

Kl. aufgrund eines vertrauensvollen Verhältnisses zu den Bekl. davon abgesehen hat, die Einhaltung der Schriftform auch durch den Bekl. zu 1 zu verlangen, hindert dies die Anwendung des § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGeO nicht (vgl. *Hartmann* aO BRAGeO § 3 Anm. 2 B b cc a. E.; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert* aO § 3 Rdn. 6 a. E.). Insgesamt kann von einem schlechthin untragbaren Ergebnis nicht gesprochen werden.

4. Die Hilfsbegründung, mit der das Berufungsgericht einen Honoraranspruch des Kl. gegen die Bekl. zu 2 verneint hat, hält der rechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.

a) Einen Anspruch des Kl. gegen die Bekl. zu 2 auf Honorarzahung in der mit dem Hauptantrag in erster Linie verlangten französischen Währung hat das Berufungsgericht allerdings ohne Rechtsirrtum verneint.

Insoweit liegt zwar eine der Formvorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGeO genügende schriftliche Erklärung der Bekl. zu 2 vor. Diese hat sich in der von ihr unterschriebenen Honorarvereinbarung vom 9. 1. 1986, die die Grundlage der vorliegenden Klage bildet, verpflichtet, an den Kl. für die Vertretung und Verteidigung ihres Ehemannes in der Wirtschaftsstrafsache „ein vereinbartes Honorar von 180 000 FF zuzüglich 20 000 FF an Kosten pauschal“ zu zahlen. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerfrei angenommen, daß insoweit ein nach § 117 Abs. 1 BGB nichtiges Scheingeschäft vorliegt.

Ob ein Rechtsgeschäft ernst gemeint ist oder nur Scheincharakter hat, ist überwiegend Tatfrage und als solche der Nachprüfung in der Revisionsinstanz weitgehend entzogen (vgl. Senat vom 26. 3. 1987 – III ZR 90/86 – BGHR BGB § 117 Abs. 1 – Beweislast 1). Hier ist ein anderes Honorar schriftlich niedergelegt worden, als die Parteien tatsächlich vereinbart haben. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sollte das Anwaltshonorar des Kl. für die Vertretung und Verteidigung des in Deutschland inhaftierten Bekl. zu 1 in Schweizer Franken gezahlt werden, weil die Bekl., französische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Frankreich, über Guthaben in der Schweiz verfügten. Eine – erste – Honorarvereinbarung über insgesamt 55 000 sfr war von der Bekl. auch bereits unterschrieben worden. Sie wurde jedoch sofort danach wieder zerrissen und durch die Honorarvereinbarung über 200 000 FF ersetzt, weil die Bekl. zu 2 vor den französischen Behörden, die möglicherweise Kenntnis davon erlangen könnten, geheimhalten wollte, daß die Bekl. über Vermögen in der Schweiz verfügten. Dennoch bestand zwischen den Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Einigkeit darüber, daß Schweizer Franken gezahlt werden sollten; auch eine erste Rate wurde in Schweizer Währung gezahlt.

Die Parteien wollten hiernach nur den äußeren Schein einer Honorarverpflichtung der Bekl. zu 2 in französischer Währung hervorrufen, untereinander aber einverständlich gerade keine entsprechende Verpflichtung begründen, sondern es bei der ursprünglichen Vereinbarung belassen. Es liegt daher insoweit ein Scheingeschäft i. S. d. § 117 Abs. 1 BGB vor (vgl. Senat vom 25. 2. 1988 – III ZR 131/87 – BGHR BGB § 117 – Strohmänn 1 – und vom 22. 9. 1988 – III ZR 209/87 – BGHR BGB § 117 – Darlehen 1 – jeweils m. w. N.).

b) Soweit das Berufungsgericht einen Honoraranspruch des Kl. gegen die Bekl. zu 2 auch in der hilfsweise geltend gemachten Schweizer Währung verneint hat, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Schriftform des § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGeO ist insoweit entgegen der Annahme des Berufungsgerichts erfüllt.

Die Parteien waren sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darüber einig, daß die Bekl. zu 2 dem Kl. für die Vertretung und Verteidigung des Bekl. zu 1 in der Wirtschaftsstrafsache ein vereinbartes Anwaltshonorar von insgesamt 55 000 sfr zahlen sollte. Eine entsprechende schriftliche Honorarvereinbarung hat die Bekl. zu 2 unstreitig unterschrieben. Dem Formerfordernis des § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGeO ist damit genügt; denn die schriftliche Erklärung enthält den gesamten für das Rechtsgeschäft wesentlichen Inhalt (vgl. BGH vom 25. 2. 1965 – VII ZR 112/63 – NJW 65, 1023 = LM BRAGeO § 3 Nr. 6 und BGHZ 57, 53 [57 ff.]). Daß der Rechtsanwalt, der aufgrund einer Honorarvereinbarung eine höhere als die gesetzliche Vergütung fordert, die nach § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGeO vorgeschriebene schriftliche Verpflichtungserklärung des Auftraggebers vorlegt, ist materiell-rechtlich nicht erforderlich und prozessual nur im Urkundenprozeß Klagevoraussetzung.

