

setzt ist, bzw. ob sich derartige Veränderungen wieder zurückgebildet haben.

(2) Es kann teilweise als belegt gelten, andererseits nicht ausgeschlossen werden, dass bei einem gewohnheitsmäßigem (täglichem) Konsum jederzeit unvorhersehbare und/oder plötzliche, vorübergehende Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit oder der Fähigkeit zu verantwortlichen Entscheidungen eintreten können: So kann das subjektive Intoxikationsempfinden infolge Toleranzbildung nicht so stark ausgeprägt sein, so dass das eigene Befinden überschätzt und die noch vorhandene Wirkungsstärke unterschätzt wird. Es kann nicht mit ausreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass bei chronischen Konsumenten im Körper verbliebenes THC die Wirkung einer akuten Dosis verstärkt, wodurch es zu unvorhersehbaren Wirkungen infolge einer unerwartet starken Intoxikation kommen kann. Ferner sind Hangover-Effekte nach dem Konsum möglich, die allerdings auch bei Gelegenheitskonsumenten auftreten können. Es ist anzunehmen, dass die Stärke der jeweils konsumierten Dosis neben der Dauer der akuten Wirkung auch die Dauer der Nachwirkungen im Zeitablauf verlängert, so dass insbesondere beim Konsum starker Dosen Beeinträchtigungen bis zu 24 Stunden oder auch länger anzunehmen sind. Bei gewohnheitsmäßigem Konsum können diese vorübergehenden Effekte möglicherweise infolge Kumulationseffekten auch zu Effekten werden, die solange andauern, wie der gewohnheitsmäßige Konsum andauert. Gerade in diesem Andauern der Nachwirkung kann dann eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für das jederzeitige unvorhersehbare und/oder plötzliche Auftreten einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit von Kraftfahrern (z. B. in plötzlich auftretenden kritischen Fahrsituationen) gesehen werden. Ferner können atypische Rauschverläufe zu unvorhersehbaren Beeinträchtigungen der Fahrtüchtigkeit oder der Fähigkeit zu verantwortlichen Entscheidungen führen. Schwere Cannabiskonsum kann eine toxische Psychose bzw. bei vorbelasteten Personen eine Psychose auslösen. Bezüglich der Auswirkungen konsumierter Mengen gilt, dass mit der Zunahme der konsumierten Mengen auch das Auftreten von unvorhersehbaren und/oder plötzlichen Beeinträchtigungen zunehmen kann (z. B. im Sinne von Kumulationseffekten oder Hangover-Effekten). Die Konsumdauer kann neben der Schwere und Intensität bei Kumulationseffekten, Entzugerscheinungen und plötzlich auftretenden Psychosen eine wichtige Rolle spielen.

(3) Es ist schließlich zu erwarten, dass mit dem Übergang von gelegentlichem zu gewohnheitsmäßigem oder starkem gewohnheitsmäßigem Cannabiskonsum die Bereitschaft und Fähigkeit zum Trennen von Konsum und Fahren – verkehrsbezogen gefährlich – absinken kann. Dies kann durch Daten zu Fahrten unter Drogeneinfluss belegt werden. Die bei Gewohnheitstrinkern feststellbare Tatsache, dass mit der Zunahme der Konsumhäufigkeit, -menge und -dauer auch eine Zunahme der Fahrten unter Einfluss beobachtet werden kann, kann generalisiert werden. Cannabiskonsum kann auch Teil eines polyvalenten Konsummusters sein, was die Bereitschaft oder Fähigkeit zum Trennen von Drogenkonsum und Fahren weiter herabsetzen kann. Drogenkonsum geht überdies in der Regel über begrenzten Genusskonsum hinaus. In Verbindung mit dem angesprochenen polyvalenten Konsum führt dies sicherlich nicht zu einer Erhöhung der Bereitschaft, Drogenkonsum und Fahren zu trennen. Schließlich können Drogenkonsumenten auch als Angehörige einer besonderen Gruppe betrachtet werden, bei der Verkehrsdelinquenz in erhöhtem Maß auftritt. Die hier vermehrt auftretende Anpassungsschwäche impliziert auch eine geringere Anpassung an die normativen Anforderungen des Verkehrsrechts bezüglich der Vermeidung von Fahrten unter Drogeneinfluss.

Dr. Torsten Körber, LL.M (Berkeley), Universität Göttingen

Grundsätzliche Fragen und aktuelle Entwicklung des Anspruchs auf Ersatz der Unfallersatzwagenkosten

Zahlreiche Aspekte des Kostenersatzes für die Unfallersatzwagenanmietung sind trotz einer grundsätzlichen Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1996 nach wie vor unklar und heftig umstritten. Gegenstand der folgenden Untersuchung sind insbesondere die Kriterien für die Feststellung der Erforderlichkeit der Unfallersatzwagenkosten, die rechtliche Bedeutung und der praktische Umfang der sog. „Schadensminderungspflicht“ des Geschädigten und die Frage nach Existenz und Umfang einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Autovermieters.

I. Unfallersatzwagenkosten als Herstellungsaufwand

Die ständige Verfügbarkeit eines Pkw stellt nach ganz h. M. einen geldwerten Vorteil dar. Der Entzug desselben begründet mithin einen Vermögensschaden¹. Der BGH rechnet daher auch die Kosten für die Anmietung eines klassegleichen Unfallersatzwagens für die Reparatur- bzw. Wiederbeschaffungszeit in ständiger Rechtsprechung zum Herstellungsaufwand des Geschädigten, den der Schädiger gem. § 249 S. 2 BGB im Rahmen des Erforderlichen zu ersetzen hat². Der Forderung, den Geschädigten wirtschaftlich so zu stellen, wie er ohne das Schadensereignis stehen würde, wird es am besten gerecht, wenn der Schädiger ihm ein Ersatzfahrzeug zur Verfügung stellt bzw. (realistischer) nach § 249 S. 2 BGB die Kosten für die Anmietung eines gleichwertigen Fahrzeugs durch den Geschädigten trägt³. Voraussetzung für einen Mietwagenkostenerstattungsanspruch ist, dass der Geschädigte den Unfallwagen – sei es selbst oder durch Zurverfügungstellung an eine dritte Person – tatsächlich hätte nutzen können und dürfen⁴ und dass er den Ersatzwagen nach einer bei der Anmietung anzustellenden Prognose voraussichtlich in nennenswertem Umfang (mindestens 20 km/Tag) nutzen wollte⁵.

Im Wege der Vorteilsausgleichung muss sich der Geschädigte ersparte Eigenbetriebskosten grundsätzlich anrechnen lassen⁶. Dies gilt allerdings nach richtiger Ansicht nicht, wenn der Geschädigte ein klassetieferes Fahrzeug anmietet und wenn die dadurch eingesparten Mietkosten den Betrag der Eigenbetriebskosten erreichen bzw. überschreiten. Die (zusätzliche) Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung würde in diesem Falle zu einer unbilligen Begünstigung des Schädigers zu Lasten des Geschädigten führen⁷.

1) Ausführlich zu den Rechtsgrundlagen des Mietwagenkostenerstattungsanspruches Greger, NZV 1994, 337 ff.; Eitzel/Wagner, VersR 1993, 1192, 1193 ff.; Nothoff, VersR 1996, 1200, 1204; ders., VersR 1998, 144, 146.

2) Z. B. BGH, NJW 1985, 793; NJW 1985, 2637; NJW 1985, 2639; NJW 1996, 1958; für eine Subsumtion unter § 251 BGB statt § 249 S. 2 BGB Schiemann, JZ 1996, 1077, 1080.

3) BGH, NJW 1985, 793.

4) Zu letzterem Nothoff, VersR 1996, 1200, 1201 sowie ders., VersR 1998, 144 jeweils m. w. N.

5) Nothoff, VersR 1996, 1200, 1202; Greger, NZV 1994, 337, 338.

6) Berechnungsmethoden und Höhe schwanken. Während das OLG Karlsruhe (DAR 1996, 56) von 3% der Ersatzwagen(miet)kosten ausgeht, setzt das OLG Hamm (r+s 1996, 355) 15% der Ersatzwagenkosten an. Das OLG Düsseldorf (NZV 1998, 248) ermöglicht die Berechnung wahlweise konkret aufgrund der ADAC-Tabelle oder pauschal in Höhe 5% der Ersatzwagenkosten. Vgl. im Einzelnen Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl. 1999, § 249 Rn. 14 a; Nothoff, VersR 1996, 1200, 1201; ders., VersR 1998, 144.

7) OLG Hamm, DAR 1999, 261; OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 664 = NZV 1995, 108; NJW-RR 1996, 984; Palandt/Heinrichs, BGB, § 249 Rn. 14 a; a. A. allerdings noch BGH NJW 1967, 552, 553.

Mietet der Geschädigte von sich aus ein Fahrzeug zu einem ungewöhnlich günstigen Tarif an (etwa wegen besonderer persönlicher Beziehungen zu einem Vermieter), begnügt er sich mit einem kassetiefen und daher billigerem Fahrzeug oder verzichtet er gänzlich auf eine Ersatzwagenanmietung, so kann er keinen Geldersatz bis zur Höhe der theoretisch erforderlichen Ersatzwagenkosten verlangen. Eine Übertragung der Grundsätze zur fiktiven Schadensberechnung auf die Ersatzwagen(miet)kosten lehnt der BGH ab⁸. Wird kein Ersatzwagen angemietet, so kommt nur eine Nutzungsauffallentschädigung in Betracht, die in der Regel nach der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch⁹ berechnet wird¹⁰.

Nach § 3 Nr. 1 PflVG besteht ein paralleler, unmittelbarer Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung des Schädigers. Der Schädiger und seine Versicherung haften nach § 3 Nr. 2 PflVG als Gesamtschuldner.

II. Maßstäbe für die Bestimmung der Erforderlichkeit der Ersatzwagenkosten

Als erforderlich im Sinne des § 249 S. 2 BGB werden grundsätzlich die Kosten angesehen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten aufwenden würde¹¹. Die Erforderlichkeit ist im Wege einer ex ante-Betrachtung der Situation bei Vertragsschluss zu ermitteln. Das Prognoserisiko trägt grundsätzlich der Schädiger¹². Die Erforderlichkeit entfällt also nicht dadurch, dass der Geschädigte nach Vertragsschluss durch den Versicherer auf einen günstigeren Autovermieter hingewiesen wird. Dem Geschädigten ist in diesem Falle grundsätzlich auch nicht zuzumuten, sich von dem wirksamen Vertrag zu lösen und einen Wagen bei dem billigeren Anbieter anzumieten¹³.

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit ist jedoch der Rechtsgedanke des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB anzuwenden¹⁴: Wenn und soweit der Geschädigte die Höhe der Kosten für die Schadensbeseitigung beeinflussen kann, ist er unter dem Gesichtspunkt der „Schadensminderungspflicht“ gehalten, im Rahmen des Zumutbaren den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbeseitigung zu wählen¹⁵. Daraus leitet die Rechtsprechung unter bestimmten Umständen „eine gewisse Erkundigungspflicht“ des Geschädigten vor Anmietung eines Unfallersatzwagens ab¹⁶, deren Bedeutung und Umfang heftig umstritten sind¹⁷.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

a) Uneinheitliche instanzgerichtliche Rechtsprechung bis 1996

Die Rechtsprechung zur Bestimmung der erforderlichen Ersatzwagenkosten war bis zu einer grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1996 uneinheitlich. So verweigerte etwa das OLG Hamm den Unfallgeschädigten regelmäßig einen Anspruch auf vollen Ersatz ihrer Ersatzwagenkosten, wenn sie den Wagen zu einem sog. „Unfallersatztarif“ angemietet hatten, ohne von sich aus nach günstigeren Normal- und Pauschaltarifen zu fragen. Das OLG Hamm hielt in diesem Fall nur den jeweils günstigsten Pauschaltarif des Autovermieters für erforderlich¹⁸. Das OLG München berechnete demgegenüber die erforderlichen Kosten pauschal auf der Grundlage einer Verdreifachung der Werte der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch über die Nutzungsauffallentschädigung für Pkw¹⁹.

