Oberlandesgericht Düsseldorf, I-1 U 120/03

Datum:	01.03.2004
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	1. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-1 U 120/03
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2004:0301.I1U120.03.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weiterge-henden Rechtsmittels das am 10. Juni 2003 verkündete Urteil der 3. Zivil-kammer des Landgerichts Kleve teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.369,76 € nebst 5 % Zinsen

über den jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12. Dezember 2002 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten fallen zu 71 % dem Klä-ger und zu 29 % der Beklagten zur Last. Die erstinstanzlichen außergericht-lichen Kosten des Klägers hat dieser zu 67 % selbst und zu 33 % die Be-klagte zu tragen. Die erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der Be-klagten werden zu 33 % dieser selbst und zu 67 % dem Kläger auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu 63 % und zu 37 % die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.000,00 DM abzuwenden, sofern die Beklagte vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 3.400,00 DM abzuwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

T a t b e s t a n d : 1

Der Klage liegt ein Verkehrsunfall zugrunde, der sich am 29. September 2002 auf der BAB 3 bei Elten zwischen einem durch den Kläger gesteuerten VW-Bus und einem Pkw ereignete, welcher bei der Beklagten haftpflichtversichert ist. Die volle Einstandspflicht der Beklagten für die Folgen des Kollisionsereignisses ist unstreitig. 2

Im Auftrag des Klägers erstellte ein Kfz-Sachverständiger unter dem Datum des 7. Oktober 2002 ein "Haftpflicht-Gutachten". Darin sind der Wiederbeschaffungswert des Wagens vor dem Unfall mit 11.900,00 €, der Restwert mit 2.000,00 € sowie die Reparaturkosten mit 15.907,02 € angegeben. Die Aufstellung des Sachverständigen enthält den vorformulierten Zusatz: "Alle Beträge einschließlich Mehrwertsteuer.". Nach den weiteren gutachterlichen Darlegungen befand sich der VW-Bus vor der Kollision bei einer Laufleistung von 100.492 km in einem guten Allgemeinzustand und wies eine umfangreiche Sonderausstattung auf. In dem Gutachten ist der "erstattungsfähige Betrag bei Totalschaden-Abrechnung" mit 9.900,00 € brutto beziffert. 3

Der Kläger, der bei dem Unfall eine Brustbeinprellung mit einem Infraktionsschaden erlitten hatte, nahm für die Dauer von vier Tagen einen Mietwagen in Anspruch, was Kosten in Höhe von 1.017,25 € verursachte. Dieser Betrag war zzgl. der Gutachterkosten (898,10 €), einer Auslagenpauschale in Höhe von 25,00 € sowie des mit 9.900,00 € (11.900,00 € - 2.000,00 €) angegebenen Kfz-Schadens Gegenstand eines Schreibens der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 17. Oktober 2002, in welchem die "vorläufige Schadenssumme" mit 11.840,44 € beziffert ist. Das Schreiben enthält den Schlusssatz: "Sofern die Versicherung beabsichtigt, ein über den Restwert des Gutachtens liegendes Restwertangebot zu machen, bitten wir um kurzfristige Mitteilung.". Aus dieser Zuschrift ergab sich in der Folgezeit eine zwischen den Bevollmächtigten des Klägers und der Beklagten geführte Korrespondenz. 4

Mit einem Fax-Schreiben vom 22. Oktober 2002 rechnete die Beklagte den Schaden des Klägers unter Zugrundelegung eines mit Hinweis auf die "neue Rechtsprech." angegebenen Wiederbeschaffungswertes von netto 10.258,62 € ab, wobei sie einen Restwert von 5.670,00 € als Abzugsposten in Ansatz brachte. Daraus errechnete sie einen ersatzfähigen Fahrzeugschaden von 4.588,62 €, den sie vorprozessual zzgl. der Gutachterkosten und der Auslagenpauschale ausglich. 5

Nachdem die Beklagte darüber hinaus Abschleppkosten (446,60 €) sowie ein Schmerzensgeld (1.500,00 €) zwischen Anhängigkeit der Klage über eine Gesamtforderung von 8.275,23 € am 12. Februar 2003 und dem Eintritt der Rechtshängigkeit (10. März 2003) zur Anweisung gebracht hatte, streiten die Parteien nunmehr noch über die Höhe des ersatzfähigen Kfz-Schadens sowie die Erstattungsfähigkeit der Mietwagenkosten. 6

Der Kläger hat behauptet, er habe das verunfallte Fahrzeug am 14. Oktober 2002 zu dem gutachterlich angegebenen Restwert von 2.000,00 € veräußert. Infolge eines Informationsversehens seien seine Bevollmächtigten über den Verkauf nicht unterrichtet 7

worden.

Unter Berücksichtigung einer mit Schriftsatz vom 10. März 2003 wegen des Schmerzensgeldes und der Abschleppkosten erklärten teilweisen Klagerücknahme von insgesamt 1.946,60 € hat der Kläger beantragt, 8

> die Beklagten zu verurteilen, an ihn 6.328,63 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 12. Dezember 2002 zu zahlen. 9

Die Beklagte hat beantragt, 10

> die Klage abzuweisen. 11

Sie hat hinsichtlich des Kfz-Schadens die Auffassung vertreten, nach neuem Recht könne der Wiederbeschaffungswert nur mit 10.258,62 € (11.900,00 € - 16 % Umsatzsteuer) berücksichtigt werden. Überdies müsse sich der Kläger einen Restwert von 5.670,00 € anrechnen lassen, weil sie, die Beklagte, als Reaktion auf sein anwaltliches Schreiben vom 11. Oktober 2002 ein zumutbares Restwertangebot eines gewerblichen Aufkäufers entsprechender Höhe rechtzeitig unterbreitet habe. Die Parteien hätten eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass der Kläger ein Restwertangebot hätte abwarten müssen, so dass der vorzeitige Verkauf des Unfallwagens zu dem durch den Sachverständigen zu gering ermittelten Restwert von 2.000,00 € eine Verletzung der Schadensminderungspflicht darstelle. 12

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 6.328,63 € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12. Dezember 2002 verurteilt. Die Kosten des Rechtsstreites hat es zu 24 % dem Kläger und zu 76 % der Beklagten auferlegt. 13

Zur Begründung hat es im Wesentlichen folgendes ausgeführt: 14

Der ersatzfähige Kfz-Schaden stelle sich auf insgesamt 9.900,00 €. Diesen könne der Kläger auf der Rechtsgrundlage des § 251 Abs. 2 BGB ersetz verlangen. Die Bestimmung sei bei Fahrzeugschäden anwendbar, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Reparaturkosten den Wert der Sache vor dem Unfall um mehr als 30 % überstiegen. Zwar sei auch der Totalschaden in aller Regel ein nach § 249 BGB abzurechnender Restitutionsfall. Lasse der Geschädigte sein Fahrzeug nicht reparieren, habe der Ersatzpflichtige den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwertes als Nettobetrag gemäß § 249 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. zu ersetzen. Dies gelte jedoch nicht im Falle der Einschlägigkeit des § 251 BGB. Bei einer Abrechnung auf Totalschadensbasis erhalte der Geschädigte immer den Totalschadenbetrag einschließlich Mehrwertsteuer, und zwar unabhängig davon, wie er mit dem Ersatzbetrag verfahre. 15

Von dem Wiederbeschaffungswert von 11.900,00 € sei der durch den Sachverständigen angegebene Restwert von 2.000,00 € abzuziehen. In der Regel biete der durch einen Sachverständigen ausgewiesene Wert eine geeignete Grundlage für die Bemessung auch desjenigen Betrages, in dessen Höhe dem Geschädigten durch den Unfall wegen des ihm verbleibenden Restwertes kein Vermögensnachteil entstanden sei. 16

Entgegen der Ansicht der Beklagten sei der durch sie mit 5.670,00 € bezifferte Restwert nicht in Abzug zu bringen. Dem Geschädigten dürften bei einer Schadensbehebung die von der Versicherung gewünschten Verwertungsmodalitäten nicht aufgezwungen werden. Der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, ein Restwertangebot der Beklagten abzuwarten. Eine 17

dahingehende Vereinbarung sei zwischen den Parteien nicht zustandegekommen.

