

sein müssten, die heranzuziehen sind. Alternativ bietet sich allerdings auch die Rückbesinnung auf Schwacke an, denn deren Werte liegen nahe am Ergebnis aus drei Listen (394 und 329 Euro).<sup>10</sup>

## Zusammenfassung

Die Angriffe der Versicherer auf den Mittelwert Fracke durch fortgesetzte konstruierte Argumentationen gegen Schwacke werden unvermin-

dert fortgesetzt. Gerichte gehen häufig den leichten Weg und verweisen auf die grundsätzliche Fracke-Freigabe des BGH. Doch obliegt es den Instanzgerichten, die Argumente konkret zu prüfen. Internetscreenshots sind kein Argument. Da Fraunhofer sich vor allem hierauf stützt, fällt eher diese Liste als Schätzgrundlage weg und aus dieser Richtung ist Fracke erschüttert. Mit DAT kommt eine dritte Liste, die sonst mitberücksichtigt werden müsste.

10) In anderen Fällen mag auch DAT näher am 3er-Mittelwert liegen.

Aufsatz,  
Rechtsanwalt Joachim Otting, Hünxe

## ■ Wertminderung beim Haftpflichtschaden: Mit oder ohne Mehrwertsteuer?

Haftpflichtschäden an Mietwagen sind an der Tagesordnung. Fast alle als Mietfahrzeuge eingesetzten Autos sind sehr jung, und wenn der Wagen nun nach der Instandsetzung ein reparierter Unfallwagen ist, muss das beim Verkauf offenbart werden. Zum Ausgleich durch den dadurch erzielten reduzierten Verkaufspreis sieht das Schadenersatzrecht die Wertminderung vor.

Autovermieter sind bezogen auf die Mietfahrzeuge ausnahmslos zum Vorsteuerabzug berechtigt. So kommt es bei der Schadenregulierung immer wieder zu der Diskussion, ob der Versicherer aus dem vom Schadengutachter ermittelten Wertminderungsbetrag 19 Punkte Mehrwertsteuer herausrechnen darf.

### Ein Urteil vom AG Remscheid belebt die Diskussion aufs Neue

Bisher ist die überwiegende Auffassung, die Wertminderung sei im Hinblick auf die Mehrwertsteuer eine steuerneutrale Schadenposition, sie sei daher ungekürzt zu erstatten.

Eine sehr differenzierte und wohl auch sachlich richtige Entscheidung kommt vom AG Remscheid. Das Gericht schaut sich die Position „Wertminderung“ einerseits und deren Auswirkung auf den Schadenfall andererseits getrennt an.

Es kommt zu dem Ergebnis, dass die Wertminderung zwar mehrwertsteuerneutral sei, sich am Ende aber nur netto auswirke (AG Remscheid, Urteil vom 10.11.2017, Az. 8a C 190/16).

### Diese Differenzierung ist überzeugend

Der gedankliche Ausgangspunkt des Gerichtes, zwischen der Mehrwertsteuerneutralität und der Auswirkung in der Vermögensbilanz zu unterscheiden, ist nicht zu beanstanden. Zwar spielt diese Bewertung den Versicherern in die Hände, doch macht es wenig Sinn, dieses Urteil zu ignorieren. Denn andere Gerichte werden es ebenfalls überzeugend finden. Unnötige Prozesskosten wären die Folge.

### Was bedeutet „Mehrwertsteuerneutralität“?

Steuerrechtlich eindeutig ist und bleibt, und so sieht es auch das AG Remscheid: Die Wertminderung ist ein steuerneutraler Betrag. Der Schadengutachter kann und muss also nicht zwischen Wertminderung brutto oder netto differenzieren. Umsatzsteuer setzt nämlich stets einen Leistungsaustausch voraus, wobei der Geber ein Unternehmer sein muss.

Jemand kauft ein Auto. Die Leistung des einen: Liefern. Die im Austausch

gegebene Leistung des anderen: Zahlen. Das ist umsatzsteuerpflichtig („steuerbare Leistung“).

