

einer Verringerung der Schutzrechte führen darf. Es macht aus Verbrauchersicht keinen Unterschied, ob ein gewerblicher Anbieter seine Ware über eine eigene Website anbietet oder über die eBay-Plattform. Die Gründe für das Bestehen des Widerrufsrechts in Fernabsatzsituationen greifen in beiden Fallgestaltungen. Angesichts der Gleichwertigkeit beider Warenabsatzformen wäre eine Schlechterstellung des Verbrauchers in einer Situation unverträglich. Eine Ausnahme wird nur dort gemacht, wo der Vertrag durch die Willenserklärung der zusätzlichen Instanz Auktionator geschlossen wird. Allerdings kann eine Privilegierung bestimmter im Fernabsatz erfolgender Versteigerungen nur bei einer gewissen Unabhängigkeit des Auktionators gerechtfertigt werden.

VI. Revisionszulassung wegen „Internet-Rechts“?

Angesichts dieser klaren Rechtslage erscheint es bedenklich, dass der BGH sich mit einem Streit um 263,51 Euro befassen und so wertvolle Ressourcen binden musste. Angesichts der bekannten Rechtsprechung des BGH zu Internet-Versteigerungen¹⁶ bleiben die Gründe für eine Zulassung der Revision dunkel. Die Untergerichte müssen sich davor hüten, Rechtssachen allein wegen ihres Internet-Bezugs eine „grundsätzliche Bedeutung“ beizumessen. Häufig offenbart

eine Übertragung der streitigen Fallgestaltung in die „Offline-Welt“ die Lösung.

VII. Fazit: Verlagerung auf die Beweisebene

Alles in allem verdient dieser Fall weder Aufregung noch Ablehnung. Es wäre verwunderlich, wenn er wesentliche Konsequenzen für den Internet-Handel oder die eBay-Auktion selbst hätte. Gewerbliche Anbieter können in das Mindestgebot bereits etwa entstehende Versandkosten einbeziehen. So lassen sich zwar „Spaßbieter“ nicht abhalten, betriebswirtschaftlich aber kann das von ihnen ausgehende Risiko abgedeckt werden. Für die Zukunft wird nur noch die Beweisfrage im Mittelpunkt stehen, ob der jeweilige Anbieter gewerblich handelt¹⁷. Soweit nicht schon die Adressangabe des Verkäufers oder seine Kaufmannseigenschaft (vgl. § 344 HGB) ein geschäftliches Angebot verdeutlichen, hilft regelmäßig eine Vielzahl gleichartiger (angeboten wie umgesetzt) Waren. Die fortschreitende Rechtsprechung der Instanzen wird zeigen, ob auch das Bewertungssystem für Anbieter Bedeutung erlangt¹⁸ oder seine Einordnung als „Powerseller“.

¹⁶ BGHZ 149, 129 (133 ff.) = NJW 2002, 363.

¹⁷ Spindler, MMR 2005, 40 (43 f.); Leible/Wildemann, K & R 2005, 26 (30); Wiebe, CR 2005, 56 (57).

¹⁸ Ablehnend noch LG Hof, CR 2003, 854.

Professor Dr. Christian Huber, Aachen

Versagte Vorteilsausgleichung bei Beschädigung staatlichen Eigentums*

I. Ausgangslage

Ein durchaus alltäglicher Sachverhalt, wie er jahrelang sich tagaus, tagein ereignet hat, bereitet der Regulierungspraxis plötzlich Probleme. Worum geht es? Bei einem Straßenverkehrsfall werden Einrichtungen des Staates – wie etwa eine Leitplanke – beschädigt. Der Staat kann darauf unterschiedlich reagieren: Er nimmt die Beschädigung hin oder repariert durch eigene Leute oder überträgt die Reparatur einem Unternehmer, der ihm eine Rechnung mit offen ausgewiesener Mehrwertsteuer ausstellt. Sofern die öffentliche Hand eine private Firma mit der Reparatur betraut, stellt sich folgende Frage: Muss der Schädiger bzw. sein Haftpflichtversicherer auch die Mehrwertsteuer in vollem Umfang ersetzen?

„Warum denn nicht?“ ist man geneigt zu antworten. Die öffentliche Hand, die nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, muss die Mehrwertsteuer ja an die betraute Firma zahlen. Für sie ist das eine Vermögensaufwendung wie der restliche Werklohn. Das kann man aber auch ganz anders sehen, ist doch die öffentliche Hand am Mehrwertsteueraufkommen beteiligt. Hätte sich das schädigende Ereignis nicht ereignet, wäre es nicht dazu gekommen, dass die öffentliche Hand eine private Firma mit der Schadensbehebung betraut hätte. Hätte das nicht stattgefunden, hätte die öffentliche Hand auch keine diesbezügliche Mehrwertsteuereinnahme gehabt. Da die öffentliche Hand in Gestalt verschiedener juristischer Personen auftritt, nämlich dem Bund, den Ländern und den Gemeinden, zwischen denen das Mehrwertsteueraufkommen geteilt wird, kommt nicht eine Anrechnung der gesamten Mehrwertsteuer in Betracht, sondern nur des auf die jeweilige Gebietskörperschaft entfallenden Anteils.