Dagegen betonte das OLG Stuttgart, der Geschädigte habe vor der Anmietung eines Fahrzeugs nicht erst Marktforschung zu betreiben. Nur wenn für ihn ohne weiteres erkennbar sei, dass die Tarife des Autovermieters ausserhalb des Üblichen lägen, dürfe der Geschädigte den Vertrag nicht zu diesen Konditionen abschließen. Eine Pflicht, sich von sich aus nach günstigeren Pauschaltarifen zu erkundigen, bestehe nicht²⁰.

Ähnlich geschädigtenfreundlich urteilten auch die Oberlandesgerichte Frankfurt²¹ und Karlsruhe²².

Unstimmigkeiten bestanden sogar innerhalb einzelner OLG-Bezirke. So ging der 3. Zivilsenat des OLG Nürnberg jedenfalls bei langer Mietdauer und Kosten von über 8000 DM von einer Obliegenheit des Geschädigten aus, sich nach günstigen Pauschaltarifen zu erkundigen. Der Senat verweigerte dem Geschädigten, einen über den von der Versicherung bereits gezahlten Betrag hinausgehenden Anspruch, weil er bei Einziehung entsprechender Erkundigungen Tarife hätte entdecken können, die zu einer Verbindlichkeit unterhalb des bereits erstatteten Betrages geführt hätten²³. Dagegen lehnte der 4. Zivilsenat des OLG Nürnberg eine generelle Pflicht des Unfallgeschädigten, sich nach Sonder- oder Pauschaltarifen zu erkundigen ab, da von einer allgemein verbreiteten Kenntnis der Existenz solcher Tarife neben Unfallersatztarifen nicht ausgegangen werden könne²⁴.

b) Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1996

Eine Revision gegen ein Berufungsurteil des OLG München gab dem BGH Gelegenheit, in grundsätzlicher Form Stellung zu dem angesprochenen Problem zu nehmen²⁵. Gegenstand der Entscheidung war die Anmietung eines BMW 316 i durch einen Unfallgeschädigten zu einem Tagesatz von 330 DM für die Zeit von 14 Tagen. Dieser Tarif war nach einer dem Kläger von der Reparaturwerkstatt vorgelegten Tabelle der günstigste Unfallersatztarif. Die grundsätzliche Befugnis zur Anmietung eines Ersatzwagens für die betreffende Zeit und die Klassegleichheit des angemieteten Fahrzeugs standen ausser Streit. Gleichwohl verwehrt das OLG München dem Kläger vollen Ersatz der Mietwagenkosten mit der Begründung, er habe nicht einfach der ihm vorgelegten Tabelle vertrauen dürfen, sondern hätte sich selbst bei anderen Autovermietern sowie nach ausserhalb des Unfallersatzgeschäfts angebotenen Normaltarifen erkundigen müssen. Dies zu unterlassen, stelle ein schuldhaftes Verhalten dar, so dass nur ein pauschalierter, dem dreifachen Satz der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch entsprechender Betrag zu ersetzen sei²⁶.

Der BGH betonte dagegen, der Geschädigte müsse keine Marktforschung betreiben, um das günstigste Angebot aufzu-

8) BGHZ 45, 212, 220 f.; 56, 214, 215; BGH, NJW 1987, 50 m. Anm. Rauscher, Greger, NZV 1994, 337, 340.

9) Abgedruckt in NJW 1999, 2238 ff.

10) BGHZ 56, 214, 217.

11) BGH, NJW 1975, 160; NJW 1975, 255; NJW 1985, 793, 794.

12) BGH, NJW 1985, 793, 794; Nothoff, VersR 1996, 1200, 1204; ders., VersR 1998, 144, 146.

13) So zu Recht auch AG Freiburg, DAR 1999, 172.

14) BGH, NJW 1996, 1958. Ob dafür im Rahmen des § 249 S. 2 BGB überhaupt ein Bedürfnis besteht, erscheint fraglich; denn der Geschädigte kann nach dieser Norm, wenn er statt der Naturalrestitution Geldersatz wählt, ohnehin nur den dazu „erforderlichen“ Geldbetrag verlangen.

15) BGH, NJW 1985, 2639.

16) BGH, NJW 1985, 2639 m. w. N.

17) Vgl. etwa Rixecker, NZV 1991, 369 ff.; Etzel/Wagner, VersR 1993, 1192, 1194 f.; Freyberger, MDR 1996, 1091 ff.; Nothoff, VersR 1998, 144, 145 f.; grundsätzlich gegen eine Schadensminderungspflicht bei deliktischen Schadensersatzansprüchen Wortmann, zfs 1999, 1 ff.

18) OLG Hamm, r+s 1996, 355; NJW-RR 1994, 923 = NZV 1994, 358; NZV 1993, 189; ähnlich OLG Köln NJW-RR 1993, 1053; VersR 1996, 121.

19) OLG München, DAR 1995, 254 = NZV 1995, 355.

20) OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 921.

21) OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 664.

22) OLG Karlsruhe, DAR 1993, 229; vgl. auch jüngst OLG Düsseldorf NZV 1998, 248.

23) OLG Nürnberg, NZV 1994, 24, 25.

24) OLG Nürnberg, NZV 1994, 479.

25) BGH, NJW 1996, 1958 = BB 1996, 2213 m. abl. Anm. Hootz = MDR 1996, 793 m. abl. Anm. Freyberger, MDR 1996, 1091 = JZ 1996, 1075 mit Anm. Schiemann.

26) Wiedergabe nach BGH, NJW 1996, 1958.

spüren und ließ offen, ob überhaupt eine „Erkundungspflicht“ besteht, wenn das Ersatzfahrzeug voraussichtlich nur für ein bis zwei Wochen benötigt wird. Die Ersatzwagenkosten seien nämlich, auch wenn der Geschädigte keine Vergleichangebote einhole, bereits dann zu ersetzen, wenn nicht ohne weiteres erkennbar sei, dass sie ausserhalb des Üblichen lägen²⁷; der Mietvertrag bilde dabei ein Indiz für die Erforderlichkeit²⁸; insbesondere treffe den Geschädigten keine Pflicht, von sich aus die vielfältigen Tarife (Freizeit-, Pauschal-, Grund-, Wochen-, Monats-, Unfallersatztarif usw.) des Autovermieters miteinander zu vergleichen. Werde ihm ein Unfallersatztarif angeboten, so sei er nicht zur Suche nach einem günstigeren Sondertarif verpflichtet²⁹. Den Ansatz einer pauschalierten Berechnung der Entschädigung auf der Grundlage der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch wies der BGH ausdrücklich zurück und betonte, der zu zahlende Schadensersatzbetrag bemesse sich, wenn der Geschädigte einen Ersatzwagen anmieten durfte und dies auch getan habe, nach den im konkreten Fall objektiv erforderlichen Mietwagenkosten (d. h. im zu entscheidenden Fall nach dem zwischen Geschädigten und Autovermieter vereinbarten Unfallersatztarif³⁰).

Der BGH bestätigte damit einen dreistufigen Ansatz, den Greger schon 1994 aus der BGH-Rechtsprechung abgeleitet hatte³¹: Auszugehen ist nicht etwa von der Markterkundungsobliegenheit des Geschädigten, sondern vom Vertragspreis, der die Erforderlichkeit der Ersatzwagenkosten indiziert, wenn und soweit sich aus dem Vertrag nicht ein anderes ergibt³² (1. Stufe).

Wird die Erforderlichkeit im Prozess vom Schädiger oder von dessen Versicherung in Frage gestellt, so muss der Geschädigte, um seiner Darlegungslast im Rahmen des § 287 ZPO Genüge zu tun, vortragen und belegen, dass die Ersatzwagenkosten nicht *deutlich* aus dem üblichen Rahmen fallen. Gelingt ihm dies, so sind sie auch dann zu erstatten, wenn er vor der Anmietung keine Preisvergleiche angestellt hat (2. Stufe).

Erst wenn der vereinbarte Ersatzwagenpreis objektiv deutlich oberhalb des üblichen Rahmen liegt, wenn der Geschädigte also an ein „schwarzes Schaf“ unter den Autovermietern geraten ist, obliegt es ihm, darzutun, dass der überhöhte Preis ihm trotz Einholung eines oder mehrerer Vergleichsangebote nach seinen Möglichkeiten verborgen geblieben ist. Nur in diesem Fall kommt also die Markterkundungsobliegenheit des Geschädigten ins Spiel. Dabei sind nach der BGH-Rechtsprechung sogar die individuellen Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Geschädigten zu berücksichtigen³³. Wenn der Geschädigte seiner Markterkundungsobliegenheit entsprochen hat, ist letztlich nicht mehr entscheidend, ob die Ersatzwagenkosten objektiv erforderlich waren, sondern ob er sie nach seinen Möglichkeiten für erforderlich halten durfte³⁴. In diesem Fall sind ihm sogar deutlich aus dem üblichen Rahmen fallende Ersatzwagenkosten zu ersetzen (3. Stufe).

Die Verletzung der Erkundungsobliegenheit geht also – im Verhältnis zum Schädiger³⁵ – nur dann zu Lasten des Geschädigten, wenn der vereinbarte Mietpreis deutlich aus dem üblichen Rahmen fällt. Der Geschädigte hat in diesem Fall auch das Risiko dafür zu tragen, dass sich nicht aufklären lässt, ob er möglicherweise auf einen deutlich günstigeren Anbieter gestoßen wäre. Nur in diesem Fall erscheint eine Reduzierung des Ersatzanspruchs nach Maßgabe eines Mittelwerts der im üblichen Rahmen liegenden Tarife gerechtfertigt.

c) Weiterhin abweichende instanzgerichtliche Entscheidungen

Die Entscheidung des BGH hat Zustimmung³⁶, aber auch heftige Kritik in der Literatur hervorgerufen³⁷. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung verweigerte dem BGH zum Teil die Gefolgschaft. Das LG Freiburg etwa betonte, die Entscheidung des BGH gelte nur für die ihr zugrundeliegende Situation des Jahres 1993 und sei schon auf das Jahr 1995 nicht

mehr ohne weiteres übertragbar³⁸. Diese Ansicht ist unzutreffend. Der BGH hat seine Rechtsprechung erst kürzlich (im Oktober 1998) in einem anderen Zusammenhang bekräftigt³⁹.