An der Fortdauer der Wirksamkeit der hiernach formgerecht getroffenen Honorarvereinbarung ändert es nichts, daß die von der Bekl. zu 2 unterzeichnete Verpflichtungserklärung – wie ausgeführt – sofort danach auf Wunsch der Bekl. wegen devisenrechtlicher Bedenken wieder zerrissen und durch eine entsprechende, jedoch auf insgesamt 200 000 FF lautende Honorarvereinbarung ersetzt wurde. Die Parteien haben damit hier nicht zum Ausdruck gebracht, daß sie die Honorarvereinbarung über Schweizer Franken einverständlich wieder aufheben wollten. Nach den vom Berufungsgericht getroffene Feststellungen sollte die Verpflichtung vielmehr gerade ungeachtet der nunmehr in französischen Francs ausgestellten zweiten Urkunde unverändert in Schweizer Währung bestehenbleiben.

Sinn und Zweck des in § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGeO aufgestellten Schriftformerfordernisses (vgl. BGHZ 57, 53 [57 ff.]) verlangen nichts anderes. Im Streitfall ist sowohl dem Normzweck, den Auftraggeber vor unüberlegten und leichtfertigen Gebührenvereinbarungen zu schützen, genügt als auch dem weiteren Zweck der Vorschrift, im Interesse der Rechtspflege eine klare Sach- und Beweislage zu schaffen. Die Bekl. zu 2 hat die Honorarvereinbarung nicht nur mündlich getroffen, sondern die vorgeschriebene Erklärung schriftlich abgegeben und damit ihren Verpflichtungswillen formgerecht bekräftigt. Die Höhe des vereinbarten Honorars ist mit insgesamt 55 000 Sfr außer Streit.

IV. Das angefochtene Urteil kann nach allem insoweit nicht bestehenbleiben, als die Klage gegen die Bekl. zu 2 mit dem Hilfsantrag abgewiesen worden ist. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Im Umfang der Aufhebung ist dem Senat eine eigene abschließende Sachentscheidung nicht möglich. Die Vorinstanzen haben – von ihrem Standpunkt aus folgerichtig – noch nicht über den Einwand der Bekl. entschieden, die vereinbarte Vergütung sei unangemessen hoch.

## Auslandsrecht (Österreich)

### Haftungsrecht

#### ABGB § 1323

**Ein Geschädigter, der die Reparatur selbst durchführt, kann vom Schädiger für die ihm entstandenen fiktiven Reparaturkosten Umsatzsteuer nur insoweit verlangen, als er bei der Selbstreparatur tatsächlich umsatzsteuerpflichtig wurde.**

(477) OGH, Beschluß vom 28. 3. 1990 (2 Ob 128/89)

Dem Kl. standen aus einem Verkehrsunfall, den der Erstbekl. allein verschuldet hatte, gegen die Bekl. Schadensersatzansprüche zu. Unter anderem wurden ihm bereits rechtskräftig Kosten für die Reparatur seines havarierten Fahrzeugs zugesprochen, die dieser, ein Transportunternehmer, in seiner eigenen Werkstatt durchgeführt hatte. *Strittig* war im Revisionsverfahren *ausschließlich*, ob der Kl. diese Reparaturkosten *einschließlich der Umsatzsteuer* in Höhe von 23 960,86 S (rechnungsmäßig richtig: 23 960,56 S) oder nur ohne diese Steuer begehren kann.

Das Erstgericht hat dem Kl. ohne weitere Begründung auch die Umsatzsteuer für die Reparaturkosten zugesprochen. Das Berufungsgericht hat der Berufung der Bekl. Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung in diesem Umfang im klagabweisenden Sinn abgeändert.

Die Revision des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Zur Frage, ob und unter welchen Umständen der Schädiger dem Geschädigten auch die auf die Reparaturkosten entfallende Umsatzsteuer ersetzen muß, liegt zwar eine umfangreiche, auch obergerichtliche Judikatur vor. Der OGH hat sich aber noch nicht mit der hier vorliegenden Fallkonstellation, nämlich, daß der *geschädigte Unternehmer die Reparatur selbst durchgeführt hatte*, zu beschäftigen gehabt. Die Judikatur der Unterg Gerichte zu dieser Fallkonstellation ist uneinheitlich. Daß der Frage, ob der Schädiger dem geschädigten Unternehmer, der die

Reparatur selbst durchgeführt hat, für die Reparaturkosten auch Umsatzsteuer zahlen muß, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt, ist evident . . .

