

Kretzinger, ZfZ 2007, 302 (im Folgenden: Vorabentscheidung) wie folgt entschieden:

Art. 54 SDÜ ist dahin auszulegen, dass das maßgebende Kriterium für die Anwendung dieses Artikels das der Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen ist, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse; ...

Die von einem Gericht eines Vertragsstaats verhängte Sanktion ist im Sinne von Art. 54 SDÜ ‚bereits vollstreckt‘

worden oder wird ‚gerade vollstreckt‘, wenn der Angeklagte nach dem Recht dieses Vertragsstaats zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist.

Die von einem Gericht eines Vertragsstaats verhängte Sanktion ist im Sinne von Art. 54 SDÜ weder ‚bereits vollstreckt‘ worden noch wird sie ‚gerade vollstreckt‘, wenn der Angeklagte kurzfristig in Polizei- und/oder Untersuchungshaft genommen worden ist und dieser Freiheitsentzug nach dem Recht des Urteilsstaats auf eine spätere Vollstreckung der Haftstrafe anzurechnen wäre.“

## Die Fälligkeit der Ersatzleistung beim Kfz-Sachschaden

Überlegungen aus Anlass der E BGH 18. 11. 2008, VI ZB 22/08, DAR 2009, 79

Von Prof. Dr. Christian Huber, RWTH Aachen

### In Kürze:

*Der BGH hat in der E DAR 2009, 79 die bei den Instanzgerichten umstrittene Frage der Fälligkeit eines auf Ersatz der Reparaturkosten eines Kfz gerichteten Schadenersatzanspruch i.S. des Geschädigten entschieden. Dieser muss nicht 6 Monate auf den ihm zustehenden Ersatz warten; der Ersatzpflichtige muss zahlen, kann aber einen Rückforderungsvorbehalt machen. Veräußert der Geschädigte das Kfz innerhalb von 6 Monaten, muss der Geschädigte die Differenz zwischen der Reparatur- und Totalschadensabrechnung an den Ersatzpflichtigen zurückzahlen, sofern kein sachlicher Grund gegeben ist, der zum Aufrechterhalten seines Integritätsinteresses führt. Der Autor begrüßt das Ergebnis der E und lotet deren Reichweite aus. Vor allem geht er auf die Vielzahl noch offener Fragen ein.*

### A) Maßgebliche Determinanten beim Kfz-Sachschaden

Das Ausmaß der Ersatzfähigkeit des Kfz-Sachschadens ist von mehreren Determinanten abhängig: Anfall der Mehrwertsteuer bei einer Restitutionsmaßnahme (§ 249 Abs. 2 S 2 BGB), Abrechnung auf Reparaturkosten- oder Totalschadensbasis mit Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Namhaftmachung eines höheren Restwertangebots durch den Ersatzpflichtigen,<sup>1</sup> Anforderungen an die Reparaturqualität im Bereich bis 100% des Wiederbeschaffungswertes (verkehrsicher)<sup>2</sup> und in dem bis 130% (umfassend und fachgerecht)<sup>3</sup> samt Zwischenbereich.<sup>4</sup> Relativ jung ist das höchstrichterlich ausgesprochene Erfordernis der grundsätzlichen Behaltdauer des Fahrzeugs von 6 Monaten für die endgültige Zuerkennung der Reparaturkosten – samt merkantilem Minderwert<sup>5</sup> – sowie eine Unterscheidung zwischen konkreter und fiktiver Abrechnung der Reparaturkosten.<sup>6</sup>

Der BGH hat eine – dem Gesetz jedenfalls nicht unmittelbar entnehmbare – Differenzierung vorgenommen: Wenn im Bereich bis 100% der Geschädigte die Reparatur in einer Werkstatt durchführen lässt und die konkreten Aufwendungen verlangt, steht ihm der sich aus der Reparaturkostenab-

rechnung entsprechende Betrag ohne Wenn und Aber zu, während in den sonstigen Fällen (fiktive Abrechnung bis 100% sowie fiktive und konkrete Abrechnung im 130%-Bereich) die 6-Monatsfrist bedeutsam ist. Umstritten war bisher, ob der über die Totalschadensabrechnung – auf Basis des vom Sachverständigen geschätzten Restwertes oder eines vom Ersatzpflichtigen benannten höheren Wertes? – hinausgehende Betrag erst mit Ablauf von 6 Monaten fällig wird oder schon früher. Während die der Versicherungswirtschaft nahestehenden Autoren<sup>7</sup> für ein Hinausschieben der Fälligkeit auf diesen Zeitpunkt plädiert haben, hat der BGH<sup>8</sup> für den Fall der konkreten Abrechnung im 130%-Bereich nun gegenteilig entschieden. In der Besprechung der E soll das Für und Wider beleuchtet werden; vor allem aber sollen die Reichweite der Aussagen der BGH-E sowie weitere damit im Zusammenhang stehende offene Fragen untersucht werden.

### B) Keine Bedeutung der Behaldefrist bei konkreter Abrechnung bis 100%

In der AusgangsE<sup>9</sup> hat der Geschädigte keine wie immer geartete Reparatur vorgenommen und das Fahrzeug innerhalb von 4 Monaten veräußert. In der FolgeE<sup>10</sup> hat er eine Reparatur in einer Fachwerkstätte durchführen lassen und wenige Tage später das Fahrzeug veräußert. In diesem Fall hat der BGH das für die Reparaturkostenabrechnung als unschädlich angesehen. Auf den ersten Blick leuchtet das unterschiedliche Urteil ein. Wenn der Geschädigte wie im Sachverhalt der AusgangsE nichts investiert, soll er sich nicht beschweren, dass man ihn so behandelt, wie er sich tatsächlich verhalten hat. Er

<sup>1</sup> Grundlegend BGH NJW 1992, 903 = DAR 1992, 172; NJW 1993, 1849 = DAR 1993, 251; NJW 2000, 800 = DAR 2000, 159 (Weigel).

<sup>2</sup> BGHZ 154, 395 = NJW 2003, 2085 = DAR 2003, 372.

<sup>3</sup> BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108 = DAR 2005, 266.

<sup>4</sup> BGHZ 162, 170 = NJW 2005, 1110 = DAR 2005, 268.

<sup>5</sup> BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179 = DAR 2006, 441.

<sup>6</sup> BGH NJW 2007, 588 = DAR 2007, 201.

<sup>7</sup> Staab, NZV 2007, 279; Mergner, VersR 2007, 1266; Kallweit, VersR 2008, 895.

<sup>8</sup> BGH DAR 2009, 79.