Darüber hinaus habe der Kläger einen Anspruch auf Ersatz der Mietwagenkosten. 18

Die nach der Teilklagerücknahme gemäß § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu treffende Kostenentscheidung falle zum Nachteil des Klägers aus, da die Beklagte nach den Grundsätzen des § 93 ZPO zu den Schadenspositionen Schmerzensgeld und Abschleppkosten keinen Grund zur Klageerhebung gegeben habe. 19

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrem form- und fristgerecht eingelegten Rechtsmittel. 20

Sie vertritt weiterhin die Auffassung, von dem mit 11.900,00 € unstreitigen Bruttowiederbeschaffungswert sei der Regelsatz der Mehrwertsteuer mit 16 % gemäß § 10 UStG in Abzug zu bringen. Der Kläger habe in seinem anwaltlichen Schreiben vom 17. Oktober 2002 mit Rechtsbindungswillen erklärt, kurzfristig vorgelegte Restwertangebote abwarten zu wollen. Dieses Angebot habe sie, die Beklagte, unverzüglich angenommen und dem Kläger das Maximalrestwertangebot in Höhe von 5.670,00 € unterbreitet, zu dessen Annahme er rechtlich verpflichtet gewesen wäre. 21

In Bezug auf die Mietwagenkosten bestreitet die Beklagte im Hinblick auf die durch den Kläger erlittenen Verletzungen dessen tatsächliche Fähigkeit zur Nutzung eines Kraftfahrzeuges sowie seinen hypothetischen Nutzungswillen, da er bisher von der Zulassung eines Ersatzfahrzeuges abgesehen habe. 22

Wegen fehlerhafter Rechtsanwendung seien vom Landgericht auch verfahrensfehlerhaft die angebotenen Beweis nicht erhoben worden. 23

Die Beklagte beantragt, 24

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 25

Der Kläger beantragt, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Er tritt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages dem gegnerischen Rechtsmittelvorbringen im Einzelnen entgegen und beanstandet die durch das Landgericht gemäß § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO getroffene Kostenentscheidung. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätzen nebst Anlagen Bezug genommen. 29

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 30

I. 31

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg. 32

An Stelle des dem Kläger durch das Landgericht zuerkannten Schadensersatzbetrages von 6.328,63 € schuldet die Beklagte in der Hauptsache nur eine Ersatzleistung im Umfang von 2.369,76 €. 33

34

1) Das Rechtsmittel ist weitgehend begründet, soweit sich die Beklagte dagegen wendet, dass das Landgericht den ersatzfähigen Kfz-Schaden auf insgesamt 9.900,-- € festgesetzt hat. Andererseits beschränkt sich die Ersatzverpflichtung nicht auf den von der Beklagten vorprozessual geleisteten Anteil von 4.588,62 €. Im Ergebnis stellt sich der begründete Ersatzanspruch des Klägers wegen des Fahrzeugschadens auf den Betrag von 5.992,-- €, wovon die bereits vor Rechtshängigkeit geleistete Überweisung in Abzug zu bringen ist.

2) Die Beklagte dringt einerseits nicht mit ihrem Einwand durch, der in dem durch den Kläger eingeholten Sachverständigengutachten bezifferte Wiederbeschaffungswert für den Erwerb eines gleichartigen Ersatzfahrzeuges sei um den auf die Mehrwertsteuer entfallenden Regelsatz von 16 % zu reduzieren. Tatsächlich muss der Kläger insoweit lediglich einen Differenzbesteuerungsabzug von 2 % hinnehmen. Der Senat vermag nicht der durch das Landgericht vertretenen Ansicht zu folgen, wegen der Einschlägigkeit des § 251 BGB für die Bestimmung des ersatzfähigen Kfz-Schadens bei fiktiver Abrechnung auf Gutachtenbasis nach einem wirtschaftlichen Totalschaden sei die Bestimmung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. nicht anwendbar mit der Folge der Einbeziehung des vollen Mehrwert-steueranteils in den ersatzfähigen Betrag. Da der Kläger bisher von einer Ersatzbeschaffung abgesehen hat und deshalb zu seinen Lasten auch keine Umsatzsteuer angefallen ist, reduziert sich der durch den Sachverständigen als Bruttogröße angegebene Wiederbeschaffungswert auf einen Nettobetrag bei Zugrundelegung eines Differenzbesteuerungsanteils von 2 %. 35

3) Weitgehend Erfolg hat die Beklagte aber mit ihrem Angriff auf die durch das Landgericht vorgenommene Berechnung des ersatzfähigen Wiederbeschaffungsaufwandes, also hinsichtlich der Bestimmung des um den Fahrzeugrestwert verringerten Wiederbeschaffungswertes (netto). In diesem Zusammenhang braucht sich die Beklagte nicht darauf verweisen zu lassen, lediglich den im Schadensgutachten mit 2.000,-- € bezifferten Restwertbetrag als Abzugsposten hinzunehmen. Der Kläger hatte ihr vorprozessual die Möglichkeit eingeräumt, kurzfristig ein über die gutachterlich angegebene Summe hinausgehendes Restwertangebot einzureichen. Von dieser Möglichkeit hat die Beklagte Gebrauch gemacht, indem sie dem Kläger unverzüglich die akzeptable Offerte eines gewerblichen Ankäufers unterbreitete, welche ein Restwertgebot im Umfang von 5.670,-- € zum Gegenstand hatte. 36

4) Dem Rechtsmittel der Beklagten bleibt weitgehend der Erfolg in dem Umfang versagt, in welchem sie sich gegen die dem Kläger zuerkannten Mietwagenkosten wendet. Die Entscheidung des Landgerichts ist insoweit nur um den Abzug ersparter Eigenaufwendungen des Klägers zu korrigieren. 37

5) Unzulässig ist schließlich der Angriff des Klägers gegen die durch das Landgericht gem. § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO getroffene Kostenentscheidung hinsichtlich des zurückgenommenen Teils der Klageforderung. 38

II. 39

Im Einzelnen ist folgendes auszuführen: 40

1) Die volle Einstandspflicht der Beklagten gem. § 7 StVG in Verbindung mit § 3 Nr. 1 PflVG für die Folgen des Schadensereignisses, welches sich am 29. September 2002 zwischen dem Kläger und dem Versicherungsnehmer der Beklagten ereignet hat, steht zwischen den Parteien außer Streit. Streitgegenständlich ist die Bestimmung der Höhe des dem Kläger zustehenden Ersatzanspruches, insbesondere die Modalitäten der Abrechnung des wirtschaftlichen Totalschadens des Fahrzeuges auf Gutachtenbasis. Im Ansatz teilt der Senat 41

nicht die durch das Landgericht vertretene Ansicht, bei Abrechnung auf Totalschadensbasis erhalte der Geschädigte wegen der Einschlägigkeit des § 251 BGB immer den Totalschadenbetrag einschließlich Mehrwertsteuer – und zwar unabhängig davon, wie er mit dem Ersatzbetrag verfahre. Vielmehr ist der klagegegenständliche Schaden als ein unter die Bestimmung des § 249 BGB n.F. zu subsumierender Restitutionsfall zu behandeln. Dies hat zur Folge, dass in den ersatzfähigen Schadensbetrag die Umsatzsteuer nur einzubeziehen ist, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist (§ 249 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.). Da der Kläger von einer Ersatzbeschaffung für sein unfallgeschädigtes Fahrzeug (Marke VW, Bus, Multivan T 4, 2,4 D mit Sonderausstattung, Erstzulassung: März 1994) abgesehen hat, ist die Ersatzverpflichtung der Beklagten auf der Grundlage des in Ansatz zu bringenden Wiederbeschaffungswertes unter Ausschluss der Umsatzsteuer zu bestimmen.

