



Anmerkung zu:	BGH 6. Zivilsenat, Urteil vom 13.09.2016 - VI ZR 654/15	Quelle:	
Autor:	Prof. Dr. Christian Huber	Normen:	§ 10 UStG 1980, § 25a UStG 1980, § 242 BGB, § 249 BGB, § 287 ZPO
Erscheinungsdatum:	11.01.2017	Fundstelle:	jurisPR-VerkR 1/2017 Anm. 1
		Herausgeber:	Jörg Elsner, LL.M., RA und FA für Verkehrsrecht und Versicherungsrecht Dr. Klaus Schneider, RA und FA für Verkehrsrecht und Versicherungsrecht
		Zitiervorschlag:	Huber, jurisPR-VerkR 1/2017 Anm. 1 

Fiktive Totalschadensabrechnung und Differenzumsatzsteuer bei § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB

Leitsätze

- 1. Zur Berechnung des bei fiktiver Schadensabrechnung vom Brutto-Wiederbeschaffungswert eines unfallbeschädigten Kraftfahrzeugs in Abzug zu bringenden Umsatzsteueranteils (Anschluss BGH, Urt. v. 09.05.2006 - VI ZR 225/05 - VersR 2006, 987).**
- 2. Wählt der Geschädigte den Weg der fiktiven Schadensabrechnung, ist die im Rahmen einer Ersatzbeschaffung angefallene Umsatzsteuer nicht ersatzfähig. Eine Kombination von fiktiver und konkreter Schadensabrechnung ist insoweit unzulässig (Anschluss BGH, Urt. v. 30.05.2006 - VI ZR 174/05 - VersR 2006, 1088 Rn.11).**

Orientierungssatz zur Anmerkung

Der vorsteuerabzugsberechtigte Geschädigte kann selbst bei Tätigen eines Deckungskaufes mit Ausweis der Umsatzsteuer in Höhe von 19% die im Wiederbeschaffungswert enthaltene Differenzumsatzsteuer nicht ersetzt verlangen.

A. Problemstellung

Durch das 2. SchadensersatzrechtsänderungsG sollte der Ersatz fiktiver Umsatzsteuer unterbunden werden, die fiktive Kfz-Sachschadensabrechnung im Übrigen aber aufrechterhalten bzw. deren „Fortbildung“ der BGH-Rechtsprechung überantwortet werden. Die Kappung der Umsatzsteuer hatte zur Folge, dass sich Auswirkungen lediglich bei nicht vorsteuerabzugsberechtigten Verbrauchern ergaben, weshalb gegen diese Gesetzesänderung kein Widerstand der Wirtschaft gegeben war. Die vorliegende Entscheidung macht deutlich, dass es in ausgerissenen Ausnahmefällen auch anders sein kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die 100%ige Einstandspflicht des gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherers steht außer Streit. Der Kfz-Sachverständige schätzte beim vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten den Bruttowiederbeschaffungswert auf 7.400 Euro, den Restwert auf netto 1.134,45 Euro. Der Geschädigte schaffte

ein Ersatzfahrzeug bei einem Händler zu einem Preis von 5.800 Euro an, der 926,05 Euro Umsatzsteuer enthielt. Einigkeit besteht darüber, dass der vom Kfz-Sachverständigen geschätzte Bruttowiederbeschaffungswert 2,4% Differenzumsatzsteuer enthielt. Der Beklagte zog ungeachtet dessen vom Bruttowiederbeschaffungswert 19% Umsatzsteuer ab und zahlte die Differenz zwischen den Nettogrößen Wiederbeschaffungswert und Restwert i.H.v. 5.084 Euro.

Das Amtsgericht hatte von dem unter Berücksichtigung der Differenzumsatzsteuer ermittelten Nettowiederbeschaffungswert von 7.226,56 Euro (7.400 Euro = 102,4%, somit Differenzumsatzsteuer 173,44 Euro) den Nettoestwert von 1.134,45 Euro abgezogen und einen Wiederbeschaffungsaufwand von 6.092,11 Euro errechnet. Es hat nach Zahlung von 5.084,04 Euro durch die Beklagte die Differenz von 1.008,07 Euro zugesprochen. Das Landgericht hatte lediglich 336,90 Euro zuerkannt, weil es den vom Gutachter ermittelten Wiederbeschaffungswert um die im Fahrzeugwerb enthaltene Umsatzsteuer von 926,05 Euro gekürzt hatte. Mit der Revision begehrte der Kläger über den vom Amtsgericht zugesprochenen Betrag hinaus weitere 926,05 Euro Restwiederbeschaffungsaufwand.

