

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt in Kiel – Prof. Dr. Rainer Hanau, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer, Rechtsanwalt in Köln – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Berlin – Ingeborg Rakele-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin in Berlin – Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt in Köln.

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Christoph Wenk-Fischer, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

33 2008

Seite 2369–2464

61. Jahrgang

8. August 2008

Richter Dr. Mihai Vuia, Lübeck

Die Ermittlung des „Normaltarifs“ und des „pauschalen Aufschlags“ in der Unfallersatztarif-Rechtsprechung des BGH*

Der VI. Zivilsenat hat seine Rechtsprechung zur Erstattungs-fähigkeit des so genannten Unfallersatztarifs grundlegend neu ausgerichtet. Der folgende Beitrag widmet sich der Frage, auf welcher Grundlage und unter welchen Voraussetzungen ein „pauschaler Aufschlag auf den Normaltarif“ bei der Ermittlung des „betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Mehraufwands“ eines Unfallersatztarifs im Sinne der aktuellen Rechtsprechung in Betracht kommt.

I. Der Unfallersatztarif in der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats

Der Unfallersatztarif zeichnet sich dadurch aus, dass er dem Geschädigten in einer Unfallsituation und damit letztlich auch im Hinblick auf eine (mögliche) Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers angeboten wird. Dem gegenüber steht der Normaltarif, „der für den Selbstzahler Anwendung findet und unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten gebildet wird“¹. In seinem Urteil vom 7. 5. 1996 entschied der VI. Zivilsenat, dass die Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs vom Schädiger grundsätzlich zu erstatten sind². Etwas anderes gelte nur dann, wenn für den Geschädigten ohne Weiteres erkennbar gewesen sei, dass das von ihm ausgewählte Mietwagenunternehmen Tarife verlange, die außerhalb des „Üblichen“ liegen. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt überschritt der geltend gemachte Tarif um circa 25% den Normaltarif³.

Erstmals mit Urteil vom 12. 10. 2004 hat der VI. Zivilsenat eine deutliche Abkehr von seiner bis dahin geltenden Rechtsprechung vollzogen⁴. Danach soll sich ein besonderer Tarif für Ersatzmietwagen entwickelt haben, der nicht mehr maßgeblich von Angebot und Nachfrage bestimmt werde, sondern die Preise durch weitgehend gleichförmiges Verhalten der Anbieter geprägt seien. Der BGH hält die bei einem so genannten Unfallersatztarif gegenüber dem Normaltarif geltend gemachten Zusatzkosten im Rahmen des § 249 II 1 BGB nur noch insoweit für erstattungsfähig, als diese gerade mit Rücksicht auf die Unfallsituation einen gegenüber dem Normaltarif höheren Preis aus betriebswirtschaftlicher Sicht rechtfertigten, weil sie auf „Leistungen“ des Vermieters beruhen, die zu einem aus schadensrechtlicher Sicht als erforderlich zu beurteilenden „Aufwand“ gehörten (sog. Erste

Stufe)⁵. Ein darüber hinausgehender Mehrbetrag soll nur dann zu erstatten sein, wenn und soweit dem Geschädigten ein günstigerer Tarif tatsächlich nicht zugänglich gewesen sei (sog. Zweite Stufe). Die Merkmale des „betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Mehraufwands“ und der „Zugänglichkeit“ stehen dabei im Verhältnis der Alternativität zueinander: Steht die Unzugänglichkeit eines günstigeren Tarifs fest, kann offenbleiben, ob bzw. inwieweit die Mehrkosten betriebswirtschaftlich gerechtfertigt sind oder nicht. Steht dagegen fest, dass ein günstigerer Tarif zugänglich war, muss die Frage der betriebswirtschaftlichen Rechtfertigung geklärt werden, sofern nicht der Schädiger darlegt und gegebenenfalls beweist, dass ein Mitverschulden vorliegt⁶.

Der VI. Zivilsenat geht ohne weitere Darlegungen davon aus, dass sich der Unfallersatztarif nicht unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten gebildet hat⁷. Diese These entbehrt bislang allerdings eines empirischen Nachweises⁸. Gleichwohl ist es im Grundsatz zu begrüßen, dass der BGH die Grenzen der Erstattungs-fähigkeit von Mietwagenkosten aufzeigt. Denn die der Rechtsprechungsänderung zu Grunde liegende Problematik stellt sich ganz allgemein im Schadens-

* Der Autor ist Richter in Schleswig-Holstein, zzt. beim AG Oldenburg (Holstein). – Meiner Frau, Christina Vuia, danke ich für wertvolle Hinweise und Anregungen.

1 BGH, NJW 2007, 3782.

2 BGH, NJW 1996, 1958; zur „Folgerrechtsprechung“ s. Cavada, Die Unfallersatztarife, 2000, S. 29 ff.; zur Entwicklung vor 1996 s. Möller/Durst, VersR 1993, 1070; Nottboff, VersR 1996, 1200.

3 Vgl. BGH, NJW 1996, 1958.

4 BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51; seitdem st. Rspr.: BGH, NJW 2005, 135; NJW 2005, 1043; NJW 2005, 1041; NJW 2005, 1933; NJW-RR 2005, 1371; NJW 2006, 360; VersR 2006, 283 = BeckRS 2006, 00723; NJW 2006, 1506; NJW 2006, 1726 (1727 f.); NJW 2006, 2106; NJW 2006, 2621; NJW 2006, 2693; NJW 2007, 1449; NJW 2007, 1124; NJW 2007, 3782; NJW-RR 2008, 689; NJW 2008, 1519.

5 S. zur Ungenauigkeit der vom Senat verwendeten Begrifflichkeiten C. Huber, NJW 2007, 3783 (3784).

6 BGH, NJW 2007, 3782; NJW 2007, 2916; NJW 2007, 2122.

7 Ebenso I.G. Essen, Ur. v. 9. 3. 2005 – 1 S 153/04, BeckRS 2005, 13132; Buller, NZV 2005, 36; Reitzspieß, DAR 2005, 76; Schiemann, JZ 2005, 1058 (1059); Wolff, ZfS 2006, 248 (249); Griebelnow, NZV 2005, 113 (114); Bücken, DAR 2006, 475; Lemcke, r+s 2005, 45; Wagner, NJW 2006, 2289; a. A. Göhringer, ZfS 2004, 437.

