden sein. Er möge erst mal in seinen 14-tägigen Urlaub fahren und solle sich dann wieder melden. Vielleicht habe sich ja bis dahin alles aufgeklärt. So mietete sich der Mandant einen Kleinwagen und fuhr mit seiner Familie in den Urlaub. Aus diesem zurück ging er wieder zur Polizei, die nichts zum Verbleib des Pkw sagen konnte.

Tags darauf, zurück in Berlin, rief der Mandant seine Autoversicherung an, erzählte das Geschehene und fragte, wie es denn jetzt weiter gehe. Die Dame am Telefon der Versicherung fragte zurück: „Wo gestohlen? In Polen?!“, und legte auf.

Zwei Tage später erhielt er von seiner Versicherung nicht wie in solchen Fällen üblich die entsprechenden Fragebögen zum Ausfüllen und Zurücksenden, sondern gleich ein schriftliches Ablehnungsschreiben: Der Diebstahl sei zu spät gemeldet worden. Frist nach § 7 AKB: eine Woche nach Entdeckung desselben. „Wir haben die Akte geschlossen. Mit freundlichen Grüßen.“

Schön, wenn man versichert ist.

Weitere *außergerichtliche* Regulierungsversuche verhallten im Raum, so dass Klage erhoben werden musste. Immerhin war der Mandant Rechtsschutz versichert.

Also *Klage* gegen die eigene Versicherung, Schadenhöhe: Wiederbeschaffungswert, abzüglich Selbstbeteiligung = 3.500,00 €.

In dem folgenden *Zivilprozess* vor dem **Amtsgericht Tiergarten (Az. 2 C 463/06)** ließ dann die Versicherung durch ihre Anwälte kein „Argument“ aus, um ihre fehlende Eintrittspflicht für den vorliegenden Diebstahlschaden zu belegen. Der Richter lud dann zu einem der ungewöhnlich zahlreichen Termine den Sachbearbeiter der Versicherung. Er wolle doch einmal die Person kennen lernen, die die Ablehnung der Versicherungsleistung im vorliegenden Fall zu verantworten habe. Dieser erschien jedoch nicht. Auch auf die mehrfachen Vergleichsvorschläge des Amtsrichters ging die Versicherung nicht ein. Sie wolle eine Entscheidung, ließ sie über ihre Anwälte vortragen. Dies trieb dann den Richter zu der Frage: „Worum geht's denn hier eigentlich? Ist das eine Polenverfolgung?“

Die Versicherung bekam dann ihre Entscheidung: Der Amtsrichter gab der Klage statt und verurteilte die Versicherung zur Zahlung. Nach der Vehemenz ihres Vorgehens musste man dann davon ausgehen, dass die Versicherung den Fall durch die Instanzen treiben und gegen die Entscheidung Berufung einlegen würde. Doch diese zahlte umgehend die ausgeurteilte Forderung und die entstandenen Kosten.

Zurück bleibt nach diesem Prozess Unverständnis und Kopfschütteln ob der Art und Weise des Umganges der Versicherung mit einem ihrer Kunden.

Der Fall bot an sich durchaus rechtlich interessante Aspekte, obwohl diese erkennbar nicht den Hintergrund des Vorgehens der Versicherung bildeten.

Die Versicherung hatte wie dargelegt dem Versicherungsnehmer vorgeworfen, er habe den Versicherungsfall zu spät gemeldet und sich dazu auf § 7 AKB (Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung), mithin auf eine sog. **Obliegenheitsverletzung** berufen. Danach wäre die Versicherung Leistungsfrei gewesen, wenn diese Vertragspflicht durch den Versicherungsnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt worden wäre (§ 7 Abs. 4 AKB i. V. m. § 6 Abs. 3 VVG a. F. - nachdem das Versicherungsvertragsgesetz zum 01.01.2008 geändert worden ist, gilt jetzt für den Bereich der groben Fahrlässigkeit, dass bei entsprechenden Obliegenheitsverletzungen für die Versicherung nicht mehr eine volle, sondern nur noch eine teilweise Leistungsfreiheit besteht, § 28 Abs. 2 VVG n. F.).

Schließlich war fraglich, ob und wie der Kläger **beweisen** konnte, dass sein Volvo tatsächlich gestohlen worden war, nachdem die Versicherung dies natürlich bestritten hatte.

Obliegenheitsverletzung

Der Kläger trug insoweit schriftsätzlich vor, dass er davon ausgegangen sei, mit der unmittelbaren Anzeige des Vorfalles vor Ort gegenüber der polnischen Polizei alles Erforderliche getan zu haben. Er habe nicht gewusst, dass er noch mehr tun müssen. Dementsprechend habe er ja bei der Versicherung angerufen und nachgefragt, was denn jetzt passieren würde.