Der BGH hat der Revision des Klägers teilweise stattgegeben.

Zutreffend sei die Verweigerung des Ersatzes von Umsatzsteuer, soweit sie nicht angefallen sei; das Landgericht habe aber nicht beachtet, dass der Kläger den Schaden fiktiv abgerechnet habe. Deshalb sei die vom Bruttowiederbeschaffungswert abzuziehende Umsatzsteuer nicht nach dem tatsächlich erfolgten Erwerb, sondern aus einem fiktiven Ersatzbeschaffungsgeschäft zu berechnen. Vom Tatrichter sei zu klären, ob solche Fahrzeuge üblicherweise regelbesteuert nach § 10 UStG oder differenzbesteuert nach § 25a UStG oder von Privat und damit umsatzsteuerfrei angeboten werden. Nicht zu beanstanden sei, wenn sich der Tatrichter bei der Schadensschätzung (§ 287 ZPO) an der überwiegenden Wahrscheinlichkeit orientiere (BGH, Urte. v. 09.05.2006 - VI ZR 225/05 - RuS 2006, 303; Lemcke, RuS 2006, 304). Daraus ergebe sich der vom Amtsgericht zugesprochene Betrag von 1.008,07 Euro. Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision (Beklagte) komme es auf die Vorsteuerabzugsberechtigung des Klägers nur bei der Berechnung des Nettoestwerts des Unfallfahrzeuges an, nicht aber dessen Nettowiederbeschaffungswert. Nicht erheblich sei, dass die bei der Differenzbesteuerung im fiktiven Bruttowiederbeschaffungswert enthaltene fiktive Umsatzsteuer von der Möglichkeit des Vorsteuerabzuges nicht erfasst würde (BGH, Beschl. v. 25.11.2008 - VI ZR 245/07 - NZV 2009, 134).

Der Geschädigte könne die aufgewendete Umsatzsteuer nicht ersetzt verlangen, weil er vorsteuerabzugsberechtigt sei. Dazu komme, dass er sich für die fiktive Abrechnung entschieden habe, an der er sich festhalten lassen müsse, wenn die konkreten Kosten der Ersatzbeschaffung unter Einbeziehung der geltend gemachten Nebenkosten den ihm aufgrund der fiktiven Schadensabrechnung zustehenden Betrag nicht überstiegen. Eine Kombination von fiktiver und konkreter Berechnung sei unzulässig. Auf die umstrittene Frage, ob bei fiktiver Abrechnung von Reparaturkosten unter Umständen die tatsächlich aufgewendete Umsatzsteuer neben den vom Sachverständigen ermittelten Netto-Reparaturkosten ersetzt verlangt werden könne, wenn sich der Geschädigte mit einer Eigen-, Teil- oder Billig-Reparatur zufrieden gebe (dazu BGH, Urte. v. 03.12.2013 - VI ZR 24/13 - RuS 2014, 98; Lemcke, RuS 2014, 99), komme es hier nicht an. Solche Fallgestaltungen seien schon deshalb nicht vergleichbar, weil die verkehrssichere Teil-Reparatur nach der Rechtsprechung des BGH unter Umständen gerade Voraussetzung der Abrechenbarkeit von fiktiven Reparaturkosten sei (BGH, Urte. v. 29.04.2008 - VI ZR 220/07 - NZV 2008, 391; BGH, Urte. v. 29.04.2003 - VI ZR 393/02 - BGHZ 154, 395). Überstiegen - wie hier nicht - die konkreten Kosten der nachträglich vorgenommenen Ersatzbeschaffung einschließlich der Nebenkosten wie tatsächlich angefallener Umsatzsteuer den aufgrund der fiktiven Abrechnung zustehenden Betrag, bliebe es dem Geschädigten unbenommen, zu einer konkreten Berechnung auf der Grundlage der Ersatzbeschaffung überzugehen.