In der Sache führe das LG Freiburg aus, der Verstoß des Geschädigten gegen seine Erkundungspflicht führe zwar nicht dazu, dass nur der billigste Tarif zu ersetzen sei. Doch lasse sich in einem solchen Fall nicht feststellen, an welchen Vermieter der Geschädigte bei tatsächlicher Einziehung von Erkundigungen geraten wäre. Folglich könne der Geschädigte, die tatsächlich aufgewandten Kosten nur ersetzt verlangen, wenn und soweit er darlege, dass diese üblich seien. Diese Möglichkeit scheidet aber aus, wenn die auf dem Markt angebotenen Preise weit auseinanderklaffen. Ein Verstoß gegen die Erkundungspflicht bei Anmietung eines Ersatzfahrzeugs führe in einem solchen Fall dazu, dass nur ein Mittel- oder Zwischenpreis als üblicher Mietpreis ersatzfähig sei. Bei der Feststellung dieses Mittelwertes dürfe im Interesse einer prozessökonomischen Streiterledigung kein übertriebener Aufwand getrieben werden, vielmehr könne eine großzügige Schätzung vorgenommen werden, wofür sich als Grundlage der dreifache Satz der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch anbiete⁴⁰.

Das AG Freiburg wandte diese pauschalierende Berechnungsmethode in einer jüngeren (vom LG Freiburg zwischenzeitlich bestätigten) Entscheidung, soweit ersichtlich, sogar generell für den Fall an, dass der Geschädigte einen Wagen angemietet hatte, ohne zuvor einen Preisvergleich anzustellen⁴¹. Die tatsächlichen Marktverhältnisse spielen nach dieser Rechtsprechung für die Bestimmung des Schadensersatzes praktisch keine Rolle mehr, wenn der Geschädigte seiner „Erkundungspflicht“ im Einzelfall nicht nachgekommen ist.

Noch weiter ging das LG Bonn, das den vollständigen Ersatz der Ersatzwagenkosten – entgegen der Vorinstanz, die den Betrag mit Blick auf die BGH-Rechtsprechung für erforderlich gehalten hatte – soweit ersichtlich, ohne Feststellungen zum tatsächlich üblichen Mietpreisniveau allein deshalb ablehnte, weil gerichts- und auch „allgemein“ bekannt, jedenfalls aber leicht zu ermitteln sei und daher auch jedem verständigen Geschädigten klar sein müsse, dass ein Tagespreis von 322 DM für einen Audi A3 unüblich sei⁴².

Mit der BGH-Rechtsprechung sind diese Ansätze nicht vereinbar. Stellt man eine sog. „Erkundungspflicht“ in den Vordergrund, so übersieht man allzu leicht, dass es hier nicht um einen Anspruch des Schädigers gegen den Geschädigten, sondern um einen solchen des Geschädigten gegen den Schädiger geht, in dessen Rahmen es dem Geschädigten lediglich *obliegt*,

27) BGH, a. a. O., S. 1959.

28) BGH, a. a. O., S. 1959.

29) BGH, a. a. O., S. 1959; dies gilt nach OLG Düsseldorf NZV 1998, 248 sogar dann, wenn es sich bei dem Geschädigten um ein Unternehmen handelt.

30) BGH, a. a. O., S. 1960.

31) Greger, NZV 1994, 337, 339; vgl. auch Nothoff, VersR 1996, 1200, 1203; ders., VersR 1998, 144, 145 f.

32) Z. B. bei Anmietung eines im Vergleich zum Unfallwagen deutlich höherwertigen Fahrzeugs, BGH, NJW 1985, 2637.

33) BGH, NJW 1996, 1958.

34) So auch ausdrücklich BGH, NJW 1996, 1965, 1966 – Unfallersatztarife.

35) Wer dieses Risiko letztlich im Verhältnis von Autovermieter und Geschädigtem zu tragen hat, wird noch im Zusammenhang mit der Frage nach der Aufklärungspflicht des Autovermieters zu klären sein.

36) Nothoff, VersR 1998, 144 ff. Wortmann, zfs 1999, 1, 3.

37) Vgl. etwa die ablehnenden Anmerkungen in Fn. 25 sowie Palandt/Heinrichs, BGB, § 249 Rn. 14.

38) LG Freiburg, NJW-RR 1997, 1069, 1170.

39) BGH, NJW 1999, 279, 280.

40) LG Freiburg, NJW-RR 1997, 1069 f. unter ausdrücklichen Verweis auf den vom BGH zurückgewiesenen Berechnungsansatz des OLG München.

41) AG Freiburg, DAR 1999, 172.

42) LG Bonn, NZV 1998, 417.

den Schaden nicht unverhältnismäßig in die Höhe zu treiben⁴³. insbesondere darf die Frage nach dem üblichen Preisrahmen nicht einfach ausgeblendet und immer dann eine Bestimmung des Ersatzanspruchs anhand abstrakter Kriterien vorgenommen werden, wenn (und weil) der Geschädigte keinen Preisvergleich angestellt hat. Erst Recht darf eine solche Bestimmung nicht durch die bloße Behauptung einer gerichts- oder gar „allgemein“ bekannten Unüblichkeit des vereinbarten Ersatzwagenpreises ersetzt werden.

Solche Ansätze, die letztlich doch auf eine Markterkundungspflicht hinauslaufen, überdehnen die Anforderungen an einen durchschnittlichen Unfallgeschädigten, der sich ohne eigene Schuld regelmäßig erstmals und unvermittelt in einer solchen Situation sieht und oft genug noch nie ein Auto, jedenfalls aber keinen Unfallersatzwagen, angemietet haben wird⁴⁴. Wer beruflich mit derartigen Fragen zu tun hat, sollte sich davor hüten, seinen Weranstand zu verallgemeinern. Dass „[j]edermann weiß, dass Autovermietungen unterschiedliche Tarife haben“⁴⁵, müsste, selbst wenn diese Aussage zutreffen sollte, einen durchschnittlichen Unfallgeschädigten keineswegs zwingend dazu veranlassen, daran zu zweifeln, dass die Anmietung zu einem „Unfallersatztarif“, der genau auf seine konkrete Situation zugeschnitten ist (bzw. zu sein scheint), erforderlich ist⁴⁶.

2. Offene Fragen

Trotz grundsätzlicher Klärung der Maßstäbe für die Bestimmung, der Erforderlichkeit der Unfallersatzwagenkosten lässt auch die BGH-Rechtsprechung einige Punkte offen. Ungeklärt ist insbesondere die Frage, wie der „übliche Rahmen“ zu bestimmen ist, auf dessen Grundlage die Erforderlichkeit auf der oben beschriebenen 2. Stufe ermittelt wird. Weithin unklar sind auch der Umfang der „Schadensminderungspflicht“ und insbesondere der Markterkundungsobliegenheit des Geschädigten auf der 3. Stufe.

a) Bestimmung des „üblichen Rahmens“ für die Unfallersatzwagenmiete

Die Ermittlung des „üblichen Rahmens“ für die Unfallersatzwagenmiete bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Ein üblicher Preisrahmen darf nach der BGH-Rechtsprechung, wenn tatsächlich ein Ersatzwagen angemietet wurde, grundsätzlich nicht abstrakt, sondern nur bezogen auf einen konkreten Markt festgestellt werden⁴⁷. Die pauschale Heranziehung der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch, die gerade für den Fall aufgestellt wurde, dass kein Wagen angemietet wurde, scheidet daher ebenso aus wie früher diejenige der Mietwagenempfehlungen des HUK-Verbandes⁴⁸. Dass die in der Tabelle festgesetzten Sätze verdreifacht und damit gegebenenfalls den realen Marktverhältnissen angenähert werden, räumt die grundsätzlichen Bedenken nicht aus, die der BGH diesem Ansatz entgegengehalten hat. Erst Recht darf nicht auf den – gegebenenfalls selbst aus dem üblichen Rahmen fallenden – ex post betrachtet günstigsten Tarif abgestellt werden⁴⁹.

Darüber, welcher Markt der Feststellung des „üblichen Rahmens“ zugrunde zu legen ist, herrscht Unsicherheit. Eine klare Marktabgrenzung findet regelmäßig nicht statt. Diejenigen Entscheidungen, die eine Verpflichtung des Geschädigten zum Vergleich aller Mietwagenpreise bejahen, gehen jedoch unausgesprochen von einem in sachlicher Hinsicht einheitlichen Markt für die Vermietung von Pkw aus⁵⁰. Zur Ermittlung des relevanten Marktes bietet sich eine Abgrenzung nach den im Kartellrecht entwickelten Grundsätzen an. Danach ist der Markt in sachlicher, räumlicher und gegebenenfalls zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Letzteres kommt hier nicht in Betracht. Der Schwerpunkt liegt in der sachlichen Marktabgrenzung. Daneben kann die räumliche Marktabgrenzung eine Rolle spielen.

aa) Marktabgrenzung

(1) Sachliche Marktabgrenzung

Die sachlich-gegenständliche Marktabgrenzung wird grundsätzlich nach dem sog. „Bedarfsmarkt-konzept“ vorgenommen, d. h. es wird nach der funktionellen Austauschbarkeit von Waren bzw. gewerblichen Leistungen aus der Sicht der Marktgegenseite gefragt⁵¹. Entscheidend sind für den vorliegenden Fall die tatsächlichen Anschauungen eines verständigen Nachfragers (hier des Unfallgeschädigten), der sich für eine bestimmte Ware oder Leistung (hier einen Unfallersatzwagen) entschieden hat, einschließlich subjektiver Präferenzen⁵². Zu einem Markt gehören in sachlicher Hinsicht alle Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich nach Eigenschaften, Zweck und Preislage so nahe stehen, dass ein durchschnittlicher, vernünftiger Nachfrager sie als zur Deckung eines bestimmten Bedarfs gleichfalls geeignet ansieht, d. h. Waren die „marktgleichwertig“ sind. Nicht ausreichend ist eine bloße Ähnlichkeit. Die Austauschbarkeit muss ohne weiteres, d. h. ohne besondere sachliche oder psychologische Anpassungsleistungen des Nachfragers gegeben sein⁵³. Da sich der Ersatzanspruch grundsätzlich nur auf die Erstattung der Mietkosten für ein klassegleiches Fahrzeug beschränkt, ist der für den Einzelfall relevante Markt vorliegend zum einen durch die Fahrzeugklasse des Unfallwagens determiniert. Darüber hinaus ist zu untersuchen, ob die Anmietung zu einem Normal- oder Pauschaltarif aus der Sicht des Geschädigten mit derjenigen zu einem Unfallersatztarif gleichwertig ist.

Da es allein auf die Nachfragersicht ankommt, ist der Umstand, dass die Autovermieter regelmäßig zwischen Normal- und Unfallersatzgeschäft differenzieren und dass sich einige Vermieter sogar ganz auf das Unfallersatzgeschäft spezialisiert haben, als solcher für die Marktabgrenzung irrelevant. Dieses Verhalten kann darauf deuten, dass ein gesonderter Markt besteht, aber genauso gut auch darauf, dass sich dieser Vermieter schlicht auf die Bedienung eines unselbständigen Teilmarktes beschränken. Ebenfalls nicht ausschlaggebend für die Marktabgrenzung sind die teilweise erheblichen Preisdifferenzen zwischen Normal- und Unfallersatzgeschäft. Der Preis ist aufgrund der Besonderheiten des Unfallersatzgeschäfts, in dem die Gegenleistung letztlich vom Schädiger bzw. dessen Versicherung zu erbringen ist, für den Geschädigten als Nachfrager regelmäßig nur von untergeordneter Bedeutung⁵⁴.

