

# Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

# NZV

Herausgegeben von Prof. Dr. Ulrich Berz, Bochum – Ministerialrat Detlef Otto Bönke, Bundesministerium der Justiz, Berlin – Dr. Winfried Born, Rechtsanwalt, Soest – Prof. Dr. med. Wolfgang Eisenmenger, München – Dr. Ludwig Gehrmann, Richter am Oberverwaltungsgericht, Lüneburg – Dr. Uwe Graeger, Rechtsanwalt und Notar, Vorsitzender des Rechtsausschusses im Deutschen Verkehrssicherheitsrat, Frankfurt/M. – Prof. Dr. Reinhard Greger, Erlangen-Nürnberg – Peter Hentschel, Richter am Amtsgericht, Köln – Dr. Joachim Jagow, Ministerialdirigent a. D. im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Meckenheim – Horst Janiszewski, Ministerialrat a. D. im Bundesministerium der Justiz, Remagen – Jürgen Karl, Ltd. Polizeidirektor, Schweinfurt – Dr. Gerhard Küppersbusch, Rechtsanwalt, München – Prof. Dr.-Ing. Klaus Langwieder, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV), Leiter des Instituts für Fahrzeugsicherheit, München – Kurt Rüdiger Maatz, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe – Prof. Dr. Lutz Meyer-Göbner, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe – Prof. Dr. Kurt Rebmann, Generalbundesanwalt a. D., vorm. Präsident der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft, Stuttgart – Wolfgang Vogt, Rechtsanwalt, Dresden – Christian Weibrecht, Regierungsdirektor im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Bonn – Wolfgang Wellner, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe.

in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: Dr. Winfried Born, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht  
Brüderstraße 2–4, 59494 Soest

Heft **3**  
Seite 105–160  
17. Jahrgang  
10. März 2004

## Aufsätze

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

### Die Kappung der Mehrwertsteuer bei der fiktiven Schadensabrechnung gemäß § 249 II 2 BGB – eine einfach zu handhabende Regelung?\*

zugleich Besprechung von Pamer, Schadensersatz und Mehrwertsteuer (2003) sowie Schwacke-Liste, Regel- und Differenzbesteuerung (2003)

#### I. Einleitung

Im Ringen um die Bändigung der im deutschen Recht überaus großzügigen fiktiven Sachschadensberechnung war im Regierungsentwurf 1998 vorgesehen, bei Verzicht auf die Durchführung der Reparatur eines beschädigten Kfz in einer Fachwerkstätte vom Sachverständigengutachten einen Abzug in Höhe der Sozialversicherungsbeiträge und Steuern vorzunehmen. Leitbild war, welche Kostenbestandteile bei einem Freizeitbastler gegenüber einer Fachwerkstätte – jedenfalls – nicht anfallen. Das waren die Steuern und Sozialversicherungsbeiträge, die der Werkstätte nicht verbleiben, sondern die über das Entgelt zwar eingezogen, aber an die öffentliche Hand abgeführt werden müssen<sup>1</sup>.

Wegen vermeintlicher unüberwindlicher praktischer Schwierigkeiten<sup>2</sup> beim Massenphänomen der Kfz-Schadensregulierung ist letztendlich die Kappung der Mehrwertsteuer übrig geblieben. Während Greger<sup>3</sup> darin einen ersten Schritt in die richtige Richtung sieht, ist diese durchaus moderate Einschränkung der fiktiven Schadensabrechnung für andere ein gerade noch tolerables Übel<sup>4</sup>. Vor dem Hintergrund dieser fundamental gegenläufigen Einschätzung findet ein Ringen um die Auslegung des neuen § 249 II 2 BGB statt.

Die aus dogmatischen Gründen wenig befriedigende punktuelle Lösung der Kappung der Mehrwertsteuer bei

der fiktiven Schadensabrechnung beim Substanzschaden einer Sache<sup>5</sup> wurde vom Gesetzgeber als Zugeständnis an die Praktikabilität verstanden<sup>6</sup>. Es gibt indes eine Fülle von Streitfragen, die sich seit Einführung des § 249 II 2 BGB gestellt haben. Manche sind neu, bei anderen werden bisherige Meinungsverschiedenheiten lediglich akzentuiert.

Zutreffend ist die Einschätzung von Fuchs/Pamer<sup>7</sup>, wenn sie ausführen: „Das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (Schadensersatzrechts-

\* Nach Abschluss des Manuskripts sind erschienen: Haug, Die Rechtsprechung des BGH zur Dispositionsfreiheit, NZV 2003, 545 ff.; Luckey, Neues Schadensersatzrecht – Neue Probleme? PVR 2003, 302 ff.; Schneider, Kfz-Totalschaden und Umsatzsteuer – fiktiver Steuerzuschutz für die fiktive Abrechnung, NZV 2003, 555 ff. Diese Arbeiten konnten nur noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

1) AnwKomm/Ch. Huber § 249 Rdnr. 20 f.

2) Zu den wahren Gründen Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rdnr. 34 ff.

3) Neue Entwicklungen bei der fiktiven Schadensberechnung, NZV 2002, 385, 386; ders., Ein Beitrag des Prozessrechts zur Verschlichung der fiktiven Reparaturkostenabrechnung, NJW 2002, 1477.

4) G. Müller, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1, 6, 7.

5) Schiemann, Reform des Schadensrechts, in: Heß (Hrsg.), Wandel der Rechtsordnung (2003) 97, 111.

6) BT-Drs 14/7752, 13, abgedruckt bei Bollweg/Hellmann, Das neue Schadensersatzrecht (2002) 188 f.

7) Schwacke-Liste (2003) 8.

änderungsgesetz) hat die mit der Abwicklung von Unfallschäden befassten Praktiker mit erheblichen Problemen konfrontiert. Geschädigte Autofahrer, Anwälte, Kfz-Sachverständige, Versicherer und das Kfz-Gewerbe haben die Auswirkungen der nur auf den ersten Blick moderaten Änderungen des § 249 BGB nicht vorhergesehen.<sup>8</sup> Zu ergänzen ist: Auch die Gerichte als weitere mit der Neuordnung befasste Instanz tun sich schwer mit dem Zusammenspiel von Schadens- und Umsatzsteuerrecht.

## II. Fragestellungen und Lösungsansätze

Nach Annahme der Revision zur Entscheidung des LG Osnabrück<sup>9</sup> wird es alsbald eine erste BGH-Entscheidung geben. Mittlerweile kann die Praxis auf ca. 50 untergerichtliche Entscheidungen zurückgreifen; wöchentlich kommen neue dazu. Nach den ersten monographischen Darstellungen des neuen Schadensersatzrechts<sup>10</sup> hat es Pamer unternommen, anhand einer Fülle von Berechnungsbeispielen exemplarisch darzulegen, welche Auswirkungen der neue § 249 II 2 BGB auf die Regulierungspraxis hat. Das Buch berücksichtigt die Entwicklung bis zum April 2003<sup>11</sup>, somit bis zu einem Zeitpunkt, zu dem es noch nicht einmal eine Mehrzahl (veröffentlichter) untergerichtlicher Urteile gab.

Herzstück des 152 Seiten umfassenden Buches sind Berechnungsbeispiele zu den unterschiedlichsten Fallgestaltungen (S. 57–126). Eingeleitet wird das Buch durch eine allgemeine Einführung in die Thematik, wobei auch auf den Kaskoschaden Bezug genommen wird (S. 17–56). Abgerundet wird die Darstellung durch einen Abdruck von einschlägigen Normen und Gesetzesmaterialien (S. 127–138) sowie von Musterschreiben und Musterklagen inklusive von Hinweisen für den Kfz-Sachverständigen, in welcher Weise er auf den Anfall von Mehrwertsteuer beim Wiederbeschaffungswert Bedacht nehmen soll (S. 139–152).

Das im Herbst 2003 erschienene Buch „Schwacke-Liste, Regel- und Differenzbesteuerung“ enthält eine Einführung von Fuchs/Pamer und ermöglicht eine differenziertere Ermittlung des Mehrwertsteueranteils beim Wiederbeschaffungswert. Darin kommt zum Ausdruck, dass sich die Praxis im Lauf der Zeit auf präzisere und allgemein akzeptierte Lösungen zubewegt.

Das Erscheinen dieser beiden Bücher soll zum Anlass genommen werden, zu einigen in diesen beiden Werken angesprochenen offenen Fragen Stellung zu nehmen.

### 1. Zulässigkeit der Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten

Überaus verdienstlich ist es, dass Pamer die beiden richtungsweisenden BGH-Entscheidungen vom 29. 4. 2003 noch eingearbeitet hat. Freilich hat die flüchtige Lektüre der Karosseriebaumeister-Entscheidung<sup>12</sup> dazu geführt, dass er dieser Entscheidung Aussagen unterstellt, die sich in dieser nicht finden. Pamer<sup>13</sup> behauptet nämlich, dass der Geschädigte bis zum Wiederbeschaffungswert auf Basis fiktiver Reparaturkosten abrechnen könne. Der Begriff fiktive Reparaturkosten wird dabei in der Weise verstanden, dass die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten einer Fachwerkstätte unabhängig von jeglicher Restitution der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden dürfen<sup>14</sup>.

Demgegenüber ist nach herrschender Rechtsprechung<sup>15</sup> die maßgebliche Grenze nicht der Wiederbeschaffungswert, sondern es sind die Wiederbeschaffungskosten, somit die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert. Daran hat auch die Karosseriebaumeister-Entscheidung<sup>16</sup> nichts geändert. Diese traf eine Aussage lediglich dazu, dass der Geschädigte die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten auch dann seiner Abrechnung zu Grunde legen darf, wenn er das Fahrzeug bloß

soweit repariert, dass es wieder betriebs- und verkehrstüchtig ist. Zu Grunde gelegt wird somit der Fall einer tatsächlichen Reparatur und des Behaltens des Fahrzeugs<sup>17</sup>, während Pamer die Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswertes auch dann zulassen will, wenn der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug gar nicht repariert oder unrepariert veräußert.

### 2. Anforderungen an die Reparaturqualität in der Marge zwischen 100 und 130%

Umstritten und durch eine BGH-Entscheidung ungeklärt ist derzeit die Frage, welchen Anforderungen eine Reparatur zu genügen hat, damit der Geschädigte auch dann auf Basis der Reparaturkosten abrechnen kann, wenn diese zwischen 100 und 130% des Wiederbeschaffungswertes betragen. Ob bei dieser Gegenüberstellung der merkantile Minderwert einbezogen werden muss, ist dabei ebenfalls offen<sup>18</sup>. Pamer<sup>19</sup> verweist auf einen Rechtsprechungsweig in der Judikatur der OLG, wonach es genügt, dass die Reparatur im Wesentlichen nach den Vorgaben des Sachverständigen erfolgt, wobei es auf die Verwendung neuer Ersatzteile nicht ankommt<sup>20</sup>.

Dieser Judikatur ist im Grundsatz durchaus zu folgen. In einem für die Praxis geschriebenen Buch hätte man freilich erwartet, dass darauf hingewiesen wird, dass es auch eine viel strengere Judikaturlinie gibt, die eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis in der Marge von 100 bis 130% schon dann ablehnt, wenn der Lack ungleichmäßig aufgetragen worden ist<sup>21</sup>. Die Verwendung von gebrauchten Ersatzteilen führt nach der Ansicht mancher OLG<sup>22</sup> dazu, dass sich der Geschädigte trotz Durchführung einer Reparatur mit der betragsmäßig weit zurückbleibenden Totalschadensabrechnung begnügen muss.

8) So auch Luckey, PVR 2003, 302; Schneider, NZV 2003, 555.

9) DAR 2003, 321 = VA 2003, 140; so der Hinweis von Lemcke, Schadensabrechnung nach § 249 II BGB n.F. bei tatsächlicher oder fiktiver Ersatzbeschaffung, r+s 2003, 441 Fn. 2.

