

## Anforderungen an den Nachweis der Entwendung nach A.2.2.2. AKB 2008 bei einem vermieteten Kfz zugleich Anmerkung zu LG Düsseldorf, DAR 2016, 269 (in diesem Heft)

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verkehrs- sowie Versicherungsrecht Axel Hauser, Köln<sup>1</sup>

### In Kürze

Im entschiedenen Fall setzt sich das LG Düsseldorf neben der Frage der Prozessführungsbefugnis eines Versicherten nach A.2.4 AKB 2008, die hier keine Rolle spielen soll, insbesondere mit den Entwendungstatbeständen des Diebstahls und der Unterschlagung nach A.2.2.2 AKB 2008 bei einem vermieteten Kfz auseinander.

Behandelt wird vom LG darüber hinaus die Frage, wann sich ein Fahrzeug wieder im Gewahrsam des Versicherungsnehmers (VN) befindet. Denn eine Besonderheit des Falls lag darin, dass das abhanden gekommene, von der VN gewerblich vermietete Kfz zunächst in Russland wieder aufgefunden wurde und sodann vor der Rückführung nach Deutschland erneut abhanden kam. Es sollten nach Auffassung der VN damit gleich zwei „Schadensereignisse“ vorgelegen haben, die zu einem Anspruch führen.

Zutreffend kommt das Landgericht zu dem Ergebnis, dass kein versichertes Ereignis vorlag. Verneint wurde in diesem Zusammenhang auch, dass das Abhandenkommen vor der Rückführung nach Deutschland einen zweiten „Schadensfall“ darstellt.

### I. (Erstes) Abhandenkommen im Rahmen des Mietverhältnisses

Bereits das behauptete Abhandenkommen im Rahmen des Mietverhältnisses stellte keinen Versicherungsfall dar. Das Kfz wurde nach Ende der Mietzeit durch den Mieter (Dritten) zwar nicht zurückgegeben. Weder war hierin aber eine versicherte Unterschlagung zu sehen, noch konnten im konkreten Fall ein Diebstahl oder eine Unterschlagung durch einen anderen Dritten angenommen werden.

Vorweg sei an dieser Stelle vor dem Hintergrund der geänderten AKB der allgemeine Hinweis erlaubt, dass die versicherten Alternativen der Unterschlagung und des Diebstahls in den dem Fall zugrunde liegenden AKB 2008 anders als in den aktuellen AKB 2015 noch nicht Gegenstand einer abschließenden Aufzählung waren.<sup>2</sup> Der Oberbegriff der Entwendung war in den AKB 2008 noch ein Auffangtatbestand, der auch dann eingriff, wenn keiner der strafrechtlichen Entwendungstatbestände erfüllt war.<sup>3</sup> Mittlerweile enthalten die AKB an dieser Stelle eine **abschließende** Aufzählung.<sup>4</sup>

### 1. Unterschlagung durch Mieter

Zunächst setzt sich das Landgericht mit der grundsätzlich als versichertes Ereignis in Betracht kommenden Unterschlagung auseinander. Auf die Wiederholung der insofern heranzuziehenden strafrechtlichen Definition wird verzichtet. Es kann auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden.

Eine auf den ersten Blick am nächsten liegende Unterschlagung durch den Mieter wegen der unterbliebenen Rückgabe des Kfz wird vom LG verneint. Hierbei konnte dahin gestellt bleiben, dass das Unterlassen der Rückgabe allein nicht als Manifestation des Zueignungswillens ausreicht, wie das LG mit Verweis auf *OLG Düsseldorf*<sup>5</sup> ausführte.