In der *Rechtsprechung* ist anerkannt (vgl. BGH VersR 67, 547; 81, 321; OLG Hamm VersR 82, 865; 97, 1341), dass zunächst einmal grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz nicht durch eine vorsätzliche Verzögerung der Anzeige gefährden will. Zudem würde dies voraussetzen, dass der Versicherungsnehmer die fragliche Obliegenheit positiv kennt (BGH VersR 69, 1107, 1108; 67, 547, 548).

Wer schon einmal eine Autoversicherung abgeschlossen hat, kennt dies: Neben der Versicherungspolice erhält man viel Kleingedrucktes, in unseren Falle über 20 Seiten. Der Amtsrichter fragte dann entsprechend den Kläger, ob er dieses Kleingedruckte mit in den Urlaub genommen hätte oder die fragliche Fristbestimmung kenne. Beides verneinte der Kläger: „Ich hätte doch sonst gleich bei der Versicherung angerufen!“ Eben (siehe die zitierte Rechtsprechung).

Eine *vorsätzliche* Obliegenheitsverletzung war danach nicht gegeben (so auch OLG Düsseldorf VersR 95, 1301 in einen ähnlich gelagerten Fall).

Blieb die Frage nach einer *grob fahrlässigen* Obliegenheitsverletzung. Grob fahrlässig handelt ein Versicherungsnehmer, wenn er die erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße, in einer jedem Betrachter ohne weiteres einleuchtenden Weise verletzt und dies unentschuldig ist (ständige Rechtsprechung des BGH, z.B. in NJW 1989, 1613). Musste sich also vorliegend dem Kläger aufdrängen, dass er seine Versicherung hätte binnen einer Woche anrufen müssen? Nein, denn was hätte es denn tatsächlich geändert? Bei einem derart alten Pkw hätte die Versicherung ohnehin nichts veranlasst, da die für eine mögliche Wiederbeschaffung entstehenden Kosten in keinem Verhältnis zum Wert des Pkw standen. Darüber hinaus gab es auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Versicherung im Hinblick auf eine Aufklärung des Falles oder einer Wiederbeschaffung des Pkw über mehr oder bessere Mittel als die polnische Polizei verfügen würde. Dementsprechend konnte die Versicherung im Prozess dafür auch nichts Konkretes vortragen. Damit wäre zudem eine mögliche Obliegenheitsverletzung im

konkreten Fall auch nicht für die Schadensabwicklung relevant geworden.

Die Versicherung war damit *nicht* wegen einer Obliegenheitsverletzung des Klägers von ihrer Leistungspflicht befreit.

Beweisproblem

Hier stellte sich wie fast bei jedem Autodiebstahl ein grundsätzliches Problem für den Versicherten: Im Zivilprozess muss jeder alle Voraussetzungen für den von ihm geltend gemachten Anspruch zunächst nicht nur konkret als gegeben *behaupten*, sondern im Bestreitensfalle mit den klassischen Beweismitteln auch *beweisen*. Wie will oder kann man aber beweisen, dass man seinen Pkw zu einem bestimmtem Zeitpunkt an einem bestimmten Ort abgestellt, ihn dann dort später aber nicht mehr vorgefunden hat. Da der Kläger vorliegend keine Zeugen hatte (war beim Abstellen und wieder aufsuchen allein) und grundsätzlich als Kläger nicht gleichzeitig sein Zeuge sein konnte, würde der Versicherungsschutz nicht nur vorliegend sondern eben in vielen derartigen Fällen leer laufen. Dieses Problem hatte der Bundesgerichtshof seit langem erkannt und handhabt Fälle wie den vorliegenden wie folgt:

Nach der von ihm entwickelten sog. Zwei-Stufen-Lehre (vgl. z.B. BGH VersR 84, 29; 95, 909) braucht der Versicherungsnehmer lediglich das „äußere Bild“ eines Diebstahls beweisen, wofür eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ausreicht. In der zweiten Stufe müsste dann die Versicherung den „Gegenbeweis“ erbringen, an den sich höhere Anforderungen stellen („erhebliche Wahrscheinlichkeit“). Die dabei beiden Beteiligten regelmäßig nicht mögliche direkte Beweisführung wird dann dergestalt ersetzt/erleichtert, dass der Versicherungsnehmer im Prozess gemäß § 141 ZPO persönlich angehört wird (1. Stufe). Hält das Gericht ihn dann für glaubwürdig, müsste die Versicherung alle Indizien (z. B., dass der Hauptnutzer eines Kfz die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 20.12.2006 - 4 U 66/06) vortragen, die dessen Glaubwürdigkeit erschüttern (2. Stufe). Wenn der Versicherung dies gelingt, muss der Versicherungsnehmer dann (eigentlich in einer dritten Stufe) den Vollbeweis nach den üblichen Beweisregeln erbringen, was er wie dargelegt regelmäßig nicht kann, wodurch er dann den Prozess verlieren würde. Der Amtsrichter hatte mit dieser seit rund 20 Jahren gängigen Rechtsprechung des BGH Bauchschmerzen. Er hielt die von diesem aufgestellten Regeln „dogmatisch“ für nicht zulässig. Ungeachtet dessen hörte er dann den Kläger persönlich an und hielt diesen für uneingeschränkt glaubwürdig bzw. nachfolgend die „Argumente“ der Versicherung gegen dessen Glaubwürdigkeit für nicht ausreichend. Im Urteil machte sich dann der Amtsrichter insoweit meinen Hinweis zu Eigen, wonach diese ständige Rechtsprechung des BGH als Grundlage derartiger Verträge angesehen

werden muss, mithin von der Versicherung auch so akzeptiert werden müsste:

„Das Gericht hält zwar an der Ansicht fest, dass es die Zivilprozessordnung nicht gestattet, eine „Beweiswürdigung“ zugunsten einer Partei allein auf deren Anhörung gemäß § 141 ZPO zu stützen (anders aber der BGH). ... Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Beklagte den Versicherungsvertrag abgeschlossen hat in Kenntnis der oben erwähnten Rechtsprechung und der nach der Lebenserfahrung häufig auftretenden Schwierigkeiten für den Versicherungsnehmer, den Beweis zu führen, wo das Fahrzeug abgestellt war und dass es unmöglich war, es wieder aufzufinden. Die Beklagte war daher unter Beachtung der aus dem Versicherungsvertrag folgenden Pflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB gehalten, die Anhörung ihres Versicherungsnehmers als Mittel der Beweisführung zu akzeptieren“.

9. Ein Joint zu viel? - § 24a Abs. 2 StVG

Fall 1: Die Bußgeldbehörde verhängte gegen den Betroffenen wegen Führens eines Kraftfahrzeuges unter der Wirkung berauschender Mittel (§ 24a Abs. 2 StVG) eine Geldbuße in Höhe von 350 Euro und setzte ein Fahrverbot von 1 Monat gegen ihn fest. Eine Blutuntersuchung hatte eine Konzentration Tetrahydrocannabinol (THC) von 1,2 ng/ml sowie Amphetamin von 15,9 ng/ml im Blutserum ergeben. Fahrfehler oder sonstige körperliche Ausfallerscheinungen hatte die Polizei nicht feststellen können. Der Amtsrichter sprach ihn frei (**Amtsgericht Perleberg, 24 OWi 575/05**). Das **Brandenburgische Oberlandesgericht** hob dann diesen Freispruch im Rahmen des Rechtsbeschwerdeverfahrens mit **Beschluss vom 30. März 2007** auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Amtsgericht Perleberg zurück (**1 Ss (OWi) 291 B/06**).

Fall 2: 250 Euro, 1 Monat Fahrverbot. Konzentration THC = 1,7 ng/ml im Blutserum. Das **Amtsgericht Tiergarten** sprach den Beschuldigten frei (**Urteil v. 28.05.2008, 304 OWi 274/08**). Das Urteil ist rechtskräftig.

1998 war man der Meinung, dass Fahrten unter Drogeneinfluss immer mehr zunahmen. Da ein Nachweis für eine sog. Fahruntüchtigkeit in Sinne von §§ 315c Abs. 1 Nr. 1, 316 StGB, mithin eine strafrechtliche Verfolgung, teilweise schwierig war, schuf der Gesetzgeber im Rahmen des

Ordnungswidrigkeitenrechts eine als Auffangtatbestand gedachte Neuregelung, **§ 24a StVG**:

1) *Ordnungswidrig handelt, wer im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er 0,25 mg/l oder mehr Alkohol in der Atemluft oder 0,5 Promille oder mehr Alkohol im Blut oder eine Alkoholmenge im Körper hat, die zu einer solchen Atem- oder Blutalkoholkonzentration führt.*

2) *Ordnungswidrig handelt, wer unter der Wirkung eines in der Anlage zu dieser Vorschrift genannten berauschenden Mittels im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt. Eine solche Wirkung liegt vor, wenn eine in dieser Anlage genannte Substanz im Blut nachgewiesen wird. Satz 1 gilt nicht, wenn die Substanz aus der bestimmungsgemäßen Einnahme eines für einen konkreten Krankheitsfall verschriebenen Arzneimittels herrührt.*

(zu Abs. 1 siehe auch hier unter „Alkohol im Straßenverkehr: Rechtlich relevant erst ab 0,5 Promille?“)