Diese Zusammenhänge bestehen indes bereits seit Einführung der Mehrwertsteuer. Warum kommt es gerade jetzt

dazu, dass die Haftpflichtversicherer sich weigern, die gesamte Mehrwertsteuer zu bezahlen und sie in erster und zweiter Instanz Recht bekommen? Man ist geneigt, das auf den im Zuge des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes neu eingeführten § 249 II 2 BGB zurückzuführen. Allein, der Sachverhalt der BGH-Entscheidung ereignete sich im Mai 2002. Der neue § 249 II 2 BGB ist gem. Art. 229 § 8 EGBGB indes bloß auf Sachverhalte anwendbar, die sich nach dem 1. 8. 2002 ereignet haben. Das neue Gesetz hat freilich bewirkt, dass die Sensibilität für die Tragung der Mehrwertsteuer bei den Ersatzpflichtigen größer geworden ist.

Schon vor dem 1. 8. 2002 konnte ein zur Vorsteuer abzugsberechtigter Geschädigter lediglich den Nettobetrag ohne Mehrwertsteuer verlangen². Einem Geschädigten, der zum Abzug der Vorsteuer nicht berechtigt ist, stand der Betrag inklusive Mehrwertsteuer zu. Seit dem 1. 8. 2002 ist das nur noch dann der Fall, wenn die Mehrwertsteuer auch tatsächlich anfällt, somit bei Einkauf von Materialien von einem Unternehmer oder eben bei Betrauung einer Fremdfirma. In beiden Fällen wird die Mehrwertsteuer auf der Rechnung offen ausgewiesen; insoweit ist sie auch ersatzfähig. Da in dem vom BGH zu beurteilenden Fall eine Reparatur durch eine Firma erfolgte, die eine Rechnung mit Mehrwertsteuer ausgestellt hat, wäre dieser Sachverhalt auch nach dem 1. 8. 2002 nicht anders zu beurteilen gewesen.

* Besprechung von BGH, Urt. v. 14. 9. 2004 – VI ZR 97/04, NJW 2004, 3557. – Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule in Aachen.

¹ Nachw. bei Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl. (2005), § 249 Rdnr. 15.
² BGH, NJW 1972, 1460 = VersR 1972, 973 = LM § 249 (Cb) BGB Nr. 17; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 498.

II. Argumente für eine Einschränkung des Schadensersatzanspruchs

Einer Privatperson, die zunächst Mehrwertsteuer abführen muss, diese aber später im Weg der Vorsteuer wieder zurückverrechnen kann, steht ein Anspruch auf die Mehrwertsteuer von vornherein nicht zu. Wenn die öffentliche Hand, etwa der Bund, in Bezug auf einen Teil der Mehrwertsteuer diese zwar zunächst an eine Firma zahlen muss, sich aber einen Teilbetrag der gezahlten Mehrwertsteuer über den Finanzausgleich wieder zurückholen kann, ist wirtschaftlich eine vergleichbare Konstellation gegeben³. Es besteht kein Grund, diese beiden Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln⁴.

Gegen die Anrechnung spricht namentlich nicht, dass der Nachteil bei einem zivilrechtlichen Anspruch, nämlich der Bezahlung der Mehrwertsteuer im Rahmen des Werklohns an die Fremdfirma, gegeben ist, der Vorteil aber im öffentlichen Recht wurzelt, nämlich der Refundierung eines Anteils davon im Rahmen des Finanzausgleichs. Wäre das bedeutsam, dürfte ein Steuervorteil niemals schadensmindernd angerechnet werden⁵. Das wird aber sehr wohl bejaht⁶, sowohl bei der Einkommen⁷ als auch der Mehrwertsteuer⁸.

Dass es sich einmal um eine Last einer bestimmten Verwaltungseinheit des Bundes handelt, nämlich die Pflicht zur Zahlung von Mehrwertsteuer an die Fremdfirma, ein anderes Mal um Einnahmen des Steuerfiskus, wird als unbeachtlich angesehen, da der Bund eine einheitliche Rechtspersönlichkeit ist⁹.

III. Gegenteilige Entscheidung des BGH

Der BGH qualifiziert das Problem als solches der Vorteilsausgleichung. Das Hauptproblem liegt dabei darin, dass nach dem das Schadensrecht beherrschenden Ausgleichsprinzip der Geschädigte zwar seine Einbuße ersetzt bekommen, aber auch nicht reicher werden soll. Nach diesem Postulat müssten sämtliche Vorteile angerechnet werden, weil die Vermögenseinbuße eben gerade nur der Saldo aus Nachteilen und Vorteilen ist. Aus normativen Gründen sollen aber bestimmte Vermögensvorteile gerade nicht auf den Ersatzanspruch angerechnet werden und diesen daher auch nicht mindern. Präziser ist daher der Begriff „versagter Vorteilsausgleich“¹⁰.

Es handelt sich dabei um eine Rechtsfigur, zu der sich der Gesetzgeber einer grundsätzlichen Aussage bewusst enthalten und dieses Problem der Rechtsprechung überantwortet hat¹¹. Diese ist über die Bildung von Fallgruppen nicht hinaus gekommen. Auch der rechtswissenschaftlichen Literatur ist es trotz zahlreicher Bemühungen nicht gelungen, ein einheitliches überzeugendes Prinzip zu formulieren¹². Was bleibt, das sind über weite Strecken Gemeinplätze und Leerformeln. Wollte man vornehmer sein, könnte man diese als „weiche Kriterien“ bezeichnen. Deren Eigenschaft ist es, dass sie gerade keinen Beitrag zu einer rationalen Entscheidungsfindung in dem Sinn zu leisten vermögen, dass ein ausgebildeter Jurist bei deren Anlegung zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt¹³. In der Entscheidung gibt es eine ganze Reihe von solchen (Schein-)Begründungen.

