

len. Jede Verkehrsordnungswidrigkeit ist somit ein selbstständiger Rechtsschutzfall i. S. von § 4 I lit. c ARB 94.

[12] b) Der Kl. begehrt im vorliegenden Fall Deckungsschutz, weil er gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis wegen Erreichens der 18-Punkte-Grenze infolge wiederholter Verstöße gegen straßenverkehrsrechtliche bzw. strafrechtliche Vorschriften vorgehen will. Die beabsichtigte Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen im Zusammenhang mit dem Entzug der Fahrerlaubnis ist also dadurch gekennzeichnet, dass dem Rechtsschutzfall, für den er Deckung begehrt, bereits mehrere Rechtsschutzfälle vorausgegangen sind, die den Rechtsschutzfall „Entziehung der Fahrerlaubnis“ erst ausgelöst haben. Das führt zur Anwendung des § 4 II 2 ARB 94. Danach aber hängt die Frage, ob die Bekl. Deckung zu gewähren hat, davon ab, ob der erste der für die Fahrerlaubnisentziehung maßgeblichen Verstöße innerhalb des versicherten Zeitraums liegt.

[13] Das BerGer. hebt zutreffend hervor, dass sich dieser Teil der Klausel schon dem Wortlaut nach auch auf die Fälle des Entzugs der Fahrerlaubnis wegen Erreichens der 18-Punkte-Grenze bezieht, zumal das Bedingungswerk der ARB 94 im Unterschied zu den ARB 75 insoweit keine Sonderregelung enthält. Auf die zur Auslegung von § 14 ARB 75 in Fällen des Fahrerlaubnisentzugs in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Auffassungen kommt es deshalb hier nicht mehr an (vgl. dazu *Obarowski*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Hdb. 2004, § 37 Rdnrn. 379 f.; *Schirmer*, DAR 1992, 418 [425], jew. m. Nachw. zum Meinungsstand). Gegen die vom Kl. besorgten nachteiligen Folgen der vom Senat vorgenommenen Auslegung wird der Versicherungsnehmer durch § 4 II 2 Halbs. 2 ARB 94 hinreichend geschützt, wonach jeder Rechtsschutzfall außer Betracht bleibt, der länger als ein Jahr vor Beginn des Versicherungsschutzes für den betroffenen Gegenstand der Versicherung eingetreten ist (ebenso *Maier*, r + s 1995, 361 [364]). Die Ansicht der Revision, es müsse regelmäßig auf die letzte verkehrsrechtliche Zuwiderhandlung abgestellt werden, weil erst auf deren Grundlage das Entziehungsverfahren eingeleitet werde, erweist sich im Hinblick auf den Regelungszusammenhang von § 4 I lit. c und § 4 II ARB 94 als nicht tragfähig.

[14] 2. Nach den Feststellungen des BerGer. ergingen die ersten beiden hier maßgeblichen Bußgeldbescheide gegen den Kl. am 10. 3. und am 27. 5. 1999, also im ersten Jahr vor Abschluss des Versicherungsvertrags mit der Bekl. am 18. 6. 1999. Es hat daher mit Recht angenommen, dass dem Kl. wegen Vorvertraglichkeit kein Anspruch auf Versicherungsleistungen gegen die Bekl. zusteht.

Anm. d. Schriftlgt.: Zur Rechtsentwicklung bei den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung s. die ständige Berichterstattung von *Bauer*, zuletzt NJW 2006, 1484.

2. † Zusicherung von Unfallfreiheit „ins Blaue hinein“

BGB §§ 123 I, 166 I, 439 I, 275 I

1. Zur Frage der arglistigen Täuschung bei einem Gebrauchtwagenkauf durch Zusicherung der Unfallfreiheit des Fahrzeugs „ins Blaue hinein“.

2. Die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache ist auch beim Stückkauf nicht von vornherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Beim Kauf eines Gebrauchtwagens liegt es in der Regel nahe, dies zu verneinen, wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Fahrzeugs vorangegangen ist.

BGH, *Urt. v. 7. 6. 2006 – VIII ZR 209/05 (OLG Schleswig)*

Anm. d. Schriftlgt.: Das Urteil ist mit Sachverhalt und Entscheidungsgründen abgedr. in NJW 2006, 2839.

3.* Umsatzsteuerabzug vom fiktiven Kfz-Wiederbeschaffungswert

BGB § 249 II 2

1. Zur Frage, welcher Umsatzsteueranteil vom Brutto-Wiederbeschaffungswert eines unfallbeschädigten Kraftfahrzeugs in Abzug zu bringen ist, wenn keine Ersatzbeschaffung vorgenommen wird.

2. Die Orientierung des Trichters an der nach überwiegender Wahrscheinlichkeit zu zahlenden Umsatzsteuerhöhe für den Kauf des Ersatzfahrzeugs auf dem Gebrauchtwagenmarkt ist nicht zu beanstanden. (Leitsatz 2 von der Redaktion)

BGH, *Urt. v. 9. 5. 2006 – VI ZR 225/05 (LG Hechingen)*

Anm. d. Schriftlgt.: Das Urteil ist mit Sachverhalt und Entscheidungsgründen abgedr. in NZV 2006, 462.

