

I. Moralische Bewertung

Das Urteil des Mietrechtsenates – BGH, XII ZR 50/04 – ist aus moralischer Perspektive zu begrüßen.

Der Unfallersatz-Mieter wird mit dieser Entscheidung umfassend vor dem Zugriff des Vermieters geschützt. Unter der Bezeichnung „Unfallersatztarif“ wird Unfallgeschädigten ein komplexes Dienstleistungsprodukt angeboten, dessen Risiken der durchschnittlich informierte Verbraucher in der Regel nicht ermessen kann. Andererseits kann sich künftig jeder Unfallgeschädigte auf den vom BGH erschaffenen, umfassenden Schild verlassen, er kann sich also gefahrlos an den Autovermieter seines Vertrauens wenden, ohne befürchten zu müssen, anschließend auf Zahlung von Mietzins in Anspruch genommen zu werden. **Der umfassende Verbraucherschutz** kann in diesem Sinne auch als Verkaufsargument verstanden werden.

Der Anbieter eines „Unfallersatztarifes“ muß, soweit die Geltendmachung des zedierten Deliktsanspruchs gegen den Anspruchsgegner Teil seiner Dienstleistung ist, die einschlägigen Wagnisse berücksichtigen, denn sie sind Teil der spezifischen Leistungen bei der Vermietung an Unfallgeschädigte. Es geht nicht an, das aus dem Dienstleistungsangebot entstehende **Unternehmerisiko** mit Hilfe einer verschleiernenden Vertragsgestaltung auf den Mieter abzuwälzen.

II. Tarifspaltung

Ausgangspunkt der Erwägungen des zwölften Senates, der darin dem sechsten Senat folgt¹, ist die vermeintliche Aufspaltung der im Markt angebotenen Tarife in „Normaltarif“ und „Unfallersatztarif“. Jedoch ergeben sich schon aus dem Entscheidungstext zahlreiche mögliche Tariffdifferenzierungen, etwa „Einzeltagestarif“, „18-Tages-Tarif“, vergünstigter „Kredikartentarif“, Vergünstigung für Vorauszahlung und ein günstiges „Internet-Angebot“. Weitere Tarife finden sich in der Rechtsprechung². Gleichwohl geht der zwölfte Zivilsenat davon aus, daß *ein* „Normaltarif“ *einem* „Unfallersatztarif“ gegenüberstehe und postuliert damit eine *Zweispaltung* der Anbietertarife. Tatsächlich wird das Anbieterverhalten damit unzulässig verkürzt, es gibt nicht zwei, sondern hunderte, an den konkreten Bedarf angepasste Tarife, deren Preis sich nicht zuletzt nach ihrer Zugänglichkeit richtet³. Der „Normaltarif“ in der Unfallersatz-Judikatur muß als richterrechtliche **Tatsachenschöpfung** bewertet werden.

Im Rahmen rabattrechtlicher Erwägungen hat der Wettbewerbssenat des BGH zu einem vermeintlichen „Normaltarif“ in der Versicherungswirtschaft 2001 ausgeführt: „Es müssen ... zwei Preise einander gegenübergestellt werden, der Normalpreis und der davon abgeleitete niedrigere Ausnahmepreis⁴. Hier fehlt es bereits am Erfordernis eines für alle Versicherungsnehmer des Beklagten geltenden Normalpreises, weil die Prämien in der Kfz-Versicherung nach unterschiedlichen Kriterien, die hauptsächlich mit der von dem Fahrzeug ausgehenden Gefährdung zusammenhängen, berechnet werden“⁵.

Soweit das Urteil des zwölften Senates sich an einem vermeintlichen „Normaltarif“ orientiert, fehlt es ihm an einer tatsächlichen Grundlage.

III. Beweislast

Nach der Auffassung des Senates entsteht die Aufklärungspflicht des Vermieters, wenn diesem erkennbar ist, daß der Mieter den erforderlichen Schadensersatzbetrag für die Mietfahrzeugnutzung gegenüber einem gegnerischen Haftpflichtversicherer geltend machen will.