1. Anhäufung von Gemeinplätzen als Vorspiel

- (1) Dass die Adäquanzenformel von begrenztem Wert ist, weiß man von der Einschränkung der Ersatzpflicht. Ob sie bei der Begrenzung der Zurechnung überhaupt sinnvoll ist, wird mitunter bestritten¹⁴.
- (2) Verlangt wird ein „gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstrebenden Interessen“. Dem kann man nicht widersprechen. Diesem Postulat sollte aber jede schadensersatzrechtliche Entscheidung genügen.

- (3) Angerechnet werden dürfen nur solche Vorteile, „deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt“. Darunter kann man sich wenig Konkretes vorstellen.
- (4) Verdienstvollerweise nimmt der BGH eine Präzisierung vor. Er führt aus: Das heißt, eine Anrechnung, die „dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet“. Was für den Geschädigten zumutbar ist und worin keine unangemessene Entlastung des Schädigers liegt, darüber dürften die Meinungen je nach Standpunkt sehr weit auseinander gehen.
- (5) Die Zumutung für den Geschädigten wird freilich abermals präzisiert. Angeführt werden folgende Kriterien: Abzustellen ist auf den Einzelfall. Das ist meist nicht mehr als ein Vorbehalt, den nächsten so ähnlichen Fall gegenteilig entscheiden zu können. Für die konkrete Causa ist aber daraus kein Erkenntnisfortschritt zu gewinnen.
- (6) Maßgeblich sollen zusätzlich sein der Sinn und Zweck des Schadensersatzes. Und das unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten unter Berücksichtigung von Treu und Glauben.

Dieses wertende Merkmal wird schlussendlich als das entscheidende Kriterium angesehen. Der Verfasser behauptet, dass durch die Aufzählung all dieser Momente für die Rationalität der Urteilsbegründung rein gar nichts gewonnen ist. Das zeigt sich schon darin, dass auch diejenigen, die entgegen dem BGH für eine Anrechnung des in Frage stehenden Vorteils – nämlich der anteiligen Beteiligung an diesem Mehrwertsteueranteil im Zuge des Finanzausgleichs – plädieren, sich auf eben diese Argumente berufen¹⁵.

Dass die angeführte Vorjudikatur, in der sich diese Leerformeln ebenfalls durchaus finden, aus ganz heterogenen Fällen stammen, vom Anspruch bei Tötung eines Unterhaltsschuldners nach § 844 II BGB¹⁶ bis zum Verzugsschaden bei Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrags¹⁷, die mit der vorliegenden Problematik nur begrenzt vergleichbar sind, ist bloß der sprichwörtliche Tupfen auf dem „i“. Der langen Rede kurzer Sinn: Dieses Vorspiel war durchaus entbehrlich. Der BGH hätte besser gleich zur Sache kommen können und sollen.

2. Das einzig tragfähige Argument

Die Kernbotschaft der Entscheidung lautet: Der Vorteil der Beteiligung des Bundes an der Mehrwertsteuer im Zuge des Finanzausgleichs ist nicht vergleichbar mit dem Steuervorteil

- 3 OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 1245; AG Rockenhausen, SVR 2004, 35 m. zust. Anm. Schwab; LG Kaiserslautern, DAR 2004, 275, mit Besprechungsaufsatz von Halm, DAR 2004, 298; AG Oberhausen, Urt. v. 9. 1. 2004 – 38 C 3051/03; Schwab, SVR 2004, 88 (89).
- 4 A. A. freilich Vehslage, SVR 2004, 325.
- 5 Schwab, SVR 2004, 88 (90).
- 6 Nachw. bei Staudinger/Schiemann, BGB, 13. Aufl. (1998), § 249 Rdnrn. 171–173.
- 7 BGHZ 53, 132 = NJW 1970, 461; BGH, VersR 1986, 162; NJW-RR 1992, 1050 = VersR 1992, 886; BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389.
- 8 NJW 1972, 1460; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 498; LG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 146.
- 9 Halm, DAR 2004, 298; ders., DAR 2005, 20; a. A. Vehslage, SVR 2004, 325 (326).
- 10 Staudinger/Schiemann (o. Fußn. 6), § 249 Rdnr. 132.
- 11 BGHZ 8, 325 (328) = NJW 1953, 618.
- 12 Ein Überblick über die zahlreichen Arbeiten dazu findet sich bei Staudinger/Schiemann (o. Fußn. 6), § 249 Rdnr. 132; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. (2003), § 9.
- 13 Dazu C. Huber, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl. (1995), S. 64 ff.
- 14 So der Hinw. in BGHZ 77, 151 (153) = NJW 1980, 2187, auf die h. M. in der Lit., wobei das in der Entscheidung offen bleiben konnte, weil der Vorteil adäquat verursacht worden ist.
- 15 OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 1245; LG Kaiserslautern, DAR 2004, 275; Halm, DAR 2004, 298; ders., DAR 2005, 20; Schwab, SVR 2004, 88 (89). Wie der BGH aber Vehslage, SVR 2004, 325 (326); Grüneberg, SVR 2005, 23.
- 16 BGHZ 8, 325 = NJW 1953, 618; BGHZ 54, 269 = NJW 1970, 2061; BGH, VersR 1979, 323; BGHZ 91, 206 = NJW 1984, 2457.
- 17 BGHZ 77, 151 = NJW 1980, 2187; BGHZ 136, 52 = NJW 1997, 2378.