Anmerkung: Es überrascht, wie oft es in der Praxis vorkommt, dass der Geschädigte nach einem wirtschaftlichen Totalschaden keine wie immer geartete Restitution vornimmt, also weder repariert noch einen Deckungskauf – sei es auch von Privat – tätigt oder ein Fahrzeug least. Nur dann kommt es zu einem ungekürzten Abzug der Mehrwertsteuer. In allen anderen Fällen wäre zwar auch in einem ersten Schritt zu klären, ob der Wiederbeschaffungswert 16%, 2% oder 0% Mehrwertsteuer enthält.

Mit dem zunächst vorgenommenen Abzug ist dann aber sogleich die bei der Restitutionsmaßnahme angefallene Mehrwertsteuer zu verrechnen; und zwar maximal in dem Ausmaß, der im ersten Schritt herausgerechnet worden ist. Macht der für das Ersatzfahrzeug „reinvestierte“ Betrag mindestens genau so viel aus wie der Wiederbeschaffungswert des total beschädigten Fahrzeugs, kommt es auf das Ausmaß der Mehrwertsteuer, die beim zerstörten Kfz abzuziehen und sodann bei dem als Ersatz angeschafften Kfz anfällt, nicht an, wie der BGH in der E NZV 2005, 512 (= DAR 2005, 500 [Riedmeyer] = SVR 2005, 467 [Richter] = BGHR 2005, 1178 [Krischer]; dazu *Heinrich*, NJW 2005, 2749 f.) zu Recht ausgesprochen hat. Insoweit geht es nicht um fiktive, sondern konkrete Abrechnung.

Bei Unterbleiben jeglicher Restitutionsmaßnahme ist die Höhe des Abzugs jedoch zu ermitteln. Schon diese Prämisse könnte man überdenken. Seit der E NZV 2005, 243 (*Heß*) = zfs 2005, 382 (*Diehl*) = SVR 2005, 228 (*Ch. Huber*) = BGHR 2005, 698 (*Krischer*) = VersR 2005, 1598 (*Staab*) unterscheidet der BGH zwischen dem Mobilitäts- und Integritätsinteresse. Beim Integritätsinteresse geht es darum, dass der Geschädigte gerade das ihm vertraute Kfz behalten können soll, ihm eine Abrechnung auf Reparaturkostenbasis zugestanden wird, auch wenn das den Ersatzpflichtigen erheblich stärker belastet als die Anschaffung eines vergleichbaren Ersatzfahrzeugs. Die Reparaturkostenabrechnung setzt freilich voraus, dass je nach dem, ob diese – zusammen mit dem merkantilen Minderwert – 100 oder 130% des Wiederbeschaffungswertes ausmacht, das Fahrzeug sechs Monate behalten wird und sich darüber hinaus bis 100% in einem verkehrssicheren Zustand befinden oder zwischen 100 und 130% die Reparatur umfassend und fachgerecht sein muss.

Eine Betätigung des Mobilitätsinteresses durch den Geschädigten ist jedoch schon dann gegeben, wenn es ihm nicht gerade auf das Behalten seines ihm vertrauten Fahrzeugs ankommt, aber immerhin darauf, mit irgend einem – eigenen – Fahrzeug mobil zu sein. Soll das Mobilitätsinteresse mehr als eine bloße Worthülse sein, dann wäre eine Abrechnung auf Basis des Wiederbeschaffungswertes nur berechtigt, wenn der Geschädigte auch wirklich an dieser Mobilität durch ein eigenes Fahrzeug interessiert ist – mit anderen Worten, wenn er irgend eine Restitutionsmaßnahme setzt.

Verzichtet er hingegen auf jegliche Restitution, bekundet er damit, dass es ihm auf die Mobilität durch ein eigenes Fahrzeug nicht ankommt. Das Fahrzeug war für ihn dann nicht mehr als ein Bestandteil seines Vermögens. Die körper-

liche Sache Kfz wird infolge des Verkehrsunfalls in Geld umgewandelt. Und bei Verzicht auf jegliche Restitution ist m. E. nicht einzusehen, warum dem Geschädigten die Umwandlung des Sachwertes Kfz in Geld auf der Basis eines fiktiven Wiederbeschaffungswertes zugestanden werden soll, hätte er doch bei Umwandlung des Sachwertes in Geld ohne den Unfall bloß den um die Händlerspanne von 10 bis 20% geringeren Veräußerungswert erzielt. Würde man auf den Veräußerungspreis bzw. den Händlereinkaufspreis abstellen, würde sich ein mehrwertsteuerliches Problem gar nicht stellen, weil die Veräußerung eines Kfz durch eine Privatperson nicht der Mehrwertsteuer unterliegt.