Jemand lässt ein Auto reparieren. Die Leistung des einen: Reparieren. Die im Austausch gegebene Leistung des anderen: Zahlen. Auch das ist umsatzsteuerpflichtig.

Jemand mietet ein Auto, lässt sein Auto abschleppen, lässt ein Schadengutachten erstellen. Der Leistungsaustausch und damit die Steuerbarkeit liegt regelmäßig – ein Unternehmer als Erbringer der Kernleistung vorausgesetzt – auf der Hand.

Anders ist es bei der Wertminderung: Nach der Reparatur ist das Auto weniger wert. Hat ein Unternehmer etwas gegeben? Hat der Geschädigte im Austausch dafür etwas gegeben? Jeweils nein. Das ist keine steuerbare Leistung. Es wurde einfach nur „ein bisschen Wert pulverisiert“. Das steckt hinter dem Stichwort „mehrwertsteuerneutral“. Die Wertminderung, sei es die massenhaft vorkommende merkantile, sei es die höchst seltene technische, kann also nicht als Brutto- oder Nettowert dargestellt werden.

### Aber wie sind die Auswirkungen in der Vermögensbilanz des Unternehmers?

Merkantile Wertminderung ist nach der gängigen und auf den BGH gestützten Definition der Betrag, den das Fahrzeug nach einer (ggf. nur gedachten) vollständigen und fachgerechten Reparatur weniger wert ist. Die Definition stellt dabei auf einen gedachten Verkauf des Fahrzeugs ab.

Wenn der Geschädigte zum Vorsteuerabzug berechtigt ist und das Fahrzeug zum Betriebsvermögen gehört, muss er aus dem Verkaufspreis die Mehrwertsteuer an den Fiskus abführen. Deshalb muss er sie beim Verkauf auch in der Rechnung ausweisen.

Wenn man nun für einen Beispielsfall von einer Wertminderung von 500 Euro ausgeht, basiert das auf einem um 500 Euro geringeren erzielten Verkaufspreis. Aus diesen nicht beim Verkauf realisierten 500 Euro muss der Geschädigte in der Rolle des Verkäufers auch keine Mehrwertsteuer an den Fiskus abführen.

Oder andersherum: Von den 500 Euro Mehrerlös ohne den Unfall und ohne den Minderwert blieben ihm nach Abführung der Mehrwertsteuer nur 420,17 Euro. Und nur um diesen Betrag mindert sich die Vermögensbilanz des Geschädigten, wenn sein dem Betriebsvermögen zugehöriges Fahrzeug nun für die 500 Euro weniger verkauft wird, sei es tatsächlich, sei es gedacht.

Beim AG Remscheid heißt es dazu deutlich differenzierend wörtlich: „Bei der vom Schädiger zu erstattenden Wertminderung muss vor dem Hintergrund

der §§ 249 ff. BGB unter Berücksichtigung der Differenzhypothese und des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots nach alledem bei einem vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten die Umsatzsteuer in Abzug gebracht werden, wenn – wie regelmäßig und auch hier – der merkantile Minderwert sachverständigseits nach dem Bruttomarktpreis ermittelt wurde. Zwar ist der Klägerin zuzugestehen, dass die Wertminderung als solche nicht umsatzsteuerpflichtig ist. Schadensrechtlich betrachtet ist dem Geschädigten, der

zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, jedoch nur derjenige Betrag zu erstatten, der ihm verbliebe, wenn er aktuell die Wertminderung – durch Veräußerung des reparierten Kraftfahrzeugs – realisieren würde. Wendet man die §§ 249 ff. BGB an, so ist davon auszugehen, dass der Unternehmer sein Betriebsvermögen immer nur netto betrachtet, denn er hat es unter Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs netto gekauft und er verkauft es auch wieder netto, weil er beim Verkauf zwar Umsatzsteuer erhält, diese aber wieder abführen muss."

