

Der Ersatzanspruch des Regreßgläubigers für im Vorprozeß getätigte Aufwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des kranken Deckungsverhältnisses in der Kfz-Haftpflichtversicherung

Von Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien^{*})

Der Autor geht der Frage nach, ob und inwieweit ein in Vorlage tretender Schuldner die von ihm im Vorprozeß aufgewendeten Kosten, die er nicht vom Prozeßgegner ersetzt erhält, auf den, der die Schuld letztlich tragen soll, überwälzen kann. Dieses Problem erörtert er primär am Beispiel der kranken Deckungsverhältnisse in der Kfz-Haftpflichtversicherung, bei dem der OGH eine solche Ersatzfähigkeit im Gegensatz zur Bürgschaft und Solidarschuld bejaht.

Übersicht

1. Einleitung und Problemstellung
2. Fallgruppen
 - a) Krankes Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung
 - b) Bürgschaft
 - c) Solidarschuld
 - d) Resümee
3. Gründe für die Verschiedenbehandlung?
4. Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1037 ABGB)
5. § 1043 ABGB
6. Eigener Lösungsansatz
7. Zusammenfassung

1. Einleitung und Problemstellung

Den Haftpflichtversicherern entstehen nicht nur Aufwendungen durch die Tilgung von Schadenersatzverbindlichkeiten ihrer Versicherungsnehmer, sondern auch dadurch, daß sie die Schadenersatzansprüche vor der Tilgung hinsichtlich ihrer Berechtigung dem Grunde und der Höhe nach prüfen müssen. Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit dem Problem der Überwälzbarkeit solcher Schadensregulierungskosten des Kfz-Haftpflichtversicherers auf den Versicherungsnehmer beim kranken Deckungsverhältnis.¹⁾ Zur Illustration soll folgendes Beispiel dienen:

Der Fußgänger ging auf einer Landstraße ohne Gehsteig vorschriftswidrig auf der rechten Seite. Der Versicherungsnehmer nahm ihn in der Dämmerung auf Grund zu hoher Geschwindigkeit nicht wahr, rammte ihn mit seinem PKW und verletzte ihn schwer. Der Fußgänger wendete sich daraufhin mit seinen Schmerzensgeldansprüchen an den Kfz-Haftpflichtversicherer des Schädigers. Dieser legte einen Akt an, betraute seinen Sachbearbeiter mit der näheren Untersuchung und bot unter Zugrunde-

^{*}) Dieses Manuskript stellt eine um Fußnoten erweiterte Fassung eines Referats dar, das der Autor am 17. 6. 1985 im Rahmen des von Univ.-Prof. Dr. Walter Selb und Univ.-Prof. Dr. Rudolf Welsch veranstalteten Seminars aus Versicherungsrechtsrecht gehalten hat.

¹⁾ Beim gesunden Deckungsverhältnis stellt sich dieses Problem nicht, weil der Versicherer gem § 150 VersVG auch die Schadensregulierungskosten selbst zu tragen hat.

legung eines 60%igen Mitverschuldens des Fußgängers S 40.000.- an. Der Fußgänger gab jedoch nur ein 20%iges Mitverschulden zu und begehrte S 120.000.-, weil er davon ausging, daß ihm bei vollem Verschulden des Schädigers nicht S 100.000.- an Schmerzensgeld, sondern S 150.000.- zustehen würden.

Schließlich beauftragte der Versicherer einen Rechtsanwalt, um mit dem Geschädigten die Sache außergerichtlich zu bereinigen. Nach einigen ergebnislosen Verhandlungen erhob der Geschädigte die Klage. Es kam zu einem Prozeß, der in 3. Instanz mit einem Zuspruch von S 110.000.- endete. Der Versicherer, der auch während des Prozesses sein Angebot zur Zahlung von S 40.000.- aufrechterhielt, obsiegte nur zu einem Achtel,²⁾ also mußte er von den Prozeßkosten im Ausmaß von S 40.000.- S 35.000.- tragen. Daneben legte ihm der beauftragte Rechtsanwalt für die vor Beginn des Prozesses geführten Verhandlungen eine Kostennote über S 8000.-. Die Kosten des Sachbearbeiters sind in den aufgelaufenen Kosten von S 43.000.- noch gar nicht enthalten.

Irgendwann zwischen der Anmeldung des Schadenseignisses durch den Dritten und dem rechtskräftigen Urteil oder auch danach stellte sich heraus, daß der Versicherer leistungsfrei war. Der Versicherer begehrte vom Versicherungsnehmer nunmehr nicht nur die S 110.000.- an Schmerzensgeld, sondern auch S 45.000.- an Schadensregulierungskosten.

Der geschilderte Versicherungsfall ist seiner Struktur nach anderen Fallkonstellationen des allgemeinen bürgerlichen Rechts durchaus ähnlich: Wenn der Bürge in Anspruch genommen wird, mit dem Gläubiger einen Prozeß führt, in dem er nicht zur Gänze obsiegt, sodaß er einen Teil der Kosten zu tragen hat, stellt sich die Frage, ob er diese vom Hauptschuldner zurückverlangen kann. Wird einer von mehreren Mitschuldnern vom Gläubiger belangt, zahlt der in Anspruch genommene aber nicht sofort, sondern führt er mit dem Gläubiger einen Prozeß, der mit einer teilweisen Stattgebung des Klagebegehrens endet, so hat der in Anspruch genommene Schuldner einen Teil der Prozeßkosten selbst zu tragen. Auch hier ist zu klären, ob er seine Aufwendungen von den Mitschuldnern – wenigstens teilweise – ersetzt verlangen kann.

Das kranke Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung,³⁾ die Bürgschaft und die Solidar-

²⁾ Strittig waren von den begehrten S 120.000.- nur noch S 80.000.-, von denen der Kläger S 70.000.- zugesprochen erhielt, also sieben Achtel, während der Beklagte mit seinem Abweisungsbegehren nur hinsichtlich des restlichen einen Achters durchdringen konnte.

³⁾ Durch die in § 63 Abs 1 KfG normierte action directe wurde der Kfz-Haftpflichtversicherer zum Gesamtschuldner, der vom geschädigten Dritten direkt in Anspruch genommen werden kann, während es für das Versicherungsrecht ansonsten typisch ist, daß zwischen dem geschädigten Dritten und dem Versicherer keine direkten Rechtsbeziehungen bestehen. Vgl aber gewisse Ansätze in diese Richtung in den §§ 156 f VersVG sowie in § 158 c, d, e VersVG bei der Pflichtversicherung. Von

schuld zeichnen sich dadurch aus, daß der Gläubiger einen Schuldner zur Leistung heranziehen kann, der die Schuld letztlich nicht – zumindest nicht zur Gänze – selbst tragen soll. Wegen dieser Parallele, die eine Gleichbehandlung hinsichtlich der im Vorprozeß getätigten Aufwendungen vermuten läßt, wird der Regreß hinsichtlich der Kosten des Vorprozesses beim kranken Deckungsverhältnis, bei der Bürgschaft und bei der Solidarschuld dargestellt und untersucht, ob der Zuspruch der aufgewendeten Kosten bzw dessen Verweigerung nach einheitlichen Gesichtspunkten erfolgt oder ob es – insbesondere im Versicherungsrecht – Besonderheiten gibt, die eine andere Behandlung als im bürgerlichen Recht geboten erscheinen lassen.

2. Fallgruppen

a) Krankes Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung

Soweit ersichtlich, hatte sich der OGH in der Entscheidung SZ 31/39 erstmalig mit der hier interessierenden Frage zu beschäftigen. Wie sich sogleich zeigen wird, weist aber der Sachverhalt dieser Entscheidung, auf die später immer wieder Bezug genommen wurde, Besonderheiten auf: Der beklagte Versicherungsnehmer verschuldete einen Verkehrsunfall. Er einigte sich schließlich mit dem Schädiger, ihm S 40.000.– sowie S 6200.– an Verfahrenskosten zu bezahlen. Als der Beklagte säumig war, brachte der Geschädigte die Klage gegen den Versicherer ein, der die Zahlung zunächst verweigerte, weil der Beklagte zur Zeit des Unfalls keinen Führerschein besaß. Der Geschädigte berief sich jedoch auf § 158c VersVG. Schließlich erklärte sich der Versicherer bereit, S 15.000.– zu leisten. Gleichzeitig wurde vereinbart, daß der Geschädigte von dem mit dem beklagten Versicherungsnehmer geschlossenen Vergleich keinen Gebrauch machen werde.

Im Regreßweg begehrte der Versicherer die bezahlten S 15.000.– sowie S 6500.– an Anwalts- und Sachverständigenkosten. Soweit die Kosten zum klaren und überwiegenden Vorteil des Versicherungsnehmers aufgewendet wurden, sprach sie der OGH aus dem Titel der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB zu; hinsichtlich der Kosten des Sachverständigengutachtens über die Verjährungsfrage, das nur im Interesse des Versicherers lag, erfolgte eine Abweisung.

Dieser Fall ist insoweit besonders gelagert, als der Versicherer erreichte, daß der Geschädigte von einem bereits geschlossenen Vergleich mit dem Versicherungsnehmer wieder abging und sich mit einer wesentlich niedrigeren Summe zufrieden gab. Da selbst bei Berücksichtigung der vom Versicherer aufgewendeten Kosten die ursprüngliche Vergleichssumme bei weitem nicht erreicht wurde, war der klare, überwiegende Vorteil für den Versicherungsnehmer offensichtlich und es lag nahe,

der Funktion her ist die des Pflichthaftpflichtversicherers mit der eines Bürgen durchaus vergleichbar. So auch Sieg in Bruck-Möller-Sieg, VersVG⁸ II § 67 Anm 109, der die Stellung des Kfz-Haftpflichtversicherers als die eines akzessorischen Gesamtschuldners bezeichnet. Wegen dieser Mittelstellung zwischen Solidarschuld und Bürgschaft sowie der im Versicherungsrecht bestehenden Besonderheiten wird das kranke Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung in einem eigenen Kapitel erörtert.

dem Versicherer seine Aufwendungen zuzusprechen, wobei der OGH jene abzog, bei denen feststand, daß sie nicht im Interesse des Versicherungsnehmers aufgewendet worden sind.

In einer einzigen Entscheidung⁴⁾ stützte der OGH den Zuspruch der Prozeß(hier: Anwalts)kosten beim kranken Deckungsverhältnis auf die vertragliche Anspruchsgrundlage des Auftrags. In späteren Entscheidungen⁵⁾ wurden die Regulierungskosten jeweils aus dem Titel der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1037 ABGB) zuerkannt. Als Begründung wurde entweder auf SZ 31/39 oder auf das jüngere deutsche Schrifttum⁶⁾ verwiesen. Den soeben zitierten Entscheidungen lagen Sachverhalte wie im Eingangsfall zugrunde; in der OGH-Entscheidung ZVR 1977/76 stellte sich die Leistungsfreiheit des Versicherers erst nach Abschluß des Haftpflichtprozesses heraus.

Zu der hier untersuchten Frage hat sich im österreichischen Schrifttum bisher nur Rummel⁷⁾ geäußert, der die Ansicht vertritt, daß ein vertraglicher Anspruch auf Aufwendungsersatz bestehe.

b) Bürgschaft

Da § 158f VersVG lediglich die Wiederholung des § 1358 ABGB im Versicherungsrecht darstellt,⁸⁾ sollte man annehmen, daß der Regreß nicht nur hinsichtlich des Schuldbetrags, sondern auch der Regulierungskosten gleich behandelt wird. Das trifft für die jüngeren Entscheidungen dem Grunde nach auch zu:

In der Entscheidung SZ 12/127 hat der OGH jedoch noch anders entschieden: Der Bürge hat im Auftrag des Schuldners ein Wechselakzept ausgestellt. Als der Schuldner nicht leistete, wurde der Bürge herangezogen. Seine Einwendung, daß es sich um ein Gefälligkeitsakzept handle, wurde in allen 3 Instanzen verworfen. Letzten Endes führte der Gläubiger Zwangsvollstreckung. Der Bürge begehrte vom Schuldner sowohl die Prozeß- als auch die Exekutionskosten. Der OGH wies dieses Begehren ab, weil der Auftrag nur auf Bezahlung der Hauptschuld ging. Läßt sich ein Bürge auf einen Prozeß ein, so tue er das auf eigenes Risiko. Für die Abweisung könnte auch eine Rolle gespielt haben, daß die Einwendungen des Bürgen nur auf die Bestreitung der Bürgschaft, nicht aber auf die Bekämpfung der Hauptschuld gerichtet waren.

In der Entscheidung JBl 1960, 387 lehnte der OGH zwar einen Regreßanspruch hinsichtlich der Kosten des Vorprozesses ab, er deutete jedoch an, unter welchen

⁴⁾ VersR 1966, 248 mit Anm von Wahle.

⁵⁾ OGH in ZfRV 1974, 115 mit Kommentar von Willvonseder; VersR 1973, 976; VersR 1975, 1166 = VersRdSch 1976, 88 mit Anm von Baumann; ZVR 1977/76; SZ 49/100 = JBl 1978, 483.

⁶⁾ P. Kramer, Leistung ohne Gegenleistung? VersR 1970, 602 (in der Entscheidung ZfRV 1974, 121 mit falschem Titel zitiert!); Pröls-Martin, VersVG¹⁸, 672.

⁷⁾ In Rummel, ABGB I Rdz 6 zu § 1035. Auf die Ausführungen von Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht² I (1980) 305f wird bei der Solidarschuld (im Abschnitt 2c) noch näher eingegangen.

⁸⁾ Migsch, Die §§ 67 und 158f VersVG und ihre Funktion bei der Schadensverteilung bei Kfz-Unfällen, ZVR 1976, 261 unter Berufung auf Wahle, VersRdSch 1960, 46.

Umständen er einem solchen Begehren stattgegeben hätte: Wenn der Bürge als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt hätte, wäre das ein besonderes Innenverhältnis, aus dem sich ein solcher Anspruch ableiten könne. Der OGH sah die Einwendung des Schuldners als beachtlich an, daß es der Bürge unterlassen habe, ihm den Streit zu verkünden; auch habe sich der Bürge im Prozeß nicht um die Bestreitung des Begehrens dem Grunde nach bemüht, sondern nur darum, daß nicht er, sondern die nun im Regreßweg in Anspruch Genommenen leistungspflichtig seien, weshalb auch ein Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in Betracht komme.

In der Entscheidung EvBl 1963/309 führte der OGH aus, daß dem Bürgen grundsätzlich kein Aufwendungsersatzanspruch zustehe, wenn er mit dem Gläubiger einen fruchtlosen Prozeß führe. Es treffe auch nicht zu, daß der Schuldner, der nicht zahlt und die Erfüllung auf den Bürgen abwälzt, schon deswegen rechtswidrig handle. Dem Bürgen stehe nur dann ein über die Hauptschuld hinausgehender Ersatzanspruch zu, wenn er im offensichtlichen Interesse des Schuldners gehandelt hätte. Dann stünden ihm nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag alle nach der Sachlage gerechtfertigten Aufwendungen, insbesondere die Prozeßkosten, zu. Aus dem veröffentlichten Teil der Entscheidung geht nicht eindeutig hervor, in welchem Sinn der OGH im konkreten Fall entschieden hat, es dürfte sich aber eher um eine abweisende Entscheidung gehandelt haben.

Der OGH-Entscheidung SZ 49/121 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Bürge hatte ohne Auftrag des Schuldners dem Gläubiger gegenüber eine Bürgschaft abgegeben. Der italienische Gläubiger der Kaufpreisforderung belangte den Bürgen in Italien, da der österreichische Schuldner den Kaufpreis nicht leistete. Der Bürge verkündete dem Schuldner den Streit und verlangte Informationen zur Verteidigung. Der Schuldner entschuldigte sich aber nur vom Nichterscheinen bei der Verhandlung in Italien, lieferte aber sonst keinerlei Unterlagen. Er teilte dem Bürgen insbesondere nicht mit, daß an Stelle der bestellten Weintrauben Pfirsiche geliefert worden seien, für die eine Importsperré galt, weshalb sie an der Grenze vernichtet worden seien. Der Bürge wurde verurteilt, und beehrte daraufhin vom Schuldner Ersatz der Schuld sowie der aufgewendeten Prozeßkosten.

Der OGH mußte nicht entscheiden, welche Prozeßkosten er zusprach, und welche nicht, weil der Beschluß die aufhebende Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigte. Er führte jedoch aus, daß die Prozeßkosten, die dafür aufgewendet worden sind, um das Bestehen der Bürgschaft zu bestreiten, nicht als fremdes Geschäft und damit auch nicht als nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 anzusehen seien, weshalb jedenfalls hinsichtlich dieser Kosten die Ersatzfähigkeit zu verneinen sei. Ob das für sämtliche Kosten gelte, werden die Untergerichte zu prüfen haben.

Der Entscheidung SZ 50/147 = EvBl 1978/91 lag ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde wie in der eingangs wiedergegebenen Entscheidung SZ 12/127: Der Kläger hatte gefälligkeitshalber ein Akzept gegeben, damit der Beklagte durch Eskomptierung des Wechsels einen Kredit erhalte. Als der Beklagte zum Fälligkeitstermin nicht

zahlte, erwirkte der Kreditgeber einen Wechselzahlungsauftrag gegen den Kläger und in der Folge die Zwangsvollstreckung in einen ihm gehörigen Liegenschaftsanteil. Der Kläger beehrte daraufhin vom Beklagten neben der Wechselsumme auch die entstandenen Prozeß- und Exekutionskosten. In dieser jüngeren Entscheidung ging der OGH vom Vorliegen eines Auftrags aus und sprach die aufgewendeten Kosten mit der Begründung zu, daß es sich bei diesen um einen notwendigen Aufwand gem § 1014 ABGB handle. Den Beklagten hätte die Beweislast getroffen, daß der Kläger die Klags- und Exekutionsführung hätte abwenden können, an einem solchen Vorbringen habe es jedoch gefehlt.