10) AnwKomm/Ch. Huber (2002) § 249 BGB; Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht (2002); Wagner, Das neue Schadensersatzrecht (2002); Bollweg/Hellmann, Das neue Schadensersatzrecht (2002); Heß/Jahnke, Das neue Schadensrecht (2002); Cahn, Einführung in das neue Schadensersatzrecht (2003); Budewig/Gehrlein, Haftpflichtrecht nach der Reform (2003); Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht (2003) sowie die vorzügliche Bearbeitung des Sachschadensrechts von Lemcke, in: van Bühren (Hrsg), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht (2003) Teil 3.

11) Pamer, Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden S. 6.

12) NZV 2003, 371; s. weiter die Anmerkungen von Balke, PVR 2003, 235; Freyberger, BGH-Report 2003, 796; Lemcke, r+s 2003, 304; Medicus, EWIR § 249 BGB 3/03, 751; Reitenspiess, DAR 2003, 375 sowie Besprechungsaufsätze von Busche, Schadensberechnung nach fiktiven Reparaturkosten bei einem Kfz-Unfallschaden, LMK 2003, 182; Eggert, BGH zur Abrechnung fiktiver Reparaturkosten: Konsequenzen für die Praxis, VA 2003, 94; Ch. Huber, Eine bedeutsame Klarstellung im Rahmen der Kfz-Sachschadensabrechnung – die Karosseriebaumeisterentscheidung des BGH, MDR 2003, 1334; Vogel, Die Abrechnung fiktiver Reparaturkosten im Licht der neuen BGH-Rechtsprechung, ZGS 2003, 218. Vgl. dazu auch Haug, NZV 2003, 545, 548 f.

13) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 1 Rdnr. 41, 43 FN 15; ebenso § 4 Rdnr. 17.

14) Zum ambivalenten Begriff der fiktiven Abrechnung Ch. Huber, Fiktive Kfz-Sachschadensabrechnung de luxe? – die DEKRA-Entscheidung, MDR 2003, 1205, 1206.

15) BGH, NJW 1985, 2469; NZV 1992, 68 (Lipp).

16) BGH, NZV 2003, 371.

17) So zutreffend Haug, NZV 2003, 545, 548.

18) Dafür Lemcke, Abrechnung des Fahrzeugschadens nach § 249 II n.F., r+s 2002, 265, 266; Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rdnr. 113.

19) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 1 Rdnr. 45.

20) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 1 Rdnr. 46.

21) In diesem Sinn OLG Stuttgart, DAR 2003, 176; ähnlich streng auch LG Berlin, SP 2003, 19, 20.

22) Z. B. OLG Frankfurt, OLGR 2002, 81.

### 3. 50%-Regelung bei Freiberuflern

Überaus verdienstvoll ist es, dass *Pamer*<sup>23</sup> – als erster – auf die Spezialregelung des § 15 Ib UStG hingewiesen hat: Ein Freiberufler, der sein Kfz auch privat nutzt, kann ohne weiteren Nachweis die Umsatzsteuer zu 50% abziehen. Bei einem entsprechenden Nachweis eines höheren beruflichen Anteils, etwa durch Führung eines Fahrtbuches, kann er einen höheren Anteil der Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen<sup>24</sup>. Diese Sonderregelung hat Auswirkungen auch für die Schadensregulierung:

Der Freiberufler hat eine **Zwitterstellung** zwischen einem Unternehmer, der in vollem Umfang vorsteuerabzugsberechtigt ist, und einem Verbraucher, dem kein Vorsteuerabzug zusteht. Mangels eines anderen Nachweises ist er zu behandeln wie ein Unternehmer, wobei aber bloß die Hälfte der Mehrwertsteuer ersatzfähig ist. Zutreffend ist auch die Feststellung von *Pamer*<sup>25</sup>, dass es nicht darauf ankommt, ob sich der Unfall während einer dienstlichen oder einer privaten Fahrt ereignet.

### 4. Zeitpunkt, ab dem in Bezug auf die Mehrwertsteuer ein Vorschuss begehrt werden kann

Der Wortlaut des § 249 II 2 BGB stellt darauf ab, dass der Geschädigte die Mehrwertsteuer verlangen kann, wenn sie tatsächlich angefallen ist. Es stellt sich dabei die Frage, auf welchen Zeitpunkt dabei abzustellen ist. *Pamer*<sup>26</sup> gewährt dem Geschädigten m. E. zutreffenderweise einen Anspruch auf einen **Vorschuss**. Er verlangt nicht, dass der Geschädigte eine entsprechende Reparatur bzw. Ersatzbeschaffungsmaßnahme durchgeführt haben und eine Ausgabe nachweisen muss. Auch bei Durchführung der Restitution durch den Ersatzpflichtigen nach § 249 I BGB müsste der Geschädigte nicht mit eigenen Mitteln in Vorlage treten. *Pamer*<sup>27</sup> stellt auf den Zeitpunkt ab, zu dem der Geschädigte die **Verwendungsabsicht nach außen kundgetan** hat<sup>28</sup>. Er verlangt dafür, dass der Geschädigte bei der Reparatur einen Werkvertrag mit der Werkstätte bzw. bei der Ersatzbeschaffung einen Kaufvertrag mit dem Händler geschlossen hat.

M. E. ist noch weniger erforderlich<sup>29</sup>. Es müsste genügen, dass der Geschädigte die **ernste Absicht** hat, eine solche Restitutionsmaßnahme durchzuführen, diesbezügliche **Behauptungen** aufstellt und diese gegebenenfalls auch **glaubhaft** macht. Verlangt man für das Vorschussbegehren den Abschluss eines Vertrags mit der Werkstätte bzw. dem Händler, kann es zu folgender für den Geschädigten misslichen Lage kommen: Der Geschädigte entscheidet sich für eine Reparatur de luxe im Vertrauen darauf, dass der Ersatzpflichtige die Kosten übernehmen wird. In der Folge stellt sich aber heraus, dass der Ersatzpflichtige nicht über die nötigen Mittel verfügt, so dass der Geschädigte die Aufwendungen, zu denen er sich vertraglich verpflichtet hat, nicht überwälzen kann. In einem solchen Fall hätte er aber entweder gar nicht oder mit geringerem Aufwand reparieren lassen<sup>30</sup>. Zu bedenken ist, dass selbst bei Kfz-Unfällen nicht immer ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist. Das ist etwa dann nicht zwangsläufig gegeben, wenn ein Fußgänger oder ein Radfahrer für den Unfall verantwortlich ist.

Bei Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einem Dritten besteht die **Gefahr**, dass der Geschädigte dazu veranlasst wird, eine **umfassende Restitution** durchzuführen, die er letztlich aus eigenem Vermögen tragen muss, obwohl er das eigentlich nicht wollte. Eine solche aufgedrängte Vermögensbindung des Geschädigten wird vermieden, wenn der Vorschuss nicht vom Abschluss eines Vertrags über eine Restitutionsmaßnahme abhängig gemacht wird, sondern von einem Glaubhaftmachen, dass

er beabsichtigt, die Restitution in dieser Weise durchzuführen.

### 5. Kappung der Mehrwertsteuer und § 251 BGB

Bisher war es eine **akademische Streitfrage**, ob die Ersatzbeschaffung nach Zerstörung einer Sache unter § 249 BGB oder § 251 BGB zu subsumieren ist. Während der *BGH*<sup>31</sup> jedenfalls beim Kfz-Schaden für eine Subsumtion unter § 249 BGB eintritt, plädieren viele Literaturstimmen<sup>32</sup> für § 251 BGB. Das war so lange ein Streit um des Kaisers Bart, als davon keine unterschiedlichen Rechtsfolgen abhingen<sup>33</sup>. Solange der nicht vorsteuerabzugsberechtigte Geschädigte unabhängig von einer Restitutionsmaßnahme den Wiederbeschaffungswert brutto ersetzt verlangen konnte, musste er sich nicht echauffieren, ob das Gericht sich dafür auf § 249 BGB oder § 251 BGB berief.

Mit dem neuen § 249 II 2 BGB hat sich die Situation verändert: Der Gesetzgeber<sup>34</sup> ist in Kenntnis der BGH-Rechtsprechung davon ausgegangen, dass auch der Fall der **Ersatzbeschaffung** von § 249 BGB erfasst wird. Dem ist m. E. zu folgen<sup>35</sup>. Es stellt sich somit lediglich die Frage, ob es Konstellationen gibt, in denen bei einem Totalschaden eine Ersatzbeschaffung nicht in Betracht kommt, so dass § 251 BGB anzuwenden ist. Eine dann zu beantwortende Frage ist, ob in solchen Fällen kein Abzug der Mehrwertsteuer vorzunehmen ist, weil lediglich der Wortlaut des § 249 BGB so etwas vorsieht, aber nicht der des § 251 BGB.

*Pamer*<sup>36</sup> folgt der Linie des BGH und bringt als Beispiel dafür, dass eine Ersatzbeschaffung nicht möglich ist, den Fall des Totalschadens eines **Oldtimers**. Er<sup>37</sup> führt aus, dass in einem solchen Fall gemäß § 251 BGB Ersatz gebühre, der – unabhängig von einer Restitutionsmaßnahme – die Mehrwertsteuer mit einschließe.<sup>38</sup>

23) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 1 Rdnr. 78 ff.

24) *Pamer*, Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 2 Rdnr. 16.

25) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 1 Rdnr. 79.

26) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 2 Rdnr. 16 f.

27) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 2 Rdnr. 17.

28) So auch *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht Rdnr. 241.

29) Näheres dazu bei *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rdnr. 67 ff. So nun auch *Schirmer/Marlou*, Die Erstattungs-fähigkeit der Umsatzsteuer nach § 249 II 2 BGB n. F., DAR 2003, 441, 444.

30) Diese Bedenken bestehen auch bei einem Feststellungsantrag, ganz abgesehen davon, dass auf diese Weise die Schadensregulierung ungebührlich in die Länge gezogen wird. Für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages oben *Luckey*, PVR 2003, 302, 306; *AG München*, VA 2004, 11.

31) So bereits *BGH*, NJW 1972, 1800; *BGHZ* 66, 239, 247. Zustimmend *Eggert*, Der Fahrzeugschaden – Abrechnung auf Neukauf-, Reparaturkosten- und Totalschadensbasis, ZAP 1997, Fach 9, 451, 452; *Lipp*, Der Ausgleich des Integritätsinteresses im KFZ-Schadensrecht, NZV 1996, 7; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rdnr. 158 ff.

32) *Schiemann*, Schadensersatz und Praktikabilität – zur Dispositionsfreiheit des Geschädigten, FS-Steffen (1995) 399, 411; *Reiff*, Die Unverhältnismäßigkeit als Grenze der Naturalrestitution, NZV 1996, 425; *A. Roth*, Das Integritätsinteresse des Geschädigten und das Postulat der Wirtschaftlichkeit der Schadensberechnung, JZ 1994, 1091, 1092 f; *Karczewski*, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070, 1075; *Zemlin*, Abzug von Mehrwertsteuer bei Abrechnung auf Totalschadensbasis? NJW 2003, 1225; *Haug*, NZV 2003, 545, 552.

33) So *F. Schmidt*, Wirtschaftlicher Totalschaden: § 249 BGB oder § 251 BGB? SP 2003, 308.

34) BT-Drs 14/7752, 13, abgedruckt bei *Bollweg/Hellmann*, Das neue Schadensersatzrecht 189 f.

35) So auch *Schneider*, NZV 2003, 555, 556 sowie die überwiegende Judikatur der Untergerichte zum neuen § 249 II 2 BGB: *LG Osnabrück*, DAR 2003, 321; *AG Amberg*, SP 2003, 241 (anders aber für den Fall des technischen Totalschadens); *LG Rotteueil*, DAR 2003, 422, 423; *AG Hameln*, NJW 2003, 2615; *AG Bergisch Gladbach*, ZGS 2003, 399, 400; *AG Frankfurt/M.*, NZV 2003, 534; *LG Hildesheim*, NJW 2003, 3355; *LG Magdeburg*, NZV 2003, 536; *AG Amberg*, NJW-RR 2003, 1537; *LG Hagen*, SP 2003, 421 aA *AG Duisburg-Hamborn*, SP 2003, 309; *AG Hameln*, NZV 2003, 538 (mit Anm. *Zemlin*).

36) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 2 Rdnr. 38.

37) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 2 Rdnr. 37.

38) So auch *LG Aurich*, MDR 2003, 1414, 1415 bei einem 9 Jahre alten PKW mit einer Laufleistung von 140 000 km.

Gegen diese Meinung bestehen erhebliche Bedenken: Im Rahmen der Restitution wird man nicht verlangen können, dass eine in jeder Hinsicht identische Sache angeschafft werden kann<sup>39</sup>. Je spärlicher das Angebot am Markt ist, umso großzügiger sollte man sein. Bei einem Oldtimer wird man sich dann nicht auf Marke, Typ und Herstellungsjahr kaprizieren können; vielmehr wäre m. E. eine Restitution schon dann zu bejahen, wenn der Geschädigte einen einigermaßen gleichwertigen Oldtimer anschafft.

Aber selbst wenn so etwas nicht möglich sein sollte, würde durch die Zubilligung der Mehrwertsteuer unabhängig von irgendeiner Restitutionsmaßnahme die schadensersatzrechtliche Abstufung des Ersatzes auf den Kopf gestellt: Das **Kompensationsinteresse** nach § 251 BGB stellt einen **Mindestersatz** dar. Insoweit geht es um den Ausgleich der Vermögenseinbuße. Ersatz in diesem Ausmaß gebührt jedenfalls. Wenn es dem Geschädigten darüber hinaus darauf ankommt, den realen Zustand, wie er ohne schädigendes Ereignis bestünde, wieder herzustellen, geht sein Ersatzanspruch mitunter darüber hinaus. Die Folge ist, dass der Geschädigte häufig um den Nachweis bemüht sein wird, dass eine Herstellung des realen Zustands möglich ist.

Würde man dem Geschädigten aber bei § 251 BGB stets Ersatz im Ausmaß des **Wiederbeschaffungswertes inklusive Mehrwertsteuer** zusprechen, gemäß § 249 II 2 BGB aber nur bei Nachweis einer Restitutionsmaßnahme, bei der Mehrwertsteuer in ebensolcher Höhe wie beim Wiederbeschaffungswert anfällt, würde sich der Geschädigte entgegen der bisherigen Abstufung um den Nachweis bemühen, dass seine total beschädigte Sache so einzigartig war, dass eine Restitution nicht möglich sei<sup>40</sup>. Auf diese Weise könnte er bewirken, dass er seinen Ersatzanspruch auf § 251 BGB stützen und unabhängig von einer Restitutionsmaßnahme den Wiederbeschaffungswert inklusive Mehrwertsteuer verlangen könnte.

Dieser Ansatz widerspricht dem Prinzip des abgestuften Ersatzes von Restitutions- und Kompensationsinteresse. Sachgerechter ist deshalb eine Lösung, die solche Wertungswidersprüche schon im Keim erstickt, indem ein weiter Begriff der Restitution zugelassen wird. Sollte es dann noch Restfälle geben, in denen eine Restitution auch nicht annäherungsweise möglich ist, ist m. E. auch in solchen eine Kappung der Mehrwertsteuer – wie bei § 249 II 2 BGB – vorzunehmen<sup>41</sup>.

Noch konsequenter wäre es freilich, in all den Fällen, in denen keine Restitution vorgenommen wird oder eine solche auch nicht möglich ist, bei einem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten den Ersatz nach dem **Veräußerungswert** zu bemessen<sup>42</sup>. Denn es geht bloß darum, dass der Geschädigte seinen in einem Sachwert gebundenen Vermögenswert in Geld umwandelt. Und ohne schädigendes Ereignis hätte er dafür auch nicht mehr erhalten als den Veräußerungserlös, der bei Kfz um ca. 15–20% geringer ist als der Händlerverkaufspreis<sup>43</sup>. Das Mehrwertsteuerproblem stellt sich dann nicht, weil bei Veräußerung einer Sache durch eine Privatperson überhaupt keine Mehrwertsteuer anfällt<sup>44</sup>.

#### 6. Abtretung eines Schadenersatzanspruchs, der auf fiktive Reparaturkosten gerichtet ist

Tritt der Geschädigte seinen auf fiktive Reparaturkosten gerichteten Schadenersatzanspruch ab, stellt sich die Frage, wie in Bezug auf die Mehrwertsteuer zu verfahren ist, wenn Zedent und Zessionar in Bezug auf die Vorsteuerabzugsberechtigung einen unterschiedlichen Status haben.

Es geht um zwei prototypische Fälle: Der vorsteuerabzugsberechtigte Arbeitgeber veräußert das Wrack mitsamt dem Anspruch auf fiktive Reparaturkosten an den nicht vorsteuerabzugsberechtigten Arbeitnehmer. Der nicht vorsteuerabzugsberechtigte Verbraucher gibt das beschädigte Kfz bei Erwerb eines Neufahrzeugs bei seinem Händler in Zahlung und tritt diesem auch den Anspruch auf fiktive Reparaturkosten ab. Es stellt sich jeweils die Frage, ob der Zessionar bei dem auf fiktive Reparaturkosten gerichteten Schadenersatzanspruch auch die Mehrwertsteuer verlangen kann.

*Pamer*<sup>45</sup> übernimmt die Ansicht der Gesetzesbegründung<sup>46</sup>, wonach es auf die Verhältnisse beim Zessionar ankomme<sup>47</sup>. Erwähnt wird immerhin die Gegenansicht von *Jaeger/Luckey*<sup>48</sup>, dass dies den Grundsätzen des Zessionsrechts widerspreche. Dieses von *mir*<sup>49</sup> erstmals vorgebrachte Argument ist aber nicht das Einzige, das gegen diese Lösung spricht. Vielmehr ist es ein ehernes Prinzip, dass es im Privatrecht **keinen Vertrag zu Lasten Dritter** gibt. Durch die Abtretung des Schadenersatzanspruchs vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer würde bei Maßgeblichkeit der Verhältnisse beim Zessionar der Ersatzanspruch um 16% anwachsen, dem Ersatzpflichtigen somit eine zusätzliche Last auferlegt.

Dazu kommt eine genuin schadensersatzrechtliche Argumentation. Bei der Bemessung eines Schadenersatzanspruchs ist abzustellen auf die **Verhältnisse des unmittelbar Geschädigten**, aber nicht auf die eines Dritten. Das ist die Kernbotschaft des Satzes: Der Schädiger hat den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist. Dann kann es aber für die Frage des Ersatzes der Mehrwertsteuer allein darauf ankommen, ob der zedierende Geschädigte vorsteuerabzugsberechtigt ist oder nicht. Die Verhältnisse des Zessionars allein können somit nicht ausschlaggebend sein, um zu einem Anwachsen des Schadenersatzanspruchs um 16% zu führen<sup>50</sup>.

#### 7. Vorlage der Reparaturrechnung und § 142 ZPO

Es ist eine alte Streitfrage, ob der Geschädigte auch nach Durchführung der Reparatur **allein** auf Basis des – höheren – **Sachverständigengutachtens** abrechnen kann oder ob er **zusätzlich die Werkstattrechnung** vorlegen muss. Der *BGH* hat in der sehr salomonischen Leitescheidung NZV 1989, 465 (*Hofmann*) ausgesprochen, dass eine solche Vorlagepflicht zwar grundsätzlich nicht

39) So auch der Hinweis von *Queiser*, Notwendigkeit und Bestimmung des Umsatzsteueranteils im Wiederbeschaffungswert, zfs 2003, 482, 485.

40) In diesem Sinn bereits *Schirmer*, § 249 BGB – Magna Charta des Schadenersatzrechts, FS Baumann (1999), 293 ff sowie jüngst der Kl. in der Entscheidung *AG Amberg*, NJW-RR 2003, 1537.

41) So bereits *Cb. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht § 1 Rdnr. 157 ff.

42) *Cb. Huber*, MDR 2003, 1334, 1340.

43) Zur präziseren Ermittlung der Handelsspanne *Queiser*, zfs 2003, 482, 483, der den Quotient zwischen Händlerverkaufspreis und Händlereinkaufspreis als Händlereinkaufsfaktor bezeichnet, der sich bei Kfz je nach Marke, Type und Baujahr den einschlägigen Listen (Schwacke bzw. DAT) entnehmen lasse. Vgl. dazu auch *Haug*, NZV 2003, 545, 552.

44) Falsch ist es deshalb, wenn von manchen Gerichten unter Hinweis auf das insofern unzutreffende Sachverständigengutachten der Restwert mit der Bruttogröße berücksichtigt wird. In diesem Sinn etwa *LG Rottweil*, DAR 2003, 422; *AG Erkelenz*, NJW 2003, 2617; *OLG Hamm*, r+s 2003, 479, 480; *LG Darmstadt*, r+s 2003, 439, 440; *LG Magdeburg*, NZV 2003, 536, 537.

45) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 190.

46) *BTDRs* 14/7752, 24.

47) So auch *Wagner*, Das neue Schadenersatzrecht Rdnr. 57.

48) Das neue Schadenersatzrecht Rdnr. 248.

49) *AnwKomm/Cb. Huber* § 249 Rdnr. 128 ff.

50) Zu Spezialfragen der Schrumpfung des Schadenersatzanspruchs im Wege der Schadensverlagerung sowie bei der treuhänderischen Zession sei verwiesen auf *Cb. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht § 1 Rdnr. 420 ff.

bestehe. Wenn freilich der Ersatzpflichtige substantiierte Zweifel gegen einzelne Schadenspositionen vorbringe, wäre es Sache des Geschädigten, diese durch Vorlage der Rechnung der Werkstatt zu entkräften. Immerhin sei man im **Nachhinein schlauer** als vor Durchführung der Reparatur. Sollte auch dann noch die Vorlage der Werkstattrechnung verweigert werden, könne das Gericht dies im Rahmen der Schätzung der erforderlichen Kosten nach § 287 ZPO durch Abschläge berücksichtigen.

Die Problematik der Vorlage der Werkstattrechnung hat durch den neuen § 249 II 2 BGB an Aktualität gewonnen, als der Ersatz der Mehrwertsteuer vom konkreten Anfall abhängig ist. Will der Geschädigte die Mehrwertsteuer ersetzt haben, muss er die Rechnung vorlegen. Mitunter macht aber der in der Rechnung ausgewiesene Betrag inklusive Mehrwertsteuer weniger aus als der Nettobetrag des Sachverständigengutachtens. Es wird deshalb von manchen der **Praxistipp** gegeben, den Spatz in der Hand der Taube auf dem Dach vorzuziehen, kurzum zu behaupten, dass eine Reparatur nicht durchgeführt worden sei und auf Basis des **Sachverständigengutachtens netto** abzurechnen. Solche Praxistipps stammen ausgerechnet von Richtern<sup>51</sup>, die Fachpublikationen verfassen. Generell sollte man annehmen, dass diese sich in besonderem Maße der Wahrheit verpflichtet fühlen. Wenn *Pamer*<sup>52</sup> als Anwalt (der Geschädigten) auf die Gefahr einer solchen Konstellation hinweist, ist dies freilich weniger delikat.

*Pamer*<sup>53</sup> weist auch auf den neuen § 142 ZPO hin, wonach das Gericht eine Partei zwingen kann, Urkunden vorzulegen, die für den Prozessstandpunkt der gegnerischen Partei förderlich sind. Es fehlt freilich ein Hinweis auf die einschlägigen Arbeiten von *Greger*<sup>54</sup>, in denen dieser die möglichen **Auswirkungen** für den **Haftpflichtprozess** skizziert hat. Nach Ansicht von *Greger* wird ein Gericht auf eine entsprechende Anregung des Ersatzpflichtigen kaum umhin kommen, auf die Vorlage der Werkstattrechnung zu verzichten.