<sup>9</sup> BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179 = DAR 2006, 441.

<sup>10</sup> BGH NJW 2007, 588 = DAR 2007, 201.

bekommt die Vermögensdifferenz auf Basis einer Ersatzbeschaffung. Wer aber tatsächlich reparieren hat lassen und an die Werkstatt ein Entgelt bezahlt hat, der hat disponiert und Vermögensaufwendungen getätigt, die ihm erstattet werden sollen. Bei näherer Betrachtung bestehen indes Bedenken gegen die Differenzierung.<sup>11</sup> Auch im letzteren Fall führt die Reparaturkostenabrechnung gegenüber der Totalschadensabrechnung typischerweise zu einem deutlich höheren Ersatzbetrag. Und dieser gebührt nach der Abstufung des Restitutionsinteresses eigentlich nur dann, wenn dem Geschädigten am Erhalt seines Fahrzeugs gelegen ist, was gerade nicht der Fall ist.

Da sich der BGH aber festgelegt hat, ist von diesem Eckpunkt auszugehen. Klärungsbedürftig sind wie immer Fallkonstellationen, die einen Deut anders liegen als die vom BGH entschiedenen Sachverhalte. Der BGH sieht das Differenzierungskriterium zwischen konkreter und fiktiver Abrechnung; zudem misst er dem Umstand, dass tatsächlich repariert worden sei, entscheidende Bedeutung zu. Was gilt nun, wenn der Geschädigte in einer Fachwerkstätte reparieren hat lassen, aber auf Basis eines Sachverständigengutachtens abgerechnet hat. Er hat das getan, weil die von ihm betraute freie Werkstatt auf dem Land erheblich weniger verlangt hat, als die Sachverständigenschätzung bei der Reparatur de luxe in der Markenwerkstätte in der Großstadt ergab. Das hat der Geschädigte dem Ersatzpflichtigen auch offen gelegt, indem er die Mehrwertsteuer gemäß § 249 Abs. 2 S. 2 BGB gemäß der Werkstattrechnung verlangte. Soll die fiktive Abrechnung nach tatsächlicher Durchführung der Reparatur bei Veräußerung innerhalb von 6 Monaten nach dem Unfall für den Geschädigten nun zum Bumerang werden? Dann hätte er den womöglich geringfügigen Zuschlag, nämlich die Differenz zwischen tatsächlichen Reparaturkosten und Sachverständigenschätzung, teuer erkaufte, wenn er bei Veräußerung innerhalb der 6-Monatsfrist auf die Totalschadensabrechnung verwiesen werden kann.

Ob diese Rechtsfolge eintritt, ist davon abhängig, ob man den Akzent auf die konkrete Abrechnung oder die tatsächliche Durchführung der Reparatur legt. Es ist nach einer Lösung zu suchen, die sich möglichst harmonisch in das bisherige System einfügt. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt ergibt sich mE bei Verweis auf die Rechtsfolge bei einer nicht umfassenden und fachgerechten Reparatur im 130%-Bereich. Diese ist nach der jüngeren BGH-Judikatur<sup>12</sup> nicht eine Verweisung auf die Totalschadensabrechnung. Vielmehr kann der Geschädigte – jedenfalls bis zum Wiederbeschaffungswert<sup>13</sup> – die durch eine Rechnung nachgewiesenen Ausgaben ersetzt verlangen oder – alternativ – den Wert der Reparatur. Dieser Bewertungsansatz bietet sich auch hier an:

Wenn der Geschädigte im 100%-Bereich zunächst fiktiv abrechnet, eine Reparatur aber tatsächlich durchführen hat lassen und womöglich das auch durch ein entsprechendes Mehrwertsteuerverlangen dokumentiert hat, muss er sich bei Veräußerung innerhalb der 6-Monatsfrist nicht auf die Totalschadensabrechnung verweisen lassen, sondern kann – immerhin – nach Maßgabe der konkret getätigten Aufwendungen für die Reparatur samt merkantilem Minderwert abrechnen. Er verliert somit bloß den Überhang, der sich aus der Differenz der konkreten Aufwendungen und dem sich aus dem Sachverständigengutachten ergebenden Wert ergibt, wird aber nicht auf die Totalschadensabrechnung verwiesen. Da der BGH bei Reparaturdefiziten im 130% Bereich, also bei einer nicht umfassenden und fachgerechten Reparatur, die durch eine Rechnung nachgewiesenen Aufwendungen und den Wert der Reparatur gleich behandelt,<sup>14</sup> wäre es folgerichtig, auch hier so zu verfahren. Dass sich dadurch häufig kein höherer Wert als bei einer Totalschadensabrechnung ergibt, hat eine jüngere E des OLG Düsseldorf<sup>15</sup> eindrucksvoll gezeigt.

### C) Hinausgeschobene Fälligkeit außerhalb der konkreten Abrechnung im 100%-Bereich – die Argumente pro und contra

Die Begrenzung der 6-Monatsfrist in der Ausgangs-E<sup>16</sup> wurde damit begründet, „dass eine längere Frist für die Möglichkeit einer Anrechnung des Restwerts den Schädiger und seinen Versicherer begünstigen bzw. zur Verzögerung der Abrechnung veranlassen könnte und daher dem Geschädigten nicht zumutbar wäre.“ Diese Aussage lässt sich in der Tat in 2-erlei Hinsicht verstehen: Einerseits so, dass eben erst nach 6 Monaten feststeht, ob der Geschädigte den weitergehenden Ersatz nach der Reparaturkostenabrechnung endgültig behalten kann, oder die Differenz zwischen Totalschaden- und Reparaturkostenabrechnung erst nach diesem Zeitpunkt fällig ist.