Denn das Kfz wurde **vermietet**, so dass davon auszugehen war, dass es dem Mieter – wie es regelmäßig der Fall sein wird – „zum Gebrauch im eigenen Interesse“<sup>6</sup> überlassen wurde, vgl. Ziff. A.2.2.2 AKB 2008. Das Landgericht nimmt mithin zutreffend an, dass der Mieter kein tauglicher Täter im Sinne der AKB sein konnte.<sup>7</sup> Hintergrund dieser restriktiven und in der Praxis durchaus zu weitreichenden Konsequenzen führenden Regelungen in den AKB ist, dass das Unterschlagungsrisiko in vorliegender Konstellation deutlich erhöht ist und der Versicherer (VR) nicht dafür haften soll, dass das Vertrauen des VN von einer Person, der er das Fahrzeug freiwillig überlässt, missbraucht wird.<sup>8</sup>

### 2. Diebstahl oder Unterschlagung durch Dritten

In vorgenannter Konstellation, in der das Kfz einer anderen Person „zum Gebrauch im eigenen Interesse“ überlassen wurde, so dass eine Unterschlagung durch diese Person grundsätzlich ausscheidet, steht dem VN gleichwohl die Möglichkeit offen, einen Diebstahl oder eine Unterschlagung durch einen anderen Dritten nachzuweisen, wobei sich hinsichtlich der Beweislast durchaus Streitige Fragen ergeben können, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

#### a) Diebstahl durch Dritten

Dem VN ist es vorliegend wie ausgeführt unbenommen sich auf einen Diebstahl durch einen anderen Dritten, der nicht Mieter ist bzw. dem das Kfz nicht „zum Gebrauch im eigenen Interesse“ überlassen wurde, zu berufen.

<sup>1</sup> RA Axel Hauser ist seit Januar 2012 tätig für die Rechtsanwaltssozietät Halm & Kollegen in Köln mit den Tätigkeitsschwerpunkten des Versicherungs-, Verkehrs- und allg. Haftpflichtrechts. Zudem Autor in Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht (ab 5. Aflg.) und in Halm/Kreuter/Schwab, AKB-Kommentar (ab 2. Aflg.).

<sup>2</sup> Kreuter-Lange in: Staudinger/Halm/Wendt, Fachanwaltskommentar Versicherungsrecht, 2013, AKB 2008 Rdnr. 95; Hauser in: Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, 3. Aflg. 2015, Kap. 23 Rdnr. 170.

<sup>3</sup> Vgl. mit Beispielen Stomper in: Halm/Kreuter/Schwab, AKB-Kommentar, 2. Aflg. 2015, A.2.2.1.1 AKB 2015 Rdnr. 22.

<sup>4</sup> Siehe A.2.2.1.2 AKB 2015, Stand: 19.5.2015.

<sup>5</sup> Urt. v. 16.3.1998 – 2 Ss 33/98 – 14/98 III.

<sup>6</sup> Voraussetzung ist insofern, dass dem späteren Täter eine selbständige Verfügungsmöglichkeit eingeräumt wurde/wird.

<sup>7</sup> Vgl. neben den vom LG zitierten Fundstellen: BGH, Urt. v. 20.1.1993 – IV ZR 277/91; Stomper in: Halm/Kreuter/Schwab, a. a. O., A.2.2.1.2 AKB 2015 Rdnr. 35 m. w. N.; Knappmann in: Pröbbs/Martin, VVG Kommentar, 29. Aflg. 2015, 350 AKB 2008 A.2.2 Rdnr. 14.

<sup>8</sup> Jacobsen in: Feyock/Jacobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung Kommentar, 3. Afl. 2009, A.2 AKB 2008 Rdnr. 52; Stomper in: Halm/Kreuter/Schwab, a. a. O., A.2.2.1.2 AKB 2015 Rdnr. 33 m. w. N.: Neben einem Mieter ist an dieser Stelle z. B. auch an einen Leasingnehmer oder einen Angestellten zu denken, dem der Firmenwagen auch für private Zwecke zur freien Verfügung gestellt wurde.