2a) Zwar streitet für die durch das Landgericht vertretene Auffassung scheinbar der Wortlaut des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.. Dieser hat als tatbestandliche Voraussetzung u.a. die Beschädigung einer Sache, deretwegen der Gläubiger in der Rechtsfolge statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen kann. Setzt man die Herstellung mit der Reparatur des Unfallschadens gleich und unterscheidet die Instandsetzung von einer Ersatzbeschaffung, so wäre letztere nicht unter die Vorschrift des § 249 n.F. zu fassen, sondern unter diejenige des § 251 BGB. Da der in § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. für den Ersatz der Umsatzsteuer postulierte tatsächliche Anfall dem Wortlaut nach im Zusammenhang mit der vorgenannten Beschädigung einer Sache und deren Herstellung steht, ist daran zu denken, den Fall der Ersatzbeschaffung in die Kompensationsfälle des § 251 BGB einzubeziehen und nicht in die Restitutionsfälle des § 249 BGB n.F. (vgl. Zemlin NJW 2003, 1225; Greger NZV 2002, 385, 287; einerseits Palandt/-Heinrichs, Kommentar zum BGB, 63. Aufl., § 251, Rdnr. 10 mit weiteren Nachweisen; andererseits Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 249 Rdnr. 20, wonach sich auch im Falle der Zerstörung von Kraftfahrzeugen die Schadensbemessung ausschließlich nach § 249 BGB richten soll). 42

b) Diese Ansicht hat sich bisher jedoch in der Rechtspraxis der Instanzgerichte nicht durchgesetzt (dagegen zuletzt LG Bochum NJW 2004, 235; LG Osnabrück DAR 2003, 321, - das Urteil liegt dem Bundesgerichtshof zu dem Aktenzeichen Az VI ZR 109/03 zur Entscheidung vor; AG Leverkusen ZGS 2003, 231). Denn sie lässt die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unberücksichtigt, derzufolge die Ersatzbeschaffung eines gleichwertigen Fahrzeuges nach einem Totalschaden kein Fall der Kompensation gem. § 251 BGB ist, sondern eine Form der Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB (BGHZ 66, 239; BGHZ 92, 85, 87 ff.; BGH VersR 1985, 593, 594; BGHZ 115, 365, 368; BGH VersR 1998, 1849, 1850). 43

c) Dieser Rechtsprechung folgt auch der Senat. Die Vorschrift des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB erfasst nach ihrem Normzweck nicht nur die Schadensalternative der Beschädigung, sondern auch diejenige der Zerstörung, wenn durch die Anschaffung eines gleichwertigen Gegenstandes eine Restitution durchführbar ist (OLG Köln ZGS 04, 38; LG Bochum a.a.O.; LG Osnabrück a.a.O.; AG Leverkusen a.a.O.; Schirmer/Marlow DAR 2003, 441, 443 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; Schneider NZV 2003, 555, 556; Riedmeyer DAR 2003, 159; Heß, NZV 2004, 1, 5; Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 1, Rdnr. 166). 44

d) In diesem Zusammenhang darf nicht außer Acht gelassen werden, dass in der Gesetzesbegründung zur Neuregelung des § 249 BGB (Bundestag-Drucksa-che 14/7752, Seite 13 f.) ausdrücklich berücksichtigt ist, dass "§ 249 BGB von der Rechtsprechung (BGHZ 92, 85, 87 f.) – unabhängig davon, ob es sich um die Beschädigung eines Kfz oder einer anderen Sache handelt – immer dann herangezogen wird, wenn eine Herstellung der 45

beschädigten Sache selbst oder die Beschaffung einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache möglich ist"; hingegen wird "§ 251 BGB von der Rechtsprechung (BGHZ 92, 85) nur in den seltenen Fällen herangezogen, in denen die Sache zerstört und auch die Beschaffung einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist"). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Dass die Reparaturkosten 33 % über dem Wiederbeschaffungswert liegen, ändert entgegen der Ansicht des LG daran nichts.

3) In seinem Gutachten vom 7. Oktober 2002 hat der durch den Kläger beauftragte Sachverständige den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeuges vor dem Unfall mit 11.900,-- € angegeben, verbunden mit dem nicht weiter erläuterten Zusatz: "Alle Beträge einschließlich Mehrwertsteuer" (Bl. 8 d.A.). Damit stellt sich in tatsächlicher Hinsicht die Frage, wie der auf die Umsatzsteuer entfallende Anteil zu berechnen ist, den sich der Kläger mangels seiner Ersatzbeschaffung gem. § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB anrechnen lassen muss. 46

a) Nach der bis zum 1. August 2002 maßgeblichen Rechtslage hatte sich der Sachverständige in seinem Gutachten mit Fragen der Umsatzsteuer – jedenfalls bei dem Schaden eines nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten – nicht zu beschäftigen. Dem Geschädigten gebührte – unabhängig von der Reaktion auf das schädigende Ereignis – jeweils der vom Sachverständigen ermittelte Wert. Seit der Geltung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. hat sich die Schadensabrechnung geändert. Wenn der Geschädigte keine entsprechende Restitutionsmaßnahme tätigt, kommt es zur Kappung der Umsatzsteuer. Aus diesem Grund ist es bedeutsam, ob der Sachverständige eine Wiederbeschaffung von einem Händler oder einem Privaten zugrunde legt (Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 1 S. 81). In der erstgenannten Alternative geht der Erwerb des Ersatzfahrzeuges mit dem Anfall von Umsatzsteuer einher; die zweitgenannte Alternative ist ein nach § 1 UStG steuerneutraler Tatbestand. Einfluss auf die Höhe des Ersatzes kann es sogar haben, ob der gewerbliche Veräußerer seinerseits das Fahrzeug von einem Unternehmer oder einem Privaten erworben hat (Huber a.a.O.). Im erstgenannten Fall wird der durch den Endabnehmer gezahlte Kaufpreis den vollen Regelsteuersatz von 16 % enthalten; im zweiten Fall kommt nur die sog. Differenzbesteuerung nach § 25 a UStG in Betracht. Der Kaufpreis ist dann nicht mit 16 % Umsatzsteuer belastet, sondern lediglich die Spanne (Marge) des Händlers. Das ist die Differenz zwischen dem Händlereinkaufswert und dem Verkaufspreis. Die Höhe der Differenzbesteuerung kann indes konkret nur ermittelt werden, wenn die Marge des Händlers offengelegt wird. Sollte er – was nahe liegt – eine diesbezügliche Auskunft verweigern oder kann – wie im vorliegenden Fall – mangels einer Ersatzbeschaffung keine tatsächliche Differenzbesteuerung stattfinden, ergeben sich zusätzliche Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung. 47

