

Univ.-Prof. Dr. Christian Huber, Augsburg

# Das Honorar des Versicherungsberaters als erstattungsfähige Aufwendung nach Schadenersatzrecht

Zugleich Besprechung des Urteils des LG Feldkirch vom 4. 2. 1993, 1 a R 552/92

**Zum Inhalt:** Die Rechtsordnung hat den Versicherungsberatern die Befugnis eingeräumt, ihre Kunden, die bei Verkehrsunfällen Geschädigten, bei der außergerichtlichen Schadensregulierung gegenüber dem gegnerischen Haftpflichtversicherer zu vertreten. Umstritten ist indes, ob die Geschädigten das Honorar des Versicherungsberaters auf den Haftpflichtversicherer überwältzen können oder auch bei Obsiegen endgültig selbst tragen müssen. Der Autor nimmt zu einer Entscheidung des LG Feldkirch (in diesem Heft unter Nr 120 abgedruckt) Stellung, die – erstmalig – eine solche Erstattungsfähigkeit dem Grunde nach bejaht, wenngleich zur Höhe Einschränkungen gemacht werden.

## Übersicht

- I. Erstattung vorprozessualer Kosten – ein Problem an der Schnittstelle von Prozeßrecht und materiellem Recht
  - A. Aktualität des Themas – viel Kleinvieh macht auch Mist
  - B. Ausmaß des Ersatzes abhängig vom beschrittenen Rechtsweg
    1. Kostenerstattungsanspruch nach §§ 41 ff ZPO
    2. Schadenersatzanspruch nach §§ 1293 ff ABGB
    3. Folgerungen
  - C. Ausstrahlung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs auf den materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch
- II. Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts-Schadensverlagerung
  - A. Der typische Fall der Schadensverlagerung: Rechtsgutsverletzung in Kombination mit einer vertraglichen oder gesetzlichen Riskotragungsnorm
  - B. Folgeschaden, nicht Rechtsgutsverletzung im vorliegenden Sachverhalt
    1. Keine Zuhilfenahme der objektiv-abstrakten Schadensberechnung
    2. Aktivlegitimation
  - C. Besonderheit der Beteiligung von drei Personen auf Geschädigtenseite
    1. Geltendmachung durch die Autofahrerorganisation
    2. Konstruktion von Schadensbearbeitungskosten
- III. Bloß Auslagenersatz an Versicherungsberater gemäß § 42 Abs 2 ZPO oder voller Schadenersatz
  - A. Keine analoge Anwendung von § 42 Abs 2 ZPO im Rahmen des Schadenersatzanspruchs
  - B. Argument aus § 1004 ABGB
  - C. Keine Anwendung des Tarifs von Inkassobüros – andere Funktion
    1. Eintreibungsmaßnahme des Inkassobüros
    2. Darlegung des Bestehens des Anspruchs gegliedert nach Schadensposten und dessen Begründetheit

D. Begrenzung durch den Rechtsanwaltstarif (§ 1304 ABGB, § 41 Abs 2 ZPO)

1. Rechtsanwalt stets höherwertige Leistung

2. Obliegenheit, keinen Rechtsanwalt einzuschalten

## IV. Zusammenfassung und Ausblick

### I. Erstattung vorprozessualer Kosten – ein Problem an der Schnittstelle von Prozeßrecht und materiellem Recht

#### A. Aktualität des Themas – viel Kleinvieh macht auch Mist

Die Diskussion der Frage der Erstattungsfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverfolgungsschritte wird im österr. Recht schon lange geführt. Seit der umfassenden Monographie von Waldner<sup>1)</sup> erfolgte aber bis in die jüngste Zeit<sup>2)</sup> immer wieder nur eine punktuelle Befassung mit dem Thema.<sup>3)</sup> Dies hängt wohl damit zusammen, daß die Streitwerte gering sind,<sup>4)</sup> Juristen sich häufig mit anderem beschäftigen als mit Kostenrecht und es sich zudem noch um eine Materie handelt, die an der Schnittstelle zweier Rechtsgebiete liegt, nämlich dem Prozeßrecht und dem Schadenersatzrecht, so daß jeder Fachvertreter wegen der Berüh-

<sup>1)</sup> Die Lehre von den Prozeßkosten nach österreichischem Prozeß- und Privatrecht (1883).

<sup>2)</sup> Vgl aber nunmehr die umfassende Monographie von M. Bydliński, Der Kostenersatz im Zivilprozeß (1992), deren Hauptanliegen wohl darin besteht, das Prozeßkostenrecht als Ausfluß zivilrechtlicher Prinzipien zu begreifen.

<sup>3)</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt: Wilburg, Elemente des Schadensrechts (1941) 264; Nobl, Ein Beitrag zur Frage der Kostenersatzpflicht im österreichischen Recht, JBl 1926, 191; Lechner, Vorprozessuale Kosten, ÖJZ 1957, 539; Hule, Nochmals: Vorprozessuale Kosten, ÖJZ 1958, 651; Stölzle, Vorprozessuale Kosten, AnwBl 1978, 20; Fasching, Urteilsanmerkung, JBl 1982, 326; Barchetti, Gilt der erste Satz des § 42 Abs 2 ZPO auch für vor- und außerprozessuale Kosten? ÖJZ 1987, 321; Messiner, Kostenersatz für vor- und außerprozessuale Rechtsverfolgung durch Berater in Versicherungsangelegenheiten und Inkassobüros, ZVR 1990, 297; Gatternig/Iledius, Die gerichtliche Geltendmachung vorprozessualer Mahn- und Inkassospesen, AnwBl 1992, 701. Aus der Lehrbuch- und Kommentarliteratur: Wolff in Klang<sup>2</sup> VI 123; Reischauer in Rummel<sup>2</sup> I § 918 Rdz 22 a; Fasching, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> (1990) Rdz 456 ff. Vgl weiters Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1995) 133 ff.

<sup>4)</sup> Urteile, die von Unterinstanzen, also nicht von einem Höchstgericht, erlassen wurden, blieben bis in die allerjüngste Zeit unveröffentlicht.

rungspunkte mit dem Nachbargebiet einer Erörterung aus dem Weg geht.<sup>5)</sup>

Es gilt indes der Satz „Viel Kleinvieh macht auch Mist“. In Summe ergeben sich für die Betroffenen ganz erhebliche Unterschiede, je nach dem, in welchem Ausmaß man die Überwälzbarkeit von Aufwendungen für außergerichtliche Rechtsverfolgungsschritte auf den Schädiger bzw Ersatzpflichtigen für zulässig erachtet:

Für den Gläubiger der Forderung stellt sich die Frage, ob er das seinem Vertreter dafür gezahlte Entgelt aus eigenem tragen muß oder er es auf den Schuldner überwälzen kann. Spiegelverkehrt stellt sich das Problem beim Schuldner, insb beim Haftpflichtversicherer des Schädigers. Schließlich ist das Wettbewerbsverhältnis zwischen Anwälten und sonstigen Unternehmen, die Rechtsberatungsdienstleistungen anbieten, betroffen, wenn bei Einschaltung eines Anwalts auch die Kosten für die außergerichtliche Mühewaltung überwälzbar sind, nicht aber bei Betrauung anderer Dienstleistungsunternehmen.

Beschreitet der Geschädigte den herkömmlichen Weg und schaltet er einen Rechtsanwalt ein, mag man darüber streiten, ob die Befassung eines kundigen Vertreters überhaupt erforderlich war.<sup>6)</sup> Der Haftpflichtversicherer wird – insb im nachhinein – häufig behaupten, daß er auch ohne Zuhilfenahme anwaltlicher Hilfe Ersatz in gleich hohem Ausmaß geleistet hätte, so daß die Einschaltung des Anwalts entbehrlich war.

Ist diese Hürde aber erst einmal genommen und steht die Ersatzfähigkeit dem Grunde nach fest, ist die Überwälzbarkeit der Kosten bei Einschreiten eines Anwalts durch den Rechtsanwaltstarif geregelt, so daß sich die Gerichte kaum mit Bewertungsstreitigkeiten herumzuplagen haben. Zieht der Geschädigte indes einen anderen Fachmann heran, wie im vorliegenden Sachverhalt einen Versicherungsberater, stellt sich das Problem, ob das an den Versicherungsberater bezahlte bzw zu zahlende Honorar auf den Haftpflichtversicherer überwälzbar ist? Wenn man dies dem Grunde nach bejaht, stellt sich die weitere Frage, ob dies in vollem Umfang der Fall ist oder Abstriche zu machen sind. In diesem Besprechungsaufsatz soll vornehmlich der ersten Frage nachgegangen werden.<sup>7)</sup>

<sup>5)</sup> Umso verdienstvoller ist die in FN 2 zitierte Monographie von *M. Bydlinski*, die sowohl auf materiellrechtliche als auch prozessuale Fragen eingeht.

<sup>6)</sup> Vgl dazu zum deutschen Recht die Leitentscheidung BGH BGHZ 66, 112 sowie jüngst BGH NJW 1995, 446 und dazu: *Hildebrand*, Rechtsanwaltskosten als Schadensersatz, NJW 1995, 1994; *Nixdorf*, Kostenerstattung für außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten im Zusammenhang mit Verkehrshaftpflichtschäden, *VersR* 1995, 257; *Höfle*, *DAR* 1995, 69; *Nothoff*, Die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung von Verkehrsunfallschäden unter besonderer Berücksichtigung solcher Fälle, in denen Unternehmen die anwaltlichen Auftraggeber sind, *DAR* 1995, 343. Zum ähnlich gelagerten Problem der Einschaltung eines Rechtsanwalts oder Inkassobüros zur Eintreibung einer offenen Forderung *Michalski*, Unzulässige Forderungseinziehung durch konzerngebundene Inkassounternehmen, *ZIP* 1994, 1501, 1503ff.

<sup>7)</sup> Zur Zulässigkeit der Streitanteilsvereinbarung der Versicherungsberater und der Überwälzbarkeit des Honorars vgl demnächst *Ch. Huber*, Das pactum der quota litis der Versicherungsberater – Zulässigkeit gegenüber dem Kunden, Auswirkungen bei der Überwälzung der Kosten auf die gegnerische Haftpflichtversicherung, *ÖJZ* 1997.

Ungeachtet des Umstands, daß die vorliegende Entscheidung des LG Feldkirch nicht mehr tauftrich ist – sie erging am 4. 2. 1993 – soll sie im folgenden ausführlich besprochen werden, weil durch sie eine Fülle von offenen Fragen angesprochen und einige auch zutreffend gelöst worden sind. Bevor unter II. auf die Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts eingegangen wird, soll zuvor noch die Ausgangsposition kurz skizziert werden:

## B. Ausmaß des Ersatzes abhängig vom beschrifteten Rechtsweg

Die Frage der Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverfolgungsschritte liegt an der Schnittstelle zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht. Als Anspruchsgrundlage für einen Ersatzanspruch kommen der prozessuale Kostenerstattungsanspruch nach den §§ 41 ff ZPO oder ein materiellrechtlicher Schadenersatzanspruch nach den §§ 1293 ff ABGB in Betracht. Unter welchen Voraussetzungen ist welche Anspruchsgrundlage heranzuziehen und worin bestehen die Unterschiede zwischen der einen und der anderen?