Für die geschädigtenfreundliche Variante dürfte auch eine Rolle gespielt haben, dass in der nachfolgenden Diskussion deutlich geworden ist, welche Auswirkungen eine hinausgeschobene Fälligkeit zeitigen würde: Der Geschädigte wäre dadurch zu einer entschädigungslosen Vorfinanzierung gehalten;<sup>17</sup> und derjenige, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und dadurch keine Reparatur veranlassen bzw. wegen des Unternehmerpfandrechts der Werkstatt gemäß § 647 BGB sein Fahrzeug nicht auslösen kann, dem soll die Reparaturkostenabrechnung endgültig versagt werden<sup>18</sup> – aus der Sicht der Ersatzpflichtigen ein womöglich durchaus erwünschter Nebeneffekt. Bei diesen dramatischen Konsequenzen half es auch nichts, dass nach Gutsherrenart den wenig begüterten Geschädigten in Aussicht gestellt wurde, dass sie um einen „Verrechnungsscheck bitten“<sup>19</sup> oder bei Dokumentation ihrer schlechten wirtschaftlichen Lage durch Vorlage von Einkommensbelegen ein Gnadensbrot erhalten könnten.<sup>20</sup> Damit würde der Bock zum Gärtner gemacht. Der Ersatzpflichtige, der für den beim Geschädigten eingetretenen Schaden verantwortlich ist, könnte Ersatzleistungen nach seiner Huld gewähren, während so mancher Geschädigte, dessen Fahrzeug vom Schädiger kaputt gemacht wurde, in die Position des Bittstellers gedrängt würde. Beim Stellenwert, den das Fahrzeug im deutschen Schadensrecht genießt, war eine solche Rollenverteilung nicht hinnehmbar. Zudem gebietet das Ausgleichsprinzip, dass der Geschädigten den gesamten Schaden – und nicht weniger – ersetzt bekommt.<sup>21</sup>

Die Bedenken der Haftpflichtversicherer, dass bei Vorleistung und endgültiger Abrechnung nach typischerweise 6 Monaten Komplikationen sich ergeben,<sup>22</sup> hielt der BGH für nicht ausschlaggebend. Mag es auch übertrieben sein, dass das Insolvenzrisiko nur theoretischer Natur sei,<sup>23</sup> so sprechen für eine solche Vorleistung ohne – dingliche – Besicherung folgende Umstände: Selbst bei einem Anspruch auf Vorschuss zur Mangelbeseitigung des Bestellers im Werkvertragsrecht gemäß § 637 Abs. 3 BGB muss der Unternehmer das Insolvenzrisiko des Schuldners tragen. Und insoweit handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, bei dem die

<sup>11</sup> Ch. Huber, NJW 2007, 1625, 1628; Lemcke, r+s 2007, 122.

<sup>12</sup> BGHZ 162, 170 = NJW 2005, 1110 = DAR 2005, 268.

<sup>13</sup> So Greiner, Homburger Tage 2005, 7, 21.

<sup>14</sup> BGHZ 162, 170 = NJW 2005, 1110 = DAR 2005, 268.

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf DAR 2008, 268

<sup>16</sup> BGHZ 168, 43, 48 = NJW 2006, 2179 = DAR 2006, 441.

<sup>17</sup> Kallweit, VersR 2008, 895, 896; BGH DAR 2009, 79 Rdn. 15. Ob diese Prämisse zutreffend ist, muss an dieser Stelle offen bleiben. Sie erscheint jedenfalls äußerst fragwürdig.

<sup>18</sup> Kallweit, VersR 2008, 895, 897.

<sup>19</sup> Richter, SVR 2008, 69.

<sup>20</sup> Kallweit, VersR 2008, 895, 897 unter Hinweis auf die Generosität der Allianz-Versicherung.

<sup>21</sup> So auch Poppe, jurisPR-VerfR 6/2008 Anm. 3 unter Berufung auf den Grundsatz der Naturalrestitution.

<sup>22</sup> Mergner, VersR 2007, 1266.

<sup>23</sup> Eggert, VA 2007, 7, 10.

wechselseitigen Pflichten weitergehende sind als bei einem deliktischen Schadenersatzanspruch.

Dazu kommt der Umstand, dass die Einräumung einer dinglichen Sicherheit am Fahrzeug auf praktische Umsetzungsprobleme stößt. Handelt es sich um ein Fahrzeug im Volleigentum des Geschädigten, könnte eine Besicherung im Wege der Sicherungsübereignung und Übergabe des Fahrzeugbriefs erwägenswert sein. Bei solchen Geschädigten wird das Insolvenzrisiko aber typischerweise nicht so groß sein. Anders verhält es sich, wenn am Fahrzeug ein Dritter, die Bank oder der Händler, Sicherungseigentum bzw. Vorbehalts-eigentum hat und der Fahrzeugbrief bei diesem ist. Dann steht dem Geschädigten gerade kein Sicherungspotential zur Verfügung, das er dem Haftpflichtversicherer anbieten könnte. Und gerade dieser Fall ist es, bei dem sich das Insolvenzrisiko eines potentiellen Rückforderungsanspruchs am ehesten stellt. Ebenso untauglich sind die Überlegungen von Staab,<sup>24</sup> der eine Sicherungsabtretung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung bei vorzeitiger Veräußerung des Fahrzeugs vorschlägt. Einerseits wäre insoweit eine sittenwidrige Übersicherung zu prüfen; andererseits nützt ein solcher Behelf nichts, wenn das Fahrzeug Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises übergeben wird. Es hat daher dabei zu bleiben, dass der Ersatzpflichtige die ungekürzten Reparaturkosten leisten und das Risiko tragen muss, bei Wegfall des Integritätsinteresses den Rückforderungsanspruch nicht durchsetzen zu können.

Eine Rolle mag auch das Verhältnis von Regel und Ausnahme gespielt haben. Wer sein Fahrzeug repariert, tut das im Regelfall, um es selbst weiter zu nutzen, nicht aber, um es kurz darauf abzustoßen.<sup>25</sup> Und selbst wenn es zu einer Veräußerung in der kritischen 6-Monatsfrist kommt, gibt es vielfältige Gründe, nach denen der Geschädigte berechtigt ist, die Möglichkeit der für ihn vorteilhaften Reparaturkostenabrechnung zu erhalten. Die sachliche Berechtigung der Auszahlung der Reparaturkosten spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit der Reparaturkostenrechnung der Werkstätte ist somit im Regelfall gegeben, was dafür spricht, sich daran zu orientieren und nicht am Ausnahmefall.