Es fällt auf, daß diese jüngeren Entscheidungen einen Aufwendungsersatzanspruch zwar grundsätzlich ebenso nach den Regeln der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB bejahen wie das beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung der Fall war, in concreto wurde ein solcher Anspruch hingegen mit Ausnahme der zuletzt zitierten Entscheidung, bei der der OGH einen Zuspruch auf die vertragliche Anspruchsgrundlage des § 1014 ABGB stützte, durchwegs verneint.

Diese Rechtsprechung wird von der Literatur gebilligt. Ehrenzweig⁹⁾ verneint ebenfalls einen Ersatz der Kosten des Vorprozesses auf Grund des gesetzlichen Schuldverhältnisses der Bürgschaft, ausnahmsweise könne er aber auf Grund eines besonderen Innenverhältnisses, so bei Vorliegen eines Auftrags oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag, verlangt werden. Ohmeyer-Klang¹⁰⁾ führen aus, daß ein neben § 1358 ABGB bestehender Anspruch aus dem Innenverhältnis zwischen Bürgen und Schuldner deshalb von Bedeutung sei, weil der Bürge als Geschäftsführer ohne Auftrag alle nach der Sachlage gerechtfertigten Aufwendungen, namentlich die Prozeßkosten, ersetzt verlangen könne. Auch Gamerith¹¹⁾ bejaht einen derartigen Ersatzanspruch gem § 1037 ABGB.

c) Solidarschuld

Ebenso wie beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung und bei der Bürgschaft muß bei der Solidarschuld ein Schuldner in Vorlage treten, ein anderer soll die Schuld aber letztlich tragen.¹²⁾ Es wäre also zu erwarten, daß auch der Rückgriff hinsichtlich der im Vorprozeß aufgewendeten Kosten so behandelt wird wie beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung und bei der Bürgschaft.

⁹⁾ System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/1 (1928) 124.

¹⁰⁾ In Klang² VI 232.

¹¹⁾ In Rummel, ABGB II Rdz 6, 11 zu § 1358.

¹²⁾ Nach Ansicht von Koziol, Haftpflichtrecht I 302f ist auch der Regreßanspruch bei der Solidarschuld nach § 1358 ABGB zu beurteilen, was zur Folge hat, daß die Sicherungsrechte mitübergehen und der Rückgriffsanspruch nicht der 30jährigen, sondern der Verjährungsfrist unterliegt, die für den eingelösten Anspruch gilt. Ihm insoweit folgend Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1489. Vgl dazu aber nun Ch. Huber, Die Verjährung von gesetzlichen Rückersatzansprüchen, JBl 1985, 385 ff, 467 ff, 531 ff, wo dem Regreßgläubiger in Analogie zu § 6 AHG und § 6 DHG eine 6monatige Frist ab dem rechtskräftigen Urteil des Vorprozesses zur Verfolgung seiner Ansprüche eingeräumt wird.

Die Judikatur ist jedoch anderer Ansicht: Einige ältere OGH-Entscheidungen¹³⁾ lehnen den Ersatz der Kosten des Vorprozesses ab, weil es sich um eine Kostenforderung handle, die im besonderen Prozeßverhältnis der Parteien des Vorprozesses wurzle. Seltsamerweise hatte die Rechtsprechung diese Bedenken nicht, wenn es sich um einen Regreßanspruch des Versicherers beim kranken Deckungsverhältnis oder des Bürgen handelte,¹⁴⁾ ging es doch wohl auch dort um ein besonderes Prozeßverhältnis zwischen den Parteien des Vorprozesses!

In einer einzigen Entscheidung¹⁵⁾ hat der OGH hingegen die im Vorprozeß aufgewendeten Prozeßkosten zugesprochen, in der Folgeentscheidung¹⁶⁾ ist er aber zur früheren Rechtsprechung zurückgekehrt.

Umso überraschender muß es erscheinen, daß die nächste veröffentlichte Entscheidung¹⁷⁾ von dieser Linie wieder abwich. In diesem Fall ging es nicht um Prozeßkostenaufwendungen des Schuldners, sondern um solche des Gläubigers: Dieser klagte zunächst den schuldhaft handelnden PKW-Lenker, erreichte ein Versäumungsurteil und führte gegen diesen vergeblich Exekution, ohne daß der Geschädigte oder der Schädiger den Unfall dem Kfz-Haftpflichtversicherer gemeldet hatten. Daraufhin belangte der Geschädigte den Halter, dessen Rechtsanwalt den Haftpflichtversicherer verständigte. Auch gegen den Halter konnte der Geschädigte mit seinem Schadenersatzbegehren durchdringen, doch blieb die Exekution wiederum erfolglos. Schließlich führte der Kläger Exekution in den fiktiven Befreiungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen seinen Versicherer (§ 158 c Abs 1 VersVG) und beehrte neben dem Schadenersatz in Höhe von S 4000.- noch Prozeß- und Exekutionskosten in der Höhe von S 12.000.-. Der OGH sprach diese dem Grunde nach zu und kürzte in sinngemäßer Anwendung des § 41 ZPO den Betrag lediglich auf das Ausmaß, das bei gleichzeitiger Inanspruchnahme beider, des Halters und des Lenkers entstanden wäre. Hinsichtlich der Exekutionskosten nahm er eine solche Kürzung aber nicht

¹³⁾ OGH in AnwZ 1932, 39; SZ 25/137; EvBl 1958/162.

¹⁴⁾ Auch bei den auf Schadenersatz gestützten Begehren auf Rückersatz aufgewendeter Prozeßkosten hatte der OGH diese Bedenken nur vereinzelt (in GIUNF 7630; SZ 27/289). Diesen beiden Entscheidungen steht aber eine Mehrzahl, auch jüngerer Entscheidungen entgegen (GIUNF 5618; SZ 1/73; SZ 10/302; SZ 30/40; SZ 34/34; JBl 1970, 573; JBl 1978, 32), wo auf das Argument, daß ein Ersatz von Prozeßkosten deshalb nicht in Betracht komme, weil eine solche Forderung im besonderen Prozeßverhältnis wurzle, entweder gar nicht mehr eingegangen oder zutreffenderweise der Fall ausgeklammert wurde, daß es sich um einen Anspruch gegen einen Dritten handelt, der am Prozeß nicht teilgenommen hat (OGH in SZ 34/34; JBl 1970, 583). Die Literatur stimmt dem zu. Vgl Reischauer in Rummel, ABGB II Rdz 22 zu § 1323; Wolff in Klang VI 192 f.

¹⁵⁾ OGH in ZVR 1959/180.

¹⁶⁾ OGH in JBl 1960, 19 = VersR 1960, 287 mit Anm von Wahle, der dieser Entscheidung zugestimmt und darauf verwiesen hat, daß die in der Entscheidung bezogene Rechtsauffassung – ungeachtet der ein Jahr zuvor ergangenen abweichenden Entscheidung ZVR 1959/180 – ständige Rechtsprechung seit GIUNF 5820 sei. Dort ging es um das Problem, ob auch die Kosten der Schadensfeststellung ersatzfähig sind, was abgelehnt wurde.

¹⁷⁾ OGH in VersR 1966, 49 mit Anm von Wahle.

vor. Wahle¹⁸⁾ merkte dazu kritisch an, daß nicht einsichtig sei, warum für die Prozeßkosten anderes gelten sollte als für die Exekutionskosten.

Warum aber der Versicherer sowohl die Prozeß- als auch die Exekutionskosten des Prozesses gegen den Lenker tragen soll, wäre angesichts der §§ 158 e Abs 1 iVm § 158 d Abs 2 VersVG einer Erläuterung wert gewesen: Nach diesen Bestimmungen verliert der geschädigte Dritte nämlich insoweit seinen Anspruch, als eine rechtzeitige Anzeige an den Versicherer den Schaden geringer gehalten hätte. Aus der Sicht des Versicherers betrachtet, wird dessen Haftung auf den Betrag beschränkt, den er auch bei gehöriger Erfüllung der Meldepflicht durch den Geschädigten zu leisten gehabt hätte. Da der Versicherer den Kapitalbetrag sofort nach Rechtskraft des Urteils gezahlt hat, liegt der Schluß nahe, daß sich der geschädigte Dritte bei rechtzeitiger Verständigung des Versicherers zumindest die Exekutionskosten gespart hätte.

In der Entscheidung EvBl 1965/452 kehrte der OGH wieder zu seiner alten Linie zurück und verweigerte den Ersatz der Kosten des Vorprozesses abermals mit der Begründung, daß diese Kostenforderung in einem besonderen Prozeßverhältnis wurzle; und das ungeachtet des Umstandes, daß der geklagte Solidarschuldner des Vorprozesses (Regreßgläubiger) dem nicht geklagten Solidarschuldner (Regreßschuldner) den Streit verkündet hat, dieser aber nicht als Nebenintervenient beigetreten ist. Der OGH führte als Begründung an, daß auch durch die Streitverkündung kein Prozeßverhältnis entstanden sei. Diese Rechtsprechung wird auch in jüngeren Entscheidungen beibehalten.¹⁹⁾

Wolff²⁰⁾ und Gamerith²¹⁾ haben diese Rechtsprechung bei der Solidarschuld gebilligt. Koziol²²⁾ hingegen hat darauf hingewiesen, daß die §§ 3, 4 DHG auch einen Ersatz der Prozeß- und Exekutionskosten des Vorprozesses vorsehen. Da dies sowohl zugunsten des Dienstgebers als auch des Dienstnehmers gelte, könne das keine soziale Schutzvorschrift sein, wie man aus dem systematischen Standort der Regelung im DHG schließen könnte. Es müsse daraus vielmehr der Schluß gezogen werden, daß die Kosten des Vorprozesses auch sonst erstattungsfähig sind, weil es nicht vom Zufall abhängig sein könne, welcher Schuldner zuerst in Anspruch genommen werde. Zur Begründung eines solchen Ersatzanspruches verweist er auf eine Entscheidung, in der der OGH den Anspruch des Versicherers beim kranken Deckungsverhältnis auf § 1037 ABGB gestützt hat.²³⁾ Sofern man dagegen Bedenken habe, weil der Regreßgläubiger zugleich eigene Interessen wahrnehme, könne man nach Ansicht von Koziol mittels einer entsprechenden Anwendung des § 1043 ABGB zum gleichen Ergebnis gelangen. Reischauer²⁴⁾ hat diese Ansicht übernommen.

¹⁸⁾ VersR 1966, 52.

¹⁹⁾ OGH in EvBl 1975/44 = Arb 9253; ZVR 1976/237; ZVR 1979/167; SZ 54/119 = JBl 1982, 656.

²⁰⁾ In Klang VI 56.

²¹⁾ In Rummel, ABGB I Rdz 10 zu § 896.

²²⁾ Haftpflichtrecht I 305 f.

²³⁾ OGH in SZ 49/100 = JBl 1978, 483.

²⁴⁾ In Rummel, ABGB II Rdz 6 zu § 1313.

d) Resümee

Die Kosten des Vorprozesses werden also dem Kfz-Haftpflichtversicherer beim kranken Deckungsverhältnis gem § 1037 ABGB zugesprochen, beim Bürgen wird diese Anspruchsgrundlage ebenfalls bejaht, ein darauf gerichteter Anspruch wurde in den veröffentlichten OGH-Entscheidungen aber durchwegs verneint. Bei der Solidarschuld wird ein derartiger Regreßanspruch von der ständigen Rechtsprechung des OGH abgelehnt.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob es sachliche Gründe für diese unterschiedliche Beurteilung gibt oder ob das wenigstens für den Bereich des Versicherungsrechts der Fall sein könnte. Sollte das nicht zutreffen, wäre noch zu prüfen, ob sich der Regreß mit Hilfe der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB oder des § 1043 ABGB überzeugend begründen läßt.

3. Gründe für die Verschiedenbehandlung?

Nach einheitlicher Rechtsprechung und insoweit nicht abweichender Meinung der Literatur ist ein Ersatzanspruch in bezug auf die aufgewendeten Kosten des Vorprozesses zwar nicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der Bürgschaft oder Solidarschuld abzuleiten, wohl aber unter Umständen aus einem besonderen Innenverhältnis, wie etwa einem Vertrag oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag²⁵⁾. Die Rechtslage beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung zeichnet sich dadurch aus, daß dem Geschädigten seit der durch § 63 KFG geschaffenen *action directe* neben dem nach Schadenersatzrecht haftpflichtigen Halter bzw Lenker noch der Versicherer als weiterer (Solidar-)Schuldner (§ 63 Abs 1 KFG) zur Verfügung steht. Zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer besteht eine vertragliche Beziehung, wie das zwar auch bei der Bürgschaft und der Solidarschuld vorkommen mag, für letztere aber durchaus nicht typisch ist. Da mit Wahle²⁶⁾ davon auszugehen ist, daß zwischen dem Privatversicherungsrecht, und dem allgemeinen Zivilrecht jeder Widerspruch vermieden werden sollte, ist im Anschluß an die Erörterung der Rechtslage beim Versicherungsvertrag auch darauf einzugehen, ob es bei der Solidarschuld und bei der Bürgschaft Innenverhältnisse gibt, die eine gleiche Lösung wie im Versicherungsrecht gebieten. Kann aus dem Vertrag ein Ersatzanspruch hinsichtlich der Schadensregulierungskosten abgeleitet werden, erübrigt sich für die Begründung des Regreßanspruchs ein Zurückgreifen auf die insoweit subsidiären Rechtsinstitute der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des § 1043 ABGB.

Das im folgenden behandelte Problem soll an Hand einer konkreten OGH-Entscheidung illustriert werden:

Der Entscheidung SZ 48/35 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Versicherungsnehmer ist haftpflichtig geworden. Sein Kfz-Haftpflichtversicherer hat für ihn in Italien durch einen beauftragten Rechtsanwalt einen Prozeß geführt, diesem aber mitgeteilt, daß der Versicherer jedenfalls kein Rechtsmittel ergreifen werde. Der Versicherer weigerte sich in der Folge auf Grund des rechtskräftigen italienischen Urteils zu leisten, da dieses

²⁵⁾ Ohmeyer-Klang in Klang VI 232.

²⁶⁾ Vergleich der österreichischen und deutschen Versicherungsjudikatur, VersRdSch 1966, 137.

in Österreich nicht vollstreckbar sei. Der Geschädigte erhob daraufhin in Österreich Klage gegen den Schädiger. Dieser verständigte davon den Versicherer, der aber den Deckungsschutz ablehnte.

In der Folge kam das österreichische Gericht zu einem dem Grunde nach gleichen, der Höhe nach aber abweichenden Urteil. Der Versicherungsnehmer, der schließlich ein Urteil erwirkte, das die Deckungspflicht des Versicherers feststellte, begehrte vom Versicherer nicht nur die Freistellung von den Haftpflichtansprüchen, sondern auch die aufgewendeten Prozeßkosten sowie die Kosten außergerichtlicher Verhandlungsführung. Der Versicherer wendete ein, daß die Prozeßführung unnötig gewesen sei, da ohnehin ein italienisches Urteil vorlag. Der OGH sprach hingegen den Ersatz der Prozeßkosten mit folgender Begründung zu: Lehnt der Versicherer den Deckungsschutz ab, so gehe das Prozeßführungsrecht auf den Versicherungsnehmer über, der zwar die Interessen des Versicherers, der den Schaden möglicherweise tragen muß, zu beachten, aber doch nur noch für grobe Fahrlässigkeit einzustehen habe. Obwohl auch das österreichische Gericht italienisches Recht anzuwenden hatte, so sei der Zuspruch von Schmerzensgeld in großem Ausmaß vom richterlichen Ermessen abhängig, sodaß begründete Aussicht bestand, daß das österreichische Gericht zu einem anderen Ergebnis kommen werde als das italienische. Die Prozeßführung durch den Versicherungsnehmer sei somit jedenfalls nicht grob fahrlässig gewesen.^{26a)} Da der Versicherer auf Grund des Versicherungsvertrages auch zur Gewährung von Rechtsschutz verpflichtet sei, diesen aber unberechtigterweise abgelehnt habe, gebühre dem Versicherungsnehmer ein vertraglicher Ersatzanspruch für seine getätigten Aufwendungen.²⁷⁾

Problematischer ist der hier interessierende umgekehrte Fall, daß der Versicherer den Schaden trotz kranken Deckungsverhältnisses reguliert hat und die daraus ent-

^{26a)} Weiters wurde in der Entscheidung noch ausgeführt, daß die Erfüllung der Haftpflichtverbindlichkeit den Versicherungsnehmer in den Konkurs getrieben hätte. Der OGH hat die gesamten Prozeßführungskosten zugesprochen, obwohl der Anspruch nur der Höhe nach strittig war und ein bestimmter Mindestbetrag wohl auch von jedem österreichischen Richter zugesprochen worden wäre, weshalb es fraglich ist, ob die Prozeßführung hinsichtlich dieses Teiles nicht doch grob fahrlässig gewesen ist.

Der OGH hat den Zuspruch der aufgewendeten Kosten in dieser Entscheidung mit der nicht grob fahrlässigen Prozeßführung begründet, jedoch auch das Moment der Gefahr des Konkurses des Versicherungsnehmers bei dessen Zahlung erwähnt. Wäre die Prozeßführung grob sorgfaltswidrig gewesen, weil auch jedes österreichische Gericht einen Schmerzensgeldanspruch in dieser Höhe zusprechen würde, so stünde der Versicherungsnehmer vor dem Dilemma, entweder zu zahlen und damit in den Konkurs zu schlittern oder zu prozessieren, um den Haftpflichtprozeß solange zu verschleppen, bis die Deckungsfrage geklärt ist. Im letzteren Fall stellt sich die Frage, ob der Versicherungsnehmer auch die Kosten für eine von vornherein aussichtslose Prozeßführung vom Versicherer ersetzt verlangen kann, was mE eher abzulehnen ist.