Für die Annahme eines einheitlichen Marktes für die Vermietung von Pkw spricht, dass es sowohl im Normalgeschäft als auch im Unfallersatzgeschäft letztlich primär um die Anmietung von Kraftfahrzeugen geht und dass die vermieteten

43) BGH, NJW 1996, 1965, 1966; Rixecker, NZV 1991, 368 ff. spricht daher zutreffend von einer „Markterkundungsobliegenheit“; Nohoff, VersR 1996, 1200, 1203; Wortmann, zfs 1999, 1, 4; dies verkennt Buchholz-Duffner, NZV 1994, 315.

44) Vgl. OLG Frankfurt, NZV 1995, 108, 109; Rixecker, NZV 1991, 369, 370.

45) So Freyberger, MDR 1996, 1091, 1092; Buchholz-Duffner, NZV 1994, 215, 216 unterstellt dem Geschädigten sogar Unredlichkeit.

46) Schiemann, JZ 1996, 1077, 1078; Rixecker, NZV 1991, 369, 371.

47) BGH, NJW 1996, 1598, 1959 ff.

48) BGH, a. a. O.; OLG Frankfurt, NZV 1995, 108; OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 921.

49) So noch OLG Hamm, r+s 1996, 355 m. Anm. Lemcke; gegen ein Abstellen auf den günstigsten Pauschaltarif ausdrücklich BGH NJW 1999, 279, 280.

50) Siehe oben Fn. 18 ff.

51) BGH, WuW/E BGH 2150, 2153 – Edelstahlbestecke; KG, WuW/E OLG 995, 996 – Handpreisauszeichner.

52) Vgl. BGH, WuW/E 2406, 2408 – Inter-Mailand-Spiele – BGH NJW 1987, 3007, 3008; WuW/E BGH 1435, 1440 – Vitamin-B-12.

53) Vgl. BGH, WuW/E BGH 2150, 2153 – Edelstahlbestecke.

54) Zur (auch sonst geringen) Bedeutung des Preises für die Marktabgrenzung vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl. 1992, § 22 Rdnr. 29.

Fahrzeuge oft identisch sind. Doch wäre es vorschnell, daraus einen Schluß gegen das Bestehen eines eigenständigen Unfallersatzwagenmarktes zu ziehen. Das eigentliche Problem ist nicht die Identität der Fahrzeuge, sondern die Frage, ob es wirklich nur um die Vermietung von Pkw geht oder ob der Geschädigte ein Leistungsbündel aus Nutzungsüberlassung und Regulierungsleistungen nachfragt. Insoweit ist entscheidend, dass der Bedarf eines Unfallgeschädigten nicht nur darauf gerichtet, einen Ersatzwagen für die Zeit der Reparatur bzw. Neubeschaffung des eigenen Fahrzeuges zu erhalten. Sein Herstellungsinteresse ist vielmehr darauf gerichtet, so gestellt zu werden, als sei der Unfall nicht geschehen. Dies schließt nicht nur die Nutzung eines Ersatzwagens als solche, sondern auch den mit der Anmietung verbundenen Regulierungsaufwand ein.

Wendet sich der Geschädigte an einen Autovermieter und bietet dieser ihm einen Unfallersatztarif an, der entsprechende Regulierungsleistungen beinhaltet, so wird der Geschädigte im Zweifel davon ausgehen, dass es sich bei den Unfallersatztarifen um für die Unfallsituation besonders geeignete und erstattungsfähige Tarife handele⁵⁵. Diese Erwartung ist auch keineswegs unvernünftig oder unberechtigt⁵⁶. Im Gegenteil sind bei der Abwicklung im Unfallersatzgeschäft anders als im Normalgeschäft spezifische Nebenleistungen mit der Nutzungsüberlassung verbunden, insbesondere die Vorfinanzierung und die Einziehung des Ersatzanspruches durch den Autovermieter⁵⁷ sowie oft die Zusage des Autovermieters an den Geschädigten, selbst keine Kosten tragen zu müssen. Bei der Anmietung im Normalgeschäft muss der Geschädigte dagegen regelmäßig zunächst selbst in Vorlage treten bzw. Sicherheit leisten. Er muss seine Kosten gegenüber der Versicherung des Schädigers regulieren und sich (anders als bei Abrechnung nach vielen „regulierten“ Unfallersatztarifen⁵⁸) eine Eigensparnis abziehen lassen.

Es hat sich also ein vom Normalgeschäft unterscheidbares „Produkt“ herausgebildet, und dazu haben letztlich auch die Versicherer beigetragen, indem sie die Autovermieter vielfach durch sog. „Regulierungsabkommen“ ausdrücklich verpflichtet haben, Regulierungsleistungen an die Geschädigten zu erbringen und nach besonderen, im Voraus zwischen Versicherern und Autovermietern ausgehandelten (bzw. den Autovermietern vorgegebenen) Unfallersatztarifen abzurechnen. Ob ein solches Abkommen besteht oder nicht, ist für den Geschädigten nicht ohne weiteres erkennbar. Aus der Sicht eines durchschnittlichen, verständigen Nachfragers erscheinen daher Autoanmietung im Normal- und Unfallersatzgeschäft allenfalls als ähnlich, nicht aber als marktgleichwertig. Das zur vollständigen Befriedigung des Herstellungsinteresses des Geschädigten erforderliche Leistungsbündel aus Mietwagennutzung und Regulierungsleistungen wird nur im Unfallersatzgeschäft angeboten. Es ist daher von einem eigenständigen Markt für das Unfallersatzgeschäft auszugehen⁵⁹.

(2) Räumliche Marktabgrenzung

Auch die räumliche Marktabgrenzung ist nach dem Bedarfsmarkt-konzept aus der Nachfragersicht vorzunehmen. Maßgeblich sind die tatsächlichen Möglichkeiten und Gewohnheiten eines verständigen Nachfragers⁶⁰. Zwar kann die Nachfrage nach Unfallersatzleistungen grundsätzlich bundesweit entstehen. In der konkreten Schadenssituation wird ein verständiger Unfallgeschädigter allerdings kaum einen Ersatzwagen in München anmieten, wenn er einen Unfall in Hamburg erlitten hat und sein Wagen dort repariert wird. Abzustellen ist folglich grundsätzlich auf einen vom Unfallort (bzw. Reparaturort) bestimmten lokalen Markt, für dessen Bestimmung das von den jeweiligen Gelben Seiten abgedeckten Seiten abgedeckte Gebiet eine Richtschnur geben kann.

Da letztlich entscheidend ist, wie weit ein verständiger Nachfrager in der Rolle des Geschädigten seine Nachfrage

erstrecken würde, kann sich im Einzelfall eine andere Abgrenzung ergeben; etwa dann, wenn für besonders hochwertige oder spezielle Fahrzeuge ein lokaler Markt nicht existiert oder wenn solche Fahrzeuge nur von einem einzigen Anbieter zu einem erkennbar extrem hohen Preis angeboten werden, so dass ein verständiger Nachfrager seine Suche auf ein größeres Gebiet ausdehnen würde⁶¹.

bb) Marktbezogene Bestimmung des üblichen Rahmens der Ersatzwagenkosten

(1) Einbeziehung der „regulierten“ Unfallersatztarife

Für die Bestimmung des üblichen Rahmens der Ersatzwagenkosten ist auf den soeben sachlich und räumlich abgegrenzten Markt abzustellen. Maßstab sind die örtlich verfügbaren Unfallersatztarife. Andere Normal-, Pauschal- oder sonstigen Tarife sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen⁶². Berücksichtigungsfähig sind allerdings Sondertarife, die auf der Grundlage sog. Regulierungsabkommen zwischen einzelnen Autovermietern und Versicherungen vereinbart worden sind. Dabei handelt es sich, wie bereits ausgeführt wurde, um spezielle Unfallersatztarife, auf die ein gebundener Autovermieter den Geschädigten nach den Bestimmungen des Regulierungsabkommens hinzuweisen hat und die regelmäßig erheblich unter den „freien“ Unfallersatztarifen liegen. Dass diese Tarife nicht zwischen Autovermietern und unfallgeschädigten Mietern, sondern bereits auf einer Vorstufe zwischen Autovermietern und Versicherern ausgehandelt wurden, steht einer Einbeziehung in den Markt für Unfallersatzleistungen nicht entgegen, da sie aus der für die Markt-abgrenzung entscheidenden Nachfragersicht ohne weiteres mit den Unfallersatzangeboten der freien Autovermieter austauschbar sind⁶³.

(2) Bestimmung des üblichen Rahmens bei Angebotsvielfalt

Wenn ein Preis den üblichen Rahmen deutlich überschreitet, lässt sich schwer generalisierend beantworten. Klarstellende Äußerungen in Rechtsprechung oder Literatur fehlen. Auf einen niedrigsten oder mittleren Wert ist jedenfalls nicht abzustellen, da Maßstab ein üblicher Rahmen (also eine Preismenge und kein einzelner Preis) ist. Pauschal den jeweils höchsten Preis als aus dem Rahmen fallend anzusehen, wird diesem Ansatz ebenfalls nicht gerecht, denn einerseits kann auch der höchste Preis noch im üblichen Rahmen liegen; andererseits kann es auf einem Markt durchaus auch mehrere Ausreisser geben. Als Richtschnur kann gelten, dass ein Preis jedenfalls dann deutlich aus dem üblichen Rahmen fällt, wenn die Diffe-

55) Schiemann, JZ 1996, 1077, 1078; Rixecker, NZV 1991, 369, 371.

56) Dass die Versicherer entgegen der BGH-Rechtsprechung vielfach rechtswidrig eine Regulierung nach Unfallersatztarifen ablehnen und darin von einigen Instanzgerichten unterstützt werden, darf insoweit keine Rolle spielen, vgl. BGH, NJW 1999, 279, 281.

57) Schiemann, JZ 1996, 1077, 1078; Rixecker, NZV 1991, 369, 371.

58) Dieser Ausdruck soll hier Unfallersatztarife bezeichnen, die – im Gegensatz zu „freien“ Unfallersatztarifen – auf sog. Regulierungsabkommen basieren.

59) Die Entscheidung BGH, NJW 1996, 1958, 1959 bestätigt diesen Ansatz indirekt, indem sie den Geschädigten erlaubt, sonstige Tarife zu ignorieren. So wohl auch Nothoff, VersR 1998, 144, 146. In eine andere Richtung deutete noch die Entscheidung BGH, NJW 1995, 2355, in der der BGH einen verglichen mit dem Normaltarif günstigeren Unfallersatztarif als aus der Person des Mietinteressenten (Geschädigteneigenschaft) abgeleiteten, rabattrechtlich unzulässigen Sonderpreis ansah.

60) Vgl. Langen/Bunte-Ruppelt, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 8. Aufl. 1998, § 22 Rn 26.

61) Zum letztgenannten Fall vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 907 (Anmietung eines besonders teuren Sportwagen). Der BGH sucht in solchen Fällen eine Korrektur auf sachlicher Ebene und meint, der Geschädigte müsse sich ggf. mit einem weniger komfortablen Wagen begnügen. BGH, NJW 1982, 1518, 1519.

62) Für eine Erkundigungspflicht bei Kenntnis des Geschädigten von der Spaltung des Marktes in Unfallersatz- und Normalgeschäft Nothoff, VersR 1996, 1200, 1204; relativierend („möglicherweise“) jetzt ders., VersR 1998, 144, 146.