Ist also das Ergebnis der E somit vollinhaltlich zu billigen, soll in der Folge noch auf 3 Bereiche eingegangen werden, die – dadurch – noch nicht abschließend geklärt sind, nämlich Fälligkeit und Verzug des Schadenersatzanspruchs beim Kfz-Sachschaden (D), die Erstreckung auf weitere Fälle (E) sowie die Rechtsfolgen der Veräußerung des Fahrzeugs innerhalb der Schamfrist (F):

## D) Fälligkeit und Verzug des Schadenersatzanspruchs beim Kfz-Sachschaden

Unter Bezugnahme auf § 849 BGB nimmt der BGH in der Anlans-E<sup>26</sup> an, dass der Schadenersatzanspruch im Zeitpunkt der Rechtsgutsverletzung (arg § 271 BGB: im Zweifel sofort) fällig war, ungeachtet des Umstands, dass der geschuldete Betrag erst durch Gutachten oder Reparaturrechnung festgestellt werden müsse. Im konkreten Sachverhalt spielte das keine Rolle, weil die Fakten unstrittig waren und die Parteien lediglich darüber stritten, ob das Behalten des Fahrzeugs während eines Zeitraums von 6 Monaten Voraussetzung für die Fälligkeit der Zahlung der Reparaturkosten war. Die Äußerung, dass der Anspruch auf Reparaturkosten im Zeitpunkt der Rechtsgutsbeeinträchtigung fällig sei, begegnet indes Bedenken. Der Hinweis auf § 849 BGB vermag das Ergebnis jedenfalls nicht zu tragen. Bei § 849 BGB geht es um eine pauschalierte Entschädigung für die vereitelte Nutzungsmöglichkeit<sup>27</sup> in den Fällen, in denen eine solche nach den besonderen Regeln eines selbst genutzten Fahrzeugs oder einer solchen Immobilie nach den dafür entwickelten Sonderregelungen nicht gegeben ist.<sup>28</sup> Insoweit ist es folgerichtig, dass die Ver-

zinsung dieses Anspruchs mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung zu laufen beginnt.

Bei den Reparaturkosten und beim merkantilen Minderwert verhält es sich anders. Nach der neueren BGH-Judikatur gebühren Reparaturkosten nämlich nur dann, wenn eine Reparatur auch durchgeführt wird.<sup>29</sup> Als Mindestvoraussetzung für das Entstehen des Anspruchs wird man daher die rechtsverbindliche Betrauung der Werkstätte<sup>30</sup> bzw. die Inangriffnahme der Arbeiten bei der Selbstreparatur ansehen müssen. Fällig ist dieser Anspruch, wenn die Reparatur vollendet ist und bei Betrauung der Werkstätte diese die Zahlung verlangt. Das ist aber im Sinn des Geschädigten auch völlig ausreichend, weil eine solche Abfolge ihn in die Lage versetzt, die gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer gerichtete Schadenersatzforderung der Werkstätte zur Besicherung der identischen Entgeltforderung zur Besicherung zu verwenden.

Auch der Wortlaut des § 271 BGB führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Diese Norm gilt zwar auch für den deliktischen Schadenersatzanspruch,<sup>31</sup> der auf Ersatz eines Kfz-Sachschadens gerichtet ist. Dieser – in seiner Ausprägung durch die neuere Judikatur des VI. Senats des BGH – war aber nicht im Zentrum der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers. Und selbst dieser hat angeordnet, dass der Anspruch nur „im Zweifel“ sofort fällig ist. Die Literatur zu § 271 BGB<sup>32</sup> hat herausgearbeitet, dass in den Fällen, in denen der Schuldner die Höhe des Anspruchs nicht kennt, Fälligkeit erst eintritt, wenn er über die Höhe des Anspruchs – typischerweise vom Gläubiger – in Kenntnis gesetzt wird. Das passt auch für den deliktischen Schadenersatzanspruch. Zutreffend ist hingegen die BGH-Aussage, dass es für die Fälligkeit nicht darauf ankommt, ob der Anspruch unstrittig ist; fällig ist er vielmehr auch dann, wenn seine Berechtigung im Prozess noch geprüft werden muss.<sup>33</sup>

Die Fälligkeit ist eine Voraussetzung für den Verzug. „Sobald der Geschädigte über die zur Geltendmachung seiner Forderung erforderlichen Informationen verfügt, kann er prinzipiell den Verzug (§ 286 BGB) des Schädigers bzw. seines Haftpflichtversicherers mit der fälligen Forderung herbeiführen und gegebenenfalls die Verzugsfolgen (§§ 287, 288 BGB) geltend machen.“, soweit die wörtliche Ausführung des BGH in der Anlans-E.<sup>34</sup> Auch dieser Satz bedarf einer Einschränkung: Verzug ist erst gegeben, wenn der Schuldner in zu tretender Weise seine Leistung nicht erbringt. Und das ist bei einem deliktischen Schadenersatzanspruch nicht bereits mit dem Zugang des Anspruchsschreibens gegeben; vielmehr steht dem Haftpflichtversicherer noch eine angemessene Prüfungsfrist von 3 – 4 Wochen zu.<sup>35</sup> Auswirkungen hat das na-

<sup>24</sup> NZV 2007, 279, 281.

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf/VersR 2004, 1620, 1622: Jedenfalls bei einer Privatperson ist das so; anders mag das bei einem Kfz-Händler sein.

<sup>26</sup> DAR 2009, 79 Rdn. 9.

<sup>27</sup> MüKo<sup>4</sup>/Wagner § 849 Rdn. 2; Bamberger/Roth/Spindler (Edition 11) § 849 Rdn. 1.

<sup>28</sup> Zu denken ist bei Fahrzeugen an den Rückgriff eines Zweitfahrzeugs des Geschädigten, die Anschaffung eines Fahrzeugs aus eigenen Mitteln, die Unbenutzbarkeit wegen einer – unfallbedingten – Verletzung oder ein Wohnmobil.

<sup>29</sup> BGH NJW 2005, 2541 = DAR 2005, 508: Abschaffung der 70%-Schwelle. Die Entbehrlichkeit einer Reparatur im 100%-Bereich, wenn die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs nicht beeinträchtigt worden ist, ist dem gegenüber ein besonders gelagerter Ausnahmefall.

<sup>30</sup> Auf diesen Zeitpunkt abstellend OLG Düsseldorf/VersR 2004, 1620, 1621.

<sup>31</sup> Staudinger/Bittner (2001) § 271 Rdn. 3; AnwKomm/Schwab § 271 Rdn. 1.

<sup>32</sup> Staudinger/Bittner (2001) § 271 Rdn. 15; AnwKomm/Schwab § 271 Rdn. 13; Medicus/Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>18</sup> (2008) Rdn. 177.

<sup>33</sup> AA zu Unrecht Bamberger/Roth/Unberath (Edition 11) § 271 Rdn. 19, wo die angemessene Prüfungszeit des Ersatzpflichtigen die Fälligkeit hinausschieben soll. Die verwiesenen E betreffen indes nicht die Fälligkeit, sondern den Verzug.

<sup>34</sup> BGH DAR 2009, 79 Rdn. 9.