einer Privatperson. Das Umsatzsteueraufkommen soll „dem Staat aus jedem umsatzsteuerpflichtigen Vorgang Einnahmen erbringen, um seine Aufgaben erfüllen zu können“. Es handelt sich bei dem Umsatzsteueranteil um einen mittelbaren Vorteil, der nicht zur Anrechnung führen soll. „Während der Schaden im Bereich der Straßenbaulast aufgetreten ist und sich dort vermögensmäßig in voller Höhe einschließlich der Umsatzsteuer zum Nachteil des Geschädigten ausgewirkt hat, erfolgt der durch die Abführung der Umsatzsteuer verursachte Vermögenszuwachs in einem ganz anderen Bereich, nämlich dem des Steueraufkommens, das der geschädigten Bundesrepublik Deutschland nach dem Willen des Gesetzgebers unabhängig davon zusteht, auf welchen Vorgang das umsatzsteuerpflichtige Geschäft zurückzuführen ist.“

Was der BGH damit zum Ausdruck bringen will, ist, dass zwar eine personelle Identität zwischen dem Staat als Geschädigtem und als Steuereinheber gegeben ist, dies aber als Zufall behandelt wird. Es wird also normativ so vorgegangen, als ob es sich um zwei verschiedene Rechtssubjekte handeln würde. Das könnte man zwar auch anders sehen, wobei insbesondere darauf hinzuweisen ist, dass es auf die etatmäßige Planung sowie auf die Verwendung der Einnahmen nicht ankommen kann¹⁸. Im Ergebnis ist aber die Wertentscheidung des BGH zu billigen. Dafür könnte zusätzlich das Postulat der Einfachheit der Schadensregulierung eine Rolle gespielt haben.

IV. Vermeidung von ansonsten eintretenden Komplikationen

Bei derartigen Schäden handelt es sich um ein Massenphänomen¹⁹. Solche Sachschäden sollen zeitnah reguliert werden (können). Wäre man der Gegenansicht gefolgt, hätte das exakte Ausmaß des Schadens jeweils erst im Nachhinein, nach Feststehen des jährlich unterschiedlichen Verteilungsschlüssels aus dem Finanzausgleich, ermittelt werden können²⁰. Für den Bund käme dabei noch ein ins Gewicht fallender Betrag heraus. Bei den Ländern hätte das schon je nach Größe stark divergiert²¹. Bei den Gemeinden wäre überhaupt nur eine quantité négligeable herausgekommen. Dieses Problem hätte sich freilich durch Anlegung eines groben Maßstabs im Weg des § 287 ZPO bewältigen lassen²², wenn gleich es lästig gewesen wäre, je nach Größe eines geschädigten Bundeslands unterschiedliche Prozentsätze beachten zu müssen.

Noch einen Tick komplizierter wäre das geworden bei Gebilden, an denen mehrere Personen beteiligt gewesen wären, Bund, Land, Gemeinden und/oder sonstige Private, sofern dieses Gebilde nicht vorsteuerabzugsberechtigt gewesen wäre. Je nach deren Beteiligungsverhältnissen hätte eine abgestufte Vorteilsanrechnung bei der Mehrwertsteuer erfolgen müssen.

Den Ausschlag für die Ablehnung haben womöglich die Ausführungen von Schwab²³ gegeben, der eine 50%ige Kappung der Mehrwertsteuer auch bei Gemeinden befürwortet hat mit dem Argument, dass ja auch bei der Einkommensteuer ähnliche Phänomene zu beobachten seien. Dieses Steueraufkommen sei nämlich höher, weil durch die Reparaturmaßnahme Personen beschäftigt werden und für diese Einkommensteuer abgeführt werde, was ohne das schädigende Ereignis unterblieben wäre²⁴. Und auch für die Mineralölsteuer sei Derartiges gegeben.

Daraus ergeben sich dann aber Rechenaufgaben in einer Komplexität, die mit denen vergleichbar wären, die in einem ersten Entwurf zum 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz vorgesehen waren. Aus Gründen der Praktikabilität hat der Gesetzgeber sich aber gegen eine solche Lösung entschieden²⁵. Nach der Devise „Wehret den Anfängen“ hat der BGH der-

artige Tüfteleien von der alltäglichen Schadensregulierung fern gehalten²⁶. Im Ergebnis ist das gerade im Licht der gesetzgeberischen Entscheidung bei § 249 BGB folgerichtig²⁷.

V. Auswirkungen der Entscheidung

Es kommt nur ausnahmsweise vor, dass eine Revision bei einem Streitwert von 273,14 Euro angenommen wird. Dass dies hier gleichwohl erfolgt ist, erklärt sich aus der großen praktischen Bedeutung²⁸. Bei den 2,3 Millionen Straßenverkehrsunfällen wird häufig auch Eigentum der öffentlichen Hand beschädigt, seien es Leitplanken, Schilder, Ampeln, und dergleichen. Gleich gelagert ist der Fall der Beschädigung eines Behördenfahrzeugs²⁹. Anzuwenden ist die vom BGH ausgesprochene Versagung der Vorteilsanrechnung nicht nur auf deliktische Schadenersatzansprüche, sondern auch auf solche aus Vertrag³⁰. Schlussendlich ergeben sich Folgerungen auch im Kostenrecht³¹, wo freilich schon bisher so judiziert wurde³².