63) Im Ergebnis ebenso LG Freiburg, NJW-RR 1997, 1069, 1070.

renz zum nächsten, selbst noch im üblichen Rahmen liegenden Tarif so erheblich ist, dass ein vernünftiger Nachfrager den Vertrag zu diesem Preis nicht abschließen würde. Als Indiz für das Vorliegen einer derartig deutlichen Überschreitung wird hier eine Differenz von mindestens 10% vorgeschlagen. Legt man beispielsweise die Preise der freien Anbieter aus dem bereits zitierten, vom LG Freiburg entschiedenen Fall zugrunde (6478 DM, 6487 DM, 6537 DM, 7101 DM, 7187 DM, 7834 DM, 8727 DM und 9462 DM), so ist nach diesem Ansatz indiziert, dass die beiden teuersten Anbieter deutlich aus dem üblichen Rahmen fallen. Entscheidend sind letztlich aber immer die Umstände auf dem konkreten Markt im Einzelfall.

(3) Bestimmung des üblichen Rahmens bei Preisspaltung

Die tatsächlich der Entscheidung des LG Freiburg zugrundeliegenden Umstände waren komplizierter als in dem eben skizzierten Beispiel. Neben dem beschriebenen Feld freier Anbieter existierte zumindest ein weiterer, durch ein Regulierungsabkommen gebundener und deshalb erheblich günstigerer Autovermieter, der für eine gleichwertige Leistung weniger als 4500 DM verlangt hätte. Handelt es sich dabei tatsächlich nur um einen Anbieter, so fällt er als „Ausreisser nach unten“ seinerseits aus dem „üblichen Rahmen“, ohne dass dies die Ersatzfähigkeit der anderen Tarife berührt⁶⁴.

Problematisch wird der Fall, wenn sich auf einem Markt infolge der zunehmenden Verbreitung von Regulierungsabkommen zwei klar voneinander getrennte Preisgruppen herausbilden, zwischen denen eine deutliche Lücke klafft. Das Problem stellt sich in verschärfter Form, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – von einem einheitlichen, lediglich preislich gespaltenen Markt für Pkw-Vermietung im Normal- und Unfallersatzgeschäft ausgeht. Das LG Freiburg meint, bei einer solchen Preisspaltung könne von einem „üblichen Rahmen“ nicht mehr die Rede sein. Daher sei auf einen Mittelwert abzustellen. Diesen berechnet das Landgericht dann allerdings nicht, weil es den für seine Bestimmung erforderlichen Aufwand für unverhältnismäßig und nicht prozessökonomisch erachtet⁶⁵. Wenn die Bestimmung eines Mittelwerts aber schon dem fachkundigen Gericht ex post unverhältnismäßig schwierig erscheint, wird man dem in der Regel unerfahrenen Geschädigten erst Recht nicht zumuten können, ihn ex ante vor Vertragsschluss zu ermitteln. Auch geht es vorliegend, wie schon gesagt, nicht um die Ermittlung eines üblichen, mittleren Preises, sondern um das Absteckens eines Preisrahmens. In einem Fall der preislichen Marktspaltung beschreiben die beiden Gruppen daher nur die äußeren Grenzen dieses Preisrahmens, liegen also beide noch darin. In unserem Beispiel fallen demnach, auch wenn mehrere Anbieter Preise unter 4500 DM anbieten, wieder allenfalls die beiden teuersten Anbieter aus dem Rahmen⁶⁶.

(4) Entsprechende Anwendung bei geringer Anbieterzahl

Noch problematischer wird der Fall, wenn auf einem Markt nur einige wenige Anbieter vorhanden sind. Dies kann etwa in ländlichen Gegenden der Fall sein oder weil eine nur von wenigen Vermietern angebotene Fahrzeugklasse nachgefragt wird. Von einem „üblichen Preisrahmen“ kann man bei nur zwei oder drei Anbietern schwerlich sprechen. In entsprechender Anwendung der oben beschriebenen Grundsätze ist jedoch eine der deutlichen Unüblichkeit vergleichbare und damit einen Preisvergleich durch den Geschädigten gebietende Lage indiziert, wenn der dem Geschädigten angebotenen Preise der höchste am Markt verfügbare ist und sich vom nächstgünstigsten um mindestens 10% unterscheidet.

(5) Erstattungs-fähigkeit von Monopolpreisen

Existiert auf einem Markt nur ein einziger Anbieter, besteht also ein Monopol, kann von einem „Preisrahmen“ erst Recht keine Rede sein. Dieser Umstand darf aber nicht zu Lasten des Geschädigten gehen. Das Verhältnis zwischen

Schädiger/Versicherung und Geschädigtem ist nicht der Ort, um auf Kosten des Geschädigten gegen Monopolpreise vorzugehen⁶⁷. Das Risiko des Bestehens derartiger Marktverhältnisse muss grundsätzlich der Schädiger tragen⁶⁸. Daher ist auch ein Monopolpreis als „üblicher Preis“ anzusehen und folglich vom Schädiger bzw. von dessen Versicherung zu erstatten. Die Aufgabe einer Korrektur überzogener Preisvorstellungen ist den §§ 138, 826 BGB, 291 StGB sowie dem Kartellrecht zugewiesen.

b) „Schadensminderungspflicht“ des Unfallersatzwagenmieters

Bedeutung und Umfang einer Schadensminderungspflicht im Allgemeinen und einer Markterkundungsobliegenheit des Geschädigten im Besonderen sind heftig umstritten⁶⁹. Schon von einer „Pflicht“ zu sprechen ist, wie bereits dargelegt wurde, im hier untersuchten Zusammenhang irreführend, weil dadurch verwischt wird, dass es in dem deliktischen Anspruchsverhältnis um einen Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger geht und nicht umgekehrt. Den Geschädigten trifft allenfalls eine Obliegenheit, den ihm vom Schädiger zugefügten Schaden nicht unverhältnismäßig zu vertiefen⁷⁰. Der BGH leitet diese Obliegenheit aus dem letztlich selbst auf § 242 BGB basierenden Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB ab⁷¹.

Eine „Schadensminderungspflicht“ des Geschädigten kommt im hier behandelten Bereich in dreifacher Weise in Betracht: Zum einen darf der Geschädigte überhaupt nur dann ein Ersatzfahrzeug anmieten, wenn er es in nennenswertem Umfang nutzen kann und will⁷². Zum zweiten könnte aus dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB eine Warn- oder Hinweispflicht gegenüber dem Schädiger und schließlich und vor allem eine Markterkundungsobliegenheit des Geschädigten abgeleitet werden.

aa) Warnpflicht gegenüber dem Schädiger

Eine Warn- oder Hinweispflicht des Geschädigten gegenüber dem Schädiger wird § 254 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB für den Fall entnommen, dass die Gefahr des Eintritts eines ungewöhnlich hohen Schadens besteht, die der Schädiger weder kannte noch kennen musste⁷³. Daraus wird teilweise auch eine Pflicht des Unfallgeschädigten abgeleitet, den Schädiger bzw. dessen Versicherung vor Anmietung eines Ersatzwagens zu informieren, wenn im Verhältnis zu den Reparaturkosten besonders hohe Mietwagenkosten drohen⁷⁴.

64) Vgl. *OLG Frankfurt*, NZV 1995, 108.

65) *LG Freiburg*, NJW-RR 1997, 1069, 1070.

66) Der konkret abgerechnete Satz von 7187 DM lag innerhalb dieses Rahmens und war mithin – entgegen der Ansicht des LG Freiburg – als erforderlicher Herstellungsaufwand zu erstatten, ohne dass es auf einen Preisvergleich seitens des Geschädigten ankam.

67) So zu Recht auch für sonstige Missstände beim Geschäftsgebaren einzelner Autovermieter *Greger*, NZV 1994, 337, 340; vgl. auch *Rixecker*, NZV 1991, 369, 372.

68) Dies entbindet allerdings nicht von einer sorgfältigen Marktabgrenzung, die eventuell zu einem sachlich oder räumlich weiter gefassten Markt mit zwei oder mehr Anbietern führen kann, vgl. oben bei Fn. 61. Dabei ist jedoch stets zu fragen, ob ein verständiger Nachfrager seine Nachfrage tatsächlich auf einen derart erweiterten Markt ausdehnen würde. Der Umstand, dass auf einen Markt ein Monopol besteht, ist für sich genommen kein Grund, den Markt ad infinitum auszuweiten, bis das Monopol durch diesen definitiven Kunstgriff verschwunden ist.

69) Vgl. etwa *Rixecker*, NZV 1991, 369 ff.; *Etzels/Wagners*, VersR 1993, 1192, 1194 f.; *Freyberger*, MDR 1996, 1091 ff.; *Nothoff*, VersR 1998, 144, 145 f.; grundsätzlich gegen eine Schadensminderungspflicht bei deliktischen Schadensersatzansprüchen *Wörtmann*, zfs 1999, 1 ff.

70) Vgl. *Nothoff*, VersR 1996, 1200, 1203.

71) *BGH*, NJW 1996, 1958.

72) Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 5 sowie insb. *Greger*, NZV 1994, 337, 338.

73) *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 254 Rn. 34.

74) *Etzels/Wagners*, VersR 1993, 1192, 1194; für eine Pflicht des Geschädigten, sich wegen eines günstigen Mietwagens mit dem Versicherer in Verbindung zu setzen, sprach sich mit knapper Mehrheit von 96:88 Stimmen auch der 32. Dt. Verkehrsgerichtstag 1994 aus, vgl. NZV 1994, 101, 103.

Gegen eine solche Warnpflicht spricht jedoch schon, dass der Geschädigte nach Sinn und Zweck des § 249 S. 2 BGB das verletzte Rechtsgut gerade nicht dem Schädiger zur Naturalrestitution anzuvertrauen braucht⁷⁵. Vielmehr will das Gesetz ihm die Möglichkeit geben, dies selbst in die Hand zu nehmen⁷⁶. Auch hat der BGH ausdrücklich entschieden, dass die Höhe der Reparatur- oder Wiederbeschaffungskosten bei Prüfung der Erforderlichkeit der Mietwagenkosten ohne Bedeutung sei. Ob der Geschädigte für längere Zeit einen Mietwagen in Anspruch nehmen dürfe, könne nicht davon abhängen, wie wertvoll das beschädigte oder zerstörte Unfallfahrzeug gewesen sei⁷⁷. Zudem fehlt hier das für die Annahme einer Warnpflicht vorausgesetzte Informationsgefälle, da der Schädiger von dem Unfall weiß und seine Versicherung umgehend informieren muss und da diese es in der Hand hat, von sich aus auf den Geschädigten einzuwirken, bevor unverhältnismäßige Kosten entstehen. Über die Verhältnisse auf dem Unfallersatzwagenmarkt ist schließlich die Versicherung erheblich besser informiert als ein durchschnittlicher Unfallgeschädigter. Eine Obliegenheit oder gar Rechtspflicht sich vor Anmietung eines Ersatzwagens mit der gegnerischen Versicherung in Verbindung zu setzen, besteht demnach nicht. Dass ein solches Verhalten sinnvoll und ratsam ist, um späteren Streit bei der Schadensregulierung zu vermeiden, ist dagegen evident.

bb) Markterkundungsobliegenheit („Erkundungspflicht“)

Ob und inwieweit den Geschädigten nach dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB eine Obliegenheit trifft, vor Anmietung eines Unfallersatzwagens Preisvergleich anzustellen, ist nach dem oben Gesagten nach wie vor höchst streitig. Folgt man der Auffassung des BGH, so wird die praktische Bedeutung der Markterkundungsobliegenheit allerdings stark relativiert, weil ihre Verletzung für den Geschädigten nur dann von Nachteil ist, wenn der vereinbarte Ersatzwagenpreis objektiv deutlich ausserhalb des üblichen Rahmens der örtlich angebotenen Unfallersatztarife liegt. Im übrigen darf der Geschädigte nach der neueren Rechtsprechung des BGH grundsätzlich darauf vertrauen, dass ein ihm angebotener Unfallersatztarif erforderlich ist und muss jedenfalls keine Vergleiche mit anderen Tarifen anstellen.

