

Nach § 39 Abs. 1 Satz 2 BBesG richtet sich die Höhe des Familienzuschlags, der dem Beamten als Teil seiner Besoldung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BBesG) zusteht, nach der Besoldungsgruppe des Beamten und der Stufe, die seinen Familienverhältnissen entspricht. Zu den Beamten, die nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG der Stufe 1 zugeordnet sind, gehörte die Klägerin nicht. Sie war keine verheiratete Beamtin im Sinne dieser Vorschrift. Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist keine Ehe im Sinne des allgemeinen und des gesetzlichen Sprachgebrauchs, sondern ein eigenständiger, wenn auch in vielerlei Hinsicht der Ehe angenäherter Familienstand<sup>33</sup>.

§ 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG kann auf Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, nicht analog angewandt werden. Eine analoge Anwendung besoldungsrechtlicher Vorschriften widerspricht bereits dem Wesen des Besoldungsrechts, das den Kreis der Anspruchsberechtigten und die einzelnen Ansprüche nach Grund und Höhe durch formelle und zwingende Vorschriften kasuistischen Inhalts festlegt. Regelungen dieser Art sind nach dem darin erkennbaren Willen des Gesetzgebers einer ausdehnenden Auslegung und Ergänzung durch allgemeine Grundsätze nicht zugänglich<sup>34</sup>. Darüber hinaus ist die Nennung der in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten als nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG Anspruchsberechtigte nicht deshalb unterblieben, weil der Besoldungsgesetzgeber die besoldungsrechtliche Relevanz dieses neu geschaffenen Familienstandes übersehen hat mit der Folge, dass eine planwidrige Lücke im Regelungssystem des § 40 BBesG entstanden sein könnte. Vielmehr hat der Gesetzgeber die sich stellende Frage erkannt, aber bewusst von der Schaffung einer Anspruchsberechtigung abgesehen. Dies zeigt der Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens.

Die in Art. 3 § 10 des Entwurfs des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 4. 7. 2000<sup>35</sup> vorgesehene Vorschrift, wonach Bestimmungen des Bundesbesoldungsgesetzes, die sich auf das Bestehen einer Ehe beziehen, auf das Bestehen einer Lebenspartnerschaft sinngemäß anzuwenden sind, wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens aus dem Entwurf herausgelöst und als Art. 2 § 6 in den Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes<sup>36</sup> eingefügt. Dieser Entwurf wurde vom Bundesrat abgelehnt<sup>37</sup>. Durch das am 1. 1. 2005 in Kraft getretene Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 15. 12. 2004<sup>38</sup> ist für bestimmte Bereiche des Bundesbeamtenrechts wie Reisekosten, Umzugskosten, Trennungsgeld und Sonderurlaub – und damit ohne Auswirkung auf die Bundesländer – die eingetragene Lebenspartnerschaft der Ehe gleichgestellt. Für das Besoldungsrecht fehlt eine derartige Gleichstellung.

Der Ausschluss der in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten aus dem Kreis der nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG Anspruchsberechtigten verletzt kein höherrangiges Recht<sup>39</sup>.

33 Vgl. BVerfG, Urt. v. 17. 7. 2002 – 1 BvF 1, 2/01 – BVerfGE 105, 313 <345, 347 ff.>; BAG, Urt. v. 29. 4. 2004 – 6 AZR 101/03 – BAGE 110, 277 ff.

34 Vgl. BVerwG, Urt. v. 22. 3. 1990 – 2 C 11.89 – Buchholz 240 § 19 a BBesG Nr. 10.

35 BT-Drs. 14/3751.

36 BT-Drs. 14/4545, 15/2477.

37 BT-Drs. 14/4875.

38 BGBl I S. 3396.

39 S. o. unter I.

## RECHTSPRECHUNG

### Zivil- und Zivilprozessrecht

Die mit einem \* versehenen Entscheidungen werden in der jeweiligen Amtlichen Sammlung abgedruckt.

#### § 249 BGB

**Erwirbt der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug zu einem Preis, der dem in einem Sachverständigengutachten ausgewiesenen (Brutto-)Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Kraftfahrzeuges entspricht oder diesen übersteigt, kann er im Wege konkreter Schadensabrechnung die Kosten der Ersatzbeschaffung bis zur Höhe des (Brutto-)Wiederbeschaffungswertes des unfallbeschädigten Kraftfahrzeuges – unter Abzug des Restwertes – ersetzt verlangen. Auf die Frage, ob und in welcher Höhe in dem im Gutachten ausgewiesenen (Brutto-)Wiederbeschaffungswert Umsatzsteuer enthalten ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (Abgrenzung zu den Senatsurteilen vom 20. 4. 2004 – VI ZR 109/03 – BGHZ 158, 388 und vom 18. 5. 2004 – VI ZR 267/03 – VersR 2004, 927). Urt. des BGH v. 1. 3. 2005 – VI ZR 91/04.\***

Der Kl. nimmt die Bekl. auf restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall vom 31. 8. 2002 in Anspruch, bei dem die Bekl. zu 1 mit ihrem bei der Bekl. zu 2 haftpflichtversicherten Pkw das Fahrzeug des Kl., einen vier Jahre alten Passat TDI Trendline, erheblich beschädigte. Die volle Haftung der Bekl. steht außer Streit. Ein vom Kl. in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten gelangte zu einem »Wiederbeschaffungswert incl. MwSt« des Fahrzeugs von 12.800 € und zu einem Restwert von 5.000 €.

