

Der Mittelwert aus Schwacke und Fraunhofer bleibt ein Irrweg

Die Frage der Anwendung des Mittelwertes aus den beiden Listen Schwacke und Fraunhofer ist weiter virulent.¹ Einerseits wird dieser Weg immer häufiger eingeschlagen, d.h. Gerichte schätzen erstattungsfähige Mietwagenkosten aufgrund Schadenersatzforderungen gegen Versicherer weiter mit der sogenannten „Fracke“-Methode. Das bedeutet nichts anderes, als dass Gerichte einen „rechnerischen Mittelwert“ aus den zwei „rechnerischen Mittelwerten“ (der Institute Schwacke und Fraunhofer) bilden.

Wie sich immer wieder zeigt, würden sich Vermieter in der ihnen eigenen schwächeren Position in dieser jahrelangen Auseinandersetzung damit noch eher arrangieren, um in den einzelnen Fällen keine weiteren Kosten der Forderungsdurchsetzung zu riskieren. Doch vor allem die Haftpflichtversicherer geben keine Ruhe. Sie lehnen diesen Weg des gerichtlichen Ausgleichs vehement ab und argumentieren damit, dass die von Schwacke erhobenen Werte falsch und damit auch der Mittelwert aus den Listen „Fracke“ nicht anwendbar seien.

„Mittelwert von Mittelwert und Mittelwert“ führt daher nicht zur von der Rechtsprechung wohl erhofften Befriedung in der Schadenregulierung.

Rechtsprechung des BGH

Der BGH hatte am 18.05.2010 ein Berufungsurteil aufgehoben und zur erneuten Entscheidung über die Anwendbarkeit der SchwackeListe an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil sich dieses nicht ausreichend mit dem Beklagtenvortrag befasst habe.

Zitat unter Randziffer 4 zur Anwendbarkeit von Schätzgrundlagen :
„Demgemäß hat der Senat mehrfach ausgesprochen, dass der Tatrichter in Ausübung des Ermessens nach § 287 ZPO den „Normaltarif“ grundsätzlich auch auf der Grundlage des „Schwacke-Mietpreisspiegels“ im maßgebenden Postleitzahlengebiet (...) ermitteln kann (...). Er hat auch die Schätzung auf der Grundlage des „Schwacke-Mietpreisspiegels 2006“ grundsätzlich nicht als rechtsfehlerhaft erachtet (...) was jedoch nicht bedeutet, dass eine Schätzung auf der Grundlage anderer Listen oder Tabellen, wie etwa der sog. Fraunhofer-Liste, oder eine Schätzung nach dem arithmetischen Mittel beider Markterhebungen (...) grundsätzlich rechtsfehlerhaft wäre.“ (BGH, VI ZR 293/08 vom 18.05.2010)

Dieser Rechtssatz ist ergänzt durch die wiederkehrenden Ausführungen dazu, dass nur konkreter Sachvortrag, der die Auswirkungen etwaiger behaupteten Mängel auf den konkreten Fall aufzeigt und unter Beweis stellt, geeignet ist, eine der Methoden infrage zu stellen und eine konkrete Überprüfung der Partei-Behauptungen durch das Instanzgericht erst notwendig machen kann.

Doch heißt das, der BGH habe einen Mittelwert insoweit erlaubt, dass Gerichte sich in allen Fällen damit begnügen dürfen? Das ist eindeutig zu verneinen, denn nur an den Gerichten der ersten und zweiten Instanz sind behauptete Tatsachen überprüfbar. Der BGH hat es lediglich in die Hand der Tatrichter gelegt, die Behauptungen der Parteien zu prüfen und zu bewerten, weil der BGH selbst als Revisionsinstanz nur eingreifen kann, wenn erheblicher Vortrag übergangen wurde oder Rechtsgrundsätze verletzt bzw. unrichtige Maßstäbe angelegt wurden. Es obliegt daher vornehmlich den Gerichten der beiden ersten Instanzen, den Sachverhalt und die Argumente konkret zu prüfen.

Erfahrungen an den Instanzgerichten

In einer überwiegenden Zahl der Urteile, in denen der Mittelwert der Li-

sten angewendet wird, ist festzustellen, dass das entscheidende Gericht aufgrund seiner Überzeugung beim Mittelwert bleiben möchte und sich daher mit den Argumenten der Klägerin für die Anwendung der SchwackeListe zu wenig befasst. Um nicht tiefer einsteigen zu müssen, genügt es vielen Gerichten, einige formelhafte Bemerkungen anzustellen, um das arithmetische Mittel aus Fraunhofer und Schwacke anzuwenden.

Vor allem Oberlandesgerichte scheinen ihre Schwierigkeiten bei der Abwägung der Argumente der beiden Seiten dadurch lösen zu wollen, dass sie mit dem Mittelwert einen Weg des vermeintlich geringen Widerstandes gehen (OLG Karlsruhe, OLG Hamm, OLG Celle, OLG Saarbrücken, OLG Köln, Kammergericht, ... vereinzelt auch OLG Stuttgart und OLG Frankfurt).

Beispiel OLG Köln

Über eine längere Zeit urteilte das OLG Köln, allein die Werte der SchwackeListe seien glaubwürdig und anwendbar. Ab Juli 2013 trat eine Wende hin zum Mittelwert ein, beginnend mit einem Urteil vom 30.07.2013, Az. 15 U 186/12.² Das wurde mit nicht nachvollziehbaren Argumenten begründet.