Unterstellt man die Richtigkeit dieser Ansicht<sup>55</sup>, ist es für den Geschädigten daher ein **zweischneidiges Schwert** zu behaupten, dass eine Reparatur nicht durchgeführt worden sei. Einerseits kommt das Gegenteil durch den Zwang zur Vorlage der Reparaturrechnung womöglich doch heraus, andererseits verzichtet der Geschädigte durch eine solche Behauptung nicht nur auf die ihm zustehende Mehrwertsteuer, sondern auch auf Mietwagenkosten bzw. eine abstrakte Nutzungsentuschädigung, für deren Ersatzfähigkeit behauptet werden muss, dass eine Restitution vorgenommen worden ist.

Dazu kommt ein weiterer Aspekt: Der Umstand, dass in der Werkstattrechnung ein geringerer Betrag ausgewiesen ist als im Sachverständigengutachten, führt nicht notwendigerweise dazu, dass der Schadensersatzbetrag sich auf die Höhe beschränkt, die sich aus der **Werkstattrechnung** ergibt. Das ist nur dann der Fall, wenn sich der Sachverständige bei seiner Schätzung zu Lasten des Ersatzpflichtigen geirrt hat. Dann besteht aber auch materiell-rechtlich kein Grund, warum der Geschädigte davon profitieren soll.

Die negative Differenz zwischen Sachverständigengutachten und Werkstattrechnung hat aber häufig Gründe, die einem vollen Zuspruch der Nettokosten des Sachverständigengutachtens sowie der konkret angefallenen Mehrwertsteuer gar nicht im Wege stehen. Ein solcher Zuspruch steht immer dann zu, wenn sich die Differenz aus einem **überobligationsgemäßen Verhalten** des Geschädigten erklären lässt. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit kommen dafür folgende Konstellationen in Betracht:

- Der Geschädigte hat nicht in einer **Markenwerkstätte** reparieren lassen<sup>56</sup>.
- Die Reparatur wurde nicht am **Unfallort** bzw. Wohnsitz des Geschädigten in einem städtischen Ballungsgebiet durchgeführt, sondern im Umland, wo zu günstigeren Konditionen repariert wird.
- Der Geschädigte zog eine **billigere Klein-** anstelle einer teureren **Großwerkstätte** heran.
- Es wurden **nicht alle Gebrechen** behoben. *Pamer*<sup>57</sup> weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der Geschädigte von der Werkstatt sich dann eine entsprechende Bescheinigung ausstellen lassen soll, dass bloß eine **Teilreparatur** vorgenommen worden ist.
- Es wurden **gebrauchte Ersatzteile** verwendet.

In all diesen Fällen lässt sich die Differenz plausibel erklären. Ein Abschlag vom Sachverständigengutachten netto hat zu unterbleiben. Der Geschädigte erhält auch Mietwagenkosten bzw. eine Nutzungsausfallsentschädigung sowie die konkret angefallene Mehrwertsteuer. Und zu guter Letzt: Er kann bei der Wahrheit bleiben.

#### 8. Bezugsgröße: Brutto- oder Nettokosten

*Pamer*<sup>58</sup> stellt für die Ermittlung der 130%-Grenze zutreffend auf die **Bruttowerte** ab<sup>59</sup>. Die Sprengkraft dieses Verweises erschließt sich einem erst bei Bedachtnahme auf die Besonderheiten, die sich aus der Differenzbesteuerung gebrauchter Fahrzeuge ergeben. Bei unbefangener Betrachtung sollte es gleichgültig sein, ob man die für die Reparaturkostenabrechnung maßgebliche Grenze durch Gegenüberstellung der Bruttowerte (also einschließlich Mehrwertsteuer) oder der Nettowerte (also ohne Mehrwertsteuer) vornimmt. Sofern im Zähler und Nenner jeweils die Mehrwertsteuer wegfällt, sollte sich am Quotienten nichts ändern.

Das ist freilich nur dann so, wenn im Zähler und Nenner der gleiche Mehrwertsteuer(prozent)satz wegfällt<sup>60</sup>. Bei einem gebrauchten Kfz ist dies freilich häufig nicht der Fall. Während die Reparaturkosten stets mit 16% Mehrwertsteuer belastet sind, fällt beim Wiederbeschaffungswert häufig bloß eine **Differenzumsatzsteuer** in Höhe von 2% an. Bei älteren Fahrzeugen enthält der Wiederbeschaffungswert mitunter sogar **überhaupt keine Mehrwertsteuer**, wenn ein solches Fahrzeug auf dem Gebrauchtwagenmarkt eines Händlers nicht mehr beschafft werden kann, weshalb der Geschädigte auf den Privatmarkt verwiesen wird; und bei einem Ankauf auf diesem fällt keine Mehrwertsteuer an.

Da beim Übergang von der Brutto- zur Nettomethode im Zähler (den Reparaturkosten) 16% abgezogen werden, im Nenner (dem Wiederbeschaffungswert) jedoch bloß 2% oder gar nichts, führt die Bruttobetrachtung dazu, dass in weniger weitgehendem Ausmaß die Abrechnung auf Reparaturkostenbasis bejaht werden kann als bei Gegenüberstellung der Nettogrößen.

51) *Eggert*, ZAP 2002, Fach 9, 647, 650; *Goebel*, Ab 1. 8. 2002: Konkrete oder abstrakte Schadensabrechnung – Was ist günstiger? VA 2002, 81, 84; *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht Rdnr. 232.

52) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 30.

53) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 32.

54) NZV 2002, 385; *ders.*, NJW 2002, 1477.

55) Skeptisch hingegen in Bezug auf die Bedeutsamkeit des § 142 ZPO *Luckey*, PVR 2003, 302, 307.

56) Verwiesen sei diesbezüglich auf die DEKRA-Entscheidung NZV 2003, 372.

57) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 42.

58) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 10, 13.

59) So auch *Lemcke*, r+s 2002, 265, 266; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht § 1 Rdnr. 121, 126; *Eggert*, Totalschadenabrechnung nach neuem Schadenrecht: aktuelle Urteile (Teil III), VA 2003, 156, 158; *OLG Hamm*, r+s 2003, 479, 480; *LG Aachen*, VA 2003, 156; aA *Queiser*, zfs 2003, 482, 484.

60) Dazu kommt, dass der merkantile Minderwert bei einem Verbraucher niemals der Mehrwertsteuer unterliegt, weil es sich um den Nachteil handelt, den der Geschädigte bei Offenlegung der Reparatur bei einem Verkauf erleidet. Die Veräußerung eines Kfz durch einen Verbraucher ist aber kein der Mehrwertsteuer unterworfenen Vorgang.

An einem Beispiel sei dies verdeutlicht: Betragen die Reparaturkosten 130 netto und beläuft sich der Wiederbeschaffungswert netto auf 100, kann bei der Nettobetrachtung der Geschädigte auf Reparaturkostenbasis abrechnen, sofern man den merkantilen Minderwert außer Ansatz lässt.

Stellt man die Bruttogrößen gegenüber, ergibt sich bei den Reparaturkosten ein Wert von 130 zuzüglich 16%, somit insgesamt 150,8, während sich der Wiederbeschaffungswert brutto auf 102 beläuft. Der Quotient (150,8:102) ergibt 147,8%, somit einen Wert, der signifikant über den 130% liegt, woraus sich ergibt, dass eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis unzulässig ist.

Die Bruttobetrachtung ist somit im Interesse des Ersatzpflichtigen, weil bereits geringere Reparaturkosten dazu führen, dass der Geschädigte sich auf die den Ersatzpflichtigen weniger belastende Totalschadensabrechnung verweisen lassen muss. Nach dieser Abschätzung der Rechtsfolgen stellt sich abschließend die Frage, was für die Brutto- und was für die Nettomethode spricht. Für die Bruttomethode spricht, dass der Geschädigte – jedenfalls bei fachgerechter und umfassender Reparatur – berechtigt ist, die dabei anfallenden Kosten vom Ersatzpflichtigen ersetzt zu verlangen.

#### 9. Überschreiten der 130%-Grenze – Besonderheiten bei der Eigenreparatur

Pamer<sup>61</sup> vertritt die Ansicht, dass auch bei der Eigenreparatur auf die Relation zwischen den Bruttowerten des Sachverständigengutachtens in Bezug auf Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert abzustellen ist, selbst wenn bei der Eigenreparatur jedenfalls in Bezug auf den Arbeitskraftanteil keine Mehrwertsteuer anfällt. Im Anschluss daran führt Pamer<sup>62</sup> aus, dass nach der neueren Rechtsprechung der OLG der Geschädigte auch bei Überschreitung der 130%-Grenze die konkreten Reparaturkosten verlangen könne, wenn es ihm gelinge, eine im Wesentlichen fachgerechte und umfassende Reparatur mit geringeren Kosten durchzuführen<sup>63</sup>. Ob das auch Auswirkungen für die Eigenreparatur hat, erfährt man freilich nicht.

Das grundsätzliche Abstellen auf die „objektive“ Sachverständigenschätzung unter Zugrundelegung einer Reparatur de luxe hat das Argument für sich, dass der Geschädigte auch dann den im Sachverständigengutachten genannten Betrag verlangen kann, wenn er selbst repariert und bei ihm geringere Kosten angefallen sind. Nach dem Prinzip vom guten und bösen Tropfen erscheint es daher folgerichtig, auch für die Zulässigkeit der Reparaturkostenabrechnung auf diese Bezugsgrößen abzustellen. Zu bedenken ist indes, dass sich die Rechtslage insoweit durch § 249 II 2 BGB verändert hat. Bei einer Eigenreparatur erhält der Geschädigte Mehrwertsteuer nur noch insoweit, als diese tatsächlich angefallen ist. Deshalb ist es m. E. folgerichtig, auch für die Ermittlung des maßgeblichen Grenzwertes eine Modifikation vorzunehmen.

Im Klartext hat das folgende Auswirkung: Bei einem Wiederbeschaffungswert von 100 (brutto) würde die Reparatur in einer Werkstätte 120 zuzüglich 16% Mehrwertsteuer in Höhe von 19,2, insgesamt somit 139,2 ausmachen. Der Geschädigte wäre auf die Totalschadensabrechnung zu verweisen, weil die Reparaturkosten allein, vom merkantilen Minderwert ganz abgesehen, mehr als 130% betragen. Wenn es dem Geschädigten gelingt, durch Beschaffung von Ersatzteilen im Baumarkt in Höhe von netto 30 zuzüglich 16% Mehrwertsteuer, somit 4,8 durchzuführen, dann stellt sich seine Kostenstruktur wie folgt dar: Die Reparaturkosten netto machen 120 aus, die tatsächlich angefallene Mehrwertsteuer beläuft sich auf 4,8, so dass bei Ausklammerung des merkantilen Minderwertes sich ein Wert von 124,8 ergibt. Da dieser innerhalb der 130%-Grenze liegt, muss die veränderte Kostenstruktur bei der Eigenreparatur m. E. dazu führen, dass der Geschädigte in einem solchen Fall auf Reparaturkostenbasis abrechnen kann<sup>64</sup>.

Eggert<sup>65</sup> vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass der Geschädigte stets die jeweils konkreten Kosten verlangen kann, wenn es dem Geschädigten gelingt, mit tatsächlich geringeren Kosten das Kfz zu reparieren. Dem schließt sich auch Pamer<sup>66</sup> an, freilich ohne Hinweis darauf, dass diese Ansicht auch bestritten wird<sup>67</sup>. Folgerichtig müsste das dann aber auch für die Eigenreparatur gelten.