Der nicht vorsteuerabzugsberechtigte Kl. erwarb bei einem gewerblichen Kfz-Händler ein im Sinne des § 25 a UStG differenzbesteuertes Ersatzfahrzeug, einen fünf Jahre alten Audi A 4 TDI zum Preis von 13.400 €. Die Bekl. zu 2 zahlte an den Kl. lediglich einen Betrag von 6.034,48 €, wobei sie den Netto-Wiederbeschaffungswert aus dem Sachverständigengutachten unter Zugrundelegung des Regel-Mehrwertsteuersatzes im Sinne des § 10 UStG von 16% errechnete (12.800 € – 1.765,52 € = 11.034,48 €) und hiervon den Restwert in Abzug brachte. Darüber hinaus zahlte sie weitere 268 € als bei dem Erwerb des Ersatzfahrzeugs tatsächlich angefallene, mit 2% des Verkaufspreises geschätzte Differenz-Umsatzsteuer im Sinne des § 25 a UStG.

Der Kl. verlangt Schadensersatz in Höhe des gesamten – um den Restwert gekürzten – Brutto-Wiederbeschaffungswertes laut Sachverständigengutachten und hat die Bekl. auf Zahlung des Restbetrages in Höhe von 1.497,52 € verklagt. Das AG hat die in dem differenzbesteuerten Kaufpreis für das Ersatzfahrzeug enthaltene Umsatzsteuer ausgehend von einer von ihm geschätzten Händlerspanne von 25% mit 462,07 € errechnet und dem Kl. insoweit weitere 194,07 € zuerkannt. Auf die Berufung des Kl. hat das LG das erstinstanzliche Urteil abgeändert und dem Kl. den gesamten Restbetrag von 1.497,52 € nebst Zinsen zugesprochen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehren die Bekl. die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

## I.

Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob bei der Ermittlung des Netto- Wiederbeschaffungswertes von dem im Sachverständigengutachten ausgewiesenen »Wiederbeschaffungswert incl. Umsatzsteuer« ein Regelsteuersatz von 16% oder nur die – zum Teil auf 2% des Verkaufspreises geschätzte – geringere Differenzsteuer zu berücksichtigen oder ob je nach Alter und Typ des Fahrzeugs hinsichtlich des vom Wiederbeschaffungswert in Abzug zu bringenden Umsatzsteuersatzes zu differenzieren sei. In aller Regel habe es nämlich auf den Endverkaufspreis, den der private Käufer bei einem gewerblichen Händler für einen Pkw zu zahlen habe, keinen Einfluss, ob er ein regelbesteuertes Fahrzeug oder aber ein differenzbesteuertes Fahrzeug kaufe. Denn der Markt für private Käufer orientiere sich am Endpreis incl. Umsatzsteuer – in welcher Höhe auch immer –, dem sogenannten Händler-Brutto-Verkaufspreis für das Fahrzeug und nicht an dem Nettopreis. Daher könne im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass der vom Sachverständigen in seinem Gutachten mit 12.800 € bezifferte Wiederbeschaffungswert incl. Mehrwertsteuer sowohl den Wiederbeschaffungswert für ein regelbesteuertes Kfz wie auch für ein differenzbesteuertes Fahrzeug wiedergebe. Da aus § 249 BGB nur entnommen werden könne, dass sich der Wiederbeschaffungswert nach dem Wert richte, den der Geschädigte aufwenden müsse, um ein gleichwertiges, gebrauchtes Fahrzeug auf dem Gebrauchtwagenmarkt unter Aufwendung von Umsatzsteuer bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler zu erwerben, müsse es dem Geschädigten überlassen bleiben, ob er als Ersatz für sein beschädigtes Fahrzeug ein regelbesteuertes oder aber ein differenzbesteuertes Fahrzeug bei einem Gebrauchtwagenhändler erwerbe. Dem Geschädigten sei daher der gesamte vom Sachverständigen ermittelte Wiederbeschaffungswert incl. Mehrwertsteuer zu ersetzen, wenn er, wie im vorliegenden Fall, ein vergleichbares Fahrzeug bei einem Händler unter Aufwendung von Umsatzsteuer zu einem gleichen oder höheren Preis erwerbe. Denn dann sei die zur Wiederbeschaffung erforderliche Umsatzsteuer – zumindest in Form der Differenzbesteuerung – »in entsprechender Höhe des Wiederbeschaffungswertes incl. Umsatzsteuer tatsächlich angefallen«. Dem Kl. sei daher über die erstinstanzlich zuerkannten 194,07 € ein weiterer Betrag von 1.303,45 € zuzuerkennen, so dass sich insgesamt ein Betrag in Höhe von 1.497,52 € ergebe.

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

## II.

*Aus den Gründen:*

1. Da das schädigende Ereignis nach dem 31. 7. 2002 eingetreten ist, bestimmt sich die Ersatzpflicht der Bkl. gemäß Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19. 7. 2002 (BGBl. I 2674). Nach dieser gesetzlichen Neuregelung schließt der bei der Beschädigung einer Sache zur Wiederherstellung erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist (§ 249 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dies gilt auch im Falle eines wirtschaftlichen Totalschadens (vgl. Senatsurteile vom 20. 4. 2004 – VI ZR 109/03 – BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943 und vom 18. 5. 2004 – VI ZR 267/03 – VersR 2004, 927).