Der Senat geht davon aus, daß der Haftpflichtversicherer die Höhe seiner Schadensersatzleistung regelmäßig an einem „Normaltarif“ der Autovermieter ausrichte. In Ermangelung eines tatsächlichen Normaltarifes ergibt sich der Schaden aus der Aufklärungspflichtverletzung jedoch *ex tunc* aus der Höhe der Ersatzleistung, die der gegnerische Haftpflichtversicherer „ohne Beanstandung“ leistet. Damit ist der „Normaltarif“ ein virtueller Rechtsgegenstand, den der gegnerische Haftpflichtversicherer mittels Beanstandung schöpft und dessen Wert er mit seiner Kompensation bestimmt.

Die Vorinstanz hat vorliegend keine Feststellungen zum „Normaltarif“ getroffen, es sei jedoch unstrittig gewesen, daß der abgerechnete Tarif deutlich über „dem auf dem örtlich relevanten Markt bestehenden Normaltarif“ liege. Daraus entstehe die Aufklärungsverpflichtung und die Beweislast des Vermieters, denn „die Unsicherheit darüber, zu welchem Preis der Beklagte [der Mieter] einen Wagen gemietet hätte, geht zu Lasten des Autovermieters.“

¹ jüngst *BGH*, VI ZR 237/05; *BGH*, VI ZR 161/05 mit weiteren Nachweisen.

² zum Beispiel *BGH*, VersR 2005, 239.

³ vgl. *Schlüsler*, VersR 2005, 749.

⁴ *BGH*, BGHZ 99, 69; *BGH*, GRUR GRUR 1994, 743 – Zinsgünstige Kfz-Finanzierung durch Herstellerbank; *BGH*, GRUR 1999, 256 – 1000 DM Umweltbonus.

⁵ *BGH*, VersR 2002, 633.

Wenn es jedoch im freien Markt einen „Normaltarif“⁶ nicht gibt und es auch nicht darauf ankommt, mit welchen konkreten Tarifen unter welchen Zugänglichkeitsbeschränkungen der Anbieter am Markt auftritt, wird die Beweislast in einer Weise überspannt, die dem Vermieter die Verfolgung seiner **Interessen unzumutbar erschwert**, Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit 19 Abs. 4 GG⁷.

IV. Schadenmanagement

Mit den Ausführungen, es sei erforderlich, „den Mieter deutlich und unmissverständlich darauf hinzuweisen, daß die gegnerische Haftpflichtversicherung den angebotenen Tarif möglicherweise nicht in vollem Umfang erstattet...; es ist dann Sache des Mieters, sich kundig zu machen, etwa indem er Kontakt zur Haftpflichtversicherung aufnimmt, weitere Angebote einholt oder sich anwaltlich beraten lässt“ fördert der Senat das „aktive Schadenmanagement“⁸ der Kfz-Haftpflichtversicherer.

Der Vermieter, der grundsätzlich davon ausgehen muß, daß die gegnerische Haftpflichtversicherung den vertraglich vereinbarten Mietzins nicht für erstattungsfähig hält, wird im Rahmen seiner Aufklärungspflicht angehalten, die „Abstimmung“ des Mieters mit dem gegnerischen Haftpflichtversicherer herbeizuführen. Die Erholung weiterer Angebote oder anwaltlichen Rates ist – obgleich der BGH auch diese „Möglichkeiten“ nennt – zwecklos, weil das Risiko der Erstattungsverkürzung damit nicht ausgeräumt wird. Im Rahmen der Konsultation wird der als Marktsubjekt profitorientiert handelnde Haftpflichtversicherer den Geschädigten in seinem Sinne zu beeinflussen suchen.