<sup>35</sup> OLG Köln/VersR 1974, 268; OLG Saarbrücken NZV 1991, 312; Lemcke, in: van Bührens, Anwaltshandbuch Verkehrsrecht (2003) Teil 3 Rdn. 282; Himmelreich/Halm, Kfz-Schadensregulierung (96. EL) 2008 Rdn. 3125.

mentlich für die Tragung der Prozesskosten bei Klage vor Ablauf dieser Frist sowie die Verzugszinsen.

Der BGH konnte in der Anlass-E<sup>36</sup> dahingestellt lassen, ob die Fälligkeit des Direktanspruchs gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer erst nach Abschluss der nötigen Erhebungen gemäß 11 aF VVG eintritt oder wie gegen den Ersatzpflichtigen sofort, weil der Kläger nicht vor diesem Zeitpunkt Ersatz verlangt hat. ME bezieht sich § 11 aF VVG, dem § 14 VVG 2008 inhaltlich entspricht, aber lediglich auf das Innenverhältnis zwischen Versicherer und VersN.<sup>37</sup> Aus dem Umstand, dass der Geschädigte den Kfz-Haftpflichtversicherer im Wege der Direktklage belangen kann, soll er in jeder Hinsicht so gestellt werden, als hätte er den Ersatzanspruch gegen den Schädiger erhoben. Das gilt nicht nur hinsichtlich der Verjährung (§ 115 Abs. 2 VVG), sondern auch in Bezug auf die Fälligkeit. Bezüglich des davon zu unterscheidenden Verzugs ist eine Zurechnung des Wissens des VersN an den Kfz-Haftpflichtversicherer vorzunehmen, sodass sich letzterer nicht darauf ausreden kann, dass er von seinem VersN unzureichend informiert worden sei.<sup>38</sup>

## E) Erstreckung auf weitere Fälle

Bei konkreter Abrechnung im 100%-Bereich kommt es auf das weitere Behalten des Kfz nicht an. Im 130%-Bereich ist aber auch bei konkreter Abrechnung die 6-Monatsfrist zum Erhalt der Reparaturkostenabrechnung bedeutsam; fällig ist der Anspruch aber schon früher. Es stellt sich die Frage, ob der Umstand, dass der Geschädigte nicht konkret, sondern fiktiv abrechnet, an der Fälligkeit des Anspruchs etwas ändert. Schneider<sup>39</sup> hat das verneint, weil der BGH schon mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung den Anspruch als fällig ansieht, dieser somit von der jeweiligen Reaktion des Geschädigten unabhängig sei. Dieser frühe Fälligkeitszeitpunkt ist indes mE unzutreffend, sodass dieses Argument nicht trägt. Nügel<sup>40</sup> hält die frühere Fälligkeit in den 130%-Fällen eher für gerechtfertigt, weil in diesen der Geschädigte sein Integritätsinteresse – auch bei der fiktiven Abrechnung – durch eine umfassende und fachgerechte Reparatur betätigt habe, während im 100%-Bereich eine Reparaturkostenabrechnung auch dann in Betracht komme, wenn mangels Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit des Fahrzeugs gar keine Reparatur durchgeführt worden sei.

An der Fälligkeit des Schadenersatzanspruchs vermag das mE freilich nichts zu ändern. Insoweit gibt es abgestufte Anforderungen an das Integritätsinteresse, nämlich bis 100 % das Bestehen von Verkehrssicherheit sowie im 130 %-Bereich die Vornahme einer umfassenden und fachgerechten Reparatur. Dass der Geschädigte zunächst Beweisprobleme hat, sein Integritätsinteresse, das Behalten des Fahrzeugs im verlangten Zustand für einen Zeitraum von 6 Monaten, nachzuweisen, soll ihm nicht schaden. Dieser Gesichtspunkt trägt sowohl bei der konkreten als auch der fiktiven Abrechnung.

Entsprechendes gilt für den merkantilen Minderwert. Mitunter wird vertreten, dass dieser gemäß § 849 BGB mit Schadenseintritt fällig sei.<sup>41</sup> § 849 BGB erfasst diesen Schadensposten aber gerade nicht, weil es sich insoweit nicht um einen Nutzungsausfallsschaden, sondern um das restliche Kompensationsinteresse des Substanzschadens handelt. Durch den merkantilen Minderwert werden die Unwägbarkeiten abgedeckt, dass nicht alle Gebrechen entdeckt bzw. diese für den Geschädigten unerkannt nicht ordnungsgemäß behoben worden sind, weshalb der Markt beim Wert für reparierte Fahrzeuge einen Abschlag vornimmt. Da es sich um ein Vermögensminus eines reparierten Fahrzeugs handelt, wird dieser konsequenterweise erst mit Vollendung der Reparatur fällig.<sup>42</sup>

Jenseits der 130% wird dem Geschädigte, dessen Fahrzeug verkehrssicher ist – mit oder ohne Reparatur – und der es in der Folge weiternutzt, eine verkappte Reparaturkosten- bzw. eine privilegierte Totalschadensabrechnung zugestanden.<sup>43</sup> Der Ersatzpflichtige kann den Geschädigten nicht auf einen höheren Restwert verweisen als den, den der Sachverständigen am regionalen Markt ermittelt hat. Auch diese Abrechnungsart gebührt lediglich unter der Voraussetzung der 6-monatigen Weiternutzung des Fahrzeugs.<sup>44</sup> Allerdings ist auch dieser Ersatzanspruch in dem Moment fällig, in dem die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs gegeben bzw. wiederhergestellt worden ist.

## F) Rechtsfolgen der Veräußerung des Fahrzeugs innerhalb der Schamfrist

### I. Worauf kommt es an?

Der Geschädigte kann den auf Basis der Reparaturkosten ermittelten Ersatzbetrag grundsätzlich nur dann endgültig behalten, wenn er das Fahrzeug 6 Monate nach dem Unfall nicht veräußert. Kommt es bloß auf das Behalten, die Nichtveräußerung, an oder ist zusätzlich eine Weiternutzung erforderlich? ME ist der Erhalt der Eigentümer- bzw. Halterposition allein zu wenig.<sup>45</sup> Die gegenüber der Totalschadensabrechnung privilegierte Reparaturkostenabrechnung wird dem Geschädigten eingeräumt, weil er das ihm vertraute Fahrzeug so nutzen möchte wie ohne den Unfall. Das ist der tragende Grund für die erhebliche zusätzliche Belastung des Schädigers. Dann ist es aber folgerichtig, dass der Geschädigte nicht bloß eine formale Position wie die des Eigentümers oder Halters nachweist, sondern die Nutzung wie ohne Unfallereignis.<sup>46</sup>