Will der Geschädigte demnach seinen Schaden fiktiv auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens abrechnen, ist von einem dort angegebenen Brutto-Wiederbeschaffungswert eine darin enthaltene Mehrwertsteuer abzuziehen. Weist das Sachverständigengutachten – in solchen Fällen – lediglich pauschal einen Brutto-Wiederbeschaffungswert aus, so besteht für den Tatrichter grundsätzlich Veranlassung zu klären, ob solche Fahr-

zeuge üblicherweise auf dem Gebrauchtwagenmarkt nach § 10 UStG regelbesteuert oder nach § 25 a UStG differenzbesteuert oder von Privat und damit umsatzsteuerfrei angeboten werden (vgl. Senatsurteil vom 20. 4. 2004 – VI ZR 109/03 – a. a. O., S. 1945 m. w. N.).

2. Hiervon unterscheidet sich der vorliegende Fall, in dem der Kl. ein Ersatzfahrzeug beschafft hat und seinen Schaden konkret auf Basis dieser Ersatzbeschaffung abrechnet (zur Differenzierung zwischen fiktiver und konkreter Schadensabrechnung vgl. auch Senatsurteile vom 15. 2. 2005 – VI ZR 70/04 – und – VI ZR 172/04 –, jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).

a) Durch die gesetzliche Neuregelung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB wollte der Gesetzgeber nichts an der Möglichkeit des Geschädigten ändern, den für die Herstellung erforderlichen Geldbetrag stets und insoweit zu verlangen, als er zur Herstellung des ursprünglichen Zustandes tatsächlich angefallen ist (vgl. BT-Drs. 14/7752 S. 22). Lediglich bei der fiktiven Schadensabrechnung nach einer Beschädigung von Sachen soll sich nach der Absicht des Gesetzgebers deren Umfang mindern, indem die fiktive Umsatzsteuer als zu ersetzender Schadensposten entfällt. Umsatzsteuer kann mithin nur noch dann ersetzt verlangt werden, wenn und soweit sie zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung auch tatsächlich anfällt, d. h. wenn und soweit sie der Geschädigte zur Wiederherstellung aus seinem Vermögen aufgewendet oder er sich hierzu verpflichtet hat. Sie soll hingegen nicht mehr ersetzt verlangt werden können, wenn und soweit sie nur fiktiv bleibt, weil es zu einer umsatzsteuerpflichtigen Reparatur oder Ersatzbeschaffung bei einem Fachbetrieb oder einem anderen umsatzsteuerpflichtigen Unternehmer im Sinne des § 2 UStG nicht mehr kommt. Wird eine gleichwertige Sache als Ersatz beschafft und fällt dafür Umsatzsteuer an, so ist die Umsatzsteuer im angefallenen Umfang zu ersetzen. Fällt für die Beschaffung einer gleichwertigen Ersatzsache – etwa beim Kauf von Privat – keine Umsatzsteuer an, ist sie auch nicht zu ersetzen (vgl. BT-Drs. 14/7752 S. 23).

b) Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht – wie in den Senatsurteilen vom 20. 4. 2004 – VI ZR 109/03 – und vom 18. 5. 2004 – VI ZR 267/03 – (a. a. O.) – um den Ersatz fiktiver Umsatzsteuer, sondern um den Ersatz des tatsächlich für die Ersatzbeschaffung aufgewendeten Betrages, allerdings begrenzt auf den Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Fahrzeuges.

aa) Hätte der Geschädigte ein völlig gleichartiges und gleichwertiges Fahrzeug entweder differenzbesteuert oder von Privat ohne Umsatzsteuer zu dem vom Sachverständigen genannten (Brutto-)Wiederbeschaffungswert erworben, würde eine Kürzung dieses Betrages um eine »fiktive Mehrwertsteuer« von 16% im Rahmen der konkreten Schadensabrechnung der originären Funktion des Schadensersatzes widersprechen, die in der Wiederherstellung des früheren Zustandes liegt, und den Geschädigten schlechter stellen, als er vor dem Schadensereignis gestanden hat. Stellt der Geschädigte durch eine konkrete Ersatzbeschaffung eines gleichartigen Fahrzeugs zu dem vom Sachverständigen genannten (Brutto-)Wiederbeschaffungswert wirtschaftlich den Zustand wieder her, der vor dem Unfallereignis bestand, so kann er nach § 249 BGB den tatsächlich hierfür aufgewendeten Betrag unabhängig davon ersetzt verlangen, ob in ihm die Regelumsatzsteuer im Sinne des § 10 UStG, eine Differenzsteuer im Sinne des § 25 a UStG oder gar keine Umsatzsteuer enthalten ist (vgl. etwa Huber, Das neue Schadensrecht, Rdn. 297; Pamer, Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden § 4 Rdn. 119, 144; a. A. Hess, ZfS 2002, 367, 369; Eggert, ZAP 2002, Fach 9, 647, 651, die bei einem Erwerb von einem Privaten die Kappung der im Sachverständigengutachten ausgewiesenen Mehrwertsteuer für unvermeidbar ansehen).