## Rechtsprechung

### ■ Unterlassungsanspruch wegen fehlender Zulassung als Mietwagen

1. Zwischen den Streitparteien besteht ein Wettbewerbsverhältnis im Absatz gleichartiger Dienstleistungen innerhalb desselben Verbraucherkreises, und als Mitbewerberin ist die Klägerin aktivlegitimiert.
2. Die Zulassung zur Vermietung angebotener Fahrzeuge als Selbstfahrervermietfahrzeug ist eine Marktverhaltensvorschrift und ein Verstoß dagegen ist geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern zu beeinträchtigen.
3. Die Beklagte hat gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen, indem sie einen Pkw vermietet hat, der nicht als Selbstfahrervermietfahrzeug zugelassen war.
4. Unerheblich ist es, wenn die Vermietung unterhalb der Marktpreise abgerechnet wird oder kostenlos erfolgt.
5. Die Beklagte und Berufungsklägerin hat die Kosten des Verfahrens, die Abmahnkosten und die Kosten der testweisen Anmietung zu bezahlen.

*Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 28.11.2017, Az. 6 U 23/16  
(Vorinstanz Landgericht Frankfurt (Oder), Urteil vom 29.01.2016, Az. 12 O 180/15)*

#### Sachverhalt

In dem Rechtsstreit XXX Beklagte und Berufungsklägerin, gegen XXX Klägerin und Berufungsbeklagte, hat der 6. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 28.11.2017 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht XXX, den Richter am Oberlandesgericht XXX und die Richterin am Oberlandesgericht XXX für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.01.2016 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder) – 12 O 180/15 – wird zurückgewiesen; klarstellend wird der Tenor in Satz 1 des angefochtenen Urteils neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Kraftfahrzeuge ohne Gestellung eines Fahrers zu vermieten und/oder vermieten zu lassen, wenn diese Fahrzeuge ausweislich des Fahrzeugscheines nicht als „Selbstfahrervermietfahrzeug“ zugelassen oder – alternativ – nicht auf den Mieter zugelassen sind.

Die Kosten des Berufungsrechtszuges hat die Beklagte zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000 € abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

#### Gründe

I.  
Die Parteien streiten über einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch einschließlich der Kosten der Abmahnung und derjenigen der Feststellung des Wettbewerbsverstößes.

Beide Parteien betreiben ein Autohaus mit Werkstatt. Streitig ist, ob die Klägerin daneben als Autovermieterin gewerblich tätig ist. Beide Parteien bieten ihren Werkstattkunden an, Fahrzeuge vorübergehend – im Regelfall für die Dauer der Reparatur – als Ersatzwagen zu mieten.

Die Klägerin ließ durch ihren Mitarbeiter XXX bei der Beklagten am 18.03.2015 zum Test einen Pkw als Werkstattersatzwagen anmieten. Die Beklagte händigte dem Testmieter ein Fahrzeug aus, welches in den Zulassungsunterlagen ohne den Vermerk „Selbstfahrervermietfahrzeug“ eingetragen war.

Mit der Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Beklagte handele nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 6 Abs. 4 Nr. 1, 13 Abs. 2 S. 2 FZV wettbewerbswidrig, indem sie einen nicht als „Selbstfahrervermietfahrzeug“ zugelassenen Pkw mietweise zur Verfügung gestellt habe.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. es unter Ordnungsmittelandrohung zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Kraftfahrzeuge ohne Gestellung eines Fahrers zu vermieten und/oder vermieten zu lassen, wenn diese Fahrzeuge ausweislich des Fahrzeugscheines nicht als „Selbstfahrervermietfahrzeug“ zugelassen oder – alternativ – nicht auf den Mieter zugelassen sind,
2. an sie Kosten der Anmietung in Höhe von 231,88 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen sowie
3. an sie außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.044,40 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt die Klage abzuweisen.

Sie ist der Klage entgegengetreten und hat insbesondere das Bestehen