Die h. M. lässt indes eine Abrechnung auf Basis des Wiederbeschaffungswertes ohne jegliche Restitution zu. Nach der gesetzgeberischen Vorgabe des § 249 II 2 BGB ist dabei die Mehrwertsteuer zu kappen. Während das bei der Reparatur denkbar einfach ist, weil dafür ein fixer Satz gegeben ist, derzeit noch 16%, bald schon 19%, ist das beim Wiederbeschaffungswert anders. Abzustellen ist dabei auf die durchschnittlichen Verhältnisse. Das Vorbringen des Kl, dass eine Ersatzbeschaffung auch von einer Privatperson möglich wäre, weshalb jeglicher Abzug zu unterbleiben habe, war von vorneherein aussichtslos. Das würde dem § 249 II 2 BGB – jedenfalls bei der Totalschadensabrechnung – jeglichen Anwendungsbereich nehmen. Und gerade eine neuere Norm mit ohne weiteres erkennbarer rechtspolitischer Zielsetzung ist im Zweifel nicht so auszulegen, dass sie keinen Anwendungsbereich hat. Das ist ein Fundamentalprinzip der Methodenlehre!

Diskutabel ist dem gegenüber durchaus, wie ein solcher Durchschnittswert ermittelt wird. Der BGH hat sich dafür entschieden, dass der Tatrichter nicht gegen das ihm eingeräumte Ermessen im Rahmen des § 287 ZPO verstößt, wenn er auf das Überwiegen abstellt. Auszuklammern sind dabei die Fälle, in denen ein Fahrzeug typischerweise wegen seines hohen Alters nicht mehr bei einem Händler zu bekommen ist. Dafür ist die fehlende Aufnahme in die Schwacke-Liste ein deutliches Indiz. Der Wiederbeschaffungswert enthält dann keine Mehrwertsteuer. Ansonsten kommt es darauf an, ob der Gebrauchtwagenhändler ein solches Kfz typischerweise von einem vorsteuerabzugsberechtigten Unternehmer oder einer Privatperson erwirbt. Im ersten Fall enthält der Wiederbeschaffungswert 16% Mehrwertsteuer, im letzteren hingegen bloß 2% Differenzumsatzsteuer.

Der Vorzug der vom BGH gebilligten Lösung ist seine vermeintliche – Einfachheit. Es gibt bloß eine Schwarz-Weiß-Lösung: 16% oder 2%. Tertium non datur. Einfache Lösungen haben freilich mitunter den Nachteil, dass sie in Grenzfällen willkürlich sind. Im konkreten Sachverhalt könnte ein solcher Grenzfall vorliegen: Die zwei damit befassten Sachverständigen haben das Überwiegen der einen oder anderen Art der Besteuerung, nämlich Regelbesteuerung von 16% bzw. Differenzumsatzsteuer von 2% gegenteilig beurteilt. Egger (VA 2006, 132, 133) hat in der ihm eigenen Prägnanz diese Festlegung auf das Alles oder Nichts, wobei der Überhang womöglich bloß hauchdünn sein mag, als „Wimpernschlagentscheidung“ bezeichnet.

Solche Fälle eines bloß in homöopathischen Dosen messbaren Überwiegens kommen offenbar gar nicht so selten vor. Bei der vom BGH gebilligten Methode muss eine Festlegung erfolgen, für welchen Zeitraum man durchschnittliche Verhältnisse bildet und auch für welche Region. Schon geringfügige Änderungen des Zeithorizonts – das letzte Jahr oder das letzte halbe Jahr – oder die Einbeziehung nur einer bestimmten Gegend (auf die der Geschädigte bei der Anschaffung verwiesen wird) oder des gesamten Bundesgebietes (so die Erhebung der Schwacke-Liste) vermögen zu einem gegenteiligen Ergebnis führen. Es gilt die Devise hopp oder tropp, 16% oder 2%.

Ist das als Folge des gesetzgeberischen Dictums des § 249 II 2 BGB hinzunehmen oder gäbe es eine Alternative, die einerseits solche willkürlichen Entscheidungen vermeidet und andererseits dem Postulat der Praktikabilität genügt. Ich (Ch. Huber, NZV 2004, 105, 113 [Punkt 19]) habe vorgeschlagen, nach nunmehrigem Vorliegen des statistischen Materials durch die Schwacke-Listen (zuletzt Schwacke-Liste

Regel und Differenzbesteuerung I/2006) auf die Durchschnittswerte abzustellen. Wenn es so ist, dass die durchschnittliche Verteilung von Regel- zu Differenzbesteuerung bei einem bestimmten Fahrzeug in einem Jahr 51:49% beträgt und im folgenden 49:51%, dann geht diese Änderung bei diesem Bemessungsansatz im richterlichen Schätzungsmeressen des § 287 ZPO unter. Nach dem vom BGH gebilligten Ansatz hingegen ändert sich der Abzug von 16% auf 2%.

Der BGH hat diese Vorgangsweise wohl erwogen, sie aber mit dem Argument abgelehnt, dass es auf diese Weise dazu käme, dass dadurch doch wieder fiktive Mehrwertsteuer zuerkannt würde, was § 249 II 2 BGB gerade verhindern wollte. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass sowohl der Wiederbeschaffungswert selbst als auch die 2% Differenzumsatzsteuer, die sich mittlerweile als Faustformel durchgesetzt haben, gerade nach der „Durchschnittsmethode“ und nicht nach der „Überwiegenmethode“ ermittelt werden.