C. Kontext der Entscheidung

1. Der Gesetzgeber hatte im Vorfeld des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes erwogen, bei Unterbleiben der Reparatur in einer Fachwerkstätte die Lohnnebenkosten des Arbeitskräfteeinsatzes herauszurechnen; das wäre eine überaus anspruchsvolle betriebswirtschaftliche Aufgabe gewesen, die zwar mit den Mitteln der Kostenrechnung zu bewältigen, aber überaus kompliziert gewesen wäre (Huber, Gedanken zum 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20, 22). Entschieden hat man sich für die vermeintlich einfache Variante der Kappung der Umsatzsteuer (Huber, Das neue Schadensersatzrecht, 2004, § 1 Rn 24: Prognose der Komplexität in Detailfragen - hat sich bewahrt). Wie kompliziert auch das noch ist, belegen ca. zwei Dutzend BGH-Entscheidungen, die sich

seit Inkrafttreten mit Detailfragen befasst haben. Jeweils geht es um überschaubare Beträge; da die Regulierung von Kfz-Sachschäden ein Massengeschäft ist, wird um jeden Cent gestritten – und das bis zum BGH.

2. Warum ist das so kompliziert? Das hängt mit der Differenzbesteuerung zusammen. Erwirbt ein Händler von einer Privatperson ein Fahrzeug und veräußert er es weiter, würde nach allgemeinen Regeln des USt-Rechts der Verkaufserlös des Händlers mit 19% Umsatzsteuer belastet. Das stellt einerseits einen Wettbewerbsnachteil für den Händler im Vergleich zu den Angeboten von Privatpersonen dar; andererseits hat es zu wenig wünschenswerten Umgehungsstrukturen geführt, indem der Händler ein Gebrauchtfahrzeug nicht selbst ankauft und verkauft, sondern für den ursprünglich Verkäufer, jedenfalls auf dessen Rechnung veräußert. Deshalb hat der Gesetzgeber mit der Differenzbesteuerung den Gordischen Knoten zerschlagen und die Umsatzsteuer auf die Handelsspanne beschränkt. Um dem konkreten Kunden nicht auf die Nase binden zu müssen, wie hoch die Handelsspanne konkret beträgt (das Prozentrechnen ist nämlich eine durchaus weit verbreitete Fertigkeit), ist vom offenen Ausweis abzusehen.

3. Die Zielsetzung des Gesetzgebers des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB war es, die fiktive Abrechnung namentlich bei Kfz-Schäden weniger attraktiv zu machen, indem der Geschädigte zwar weiterhin auf Gutachtensbasis abrechnen konnte; ohne Vorlage einer die Umsatzsteuer enthaltenden Rechnung war diese auch nicht ersatzfähig. So gut, so einfach. Das gilt auch noch für den Grundsatz, dass die Kappung der Umsatzsteuer bei fiktiver Abrechnung nicht allein bei der Reparaturkosten-, sondern auch der Totalschadenabrechnung anzuwenden war. Die Probleme beginnen bei Bezugnahme auf den Wiederbeschaffungswert damit, dass der Sachverständige sich auch dazu äußern musste, ob ein Fahrzeug überwiegend regelbesteuert, differenzbesteuert oder von Privat angeboten wird. Der BGH (BGH, Urt. v. 09.05.2006 - VI ZR 225/05) betont dabei, dass es zu billigen ist, wenn der Tatrichter insoweit auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit abstellt. Das ist vermeintlich einfach, kann aber im Einzelfall zu willkürlichen Ergebnissen führen, wenn die Ergebnisse an der Kippe liegen (Huber, NZV 2006, 576). Der BGH hat freilich so entschieden, weshalb das als Judiz hinzunehmen ist. Das mechanische Abstellen auf die größte Verbreitung stößt aber insofern auf Bedenken, wenn sich ergeben sollte, dass die Mehrheit eines Modells und Baujahr in einer bestimmten Region von Privat erworben wird, obwohl es ein ausreichendes Angebot bei einem Händler gibt. Der Wiederbeschaffungswert ist nach herrschender Rechtsprechung (statt vieler BGH, Urt. v. 01.03.2005 - VI ZR 91/04 - NZV 2005, 512) derjenige, der bei Erwerb bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler anfällt; dann ist es aber merkwürdig, dass für die Kappung der Umsatzsteuer diese Maxime verlassen wird. Das ist zumindest widersprüchlich. Angemessen wäre m.E., auf ein ausreichendes Angebot bei einem Händler solange abzustellen, solange es ein solches gibt; nur, wenn es ein bestimmtes Gefährt nur noch auf dem Privatmarkt gibt oder nur ganz vereinzelt bei einem Händler, bleibt nichts anderes übrig, als auf die Verhältnisse auf dem Privatmarkt abzustellen.