Seit Erlass der Vorschrift hatten sich jedoch die Nachweismöglichkeiten im Blut infolge des technischen Fortschritts verbessert mit der Folge, dass die berauschenden Mittel länger nachgewiesen werden können und damit nicht mehr sicher festzustellen war, ob der Betroffene zum Zeitpunkt der Fahrt noch **unter der Wirkung** der Droge stand. Das hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Ende 2004 zum Anlass genommen, eine verfassungskonforme Auslegung (ansonsten Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG) der Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG zu fordern: Es müsse eine solche Konzentration festgestellt werden, die es *möglich* erscheinen lasse, dass der untersuchte Kraftfahrzeugführer am Straßenverkehr teilgenommen habe, obwohl seine Fahrtüchtigkeit eingeschränkt gewesen sei (**BVerfG NJW 2005, 349 ff.**). Entsprechend den Empfehlungen der sog. Grenzwertkommission wurde dieser Wert dann bei **1 ng/ml THC angenommen**. Diese Rechtsprechung wurde später auf andere berauschende Mittel der Anlage zu Abs. 2 ausgedehnt (**z.B. Amphetamin = 25 ng/ml**; nicht Methamphetamin, BayObLG NZV 2004,5; **Kokain/BZE 75 ng/ml**).

Aber was genau bedeutet „1“ ng/ml?

Das Bundesverfassungsgericht hatte nicht gesagt, „1,0“, sondern eben nur „1“. Mithin wären mathematisch gesehen auch noch Werte bis 1,49 ng/ml davon erfasst. Aber vor allem wurde nicht gesagt, in welchem Untersuchungsmedium diese Konzentration festzustellen sei: **Im Blut oder im Blutserum!**

Unter *Blutserum*, auch kurz nur Serum genannt, versteht man jenen flüssigen Anteil des Blutes

den man als Überstand erhält, wenn man aus einer geronnenen Blutprobe durch *Zentrifugieren* die zellulären Bestandteile (rote, Blutplättchen und weiße Blutkörperchen) als Bodensatz abtrennt.

Das Blutserum entspricht also dem Blutplasma abzüglich der Gerinnungsfaktoren.

Die Bedeutung der Unterscheidung ergibt sich daraus, dass die im Serum nachgewiesenen Stoffe gegenüber denen im Vollblut eine *doppelt* so hohe Konzentration aufweisen. Da THC Konzentrationen im Labor regelmäßig im Serum festgestellt werden, der Gesetzestext in § 24a Abs. 2 StVG aber wie in Abs. 1 nur von „Blut“ und nicht Serum spricht, und die Alkoholkonzentration auch im Vollblut gemessen wird, ergäbe die Forderung *1ng/ml THC im Blut* umgesetzt: **Alle Werte bis 1,99 ng/ml THC im Serum erfüllen den Tatbestand nicht!**

So sahen es auch der Amtsrichter in Perleberg und die Amtsrichterin in Berlin, die den entsprechenden Angaben der im Termin gehörten Sachverständigen folgten.

Anders das Brandenburgische Oberlandesgericht. Es ist der Ansicht, dass das Bundesverfassungsgericht in der benannten Entscheidung ohne es konkret auszusprechen (Blut-) Serum *gemeint* hätte. Dem stünde aber wie dargelegt der Wortlaut der Vorschrift des § 24a StVG entgegen (das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG - Wortlaut einer Vorschrift muss eindeutig und verstehbar sein - gilt auch für Bußgeldtatbestände). Ob zudem derart geringe Mengen THC geeignet sind, eine Fahrbeeinträchtigung zu bewirken, erscheint fraglich.

Im **Fall 2** war zudem noch interessant - wurde im Urteil aber leider nicht problematisiert -, dass zwischen der *Anordnung* der Blutentnahme durch die Polizei und der nachfolgenden *Blutentnahme* durch den Arzt rund 80 Minuten lagen. Ein Versuch dem Richtervorbehalt gemäß § 81a StPO nachzukommen und mit dem Ermittlungsrichter zu telefonieren und dessen Erlaubnis zur Blutentnahme einzuholen, wurde erst gar nicht unternommen (Polizeibeamter: „Das machen wir nie.“), obwohl der Ermittlungsrichter zur gegebenen Tageszeit leicht zu erreichen gewesen wäre. Damit war aber die genommene Blutprobe nicht nur rechtswidrig erlangt, sondern darüber hinaus auch nach meiner Ansicht als Beweismittel unverwertbar (vgl. LG Berlin, Beschluss v. 23.04.08, 528 Qs 42/08; LG Flensburg, 1 Qs 15/08; AG Essen VRR 2007,479). Die Frage, wann ein Beweisverwertungsverbot eingreift, ist insgesamt sehr umstritten. Die Tendenz geht hier jedoch dahin ein solches zu bejahen, wenn die ermittelnden Beamten den Richtervorbehalt bewusst ignoriert haben (vgl. OLG Dresden NJW 2009, 2149; OLG Bamberg NJW 2009, 2146).

10. Ist das eine Verkehrsunfallflucht?

Mit Strafbefehl des Amtsgericht Tiergarten in Berlin wurde dem Mandanten vorgeworfen, gegen die §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 (qualifizierte Trunkenheitsfahrt) und 142 StGB (Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, auch als Verkehrsunfallflucht bekannt) dadurch verstoßen zu haben, dass er zum Vorfallszeitpunkt mit einem Blutalkoholgehalt von rund 1,7 Promille einen Unfall verursacht und sich anschließend ohne anzuhalten unerlaubt vom Unfallort entfernt hatte.

