

# Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 249, 254 BGB

- 1. Bei einer geringen Fahrleistung kann die Anmietung eines Ersatzwagens nicht erforderlich sein. Ein tägliches Fahrbedürfnis von weniger als 20 km am Tag stellt einen Anhaltspunkt für einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht dar.**
- 2. Wenn die Anmietung eines Ersatzwagens nicht erforderlich war, steht dem Geschädigten regelmäßig eine Nutzungsausfallentschädigung zu.**

OLG Hamm, Urteil vom 23.01.2018, Az.: 7 U 46/17

### **Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 01.06.2017 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Über die Titulierung in dem angefochtenen Urteil hinaus werden die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger weitere 115 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.12.2016 zu zahlen und den Kläger von weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten des Rechtsanwalts S in Höhe von 78,90 EUR freizustellen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 18 % und die Beklagten zu 82 %. Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen der Kläger zu 90 % und die Beklagten zu 10 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Gründe:**

I.

Der Kläger verlangt 100%igen Schadensersatz nach einem Verkehrsunfall, der sich am 09.02.2016 auf dem P-damm in C ereignet hat. An der Unfallstelle ist der P-damm dreispurig. Auf der rechten Spur fuhr ein VW U mit einem Pferdeanhänger, der von dem Zeugen L gesteuert wurde. Der Kläger befuhr mit seinem Toyota K die mittlere Spur; die

Beklagte zu 1 befuhr mit dem bei der Beklagten zu 2 haftpflichtversicherten Mazda E die linke Spur. Die Beklagte zu 1 wechselte von der linken Spur auf die mittlere Spur. Der Kläger lenkte seinen Wagen nach rechts und kollidierte mit dem VW U. Zu einem Zusammenstoß des K's des Klägers und des Mazda der Beklagten zu 1 kam es nicht.

Der Kläger hat von den Beklagten die Zahlung von Reparaturkosten i.H. von 4.306,85 EUR, Gutachterkosten i.H. von 650,34 EUR, Mietwagenkosten i.H. von 1.229,41 EUR und eine Kostenpauschale i.H. von 25 EUR sowie die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangt. In der Berufungsinstanz sind nur noch die Mietwagenkosten und die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zwischen den Parteien im Streit.

Der Kläger mietete am 22.02.2016 ein Ersatzfahrzeug an. Telefonisch beauftragte die vom Kläger aufgesuchte Werkstatt am 22.02.2016 gegen 16.30 Uhr den Sachverständigen Dipl. Ing. C, der das Fahrzeug am 23.02.2016 gegen 8.30 Uhr besichtigte und unter dem 24.02.2016 das Schadensgutachten erstellte. In diesem erteilte der Sachverständige keine Reparaturfreigabe, weil die von ihm kalkulierten Reparaturkosten (4.204,20 EUR brutto) den Wiederbeschaffungswert (3.900 EUR) überschritten. Die Reparatur werde vier bis fünf Arbeitstage dauern. Unter dem 03.03.2016 rechnete die beauftragte Werkstatt die Reparatur ab.

Die Beklagten haben die Erforderlichkeit der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs bestritten. Denn der Kläger hat unstreitig insgesamt mit dem Fahrzeug nur 239 Kilometer zurückgelegt. Ferner habe für die Anmietung für 11 Tage keine Veranlassung bestanden, da die erforderliche Reparaturdauer nur 4 bis 5 Tage betragen habe. Die Mietwagenkosten seien zudem der Höhe nach übersetzt. Auch bei der Anmietung eines klassentiefere Wagens müsse ein Abzug von 10 % wegen der "Schonung" des eigenen PKW berücksichtigt werden.

Erstinstanzlich ist der genaue Unfallhergang streitig gewesen. Das LG hat nach Vernehmung von Zeugen die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe sie mit überhöhter Geschwindigkeit auf der mittleren Spur rechts überholen wollen, nicht als erwiesen erachtet. Demgegenüber hat das LG einen Verstoß der Beklagten zu 1 gegen die ihr nach § 7 Abs. 5 StVO obliegenden Pflichten als bewiesen angesehen. Es hat die Beklagten zur Zahlung der geltend gemachten Reparaturkosten i.H. von 4.306,85 EUR und der Gutachterkosten i.H. von 650,34 EUR sowie der Kostenpauschale von 25 EUR nebst Zinsen verurteilt. Wegen der weiteren Einzelheiten zu der vorgenommenen Haftungsabwägung und zu den erstinstanzlich streitigen Schadenspositionen am Toyota K des Klägers wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die geltend gemachten Mietwagenkosten nicht als ersatzfähig angesehen. Nach dem vom Kläger eingeholten Schadensgutachten habe er nur mit einer Wiederherstellungsdauer von vier bis fünf Tagen zu rechnen gehabt. Für diese wenigen Tage sei es ihm zumutbar gewesen, für anstehende Fahrten ein Taxi zu benutzen, zumal er den beschädigten PKW nicht für berufliche Zwecke gebraucht habe. Da das Landgericht die Mietwagenkosten nicht als ersatzfähigen Schaden angesehen hat, hat es die ersatzfähigen vorgerichtlichen Anwaltskosten entsprechend reduziert. Wegen der Begründung des Urteils und wegen des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstand wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Die vom Landgericht angenommene 100%ige Haftung der Beklagten ist in der Berufungsinstanz nicht im Streit.