4. Kommt es schon bei der Ermittlung des Wiederbeschaffungswertes auf die Unterscheidung zwischen Regelbesteuerung, Differenzbesteuerung und Erwerb von einer Privatperson an, bei der keine Umsatzsteuer anfällt, ist diese Differenzierung grundsätzlich auch beim Deckungsgeschäft beachtlich. Was im ersten Schritt an im Wiederbeschaffungswert steckender Umsatzsteuer „herausgerechnet“ worden ist, kann im zweiten Schritt durch die im Deckungskauf enthaltene Umsatzsteuer wieder „aufgefüllt“ werden. Und hier ist namentlich folgende Konstellation problemträchtig: Der Wiederbeschaffungswert ist regelbesteuert, der Deckungskauf enthält aber nur eine Differenzbesteuerung. Im zugespitzten Fall erwirbt der Geschädigte nahezu das gleiche Fahrzeug (von einem Händler) zum gleichen Preis wie das, das beschädigt bzw. zerstört worden ist; allein der Umstand, dass das beeinträchtigte regelbesteuert, das als Ersatz erworbene aber differenzbesteuert ist, führt bei mechanischer Anwendung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB zu einer Einbuße beim Geschädigten, weil die Kappung der Umsatzsteuer i.H.v. 19% nur durch die Differenzumsatzsteuer i.H.v. 2 bis 3% aufgefüllt wird. Das hat der BGH (Urt. v. 01.03.2005 - VI ZR 91/04; BGH, Urt. v. 15.11.2005 - VI ZR 26/05; BGH, Urt. v. 09.05.2006 - VI ZR 225/05) freilich als unbillig angesehen und für den Fall, dass der aufgewendete Ersatzbetrag höher ist als der Bruttowiederbeschaffungswert, ausgesprochen, dass dann keine Kappung der Umsatzsteuer vorzunehmen sei, egal auf welche Weise die Ersatzbeschaffung erfolgt; und sei es von einer Privatperson. Der BGH bezeichnet dies dann als konkrete Abrechnung. Lemcke (RuS 2013, 519 f.) ergänzt das durch den ihm eigenen Scharfsinn um die Variante, dass der beim Deckungskauf aufgewendete Betrag nicht den Bruttowiederbeschaffungswert erreicht oder übersteigt, sondern sich zwischen Nettowiederbeschaffungswert und Bruttowiederbeschaffungswert bewegt. In einem solchen Fall soll die aufgewendete Umsatzsteuer bis zur Grenze der im Bruttowiederbeschaffungswert enthaltenen Umsatzsteuer ersatzfähig sein.

So sehr das Ergebnis überzeugt, so wenig ist es durch Bezugnahme auf die konkrete Abrechnung zu begründen. Wenig nachvollziehbar ist nämlich, weshalb die Konkretetheit der Abrechnung davon abhängig sein soll, ob der Geschädigte einen Deckungskauf tätigt, der den Grenzwert erreicht oder 1 Euro darunter liegt, sei es nun der Netto- oder Bruttobeschaffungswert. Man kann das sogar auf die Spitze treiben: Ein Ersatzfahrzeug, das gerade 1 Euro weniger kostet als das beschädigte bzw. zerstörte, stellt eine viel höhere Annäherung an den Status quo ante dar als ein Neufahrzeug, dessen Anschaffung im Reinvestitionszyklus vorgezogen wird, was der BGH mit Urteil vom 01.03.2005 (VI ZR 91/04 - NZV 2005, 512) – zu Recht – auch noch als Anschaffung eines gleichwertigen Fahrzeuges qualifiziert hat. Begründen lässt sich das gefundene Ergebnis vielmehr unter Bezugnahme auf den Telos der Norm, Anreize zu setzen, um die fiktive Abrechnung weniger attraktiv zu machen, dieser Telos aber aus Billigkeitsgründen in der beschriebenen Konstellationen nicht erreicht wird. Wollte man das Ergebnis mit einer Norm „garnieren“, könnte eine Berufung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) erfolgen.