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist in den Fällen, in

denen der Geschädigte gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB die Schadensbehebung selbst in die Hand nimmt, der zur Wiederherstellung erforderliche Aufwand nach der besonderen Situation zu bemessen, in der sich der Geschädigte befindet. Es ist also Rücksicht auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen (vgl. Senatsurteile BGHZ 66, 239, 245, 248 f.; 115, 364, 369; 155, 1, 5 und vom 7. 12. 2004 – VI ZR 119/04 – VersR 2005, 381). Im Rahmen dieser »subjektbezogenen Schadensbetrachtung« kann es dem Geschädigten nicht zum Nachteil gereichen, wenn er bei der konkreten Ersatzbeschaffung auf dem Gebrauchtwagenmarkt von den umsatzsteuerrechtlich möglichen verschiedenen Erwerbsmöglichkeiten nicht gerade diejenige realisiert, die der Sachverständige – für die fiktive Schadensabrechnung – als die statistisch wahrscheinlichste bezeichnet hat. Er genügt vielmehr seiner Verpflichtung zur Geringhaltung des Schadens, wenn er sich beim Erwerb an dem vom Sachverständigen genannten (Brutto-)Wiederbeschaffungswert als Endpreis für das auf dem Gebrauchtwagenmarkt gehandelte Fahrzeug orientiert, zumal das Berufungsgericht im vorliegenden Fall – von der Revision unangegriffen – festgestellt hat, dass die unterschiedliche steuerliche Behandlung in aller Regel auf den Endverkaufspreis für den privaten Käufer auf dem Gebrauchtwagenmarkt keinen Einfluss hat.

bb) Etwas anderes kann aus schadensrechtlichen Gesichtspunkten im Rahmen einer (wirtschaftlichen) Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB durch Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges (vgl. Senatsurteile vom 20. 4. 2004 – VI ZR 109/03 – und vom 18. 5. 2004 – VI ZR 267/03 – a. a. O.) auch dann nicht gelten, wenn sich der Geschädigte – etwa weil er auf dem örtlichen Gebrauchtwagenmarkt kein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug gefunden hat – ein (etwas) teureres Ersatzfahrzeug anschafft, wie im vorliegenden Fall statt des beschädigten vier Jahre alten Passat TDI Trendline zum (Brutto-)Wiederbeschaffungswert von 12.800 € einen fünf Jahre alten Audi A 4 TDI zum Preis von 13.400 €. Auch in diesem Fall hat der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung tatsächlich mindestens den Betrag aufgewendet, den der Sachverständige als erforderlich für die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Erwerb eines gleichartigen Fahrzeuges ermittelt hat und den der Geschädigte in diesem Fall – wie oben ausgeführt – unabhängig von einem darin enthaltenen Umsatzsteueranteil im Rahmen einer konkreten Schadensabrechnung jedenfalls hätte ersetzt verlangen können. Es ist unter Berücksichtigung einer subjektbezogenen Schadensbetrachtung kein Grund ersichtlich, den Geschädigten schlechter zu stellen, weil er entweder kein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug auf dem für ihn maßgebenden Gebrauchtwagenmarkt gefunden hat oder aber weil er aus Anlass des Unfalls einen an sich erst für später geplanten Erwerb eines anderen oder eines Neufahrzeugs vorgezogen hat, zumal es im Einzelfall auch schwierig sein dürfte zu beurteilen, welche Fahrzeuge im Rahmen einer Ersatzbeschaffung nach Typ, Motorisierung und Ausstattung als gleichartig zu betrachten sind.

c) Erwirbt mithin der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug zu einem Preis, der dem in einem Sachverständigengutachten ausgewiesenen (Brutto-)Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Fahrzeuges entspricht oder diesen übersteigt, kann er im Wege konkreter Schadensabrechnung die Kosten der Ersatzbeschaffung bis zur Höhe des (Brutto-)Wiederbeschaffungswertes des unfallbeschädigten Fahrzeuges – unter Abzug des Restwertes – ersetzt verlangen. Auf die Frage, ob und in welcher Höhe in dem im Gutachten ausgewiesenen (Brutto-)Wiederbeschaffungswert Umsatzsteuer enthalten ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

## Anmerkung

### A. Die Kappung der fiktiven Mehrwertsteuer in § 249 Abs. 2 S 2 BGB – einfach zu handhaben?

»§ 249 Abs. 2 S 2 BGB macht der Praxis im Übrigen keine allzu großen Schwierigkeiten, da die Zahl der Zweifelsfragen nicht sehr groß ist und über die richtige Lösung nur noch selten ernsthafter Streit besteht.« So sieht das Heinrichs<sup>1</sup> mit souveräner hanseatischer Gelassenheit. Die Rechtswirklichkeit sieht mitunter ein wenig anders aus, wie auch die vorliegende Entscheidung belegt. Ehe auf diese einzugehen ist, seien daher folgende Vorfragen erlaubt: Was wollte der Gesetzgeber mit § 249 Abs. 2 S 2 BGB? Wie hat er diesen Willen im Wortlaut der Norm umgesetzt? Und in welchen Konstellationen ist eine teleologische Reduktion geboten?

Intendiert war vom Gesetzgeber eine Eindämmung der fiktiven Sachschadensabrechnung, vornehmlich beim Kfz-Schaden. Nach weitergehenden Überlegungen ist die Kappung der fiktiven Mehrwertsteuer übrig geblieben. Soweit sie nicht anfällt, soll sie auch nicht ersatzfähig sein oder positiv formuliert: Ihr Ersatz setzt die Vorlage einer die Mehrwertsteuer ausweisenden Rechnung voraus. Gedacht hat man primär an den Reparaturfall. Der Freizeitbastler, der sein Fahrzeug selbst instand setzt, soll zwar nach wie vor auf der Basis eines Sachverständigengutachtens abrechnen können; die Mehrwertsteuer soll er aber nur für die auf dem Baumarkt erworbenen Ersatzteile verlangen können, nicht aber für seinen Arbeitskräfteeinsatz. Soweit, so einfach.