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung die Mietwagenkosten und die nicht zugesprochenen vorgerichtlichen Anwaltskosten weiter. Zwar ergebe sich aus dem Schadensgutachten eine geschätzte Reparaturdauer von nur 4 bis 5 Arbeitstagen. Die

tatsächliche Reparaturdauer habe (unstreitig) aber 11 Tage betragen. Das diesbezügliche Prognoserisiko müssten die Beklagten tragen. Die Inanspruchnahme eines Mietwagens sei auch erforderlich gewesen. Insoweit nimmt der Kläger Bezug auf seine erstinstanzlichen Ausführungen im Schriftsatz vom 29.09.2016. Die landgerichtliche Entscheidung verstoße gegen § 139 Abs. 2 ZPO, da das Gericht trotz der entsprechenden Bitte keinen Hinweis erteilt habe, dass es die Inanspruchnahme des Mietwagens nicht für erforderlich erachte. Da die Mietkosten ersatzfähig seien, sei auch der Umfang der Freistellung des Klägers von vorgerichtlichen Anwaltskosten zu erhöhen.

Der Kläger beantragt, die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen,

1. an ihn weitere 1.229,41 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.12.2016 zu zahlen.

2. ihn von weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten des Rechtsanwalts S in Detmold in Höhe von 157,80 EUR freizustellen.

Die Beklagten beantragen,  
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Die Beklagten hätten eine Reparaturdauer von 11 Tagen nicht zugestanden, sondern ausdrücklich auf die nach dem Schadensgutachten erforderliche Reparaturdauer von nur 4 bis 5 Tagen hingewiesen.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

I.

Der Anspruch des Klägers auf 100%igen Ersatz seiner unfallbedingten Schäden gegen die Beklagten gem. §§ 7 Abs. 1, 17 Abs. 1 StVG, § 823 Abs. 1 BGB i.V. mit § 115 VVG ist zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz nicht mehr im Streit.

1. Der Kläger hat Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung i.H. von 115 EUR. Einen Anspruch auf Ersatz der Mietwagenkosten hat der Kläger nicht. Das Landgericht hat zutreffend die Anmietung eines Ersatzwagens nicht als erforderlich angesehen.

a. Soweit der Kläger mit der Berufung einen (angeblichen) Verstoß des Landgerichts gegen § 139 Abs. 2 ZPO geltend macht, dringt er damit nicht durch. Ob ein solcher Verstoß vorliegt, ist fraglich, weil die Beklagten auf die Problematik der Ersatzfähigkeit der Mietwagenkosten hingewiesen haben und der Kläger erkannt hat, dass hierzu Vortrag erforderlich ist. Selbst wenn unterstellt wird, dass das Landgericht darauf habe hinweisen müssen, wenn es den Vortrag für die Ersatzfähigkeit der Mietwagenkosten nicht für ausreichend erachten würde, wäre dieser - unterstellte - Verfahrensverstoß unbeachtlich. Denn der Kläger macht in Kenntnis des Urteils keine ergänzenden Ausführungen. Er beschränkt sich ausschließlich auf die Bezugnahme auf den bereits erstinstanzlich eingereichten Schriftsatz vom 29.09.2016.

b. Nach gefestigter ober- und höchstrichterlicher Rechtsprechung (z.B. BGH, Urteil vom 19. April 2005 - VI ZR 37/04 -, BGHZ 163, 19-26; OLG Hamm Urteil vom 18.03.2016 - I 9 U 142/15 juris; NZV 2016, 336), der der Senat folgt, kann der Geschädigte vom Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer nach § 249 Abs. 2 S.1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur den Ersatz derjenigen Mietwagenkosten verlangen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des

Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten darf. Der Geschädigte ist hierbei nach dem aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit hergeleiteten Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren von mehreren möglichen den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbehebung zu wählen.