Was war geschehen:

Mit der später durch eine Blutprobe festgestellten nicht unerheblichen Alkoholkonzentration (ab 1,1 Promille gilt jeder Fahrzeugführer als absolut fahruntauglich i. S. d. §§ 315c, 316 StGB) war der Mandant auf der Rückfahrt von seinem sonntäglichen Frühschoppen kurz davor, seinen Pkw unweit seiner Haustür abzaparken, als ihm in seiner schmalen Anliegerstraße ein Fahrzeug entgegen kam und eine Weiterfahrt unmöglich machte. Bei seinem nachfolgenden Zurücksetzen fuhr er dann gegen zwei parkende Fahrzeuge und verursachte dadurch einen Schaden an diesen von rund 9.000,00 €. Ohne anzuhalten fuhr er dann zwei Querstraßen weiter, parkte dort seinen Pkw und ging zur Unfallstelle zurück. Dort stellte er sich der zwischenzeitig eingetroffenen Polizei als Unfallverursacher vor, gab den Beamten seine Personalien und zeigte diesen seinen geparkten Pkw.

An der damit vorliegenden Trunkenheitsfahrt ließ sich nicht zweifeln. Aber stellte dieses Verhalten auch eine Verkehrsunfallflucht dar? Nicht nur die Staatsanwaltschaft und das Gericht werteten das so, wie der erlassene Strafbefehl zeigte, sondern auch die eigene Haftpflichtversicherung des Mandanten. Diese berief sich wegen des Vorfalles auf den mit dem Mandanten abgeschlossenen Versicherungsvertrag und die dabei mit vereinbarten Regeln der AKB, der Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung: Weil er Rausch bedingt nicht in der Lage gewesen sei, sein Fahrzeug sicher zu führen, solle er 5.000,00 € an die Versicherung - die die Schäden an den parkenden Fahrzeugen reguliert hatte - zurück zahlen. Und nicht nur diese Summe, sondern weitere 2.500,00 €, weil er sich nach dem Unfall unerlaubt vom Unfallort entfernt hatte.

Summa summarum also nicht nur die gerichtliche Geldstrafe nebst Fahrerlaubnisentzug und Wiedererteilungssperre, sondern zusätzlich noch weitere 7.500,00 €.

Aber stellte dieses Verhalten des Mandanten tatsächlich eine Verkehrsunfallflucht dar?

Nach den reinen Buchstaben des Gesetzes schon, da er sich ja ohne anzuhalten von der

Unfallstelle unerlaubt entfernt hatte. Ab wann man nicht mehr von der *Unfallstelle* sprechen kann, bzw. wie weit man sich maximal vom Unfallort entfernt haben darf, ohne den Tatbestand zu verwirklichen, ist im Gesetz nicht geregelt. In der Rechtsprechung werden je nach Fallgestaltung maximal 100 bis 250 Meter (auf einer Bundesautobahn) als gerade noch zulässig angesehen.

Andere grenzen den fraglichen Bereich danach ab, ob noch ein *unmittelbarer räumlicher Bezug zu dem Unfallgeschehen* gegeben war. Nach allen Ansichten hatte sich der Mandat vorliegend aber zu weit vom Unfallort entfernt, weil der Abparkort rund 400 Meter entfernt lag und keinerlei Zusammenhang mehr zur Unfallstelle herzustellen war.

Dem Mandanten half auch wegen des verursachten hohen Schadens § 142 Abs. 4 StGB nicht, nach der das Gericht die Strafe bei Unfällen außerhalb des fließenden Verkehrs mit geringen Schäden (Grenze bei ca. 1.300,00 €) mildern oder sogar von ihr absehen kann, wenn der Täter sich innerhalb von 24 Stunden nach dem Unfall z. B. bei der Polizei gemeldet hatte.

Aber,

Strafrecht ist Rechtsgüterschutz. Rechtsgut des § 142 StGB ist nach allgemeiner Ansicht die Feststellung und Sicherung der durch den Unfall entstandenen *zivilrechtlichen Ansprüche* des Geschädigten. Diesem Sinn und Zweck der Norm war vorliegend aber dadurch entsprochen worden, dass der Mandant gleich nach dem Parken seines Pkw zum Unfallort zurück gegangen war und damit die notwendigen Feststellungen getroffen werden konnten. Die Geschädigten hatten dadurch gegenüber der Haftpflichtversicherung des Mandanten auch ihre Ansprüche realisieren können.