Existenz und Umfang der Markterkundungsobliegenheit hängen von den Umständen des Einzelfalles ab. Nach der Rechtsprechung des BGH sind jedenfalls bei einer zwei Wochen und Kosten von 5000 DM überschreitenden Ersatzwagenanmietung ein oder zwei Vergleichsangebote einzuholen⁷⁸; andere verlangen die Einholung von zwei bis maximal drei Vergleichsangeboten⁷⁹. Ob eine solche Markterkundungsobliegenheit auch schon dann besteht, wenn das Ersatzfahrzeug voraussichtlich nur für ein bis zwei Wochen benötigt wird, hat der BGH offengelassen⁸⁰. Letztlich entscheidend dürfte aber nicht die Mietdauer, sondern der voraussichtliche Mietpreis in Verbindung mit anderen Kriterien – z. B. dem konkreten Aufwand für Preisvergleiche (in der Regel gering) und der Dringlichkeit der Mietwagenanmietung – sein⁸¹. Wird eine Markterkundungsobliegenheit nach diesen Kriterien im Einzelfall verneint, so sind die vertraglich vereinbarten Kosten als erforderlich anzusehen, und die Versicherung muss sie nach § 249 S. 2 BGB ersetzen.

Gleichwohl ist der Geschädigte gut beraten, wenn er unabhängig von Mietdauer und -preis stets drei Vergleichsangebote einholt. Dafür sprechen nicht nur die immer noch schwer kalkulierbare instanzgerichtliche Entscheidungspraxis sowie der Umstand, dass der Geschädigte ex ante kaum jemals mit hinreichender Sicherheit wissen wird, ob sich der ihm angebotene Preis objektiv im „üblichen Rahmen“ hält oder deutlich herausfällt. Vor allem muss der Versicherer dem Geschädigten, wenn er seiner Erkundungsobliegenheit Genüge getan

hat, die Ersatzwagenkosten selbst dann voll erstatten, wenn sie deutlich oberhalb dieses Rahmens liegen⁸².

3. Auswirkungen

Die geschädigtenfreundliche Rechtsprechung des BGH dürfte der „Unsitte, kritiklos einen Mietwagen in Anspruch zu nehmen“⁸³ weiter Vorschub leisten. Sie verringert zweifellos den Preisdruck auf die Autovermieter und trägt zur Etablierung eines deutlich über dem „Normalpreis“ liegenden Niveaus der Unfallersatztarife bei. Diese Auswirkungen werden zu Recht als Missstand angesehen⁸⁴, zumal das Verhältnis zwischen Normal- und Unfallersatztarifen (jedenfalls nach einer eingehenden Analyse von Albrecht) bei funktionierendem Wettbewerb eigentlich genau umgekehrt sein müsste⁸⁵.

Trotzdem ist dem BGH im Grundansatz zu folgen, denn das Verhältnis zwischen Schädiger/Versicherung und Geschädigten ist nicht der Ort für die Korrektur eventueller Missstände auf dem Markt für Unfallersatzleistungen⁸⁶. Diese Missstände dürfen nicht zu Lasten der Geschädigten gehen, die ohne eigenes Verschulden in die Unfallsituation geraten sind. Dass einige Instanzgerichte gleichwohl immer noch entgegen der insoweit eindeutigen BGH-Rechtsprechung und zu Lasten der Geschädigten entscheiden, erscheint inakzeptabel. Einem Marktversagen entgegenzusteuern, ist grundsätzlich Aufgabe des Kartellrechts und der zu dessen Durchsetzung berufenen Behörden sowie – mit den Mitteln des Kartellrechts⁸⁷ und in den vom Kartellrecht gesetzten Grenzen⁸⁸ – der Schädigerseite, d. h. in der Praxis der Kfz-Haftpflichtversicherer, die letztlich die Ersatzwagenkosten tragen müssen und zu deren Lasten sich das Marktversagen auswirkt⁸⁹. Als Alternative kommt die Annahme einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Autovermieters in Betracht.

III. Aufklärungspflicht des Autovermieters

1. Wahrheitspflicht bei vom Kunden erbetener Auskunft

Eine Pflicht zur sorgfältigen und wahrheitsgemäßen Auskunftserteilung gegenüber dem Geschädigten als Kunden ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Geschädigte ausdrücklich nach günstigeren Tarifen oder möglichen Abrechnungsproble-

75) Rixecker, NZV 1991, 369, 371.

76) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl. 1987, § 28 I, S. 468; Palandt-Heinrichs, BGB, § 249 Rn. 3.

77) BGH, NJW 1985, 2637, 2639.

78) BGH, NJW 1985, 2637 (fünfwöchige Urlaubsreise, 9512,63 DM Mietwagenkosten); NJW 1985, 2639 (dreiwöchige Urlaubsreise, 5448,92 DM Mietwagenkosten).

79) Palandt-Heinrichs, BGB, § 249 Rn. 14 m. w. N.; für eine Pflicht zur Einholung von drei Vergleichsangeboten sprach sich auch der 32. Deutsche Verkehrsgerichtstag 1994 aus, vgl. NZV 1994, 101, 103.

80) BGH, NJW 1996, 1958, 1959; für eine zweiwöchige Mietdauer verneinend AG Aachen DAR 1998, 395.

81) Die allein auf die zeitliche Komponente abgestellte Entscheidung des AG Aachen (DAR 1998, 395) erscheint daher zu pauschal.

82) BGH, NJW 1996, 1958; BGH, NJW 1996, 1965, 1966 – Unfallersatztarife; vgl. auch jüngst BGH NJW 1999, 279, 280.

83) Vgl. Greger, NZV 1994, 337, 340.

84) Vgl. etwa die Urteilsanmerkungen von Hootz, BB 1996, 2215, 2216; Freiburger, MDR 1996, 1091 und Schiemann, JZ 1996, 1077.

85) Albrecht, NZV 1996, 49 ff.

86) Greger, NZV 1994, 337, 340.

87) Insbesondere durch Klagen nach § 33 GWB und Sensibilisierung und Unterstützung der Kartellbehörden.

88) Zum kartellrechtswidrigen Versuch der Versicherer, das Preisniveau auf dem Unfallersatzwagenmarkt durch Gründung des Gemeinschaftsunternehmens „carpartner“ zu senken, siehe insbesondere BGH, NJW 1998, 2825 – Carpartner = BGH, EWiR § 1 GWB 1/98, 605 m. Anm. Blawrock; dazu auch Bunte, NJW 1999, 93 ff.; Polley, WuW 1998, 937 ff. Zu der Frage, ob die derzeitige Praxis einer Preisbeeinflussung durch sog. „Regulierungsabkommen“ sich mit § 14 GWB vereinbaren lässt, siehe einerseits Köhler, NJW 1995, 2019 ff (verneinend), andererseits Bunte, VersR 1997, 1429 ff (bejahend).

89) Vgl. Rixecker, NZV 1991, 369, 372.

men fragt und der Autovermieter darauf antwortet⁹⁰. Den Autovermieter trifft zwar gegenüber dem Geschädigten (unbeschadet der folgenden Ausführungen) grundsätzlich keine selbstständige Beratungspflicht. Wenn er sich aber entscheidet, zu antworten, um den Unfallgeschädigten nicht als Kunden zu verlieren, muss er dies wahrheitsgemäß tun und darf keine Umstände verschweigen, die für den Geschädigten erkennbar von Bedeutung sind. Verletzt der Autovermieter diese Pflicht, so haftet er dem Unfallgeschädigten nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (cic) auf Schadensersatz. Dies gilt auch, wenn der Autovermieter der Nachfrage des Kunden zuvor kommt, indem es von sich aus Beratungsleistungen anbietet. Das Angebot eines „Unfallersatztarifs“ impliziert insoweit die Erstattungsfähigkeit.

2. Aufklärungspflichten aufgrund sog. Regulierungsabkommen

Die zwischen Versicherern und Autovermietern als Rahmenverträge für die Schadensregulierung geschlossenen Regulierungsabkommen enthalten regelmäßig Verpflichtungen oder zumindest unverbindliche Anreize für die Autovermieter, unfallgeschädigte Automieter auf die Vorteile einer Abrechnung nach dem „regulierten“ Unfallersatztarif⁹¹ hinzuweisen. Soweit rechtsverbindlich Aufklärungspflichten vereinbart werden, besteht eine Bindung grundsätzlich nur im Verhältnis zum Versicherer als Vertragspartner. Eine Ausgestaltung als Vertrag zugunsten Dritter bzw. als Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, aus dem die Geschädigten einen Beratungsanspruch bzw. zumindest Schadenersatzansprüche bei falscher oder unvollständiger Beratung ableiten können, ist aber möglich.

3. Pflicht zur ungefragten Aufklärung des Kunden über mögliche Abrechnungsschwierigkeiten und günstigere Tarife

Problematisch ist, inwieweit Pflichten des Autovermieters zur ungefragten Aufklärung des Geschädigten bestehen. Der BGH hat diese Frage in seiner grundlegenden Entscheidung von 1996 offengelassen⁹¹.

a) Bejahung durch die herrschende Meinung

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1992 bejahte das OLG Koblenz eine Pflicht des Autovermieters, potentielle Kunden über die Art des gewünschten Vertrages zu befragen und ihm alle für seine Entscheidung wesentlichen Fakten offenzulegen. Der Kunde sei ungefragt auf mögliche Abrechnungsschwierigkeiten gegenüber Versicherungen im Falle der Anmietung zu einem Unfallersatztarif und auf im Vergleich zu diesem Tarif günstigere eigene Tarife des Autovermieters aufmerksam zu machen. Werde diese Aufklärungspflicht, die sich aus dem überlegenen Wissen des Autovermieters ergebe, verletzt, so stehe dem Kunden ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zu⁹².