Der Wiederbeschaffungswert des Sachverständigen wird wohl so gebildet, dass ermittelt wird, zu welchem Preis ein bestimmtes Kfz von einer Mehrzahl von Händlern angeboten wird. Der vom Sachverständigen in seinem Gutachten angegebene Wert ist dann nicht der, den er am häufigsten gefunden hat unter Ausklammerung aller anderen Ergebnisse, sondern – hoffentlich – das arithmetische Mittel aller von ihm erkundeter Werte. Jede andere Vorgangsweise würde willkürlich anmuten, was an folgendem Beispiel verdeutlicht werden möge:

Der Sachverständige ermittelt zehn Werte: Viermal werden 10 000 € genannt, dreimal 9000 €, zweimal 8000 € und einmal 7000 €. In einem solchen Fall dürfte kein Zweifel bestehen, dass der Wiederbeschaffungswert nicht 10 000 € beträgt, nur weil dieser zufällig am häufigsten vorgekommen ist, nämlich viermal, sondern 9000 € nach dem gewichteten arithmetischen Mittel. Und ob der Wert 9000 € in der Wirklichkeit in dieser konkreten Höhe zufällig tatsächlich vorgekommen ist, darauf wird es gleichfalls nicht ankommen. Die Vorgangsweise bei Ermittlung der Differenzumsatzsteuer dürfte ganz ähnlich sein.

Gegen eine solche Durchschnittsbetrachtung könnten Praktikabilitätsgesichtspunkte ins Treffen geführt werden. Bei Anwendung der Durchschnittsmethode weiß man ex ante nie genau, welcher Prozentsatz im Einzelfall abzuziehen ist, während man nach dem vom BGH gebilligten Ansatz lediglich zwischen zwei Werten, nämlich 2 und 16%, zu wählen hat. Nachdem aber nun statistisch verlässliche Daten in Form der Schwacke-Liste vorliegen, ist dieses Argument vom Tisch. Ein Blick in diese führt zu einem sehr präzisen Ergebnis. Und wenn sich die Prozentsätze bei den einzelnen Fahrzeugen von einem Jahr zum anderen dann um Nuancen ändern, hat das für den jeweiligen Geschädigten bloß marginale Auswirkungen, sofern die Änderungen nicht überhaupt im richterlichen Ermessen des § 287 ZPO verschwimmen.

Es bleibt das Bedenken, dass durch den Zuspruch von Schadenersatz dem Geschädigten nicht Mehrwertsteuer zugebilligt werden soll, obwohl sie konkret nicht angefallen ist. Zielsetzung des § 249 II 2 BGB war die Entlastung der Haftpflichtversicherer bei fiktiver Abrechnung. Ob man nach der Überwiegenmethode oder der Durchschnittsmethode vorgeht, müsste für diese neutral sein, weil sie in einem Fall be-, im nächsten aber entlastet werden. Dass sie auf diesem Metier kundiger sind als die Geschädigten und deshalb häufiger die Oberhand behalten mögen, muss bei einer solchen Betrachtung ausgeklammert bleiben.

Auswirkungen, ob man nach der einen oder anderen Methode vorgeht, ergeben sich in erster Linie beim Geschädigten. Und für diesen könnte es ein Vorzug sein, wenn er durch einen schlechten Blick in die Schwacke-Liste von Anfang an präzise berechnen könnte, wie hoch der Abzug ist, und nicht kontradiktorischen Sachverständigenschätzungen ausgesetzt ist, die je nach Zeithorizont und regionaler Dimension sowie der zu Grunde gelegten Stichprobe einmal diesseits und jenseits des Jordans landen. Gerade wenn Durchschnittsbetrachtungen anzustellen sind, was sich bei § 249 II 2 BGB nicht vermeiden lässt, sollte man sich auf gewisse Pauschalierungen einlassen um den Preis der Vermeidung willkürlicher Ergebnisse. Auch dem Postulat der subjektiv-konkreten Schadens-

berechnung würde das in höherem Maße entsprechen. Da der BGH eine bestimmte Methode der Ermittlung ja nicht selbst dekretiert hat, sondern lediglich eine vom Tatrichter gewählte für nicht beanstandenswürdig angesehen hat, ist womöglich das letzte Wort zu diesem Problem noch nicht gesprochen.

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

4. Unfall durch „Schubsereien“ von Schülern im Omnibus

BGB §§ 823, 421; StVG §§ 7, 18; SGB VII §§ 2 I Nr. 8 b, 104-106

Wenn auf Grund einer „Schubserei“ unter Schülern, wie sie zuvor bereits häufig vorkam, bei der Fahrt zur Schule ein Schüler aus dem Bus fällt, sind Fahrer und Halter des Busses aus Verschulden haftbar. Der Haftungsumfang verringert sich jedoch nach den Regeln des „gestörten Gesamtschuldnerausgleichs“ um den Mithaftungsanteil der Schüler (hier: $\frac{1}{3}$), weil die „Schubserei“ schulbezogen war.