Seit langem ist es gesicherte oberstgerichtliche Rechtsprechung (EvBl 76/22; ZVR 78/18; 79/75; SZ 53/154 u. a.), daß die Berechtigung eines Unternehmers, der Anspruch auf Ersatz für eine Sache oder Leistung hat, zum Abzug von Vorsteuern (§ 12 UStG 1972) die Bemessung des Ersatzes nicht berührt. Ist also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Schadensersatz einschließlich Umsatzsteuer zu leisten, wie dies nach ständiger Rechtsprechung (EvBl 79/75 u. v. a.) etwa beim Ersatz von Fahrzeugschäden durch Zuspruch des tatsächlichen Reparaturkostenaufwands der Fall ist, so gebührt diese Ersatzleistung dem Geschädigten ohne Rücksicht darauf, ob er vorsteuerabzugsberechtigt ist oder nicht. Dem Schädiger bleibt im Fall der Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten sein in Art. XII Ziff. 3 EUGStG 1972 normierter Rückerstattungsanspruch, der ihm auch dann zusteht, wenn der Geschädigte vom Vorsteuerabzug keinen Gebrauch gemacht haben sollte (SZ 53/154).

Streng von diesem – als geklärt zu betrachtenden – Problemkreis zu trennen ist die Frage, ob die *Schadensersatzleistung selbst der Umsatzsteuer unterliegt*.

1. Dies ist bei der Durchführung der *Reparatur durch Dritte* un- zweifelhaft, weil die Umsatzsteuer zu dem tatsächlichen Reparaturaufwand zählt, den der Geschädigte hat (vgl. ZVR 79/75 u. v. a.).

Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung (ZVR 71/100; 71/125; 71/155; 74/55; 74/69; 79/132 u. a.), die von der Lehre allerdings teilweise abgelehnt wird (z. B. *Kozioł*, *Haftpflichtrecht* 2. Aufl. I S. 202; *Apathy* JBl 84, 41; differenzierend *Reischauer* in Rummel, ABGB Rdz. 12 zu § 1323; zustimmend jedoch *Selb* in Festschrift für Schwind 1978 S. 289 f.), hat der Geschädigte Anspruch auf Ersatz der *fiktiven Reparaturkosten*, das sind die zur Instandsetzung seines Kfz notwendigen und angemessenen Reparaturkosten, gleichgültig, ob er die Reparatur tatsächlich durchführen läßt oder den Betrag nur als Grundstock für die Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs oder sonstwie verwendet. Es genügt danach, daß der vom Schädiger zu leistende Betrag zum Zweck der Reparatur erforderlich ist. Dann ist auch jene Umsatzsteuer zu ersetzen, die im Fall der Durchführung der Reparatur von den Reparaturkosten zu entrichten gewesen wäre, weil sie im Sinne des Ausgleichsgedankens eine die Schadenshöhe bestimmende Schadenspost darstellt.

Um eine *Bereicherung* des Geschädigten zu vermeiden, spricht der OGH nach neuerer Rechtsprechung (SZ 55/28; JBl 85, 41; EvBl 87/33 u. a.) diese fiktiven Reparaturkosten allerdings nur bis zur Höhe der objektiven Wertminderung zu; der zu ersetzende Sachschaden findet grundsätzlich im Zeitwert seine Grenze (SZ 41/114; 51/37 u. a.). Aus diesem Grund werden auch einem Geschädigten, der die Reparatur im Ausland tatsächlich billiger durchführen ließ, nur die dort notwendigen und nicht die fiktiven Reparaturkosten im Inland zugesprochen (ZVR 82/194) und einem Geschädigten, der die Reparatur im Ausland durchführen ließ, wobei ihm nur eine niedrigere Umsatzsteuer entstanden ist, nur diese zugebilligt (EvBl 78/191). Es werden also fiktive Reparaturkosten dann *nicht* mehr zugesprochen, wenn die Reparatur *tatsächlich* mit einem *geringeren Aufwand* durchgeführt wurde (JBl 85, 41).

2. Wird die Schadensbehebung durch den *Schädiger* selbst durchgeführt, kann sich die Frage nach der Höhe des Ersatzanspruchs gegenüber dem Geschädigten nicht stellen, weil diesem Naturalrestitution geleistet wird. Der OGH hat in diesem Zusammenhang ausgesprochen, daß zwar die Schadensbehebung durch den Schädiger selbst nicht umsatzsteuerpflichtig ist, wohl aber der Entgeltanspruch des vom Schädiger mit der weiteren Schadensbehebung beauftragten Dritten. Ein Deckungsanspruch des Schädigers gegen seinen Haftpflichtversicherer umfasse daher die an den Dritten geleistete Umsatzsteuer (SZ 54/174).

3. Hat der *Geschädigte* die Reparatur *selbst durchgeführt*, was zulässig ist, hat er Anspruch darauf, daß ihm als Geschäftsführer ohne Auftrag der notwendige und zweckmäßig gemachte Aufwand ersetzt wird (SZ 45/137 u. a.). Diesen Aufwand bilden

alle Werte, die zum Zweck der Geschäftsführung verbraucht wurden (Auslagen, Verbindlichkeiten, Zeitversäumnis), darüber hinaus auch Entlohnung für Mühewaltung bei persönlichen berufsmäßigen Arbeitsleistungen (EvBl 68/39; SZ 51/7 u. a.). Dazu gehört bei einem gewerblichen Unternehmer auch der handelsübliche Gewinn. Es besteht kein Grund, den Schädiger besserzustellen, wenn der geschädigte Gewerbetreibende selbst den Schaden behoben hat und ihn nicht durch einen anderen Unternehmer beheben ließ (JBl 59, 209; SZ 51/7). Es ist auch anerkannt, daß nicht nur jeder Unternehmer, der Arbeitskräfte seines Betriebs freistellt, um den Schaden selbst zu beheben, den Mehraufwand ersetzt verlangen kann, sondern auch jeder andere Geschädigte, der Zeit und Geld im Zusammenhang mit der Behebung des Schadens aufwenden muß (SZ 40/144; 51/7).