Steht neben einem versicherten Diebstahl **allein** eine nicht versicherte Unterschlagung im Raum, ist der VN – so auch das *LG* im vorliegenden Fall – grundsätzlich beweispflichtig für den behaupteten Diebstahl.<sup>9</sup> Ihm kommen jedoch die bekannten Beweiserleichterungen zugute, die von der Rechtsprechung zugunsten des VN aufgestellt wurden. Es genügt, wenn der VN das äußere Bild einer Entwendung durch Diebstahl darlegt und beweist.<sup>10</sup>

Die vorliegend dargestellte Beweislastverteilung ist konsequent und allein logisch. Egal ob in vorliegender Konstellation eine Unterschlagung erst gar nicht im Raum steht oder eine nicht versicherte Unterschlagung diskutiert wird, obliegt dem VN der Nachweis des Eintritts des Versicherungsfalls.

Im entscheidenden Fall reichten die Darlegungen der Klägerin nicht aus, um vom äußeren Erscheinungsbild eines Diebstahls auszugehen. Sie versäumte es darzulegen, wann und an welchem Ort das Fahrzeug dem Mieter gestohlen bzw. wann und wo es abgestellt und nicht mehr aufgefunden wurde.<sup>11</sup> Es wurde allein darauf abgestellt, dass die in Russland begehrte Neuzulassung für einen Diebstahl spreche.

Ein Anspruch ließ sich bis zu dieser Stelle mithin weder aus einer etwaigen Unterschlagung durch den Mieter herleiten, noch aus einem vermeintlichen Diebstahl.

#### b) Unterschlagung durch Dritten (der nicht Mieter ist)

Als Anspruchsgrundlage in Betracht kam nach den AKB neben einem Diebstahl grundsätzlich eine Unterschlagung durch einen anderen Dritten als den Mieter. Das *LG* sah wie beim Diebstahl auch in diesem Punkt jedoch keinen ausreichenden Vortrag der Klägerseite. Diese hätte sich allerdings – soweit der tatsächliche Sachverhalt dies hergebehen hätte, was möglich erscheint – z. B. auf die vom *LG* zitierte Rechtsprechung des *OLG Hamm*<sup>12</sup> berufen können, die zu einem Anspruch des VN kommt, wenn neben dem Fall eines möglichen, aber nicht nachgewiesenen Diebstahls und einer nicht versicherten Unterschlagung zugleich eine **versicherte** Unterschlagung durch einen anderen Dritten „*ernsthaft in Betracht zu ziehen ist*“. In dieser Konstellation soll dann nämlich der VR beweisen müssen, dass die nicht versicherte Variante der Unterschlagung vorliegt. Das *OLG Hamm* stellt zur Begründung auf die alte Regelung in § 12 Abs. 1 I b S. 2 AKB ab, die als Ausschluss konzipiert war.

Anders sieht dies das *OLG Düsseldorf*<sup>13</sup>. Hiernach soll der VN in vorgenannter Konstellation darlegen und beweisen müssen, dass der Mieter nicht an der Unterschlagung beteiligt war bzw. ein Fall der versicherten Unterschlagung vorliegt.

Im konkreten Fall brauchte sich das *LG* wie ausgeführt nicht zu entscheiden, da es dem Sachvortrag der Klägerseite keine ausreichenden Anhaltspunkte für den zusätzlichen Fall einer versicherten Unterschlagung entnehmen konnte.

Im Ergebnis hätte nach hiesiger Auffassung auch eine „*ernsthaft in Betracht zu ziehende*“ zusätzlich versicherte Variante der Unterschlagung durch einen anderen Dritten als den Mieter der Klage jedoch nicht zum Erfolg verhelfen können. Denn vorzugswürdig scheint vor dem Hintergrund der neuen AKB 2008 bzw. 2015 die Auffassung des *OLG Düsseldorf*<sup>14</sup>, die Beweislast weiter beim VN zu sehen, da der jetzige Wortlaut zur Unterschlagung nicht mehr als echter Risikoausschluss formuliert ist, den der VR zu beweisen hätte, sondern vielmehr einschränkende Anspruchsvoraussetzung enthält.<sup>15</sup> Wenn die Unterschlagung gem. AKB 2008/2015 „*nur*“ dann versichert ist, wenn dem Täter das Kfz nicht zum Gebrauch „*im eigenen Interesse*“ etc. (s. zu den weiteren Einschränkungen A.2.2.1.2 AKB 2015) überlassen wurde, hat der VN eine versicherte Unterschlagung unter Berücksichtigung

der einschränkenden Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen. Verbleiben Unklarheiten, wie in dem vom *OLG Hamm* entschiedenen Fall, steht also neben einer versicherten Variante der Unterschlagung auch eine nicht versicherte Variante, bleibt der VN für den in den AKB bestimmten Versicherungsfall beweispflichtig.