Richtig ist zunächst die Feststellung des Senates mit Verweis auf den BGH, dass eine Anwendung des Mittelwertes nicht grundsätzlich „rechtsfehlerhaft“ sei. Zitat OLG Köln 16 U 212/12 vom 30.07.2013, Seite 6:
„und (Anmerkung: der BGH) auch eine Schätzung nach dem arithmetischen Mittel beider Markterhebungen nicht als rechtsfehlerhaft erachtet hat“.

Die Begründungen aus den in Folge ergangenen Entscheidungen, diese Mittelwertberechnung von nun an als allein richtige Schätzgrundlage zu propagieren, fußt auf wenig nachvollziehbaren und unbelegten bzw. nachweislich unzutreffenden Aussagen des Gerichtes.³ So ist z.B. die Aussage falsch, SchwackeListen wiesen unklare Preissteigerungen auf.⁴

Zitat aus der entsprechenden Entscheidung:
„Dies hat sich in den letzten Jahren fortgesetzt. Ein Vergleich der Tarife der Schwacke-Liste aus den Jahren 2010 bis 2012 ergibt, dass diese in diesem Zeitraum durchschnittlich gestiegen sind. Demgegenüber sind in den gleichen Jahren die aus der Fraunhoferliste ersichtlichen Tarife durchschnittlich gesunken, was dem Senat im Hinblick auf die allgemein zu beobachtende Marktpreisentwicklung sowie den Preiskampf der Mietwagenunternehmen untereinander nachvollziehbar erscheint.“

Es gibt genau zwei Argumente gegen die SchwackeListe, die zur Mittelwert-Anwendung geführt haben. Das sind angebliche unerklärliche Preissteigerungen und das ist die mangelnde Anonymität der Erhebung.

Die ungerechtfertigten Preissteigerungen gibt es einfach nicht. Sie haben sich jedoch in den Köpfen festgesetzt. Versicherer behaupten dies immer wieder ohne Zahlen zu nennen und Gerichte schreiben das ab. Weitere Gerichte übernehmen es aus diesen Urteilen. So setzt sich das in der deutschen Zivilrechtsprechung fort, von Region zu Region, von Jahr zu Jahr. Noch in keinem vom Autor je gelesenen Urteil hat ein Gericht eine solche Preissteigerung auch benennen können, wenn es dieses Argument zur Urteilsbegründung herangezogen hat.

In Bezug auf das OLG Köln hat der Autor das genauer dargelegt. Das Ergebnis anhand der konkret nachverfolgbaren Zahlen lautet: In einem von 36 repräsentativ ausgewählten Fällen liegt zwischen 2010 und 2012 eine Preissteigerung vor, in Höhe von 0,71 Prozent (auf diese Jahre hatte sich

- 1) Der Autor hat vor längerem bereits darauf hingewiesen, dass es mehr als zweifelhaft erscheint, einen Mittelweg zu wählen, wenn zwei Aussagen auf ganz unterschiedlichen Füßen stehen und demzufolge auch zu ganz erheblich unterschiedlichen Ergebnissen kommen, „Der Mittelwert zwischen Schwacke und Fraunhofer ist abzulehnen“, MRW 2-2010, Seite 4 ff.
- 2) Veröffentlicht in MRW 3-2013, Seite 47 ff. mit Anmerkungen.
- 3) Preissteigerungen in der Schwacke-Erhebung?, Michael Brabec, MRW 4-2013, Seite 63 f.
- 4) Anmerkungen zur neuen Mietwagenrechtsprechung des OLG Köln, Michael Brabec, MRW 3-2013, Seite 42 ff.

das OLG Köln in seiner Urteilsbegründung für die Anwendung des Mittelwert gestützt).⁵

Die Unterstellung von Preissteigerungen ist auch konkret in den entschiedenen Fällen des OLG Köln falsch. Der Blick in die SchwackeListe belegt das Gegenteil: Erstzunehmende Preissteigerungen zwischen 2010 und 2012 gab es in den drei Listen nicht. Lediglich in Einzelfällen, die man aber schon suchen muss und in Fällen des Vergleiches von Werten des gewichteten Mittels kommen überhaupt Preissteigerungen vor, doch nicht in unerklärlicher Höhe. Die statistische Größe des gewichteten Mittels ist zudem für einen Vergleich mit Vorjahren ungeeignet, weil es sich um ein Zufallsergebnis (häufigster Wert) und nicht um einen arithmetischen Mittelwert handelt. Das Gericht hat sich möglicherweise auch durch die Einpreisung des Kasko-Preises in den Grundpreis bei Schwacke ab 2011 verwirren lassen, die Versicherer provozierend als Preiserhöhung bezeichnet haben.

Sodann bleibt auch der Bezug zum „Preiskampf“ unklar. Einen Preiskampf gibt es seit Jahren, also auch in den Jahren zuvor und ebenso bis heute. Was das Gericht damit sagen will, ist nicht zu verstehen.