OLG Koblenz, Urt. v. 29. 5. 2006 – 12 U 1459/04

Zum Sachverhalt: Am 21. 11. 2001 gegen 7.25 Uhr fuhr der damals zehn Jahre alte Kl. zusammen mit etwa 70 weiteren Fahrgästen mit dem vom Bekl. zu 2 geführten Bus, dessen Halterin die Bekl. zu 1 war, von seinem Wohnort P. nach W. zur Schule. Dabei handelte es sich um eine Fahrt im Linienverkehr, jedoch waren zu dieser Zeit fast ausschließlich Schüler im Bus. Ca. 20 von ihnen, so auch der Kl., fanden keinen Sitzplatz mehr und standen überwiegend im Mittelbereich des Busses, wo sich die hintere Tür befand. Aus Gründen, die im Einzelnen im Streit sind, fiel der Kl. bei der Fahrt durch eine scharfe Linkskurve aus der teilweise geöffneten hinteren Tür; sein rechter Unterschenkel wurde sodann vom Hinterrad des Busses überrollt, was zu einer großflächigen Riss- und Quetschwunde führte. Der Mitschüler T fiel mit dem Oberkörper auch durch die Tür, blieb aber in ihr stecken und wurde wieder in den Bus hineingezogen.

Mit der vorliegenden Klage macht der Kl. materiellen Schaden in Höhe von 707,62 Euro nebst Zinsen geltend, außerdem ein angemessenes Schmerzensgeld, mindestens jedoch 12.500 Euro nebst Zinsen; des Weiteren verlangt er die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. für künftige Schäden. Die Bekl. beantragen die Klageabweisung. Der damalige Mitschüler M ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. als Streithelfer beigetreten. Der Kl. macht geltend, er sei aus dem Bus gefallen, weil andere Schüler auf ihn gestürzt seien und ihn dadurch gegen die Tür gedrückt hätten, die sich daraufhin geöffnet habe. Die hintere Ausstiegstür sei nicht ordnungsgemäß gegen das Öffnen zur Unzeit und auf Grund einfachen Drucks gesichert gewesen. Sollte es zu diesem Geschehen, wie die Bekl. behaupten, durch „Schubsereien“ der Schüler gekommen sein, hätten die Bekl. solche Vorfälle rechtzeitig unterbinden und die technische Beschaffenheit des Busses im Übrigen darauf einrichten müssen. Die Bekl. verweisen darauf, dass der Bus den zur Unfallzeit geltenden technischen Vorschriften entsprach, sehen den ausschlaggebenden Grund für den Unfall des Kl. in einer Rangelei unter den Schülern und gehen von einem erheblichen Mitverschulden des Kl. aus.

Das LG hat die in den Strafakten über den Vorfall erhobenen Beweise verwertet und ist auf dieser Grundlage in seinem Urteil zu der Auffassung gelangt, dass die Bekl. dem Kl. haften müssten, diesem selbst aber ein Mitverschuldensanteil von $\frac{1}{3}$ anzulasten sei. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Rechtsmittel des Kl. hatte einen geringfügigen, dasjenige der Bekl. keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Alle Bekl. haben gesamtschuldnerisch zu haften. Ein Mitverschulden des Kl. kann nicht angenommen werden, jedoch beschränkt sich die Schadensersatzpflicht der Bekl. auf eine Quote von $\frac{2}{3}$, weil die Regeln des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs eingreifen.

Die Erwägungen, die zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Bekl. führen (Bekl. zu 1: §§ 823 I, 831 BGB a. F., § 7 StVG a. F.; Bekl. zu 2: § 823 I BGB a. F., §§ 7, 18 StVG a. F.) hat das LG richtig dargelegt.

In diesem Zusammenhang hat es zunächst zutreffend festgestellt, dass die Ursache des Unfalls in einer unter den Schülern stattgehabten Schubserei zu suchen ist, welche in der Form stattfand, dass sich einige von den im Mittelbereich stehenden großen Schülern in einer scharfen Kurve absichtlich gegen andere Schüler fallen ließen, die daraufhin ihrerseits entweder absichtlich gegen weitere Mitschüler fielen oder aber ohne ihr Zutun gegen die anderen gedrückt wurden. Inwieweit sich dies aus den im Strafverfahren enthaltenen Zeugenaussagen ergibt, hat das LG genau dargelegt. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die Aussagen der auf die Anträge der Parteien vom Senat selbst vernommenen Zeugen T, S, J und N. Aus allen Bekundungen ist zum einen zu entnehmen, wie der Ausdruck „Schubserei“ im Rahmen des hier in Rede stehenden Ereignisses zu verstehen ist, und zum anderen, dass das Aufeinanderfallen mehrerer Schüler unmittelbar dazu geführt hat, dass sich die Tür des Busses öffnete und der Kl. herausfiel. Des Weiteren lassen die Schilderungen der ehemaligen Mitschüler keinen Zweifel daran, dass während der Fahrten zur Schule in dem beschriebenen Sinn regelmäßig geschubst wurde, die Schüler sich daraus ein Vergnügen machten und die Tür dabei auch schon vor dem hier in Rede stehenden Unfallgeschehen durch den Druck der gegen sie fallenden Personen manchmal ein Stück weit aufging. Es besteht kein Anlass, an der Richtigkeit der im Strafverfahren und vor dem Senat gemachten Aussagen zu zweifeln. Sie bestätigen sich gegenseitig, so dass sich für den Senat in voller Übereinstimmung mit dem LG eindeutig ein Gesamtbild dahin ergibt, dass im Rahmen der Gruppe von Schülern, die als zuletzt einsteigende regelmäßig im Mittelbereich stehen mussten, einige aus Spaß in den Kurven immer wieder mit dem Schubsen begannen, andere dabei mitmachten oder aber zwangsläufig gegen wiederum andere Schüler fielen, wobei sich zuweilen die Tür ein Stück weit öffnete. Dass sich dieser Zustand entwickeln und andauern konnte, gereicht den Bekl. zu 1 und 2 zum Verschulden.