### 1. Kostenerstattungsanspruch nach §§ 41 ff ZPO

Die in Österreich herrschende Rechtsprechung nimmt eine Anwendbarkeit des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs nach den §§ 41 ff ZPO stets dann an, wenn der Hauptanspruch noch nicht zur Gänze erledigt ist.<sup>8)</sup> Selbst wenn vom Hauptanspruch nur noch die Verzugszinsen offen sind, soll sich die Erstattungsfähigkeit der vorprozessualen Rechtsverfolgungsschritte ausschließlich nach Prozeßrecht beurteilen.<sup>9)</sup> Nur, wenn es gar nicht anders geht, wenn eine Akzessorietät zu einem Hauptanspruch beim besten Willen nicht mehr hergestellt werden kann, soll der Geschädigte auf einen materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch verwiesen werden.

Die Vorliebe der Rechtsprechung für den prozessualen Kostenerstattungsanspruch ist durchaus nachvollziehbar: Dieser ist allein vom Obsiegen im Prozeß abhängig. Seine Bemessung richtet sich nach dem Rechtsanwaltstarif, so daß sich kaum Bewertungsprobleme stellen. Der Kostenerstattungsanspruch kann nur bis zum Schluß der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz geltend gemacht werden; danach tritt Präklusion ein. Dem Richter steht ein besonders freies Ermessen zu. Und zu guter Letzt ist die Kostenentscheidung auch nur in eingeschränktem Ausmaß durch Rechtsmittel überprüfbar.<sup>10)</sup>

### 2. Schadenersatzanspruch nach §§ 1293 ff ABGB

Dieser von der Rechtsprechung eingenommene Standpunkt hat bisher aller Kritik durch die Literatur standgehalten. In jüngster Zeit hat freilich *M. Bydlinski* eine umfassende Monographie zum Kostenrecht<sup>11)</sup> vorgelegt, in der er viele Probleme erstmals eingehend un-

<sup>8)</sup> StRsp: OGH SZ 14/76; ZBI 1934/57 (*Petschek*); SZ 22/171; EvBl 1958/350; JBI 1959, 162; ZVR 1960/314 = JBI 1960, 642 = EvBl 1960/356; SZ 46/103; EvBl 1973/8; ZfRV 1977, 123 (*Hoyer*). Vgl auch die Zusammenfassung des Meinungsstandes bei *M. Bydlinski*, *Kostenersatz* 44 ff, 118 ff, 147 f.

<sup>9)</sup> OGH EvBl 1963/231; so bereits GIUNF 3.699.

<sup>10)</sup> Näheres dazu bei *M. Bydlinski*, *Kostenersatz* 117.

<sup>11)</sup> Vollzitat in FN 2.

tersucht und darüber hinaus auch einen rechtsvergleichenden Ausblick auf das deutsche Recht unternimmt. Nach seinem Ansatz sind – in Anlehnung an die deutsche Dogmatik – die Kosten für „echte“ vorprozessuale Rechtsverfolgungsmaßnahmen nur ersatzfähig, wenn der Geschädigte sich auf eine **materiellrechtliche**, nämlich eine schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlage stützen kann, uzw unabhängig davon, ob der Hauptanspruch bereits erledigt ist oder nicht.<sup>12)</sup>

In Anlehnung an die herrschende Meinung in Deutschland sieht *M. Bydlinski* eine „echte“ vorprozessuale Maßnahme lediglich dann als gegeben an, wenn diese nicht von vornherein auf die Einleitung eines Prozesses gerichtet ist, sondern der Gläubiger darauf aus ist, den Streit außergerichtlich zu erledigen.<sup>13)</sup> Die **Einschaltung eines Versicherungsberaters**, der zur Vertretung vor Gericht gar nicht befugt ist, ist wohl **der Prototyp einer solchen „echten“ vorprozessualen Maßnahme**.

### 3. Folgerungen

Weshalb ist es aber nun so bedeutsam, nach welchem Regime ein Ersatzanspruch zu beurteilen ist, im Wege eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs oder eines materiellrechtlichen Schadenersatzanspruchs?

Zunächst wird für das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs gegenüber einem Kostenerstattungsanspruch eine zusätzliche Voraussetzung verlangt, nämlich nicht nur ein Obsiegen des Gläubigers in der Hauptsache, sondern darüber hinaus auf Seite des Schuldners ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten.<sup>14)</sup> Bei Straßenverkehrsunfällen ist das aber keine zusätzliche Klippe, weil ein deliktisches Verhalten eine Rechtsgutsverletzung am Körper und/oder Eigentum des Gläubigers ausgelöst hat, so daß der Schuldner auch für alle dadurch adäquat ausgelösten Folgeschäden einzustehen hat, sofern sie durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt sind.<sup>15)</sup>

Der Schadenersatzanspruch kann getrennt vom Hauptanspruch geltend gemacht werden. Er unterliegt nicht der Präklusion, so daß er auch nach Verfahrensende noch erhoben werden kann; für ihn läuft gemäß § 1489 ABGB eine eigene 3jährige Verjährungsfrist ab Kenntnis von Schaden und Schädiger.

Während der prozessuale Kostenerstattungsanspruch eine Nebenforderung zum Hauptanspruch ist, ist der materiellrechtliche Schadenersatzanspruch eine eigene

Hauptforderung, was Auswirkungen auf den Streitwert hat. Abhängig von der Höhe des Streitwertes ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen bei der Zuständigkeit des Gerichts, der Rechtsmittelbefugnis, der Honorierung des Anwalts udgl.<sup>16)</sup>

Sowohl der Grund als auch die Höhe sind in einem eigenen Beweisverfahren zu ermitteln. Das richterliche Ermessen ist geringer: Lediglich, wenn die Anspruchshöhe mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu ermitteln ist, darf der Richter sich auf die Schadensschätzung nach § 273 ZPO zurückziehen. Darüber hinaus ist eine uneingeschränkte Überprüfung durch Rechtsmittel gegeben.

Am bedeutsamsten ist aber der **Maßstab der Ersatzfähigkeit**: Nach § 41 Abs 1 ZPO sind bloß die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen. Anzulegen ist für den Kostenerstattungsanspruch ein **objektiver** Maßstab, wenngleich ex ante.<sup>17)</sup> Im Schadenersatzrecht ist hingegen darauf abzustellen, was der Geschädigte in der konkreten Situation für erforderlich halten durfte, ohne gegen die Schadensminderungsobliegenheit (§ 1304 ABGB) zu verstoßen. Es handelt sich somit um einen **subjektiven** Maßstab.

Außerdem ergeben sich Unterschiede in bezug auf die ersatzfähigen Kosten: Bei prozessualer Kostenerstattung sind die Rechtsanwaltskosten nicht nach der tatsächlich anfallenden Höhe, sondern gemäß § 41 Abs 2 ZPO nur nach dem Rechtsanwaltsstarif zu erstatten. Bei Vertretung durch andere als Rechtsanwälte und Notare erfolgt gemäß § 42 Abs 2 Satz 1 ZPO eine Beschränkung auf die Barauslagen; eine Abgeltung für deren Mühewaltung wird ausdrücklich versagt. Weitere Vermögensschäden des Gläubigers sind grundsätzlich nicht zu ersetzen, so etwa die Abgeltung der eigenen Mühewaltung des Anspruchsberechtigten (§ 42 Abs 1 Satz 1 ZPO) oder Finanzierungskosten.<sup>18)</sup> Eine Kostenerstattung kommt erst am Ende des Verfahrens in Betracht, ein Vorschuß kann nicht begehrt werden.

Wendet man hingegen Schadenersatzrecht an, so sind bei deliktischer Schädigung grundsätzlich sämtliche Folgeschäden ersatzfähig. Das LG Feldkirch drückt dies in der Weise aus, daß der Geschädigte in wirtschaftlicher Hinsicht so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Eine Einschränkung ergibt sich lediglich nach den Kriterien der Adäquanz und des Normzwecks.<sup>19)</sup> Die Adäquanz scheidet als ernstzunehmender Filter in diesem Zusammenhang aus. Näher zu prüfen ist freilich eine Eingrenzung der Ersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Normzwecks.

### C. Ausstrahlung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs auf den materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch

Da der Hauptanspruch erledigt ist, weist die vorliegende Entscheidung in Übereinstimmung mit der Literatur und den vorangehenden Entscheidungen darauf hin, daß sich das Ausmaß des Ersatzanspruchs **ganz allein nach Schadenersatzrecht** beurteile; eine analoge

<sup>12)</sup> Kostenersatz 166, 171; in diesem Sinn wohl auch *Reischauer* in Rummel, § 918 Rdz 22 a. Wohl als Konzession an die hRsp läßt *M. Bydlinski* (176 ff) letztlich aber ein Wahlrecht zwischen prozessualen Kostenerstattungsanspruch und materiellrechtlichem Schadenersatzanspruch zu. Ihm folgend *Gattermig/Illedits*, AnwBl 1992, 701 ff.

<sup>13)</sup> Kostenersatz 161 f, 164 ff. Vgl dazu OGH ÖBl 1976, 67: In dieser Entscheidung ging es um die Reichweite der Berufsbefugnis eines Versicherungsberaters in einem von der Anwaltschaft gegen ihn geführten Wettbewerbsstreit. Der OGH wies darauf hin, daß Erhebungen in Unfallsachen für die außergerichtliche Streitbeilegung erfolgten, weil das primäre Interesse des Geschädigten – und auch des ihn vertretenden Versicherungsberaters – darin liege, sich zu einigen, ohne gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, mögen die dabei gesammelten Unterlagen auch bei einer letztendlich doch nicht vermeidbaren prozessualen Streitaustragung verwertet werden.

<sup>14)</sup> *M. Bydlinski*, Kostenersatz 46.

<sup>15)</sup> Zu den Unterschieden zwischen Kostenerstattungsanspruch und Schadenersatzanspruch umfassend *M. Bydlinski*, Kostenersatz 156 f.

<sup>16)</sup> Vgl dazu *Gattermig/Illedits*, AnwBl 1992, 701 ff.

<sup>17)</sup> Näheres dazu bei *M. Bydlinski*, Kostenersatz 14 f.

<sup>18)</sup> OGH EvBl 1962/352: Keine Zinsen wegen aufgelaufener Prozeßkosten. Vgl dazu zum deutschen Recht BVerfG NJW 1992, 3157.

<sup>19)</sup> So auch *M. Bydlinski*, Kostenersatz 99 f.

Anwendung der §§ 41 ff ZPO komme nicht in Betracht. Da sich die Gerichte ihrer Sache so sicher nicht sind, weisen sie mitunter<sup>20)</sup> – wie auch in der Anlaßentscheidung – bei der Anspruchs begründung darauf hin, daß es sich um einen Schadenersatzanspruch für **notwendige und zweckmäßig aufgewendete Kosten** handle.<sup>21)</sup> Sie berufen sich auf den Wortlaut des § 41 Abs 1 ZPO, der für den Schadenersatzanspruch gerade nicht maßgeblich sein soll.