Auch der Hinweis des OLG Köln auf eine „allgemeine Marktpreisentwicklung“ überrascht im Rahmen dieser Diskussion. Denn um eine solche Entwicklung geht es ja hier gerade und kann ja nur durch eine Normaltarifpreislise aufgezeigt werden, wie Schwacke für Mietwagenkosten eine ist. Neben den beiden diskutierten Listen existiert nichts, um einen Bezug zu einer „allgemeinen Marktpreisentwicklung“ herzustellen. Woher das Gericht die Erkenntnis der Entwicklung gewonnen haben will, ist nicht ersichtlich. Ein gesamtwirtschaftlicher Warenkorb über alle Produkte oder Dienstleistungen für Verbraucher oder ein Warenkorb speziell für Mobilität zeigte damals und zeigt auch heute keine allgemeinen über Jahre andauernden Preissenkungen. Das würde jeden Tag in den Medien stehen, denn das wäre volkswirtschaftlich eine große Gefahr.

Das heißt, die Gerichte, die den Mittelwert anwenden, finden keine konkreten und nachvollziehbaren Begründungen für diese Vorgehensweise. Manche Gerichte betonen die Kritik an den Listen und kommen so zum Mittelwert, andere betonen die grundsätzliche Anwendbarkeit von Schwacke und Fraunhofer, um dann den Mittelwert anzuwenden. In allen Fällen wird lediglich auf die diesbezügliche BGH-Rechtsprechung hingewiesen, der habe es ja erlaubt.

Eigentliche Gründe für den Mittelwert

Die Gründe für die Fracke-Schätzungen liegen sicherlich nicht in der Kritik an Schwacke, sondern eher woanders. Viele Gerichte dürften sich eine Entspannung insofern erhofft haben, als dass die Anwendung des Mittelwertes zu einer Akzeptanz bei den Parteien führen würde und die Zahl der geführten Gerichtsprozesse hätte zurückgehen können.

Das wäre ein fragliches Motiv, da die Justiz in zivilrechtlichen Streitfällen (nachdem nach § 139 ZPO zunächst in den Blick zu nehmenden ggf. im Wege des Vergleiches zu findenden Ausgleich der Interessen und Ansprüche) Recht zu sprechen hat und (dann nicht mehr) vornehmlich den Ausgleich anstreben darf. Es ist dann ja auch anders gekommen, denn die Prozesse gehen weiter. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Fracke-Lösung gescheitert. Versicherer greifen den Mittelwert unvermindert mit dem Argument an, dass Schwacke nicht verwendbar sei, weil:

„Die Untauglichkeit der Schwacke-Liste schlage auf das Mischmodell, welches mit dem arithmetischen Mittel beider Listen rechnet, durch.“⁶

Die Erfahrung Rechtsuchender ist es, dass der Richter dann häufig den Weg des Kompromisses sucht. Auch wenn die Argumente einer Seite nicht wegzudiskutieren sind, ein Mittelwert erscheint dem Gericht als eine attraktive Lösung, sich nicht entscheiden zu müssen. Es ist bequem, denn es erfordert weniger Prüf- und Begründungsaufwand. Die Wahr-

scheinlichkeit, daneben zu liegen, scheint weniger hoch. Und der BGH hat es ja erlaubt ...

Doch die Argumente der Beklagten gegen die SchwackeListe sind ein absolut durchsichtiges und in einer schizophrenen Weise sinnloses wie sinnvolles Manöver. Sinnlos, weil viel Unsinn geschrieben wird und sinnvoll, weil Gerichte das trotzdem ernst nehmen und daher nicht Schwacke, sondern den Mittelwert anwenden.

„Unsinn Nummer 1“ ist der ständige Hinweis auf die fehlende Anonymität der Schwacke-Methode. Die Methode ist eigentlich gar nicht mehr angreifbar, denn der BGH hat sie für geprüft und verwendbar erklärt, Zitat BGH-Urteil, Az. VI ZR 234/07, NJW 2008, 2910 (Rz. 23):

„Der Anknüpfung an den „Schwacke-Mietpreisspiegel“ steht auch nicht der Einwand der Anschlussrevision entgegen, die Verfasser des eurotax-Schwacke-Automietpreisspiegels hätten ihren Ermittlungen lediglich eine Sammlung schriftlicher Angebotspreise der Autovermieter zugrunde gelegt und nicht auf Ergebnisse von Marktuntersuchungen über die tatsächlich gezahlten Mietpreise abgestellt.“

Es stimmt auch tatsächlich nicht, dass Autovermieter ihre Wunschpreise in eine Liste eintragen und an Schwacke senden. Im Vorwort der SchwackeListe steht:

„Grundlage für die Datenerfassung bilden die gedruckten bzw. auch auf Datenträgern oder im Internet vorhandenen, hauseigenen Prospekte und Darstellungen, die einem Kunden offeriert werden. Im Internet sind häufig Angebotspreislisten als pdf-File hinterlegt. Diese werden von uns ausgedruckt. Darüber hinaus erfolgt die Überprüfung der zugesandten Preisinformationen mittels Plausibilitätskontrollen und durch anonyme Stichproben. Abweichungen wurden in einer sehr geringen Anzahl festgestellt. Berücksichtigt werden nur physisch vorhandene Stationen mit Namen, Anschrift und Telefonnummer.“

„Unsinn Nummer 2“ ist die Behauptung der Preissteigerungen. Das hat mit einem Urteil des Landgericht Chemnitz begonnen, das nicht in der Lage war, die Erhöhung „um“ von der Erhöhung „auf“ zu unterscheiden.