VI. Ein untaugliches Rückzugsgefecht

Schwab³³ versucht nun für die Versicherungswirtschaft „nach verllorener Schlacht“³⁴ das Ruder noch einmal herumzureißen und ein für den Ersatzpflichtigen und damit seinen Haftpflichtversicherer noch günstigeres Ergebnis zu begründen. Ging es in der BGH-Entscheidung lediglich um die Anrechnung des Teils der Mehrwertsteuer, die über den Finanzausgleich an die jeweilige Gebietskörperschaft wieder zurückfließt, steht nach der abermaligen „Attacke“ von Schwab die gesamte Mehrwertsteuer zur Disposition:

Aus der Anzeigepflicht aus § 3 Nr. 7 PflVG will er ableiten, dass die jeweilige Gebietskörperschaft gegenüber einem Schädiger, der vorsteuerabzugsberechtigt ist, eine Schadensminderungspflicht folgenden Inhalts treffe: Die Gebietskörperschaft solle sich zwar den Reparaturbetrieb aussuchen dürfen, aber der formale Vertrag solle zwischen diesem und dem vorsteuerabzugsberechtigten Schädiger geschlossen werden mit der Folge, dass der Schädiger die Vorsteuer abziehen könne und der Haftpflichtversicherer insoweit nicht belastet sei. Es sei dies eine Naturalrestitution nach § 249 I BGB. Man fragt sich dann allein,

18 So aber *Vehslage*, SVR 2004, 325 (326).

19 *Halm*, DAR 2004, 298; 2,3 Mio. Verkehrsunfälle pro Jahr; *Schwab*, SVR 2004, 35; 25 000 Unfälle pro Jahr auf der Autobahn, bei denen großteils auch Straßeneinrichtungen beschädigt werden; *ders.*, SVR 2004, 88; Hinweis auf Gemeindestraßen.

20 Details der Berechnung bei *Schwab*, SVR 2004, 88 (90).

21 So betrüge nach *Vehslage*, SVR 2004, 325 (326 Fußn. 11), der Anteil für die Hansestadt Hamburg 1%.

22 Vgl. demgegenüber *Schwab*, SVR 2004, 88 (90): Anteil des Bundes an der Mehrwertsteuer: 52,01%.

23 SVR 2004, 88 (90 f.).

24 Lediglich ein Detailproblem dabei ist, dass dies nur dann der Fall ist, wenn es tatsächlich zur Einstellung einer weiteren Person kommt, es sei denn, man nimmt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Kostenrechnung vor.

25 *C. Huber*, Das neue SchadensersatzR, 2003, § 1 Rdnrn. 25 ff.; *Jaeger/Luckey*, Das neue SchadensersatzR, 2002, Rdnrn. 222 f.

26 Vgl. auch *BGHZ* 53, 132 (138) = NJW 1970, 461, wo eine Vorteilsausgleichung unter anderem unter Hinweis auf die zeitliche Hinauszögerung der Regulierung und die damit verbundenen Einbußen an Praktikabilität versagt wurde.

27 Den Gesichtspunkt der Praktikabilität und Einfachheit betonend *Vehslage*, SVR 2004, 325 (326); *ders./Oelrichs*, MDR 2005, 128 (129); *Grüneberg*, SVR 2005, 23.

28 *Halm*, DAR 2004, 298.

29 *Schwab*, SVR 2004, 88.

30 *Halm*, DAR 2004, 298, unter Hinw. auf OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 1245.

31 *Halm*, DAR 2004, 298 (299); zurückhaltend *BGH*, NJW 1972, 1460, mit dem Hinw., dass bei einem Kostenerstattungsanspruch andere Grundsätze gelten.

32 *Vehslage*, SVR 2004, 324 (325); zuletzt *KG*, NJOZ 2004, 1895.

33 SVR 2005, 24.

34 Vgl. auch *Halm*, DAR 2005, 20 (21): „Zu hoffen ist, dass es am Ende aller Tage nicht bei dieser Entscheidung bleibt.“

warum das nur gegenüber dem vorsteuerabzugsberechtigten Schädiger so sein soll, nicht aber auch gegenüber dem sters vorsteuerabzugsberechtigten Kfz-Haftpflichtversicherer, der bei Kfz-Unfällen nach § 3 Nr. 1 PflVG direkt belangt werden kann. § 3 Nr. 1 S. 2 PflVG würde dagegen nicht sprechen, würde doch der Haftpflichtversicherer auch in einem solchen Fall nur Geld leisten.

Jedenfalls § 3 Nr. 7 PflVG ist zur Begründung einer solchen Schadensminderungspflicht nicht geeignet, greift diese Norm doch lediglich bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Wege der *action directe* gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer³⁵. Warum im Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger ganz andere Grundsätze gelten sollten, wenn der Geschädigte den traditionellen Weg der Erhebung des Ersatzanspruchs gegenüber dem Schädiger wählt, wäre nicht einzusehen. Außerdem wäre eine solche Vorgehensweise nicht auf die öffentliche Hand beschränkt, sondern müsste gegenüber jedem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten gelten. Die Zielrichtung des § 3 Nr. 7 PflVG dürfte sich auch darauf beschränken, den Haft-

plichtversicherer zeitnah von den faktischen Gegebenheiten des Unfalls in Kenntnis zu setzen.

Es hat daher meines Erachtens dabei zu bleiben, dass der Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens ist. Selbst bei der Verwertung des Wracks nach einem Totalschaden wird ihm ein solches Recht vom BGH³⁶ zugebilligt. Aus der Pflicht bei direkter Belangung des Haftpflichtversicherers, innerhalb von 14 Tagen diesem den Schadensfall anzuzeigen (§ 3 Nr. 7 PflVG) und auf dessen Aufforderung³⁷ sodann Belege vorzulegen, und das nach Billigkeit und Zumutbarkeit (§ 158 d III VVG), kann keine Schadensminderungspflicht zu Lasten des Geschädigten abgeleitet werden, den Reparaturvorgang aus der Hand zu geben. ■

35 So auch *Himmelreich/Halm/Büchen*, Kfz-Schadensregulierung, Losebl. (Stand: Nov. 2004), Rdnr. 844; *Stiefel/Hofmann*, Kraftfahrtversicherung, 2000, § 3 PflVG Rdnr. 3.