Würde man die ausschließliche Geltung von Schadenersatzrecht aber ernst nehmen, wäre a priori nicht einzusehen, warum das in Rechnung gestellte **Honorar des Versicherungsberaters einer normativen Korrektur** unterzogen werden muß bzw warum die Mühewaltung des Geschädigten selbst nicht auch eine erstattungsfähige Aufwendung<sup>22)</sup> darstellen soll. Darüber hinaus ist es im deutschen Recht einhellige Meinung, daß die zu erstattenden Kosten der außergerichtlichen Rechtswahrnehmung nach der Höhe des Ersatzanspruchs zu bemessen sind, über den letztendlich Einigkeit erzielt wurde und nicht nach der Höhe, die der Geschädigte zunächst einmal ohne Verschulden für berechtigt ansehen durfte.<sup>23)</sup> Bei rein schadenersatzrechtlicher Betrachtung dürfte es hingegen allein auf letzteres Kriterium ankommen.<sup>24)</sup>

In einem Besprechungsaufsatz können all diese Fragen nicht erschöpfend behandelt werden. Worauf hingewiesen werden soll, das ist die mögliche Strahlkraft des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs hinein in das materielle Schadenersatzrecht, soweit es um die Erstattung **inhaltsgleicher** Aufwendungen geht.<sup>25)</sup> Der dogmatische Standort, bei dem eine solche Berücksichtigung im Rahmen des Schadenersatzanspruchs zu erfolgen hat, ist der Schutzzweck der Norm bzw der Rechtswidrigkeitszusammenhang.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, daß vor einer Erstreckung der Wertungen der Kostenüberwälzungsnormen der ZPO zu prüfen ist, inwieweit diese für den vorprozessualen Bereich tragfähig sind, sind sie nämlich ih-

rer Konzeption nach **nur für die Phase der gerichtlichen Streitaustragung** gedacht. Dies gilt insb für § 42 Abs 2 ZPO, wonach ein Parteienvertreter, der weder Anwalt noch Notar ist, lediglich Ersatz seiner Barauslagen ersetzt verlangen kann.<sup>26)</sup>

Diese Norm diene historisch der Bekämpfung der Winkelschreiberei. Es gibt gute Gründe, sie lediglich auf die Phase der gerichtlichen Streitaustragung zu beziehen.<sup>27)</sup> Der Staat, der Gerichte zu nicht immer kostendeckenden Preisen für die Streitaustragung zur Verfügung stellt, hat ein legitimes Interesse, daß die dort für die Parteien auftretenden Vertreter mit dem Prozeßrecht vertraut sind. Für die Phase vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens ist ein solches Bedürfnis indes nicht erkennbar.<sup>28)</sup>

Zumindest für die Parteienvertreter, denen die Rechtsordnung gewerberechtlich ausdrücklich die Befugnis eingeräumt hat, den Geschädigten außergerichtlich vertreten zu dürfen,<sup>29)</sup> muß ein über die Barauslagen hinausgehender Ersatzanspruch zuerkannt werden.<sup>30)</sup> Der Rechtsordnung darf nicht unterstellt werden, mit der einen Hand etwas zu geben, um es mit der anderen wieder zu nehmen. Wird den Versicherungsberatern die Befugnis zur außergerichtlichen Schadensregulierung eingeräumt und sind sie daher befugt, auf diesem Gebiet in Konkurrenz zu den Anwälten zu treten, dann wäre es widersprüchlich, wenn dieser Wettbewerb über die Hintertür vereitelt oder doch verzerrt würde, indem man – anders als bei den Anwälten – eine Überwälzung des Honorars schon dem Grunde nach nicht zuläßt.

Diese Wertung ist dann nicht allein im Rahmen des Schadenersatzanspruchs zu beachten, sondern auch im Rahmen der **prozessualen Kostenerstattung**, wenn in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung diese Kosten bloß als vorprozessuale Kosten im Rahmen der Kostennote geltend gemacht werden können.<sup>31)</sup> Denn dem Ersatzpflichtigen würde sonst ein Anreiz gegeben, die außergerichtliche Schadensregulierung zu hintertreiben. Wäre das **Honorar des Versicherungs-**

<sup>20)</sup> So zB OGH SZ 50/135 = ZVR 1979/144 = RZ 1978/29.

<sup>21)</sup> Hinzuweisen ist auch in diesem Zusammenhang auf das Bemühen von *M. Bydlinski* (Kostenersatz 97 ff, 110, 114, 153), die Unterschiede zwischen prozessualen Kostenerstattungsrecht und materiellrechtlichem Schadenersatzrecht möglichst einzuschleifen.

<sup>22)</sup> Von den hier untersuchten **außergerichtlichen Rechtsverfolgungsmaßnahmen** sind die **Schadensbegleitkosten** zu unterscheiden. Während Schadensbegleitkosten sich dadurch auszeichnen, daß diese auch dann anfallen, wenn der Geschädigte seine Vermögenseinbuße nicht auf einen Ersatzpflichtigen überwälzen kann, kommt es zu außergerichtlichen Rechtsverfolgungsmaßnahmen nur dann, wenn es dem Geschädigten darum geht, seine Vermögenseinbuße auf einen Dritten zu überwälzen. Vgl zu dieser wenn auch terminologisch unglücklich ausgedrückten Unterscheidung OLG Graz EvBl 1988/99 (kritisch dazu *M. Bydlinski*, Kostenersatz 57) sowie *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 618 ff. Die Judikatur zu den Schadensbegleitkosten (OGH JBl 1968, 430; ZVR 1969/85; ZVR 1977/207; SZ 40/144; ZVR 1976/230; ZVR 1977/10; ZVR 1986/132) kann jedenfalls nicht unmittelbar als Belegstelle für die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen im Zuge der außergerichtlichen Schadensregulierung herangezogen werden, weil bei letzteren Sonderwertungen aus der ZPO, die auf den materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch ausstrahlen, eine Rolle spielen könnten, was bei ersteren von vorneherein auszuschließen ist.

<sup>23)</sup> BGH NJW 1970, 1122.

<sup>24)</sup> Vgl dazu *Gotthardt*, Zum Herstellungsaufwand des „verständigen“ Mannes, VersR 1975, 977 ff.

<sup>25)</sup> Vgl dazu *M. Bydlinski*, Kostenersatz 96, 115.

<sup>26)</sup> So OGH SZ 50/135.

<sup>27)</sup> So vor allem *Barchetti*, ÖJZ 1987, 321, 322; ebenso *Messiner*, ZVR 1990, 297, 298; *M. Bydlinski*, Kostenerstattung 22 f.

<sup>28)</sup> Zur Beachtlichkeit der unterschiedlichen Interessenlage vor und nach Einleitung eines Prozesses auch *M. Bydlinski*, Kostenerstattung 145, 163, 171.

<sup>29)</sup> Zur Reichweite der Berufsbefugnis der Berater in Versicherungsangelegenheiten zur außergerichtlichen Schadensregulierung gegenüber der gegnerischen Haftpflichtversicherung gemäß § 103 Abs 1 lit b Z 2 GewO 1973 ausführlich OGH ÖBl 1976, 67 unter Ausschöpfung des nahezu gesamten methodischen Instrumentariums, nämlich der wörtlichen, historischen, systematischen und teleologischen Interpretation.

<sup>30)</sup> Für das Schadenersatzrecht ist darüber hinaus zu beachten, daß bei deliktischer Körperverletzung auch derjenige Verletzte Ersatz seines Erwerbsschadens verlangen kann, der ohne Verletzung Einkünfte außerhalb einer Berufsbefugnis bzw gewerblichen Konzession, also durch Schwarzarbeit, erzielt hätte (so zB OGH ZVR 1978/293; JBl 1989, 654). Es ist nicht ohne weiteres erkennbar, weshalb man beim Vermögensschaden anders entscheiden sollte als bei der Rechtsgutsbeeinträchtigung. Für eine Begrenzung auf die behördlich konzessionierten Unternehmen aber dezidiert *Gattermig/Illedits*, AnwBl 1992, 701 ff.

<sup>31)</sup> Den gerade gegenteiligen Schluß zieht die E OGH SZ 50/135 sowie das OLG Graz EvBl 1988/99. Kritisch dazu *M. Bydlinski*, Kostenersatz 122. Folgt man dem Ansatz von *M. Bydlinski* (Kostenersatz 126 ff), der in solchen Fällen stets – auch – einen materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch für gegeben ansieht, stellt sich dieses Problem freilich nicht.

beraters nur im Wege eines Schadenersatzanspruchs überwälzbar, könnte nämlich Folgendes passieren:

Der Versicherer lehnt einen Teil des Hauptbegehrens ab, obwohl er weiß, daß dieses berechtigt ist, um eine Geltendmachung eines **Schadenersatzanspruchs hinsichtlich des Honorars des Versicherungsberaters** zu vereiteln. Diese Ablehnung erfolgt für ihn mit kalkulierbarem Kostenrisiko. Der Geschädigte steht dann vor der Alternative, auf den – zu Unrecht vom Haftpflichtversicherer – bestrittenen Teil seines Anspruchs zu verzichten, um damit die Voraussetzungen für die Überwälzung des Honorars des Versicherungsberaters auf schadenersatzrechtlicher Basis zu schaffen; oder aber den ihm zustehenden restlichen Schadenersatzanspruch in der Hauptsache geltend zu machen mit der Folge, daß das Honorar des Versicherungsberaters unter Berufung auf § 42 Abs 2 ZPO als nicht erstattungsfähige prozessuale Kosten qualifiziert werden, wogegen zudem bloß eine eingeschränkte Möglichkeit der Überprüfung durch Rechtsmittel besteht.

Zu einem solchen taktischen Ränkespiel soll die Rechtsordnung keinen Anlaß geben. Zudem würde dadurch die Verhandlungsposition des Versicherungsberaters durch ein solches Damoklesschwert des drohenden Verlustes der Überwälzbarkeit seines Honorars merklich geschwächt, wodurch wiederum seine Wettbewerbsfähigkeit leiden würde.

## II. Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts-Schadensverlagerung

Der Sachverhalt der zu besprechenden Entscheidung zeichnet sich dadurch aus, daß derjenige, dessen Eigentum beeinträchtigt worden ist, hinsichtlich der Aufwendungen für die außergerichtliche Rechtsverfolgung keine Vermögenseinbuße erlitten hat, weil diese Kosten jedenfalls ein Dritter getragen hat, nämlich die Autofahrerorganisation. Die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs ist somit nur möglich, wenn ein Fall einer Schadensverlagerung gegeben ist.

### A. Der typische Fall der Schadensverlagerung: Rechtsgutsverletzung in Kombination mit einer vertraglichen oder gesetzlichen Risikotragungsnorm

Wie sehen die typischen Fälle der Schadensverlagerung aus? Es kommt zu einer Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes, etwa einer Körperverletzung oder der Beeinträchtigung des Eigentums an einer Sache. Auf Grund einer Risikotragungsnorm führt der reale Schaden aber nicht zu einem Vermögensminus beim Träger des absolut geschützten Rechtsgutes. Ungeachtet des allseits anerkannten Grundsatzes, daß bloß dem unmittelbar Beeinträchtigten Schadenersatz zusteht, kann man mit Hilfe des Gedankens der Schadensverlagerung erklären, warum ausnahmsweise auch ein Dritter Ersatz bekommen soll.<sup>32)</sup>

Es handelt sich **nicht** um eine **Ausuferung der Ersatzpflicht des Schädigers**, sondern gerade nur um die Schadensposten, die typischerweise beim Geschädigten ein-

treten, die aber auf Grund einer Besonderheit des Innenverhältnisses zwischen dem Geschädigten und einem Dritten auf den Dritten weitergewälzt worden sind. Gerade davon soll der Schädiger nicht profitieren! Auf Grund solcher Risikotragungsnormen soll es nicht zur Möglichkeit einer Schädigung zum Nulltarif kommen! Die Risikotragung zwischen dem Geschädigten und dem Dritten hat nämlich gerade nicht den Zweck, den Schädiger zu entlasten. Dieser ist im Verhältnis zum Dritten jedenfalls näher daran; er muß den Schaden endgültig tragen.