Der Gesetzgeber war sich aber von Anfang an bewusst, dass der BGH auch die Ersatzbeschaffung als Fall der Naturalrestitution ansieht, sodass nicht nur die Reparaturkosten, sondern auch die Totalschadensabrechnung von § 249 Abs. 2 S 2 BGB erfasst ist. Die Komplikationen sind bei dieser Variante einen Tick größer als bei der Reparaturkostenabrechnung. Das ist darauf zurückzuführen, dass bei Veräußerung gebrauchter Fahrzeuge die Differenzbesteuerung gemäß § 25 a UStG gilt. Was ist deren zentraler Inhalt?

### I. Die Differenzbesteuerung bei Veräußerung gebrauchter Kraftfahrzeuge gemäß § 25 a UStG

Veräußert eine Privatperson ein Fahrzeug, unterliegt dieser Veräußerungsvorgang nicht der Umsatzsteuer. Erwirbt hingegen ein Gebrauchtwagenhändler ein Fahrzeug von einer Privatperson, würde nach allgemeinen Regeln die anschließende Veräußerung durch den Gebrauchtwagenhändler der Mehrwertsteuerpflicht unterliegen, so dass dieser das Auto von vorher herein um 16% teurer anbieten müsste als ein privater Verkäufer. In vielen Fällen wurde deshalb zur Vermeidung dieser Belastung mit Mehrwertsteuer das Agenturgeschäft gewählt, bei dem der Gebrauchtwagenhändler das Fahrzeug im Namen und für Rechnung des privaten Veräußerers verkauft. Im Regelfall wollte dieser jedoch das Fahrzeug an den Händler verkaufen und hat sich mit der abweichenden Gestaltung nur einverstanden erklärt, damit der Händler die nachteilige Mehrwertsteuerpflicht vermeiden konnte. Zahlreiche Komplikationen auf zivil- und steuerrechtlicher Ebene waren die Folge.

In dieser Situation hat der europäische Gesetzgeber eingegriffen und eine Richtlinie erlassen, deren Umsetzung § 25 a UStG ist. Der Gebrauchtwagenhändler kann bei einem Erwerb von einer Privatperson bei der Weiterveräußerung auf den offenen Ausweis der vollen Mehrwertsteuer verzichten. Vielmehr kann er sich dafür entscheiden, stattdessen nur Mehrwertsteuer auf die Handelsspanne abzuführen, somit die Differenz zwischen

Einkaufs- und Verkaufspreis. Diese Differenz entspricht der Provision beim Agenturgeschäft, die er auch bei diesem der Umsatzsteuer unterwerfen musste. Der Umweg über das Agenturgeschäft zur Vermeidung nachteiliger Folgen im Mehrwertsteuerrecht war damit entbehrlich geworden.

Um den Gebrauchtwagenhändler gegenüber dem Endkunden davor zu bewahren, seine Handelsspanne offen legen zu müssen, hat der Gesetzgeber ihm zu seinem Schutz auferlegt, die Mehrwertsteuer nicht offen ausweisen zu dürfen. Würde die Mehrwertsteuer ausgewiesen, könnte der Kunde durch einen einfachen Rechenvorgang ermitteln, wie hoch die Handelsspanne ist. Und das wäre der Verhandlungsposition des Gebrauchtwagenhändlers, der beim Feilschen um die Höhe des Kaufpreises dem Verlangen des Kunden nach einem weitergehenden Preisnachlass gelegentlich mit dem – wahrheitswidrigen – Argument entgegentritt, dass ihm ohnehin kaum etwas bleibe, nicht eben förderlich.

## II. Auswirkungen für § 249 Abs. 2 S 2 BGB

Die Differenzbesteuerung ist selbstverständlich auch bei § 249 Abs. 2 S 2 BGB zu beachten. Es sind zunächst zwei unterschiedliche Vorgänge sauber zu trennen: Zunächst ist zu erheben, wie hoch der Wiederbeschaffungswert ist und in welchem Ausmaß dieser Mehrwertsteuer enthält. Der dabei anfallende Mehrwertsteueranteil ist in einem ersten Schritt herauszurechnen. Erfolgt keine wie immer geartete Restitution, bleibt es bei diesem Abzug. Sodann ist zu ermitteln, ob und welche Restitution stattgefunden hat. Die dabei konkret angefallene Mehrwertsteuer ist mit der zunächst angefallenen Mehrwertsteuer zu verrechnen, wobei eine Verrechnung maximal bis zu dem Betrag möglich ist, der im ersten Schritt abgezogen worden ist<sup>2</sup>.

Bei der im Wiederbeschaffungswert enthaltenen Mehrwertsteuer kommt es auf die durchschnittlichen Verhältnisse an, während die bei der Restitution angefallene Mehrwertsteuer konkret zu ermitteln ist. War die im Wiederbeschaffungswert enthaltene Mehrwertsteuer bis zum 1. 8. 2002, dem In-Kraft-Treten des § 249 Abs. 2 S 2 BGB, bei einem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten belanglos, war das dann mit einem Schlag anders. Es ist zu differenzieren zwischen Fahrzeugen, die der Händler typischerweise von einem vorsteuerabzugsberechtigten Verkäufer erwirbt, solchen, die er im Regelfall von einer Privatperson ankauft oder in Zahlung nimmt, und schließlich älteren Fahrzeugen, die wegen ihres Alters bei einem Gebrauchtwagenhändler nicht mehr zu bekommen sind. Letztere Gruppe hat seit der Schuldrechtsreform zugenommen, weil ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Sachmängelgewährleistung nach der Formel »wie besichtigt und probefahren« gemäß § 475 Abs. 1 BGB nicht mehr zulässig ist, sodass es viele Gebrauchtwagenhändler vorziehen, diese Fahrzeuge nicht mehr in ihr Sortiment aufzunehmen. Für den Kunden kommt nur ein Deckungskauf bei einer Privatperson in Betracht, bei dem keine Mehrwertsteuer anfällt.