36 BGH, NJW 1993, 1849 (1851).

37 *Prölss/Martin*, VVG, 27. Aufl. (2004), § 158 d Rdnr. 9. —

Rechtsanwalt Dr. Dr. h. c. Heinrich Götz, Bad Soden/Ts.

Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes*

I. Einleitung

Die im September 2002 erfolgte Entführung des elfjährigen *Jakob von Metzler*, die mit dessen Ermordung endete, hatte seinerzeit bundesweites Aufsehen erregt. Da der amtierende Leiter der für die Durchführung der Ermittlungen zuständigen Polizeibehörde, Polizeivizepräsident *Daschner*, für den Fall die Androhung von Schmerzen anordnete, dass der in zwischen gefasste Täter (*Gäfigen*) sein beharrliches Schweigen über den tatsächlichen Aufenthaltsort des nach der Auffassung von *Daschner* unter akuter Lebensbedrohung stehenden Kindes nicht brechen würde, mutierte der *Fall Jakob von Metzler* zum *Fall Daschner*. Dieser hat sowohl in den allgemeinen Medien wie auch in der Fachliteratur große Aufmerksamkeit gefunden¹. Im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Diskurses stand die Frage, ob unter besonderen Bedingungen Ausnahmen von dem allgemeinen Folterverbot zulässig sind.

Mit Urteil vom 20. 12. 2004 hat das *LG Frankfurt a. M.* *Daschner* der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt für schuldig befunden, aber wegen der besonderen Umstände des Falls von der Verurteilung zu einer Strafe abgesehen. *Daschner* und die Staatsanwaltschaft haben auf Rechtsmittel verzichtet, so dass es zu keiner höchstgerichtlichen Klärung dieser grundsätzlichen Thematik kommt. Das Urteil ist rechtskräftig.

II. Die möglichen Rechtfertigungsgründe

1. Polizeirechtliche Ermächtigungsnorm

Indem das *LG* das Vorliegen einer polizeirechtlichen Ermächtigungsnorm für die Androhung von Schmerzen zwecks Erzwingung einer Auskunft über den Verbleib des entführten Kindes verneint, kann es sich auf den Wortlaut der § 12 IV HessSOG, § 136 a I StPO berufen. § 136 a I StPO, auf den § 12 IV HessSOG verweist, verbietet die Androhung von Misshandlungen, die die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung beeinträchtigen. Die nach § 12 II HessSOG seitens des Entführers bzw. Störers im polizeirecht-

lichen Sinne bestehende Auskunftspflicht des Störers kann demnach nicht erzwungen werden, was sich auch aus § 52 II HessSOG *expressis verbis* ergibt. Ob unter besonderen Voraussetzungen Ausnahmen von diesem Verbot zuzulassen sind, wird unter III 2 f ausgeführt.

2. Das Nothilferecht

Das *LG* scheint mit seiner Ausführung „Selbst wenn man der Rechtsansicht folgt, welche die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, die für Privatpersonen gelten, auch auf hoheitliches Handeln anwendet, ist das Vorgehen von beiden Angeklagten nicht gerechtfertigt.“ das Nothilfe- bzw. Nothilferecht Polizeibeamten nicht zugestehen zu wollen. Damit stellt es sich in einen Gegensatz zur herrschenden Meinung², die, wenn es um die individuelle strafrechtliche Verantwortung eines Hoheitsträgers geht, diesen nicht schlechter stellt als Privatpersonen. Es sind auch keine tragfähigen Gründe erkennbar, die es sachdienlich erscheinen ließen, Privatpersonen und Bürger in Uniform hinsichtlich der strafrechtlichen Zulässigkeit von Nothilfe- und Nothilfemaßnahmen unterschiedlich zu behandeln.

Die Relevanz allgemeiner Rechtfertigungsgründe auch für Hoheitsträger wird im Übrigen durch den klarstellenden Hinweis in § 54 II HessSOG bestätigt, wonach die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Nothilfe und Notstand unberührt bleiben. Die strafrechtliche Zulässigkeit einer Nothilfemaßnahme durch einen Ho-

* Besprechung von *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 20. 12. 2004 – 5/27 KLS – 7570 Js 203 814/03 (4/04), NJW 2005, 692. – Der Autor ist Rechtsanwalt in Bad Soden/Ts. und Gründungsherausgeber der Juristischen Schulung (JuS).

1 Vgl. aus dem umfangr. Schrifttum *Erb*, Jura 2005, 24; *Fahl*; JR 2004, 182; *Hamm*, NJW 2003, 946; *Hilgendorf*, JZ 2004, 331; *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 613; *Jefberger*, Jura 2003, 711; *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 35; *Merten*, JR 2003, 404; *Miehe*, NJW 2003, 1219; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 35; *Schaefer*, NJW 2003, 947; *Wittreck*, DÖV 2003, 873.

2 Vgl. *Erb*, Jura 2005, 24 (29); *Jefberger*, Jura 2003, 711 (713); *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, 613 (620); *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. (2004), § 32 Rdnr. 17; *Rogall*, JuS 1992, 551 (559); *Lenckner/Perron*, in: *Schönkel/Schröder*, StGB, 26. Aufl. (2001), § 32 Rdnr. 42 b.