Diese Entscheidung hat in Literatur⁹³ und Rechtsprechung⁹⁴ überwiegend Zustimmung gefunden⁹⁵. Auch der 32. Deutsche Verkehrsgerichtstag 1994 hat empfohlen, den Autovermietern eine Pflicht zur Aufklärung über ihre verschiedenen Tarife aufzuerlegen⁹⁶. Zur Begründung wird in der Literatur angeführt, dass es dem durchschnittlichen Mietwagenkunden nur infolge einer solchen Information möglich sei, Kenntnis über die Möglichkeit des Autovermietungsmarktes zu erlangen⁹⁷. Das AG Frankfurt geht sogar so weit, vom Autovermieter einen Hinweis auf in Vergleich zu seinem Unfallersatztarif günstigere Pauschaltarife anderer Autovermieter zu verlangen, auch wenn er selbst solche Tarife nicht anbieten könne⁹⁸.

b) Bedenken

Auf den ersten Blick erscheint es naheliegend, der herrschenden Meinung beizupflichten. Der Umstand, dass für die erforderlichen Unfallersatzwagenkosten letztlich nicht der Geschädigte als Nachfrager der Autovermieter Leistungen, sondern die Kfz-Haftpflichtversicherung des Schädigers aufzukommen hat, hat in Verbindung mit der geschädigtenfreundli-

chen Rechtsprechung des BGH zu erheblichen Funktionsdefiziten auf dem Markt für Unfallersatzwagen geführt, von denen die Autovermieter profitieren, weil sie es ihnen ermöglichen, erfolgreich Unfallersatzwagentarife zu im Vergleich zum Normalgeschäft objektiv überhöhten Preisen anzubieten⁹⁹. Den Profiteuren dieses Missstands die Verpflichtung zu seiner Abstellung aufzuerlegen, erscheint insofern nur recht und billig. Bei genauerer Betrachtung ergeben sich jedoch massive grundsätzliche Bedenken.

aa) Keine Pflicht zum Hinweis auf günstigere Tarife

Eine Aufklärungspflicht besteht nach allgemeinen Grundsätzen nur dann, wenn das Verschweigen von Tatsachen gegen Treu und Glauben verstoßen würde und der Erklärungsgegner die Mitteilung der verschwiegenen Tatsache nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte¹⁰⁰. Dies setzt notwendig ein Informationsgefälle voraus. Doch reicht ein solches allein nicht aus, um eine Aufklärungspflicht zu begründen. Der in seinem Wissen überlegene Vertragsteil muss den anderen grundsätzlich nicht von sich aus über alle Umstände aufklären, die für dessen Willensbildung von Bedeutung sein können. Vielmehr muss der gegenläufige Grundsatz berücksichtigt werden, dass derjenige, der einen Vertrag schließt, sich selbst darüber zu vergewissern hat, ob er für ihn von Vorteil ist oder nicht¹⁰¹.

Die Aufgabe der Preiskontrolle ist in der Marktwirtschaft primär dem Markt und dem darauf bestehenden Wettbewerb als Entdeckungsverfahren zugewiesen. Dass auf einem Markt Informationsasymmetrien bestehen, ist nicht die Ausnahme, sondern der Normalfall. Der Umstand, dass der diese Asymmetrien in der Regel kompensierende Wettbewerb auf dem Markt für Unfallersatzwagen beeinträchtigt, ist, weil die Geschädigten letztlich wenig an Preisvergleichen interessiert sind, kann ebenfalls nicht ausreichen, um eine Aufklärungspflicht zu begründen, solange der Autovermieter den Geschädigten weder täuscht, noch die Ausnutzung der Marktverhältnisse ihrerseits rechtswidrig ist. Letzteres ist grundsätzlich erst dann der Fall, wenn der Tatbestand des Wuchers (§ 138 II BGB) erfüllt ist oder andere Normen, insbesondere des Kartellrecht der Preisgestaltung verbindliche Grenzen setzen. In Abwesenheit dieser besonderen Umstände, darf ein Anbieter auch „unverdiente“ Früchte aus dem Desinteresse der Marktgegenseite ziehen und ist grundsätzlich nicht verpflichtet, zum eigenen Schaden oder sogar zum Vorteil seiner Wettbewerber auf günstigere eigene oder gar fremde Angebote hinzuweisen¹⁰².

Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn, wie behauptet wird¹⁰³, tatsächlich nur die Autovermieter in der Lage wären, die potentiellen Ersatzwagenmieter für die Besonder-

90) BGH, NJW 1996, 1965, 1966 – Unfallersatz-Tarife.

91) BGH, NJW 1996, 1958, 1959; eine Antwort ergibt sich allerdings, wie noch gezeigt wird, mittelbar aus der Entscheidung BGH, NJW 1999, 279.

92) OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 820, 821 = NZV 1992, 236.

93) Nothoff, VersR 1996, 1200, 1205; ders., VersR 1998, 144, 146; Etzel/Wagner, VersR 1993, 1192, 1195, Palandt-Heinrichs, BGB, § 276 Rn. 87; Lemcke, r+s 1996, 356, 357.

94) Z. B. OLG Frankfurt, NZV 1995, 108, 109; OLG Hamm, r+s 96, 355, 356; OLG Karlsruhe, DAR 93, 229; OLG Nürnberg, NZV 1994, 24, 25.

95) Kritisch dagegen Schiemann, JZ 1077, 1078; Rixecker, NZV 1991, 369, 371.

96) Vgl. NZV 1994, 101, 103.

97) Nothoff, VersR 1996, 1200, 1205; ders., VersR 1998, 144, 146.

98) AG Frankfurt, NJW-RR 1999, 708 f. = zfs 1999, 194; gegen eine Pflicht auf günstigere Angebote anderer Anbieter hinzuweisen zu Recht AG Pforzheim, ZfS 1996, 135; Rixecker, NZV 1991, 369, 371; Nothoff, VersR 1998, 144, 146.

99) So jedenfalls die Analyse von Albrecht, NZV 1996, 49 ff.

100) BGH, NJW 1989, 463, 464; Palandt-Heinrichs, BGB, § 242 Rn. 37.

101) BGH, NJW 1989, 463, 464; Palandt-Heinrichs, BGB, § 123 Rn. 5.

102) Schiemann, JZ 1077, 1078.

103) So Nothoff, VersR 1996, 1200, 1205; ders., VersR 1998, 144, 146.

heiten auf dem Ersatzwagenmarkt zu sensibilisieren und zu ausdrücklichen Auskunftersuchen und selbständigen Preisvergleichen zu ermuntern. Diese Aufgabe können aber durchaus auch die Versicherer wahrnehmen¹⁰⁴. Die Versicherer dürfen zwar nicht versuchen, bereits an einen Autovermieter gebundene Geschädigte durch Inaussichtstellung unberechtigter Erstattungskürzungen im Nachhinein zu Vertragsauflösung und Abschluss bei einem günstigeren Autovermieter zu überreden¹⁰⁵. Doch steht ihnen frei, auf drohende Erstattungskürzungen hinzuweisen, wenn der Autovermieter tatsächlich Preise fordert, die (nach der durch die BGH-Rechtsprechung beschriebenen Rechtslage) nicht erstattungsfähig sind. auch können sie die Geschädigten ebenso wie ihre eigenen Versicherungsnehmer vorab über Tariffdifferenzierungen aufklären und zu einer Nachfrage anhalten¹⁰⁶ bzw. die Preisgestaltung der Autovermieter durch entsprechende Gegenleistungen im Rahmen von Regulierungsabkommen beeinflussen.

Der Verbraucherschutzgedanke gebietet kein anderes Ergebnis; denn solange die Tarife des Autovermieters nicht deutlich den üblichen Rahmen überschreiten, müssen sie nach der BGH-Rechtsprechung erstattet werden. Eine Aufklärung über günstigere Tarife begünstigt also im Ergebnis nicht die Automieter als Verbraucher, sondern die Versicherer. Insofern kann man auch argumentieren, dass es, selbst wenn man ein bloßes Informationsgefälle für die Begründung einer Aufklärungspflicht ausreichen ließe, jedenfalls an einem aus der Verletzung dieser Pflicht resultierenden Vermögensschaden fehlt. Ein solcher Schaden entsteht dem Automieter erst durch das nachfolgende, rechtswidrige Regulierungsverhalten der Versicherung.

Geradezu abwegig erscheint es, den Autovermieter verpflichten zu wollen, Kunden an die preisgünstigere Konkurrenz zu verweisen¹⁰⁷. Eine solche Aufklärungspflicht würde letztlich den Preiswettbewerb, der auf dem Unfallersatzwagenmarkt (wenn auch mit erheblichen Einschränkungen) existiert¹⁰⁸, vollends zum Erliegen bringen und zu einem gerade für kleinere Autovermieter fatalen „race to the bottom“ führen. Die h. M. geht denn auch nicht so weit und nimmt eine Aufklärungspflicht nur hinsichtlich günstigerer eigener Tarife an¹⁰⁹. Dies jedoch erscheint inkonsequent, denn dadurch werden diejenigen Autovermieter bestraft, die neben Unfallersatztarifen auch andere anbieten, während auf das Unfallersatzgeschäft spezialisierte Vermieter auf eine Aufklärung verzichten könnten, selbst wenn ihre Unfallersatztarife auf dem gleichen Niveau liegen wie diejenigen der „Mischanbieter“. Das „Übel“ liegt aber nicht darin, dass Autovermieter neben Unfallersatztarifen auch günstigere Tarife anbieten, sondern in den infolge beeinträchtigter Wettbewerbskontrolle überhöhten Unfallersatztarifen. Dieses Problem lässt sich, wie gezeigt wurde, auf der Grundlage der h. M. nicht widerspruchsfrei durch Etablierung von Aufklärungspflichten lösen. Es muss nach geltendem Recht in den Grenzen der §§ 138, 826 BGB und des Kartellrechts grundsätzlich hingenommen werden. Eine Verpflichtung der Autovermieter, ungefragt auf günstigere eigene oder gar fremde Tarife hinzuweisen, ist folglich abzulehnen.

bb) Eingeschränkte Hinweispflicht auf Abrechnungsschwierigkeiten

Eine eine Aufklärungspflicht begründende, dem Autovermieter zuzurechnende Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen des Vertragspartners besteht nach der gegenwärtigen (durch die BGH-Rechtsprechung vorgegebenen) Rechtslage nur dann, wenn der vom Autovermieter angebotene Tarif deutlich außerhalb des üblichen Rahmens der Unfallersatztarife liegt; denn nur in diesem Fall läuft der Geschädigte nach der BGH-Rechtsprechung Gefahr, einen Teil der Kosten selbst tragen zu müssen, wenn er keine Preisvergleiche anstellt. Diese Gefahr ist auch dem Autovermieter zuzurechnen, der durch die Bezeichnung eines Tarifs als „Unfallersatztarif“ konkludent dessen Erstattungsfähigkeit behauptet und als ordentlicher Geschäftsmann seine Preisgestaltung und ihr Verhältnis zu den Preisen der Wett-

bewerber überwachen und jedenfalls eine deutliche Überschreitung des üblichen Rahmens erkennen kann und muss.