Gegen die Erforderlichkeit der Anmietung eines Mietwagens spricht das den Kläger treffende Wirtschaftlichkeitsgebot. Im Einzelnen:

aa. Das Fahrzeug war nach dem Unfall unstreitig fahrbereit. Der Mietwagen wurde am 22.02.2016 schon vor der Einholung eines Sachverständigengutachtens in Anspruch genommen. Die Beauftragung des Sachverständigen erfolgte erst am 22.02.2016 gegen 16.30 h. Der Wagen wurde dann am 23.02.2016 besichtigt. Das Gutachten wurde erst am 24.02.2016 erstellt. Wann genau mit der Reparatur des Wagens begonnen wurde, konnte auch im Rahmen des Senatstermins am 23.01.2018 nicht endgültig geklärt werden. Durch das Schadensgutachten wurde eine Reparaturfreigabe nicht erteilt.

In Übereinstimmung mit dem vorgerichtlich beauftragten Schadensgutachter geht der Senat von einer tatsächlichen Reparaturdauer von 5 Tagen aus. Da der PKW fahrbereit war, konnte diese Reparatur geplant werden und wurde auch geplant. Eine längere tatsächliche Reparaturdauer kann nicht festgestellt werden. Die in der Klageschrift aufgestellte Behauptung, die Reparatur des PKW des Klägers habe 11 Tage gedauert, ist durch das vom Kläger vorgelegte Schadensgutachten widerlegt. Den diesbezüglichen Erörterungen im Senatstermin am 23.01.2018 ist der Klägervertreter nicht entgegen getreten.

Gegen die Annahme, dass die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs maximal nur an 5 Tagen erforderlich war, spricht nicht das sog. Prognoserisiko. Der Senat verkennt nicht, dass bei der Instandsetzung eines beschädigten Kraftfahrzeugs der Schädiger als Herstellungsaufwand nach § 249 S. 2 BGB grundsätzlich auch die Mehrkosten schuldet, die ohne eigene Schuld des Geschädigten die von ihm beauftragte Werkstatt infolge unwirtschaftlicher oder unsachgemäßer Maßnahmen verursacht hat. Die Werkstatt ist nicht Erfüllungsgehilfe des Geschädigten (st. Rspr. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 42/73 -, BGHZ 63, 182-189). Der Schädiger trägt das sog. Prognoserisiko. Vorliegend geht es nicht um die Zurechnung eines Verschuldens der Werkstatt. Der Kläger hat vielmehr nach den Erklärungen seines Prozessbevollmächtigten im Senatstermin vom 23.01.2018 die Schadensabwicklung vollständig aus der Hand gegeben. Er hat damit gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen.

bb. Hinzu kommt, dass der Kläger in 11 Tagen nur 239 Kilometer gefahren ist. Eine Fahrtstrecke von ca. 65 km entfällt hierbei auf die Strecke vom Wohnort des Klägers (M Str. #, in C) bis zum Autohaus N2 GmbH (I Str. #-## in ##### M2). Sofern diese Strecke, die der Senat anhand des Routenplaners googlemaps berechnet hat, herausgerechnet wird, ist der Kläger nur ca. 16 km pro Tag gefahren. Es ist dem Kläger zwar grundsätzlich unbenommen, eine Werkstatt seiner Wahl mit der Schadensbeseitigung zu beauftragen. Die Grenze ist aber die ihm obliegende Schadensminderungspflicht. Warum der Kläger keine Werkstatt in C aufgesucht hat, konnte im Senatstermin vom 23.01.2018 nicht geklärt werden.

Der Senat geht davon aus, dass ein tägliches Fahrbedürfnis von weniger als 20 km am Tag einen Anhaltspunkt für einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht darstellt (ebenso OLG München, Urteil vom 17. März 1992 - 5 U 6062/91 -, juris, NZV 1992, 362; ähnlich OLG Hamm, Urteil vom 21. Mai 2001 - 6 U 243/00 -, juris, NZV 2002, 82 bei 178 km in 16 Tagen). Allein die tatsächliche Fahrtstrecke ist zwar nicht entscheidend. Es ist anerkannt, dass kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vorliegt, wenn der Geschädigte - vorliegend der Kläger - auf die ständige Verfügbarkeit eines KFZ angewiesen gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 05. Februar 2013 - VI ZR 290/11- juris, NJW 2013, 1149, Burmann, jurisPR-VerkR 8/2013 Anm. 1) oder der

Fahrbedarf nicht voraussehbar war (Frey mann/Rüßmann in: Frey mann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl. 2016, § 249 BGB Rn. 175). Der insoweit sekundär darlegungsverpflichtete Kläger hat zu diesen Gesichtspunkten aber nichts vorgetragen. Er hat nur vorgetragen, dass ein Taxi für jede Fahrt telefonisch bestellt werden müsse. Dies reicht aber nicht für die Annahme aus, dass der Kläger auf die ständige Verfügbarkeit eines KFZ angewiesen war. Allein das relativ hohe Alter des Klägers und seiner Frau begründen nicht, dass sie auf eine ständige Verfügbarkeit eines KFZ angewiesen waren. Eine ständige Verfügbarkeit es PKW für den nicht mehr im Berufsleben stehenden Kläger war bei der vom Schadensgutachter für erforderlich gehaltenen Reparaturdauer von 4 bis 5 Arbeitstagen nicht unbedingt erforderlich.