Schadensersatz bei Beschädigung staatlichen Eigentums - Umsatzsteuererstattung

BGB § 823

Zahlt die zuständige Behörde wegen der Reparatur einer Schutzplanke der Bundesautobahn Umsatzsteuer an eine Fachfirma, steht ihr ein Schadensersatzanspruch auch in Höhe des der Bundesrepublik Deutschland zufallenden Umsatzsteueranteils zu.

BGH, *Urteil* vom 14. 9. 2004 - VI ZR 97/04 (LG Kaiserslautern)

Zum Sachverhalt:

Im Mai 2002 verursachte der Fahrer eines bei der Bekl. haftpflichtversicherten Fahrzeugs einen Auffahrunfall, bei dem unter anderem eine Schutzplanke der Bundesautobahn A 63 beschädigt wurde. Mit der Reparatur der Planke beauftragte der Landesbetrieb Straßen und Verkehr Rheinland-Pfalz eine Fachfirma. Diese berechnete ihre Leistungen mit einem Betrag von 3940,80 Euro, in dem ein Mehrwertsteueranteil von 543,56 Euro enthalten war. Der gesamte Betrag wurde auf Veranlassung des Landesbetriebs Straßen und Verkehr gezahlt. Den Mehrwertsteueranteil führte die Fachfirma anschließend an das zuständige Finanzamt ab. Davon flossen der Bundesrepublik Deutschland 50,25%, also 273,14 Euro zu. Bis auf diesen Mehrwertsteueranteilbetrag hat die Bekl. den an die Fachfirma bezahlten Gesamtbetrag erstattet.

Das kl. Land macht den nicht erstatteten Mehrwertsteueranteilbetrag geltend. Das *AG Rockenhausen* (Straßenverkehrsrecht [SVR] 2004, 35) hat die Klage abgewiesen; die Berufung blieb ohne Erfolg (*LG Kaiserslautern*, DAR 2004, 275). Die zugelassene Revision des Landes führte zur Verurteilung der Bekl.

Aus den Gründen:

I. Das BerGer. (DAR 2004, 275) hat ausgeführt, das Land sei zwar auf Grund der ihm nach Maßgabe der Art. 90 II, 85 GG übertragenen Aufgaben grundsätzlich befugt, aus der Beschädigung einer Bundesautobahn resultierende Schadensersatzansprüche der Bundesrepublik Deutschland im Wege der Prozessstandschaft geltend zu machen. Es könne aber von der Bekl., die gem. § 3 PflVG für die Folgen des Verkehrsunfalls einstandspflichtig sei, einen Ausgleich des der Bundesrepublik Deutschland zufließenden Mehrwertsteueranteils nicht verlangen, weil ansonsten eine nicht gerechtfertigte, über den Schadensausgleich hinausgehende Besserstellung des Geschädigten vorläge.

Führe ein schadenstiftendes Ereignis auf Seiten des Geschädigten auch zu Vorteilen, seien diese auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, wenn ein adäquater Ursachenzusammenhang bestehe, die Anrechnung des Vorteils dem Zweck des Schadensersatzes entspreche und den Schädiger nicht unbillig entlaste. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die Beauftragung der Fachfirma mit der Beseitigung des Schadens an der Autobahnschutzplanke und die Begleichung der Rechnung einschließlich der Umsatzsteuer durch den Landesbetrieb führten als Folge des Verkehrsunfallereignisses zur Vereinnahmung des Umsatzsteueranteils durch den Bund. Daher bestehe Kongruenz zwischen dem Vorteil in Form des Umsatzsteuermehraufkommens und dem Schaden. Es sei nicht erkennbar, warum die Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Umsatzsteuerzuflusses besser gestellt werden sollte als eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, die sich als Geschädigter einen Steuervorteil grundsätzlich anrechnen lassen müsse.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das BerGer. und die Bekl. stellen nicht in Frage, dass der von der Bekl. zu leistende Schadensersatz grundsätzlich auch die von dem Geschädigten für die Wiederherstellung der Schutzplanke aufgewendete Umsatzsteuer einschließt (§ 249 S. 2 BGB a.F.). Entgegen deren Auffassung muss sich das kl. Land jedoch nicht den Umsatzsteueranteil der Bundesrepublik Deutschland im Wege des Vorteilsausgleichs auf die geltend gemachte Schadensersatzforderung anrechnen lassen.

a) Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis

bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, das heißt dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (vgl. Senatsurteile BGHZ 8, 325 [328f.] = NJW 1953, 618; BGHZ 54, 269 [272] = NJW 1970, 2061; BGHZ 77, 151 [153f.] = NJW 1980, 2187; BGHZ 91, 206 [209f.] = NJW 1984, 2457). Die Rechtsprechung hat daher die Anrechnung eines Vorteils davon abhängig gemacht, ob sie im Einzelfall nach Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach Treu und Glauben dem Geschädigten zugemutet werden kann. Dieses wertende Merkmal ist für die Frage, ob ein Vorteil anzurechnen ist oder dem Schädiger zugute kommen soll, das entscheidende Kriterium (vgl. *Senat*, NJW 1979, 760 = *VersR* 1979, 323 [324], insoweit nicht abgedr. in BGHZ 73, 109). Danach sind nach der Rechtsprechung des *BGH* nur diejenigen Vorteile als anrechenbar in Betracht zu ziehen, die mit dem Nachteil in einem Zusammenhang stehen, der beide, Vorteil und Nachteil, gewissermaßen zu einer Rechnungseinheit verbindet (vgl. *Senat*, NJW 1979, 760; BGHZ 77, 151 [154] = NJW 1980, 2187; BGHZ 91, 206 [210] = NJW 1984, 2457; BGHZ 136, 52 [54f.] = NJW 1997, 2378).