8 Wanning, NZV 2005, 169; Alexander, VersR 2006, 1168 (1171); s. zur Werbewerbsituation Meinig, Gutachten zur Tarifbildung im Unfallersatzgeschäft der Autovermietungsgesellschaften, 2005, S. 6 ff.

recht. Sie liegt darin begründet, dass der Geschädigte keinerlei Anreiz hat, sich kostensparend zu verhalten. Ökonomisch betrachtet verursacht die Anmietung eines Fahrzeugs zu einem überhöhten Unfallersatztarif einen negativen externen Effekt bei dem Schädiger; auf Seiten der Autovermieter besteht das Risiko des „moral hazard“⁹. Dies kann zu einer Übertreibung von Marktpreisen zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft führen¹⁰. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass über den teureren Unfallersatztarif im „Selbstzahlersektor“ unterpreisige Normaltarife angeboten werden können¹¹. Eine solche Quersubventionierung wäre als Marktstörung anzusehen¹². Hier muss die Steuerungsfunktion des Schadensrechts zum Tragen kommen¹³.

Allerdings vermag der vom VI. Zivilsenat eingeschlagene Weg nicht zu überzeugen. Die trotz der zwischenzeitlich ergangenen Urteile nach wie vor bestehenden Unsicherheiten spiegeln sich in den zahlreichen, die Entscheidungen der Instanzgerichte aufhebenden Revisionsentscheidungen wider¹⁴. Es wäre für den Senat ohne Weiteres möglich gewesen, an sein Grundsatzurteil vom 7. 5. 1996 anknüpfend lediglich präzisierend darzulegen, was als außerhalb des „Üblichen“ angesehen werden muss¹⁵. Bei den Sachverhalten, die der BGH nunmehr zu entscheiden hatte (die Unfallersatztarife lagen zwischen 89% und 245% über den Normaltarifen), ließe sich argumentieren, dass diese Grenze jedenfalls überschritten worden ist. Im Übrigen verlässt der BGH mehrere schadensrechtliche Grundsätze¹⁶, indem er dem Geschädigten erweiterte Nachforschungs- und Erkundungspflichten auferlegt. Der Geschädigte ist durch das Schadensereignis jedoch unfreiwillig zum Teilnehmer des Vermietungsmarktes geworden und kann als solcher noch weniger Fragen des Marktgeschehens und der Tarifgestaltung der jeweiligen Anbieter abschätzen¹⁷. Das geschilderte Problem lässt sich interessengerecht nur so lösen, dass die Geschädigten etwaige vertragliche Ersatzansprüche gegen die Mietwagenunternehmen, insbesondere wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten, wie sie vom XII. Zivilsenat¹⁸ entwickelt worden sind, an den Schädiger abzutreten haben, so dass der Streit um die Angemessenheit des Tarifs in diesem Rechtsverhältnis auszutragen ist¹⁹.

II. Die Ermittlung des „betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Mehraufwands“

1. Die betriebswirtschaftliche Rechtfertigung des Unfallersatztarifs

Der VI. Zivilsenat geht zunächst ohne weitere Diskussion davon aus, dass es einen betriebswirtschaftlich gerechtfertigten, durch die Unfallsituation bedingten Mehraufwand geben kann. Verbreitet wird diese Frage indes mit gewichtigen Argumenten verneint²⁰. Albrecht geht sogar davon aus, dass das Unfallersatztarifgeschäft betriebswirtschaftlich günstiger sei²¹.

Nach einem Gutachten von Neidhardt/Kremer sollen sich bei Anbietern im Unfallersatzgeschäft die bei jeder Anmietung anfallenden Grundkosten bereits dadurch erhöhen, dass ein Fuhrpark unterhalten werden muss, der sämtliche Fahrzeugklassen umfasst²². Ob in der Praxis solche Mehrkosten tatsächlich anfallen, erscheint allerdings fraglich, weil sich Geschädigte häufig bereithalten werden, ein klassenniedriges Fahrzeug anzumieten. Ein gewichtiger Aspekt ist indes, dass bei der Anmietung zu einem Unfallersatztarif auf eine Sicherheitsleistung verzichtet wird und die Vermieter damit ein Ausfallrisiko eingehen²³. Dieses betrifft die Risiken verzögerter Zahlungen, das Risiko von Fahrzeugschäden sowie das Fahrleistungsrisiko. Bei der Anmietung als dem für die

Risikobewertung maßgeblichen Zeitpunkt wird regelmäßig die Haftungsfrage, zumindest aber die Haftungsquote kaum einmal, jedenfalls nicht für den Vermieter erkennbar, verlässlich feststehen. Ob sich die hiermit einhergehenden Risiken später realisieren, spielt keine Rolle²⁴. Dem Unfallersatztarif liegt letztlich eine Mischkalkulation des jeweiligen Anbieters zu Grunde, so dass unerheblich ist, ob sich ein bestimmtes Risiko in dem konkreten Anmietungsfall tatsächlich realisiert hat oder unwahrscheinlicher ist, etwa weil die Haftpflichtversicherung bereits vor der Anmietung die Haftungsübernahme für den Schadensfall erklärt hat. Es fehlt auch eine nachvollziehbare Begründung dafür, weshalb der Geschädigte, entgegen den sonst im Schadensrecht geltenden Grundsätzen, gehalten sein soll, diesen Risikozuschlag vorzufinanzieren²⁵. Wenn es im Schrifttum²⁶ heißt, in der Regel könne ein „Durchschnittsbürger“ die Kosten eines Mietwagens über einige Tage hinweg bestreiten, anderenfalls könne er einen Kredit aufnehmen und die Kreditkosten dem Haftpflichtversicherer in Rechnung stellen, fragt sich, welche Bank dem Geschädigten bei fehlenden Eigenmitteln ohne Sicherheiten einen Kredit geben soll. Soweit im Rahmen des § 254 BGB diskutiert wird, ob der Geschädigte zum Einsatz einer Kreditkarte gehalten ist²⁷, erschließt sich ebenfalls nicht, auf welcher Grundlage sich eine dahingehende Obliegenheit ergeben soll. Es ist inkonsequent²⁸, einerseits einen betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Mehraufwand anzuerkennen und andererseits es dem Geschädigten zu untersagen, bewusst auf die Vorfinanzierung zu verzichten und den Unfallersatztarif zu wählen.