5. Im konkreten Sachverhalt geht es um eine durchaus vergleichbare Konstellation: Der – dieses Mal vorsteuerabzugsberechtigte – Geschädigte schafft ein Ersatzfahrzeug an, das betraglich unter dem Wiederbeschaffungswert bleibt und muss eine Einbuße hinnehmen, weil der vom Sachverständigen ermittelte Wiederbeschaffungswert eine Differenz-Umsatzsteuer enthält, der Geschädigte aber ein Deckungsgeschäft tätigt, bei dem der Händler die Umsatzsteuer offen ausweist. In concreto ist somit beim Deckungsgeschäft ein viel höherer USt-Betrag angefallen als die im Wiederbeschaffungswert enthaltene Differenzumsatzsteuer. Die Kappung der Differenzumsatzsteuer erfolgt, weil der Geschädigte vorsteuerabzugsberechtigt ist; die an den Händler gezahlte Umsatzsteuer ist darauf nicht verrechenbar, weil der Geschädigte sie als Vorsteuer wieder abziehen kann. Hätte er ein differenzbesteuertes Fahrzeug erworben, wäre ihm diese Einbuße erspart geblieben, weil er diese – auch als vorsteuerabzugsberechtigter Unternehmer – nicht hätte abziehen können. Bei rein mechanischer Subsumtion unter § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die BGH-Entscheidung wiederum zutreffend. Normative Gründe sprechen indes für eine Korrektur:

Solche ausgerissenen Konstellationen standen nicht im Fokus der Gesetzesänderung. Und kaum ein Geschädigter achtet bei der Ersatzbeschaffung darauf, ob und in welcher Höhe Umsatzsteuer ausgewiesen ist. Im Regelfall geht es um die Qualität des Fahrzeuges, nicht aber Modalitäten des USt-Ausweises in der Rechnung. Der Umstand, dass der Geschädigte einen Deckungskauf tätigt, im Wiederbeschaffungswert aber bloß Differenzumsatzsteuer enthalten ist, soll ihm nicht auf den Kopf fallen, will heißen, dazu führen, dass er weniger erhält als seine Einbuße, also den Wiederbeschaffungswert als Ausgangsgröße der Totalschadensabrechnung. Auch in der unter 4. beschriebenen Konstellation hat der BGH Konzessionen aus Billigkeitsgründen gemacht. Hier sind sie nicht weniger angebracht. Unter Berufung auf die Vorentscheidung vom 25.11.2008 (VI ZR 245/07 - NZV 2009, 134) verweist der BGH darauf, dass es nicht erheblich ist, dass die qua Differenzbesteuerung im (fiktiven) Brutto-Wiederbeschaffungswert enthaltene (fiktive) Umsatzsteuer von der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs nicht erfasst würde, weil die fiktive Umsatzsteuer nach § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB von vorneherein nicht zu erstatten ist.

Hier dürfte der VI. Senat des BGH Opfer eines terminologischen Missverständnisses geworden sein: Die im Wiederbeschaffungswert enthaltene Differenzumsatzsteuer ist keine fiktive, sondern eine „reale“ oder „konkrete“. Hätte es sich um einen nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten gehandelt, wäre einer „Verrechnung“ nichts im Weg gestanden; Entsprechendes gilt bei Erwerb eines Fahrzeugs mit Differenzumsatzsteuer durch einen vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten. Zudem lag der Vorentscheidung, auf die Bezug genommen wurde, der gerade spiegelverkehrte Sachverhalt zugrunde, dass der Wiederbeschaffungswert eine Regelbesteuerung von 19% Umsatzsteuer aufwies, der vorsteuerabzugsberechtigte Geschädigte aber ein Kfz erwarb, das Differenzumsatzsteuer enthielt.

6. Das Ergebnis wäre damit – wenn auch wie dargestellt angreifbar – festgestanden. Dann schiebt der VI. Senat des BGH aber eine Begründung nach, ein obiter dictum, das (für künftige Fälle) eine weitere Differenzierung vornimmt. Er spricht aus, dass es auf die umstrittene Frage, ob bei fiktiver Abrechnung von Reparaturkosten unter Umständen die tatsächlich aufgewendete Umsatzsteuer neben den vom Sachverständigen ermittelten Nettopreiskosten ersetzt verlangt werden kann, wenn sich der Geschädigte mit einer Eigen-, Teil- oder Billigreparatur zufrieden gibt (dazu BGH, Urt. v. 03.12.2013 - VI ZR 24/13), kommt es hier nicht an. Solche Fallgestaltungen sind schon deshalb nicht vergleichbar, weil die verkehrssichere Teilreparatur nach der Rechtsprechung des BGH unter Umständen gerade Voraussetzung der Abrechenbarkeit von fiktiven Reparaturkosten ist (BGH, Urt. v. 29.04.2008 - VI ZR 220/07; BGH, Urt. v. 29.04.2003 - VI ZR 393/02). Es geht dabei um die grundsätzliche Frage, ob eine konkret angefallene Umsatzsteuer nur ersatzfähig ist, wenn der Geschä-