In derartigen Fallkonstellationen besteht nach zutreffender Ansicht kein Strafbedürfnis, so dass sich die Frage stellte, wie man strafprozessual mit dieser Sache weiter verfährt. Die Vorschläge reichen von der Annahme einer sog. *Tätigen Reue* analog § 306e StGB, bis hin zur Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit gemäß §§ 153, 153a StPO. Da im vorliegenden Fall ja noch ein weiteres Delikt - die *Trunkenheitsfahrt* - vorlag, konnte im Einspruchstermin die Staatsanwaltschaft und das Gericht zu einer Teileinstellung des Verfahrens gemäß § 154 Abs. 2 StPO bewegt werden.

Dem folgend verzichtet dann auch die Haftpflichtversicherung des Mandanten auf die weitergehende Rückforderung der 2.500,00 €.

Der Frühschoppen blieb aber teuer genug.

11. Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (der sog. 111a-Beschluss)

Gemäß § 69 des Strafgesetzbuches (StGB) kann einem Straftäter neben der Strafe als Maßregel (zur Sicherung der Verkehrssicherheit) die Fahrerlaubnis entzogen werden, wenn sich aus der Tat ergibt, dass er zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist (Abs. 1). Von dieser Ungeeignetheit ist gemäß **Abs. 2** in der Regel dann auszugehen, wenn es sich bei der Tat z. B. um Trunkenheitsfahrten gemäß §§ 315c oder 316 StGB handelt.

Eine solche Entziehung der Fahrerlaubnis zuzüglich einer Sperre für die Neuerteilung (§ 69a StGB) verhängt der Richter im Urteil, also am Ende der Hauptverhandlung.

Wenn **dringende Gründe** dafür vorliegen, dass es zu einer solchen Entziehung der Fahrerlaubnis kommen wird, kann bereits im Ermittlungsverfahren die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen werden, § 111a Strafprozessordnung (StPO), um die Allgemeinheit vor den Gefahren durch einen ungeeigneten Kraftfahrzeugführer zu schützen.

Wann solche dringenden Gründe vorliegen, kann im Einzelfall sehr fraglich sein:

Der Mandant hatte am Fahrbahnrand im Bereich einer Einfahrt geparkt und auf seinen Mitfahrer gewartet, der am Geldautomaten kurz Geld abheben wollte. Nach dessen Rückkehr sah er in die Rückspiegel und nahm den späteren Unfallgegner hinter sich wahr, der nach seiner Ansicht noch weit genug entfernt war. Er parkte aus. Dabei kam es zu einer seitlichen Kollision. Eine bei dem Mandanten abgenommene Blutprobe ergab einen Promillewert von 0,60.

Das Amtsgericht Tiergarten in Berlin entzog auf Antrag der Amtsanwaltschaft gemäß § 111a StPO die Fahrerlaubnis vorläufig. Mein Mandant habe den Unfall verursacht und es sei hoher Sachschaden entstanden, also ein Fall des § 315c Abs. 1 Nr. 1a StGB, so das Gericht. Diese Begründung kann aber eine solche Entscheidung nicht rechtfertigen. Im Bereich der relativen Fahruntüchtigkeit (0,3 bis 1,09 Promille) bedarf es zur Feststellung der Fahruntüchtigkeit i. S. der §§ 315c, 316 StGB weiterer Beweisanzeichen, etwa des Vorliegens eines Fahrfehlers, der zudem noch alkoholbedingt sein muss. Je geringer die festgestellte Blutalkoholkonzentration beim Täter ist, desto strengere Anforderungen sind an den Nachweis der Fahruntüchtigkeit zu stellen (vgl. LG Hamburg, Beschluss v. 13.01.2009, 603 Qs 10/09 nach Juris).

Auf dieser Linie hatte bereits das Landgericht Berlin das Übersehen einer roten Ampel mit 0,70 Promille als nicht ausreichenden Nachweis angesehen (BA 07, 186).

Da auch nüchterne Verkehrsteilnehmer unvorsichtig vom Fahrbahnrand anfahren und es keine

weiteren Beweisanzeichen für eine alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit des Mandanten gab, hob das Landgericht Berlin auf meine Beschwerde hin die Entscheidung des Amtsgerichts auf und gab den beschlagnahmten Führerschein wieder an den Mandanten heraus.

12. Rücktritt vom Pkw-Kaufvertrag - Wann ist ein Mangel erheblich?

Die Rechte eines Käufers einer Sache, die mangelhaft ist, bestimmen sich nach **§ 437 BGB**, den sog. Gewährleistungsrechten (zur Unterscheidung zwischen Gewährleistung und Garantie siehe: „KAUFRECHT: Gibt es einen Unterschied zwischen Gewährleistung und Garantie?“). Nach dessen **Nr. 2** kann der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn die *vorrangige* Nachbesserung fehlgeschlagen, unmöglich oder unzumutbar (§ 440 BGB) und die Pflichtverletzung *erheblich* ist (**§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB**).

Wann aber ist eine Pflichtverletzung (*sprich die nicht vertragsgemäße Leistung*) **erheblich** und wann nicht?