Im Ergebnis ist festzustellen: Ein tatsächlicher „Normaltarif“ existiert nicht. Im Zweifel hat der Vermieter darzulegen und zu beweisen, zu welchem Tarif der Mieter angemietet hätte, auf sein eigenes Tarifwerk kommt es dabei nicht an. Maßgeblich ist, welche an einem behaupteten „Normaltarif“ ausgerichtete Ersatzleistung der Versicherer anstandslos leistet. Der Vermieter, der sich den Tarif-Vorstellungen des Haftpflichtversicherers nicht beugt, kann den vereinbarten Mietzins gegen seinen Vertragspartner nicht durchsetzen.

Die aus §§ 249 BGB, 3 Nr. 1 PflVG erwachsende Dispositionsfreiheit⁹ des Geschädigten, die „magna charta“ des deutschen Schadenrechts¹⁰, wird mit der vorliegenden Entscheidung in Frage gestellt. Zwar hat Müller¹¹ bereits offenbart, daß der BGH sich legitimiert sehe, anstatt der Legislative „zeitgemäße“ **Korrekturen am Schadensrecht** vorzunehmen, die eingeforderte, „umfassende Diskussion“ wird indes durch die der aktuellen Entwicklung entströmenden „normativen Kraft des Faktischen“ erheblich belastet.

V. Zurückbehaltung/Aufrechnung

Der Einfluß des Urteils auf die derzeit massenhaft aus abgetretenem Recht geführten Schadensersatzverfahren der Autovermieter gegen die Haftpflichtversicherer ist begrenzt.

Dogmatisch muß zunächst herausgestellt werden, daß der Schadensersatzanspruch unabhängig von einer Mietpreisvereinbarung besteht. Der Ersatzanspruch entsteht mit dem Schadenseintritt und richtet sich nach objektiven Kriterien, §§ 249ff BGB. Der Ersatzbetrag läßt sich (auch) **fiktiv/abstrakt** bestimmen, ein *Mietvertrag* ist nicht die Voraussetzung für das Entstehen des Schadensersatzanspruches, er hat für die Bestimmung des „erforderlichen“ Ersatzbetrages allenfalls Indizwirkung. Voraussetzung ist lediglich, daß der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug während der Dauer der Reparatur hat nutzen „können und wollen“¹², der *Nutzungswille und die Nutzungsmöglichkeit* ist darzulegen.

Weil der Schadensersatzanspruch nach objektiven Kriterien, und nicht nach einem konkreten Mietvertrag bestimmt wird, kann dies dazu führen, daß dem Geschädigten der erforderliche Betrag zusteht, obwohl er tatsächlich weniger aufwenden musste, etwa weil er bei der Beschaffung seines Ersatzfahrzeuges überobligatorische Anstrengungen hingenommen hat. Der abstrakt zu bestimmende Schadensersatzanspruch auf Mietfahrzeugkostenersatz kann sogar dann bestehen, wenn der Geschädigte einen unentgeltlichen Überlassungsvertrag abgeschlossen hat, denn es ist dem Geschädigten, der vermöge seiner persönlichen Kenntnisse und besonderen Fähigkeiten den Schaden behebt, nicht zuzumuten, seine besonderen Anstrengungen zur Schadensbehebung dem Schädiger zugute kommen zu lassen¹³.

⁶ im Sinne markteinheitlich-zentralistischer Zugänglichkeits- und Preisbestimmung.

⁷ BVerfG, NJW-RR 2003, 1164 mit weiteren Nachweisen; BVerfG, NJW 1998, 2662.

⁸ Schlüsler, zfs 2006, 3, Köhler, NJW 1995, 2019.

⁹ BGH, VersR 2003, 918 = NZV 2003, 371; BGH, VersR 1989, 1056 = NJW 1989, 3009 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Steffen, NJW 1995, 2057, 2059; Weber, VersR 1990, 934.

¹¹ Müller, VersR 2005, 1461, 1474.

¹² vgl. BGH, VersR 1983, 1103.

¹³ BGH, VersR 1992, 710 = NJW 1992, 1618.

Auf eine Aufklärungspflichtverletzung bei Vertragsverhandlungen des Autovermieters mit dem unfallgeschädigten Mieter ist § 255 BGB nicht anwendbar. Schon der Wortlaut der Norm ist nicht einschlägig, weil ein etwaiger Anspruch aus Aufklärungspflichtverletzung nicht der zerstörten Sache, also dem beschädigten Fahrzeug zuzurechnen ist. Die Norm ist Ausdruck des Bereicherungsverbotes, ähnlich § 67 VVG.

Ein Anspruch aus §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 2 ist grundsätzlich **disponibel**, das heißt, der Mieter kann diesen Anspruch zedieren, gegebenenfalls verkaufen. Die gegnerische Haftpflichtversicherung kann mit dem Anspruch nicht aufrechnen, wenn sie nicht dessen Eigentümerin ist. Würde der cic-Anspruch in der Deliktsaufrechnung untergehen, könnte sein tatsächlicher Eigentümer ihn nicht mehr geltend machen, dies aber kollidierte mit Art. 14 Abs. 1 GG; selbst wenn § 255 BGB – warum auch immer – anwendbar wäre, die vorherige Abtretung des cic-Anspruchs ist unabdingbare Voraussetzung für die Aufrechnung¹⁴. Auch § 273 BGB ist nicht anwendbar, wenn die Versicherung als Schuldnerin des Schadensersatzes nicht zugleich Eigentümerin des cic-Anspruchs ist¹⁵. Aus rechtsdogmatischer Perspektive kann ein Anspruch des Mieters aus Aufklärungspflichtverschulden im Verfahren des Geschädigten gegen den Schädiger – ohne daß der cic-Anspruch zuvor an den Schädiger abgetreten wurde – keine Wirkung entfalten¹⁶.

VI. mögliche Konsequenzen

Kursorisch soll angeführt werden, wie die Autovermieter mit den strengen Anforderungen an ihre Aufklärungspflicht im „Wirtschaftskrieg“¹⁷ mit den Haftpflichtversicherern umgehen können.

1. cic-Abtretung an Schädiger

Nach den ausgeführten Erwägungen wird deutlich, daß die Haftpflichtversicherer ihre Bemühungen verstärken werden, sich etwaige cic-Ansprüche von unfallgeschädigten Mietern abtreten zu lassen, um sie in einem Schadensersatzverfahren der Rechtsposition des Geschädigten zur Aufrechnung entgegenzuhalten.

Damit erhöht sich das Prozessrisiko der aus abgetretenem Recht klagenden Vermieter. Wenn sie den Deliktsanspruch einklagen, müssen sie die Möglichkeit berücksichtigen, daß ihnen der cic-Anspruch vom Schädiger entgegengehalten und aufgerechnet wird. In einem solchen Fall bleibt dem Vermieter nur, seinem Mieter den Streit zu verkünden, um ihn anschließend auf Zahlung des ungekürzten Mietzinses in Anspruch zu nehmen. Im Mietzinsprozess kann der bereits mit dem Deliktsanspruch aufgerechnete cic-Anspruch der Entgeltforderung des Vermieters nicht mehr entgegengehalten werden.

Folgerungen: Zum einen ist jedem Mieter abzuraten, dem gegnerischen Versicherer mit einer derartigen Abtretung entgegenzukommen. Zum anderen müssen die Vermieter das erhöhte **Prozessverlustrisiko** kalkulatorisch berücksichtigen¹⁸.

2. Abtretung an Erfüllungs Statt

Um die unter 1 angeführten Prozessrisiken auszuschließen, können die Autovermieter die derzeit branchenüblichen Sicherungsabtretungen durch Abtretungen an Erfüllungs Statt im Sinne der §§ 364, 365 BGB ersetzen. Der so gestaltete Kauf der Deliktsforderung steht wegen des Vorrangs der **Berufsausübungsfreiheit** im Sinne des Art. 12 GG nicht unter dem Erlaubnisvorbehalt des RBERG, sofern der Kaufpreis unbedingt – insbesondere vom Einziehungserfolg der Deliktsforderung unabhängig – ist und soweit der gekaufte Deliktsanspruch dem eigenen, erlaubnisfreien Geschäft zuzuordnen ist¹⁹.

Die Leistung an Erfüllungs Statt ist kein entgeltlicher Austauschvertrag (Erlass der ursprünglichen Forderung gegen Hingabe der Leistung an Erfüllungs Statt), sondern eine Vereinbarung (Hilfsgeschäft) über die Erfüllung der ursprünglichen Schuld. Rechtsgrund der Leistung bleibt das ursprüngliche Schuldverhältnis, aus ihm ergeben sich die Voraussetzungen für die Rechtsbeständigkeit und Rückforderbarkeit der Leistung²⁰.

Hätte der Mieter das geforderte Werkentgelt per Geldleistung beglichen, könnte ein Anspruch aus Aufklärungspflichtverletzung zu einem Rückzahlungsanspruch führen. Wird mit dem Geschädigten aber vereinbart, daß zur Bezahlung des – vollständigen – Mietzinses der Deliktsanspruch auf den Ersatz der „erforderlichen“ Mietfahrzeugkosten an Erfüllungs Statt angenommen wird, kann ein etwaiger cic-Anspruch **nicht**

¹⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Auflage, § 255, Rdnr. 7.

¹⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Auflage, § 273, Rdnr. 6.

¹⁶ BGH, VersR 2005, 569; BGH, VersR 2006, 853.

¹⁷ Kragler, Verkehrsunfallrecht, 1994, Band 1, S. 122.

¹⁸ Diese kalkulatorische Verteuerung beeinflusst wiederum den abstrakt, typisiert und objektiviert zu bestimmenden „erforderlichen“ Schadensersatz.

¹⁹ BVerwG, NJW 2003 2767; BGH, NStZ-RR 2005, 151; RegE-RDG, <http://www.bmj.de/>; Otting, SP 2003, 31; BVerfG, NJW 1998, 3481; Kleine-Cosack, NJW 2000, 1593; Kleine-Cosack, NJW 2003, 3009, Kleine-Cosack, Rechtsberatungsgesetz, Auflage 2004, Art. 1 § 1, Rdnr. 162-163.

²⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Auflage, § 364, Rdnr. 2.

entstehen, oder, ist er gleichwohl entstanden, geht er spätestens zum Zeitpunkt der Annahmeerklärung des Vermieters gemeinsam mit der Entgeltforderung unter.

Zu einer „Überzahlung“ – und damit zum Entstehen eines cic-Anspruchs – kann es nach dieser Gestaltung nur dann kommen, wenn das Gericht feststellt, daß die „erforderlichen Mietwagenkosten“ den vereinbarten Mietzins übersteigen. Der Vermieter wird einen Antrag auf Feststellung eines über den vereinbarten Mietzins hinausgehenden Ersatzbetrages in der Regel nicht stellen.

Eine Mietzinsnachforderung gegenüber dem Mieter kann aufgrund der Inzahlungnahme des Deliktsanspruches indes auch dann nicht entstehen, wenn das Gericht feststellt, daß die „erstattungsfähigen Mietwagenkosten“ den vereinbarten Mietzins unterschreiten.

Mit der vorgeschlagenen Ausgestaltung ist also ein etwaiger Anspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung spätestens mit der Erklärung der Annahme der Abtretung an Erfüllungs Statt kraft Vertrages erloschen, wegen des schwebenden Charakters des Rechtsgeschäft wohl schon im Zeitpunkt der Deliktszession. Nur für den Fall, daß die gegnerische Versicherung eine cic-Abtretung des Mieters zu ihren Gunsten dem Vermieter *vor Erklärung der Abtretungsannahme* zur Kenntnis gegeben hätte, könnte sie einen etwaigen Anspruch aufrechnen, § 407 BGB.

In dieser Form wäre das Unfallersatzgeschäft ein in sich geschlossenes Dienstleistungsprodukt, das den Anforderungen der Judikatur gerecht würde.