Gesetzlich geregelt sind solche Fälle im Zusammenhang mit einer Legalzession, so bei § 332 ASVG oder § 67 VersVG. Soweit eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, beläßt man den Anspruch beim Inhaber des Rechtsgutes. Die Regeln des stellvertretenden commodums sorgen dann bei Vertragsbeziehungen zwischen dem Geschädigten und dem Dritten dafür, daß der Ersatzanspruch letztendlich an den gelangt, der einen rechnerischen Schaden erlitten hat. So ist dies beim Gläubigerverzug gemäß § 1419 ABGB oder bei einer wirksam verschenkten, aber noch nicht übergebenen beweglichen Sache.<sup>33)</sup>

### B. Folgeschaden, nicht Rechtsgutsverletzung im vorliegenden Sachverhalt

#### 1. Keine Zuhilfenahme der objektiv-abstrakten Schadensberechnung

Der vorliegende Sachverhalt des LG Feldkirch zeichnet sich dadurch aus, daß in bezug auf die Rechtsverfolgungskosten keine Rechtsgutsbeeinträchtigung gegeben ist. Es handelt sich vielmehr um Aufwendungen, die ein **Vermögensfolgeschaden** infolge der Beeinträchtigung des Eigentums, nämlich der Beschädigung des Autos, sind. An der Anwendbarkeit der Regeln über die Schadensverlagerung kann dies freilich nichts ändern.

Entscheidend ist, daß eine Vermögenseinbuße infolge einer Risikotragungsregel auf einen Dritten, nämlich die Autofahrerorganisation,<sup>34)</sup> weitergewälzt wird, weshalb sich in bezug auf die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten beim unmittelbar Geschädigten keine Vermögenseinbuße niederschlägt.<sup>35)</sup> Ob der Geschädigte für die vom Versicherungsberater gesetzten Rechtsverfolgungsschritte im Wege der Zahlung der Jahresprämie an die Autofahrerorganisation ein Entgelt entrichtet hat – so das LG Feldkirch – oder ob er diese Leistungen unentgeltlich empfangen hat – so die Einwendung des klagten Haftpflichtversicherers –, darauf kommt es nicht an, wenn man einmal akzeptiert hat, daß es sich um einen Fall der Schadensverlagerung handelt.

<sup>32)</sup> Zu weiteren Fallgruppen der Schadensverlagerung s. *Reischauer in Rummel*, ABGB, § 1295 Rdz 27; *Harrer in Schwimann*, ABGB, Vorbemerkung zu §§ 1293 ff Rdz 17 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> (1980) 278 ff.

<sup>33)</sup> Klarzustellen ist, daß der eingeschaltete Versicherungsberater eine Unterorganisation der Autofahrerorganisation ist, so daß diese zwar nicht formaljuristisch, aber doch der Sache nach ident sind.

<sup>34)</sup> Der Geschädigte mag einen Zeitverlust und infolgedessen einen Verdienstausschlag erleiden, indem er selbst ein erstes Schreiben an den Ersatzpflichtigen verfaßt, Gespräche mit der Autofahrerorganisation bzw dem Versicherungsberater führen muß, u.dgl. Allein dieser Schaden ist nicht Gegenstand des vor dem LG Feldkirch geführten Prozesses, so daß die Erörterung der **Erstattungsfähigkeit dieses Zeitaufwands des Geschädigten** im Rahmen dieser Untersuchung ausgespart werden soll.

<sup>32)</sup> Vgl dazu nur *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>10</sup> (1995) I 464 ff.

Da es sich um Aufwendungen handelt, kommt auch eine **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** nicht in Betracht, die in Österreich lange Jahre als **Zauberformel zur Bewältigung ansonsten schwer lösbarer Schadensberechnungsfragen** herangezogen worden ist.<sup>36)</sup> Wenn man anerkennt, daß Aufwendungen nicht nur vorliegen, wenn ein Geldabfluß nachgewiesen wird, also **Ausgaben** vorliegen, sondern sich mit einem auch zivilrechtlich faßbaren, weil mit betriebswirtschaftlichen Methoden **hinreichend genau bewertbaren Wertverzehr** begnügt,<sup>37)</sup> ist dieser systemwidrige Umweg entbehrlich.<sup>38)</sup>

## 2. Aktivlegitimation

Was zu klären übrig bleibt, das ist die Frage der Aktivlegitimation, wer also den Ersatzanspruch gegenüber dem Ersatzpflichtigen geltend machen kann: Derjenige, der in seinem **Rechtsgut verletzt** worden ist, aber keinen rechnerischen Schaden erlitten hat, oder derjenige, der eine **Vermögenseinbuße erlitten** hat, aber keine Rechts-gutsbeeinträchtigung nachweisen kann. Auf die Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungsmaßnahmen angepaßt muß die Fragestellung lauten: Kann derjenige Ersatz verlangen, bei dem der Vermögensfolgeschaden ohne Risikoüberwälzung eingetreten wäre, oder derjenige, bei dem sich ein Vermögensminus tatsächlich nachweisen läßt?

Die überwiegende Literaturmeinung<sup>39)</sup> weist die Aktivlegitimation demjenigen zu, der Ersatz ohne Rücksicht auf die Risikotragung im Innenverhältnis verlangen könnte. Das LG Feldkirch weist sie hingegen unter Berufung auf *Apathy* und *Koziol* sowie die OGH-Entscheidungen SZ 41/175 und ZVR 1987/9 demjenigen zu, der einen rechnerischen Schaden erlitten hat. Den Belegstellen ist allerdings gerade das Gegenteil dessen zu entnehmen, wofür sie zitiert werden. Das vom LG Feldkirch im konkreten Fall erzielte Ergebnis ist aber gleichwohl nicht zu beanstanden – und das aus folgenden Gründen:

## C. Besonderheit der Beteiligung von drei Personen auf Geschädigtenseite

### 1. Geltendmachung durch die Autofahrerorganisation

Fälle, an denen drei Personen beteiligt sind, weisen im Zivilrecht generell erhebliche Probleme auf. Im vorliegenden Sachverhalt ist neben dem Ersatzpflichtigen und dem Geschädigten auch noch der Versicherungsberater, ein Tochterunternehmen der Autofahrerorganisation, deren Mitglied der Geschädigte ist, involviert.

Würde man darauf abstellen, bei wem eine Vermögenseinbuße eingetreten ist, so müßte die Aktivlegitimation konsequenterweise der Autofahrerorganisation zugewiesen werden. Zutreffenderweise steht die Aktiv-

legitimation aber dem zu, der ohne Risikoüberwälzungsnorm im Innenverhältnis anspruchsberechtigt wäre; und das ist der Geschädigte, der einen Sachschaden erlitten hat.

Der Schadenersatzanspruch wurde aber vom Geschädigten an die Autofahrerorganisation, nämlich an deren Tochterunternehmen, abgetreten,<sup>40)</sup> so daß der Anspruch – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Literaturmeinung – letztlich dem zuerkannt wurde, der Ersatz ohne das Bestehen einer Risikotragungsnorm im Innenverhältnis hätte begehren können. Man fragt sich indes, warum eine solche Abtretung erfolgt ist.

## 2. Konstruktion von Schadensbearbeitungskosten

Der Beklagte weist darauf hin, daß eine Übertragung der Agenten den Zweck gehabt habe, Schadensbearbeitungskosten zu konstruieren. Angesprochen ist damit das in der Tat höchst umstrittene Phänomen, ob und in welchem Ausmaß **Schadensbearbeitungskosten in eigener Sache** eine erstattungsfähige Aufwendung darstellen. Soll dadurch, daß solche Tätigkeiten entgeltlich an einen Dritten übertragen werden, dafür Ersatz verlangt werden können, nicht aber dann, wenn eben diese Tätigkeit selbst oder durch eigenen Arbeitnehmer erledigt wird?<sup>41)</sup>

Für das österreichische Recht ist diese Frage noch wenig untersucht ist. Im deutschen Recht tobt darüber ein heftiger Streit. Während die Rechtsprechung<sup>42)</sup> und ein Teil der Literatur<sup>43)</sup> unter Berufung auf die Verkehrsauffassung vom eigenen Pflichtenkreis des Geschädigten sprechen, der im Regelfall zu keinerlei Entschädigung führen soll, plädieren andere Literaturstimmen<sup>44)</sup> für eine Abgeltung der Mühewaltung, jedenfalls im unternehmerischen Bereich<sup>45)</sup> bzw ab Überschreiten einer Bagatellschwelle.<sup>46)</sup>

<sup>40)</sup> Eine solch wirksame Abtretung wurde vom Beklagten bestritten, da dieser von einem ausschließlich öffentlich-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ausging, der nicht abtretbar sei. Zu der durch eine Abtretung auch von der Rechtsprechung gebilligten Metamorphose des öffentlich-rechtlichen Anspruchs in einen privatrechtlichen; vgl. *M. Bydlinski*, Kostenerstattung 173; *Gatterig/Illedits*, AnwBl 1992, 701 ff.

<sup>41)</sup> Für die Unbeachtlichkeit dieser organisatorischen Ausgestaltung für die Frage des Ersatzanspruchs dem Grunde nach *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 121 f.

<sup>42)</sup> So die Leitentscheidung des BGH BGHZ 66, 112 sowie jüngst BGH NJW 1995, 446.

<sup>43)</sup> *Jauernig/Teichmann*, BGB § 249 Anm 4; RGRK-Komm<sup>12</sup>-*Alff* § 249 Rdz 16.

<sup>44)</sup> *Pecher*, Die Fangprämie: Zur Schadenersatzpflicht des ertappten Ladendiebs – BGHZ 75, 230, JuS 1981, 645 ff; *Weimar*, Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Schadensrecht, NJW 1989, 3246 ff.

<sup>45)</sup> *Staudinger<sup>12</sup>/Medicus* § 253 Rdz 53; *Lieb*, Personalkosten als Schaden, FS-Steindorff (1990) 705 ff; *Himmelreich/Klimke/Büicken*, Kfz-Schadensregulierung idF der 57. ErgLfg (1996) Rdz 1925 und Rdz 1927 ff.

<sup>46)</sup> Dafür *Lipp*, Eigene Mühewaltung bei außergerichtlicher Rechtsverfolgung – ersatzfähige Einbuße oder Nachteil im eigenverantwortlichen Pflichtenkreis des Betroffenen? NJW 1992, 1913 ff, der diese Schwelle bei einem halben oder einem ganzen Arbeitstag ansetzt (S 1921); ebenso unter Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, aber von der Gewichtung der Erheblichkeitsschwelle ganz anders *Stoll*, JZ 1977, 98 (Urteilsanmerkung), der bei einem solchen Aufwand noch bloße Molestolen annimmt und für die Ersatzfähigkeit eine viel weitergehende Beeinträchtigung verlangt. *Stoll* verweist dabei auf die E des RG RGZ 150, 37, wo es um den Zeitaufwand für einen mehrjährigen Prozeß ging, um eine Existenzvernichtung hintanzuhalten.

<sup>36)</sup> Für eine Heranziehung der objektiv-abstrakten Schadensberechnung beim parallel liegenden Problem der Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl: *Welscher*, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645, 653 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht I 26 f.

<sup>37)</sup> Näheres zu dem auch im Schadensrecht maßgeblichen Aufwendungsbegriff *Ch. Huber*, Schadensberechnung 200 ff.

<sup>38)</sup> So auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1323 Rdz 24.