Das OLG Brandenburg (NJW-RR 07, 928) will diese Abgrenzung mit einer Testfrage im Einzelfall klären:

Hätte ein durchschnittlicher Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels noch zu einem niedrigeren Kaufpreis gekauft oder aber hätte er vom Kauf Abstand genommen?

Um mehr Rechtssicherheit zu gewinnen schlagen andere vor, die Erheblichkeit dann zu bejahen, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung 10 % oder mehr des Kaufpreises betragen.

Nach OLG Köln (NJW 2007, 1694) sind solche pauschalen Einstufungen nicht Interessen gerecht. Es muss vielmehr eine *umfassende Interessenabwägung* stattfinden (hier Navi: Nachbesserungskosten 2.500,00 € = 5 % des Pkw-Kaufpreises - die Erheblichkeit wurde abgelehnt).

In der Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 05.11.2008 (NJW 2009, 508) ging es um Feuchtigkeitsschäden in einem rund acht Jahre alten Range Rover mit einer Fahrleistung von rund 100 000 km. Kaufpreis: 12,150,00 €. Hatte das Berufungsgericht die Erheblichkeit des Mangels noch verneint, bejahte der BGH diese zu Recht:

Beide Gerichte stimmen insoweit überein, dass es für die Frage, *wann* denn die Erheblichkeit

des Mangels beurteilt werden müsse, allein auf den **Zeitpunkt der Rücktrittserklärung** ankomme.

Demnach ist es nach Ansicht des BGH auch unerheblich, wenn der Mangel später leicht wieder behoben werden könne. Etwas anderes solle nur dann gelten, wenn der Käufer nach seiner Rücktrittserklärung einer Behebung des Mangels ausdrücklich zugestimmt habe. Dann dürfe er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht mehr an seinem erklärten Rücktritt festhalten.

Der BGH wendet sich aber gegen die Ansicht der Vorinstanz, wonach ein Käufer eines 8 Jahre alten Gebrauchtwagens mit derartigen Schäden rechnen und diese akzeptieren würde. *Bei einem Range Rover handele es sich nicht um ein im Gelände eingesetztes Arbeitsfahrzeug, sondern um ein luxuriöses Fahrzeug*, bei dem wohl kaum ein Käufer Feuchtigkeit im Innenraum akzeptieren würde. Da zudem zwei Fachbetriebe nicht in der Lage gewesen waren, den Mangel abzustellen, sei der Mangel auch erheblich. Damit hat der BGH die Frage nach der Erheblichkeit also nicht nach Vorgabe bestimmter Quoten, sondern nach der Qualität des Mangels beurteilt.

Es bleibt also bei der umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall.

Der BGH hat seine Rechtsprechung mittlerweile mehrfach bestätigt (BGH NJW 2011, 1664; 2011, 3708). Im letzten Urteil hat er zudem darauf hingewiesen, dass der Mangel, der trotz mehrfacher vorausgegangener Reparaturversuche nicht bekannt und deswegen nicht absehbar war, ob und mit welchem Aufwand er beseitigt werden kann, nicht nachträglich zu einem geringfügigen Mangel wird, wenn sich nachträglich herausstellt, dass dieser mit einem verhältnismäßig geringen Aufwand behoben werden kann. Entsprechende Unklarheiten zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung gehen also zu Lasten der Verkäufers.

In seiner neuesten Entscheidung lässt der BGH *in der Regel* 5 % Mängelbeseitigungskosten für einen Rücktritt ausreichen (Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13). Verlangte die Vorinstanz noch 10 % und wies die Klage ab (da vorliegend nur 6,5 %), hob der BGH das Urteil auf. Von einem geringfügigen Mangel könne nach seiner Ansicht in solchen Fällen nicht mehr gesprochen werden.

13. Alkohol und/oder Fahrerlaubnis?

Gemäß **§ 13 Satz 1 Nr. 2a der Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV)** ist der Fahrerlaubnisbehörde auf deren Anforderung vom Fahrerlaubnisinhaber ein medizinisch-psychologisches Gutachten vorzulegen, wenn bei diesem Anzeichen für Alkoholmissbrauch oder sonst Tatsachen die Annahme von Alkoholmissbrauch begründen.

Nach Nr. 2 c ist dies z. B. dann der Fall, wenn ein Fahrzeug im Straßenverkehr mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 Promille oder mehr geführt wurde (Stichwort: Gang zum „Idiotentest“).

Nach einem Beschluss des **OVG Bremen vom 19.10.2011** sind Zweifel an der Eignung im Zusammenhang mit Alkohol schon dann gegeben, wenn der Betroffene zwar kein Auto geführt hat, aber mehrere schwere Alkoholisierungen aufweist und in diesem Zustand unbeherrschte Aggressivität und Rücksichtslosigkeit gegen andere offenbart hat, was auf einen allgemeinen Steuerungsverlust unter Alkoholeinfluss hinweist (**NJW 2012, 473 ff**).