digte gerade den Weg der Restitution beschreitet, der schadensersatzrechtlich geboten ist. Gerade das hat der BGH früher einmal ausgesprochen, ist davon aber später abgewichen. Kommt es mit dieser Entscheidung zu einem „Zurückschlingern“ für eine bestimmte Fallgruppe?

7. In der Ausgangsentscheidung (BGH, Urt. v. 15.02.2005 - VI ZR 172/04 - RuS 2005, 174) wollte der Geschädigte in einem 130%-Fall auf Reparaturkostenbasis abrechnen, hat aber die Kategorien umfassend und fachgerecht nicht erfüllt. Der BGH hat ihn auf die Totalschadensabrechnung verwiesen und auch die bei der Reparatur konkret angefallene Umsatzsteuer nicht erstattet, weil eine Kombination von konkreter und fiktiver Abrechnung nicht zulässig sei. Lemcke (RuS 2006, 474) ergänzte, dass dies ebenso für einen Reparaturfall gelten müsse, wenn der Geschädigte sich für eine Ersatzbeschaffung entscheide. Er betonte, dass es für die Versicherungswirtschaft nicht um „Peanuts“ ginge, weil solche Fälle häufig seien. Schon die Begründung der BGH-Entscheidung vom 22.09.2009 (VI ZR 312/08 - RuS 2009, 525) lässt eine Abkehr erkennen: Ausnahmsweise waren die Reparaturkosten geringer als der sich aus der Totalschadensabrechnung ergebende Ersatzbetrag. Der Anspruch von Umsatzsteuer wurde verweigert, weil keine umsatzsteuerpflichtige Reparatur vorgenommen worden ist und auch beim Deckungskauf von einem Privaten keine Umsatzsteuer angefallen ist. Lemcke (RuS 2009, 526) hat schon bei der Besprechung dieser Entscheidung zutreffend darauf hingewiesen, dass entgegen der bis dahin vertretenen Literaturmeinung (Greiner, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VI. Zivilsenat) zum Fahrzeugschaden seit dem Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetz, Teil 1, ZfSch 2006, 63, 65; Lemcke, Abrechnung des Fahrzeugschadens: Das Vier-Stufen-Modell des BGH, NZV 2009, 115, 120) dieses Ergebnis dem Willen des Gesetzgebers widerspreche.

In der Entscheidung des BGH vom 05.02.2013 (VI ZR 363/11 - RuS 2013, 203) hat der BGH die Kehrtwende vollzogen: Es handelte sich um einen Reparaturfall, der Geschädigte entschied sich indes für eine Ersatzbeschaffung. Dabei wurden ihm bis zur Höhe der Umsatzsteuer, die bei den vom Sachverständigen ermittelten Reparaturkosten anfiel, die beim Deckungskauf angefallene Umsatzsteuer zuerkannt. Hess (Totalschaden oder Reparaturfall? – Versuch einer Standortbestimmung der Rechtsprechung des BGH, 3. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2014, 17, 24) hat das Ergebnis gebilligt und es auf die einprägsame Formel gebracht, dass die bei einer konkreten Restitution anfallende Umsatzsteuer auch dann ersatzfähig sein soll, wenn der Geschädigte sich für eine andere – weniger wirtschaftliche – Restitutionsform entscheidet, solange die begehrte Umsatzsteuer den Betrag nicht überschreitet, der bei der schadensersatzrechtlich gebotenen Restitution angefallen wäre. Verweist man auf das Dogma, dass Ersatzbeschaffung und Reparatur zwei gleichwertige Arten der Naturalrestitution seien (so BGH, Urt. v. 20.04.2004 - VI ZR 109/03 - NZV 2004, 341) und lediglich eine Abrechnungsmodalität (so BGH, Urt. v. 17.10.2006 - VI ZR 249/05 - JZ 2007, 637; Huber, JZ 2007, 639) darstelle, sollte man von jegliche Einschränkung der Verrechenbarkeit der Umsatzsteuer der einen Restitutionsform mit einer anderen die Finger lassen; auf das Kriterium, dass eine bestimmte Restitutionsart, nämlich die Reparatur, Voraussetzung für die Abrechenbarkeit von fiktiven Reparaturkosten ist, soll es gerade nicht ankommen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Diese Entscheidung schärft einmal mehr die Wahrnehmung, dass bei der im Zug der Kfz-Schadensregulierung ersatzfähigen Umsatzsteuer nicht nur zwischen Regel- und Differenzbesteuerung zu unterscheiden ist, sondern auch zwischen der umsatzsteuerrechtlichen Dimension beim Wiederbeschaffungswert und beim Deckungskauf. Der undifferenzierten Kappung von 19% vom Wiederbeschaffungswert – wie vom Kfz-Haftpflichtversicherer (wider besseres Wissen?) versucht – ist eine Absage zu erteilen. Will der vorsteuerabzugsberechtigte Geschädigte – auf dem Boden der BGH-Entscheidung – Einbußen gegenüber dem vollen Ausgleich seines Schadens vermeiden, stehen ihm zwei Wege offen: Der eine ist die Anschaffung eines differenzbesteuerten Kfz, weil er die darin steckende Umsatzsteuer nicht als Vorsteuer abziehen kann; oder aber er tätigt einen Deckungskauf, der über dem Bruttowiederbeschaffungswert liegt; dann kommt es auf umsatzsteuerrechtliche Spitzfindigkeiten nicht an.

Diese hochkomplexen Zusammenhänge machen einmal mehr deutlich, warum der Geschädigte selbst bei einem vermeintlich simplen Kfz-Schaden ohne anwaltliche Beratung eines kompetenten Fachanwaltes für Verkehrsrecht nicht auskommt, will er den vollen Ausgleich der erlittenen Einbuße.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

1. Strittig war im konkreten Verfahren noch die Frage des Gewinnentgangs, den das Berufungsgericht nach § 287 ZPO geschätzt hatte. Dass Kalender- und Werkstage verwechselt worden sind, ist eher noch leicht zu greifen. Der BGH hat darüber hinaus betont, dass die Dauer für die Nutzungsentschädigung sich aus drei Komponenten zusammensetzt, nämlich der Zeit für die Schadensfeststellung, somit der Betrauung eines Kfz-Sachverständigen und dem Empfang von dessen Gutachten, einer angemessenen Überlegungsfrist sowie der Reparatur- oder Wiederbeschaffungsdauer. Nach den Feststellungen wäre von einer längeren Ausfallzeit auszugehen gewesen.

2. Mindestens ebenso bedeutsam sind die Ausführungen zum rechtlichen Gehör. Wenn das Berufungsgericht darauf hinweist, dass der klägerische Vortrag zum entgangenen Gewinn unzureichend sei und der Geschädigte den entgangenen Gewinn konkret darlegen müsse, darf es dann nicht den vom Kläger geforderten Betrag zuerkennen. Zudem fehlt eine Auseinandersetzung mit der Einwendung, dass der Kläger den Geschäftsbetrieb schon vor dem Unfall eingestellt habe. Auch eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO muss greifbare Anhaltspunkte haben und darf nicht völlig in der Luft hängen. Wenn im Einkommensteuerbescheid des Jahres 2013 nur noch eine aufgelöste Rücklage des Vorjahres enthalten war, spricht viel für den Vortrag des Ersatzpflichtigen, dass der Geschäftsbetrieb des Geschädigten schon in sich zusammengebrochen war, als sich der Unfall am 21.12.2013 ereignete. Einen Gewinn für 2014 konnte das Gericht nicht mehr feststellen.

3. Dem ist durchaus zu folgen. Für den Nutzungsausfallsschaden dürfte das maßvolle Auswirkungen haben, kann der Geschädigte für sein Kfz als Privatperson doch eine pauschalierte Nutzungsentschädigung verlangen. Wenn dem aber so ist, dass der Geschädigte kein Taxiunternehmer mehr ist, dann dürfte er auch kein vorsteuerabzugsberechtigter Unternehmer mehr sein mit der Folge, dass er dann im Ausmaß der Differenzumsatzsteuer die konkret angefallene Umsatzsteuer ersetzt verlangen kann. Auch insoweit gilt das weithin bekannte Sprichwort: Wer A sagt, muss auch B sagen.