Ich<sup>68</sup> habe eine noch weitergehende Ansicht vertreten. Um den „Bedarf“ von Manipulationen von vorneherein nicht entstehen zu lassen, sollte bei einem Sachverständigengutachten, das einen Wert von mehr als 130% ergibt, dem Geschädigten jeweils der sich aus dem Sachverständigengutachten ergebende Betrag bis zu einer Obergrenze von 130% des Wiederbeschaffungswertes zustehen, wenn er den Nachweis erbringt, dass er das Fahrzeug umfassend und fachgerecht repariert hat<sup>69</sup>. Freilich sollte das über 130% hinausreichende Prognoserisiko dann nicht mehr der Schädiger tragen, wenn die Reparaturkosten bereits mehr ausgemacht haben als der Wiederbeschaffungswert<sup>70</sup>.

#### 10. Intention des Gesetzgebers – wirtschaftspolitische Zielsetzung oder stärkere Ausrichtung an der konkreten Schadensberechnung

Pamer<sup>71</sup> vertritt im Anschluss an die Regulierungspraxis eines Haftpflichtversicherers die Ansicht, dass es sachgerecht wäre, den Geschädigten stets so zu behandeln, als habe er im Rahmen der Restitution eine Aufwendung getätigt, bei der 16% Mehrwertsteuer angefallen seien, auch wenn das in Wahrheit anders ist, weil beim Kauf eines Fahrzeugs bei einem Händler bloß Differenzumsatzsteuer im Ausmaß von 2% angefallen ist oder bei einem Kauf von einer Privatperson gar keine Mehrwertsteuer. Pamer<sup>72</sup> begründet dieses Ergebnis damit, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung beabsichtigte, einen Geschädigten nach Möglichkeit zur Reinvestition anzuhalten, um den Schadensersatzbetrag wieder dem Wirtschaftskreislauf zuzuführen. Ob der Geschädigte ein regelbesteuertes oder differenzbesteuertes Fahrzeug erwerbe oder eines von einem Privaten ohne Umsatzsteuer, sei häufig vom Zufall abhängig, weshalb es sachgerecht sei, alle Konstellationen gleich zu behandeln.

Pamer unterstellt damit freilich dem Gesetzgeber des BGB eine wirtschaftspolitische Absicht, die dem Schadensrecht fremd ist. Das Schadensrecht soll keine Anreize zur Reinvestition schaffen<sup>73</sup>. Seine Aufgabe ist eine viel bescheidenere<sup>74</sup>: Es soll dem Geschädigten zum Ausgleich

61) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 58.

62) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 65.

63) AA freilich Lemcke, in: van Büren (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht*, Teil 3 Rdnr. 166 unter Hinweis auf BGH, NZV 1992, 68 (Lipp) = BGHZ 115, 375.

64) So bereits Ch. Huber, *Das neue Schadensersatzrecht* § 1 Rdnr. 145.

65) Entschädigungsobergrenzen bei der Abrechnung „fiktiver“ Reparaturkosten – ein Dreistufenmodell, DAR 2001, 20, 26.

66) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 62 ff.

67) So etwa von Lemcke in: van Büren (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht*, Teil 3 Rdnr. 166.

68) *Das neue Schadensersatzrecht* § 1 Rdnr. 144 ff.

69) AA allerdings BGH, NZV 1992, 68 (Lipp) = BGHZ 115, 375.

70) Näheres dazu bei Ch. Huber, *Das neue Schadensersatzrecht* § 1 Rdnr. 149. Gegenteilig Pamer, *Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden* § 1 Rdnr. 44.

71) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 104, 155.

72) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 34, 136.

73) In diesem Sinn bereits Grunsky, *Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung*, NJW 1983, 2465; Ch. Huber, *Fragen der Schadensberechnung*<sup>2</sup> (1994) 60 f.

74) Zu den Zielen des Schadensrechts Kötz, *Ziele des Haftungsrechts*, FS-Streindorff (1990) 643 ff.; Medicus, *Schadensersatz und Billigkeit*, VersR 1981, 593 ff.

seiner Einbuße verhelfen. Und diese kann unterschiedlich hoch sein, je nachdem, wie der Geschädigte auf das schädigende Ereignis reagiert. Unzulässig ist es jedoch, ohne sachliche Gründe den klaren Gesetzeswortlaut zu korrigieren. Und dieser sieht in § 249 II 2 BGB im Rahmen der fiktiven Schadensabrechnung den Ersatz der Mehrwertsteuer nach Maßgabe des tatsächlichen Anfalls bei einer konkreten Restitutionsmaßnahme vor, nach oben begrenzt durch den Anfall der Mehrwertsteuer bei der vom Sachverständigen zu Grunde gelegten Restitutionsmaßnahme.

#### 11. Erwerb eines Fahrzeugs von einer Privatperson

In der Praxis mag es freilich durchaus vereinzelt Konstellationen geben, in denen das neue Schadensrecht zu befremdlichen Ergebnissen führt.

*Pamer*<sup>75</sup> führt folgendes Beispiel an: Der Geschädigte erleidet bei seinem Kfz einen Totalschaden. Der Wiederbeschaffungswert laut Sachverständigenschätzung beläuft sich auf 10 000 EUR zuzüglich 16% Mehrwertsteuer in Höhe von 1 600 EUR, insgesamt somit 11 600 EUR. Der Geschädigte schafft ein eben solches Fahrzeug bei einer Privatperson an und zahlt dafür 11 600 EUR. Laut *Pamer* erhält der Geschädigte in einem solchen Fall lediglich 10 000 EUR<sup>76</sup>.

Dieses Ergebnis ist insoweit frappant, als der Geschädigte durch einen Deckungskauf bei einer Privatperson den nämlichen realen Zustand wieder herstellt. Wenn er sich so verhält, soll er dann wirklich bei der Ersatzleistung eine Unterdeckung von 1 600.- EUR hinnehmen müssen? Womöglich ist sein Entschluss, ein ebensolches Kfz von einer Privatperson zu erwerben, durchaus rational, wenn er diese kennt und für zuverlässig hält. Ein solcher Deckungskauf ist für ihn dann weniger riskant als ein Erwerb von einem x-beliebigen Gebrauchtwagenhändler, mag er dabei auch die Zusicherung einer Werkstattüberprüfung und einer Garantie mitgeliefert bekommen.

*Peetz*<sup>77</sup> will Abhilfe in der Weise schaffen, dass er die Mehrwertsteuer für ersatzfähig erklärt, die beim Veräußerer bei dessen Erwerb von einem Vormann angefallen ist<sup>78</sup>. *Peetz* zeigt zwar zutreffend auf, dass die h. M., die es bei der mechanischen Kappung der Mehrwertsteuer belässt, unbefriedigend ist. Der von ihm vorgeschlagene Lösungsansatz lässt sich freilich im geltenden Schadensersatzrecht nicht begründen. Einmal mehr ist darauf hinzuweisen, dass es auf die Verhältnisse des Geschädigten ankommt und nicht auf die eines Dritten. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ist darauf abzustellen, in welchem Ausmaß beim Geschädigten Mehrwertsteuer „tatsächlich“ angefallen ist. Nicht maßgeblich ist dem entsprechend, ob und in welchem Ausmaß Mehrwertsteuer angefallen ist beim Erwerb der Sache durch den Verkäufer des Geschädigten bei dessen Vormann.

Abgesehen von diesem dogmatischen Einwand möge man sich auch vorstellen, in welcher Weise die Schadensregulierung verkompliziert würde. Ist es bei der Differenzumsatzsteuer schon schwierig genug, die Höhe der beim Deckungskauf anfallenden Umsatzsteuer zu ermitteln, so würden zusätzliche Probleme auftauchen, wenn Nachforschungen angestellt werden müssten, wie viel Mehrwertsteuer angefallen ist, als der nunmehrige Verkäufer das Kfz von seinem Vormann erworben hat. Womöglich bleibt es nicht bei dem einen Glied in der Kette, sondern es sind Nachforschungen über weitere Vormänner anzustellen, bis man auf einen mehrwertsteuerpflichtigen Kaufvertrag stößt. Wenn das bei der Ersatzbeschaffung im Totalschadensfall so wäre, müsste für den Fall der Beschaffung von Ersatzteilen von einer Privatperson im Rahmen der Reparatur ebenso verfahren werden. Die Komplikationen würden jedenfalls beträchtlich zunehmen.

Für den Fall des Deckungskaufs von einer Privatperson gibt es indes einen durchaus sachgerechten Lösungs-

ansatz, um ein unbilliges Ergebnis zu vermeiden. Angordnet hat der Gesetzgeber die Kappung der Mehrwertsteuer bei der fiktiven Abrechnung. Dem Geschädigten muss es aber unbenommen bleiben, konkret abzurechnen. Wenn er einen Deckungskauf einer eben solchen Sache nachweist, gibt es m. E. keinen einleuchtenden Grund, ihm die konkreten Aufwendungen zu versagen<sup>79</sup>. Allerdings sind dann an die Restitution einigermaßen strenge Anforderungen zu stellen. Es muss ein Fahrzeug desselben Zuschnitts sein.

Eine ungefähre Übereinstimmung sollte gegeben sein in Bezug auf Alter, km-Stand, Type und Marke. Allein, die Farbe sollte keine Rolle spielen, wiewohl auch diese Einfluss auf den Wert haben kann<sup>80</sup>. Damit wäre immerhin dem Geschädigten aus der Patsche geholfen, der in der Tat restituiert. Wer sich mit dem Gedanken trägt, ein ganz anderes Gefährt von einer Privatperson zu erwerben, mag wählen, entweder auf den Ersatz der Mehrwertsteuer, die zudem häufig bloß 2% beträgt, zu verzichten oder doch einen Deckungskauf bei einem Händler zu tätigen<sup>81</sup>.

#### 12. Entsprechende Anwendung bei einem Wiederbeschaffungswert incl. 16% Umsatzsteuer und Erwerb eines Fahrzeugs mit Differenzumsatzsteuer

Der Fall, dass der Wiederbeschaffungswert 16% Umsatzsteuer enthält und der Geschädigte einen Deckungskauf eines solchen Fahrzeugs von einer Privatperson in Höhe des vom Sachverständigen geschätzten Bruttowiederbeschaffungswertes tätigt und gleichwohl keinen vollen Ausgleich erhält, ist am spektakulärsten. Durch Verweis auf die konkrete Abrechnung sollte für solche Fälle eine Abhilfe möglich sein. Das muss aber mutatis mutandis auch dann gelten, wenn der Geschädigte bei einem vom Sachverständigen geschätzten Wiederbeschaffungswert, in dem 16% Umsatzsteuer enthalten sind, in der Folge einen Deckungskauf bei einem Händler tätigt, bei dem die Umsatzsteuer nicht offen ausgewiesen ist<sup>82</sup>.

Solche Konstellationen sind durchaus denkbar: Es handelt sich um ein relativ neuwertiges Fahrzeug der Oberklasse, weshalb der Wiederbeschaffungswert 16% Mehrwertsteuer enthält. Eine Privatperson hat – aus welchen Gründen immer – ein solches Fahrzeug an einen Händler veräußert. Von diesem erwirbt es nun der Geschädigte. Zwar kann der Geschädigte beim Deckungskauf Mehrwertsteuer in Höhe von ca. 2% nachweisen. Es verbleibt aber immer noch eine Differenz zwischen den 16% Umsatzsteuer des Wiederbeschaffungswertes und den 2% des Deckungskaufes.<sup>83</sup>

#### 13. Gewinn- und Handelsspanne

*Pamer*<sup>84</sup> verwendet die Begriffe Handelsspanne und Händlergewinn synonym, womit er sich in durchaus pro-

75) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 124.

76) So die h. M.: Palandt<sup>62</sup>/Heinrichs § 249 Rdnr. 17; Heß, Die MWSt-Abrechnung nach dem 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, zfs 2002, 367, 369; Lemcke, r+s 2002, 265, 273; AG Berlin-Mitte, r+s 2003, 439; AG Geilenkirchen, SP 2003, 310; LG Rottweil, DAR 2003, 422, 423 (obiter dictum); AG Herne-Wanne, NZV 2003, 390; LG Hildesheim, NJW 2003, 3355; LG Hagen SP 2003, 421.