In dem entschiedenen Fall war der Betroffene zweimal von der Polizei anlässlich von ihm ausgegangener Körperverletzungen zum Nachteil Dritter in Erscheinung getreten und es wurden einmal 2,4 und 1,8 Promille bei ihm festgestellt.

Diese Werte liegen deutlich über den von der Rechtsprechung angenommenen Werten, die ein „Geselligkeitstrinker“ aufweise. Es sei somit von einer Alkoholproblematik auszugehen, die Zweifel begründeten, ob er auch in Zukunft zwischen Trinken und Fahren unterscheiden könne.

Der Beschluss des OVG Bremen steht in einer Linie ähnlicher Entscheidungen anderer Gerichte. Diese Rechtsmeinung ist aber nicht unumstritten.

Meines Erachtens nach ist der Beschluss falsch, da er in seiner Absolutheit *jedweden* Zusammenhang zwischen Trinken und Fahren für überflüssig erklärt. Warum jemand, der dann und wann kräftig trinkt und das aufgrund einer gewissen Gewöhnung dann auch verträgt, ohne auch nur in die Nähe seines Autos zu gelangen, gleich zum Test soll, erschließt sich nicht.

Gerechtfertigt mag dies dann sein, wenn die Gesamtumstände eine konkrete, mithin nicht nur abstrakte Gefahr begründen, es werde zu einem Alkoholmissbrauch mit anschließender Teilnahme an Straßenverkehr kommen. So etwa, wenn ein Berufskraftfahrer mit Rufbereitschaft regelmäßig über den Durst trinkt (vgl. VGH Mannheim, NZV 02, 580).

In diesem Zusammenhang bleibt auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGHSt 50, 93) hinzuweisen, wonach es für die Entziehung einer Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB eben auch nicht ausreicht, wenn die begangene Straftat in keinerlei Beziehung zur Sicherheit des Straßenverkehrs steht.

14. Ist die fristlose Kündigung eines Fitnessvertrages aus wichtigem Grund zulässig? (Teil II)

Der **Bundesgerichtshof** (BGH) hatte sich mit folgender Vertragsklausel des Betreibers eines Fitnessstudios zu befassen:

Der Nutzer kann den Vertrag mit Wirkung des Eingangs bei dem B-Center kündigen, wenn er krankheitsbedingt für die restliche Vertragslaufzeit die Einrichtung des Centers nicht nutzen kann. Zur Wirksamkeit der Kündigung ist erforderlich, dass sie unverzüglich, spätestens binnen zwei Wochen nach Kenntnis des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes erfolgt und der Kündigungserklärung ein ärztliches Attest beigefügt wird, aus dem sich nachvollziehbar die Erkrankung/gesundheitliche Beeinträchtigung ergibt, die einer Nutzung entgegenstehen soll.

Der BGH (**NJW 2012, 1431 ff.**) stellt zunächst fest, dass es wie in dem vorliegenden Vertrag aufgenommen zulässig sei, in den Allgemeinen Vertragsbedingungen eine Erstlaufzeit eines Fitnessvertrages von 24 Monaten zu vereinbaren.

Im Weiteren weist er darauf hin, dass es bei Vorliegen eines *wichtigen Grundes* dem Kunden jederzeit möglich sein müsse, den Vertrag zu beenden. Ein solcher Grund liegt vor, wenn den Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (§ **314 BGB**; BGH aaO, S. 1433).

Ein solcher Umstand kann z. B. in einer Schwangerschaft liegen, muss aber nicht immer krankheitsbedingt sein.

Vorliegend hält der BGH die vom Betreiber verwendete Klausel zum Nachweis der vom Kunden geltend gemachten Erkrankung für unwirksam, da die Kündigungsklausel das Recht des Kunden zur außerordentlichen Kündigung unangemessen einschränke.

Im Wesentlichen macht er dazu geltend, dass zwar ein berechtigtes Interesse des Betreibers eines Fitnessstudios an der Vorlage eines ärztlichen Attestes durch den Kunden anzuerkennen sei, um einen Missbrauch des Kündigungsrechtes zu verhindern. Dies rechtfertige aber nicht, vom Kunden Angaben über die konkrete Art der Erkrankung zu verlangen. Wenn der Betreiber also Zweifel habe, dass die vom Arzt attestierte andauernde Sportunfähigkeit nicht stimme oder ausreichend sei, muss er die dann vom Kunden nicht gezahlten Monatsbeiträge gerichtlich einklagen, da erst im Prozess dieser verpflichtet sei, den geltend gemachten wichtigen Grund im Einzelnen darzulegen und zu beweisen.

Auch die in der Klausel verwendete Zwei-Wochenfrist hält der BGH im Weiteren für zu kurz und damit unwirksam, da in dieser kurzen Zeit der Kunde keine ausreichende Zeit habe zu prüfen, ob er auch mit der Erkrankung die Angebote des Fitnessstudios weiter nutzen könne.

RA Bernd Michalski