- 9 Vgl. H.-B. Schäfer/Ott, Lehrb. der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. (2005), S. 139 f., 322; Herrler, VersR 2007, 582; Rehm, JZ 2007, 786 (787); Alexander, VersR 2006, 1168 (1169).
- 10 Wagner, NJW 2006, 2289; Herrler, VersR 2007, 582; Haertlein, JZ 2007, 68 (74 f.).
- 11 Vgl. LG Freiburg, Urt. v. 9. 2. 2004 – 1 O 131/03; Griebenow, NZV 2005, 113 (114).
- 12 Krit. Wenning, NZV 2005, 169 (170); „Spekulation“.
- 13 G. Müller, ZfS 2006, 1289 sub III 3; Alexander, VersR 2006, 1168 (1171).
- 14 Vgl. Quaisser, NJW-Spezial 2007, 473; C. Huber, NJW 2007, 3783; Reitenpiess, DAR 2007, 345 (346). S. zu Bemühungen von GDV und BAV, eine gemeinsame Abrechnungsbasis zu finden, Wenning, NZV 2007, 173.
- 15 Vgl. AG Hamburg-Harburg, Urt. v. 18. 9. 2006 – 644 C 188/06: 80%; Herrler, Jus 2007, 103 (106): 50%.
- 16 Ebenso C. Huber, NJW 2007, 3783.
- 17 Zutr. Greger, NZV 2006, 1 (5).
- 18 S. nur BGH, NJW 2006, 2618; krit. Rehm, JZ 2007, 786.
- 19 Vgl. BGHZ 132, 373 (381) = NJW 1996, 1958; OLG Nürnberg, SP 2002, 358 (359); AG Hamburg-Harburg, Urt. v. 19. 6. 2005 – 644 C 389/05; Cavada (o. Fußn. 2), S. 94 ff.; Greger, NZV 2006, 1 (5 f.); Freyberger, MDR 2005, 301 (303); Herrler, Jus 2007, 103 (108); ders., VersR 2007, 582; Bücken, DAR 2006, 473; a. A. Unberath, NZV 2003, 497 (499 ff.); Haertlein, JZ 2007, 68 (74 ff.); Rehm, JZ 2007, 786 (787 ff.).
- 20 LG München I, ZfS 2005, 492 (493 f.); J.G. Halle, Urt. v. 13. 5. 2005 – 1 S 225/03; Cavada (o. Fußn. 2), S. 3 ff.; Griebenow, NZV 2005, 113 (114 ff.); Schiemann, JZ 2005, 1058 (1059); Unberath, NZV 2003, 497 (499 ff.); Wagner, NJW 2006, 2289 (2292 f.); ders., NJW 2007, 2149 (2151 f.); Kiebler, ZfS 2005, 109; Diehl, ZfS 2007, 331.
- 21 Albrecht, NZV 1996, 49; dem folgend LG Ravensburg, NJW-RR 2004, 455.
- 22 Neidhardt/Kremer, NZV 2005, 171 (172); s. a. Meinig (o. Fußn. 8), S. 46 ff.; Schlüsler, VersR 2005, 749.
- 23 BGH, NJW 2007, 3782; NJW 2007, 2181; NJW-RR 2008, 689 (690); OLG Jena, OLG-Report 2007, 985; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17. 7. 2007 – 4 O 714/03, BeckRS 2007, 15075; LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 2. 2008 – 20 S 190/06, BeckRS 2008, 11026; LG Dortmund, ZfS 2007, 565; LG Bonn, Urt. v. 10. 10. 2007 – 5 S 39/07, BeckRS 2007, 18394; Alexander, VersR 2006, 1168 (1177).
- 24 Nicht überzeugend Albrecht, NZV 1996, 49 (50).
- 25 Herrler, NZV 2007, 337 (339 f.).
- 26 Wagner, NJW 2006, 2289 (2293).
- 27 BGHZ 163, 19 (26) = NJW 2005, 1933; BGH, NJW 2007, 1676; LG Dortmund, ZfS 2007, 565; LG Coburg, SP 2005, 418.
- 28 Zutr. hierauf hinweisend Wagner, NJW 2007, 2149 (2150).

2. Konkrete Darlegung oder Schätzung des Mehraufwands?

Verbreiter ist dem Geschädigten die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt worden, dass und wie weit die geltend gemachten Mehrkosten betriebswirtschaftlich konkret gerechtfertigt sind²⁹. Es ist offensichtlich, dass dem Geschädigten hiermit eine kaum zu erfüllende Darlegungslast auferlegt wird³⁰. Zum Teil haben die Gerichte Sachverständigengutachten zu dem geltend gemachten Mehraufwand eingeholt. Da auch ein Sachverständiger nicht die konkreten betriebswirtschaftlichen Grundlagen der jeweiligen Mietwagenunternehmen untersucht, enthalten derartige Gutachten lediglich abstrakte Aussagen über die Rechtfertigung von Mehrkosten. Zu welchen unterschiedlichen Ergebnissen es hierbei kommt, zeigen die Ausführungen von *Albrecht*, *Neidhardt/Kremer* und *Meinig*. Anderenfalls müssten Sachverständige die vollständige betriebswirtschaftliche Grundlage des Anbieters untersuchen, was im Hinblick auf die grundgesetzlich geschützte Unternehmensfreiheit der betroffenen Mietwagenunternehmen nicht nur an verfassungsrechtliche Grenzen³¹ stieß, sondern auch praktisch kaum umsetzbar und mit einem unverhältnismäßigen Kostenaufwand verbunden sein dürfte.