### 3. Entwendung

Eine Entwendung außerhalb der in den AKB erwähnten Varianten, die als Auffangtatbestand nach den AKB 2008 grundsätzlich noch in Betracht kam (s. o.), schied offenbar völlig aus, da diese an keiner Stelle vom *LG* thematisiert wurde.

Dies erscheint nachvollziehbar, da der Auffangtatbestand nach den alten AKB nur in seltenen Fällen des Abhandenkommens eines Kfz einschlägig war, z. B. wenn der „Täter“ das Kfz einem anderen versehentlich/irrtümlich wegnahm.<sup>16</sup>

## II. (Zweites) Abhandenkommen im Rahmen der Rückführung von Russland nach Deutschland

Eine Entwendung i. S. der AKB 2008 wurde vom *LG* auch hinsichtlich des Abhandenkommens aus dem Polizeigewahrsam in Russland verneint. Das *LG* stellt darauf ab, dass das Kfz nach dem erstmaligen Abhandenkommen wieder in den Gewahrsam der Klägerin gelangt sein müsste. Denn andernfalls würde sich ein (von Klägerseite behaupteter) Diebstahl bei der Polizei nur als Fortsetzung des ersten Ereignisses darstellen, für das gerade kein Versicherungsschutz besteht.

Dies ist zutreffend, da nach den AKB, die die Anspruchsgrundlage für mögliche Ansprüche bilden, allein eine Entwendung versichert ist. Nach der Rechtsprechung des *BGH* setzt eine Entwendung eine objektiv unerlaubte, widerrechtliche Wegnahme voraus, die eine – in der Regel endgültige – wirtschaftliche Entretung des Eigentümers zur Folge hat.<sup>17</sup> Eine Wegnahme (hier lt. Tatbestand als Diebstahl behauptet) definiert sich wiederum als Bruch des **Gewahrsams** gegen den Willen des Berechtigten bei gleichzeitiger oder späterer Begründung neuen Gewahrsam für eine andere Person.<sup>18</sup>

Wenn die Klägerin mithin kein Gewahrsam an dem Kfz wiedererlangt hat, kann sich kein neuer, weiterer Versicherungsfall in Form eines Diebstahls ereignen haben. Sie kann nicht ein zweites Mal wirtschaftlich entretet werden und ihr Gewahrsam verlieren, wenn sie bereits durch das erste Abhandenkommen entretet ist und diese Entretung noch andauert.

<sup>9</sup> *BGH* a. a. O.; so auch *OLG Köln*, Urt. v. 10. 7. 2001 – 9 U 3/99; *LG Düsseldorf*, Urt. v. 9. 4. 2004 – 11 O 619/02.

<sup>10</sup> Näheres zur als bekannt vorausgesetzten Definition und den Beweiserleichterungen siehe Seite 9 des der Anmerkung zugrunde liegenden Urteils und z. B. *Hauser* in: *Himmelreich/Halm/Staab*, a. a. O., Kap. 23 Rdnr. 208 ff.

<sup>11</sup> Siehe Seite 11 des der Anmerkung zugrunde liegenden Urteils.

<sup>12</sup> Urt. v. 25. 2. 2000 – 20 U 151/99.

<sup>13</sup> Urt. v. 26. 9. 2000 – 4 U 208/99.

<sup>14</sup> a. a. O.

<sup>15</sup> Vgl. insofern zum Verständnis der Regelung in den jetzigen AKB 2008/2015 *Stomper* in: *Halm/Kreuter/Schwab*, a. a. O., A.2.2.1. AKB 2015 Rdnr. 248, der i. Ü. jedoch *OLG Hamm* folgt (s. Rdnr. 252); ebenso wohl *Knappmann* in: *Prölls/Martin*, a. a. O., 350 AKB 2008 A.2.2 Rdnr. 14, der trotz der geänderten Formulierung in den AKB bei einer Unterschlagung grundsätzlich von einem versicherten Ereignis ausgeht, so dass der VR die „Ausnahme“ beweisen muss.

<sup>16</sup> S. mit Beispielen *Stomper* in: *Halm/Kreuter/Schwab*, a. a. O., A.2.2.1.2 AKB 2015 Rdnr. 22.

<sup>17</sup> *BGH*, Urt. v. 27. 11. 1980 – IVa ZR 36/80; *Stomper* in: *Halm/Kreuter/Schwab*, a. a. O., A.2.2.1.2 AKB 2015 Rdnr. 21 m. w. N. Daher stellt übrigens die Beschlagnahme durch die Polizei selber keine Entwendung dar (*LG Kleeve*, Urt. v. 10. 12. 2015 – 6 O 36/15).

<sup>18</sup> Vgl. *Fischer*, StGB Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 242 Rdnr. 16.

Wenn sich das Kfz wie vorliegend in polizeilicher Verwahrung in Russland befindet, nachdem es zuvor längere Zeit vollständig der Verfügungsmacht der Klägerin entzogen war, hatte diese – soweit von der Klägerin wohl kaum bestreitbar – kein Gewahrsam mehr. Andernfalls hätte sie schon keinen Diebstahl hinsichtlich der ersten Entwendung behaupten können.

Dass die Klägerin allein dadurch wieder Gewahrsam begründen konnte, dass sich das Kfz in polizeilicher Verwahrung befand, kommt nicht ernsthaft in Betracht. Denn Gewahrsam setzt die vom Herrschaftswillen getragene **tatsächliche Sachherrschaft** voraus.<sup>19</sup> Der Verwirklichung des Willens zur unmittelbaren Einwirkung dürfen hierbei

– wie vom *LG* bereits zitiert – keine Hindernisse entgegenstehen.

Diese Voraussetzungen sind unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falls, auf die ebenfalls abzustellen ist,<sup>20</sup> nicht erfüllt. Denn völlig zutreffend führt das *LG* aus, dass die Rückführung des Kfz selbst nach klägerischem Vortrag noch ausstand und vom Tätigwerden eines Dritten (Rückholservice) abhängig war, der jedoch noch nicht tätig war, als das Kfz bereits aus der Verwahrung verschwunden war.

<sup>19</sup> Fischer, a. a. O., § 242 Rdnr. 11.

<sup>20</sup> Fischer, a. a. O., § 242 Rdnr. 11 m. w. N.

## Prozessuale Voraussetzungen zur Identifizierung des Betroffenen/der Betroffenen anhand eines „Fotos“ und den damit verbundenen Folgen für das Rechtsbeschwerdeverfahren

zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Brandenburg vom 2. Februar 2016, Aktenzeichen (2 B) 53 Ss-OWi 664/15 (6/16) (in diesem Heft DAR 2016, 282)

von Carsten Staub, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verkehrsrecht und Fachanwalt für Strafrecht, Mettmann

### I: Der Ausgangspunkt

Der Beschlusses des OLG Brandenburg vom 2. Februar 2016 verhält sich zu einigen grundsätzlichen Fragen, die regelmäßig bei der Verteidigung von Betroffenen – im Regelfall bei Geschwindigkeits- bzw. Abstandsverstößen<sup>1</sup> aufgrund eines technischen Aufzeichnungsvorgangs – zu beachten sind, wenn es um

- die Identifizierung<sup>2</sup> des Fahrers/der Fahrerin anhand eines „Fotos“<sup>3</sup> und
- weitere sonstige zusätzliche Beweissituationen oder Tatsachen zum Nachweis der Fahrereigenschaft zum Vorfallzeitpunkt

geht. Auch bietet der Beschluss des OLG Brandenburg vom 2. Februar 2016 Gelegenheit

- die formalen Grundlagen der Identifizierung des Fahrers/der Fahrerin in der Hauptverhandlung in praxisnaher Kürze darzustellen und
- die formalen Anforderungen in der Rechtsbeschwerdebegründung zur obergerichtlichen Überprüfung der amtsgerichtlichen Feststellungen zur Identifizierung des Fahrers/der Fahrerin in praxisnaher Kürze aufzuzeigen.

### II: Die taktische Entscheidung der Verteidigung

Zunächst stellt sich die Frage, wie die Verteidigung sich taktisch entscheiden soll, wenn es um die Identifizierung des Fahrers/der Fahrerin anhand eines Fotos geht. Grundsätzlich ist es bei schlechter Bildqualität ausreichend, wenn der/die Betroffene zur Sache keine Angaben machen, denn dann besteht die Pflicht des Amtsgerichts sich von der Identität des/der Betroffenen als Fahrer/Fahrerin zum Vorfallzeitpunkt anhand des vom behaupteten Vorfall gefertigten „Fotos“ Gewissheit zu verschaffen.<sup>4</sup> Es besteht keine Pflicht des/der

Betroffenen sich entlasten zu müssen, diesen Grundsatz hat das OLG Brandenburg in seinem Beschluss vom 2. Februar am Ende deutlich und zu Recht bestätigt (vgl. dazu unten VIII: Keine Pflicht des Betroffenen/der Betroffenen sich entlasten zu müssen).

Es empfiehlt sich aber immer, (Akten-)Einsicht in die Bild- bzw. Filmdateien, hilfsweise die Übersendung eines Fotos in besserer Qualität zu beantragen, um die Eignung der Aufzeichnung vom Fahrer/der Fahrerin zur Identifizierung genau zu prüfen. Regelmäßig ist die Qualität des Originals als Datei deutlich besser, als der Papierausdruck in der Bußgeldakte.<sup>5</sup> Erst danach kann die Verteidigung seriös entscheiden, ob ein Schweigen insgesamt eine erfolgsversprechende Verteidigungstaktik ist.

Wenn seitens des/der Betroffenen insgesamt geschwiegen wird, taucht dann ein Problem auf, wenn – so wie bei

<sup>1</sup> Die Grundsätze zur Identifizierung des Fahrers/der Fahrerin gelten nicht nur bei Bildern, sondern bei allen Aufzeichnungsformen, also auch bei Videoaufzeichnungen z. B. im Brückenabstandsmessverfahren; zur prozessordnungsgemäßen Verweisung vgl. Burhoff in: Burhoff/Grün, Messung im Straßenverkehr, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 229 ff., 236–238.

<sup>2</sup> Vorliegend geht es um die Identifizierung des Fahrers/der Fahrerin anhand einer bildlichen Darstellung und nicht um die Identifizierung anhand einer Wahlgegenüberstellung oder Wahllichtbildvorlage; vgl. dazu ausführlich Staub DAR 2013, 660 ff.

<sup>3</sup> Korrekt ausgedrückt, werden mittlerweile Bild- bzw. Filmdateien und keine klassischen Fotos mehr gefertigt; allerdings erhält die Verteidigung – wenn die Bußgeldakte noch als Papierakte geführt wird – im Regelfall nur Papierausdrucke der Dateien. Da das OLG Brandenburg in seinem Beschluss selbst immer vom Foto schreibt, wird vom Autor auch vorliegend das Wort „Foto“ verwendet.

<sup>4</sup> Dann ist natürlich zwingend der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung gemäß § 73 Abs. 1 OWiG Folge zu leisten, denn der Antrag nach § 73 Abs. 2 OWiG, den Betroffenen/die Betroffene zu verpflichten setzt voraus, dass seine Anwesenheit zur Identifizierung gerade nicht erforderlich ist; vgl. Seitz in: Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 73 Rdnr. 8 m. w. N.

<sup>5</sup> Zu den möglichen Problemen bei der Einsicht in Dateien und den Verteidigungsstrategien vgl. Gübner in: Burhoff, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 4. Aufl. 2014, Rdnr. 2697 f.