Es kann nicht angenommen werden, dass der Bekl. zu 2 als regelmäßiger Fahrer des Busses hiervon nie etwas bemerkt hat. Wäre seine entsprechende Angabe entgegen aller Lebenserfahrung zutreffend, so müsste ihm vorgehalten werden, dass er angesichts dieses erwiesenermaßen über einen längeren Zeitraum hinweg sich häufig wiederholenden Schülervergnügens etwas hätte wahrgenommen haben müssen, zumal es dabei sicherlich nicht lautlos zugeht. Dabei kommt es nicht auf die von den Bekl. in den Raum gestellte Frage an, ob das rote Warnlämpchen am Fahrerpult leuchtet, wenn die hintere Türflügel ohne Druckluftabbau allein mit Körperkraft aufgedrückt werden. Der Ausstiegsbereich, in dem die Schüler standen und ihre Schubsereien durchführten, ist mit an der Busdecke befestigten Spiegeln versehen, und der Bekl. zu 2 war angesichts der großen Menge unreifer Jugendlicher in seinem Bus in besonderem Maße gehalten, darauf zu achten, dass diese keine die Verkehrssicherheit gefährdenden Verhaltensweisen an den Tag legten. Hätte der Bekl. zu 2 auf die Spiegel geachtet und allgemein auf das Treiben im Bus, das sicherlich auch mit entsprechenden Geräuschen begleitet war, so hätte er rechtzeitig auf das Geschubse aufmerksam werden und Maßnahmen ergreifen können, um ein solches Verhalten zu unterbinden. Dass es sich hier nicht etwa um ein einzelnes Vorkommen handelte, ist erwiesen. Dafür, dass irgendwelche möglichen Abhilfemaßnahmen, wie sie das LG im Einzelnen aufgeführt hat, wenigstens versucht wurden, ist nichts vorgetragen.

Die Bekl. zu 1 als Halterin des Busses muss sich zwar nicht vorhalten lassen, ihren Bus technisch nicht einwandfrei ausgerüstet oder gewartet zu haben, wie das LG auch zutreffend ausführt. Eine zusätzliche mechanische Türsicherung war für den lediglich im Linienverkehr eingesetzten Bus nicht erforderlich. Dennoch musste auch die Bekl. zu 1 beachten, dass gerade bei der hier in Rede stehenden Fahrt fast ausschließlich Kinder und Jugendliche auf dem Schulweg befördert wurden. Nach eigenem Vorbringen war gerade zu diesem Zweck eine Fahrt zu der Zeit zwischen 7.00 und 8.00 Uhr morgens eingerichtet worden. Auf die sich spezifisch hieraus ergebenden Gefahren musste die Bekl. zu 1 ein Augenmerk haben und Maßnahmen ergreifen, die die Entwicklung gefährlicher Verhaltensweisen ausschloss. Dies entsprach ihrer eigenen Organisations- und Aufsichtspflicht (§ 823 I BGB a. F.). Auch hat die Bekl. zu 1 nichts dazu vorgetragen, dass

Umsatzsteuerabzug vom fiktiven Kfz-Wiederbeschaffungswert

BGB § 249II 2

1. Zur Frage, welcher Umsatzsteueranteil vom Brutto-Wiederbeschaffungswert eines unfallbeschädigten Kraftfahrzeugs in Abzug zu bringen ist, wenn keine Ersatzbeschaffung vorgenommen wird.

2. Die Orientierung des Tatrichters an der nach überwiegender Wahrscheinlichkeit zu zahlenden Umsatzsteuerhöhe für den Kauf des Ersatzfahrzeugs auf dem Gebrauchtwagenmarkt ist nicht zu beanstanden. (Leitsatz 2 von der Redaktion)

BGH, *Urteil* vom 9. 5. 2006 - VI ZR 225/05 (LG Hechingen)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den bekl. Haftpflichtversicherer auf restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall vom 24. 2. 2004 in Anspruch, bei dem an seinem Pkw wirtschaftlicher Totalschaden entstand. Die volle Haftung der Bekl. für den Unfallschaden steht außer Streit. In einem vom Kl. vorprozessual eingeholten Gutachten ermittelte ein Sachverständiger den Restwert des Unfallfahrzeugs, eines VW Golf TDI, Erstzulassung 2001, mit 4255 Euro und den Wiederbeschaffungswert mit 12800 Euro brutto, wobei er davon ausging, dass entsprechende Fahrzeuge im Kfz-Handel überwiegend differenzbesteuert mit einem Mehrwertsteueranteil von circa 2% angeboten werden. Der Kl. hat keine Ersatzbeschaffung vorgenommen und mit der Bekl. auf Grundlage des Sachverständigengutachtens abgerechnet. Die Bekl. ist jedoch bei der Schadensregulierung von einem Mehrwertsteueranteil von 16% ausgegangen und hat den Netto-Wiederbeschaffungswert auf dieser Grundlage errechnet. Mit der vorliegenden Klage macht der Kl. den Differenzbetrag geltend, der sich aus den beiden Berechnungsmethoden ergibt.