Der VI. Zivilsenat hat daher zu Recht schon bald entschieden, dass nicht die Rechtfertigung des Mehraufwands bei dem konkreten Anbieter zu prüfen sei³². Vielmehr sei lediglich zu klären, ob „spezifische Leistungen“ bei der Vermietung an Unfallgeschädigte den Mehrpreis rechtfertigen. Inwieweit dies der Fall sei, habe grundsätzlich der bei der Schadensberechnung nach § 287 ZPO besonders freigestellte Tatrichter zu schätzen, wobei ein „pauschaler Aufschlag auf den Normaltarif“ in Betracht komme³³. Dennoch haben einige Instanzgerichte daran festgehalten, dass der Geschädigte darlegen müsse, aus welchem Grund ein Aufschlag konkret gerechtfertigt sei³⁴. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Die Ausführungen des VI. Zivilsenats zu dieser Frage sind allerdings unklar. Es wird schon nicht deutlich, weshalb der BGH eine konkrete Darlegung nicht „in jedem Fall“ verlangt; ferner ist zum einen von „spezifischen“ Leistungen, zum anderen von einem „allgemein“ zu rechtfertigenden Aufschlag die Rede. In seinem Urteil vom 9. 10. 2007 hat der Senat noch ausdrücklich ausgeführt, es spiele keine Rolle, ob dem Geschädigten persönlich außer der Vorfinanzierung der Mietwagenkosten (die für den Unfallersatztarif ohnehin wesentypisch ist) weitere unfallbedingte Mehrleistungen, die eine Tarifierhöhung rechtfertigten, zugute gekommen seien³⁵. In einem Gegensatz hierzu stehen die Ausführungen in dem Urteil vom 11. 3. 2008³⁶. Dort hatte das Berufungsgericht einen Aufschlag auf den Normaltarif mit dem Argument abgelehnt, dass ein Vortrag zu spezifisch unfallbedingten Leistungen gefehlt habe, allein der Verzicht auf eine Vorauszahlung durch die Vermieterfirma genüge hierfür nicht. Der VI. Zivilsenat hat diese Ausführungen erstaunlicherweise ausdrücklich gebilligt. Will man den prozessökonomischen Sinn der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO indes nicht wieder in Frage stellen, kann die Lösung nur darin bestehen, dass ein pauschaler Aufschlag auf den Normaltarif ohne weitere Darlegungen vorgenommen werden kann³⁷. Anderenfalls könnte der Schädiger die konkreten Darlegungen bestreiten, was wiederum eine Beweisaufnahme erforderlich machen würde. Darzulegen hat der Geschädigte lediglich die Schätzgrundlage, also den Normaltarif für das jeweilige Postleitzahlengebiet. Dass es keiner weiteren Darlegungen durch den Geschädigten bedarf, folgt letztlich wiederum auch daraus, dass der Berechnung des Unfallersatztarifs eine Mischkalkulation zu Grunde liegt. Insbesondere

wird der Tarif nicht für jeden Kunden neu kalkuliert, etwa danach, welche „spezifischen“ Leistungen der Geschädigte konkret in Anspruch nimmt und welche nicht. Dementsprechend kommt es im Rahmen der „Ersten Stufe“ auch nicht darauf an, ob das Fahrzeug in einer besonderen „Drucksituation“ angemietet worden oder der Geschädigte zu einer Vorleistung in der Lage gewesen ist. Dies ist erst im Rahmen der „Zweiten Stufe“ bzw. dem Mitverschuldenseinwand von Bedeutung³⁸.

3. Der Schwacke-Automietpreisspiegel als Schätzgrundlage

a) *Meinungsstand*. Zur Ermittlung des Normaltarifs hat sich zwischenzeitlich die Auffassung durchgesetzt, auf den Schwacke-Automietpreisspiegel (AMP) abzustellen³⁹. Bei diesem werden die Normal- und die Unfallersatztarife dadurch ermittelt, dass bei sämtlichen Vermietstationen aller Autovermieter die Tarife abgefragt werden⁴⁰. Das im AMP so genannte „gewichtete Mittel“ (Modus) bezeichnet den von den Vermietstationen in dem jeweiligen Postleitzahlengebiet am häufigsten genannten Normal- bzw. Unfallersatztarif. Der BGH ist dem im Grundsatz gefolgt⁴¹. Der VI. Zivilsenat hat in seinem Urteil vom 11. 3. 2008⁴² ausgeführt, dass Einwendungen gegen die Grundlagen der Scha-

29 LG Mannheim, SP 2005, 381 (382); LG München I, ZfS 2005, 492; LG Ravensburg, NZV 2005, 534; LG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 1396; AG Gießen, NZV 2005, 534 (535); AG Völs, ZfS 2005, 495; AG Köln, NZV 2005, 536 (537); Griebenow, NZV 2005, 113 (119).

30 Wagner, NJW 2006, 2289 (2292); Bücken, DAR 2006, 475 (476 f.); Haertlein, JZ 2007, 68 (71).

31 Wenning, NZV 2005, 169 (170); Alexander, VersR 2006, 1168 (1176).

32 S. zur Prüfung bei sog. Einheitsstarifen BGH, NJW 2007, 3782; Wagner, NJW 2006, 2289 (2294).

33 BGH, NJW 2006, 1506 (1507); NJW 2006, 1508; NJW 2006, 1726 (1727); NJW 2006, 2621 (2622); NJW 2006, 2693; NJW 2007, 1123; NJW 2007, 1124 (1125); NJW 2007, 2758; NJW 2007, 2916; anders noch BGH, NJW 2005, 51 (53); ahl. Alexander, VersR 2006, 1168 (1177).