Hingegen wurde vom OGH die Frage, ob der Geschädigte, der die Reparatur selbst durchführt, für die im obigen Sinn berechneten Reparaturkosten auch *Umsatzsteuer* verlangen kann, noch nicht generell geklärt. Er hat sich mit dieser Frage bisher nur in der Entscheidung SZ 51/7 beschäftigt, in der er den Ersatz letztlich mit dem Argument verneinte, daß der *Geschädigte* (Bundesstraßenverwaltung) gem. § 2 UStG 1972 an sich nicht *umsatzsteuerpflichtig* war und daher bei Selbstbehebung des Schadens nur die tatsächlichen Kosten ersetzt verlangen kann, wozu die Umsatzsteuer, weil nicht angefallen, nicht gehöre. Hieraus muß jedenfalls verallgemeinernd abgeleitet werden, daß generell *Private*, die die Reparatur selbst durchgeführt haben, Umsatzsteuer nur dann verlangen können, wenn und insoweit (z. B. für beschaffte Ersatzteile) eine solche angefallen ist (vgl. *Arnold* GesRZ 90, 22 [30]).

Zweitinstanzliche Entscheidungen hatten sich allerdings bereits seit längerem mit der Frage zu beschäftigen, ob einem geschädigten *Unternehmer*, der die Reparatur selbst durchführt, Umsatzsteuer zu zahlen ist; diese Entscheidungen führten zu divergierenden Ergebnissen (wird ausgeführt).

Der erkennende Senat vermag sich nicht generell einer dieser Meinungen anzuschließen. Geht man von den bisher entwickelten Grundsätzen aus, daß der Geschädigte zwar fiktive Reparaturkosten verlangen kann, sich hierdurch aber nicht bereichern darf, insbesondere keine oder keine höhere als die tatsächlich angefallene Umsatzsteuer verlangen darf, ist zu prüfen, ob und inwiefern der *Unternehmer bei der Selbstreparatur umsatzsteuerpflichtig* wurde, weil er einen der Umsatzsteuerpflicht unterliegenden Eigenverbrauch (§ 1 Abs. 1 Ziff. 2 b UStG 1972) bewirkte (dazu *Arnold* GesRZ 90, 22 [30 f.]; vgl. z. B. das Problem der „Entnahme von Dienstleistungen“, *Kranich/Siegl/Waba*, Kommentar zur Mehrwertsteuer § 1 Anm. 173 f., 209 und 225).

Da die Parteien nicht von einer Rechtsansicht überrascht werden sollen, die mit ihnen nicht erörtert wurde, sind die Vorentscheidungen aufzuheben, um dem *hierfür* – weil anspruchsbegründend – *beweispflichtigen Kl.* Gelegenheit zu geben, hierzu ein entsprechendes Vorbringen zu erstatten und dieses unter Beweis zu stellen.

Der erkennende Senat übersieht nicht, daß bei dieser Lösung der Umfang der Ersatzpflicht von dem eher zufälligen Moment abhängt, *wann* der Geschädigte Ersatz begehrt. Weil der OGH fiktive Reparaturkosten nicht mehr generell, sondern nur insoweit zuerkennt, als der Geschädigte nicht bereichert wird, und das Umsatzsteuerrecht derart kasuistische Einzelregelungen enthält, ist dies nicht zu vermeiden. Zwar kann der Geschädigte bereits vor Durchführung der Reparatur Ersatz in Form der fiktiv berechneten angemessenen Kosten begehren; in diesem Fall sind – wie oben ausgeführt – die gesamten fiktiven angemessenen Kosten, die auch die Umsatzsteuer erfassen, der Höhe nach begrenzt durch die objektive Wertminderung, zu ersetzen.

Ob der Schädiger im Fall der Nichtbehebung des Schadens vom Geschädigten ein allfällig erhaltenes Übermaß nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückfordern könnte, wie von manchen gefordert wird (z. B. *Reischauer* aaO), kann hier dahinstehen. Hat der Geschädigte die *Reparatur* aber *bereits durchgeführt*, hat er nur Anspruch auf Ersatz seines tatsächlichen Aufwands im oben ausgeführten Sinn (also auch auf Ersatz von Arbeitsleistungen und eines angemessenen Gewinns); *Anspruch auf Ersatz von Umsatzsteuer* hat er nur, *wenn und insoweit eine solche tatsächlich angefallen ist*.

## Anmerkung

In der vorliegenden Entscheidung mußte sich der OGH ausschließlich damit beschäftigen, ob einem vorsteuerabzugsberechtigten Eigentümer nach Selbstreparatur seiner von einem Dritten in zurechenbarer Weise beschädigten Sache Ersatz inklusive oder exklusive der Umsatzsteuer zusteht. Während diese Frage im deutschen Recht einhellig verneint wird<sup>1</sup>, sollte sich dieses Problem im österreichischen Haftpflichtprozeß gar nicht stellen.

Gem. Art. XII Ziff. 3 EGVStG 1972 ist dem Geschädigten nämlich Schadensersatz inklusive der Umsatzsteuer zuzuerkennen unabhängig davon, ob er vorsteuerabzugsberechtigt ist oder nicht. Mit diesem Federstrich wollte der Gesetzgeber verhindern, daß der Haftpflichtprozeß mit komplizierten umsatzsteuerrechtlichen Fragen belastet wird. Man hat deshalb eine – nur scheinbar – einfache Regelung in der Weise getroffen, daß der Geschädigte zunächst stets Anspruch auf den vollen Bruttobetrag hat. Dem Ersatzpflichtigen wurde jedoch ein Rückersatzanspruch eingeräumt, sobald der Schadensersatzgläubiger die Vorsteuer mit dem Finanzamt verrechnen könne. Zu diesem Zweck wurde der Geschädigte auch verpflichtet, dem Schädiger die dafür nötigen Unterlagen bereitzustellen.

Zu dieser Konstruktion kam es deshalb, weil der Gesetzgeber die zeitliche Abfolge von Schadensregulierung und Vorsteuerverrechnung falsch eingeschätzt hatte. Kommt es nämlich zu einem Haftpflichtprozeß, hat die Verrechnung der Vorsteuer mit dem Finanzamt in der Regel bereits stattgefunden, so daß der Richter bei strikter Befolgung des Wortlauts des Art. XII Ziff. 3 EGVStG 1972 auch dann zur Zahlung der Umsatzsteuer verurteilen müßte, wenn sie der Geschädigte wegen der inzwischen vorgenommenen Verrechnung mit dem Finanzamt sogleich zurückerhalten müßte. *Eckert*<sup>2</sup> sprach daher schon bei Erlassung des Gesetzes die Hoffnung aus, daß der vorsteuerabzugsberechtigte Geschädigte von vornherein lediglich den Nettobetrag begehren werde, so daß diese Norm kaum jemals zur Anwendung kommen sollte.

Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, daß der OGH bestrebt ist, den Anwendungsbereich des Art. XII Ziff. 3 EGVStG 1972 möglichst einzunengen. Er verlagert deshalb das Problem der schadensersatzrechtlichen Erstattungsfähigkeit der Umsatzsteuer auf die Frage, ob die Schadensersatzleistung selbst der Umsatzsteuerpflicht unterliegt. Würde man die Zielsetzung dieser Regelung gutheißen, würde wohl vieles dafür sprechen, den Haftpflichtprozeß auch nicht mit dieser Frage zu belasten.

Die Erstattungsfähigkeit der Vorsteuer ist aber nicht bloß von umsatzsteuerrechtlichen Vorfragen abhängig; vielmehr geht es – auch – darum, wie konsequent am Grundsatz der Dispositionsfreiheit festzuhalten ist bzw. nach welchen Bewertungsansätzen das Integritäts- bzw. Kompensationsinteresse zu berechnen ist. Zu betonen ist, daß der Dispositionsgrundsatz in dem Sinn, daß der Geschädigte nach den Kosten der Naturalrestitution bei Inanspruchnahme einer Marktleistung auch dann abrechnen kann, wenn er eine solche nicht in Anspruch nimmt, in den letzten Jahren sowohl in Deutschland wie auch in Österreich von prominenten Literaturstimmen heftig bekämpft worden ist. Stellvertretend sei auf *Apathy*<sup>3</sup> sowie *Köhler*<sup>4</sup> verwiesen.

Hielte man am so verstandenen Grundsatz der Dispositionsfreiheit strikt fest, könnte es nämlich für das Ausmaß des Ersatzanspruchs keinen Unterschied machen, ob der Geschädigte sich für die Reparatur entscheidet oder auf diese verzichtet, die durchgeführte Reparatur so teuer wie im Sachverständigengutachten angenommen war oder billiger durchgeführt werden konnte. Denn das Ausmaß des Ersatzes müßte sich mit Eintritt des realen Schadens oder doch mit der Erklärung, sich für die Geldleistung zu entscheiden (§ 249 S. 2 BGB), endgültig konkretisiert haben<sup>5</sup>.