77) Zur Ersatzfähigkeit von „Restmehrwertsteuer“ im Rahmen von § 249 II 2 BGB, ZGS 2003, 293, 295 f.

78) Ähnlich bereits Heidrich, NZV 2003, 392, 393, der darauf verweist, dass die Mehrwertsteuer immerhin gedanklich angefallen sei.

79) In diesem Sinn auch AG Münsingen, VA 2003, 141; LG Aachen, VA 2004, 8 (Ch. Huber).

80) So jedenfalls Queiser, zfs 2003, 482.

81) Näheres dazu bei Ch. Huber, Keine Kappung der USt bei Erwerb von Privat nach einem Totalschaden, VA 2004, 9 ff.

82) So möglicherweise der Sachverhalt der Entscheidung LG Oldenburg, NJW 2003, 3494, 3495.

83) So der Sachverhalt der Entscheidung AG Rendsburg, NJW-RR 2003, 1673, wo der hier vorgeschlagene Lösungsweg abgelehnt wird. Zu beurteilen war freilich ein Anspruch aus der Kaskoversicherung.

84) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 132.

minenter Gesellschaft befindet<sup>85</sup>. Das ändert freilich nichts daran, dass dies unzutreffend ist. Unter Handelsspanne versteht man die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis. Der Begriff Händlergewinn ist demgegenüber die Residualgröße nach Abzug der betriebsbedingten Aufwendungen wie etwa der anteiligen Kosten für die Miete des Geschäftslokals, der Entlohnung der Arbeitnehmer, der auf das Kfz entfallenden Finanzierungskosten usw. Für die Differenzumsatzsteuer kommt es freilich allein auf die Handelsspanne an.

Zutreffend ist allerdings in diesem Zusammenhang der Hinweis von Pamer<sup>86</sup>, dass im Einzelfall nicht nur der Gewinn, sondern auch die Handelsspanne Null oder sogar negativ sein kann, wenn es dem Händler nicht gelingt, das Kfz um den Ankaufspreis weiterzuveräußern<sup>87</sup>. Bedenkt man, dass der Händler vor allem beim Neugeschäft verdient, wird es gelegentlich schon vorkommen, dass ein Fahrzeug zu einem Preis hereingenommen wird, der im Anschluss bei der Veräußerung nicht erzielt wird. Bedeutsam ist diese rechtstatsächliche Beobachtung einerseits bei der Marge der durchschnittlichen Handelsspanne, die zu 2% Differenzumsatzsteuer bei Festsetzung des Wiederbeschaffungswertes führt, und andererseits bei der beim konkreten Deckungskauf des Geschädigten anfallenden Differenzumsatzsteuer. Im letzteren Fall ist der Geschädigte gut beraten, keine weiteren Nachforschungen anzustellen, sondern sich auf die generelle Handelsspanne und die sich daraus ergebende Differenzumsatzsteuer im Ausmaß von 2% zu berufen, ganz abgesehen davon, dass m. E. kein durchsetzbarer Anspruch des Käufers gegen den Händler gegeben ist, dass dieser ihm die Differenzumsatzsteuer des konkreten Geschäftes offen legen muss<sup>88</sup>.

#### 14. Renaissance des Agenturgeschäfts

Pamer<sup>89</sup> beobachtet im Ausgangspunkt zutreffend, dass das Agenturgeschäft wegen der nach dem Verbrauchsgüterkauf nicht abdingbaren Gewährleistungsrechte des Käufers eine Renaissance erleben könnte. Ist früher der Händler aus umsatzsteuerrechtlichen Gründen nicht selbst als Verkäufer aufgetreten, sondern bloß als Vermittler, so könnte es zu solchen Gestaltungen wieder kommen. Anders als bei einem Kaufvertrag zwischen einem Gebrauchtwagenhändler und einem Verbraucher ist ein Gewährleistungsausschluss zwischen Privaten zulässig. Tritt der Händler nicht selbst als Verkäufer auf, sondern bloß als Vermittler, könnte es sein, dass die zwingende Einräumung von Gewährleistungsrechten damit umgangen werden könnte<sup>90</sup>.

Das von Pamer<sup>91</sup> im Anschluss daran angeführte Beispiel ist indes wenig geeignet, das beschriebene Problem zu veranschaulichen, nimmt er doch gerade an, dass bei dem vermittelten Geschäft der Verkäufer Unternehmer und der Käufer Verbraucher ist. Bei einer solchen Konstellation ergeben sich vom Ausgangspunkt keine umsatzsteuerrechtlichen Besonderheiten, weil der Händler bei Erwerb von einem Unternehmer die an diesen gezahlte Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehen kann; und auch aus zivilrechtlicher Perspektive ergeben sich keine Besonderheiten, weil der Verkäufer, der Unternehmer ist, die Gewährleistung ebenso wenig ausschließen kann, wie es der Händler könnte. Die von Pamer vorhergesagte Wiederverkehr des Agenturgeschäfts hat somit lediglich Bedeutung, wenn es sich um die Vermittlung eines Kaufvertrags handelt, bei dem der Verkäufer nicht vorsteuerabzugsberechtigt, somit typischerweise Verbraucher ist.

#### 15. Unberechtigt ausgewiesene Mehrwertsteuer

Mitunter kommt es zum Ausweis von Mehrwertsteuer, ohne dass der Aussteller der Rechnung dazu befugt ist.

Anders als Schirmer/Marlow<sup>92</sup>, die die Mehrwertsteuer insofern als rechtlich nicht angefallen und deshalb nicht ersatzfähig ansehen, vertritt Pamer<sup>93</sup> die Ansicht, dass der Geschädigte, der dies nicht erkennen konnte, die Mehrwertsteuer vom Ersatzpflichtigen ersetzt verlangen kann. Er sei lediglich zur Abtretung etwaiger Schadenersatz- oder Rückforderungsansprüche verpflichtet. Pamer verweist dazu auf die Parallele zum fehlerhaften Sachverständigengutachten. Im Ergebnis ist Pamer zu folgen. Näher liegend wäre m. E. allerdings die Parallele zum Werkstatt- und Prognoserisiko, weil es sich um eine Fehlleistung des Vertragspartners, der die Restitution durchführt, und nicht eines Dritten bzw. Vierten handelt.

#### 16. Die Höhe der Differenzumsatzsteuer im Ausmaß von 2%

Pamer<sup>94</sup> hat sich in seinem Buch, dessen Manuskript Ende April abgeschlossen worden ist, auf eine Differenzumsatzsteuer von 2% festgelegt. Diese Marge hat sich nunmehr in der Praxis weitgehend durchgesetzt<sup>95</sup>. Wäre es auch möglich, die jeweilige Handelsspanne nach Fahrzeugmarke bzw. -type, Alter des Fahrzeugs und Region präziser zu ermitteln, so hat sich die Praxis auf diese Größenordnung verständigt, um eine Vereinfachung der Schadensregulierung im Massengeschäft der Kfz-Schäden zu bewirken.

Denkbar ist freilich, dass im Anschluss an Queiser<sup>96</sup> diesbezüglich das letzte Wort noch nicht gesprochen worden ist. Dieser verweist darauf, dass es möglich sei, einen Händlereinkaufsfaktor durch Bezugsetzung von Händlerverkaufs- und Händlereinkaufspreis entsprechend den vorliegenden Listenwerken zu ermitteln, und zwar differenziert nach Marke, Type und Baujahr. Wenn eine solche typisierte Ermittlung tatsächlich mit einem Zeitaufwand von weniger als einer Minute verbunden ist<sup>97</sup>, ist nicht einzusehen, warum man auf diese präzisere Ermittlung im Sachverständigengutachten verzichten und sämtliche Fälle über den Kamm der pauschalen 2% der Differenzumsatzsteuer scheren sollte.

#### 17. Abgrenzung zwischen regelbesteuerten und differenzbesteuerten sowie von einer Privatperson erworbenen Fahrzeugen

Davon, ob der Händler das Kfz, das er schlussendlich an den Geschädigten verkauft, von einem vorsteuer-

85) Ebenso Queiser, zfs 2003, 482; Lemcke, r+s 2003, 441; Zemlin, NJW 2003, 1225, 1226; Sermond, NZV 2003, 534; Schriftleitung NJW, NJW 2003, 2616; Luckey, PVR 2003, 302, 307; AG Holzminden, SP 2003, 171; AG Brandenburg, NZV 2003, 389; AG Suhl, VA 2003, 140; LG Magdeburg, NZV 2003, 536; LG Hagen, SP 2003, 421.

86) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 133 f.

87) Dies verkennend Queiser, zfs 2003, 482.

88) AA Eggert, Kauf eines differenzbesteuerten Ersatz-Kfz: Anspruch auf Auskunft über die MwSt? VA 2002, 160, 161, der eine kaufvertragliche Nebenpflicht unter Hinweis auf § 242 BGB annimmt.

89) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 202.

90) Dazu M. Müller, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975.

91) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 203.

92) DAR 2003, 441, 444.

93) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 209 f.

94) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdnr. 133 f.

95) Fuchs/Pamer, Schwacke-Liste (2003) 10, 12. Ebenso Schneider, NZV 2003, 555, 556. So auch die überwiegende Judikatur der Untergereichte: AG Halle, NZV 2003, 391 (Heidrich); AG Papenburg, NJW 2003, 2617; AG Kaiserslautern, VA 2003, 141; AG Erkelenz, NJW 2003, 2617; LG Darmstadt, r+s 2003, 439; AG Frankfurt, NZV 2003, 534 (Sermond); LG Hagen, SP 2003, 421. Zum Teil wird auch mehr zugesprochen: LG Rottweil, DAR 2003, 422, 423; 2,328%; AG Bielefeld, NJW-RR 2003, 1337, 1338; AG Brandenburg, NZV 2003, 389; AG Essen, NZV 2003, 535; 2,4%; AG Suhl, VA 2003, 140; LG Aachen, VA 2003, 156; LG Magdeburg, NZV 2003, 536, 537; 3,2%. Sehr pauschal Luckey, PVR 2003, 302, 307: 1-3%.

96) zfs 2003, 482, 483.

97) So Queiser, zfs 2003, 482, 485.

abzugsberechtigten Unternehmer oder von einem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Verbraucher erworben hat, ist es abhängig, ob der Händler im Rahmen der Regelbesteuerung die Umsatzsteuer offen ausweist oder kein offener Ausweis der Mehrwertsteuer erfolgt, weil der Händler bloß von der Handelsspanne Umsatzsteuer abführen muss. Denkbar ist auch, dass Händler ein solches Fahrzeug gar nicht mehr anbieten, sodass der Geschädigte das Kfz auf dem Privatmarkt erwerben muss.

Für die Ermittlung des Wiederbeschaffungswertes kommt es nicht auf die Verhältnisse bei einem konkreten Deckungskauf an, sondern auf die typischen Verhältnisse des Marktes<sup>98</sup>. Bei Pamer<sup>99</sup> findet sich noch der Ratschlag für den Geschädigten, sich lediglich einen Abzug von 2% gefallen zu lassen, weil 75% der im Gebrauchtwagenhandel angebotenen Fahrzeuge differenzbesteuert angeboten werden<sup>100</sup>. Es ist dies eine Reaktion auf die damals weit verbreitete Vorgehensweise der Versicherungswirtschaft, generell einen Abzug von 16% vorzunehmen<sup>101</sup>. Insoweit zeigt sich, dass es insoweit einen Erkenntnisfortschritt vom Frühjahr bis zum Herbst 2003 gegeben hat:

#### 18. Fortentwicklung durch die Schwacke-Liste

In der Einführung zur Schwacke-Liste 2003 verweisen Fuchs/Pamer<sup>102</sup> auf eine Untersuchung, die bei mehr als 25% der im Handel angebotenen Kfz auch den Umsatzsteuerstatus erhoben hat. Dementsprechend kann differenziert nach Marke, Type und Alter eines Kfz eine Aussage getroffen werden, ob die Mehrzahl dieser im Gebrauchtwagenhandel veräußerten Kfz regel- oder differenzbesteuert angeboten werden. Dem entsprechend wird vorgeschlagen, einen Abzug von 16% bzw. 2% bei der Ermittlung des Wiederbeschaffungswertes vorzunehmen<sup>103</sup>.