34 OLG Brandenburg, Urt. v. 29. 11. 2007 – 12 U 150/07; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 3. 2008 – 1 U 17/08, BeckRS 2008, 07902; LG Chemnitz, SP 2007, 16; LG Bielefeld, Urt. v. 9. 5. 2007 – 21 S 68/07, BeckRS 2007, 14709; LG Hamburg, Urt. v. 31. 5. 2007 – 323 S 39/06; Urt. v. 5. 2. 2007 – 331 S 95/06; LG Erfurt, Urt. v. 23. 8. 2007 – 1 S 102/07; LG Münster, Urt. v. 5. 2. 2008 – 9 S 129/07, BeckRS 2008, 04963; LG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 1396; AG Erfurt, ZfS 2007, 384; AG Erfurt, Urt. v. 30. 8. 2007 – 1 C 2003/06; ebenso Raitenspiess, DAR 2007, 345 (346); Martis/Enslin, MDR 2008, 6.

35 BGH, NJW 2007, 3782.

36 BGH, NJW 2008, 1519 (1520) Rdnt. 18.

37 Ebenso OLG Saarbrücken, Urt. v. 17. 7. 2007 – 4 U 714/03, BeckRS 2007, 15075; OLG Köln, NZV 2007, 199; LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 2. 2008 – 20 S 190/06, BeckRS 2008, 11026; LG Dortmund, ZfS 2007, 565; LG Detmold, Urt. v. 28. 3. 2007 – 10 S 236/06, BeckRS 2008, 08570; LG Bonn, NZV 2007, 362; Wagner, NJW 2007, 2149; durs., NJW 2006, 2289 (2292); Schlüsler, NZV 2007, 391 (392); C. Huber, NJW 2007, 3783 (3784); Wenning, NZV 2007, 173 (174).

38 Vgl. BGH, NJW-RR 2008, 689 (690 f.); Wagner, NJW 2006, 2289 (2291).

39 OLG Köln, Urt. v. 18. 3. 2008 – 15 U 145/07, BeckRS 2008, 10364; OLG Karlsruhe, VersR 2008, 92; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 3. 2008 – 1 U 17/08, BeckRS 2008, 07902; LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 2. 2008 – 20 S 190/06, BeckRS 2008, 11026; LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); LG Bielefeld, Urt. v. 9. 5. 2007 – 21 S 68/07, BeckRS 2007, 14709; LG Offenbach, SP 2007, 399; LG Münchenglöblich, Urt. v. 15. 1. 2008 – 5 S 97/07; LG Lüneburg, Urt. v. 14. 6. 2007 – 14 S 187/06; LG Nürnberg-Fürth, ZfS 2007, 444; LG Bonn, NZV 2007, 362; LG Bonn, Urt. v. 14. 5. 2008 – 5 S 190/05, BeckRS 2008, 10770; LG Münster, Urt. v. 5. 2. 2008 – 9 S 129/07, BeckRS 2008, 04963; AG Erfurt, Urt. v. 30. 8. 2007 – 1 C 2003/06; AG Köln, Urt. v. 9. 1. 2008 – 144 C 212/07, BeckRS 2008, 05060.

40 Hierzu Klein, Bewertung der Erhebungs- und Auswertungsmethoden des Automietpreisspiegels der SCHWACKE-Bewertungs GmbH, 2007, S. 2; abrufbar unter www.statistik.wiso.uni-erlangen.de/forschung/d00081.pdf.

41 BGH, NJW 2006, 2693; NJW 2006, 2106 (2107); NJW 2007, 2916; NJW 2007, 3782.

42 BGH, NJW 2008, 1519 (1520).

densbemessung nur dann erheblich seien, wenn sie sich auf den konkreten Fall bezögen; diesbezüglich vermisste der Senat einen entsprechenden Tatsachenvortrag.

In Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums wird indes bezweifelt, ob speziell der AMP 2006 herangezogen werden kann⁴³. Die Zweifel gründen vielfach darin, dass sich die Normaltarife gegenüber 2003 merklich erhöht haben. In einer Untersuchung aus dem Jahr 2007 ist Zinn basierend auf etwa 15 000 anonym bei 437 Vermietstationen durchgeführten Telefonaten zu dem Ergebnis gekommen, dass die im AMP 2006/2007 genannten Normaltarife zum Teil erheblich über den von den Anbietern genannten Preisen lagen (zwischen 47% und 120,37%)⁴⁴.

Vereinzelte wird davon ausgegangen, der Aufschlag habe sich an den Beträgen über den Nutzungsausfall der Tabelle von Sunden/Danner/Kippersbusch zu orientieren⁴⁵. Der BGH ist dieser Auffassung vornehmlich deshalb entgegengetreten, weil die Vorinstanz einen Aufschlag auf den Normaltarif nicht geprüft hat. Darüber hinaus hat der Senat moniert, dass das LG nicht dargelegt habe, weshalb zur Bestimmung der erstattungsfähigen Mietwagenkosten der dreifache Tagessatz der Nutzungsausfallentschädigung maßgeblich sein soll⁴⁶.

b) *Stellungnahme.* Die gegen die Anwendung des AMP 2006 vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Dass sich die Normaltarife im Vergleich zum AMP 2003 erhöht haben, verwundert in Anbetracht der seit 2004 vollzogenen Rechtsprechungsänderung nicht. Wenn die (naheliegende) These zutrifft, dass die Vermieter die Normaltarife durch überbeurteilte Unfallersatztarife quersubventioniert haben, ist diese Entwicklung geradezu zwingend. Dies bedeutet gleichzeitig, dass der AMP 2003 als Schätzungsgrundlage noch problematischer erscheint. Immerhin hat der BGH darauf abgestellt, dass die Unfallersatztarife nicht maßgeblich von Angebot und Nachfrage bestimmt worden seien. Dann aber ist der AMP 2003, der dieses gestörte Marktgeschehen widerspiegelt, als Schätzungsgrundlage ungeeignet. Daher ist der AMP 2006 als Schätzungsgrundlage zu Grunde zu legen und zwar auch dann, wenn das Schadensereignis im Jahre 2003 oder unmittelbar danach liegt⁴⁷. Die teilweise aufgestellte Behauptung, die Vermieter würden die im AMP 2006 genannten Normaltarife „künstlich“ in die Höhe treiben⁴⁸, entbehrt eines empirischen Nachweises⁴⁹. Noch weniger ist ersichtlich, dass die Preissteigerung (nennenswert) auf bestimmte Großereignisse in dem zu Grunde liegenden Erhebungszeitraum zurückzuführen ist⁵⁰.