Dagegen resultieren sonstige Abrechnungsschwierigkeiten nicht aus der Sphäre der Autovermieter, sondern aus derjenigen der Versicherer, die sich (leider unterstützt von einigen Instanzgerichten) entgegen der BGH-Rechtsprechung weigern, die erforderlichen Unfallersatzwagenkosten zu begleichen. In diesem Fall kann dem Autovermieter nicht auferlegt werden, zum eigenen Schaden auf fremdes Fehlverhalten hinzuweisen und dadurch den Geschädigten zu veranlassen, zu einem günstigeren Tarif abzuschließen, obwohl auch der höhere zu erstatten gewesen wäre. Durch eine solche Aufklärungspflicht würde der Autovermieter letztlich nicht rechtlich geschützte Interessen seines Vertragspartners wahrnehmen. Vielmehr würde er gezwungen das (verständliche, aber rechtlich nicht geschützte) Interesse der Versicherung daran zu wahren, unter mehreren erstattungsfähigen Tarifen des Autovermieters nur nach dem für sie günstigsten (und für den Autovermieter schlechtesten) Tarif abzurechnen: Wenn der Autovermieter seiner (angeblichen) „Aufklärungspflicht“ genügt, wird der Kunde, um Abrechnungsschwierigkeiten zu vermeiden, notgedrungen den günstigeren Pauschaltarif wählen und damit auf die Regulierungsleistungen verzichten, die nach dem oben Gesagten ebenfalls zum Herstellungsaufwand gehören und deren Kosten daher von der Versicherung zu erstatten sind. Wenn der Autovermieter dagegen seine (angebliche) Aufklärungspflicht verletzt, muss er dem Geschädigten die Tariffdifferenz erlassen bzw. erstatten – lachender Dritter ist wieder die Versicherung des Schädigers, die mit dem Geschädigten nach dem günstigeren Tarif abrechnen kann. Wenn aber eine Pflicht zum Verzicht auf (legalen) Gewinn nach dem oben Gesagten noch nicht einmal dem Kunden gegenüber besteht, kann sie erst recht nicht zugunsten eines Dritten begründet werden. Die h. M. läuft dagegen auf das rechtlich nicht haltbare Ergebnis hinaus, den Autovermieter für rechtswidriges Verhalten der Versicherer aus *cic* oder *pVV* haften zu lassen.

Im Ergebnis besteht eine Pflicht zum Hinweis auf Abrechnungsschwierigkeiten nur dann, wenn sie aus der Sphäre des Autovermieters rühren, d. h. konkret dann, wenn der angebotene Tarif den üblichen Rahmen für das Unfallersatzwagengeschäft deutlich übersteigt. Auf diese Weise wird auch den Interessen des Geschädigten hinreichend Rechnung getragen, der nur in diesem Fall bei Nichteinholung von Vergleichsangeboten keinen Anspruch auf vollen Ersatz der Mietwagenkosten gegen den Schädiger bzw. dessen Versicherung hat.

Verletzt der Autovermieter seine Aufklärungspflicht, so haftet er dem Geschädigten auf Freistellung bzw. Ersatz in Höhe der nicht erforderlichen und somit auch nicht von der Versicherung zu erstattenden Ersatzwagenkosten. Der Geschädigte kann gegenüber einer Mietpreisforderung des Autovermieters mit diesem Schadensersatzanspruch aufrechnen bzw. Rückzahlung in entsprechender Höhe verlangen¹¹⁰. Die Unsicherheit darüber, zu welchem Preis der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Aufklärung einen Wagen angemietet hätte, geht in diesem Fall also letztlich zu Lasten des Autovermieters.

104) So auch *Rixecker*, NZV 1991, 369, 372.

105) *BGH*, NJW 1999, 279.

106) Das *OLG Hamburg*, VersR 1997, 1549 hält sogar einen Hinweis auf bestimmte, besonders günstige Autovermieter für wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn dadurch nicht der Eindruck entstehe, dass der Geschädigte seiner Schadensminderungspflicht nur genüge, wenn er ein Fahrzeug bei diesen anmiete; zu letzterem vgl. *OLG Düsseldorf* VersR 1996, 640.

107) So aber *AG Frankfurt*, NJW-RR 1999, 708 f. = *zfs* 1999, 194.

108) Siehe Beispiel oben auf S. 10.

109) Siehe Nachweise oben in Fn. 92 ff.

110) Insofern zutreffend *OLG Hamm*, r+s 1996, 355, *AG Frankfurt*, NJW-RR 1999, 708 = *zfs* 1999, 194.

c) Bestätigung der Bedenken durch die aktuelle BGH-Rechtsprechung

Der BGH hat diese Auffassung in einer aktuellen Entscheidung indirekt bestätigt. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte eine Versicherung Unfallgeschädigte nach Anmietung eines Ersatzwagens darauf hingewiesen, dass es bei der Regulierung der durch den Autovermieter berechneten Ersatzwagentarife häufig Probleme gegeben hätte. Sie hatte den Geschädigten daher empfohlen, den Mietwagen zurückzugeben und einen anderen bei einem günstigeren Anbieter anzumieten. Das Landgericht sah in diesen beiden Hinweisen einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Autovermieters und gab dessen Unterlassungsklage statt. Das OLG Karlsruhe wies die Klage ab. Der BGH stellte die landgerichtliche Entscheidung wieder her¹¹¹.

Zur Begründung betonte der BGH, dass es zwar zutrefte, dass einige Landgerichte – entgegen der in der Grundsatzentscheidung des BGH von 1996 beschriebenen Rechtslage – verschärfte Anforderungen an die Schadensminderungspflicht des Geschädigten stellten. Doch komme es für die Frage der von der Versicherung behaupteten Abrechnungsprobleme nicht auf die rechtswidrige örtliche Gerichtspraxis, sondern auf die wirkliche Rechtslage an (nach der die nicht deutlich aus dem üblichen Rahmen fallenden Unfallersatztarife des Autovermieters erstattungsfähig waren). Die Rechtsordnung könne kein berechtigtes Interesse eines im Rechtsverkehrs Handelnden anerkennen, sich an einer unzutreffenden Praxis auszurichten; ein solches Interesse bestehe nur für Hinweise auf bei rechtmäßiger Schadensregulierung auftretende Abrechnungsprobleme¹¹².

Deutlicher kann man es kaum ausdrücken. Wenn der Hinweis der Versicherung auf (von ihr selbst rechtswidrig verursachte) Abrechnungsschwierigkeiten und auf im Vergleich zum (ersatzfähigen) Unfallersatztarif günstigere Tarife einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Autovermieters darstellt, dann ist evident, dass die Rechtsordnung nicht vom Autovermieter verlangt, selbst ungefragt derartige Hinweise an potentielle Ersatzwagenmieter zu geben.

IV. Zusammenfassung

1. Die Kosten für die Anmietung eines klassegleichen Unfallersatzwagens zählen im Rahmen des Erforderlichen zum nach § 249 S. 2 BGB vom Schädiger und über § 3 Nr. 1 und 2 PflVG von dessen Haftpflichtversicherung als Gesamtschuldner zu erstattenden Herstellungsaufwand.

2. Die Erforderlichkeit der Ersatzwagenkosten wird durch den Mietvertrag indiziert. Wird sie im Prozess in Frage gestellt, so obliegt es dem Geschädigten vorzutragen und zu belegen, dass der übliche Rahmen für solche Kosten nicht deutlich überschritten wurde. Der übliche Rahmen wird durch die örtlich angebotenen Unfallersatztarife einschließlich der durch sog. „Regulierungsabkommen“ vorgegebenen „regulierten“ Tarife vorgegeben. Eine deutliche Überschreitung ist indiziert, wenn der vereinbarte Tarif um mindestens 10% über dem höchsten selbst noch im üblichen Rahmen liegenden Tarif liegt. Letztlich entscheidend ist aber eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalles.

3. Liegen die vereinbarten Ersatzwagenkosten nicht deutlich über dem üblichen Rahmen, so sind sie als erforderlich anzusehen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Geschädigte vor Anmietung des Ersatzwagens Preisvergleiche angestellt hat oder nicht.

4. Liegen die Kosten deutlich oberhalb des üblichen Rahmens, so sind sie gleichwohl als erforderlich anzusehen, wenn der Geschädigte seiner „Schadensminderungspflicht“ nach seinen Möglichkeiten durch Einholung von Vergleichsangeboten Genüge getan hat. Eine Obliegenheit ein bis zwei Vergleichsangebote einzuholen, besteht jedenfalls dann, wenn der voraus-

sichtliche Mietpreis 5000 DM überschreitet. Eine Einholung von drei Vergleichsangeboten ist generell zu empfehlen. Eine Rechtspflicht des Geschädigten zur Markterkundung besteht dagegen ebensowenig wie eine Verpflichtung, sich vor Anmietung eines Ersatzwagens an den Schädiger bzw. an dessen Versicherung zu wenden.

5. Hat der Geschädigte einen Ersatzwagen zu einem deutlich über dem üblichen Rahmen liegenden Preis angemietet und trotz Markterkundungsobliegenheit auch keine Preisvergleiche angestellt, so ist nur ein Betrag nach Maßgabe eines Mittelwerts der für den betreffenden Markt im üblichen Rahmen liegenden Tarife als erforderlich anzusehen.

6. Den Autovermieter trifft – entgegen der wohl noch h.M. – grundsätzlich keine Pflicht, den Geschädigten von sich aus zur Markterkundung aufzufordern oder auf im Vergleich zu seinem Unfallersatztarif günstigere eigene oder gar fremde Tarife hinzuweisen. Er muss jedoch Fragen der Geschädigten nach günstigeren Angeboten sorgfältig und wahrheitsgemäß beantworten.

7. Der Autovermieter muss auf mögliche Abrechnungsschwierigkeiten nur dann hinweisen, wenn sie bei rechtmäßiger Schadensregulierung auftreten, d. h. dann, wenn seine Tarife deutlich über dem üblichen Rahmen liegen. Verletzt er diese Pflicht, so haftet er dem Geschädigten auf Ersatz der nicht erforderlichen Ersatzwagenkosten. Eine Pflicht des Autovermieters, den Geschädigten auch über Abrechnungsschwierigkeiten aufzuklären, die letztlich aus einem rechtswidrigen Regulierungsverhalten mancher Versicherer resultieren, besteht dagegen nicht.

111) BGH, NJW 1999, 279.

112) BGH, NJW 1999, 279, 281.

Regierungsrat z. A. Dr. Gregor C. Biletzki, München

Zur Auslegung von § 49 IV 2 PBefG

Die Vorschrift des § 49 IV 2 PBefG wurde im Jahre 1983 zum Zwecke einer verbesserten Abgrenzung von Taxi- und Mietwagenverkehr neu gefasst. Ziel des Gesetzgebers war es, die taxiähnliche Betätigung durch Mietwagenunternehmer wirksam zu unterbinden. In jüngerer Zeit haben jedoch telekommunikationstechnische Neuerungen auch zu neuen rechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten geführt. Die hierzu veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur haben zu weiteren Unklarheiten in diesem Bereich beigetragen. Der folgende Beitrag zeigt auf, in welchen Fällen bei der Nutzung telekommunikationstechnischer Einrichtungen im Hinblick auf § 49 IV 2 PBefG der Rubikon der Rechtswidrigkeit überschritten wird und bietet eine klare und differenzierte Lösung an.

I. Problemstellung

Nach § 49 IV 2 PBefG dürfen mit Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausgeführt werden, die am Betriebsitz¹ oder in der Wohnung² des Unternehmers eingegangen sind. Die klas-

1) Entscheidend für den Begriff des Betriebsitzes ist, dass an ihm wesentliche, für den Betrieb massgebliche Tätigkeiten, ausgeübt werden, wie z. B. die Entgegennahme und Weiterleitung der Beförderungsaufträge an die Fahrer, die Fahrzeugdisposition, die buchmäßige Erfassung der Beförderungsvorgänge sowie die Aufbewahrung der entsprechenden Aufzeichnungen. Es müssen jedoch dort nicht sämtliche der genannten Tätigkeiten stattfinden, vgl. Fichtz/Meier/Montigel/Müller, PBefG, Stand 1999, § 49 Rn. 13 a; Biding, Personenbeförderungsrecht, Stand 1996, § 49 Anm. 20 m. w. N.

2) Zum Begriff der Wohnung vgl. Biding (Fn. 1), § 49 Anm. 21 m. w. N.