Davon rückt aber die deutsche und die österreichische Rechtsprechung immer mehr ab: Wird die Reparatur tatsächlich durchgeführt und stellt sich heraus, daß die Beseitigung des realen Schadens weniger gekostet hat, wird häufig nur dieser geringere Betrag zuerkannt. Das für den Grundsatz der Dispositionsfreiheit ins Treffen geführte Argument, daß er zur Raschheit der Schadensregulierung beitrage, weil sich eine Überprüfung der Verwendung des zuerkannten Betrags erübrige<sup>6</sup>, wird dabei nicht erreicht, ja geradezu ins Gegenteil verkehrt. Das

soll anhand einiger neuerer Entscheidungen verdeutlicht werden:

In der BGH-Entscheidung VersR 89, 1056 wurde dem Schädiger, der die Zahlung bis nach Durchführung der Reparatur hinausgezögert hat, immerhin die Möglichkeit eingeräumt, die Abrechnung aufgrund des Sachverständigengutachtens durch substantiierte Zweifel zu erschüttern. In ähnlicher Weise hat auch der OGH<sup>7</sup> betont, daß eine tatsächlich durchgeführte kostengünstigere Reparatur im Rahmen der Schadensbemessung zu berücksichtigen sei. In der Entscheidung SZ 51/7 wurde – wenn auch nur obiter dictum – ausgesprochen, daß vor Durchführung der Reparatur der Schaden objektiv-abstrakt berechnet werden könne und der sich dabei ergebende Wert – die Reparaturkosten bei Inanspruchnahme einer Marktleistung – auch dann die Mehrwertsteuer einschließe, wenn der Geschädigte gar nicht mehrwertsteuerpflichtig sei und selbst repariert habe<sup>8</sup>.

Im vorliegenden Fall ist dieser Umstand entscheidungswesentlich geworden. Die in SZ 51/7 geäußerte Ansicht wird aufrechterhalten, wenngleich der OGH sein Unbehagen offen einbekennt. Er weist nämlich darauf hin, daß er nicht übersehe, daß der Umfang des Zuspruchs vom zufälligen Moment des *Zeitpunkts der Geltendmachung* des Ersatzanspruchs abhängt. Allerdings meint er, dieses Ergebnis wegen der Kasuistik des Umsatzsteuerrechts nicht vermeiden zu können.

All den erwähnten Entscheidungen ist eines gemeinsam: Aufgrund dieser Rechtsprechung kann einem ökonomisch denkenden Ersatzpflichtigen entgegen dem immer wieder beschworenen Postulat der Raschheit der Schadensregulierung nur der Rat erteilt werden, diese möglichst lange zu verschleppen und selbst dann nicht prompt zu zahlen, wenn der Anspruch dem Grunde nach unstrittig ist. Es besteht nämlich die durchaus realistische Chance, daß sich im Zuge der Schadensbehebung herausstellt, daß der Schaden kostengünstiger behoben worden ist, so daß das Ausmaß der Ersatzpflicht dementsprechend geringer ausfällt. Das trifft insbesondere dann zu, wenn die Sachverständigengutachten bei fiktiver Schadensabrechnung die – hohen – Kosten der Reparatur in einer Großwerkstätte unter Verwendung von neuen Ersatzteilen zugrunde legen, wie das in der Literatur<sup>9</sup> immer wieder berichtet wird.

Im deutschen Recht muß nach der BGH-Entscheidung VersR 89, 1056 der Ersatzpflichtige in der Lage sein, die näheren Umstände der konkreten Durchführung der Reparatur auszukundschaffen; denn wie sollte er sonst zu seinen substantiierten Zweifeln kommen? Im österreichischen Recht wird es wohl reichen, daß der Schädiger beweist, daß die Reparatur erfolgt ist, weil dann der Geschädigte die Kosten der konkret vorgenommenen Reparatur nachzuweisen hat. Noch weniger überzeugend als diese Differenzierung, ob es zur Durchführung einer billigeren Reparatur gekommen ist, wäre es aber, wenn man wirklich – wie der OGH nunmehr allen Ernstes ausspricht – auf den *Zeitpunkt des Begehrens* abstellen wollte – offensichtlich unabhängig von der weiteren konkreten Reaktion des Geschädigten. Es ist nämlich meines Erachtens überhaupt kein

- 1 OLG Düsseldorf VersR 73, 373; BGH VersR 72, 973; KG VersR 75, 450; 76, 391; *Staudinger/Medicus*, BGB § 249 Rdn. 174; *Grunsky* in Münch. Komm. zum BGB § 249 Rdn. 19.
- 2 Änderungen auf dem Gebiet des Zivilrechts – Gedanken zum Art. XII des Bundesgesetzes vom 15. 6. 1972 BGBl Nr. 224/72 über die Einführung des UStG 1972 – FJ 72, 182.
- 3 Aufwendungen zur Schadensbeseitigung 1979 S. 31 ff.
- 4 Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 S. 2 BGB? in Festschrift für Larenz 1983 S. 349 ff.
- 5 *Birkmann*, Abrechnung auf Gutachtensbasis trotz durchgeführter Reparatur des Kraftfahrzeugs – Gedanken zum Urteil des BGH vom 20. 6. 1989 – VI ZR 334/88 – DAR 90, 3 (4).
- 6 *Hofmann*, Der Umfang des Ersatzanspruchs nach § 249 S. 2 BGB im Reparaturfall und der vertraglichen Reparaturkostenentschädigung in der Fahrzeug-Vollversicherung (§ 13 Abs. 5 AKB) DAR 83, 374 (376 f.).
- 7 EvBl 78/191; ZVR 82/194.
- 8 Ebenso *Selb*, Schadenersatz und Mehrwertsteuer in Festschrift für Schwind 1978 S. 289 f.; gegenteilig *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht 2. Aufl. I 1980 S. 202.
- 9 *Aul*, Schadenersatz in Geld – §§ 249 ff. BGB und die Folgen – MDR 85, 991; *Klimke*, Fiktive Schadensabrechnung ZfS 89, 253.

tragfähiger Grund ersichtlich, warum gerade derjenige Schadensersatzgläubiger in besonderer Weise – durch die Zuerkennung der fiktiven Mehrwertsteuer – prämiert werden sollte, der den Ersatzanspruch vor Durchführung der Reparatur erhebt.