b) Diese können entgegen der durch die Beklagte vertretenen Ansicht nicht dadurch umgangen werden, dass von dem gutachterlich ausgewiesenen Wiederbeschaffungswert pauschal der Regelsatz der Umsatzsteuer mit 16 % in Abzug gebracht wird. Damit verbietet sich die Berechnung der Beklagten, den Wiederbeschaffungswert von 11.900,-- € brutto auf den Nettobetrag von 10.258,62 € zu verringern. 48

aa) Denn der Bestand der Gebrauchtfahrzeuge, die im gewerblichen Handel angeboten werden, setzt sich sowohl aus differenzbesteuerten Wagen als auch aus solchen zusammen, deren Kaufpreis 16 % Umsatzsteuer enthält (vgl. Schneider NZV 2003, 555, 556). Nach der SCHWACKE-Liste "Regel- und Differenzbesteuerung" liegt bei Fahrzeugen, die mit dem hier streitigen vergleichbar sind und die das Erstzulassungsjahr 1997 – dem letzten in der Liste – betreffen, der Anteil der regelbesteuerten Fahrzeuge teils knapp über 50 %, teilweise deutlich 49

unter diesem Prozentsatz. Nicht außer Acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang, dass die Erstzulassung des klägerischen Fahrzeuges in den Monat März des Jahres 1994 fiel, es also zwischenzeitlich ein Alter von fast 10 Jahren erreicht hat.

bb) Andererseits kann allein wegen dieses Alters nicht von der Annahme ausgegangen werden, dass der verunfallte VW-Bus des Klägers als ein nicht mehr im gewerblichen Fahrzeughandel stehendes Objekt behandelt werden muss (so aber OLG Köln ZGS 2004, 38 für einen fast sieben Jahre alten Pkw). 50

Im vorliegenden Fall ist nämlich zu berücksichtigen, dass das Fahrzeug des Klägers kein gewöhnlicher Personenkraftwagen war, sondern ein Bus-Fahrzeug, welches sich ausweislich des Sachverständigengutachtens in einem guten Allgemeinzustand befand und mit zahlreichen Sonderausstattungen, wie etwa Anhängerzugvorrichtung, Standheizung, Leichtmetallrädern, Auflastung Hinterachse sowie einer Alarmanlage, versehen war. Die Bereifung des Fahrzeuges war nach Einschätzung des Sachverständigen neuwertig und die Laufleistung des Fahrzeuges (100.492 km) hielt sich im Hinblick auf das Datum seiner Erstzulassung in Grenzen. 51

Der Senat hat deshalb keine Bedenken, der ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen vom 12. November 2003 zu folgen. Danach hat er den Wiederbeschaffungswert von 11.900,-- €, bezogen auf ein "gleichwertiges Ersatzfahrzeug, wie es bei einem seriösen Kfz-Händler angeboten wird, ... einschließlich Mehrwertsteuer ermittelt". Nach seinen weiteren Angaben handelt es sich "um ein Fahrzeug, das im Kfz-Handel überwiegend differenzbesteuert angeboten wird" (Bl. 138 d.A.). Es gilt der Grundsatz, dass der nach einem Totalschaden zu ersetzende Wiederbeschaffungswert dem Preis entspricht, den der Geschädigte beim Kauf eines gleichwertigen Ersatzfahrzeuges an einen seriösen Händler in seiner Region zu zahlen hätte (BGH NJW 1983, 1845). Zwischen den Parteien steht der durch den Sachverständigen als Bruttobetrag angegebene Wiederbeschaffungswert außer Streit. Im Hinblick auf § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. ist nach den obigen Ausführungen dieser Betrag auf den Anteil zu reduzieren, der die Differenzbesteuerung ausmacht. 52

c) Dieser Umsatzsteueranteil ist nach § 287 ZPO festzusetzen. Schon der Gesetzgeber hat in der Begründung zum neuen Schadensrecht ausgeführt, dass die als Abzugsposten zu berücksichtigende Umsatzsteuer im Wege des § 287 ZPO ermittelt werden darf. Als Orientierungshilfe kann auf der Grundlage der Veröffentlichungen der einschlägigen Informationsdienste die gewöhnliche Spanne des Händlers zwischen dem Einkaufspreis und dem Verkaufspreis herangezogen werden (vgl. Bundestag-Drucksache 14/7752, S. 24 linke Spalte). 53

d) Die gerichtliche Praxis macht von dem Schätzungsermessen Gebrauch, ohne dass der übliche Händlereinkaufspreis für das beschädigte Fahrzeug nach einschlägigen Tabellen konkret ermittelt wird. Die Praxis scheint sich insoweit auf die Zugrundelegung einer Händlerspanne zwischen 10 % und 15 % einzupendeln. Berechnet man aus dieser Marge den Umsatzsteueranteil von 16 %, ergeben sich Werte von 1,6 % bis 2,4 %. Im Rahmen des § 287 ZPO erscheint es deshalb vertretbar, einen Mittelwert von 2 % in Ansatz zu bringen, der als pauschaler prozentualer Abzug auf den Bruttobetrag des Wiederbeschaffungswertes zu beziehen ist (OLG Köln a.a.O.; LG Bochum a.a.O.; Ombudsmann für das Versicherungswesen ZfS 2004, 20; Empfehlung des 42. Deutschen Verkehrsgerichtstages 2004,. Arbeitskreis V, Ziffer 1). 54

55

4) Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der für den Kläger berücksichtigungsfähige Wiederbeschaffungswert auf 11.662,-- € absinkt (11.900,-- € minus 2 %).

a) Macht bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeuges der Geschädigte von der Ersetzungsbefugnis des § 249 Satz 2 BGB (nunmehr § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.) Gebrauch und will er den Schaden durch Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges beheben, dann ist bei der Bemessung des erforderlichen Betrages, den der Geschädigte zur Finanzierung des Aufwandes für die Ersatzbeschaffung verlangt (Wiederbeschaffungsaufwand), der Restwert des beschädigten Fahrzeuges vom Wiederbeschaffungswert abzuziehen (BGH NJW 1993, 1849, 1850 mit Hinweis auf BGHZ 115, 365, 372 sowie weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Nichts anderes gilt für die Alternative, dass der Geschädigte – wie hier – fiktiv auf Gutachtenbasis abrechnet. Denn die von der Rechtsprechung für den Ersatz des eigentlichen Sachschadens, vor allem für Kraftfahrzeugschäden, entwickelten Abrechnungsgrundsätze bleiben bis auf die Behandlung der Umsatzsteuer durch die gesetzliche Neuregelung unverändert (Schirmer/Marlow, DAR 2003, 441). Der Geschädigte hat weiterhin die Möglichkeit, für den Fall der Ersatzbeschaffung entweder fiktiv auf der Basis des Sachverständigengutachtens abzurechnen oder konkret nach den getätigten Aufwendungen (Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 1, Rdnr. 292). 56