Auch die Untersuchung von Zinn stellt die Anwendbarkeit des AMP 2006 nicht in Frage. Denn auf Grund der von Zinn angewendeten Erhebungsmethode ist davon auszugehen, dass in die Untersuchung in nicht unerheblichem Maße Tarife mit Sonderkonditionen eingeflossen sind. Im Rahmen der von Zinn durchgeführten Testanrufe wurden bestimmte Legenden verwendet⁵¹, die sich überwiegend dadurch auszeichnen, dass der (potenzielle) Kunde eine hohe Flexibilität in den Modalitäten der Anmietung aufweist. Dies führt dazu, dass der Vermieter in der Lage ist, weniger ausgelastete Fahrzeuge zu Sonderkonditionen anzubieten⁵². Bei der Anmietung in einer Unfallsituation wird die Inanspruchnahme von Sonderkonditionen dagegen regelmäßig nicht in Betracht kommen. Selbst wenn der Geschädigte zu einer Vorleistung bereit ist, hat er doch Anspruch auf ein klassengleiches Fahrzeug. Auch ist er regelmäßig auf einen bestimmten Anmietungszeitpunkt angewiesen, die Dauer der Anmietung lässt sich nicht immer genau voraussehen. Die Abholung und Rückgabe des Fahrzeugs am Ort der Anmietung wird häufig

nicht möglich sein. Dann aber scheidet auch die Anmietung zu günstigeren Konditionen aus.

Soweit gegen den AMP eingewendet wird, dass dieser keine Internettarife berücksichtige⁵³, überzeugt dies ebenfalls nicht. Der AMP soll den Tarif wiedergeben, der auf dem „freien“, allgemein zugänglichen Markt durchschnittlich von jedem Kunden verlangt wird. Bei Internetangeboten handelt es sich um ein eigenständiges Marktangebot für besondere Nutzergruppen⁵⁴. Diese Angebote werden vor allem darauf angelegt sein, eine möglichst hohe Auslastungsquote zu erreichen. Letztlich wird es mehr oder weniger vom Zufall abhängen, ob der Geschädigte im Internet ein klassengleiches Fahrzeug findet. Eine andere Frage ist, ob Sonderstarife im Rahmen der „Zweiten Stufe“ bzw. des Mitverschuldens zu berücksichtigen sind.

Nicht von der Hand zu weisen sind demgegenüber die grundlegenden Schwächen des AMP aus statistisch-methodischer Sicht. Diese hat Klein jüngst dargelegt; insbesondere ist zu bemängeln, dass dem AMP keine Aussagen über die Höhe des Datenausfalls zu entnehmen sind⁵⁵. Diese Schwächen gelten allerdings gleichsam für den AMP 2003, und es mag sein, dass sie künftig überwunden werden sollten. Es ist aber nicht Sinn und Zweck des § 287 ZPO, eine mathematisch exakte Ermittlung zu ermöglichen. Vielmehr soll die Schätzung „der Wahrheit möglichst nahe kommen“⁵⁶. Solange keine genauere Schätzungsgrundlage vorhanden ist, bestehen daher gegen die Anwendung des AMP aus juristischer Sicht keine durchgreifenden Bedenken⁵⁷. Da in die Erhebung die Nennung sämtlicher Vermietstationen und nicht lediglich der einzelnen Anbieter einfließen, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass im AMP die Marktanteile bei der Gewichtung ausgeblendet werden⁵⁸.

Soweit der BGH jüngst „konkrete Einwendungen“ gegen die „Grundlagen der Schadensbemessung“ verlangt hat, fragt sich, was hierzu „konkret“ vorgetragen werden soll. Wollte man es ausreichen lassen, dass der Schädiger behauptet, der Normaltarif sei abweichend vom AMP im Anmietungszeitpunkt niedriger gewesen und zum Beweis ein Sachverständigengut-

43 LG Chemnitz, Urt. v. 5. 1. 2007 – 6 S 606/05; LG Dortmund, ZfS 2007, 363; LG Erfurt, Urt. v. 23. 8. 2007 – 1 S 102/07; LG Karlsruhe, Urt. v. 20. 6. 2007 – 7 O 333/06; Keitanspiess, DAR 2007, 345 (347); Richter, VersR 2007, 620 (621 ff.); Heß/Buller, NJW-Spezial 2007, 255; Buller, NJW-Spezial 2008, 169.

44 Zinn, Der Stand der Mietwagenpreise in Deutschland im Sommer 2007, 2008, S. 17 ff.

45 LG Freiburg, Urt. v. 9. 2. 2004 – 1 O 131/03; AG Freiburg, NZV 2007, 312; Oswald/Tietz, NJW 2006, 1483 (1484); Wenning, NZV 2005, 169 (170 f.).

46 BGH, NJW 2007, 2916; Diederichsen, DAR 2008, 301 (308); ebenso abl. (mit anderer Begründung) Alexander, VersR 2006, 1168 (1172).

47 Abw. OLG Köln, Urt. v. 18. 3. 2008 – 15 U 145/07, BeckRS 2008, 10364; LG Erfurt, Urt. v. 23. 8. 2007 – 1 S 102/07.

48 LG Chemnitz, Urt. v. 5. 1. 2007 – 6 S 606/05; Richter, VersR 2007, 620 (622).

49 Zu möglichen Ursachen aus statistisch-methodischer Sicht Klein (o. Fußn. 40), S. 10 f., 12.

50 So aber LG Erfurt, Urt. v. 23. 8. 2007 – 1 S 102/07; Fußball- und Handball-WM.

51 Zinn (o. Fußn. 44), S. 24 f.

52 S. zur Tarifstruktur auf dem Selbstzahlersektor Meinig (o. Fußn. 8), S. 31 ff.

53 Richter, VersR 2007, 620 (622); s. a. OLG Dresden, Urt. v. 9. 11. 2005 – 7 U 993/05.

54 Zinn, LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); s. zum Stellenwert der Internetangebote im Unfallersatzgeschäft Meinig (o. Fußn. 8), S. 43 ff.

55 Klein (o. Fußn. 40), S. 2.

56 Musielak/Förster, ZPO, 5. Aufl. (2007), § 287 Rdnr. 9; s. a. LG München-Ladbach, Urt. v. 15. 1. 2008 – 55 97/07.

57 Zinn, OLG Karlsruhe, VersR 2008, 92; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 3. 2008 – 1 U 17/08, BeckRS 2008, 07902; LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); LG Nürnberg-Fürth, ZfS 2007, 444.

58 So aber Richter, VersR 2007, 620 (621).

achten anbieten, würde der durch die Schätzung nach § 287 ZPO erreichte prozessökonomische Gewinn wieder in sein Gegenteil verkehrt. Wenn der Senat einen Sachvortrag die Schätzungsgrundlage selbst betreffend verlangt, bleibt offen, wann sich ein Gericht mit der Methode der Erfassung und der Ermittlung des gewichteten Mittels befassen muss. Die oben dargelegten statistisch-methodischen Schwächen des AMP sind unbestreitbar, stellen jedoch die Anwendung des AMP nicht in Frage.

Schließlich überzeugt auch die Anknüpfung an die Tabelle zur Nutzungsausfallentschädigung nicht. Da es bei der Unfallersatztarifproblematik auch darum geht, einer Quersubventionierung von Normaltarifen entgegenzuwirken, sollte dem Aufschlag auch der „Normaltarif“ zu Grunde gelegt werden.

4. Die Anwendung des „Modus“

Bei der Berechnung des Normaltarifs ist das gewichtete Mittel (Modus) des AMP zu Grunde zu legen⁵⁹. Zwar mögen sich aus statistischer Sicht Bedenken gegen die Anwendung des Modus ergeben⁶⁰. Indes spiegelt sich der am Markt überwiegend geforderte Normaltarif am ehesten im Modus wider⁶¹. Auf einen mathematisch exakt berechneten „durchschnittlichen“ Marktpreis, den das arithmetische Mittel allenfalls wiedergeben könnte, kommt es im Rahmen der Schätzung nicht an. Ob im Weiteren die im AMP aufgeführten Tages-, Drei-Tages- oder Wochentarife zu Grunde zu legen sind, richtet sich danach, ob im Zeitpunkt der Anmietung die Reparaturdauer erkennbar war. Auch wird man berücksichtigen müssen, ob eine Erkundigung über die voraussichtliche Reparaturdauer möglich gewesen ist⁶². Erfolgt die Anmietung „ad hoc“, ohne dass der Geschädigte die voraussichtliche Reparaturdauer überblicken konnte, sind die Tagespreise zu Grunde zu legen⁶³, auch für die „Zusatztage“, wenn und soweit die prognostizierte Reparaturdauer überschritten wird⁶⁴. Das Risiko der Mietzeitüberschreitung verwirklicht sich unabhängig davon, ob es sich um einen Unfallersatztarif handelt. Auch bei Selbstzahlern wird bei einer Überschreitung der vorgesehenen Mietzeit regelmäßig unter Zugrundelegung der Tagesstarife abgerechnet⁶⁵.

5. Die Höhe des „pauschalen Aufschlags“

Zur Höhe des Aufschlags divergieren die Vorschläge und reichen von 20%⁶⁶ über 25%⁶⁷, 30%⁶⁸, 40%⁶⁹ bis zu 50%⁷⁰. Der BGH⁷¹ hat in einem Urteil Bezug genommen auf die so genannte 130%-Grenze. Neidhardt/Kremer gehen davon aus, dass Mehrkosten in Höhe von 80% des Normaltarifs gerechtfertigt sein können. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Untersuchung von einem „Modellunternehmen“ ausgeht. Vor dem Hintergrund, dass in der Praxis vor allem die oben genannten besonderen Risiken im Unfallersatzgeschäft einen Aufschlag rechtfertigen, ist ein solcher in Höhe von 30% regelmäßig als angemessen anzusehen. Es wäre dann an dem Geschädigten, die Grundlagen für einen höheren Aufschlag darzulegen und gegebenenfalls auch zu beweisen.

III. Zusammenfassung

Die aktuelle Rechtsprechung des VI. Zivilsenats führt zu einer unangemessenen Risikoverlagerung auf den Geschädigten. Statt ihn auf Schadensersatzansprüche gegen das Mietwagenunternehmen zu verweisen, sollte der Streit um die Angemessenheit von Unfallersatztarifen in dem Rechtsverhältnis zwischen Schädiger (Haftpfllichtversicherer) und

Mietwagenunternehmen ausgetragen werden. Folgt man dem BGH, kann der Geschädigte zumindest die betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Mehrkosten in Ansatz bringen. Diese sind, ohne dass es weitergehender Darlegungen bedarf, gem. § 287 ZPO durch einen Aufschlag in Höhe von 30% auf den Normaltarif zu bestimmen, der dem AMP 2006 (Modus) zu entnehmen ist.