Träger der Zweifel an Schwacke und deren Berechtigung

Die Zweifel an Schwacke bzgl. der Kritikpunkte fehlender Anonymität und ungerechtfertigter Preiserhöhungen sind also nicht begründbar. Woher kommen die Zweifel also? Nach Auffassung des Autors haben sie damit zu tun, dass Versicherer seit Jahren Screenshots in Prozessakten einspielen, die angeblich übliche durchschnittliche Tagespreise für Mietwagen für angeblich jeden Mieter in Höhe von 30 bis 60 Euro suggerieren, egal wann und wo. Damit wären wir bei „Unsinn Nummer 3“. Die dort ersichtlichen „Angebote“ haben mehrere ganz erhebliche Probleme, weshalb ihnen und den dargestellten Preisen keine Bedeutung zukommt für die Frage Schwacke und/oder Mittelwert ja oder nein.

Die Liste der Probleme:

- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen willkürlich gewählter Anmietdauer:**
Ein im Internet bei einer Reservierung gesetztes Enddatum ist eine Form der Autovermietung, die für Geschädigte unmöglich ist. Denn sie können nicht verbindlich angeben, wann ihr Ersatzanspruch auf Mobilität endet. Damit passt auch der Preis nicht mehr.
- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen willkürlich gewähltem Fahrzeug:**
Ein im Internet ausgewähltes Fahrzeug verfügt dort nicht über die relevanten Informationen, um das für den Geschädigten korrekte, d.h. seinem Anspruch entsprechende Mietfahrzeug in der Preissuche auszuwählen. Das bedeutet, dass Preise in Internetscreenshots für Fahrzeuge gelten, die nicht zum Fall passen. Das führt zu einem falschen Preis.

5) MRW 3-13, a.a.O.

6) So das Landgericht Bonn zum Vortrag der Beklagten, Urteil vom 13.07.2018, Az. 2 O 36/18.

- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen unpassender Mietbedingungen.**

Eine Internetreservierung kann nur im Internet erfolgen. Ein elektronisches Zahlungsmittel ist vonnöten, dessen Daten auch im Internet abgefordert werden, um den Mietpreis vorauszubehalten, zuzüglich einer Kautions für die Miete von/bis und den angegebenen konkreten Preis. Diese Mietbedingungen sind mit der Ersatzwagenvermietung nicht in Einklang zu bringen. Es wird nicht nur ein falscher Preis ausgegeben, sondern die Anmietmöglichkeit steht grundsätzlich nicht fest bzw. ist dem Geschädigten unter den Bedingungen nicht möglich.

- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen unklarer bzw. unterstellter längerer Vorbuchungsfrist.**

Sofern ein Fahrzeug mit einer Vorbuchungsfrist im Internet abgerufen wird, um davon einen Screenshot zu fertigen bzw. den Wert für die Fraunhofer-Erhebung zu verwenden, ist die Verfügbarkeit dieses Fahrzeuges bei kurzfristiger Anmietung nicht zu unterstellen. Manche Anbieter vermieten kurzfristig kein einziges Fahrzeug, andere zu höheren Preisen. Das ist eEinzelfall-abhängig. Screenshots ohne klare Aussage dazu, dass das abgebildete Fahrzeug auch kurzfristig zu diesem Preis gemietet hätte werden können, sind für die hier diskutierten Fragen nicht relevant.

- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen begrenzter Nutzungsmöglichkeit.**

Sind Kilometerbeschränkungen unterstellt, ist die Nutzung eingeschränkt, anders als beim beschädigten Fahrzeug des Mieters, über das er frei verfügen konnte, bis es beschädigt wurde.

- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen nicht vergleichbarer Leistungsinhalte.**

Ist die Anmietung mit einer weitgehenden Haftungsreduzierung und weiteren Zusatzleistungen erfolgt, kann der abgerechnete Gesamtpreis nur mit einer Aussage verglichen werden, die ihrerseits auch alle betroffenen Leistungsinhalte umfasst und einen Gesamtvergleichspreis aufzeigt. Alles andere wäre sprichwörtlich ein Vergleich von Äpfeln mit Birnen. Beispielweise in Bezug auf eine Zustellung kommt es nicht nur auf den Preis an, sondern auch, ob diese möglich gewesen wäre und wann.

- **Nicht mit der Anmietsituation vergleichbar wegen der Unverbindlichkeit.**

Wer hier ein Fahrzeug „bucht“, stellt im juristischen Sinn eine Vertragsanfrage an den Vermieter, ob der zu diesen Bedingungen vielleicht bereit wäre, einen solchen Vertrag mit dem Anfragenden zu schließen. In der Praxis heißt das nichts anderes, als dass solche Anfragen auch verneint werden können und dass das auch passiert, z.B. weil das abgebildete und angefragte Fahrzeug doch nicht vorhanden ist.

Das heißt, eine Aussagekraft der Internetscreenshots in der Diskussion der Listen existiert nicht.