5) Damit stellt sich die weitere Frage, welchen Restwert für das verunfallte Fahrzeug der Kläger als Abzugsposten bei der Bestimmung des ersatzfähigen Wiederbeschaffungsaufwandes hinnehmen muss. Unzutreffend ist der Berechnungsansatz des Landgerichts, der Abzug sei insoweit auf den Betrag von 2.000,-- € begrenzt, der in dem Sachverständigengutachten als Restwert ausgewiesen ist. Maßgeblich ist vielmehr das dem Kläger von der Beklagten als realistische Offerte eines gewerblichen Ankäufers angediente Restwertangebot über 5.670,-- €. 57

a) Zwar darf der Geschädigte bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des § 249 Satz 2 BGB – nunmehr § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. – die Veräußerung seines beschädigten Kraftfahrzeuges grundsätzlich zu demjenigen Preis vornehmen, den ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger als Wert auf dem allgemeinen Markt ermittelt hat. Auf höhere Ankaufspreise spezieller Restwertankäufer braucht er sich in aller Regel nicht verweisen zu lassen (BGH NJW 1993, 1849). Diese Bewertung beruht auf der Erwägung, dass bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis der Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens ist. Insbesondere dürfen ihm bei der Schadensbehebung nicht die von der Versicherung gewünschten Verwertungsmodalitäten aufgezwungen werden (BGH NJW 1993, 1849, 1850; BGH NJW 2000, 800, 802). 58

b) Andererseits steht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Ersatzbeschaffung als Variante der Naturalrestitution unter dem Gebot der Wirtschaftlichkeit. Das bedeutet, dass der Geschädigte bei der Schadensbehebung gem. § 249 Satz 2 BGB – nunmehr § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. – im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage grundsätzlich den wirtschaftlichsten Weg zu wählen hat (BGH NJW 2000, 800, 801 mit Hinweis auf BGHZ 115, 364, 368 f.; BGHZ 115, 375, 378; BGHZ 132, 373, 376). Das Wirtschaftlichkeitspostulat gilt auch für die Frage, in welcher Höhe der Restwert des Unfallfahrzeuges bei der Schadensabrechnung berücksichtigt werden muss, denn auch bei der Verwertung des beschädigten Fahrzeuges hat sich der Geschädigte grundsätzlich im Rahmen der wirtschaftlichen Vernunft zu halten. Das beruht auf dem Gedanken, dass er bei der Ersatzbeschaffung nur den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangen darf (BGH NJW 2000, 800, 801 mit Hinweis auf BGH NJW 1992, 903 59

sowie BGH NJW 1993, 1849).

c) Besondere Umstände können deshalb dem Geschädigten Veranlassung geben, im Vergleich zu dem gutachterlich angegebenen Restwertbetrag günstigere Verwertungsmöglichkeiten wahrzunehmen, um seiner sich aus § 254 Abs. 2 BGB ergebenden Verpflichtung zur Geringhaltung des Schadens zu genügen. 60

aa) Denn der Geschädigte steht bei der Schadensbehebung nicht nur unter dem allgemeinen Gebot, einen wirtschaftlich vernünftigen Weg zu wählen. Vielmehr kann er auch aus dem letztlich auf § 242 BGB zurückgehenden Rechtsgedanken der Schadensminderungspflicht gem. § 254 BGB gehalten sein, unter besonderen Umständen von einer zulässigen Verwertung Abstand zu nehmen und andere sich ihm darbietende Möglichkeiten der Verwertung im Interesse der Geringhaltung des Schadens im Rahmen des Zumutbaren zu ergreifen (BGH NJW 2000, 800, 801). Weist der Schädiger dem Geschädigten konkret eine ohne Weiteres zugängliche günstigere Verwertungsmöglichkeit nach, kann der Geschädigte im Interesse der Geringhaltung des Schadens verpflichtet sein, davon Gebrauch zu machen (BGH a.a.O.; Leitsatz 2 der Entscheidung). 61

bb) So hat auch der Senat entschieden, dass der Geschädigte sein beschädigtes Fahrzeug dann nicht mehr ohne Weiteres zu demjenigen Preis verwerten darf, den der von ihm eingeschaltete Sachverständige als Restwert geschätzt hat, wenn ihm rechtzeitig vor Abschluss des Kaufvertrages bzw. der Vereinbarung über eine Inzahlungnahme ein wesentlich höherer Ankaufpreis von Seiten des Haftpflichtversicherers angeboten worden ist (Senat, Urteil vom 22. Dezember 1997, Aktenzeichen: 1 U 53/97, veröffentlicht in VersR 1998, 518). Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls unter besonderer Beachtung des Gesichtspunktes der Zumutbarkeit. Der Geschädigte ist u.a. vor die Frage gestellt, ob er der Restwertschätzung des von ihm eingeschalteten Sachverständigen angesichts eines von der Versicherung veranlassten höheren Angebotes weiterhin Vertrauen schenken darf. Nur wenn der Geschädigte sich bereits bindend dazu verpflichtet hat, sein Unfallfahrzeug zu dem Restwert abzugeben, den der durch ihn eingeschaltete Sachverständige seines Vertrauens angegeben hat, braucht er sich auf ein nach diesem Zeitpunkt eingehendes höheres Angebot aus der Sphäre des Versicherers nicht mehr einzulassen (Senat VersR 1998, 518, 519). 62

6) Nun ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass der Kläger – unterstellt man sein streitiges Vorbringen als richtig – bereits am 14. Oktober 2002 sein Fahrzeug zu dem gutachterlich angegebenen Restwert von 2.000,-- € an einen Abnehmer verkauft hat (Bl. 3, 58, 135 d.A.). Hingegen hat ihn das von der Beklagten veranlasste Ankaufsangebot der Firma G. GmbH erst aufgrund einer Fax-Mitteilung mehr als eine Woche später am 22. Oktober 2002 erreicht (Bl. 40/43 d.A.). Diese Zusammenhänge gereichen indes der Beklagten nicht zum Nachteil. 63

a) Denn der Kläger muss sich den Inhalt der durch seine Prozessbevollmächtigten verfassten brieflichen Mitteilung an die Beklagte, die unter dem Datum des 17. Oktober 2002 – und damit 3 Tage nach dem angeblichen Verkauf des Fahrzeuges – verfasst worden ist, entgegenhalten lassen. In dieser Zuschrift lässt der Kläger unter Hinweis auf das beigefügte Sachverständigengutachten seinen Fahrzeugschaden mit 9.900,-- € (11.900,-- € minus 2.000,-- €) abrechnen. Unter Einschluss der Gutachter- und Mietwagenkosten ist als "vorläufige Schadenssumme" ein Gesamtbetrag von 11.840,44 € angegeben. 64

Entscheidend ist dann in diesem Zusammenhang der Schlusssatz: "Sofern die Versicherung beabsichtigt, ein über den Restwert des Gutachtens liegendes Restwertangebot zu machen, 65

bitten wir um kurzfristige Mitteilung" (Bl. 36, 37 d.A.).

Als Reaktion auf diesen bei der Beklagten ausweislich ihres Eingangsstempels am 21. Oktober 2002 eingegangenen Brief hat sie dann am Folgetag, dem 22. Oktober 2002, per Fax geantwortet, sie werde "bis spätestens heute Nachmittag" ihr Restwertangebot bekannt geben (Bl. 38 d.A.). Um 16.38 Uhr desselben Tages übermittelte sie dann den klägerischen Prozessbevollmächtigten eine Zusammenstellung von Restwertangeboten, die per Internet mit Hilfe eines Datenbanksystems für Kraftfahrzeuge erstellt worden war. Daraus ging als Höchstgebot die Offerte der Firma G. GmbH zu 5.670,-- € hervor, verbunden mit dem Hinweis, dass sich der Aufkäufer bei der Zuteilung zur kostenlosen Abholung des Fahrzeuges verpflichte (Bl. 42 d.A.). Mit einem Begleitschreiben nahm die Beklagte sodann eine Abrechnung des Fahrzeugschadens auf der Grundlage des Restwertangebotes von 5.670,-- € vor und ermittelte so einen ersatzfähigen Entschädigungsbetrag von 5.511,72 € mit der Klarstellung, dass dieser Betrag zwischenzeitlich zur Anweisung gebracht worden sei (Bl. 41 d.A.). 66

b) Im Ergebnis kann dahinstehen, ob der Kläger entsprechend seiner Behauptung tatsächlich das verunfallte Fahrzeug bereits am 14. Oktober 2002 zum Preis von 2.000,-- € veräußert hat und infolge eines Versehens seine Prozessbevollmächtigten über diesen Vorgang nicht rechtzeitig informiert hat. Im Hinblick auf das Fax-Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 22. Oktober 2002 an die Beklagte (Versendung: 13.37 Uhr) mit dem Inhalt: "Unser Mandant wird das Fahrzeug für € 2.000 verkaufen" (Bl. 44 d.A.), kommt auch die Möglichkeit in Betracht, dass bis zu diesem Zeitpunkt tatsächlich der verunfallte VW-Bus noch nicht in den Verkauf gelangt war. Von Bedeutung ist vielmehr folgendes: 67