Es bleibt abzuwarten, ob sich der VI. Zivilsenat der von einigen Instanzgerichten⁷² neuerdings vertretenen Auffassung anschließt, wonach der Mitverschuldenseinwand bereits dann eingreifen soll, wenn dem Geschädigten ein günstigerer (Normal-)Tarif zugänglich gewesen ist. Bislang hat der BGH ein Mitverschulden nur dann für gegeben erachtet, wenn dem Geschädigten ein günstigerer (Normal-)Tarif bekannt und in der konkreten Situation ohne Weiteres zugänglich gewesen ist⁷³. Sollte der Senat den Anwendungsbereich des § 254 BGB ebenfalls ausdehnen, wäre die Erstattungsfähigkeit eines Unfallersatztarifs endgültig zu verneinen⁷⁴, denn es wird in der Praxis selten vorkommen, dass dem Geschädigten ein günstigerer Tarif nicht zugänglich gewesen ist.

- 59 BGH, NJW 2007, 3782; OLG Köln, NZV 2007, 199; OLG Karlsruhe, VersR 2008, 92; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17. 7. 2007 – 4 U 714/03, BeckRS 2007, 15075; OLG Hamm, Urt. v. 9. 1. 2008 – 13 U 71/07, BeckRS 2008, 07741; LG Detmold, Urt. v. 28. 3. 2007 – 10 S 236/06, BeckRS 2008, 08570; LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); LG Freiburg, Urt. v. 7. 2. 2008 – 3 S 278/06, BeckRS 2008, 06426; LG Bonn, NZV 2007, 362; LG Bonn, Urt. v. 14. 5. 2008 – 5 S 190/05, BeckRS 2008, 10770; AG Köln, Urt. v. 9. 1. 2008 – 144 C 212/07, BeckRS 2008, 05060; dagegen auf den Mindestpreis abstellend LG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 1396.
- 60 Hierzu Klein (o. Fußn. 40), S. 3 ff.
- 61 Zut. LG Bonn, Urt. v. 28. 2. 2007 – 5 S 159/06; LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602).
- 62 LG Dortmund, ZfS 2007, 565; LG Bonn, NZV 2007, 362; LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 2. 2008 – 20 S 190/06, BeckRS 2008, 11026; LG Mönchengladbach, Urt. v. 15. 1. 2008 – 5 S 97/07.
- 63 S. hierzu und zu den Grenzen AG Hof, NZV 2007, 149.
- 64 LG Detmold, Urt. v. 28. 3. 2007 – 10 S 236/06, BeckRS 2008, 08570; a. A. LG Bonn, Urt. v. 10. 10. 2007 – 5 S 39/07, BeckRS 2007, 18394.
- 65 Abw. LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); LG Bielefeld, Urt. v. 19. 12. 2007 – 21 S 189/07, BeckRS 2008, 04035; LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 2. 2008 – 20 S 190/06, BeckRS 2008, 11026.
- 66 OLG Köln, NZV 2007, 199; OLG Karlsruhe, VersR 2008, 92; LG Freiburg, Urt. v. 7. 2. 2008 – 3 S 278/06, BeckRS 2008, 06426; LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 2. 2008 – 20 S 190/06, BeckRS 2008, 04035; LG Dortmund, NZV 2008, 93 = ZfS 2007, 565; LG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 1396; LG Chemnitz, Urt. v. 5. 1. 2007 – 6 S 606/05; AG Rheinberg, Urt. v. 21. 2. 2007 – 12 C 207/06; AG Köln, SP 2005, 343; AG Köln, Urt. v. 9. 1. 2008 – 144 C 212/07, BeckRS 2008, 05060.
- 67 OLG Saarbrücken, Urt. v. 17. 7. 2007 – 4 U 714/03, BeckRS 2007, 15075; LG Bonn, NZV 2007, 362 (364); LG Bonn, Urt. v. 28. 2. 2007 – 5 S 159/06; LG Bonn, Urt. v. 10. 10. 2007 – 5 S 39/07, BeckRS 2007, 18394; LG Bonn, Urt. v. 14. 5. 2008 – 5 S 190/05, BeckRS 2008, 10770; AG Bad Hersfeld, Urt. v. 12. 12. 2006 – 10 C 705/05; AG Pforzheim, Urt. v. 19. 12. 2006 – 2 C 360/06.
- 68 LG Detmold, Urt. v. 28. 3. 2007 – 10 S 236/06, BeckRS 2008, 08570; LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); LG Bielefeld, Urt. v. 25. 10. 2006 – 21 S 211/05, BeckRS 2007, 02073; LG Aachen, NZV 2006, 601; LG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 1396; LG Bonn, Urt. v. 6. 11. 2006 – 6 S 110/06, BeckRS 2007, 02611; LG Köln, NZV 2007, 82; LG Köln, Urt. v. 15. 8. 2006 – 11 S 590/05, BeckRS 2007, 15908; LG Lübeck, Urt. v. 14. 6. 2007 – 14 S 187/06; AG Hamburg-Mitte, Urt. v. 4. 1. 2007 – 51 B C 34/05; AG Erkelenz, Urt. v. 1. 2. 2007 – 8 C 307/05; AG Erfurt, ZfS 2007, 384.
- 69 AG Hamburg-Harburg, Urt. v. 18. 9. 2006 – 644 C 188/06.
- 70 AG Hamburg-Mitte, Urt. v. 21. 6. 2005 – 56 a C 29/05.
- 71 BGH, NJW 2006, 360 (361); s. a. Wenning, NZV 2007, 173 (174).
- 72 OLG Köln, Urt. v. 18. 3. 2008 – 15 U 145/07, BeckRS 2008, 10364; LG Bielefeld, NJW 2008, 1601 (1602); LG Bielefeld, Urt. v. 19. 12. 2007 – 21 S 189/07, BeckRS 2008, 04035; LG Münster, Urt. v. 5. 2. 2008 – 9 S 129/07, BeckRS 2008, 04963; abl. AG Oldenburg (Holstein), Urt. v. 27. 3. 2008 – 23 (22) C 99/08, BeckRS 2008, 07982; Herrler, NZV 2007, 337 (339 ff.).
- 73 S. nur BGH, NJW 2006, 2106 (2107); NJW 2006, 360 (361); NJW-RR 2008, 689 (690).
- 74 So Wagner, NJW 2007, 2149 (2150).