Selbst wenn Versicherer im Rahmen ihres Parteivortrages ein oder einige wenige günstigere Angebote vorlegen würden, auf die die oben genannte Kritik nicht zuträfe (keine Internetangebote, keine Vorbuchungsfrist, keine Kautions...), wäre das nicht als ausreichender konkreter Sachvortrag zu werten, solange diese Werte zwar unterhalb des Mittelwertes liegen würden, aber ein Teil der erhobenen Werte wären. Damit ist folgendes gemeint: Würden in Schwacke zum Beispiel diese Werte zu finden sein: Min = 250, Durchschnitt 450 und Max = 650, gleichzeitig der Versicherer Angebote (ohne Pflicht zur Vorfinanzierung, ohne unterstellte längere Vorbuchung,...) mit 250, 260 und 270 Euro vorlegen, wäre nichts darüber abzuleiten, ob Schwacke als Schätzgrundlage erschüttert sei. Denn die Werte wären ja von der Bandbreite der Schwacke-Werte umfasst und Teil des rechnerischen Mittelwertes.

Was bedeutet das für Fraunhofer?

Die mangelnde Aussagekraft der Screenshots von Internetangeboten für die Beurteilung der angemessenen Schadenersatzansprüche führt gedanklich schnurgerade zur Fraunhofer-Internet-Erhebungsmethode. Das OLG Celle hat darauf verwiesen, dass Fraunhofer keine vorzugswürdige

Schätzgrundlage ist und die Anwendbarkeit der SchwackeListe nicht erschüttert. Denn die Internetscreenshots seien auf dieselbe ungeeignete Weise erhoben worden. Daher könnten sie Fraunhofer auch nicht stützen. Zitat aus dem Urteil vom 13.04.2016, Az. 14 U 127/15:

„Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat neben den in der Rechtsprechung intensiv diskutierten und vom erkennenden Senat in seiner Entscheidung vom 29. Februar 2012 aufgelisteten Vor- und Nachteilen der beiden Erhebungsmethoden Schwacke und Fraunhofer u. a. darauf abgestellt, dass im Wesentlichen vergleichbare Mietfahrzeuge zu deutlich niedrigeren Preisen – nicht selten für etwa den halben Preis – als dem in der Schwacke-Liste genannten Durchschnittspreis hätten angemietet werden können. Diese Tendenz schien sich zwar auch in mehreren Verfahren vor dem erkennenden Senat anzudeuten, jedoch nur unter Berücksichtigung der jeweils vom Versicherer vorgelegten, ausgewählten Angebote anderer Mietwagenunternehmen. (...) Insoweit ist jedoch einschränkend festzustellen, dass der Mittelwert der von der Beklagten jeweils vorgelegten drei Mitbewerberangebote schon allein deshalb eine größere Nähe zu den Werten nach dem Fraunhofer-Marktpreispegel aufweisen (müssen), weil sie auf einer vergleichbaren ‘Erhebungsmethode’ (Einholung von Internetangeboten von ausschließlich großen, überregionalen Anbietern) beruhen und zudem nicht auszuschließen, sondern sogar naheliegend ist, dass die Beklagte von den vom Fraunhofer Institut befragten Anbietern die drei günstigsten ausgewählt hat. Insoweit bestehen erhebliche Bedenken gegen die Aussagekraft dieser ‘Vergleichs’-Angebote zu der Frage, ob und inwieweit die Fraunhofer-Tabelle den realen Markt wirklichkeitsgetreuer abbildet als andere Schätzmethoden.“

Doch versäumte es das Gericht, hieraus den naheliegenden Schluss zu ziehen, dass damit auch der Mittelwert nicht angewendet werden kann, sondern nur noch Schwacke. Denn Schwacke ist nicht konkret angegriffen, Fraunhofer-Werte sind kritikwürdig. Und doch wird beides für die Beurteilung der Preisangemessenheit der Ersatzvermietung vermengt. Auch das Amtsgericht Hannover lehnt eine relevante Aussagekraft der Internetscreenshots in der Diskussion eindeutig ab.⁷ Zitat:

„Die Eignung des Mittels beider Listen zur Ermittlung des Schadens steht vorliegend nicht im Zweifel. Die Eignung ist dann zu klären, wenn konkrete Tatsachen nahelegen, dass die Defizite des einen oder anderen Werks sich im konkreten Fall erheblich auswirken. Solche Tatsachen sind hier nicht dargetan. Die von der Beklagten vorgelegten Angebote vermögen Zweifel am arithmetischen Mittel der Listen als Schätzgrundlage nicht zu begründen, da sie in verschiedener Hinsicht keine vergleichbare Situation abbilden.“

Zunächst ist schon nicht sichergestellt, dass die Angebote sich auf die konkret angemietete Fahrzeuggruppe beziehen, da sie lediglich eine Fahrzeugklasse und Beispielfahrzeuge benennen, binnen derer bzw. zwischen denen bedeutende Unterschiede bestehen können; ein Anspruch besteht aber grundsätzlich auf einen ‘gleichwertigen Ersatzwagen’ (BGH NJW 2013, 1870/1872). Weiter ist die Anmietsituation insofern nicht vergleichbar, als sie Angebote von einer Abholung und Rückgabe der Fahrzeuge an verschiedenen Standorten sowie von einer im Voraus feststehenden Laufzeit und von einer Buchung über das Internet ausgehen, während die Geschädigte hier darauf angewiesen war, am Standort des beschädigten Fahrzeugs bzw. in dessen Nähe Ersatz zu erlangen und zwar dies für einen Zeitraum, der zu diesem Zeitpunkt nicht abschließend feststand. Darüber hinaus ist auch die Höhe der Selbstbeteiligung unterschiedlich bzw. unterscheidet sich von der durch Geschädigte konkret vereinbarte Selbstbeteiligung.“

Wenn das aber die Begründung ist, warum die Argumente der Beklagten nicht relevant sind, warum ist dann nicht Fraunhofer selbst aus dem Rennen, wenn es doch seine Werte auf dieselbe Weise erhebt? Soweit geht das Amtsgericht nicht. Das ist unbegreiflich.