²⁷⁾ Der OGH geht auf die nähere Qualifizierung dieses vertraglichen Ersatzanspruchs nicht ein. ME kann er mit Hilfe eines Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung oder der Rechtsfigur des stellvertretenden *Commodum* begründet werden.

stehenden Regulierungskosten vom Versicherungsnehmer ersetzt verlangt. Wird der Versicherer vom geschädigten Dritten geklagt und führt er mit diesem einen Prozeß, so muß er im Fall der Leistungsfreiheit die Haftpflichtverbindlichkeit zwar nicht letztlich tragen, weil ihm gem § 158 f VersVG ein Regreßrecht gegen den Versicherungsnehmer zusteht, es ist aber immerhin ungewiß, ob der Regreßanspruch einbringlich ist, weshalb der Versicherer insbesondere bei fraglicher Bonität des Versicherungsnehmers schon im eigenen Interesse danach trachten wird, die Haftpflichtverbindlichkeit nicht über das nach dem Gesetz geschuldete Ausmaß anschwellen zu lassen. Andererseits könnte es aber sein, daß der Versicherer bei der Schadensregulierung dann großzügiger sein wird, wenn er weiß, daß er den Schaden letztlich nicht selbst tragen und sich um die Einbringlichkeit beim Versicherungsnehmer keine Sorgen machen muß. Weiters könnten geschäftliche Rücksichten gegenüber einem anderen Versicherer, der etwa als Kaskoversicherer für den Schaden in Vorlage getreten ist, ein stärkeres Gewicht haben als die Interessenwahrung zugunsten des eigenen Versicherungsnehmers. Diese Tendenz würde sich schließlich noch verstärken, wenn der Versicherer zwar den von ihm anerkannten und eingelösten Haftpflichtanspruch refundiert erhält, nicht aber die oft beträchtlichen Prozeßkosten.

Das Problem der Begründung des Kostenersatzes des Haftpflichtstreits im Deckungsprozeß²⁸⁾ hängt mit der Frage zusammen, ob der Versicherer ungeachtet der Leistungsfreiheit im Deckungsverhältnis zur Schadensregulierung nicht nur im eigenen Namen, sondern auch für den Versicherungsnehmer auf Grund des Versicherungsvertrages berechtigt ist oder nicht, was nun näher darzustellen ist.

Beim gesunden Deckungsverhältnis hat der Versicherer den Versicherungsnehmer von begründeten Haftpflichtansprüchen freizustellen und ihm zur Abwehr unbegründeter Ansprüche Rechtsbeistand zu leisten (§§ 149 f VersVG). Die daraus entstehenden Aufwendungen hat zur Gänze der Versicherer zu tragen, als Gegenleistung hatte der Versicherungsnehmer die Prämie bezahlt. Da der Versicherer sowohl die Haftpflichtschuld zu tilgen als auch die Aufwendungen für die Schadensregulierung zu tragen hat, erscheint es als angemessen, daß er sämtliche Dispositionen des Versicherungsfalls mit Wirkung für den Versicherungsnehmer treffen kann. Obwohl der Versicherer – von der *action directe* des § 63 KFG abgesehen – nicht Prozeßpartei ist, hält er doch alle Fäden des Prozesses in der Hand, da der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, einem vom Versicherer bestellten Anwalt Prozeßvollmacht zu erteilen, dem gegenüber der Versicherer und nicht der Versicherungsnehmer weisungsbe-rechtigt ist, weshalb Wahle²⁹⁾ diesen Zustand als „Prozeßmumschaft“ bezeichnet hat.

²⁸⁾ Im Deckungsprozeß hat typischerweise der Versicherungsnehmer die Klägerrolle, weil im Regelfall der Versicherer vom Dritten nicht direkt in Anspruch genommen werden kann. Bei der Kfz-Haftpflichtversicherung kann aber ausnahmsweise der Fall eintreten, daß dem Versicherer im Deckungsprozeß die Klägerrolle zufällt, weil er vom Dritten direkt geklagt werden kann.

²⁹⁾ Die Prozeßmumschaft des Haftpflichtversicherers, ZVersWiss 1960, 51 ff.

Die Interessenlage wandelt sich aber grundsätzlich, wenn das Deckungsverhältnis krank ist. Hier hat nämlich nicht der Versicherer, sondern der Versicherungsnehmer die Haftpflichtschuld letztlich zu tragen. Würde man dem Versicherer auch in diesem Fall eine Vollmacht und eine Ermächtigung zur Schadensregulierung für den Versicherungsnehmer einräumen, bestünde die Gefahr, daß sich der Versicherer mit dem geschädigten Dritten zu Lasten des eigenen Versicherungsnehmers einigt. Diese Gefahr würde nur dadurch gemildert, daß der Versicherungsnehmer seinerseits gegen den Versicherer Schadensersatzansprüche bei nicht sorgfältiger Wahrung der Interessen des Versicherungsnehmers geltend machen könnte.³⁰⁾

Der soeben geschilderte Zustand ist in Deutschland geltendes Recht. Das ergibt sich für die Kfz-Haftpflichtversicherung nunmehr aus § 3 Nr 10 Satz 1 deutsches PflichtversicherungsG. Doch auch vor Inkrafttreten des PflichtversicherungsG am 1. 10. 1965 war das die in Deutschland herrschende Meinung. Als Begründung, daß dem Versicherer auch beim kranken Deckungsverhältnis eine Vollmacht zur Schadensregulierung im Namen des Schädigers (= Versicherungsnehmer) zustehen müsse, wurde auf das „Trennungsprinzip“ verwiesen.³¹⁾ Darunter versteht man die unbedingte Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den Deckungsprozeß.³²⁾ Eine solche wird auch dann angenommen, wenn eine der Parteien des Deckungsprozesses nicht am Haftpflichtstreit teilgenommen hat und auch nicht zur Teilnahme vergeblich aufgefordert worden ist. Hätte der Versicherer keine Vollmacht, so könnte ihm bei unberechtigter Ablehnung des Deckungsschutzes folgendes passieren:

Der Versicherungsnehmer führt im eigenen Namen einen Prozeß mit dem geschädigten Dritten, bei dem es zu einem Zuspruch kommt, der über dem nach dem Gesetz geschuldeten Ausmaß liegt. Im Deckungsstreit stellt sich heraus, daß die Ablehnung nicht berechtigt war. Auf Grund des Trennungsprinzips wäre der Versicherer nun an das Haftpflichturteil gebunden und verpflichtet, einen höheren Betrag zu zahlen, als er nach dem Gesetz zahlen mußte. Um diese Gefahren für den Versicherer zu beseitigen, sei es angemessen, ihm auch bei krankem Deckungsverhältnis seine Regulierungsvollmacht für den Versicherungsnehmer zu belassen.³³⁾

Zu dieser in Deutschland geltenden Rechtslage ist lediglich kritisch anzumerken, daß im umgekehrten Fall eben dieses Risiko auch der Versicherungsnehmer eingeht, der am Prozeß oder an den Vergleichsverhandlungen, die der Versicherer mit dem Dritten führt, nicht beteiligt wird. Ob diese Risikoabwälzung auf den Versicherungsnehmer berechtigt ist, muß meines Erachtens bezweifelt werden. Der Versicherungsnehmer kann solche Risiken immerhin durch das Gesetz der großen Zahl ausgleichen.³⁴⁾ Außerdem kommt er auch bei Geltung des Trennungsprinzips nur dann in die Lage, über die gesetzliche Haftpflicht hinaus leisten zu müssen, ohne das selbst beeinflussen zu können, wenn er zuvor unberechtigter-

³⁰⁾ So Prölss-Martin, VersVG²³, 913.

³¹⁾ Schirmer, Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis des Haftpflichtversicherers nach Deckungsablehnung, ZVersWiss 1969, 357.

³²⁾ Vgl dazu Wahle, VersRdSch 1966, 149.

³³⁾ Schirmer, ZVersWiss 1969, 363.

³⁴⁾ So auch Wahle, ZVersWiss 1960, 88.

weise die Deckung abgelehnt hat. Den Interessen des Versicherers könnte schon dadurch Rechnung getragen werden, daß man dem Versicherungsnehmer eine Obliegenheit auferlegt, den Versicherer auch bei krankem Deckungsverhältnis von seiner Verhandlungsführung mit dem Geschädigten zu informieren und ihn zur Erhebung von Einwendungen aufzufordern bzw dem Versicherer im Fall des Prozesses den Streit zu verkünden, sodaß dieser als Nebenintervenient an der Seite des Versicherungsnehmers in den Prozeß eintreten könnte.

Die deutsche Rechtslage wurde hier deshalb dargestellt, weil es Tendenzen gegeben hat, diese Rechtsprechung auch für Österreich zu übernehmen. Der OGH hat in einigen Entscheidungen³⁵⁾ eine Bindungswirkung des Haftpflichturteils³⁶⁾ für den Deckungsstreit auch dann angenommen, wenn der Versicherungsnehmer im Haftpflichtstreit keine Einwendungen erheben konnte. In der Entscheidung JBl 1969, 38³⁷⁾ hat er diese Rechtsprechung aber endgültig aufgegeben und ist zur früheren Rechtsprechung zurückgekehrt, daß dem Versicherungsnehmer, der im Haftpflichtprozeß keine Einwendungen erheben konnte, alle Einwendungen im Deckungsprozeß offenstehen. Art 9 AKHB stellt nunmehr klar, daß die Vollmacht des Versicherers, den Schadenersatzanspruch des Dritten für den Versicherungsnehmer zu regulieren, nur insoweit besteht, als der Versicherer deckungspflichtig ist.

Strasser³⁸⁾ hat auch unter Zugrundelegung des novelierten Art 9 AKHB und des § 63 KFG dafür plädiert, die deutsche Rechtsmeinung zu übernehmen; die Rechtsprechung ist ihm dabei zu Recht nicht gefolgt. In mehreren Entscheidungen³⁹⁾ hat der OGH sowohl das deutsche Trennungsprinzip als auch eine Vollmacht des Versiche-

rs beim kranken Deckungsverhältnis abgelehnt und ausgesprochen, daß eine Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses für den Deckungsprozeß nur insoweit besteht, als der nicht am Haftpflichtprozeß Beteiligte vergeblich zum Einschreiten aufgefordert worden ist. Der OGH ist sogar noch einen Schritt weiter in Richtung eines verstärkten Schutzes des Versicherungsnehmers gegangen, indem er in der Entscheidung ZVR 1969/22 ausgesprochen hat, daß in der Verständigung des Versicherungsnehmers vom Abschluß eines Vergleiches noch keine Aufforderung zur Erhebung von Einwendungen gesehen werden könne. Er hat zu Recht darauf hingewiesen, daß für eine Bindungswirkung des Vergleichs dem Versicherungsnehmer zumindest der Inhalt des Vergleiches mitgeteilt hätte werden müssen.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, daß nach österreichischem Recht der Kfz-Haftpflichtversicherer beim kranken Deckungsverhältnis weder eine Vollmacht noch eine Ermächtigung besitzt, für den Versicherungsnehmer einzuschreiten. Der Anspruch des Versicherers auf Ersatz der von ihm im Haftpflichtprozeß aufgewendeten Kosten kann daher nicht auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage gestützt werden, wie das Rummel⁴⁰⁾ vertritt. Die Übernahme deutscher Rechtsprechung und deutscher Lehrmeinungen ist auf Grund der unterschiedlichen diesbezüglichen Rechtslage nicht möglich. Während § 3 Nr 10 Satz 2 Pflichtversicherungsg dem Versicherer eine relativ starke Rechtsposition einräumt („Der Versicherer kann Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte“), findet sich zu dieser Frage im österreichischen Recht keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Angesichts der eindeutigen Gesetzeslage in der BRD ist es mE unverständlich, warum P. Kramer,⁴¹⁾ auf den sich der OGH berufen hat, zur Begründung des Ersatzes der Kosten des Haftpflichtprozesses auf die Anspruchsgrundlage der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgreift, da doch nach deutschem Recht dem Versicherer ohnehin ein vertraglicher Anspruch zusteht.

Das zwischen Haftpflichtversicherer und Versicherungsnehmer bestehende vertragliche Innenverhältnis könnte aber noch aus einem anderen Grund bedeutsam für die Frage des Ersatzes der im Vorprozeß aufgewendeten Kosten sein. Nach österreichischem Recht steht einem in Vorlage getretenem Schuldner der Regreß grundsätzlich erst dann zu, wenn er seinerseits mehr als seinen internen Anteil an den Gläubiger geleistet hat.⁴²⁾ Nur Gschnitzer⁴³⁾ hat vertreten, daß bei der Gesamtschuld unabhängig von dem besonderen Innenverhältnis ein

³⁵⁾ OGH in VersR 1963, 73 mit Anm von Wahle = EvBl 1962/116; VersR 1964, 78 mit Anm von Wahle; VersR 1966, 248 mit Anm von Wahle.

³⁶⁾ Ob der Haftpflichtstreit durch Urteil oder Vergleich beendet wird, macht keinen Unterschied, weil auch im Zivilprozeß der Verhandlungsgrundsatz gilt; darauf hat Schirmer, ZVersWiss 1969, 391 völlig zu Recht hingewiesen. Für eine Gleichbehandlung von Vergleich und Urteil auch Dittrich, Zum Regreßanspruch nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, ZVR 1977, 228 f; aA hingegen Reischauer, Streitverkündung und Bindungswirkung, ÖJZ 1979, 62, der ausführt: „Ein Vergleich kann von vornherein keine Bindungswirkung entfalten, wir kämen sonst zu einem Vertrag zu Lasten Dritter (§ 880 a ABGB)“. Die Ausführungen Reischauers, ÖJZ 1979, 57 ff haben gezeigt, unter welchen einschränkenden Bedingungen einem Urteil nach erfolgter Streitverkündung Bindungswirkung für den Folgeprozeß zukommt. Wenn diese Kautelen wie etwa die Wahrung des rechtlichen Gehörs, die gleiche Beweislast und die Gleichwertigkeit der Entscheidungselemente sinngemäß auch bei einer außergerichtlichen Streitbereinigung gegeben sind, ist mE nicht einzusehen, warum einem Vergleich a priori eine Bindungswirkung abgesprochen werden soll. Im Abschnitt 6 wird dieses Problem noch näher erörtert.

³⁷⁾ ZVR 1968/55 = VersR 1967, 763 mit Anm von Wahle; seither ständige Rsp: ZVR 1969/92; ZfRV 1974, 115 mit Kommentar von Willvonseder; VersR 1973, 976.

³⁸⁾ Die Regulierungsmacht des Versicherers beim kranken Versicherungsverhältnis, JBl 1969, 1 ff.

³⁹⁾ OGH in SZ 30/26 = ZVR 1958/30; VersR 1960, 935 mit Anm von Wahle; VersR 1961, 623 mit Anm von Wahle; VersR 1965, 170; ZVR 1969/92; ZfRV 1974, 115 mit Kommentar von Willvonseder; VersR 1973, 976.

⁴⁰⁾ In Rummel, ABGB II Rdz 6 zu § 1035.

⁴¹⁾ VersR 1970, 602; in der E ZfRV 1974, 121 beruft sich der OGH auch auf Pröls-Martin, VersVG¹⁸ 672. Diese bejahen einen Aufwendungsersatzanspruch jedoch nur, wenn der Versicherer zur Schadensregulierung beauftragt war. Im übrigen werden nur ältere Entscheidungen, die sich auf Geschäftsführung ohne Auftrag stützen, wiedergegeben.

⁴²⁾ OGH in SZ 18/148; EvBl 1954/344; JBl 1959, 344 mit Anm von Gschnitzer = EvBl 1959/139; ZVR 1968/32; SZ 46/19 = EvBl 1973/180 = Arb 9179; Ehrenzweig, System II/1, 105.

⁴³⁾ In Klang IV/1, 313; soweit geht nicht einmal die deutsche Lehre: vgl dazu jüngst Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern (1984) 94.

Mitschuldner vom anderen eine Mitwirkung bereits bei der Zahlung verlangen könne. Er ist mit dieser Meinung aber allein geblieben. Nur bei Bestehen eines besonderen Innenverhältnisses soll einem vom Gläubiger in Anspruch genommenen Schuldner ausnahmsweise nicht erst nach Zahlung ein Regreßanspruch gegen den Regreßschuldner zustehen, sondern bereits bei Inanspruchnahme ein Freistellungsanspruch.⁴⁴⁾

Eine solche Lösung hat Koziol⁴⁵⁾ vorgeschlagen, wenn ein Dienstnehmer einen Dritten deliktisch geschädigt hat, wofür der Dienstgeber dem Vertragspartner nach § 1313 a ABGB haftet, dieser aber den Dienstnehmer belangt und es sich dabei um einen solchen Schadenersatzanspruch handelt, den nach dem Innenverhältnis auf Grund der Abwägungskriterien des § 2 DHG der Dienstgeber endgültig zu tragen hat.

Konsequent weitergedacht bedeutet das folgendes: Läßt es der Dienstgeber in einem solchen Fall dazu kommen, daß der Dritte den Dienstnehmer klagt, so verstößt er gegen die Pflicht, den Dienstnehmer von der Haftung freizustellen und wird daher schadenersatzpflichtig.⁴⁶⁾ Hat sich der Dienstnehmer gegen die Inanspruchnahme durch den Dritten gewehrt und hat er den Prozeß nicht grob fahrlässig geführt, so kann er die aufgewendeten Prozeßkosten als Schadenersatzanspruch gegen den Dienstgeber geltend machen.