Aufgrund des für den Kläger absehbaren deutlich unterdurchschnittlich geringen Fahrbedarfs hätte er vorab den Preis des Mietfahrzeugs überschlägig erfragen und eine überschlägige Gegenüberstellung zu den voraussichtlichen Taxikosten vornehmen müssen. Dann hätte sich ihm aufdrängen müssen, dass die Mietwagenkosten von ca. 111 EUR pro Tag die voraussichtlichen Taxikosten um ein Mehrfaches übersteigen werden. Diese Überlegungen mussten sich für den Kläger auch deswegen aufdrängen, weil die geltend gemachten Mietwagenkosten über  $\frac{1}{4}$  der Reparaturkosten betragen.

Hinzu kommt, dass der Kläger bei der Reparatur - zulässig - unter Wahrung seines Integritätsinteresses im Rahmen der 130 %-Grenze seinen Wagen hat reparieren lassen. Der BGH (Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 -, BGHZ 115, 364-374) hat insoweit ausgeführt, dass der Vergleich der Reparaturkosten mit dem Wiederbeschaffungswert seine Aussagekraft für die Berechtigung der Reparatur verlieren kann, wenn die Ausfallzeiten bei Reparatur und bei Wiederbeschaffung in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen mit der Folge, dass die Kosten für einen vom Geschädigten in Anspruch genommenen Mietwagen bei Durchführung der Reparatur bedeutend höher liegen als bei einer Ersatzbeschaffung und im Vergleich der Gesamtkosten beider Wege der Restitution die 130%-Grenze aus diesem Grund nennenswert überschritten wird. Ob ein solches krasses Missverhältnis vorliegt, kann offen bleiben. Die 130 %-Grenze beträgt vorliegend 5.070 EUR (130 % des Wiederbeschaffungswertes von 3.900 EUR). Durch die geltend gemachten Reparaturkosten von 4.306,85 EUR und die Mietwagenkosten von 1.229,41 EUR wird diese Grenze überschritten. Die Erwägungen des BGH, denen der Senat folgt, zeigen zumindest, dass der Kläger bei Ausnutzung der 130 %-Grenze vorliegend Anlass hatte, die Erforderlichkeit der Anmietung eines Ersatzwagens zu reflektieren.

In der Gesamtschau dieser Faktoren war die Anmietung eines Ersatzwagens durch den Kläger nicht erforderlich.

c.

Dem Kläger steht aber ein Anspruch auf Zahlung von Nutzungsausfallschaden für 5 Tage zu je 23 EUR, d.h. von 115 EUR zu. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 05. Februar 2013, VI ZR 290/111 -, juris, NZV 2013, 516) kann ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung demjenigen Geschädigten zustehen, der Ersatz für einen Mietwagen nicht beanspruchen kann. Dieser Anspruch kann auch konkludent hilfsweise geltend gemacht werden. Nach den Erörterungen im Senatstermin ist hiervon auszugehen. Bei 5 Tagen Reparaturdauer (vgl. o.) und einer unstrittigen Nutzungsausfallschaden pro Tag von 23 EUR ergibt dies 115 EUR.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 Abs. 1 BGB.

II.

Der Kläger hat zudem Anspruch auf Freistellung von weiteren Rechtsanwaltskosten.

Dem Anspruch des Geschädigten auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten ist im Verhältnis zum Schädiger grundsätzlich der Gegenstandswert zugrunde zu legen, der der berechtigten Schadensersatzforderung entspricht. Abzustellen ist dabei auf die letztlich festgestellte oder unstreitig gewordene Schadenshöhe (BGH, Urteil vom 05. Dezember 2017 - VI ZR 24/17 - juris; BGH Urteil vom 11. Juli 2017, VI ZR 90/17, VersR 2017, 1155 Rn. 19).

Aus den obigen Ausführungen zu Ziff. I. ergibt sich, dass der Kläger bei Beauftragung seines vorprozessual tätigen jetzigen Prozessbevollmächtigten insgesamt berechnete Ansprüche nach einem Gegenstandswert von bis zu 6.000 EUR hatte. Eine 1,3 Gebühr aus diesem Gegenstandswert beträgt 460,20 EUR netto. Zzgl. 20 EUR Auslagenpauschale ergibt dies 480,20 EUR netto und 571,44 EUR brutto. Zugesprochen wurden vom Landgericht 492,54 EUR. Die weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, von denen die Beklagten den Kläger freistellen müssen, betragen mithin 78,90 EUR.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10 ZPO.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 1.229,41 EUR festgesetzt.