Der bezeichnete Schlusssatz in der Fax-Zuschrift der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 17. Oktober 2002 kann in Widerspruch zu der durch das Landgericht vertretenen Ansicht nicht als eine unverbindliche Aufforderung an die Beklagte zur Abgabe von Angeboten ohne jegliche Bindungswirkung für den Kläger gewertet werden. Nach den Umständen ist davon auszugehen, dass den Prozessbevollmächtigten des Klägers die auf der höchstrichterlichen Rechtsprechung beruhende Obliegenheit des Geschädigten bekannt war, bei der Verwertung des Unfallfahrzeuges in den Grenzen der Zumutbarkeit den wirtschaftlichsten Weg zu wählen mit der Konsequenz, dass der Geschädigte ggf. verpflichtet sein kann, von einer – bezogen auf die gutachterliche Restwertangabe – günstigeren Verwertungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Auf diesem Hintergrund ist dann der in Rede stehende Schlusssatz in dem Sinne zu verstehen, dass die Beklagte die Gelegenheit erhalten sollte, ein im Vergleich zum Gutachten vom 7. Oktober 2002 günstigeres Restwertangebot für das verunfallte Fahrzeug zu unterbreiten. Unter anderem aus diesem Umstand erklärt sich dann auch die Tatsache, dass die in dem Schreiben vom 17. Oktober 2002 vorgenommene Schadensabrechnung ausdrücklich als eine vorläufige bezeichnet ist. Nach dem dem Schreiben beizumessenden objektiven Erklärungswert hat der Kläger der Beklagten verbindlich die Möglichkeit eingeräumt, ein höheres Restwertangebot vorzulegen. 68

7) Zwar mag der Prozessbevollmächtigte des Klägers entsprechend seinen Darlegungen im Verhandlungstermin vor dem Senat bei der Abfassung des Schreibens vom 17. Oktober 2002 keine Kenntnis davon gehabt haben, dass tatsächlich der Verkauf des verunfallten Fahrzeuges bereits am 14. Oktober 2002 erfolgt war. Auch er mag den bezeichneten Schlusssatz zum Zwecke der Beschleunigung sowie mit dem Ziel verfasst haben, den guten Willen des Klägers zu dokumentieren, ohne dass dieser eine ihm zustehende Rechtsposition im Zusammenhang mit der Verwertung des Unfallfahrzeuges einbüßen sollte. 69

70

Dies ändert jedoch nichts daran, dass nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont der Beklagten (§§ 133, 157 BGB) diese zu Recht von der Erwartung ausging, sie erhalte vor der Verwertung des Fahrzeuges noch die Gelegenheit, über dem gutachterlich geschätzten Restwert liegende Angebote zur Überprüfung und gegebenenfalls Annahme durch den Kläger einzureichen. Hätte das Ende des Schreibens vom 17. Oktober 2002 nicht einen derartigen Sinn, wäre der in Rede stehende Schlusssatz sachlich überflüssig.

Entweder war der Inhalt des Schreibens von der Vertretungsvollmacht gedeckt, die der Kläger seinen Anwälten vorprozessual im Zusammenhang mit dem Mandat zur Regulierung des Kfz-Schadens erteilt hat. Zumindest muss er sich aber die schriftliche Mitteilung vom 17. Oktober 2002 nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen. Eine Anfechtung dieser Mitteilung wegen Irrtums gemäß § 119 BGB in Anbetracht einer Unkenntnis der Prozessbevollmächtigten des Klägers von einer möglicherweise bereits erfolgten Veräußerung des Fahrzeuges kommt nicht in Betracht. 71

a) Gem. § 145 Abs. 1 BGB ist derjenige, der einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, grundsätzlich an den Antrag gebunden. Der einem Abwesenden gegenüber gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 Abs. 2 BGB). Diese Regeln gelten hier analog. Die Bevollmächtigten des Klägers hatten zwar in dem bezeichneten Schlusssatz um kurzfristige Mitteilung gebeten, jedoch das Schreiben vom 17. Oktober 2002 auf dem gewöhnlichen Postweg an die Beklagte zur Versendung gebracht. Ausweislich des Eingangsstempels ging es bei ihr am 21. Oktober 2002 ein. Sie handelte deshalb "kurzfristig" im Sinne der ihr auferlegten Zeitvorgabe, als sie mit einem tags darauf am 22. Oktober 2002 um 10.55 Uhr versandten Fax-Schreiben bekannt gab, sie werde "bis spätestens heute Nachmittag" ein Restwertangebot bekannt geben. Diese positive Antwort ist als Annahme des "Stillhalteangebotes" des Klägers zu qualifizieren verbunden mit der Ankündigung eines "kurzfristigen" Restwertangebotes, welches etwa 3 ½ Stunden später eintraf. 72

b) Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg auf den Inhalt seines am 22. Oktober 2002 um 13.37 Uhr versandtes Fax-Schreiben berufen, in welchem er ankündigen ließ, das Fahrzeug werde für 2.000,-- € verkauft. Denn er war an die etwa 2 ½ Stunden zuvor zustande gekommene Absprache mit dem Inhalt des Abwartens von Restwertangeboten gebunden. Dies hatte dann zur Konsequenz, dass er gehalten war, das von der Beklagten für die Nachmittagsstunden in Aussicht gestellte Restwertangebot zu überprüfen, ehe er sich an einer Eigenverwertung des Fahrzeuges zum Preis von 2.000,-- € machte. 73

c) Sollten die Prozessbevollmächtigten des Klägers mit der Abfassung des Schlusssatzes des Schreibens vom 17. Oktober 2002 über die vorprozessual erteilte Vollmacht zur Schadensregulierung hinaus gegangen sein, müsste dieser sich jedenfalls den Inhalt des Schreibens nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen. 74

aa) Eine solche ist gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des als Vertreter Auftretenden nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere Teil annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln des Vertreters (Palandt/Heinrichs, Kommentar zum BGB, 63. Aufl., § 173 Rdnr. 14 mit Hinweis auf BGH NJW 1981, 1728; BGH NJW 1998, 1854 und weiteren Rechtssprechungsnachweisen). 75

bb) Wie der Prozessbevollmächtigte des Klägers im Verhandlungstermin vor dem Senat erklärt hat, ist diesem das Schreiben vom 17. Oktober 2002 im Rahmen der üblichen Mandanteninformation übermittelt worden. Erst nach Eingang bei dem Kläger habe sich das 76

Missverständnis wegen der bereits am 14. Oktober 2002 erfolgten Veräußerung des Unfallfahrzeuges herausgestellt. Gleichwohl hat der Kläger keine Veranlassung gesehen, vorprozessual über seine Bevollmächtigten das auf einem behaupteten Informationsversehen beruhende Missverständnis aufzuklären. Er hat sich erstmals in seiner Replik vom 14. April 2003 auf die Klageerwiderung darauf berufen, der von der Beklagten dargelegte Schriftwechsel beruhe auf einem Informationsversehen (Bl. 58, 59 d.A.).