Soweit ein Kfz eines bestimmten Alters in dieser Erhebung nicht auftaucht, ist anzunehmen, dass ein Kfz dann vom Handel nicht angeboten wird mit der Folge, dass der maßgebliche Wiederbeschaffungswert nach dem Angebot auf dem Privatmarkt ermittelt werden muss. Das hat zur Folge, dass der Wiederbeschaffungswert keine Mehrwertsteuer enthält. Der vom Sachverständigen ermittelte Wert gebührt somit auch dann ungekürzt, wenn der Geschädigte jegliche Restitutionsmaßnahme unterlässt.

Es stehen somit nunmehr gesicherte statistische Unterlagen zur Verfügung, die eine differenziertere Aussage darüber zulassen, ob ein Kfz im Gebrauchtwagenhandel typischerweise regel- oder differenzbesteuert erworben werden kann oder bloß auf dem Privatmarkt – ohne Anfall jeglicher Umsatzsteuer – angeboten wird. Während Pamer noch auf die Gesamtheit aller Fahrzeuge abgestellt und 2% Differenzumsatzsteuer zu Grunde gelegt hat, kommt es nach der Schwacke-Liste darauf an, um welche Marke und welche Type es sich handelt, wobei darüber hinaus das Alter des Kfz eine zentrale Rolle spielt.

Zwei Spezialprobleme in diesem Zusammenhang scheinen mir noch nicht abschließend geklärt zu sein:

#### 19. Schwarz-Weiß-Lösung oder Abstellen auf Durchschnittswerte

Die Schwacke-Liste weist aus, ob ein Fahrzeug einer bestimmten Marke und Type mit einem bestimmten Alter überwiegend regel- bzw. differenzbesteuert angeboten wird. Es stellt sich die Frage, ob es dabei auch in Zukunft das Bewenden haben oder ein Bemühen nach einer weiteren Verfeinerung erfolgen soll.

An einem Extrembeispiel soll verdeutlicht werden, dass auch die Willkür grenzen. Wenn 50,01% der Fahrzeuge einer bestimmten Marke und Type sowie eines bestimmten Alters regelbesteu-

ert werden, dann wird der Wiederbeschaffungswert incl. 16% Mehrwertsteuer ausgewiesen. Wenn diese Marge nur ganz geringfügig absinkt auf 49,99%, dann enthält der Wiederbeschaffungswert 2% Differenzumsatzsteuer.

Für die Regulierung des konkreten Schadensfalles hat das folgende Auswirkungen. Plausibel ist die Annahme, dass am Markt der Wiederbeschaffungswert eine konstante Höhe hat, unabhängig davon, ob darin 2% Differenzumsatzsteuer enthalten sind oder 16% Umsatzsteuer offen ausgewiesen werden<sup>104</sup>. Je nach dem Überwiesigen der in der Schwacke-Liste ausgewiesenen Fälle muss sich der Geschädigte, der keine Restitutionsmaßnahme durchführt, bei der Umsatzsteuer anfallt, im Rahmen der Schadensregulierung einen Abzug von 2 oder 16% gefallen lassen. Das erscheint jedenfalls in dem angenommenen Beispiel weitgehend vom Zufall abhängig.

Diese Willkür ließe sich vermeiden, wenn das erhobene Zahlenmaterial mit einem höheren Differenzierungsgrad ausgewiesen würde. Würde sich der Schwacke-Liste nicht nur ein Überwiegen entnehmen lassen, sondern darüber hinaus, zu welchem Prozentsatz ein betreffendes Fahrzeug mit einem bestimmten Alter regel- oder differenzbesteuert angeboten wird, ließen sich Durchschnittswerte ermitteln. Der Übergang von 49,99% auf 50,01% hätte auch bei der Schadensregulierung nur noch marginale Auswirkungen. Der Ausweis der Mehrwertsteuer beim Wiederbeschaffungswert würde nach dem gewichteten Durchschnitt erfolgen. Wenn ca. 50% regelbesteuert und 50% differenzbesteuert angeboten werden, käme ein Mischprozentsatz von 9% heraus  $[(16+2) : 2 = 9]$ <sup>105</sup>.

Gegen diese Vorgangsweise können freilich Gegenargumente ins Treffen geführt werden. Die Schadensregulierung würde noch weiter kompliziert. Ohne Beiziehung eines Sachverständigen bzw. der Schwacke-Liste wäre eine Schadensregulierung überhaupt nicht mehr möglich. Es fragt sich jedoch, ob eine Totalschadensabrechnung auch derzeit ohne Einschaltung eines Kfz-Sachverständigen möglich ist. Und wenn der Schwacke-Liste die differenzierteren Angaben zu entnehmen sind, hält sich die Zunahme an Komplexität auch in überschaubaren Grenzen.

Darüber hinaus könnte gegen den hier erwogenen Lösungsansatz eingewendet werden, dass es einen Mischsatz bei der Mehrwertsteuer in der Wirklichkeit nicht gibt. Vielmehr kommen nur die Alternativen Differenzumsatzsteuer von ca. 2% oder offener Ausweis von 16% in

98) AA LG Magdeburg, NZV 2003, 536, 537; Lang/Stahl/Suchomel, Die Unfallregulierung nach neuem Schadensersatzrecht, NZV 2003, 441, 446, die jeweils darauf abstellen, ob es möglich ist, ein Fahrzeug zu erwerben, bei dem die Mehrwertsteuer offen ausgewiesen ist.

99) Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden Anhang Rdnr. 34.

100) So auch Heidrich, NZV 2003, 392 f.; LG Darmstadt, r+s 2003, 439, 440; LG Rottweil, DAR 2003, 422, 423.

101) Pamer, Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden S. 17.

102) Schwacke-Liste (2003) 11.

103) Diese detaillierte Untersuchung nicht berücksichtigend Schneider, NZV 2003, 555, 558.

104) So auch die rechtsstatsächliche Einschätzung bei Einführung des § 25 a UStG bei Reinking, Wirkt sich die Differenzbesteuerung auf das Haftungsrecht aus?, DAR 1991, 160; aA Queiser, zfs 2003, 482, 484. Ebenso jüngst OLG Köln, ZGS 2004, 38, 39. Insoweit handelt es sich um keine Rechts-, sondern um eine Tatfrage. Zu bedenken ist, dass Ankäufe von Gebrauchtfahrzeugen nach von Dritten verschuldeten Unfällen in Relation zur Gesamtnachfrage eine geringe Rolle spielen. Für den Verbraucher macht es im Normalfall aber keinen Unterschied, ob im Kaufpreis die Mehrwertsteuer in Höhe von 16% offen ausgewiesen wird oder das nicht der Fall ist. Ihm kommt es ausschließlich darauf an, ein gutes Produkt zu einem fairen Preis zu erwerben. Plausibilitätsüberlegungen sprechen somit dafür, dass die Einschätzung von Reinking zutreffend ist.

105) Für einen generellen Mischprozentsatz für sämtliche Fahrzeuge Schneider, NZV 2003, 555, 559, wobei ein solcher von 6 bis 10% vorgeschlagen wird.

Betracht. Diese Beobachtung trifft zu. Zu bedenken ist freilich, dass der vom Sachverständigen ermittelte Wiederbeschaffungswert als solcher in der Lebenswirklichkeit in dieser Ausprägung auch nicht vorkommt. Der Wiederbeschaffungswert ist nämlich nichts Anderes als ein Durchschnittswert aus einer Vielzahl von Einzelwerten. *Queiser*<sup>106</sup> weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass schon mangels Masse des Angebots der Geschädigte ein solches Fahrzeug zu dem vom Sachverständigen geschätzten Wert jedenfalls bei seinem regionalen Händler kaum bekommen wird.

Schließlich möge man bedenken, zu welchen Ergebnissen das derzeitige System führt: In einem Jahr ist ein Fahrzeug eines bestimmten Alters überwiegend (50,01%) regelbesteuert, im nächsten Jahr dann wieder mehrheitlich (50,01%) differenzbesteuert. Je nach dem, in welchem Jahr der Unfall stattfindet, macht der Abzug 2 oder 16% aus. Auch könnte man fragen, warum gerade auf eine 1-jährige und nicht eine mehrjährige Erfassung abzustellen ist, warum auf eine solche vom 1. 1. bis 31. 12. und nicht auf eine zwischen dem 1. 7. und 30. 6. All das erübrigt sich bei der hier erwogenen Vorgangsweise.

Die Haftpflichtversicherer werden ins Treffen führen, dass sie auf eine präzisere Erfassung verzichten können, weil sich für sie wegen der großen Anzahl ein Ausgleich ergebe. Zu bedenken ist indes, dass es nicht allein um die Interessen der Haftpflichtversicherer geht, sondern um die zutreffende Ermittlung der Einbuße beim jeweiligen Geschädigten; und bei dem findet kein Ausgleich nach der großen Zahl statt. Die hier erwogene stärkere Differenzierung würde zu einer stärkeren Verstetigung in der Weise führen, dass es nur ganz wenige Fälle gibt, in denen ein voller Abzug von 16% zu erfolgen hat. Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in denen dort, wo nunmehr bloß ein Abzug von 2% vorgenommen wird, eine maßvolle Anhebung des Prozentsatzes stattfindet. Wie gravierend die Auswirkungen tatsächlich sind, kann nur nach einer Modellrechnung ermittelt werden. Das diesbezügliche Zahlenmaterial dürfte indes vorliegen. Es müsste bloß ausgewertet werden.

#### 20. Wann ist der Wert des Erwerbs von einer Privatperson zu Grunde zu legen?

In der Schwacke-Liste wird für bestimmte Kfz kein Wert ausgewiesen. Der Sachverständige muss bei solchen Kfz den Wiederbeschaffungswert auf andere Weise ermitteln. Ist das notwendigerweise der Wert auf dem Privatmarkt? Welche Gebrauchtwagenhändler sind in diese Untersuchung einbezogen, nur der „seriöse“ Gebrauchtwagenhandel, nur der markengebundene oder auch der sonstige<sup>107</sup>? Ist der Ausweis eines bestimmten Fahrzeugs eines fortgeschrittenen Alters umgekehrt ein verlässliches Indiz, dass der dort angeführte Wert inklusive 2% Differenzumsatzsteuer zu Grunde zu legen ist? *Fuchs/Pamer*<sup>108</sup> weisen darauf hin, dass in die Liste auch solche älteren Kfz aufgenommen worden sind, die im Handel nur gelegentlich angeboten worden sind. Sie selbst ziehen die Grenze bei einem Fahrzeugalter von 7 Jahren, weil solche Fahrzeuge nicht mehr überwiegend über den Handel angeboten werden<sup>109</sup>.