Die bloße Bescheinigung der Zulassungsbehörde<sup>47</sup> ist daher mE nicht ausreichend. Die Nutzung des Fahrzeugs schließt dessen Einsatz bzw. Bewegung mit ein. Auf eine bestimmte km-Anzahl kommt es aber nicht an.<sup>48</sup> Handelt es sich um ein Zweitfahrzeug, das auch ohne Unfallschaden einige Zeit abgemeldet worden wäre, etwa ein Cabrio während der kalten Jahreszeit, kann das auch nach einer unfallbedingten Reparatur nicht schädlich sein. Im Regelfall muss der Geschädigte aber nachweisen, dass er mit dem reparierten Fahrzeug auch gefahren ist. Eine Reparaturkostenabrechnung wäre demgemäß mE nicht statthaft, wenn der Geschädigte sogleich nach dem Unfall ein Ersatzfahrzeug anschafft, das reparierte Unfallfahrzeug zwischenzeitig verwahrt oder vermietet, um es 6 Monate nach dem Unfall – womöglich unter Einschaltung der Werkstätte, die an der Reparatur verdient hat – zu veräußern.<sup>49</sup>

<sup>36</sup> DAR 2009, 79 Rdn. 10.

<sup>37</sup> So auch Römer in Römer/Langheid, VVG<sup>2</sup> § 11 Rdn. 2.

<sup>38</sup> Fleischmann/Hillmann/Schneider, Das verkehrsrechtliche Mandat II<sup>5</sup> (2009) § 8 Rdn. 373.

<sup>39</sup> zfs 2009, 69, 72.

<sup>40</sup> JurisPR-VerkR 25/2008 Anm. 5 D.

<sup>41</sup> Himmelreich/Halm, Kfz-Schadensregulierung (96. EL) 2008 Rdn. 3165.

<sup>42</sup> Ch. Huber, FS-Welser (2004) 303, 326 f.

<sup>43</sup> BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674 = DAR 2007, 325.

<sup>44</sup> Ch. Huber, NJW 2007, 1625, 1628.

<sup>45</sup> Ch. Huber, NJW 2007, 1625, 1628; Kallweit, VersR 2008, 895.

<sup>46</sup> Pamer, FS-Eggert (2008) 95, 111; aA womöglich Hess, NZV 2006, 460.

Bloß maßgeblich, dass der Restwert nicht realisiert wird.

<sup>47</sup> Zur Überwälzbarkeit der Kosten einer solchen Bescheinigung AG Braunschweig VA 2009, 35.

<sup>48</sup> Pamer, FS-Eggert (2008) 95, 112.

<sup>49</sup> Zu einem solchen Sachverhalt OLG Hamm NZV 1999, 297.

## II. Für die Reparaturkostenabrechnung unschädliche Ereignisse

Selbst wenn der Geschädigte das reparierte Fahrzeug binnen 6 Monaten nach dem Unfall nicht mehr innehat, gibt es Konstellationen, in denen er an der Reparaturkostenabrechnung festhalten und den Differenzbetrag zwischen Reparatur- und Totalschadensabrechnung nicht an den Ersatzpflichtigen zurückzahlen muss. Unstreitig sollte das sein bei einem unfreiwilligen Verlust des Fahrzeugs infolge Diebstahl, Brand oder Zerstörung.<sup>50</sup> Keine Voraussetzung ist mE, dass der Geschädigte diesen Umstand nicht zu vertreten hat.<sup>51</sup> Selbst wenn er bei einem selbst verschuldeten Folgeunfall mit seinem Fahrzeug einen Totalschaden erleidet, ist es mE unzumutbar, ihm deshalb nach erfolgter Reparatur und deren Abrechnung gegenüber dem Schädiger des Erstunfalls die Reparaturkostenabrechnung schlussendlich zu versagen.

Kritischer sind die Fälle, in denen der Geschädigte das Fahrzeug aufgrund eines eigenen Willensentschlusses aus der Hand gibt. Genannt werden die Fälle des Auslaufens des Leasingvertrags sowie der Bestellung eines Neufahrzeugs vor dem Unfall, dessen Lieferung in die 6-Monatsfrist fällt.<sup>52</sup> Dazu kommen Umstände aus der betrieblichen bzw. privaten Sphäre wie Arbeitslosigkeit bzw. eine Verletzung des Eigentümers, Familienzuwachs oder Scheidung. Auch das Unsicherheitsgefühl des Ehegatten nach der Reparatur hat einmal eine Rolle gespielt.<sup>53</sup> Schließlich werden günstige Ankaufs- oder Verkaufsangebote genannt.<sup>54</sup> Bei diesen Fällen hängt es mitunter von den Umständen des Einzelfalles ab, ob sie einen sachlichen Grund darstellen, der zur Aufrechterhaltung der Reparaturkostenabrechnung führt.

Bei einem Zweitschaden wird bedeutsam sein, wie erheblich die Beschädigung ist<sup>55</sup> – eine Schramme am Kotflügel wird wohl nicht ausreichen. Beim Auslaufen des Leasingvertrags oder einem vor dem Unfall getätigten Bestellung eines Neufahrzeugs mit einer gewissen Lieferfrist wird es Konstellationen geben, etwa wenn es um wenige Tage geht, in denen es wirtschaftlich sinnvoll und dem Geschädigten zumutbar sein wird, ein Mietfahrzeug oder ein Interimfahrzeug in Anspruch zu nehmen. Der Vermögensverlust bei Rückgabe des Leasingfahrzeugs ist womöglich viel geringer als die Reparaturkosten, namentlich im 130%-Bereich. Maßgeblich ist dabei die Sicht ex ante, wobei dem Geschädigten ein gewisser Ermessensspielraum zuzubilligen sein wird. Namentlich bei günstigen An- oder Verkaufsangeboten ist darauf zu achten, dass es sich um keine Allerweltsargumente handelt, soll es sich doch um sachlich eng begrenzte Ausnahmen handeln und nicht um eine anwaltliche Kreativitätsprämie für aus der Luft gegriffene und nicht beweisbare Umstände aus der Sphäre des Geschädigten.<sup>56</sup> Man muss kein Prophet sein, um vorherzusehen, dass diesbezüglich noch ein erhebliches Maß an Feinadjustierung in Grenzfällen von den Gerichten vorzunehmen sein wird.<sup>57</sup>

## III. Die Bemessung des Rückforderungsanspruchs

Veräußert der Geschädigte das reparierte Fahrzeug innerhalb von 6 Monaten, steht ihm grundsätzlich kein Reparaturkostenanspruch zu; vielmehr muss sich der Geschädigte auf den sich aus der Totalschadensabrechnung ergebenden Schadenersatzanspruch verweisen lassen. Ist dabei der vom Sachverständigen geschätzte Restwert maßgeblich oder derjenige aus einer Restwertbörse, den der Haftpflichtversicherer dem Geschädigten vor der Reparatur bzw. Veräußerung auf dem Silbertablett präsentiert hat? Eine entsprechende Fragestellung stellt sich für den Nutzungsausfallschaden, wenn die Reparatur länger gedauert hat als eine Ersatzbeschaffung.