Diese gesamte Malaise könnte man sich sparen, wenn man die im Gesetz angelegte Unterscheidung zwischen der Abrechnung auf Basis des Integritäts- und des Kompensationsinteresses ernst nehmen würde. Entsprechend dem unterschiedlichen Interesse des Geschädigten, entweder möglichst den realen Zustand, wie er ohne schädigendes Ereignis bestünde, wiederherzustellen oder sich mit der bloßen Auffüllung der globalen Vermögenslücke zufriedenzugeben, ergäbe sich ein unterschiedlich hoher Ersatz. Der letztere bildet dabei einen Sockelbetrag, der stets zusteht, während die Betätigung des Integritätsinteresses dazu führen kann, daß der Ersatzanspruch darüber hinausgeht. Keinesfalls sollte es aber so sein, daß der Geschädigte unter Berufung auf das Kompensationsinteresse typischerweise mehr bekommt, als wenn er sich für die Naturalrestitution entscheidet, mag er diese selbst herstellen oder dem Schädiger überlassen. Das muß in potenziierter Form gerade für das österreichische Recht gelten, soll doch der nur leicht fahrlässig handelnde Schädiger dann, wenn sich der Geschädigte nicht für die Naturalrestitution entscheidet, bloß einen Mindestersatz leisten müssen (§§ 1323 f., 1331 f. ABGB). In bezug auf die Umsatzsteuer führt die zu besprechende Entscheidung aber gerade zum gegenteiligen Ergebnis.

Abgestützt wird dieses dann noch mit Billigkeitsargumenten wie dem, daß kein Grund bestehe, den Schädiger besserzustellen, wenn der Geschädigte den Schaden selbst behoben habe<sup>10</sup>. Auf schadensersatzrechtlicher Ebene ist dagegen einzuwenden, daß es auf die Sphäre des Geschädigten und nicht die des Schädigers ankommt. Aber auch wenn man das Ausmaß eines solchen Ersatzanspruchs unter Zuhilfenahme des Bereicherungsrechts begründen wollte, würde sich kein über die Selbstkosten des Geschädigten hinausgehender Ersatzanspruch ergeben, weil gem. § 1042 ABGB der Bereicherungsanspruch stets mit der Höhe der beim Gläubiger entstandenen Aufwendungen begrenzt ist. Fällt aber bei diesem keine Umsatzsteuer an, ist nicht einzusehen, weshalb sie der Schädiger ersetzen sollte.

Auch die objektiv-abstrakte Schadensberechnung kann zu keinem gegenteiligen Ergebnis führen. Bei dieser ist nämlich keinesfalls von sämtlichen Umständen in der Sphäre des Geschädigten zu abstrahieren. Wenn die Handelsstufe als beachtlich anzusehen ist<sup>11</sup>, ist meines Erachtens nicht einzusehen, warum nicht auch auf den Umstand Bedacht zu nehmen sein sollte, ob der Geschädigte vorsteuerabzugsberechtigt ist oder nicht<sup>12</sup>. Gegen die Zuerkennung der fiktiven Mehrwertsteuer im Rahmen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung spricht mei-

nes Erachtens außerdem noch das Argument, daß auf diese Weise dem Geschädigten lediglich ein Mindestersatz zuerkannt werden soll.

Sowohl bei subjektiv-konkreter wie auch objektiv-abstrakter Schadensberechnung ist somit beachtlich, daß keine Umsatzsteuerbelastung gegeben ist, solange das Vermögensgut des Geschädigten in dessen Unternehmen verbleibt. Einerseits kann er für die beschafften Ersatzteile die Vorsteuer abziehen; andererseits ist der Einsatz seiner eigenen Arbeitskraft bzw. die seiner Dienstnehmer mangels eines Leistungsaustausches nicht von der Mehrwertsteuer umfaßt.

Von diesem Grundsatz sind meines Erachtens nur zwei Ausnahmen denkbar: Die eine könnte in der Tat eine Besonderheit des österreichischen Umsatzsteuerrechts sein. Da bei Anschaffung mancher Kfz, mögen sie auch für unternehmerische Zwecke eingesetzt werden, gem. § 12 Abs. 2 Ziff. 2 a UStG 1972 der Vorsteuerabzug ausgeschlossen ist, könnte diese Norm auch auf die Anschaffung von Ersatzteilen zu beziehen sein. Hinsichtlich des Einsatzes der unternehmerischen Arbeitskraft oder eigener Dienstnehmer könnte deshalb ein Eigenverbrauch gem. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 d UStG 1972 gegeben sein<sup>13</sup>. Selbst wenn das auf umsatzsteuerrechtlicher Ebene so sein sollte, würde das auf schadensersatzrechtlicher Ebene insofern geringe Probleme auslösen, als der Geschädigte dann eine konkrete Aufwendung nachweisen kann, die zu erstatten ist.