Ausgehend von diesen Grundsätzen muss sich der Geschädigte grundsätzlich ersparte Steuern auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen (vgl. Senatsurteile BGHZ 127, 391 [393] = NJW 1995, 389; NJW 1986, 245 = *VersR* 1986, 162 [163]; NJW-RR 1992, 1050 = *VersR* 1992, 886 [887f.]; BGHZ 53, 132 [134] = NJW 1970, 461; BGHZ 79, 337 [347] = NJW 1981, 1449). Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs nach

BGH: Schadensersatz bei Beschädigung staatlichen Eigentums - Umsatzsteuererstattung (NJW 2004, 3558 ▲
3557) ▼

§ 15I Nr. 1 UStG besteht und der Geschädigte deshalb berechtigt ist, die ihm in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer von seiner eigenen Umsatzsteuerschuld abzusetzen und damit seine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Finanzamt um diesen Betrag zu verringern (vgl. *Senat*, *VersR* 1972, 973 [974]; *BGH*, NJW-RR 1990, 32 [33]).

b) Entgegen der Auffassung des *BerGer.* und der *Bekl.* kann aus diesen Entscheidungen allerdings nicht gefolgert werden, dass der der Bundesrepublik Deutschland wegen der Instandsetzung der Schutzplanke zufallende Mehrwertsteueranteil von dem Schadensersatzanspruch abzuziehen ist, den das kl. Land im Wege der Prozessstandschaft geltend macht (a.A. *Schwab*, SVR 2004, 88; *Halm*, DAR 2004, 298; vgl. auch *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2002, 1245). Vielmehr kann nach den oben dargelegten Grundsätzen ein Vorteilsausgleich nur stattfinden, wenn der Geschädigte auf Grund des Schadensfalls einen Vorteil erhält, den er ohne diesen nicht hätte beanspruchen können und der sich so in seinem Vermögen niederschlägt, dass sich die endgültige Schadensbilanz in Höhe dieses Vorteils verringert. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht gegeben.

Zwar ist hier infolge des Unfalls die Umsatzsteuer - ebenso wie bei anderen Geschädigten, die den Schaden durch eine Fachfirma ersetzen lassen - tatsächlich angefallen, weil die Leistung der Fachfirma der Umsatzsteuer unterlag (§ 1I Nr. 1 UStG). Auch wenn die Pflicht des Unternehmers, diese an das Finanzamt abzuführen (vgl. § 13aI Nr. 1 UStG), ebenfalls adäquat kausal durch den Verkehrsunfall verursacht war, kann dennoch eine Anrechnung im Wege des Vorteilsausgleichs nicht erfolgen. Nach § 1I UStG fällt die Umsatzsteuer grundsätzlich an, wenn Leistungen durch einen Unternehmer ausgeführt werden. Diese Besteuerung des Umsatzes als eines wirtschaftlichen Verkehrsvorgangs dient wie andere Steuerarten der Deckung des Finanzbedarfs der öffentlichen Haushalte (Bund, Länder und Gemeinden). Nach ihrem Sinn und Zweck soll sie dem Staat aus jedem umsatzsteuerpflichtigen Vorgang Einnahmen erbringen, um seine Aufgaben erfüllen zu können.

Von daher erlangt die geschädigte Bundesrepublik Deutschland bei Erstattung der Umsatzsteuer durch die *Bekl.* unmittelbar keinen Vorteil, weil die Umsatzsteuer tatsächlich an den beauftragten Unternehmer bezahlt wurde. Insoweit werden ihr nur die entstandenen Kosten - wie bei jedem anderen Geschädigten - als Ausgleich für den entstandenen Schaden ersetzt.

Soweit sie infolge der Reparatur ihres beschädigten Eigentums in Gestalt ihres Umsatzsteueranteils einen mittelbaren Vorteil erlangt, kann dies ebenfalls nicht zu einer Anrechnung im Wege des Vorteilsausgleichs führen. Während der Schaden im Bereich der Straßenbaulast aufgetreten ist und sich dort vermögensmäßig in voller Höhe einschließlich der Umsatzsteuer zum Nachteil der Geschädigten ausgewirkt hat, erfolgt der durch Abführung der Umsatzsteuer verursachte Vermögenszuwachs in einem ganz anderen Bereich, nämlich dem des Steueraufkommens, das der geschädigten Bundesrepublik Deutschland nach dem Willen des Gesetzgebers unabhängig davon zusteht, auf welchen Vorgang das umsatzsteuerpflichtige Geschäft zurückzuführen ist. Insoweit

besteht, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als Eigentümer geschädigt worden ist, der Sache nach kein Unterschied zu anderen Schäden, die zu einer Reparatur durch eine Fachfirma und damit zu einer umsatzsteuerpflichtigen Leistung eines Unternehmers führen. Die Umsatzsteuer fällt infolge der Leistung des Werkunternehmers an und steht dem Staat deshalb steuerrechtlich zu. Aus diesem Grund ist im Streitfall eine Schadensbilanzierung dahin, dass der Schaden sich in Höhe des Umsatzsteueranteils der Bundesrepublik Deutschland verringere, nicht möglich. Der Fall liegt insofern anders als in den oben erwähnten Sachverhalten, in denen durch den Schadensfall eine an sich geschuldete Steuer weggefallen oder gemindert worden ist.

Anm. d. Schriftlgt.:

Zu BGHZ 136, 52 = NJW 1997, 2378, vgl. die Anm. von *Otto*, LM H. 1/1998 § 326 [Eb] BGB Nr. 10.