Das Amtsgericht Offenbach sieht den Fraunhofer-Wert gar als Minimum und Schwacke als Maximum. (Urteil vom 17.04.2018, Az. 370 C 186/16)

7) AG Hannover, Az. 438 C 9886/16 vom 16.04.2017

„Da sowohl gegen die klägerseits favorisierte Heranziehung des Schwacke-Mietpreisspiegels als auch gegen die beklagenseits favorisierten Fraunhofer-Erhebungen als verlässliche Schätzgrundlagen Vorbehalte bestehen, der Schwacke-Spiegel im Zweifel etwas zu hoch und die Fraunhofer-Werte im Zweifel etwas zu niedrig liegen dürften, hält es das Gericht für sachgerecht, sich bei der Schätzung der als Normaltarif für Selbstzahler ersatzfähigen Mietwagenkosten an den Wochentarifen der Fraunhofer-Erhebungen als Untergrenze und denjenigen des Schwacke-Mietpreisspiegels als Obergrenze des am regionalen Markt üblichen Normaltarifs zu orientieren. Der tatsächliche Normaltarif liegt daher nach Auffassung des Gerichts zwischen beiden Tabellenwerten (...).“

Dabei hat doch jede dieser Erhebungen ihr eigenes Minimum und Maximum und auch einen eigenen Mittelwert. Die Argumente der Kläger gegen die Werte der Fraunhofer-Liste⁸ spielen für das Gericht keine Rolle insofern, dass von der Verwendung des Mittelwertes eigentlich abgesehen werden müsste. Versicherer schaffen es durch ihre Angriffe auf die Schwacke-Liste, dass deren Eignung für den Mittelwert diskutiert wird, obwohl doch eigentlich die Eignung der Fraunhofer-Liste infrage stehen müsste, wie oben aufgezeigt wurde.

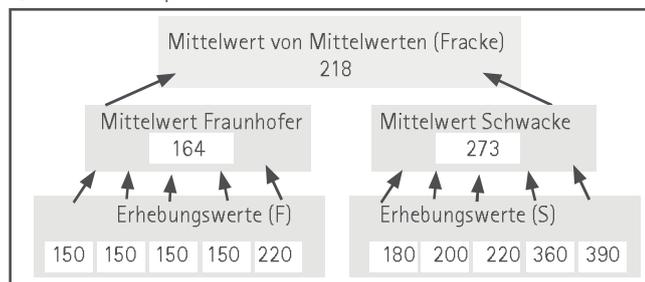
Konkrete Berechnungen

Einer Aussage, Fraunhofer enthalte zu niedrige und Schwacke lediglich zu hohe Werte, ist so nicht zu folgen. Klar ist, die Fraunhofer-Werte sind deshalb so niedrig, weil sie unter kritisierten Bedingungen erhoben wurden und der Mittelwert dieser Liste sich nur vom unteren Rand des (weil nicht korrekt betrachteten) Marktes speist. Doch die Bandbreite der Schwacke-Werte beginnt an ihrem untersten Punkt nicht weit von Fraunhofer-Werten entfernt. Die untersten Schwacke-Werte liegen in der Regel in der Fraunhofer-Bandbreite, obwohl Fraunhofer erhebliche Fehler zuzuschreiben sind.

Die Auswirkungen der Fracke-Anwendung bei gleichwertiger Einbeziehung beider Listen auf den Schadenersatzanspruch sind auch enorm, liegen pro Woche in der Regel mindestens im niedrigen dreistelligen Euro-Bereich. Wenn niedrige Werte von Fraunhofer den Mittelwert erheblich beeinflussen und die Fraunhofer-Werte wegen der genannten Punkte eigentlich nicht verwendbar sind, sollten Gerichte ihre Auffassung überprüfen und den Argumenten der Kläger pro Schwacke und gegen Fraunhofer und Fracke nachgehen.

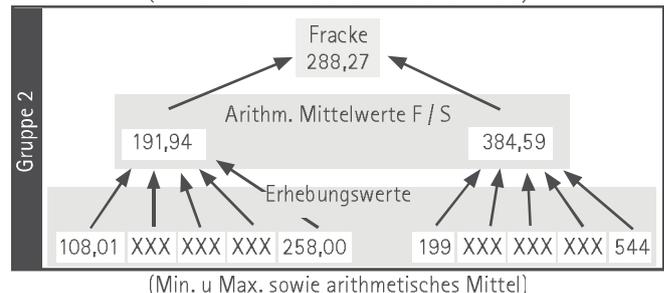
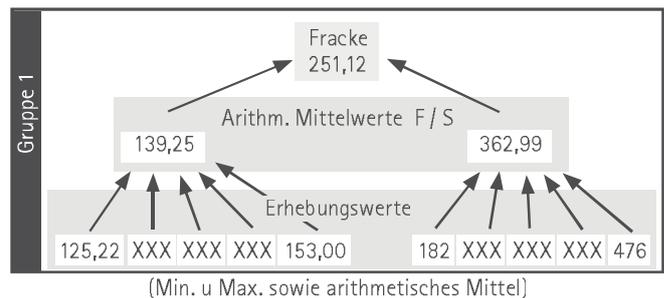
Zum Verständnis folgende Beispiele:

a) Fiktives Beispiel, Werte in Euro



Das zeigt:
Niedrige Erhebungswerte sind in beiden Schätzlisten enthalten.
Drei Schwacke-Werte könnten sogar Fraunhofer-Werte sein.
Unterschiede ergeben sich vor allem durch Einbeziehung einer breiteren Anbieterzahl bei Schwacke.
Mehr als 150 Euro fehlen Fracke im Vergleich zu Schwacke.

b) konkretes Beispiel der Listen Fraunhofer 2016 (PLZ 22) und Schwacke 2016 (PLZ 225)



Die beiden konkreten Beispiele bestätigen die Aussagen:

- Niedrige Schwacke-Erhebungswerte in der Nähe der Fraunhofer-Werte sind vorhanden.
- Unterschiede ergeben sich durch die größere Erhebungsbreite, abgesehen von den Auswirkungen der grundsätzlich bzgl. der Fraunhofer-Methode angebrachten Kritik (Vorbuchungsfrist, Fahrzeuggruppen, Vorfinanzierung, Kautions, ...).
- Das fiktive Beispiel wird durch die Listen bestätigt.

Ergebnis: Es braucht keine Rechenkrücke „Fracke“, denn Schwacke bildet den gesamten Markt ab.

Die Zukunft von Fracke unter Beachtung von DAT

Mit der dritten Liste, dem silverDAT-Mietwagenspiegel steht eine dritte Schätzgrundlage zur Verfügung, die Gutachter und Gerichte bereits beleuchtet und nach § 287 ZPO für tauglich befunden haben.⁹ So wird – wenn man weiterhin alles in einen Topf werfen, einmal umrühren und verwenden möchte – aus Fracke dann „Datfrauke“, „Datfracke“ oder SFD (Schwacke/Fraunhofer/DAT) oder so ähnlich.

Hier ein konkretes Rechenbeispiel, das allerdings zeigt, dass die Ergebnisse zweier Listen gegen die Richtigkeit und Tauglichkeit einer Liste stehen. Fortführung von b/Gr. 2)

Werte Schwacke	arithm. Mittelwert
199,00 XXX XXX XXX 544,00	384,59
Werte Fraunhofer	arithm. Mittelwert
108,01 XXX XXX XXX 258,00	191,94
Werte DAT	arithm. Mittelwert
251,99 XXX (...) XXX 641,01 (PLZ 22501/10km)	410,68

$$3er\text{-Mittelwert Schwacke-Fraunhofer-DAT „SFD“} = (191,94 + 384,59 + 410,68) / 3 = 329,07 \text{ Euro}$$

Eine Berechnung von Mittelwerten aus zwei Listen wird sich in der Zukunft mit der Frage auseinandersetzen haben, ob es nicht drei Listen

8) Die Frage, ob Fraunhofer mit seinen Internetwerten und Erhebungsbedingungen anwendbar ist, ist zudem noch davon zu unterscheiden, ob die Werte der Fraunhofer-Liste überhaupt glaubhaft sind, wenn man die Methode von Fraunhofer nachstellt. Beispiele so hoher Internetangebote sind vielfach vorhanden und veröffentlicht, die es nach Fraunhofer gar nicht geben dürfte, siehe <https://www.bav.de/vermietung-nach-unfall/allgemeines/2934-preisschwankungen-bei-internet-mietwagenkosten.html>

9) AG Jena, Az. 26 C 638/16 vom 14.02.2018, LG Köln, Az 12 O 147/17 vom 09.05.2018

sein müssten, die heranzuziehen sind. Alternativ bietet sich allerdings auch die Rückbesinnung auf Schwacke an, denn deren Werte liegen nahe am Ergebnis aus drei Listen (394 und 329 Euro).¹⁰

Zusammenfassung

Die Angriffe der Versicherer auf den Mittelwert Fracke durch fortgesetzte konstruierte Argumentationen gegen Schwacke werden unvermin-

dert fortgesetzt. Gerichte gehen häufig den leichten Weg und verweisen auf die grundsätzliche Fracke-Freigabe des BGH. Doch obliegt es den Instanzgerichten, die Argumente konkret zu prüfen. Internetscreenshots sind kein Argument. Da Fraunhofer sich vor allem hierauf stützt, fällt eher diese Liste als Schätzgrundlage weg und aus dieser Richtung ist Fracke erschüttert. Mit DAT kommt eine dritte Liste, die sonst mitberücksichtigt werden müsste.

10) In anderen Fällen mag auch DAT näher am 3er-Mittelwert liegen.

Aufsatz,
Rechtsanwalt Joachim Otting, Hünxe

Wertminderung beim Haftpflichtschaden: Mit oder ohne Mehrwertsteuer?

Haftpflichtschäden an Mietwagen sind an der Tagesordnung. Fast alle als Mietfahrzeuge eingesetzten Autos sind sehr jung, und wenn der Wagen nun nach der Instandsetzung ein reparierter Unfallwagen ist, muss das beim Verkauf offenbart werden. Zum Ausgleich durch den dadurch erzielten reduzierten Verkaufspreis sieht das Schadenersatzrecht die Wertminderung vor.