Die vielen Zweifelsfragen, welche Veräußerung innerhalb der 6 Monate zu einem Verlust der Reparaturkostenabrechnung führt, sprechen prima vista für ein Abstellen auf den vom Sachverständigen ermittelten Restwert. Dazu kommt, dass der BGH einen vom Haftpflichtversicherer präsentierten höheren Restwert nur dann für maßgeblich ansieht, wenn der Geschädigte vor seiner Disposition davon Kenntnis erlangt hat und von diesem Angebot auch Gebrauch machen konnte. Diese Voraussetzungen sind aber in den vorliegenden Fallkonstellationen nicht erfüllt. Einerseits ist das Fahrzeug tatsächlich instandgesetzt worden, andererseits wurde kein Wrack, sondern ein repariertes Fahrzeug veräußert. Es sprechen deshalb die besseren Gründe dafür, im Rahmen der herrschenden BGH-Rechtsprechung auf den Restwert des Sachverständigen abzustellen. Etwas anderes gilt freilich dann, wenn der Geschädigte die Reparaturkostenabrechnung rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen hat. Das ist dann gegeben, wenn er sogleich ein Ersatzfahrzeug anschafft und das anschließend reparierte Unfallfahrzeug veräußert, um die gegenüber der Totalschadensabrechnung höhere Schadenersatzleistung zu lukrieren.

Darüber hinaus ist das Restwertangebot des Kfz-Haftpflichtversicherers bedeutsam, wenn – bei fiktiver Abrechnung im 100% Bereich bei fehlender Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit – gar keine Reparatur vorgenommen worden ist, weil der Geschädigte insoweit keine Vertrauensdisposition getätigt hat, sowie im Rahmen der verkappten Reparaturkostenabrechnung jenseits der 130%, weil die Veräußerung innerhalb der Schamfrist sonst ohne jegliche Sanktion bleiben würde. Zu beachten ist aber auch dann, dass entweder der historische Wiederbeschaffungswert und der historische Restwert angesetzt werden oder alternativ die aktuellen Werte. Keineswegs angängig ist aber die Abrechnung zu dem infolge der weiteren Abnutzung geringeren Wiederbeschaffungswert mit dem zum Unfallzeitpunkt ermittelten höheren Restwert. Entsprechendes gilt auch für den Nutzungsausfallschaden.

## IV. Ausgestaltung des Rückforderungsanspruchs

Der BGH erwähnt in der AnlassE,<sup>58</sup> dass der Ersatzpflichtige die Differenz zwischen der Totalschaden- und Reparaturkostenabrechnung unter Vorbehalt leisten könne. In der Literatur<sup>59</sup> wurde vorgeschlagen, dass der Ersatzpflichtige die Auszahlung von der Erklärung des Geschädigten ihm gegenüber abhängig machen könne, das Fahrzeug für weitere 6 Monate zu behalten. Ein solches Versprechen bringt aber wenig, weil der Geschädigte seine Meinung ändern kann. Der vom BGH ins Spiel gebrachte einseitig erklärte Rückforderungsvorbehalt nützt dem Ersatzpflichtigen nur dann etwas, wenn der Geschädigte – jedenfalls nach Ablauf von 6 Monaten – auskunftspflichtig ist, ob er das reparierte Unfallfahrzeug weiter benutzt bzw. ohne Verstoß gegen sein Integritäts-

<sup>50</sup> Kappus, NJW 2008, 2184.

<sup>51</sup> AA Wittschier, NJW 2008, 898, 900: Unverschuldeter Totalschaden.

<sup>52</sup> Eggert, VA 2007, 8; Pamer, DAR 2007, 721, 722.

<sup>53</sup> OLG Karlsruhe zfs 1997, 53.

<sup>54</sup> BGH NJW 2008, 437 = DAR 2008, 79; OLG Düsseldorf VersR 2004, 1620, 1622; jeweils abgelehnt wegen unzureichender Substantiierung. Eggert, VA 2007, 8; Pamer, DAR 2007, 721, 722.

<sup>55</sup> Zutreffend Poppe, jurisPR-VerkR 6/2008 Anm. 3: erheblicher Zweitschaden. Ähnlich Pamer, FS-Eggert (2008) 95, 108: kapitaler Motorschaden.

<sup>56</sup> Vgl dazu OLG Hamm NZV 1999, 297: Urlaubsreise mit einem inzwischen Verstorbenen.

<sup>57</sup> VA 2009, 19, 20: Schlussstrich auch jetzt nicht gezogen. Vielzahl neuer Fragen, dogmatische wie praktische; ähnlich Kappus, NJW 2008, 2183, 2185: „Es wird noch einiger Entscheidungen bedürfen, um die Geister, die er (der VI. Senat des BGH) mit der Erfindung der Wartefrist rief, wieder loszuwerden.“

<sup>58</sup> BGH DAR 2009, 79 Rdn. 17.

<sup>59</sup> Pamer, FS-Eggert (2008) 95, 111; Staab, NZV 2007, 279, 281.

interesse inzwischen nicht mehr hat. Völlig zutreffend verweist Schneider<sup>60</sup> darauf, dass eine solche Auskunftspflicht bereits im vorprozessualen Bereich besteht.