Je nachdem, welcher der drei Kategorien ein Fahrzeug angehört, enthält der Wiederbeschaffungswert 16% – ab 1. 1. 2007 19% – oder 2% – das ist ein Mittelwert an Differenzumsatzsteuer – oder eben gar keine Mehrwertsteuer. Bei hochpreisigen, wenig gebrauchten Fahrzeugen<sup>3</sup>, die Gebrauchtwagenhändler typischerweise von Leasingfirmen und Mietwagenunternehmen ankaufen, beinhaltet der Wiederbeschaffungswert 16% Mehrwertsteuer. Im Regelfall macht er 2% aus. Nur bei Nichtverfügbarkeit am Händlermarkt sind 0% Mehrwertsteuer anzunehmen. Hatten sich die Kfz-Sachverständigen bis zum 1. 8. 2002 mit mehrwertsteuerrechtlichen Fragen nicht zu befassen, ist das seither anders. Ihre Aufgabe ist es nunmehr, nicht nur die für die Schadensregulierung maßgeblichen Werte an sich zu ermitteln, sondern in ihren Gutachten auch anzugeben, ob der Wiederbe-

schaffungswert 16, 2 oder 0% Mehrwertsteuer enthält<sup>4</sup>. Dass der Verfasser<sup>5</sup> vorgeschlagen hat, dass es nicht bloß diese drei Werte gibt, sondern entsprechend den statistisch vorhandenen Daten der Schwacke-Liste Durchschnittswerte zu bilden sind, so dass es bei einem Wechsel der Verteilung von 49% auf 51% nicht zu einem abrupten Übergang von 2% auf 16% bzw. 16% auf 2% kommt, ist lediglich eine weitere Nuance.

Wie bei der Ermittlung des Wiederbeschaffungswertes ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen auch bei der Restitution. Je nachdem, ob der Geschädigte ein Fahrzeug mit offenem Ausweis von 16% Mehrwertsteuer oder bloß ohne Ausweis der Mehrwertsteuer von einem Händler, also mit 2% Differenzumsatzsteuer, oder von einer Privatperson erwirbt, also ohne Mehrwertsteuer, ergeben sich unterschiedlich weit reichende Verrechnungsmöglichkeiten mit der in einem ersten Schritt abgezogenen Mehrwertsteuer.

## B. Die Vereinfachungsregel in der konkreten Entscheidung

Mit all diesen Feinheiten war die Praxis – jedenfalls in der allerersten Phase ab In-Kraft-Treten des Gesetzes – wenig bis gar nicht vertraut. Die Haftpflichtversicherer, die das eigentlich besser wissen hätten müssen, haben vom Wiederbeschaffungswert – zu Unrecht und zum eigenen Vorteil – pauschal 16% abgezogen. Die Kfz-Sachverständigen waren auf die neue Aufgabenstellung unzureichend vorbereitet; deren Gutachten enthielten keine Angabe zur Höhe des Mehrwertsteuersatzes. Gerade einen solchen Sachverhalt<sup>6</sup> hatte nun der BGH zu beurteilen.

Die korrekte Lösung des Falles hätte darin bestanden, darauf hinzuweisen, dass der Wiederbeschaffungswert eines 4 Jahre alten Passat TDI Trendline lediglich 2% Differenzumsatzsteuer enthält, aber nicht 16% Mehrwertsteuer, weil der Gebrauchtwagenhändler ein solches Fahrzeug typischerweise von einer Privatperson und nicht von einem vorsteuerabzugsberechtigten Verkäufer erwirbt<sup>7</sup>. Der BGH hat aber bereits in der Vorentscheidung NJW 2004, 1943<sup>8</sup> ausgesprochen, dass die Frage der Ermittlung des Mehrwertsteuersatzes eine Frage des Tatrichters sei. Insofern hat er sich womöglich eine Auseinandersetzung mit dieser Frage versperrt. Oder der Fall kam ihm durchaus gelegen, um eine Vereinfachungsregel zu postulieren, mit der dann weitere – durchaus kritischere – Fälle lösbar sind.

Wird ein einigermaßen vergleichbares Fahrzeug angeschafft oder ein Neuwagenkauf vorgezogen, kommt es auf die jeweilige Höhe der Mehrwertsteuer nicht an, sofern die tatsächlichen Aufwendungen mindestens so hoch sind wie der vom Sachverständigen geschätzte Wiederbeschaffungswert. Begründet wurde dieser Weg durch Bezugnahme auf die konkrete Schadensberechnung, die der fiktiven gegenübergestellt wird.

2 Diese Zweistufigkeit und die Obergrenze der Verrechenbarkeit der konkret angefallenen Mehrwertsteuer verkennend LG Ingolstadt in BGH NJW 2006, 285; Zubilligung von 16% Mehrwertsteuer, obwohl der Wiederbeschaffungswert nur 2% Differenzumsatzsteuer enthielt.