Denkbar wäre darüber hinaus noch, daß eine Vereinbarung zustande kommt, daß der vorsteuerabzugsberechtigte Geschädigte die primär vom Schädiger geschuldete Naturalrestitution für ihn durchführt und ihm darüber eine Rechnung legt. Während das im spiegelverkehrten Fall – allein der Schädiger ist vorsteuerabzugsberechtigt – durchaus sinnvoll sein und sogar der Schadensminderungspflicht entsprechen kann<sup>14</sup>, wird eine solche Konstruktion im vorliegenden Fall ausscheiden, weil dem Schädiger nicht zu unterstellen ist, daß er sich mit einer ihn stärker belastenden Schadensbeseitigungsform einverstanden erklären wollte.

Dr. Christian Huber, Wien

- 10 So zuletzt für das österreichische Recht *Arnold*, Zivilrechtliche Überlegungen zum Vorsteuerabzug GesRZ 90, 22 (32).
- 11 In diesem Sinn *Apathy*, Aufwendungen 85; *Koziol* aaO (Fn. 8) I S. 194.
- 12 So auch *Koziol* aaO (Fn. 8) I S. 202 Fn. 66 unter Hinweis darauf, daß eine objektiv-abstrakte Berechnung des Aufwands nicht möglich sei.
- 13 Vgl. dazu den Hinweis von *Arnold* GesRZ 90, 22 (31), der das abgabenrechtliche Problem aber ebenfalls bloß aufzeigt, dazu aber nicht Stellung nimmt.
- 14 *Selb*, Schadenersatz und Mehrwertsteuer ÖStZ 74, 82.

## Versicherungsrecht

Juristische Rundschau  
für die Individualversicherung



**Hauptschriftleitung:** Prof. Dr. Egon Lorenz, Karl-Heinz Rehnert, Dipl.-Volkswirt

**Weitere Mitglieder der Schriftleitung:** RA Dr. Peter Bach (Versicherungsvertragsrecht), VRIOLG Lothar Jaeger (Arzt- und Amtshaftungsrecht), VRIbGH i. R. Heinz Pikart (Grundlagen des Versicherungsrechts, allgemeines Haftungsrecht und angrenzende Gebiete)

**Mitglieder der Redaktion:** Katharina Schwark, Bernd Braun

**Anzeigen:** Angelika Kampf

**Vertrieb:** Heinz Peters

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Die Entscheidung über Annahme oder Ablehnung wird dem Einsender nach Vorliegen des vollständigen druckfertigen Manuskripts schriftlich bekanntgegeben. Im Fall der Annahme erwirbt der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts sowie die ausschließliche Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank oder zu jeglicher Vervielfältigung. Frühestens nach Ablauf eines Jahres nach Veröffentlichung kann ein Nachdruck in einer Publikation eines anderen Verlags erfolgen, jedoch nur mit vorheriger Genehmigung und einer genauen Quellenangabe. Das Nachdruckhonorar steht dem Autor zu.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Mit Rücksicht auf die Rechte der Autoren und der publizistischen Mitarbeiter bleiben alle Urheber- und Verlagsrechte, insbesondere bezüglich jeder Art der Vervielfältigung, vorbehalten. Dieser Vor-

behalt schließt die Mikroverfilmung und interne und/oder externe Auswertung oder Verwertung der Veröffentlichungen durch Datenträger und ähnliche Einrichtungen ein. Der Vorbehalt erstreckt sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze, soweit diese vom Einsender oder der Schriftleitung redigiert oder erarbeitet worden sind.

**Postanschrift:** Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Klosestraße 22, Postfach 64 69, 7500 Karlsruhe 1

**Telefon:** (07 21) 35 09-0

**Telefax:** (07 21) 3 18 33

**Telex:** 7 826 943

**Konten:** Postgiroamt Karlsruhe 404 00-752, Baden-Württembergische Bank und Filialen der Großbanken in Karlsruhe

**Erscheinungsweise:** am 1., 5. und 20. jeden Monats. Postverlagsort Karlsruhe. Bezugspreis vierteljährlich (bei neun Heften und einer Beilage Ausland) DM 83,67; Einzelheit DM 10,20; jeweils einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Bestellungen direkt beim Verlag. Kündigung nur zum Quartalsende mit vier Wochen Kündigungsfrist. Bei Einstellung oder Unterbrechung der Lieferung aus Gründen, die der Verlag nicht zu vertreten hat, kein Anspruch auf Rückvergütung von Bezugsgeldern. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von sechs Wochen nach dem Erscheinungsdatum reklamiert werden.

**Gerichtsstand:** Karlsruhe

ISSN 0342-2429

**Satz:** FSW Fotosatz Südwest GmbH, 7500 Karlsruhe 1

**Druck:** Druckhaus Karlsruhe GmbH, 7500 Karlsruhe 1