Ein Rückgriff auf Treu und Glauben (§ 242 BGB),<sup>61</sup> der letzte Kunstgriff, wenn einem gar keine andere Begründung einfällt, ist mE insoweit gar nicht nötig. Nach der Auszahlung des Schadenersatzbetrags besteht zwischen dem Geschädigten und dem gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherer eine der culpa in contrahendo vergleichbare Sonderbeziehung, aus der sich eine solche Antwortpflicht ableiten lässt. Der Haftpflichtprozess findet in weiterer Folge mit verkehrten Vorzeichen statt. Vom Geschädigten wird man auf Nachfrage des Haftpflichtversicherers eine unverzügliche Antwort (§ 121 BGB) erwarten dürfen, also ohne schuldhaftes Zögern innerhalb eines Zeitraums, der bloß eine Konsultierung des eigenen Anwalts ermöglicht. Wenn der Geschädigte auf eine entsprechende Anfrage des Kfz-Haftpflichtversicherers innerhalb dieser Zeitspanne nicht antwortet und sich erst im Prozess äußert, ist das mit der Tragung der Prozesskosten durch den Geschädigten zu sanktionieren.<sup>62</sup>

Den Geschädigten trifft somit eine sekundäre Darlegungslast.<sup>63</sup> Da aber nicht allein das Behalten für einen Zeit-

raum von 6 Monaten Streitthema ist, sondern auch ein Verlust, eine ins Gewicht fallende Beschädigung bzw. eine die Reparaturkostenabrechnung nicht beseitigende Verfügung während dieses Zeitraums, ist die sekundäre Darlegungslast um diese Fälle zu erweitern.<sup>64</sup> Zu erwägen ist freilich, ob man nicht einen Schritt weiter gehen könnte. Legitim könnte sein, dass der Ersatzpflichtige den Differenzbetrag zwischen Reparaturkosten- und Totalschadensabrechnung berechtigterweise als schuldbefreiend nur mit der Maßgabe erbringt, dass der Geschädigte ihm mitteilen müsse, wenn er das Fahrzeug innerhalb von 6 Monaten nicht weiter nutze. Infolge einer solchen Bedingung müsste der Geschädigte – auch ohne Aufforderung – von sich aus zum jeweiligen Zeitpunkt den Ersatzpflichtigen informieren, was zur Folge hätte, dass ein schuldhafter Verstoß Schadenersatzpflichten zeitigen würde.

<sup>60</sup> zfs 2009, 69, 74.

<sup>61</sup> So Schneider, zfs 2009, 69, 73.

<sup>62</sup> Schneider, zfs 2009, 69, 74.

<sup>63</sup> Ch. Huber, NJW 2007, 1625, 1628; Praxishinweis, VA 2009, 19, 20; Schneider, zfs 2009, 69, 73.

<sup>64</sup> Solche die Reparaturkostenabrechnung bewahrenden Umstände wird der Geschädigte freilich von sich aus offen legen, nachdem er zugestanden hat, dass er nicht mehr Eigentümer bzw. Halter des Fahrzeugs ist.

## Blutentnahme ohne richterliche Anordnung – ein Zwischenfazit

(Zugleich Besprechung der Beschlüsse der Oberlandesgerichte Bamberg (2 Ss 15/09) S. 278; Hamm (4 Ss 466/08) S. 280; Jena (1 Ss 230/08) S. 283 – in diesem Heft)

Von Prof. Dr. Friedrich Dencker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

### 1. Einleitung

Beim Verdacht auf Trunkenheitsfahrten (§§ 316, 315c StGB, 24a StVG) ordneten im abgelaufenen Jahrhundert wohl ausnahmslos Polizeibeamte in Ermittlungsverfahren die Entnahme von Blutproben an, gestützt auf § 81a StPO, ggfs. i.V. mit § 46, Absätze 1 und 4 OwiG. Das geschah im Hinblick auf die Flüchtigkeit des Blutalkohols und die oft fragliche Erreichbarkeit von Staatsanwälten und Richtern wahrscheinlich meistens zu Recht und stets guten Gewissens. (Nach einer großen empirischen Untersuchung über die Inanspruchnahme des Kompetenztitels „Gefahr im Verzug“<sup>1</sup> gab es im Untersuchungsjahr 1971 unter 300 solchen Anordnungen nicht eine richterliche<sup>2</sup>, und die polizeilichen Berichtsformulare enthielten die Anordnung durch die Polizei wegen „Gefahr im Verzug“ bereits vorgedruckt und ohne Raum für eine weitere, tatsächliche Begründung<sup>3</sup>.)

Die Lage veränderte sich zunächst durch eine Entwicklung im tatsächlichen Bereich – die allgemeine Verfügbarkeit mobiler Telefone verkürzte die zuvor erwartbar langen Kommunikationszeiten; der Richter ist nun technisch „im Idealfall binnen ¼ Stunde“<sup>4</sup> zu erreichen. Hinzu kamen höchstrichterliche Entscheidungen, die in zweierlei Hinsicht die Situation beeinflussen.

Zum einen betonte das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit einer Hausdurchsuchung nicht nur die Bedeutung des Richtervorbehaltes sondern unterstrich diese durch „eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Richters, auch durch die Errichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern.“<sup>5</sup> Damit ist je-

denfalls normativ eine richterliche Anordnung, die ja auch fernmündlich ergehen kann, jederzeit in einer so kurzen Zeit zu erreichen, dass im Hinblick allein auf den dadurch gegebenen Zeitverlust und eventuellen Abbau des Blutalkohols „Gefahr im Verzug“ nicht mehr zu begründen ist. Denn in einer Kammerentscheidung übertrug das Verfassungsgericht das, was es zum verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG über die Notwendigkeit organisatorischer Maßnahmen sowie über Begründungs- und Dokumentationspflichten judiziert hatte, auch auf den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt des § 81a StPO.<sup>6</sup>

Zum anderen zog schließlich der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 18. 4. 2007<sup>7</sup> daraus die Konsequenz, in einem Fall grober Missachtung des Richtervorbehaltes bei der Durchsuchung einer Wohnung ein Verwertungsverbot für die dort gewonnenen Beweismittel anzunehmen. Hervorzuheben ist im Hinblick auf die Dogmatik der Verwertungsverbote

<sup>1</sup> Ursula Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980.

<sup>2</sup> S. 299 f.

<sup>3</sup> S. 245.

<sup>4</sup> OLG Stuttgart, NStZ 2008, S. 238, Beschluss vom 26. 11. 2007, 1 Ss 532/07. Das gilt wohl auch dann, wenn man richtigerweise nur dem Staatsanwalt die Befugnis zuerkennt, Anträge ans Gericht zu stellen (vgl. OLG Bamberg, 278, m.w.N.); im Übrigen könnte aber zulässig sein, dass die Staatsanwaltschaft der Polizei insoweit eine – strikt auf Blutentnahmeanträge begrenzte – Vertretungsmacht einräumt. Dieser Frage kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

<sup>5</sup> BVerfGE 103, S. 142ff, 155, Urteil vom 20. 2. 2001, 2 BvR 1444/00.

<sup>6</sup> BVerfG, NJW 2007, 1345f, 1346, Beschluss vom 12. 2. 2007, 2 BvR 273/06.

<sup>7</sup> BGHSt 51, 285ff, 5 StR 546/06.