3 Faustformel 1 bis 2 Jahre Laufzeit.

4 So auch LEMCKE, BGH-Report 2004, 1083; KRISCHER, BGH-Report 2005, 1180; RICHTER, SVR 2005, 469, 470.

5 CH. HUBER, Die Kappung der Mehrwertsteuer bei der fiktiven Schadensabrechnung gemäß § 249 Abs. 2 S 2 BGB – eine einfach zu handhabende Regelung? Zugleich Besprechung von PAMER, Schadensersatz und Mehrwertsteuer (2003) und Schwacke-Liste, Regel- und Differenzbesteuerung (2003), NZV 2004, 105, 113; diesem folgend Unterreitmeier, (Nichts) Neues von der MWSt., NZV 2004, 329, 334; a. A. KRISCHER, BGH-Report 2005, 1180, der auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit abstellen will.

6 Unfall am 2. 12. 2003, immerhin etwas mehr als 1 Jahr nach In-Kraft-Treten des § 249 Abs. 2 S 2 BGB.

7 KRISCHER, BGH-Report 2005, 1180, 1181; RICHTER, SVR 2005, 469.

8 = BGHZ 158, 388; ebenso NJW 2004, 2086.

Unterlässt der Geschädigte eine Restitution, bleibt es beim Abzug der im Wiederbeschaffungswert enthaltenen Mehrwertsteuer. Tätigt er hingegen einen Deckungskauf, bei dem er einen ebenso hohen oder sogar höheren Betrag als den Wiederbeschaffungswert aufwendet, dann kann die Frage des Ausmaßes der Mehrwertsteuer – bei Wiederbeschaffungswert und Deckungskauf – dahingestellt bleiben. Der Geschädigte nehme in einem solchen Fall eine Restitution vor, bei der nicht einzusehen sei, dass er nur dann keine Einbußen hinnehmen solle, wenn er sich für eine Ersatzbeschaffung bei einem Händler entscheide, bei der ebenso viel Mehrwertsteuer anfalle, wie im Wiederbeschaffungswert enthalten sei, bei dem es auf die durchschnittlichen Verhältnisse ankomme<sup>9</sup>. Es wird die formale Gesetzesmechanik übersprungen und dem Geist der Regelung Rechnung getragen.

Maßgeblich ist allein die reale Ebene. Wie viel Mehrwertsteuer dabei jeweils anfällt, ist dem nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten typischerweise egal. Ihm kommt es – außerhalb des Schadensrechts – nur darauf an, wie viel er für ein bestimmtes Fahrzeug zahlen muss. Auch im Rahmen der Schadensregulierung soll es bei einem konkreten Deckungskauf dabei bleiben. Dem ist zu folgen<sup>10</sup>.

### C. Auswirkungen für weitere Konstellationen

Der BGH entscheidet einen Einzelfall. Auszuloten ist freilich stets, welche Auswirkungen das auf weitere Konstellationen hat. Das soll hier versucht werden:

Wenn die tatsächlichen Anschaffungskosten des Ersatzfahrzeugs über dem geschätzten Wiederbeschaffungswert liegen, kommt es auf die Höhe der beim Wiederbeschaffungswert bzw. dem Deckungskauf anfallenden Mehrwertsteuer nicht an. Wie die Entscheidung selbst ausspricht, fällt darunter nicht nur der Fall, dass der Geschädigte nach Schätzung eines Wiederbeschaffungswertes, der 16% Mehrwertsteuer enthält, bei einem Gebrauchtwagenhändler ein Fahrzeug mit 2% Differenzumsatzsteuer erwirbt, sondern auch der, dass er ein solches Fahrzeug bei einer Privatperson erwirbt, wo gar keine Mehrwertsteuer anfällt<sup>11</sup>.

Der BGH lässt diese Art der »Pauschalierung« dort zu, wo der Geschädigte ein nach Typ, Motorisierung und Ausstattung einigermaßen gleichartiges Gebrauchtfahrzeug erwirbt oder einen Neukauf vorzieht. Bei der Gleichartigkeit wird eine gewisse Bandbreite zuzugestehen sein. Da der Zeitaufwand für die Suche nach einem möglichst ähnlichen Fahrzeug nicht erstattungsfähig ist, ist es folgerichtig, die diesbezüglichen Anforderungen nicht zu überspannen. Die Anschaffung irgendeines Fortbewegungsmittels, etwa eines Motorrades nach Totalschaden eines Kfz oder der Erwerb einer ganz anderen Kategorie von Fahrzeug, etwa eines BMW 500 nach einem Fiat Uno, wird darunter aber gewiss nicht fallen<sup>12</sup>. Beifallswert ist es, dass der BGH auch einen Neuwagenkauf darunter subsumiert, ist doch die Skepsis mancher Geschädigter in Bezug auf die Anschaffung von Gebrauchtfahrzeugen – auch bei seriösen Gebrauchtwagenhändlern – so groß, dass sie stets nur Neuwagenkäufe tätigen. Das Schadensrecht soll sie nicht in eine andere Art des Deckungskaufes hineinzwängen.