d) Im Ergebnis kann die Entscheidung der sehr kontrovers behandelten Rechtsfrage dahinstehen, ob die Irrtumsanfechtung einer Willenserklärung ausgeschlossen ist, die sich der Vertretene nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen muss (vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei Erman-Brox, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., § 167, Rdnr. 27). Selbst wenn im vorliegenden Fall zugunsten des Klägers die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung gemäß § 119 BGB in Betracht käme, wäre jedenfalls die Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 BGB nicht gewahrt. Nach den Darlegungen seines Prozessbevollmächtigten hatte der Kläger das bezeichnete Schreiben vom 17. Oktober 2002 im Rahmen der üblichen Mandantenunterrichtung übermittelt erhalten. Wertet man das Vorbringen des Klägers in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 14. April 2003, der von der Beklagten dargelegte Schriftwechsel beruhe auf einem Missverständnis als die Erklärung einer Anfechtung des in Rede stehenden Schlusssatzes aus dem Schreiben vom 17. Oktober 2002 wegen eines Inhaltsirrtums, wäre die Erklärung gemäß § 119 BGB jedenfalls nicht ohne schuldhaftes Zögern des Klägers erfolgt. 77

8) Zwar mag der Kläger entsprechend seiner Behauptung bereits das Fahrzeug am 14. Oktober 2002 veräußert haben. Gleichwohl muss er sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) so behandeln lassen, als wäre die Veräußerung des verunfallten Fahrzeuges zu dem von der Beklagten übermittelten Restwertangebot in Höhe von 5.670,-- € erfolgt. 78

a) Denn er hatte durch die bezeichnete Korrespondenz in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt, als seien noch keine vollendeten Tatsachen bei der Weiterveräußerung des Fahrzeuges geschaffen worden. Er hatte unzweifelhaft zu erkennen gegeben, "kurzfristig" die ihm als Herr des Restitutionsgeschehens zustehende Veräußerungsbefugnis um der Realisierung einer potentiell günstigeren Verwertungsmöglichkeit willen nicht ausüben zu wollen. Die Obliegenheit der Schadensminderung ist Ausfluss des Rechtsgedankens von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Aus diesem ergibt sich jedoch auch das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens. Eine Rechtsausübung ist unzulässig, wenn durch das Verhalten des Berechtigten ein Vertrauenstatbestand entstanden ist und das Vertrauen des anderen Teils auf das Verhalten des Berechtigten schutzwürdig ist (Palandt/Heinrichs, Kommentar zum BGB, 63. Aufl., § 242, Rdnr. 56 mit Hinweis auf BGHZ 94, 351, BGH NJW 1985, 2590 sowie BGH NJW 1986, 2107). 79

b) Dadurch, dass der Kläger am Ende seiner Fax-Zuschrift vom 17. Oktober 2002 der Beklagten die Gelegenheit zur Unterbreitung eines über dem gutachterlich angegebenen Betrag liegenden Restwertangebotes eröffnet hat, hat diese zu Recht den Eindruck gewonnen, sie habe noch die Möglichkeit zu einer Korrektur der von der Gegenseite vorgenommenen und ausdrücklich als vorläufig bezeichneten Kfz-Schadensabrechnung zu ihren Gunsten. Im Hinblick darauf hat sie sich mit Hilfe eines Datenbanksystems aus dem Internet veranlasst gesehen, den Betrag von 2.000,-- € übersteigende Verwerterangebote einzuholen und an den Kläger weiterzuleiten. Der Kläger setzt sich unzulässiger Weise zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, wenn er sich im Nachhinein darauf beruft, die auf seine Veranlassung hin zustande gekommene "Stillhaltevereinbarung" und die daraufhin von der Beklagten eingeleiteten Bemühungen seien gegenstandslos gewesen, weil das in Rede 80

stehende Fahrzeug bereits 3 Tage zuvor zu dem gutachterlich angegebenen Restwert veräußert worden sei. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht kommt dann in Betracht, wenn der Geschädigte und die Haftpflichtversicherung des Schädigers vereinbart hatten, dass ein Restwertangebot der Haftpflichtversicherung des Schädigers erst abgewartet werden solle, der Geschädigte sich jedoch nicht an diese Absprache hält und das Fahrzeugwrack zuvor veräußert (AG Landshut ZfS 1998, 215). Der Versicherung in einem solchen Fall nur den Vertrauensschaden (Kosten der Restwertrecherche) zu ersetzen, erscheint dem Senat nicht als angemessen.

9) Wäre der verunfallte VW-Bus des Klägers am Tag des Einganges des Restwertangebotes der Firma G. am 22. Oktober 2002 noch nicht veräußert gewesen, wäre der Kläger im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB gehalten gewesen, den Wagen an das Unternehmen zu dem angebotenen Abnahmepreis von 5.670,-- € zu veräußern oder sich diesen Betrag errechnen zu lassen. 81

a) Es ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass dieses Entgelt durch Transportkosten oder sonstige Nebenkosten verringert worden wäre. Vielmehr ging aus der dem Kläger per Fax-Schreiben vom 22. Oktober 2002 übersandten Aufstellung mit der Überschrift "Restwertangebote" hervor, dass sich alle Anbieter zur kostenlosen Abholung des Fahrzeuges bei dem Kläger verpflichteten (Bl. 42 d.A.). 82

Die Prozessbevollmächtigten der Parteien haben im Verhandlungstermin vor dem Senat übereinstimmend erklärt, dass zusammen mit dem Fax-Schreiben der Beklagten die Aufstellung der "Restwertangebote" übermittelt worden ist, welche neben dem an erster Stelle aufgeführten Angebot der Firma G. GmbH aus Hamburg die Offerten von drei weiteren Händlern in der Bandbreite zwischen 3.885,00 € und 3.500,00 € enthielt. 83

b) Es bestehen auch keine ernsthaften Zweifel an der Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten, dass der Anbieter verpflichtet gewesen wäre, den VW-Bus zu dem angegebenen Preis von 5.670,-- € abzunehmen. Für den Fall der Weigerung hätte die Beklagte sich schadensersatzpflichtig gemacht (§ 179 BGB analog). 84

aa) Die durch die Beklagte zu den Akten gereichten Unterlagen lassen erkennen, dass die Angebote der Fahrzeugaufkäufer mit Hilfe eines Datenbanksystems für Kraftfahrzeuge namens c.. eingeholt worden waren (Bl. 42 d.A.). Betreiberin dieses Systems ist ein Unternehmen namens A. P. E. GmbH. 85

bb) Nach den durch den Senat über das Internet abgefragten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Datenbanksystem des Unternehmens sind bei Abgabe eines Kaufangebotes dieses und der Angebotspreis verbindlich. Der Anbieter verpflichtet sich als Käufer, das Fahrzeug abzuholen und den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen (Ziff. 4.2). Konkret verpflichtet sich der Interessent mit Abgabe eines Restwertangebotes, im Erfolgsfall – also bei der Annahme seines Angebotes, auch "Zuteilung" genannt – das Fahrzeug innerhalb von 4 Tagen abzuholen und den Angebotspreis bei der Übernahme zu bezahlen (Ziff. 4.5). 86

cc) Im Hinblick auf diese uneingeschränkte Abnahme- und Zahlungsverpflichtung besteht kein Grund, die Seriosität des Restwertangebotes der Firma G. GmbH allein aufgrund der Tatsache in Zweifel zu ziehen, dass dieses mit 1.785,-- € preislich deutlich über der Offerte des an zweiter Stelle genannten Kaufinteressenten (einer Firma K. mit 3.885,-- €) lag. 87