Autovermieter sind bezogen auf die Mietfahrzeuge ausnahmslos zum Vorsteuerabzug berechtigt. So kommt es bei der Schadenregulierung immer wieder zu der Diskussion, ob der Versicherer aus dem vom Schadengutachter ermittelten Wertminderungsbetrag 19 Punkte Mehrwertsteuer herausrechnen darf.

Ein Urteil vom AG Remscheid belebt die Diskussion aufs Neue

Bisher ist die überwiegende Auffassung, die Wertminderung sei im Hinblick auf die Mehrwertsteuer eine steuerneutrale Schadenposition, sie sei daher ungekürzt zu erstatten.

Eine sehr differenzierte und wohl auch sachlich richtige Entscheidung kommt vom AG Remscheid. Das Gericht schaut sich die Position „Wertminderung“ einerseits und deren Auswirkung auf den Schadenfall andererseits getrennt an.

Es kommt zu dem Ergebnis, dass die Wertminderung zwar mehrwertsteuerneutral sei, sich am Ende aber nur netto auswirke (AG Remscheid, Urteil vom 10.11.2017, Az. 8a C 190/16).

Diese Differenzierung ist überzeugend

Der gedankliche Ausgangspunkt des Gerichtes, zwischen der Mehrwertsteuerneutralität und der Auswirkung in der Vermögensbilanz zu unterscheiden, ist nicht zu beanstanden. Zwar spielt diese Bewertung den Versicherern in die Hände, doch macht es wenig Sinn, dieses Urteil zu ignorieren. Denn andere Gerichte werden es ebenfalls überzeugend finden. Unnötige Prozesskosten wären die Folge.

Was bedeutet „Mehrwertsteuerneutralität“?

Steuerrechtlich eindeutig ist und bleibt, und so sieht es auch das AG Remscheid: Die Wertminderung ist ein steuerneutraler Betrag. Der Schadengutachter kann und muss also nicht zwischen Wertminderung brutto oder netto differenzieren. Umsatzsteuer setzt nämlich stets einen Leistungsaustausch voraus, wobei der Geber ein Unternehmer sein muss.

Jemand kauft ein Auto. Die Leistung des einen: Liefern. Die im Austausch

gegebene Leistung des anderen: Zahlen. Das ist umsatzsteuerpflichtig („steuerbare Leistung“).

Jemand lässt ein Auto reparieren. Die Leistung des einen: Reparieren. Die im Austausch gegebene Leistung des anderen: Zahlen. Auch das ist umsatzsteuerpflichtig.

Jemand mietet ein Auto, lässt sein Auto abschleppen, lässt ein Schaden-gutachten erstellen. Der Leistungsaustausch und damit die Steuerbarkeit liegt regelmäßig – ein Unternehmer als Erbringer der Kernleistung vorausgesetzt – auf der Hand.

Anders ist es bei der Wertminderung: Nach der Reparatur ist das Auto weniger wert. Hat ein Unternehmer etwas gegeben? Hat der Geschädigte im Austausch dafür etwas gegeben? Jeweils nein. Das ist keine steuerbare Leistung. Es wurde einfach nur „ein bisschen Wert pulverisiert“. Das steckt hinter dem Stichwort „mehrwertsteuerneutral“. Die Wertminderung, sei es die massenhaft vorkommende merkantile, sei es die höchst seltene technische, kann also nicht als Brutto- oder Nettowert dargestellt werden.

Aber wie sind die Auswirkungen in der Vermögensbilanz des Unternehmers?

Merkantile Wertminderung ist nach der gängigen und auf den BGH gestützten Definition der Betrag, den das Fahrzeug nach einer (ggf. nur gedachten) vollständigen und fachgerechten Reparatur weniger wert ist. Die Definition stellt dabei auf einen gedachten Verkauf des Fahrzeugs ab.

Wenn der Geschädigte zum Vorsteuerabzug berechtigt ist und das Fahrzeug zum Betriebsvermögen gehört, muss er aus dem Verkaufspreis die Mehrwertsteuer an den Fiskus abführen. Deshalb muss er sie beim Verkauf auch in der Rechnung ausweisen.

Wenn man nun für einen Beispielsfall von einer Wertminderung von 500 Euro ausgeht, basiert das auf einem um 500 Euro geringeren erzielten Verkaufspreis. Aus diesen nicht beim Verkauf realisierten 500 Euro muss der Geschädigte in der Rolle des Verkäufers auch keine Mehrwertsteuer an den Fiskus abführen.

Oder andersherum: Von den 500 Euro Mehrerlös ohne den Unfall und ohne den Minderwert blieben ihm nach Abführung der Mehrwertsteuer nur 420,17 Euro. Und nur um diesen Betrag mindert sich die Vermögensbilanz des Geschädigten, wenn sein dem Betriebsvermögen zugehöriges Fahrzeug nun für die 500 Euro weniger verkauft wird, sei es tatsächlich, sei es gedacht.

Beim AG Remscheid heißt es dazu deutlich differenzierend wörtlich: „Bei der vom Schädiger zu erstattenden Wertminderung muss vor dem Hintergrund