Wie ist es aber, wenn der Geschädigte ein Fahrzeug anschafft, dessen Kaufpreis geringfügig unter dem Wiederbeschaffungswert liegt? Ist er dann mit dem jeweiligen Nachweis der angefallenen Mehrwertsteuer belastet<sup>13</sup> oder hilft ihm die vom BGH angebotene »Pauschalierung« auch in einem solchen Fall? M. E. muss er jedenfalls die Möglichkeit haben, den tatsächlich aufgewendeten Betrag bis zur Grenze des Bruttowiederbeschaffungswertes zu verlangen. Das sei an folgendem Beispiel verdeutlicht<sup>14</sup>: Wiederbeschaffungswert netto 30.000,- Euro, dazu 16% Mehrwertsteuer in Höhe von 4.800,- Euro, brutto somit 34.800,- Euro. Es erfolgt ein Deckungskauf von einer Privatper-

son in Höhe von 33.000,- Euro. Die 33.000,- Euro stehen ihm jedenfalls zu, während die bis dahin überwiegende Meinung<sup>15</sup> bloß 30.000,- Euro zugebilligt hätte<sup>16</sup>.

Es stellt sich indes die Frage, ob sein Ersatzanspruch darüber hinaus reicht<sup>17</sup>. Heinrich<sup>18</sup> vertritt die Ansicht, dass in diesem Fall eine anteilige Quotierung möglich sein müsse. Enthalte der Wiederbeschaffungswert 4.800,- Euro Mehrwertsteuer und mache die tatsächliche Reinvestition von 33.000,- Euro 94,8% des Bruttowiederbeschaffungswertes aus, dann seien auch 94,8% der Mehrwertsteuer ersatzfähig. Im vorliegenden Beispiel wären das 4.550,40 Euro (4.800,- Euro x 0,948), insgesamt somit 34.550,40 Euro. Ob der BGH eine solche Kombinationsmethode zulassen wird, bleibt abzuwarten<sup>19</sup>. Im Allgemeinen ist er in Bezug auf die Kombination verschiedener Berechnungsmethoden zurückhaltend<sup>20</sup>, mag das auch nicht immer berechtigt sein<sup>21</sup>. In dem von Heinrich gebildeten Beispiel, bei dem die Kosten des Deckungskaufes 40% des Wiederbeschaffungswertes ausmachen, ist eine solche Berechnung m. E. schon deshalb ausgeschlossen, weil bei Aufwendungen in Höhe von 40% des Wiederbeschaffungswertes kaum mehr eine gleichartige Restitution vorliegen wird.

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

- 9 MEDICUS, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht? VGT 2000, 121, 127 hat das als Hans-im-Glück-Regelung bezeichnet. Insofern ist Medicus zu folgen, nicht aber, wenn der Geschädigte auf höchstmöglichem Niveau seine Vermögenszusammensetzung verändern und dabei keine Abstriche zulassen will, er auch dann Restitutionskosten verlangt, wenn er selbst gar keine Restitution will.
- 10 So auch RIEDMEYER, DAR 2005, 502; KRISCHER, BGH-Report 2005, 1181 f.
- 11 So bereits CH. HUBER, Das neue Schadensersatzrecht (2003) Rdn. 297; DERS., Keine Kappung der USt bei Erwerb von Privat nach einem Totalschaden, VA 2004, 9 ff.; PAMER, Die Mehrwertsteuer beim Fahrzeugschaden (2003) § 4 Rdn. 119, 144; nach wie vor ablehnend RICHTER, SVR 2005, 469, 470.
- 12 CH. HUBER, Das neue Schadensersatzrecht Rdn. 275.
- 13 So der Praxishinweis, NJW-Spezial 2005, 353.
- 14 Das Problem des Restwertes wird aus Vereinfachungsgründen ausgeblendet. Erwähnt sei immerhin, dass dieser beim Verbraucher niemals Mehrwertsteuer enthält, weil das Veräußerungsgeschäft eines Verbrauchers mit wem immer nicht der Mehrwertsteuerpflicht unterliegt.
- 15 HESS, Die MWSt-Abrechnung nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, zfs 2002, 367, 369; EGGERT, Das neue Schadensersatzrecht im Überblick, ZAP 2002, Fach 9, 647, 651.
- 16 Bei einem Deckungskauf bei einem Gebrauchtwagenhändler in Höhe von 29.000,- Euro kann der Geschädigte den Nettobetrag von 30.000,- Euro verlangen und zusätzlich die 2% Differenzumsatzsteuer, die bei diesem Deckungskauf angefallen sind; a. A. zu Unrecht Praxishinweis, NJW-Spezial 2005, 353, der dem Geschädigten die tatsächlich angefallenen 2% versagen will; ebenso offenbar KRISCHER, BGH-Report 2005, 1180, 1181.
- 17 Ablehnend RIEDMEYER, DAR 2005, 200, 201.
- 18 Schadensberechnung nach Kauf eines Ersatzfahrzeuges, NJW 2005, 2749, 2750.
- 19 Skeptisch Praxishinweis, NJW-Spezial 2005, 353.
- 20 BGH NJW 2003, 3480; NJW 2005, 1110.
- 21 Kritisch zur Versagung der bei einer Reparatur konkret angefallenen Mehrwertsteuer im Rahmen der Totalschadensabrechnung in der Entscheidung NJW 2005, 1110 CH. HUBER, Integritätsinteresse versus Mobilitätsinteresse – zugleich Besprechung von zwei richtungweisenden BGH-Entscheidungen vom 15. 2. 2005 zum Kfz-Sachschaden, SVR 2005, 241, 247; SCHIEMANN/HAUG, Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Begrenzung von fiktiven Schadensposten, VersR 2006, 160, 164 ff.; dem BGH zustimmend freilich STAAB, VersR 2005, 1598, 1601.