Diesbezüglich werden aber auch Grenzen von 8<sup>110</sup>, 6<sup>111</sup>, ja sogar von 5<sup>112</sup> bzw. 4<sup>113</sup> Jahren genannt. M. E. kommt es auf das Überwiegen des Angebots auf dem Gebrauchtwagen- bzw. Privatmarkt nicht an, werden doch mindestens 70% der Gebrauchtwagenkäufe von Privat zu Privat abgewickelt<sup>114</sup>. Maßgeblich kann allein sein, ob dem Geschädigten in solchen Fällen ein ausreichendes Angebot von Fahrzeugen auf dem Gebrauchtwagenmarkt

zur Verfügung steht<sup>115</sup>. Da die Schwacke-Erhebungen überregional erfolgen<sup>116</sup>, ist ein Schluss auf die regionale Versorgung eines bestimmten Gebietes nur mit Einschränkungen möglich. Immerhin wäre denkbar, dass als Mindestvoraussetzung für eine Übernahme der Angaben der Schwacke-Liste eine bestimmte Mindestanzahl von erfassten Fahrzeugen verlangt wird, wobei selbst dann noch offen ist, ob eine ausreichende Anzahl auf dem jeweiligen regionalen Markt vorhanden ist. Dies könnte immerhin ein zuverlässigerer Indikator sein als der bloße Umstand, dass ein Fahrzeug einer gewissen Marke und Type ab einem bestimmten Alter in der Schwacke-Liste erscheint oder das nicht der Fall ist.

Zu bedenken ist ein weiterer Gesichtspunkt: Der *BGH*<sup>117</sup> verweist den Geschädigten – und den Sachverständigen bei der Schätzung des Wiederbeschaffungswertes – auf den seriösen Gebrauchtwagenhändler mit Werkstattgarantie. Wie ist aber zu verfahren, wenn infolge des Verbots des Gewährleistungsausschlusses auch bei gebrauchten Waren beim Verbrauchsgüterkauf der seriöse Gebrauchtwagenhandel solche Fahrzeuge nicht mehr anbietet. Ist der Geschädigte dann automatisch auf den Privatmarkt zu verweisen?

Das hat für den Geschädigten den Vorteil, dass er sich dann von dem vom Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungswert keinen Abzug von Mehrwertsteuer gefallen lassen muss. Aber womöglich gibt man ihm damit **Steine statt Brot**, ist doch ein solcher auf dem Privatmarkt ermittelter Wert geringer, weil er keine Handelsspanne enthält<sup>118</sup>; zudem fallen keine Kosten für Gewährleistung, Inspektion und Garantie an.

Es ist deshalb erwägenswert, den Kreis der Gebrauchtwagenhändler zu erweitern. Und wenn allein auf den Privatmarkt rekurriert werden muss, dann steht dem Geschädigten m. E. jedenfalls ein Ersatz der konkreten Kosten einer Inspektion bei einem Kfz-Sachverständigen, beim TÜV oder ADAC zu. Erwägenswert wäre m. E. darüber hinaus, solche Kosten bei der Schätzung des Wiederbeschaffungswertes mit einem pauschalen Zuschlag zu berücksichtigen, sind diese Kosten doch einerseits bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler im Preis inbegriffen und räumt der *BGH* dem Geschädigten andererseits das Recht ein, den Deckungskauf bei einem solchen auf Kosten des Schädigers zu tätigen.

### III. Resümee

Dem Buch von *Pamer* kommt das Verdienst zu, in einer Phase, in der noch kaum Gerichtsentscheidungen vorhanden waren, der Praxis anhand einer Vielzahl von Beispielen eine überaus nützliche Arbeitsunterlage zur Verfügung gestellt zu haben. Geschrieben ist das Buch aus der Per-

106) zfs 2003, 482, 485.

107) Bei Beschreibung der Schwacke-Liste wird in SP 2003, 398 der „qualifizierte Automobilhandel“ genannt. Wodurch ist der einbezogene aber qualifiziert?

108) Schwacke-Liste (2003) 12.

109) So auch *OLG Köln*, ZGS 2004, 38, 39: jedenfalls bei einem Alter von 7 Jahren.

110) *Luckey*, PVR 2003, 302, 307.

111) *Eggert*, DAR 2001, 20 (vor der Schuldrechtsreform).

112) *Zemlin*, NZV 2003, 538.

113) Praxishinweise in VA 2003, 142.

114) *Eggert*, Zwanzig Jahre Kfz Agenturgeschäft – Bilanz eines Provisoriums, NZV 1989, 456.

115) So auch *OLG Köln*, ZGS 2004, 38, 39.

116) *Fuchs/Pamer*, Schwacke-Liste (2003) 11.

117) VersR 1966, 830.

118) Zur zutreffenden Unterscheidung des Wiederbeschaffungswertes bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler und einer Privatperson *Schneider*, NZV 2003, 555, 557.

spektive des Anwalts des Geschädigten. Es werden die für den Geschädigten nützlichen Argumente zumeist vollständig aufgeführt; die in der Literatur vorgebrachten Gegenargumente fehlen indes mitunter, sowohl was die Belegstellen als auch die inhaltliche Auseinandersetzung betrifft. Für den mit der Schadensregulierung befassten Praktiker ist das sehr klar und übersichtlich verfasste Werk von Pamer ein überaus wertvoller Arbeitsbehelf zur Bewältigung der anstehenden Fragen<sup>119</sup>.

Die Schwacke-Liste ist ein unentbehrlicher Ratgeber für eine möglichst präzise Erfassung des Mehrwertsteueranteils bei der Schätzung des Wiederbeschaffungswertes beim Kfz-Totalschaden, wengleich auch diesbezüglich noch weitere Verfeinerungen vorstellbar sind.

119) So auch Reinke, zfs 2003, 582, 583.

Ass. jur. Reinhard Halbgewachs, Stuttgart

## Der Kfz-Ankauf mit Schätzwertklausel

### A. Situation

Soweit gebrauchte Personenkraftwagen nicht verschrotet oder direkt an Privat verkauft werden, übernimmt sie der Kfz-Handel. Dabei ist die Abgabe des Gebrauchtwagens an den Handel meist mit dem Erwerb eines anderen Fahrzeugs (Neu- oder Altwagen) gekoppelt. Der freie Ankauf von Privat ist dabei praktisch nur noch bei reinen Gebrauchtwagenhändlern zu beobachten<sup>1</sup>.

Um den Ankauf von Privat zu (meist) vorteilhaften Konditionen zu beleben, bedienen sich Händler der Möglichkeit des Ankaufes mit Schätzwertklausel. Diese Ankäufe führen, wegen der meist üblichen Baranzahlung, bei Verkäufern, die auf schnelles Bargeld angewiesen, sind oft zu späterer Vertragsreue.

### B. Rechtsnatur der Schätzwertklausel

Rechtlich handelt es sich um einen Fall der Leistungsbestimmung durch einen Dritten i. S. d. § 317 I BGB. Die Schätzwertklausel ist daher als Schiedsgutachtenabrede, also als Schiedsgutachten im engeren Sinne zu qualifizieren, auf welche die §§ 317 ff. BGB nicht unmittelbar, wohl aber analog anzuwenden sind<sup>2</sup>.

Die Schätzung des Sachverständigen ist das Ergebnis von Tatsachenfeststellungen und Werturteilen. Tatsachenfeststellung ist z. B. die Ermittlung von Fahrzeugtyp, Sonderausstattung, Anzahl der Vorbesitzer, Fahrstrecke etc. Werturteil ist die Festlegung des Schätzwertes insgesamt sowie die Gewichtung wertbildender Faktoren wie merkantiler Minderwert und regionale Marktlage<sup>3</sup>.

### C. Zulässigkeit der Schätzwertklausel

#### I. Einbeziehung in den Kaufvertrag

Die Vertragsparteien können die Bestimmung der vertraglichen Leistung auf Grund der Vertragsfreiheit einem Dritten überlassen<sup>4</sup>.

§ 317 I BGB enthält für diesen Fall die Auslegungsregel, dass der Dritte im Zweifel (wenn die Kontrahenten keinen anderen Maßstab festgelegt haben) die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen hat<sup>5</sup>.

a) Nach Auffassung der wohl h. M. der Lit.<sup>6</sup> soll die Vereinbarung über die Leistungsbestimmung unwirksam

sein, wenn es an einem Hinweis darüber fehlt, nach welchem Gesichtspunkt vorgegangen werden soll und damit eine Grundlage für die Nachprüfung der Leistungsbestimmung fehlt.

b) Diese Auffassung beachtet aber fälschlicherweise nicht die Funktion des § 317 BGB als Auslegungsregel, die ja für den Fall fehlender Vereinbarungen mit der Statuierung des Maßstabes des „billigen Ermessens“ vorzukehren soll.

Nach richtiger Ansicht<sup>7</sup> hindert die unzureichende Bezeichnung des Maßstabes der Leistungsbestimmung die Wirksamkeit der ihr geltenden Vereinbarung nur dann, wenn für eine an einem anderen Maßstab als dem billigen Ermessen orientierte Bestimmung eine zureichende Grundlage fehlt, und ausnahmsweise dann, wenn bei einer Bestimmung nach billigem Ermessen ausreichende Anhaltspunkte zur Entscheidung darüber fehlen, ob sie „offenbar unbillig“ (bzw. gegebenenfalls offenbar unrichtig) (§ 319 I 1 BGB) ist.

2. Allerdings ist der Vertrag noch nicht geschlossen, solange sich die Parteien über die Person des Dritten noch nicht geeinigt haben<sup>8</sup> oder diese nicht wenigstens bestimmbar ist<sup>9</sup>. Die Einsetzung des bestimmungsberechtigten Dritten kann dabei ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen<sup>10</sup>. Dabei muss die Benennung des Dritten nicht durch die Vertragspartner selbst erfolgen; sie kann ihrerseits einem Dritten überlassen werden<sup>11</sup>. Die Benennung des Bestimmungsberechtigten kann bereits im Vertrag erfolgen; aus der in § 315 BGB normierten Möglichkeit der Leistungsbestimmung durch einen Vertragspartner ergibt sich, dass auch einem von ihnen ein Benennungsrecht eingeräumt werden kann<sup>12</sup>.

### II. Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

#### 1. Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle gemäß § 307 III BGB

Mit dem BGH<sup>13</sup> ist – entgegen einem Teil der Lit.<sup>14</sup> – davon auszugehen, dass die Schätzwert-Klausel der In-

1) Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Auflage, Rdnr. 960.

2) BGH, NJW 1983, 1854 und NJW-RR 2000, 279 (281); LG Hamburg, NJW 1970, 2064; Gehrlein, Wirksamkeitsmängel von Schiedsgutachten, VersR 1994, 1009 (1010); Gottwald, Münchner Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 317, Rdnr. 6; Heinrichs, Palandt, BGB, 62. Aufl., § 317, Rdnr. 3; Mader, Staudinger, 13. Aufl., § 317, Rdnr. 21 ff. und § 319, Rdnr. 5; Reinking/Eggert, aaO [o. Fn. 1], Rdnr. 963; Vollmer, Das Schiedsgutachtenverfahren – Bestandsaufnahme und Fragen der Praxis, BB 1984, 1010 (1011).

3) BGH, NJW 1983, 1854.

4) Gottwald, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 1; Heinrichs, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 1; Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 12. Aufl. § 6 II.

5) Gottwald, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 3; Heinrichs, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 1; Lorenz, aaO [o. Fn. 4], § 6 II b); Mader, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 1 und 8.

6) Gottwald, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 2; Heinrichs, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 4.

7) RGZ 85, 289 (291); BGHZ 55, 258 (250); Lorenz, aaO [o. Fn. 4], § 6 II b); Mader, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 8.

8) Gottwald, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 1; Heinrichs, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 2; Lorenz, aaO [o. Fn. 4], § 6 II.

9) Gottwald, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 1; Heinrichs, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 2; Mader, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 3.

10) Mader, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 3.

11) BGH, NJW 1991, 2761; Gottwald, aaO [o. Fn. 2] § 317, Rdnr. 1; Heinrichs, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 2; Mader, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 5; Wolf, Soergel, BGB, 12. Aufl., § 317, Rdnr. 25.

12) Mader, aaO [o. Fn. 2], § 317, Rdnr. 5.

13) NJW 1983, 1854; BGHZ 81, 229 (232).

14) Joost, Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 1996, 1685; Meder, Die Zulässigkeit einer isolierten Bepreisung des Auslandseinsatzes von Kreditkarten, NJW 1996, 1849; Sieg, Zum Rechtsschutz auf Staatskosten, NJW 1992, 2992 (2993).