Das AG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das LG das erstinstanzliche Urteil entsprechend abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Die zugelassene Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

[4] I. Das BerGer. hat zwar mit dem AG bei der Ermittlung des Netto-Wiederbeschaffungswerts des unfallbeschädigten Fahrzeugs entscheidend darauf abgestellt, ob ein entsprechendes Fahrzeug auf dem Gebrauchtwagenmarkt überwiegend mit 16% Umsatzsteuer regelbesteuert oder mit circa 2% differenzbesteuert gehandelt wird. Es hat sich jedoch nach Anhörung eines weiteren Sachverständigen die Überzeugung gebildet, dass das unfallbeschädigte Fahrzeug des Kl. zum Unfallzeitpunkt überwiegend regelbesteuert angeboten worden sei. An dieser vom AG abweichenden Feststellung hat es sich nicht durch eine Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem AG gehindert gesehen, dass die Feststellungen in dem vom Kl. vorgelegten und seinem Vortrag zu Grunde gelegten Schadensgutachten nicht bestritten würden. Es meint, der in der mündlichen Verhandlung nach wie vor bestehende Streit zwischen den Parteien über die Abzugsfähigkeit von 2% oder 16% Umsatzsteuer wäre von Seiten der Bekl. sinnlos gewesen, wenn mit der entsprechenden Erklärung zum Schadensgutachten auch der Tatsachenvortrag des Kl. zur überwiegenden Differenzbesteuerung des Fahrzeugs habe zugestanden werden sollen.

[5] II. Das Urteil des BerGer. hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

[6] 1. Da das schädigende Ereignis nach dem 31. 7. 2002 eingetreten ist, bestimmt sich die Ersatzpflicht der Bekl. gem. Art. 229 § 81 EGBGB nach den Vorschriften der §§ 249ff. BGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher 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 (§ 249II 2 BGB). Dies gilt auch im Falle eines wirtschaftlichen Totalschadens (vgl. *Senat*, NJW 2005, 2220 = VersR 2005, 994; BGHZ 158, 388 [389] = NJW 2004, 1943; NJW 2004, 2086 = VersR 2004, 927 [928]).

[7] a) Will der Geschädigte seinen Schaden fiktiv auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens abrechnen, ist von einem dort angegebenen Brutto-Wiederbeschaffungswert eine darin enthaltene **Umsatzsteuer abzuziehen**. Hierfür hat der Tatrichter zu klären, ob solche Fahrzeuge üblicherweise auf dem

Gebrauchtwagenmarkt nach § 10 UStG regelbesteuert oder nach § 25a UStG differenzbesteuert oder von Privat und damit umsatzsteuerfrei angeboten werden (vgl. *Senat*, NJW 2005, 2220). Dabei ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn sich der Tatrichter im Rahmen der Schadensschätzung i.S. des § 287 ZPO an der überwiegenden Wahrscheinlichkeit orientiert, mit der das Fahrzeug diesbezüglich auf dem Gebrauchtwagenmarkt gehandelt wird.

[8] b) Der von der Revision im Anschluss an eine Entscheidung des *OLG Köln* (NJW 2004, 1465) vertretenen Auffassung, auch bei einem überwiegend regelbesteuert gehandelten Unfallfahrzeug könne der Geschädigte aus Gründen der Dispositionsfreiheit nicht darauf verwiesen werden, ein solches Fahrzeug zu erwerben, vielmehr könne er ebenso ein differenzbesteuertes Fahrzeug anschaffen, kann nicht gefolgt werden.

[9] Im Rahmen der gebotenen „subjektbezogenen Schadensbetrachtung“ kann es dem Geschädigten zwar 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 als

BGH: Umsatzsteuerabzug vom fiktiven Kfz-Wiederbeschaffungswert (NZV 2006, 462)

463 ▲

die statistisch wahrscheinlichste bezeichnet hat (vgl. *Senat*, NJW 2005, 2220). **Erwirbt der Geschädigte tatsächlich ein Ersatzfahrzeug** zu einem Preis, der dem in einem Sachverständigengutachten ausgewiesenen Brutto-Wiederbeschaffungswert des unfallbeschädigten Kraftfahrzeugs entspricht oder diesen übersteigt, kann er im Wege **konkreter** Schadensabrechnung die Kosten der Ersatzbeschaffung bis zur Höhe des Brutto-Wiederbeschaffungswerts des unfallbeschädigten Kraftfahrzeugs - unter Abzug des Restwerts - 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 (*Senat*, NJW 2005, 2220).

[10] **Verzichtet** jedoch der Geschädigte - wie im Streitfall - **auf eine Ersatzbeschaffung** und fällt tatsächlich keine Umsatzsteuer an, dann ist eine solche im Rahmen einer fiktiven Schadensabrechnung auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens nach der gesetzlichen Neuregelung des § 249II 2 BGB nicht ersatzfähig, weil diese Vorschrift insoweit die Dispositionsfreiheit begrenzt (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Dr 14/7752, S. 23). Der Rechtsstandpunkt der Revision hätte im Ergebnis zur Folge, dass auch ein Abzug eines 2%-igen Umsatzsteueranteils bei überwiegender Differenzbesteuerung zu unterbleiben hätte, wenn die Möglichkeit bestünde, dass der Geschädigte ein gleichwertiges Fahrzeug umsatzsteuerfrei von Privat erwirbt. Da diese Möglichkeit, mag sie im Einzelfall auch noch so gering sein, theoretisch immer besteht, wäre der Anwendbarkeit der gesetzlichen Neuregelung des § 249II 2 BGB bei der fiktiven Schadensabrechnung die Grundlage entzogen.

[11] c) Steht mit der für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit fest, dass ein **Ersatzfahrzeug** auf dem Gebrauchtwagenmarkt überwiegend **regelbesteuert** erworben werden kann, beschränkt sich der bei der fiktiven Schadensabrechnung vorzunehmende Abzug der Umsatzsteuer auch nicht - wie die Revision hilfsweise meint - auf einen Mittelwert aus dem Marktanteil der Regel- und dem der Differenzbesteuerung (vgl. *Huber*, NZV 2004, 105). Damit ließe sich zwar rechnerisch ein durchschnittlicher „Netto-Wiederbeschaffungswert“ ermitteln. Dieser läge jedoch über dem Wert, den das BerGer. im Rahmen seiner Schadensschätzung als überwiegend wahrscheinlich erachtet hat und würde deshalb einen fiktiven Umsatzsteueranteil enthalten, der nach der gesetzlichen Neuregelung nicht erstattungsfähig ist (vgl. *Senat*, NJW 2006, 285 = VersR 2006, 238 [239]).

[12] 2. Entgegen der Auffassung der Revision war das BerGer. auch **nicht** durch ein **erstinstanzliches Geständnis** der Bekl. nach §§ 288, 535 ZPO gehindert, eine von dem erstinstanzlichen Urteil abweichende Feststellung zur wahrscheinlichen Umsatzsteuer bei Ersatzbeschaffung zu treffen.

[13] a) Die Frage, ob ein Geständnis gem. §§ 288I, 289II ZPO vorliegt, ist revisionsrechtlich uneingeschränkt nachprüfbar (vgl. *Senat*, NJW 2001, 2550 = VersR 2001, 1442 [1443] m.w. Nachw.). Als gerichtliches Geständnis ist die innerhalb des Rechtsstreits abgegebene Erklärung einer Partei anzusehen, dass eine vom Gegner behauptete, ihr im Rechtssinne ungünstige Tatsache wahr sei. Nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* kann die **Erklärung**, eine tatsächliche **Behauptung des Gegners** werde **nicht bestritten**, als Geständnis nur gewertet werden, wenn **weitere Umstände** hinzutreten, die den Schluss auf ein Geständnis nahe legen (vgl. *BGH*, NJW 1983, 1496 = WM 1983, 448 [449]; NJW 1994, 3109 = MDR 1995, 90; NJW-RR 1996, 1044; NJW-RR 2005, 1297 m.w. Nachw.). Derartige Umstände, die auf einen Geständniswillen der Bekl. hindeuten, zeigt die Revision aber

nicht auf.

[14] b) Vielmehr lässt unter den Umständen des vorliegenden Falles die Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Bekl. in der mündlichen Verhandlung vom 24. 2. 2005 vor dem AG, dass die Feststellung in dem Schadensgutachten vom 5. 8. 2004 nicht bestritten werde, kein Geständnis i.S. des § 288 ZPO erkennen. Insbesondere spricht das weitere Prozessverhalten der Bekl. - worauf das BerGer. zutreffend abgestellt hat - gegen die Annahme, dass die Behauptung eines überwiegend differenzbesteuerten Handels vergleichbarer Ersatzfahrzeuge auf dem Gebrauchtwagenmarkt zugestanden werden sollte. Aus dem erstinstanzlichen Urteil ergibt sich, dass die Parteien in der mündlichen Verhandlung trotz der besagten Erklärung nach wie vor über die Abzugsfähigkeit von 2% oder 16% Umsatzsteuer vom Brutto-Wiederbeschaffungswert gestritten haben. Ein solcher Streit wäre aber, wie das BerGer. zutreffend erkannt hat, auf der Grundlage der Rechtsauffassung des AG auf Seiten der Bekl. sinnlos gewesen, wenn sie den Tatsachenvortrag des Kl. zur Differenzbesteuerung hätte zugestehen wollen. Gegen die Annahme eines Geständnisses spricht letztlich auch entscheidend die Tatsache, dass das AG, vor dem die umstrittene Erklärung abgegeben wurde, in seinem Urteil selbst nicht von einem Geständnis ausgegangen ist, sondern ausgeführt hat, das als qualifizierter Parteivortrag zu bewertende Vorbringen des Kl. zur überwiegenden Differenzbesteuerung des Fahrzeugs sei beklagtenseits nicht, jedenfalls nicht substantiiert, bestritten worden.

Anm. d. Schriftltg.:

Zu *BGH*, NJW 2005, 2220, vgl. die Besprechung von *Heinrich*, NJW 2005, 2749.