Der Anspruch auf Freistellung anstatt der Refundierung des Geleisteten beruht in einem solchen Fall auf sozialen Schutzwägungen zugunsten des Dienstnehmers. Im kranken Versicherungsverhältnis ist das aber nicht der Fall. Da hier gerade der Versicherer der wirtschaftlich Potentere ist, trifft das Argument der sozialen Schutzbedürftigkeit nicht zu. Selbst wenn man beim kranken Deckungsverhältnis eine Freistellungspflicht des Versicherungsnehmers zugunsten des Versicherers annähme, so ergebe sich eine nach Schadenersatzrecht begründete Ersatzfähigkeit der Kosten des Vorprozesses nur dann, wenn man dem Versicherungsnehmer einen Verschuldensvorwurf machen könnte, also wenn er erkennen hätte können, daß Leistungsfreiheit des Versicherers auf Grund des kranken Deckungsverhältnisses besteht. Ein solcher Vorwurf kann dem Versicherungsnehmer aber dann nicht gemacht werden, wenn es gerade zweifelhaft ist, ob der Versicherer leistungsfrei ist und das unter Umständen in einem parallel zum Haftpflichtstreit geführten Deckungsprozeß geklärt werden muß.

Würde man einen Freistellungsanspruch nicht nur auf Grund sozialer Schutzwägungen bejahen, sondern darüber hinaus auch beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung, da zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer ein besonderes vertragliches Innenverhältnis besteht, so müßte das gleiche auch für einige weitere, wenn schon nicht alle Fälle⁴⁷⁾ gelten, in denen zwischen dem, der in Vorlage treten muß, und

dem, der die Schuld letztlich tragen soll, ein besonderes vertragliches Innenverhältnis besteht. Lag etwa einer Bürgschaft ein Auftrag des Schuldners zugrunde, bei dem die Übernahme der Bürgschaft noch dazu nicht gegen Entgelt, sondern gefälligkeithalber übernommen wurde, wäre dem Bürgen im Innenverhältnis ein Freistellungsanspruch gegen den Schuldner einzuräumen. Läßt es der Schuldner schuldhafterweise dennoch zu einer Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger kommen, könnte der Bürge vom Schuldner den Ersatz der aufgewendeten Prozeßkosten verlangen, sofern seine Prozeßführung nicht sorgfaltswidrig war und er den Schuldner zur Erhebung von Einwendungen aufgefordert bzw im Prozeßfall ihm den Streit verkündet hat.⁴⁸⁾

Bei Zugrundeliegen eines Auftrags im Innenverhältnis bedarf es aber eines Rückgriffs auf den auf einen schuldhaften Verstoß gegen die Freistellungspflicht gestützten Schadenersatzanspruch nicht.⁴⁹⁾ Auf Grund des Auftragsverhältnisses ist der Bürge verpflichtet, die Interessen des auftraggebenden Schuldners zu wahren (§ 1009 ABGB). Im Zweifel hat der Beauftragte beim Auftraggeber rückzufragen und dessen Weisungen einzuholen. Anderes gilt nur, wenn Gefahr im Verzug ist oder die genaue Befolgung der Weisungen dem Auftraggeber schaden würde.⁵⁰⁾

Daraus ergibt sich für das vorliegende Verhältnis, daß der Bürge den Schuldner verständigen muß, sobald er vom Gläubiger – sei es auch außergerichtlich – belangt wird und von ihm weitere Weisungen einzuholen hat. Erteilt der Schuldner dem Bürgen die Weisung, bestimmte Einwendungen zu erheben, befolgt das der Bürge und verliert er dennoch den Prozeß, so hat der Schuldner dem Bürgen diese Aufwendungen zu ersetzen. Äußert sich der Schuldner jedoch nicht, so darf sich der Bürge in einen Prozeß einlassen, soweit er Anhaltspunkte hat, daß die Schuld entweder nicht oder nicht in dem vom Gläubiger geforderten Ausmaß besteht. Hat der Bürge bei der Prozeßführung die Interessen des Schuldners wahrgenommen, steht ihm auch in diesem Fall ein Aufwandersatzanspruch zu,⁵¹⁾ wobei man keinen allzu strengen Sorgfaltsmaßstab anlegen darf, da der Schuldner die Möglichkeit zur Äußerung gehabt hätte, diese aber ungenutzt hat verstreichen lassen.

Ein Freistellungsanspruch könnte für den Bürgen gegenüber einem Aufwandersatzanspruch jedoch den Vorteil haben, daß er nicht eigene Mittel einsetzen müßte. Diese Rechtsfolge läßt sich indes auch aus dem Auftrag ableiten: § 1014 ABGB ordnet an, daß der Beauftragte für die Bestreitung seiner Barauslagen einen angemessenen Vorschuß verlangen kann. Bei auftragsgemäßer Eingehung einer Bürgschaft hat dies zur Folge, daß der Schuldner zum Fälligkeitstermin den beauftragten Bürgen in die Lage versetzen muß, daß dieser sich die

⁴⁴⁾ So auch Ehrenzweig, System II/1, 105.

⁴⁵⁾ Kommentar zur Entscheidung des OGH in ZAS 1978/24.

⁴⁶⁾ Bei auf Schadenersatz gestützten Begehren hat der OGH die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen des Vorprozesses überwiegend bejaht. Vgl dazu die näheren Nachweise in FN 14.

⁴⁷⁾ Eine genauere Untersuchung, bei welchen Innenverhältnissen ein Freistellungsanspruch und bei welchen bloß ein Regreßanspruch besteht, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und muß daher an dieser Stelle unterbleiben.

⁴⁸⁾ Das ergibt sich nicht nur aus dem Auftragsverhältnis (vgl dazu Koziol-Welser, Grundriß des Bürgerlichen Rechts⁶ I [1983] 279), sondern gilt ganz allgemein für das Verhältnis zwischen Bürgen und Schuldner gem § 1361 ABGB. Vgl dazu Gämerrith in Rummel, ABGB II Rdz 1 zu § 1361.

⁴⁹⁾ Auf diese hat sich der OGH in der E SZ 31/149 berufen.

⁵⁰⁾ Koziol-Welser, Grundriß I 279.

⁵¹⁾ So auch der OGH in SZ 50/147 = EvBl 1978/91.

Aufwendung eigener Mittel erspart.⁵²⁾ Dieser Anspruch setzt also eine Zahlung des Bürgen an den Gläubiger gerade nicht voraus.⁵³⁾ Da der Schuldner bei Zahlung der geschuldeten Summe an den Bürgen der Gefahr ausgesetzt wäre, vom Gläubiger nochmals in Anspruch genommen zu werden, wenn der Bürge sie nicht an den Gläubiger weiterleitet, kann er seiner Verpflichtung gegenüber dem Bürgen auch dadurch nachkommen, daß er direkt an den Gläubiger leistet. Im Ergebnis ist das nichts anderes als die Erfüllung einer Freistellungspflicht.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß sich ein verschuldensunabhängiger Ersatzanspruch hinsichtlich der aufgewendeten Prozeßkosten aus dem Auftragsverhältnis ableiten läßt. Liegt ein solches nicht vor, besteht aber eine andere vertragliche Beziehung zwischen dem, der in Vorlage treten muß und dem, der die Schuld letztlich tragen soll, läßt sich ein vom Verschulden abhängiger Ersatzanspruch begründen, wenn soziale Schutzwägungen für einen Freistellungsanspruch des vom Gläubiger Belangten sprechen und der, der die Schuld letztlich tragen soll, diese schuldhaft verletzt hat. Inwieweit sich eine solche Freistellungspflicht auch auf andere vertragliche Innenverhältnisse – insbesondere auf das kranke Deckungsverhältnis bei einer Kfz-Haftpflichtversicherung – ausdehnen läßt, erscheint fraglich.

Sofern zwischen dem, der in Vorlage tritt und dem, der die Schuld letztlich tragen soll, keine vertraglichen Beziehungen bestehen, kommt eine Freistellungspflicht von vornherein nicht in Betracht. Sowohl bei der Bürgschaft als auch bei der Solidarschuld gibt es Fälle, in denen zwischen dem Bürgen und dem Schuldner bzw zwischen den Solidarschuldnern keine vertraglichen Beziehungen bestehen, sodaß ein auf einen schuldhaften Verstoß gegen die Freistellungspflicht beruhender Schadenersatzanspruch ausscheidet. In all diesen Fällen ist die von Koziol⁵⁴⁾ für sämtliche Fälle der Solidarschuld vorgeschlagene Regreßmöglichkeit im Wege der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB oder des § 1043 ABGB näher zu prüfen.

4. Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1037 ABGB)

Um die Frage zu klären, ob die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag eine taugliche Rechtsnorm ist, auf Grund der der Versicherer alle im Zusammenhang mit dem Haftpflichtstreit mit dem geschädigten Dritten getätigten Aufwendungen, die er für notwendig und

⁵²⁾ Ob dieser Anspruch als Aufwandsersatzanspruch (so OGH in SZ 11/239) oder als Vorschuß bezeichnet wird (so Stanzl in Klang VI 331), ist eine nebensächliche terminologische Frage.

⁵³⁾ Dagegen spricht auch nicht § 1358 ABGB, der dem Bürgen einen Regreß erst nach Zahlung an den Hauptschuldner einräumt, weil die §§ 1358 ff ABGB dem Bürgen nur einen Mindestbestand an Rechten unabhängig davon einräumen, ob zwischen dem Bürgen und dem Schuldner ein besonderes Innenverhältnis besteht. Kann sich der Bürge nicht nur auf die gesetzlichen Ansprüche, die sich aus den §§ 1358 ff ABGB ableiten lassen, sondern auch auf solche aus Vertrag stützen, ist seine Rechtsposition stärker, was sich in concreto darin äußert, daß ihm nicht nur ein Regreß, sondern ein Freistellungsanspruch gegen den Schuldner zusteht.

⁵⁴⁾ Haftpflichtrecht I 305 f.

zweckmäßig halten durfte, begehren kann,⁵⁵⁾ ist ein näheres Eingehen auf das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag erforderlich.

Das vom Naturrecht geprägte ABGB geht von der Maxime aus, daß jeder geistig gesunde Erwachsene wisse, was für ihn vorteilhaft sei.⁵⁶⁾ Niemand soll einem anderen etwas aufdrängen dürfen, weil das dem Gebot der freien Selbstbestimmung des Menschen zuwiderliefe. Diese Regel, in der die ablehnende Haltung der Rechtsordnung gegenüber der Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ausdruck kommt, erfährt eine Durchbrechung insoweit, als es sich um eine Geschäftsführung im Notfall gem § 1036 ABGB⁵⁷⁾ handelt. Diese ist nicht nur toleriert, sondern von der Rechtsordnung geradezu erwünscht. Von ihr wird ein Anreiz zum Einschreiten im Notfall dadurch geschaffen, daß sie dem in einem Notfall Einschreitenden wenigstens einen vom Erfolg unabhängigen Aufwendungsersatzanspruch einräumt.⁵⁸⁾

Von dieser Ausnahme abgesehen wird jede andere Geschäftsführung grundsätzlich als rechtswidrig angesehen.⁵⁹⁾ Die Gesetzesverfasser des ABGB gestanden dem Geschäftsführer bei § 1037 ABGB nur deshalb einen Aufwendungsersatzanspruch zu, weil sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern dürfe.⁶⁰⁾ Der fehlenden Schutzwürdigkeit desjenigen, der sich ungebeten in fremde Geschäfte mengt, stand der Gedanke

⁵⁵⁾ Die gleiche Frage stellt sich für den vom Gläubiger in Anspruch genommenen Bürgen oder Solidarschuldner hinsichtlich der von ihnen zu tragenden Kosten des Vorprozesses.

⁵⁶⁾ Nippel, Kommentar VII 126; Swoboda, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag und versio in rem (1919) 64; Zeiller, Kommentar III 316.

⁵⁷⁾ Der Begriff des Notfalls umfaßt zwei Dimensionen; verlangt wird einerseits, daß ein wirklicher Schaden droht, andererseits, daß die Einwilligung des Geschäftsherrn zur Geschäftsführung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.

⁵⁸⁾ Würde man auch hier den Aufwendungsersatzanspruch mit der subjektiv berechneten Bereicherung des Geschäftsherrn wie in § 1037 ABGB begrenzen, würde sich jeder Nothelfer sein Einschreiten zweimal überlegen. Um diese Barrieren zu beseitigen, ist der Aufwendungsersatzanspruch bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall erfolgsunabhängig. Man sollte daher den Aufwendungsersatzanspruch richtigerweise nicht als Anreiz, sondern als Herabsetzung der Hemmschwelle zum Einschreiten bezeichnen. Vgl dazu Nippel, Kommentar VII 127.

⁵⁹⁾ Ehrenzweig, System II/1, 714; Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen ABGB⁸ II 252; Swoboda, Bereicherung 67; derselbe in Klang¹ II/2, 875. Schey, Die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag, FS Zitelmann (1913) 21 steht auch der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB weniger ablehnend gegenüber, indem er die Parallele zu § 1305 ABGB zieht und sie als Handeln auf eigene Gefahr einstuft. Nur Stanzl in Klang IV/1, 903 sieht die nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag wie jene im Notfall als erlaubt an. Differenzierend Koziol, Haftpflichtrecht I 115.

⁶⁰⁾ Nippel, Kommentar VII 128; Stubenrauch, Kommentar II 252; Schey, FS Zitelmann, 12; Swoboda, Bereicherung 65; Swoboda in Klang¹ II/2, 885. Wilburg in Klang VI 471; derselbe, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1934) 106 ff hat gezeigt, daß der Schaden des einen nicht notwendigerweise mit der Bereicherung des anderen gleichlaufen muß. Schaden und Bereicherung sind daher nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern als Vermögenszuwachs und Vermögenseinbuße, die außerdem der Höhe nach nicht übereinstimmen müssen.

gegenüber, daß dem Geschäftsherrn nicht ohne eigenes Zutun ein Vermögensvorteil zukommen soll.⁶¹⁾ Da der Geschäftsführer wie ein Beauftragter seiner Absicht nach für fremde Rechnung tätig sein wollte, steht ihm nicht die durch seine Tätigkeit erzielte Bereicherung – mag sie auch nach dem subjektiven Maßstab des Geschäftsherrn berechnet werden – zu, sondern nur ein durch die so berechnete Bereicherung begrenzter Ersatz seiner Aufwendungen.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag hat sich als Rechtsinstitut entwickelt aus den Fällen, in denen jemand für einen anderen, der sich in einer Notlage befand, eingesprungen ist, um in dessen Interesse sein Geschäft zu führen. Kennzeichnend für diesen Kernbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag ist die Freiwilligkeit⁶²⁾ des Tätigwerdenden und der Geschäftsführungswille.⁶³⁾ Diese beiden Tatbestandsmerkmale sind dann besonders problematisch, wenn der Geschäftsführer mit der Führung eines fremden Geschäftes zugleich eine eigene Pflicht erfüllt.⁶⁴⁾ In Deutschland hat man für diese Fallkonstellationen den Begriff des „auch fremden Geschäfts“ geprägt.⁶⁵⁾ Im BGB hat die Rechtsprechung in weit stärkerem Maß auf das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen, als das im österreichischen Recht der Fall ist.⁶⁶⁾ Die ausufernde Heranziehung der Geschäftsführung ohne Auftrag, insbesondere als Regreßnorm, ist in Deutschland auf breiten Widerstand der Literatur gestoßen.⁶⁷⁾

Im Unterschied zum ABGB (§§ 1036 f) kennt das BGB nicht die Unterscheidung zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall und nützlicher Geschäftsführung ohne Auftrag. Der dem § 1036 ABGB entsprechende Aufwendungsersatzanspruch ist in § 683 BGB geregelt. Er ist an die Voraussetzung geknüpft, daß die Geschäftsführung sowohl dem Interesse als auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Da der wirkliche Wille selten feststellbar ist, wird meist auf

den mutmaßlichen abgestellt, für dessen Ermittlung das Interesse herangezogen wird. Letztlich zielt die Rechtsprechung häufig nur noch auf das fremde Interesse ab, vom subjektiven Tatbestandsmerkmal wird – wahrscheinlich auch wegen der schwierigeren Beweisbarkeit – weitgehend abstrahiert.

Während die Monographien von Wollschläger⁶⁸⁾ und Wittmann⁶⁹⁾ diese Haltung im Ergebnis billigen, hat sich die neuere deutsche Literatur⁷⁰⁾ gegen eine solche Verkürzung der Geschäftsführung ohne Auftrag um ihre subjektive Komponente ausgesprochen. Wenn der Fremdgeschäftsführungswille häufig auch nur aus Indizien erschlossen werden könne, so sei das kein Grund, auf ihn gänzlich zu verzichten. Es dürfe jedenfalls nicht zur bloßen Fiktion herabsinken, denn das verstoße gegen das Prinzip der Methodenehrlichkeit.⁷¹⁾ Bei den sogenannten „auch fremden Geschäften“, bei denen also der Geschäftsführer eine eigene Pflicht erfüllt, sei dieser Geschäftsführungswille jedenfalls nicht zu vermuten,⁷²⁾ wie das bei einem objektiv fremden Geschäft, wie etwa der Zahlung fremder Schulden, noch eher angebracht sei.⁷³⁾

Im österreichischen Recht wird zum Teil ein Fremdgeschäftsführungswille ausdrücklich verlangt,⁷⁴⁾ zum Teil begnügt man sich aber mit Vermutungen oder dem bloßen Bewußtsein, daß ein fremdes Geschäft vorliegt.⁷⁵⁾ ME ist der Fremdgeschäftsführungswille als notwendiges Tatbestandsmerkmal der Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen. Würde man darauf verzichten, wäre schon rein logisch, nicht nur aus Beweisgründen eine Abgrenzung zu § 1042 ABGB bei Zahlung fremder Schulden ausgeschlossen.⁷⁶⁾

W. Schubert⁷⁷⁾ und Schreiber⁷⁸⁾ gehen jedoch noch einen Schritt weiter und leugnen die Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag bei den „auch fremden Geschäften“ überhaupt, sofern es sich nicht um die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse

⁶⁸⁾ Die Geschäftsführung ohne Auftrag (1976).

⁶⁹⁾ Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag (1981).

⁷⁰⁾ Siehe FN 67.

⁷¹⁾ So jüngst Gursky, AcP 185, 26.

⁷²⁾ Rödder, Grundzüge der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1983, 931.

⁷³⁾ Schwark, JuS 1984, 321, 324.

⁷⁴⁾ Ehrenzweig, System II/1, 715; Swoboda in Klang² II/2, 865, 867; Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 4 zu § 1035; OGH in SZ 47/130; SZ 52/9.

⁷⁵⁾ Nach Schey, FS Zitelmann 6 muß der Wille oder das Bewußtsein vorhanden sein, im fremden Interesse und auch auf fremde Rechnung zu handeln. Die Entscheidung des OGH in ZVR 1977/76 hat eine Geschäftsführung ohne Auftrag auch angenommen, obwohl der Versicherer im Zeitpunkt der hier maßgeblichen Handlungen nicht gewußt hat, daß er im fremden Interesse tätig wurde. Vgl weiters OGH in JBl 1973, 476 mit Anmerkung von Koziol.

⁷⁶⁾ Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 1042 meint, daß eine Abgrenzung zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und § 1042 ABGB bei Zahlung fremder Schulden unmöglich sein dürfte. Damit spricht er wohl nur die Beweisebene, nicht aber die rechtliche Abgrenzung an. Auch Schwark, JuS 1984, 321 betont für das deutsche Recht, daß bei einer Verdünnung des subjektiven Tatbestandselements des Fremdgeschäftsführungswillens eine Abgrenzung zu anderen Tatbeständen nicht mehr möglich sei.

⁷⁷⁾ NJW 1978, 687 ff; AcP 178, 425 ff.

⁷⁸⁾ DB 1979, 1397 ff.

⁶¹⁾ Vgl dazu auch F. Bydliniski, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252 ff.

⁶²⁾ W. Schubert, Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag, AcP 178, 428, 436.

⁶³⁾ Vgl dazu jüngst Gursky, Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag, AcP 185, 27; Schwark, Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1984, 321 ff.

⁶⁴⁾ Gursky, AcP 185, 30 meint, daß es an einem Fremdgeschäftsführungswillen fehlen werde, wenn das Handeln nicht wenigstens auch von einer altruistischen Motivation geprägt war.

⁶⁵⁾ Nachweise bei W. Schubert, AcP 178, 434.

⁶⁶⁾ Das dürfte damit zusammenhängen, daß im österreichischen Recht viele Fälle, bei denen die deutsche Rechtsprechung die §§ 677 ff BGB heranzieht mit Hilfe der §§ 1042 f ABGB gelöst werden, für die es im deutschen Recht keine unmittelbare Entsprechung gibt.

⁶⁷⁾ Aus jüngster Zeit vgl Gursky, AcP 185, 13 ff; Hauss, Ein strapaziertes Rechtsinstitut. Zur Eingrenzung der Geschäftsführung ohne Auftrag, FS Weitnauer (1980) 333 ff; Helm, Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III (1983) 341; Schreiber, Die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag bei zugleich eigenen und fremden Geschäften, DB 1979, 1397 ff; W. Schubert, Grenzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1978, 687 ff; W. Schubert, AcP 178, 425 ff; Schwark, JuS 1984, 321 ff.

bestehenden Pflicht handelt.⁷⁹⁾ Schreiber⁸⁰⁾ begründet die Ausklammerung der „auch fremden Geschäfte“ aus der Geschäftsführung ohne Auftrag damit, daß dadurch von der Rechtsfolgenseite her keine Defizite entstehen, da ohnehin andere Rechtsinstitute zur Verfügung stehen. Als weiteres Argument für die Ausklammerung der „auch fremden Geschäfte“ führt er noch an, daß die Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag darin bestehe, einen anderen zur Hilfeleistung zu ermutigen. Wer aber schon auf Grund eigener Pflicht zum Einschreiten verpflichtet ist, bedarf dieses Ansporns nicht, da die Erfüllung der eigenen Pflicht schon Anreiz genug sei. Wer seine eigene Pflicht nicht erfüllt, für den wird die Aussicht auf einen Anwendungsersatz nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag kaum ausschlaggebend für sein Handeln sein.

Dem hat Helm⁸¹⁾ teilweise widersprochen, indem er darauf hinweist, daß die öffentliche Hand bei der Besorgung einer Aufgabe umso emsiger vorgehen wird, wenn sie weiß, daß sie sich bezüglich der dafür getätigten Aufwendungen refinanzieren kann. Ob eine solche differenzierte Vorgangsweise der Behörde dem Legalitätsprinzip entspricht, muß mE bezweifelt werden. Bei Privaten ist dieses Argument jedoch überzeugender. Wer nach einem von ihm verursachten Verkehrsunfall einen Verletzten aus dem brennenden Autowrack zerrt, wird das umso eher tun, wenn er weiß, daß ihm dafür eine Abgeltung für seinen Zeitaufwand und Schadenersatz für seine eigenen dabei angesengten Kleider geleistet wird. In solchen Fällen will aber auch Gursky,⁸²⁾ der ansonsten auf den Nachweis der subjektiven Komponente bei der Geschäftsführung ohne Auftrag Wert legt, weniger streng sein.

Als Schlußfolgerung der dargestellten Rechtslage bei der Geschäftsführung ohne Auftrag für die hier interessierende Frage, ob dem Bürgen oder Solidarschuldner bzw dem Versicherer der Ersatz der im Vorprozeß aufgewendeten Prozeßkosten von seinem (Mit-)Schuldner bzw Versicherer, der am Vorprozeß nicht teilgenommen hat, zusteht, kann folgendes festgestellt werden:

Durch die Prozeßführung mit dem Schädiger erfüllt der Versicherer auch eine eigene Pflicht. Um den Schaden nicht über das gesetzliche Ausmaß anschwellen zu lassen, bedarf es an sich nicht der Anreizfunktion der Geschäftsführung ohne Auftrag. Selbst wenn man die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag beim „auch fremden Geschäft“ bejaht, ist der Geschäftsführungswille nicht zu vermuten, sondern muß konkret nachgewiesen

⁷⁹⁾ Auch Gursky, AcP 185, 24 will bei § 679 BGB vom Fremdgeschäftsführungswillen eine Ausnahme machen. Das hängt im deutschen Recht mit der Norm des § 679 BGB zusammen, ist aber wertungsmäßig auch für das österreichische Recht zu vertreten. Umfaßt sind jene Fälle, in denen eine Geschäftsführung im Notfall vorliegt, die selbst dann berechtigt ist, wenn sie gegen den Willen des Geschäftsherrn (§ 1040 ABGB) geschieht. Denkbar ist etwa der Fall, daß ein Gebäude in Brand gerät und auch Nachbargebäude gefährdet werden, der Geschäftsherr aber die Löscharbeiten verbietet, weil er sein Haus ohnehin schon seit langem abreißen wollte.

⁸⁰⁾ DB 1979, 1399.

⁸¹⁾ Gutachten, 385, 398.

⁸²⁾ AcP 185, 24.

werden. Das wird schon im Regelfall schwierig, aber dann unmöglich sein, wenn sich die Leistungsfreiheit des Versicherers erst nach Abschluß des Haftungsprozesses herausstellt, wie das in der Entscheidung ZVR 1977/76 der Fall war. Selbst wenn man diese Schwierigkeiten bewältigen könnte, so bliebe noch folgendes Problem offen: Grund für den Aufwendungsersatzanspruch in § 1037 ABGB ist die beim Geschäftsherrn eingetretene Bereicherung. Eine nach einem objektiven Maßstab berechnete Bereicherung ist aber nicht eingetreten, weil sich ex post herausgestellt hat, daß der Versicherer auch jene Teile der Forderung des Geschädigten bestritten hat, die dieser zu Recht beansprucht hatte.⁸³⁾ Hätte der Versicherer die Forderung des geschädigten Dritten sofort anerkannt oder richtig eingeschätzt, wären ihm keine Kosten entstanden oder er hätte die entstandenen auf den Schädiger überwälzen können. Selbst im Fall der Insolvenz des Schädigers hätte er seine Kostenforderung gegen dessen Haftpflichtforderung aufrechnen können.⁸⁴⁾

Die Bereicherung in § 1037 ABGB ist jedoch nach subjektiven Kriterien zu beurteilen. Trotz Verneinung einer objektiven Bereicherung kann eine solche aus der subjektiven Sicht des Geschäftsherrn vorliegen: Das ist dann der Fall, wenn sich der Versicherungsnehmer (= Geschäftsherr) bei der ex ante erkennbaren Sach- und Rechtslage ebenso wie der Versicherer (= Geschäftsführer) in einen Prozeß eingelassen hätte und ihm eben die gleichen Aufwendungen entstanden wären. Durch die Ersparnis dieser Aufwendungen ist der Geschäftsherr in einem solchen Fall bereichert. Für den Nachweis, daß sich auch der Versicherungsnehmer in einen Prozeß eingelassen und diesen mit mindestens dem gleichen Kostenaufwand geführt hätte, trägt allerdings der Geschäftsführer die Beweislast. Waren die Erfolgsaussichten ex ante objektiv als günstig zu beurteilen, wird ihm mit Hilfe eines Prima-facie-Beweises ein solcher Nachweis eher gelingen. Ein Vorbehalt des Versicherungsnehmers, daß er bei Inanspruchnahme durch den Dritten den Schadenersatzanspruch sofort anerkennen würde, beseitigt aber selbst in dem Fall, daß die Prozeßführung objektiv ex ante als erfolgversprechend erschien, einen Aufwendungsersatzanspruch nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, weil ein solcher bei einer Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn gem § 1040 ABGB nicht in Betracht kommt.⁸⁵⁾

Die eingangs gestellte Frage, ob die nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag eine taugliche Anspruchsgrundlage für den Ersatz aller vom Versicherer für notwendig und zweckmäßig gehaltenen Aufwendungen darstellt, kann – wenn überhaupt – nur mit wesentlichen Einschränkungen bejaht werden. Sowohl der Geschäftsführungswille als auch die Nützlichkeit der Geschäftsführung

⁸³⁾ Stanzl in Klang IV/1, 902 lehnt deshalb in solchen Fällen unter Berufung auf die OGH Entscheidungen GIU 15.741 und GIUNF 2431 mangels Bereicherung einen auf § 1037 ABGB gestützten Aufwendungsersatzanspruch ab.

⁸⁴⁾ Eine Differenz zu Lasten des in Anspruch genommenen Schuldners ergibt sich nur dann, wenn die Forderung entweder zur Gänze abgewiesen wird oder der Zuspruch an den Kläger geringer ist als die vom Beklagten zu tragenden Kosten.

⁸⁵⁾ Nach Ansicht von Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 1040 ist auch ein Anspruch gem § 1041 ABGB ausgeschlossen.

nung muß vom Versicherer bewiesen werden. Selbst wenn dieser Nachweis gelingt, bleibt das grundsätzliche Problem, ob durch das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag die „auch fremden Geschäfte“ überhaupt miterfaßt sind.

All diese Überlegungen gelten dem Grunde nach für die Bürgschaft und die Solidarschuld in gleicher Weise wie für das kranke Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung.

5. § 1043 ABGB

Koziol⁸⁶⁾ hat für einen Anspruch des Solidarschuldners auf Ersatz seiner im Vorprozeß aufgewendeten Kosten neben der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB als Eventualbegründung auf die analoge Anwendung des § 1043 ABGB verwiesen. Um beurteilen zu können, ob eine Analogie⁸⁷⁾ berechtigt ist, ist es zunächst notwendig, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1043 ABGB näher zu beschreiben.

Vorbild für § 1043 ABGB war die aus dem römischen Recht stammende, aber schon dem hellenistischen Schifffahrtsrecht der Sache nach geläufige *lex Rhodia de iactu*,⁸⁸⁾ bei der es um die Regelung folgenden Sachverhalts ging: Infolge einer Notsituation kann ein Schiff nur dadurch vor dem Untergang gerettet werden, daß man Sachen über Bord wirft. Dem Eigentümer der so aufgeopferten Sachen wird ein Ausgleichsanspruch gegen die Eigentümer der geretteten Sachen zugestanden.

Der heute in § 1043 ABGB formulierte Tatbestand weist Elemente des Bereicherungsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag auf.⁸⁹⁾ Wie bei der nützlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB stand auch hier der Gedanke Pate, daß sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern dürfe.⁹⁰⁾ Koziol-Welser⁹¹⁾ begründen den auf § 1043 ABGB gestützten Ausgleichsanspruch des Eigentümers der aufgeopferten Sache damit, daß wie bei § 1041 ABGB seine Vermögenswerte ohne Rechtfertigungsgrund Dritten zugute gekommen sind. Zu ersetzen sind auch hier nicht die Aufwendungen, sondern der Wert der aufgeopferten Sache.⁹²⁾

Ob der Schiffseigner eigene oder fremde Sachen über Bord geworfen hat, macht für die Rechtsfolge des § 1043 ABGB keinen Unterschied.⁹³⁾ Da der Schiffseigner typi-

scherweise nicht nur fremde, sondern auch eigene Sachen – insbesondere das eigene Schiff – sowie das eigene Leben retten will, wird er zugleich im eigenen als auch im fremden Interesse tätig. In der Terminologie der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag würde ein „auch fremdes Geschäft“ vorliegen. Der Ausgleichsanspruch nach § 1043 ABGB ist jedoch vom Geschäftsführungswillen unabhängig, verlangt wird nur ein Rettungswille.⁹⁴⁾

Der Tatbestand des § 1043 ABGB ist weiters dadurch geprägt, daß ein Notfall vorliegen muß. Für das Vorliegen eines Notfalls bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1036 ABGB ist erforderlich, daß ein unmittelbarer Schaden droht und der Geschäftsführer die Einwilligung zum Handeln vom Geschäftsherrn nicht mehr rechtzeitig einholen kann, ohne die Verhütung oder Begrenzung des Schadens zu gefährden.⁹⁵⁾ Auf das Erfordernis der Rücksprachemöglichkeit des Eingreifenden mit dem Betroffenen kommt es bei § 1043 ABGB aber nicht an. Auch wenn nach Konsultierung des Eigentümers trotz dessen ausdrücklichem Verbot seine Vermögenswerte über Bord geworfen werden, steht ihm ein auf § 1043 ABGB gestützter Ausgleichsanspruch zu.

Wie in § 1036 ABGB ist aber bei § 1043 ABGB ein unmittelbar drohender Schaden Voraussetzung für das Vorliegen eines Notfalls.⁹⁶⁾ Bei § 1036 ABGB läßt man auch einen vermeintlichen Notfall genügen, wenn ein redlicher Geschäftsführer ohne Auftrag ex ante davon ausgehen durfte, daß sein sofortiges Einschreiten zur Schadensabwehr geboten ist.⁹⁷⁾ Ob diese an subjektiven Kriterien orientierte Auslegung des Begriffs „Notstand“ auch bei § 1043 ABGB angebracht ist, erscheint jedoch fraglich.

Während das Handeln des Geschäftsführers ohne Auftrag im Notfall in aller Regel von altruistischen Motiven geprägt ist, geht es dem Aufopfernden in § 1043 ABGB typischerweise maßgeblich auch um die Rettung eigener Vermögenswerte bzw des eigenen Lebens, weshalb seine Schutzwürdigkeit weniger weitgehend sein könnte. Es ist daher durchaus sachgerecht, das Tatbestandselement „Notstand“ in § 1043 ABGB objektiv auszulegen, so daß dem, der eigene und fremde Sachen aufopfert, nur dann ein Ausgleichsanspruch zusteht, wenn ihm der Nachweis gelingt, daß ein Notstand tatsächlich vorlag.

Der Tatbestand des § 1043 ABGB wurde an Hand der *lex Rhodia de iactu* dargestellt, da diese das historische Vorbild für § 1043 ABGB war und der ihr zugrunde liegende Sachverhalt sich durch große Anschaulichkeit auszeichnet. Da Österreich ein Binnenland ist, kommt

⁸⁶⁾ Haftpflichtrecht I 306.

⁸⁷⁾ Zur Ähnlichkeitsbestimmung beim Analogieschluß vgl F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 475 f.

⁸⁸⁾ Vgl dazu Wesener, Von der *lex Rhodia de iactu* zu § 1043 ABGB, FS Bärmann (1975) 34.

⁸⁹⁾ So Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 1043.

⁹⁰⁾ Wesener, FS Bärmann 46.

⁹¹⁾ Grundriß I 317.

⁹²⁾ Die Arbeitsleistungen der Rettungshandlungen werden also nicht abgegolten. Das mag bei der *lex Rhodia de iactu* damit zusammenhängen, daß bei einem drohenden Schiffsuntergang der Wert der geretteten Sachen unverhältnismäßig höher ist als der Wert der Arbeitsleistung. Als weiteres für diesen speziellen Fall zutreffendes Argument könnte man anführen, daß auch solche Anstrengungen durch den Frachtlahn abgegolten sein sollten.

⁹³⁾ Schon in klassischer Zeit erfolgte eine Ausdehnung der *lex Rhodia* auf den Seewurf des Mastes (D 14, 3, 5, 1) zitiert nach

Wesener, FS Bärmann 35. § 1043 ABGB regelt nur den Fall, daß eigene Sachen aufgeopfert werden. Es ist aber unbestritten, daß § 1043 ABGB auch bei der Aufopferung fremder Sachen Anwendung findet. So Ehrenzweig, System II/1, 61; Gschnitzer, Besonderer Teil 106; Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 1043. Letzterer (ebenda) läßt einen Ausgleichsanspruch gem § 1043 ABGB bei Aufopferung fremder Güter nur zur Wahrung unverhältnismäßig höherer Interessen zu.

⁹⁴⁾ So Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 4 zu § 1043.

⁹⁵⁾ Koziol-Welser, Grundriß I 371; OGH in EvBl 1982/83.

⁹⁶⁾ Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 2 zu § 1043.

⁹⁷⁾ Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 1036; Stanzl in Klang IV/1, 897.

dem § 1043 ABGB für diesen Sachverhalt kaum Bedeutung zu. § 1043 ABGB kann aber bei Verkehrsunfällen Bedeutung erlangen: Wenn etwa ein Autofahrer sein Fahrzeug herumreißt, um andere Personen nicht zu verletzen und dabei sein Auto beschädigt, weil er infolge des Herumreißens gegen einen Baum gefahren ist. Der OGH⁹⁸⁾ und Stanzl haben in einem solchen Fall die Anwendbarkeit des § 1043 ABGB abgelehnt, „weil sich nach dem rechtsgeschichtlichen Zusammenhang der Bestimmung nicht sagen läßt, daß hier jemand im Notfall sein Eigentum für einen anderen aufgeopfert habe“.⁹⁹⁾

Wesener¹⁰⁰⁾ hat zutreffend darauf hingewiesen, daß bei Heranziehung der historischen Auslegung nicht auf das römische Recht verwiesen werden darf, sondern ein Bezug zu den Vorstellungen herzustellen ist, die die Gesetzesverfasser des ABGB hatten. Dabei ist der Begriff des Notfalls nicht eng zu verstehen, sondern im Sinn des Notstands.

Bei solchen Sachverhalten ist eine Heranziehung des § 1043 ABGB durchaus gerechtfertigt, weil der zu beurteilende Sachverhalt mit dem in § 1043 ABGB normierten Tatbestand übereinstimmt: Es droht ein unmittelbarer Schaden; der, der seine Rechtsgüter aufopfert, rettet dadurch solche eines anderen. Problematisch ist lediglich, daß durch das Herumreißen des Fahrzeugs nicht immer auch eigene Rechtsgüter gerettet werden; häufig bringt sich ein Autofahrer gerade dadurch in größere Gefahr, daß er sein Fahrzeug herumreißt und so gegen einen Baum fährt, als wenn er einen Fußgänger überfahren würde. Hier hilft aber ein Größenschluß: Wenn schon dem ein Ausgleichsanspruch zusteht, der auch die Rettung eigener Güter im Auge hat, so muß das umso mehr für den gelten, der nur fremde Güter rettet.

Die Anwendung des § 1043 ABGB auf die hier zu beurteilende Frage des Ersatzes der Kosten des Vorprozesses ist hingegen wesentlich problematischer. Es stellt sich vor allem die Frage, um die Abwendung welchen unmittelbar drohenden Schadens es geht. In all den hier untersuchten Fällen soll die Schuld letztlich der tragen, der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird (im folgenden wird dieser Schuldner als Regreßschuldner bezeichnet). Durch das Einschreiten des Versicherers, Bürgen oder Solidarschuldners, der einen vollen Regreß im Innenverhältnis hat (im folgenden werden diese Schuldner als Regreßgläubiger bezeichnet), wird für den Regreßschuldner gerade kein Schaden abgewendet. Durch Zahlung der Schuld geht der Anspruch des Gläubigers auf den Regreßgläubiger im Weg der Legalzession gem § 158 f VersVG bzw § 1358 ABGB über, der Regreßschuldner erhält bloß einen neuen Gläubiger, dem er entsprechend den Regeln des Zessionsrechts (§§ 1394 ff ABGB) all die Einwendungen entgegensetzen kann, die er auch gegen den Gläubiger hatte.

Bei einer analogen Anwendung des § 1043 ABGB kann es sich daher allenfalls um die Abwendung des Schadens handeln, der dem Regreßschuldner dadurch droht, daß er mehr leisten muß als seiner gesetzlichen Verpflichtung entspricht. Würde das Trennungsprinzip bei der Kfz-Haftpflichtversicherung auch in Österreich gelten, dann

wäre das denkbar. Läßt sich etwa der Versicherer zu dem in der Klage begehrten Betrag, der über der gesetzlichen Schuld liegt, verurteilen, wäre nach dem Trennungsprinzip an ein solches Urteil auch der Versicherungsnehmer gebunden. Wenn es zu diesem über der gesetzlichen Schuld liegenden Urteilszuspruch kam, ohne daß dem Versicherer eine Sorgfaltswidrigkeit vorgeworfen werden kann, hätte der Versicherungsnehmer diesen erhöhten Betrag endgültig zu tragen, er könnte dem Versicherer im Deckungsverhältnis auch keinen Schadenersatzanspruch compensando einwenden. Die Aufwendungen des Versicherers wären bei einer solchen Rechtslage geeignet, einen unmittelbaren Schaden beim Versicherungsnehmer abzuwehren.

Eine solche umfassende Rechtskrafterweiterung ist dem österreichischen Recht in den hier interessierenden Fällen fremd.¹⁰¹⁾ § 63 Abs 3 KFG kennt nur eine Rechtskrafterstreckung in der Weise, daß ein abweisendes Urteil, das der Haftpflichtversicherer gegen den Geschädigten erreicht hat, auch gegenüber dem Versicherungsnehmer wirkt (und vice versa), sodaß einer neuen Klage des Geschädigten gegen den Versicherungsnehmer die Rechtskraft des Urteils gegen den Versicherer entgegensteht.¹⁰²⁾ Bei einer – teilweise – abweisenden Entscheidung kann der Versicherer aber die ihm erwachsenen Prozeßkosten auf den Schadenersatzgläubiger überwälzen bzw mit dessen Schadenersatzforderung aufrechnen.

Vom Geschädigten erhält der Versicherer aber ausnahmsweise dann keinen Ersatz, wenn die von ihm aufgewendeten Prozeßkosten die Haftpflichtforderung übersteigen, sodaß insoweit eine Aufrechnung nicht in Betracht kommt und diese Kostenforderung beim Geschädigten auch sonst nicht einbringlich ist. In einem solchen Fall ist ein Anspruch gem § 1043 ABGB gegen den Regreßschuldner zu erwägen, sofern sich auch dieser in den Prozeß eingelassen, ebenso hohe Aufwendungen getätigt, und auch kein günstigeres Urteil erreicht hätte.

Sollte die Überwälzbarkeit der aufgewendeten Kosten nicht an der Vermögenslosigkeit des Prozeßgegners scheitern, sondern daran, daß ein Zuspruch dieser Kosten vom Prozeßrecht nicht vorgesehen ist, wäre noch näher zu prüfen, ob das Prozeßrecht insofern als abschließende Regelung (auch gegenüber dem am Prozeß nicht beteiligten Regreßschuldner) anzusehen ist oder ob daneben noch ein materiellrechtlicher Ersatzanspruch gegen den Regreßschuldner in Betracht kommt.¹⁰³⁾

Da dem österreichischen Recht eine Rechtskrafterstreckung auf nicht am Prozeß beteiligte Personen mit Ausnahme des erwähnten § 63 Abs 3 KFG in den hier interessierenden Fällen unbekannt ist, vermögen die vom Regreßgläubiger getätigten Prozeßaufwendungen auch nicht die Abwehr eines dem Regreßschuldner unmittelbar

¹⁰¹⁾ Vgl dazu Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts (1984) Rdz 1497 ff.

¹⁰²⁾ § 63 Abs 3 erwähnt nur ein abweisendes Urteil. Fraglich ist daher, inwieweit auch ein gegenüber dem Versicherer bzw Versicherungsnehmer abgegebener Verzicht jeweils zugunsten des anderen wirkt. Zu der hier vertretenen möglichst weitgehenden Parallelität von gerichtlicher und außergerichtlicher Streitaustragung wird auf die näheren Ausführungen im Abschnitt 6 verwiesen.

¹⁰³⁾ Eine nähere Untersuchung dieser Frage muß im Rahmen dieser Abhandlung unterbleiben.

⁹⁸⁾ In ZVR 1960/16.

⁹⁹⁾ In KlAng IV/1, 936.

¹⁰⁰⁾ FS Bärmann 33.

drohenden Schadens zu bewirken. Sowohl wenn der Regreßschuldner vom Gläubiger geklagt wird, was dann vorkommen wird, wenn der Regreßgläubiger ungeachtet eines rechtskräftigen Urteils nicht zahlen will oder kann, als auch wenn er vom Regreßgläubiger im Rückgriffsweg belangt wird, kann er – sofern ihm nicht im Vorprozeß der Streit verkündet wurde – alle Einwendungen vorbringen, die geeignet sind, seine Verpflichtung auf das Ausmaß der tatsächlichen Schuld zu begrenzen.

Die vom Regreßgläubiger im Prozeß gegen den Geschädigten getätigten Aufwendungen bewirken somit gerade nicht die Abwendung eines dem Regreßschuldner drohenden unmittelbaren Schadens, weshalb das Vorliegen eines Notfalls zu verneinen ist. Daher ist von der oben beschriebenen Ausnahme des § 63 Abs 3 KFG abgesehen eine Analogie zu § 1043 ABGB mE abzulehnen.

Koziol-Welser sehen in § 1043 ABGB einen speziellen Anwendungsfall des § 1041 ABGB,¹⁰⁴⁾ dessen Tatbestand sich dadurch auszeichnet, daß Vermögenswerte in einem Notfall aufgewendet werden, um andere Vermögensgüter zu retten. Da das Vorliegen eines Notfalls in den hier interessierenden Fällen verneint wurde, ist im folgenden zu prüfen, ob eventuell ein Verwendungsanspruch gem § 1041 ABGB zu bejahen ist.

Im vorigen Abschnitt wurde dargelegt, daß erhebliche Zweifel gegen die Anwendung der Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die hier interessierenden Sachverhalte bestehen, sodaß das negative Tatbestandsmerkmal des § 1041 ABGB („ohne Geschäftsführung“) bejaht werden kann. „Sache“ iS des § 1041 ABGB ist im weiten Sinn des § 285 ABGB¹⁰⁵⁾ zu verstehen, sodaß auch Arbeitsleistungen wie eine Prozeßführung¹⁰⁶⁾ unter diesen Begriff zu subsumieren sind. Bedenken gegen die Anwendung des § 1041 ABGB könnten deshalb bestehen, weil nicht alle Arbeitsleistungen absolut geschützte Rechtsgüter sind und ein Verwendungsanspruch bei nicht absolut geschützten Arbeitsleistungen von weiteren Voraussetzungen abhängig ist.¹⁰⁷⁾

Auch der Begriff des „Nutzens“¹⁰⁸⁾ ist weit auszulegen. Darunter fällt auch die Ersparnis von Aufwendungen. Hätte sich der Regreßschuldner, wenn er vom Gläubiger geklagt worden wäre, auch in den Prozeß eingelassen, so stellt die Prozeßführung durch den Regreßgläubiger für ihn einen solchen Nutzen dar. Wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag trägt jedoch der Regreßgläubiger die Beweislast dafür, daß der Regreßschuldner bei Einlassung in den Prozeß mindestens ebenso hohe Aufwendungen getätigt und auch kein günstigeres Urteil erzielt hätte.

¹⁰⁴⁾ Grundriß I 317.

¹⁰⁵⁾ Ebenda 312; vgl weiter OGH in Arb 5679; SZ 49/130; SZ 52/9.

¹⁰⁶⁾ OGH in Rsp 1931/27.

¹⁰⁷⁾ Vgl dazu Koziol, Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, JBl 1978, 239 ff. Für eine Anwendung des § 1041 ABGB in den hier interessierenden Fällen spricht aber der Umstand, daß der Wert einer Arbeitsleistung ebenso wie der einer körperlichen Sache einer bestimmten Person zugeordnet ist, sodaß es zu einem Vermögensausgleich zu kommen hat, wenn eine andere Person ohne rechtfertigenden Grund einen Vermögensvorteil daraus gezogen hat. So auch der OGH in SZ 47/130; SZ 52/9.

¹⁰⁸⁾ Rumel in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 1041; OGH in SZ 44/92.

Die bei der Geschäftsführung ohne Auftrag erörterten zusätzlichen Probleme des „auch fremden Geschäfts“ und des Nachweises eines Fremdgeschäftsführungswillens entfallen jedoch. Außerdem ist es bei § 1041 ABGB nicht strittig, daß auch die persönliche Mühewaltung, die nicht im Rahmen eines Berufs ausgeübt wird, einen Nutzen darstellen kann, während ein Aufwendungsersatzanspruch dafür bei der Geschäftsführung ohne Auftrag bestritten wird.¹⁰⁹⁾ Schließlich ergeben sich Abweichungen auch noch im Umfang des Anspruchs. Während nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag nur ein Aufwendungsersatz in Betracht kommt, ist beim Verwendungsanspruch gem § 1041 ABGB darauf abzustellen, wie hoch die ersparten Auslagen des ungerechtfertigt bereicherten Regreßschuldners sind, was auch mehr als die Aufwendungen des Regreßgläubigers ausmachen kann.¹¹⁰⁾

§ 1041 ABGB stellt nach der hier vertretenen Ansicht noch am ehesten eine taugliche Regreßnorm dar, um die vom Regreßgläubiger aufgewendeten Prozeßkosten, die er nicht vom Prozeßgegner ersetzt erhält, auf den Regreßschuldner zu überwälzen, sofern sich auch dieser in den Prozeß eingelassen hätte und diesem durch die Prozeßführung des Regreßgläubigers Auslagen erspart worden sind. Da dieser Nachweis jedoch nicht immer gelingen wird und der OGH die Ansicht von Koziol in einer jüngeren Entscheidung¹¹¹⁾ abgelehnt hat, wird im folgenden ein eigener Lösungsansatz vorgeschlagen, bei dem eine Synthese zwischen den von der Literatur und Judikatur vorgetragene Argumenten und Gegenargumenten versucht wird.

6. Eigener Lösungsansatz

Koziol¹¹²⁾ hat den Regreßanspruch des Solidarschuldners, der vom Gläubiger geklagt wurde und dem im Prozeß nicht auf seinen Prozeßgegner überwälzbare Kosten entstanden sind, deshalb auf § 1037 bzw § 1043 ABGB gestützt, weil nicht anzunehmen sei, daß § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG Ausnahmevorschriften von den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts darstellen. Da sich auch der Dienstgeber bei Inanspruchnahme durch einen Dritten hinsichtlich der Prozeßkosten beim Dienstnehmer, wenn dieser die Schuld letztlich zu tragen hat, regressieren kann, könne es sich dabei nicht um eine Dienstnehmerschutzvorschrift handeln, wie aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung im DHG vermutet werden könnte. Koziol begreift also § 3 Abs 2

¹⁰⁹⁾ Ehrenzweig, System II/1, 719; Gschnitzer, Besonderer Teil und Schadenersatz (1963) 106; Rummel in Rummel, ABGB I Rdz 4 zu § 1036; aA hingegen Koziol-Welser, Grundriß I 371. Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte beim Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 364 will einen Anspruch für Zeitversäumnis unabhängig von der Erbringung im beruflichen Rahmen nur dem Geschäftsführer im Notfall zubilligen. Er folgt damit Swoboda, Bereicherung 92; derselbe in Klang² II/2, 878.

¹¹⁰⁾ Hätte der Regreßschuldner weniger aufgewendet, handelt es sich um keine nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB bzw liegt keine Verwendung zu seinem Nutzen iS des § 1041 ABGB vor, ein Zuspruch hat nach beiden Anspruchsgrundlagen zu entfallen.

¹¹¹⁾ SZ 54/119 = JBl 1982, 656. Diese Entscheidung, auf die sogleich noch näher eingegangen wird, hätte wahrscheinlich auch einen auf § 1041 ABGB gestützten Anspruch abgewiesen.

¹¹²⁾ Haftpflichtrecht I 305 f.

und § 4 Abs 2 DHG als Anwendungsfälle des § 1037 ABGB bzw des § 1043 ABGB. Reischauer¹¹³⁾ zieht für die Begründung des Regresses der im Vorprozeß aufgewendeten Kosten ebenso die §§ 1037 und 1043 ABGB in Erwägung, weil es nicht vom Zufall abhängig sein könne, wen der Gläubiger zuerst in Anspruch nehme, verweist aber – als letzte Absicherung – auf einen natürlichen Rechtsgrundsatz und auf § 42 Abs 2 ZPO.

Der OGH hat sich in der schon angesprochenen Entscheidung SZ 54/119 = JBl 1982, 656 mit der Ansicht von Koziol auseinandergesetzt, hat aber sowohl § 1037 ABGB als auch § 1043 ABGB als Anspruchsgrundlage für den Rückersatzanspruch der von einem Solidarschuldner im Vorprozeß aufgewendeten, aber nicht überwälzbaren Prozeßkosten mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß dem Vorprozeß keine Bindungswirkung für den Folgeprozeß zukomme.

Der Meinungsunterschied zwischen dem OGH und Koziol dürfte darauf beruhen, daß der OGH wegen der fehlenden Bindungswirkung davon ausgeht, daß dem Regreßschuldner auch bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils gegen den Regreßgläubiger eine Klage durch den Gläubiger droht, bei dem ihm die Prozeßführung durch den Regreßgläubiger nicht von Vorteil ist, während Koziol von der plausiblen Annahme ausgeht, daß sich der Regreßschuldner meist nicht mehr in einen Prozeß einlassen wird, wenn der Gläubiger gegen den Regreßgläubiger im Vorprozeß bereits ein rechtskräftiges Urteil erwirkt hat. Bei dem von Koziol vorgeschlagenen Regreßanspruch, der sich auf § 1037 ABGB bzw auf § 1043 ABGB stützt sowie nach der hier vertretenen Ansicht, daß § 1041 ABGB Anwendung findet, wird der Regreßanspruch aber ohnehin gemindert, sofern der Regreßgläubiger nicht nachweisen kann, daß der Regreßschuldner nicht auch Aufwendungen in dieser Höhe getätigt hätte; in einem solchen Fall liegt keine nützliche Geschäftsführung vor bzw der Regreßschuldner ist insofern nicht bereichert.

Während Koziol § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG als Anwendungsgebiet des § 1037 bzw des § 1043 ABGB begreift, ist mE eher der Ansatz zu prüfen, ob die in § 3 Abs 2 bzw § 4 Abs 2 DHG angeordnete Rechtsfolge nicht auch für andere Fälle der Solidarschuld¹¹⁴⁾ analogiefähig ist. Da eine direkte Anwendung des § 1037 ABGB fraglich, eine analoge des § 1043 ABGB abzulehnen, der für § 1041 ABGB geforderte Nachweis der Bereicherung des Regreßschuldners nicht immer möglich ist und zudem von der Rechtsprechung des OGH abgelehnt wurde, wäre ein Analogieschluß zu § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG jedenfalls noch ein konkreterer Anknüpfungspunkt als die Verweisung auf § 42 Abs 2 ZPO oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz. Es dürfte aber nicht bloß bei dem

¹¹³⁾ In Rummel, ABGB II Rdz 6 zu § 1313.

¹¹⁴⁾ Ein Direktanspruch des Dritten gegen den, der die Schuld letztlich tragen soll ist etwa dann ausgeschlossen, wenn der Dienstnehmer als Erfüllungsgehilfe des Dienstgebers nur eine vertragliche Verpflichtung aus dem zwischen Dienstgeber und Dritten geschlossenen Vertrag verletzt hat, dem Dritten selbst aber nicht deliktisch haftet. Ob dem Dritten ein Anspruch gegen den zusteht, der letztlich die Schuld tragen soll, spielt also keine entscheidende Rolle. Insoweit erstreckt sich die Analogiefähigkeit des § 3 Abs 2 DHG über die Solidarschuld hinaus auch auf diesen Fall.

positiv-rechtlichen Hinweis bleiben, daß das DHG eine solche Regelung aufstellt, sondern es müßte darüber hinaus eine sachliche und erweiterungsfähige Berechtigung der in § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG angeordneten Rechtsfolge der Regreßfähigkeit der Kosten des Vorprozesses gefunden werden.

Eine solche läßt sich mE aus dem Zusammenhang mit § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 DHG herstellen.¹¹⁵⁾ Dort wird nach Anspruchserhebung durch den geschädigten Dritten, je nach dem, ob das außerprozessual oder im Wege einer Klage geschieht, eine Obliegenheit zur Meldung bzw zur Streitverkündung des Beklagten an den nicht in Anspruch Genommenen normiert. Erhebt dieser keine Einwendungen, hat das die Bindungswirkung des zwischen Gläubiger und belangtem Schuldner ergangenen Urteils bzw des zwischen ihnen geschlossenen Vergleichs für den Rückersatzanspruch des Regreßgläubigers gegen den Regreßschuldner zur Folge. Diese Obliegenheit zur Bekanntgabe der Anspruchserhebung durch einen Dritten kann aber auch als Ansatzpunkt gewählt werden für die sachliche Berechtigung, warum dem Regreßschuldner auch die Übernahme der Prozeßkosten auferlegt wird.¹¹⁶⁾ Die Mitteilung von der Anspruchserhebung durch den Dritten verfolgt den Zweck, daß sich der nicht geklagte Regreßschuldner dazu äußern kann, ob der geltend gemachte Anspruch zu Recht besteht oder nicht.¹¹⁷⁾

Bestreitet der nicht beklagte Regreßschuldner, der die Schuld letztlich tragen soll, den Anspruch und läßt sich der beklagte Solidarschuldner daraufhin in einen Prozeß ein, so ist es durchaus angemessen, daß dem bestreitenden, wenn auch nicht beklagten Regreßschuldner die Tragung der Prozeßkosten letztlich auferlegt wird. In dieses Schema paßt auch der von Reischauer¹¹⁸⁾ herangezogene § 46 Abs 2 Satz 2 ZPO, wenngleich diese Norm nur den Fall im Auge hat, daß mehrere Parteien sich an einem Prozeß beteiligen, während es hier um die Überwälzung von Kosten auf eine am Prozeß nicht beteiligte Partei geht.

Wird der Regreßschuldner von der Anspruchserhebung verständigt, antwortet er darauf aber nicht, so erscheint es ebenfalls angemessen, daß er sich nicht nur der Einwendungen begibt, sondern daß er auch die durch die

¹¹⁵⁾ Dieser Zusammenhang wurde bisher auch für den Geltungsbereich des DHG nicht hergestellt. Möglicherweise sind die Ausführungen Dirschmidts, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz² (1973) 91 f in der Weise zu verstehen. Er sieht die Erhebung der Streitverkündung (S. 91) zur Erhaltung der Regreß- bzw Vergütungsansprüche als notwendig an. Mit dem Begriff „Regreß“ könnte die Schadenersatzverbindlichkeit, mit dem des „Vergütungsanspruchs“ die aufgewendeten Prozeß- und Exekutionskosten gemeint sein. Es wäre aber auch denkbar, daß die Begriffe „Regreß“ und „Vergütungsanspruch“ als Synonyme gesprochen werden, wofür seine Ausführungen auf S 92 sprechen, wo es heißt, daß der Dienstgeber „im Rahmen des Vergütungsanspruchs des Dienstnehmers auch (Hervorhebung vom Verfasser) die notwendigen Prozeß- und Exekutionskosten zu ersetzen“ hat.

¹¹⁶⁾ Als zusätzliches Hilfsargument für einen Gleichklang zwischen dem Bestehen eines Anspruchs bzw dem Ausschluß von Einwendungen und der Tragung der Prozeßkosten könnte auf § 912 ABGB verwiesen werden.

¹¹⁷⁾ Vgl dazu Dirschmidt, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz 90.

¹¹⁸⁾ In Rummel, ABGB II Rdz 6 zu § 1313.

Prozeßführung des Beklagten verursachten Kosten letztlich zu tragen hat, sofern der Beklagte nicht gröbsten fahrlässig vorgegangen ist, wobei der gleiche Maßstab sowohl für den Einwendungsausschluß als auch für die Kostentragung anzulegen ist. Das gilt unabhängig davon, ob der Regreßschuldner sich in einen Prozeß eingelassen hätte, sodaß in diesem Fall der hier vorgeschlagene Lösungsansatz den Regreßgläubiger von dem oft schwierig zu erbringenden Nachweis des hypothetischen Verhaltens des Regreßschuldners entbindet.

Für beide Fälle ist allerdings für die Kostentragung folgende Einschränkung zu machen: Erfasst werden nur die Kosten für die Vornahme jener Prozeßhandlungen, die auch dem vom Gläubiger nicht beklagten Schuldner potentiell zugute kommen können, also all jene Einwendungen, die auch das Verhältnis zwischen Gläubiger und nicht geklagtem Schuldner betreffen, nicht aber die, die bloß zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestehen.¹¹⁹⁾ Wehrt sich etwa der Bürge im Vorprozeß ausschließlich gegen das Zustandekommen der Bürgschaft, kann er diese Kosten ebensowenig auf den Schuldner, der die Schuld letztlich tragen soll, überwälzen, wie der beklagte Dienstgeber, der nur einwendet, daß er für den Dienstnehmer nicht haftet, weil weder die Voraussetzungen des § 1313a ABGB noch die des § 1315 ABGB gegeben sind, im übrigen aber weder den Grund noch die Höhe des Anspruchs bestreitet.

Teilt der nicht beklagte Regreßschuldner nach Streitverkündung dem vom Gläubiger in Anspruch genommenen Schuldner mit, daß die Schuld in der geltend gemachten Höhe zu Recht bestehe und er keine Einwendungen erhebe und anerkennt der in Anspruch genommene Schuldner daraufhin, werden in aller Regel keine Prozeßkosten entstehen.¹²⁰⁾

Wenn aber der Regreßschuldner den geltend gemachten Anspruch gegenüber dem Regreßgläubiger anerkennt, dieser aber dennoch weiter prozessiert, etwa weil es ihm um die Klärung des Rechtsstandpunktes geht oder ihm die Bonität des Regreßschuldners als fragwürdig erscheint, ist mE eine Einschränkung der in § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG angeordneten Rechtsfolge des Regresses hinsichtlich der Prozeßkosten angebracht. Entsprechend der in § 46 Abs 2 ZPO zum Ausdruck kommenden Wertung hat die Prozeßkosten der zu tragen, auf dessen Veranlassung hin die diese Kosten verursachende Prozeßhandlung gesetzt wurde.

Wurde jedoch dem Regreßschuldner von der Anspruchserhebung durch den Dritten keine Mitteilung gemacht, so ist das zwischen dem Gläubiger und dem beklagten Regreßgläubiger ergangene Urteil mit Ausnah-

¹¹⁹⁾ Kann der Gläubiger den Regreßschuldner nicht direkt in Anspruch nehmen, sind nur die Aufwendungen überwälzbar, die zur Bestreitung jener Umstände getätigt wurden, die auch im Regreßprozeß von Bedeutung sind.

¹²⁰⁾ Das ist insbesondere bei Schadenersatzprozessen der Fall, bei denen der Geschädigte die Klage erhoben hat, noch ehe die Erhebungen über die Schadenshöhe abgeschlossen wurden. In diesem Fall hat der Kläger gem § 45 ZPO die Kosten trotz Obsiegens selbst zu tragen. Anders wird zu entscheiden sein, wenn sowohl die Höhe als auch die Fälligkeit des Anspruchs feststehen, wie das etwa bei einer Darlehensschuld der Fall ist. Vgl dazu Fasching, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II (1962) 338 f.

me des § 63 Abs 3 KFG nicht bindend und eine Überwälzung der Prozeßkosten kann nur gem § 1041, ABGB erfolgen, wobei der Regreßgläubiger aber den Nachweis zu erbringen hat, daß sich auch der Regreßschuldner in einen Prozeß eingelassen hätte und sich Auslagen in diesem Ausmaß erspart hat.

Der vom OGH in der Entscheidung SZ 54/119 gegen die von Koziol vorgeschlagene Lösung vorgebrachte Einwand, daß der Regreß der Kosten des Vorprozesses schon deswegen scheitern müsse, weil diesem keine Bindungswirkung für den Folgeprozeß zukomme, wird bei dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz berücksichtigt. Der Regreßschuldner wird mit der Tragung der Kosten des Vorprozesses jedenfalls dann belastet, wenn der Vorprozeß für ihn auch Bindungswirkung in bezug auf den in Vorlage tretenden Regreßgläubiger hat.

Dabei besteht mE kein grundsätzlicher Unterschied, ob der Streit zwischen dem Gläubiger und dem Regreßgläubiger in einem durch ein Urteil endenden Prozeß oder nach außergerichtlichen Verhandlungen durch einen Vergleich endet. Das wurde bei der Bürgschaft auch bisher schon anerkannt. Aus § 1361 ABGB wurde der Umkehrschluß gezogen, daß der Schuldner, der vom Bürgen zur Bekanntgabe von Einwendungen aufgefordert wurde, darauf aber nicht geantwortet hat, der Einwendungen verlustig geht, die zu einer Abweisung des Begehrens des Gläubigers gegen den Bürgen geführt hätten.¹²¹⁾

Im einzelnen sind aber folgende zwei Unterschiede zu beachten zwischen dem Fall, daß der Gläubiger mit dem belangten Schuldner Vergleichsverhandlungen führt und dem, daß er ihn klagt: Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit ein über die Barauslagen hinausgehender Ersatzanspruch für die Verhandlungsführung besteht.¹²²⁾ Die versicherungsrechtliche Judikatur hat einen solchen Anspruch nicht zuletzt unter Berufung auf § 150 VersVG zugesprochen.¹²³⁾ Weiters ist zu klären, welche Anforderungen an die Aufforderung des Regreßgläubigers an den

¹²¹⁾ Gamerith in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1361; Ohmeyer-Klang in Klang VI 238; OGH in SZ 49/121.

¹²²⁾ Wahle hat in der Anmerkung zur E des OGH in VersR 1960, 287 = JBl 1960, 19 einen solchen Ersatzanspruch unter Hinweis auf GIUNF 5820 selbst im Fall der Prozeßführung als nicht erstattungsfähige Kosten der Schadensfeststellung abgelehnt. Wird der Streit gerichtlich ausgetragen, so kommt eine Ersatzfähigkeit als vorprozessuale Kosten in Betracht, wobei die Rechtsprechung jedoch zurückhaltend ist. Nachweise bei Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts Rdz 461; derselbe, Kommentar II 319. Wird der Streit hingegen außergerichtlich beigelegt, kommt nur eine Ersatzfähigkeit nach den Regeln des bürgerlichen Rechts in Betracht. Reichauer (in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1323) meint, daß die vorprozessualen Kosten, die ausschließlich zur späteren Rechtsdurchsetzung gemacht wurden, das Schicksal der Prozeßkosten teilen, wobei er auf das Problem, ob solche Kosten der Verhandlungsführung als vorprozessuale Kosten anzusehen sind, nicht eingeht. Die Entscheidung des OGH in VersR 1977, 631 hat dem Dienstnehmer einen Schadenersatzanspruch zugesprochen, weil der Dienstnehmer mit der Schadensregulierung beschäftigt war und deshalb dem Dienstgeber während dieser Zeit nicht zur Verfügung gestanden ist. Vgl zu diesem Problem weiters Weller, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645 ff.

¹²³⁾ OGH in EvBl 1971/320; ZfRV 1974, 115 mit Kommentar von Willvonseder; VersR 1975, 1166.

Regreßschuldner zu stellen sind, damit die gleichen Wirkungen eintreten, die eine Streitverkündung hat, wenn der Streit zwischen Gläubiger und Schuldner nicht im Weg eines Prozesses, sondern in Form von Vergleichsverhandlungen ausgeglichen wird.

Auszugehen ist mE davon, daß Gläubiger und Schuldner nicht deshalb auf den Prozeßweg verwiesen werden sollen, da nur bei diesem das Mittel der Streitverkündung zur Verfügung steht, das allein den Einwendungsausschluß und die Überwälzbarkeit der Kosten bewirken könnte.¹²⁴⁾ Vielmehr ist zu untersuchen, welche Anforderungen an eine derartige außergerichtliche, der Streitverkündung entsprechende Benachrichtigung zu stellen sind. Der OGH hat in der Entscheidung ZVR 1969/22 darauf hingewiesen, daß die Verständigung des Versicherungsnehmers, daß ein Vergleich geschlossen wurde, nicht hinreichend sei, es hätte zumindest noch der Inhalt des Vergleichs bekanntgegeben werden müssen.

ME muß man aber noch einen Schritt weitergehen. Der Streitverkündung kommt als solemnem Gerichtsakt schon per se eine gewisse Warnfunktion zu, daß bei Nichtbeachtung Rechtsfolgen eintreten können. Bei einer bloß außergerichtlichen Benachrichtigung, daß der Gläubiger vom Versicherer, Bürgen oder Mitschuldner einen gewissen Betrag begehrt, den möglicherweise der Verständigte tragen muß, ist das nicht in diesem Maß der Fall. Einer solchen Verständigung kann daher nur dann die gleiche Rechtswirkung wie einer gerichtlichen Streitverkündung zukommen, wenn auf die Rechtsfolge, die sich bei der Streitverkündung aus dem Gesetz ergibt, nämlich die Bindungswirkung, bei der außergerichtlichen Verständigung ausdrücklich hingewiesen wird. Je nach dem, ob eine solche Verständigung an den Versicherer oder an den Versicherungsnehmer, an einen Unternehmer oder Konsumenten gerichtet ist, wird man an die Rechtsfolgenverweisung unterschiedlich strenge Maßstäbe anzulegen haben. Sind diese Bedingungen aber erfüllt, ist nicht einzusehen, warum eine solche qualifizierte Verständigung nicht die gleichen Rechtsfolgen hinsichtlich der Bindungswirkung und der Kostentragung haben soll, wie das bei der gerichtlichen Streitverkündung der Fall ist.

Bei Prüfung der Analogiefähigkeit von § 3 Abs 1 und 2 bzw § 4 Abs 1 und 2 DHG für andere Fälle ist zu beachten, daß zwischen den vom DHG erfaßten Solidarschuldnern eine vertragliche Beziehung besteht, nicht irgendeine, sondern ein Dienstvertrag mit vertraglichen Fürsorge- und Treuepflichten, die der Grund für eine wechselseitige Meldepflicht bei Anspruchserhebung durch einen Dritten sein könnten. Die hier vorgeschlagene Analogie würde sich dann jedenfalls auf vertragliche Beziehungen zwischen Solidarschuldnern¹²⁵⁾ beschränken, sofern nicht der Nachweis gelingt, daß eine solche im DHG vorgesehene Meldeobligation von der Anspruchserhebung durch den Gläubiger nicht nur zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer besteht, sondern auch zwischen anderen nicht vertraglich verbundenen Schuld-

nern, bei denen einer in Vorlage zu treten hat, der die Schuld nicht letztlich tragen muß.

Als eine solche Regelung ist § 1361 ABGB anzusehen, der anordnet, daß sich der Bürge vor der Zahlung mit dem Schuldner einzuverstehen hat.¹²⁶⁾ Wie Koziol¹²⁷⁾ gezeigt hat, bestehen keine prinzipiellen Bedenken, die eine oder andere Norm des Bürgschaftsrechts auch auf die Solidarschuld anzuwenden, wie er das selbst für § 1358 ABGB vorgeschlagen hat. Sofern der Regreßgläubiger von dem Kenntnis hat, der die Schuld letztlich tragen soll, sind keine Gründe ersichtlich, diese Norm nicht auch beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung und bei der Solidarschuld analog anzuwenden.¹²⁸⁾

Da einer Bürgschaft aber nicht stets ein Vertragsverhältnis zwischen Schuldner und Bürgen zugrunde liegen muß, dem Bürgen aber in jedem Fall eine § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 DHG entsprechende Meldeobligation auferlegt ist, sind an diese nicht nur die Rechtsfolgen des Einwendungsausschlusses, sondern auch die beim DHG erörterten Konsequenzen für den Kostenregreß zu ziehen.

Für das kranke Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung könnte neben dieser gesetzlichen Meldeobligation noch eine vertragliche begründet werden. Gem Art 8 Abs 2 Ziff 1 lit b AKHB hat der Versicherungsnehmer dem Versicherer binnen einer Woche die Anspruchserhebung durch einen Dritten mitzuteilen. Diese Bestimmung hat den Regelfall vor Augen, daß der Versicherer deckungspflichtig ist und er sowohl die Haftpflichtschuld als auch die Kosten eines nicht vollständig gewonnenen Prozesses zu tragen hat. Beim kranken Deckungsverhältnis ist es aber gerade umgekehrt, hier tritt unter Umständen der Versicherer in Vorlage, letztlich hat aber der Versicherungsnehmer die Schuld zu zahlen, weshalb schon deswegen eine Anzeigepflicht in umgekehrter Richtung abgeleitet werden muß.

Diese kann aber weiters noch dadurch abgestützt werden, daß entgegen sonstigen bürgerlich-rechtlichen Regeln schon die Anmeldung des Anspruchs beim Kfz-Haftpflichtversicherer gem § 63 Abs 2 KFG eine verjährungshemmende Wirkung hat und diese sich nicht nur gegen den Versicherer, sondern auch gegen den an der Anmeldung nicht beteiligten Versicherungsnehmer richtet. Würde man beim kranken Deckungsverhältnis keine Meldeobligation des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer annehmen, könnte es dem Versicherungsnehmer passieren, daß er noch nach 10 Jahren vom Dritten, der den Anspruch beim Versicherer angemeldet hat, der aber darauf nicht reagiert hat, in Anspruch genommen wird, ohne daß der gem § 1489 ABGB der

¹²⁶⁾ Zu dem daraus abgeleiteten Umkehrschluß, daß eine Bindungswirkung auch dann eintritt, wenn der Bürge den Schuldner fruchtlos zur Bekanntgabe von Einwendungen aufgefordert hat, vgl FN 121.

¹²⁷⁾ Haftpflichtrecht I 302f.

¹²⁸⁾ Wie bei der Bürgschaft kann auch bei der Solidarschuld zwischen dem Regreßgläubiger und dem Regreßschuldner eine vertragliche Beziehung bestehen, beim kranken Deckungsverhältnis in der Kfz-Haftpflichtversicherung ist das immer der Fall. Die Anwendung des § 1361 ABGB setzt aber ein solches vertragliches Verhältnis voraus.

¹²⁴⁾ Auch § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 DHG begnügen sich mit einer schlichten Mitteilung.

¹²⁵⁾ Über die Solidarschuld hinausgehend wären auch solche vertraglichen Beziehungen erfaßt, bei denen der, der die Schuld letztlich tragen soll, nicht direkt vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann.

3jährigen Verjährungsfrist unterliegende Schadenersatzanspruch des Dritten inzwischen verjährt wäre.

7. Zusammenfassung

1. Hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Kosten des Vorprozesses gelangt die herrschende Lehre zu einem unterschiedlichen Ergebnis, je nach dem, ob es sich um ein krankes Deckungsverhältnis bei der Kfz-Haftpflichtversicherung, eine Bürgschaft oder eine Solidarschuld handelt. Dem Kfz-Haftpflichtversicherer wird beim kranken Deckungsverhältnis ein Ersatzanspruch nach den Regeln über die nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB zugesprochen. Bei der Bürgschaft wird das dem Grunde nach ebenfalls bejaht, in den veröffentlichten Entscheidungen des OGH aber mit Ausnahme einer einzigen Entscheidung abgelehnt. Bei der Solidarschuld zieht der OGH einen solchen Ersatzanspruch von vornherein nicht in Betracht, weil die Kostenforderung in einem besonderen Prozeßverhältnis wurzle. Koziol will § 1037 ABGB bzw § 1043 ABGB auch auf die Solidarschuld anwenden. In allen drei Fallgruppen geht es aber darum, daß ein Schuldner in Vorlage treten muß, der die Schuld nicht letztlich zu tragen hat, weshalb a priori keine Gründe für eine Verschiedenbehandlung ersichtlich sind.

2. Aus dem österreichischen Versicherungsrecht ergibt sich kein positivrechtlicher Anhaltspunkt für eine Verschiedenbehandlung des hier untersuchten Problems gegenüber Bürgschaft und Solidarschuld, insbesondere kann sich der Versicherer nicht auf einen vertraglichen Anspruch berufen. Ein derartiger Regreß könnte sich allenfalls auf Schadenersatz wegen des Verstoßes gegen die Freistellungspflicht stützen. Selbst bei Bejahung einer Freistellungspflicht anstatt eines Regresses nach Bezahlung würde ein solcher Schadenersatzanspruch Verschulden voraussetzen, was dann jedenfalls ausscheidet, wenn die Frage der Leistungsfreiheit des Versicherers nicht klar ist und erst in einem Deckungsstreit geklärt werden muß. Bestehen zwischen Bürgen und Hauptschuldner bzw zwischen mehreren Solidarschuldnern keine vertraglichen Beziehungen, scheidet ein Freistellungsanspruch von vornherein aus.

3. Die Begründung eines Aufwendungsersatzanspruchs nach den Regeln über die nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag gem § 1037 ABGB ist deshalb fraglich, weil der beklagte Schuldner auch ein eigenes Geschäft führt, weshalb der Fremdgeschäftsführungswille schwer nachweisbar sein wird. Ein Teil der deutschen Lehre geht noch einen Schritt weiter und lehnt die Anwendbarkeit der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf diese „auch fremden Geschäfte“ überhaupt ab, weil es bei der Erfüllung einer eigenen Pflicht nicht mehr des Anreizes zum Einschreiten durch die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag bedarf. Außerdem werden die regelungsbedürftigen Fälle der „auch fremden Geschäfte“ von anderen Normen hinreichend erfaßt.

4. Eine analoge Anwendung des § 1043 ABGB ist vom hier vertretenen Standpunkt abzulehnen, weil kein Notfall vorliegt. Durch die Prozeßführung des beklagten Schuldners wird für den nicht beklagten Schuldner kein unmittelbar drohender Schaden abgewendet, weil einem Urteil zwischen Kläger und Beklagten des Vorprozesses

keine Bindungswirkung gegenüber dem nicht geklagten Schuldner zukommt. Der nicht belangte Schuldner kann daher sowohl bei Inanspruchnahme durch den Gläubiger als auch im Regreßprozeß alle Einwendungen vorbringen, die dazu führen, daß er nicht mehr leisten muß als seiner gesetzlichen Verpflichtung entspricht.

5. Die Anwendung des § 1043 ABGB wurde deshalb abgelehnt, weil kein Notfall vorliegt. Da § 1043 ABGB aber nur eine spezielle Ausprägung des § 1041 ABGB darstellt, ist dessen Heranziehung zu prüfen. Sofern sich der nicht beklagte Schuldner auch in einen Prozeß eingelassen, diesen mit ebenso hohen Aufwendungen geführt hätte und auch kein für ihn günstigeres Urteil erreicht hätte, hat sich der nicht beklagte Schuldner durch die Prozeßführung des beklagten Schuldners Auslagen erspart, die eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellen. Der Beklagte des Vorprozesses trägt jedoch die Beweislast, daß sich der nicht beklagte Schuldner ebenso verhalten hätte, ein Nachweis, der nicht immer leicht gelingen wird.

6. § 3 Abs 2 und § 4 Abs 2 DHG im Zusammenhang mit § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 DHG sind nach der hier vertretenen Auffassung keine auf das Verhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer beschränkte Sondernorm, sondern vielmehr Ausdruck eines analogiefähigen allgemeinen Rechtsgedankens. Für die Kostenüberwälzung wird an die gleichen Kriterien wie für die Bindungswirkung angeknüpft. Als Hilfsargument für diese Ansicht kann noch auf § 912 ABGB verwiesen werden. Zur Kostenüberwälzung auf einen am Prozeß nicht Teilnehmenden kann es nach der hier vertretenen Ansicht daher neben § 1041 ABGB nur dann kommen, wenn auch eine Bindungswirkung gegeben ist. Da § 1361 ABGB eine § 3 Abs 1 und § 4 Abs 1 DHG entsprechende Anzeigepflicht vorsieht, diese Norm aber kein vertragliches Verhältnis zwischen dem in Vorlage Tretenden und dem Schuldner, der die Schuld letztlich zu tragen hat, voraussetzt, ist die aus dem DHG abgeleitete Kostenüberwälzungsnorm auf alle akzessorischen gesetzlichen Schuldverhältnisse anzuwenden, bei denen ein Schuldner in Vorlage zu treten, ein anderer die Schuld aber endgültig zu tragen hat.

7. Wer zur Erhebung von Einwendungen aufgefordert wird und dem auch nachkommt, der hat das Risiko des Entstehens von Prozeßkosten zu tragen, wenn die Erhebung seiner Einwendungen durch den Beklagten zum Prozeßverlust führt. Das gleiche gilt dann, wenn der Verständigte nicht Stellung nimmt und der belangte Schuldner nach der ihm zumutbaren Sorgfalt sich in einen Prozeß einläßt, den er schließlich verliert. Auf das hypothetische Verhalten des nicht beklagten Schuldners kommt es dabei nicht an. In beiden Fällen gilt das aber nur für jene Einwendungen, die potentiell auch dem nicht beklagten Schuldner zugute kommen.

8. Fordert der vom Gläubiger in Anspruch Genommene den nicht beklagten Schuldner aber nicht zur Erhebung von Einwendungen auf, steht ihm nur ein Anspruch gem § 1041 zu, der vom Nachweis abhängig ist, daß auch dem nicht beklagten Schuldner Aufwendungen in gleicher Höhe entstanden wären. Läßt sich der Beklagte trotz Anerkenntnisses des Aufgeforderten in einen Prozeß mit dem Gläubiger ein, hat der Beklagte die aus dem Prozeßverlust resultierenden Kosten selbst zu tragen.

9. Dieses Ergebnis gilt grundsätzlich nicht nur dann, wenn der Streit zwischen Gläubiger und in Anspruch genommenem Schuldner im Wege eines Prozesses ausgetragen wurde, sondern auch dann, wenn ein außergerichtlicher Vergleich geschlossen wurde. In einem solchen Fall hat eine der Streitverkündung entsprechende außergerichtliche Verständigung des nicht beklagten Schuldners zu erfolgen, die wegen der fehlenden Solemnität des Gerichtsaktes eine Rechtsfolgenverweisung hinsichtlich der Bindungswirkung enthalten muß.



Parkzonen (Sonderparkraum) für die Wohnbevölkerung („grüne Zonen“)

1. In dicht verbauten Stadtgebieten ist es für die dort wohnende Bevölkerung mitunter sehr schwierig, einen Dauerparkplatz auf öffentlichem Straßengrund für das eigene Kfz zu finden. Bisher wurden mehrfach Lösungsvorschläge für eine gesetzliche Regelung vorgebracht, die es ermöglichen soll, für die Wohnbevölkerung bestimmte Parkerleichterungen zu schaffen. Die wesentlichsten davon sind:

1.1. Der Gesetzentw, der die Schaffung von Parkzonen für die Wohnbevölkerung vorsieht (RV zur 10. StVONov 1188 d BgNR 15. GP); durch diesen Gesetzentw sollten die Gemeinden ermächtigt werden, bestimmte Abstellplätze auf öffentlichen Straßen für das Parken von Fahrzeugen der Wohnbevölkerung freizuhalten und diese Sonderparkberechtigung durch das Straßenverkehrszeichen „Parken verboten“ (§ 52 Z 13 a StVO) und die Anbringung der Zusatztafel mit der Aufschrift „ausgenommen Wohnbevölkerung“ kundzumachen.

Dieser Gesetzesvorschlag wurde nicht in die StVO übernommen.

1.2. Der im Rahmen der 13. StVONov vorgeschlagene Ministerialentw für eine Änderung des § 25 Abs 5 StVO, wonach, wenn und insoweit es die örtlichen Parkplatzverhältnisse erfordern, die Behörde Personen, die im Bereich einer Kurzparkzone ihren ordentlichen Wohnsitz haben, bewilligen kann, das von ihnen benützte Fahrzeug in der betreffenden Kurzparkzone ohne Bedachtnahme auf die Kurzparkzonenregelung zu parken.

1.3. Der vom österreichischen Städtebund ausgearbeitete und dem BMöWV unterbreitete Formulierungsvorschlag für einen Gesetzentw, wonach – ebenfalls im Rahmen der 13. StVONov – die Behörde durch V Gebiete bestimmen kann, deren Bewohner die Erteilung einer (zeitlich befristeten) Ausnahmegewilligung für die Benützung von Kurzparkzonen mit PKW beantragen können und diese Sonderberechtigung auch erhalten sollen, falls der Antragsteller ein „erhebliches persönliches Interesse nachweisen kann, in der Nähe seines Wohnsitzes zu parken“.¹⁾

¹⁾ Ein solches „erhebliches persönliches Interesse“ liegt nach den Erläuterungen zu diesem Formulierungsvorschlag vor allem dann vor, wenn aus beruflichen Gründen der PKW täglich in

2: Ohne eine Änderung der StVO anzustreben verneinte der Stadtsenat der Stadt Graz durch V die Schaffung von Sonderparkraum für die Wohnbevölkerung (sogenannte „grüne Zonen“) regeln zu können, indem er für bestimmte Teile des öffentlichen Straßennetzes der Grazer Innenstadt „gem § 43 StVO“ Halte- und Parkverbote verfügte, von denen alleine Personen mit dem ordentlichen Wohnsitz innerhalb dieser Halte- und Parkverbotsbereiche (Zonen) Ausnahmegewilligungen in Einzelfällen und damit die Parkberechtigung in diesen „grünen Zonen“ erteilt wurden.

3. Mit Erk des VfGH vom 17. 6. 1985, ZI V 6/85 ua = ZVR 1985/138, wurde zunächst das vom Stadtsenat der Stadt Graz gewählte Lösungsmodell für unzulässig erklärt, indem die V mangels Vorhandenseins einer die geplante Ausnahmeregelung für die Wohnbevölkerung deckenden gesetzlichen Grundlage vom VfGH als gesetzwidrig aufgehoben wurde. Aus diesem Erk lassen sich jedoch auch für die oben unter den Punkten 1.2. und 1.3. aufgezeigten geplanten gesetzlichen Neuregelungen für die Schaffung von Sonderparkraum für die Wohnbevölkerung, im Sinne der Wahrung des verfassungsmäßig gewährleisteten Gleichheitsgrundsatzes, folgende Beschränkungen ableiten:

3.1. In den Genuß einer durch Ausnahmegewilligung erteilten Sonderparkberechtigung dürfen nur jene Personen kommen, die ein entsprechend intensives Parkbedürfnis nachweisen können, wobei die dafür maßgeblichen Kriterien unter Beachtung des verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatzes durch Gesetz festgelegt werden müssen.²⁾

3.2. In den Genuß einer solchen Sonderberechtigung sollen aber auch alle Personen kommen, die ein dem in der gesetzlichen Ausnahmeregelung normierten intensiven Parkbedürfnis gleichkommendes dh gleich starkes (langfristiges) Parkbedürfnis haben, das sind hinsichtlich der Sonderparkberechtigung in den sogenannten „grünen Zonen“ neben den in diesem Bereich wohnenden Personen auch beispielsweise bestimmte Personen, die in diesem Bereich dauernd berufstätig sind (zB Wirtschaftstreibende und sogenannte „Pendler“).

3.3. Diese zuletzt genannten Personengruppen müßten – will man vom Anfang an eine Aufhebung der gesetzlichen Bestimmung wegen ihrer unsachgemäßen Schlechterstellung ausschließen – daher auch im Rahmen der oben (1.1. bis 1.3.) angeführten geplanten Gesetzesänderungen entsprechend berücksichtigt werden. Diese Berücksichtigung ist bisher für die genannten Personen, die ein gleich starkes dauerndes Parkbedürfnis – insbesondere auch für eine über die im § 25 Abs 1 StVO bzw in den Durchführungsverordnungen geregelte maximale Kurz-

Betrieb genommen werden muß. In einer solchen Auffassung liegt zweifellos ein Wertungswiderspruch zu den im § 45 Abs 2 StVO geregelten Ausnahmen in Einzelfällen, wonach ein „erhebliches persönliches Interesse“ beispielsweise nur dann vorliegt, wenn jemand eine Ausnahme von einem Parkverbot vor seinem Wohnhaus begehrt, weil er schwer körperbehindert ist oder gleichwertige erhebliche persönliche Interessen vorliegen.

²⁾ Dabei erscheint es grundsätzlich zulässig, daß der Gesetzgeber andere (vgl zB § 62 Abs 5 StVO) als im § 45 Abs 2 StVO geregelte Voraussetzungen für die Ausnahmegewilligung von Parkverboten oder Parkbeschränkungen festlegt (vgl dazu die in Walter – Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts 402 zitierte Judikatur des VfGH, wonach der Gesetzgeber auch ein von ihm selbst geschaffenes Ordnungssystem im Rahmen von Ausnahmeregelungen verlassen darf, wobei allerdings die Ausnahmeregelung in sich dem Gleichheitsgrundsatz entsprechen muß).