<sup>39)</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I 285 f mwN; *Apathy*, EKHG (1992) § 13 Rdz 21. AA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1295 Rdz 28 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Durch die Betrauung der Autofahrerorganisation bzw. deren Tochterunternehmens, die eine Gewerbebefugnis als Versicherungsberater hat, konnte jedenfalls ein Vermögensabfluß in Höhe des für die Mühewaltung gebührenden Honorars „produziert“ werden. Die Abtretung an die Autofahrerorganisation erfolgte womöglich, um jeden Zusammenhang mit dem Hauptanspruch zu zerschneiden und auf diese Weise die Anwendung der – gegenüber den §§ 1293 ff ABGB restriktiveren – §§ 41 ff ZPO zu verhindern. Verwiesen wurde bereits darauf, daß die Rechtsprechung annimmt, daß durch die Abtretung aus dem öffentlich-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ein privatrechtlicher Schadenersatzanspruch werde, eine Rechtsfolge, die in krassem Gegensatz zu den Prinzipien des Zessionsrechts steht, wonach die Rechtsnatur eines Anspruchs durch die Abtretung gerade keine Änderung erfahren darf.<sup>47)</sup>

Womöglich sollte in diesem Musterprozeß aber auch nur der Geschädigte selbst in möglichst umfassender Weise aus dem Rechtsstreit herausgehalten werden. Das wäre zwar auch durch eine Freistellungserklärung der Autofahrerorganisation möglich gewesen, wodurch der Geschädigte aber immerhin noch Prozeßpartei geblieben wäre. Durch die Abtretung war er mit dem Rechtsstreit nur noch insoweit befaßt, als er uU als Zeuge einvernommen wurde. Der dominus litis war aber ab dem Zeitpunkt der Abtretung der Zessionar, somit die Autofahrerorganisation.

### III. Bloß Auslagenersatz an Versicherungsberater gemäß § 42 Abs 2 ZPO oder voller Schadenersatz

Unter I. wurde festgestellt, daß als Anspruchsgrundlage für einen Ersatzanspruch in bezug auf das vom Geschädigten aufgewendete Honorar des Versicherungsberaters entweder ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch oder ein materieller Schadenersatzanspruch in Betracht kommt. Sofern der **Hauptanspruch** – wie in der zu besprechenden Entscheidung – **erledigt** ist, hält auch die Rechtsprechung **ausschließlich einen Schadenersatzanspruch** für gegeben. Wie oben unter I.C. bereits kurz erwähnt, ist dabei zu klären, ob und bejahendfalls welche Wertungen des Prozeßrechts auf den insoweit inhaltsgleichen Schadenersatzanspruch durchschlagen.

#### A. Keine analoge Anwendung von § 42 Abs 2 ZPO im Rahmen des Schadenersatzanspruchs

Das LG Feldkirch hat zutreffend darauf verwiesen, daß eine analoge Anwendung des § 42 Abs 2 ZPO, wonach einem Vertreter, der nicht Anwalt oder Notar ist, bloß die Barauslagen zustehen, nicht in Betracht kommt.<sup>48)</sup> Da keine Lücke vorliegt, hat es die Voraussetzungen für eine Analogie zutreffend verneint. Aber auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtswidrigkeitszusammenhangs ist **keine Einschränkung der schadenersatzrechtlichen Ersatzpflicht** geboten. Vielmehr ist § 42

Abs 2 Satz 1 ZPO auf die Phase des Prozesses zu beschränken. Der Geschädigte kann daher auch im Rahmen eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs das Honorar eines Versicherungsberaters für dessen außergerichtliche Regulierungsbemühungen erstattet verlangen.

#### B. Argument aus § 1004 ABGB

Die Entscheidung versucht das Ergebnis weiters durch § 1004 ABGB abzustützen. Aus § 1004 ABGB ergibt sich aber lediglich, daß **im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten**, also in unserem Fall dem Geschädigten und dem Versicherungsberater, im Zweifel ein Entgelt geschuldet ist. Das kann auch nicht überraschen, gibt es doch in unserer Welt wenig, wofür nicht eine Gegenleistung zu erbringen ist.<sup>49)</sup> Für die davon zu unterscheidende Frage der Überwälzbarkeit des vom Geschädigten aufgewendeten Honorars auf den Ersatzpflichtigen gibt § 1004 ABGB hingegen nichts her.

#### C. Keine Anwendung des Tarifs von Inkassobüros – andere Funktion

In Abweichung vom Erstgericht lehnt es das LG Feldkirch ab, den Tarif eines Inkassobüros auf den vorliegenden Fall anzuwenden und bloß **720 öS** von den gehörten **2400 öS** zuzusprechen. Dies ist deshalb zutreffend, weil ein Inkassobüro eine völlig andere Funktion zu erfüllen hat:

##### 1. Eintreibungsmaßnahme des Inkassobüros

Bei einem Inkassobüro geht es darum, eine dem Grunde und der Höhe nach feststehende Forderung einzutreiben. Die Schwierigkeiten des Gläubigers liegen nicht darin, daß er dem Schuldner nicht darlegen kann, warum und wieviel dieser zahlen soll; vielmehr geht es um Überzeugungsarbeit, daß der **Schuldner die bestehende Schuld gerade gegenüber diesem Gläubiger erfüllen soll.**<sup>50)</sup>

##### 2. Darlegung des Bestehens des Anspruchs gegliedert nach Schadensposten und dessen Begründetheit

Derartige Probleme tauchen bei der Schadensregulierung nach deliktischer Schädigung selten auf. Hat der Haftpflichtversicherer einmal akzeptiert, daß sein Versicherungsnehmer und – in den Grenzen der Deckungspflicht daher mittelbar er selbst – in bestimmter Höhe leistungspflichtig geworden ist, erfolgt die Zahlung meist prompt. Was in diesem Zusammenhang zu leisten ist, das ist Überzeugungsarbeit, daß der **Anspruch überhaupt besteht und in welchem Ausmaß** das der Fall ist:

Der Versicherungsberater hat vorweg zu prüfen, ob der Schadenersatzanspruch dem Grunde nach berechtigt ist unter Einschluß der Frage, ob der Anspruch wegen Mitverschuldens des Geschädigten nur in anteili-

<sup>47)</sup> Vgl § 1394 ABGB: „Die Rechte des Übernehmers sind mit den Rechten des Überträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben.“

<sup>48)</sup> AA freilich OGH SZ 50/135.

<sup>49)</sup> Vgl auch § 1152 ABGB: „Ist im Vertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.“

<sup>50)</sup> Zu den komplementären Funktionen von Inkassobüro und Versicherungsberater, die sich auch in der unterschiedlichen Reichweite der Gewerbebefugnis ausdrücken, vgl OGH ÖBl 1976, 67.

gem Ausmaß gegeben ist. Er wird sich um die Beweisbarkeit des Anspruchs kümmern, etwa durch Einsicht von Polizei-Gendarmerieprotokollen, Besichtigung der Unfallstelle, Namhaftmachung von Sachverständigen u.dgl. Es muß ein nach Schadensposten gegliedertes Begehren formuliert werden. Es ist also der Nachweis zu führen, daß sämtliche Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegeben sind. Fallweise wird der Versicherungsberater den Geschädigten auch bei der Schadensbeseitigung unterstützen, ihm eine Reparaturwerkstätte namhaft machen oder bei der Vermittlung eines Kredits behilflich sein.<sup>51)</sup>

Die Parallele zum Inkassobüro ist nur insoweit gegeben, als jeweils von einem Unternehmen eine Dienstleistung angeboten wird, das insoweit in einem **Wettbewerbsverhältnis zu einem Anwalt** steht und das hinsichtlich seiner Kompetenzen auf die **außergerichtliche Streitaustragung** beschränkt ist. Von der inhaltlichen Tätigkeit her bestehen aber erhebliche Unterschiede, so daß es nicht berechtigt wäre, die Überwälzbarkeit der Kosten für die Mühewaltung des Versicherungsberaters nach dem niedrigeren Tarif für Inkassounternehmen zu begrenzen.

#### D. Begrenzung durch den Rechtsanwalts-tarif (§ 1304 ABGB, § 41 Abs 2 ZPO)

Das LG Feldkirch begrenzt die auf den Ersatzpflichtigen überwälzbaren Kosten mit denen, die sich aus dem Rechtsanwalts-tarif ergeben würden. Ein weitergehendes Begehren würde von vornherein gegen die Schadensminderungsobliegenheit gemäß § 1304 ABGB verstoßen. Unter Zugrundelegung schadenersatzrechtlicher Kategorien müsse sich der Geschädigte bemühen, die Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen nicht ausüben zu lassen.

Es erhebt sich indes die Frage, ob der gegenüber der Betrauung eines Anwalts höhere Honoraranspruch bei Einschaltung eines Versicherungsberaters stets als Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit gemäß § 1304 ABGB anzusehen ist.

<sup>51)</sup> Das hat gar nichts damit zu tun, daß mit Gewalt Kosten zu Lasten des Schädigers produziert werden. Vielmehr können nach der Judikatur des OGH über die Verzugszinsen hinausgehende Finanzierungskosten nur dann verlangt werden, wenn der Geschädigte den Ersatzpflichtigen zuvor vergeblich zur Leistung eines Vorschusses zur Bestreitung der Schadensbeseitigungskosten aufgefordert hat. Nachweise der Rechtsprechung bei *Apathy*, Kommentar zum EKHG (1992) § 13 Rdz 8. Warum der Geschädigte aber **nicht unabhängig von einer solchen Aufforderung wenigstens Finanzierungskosten in dem Ausmaß** verlangen kann, in dem sich der **Ersatzpflichtige die Leistung eines Vorschusses erspart** hat, ist mE nicht einzusehen. Immerhin ist die Aufnahme eines Kredits durch den Geschädigten zur Finanzierung von Schadensbeseitigungskosten eine adäquate Folge des schädigenden Ereignisses. Eine entsprechende Interessenlage ergibt sich auch bei Aufwendungen des Mieters nach den §§ 1097, 1036 ABGB, wenn dieser ohne Rücksprache mit dem Vermieter notwendige Aufwendungen selbst vornimmt. Insoweit wird eine Ersatzfähigkeit anerkannt, wenn auch der Höhe nach beschränkt, was sich der Vermieter erspart hat. Diese Frage kann aber an dieser Stelle nicht vertieft werden. Hingewiesen werden soll aber immerhin auf die gegenteilige neuere E OGH RdW 1995, 15 = *ecolox* 1995, 173 = *WoBl* 1995/75, in der über die Verzugskosten hinausgehende höhere Finanzierungskosten bloß von der Vorlage einer Urkunde, nicht aber einem vorangehenden Aufforderungsverlangen nach einem Vorschuß abhängig gemacht werden.

#### 1. Rechtsanwalt stets höherwertige Leistung

Diese Sichtweise geht von der Prämisse aus, daß ein **Rechtsanwalt immer eine qualitativ höherwertige Leistung** zu erbringen in der Lage sei, die Einschaltung eines Versicherungsberaters somit stets ein Minus gegenüber der Betrauung eines Rechtsanwalts darstelle. Mag das auch die **Position der Standesvertretung der Rechtsanwälte** sein, so ist dagegen immerhin ins Treffen zu führen, daß es durchaus sein könnte, daß – zumindest manche – Versicherungsberater auf dem Gebiet der Kfz-Schadensregulierung über detailliertere Kenntnisse verfügen als ein beliebiger Anwalt.<sup>52)</sup> Während Versicherungsberater lediglich einen überschaubaren kleinen Ausschnitt<sup>53)</sup> abzudecken haben, muß ein Anwalt seinem Selbstverständnis nach auf allen Gebieten sattelfest sein; mit der Folge, daß er dies auf Grund der zunehmenden Rechtsfülle immer weniger kann.

Auch gibt es in **Österreich** – im Unterschied zu Deutschland – **keine ausgewiesenen Verkehrsanwälte**, so daß der Geschädigte unter Umständen besser beraten sein kann, einen Versicherungsberater zu kontaktieren als einen beliebigen Anwalt. Ähnlich verhält es sich bei den Inkassounternehmen, bei denen jedenfalls die Gläubigerschutzverbände Dienstleistungen anzubieten in der Lage sind, die ein Anwalt nicht anbieten will oder kann.<sup>54)</sup> Während es kaum Anwälte gibt, die auf die Regulierung deliktischer Schadenersatzansprüche spezialisiert sind oder zumindest nicht als solche ausgewiesen sind, weil das Causen der Laufkundschaft sind, gibt es durchaus Versicherungsberater, bei denen diese Tätigkeit die Haupteinnahmequelle darstellt.<sup>55)</sup>

#### 2. Obliegenheit, keinen Rechtsanwalt einzuschalten

Das LG Feldkirch spricht schließlich noch den Fall an, daß eine Schadensminderungsobliegenheit bestehen könnte, an Stelle eines Anwalts einen Versicherungsberater einzuschalten. Nach dem in der Entscheidung vertretenen Standpunkt ist das insofern konsequent, als angenommen wird, daß bei Betrauung eines Versiche-

<sup>52)</sup> Daß manche Anwälte spezialisierte Versicherungsberater mit der Schadensregulierung, etwa bei Fällen mit Auslandsberührung, betrauen, ist wohl nicht allein damit erklärbar, daß sich Anwälte nicht mit lästigem Kleinkram beschäftigen wollen. Vielmehr ist dies als Belegstelle anzusehen, daß manche Versicherungsberater auf einem Spezialgebiet ausnahmsweise über mehr Know-how verfügen als Anwälte.

<sup>53)</sup> Zur Beratung bei Versicherungsverträgen, die der Kunde auf Vermittlung des Versicherungsberaters hin abgeschlossen hat, kommt die Schadensregulierung mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung des Kunden, mit der dieser in keinem Vertragsverhältnis steht. Dabei geht es nahezu ausschließlich um die Schadensregulierung im Gefolge von Kfz-Unfällen.

<sup>54)</sup> So auch *Fasching*, JBl 1982, 326f im Anschluß an *Jäckle*, Die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Inkassobüros (1978) 39f. Nicht auf die Gläubigerschutzverbände begrenzt jüngst *Rieble*, Außergerichtliches Inkasso im Wettbewerb zwischen Anwälten und Inkassounternehmen, DB 1995, 195, 201; *Seitz*, Erstattung von Inkassokosten, Rpfleger 1995, 201, 203.

<sup>55)</sup> Mitunter sind Versicherungsberater aber auch Tochterfirmen von Versicherungen. Soweit diese für einen Versicherer tätig werden, sind sie nichts anderes als die ausgelagerte Schadensabteilung des jeweiligen Versicherers. Für die auch schadensrechtliche Zulässigkeit solcher Gestaltungen, aber auch deren Entbehrlichkeit, um Aufwendungen ersetzt verlangt zu erhalten *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 129ff; *aA* in bezug auf die Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten *Michalski*, ZIP 1994, 1501, 1505.

rungsberaters stets geringere Kosten als bei Heranziehung eines Anwalts überwältigt werden können. Unterstellt wird dabei die geringere Sachkompetenz des Versicherungsberaters zur Regulierung von Schadensfällen im Vergleich zu der eines Anwalts.

Dagegen ist freilich einzuwenden, daß selbst bei Zugrundelegung dieser Prämisse ein **Geschädigter**, der zur Regulierung eines Schadensfalles auf fremde Hilfe angewiesen ist, **kaum ex ante** beurteilen können wird, ob für die Regulierung seines Schadens die **Heranziehung eines Anwalts geboten** ist oder er auch mit der Einschaltung eines Versicherungsberaters das Auslangen findet.

Nach der hier vertretenen Ansicht besteht eine solche Schadensminderungsobliegenheit aber schon deshalb nicht, weil die Dienstleistung eines Anwalts nicht a priori höher einzustufen ist. Infolgedessen ist eine Begrenzung der Überwältzbarkeit des Honorars des Versicherungsberaters mit einem bestimmten Prozentsatz des Anwaltstarifes unberechtigt.<sup>56)</sup> Wenn die **Rechtsordnung den Wettbewerb zwischen Anwälten und Versicherungsberatern** bei der außergerichtlichen Schadensregulierung mit einem Haftpflichtversicherer zuläßt, muß es bei der prinzipiellen **Wahlfreiheit des Geschädigten mit den sich daraus ergebenden kostenrechtlichen Konsequenzen** bleiben. Dies gilt insb dann, wenn ein Versicherungsberater Dienstleistungen erbringt, die in dieser Zusammenstellung von einem Anwalt nicht angeboten werden. Insofern stellt sich die gleiche Frage wie bei der Kostenüberwälzung bei Einschaltung von Inkassounternehmen und Gläubigerschutzverbänden.<sup>57)</sup>

ME sind die Kosten für die Einschaltung solcher Dienstleistungsunternehmen aber grundsätzlich erstattungsfähig, sofern der Geschädigte ex ante davon ausgehen kann, daß sie erfolgversprechend sind. Dann sind sie aber auch bei einem **prozessualen Kostenerstattungsanspruch als „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig“** gemäß § 41 Abs 1 Satz 1 ZPO anzusehen. Auch eine nachfolgende Klageerhebung durch einen Anwalt, bei der das erste Mahnschreiben durch den Einheitssatz abgegolten gewesen wäre, führt zu keinem gegenteiligen Ergebnis, weil einerseits auch

<sup>56)</sup> Zur Zulässigkeit des Erfolgshonorars der Versicherungsberater und der Grenzen der Überwältzbarkeit auf den gegnerischen Haftpflichtversicherer demnächst *Ch. Huber*, ÖJZ 1997.

<sup>57)</sup> Ablehnend HG Wien AnwBl 1982, 529; OLG Wien JBl 1982, 326 mit kritischer Anmerkung von *Fasching*, der jedenfalls für eine Erstattungsfähigkeit der Kosten von Gläubigerschutzverbänden plädiert; einem solchen Begehren bei Einschaltung eines „schlichten“ Inkassobüros stattgebend hingegen OLG Innsbruck EvBl 1985/7, sofern dieses mehr tut, als ein bloßes Mahnschreiben zu verfassen. Zustimmend *Gatterinig/Illedits*, AnwBl 1992, 701 ff, die auf die Zumutbarkeit einer Maßnahme für den Gläubiger des Anspruchs abstellen. Gegen eine Erstattung im Wege des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs *M. Bydlinski*, Kostenerstattung 22, der freilich über die schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlage gleichwohl zu einer Erstattungsfähigkeit kommt. Wenn auch der Ansatz von *Gatterinig/Illedits* über den von *Fasching* hinausgeht, der seinerseits großzügiger als die hRsp ist, greift auch dieser mE noch zu kurz. Maßgeblich ist mE allein, daß **durch den Verzug des Schuldners Kosten** entstanden sind. Ob diese sich in der **Eigensphäre** des Gläubigers niederschlagen, indem er eigenes Personal einsetzen muß, um eine Forderung einzutreiben, oder ein fremdes Dienstleistungsunternehmen eingeschaltet wird, wofür ein **Entgelt** bezahlt werden muß, darauf kann es für den **Grund des Anspruchs** nicht entscheidend ankommen!

im **Prozeßrecht** stets eine **Beurteilung ex ante** zu erfolgen hat,<sup>58)</sup> andererseits es der Ersatzpflichtige in der Hand hat, durch Zahlung nach einem gegliederten Begehren und nach Vorlage der entsprechenden Beweismittel das Entstehen weiterer Kosten zu vermeiden. Zu beachten ist nämlich insb, daß eine Überwälzung derartiger Kosten ja immer nur in Betracht kommt, wenn dem Begehren des Klägers in der Hauptsache stattgegeben wird, der Ersatzpflichtige somit zu Unrecht die Zahlung verweigert hat.

Andererseits sieht es freilich aus, wenn man in **besonders einfach gelagerten Sachverhalten und bei entsprechender Versiertheit des Geschädigten**, insb bei Vorhandensein unternehmensinterner Ressourcen, annimmt, daß dieser sich zunächst einmal selbst um die Schadensregulierung bemühen muß, ohne einen Fachmann heranzuziehen. Abgesehen davon, daß beide der genannten Voraussetzungen gegeben sein müssen, ist auch in diesem Fall die **Mühewaltung des Geschädigten angemessen abzugelten**. Die Bejahung einer Schadensminderungsobliegenheit bzw die Bejahung eines Verstoßes gegen diese bei Einschaltung eines Anwalts oder Versicherungsberaters hat nämlich keinesfalls zwangsläufig zur Folge, daß der Ersatzpflichtige überhaupt nichts leisten muß.<sup>59)</sup> Für den Ersatzpflichtigen kann die Beschränkung des Ersatzanspruchs auf die Selbstkosten des Geschädigten<sup>60)</sup> freilich noch immer billiger kommen als die Einschaltung eines Fachmannes und die Abgeltung seines Honorars.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Entscheidungen der OLG bzw solche des OGH zur Frage der Erstattungsfähigkeit von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten sind selten. Deshalb verdient die E des LG Feldkirch besondere Aufmerksamkeit, hat sie doch gegenüber der OGH-E SZ 50/135 die gerade gegenteilige Position eingenommen. Während der OGH unter Hinweis auf das prozessuale Kostenerstattungsrecht bei Einschaltung eines Versicherungsberaters jeglichen Ersatzanspruch verweigert hat, hat das LG Feldkirch das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs bejaht. Es entspricht damit der auch in der Literatur im Vordringen befindlichen Ansicht.

Ist damit eine Bresche zum Grund des Anspruchs geschlagen, so stellt sich die weitere Frage nach dem **Ausmaß des Ersatzanspruchs**. Das LG Feldkirch hat immerhin eine Begrenzung auf die – viel geringeren – Kosten eines Inkassobüros abgelehnt. Ob die Begrenzung auf die Anwaltskosten bzw einen Prozentsatz dieser der Weisheit letzter Schluß ist, muß bezweifelt werden. Zu bedenken ist, daß die von den Versicherungsberatern im Zuge der außergerichtlichen Schadensregulierung erbrachten Dienstleistungen nicht stets gegenüber denen eines Anwalts zurückbleiben, ganz abgesehen davon, daß der Anwalt in der Lage ist, Bagatelldfälle durch größere Causen zu subventionieren, während diese Möglichkeit bei Versicherungsberatern nicht in diesem Ausmaß gegeben ist.

<sup>58)</sup> Für das Bestehenbleiben des Ersatzanspruchs unabhängig von der Notwendigkeit einer späteren Einklagung der Forderung auch *M. Bydlinski*, Kostenersatz 174.

<sup>59)</sup> In diesem Sinn aber BGH BGHZ 66, 112; NJW 1995, 446.

<sup>60)</sup> Dafür *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 89 ff.

trifft vielmehr allein den Bekl, der der Vorschrift des § 58 Abs 1 StVO zuwider das Klagsfahrzeug lenkte, obwohl er erkennen konnte, daß er infolge Übermüdung nicht in der Lage war, das Fahrzeug zu beherrschen und die beim Lenken eines Fahrzeuges zu beachtenden Rechtsvorschriften zu befolgen, weshalb er in Mißachtung des Rechtsfahrgebotes des § 7 StVO über den linken Fahrbahnrand hinausgeriet und mit dem Fahrzeug gegen einen Randstein und einen Baum prallte. Auf Grund seines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens haftet der Bekl für den Schaden des Kl.

Der in der Rechtsrüge vertretenen Auffassung des Bekl, daß sich die Streitparteien und der Zeuge Matthias R zu einer Fahrgemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen hätten, weshalb mangels einer anderweitigen Vereinbarung der entstandene Schaden unter Abzug der getätigten Aufwendungen der Gesellschafter zu gleichen Teilen zu tragen sei, vermag sich das BG nicht anzuschließen. Ein Gesellschaftsvertrag zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes kommt nur durch übereinstimmende Willenserklärung aller Vertragspartner zustande. Für diese ist zwar im allgemeinen keine besondere Form erforderlich, sodaß eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Umständen auch durch konkludente Willensübereinstimmung zustandekommen kann (SZ 50/123; GesRZ 1981, 173 ua). Für die Annahme einer schlüssigen Willenserklärung iS des § 863 ABGB ist allerdings stets sorgfältig zu prüfen, ob mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund zu zweifeln übrig bleibt, daß eine Gesellschaft vereinbart werden soll (EFSlg 43.484). Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages stellt dabei die Vereinbarung einer – wenn auch nur losen – Gemeinschaftsorganisation dar, die jedem Vertragspartner gewisse Einwirkungs- bzw Mitwirkungsrechte verschafft (RdW 1983, 43 = GesRZ 1983, 156; RdW 1984, 41). Im vorliegenden Fall haben drei Teilnehmer eines Jagdausfluges eine Fahrgemeinschaft gebildet, wobei sie lediglich konkludent übereinkamen, sich an den Fahrtkosten anteilig zu beteiligen. Darüber hinaus fehlte jegliche gesellschaftliche Organisation, was der Annahme der Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur gemeinsamen Zweckverfolgung entgegensteht. Eine Vereinbarung, daß Schäden von den Mitgliedern der Fahrgemeinschaft anteilig getragen werden sollten, kam weder vor noch nach dem Unfall zustande. Der Bekl hat dem Kl daher den gesamten Kfz-Schaden zu ersetzen.

## 120

### *Außergerichtliche Schadensbehandlungs- und -bearbeitungskosten*

**§§ 41 ff, § 273 ZPO; §§ 1004, 1295 ff ABGB:** Der Schädiger eines Verkehrsunfalls hat dem Geschädigten grundsätzlich auch die erforderlichen und notwendigen Kosten der Durchsetzung seiner berechtigten Schadenersatzansprüche durch einen Vertreter, der nicht RA ist, zu ersetzen. Dies gilt uU auch für Rechtsverfolgungs- und Schadensbearbeitungskosten einer als Versicherungsberater tätigen GmbH, die zufolge Schadensverlagerung auch selbst zur Geltendmachung gegenüber dem Schädiger (bzw dessen Haftpflichtversicherer) berechtigt ist. Mangels verbindlichen Tarifs bestimmt sich die Höhe derartiger Kosten nach richterlichem Ermessen, wobei das Hono-

**rar eines RA für eine außergerichtliche Schadensregulierung nicht überschritten werden darf.\*)**

IG Feldkirch 4. 2. 1993, 1 a R 552/92 (BG Bregenz 26. 8. 1992, 1 C 1039/91 s).

### **Sachverhalt:**

Am 18. 7. 1991 ereignete sich auf der Zufahrt zum Casino in B ein Verkehrsunfall. Beteiligt daran waren Stefan K als Lenker und Halter eines PKW, und Johann K als Lenker und Halter des bei der Bekl haftpflichtversicherten PKW. Dabei wurde der PKW des Stefan K beschädigt. Die alleinige Haftung des Johann K für den Stefan K aus diesem Verkehrsunfall entstandenen Schaden und damit die Ersatzpflicht der Bekl als Haftpflichtversicherer des PKW des Johann K ist unbestritten. Stefan K war zum Zeitpunkt des Unfalles und ist auch nach wie vor Mitglied des österr Automobil- und Touringclubs (ÖAMTC). Die Bekl bezahlte gegenüber der Kl als Vertreterin des Stefan K den diesem aus dem erwähnten Verkehrsunfall entstandenen Schaden gem der Abfindungserklärung v 17. 10. 1991 im Ausmaß von S 24.000.– zuzüglich S 350.– an Kosten des SV-Gutachtens. Nicht aber bezahlte die Bekl die von der Kl in diesem Zusammenhang weiters geltend gemachten Schadensbearbeitungskosten von S 2400.–.

Mit der vorliegenden Klage begehrte die Kl von der Bekl die Bezahlung von S 2400.– samt 4% Zinsen ab 8. 11. 1991 und 20% USt aus den Zinsen als Schadensbearbeitungskosten. Die Beauftragung der Kl durch den Geschädigten sei zufolge der ursprünglichen Ablehnung notwendig und zweckmäßig gewesen. Die damit verbundenen Kosten würden einen Schadensaufwand darstellen, der vom Schädiger bzw dessen Haftpflichtversicherer zu ersetzen sei. Die Bekl hafte daher für die dem Geschädigten im Zusammenhang mit der Schadensliquidierung entstandenen Kosten von S 2400.–. Die Kl als Versicherungsberater sei berechtigt, ein Honorar für die Schadensabwicklung zu verlangen. Das Honorar sei auf seiten des Geschädigten ein Schadensaufwand, der vom Schädiger zu ersetzen sei. Diese Tätigkeit sei nicht einem RA vorbehalten. Die Tätigkeit sei auch umsatzsteuerpflichtig. Barauslagen seien im Klagsbetrag enthalten. Die Verpflichtung zur Schadensminderung werde erfüllt. Die Kl wäre berechtigt gewesen, einen RA mit der Schadensabwicklung zu beauftragen. Dies würde höhere Kosten verursachen als die Schadensabwicklung durch die Kl.

Die Bekl beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Stefan K habe gegenüber dem ÖAMTC Anspruch auf unentgeltliche Hilfeleistung. Er sei daher nicht zu einer Honorarzahlung gegenüber dem ÖAMTC oder der Kl verpflichtet. Da dem Geschädigten kein Ersatz zustehe, gelte dies auch für die Kl. Überdies liege eine rechtswirksame Abtretung nicht vor. Der Aufwand für die Hereinbringung des Anspruches sei weiters nach § 41 ZPO zu beurteilen. Es sei dies ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, der idR nicht gerichtlich geltend gemacht werden könne. Der Aufwand sei als vorprozessualer Kostenaufwand geltend zu machen. Kosten dieser Art seien nach stRsp nur zu ersetzen, wenn die vorprozessualen Verhandlungen von Anwälten geführt würden. Dies treffe nicht zu. Beratern in Versicherungsangelegenheiten stehe nach stRsp nur Barauslagenersatz zu. Der ÖAMTC sei überdies umsatzsteuerbefreit. Im geltend gemachten Betrag sei USt enthalten. Überdies liege eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor. Soweit die Kosten eines Inkassobüros begehrt würden, sei das Honorar wesentlich überhöht. Überhöht sei es auch im Hinblick darauf, daß nicht einmal Rechtsanwälte solche Forderungen geltend machen könnten. Die Übertragung der Agenden an die Kl hätte zudem nur den Zweck gehabt, Schadensbearbeitungskosten zu konstruieren.

Das ErstG verpflichtete die Bekl gegenüber der Kl zur Zahlung von S 720.– samt 4% Zinsen seit 8. 11. 1991, wies das weitere Begehren, die Bekl zur Zahlung eines weiteren Betrages von S 1680.– samt 4% Zinsen seit 8. 11. 1991 und 20% USt aus

\*) Siehe hiezu auch den Besprechungsaufsatz von Huber in S 290 dieses Heftes.

den Zinsen zu verpflichten, ab und verpflichtete die Kl gegenüber der Bekl zum Ersatz von S 2261.10 (darin Barauslagen S 556.50, USt 452.42) an Prozeßkosten. Es gelangte unter Heranziehung einer Bearbeitungsgebühr von Inkassobüros im Ausmaß von 3% bezogen auf den Abfindungsbetrag von S 24.000.– zum Ergebnis, daß die Forderung der Kl mit S 720.– berechtigt sei. Das weitergehende Klagebegehren sei mangels eines schuldhaften Verhaltens der Bekl auch nicht aus dem Titel des Schadenersatzes berechtigt.

Gegen den abweislichen Teil des U richtet sich die Ber der Kl.

Das BerG gab der Ber teilw Folge und änderte das angefochtene U dahin ab, daß die bekl P verpflichtet wurde, der Kl S 1400.– samt 4% Zinsen seit 8. 11. 1991 zzgl 20% USt aus den Zinsen zu zahlen; das Mehrbegehren zur Zahlung weiterer S 1000.– samt 4% Zinsen ab 8. 11. 1991 zzgl 20% USt aus den Zinsen wurde hingegen abgewiesen.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Der Schädiger hat den Geschädigten im Rahmen seiner schadenersatzrechtlichen Ersatzpflicht in wirtschaftlicher Hinsicht so zu stellen, wie der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis stünde. In diesem Sinne hat der Schädiger dem Geschädigten auch die erforderlichen und notwendigen Kosten der Durchsetzung der berechtigten Schadenersatzansprüche zu ersetzen. Wird vom Geschädigten zur Durchsetzung dieser berechtigten Ansprüche ein gerichtliches Verfahren in Anspruch genommen, ergibt sich Art und Ausmaß der Ersatzpflicht der Rechtsverfolgungskosten nach den Kostenersatzbestimmungen der jeweiligen in Anspruch genommenen Prozeßordnung (SZ 53/17). Erfolgt demgegenüber ohne Inanspruchnahme eines gerichtlichen Verfahrens die Schadensabwicklung und -durchsetzung zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, bestimmt sich Art und Ausmaß der Ersatzpflicht des Schädigers auch für Rechtsverfolgungskosten des Geschädigten nach materiellem Recht. So hat der Geschädigte bei der Durchsetzung schadenersatzrechtlicher Ansprüche gegenüber dem Schädiger daher auch nach schadenersatzrechtlichen Kriterien Anspruch auf Ersatz der ihm in diesem Zusammenhang entstehenden erforderlichen und notwendigen Kosten. Prozessuale Bestimmungen, so etwa §§ 41 f ZPO, im besonderen § 42 ZPO, können in diesem Falle, da ein gerichtliches Verfahren nicht in Anspruch genommen wurde, auch nicht analog herangezogen werden. Die Ersatzpflicht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten für die Kosten der Durchsetzung der berechtigten Schadenersatzansprüche des Geschädigten, darunter auch der Kosten der Vertretung des Geschädigten, hat sich im Falle der außerprozessualen Schadensregulierung vielmehr ausschließlich an schadenersatzrechtlichen Kriterien zu orientieren. Dabei sind, wie erwähnt, auch die Kosten der Vertretung des Geschädigten im erforderlichen und notwendigen Ausmaß vom Schädiger zu ersetzen. So hat der Schädiger im besonderen, wenn auf seiner Seite die Forderung des Geschädigten zunächst bestritten wird, idR dem Geschädigten auch die Kosten der Vertretung durch einen RA auf der Basis der Abrechnung der Kosten des Vertreters nach dem RAT als in diesem Falle erforderliche und notwendige Kosten der Durchsetzung der berechtigten Schadenersatzansprüche zu ersetzen. Ist die Vertretung durch einen RA nicht geboten, hat der Schädiger aber auch die Kosten eines Vertreters, der nicht RA ist, im Rahmen der erwähnten schadenersatzrechtlichen Kriterien dem Geschädigten iS der §§ 1324 f

ABGB unter Bedacht auch auf die Verpflichtung des Geschädigten zur Schadenminderung iS des § 1304 ABGB zu ersetzen. Die Höhe dieser vom Schädiger zu ersetzenden Kosten bestimmt sich dabei nach richterlichem Ermessen (*Wolff in Klang*<sup>2</sup> VI 123).

Entstehen allein zufolge der vertraglichen Ausgestaltung zwischen dem Geschädigten und seinem die Schadensabwicklung durchführenden Vertreter die Kosten dieser Vertretung des Geschädigten gegenüber dem Schädiger nicht dem Geschädigten selbst, sondern seinem Vertreter oder einem in diese vertragliche Ausgestaltung eingebundenen Dritten, tritt der an sich vom Schädiger gem §§ 1324 f ABGB nach schadenersatzrechtlichen Kriterien dem Geschädigten zu ersetzende Schade hinsichtlich seines Vertretungsaufwandes, der ansonsten typischerweise beim unmittelbar Geschädigten eintritt, nicht bei diesem ein, sondern in diesem besonderen Fall bedingt durch das erwähnte Rechtsverhältnis auf seiten des Geschädigten bei einem Dritten. Insoweit liegt eine Schadensverlagerung vor, die allein durch die vertragliche Ausgestaltung auf seiten des Geschädigten bedingt ist. Insoweit ist der Schädiger nach wie vor ersatzpflichtig, dies gegenüber dem, in dessen Bereich zufolge dieser Schadensverlagerung der Schade eingetreten ist (*Apathy, EKHG Rz 21 zu § 13; Koziol, Haftpflichtrecht*<sup>2</sup> I 285; SZ 41/175, ZVR 1987/9). Die Art der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Geschädigten und seinem Vertreter bzw dem in diese Vertragsbeziehung eingebundenen Dritten, so etwa hier dem ÖAMTC, ist für die Frage der Beurteilung der Ersatzpflicht des Schädigers im Rahmen der Schadensverlagerung unbeachtlich. Insoweit ist daher auch nicht relevant, ob der Geschädigte die nach der Behauptung der Bekl unentgeltlichen Leistungen des ÖAMTC im Zusammenhang mit der Vertretung gegenüber der Bekl hätte in Anspruch nehmen müssen, zumal auch diese Auffassung der Bekl über die Unentgeltlichkeit der Leistungen des ÖAMTC nicht zutrifft, da wie dies als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann, der Geschädigte für die Dienste des ÖAMTC seinen jährlichen Mitgliedsbeitrag entrichtet. Der insoweit von der Bekl in ihrer BerBeantwortung geltend gemachte Feststellungsmangel liegt, da das ErstG die vermißten Feststellungen ausdrücklich getroffen hat, nicht vor. Nachdem allein zufolge der vertraglichen Regelung zwischen dem Geschädigten, der Kl als seinem Vertreter und dem ÖAMTC das wirtschaftliche Risiko des Schadens des Geschädigten hinsichtlich seines Vertretungsaufwandes die Kl bzw der ÖAMTC tragen, ist nicht einsichtig, weswegen dies zu einer Befreiung des Schädigers führen soll. Derartige Regeln der Risikotragung haben nicht die Zielsetzung, den Schädiger zu entlasten, sondern wirtschaftliches Risiko zwischen den Vertragsparteien entsprechend der vertraglichen Regelung aufzuteilen.

Bezogen auf den konkreten Fall folgt daraus, daß zufolge der vertraglichen Regelung zwischen dem Geschädigten Stefan K und der Kl bzw dem ÖAMTC das wirtschaftliche Risiko des Kostenaufwandes der Vertretung des Geschädigten gegenüber der hier ersatzpflichtigen Bekl, das ansonsten der Geschädigte zu tragen hätte, von der Kl getragen wird und insoweit daher alleinig bedingt durch die vertragliche Regelung auf seiten des Geschädigten eine Verlagerung des Schadens auf die Kl vorliegt. Zufolge dieser Schadensverlagerung ist die Kl selbst zur Geltendmachung der von ihr im

Rahmen der vertraglichen Regelung mit dem Geschädigten getragenen Vertretungskosten gegenüber der Bekl berechtigt.

Zur Höhe dieser Vertretungskosten und deren Angemessenheit besteht keine bindende tarifliche Grundlage. So handelt es sich auch bei den RL des Fachverbandes der kleinen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Berater in Versicherungsangelegenheiten wie von Inhabern eines Inkassobüros um unverbindliche Empfehlungen, wobei unter Bedacht auf die Verpflichtung zur Kostenminimierung iS des § 1304 ABGB das Gesamthonorar eines Versicherungsberaters oder Inhaber eines Inkassobüros jedenfalls das Honorar eines RA für die außergerichtliche Schadensregulierung nicht übersteigen darf (vgl. *Messiner*, Kostenersatz für die vor- und außerprozessuale Rechtsverfolgung durch Berater in Versicherungsangelegenheiten und Inkassobüros, ZVR 1990, 297; *Barchetti*, ÖJZ 1987, 321; *EvBl* 1988/99, *EvBl* 1985/17). Die in diesem Zusammenhang von der Bekl vertretene Auffassung, Versicherungsberatern stünde, da sie keine RA seien, für die Vertretung von Geschädigten lediglich Barauslagen zu, ist im Gesetz nicht begründet, zumal iS des § 1004 ABGB grundsätzlich von der Entgeltlichkeit dieser Vertretungsleistung auszugehen ist. Auch die weitere von der Bekl vertretene Auffassung, der Kl stünde, soweit sie als Inhaberin eines Inkassobüros Ansprüche geltend mache, kein Honoraranspruch zu, findet im Gesetz keine Grundlage. Daß der von der Kl erhobene Anspruch nach § 41 ZPO zu beurteilen wäre und Ersatz solcher vorprozessualen Kosten nur bei der Führung dieser Verhandlungen durch einen Anwalt zustünde, wie dies von der Bekl weiters vertreten wurde, trifft schon allein deswegen nicht zu, da im Falle der außerprozessualen Schadensregulierung die Bestimmungen der §§ 41f ZPO auch nicht analog heranzuziehen sind. Hinsichtlich des Einwandes der Bekl, daß im Klagsbetrag MWSt enthalten sei, die von der Kl nicht zu entrichten sei, ist auf Art XII des BG über die Einführung des UStG 1972 zu verweisen. Danach berührt der Umstand der möglichen Berechtigung zum Abzug von Vorsteuern die Bemessung des Ersatzes an sich nicht. Insoweit ist der Ersatzpflichtige auf seinen Rückersatzanspruch nach Z 3 des Art XII verwiesen.

§ 273 Abs 1 ZPO ermöglicht die Festsetzung eines streitigen Betrages nach freier Überzeugung des Gerichtes, wenn der Beweis der Höhe der Forderung gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist. In diesem Sinne können auch die Kosten der Vertretung durch die Kl im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Kriterien iS der §§ 1295f ABGB nach richterlichem Ermessen bestimmt werden, wobei RL und Tarife Orientierungsansätze darstellen.

Werden die Leistungen der Kl, wie sie vom ErstG unanfechtbar festgestellt wurden, am Maßstab der Bestimmungen des RAT gemessen, ergibt sich auf der Basis einer Bemessungsgrundlage von S 24.000.- (Abfindungsbetrag) nachstehender Kostenaufwand:

Besprechung mit dem Geschädigten TP 8	S 379.—
Veranlassung der Besichtigung des Fahrzeuges des Geschädigten TP 5 + Informationszuschlag 50%	S 97.50
Schreiben v 9. 8. 1991 + Informationszuschlag 50%	S 195.—
Schreiben v 5. 9. 1991 TP 6 + Informationszuschlag 50%	S 195.—

Schreiben v 14. 10. 1991 an Geschädigten TP 5 + Informationszuschlag	S 97.50
Besprechung mit dem Geschädigten am 17. 10. 1991 TP 8	S 379.—
Schreiben v 7. 11. 1991 TP 5 + Informationszuschlag 50% (Mahnschreiben)	S 97.50
	S 1440.50
20% USt	S 288.10
Summe	S 1728.60.

Die – unverbindlichen – Tarifempfehlungen des Fachverbandes der kleinen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Berater in Versicherungsangelegenheiten sehen demgegenüber für alle Tätigkeiten auch in Schadensfällen selbst bei der Abwicklung einmaliger oder fallweiser Aufträge eine Zeitgebühr von S 300.– für die Fachkraft und von S 100.– für die Hilfskraft je pro angefangener halber Stunde und darüber hinaus zusätzlich zur Zeitgebühr und den Barauslagen ein Erfolgshonorar auf der Basis der erzielten Entschädigungsleistung von 10%, mindestens S 2500.– bei einer Bemessungsbasis bis S 100.000.– vor, wobei diese Ansätze jeweils exklusive Mehrwertsteuer sind. Werden diese tariflichen Ansätze bei der Abrechnung der vom ErstG festgestellten Leistungen der Kl zugrundegelegt, ergäbe sich eine Honorarabrechnung zugunsten der Kl von zumindest S 4920.–. Ein Vertretungsaufwand der Kl in diesem, die Kosten der Vertretung durch einen RA übersteigenden Ausmaß ist aber unter Bedacht auf die sich aus § 1304 ABGB ergebende Schadenminderungspflicht in jedem Falle vom Schädiger und damit von der hier bekl Haftpflichtversicherung nicht zu ersetzen.

Die Kl geht selbst davon aus, daß sie im Zusammenhang mit der Vertretung des Geschädigten gegenüber der Bekl nur einen Teil des Kostenaufwandes eines RA (im konkreten Falle 80%) ersetzt verlangt. Werden Art und Ausmaß der von der Kl für den Geschädigten erbrachten Vertretungsleistungen im einzelnen berücksichtigt, sind im konkreten Fall Vertretungskosten der Kl in einem Ausmaß von insgesamt (einschließlich MWSt) S 1400.– gem § 273 ZPO angemessen. Eine Bemessung des Vertretungsaufwandes der Kl allein unter Heranziehung eines Prozentsatzes von 3% des Abfindungsbetrages würde dem Vertretungsaufwand der Kl im konkreten Falle nicht gerecht. Der Zuspruch von Vertretungskosten in einem S 1400.– übersteigenden Ausmaß würde dem sich aus § 1304 ABGB ergebenden Gebot der Kostenminimierung bezogen auf den einzelnen Fall zuwiderlaufen.

In teilweiser Stattgebung der Ber der Kl war das angefochtene U daher wie im Spruch im einzelnen ausgeführt abzuändern.

## 121

*Linksabbiegemanöver, Beobachtung des Nachfolgeverkehrs*

**§ 11 Abs 1 StVO:** a) Der Lenker eines Fahrzeuges, der seine Absicht, nach links abzubiegen, rechtzeitig anzeigt und, nachdem er sich davon überzeugt hat, daß niemand zum Überholen ansetzt, sein Fahrzeug ordnungsgemäß einordnet, ist nicht verpflichtet, unmittelbar vor dem Abbiegen nach links noch einmal den Nachfolgeverkehr zu beobachten, zumal er idR darauf vertrauen darf, daß nachfolgende Fahrzeuglenker sein Manöver wahrnehmen, sich vorschriftsmäßig verhalten und ihn rechts überholen.