88

dd) Zwar hatte der VW-Bus des Klägers ausweislich der Feststellungen des Sachverständigen über die Unfallbeeinträchtigungen hinaus einen Schaden am Zahnriemengehäuse (Bl. 19 d.A.). Nach den Umständen ist jedoch davon auszugehen, dass der Firma G. GmbH dieser Schaden bei Abgabe des Restwertangebotes bekannt war. Denn nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten war in das Datenbanksystem eine komplette Schadensbeschreibung des Fahrzeuges durch Einscannen der entsprechenden Seiten des Sachverständigengutachtens eingegeben worden, so dass jedem Bieter der volle Schadensumfang bekannt war (Bl. 140, 141 d.A.). Unabhängig davon aus zu berücksichtigen, dass aus den dargelegten Gründen das in Rede stehende Restwertangebot über 5.670,-- € in jedem Fall verbindlich war. Dieses ist in voller Höhe berücksichtigungsfähig, denn der Verkauf des Unfallfahrzeuges durch den Kläger als Privatmann ist kein steuerbarer Umsatz im Sinne des § 1 UStG.

10) Im Ergebnis ist der Fahrzeugschaden des Klägers wie folgt abzurechnen: Der mit 11.900,-- € unstreitige Wiederbeschaffungswert ist um den auf die Differenzbesteuerung entfallenden Anteil von 2 % zu reduzieren, so dass sich ein Zwischensaldo von 11.662,-- € ergibt. Dieser verringert sich um das mit 5.670,-- € berücksichtigungsfähige Restwertangebot, so dass ein Betrag von 5.992,-- € verbleibt. Letztlich ist die Überweisung in Höhe von 4.588,62 € zu berücksichtigen, welche die Beklagte vorprozessual auf den Fahrzeugschaden erbracht hat. Damit verbleibt im Zwischenergebnis zu Lasten der Beklagten ein Saldo von 1.403,38 €. 89

III. 90

Weitgehend unbegründet ist das Rechtsmittel der Beklagten allerdings insoweit, als es die dem Kläger in Höhe von 1.017,25 € zuerkannten Mietwagenkosten betrifft. Der Kläger muss lediglich einen geringen Abzug wegen ersparter Eigenaufwendungen hinnehmen. 91

1) Fehl geht der Einwand der Beklagten, der Kläger hätte keinen Willen zur Nutzung des VW-Busses gehabt, wenn er das Fahrzeug ohne die Unfallbeeinträchtigungen hypothetisch als Fortbewegungsmittel hätte in Anspruch nehmen können. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats wird der hypothetische Nutzungswille des Halters eines unfallgeschädigten Fahrzeuges vermutet. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beklagten hervorgehobenen Tatsache, dass der Kläger bisher von einer Ersatzbeschaffung Abstand genommen hat. In diesem Zusammenhang macht er plausibel geltend, diese Unterlassung beruhe auf der bisher noch ausstehenden vollständigen Schadensersatzleistung der Beklagten. 92

2) Darüber hinaus zieht die Beklagte im Hinblick auf die unfallbedingten Verletzungen des Klägers ohne Erfolg seine tatsächliche Möglichkeit zur Nutzung des Fahrzeuges in Zweifel. Zwar trifft es zu, dass er bei dem Unfall nicht unerheblich verletzt worden ist. Er hat eine Brustbeinprellung und damit verbunden eine Infraktion dieses knöchernen Brustbereichs erlitten, was eine mehrwöchige Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte. Damit steht jedoch nicht fest, dass er wegen der körperlichen Beeinträchtigung außer Stande war, im Straßenverkehr ein Fahrzeug sicher zu führen. Denn durch die Verletzungen war der Gebrauch der Körperextremitäten für Schalt-, Lenk-, Beschleunigungs- und Bremsvorgänge nicht beeinträchtigt. Konkrete Probleme hätten sich für den Kläger allenfalls in einer Situation ergeben, in welcher die Rückhaltefunktion des Sicherheitsgurtes – etwa bei einem heftigen Bremsen – aktiviert worden wäre, weil dann der Brustkorb des Klägers durch die Gurtspannung einer besonderen Belastung ausgesetzt gewesen wäre. Da jedoch bei einer defensiven Fahrweise eine solche mechanische Insassenbeanspruchung zumindest nicht alltäglich ist, kann allein im Hinblick darauf die Fähigkeit des Klägers zum Führen eines 93

Kraftfahrzeuges während des hier in Rede stehenden Ausfallzeitraumes von 4 Tagen nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.

3) Die dem Kläger für die Inanspruchnahme des Mietwagens entstandenen Kosten sind als Rechnungsbetrag im Umfang von 1.017,25 € einschließlich Mehrwertsteuer unstreitig. Jedoch ist dieser Betrag um die ersparten Eigenaufwendungen zu kürzen. 94

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist bei der unfallbedingten Entstehung von Mietwagenkosten ein Abzug von 5 % wegen ersparter Eigenaufwendungen vorzunehmen. Dabei kann dahin stehen, ob der Kläger ein klasseniedrigeres Fahrzeug angemietet hat. Denn auch in diesem Fall hat er durch die Anmietung eigene Aufwendungen erspart, die der Senat in ständiger Rechtsprechung mit 5 % berücksichtigt (Senat DAR 1998, 102; zuletzt Urteil vom 17. März 2003, Aktenzeichen: 1 U 139/02). 95

b) Der um die ersparten Eigenaufwendungen reduzierte Nettobetrag stellt sich auf 833,08 €. Zuzüglich der Mehrwertsteuer ergibt sich somit ein ersatzfähiger Bruttobetrag von 966,38 €. 96

c) Rechnet man diesen zu dem oben genannten Zwischensaldo von 1.403,38 € hinzu, macht im Ergebnis die begründete Ersatzforderung des Klägers die Summe von 2.369,76 € aus. 97

IV. 98

1) Soweit der Kläger in seiner Berufungserwiderung die durch das Landgericht hinsichtlich des in Höhe von 1.946,60 € zurückgenommenen Teils der Klageforderung die Richtigkeit der durch das Landgericht gem. § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO nach billigem Ermessen getroffene Kostenentscheidung, die zu seinem Nachteil ausgefallen ist, beanstandet, enthält sein Vorbringen keinen statthaften Angriff auf die erstinstanzliche Kostenentscheidung. 99

a) Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Anfechtung der Kostenentscheidung unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird (§ 99 Abs. 1 ZPO). 100

b) Selbst wenn man unabhängig davon die in der Berufungserwiderung enthaltene Rüge konkludent als eine auf den Kostenpunkt beschränkte Anschließung behandelte, wäre jedenfalls das Fristerfordernis des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht gewahrt. 101

2) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 102

3) Die Anordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 103

4) Der Gegenstandswert für den Berufungsrechtszug beträgt 6.328,63 €. Dementsprechend liegt die Beschwer der Parteien jeweils unter 20.000,-- €. 104

5) Die Rechtsfrage, ob nach einem wirtschaftlichen Totalschaden eines Kraftfahrzeuges die Ersatzbeschaffung als ein unter § 249 BGB n.F. zu subsumierender Restitutionsfall oder als ein unter § 251 BGB zu fassender Kompensationsfall zu behandeln ist, wird kontrovers entschieden. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage sieht sich der Senat veranlasst, insoweit die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO zuzulassen. 105

Dr. E. K. E. 106

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE