

„Freie Kfz-Sachverständigenwahl“ und Ersatz der Gutachterkosten durch den Haftpflichtversicherer¹⁾

ZVR 2019/232

§§ 1295 ff, 1304,
1323 ABGB;
§ 29 KHVG;
§ 66 VersVG

OGH 16. 1. 1979,
2 Ob 207/78

Sachverständigenkosten;
Naturalrestitution;
Schadensminderungsobliegenheit;
Waffengleichheit;
Mitverschulden

In der außergerichtlichen Schadensabwicklung wird der Kfz-SV in aller Regel vom Versicherer beauftragt. Der Beitrag untersucht, ob der Geschädigte ein eigenes SV-Gutachten einholen darf und ob die Kosten dafür vom Haftpflichtversicherer zu ersetzen sind.

Von **Bernhard Burtcher**

Inhaltsübersicht:

- A. Hintergrund
- B. Die „freie Kfz-SV-Wahl“
- C. Ersatz der Gutachterkosten
 1. Gutachterkosten als Folgeschaden
 2. Schadensminderungsobliegenheit
 3. Zwischenergebnis: Anspruch auf Kostenersatz
 4. Einschränkungen des Kostenersatzes
 - a) Bagatellschäden
 - b) „Geheimgutachten“
 - c) Mitverschulden
- D. Haftung des SV
 1. Sorgfaltsmaßstab und Schadensposten
 2. Ersatz bloßer Vermögensschäden
 3. Folgerungen
- E. Fazit

A. Hintergrund

Kfz-Sachschäden werden größtenteils außergerichtlich reguliert.²⁾ Grundlage für die Schadensregulierung ist in den allermeisten Fällen das Gutachten eines Kfz-SV.³⁾ Es entspricht einer eingespielten österr Übung, dass dieses Gutachten vom jeweiligen Versicherer eingeholt wird, der den Schaden zu ersetzen hat.⁴⁾ Vielfach ist der SV sogar beim Versicherer (oder dessen Tochtergesellschaft) angestellt.⁵⁾ Im internationalen Vergleich dürfte das im Haftpflichtbereich freilich eher die Ausnahme sein. So ist für deutsche Beobachter selbstverständlich,⁶⁾ dass der Geschädigte den SV beauftragt.⁷⁾ Vor diesem Hintergrund taucht auch in Österreich gelegentlich die Frage auf, ob der Geschädigte ein solches „Recht der freien SV-Wahl“⁸⁾ hat.

B. Die „freie Kfz-SV-Wahl“

Damit rührt man an einen sensiblen Punkt, der in der Branche mitunter auch heftigere Emotionen weckt. So macht die deutsche Versicherungswirtschaft die vom Geschädigten beauftragten SV für exaltierte Ersatzforderungen verantwortlich;⁹⁾ „weit mehr als die Hälfte“¹⁰⁾ ihrer Gutachten sei mangelhaft. Umgekehrt warnt die „Gegenseite“ davor, dass ein vom Versicherer beauftragter SV nur jene „Gutachten erstell[e], die der Auftraggeber erwarte“, weshalb diese „den Namen ‚Gutachten‘ nicht verdienten“.¹¹⁾ Vielfach wird auch ein „Abhängigkeitsverhältnis“¹²⁾ zwischen SV und Versicherer befürchtet.

Mit demselben Argument, der SV sei eine „hired gun“, wird jeweils umgehend das Recht eingefordert, selbst den SV zu beauftragen. Auch wenn man – zumal gerichtlich beeedeten – SV damit vielleicht etwas zu wenig Objektivität zutraut, macht es nach dem allg Eindruck offenbar einen Unterschied, wer den SV beauftragt. Für *Ch. Huber* ist der SV gar der „*archimedische Punkt*“¹³⁾ der Schadensabwicklung.

Dem SV verbleiben bei der Begutachtung nämlich vielfach Ermessensspielräume, deren wirtschaftliche Tragweite nicht zu vernachlässigen ist. Von seiner Einschätzung hängt etwa ab, ob beschädigte Felgen repariert oder ausgetauscht werden; ob ein merkantiler Minderwert ersetzt wird; oder ob auf Reparaturkosten- oder Totalschadensbasis abgerechnet wird.¹⁴⁾ In Summe geht es dabei um viel Geld, was erklärt, warum die Frage nach der freien SV-Wahl Zündstoff birgt.

Dass der Geschädigte im Rahmen seiner Privatautonomie das „Recht der freien SV-Wahl“ hat, ist freilich selbstverständlich. Die eigentliche Frage ist, ob ihm dann die aufgewendeten Gutachterkosten vom Versicherer zu ersetzen sind.

- 1) Der Beitrag behandelt einen Ausschnitt aus einem größeren Forschungsprojekt zur Kfz-Schadensabwicklung, dazu bald *Burtcher/Spitzer*, Schadensabwicklung durch den Kfz-Versicherer (in Druck).
- 2) *Kamer*, Sachschadenersatz in Österreich, ZVR 2010, 476.
- 3) Ausf zu den Abläufen *Burtcher/Spitzer*, Schadensabwicklung.
- 4) *Reisinger*, Wem nützt die Altfahrzeugeverordnung? ZVR 2009, 354 (355).
- 5) Für Deutschland *Pamer*, Unfallmanagement, DAR 1999, 299 (302).
- 6) *Macke*, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 506 (514).
- 7) *Ch. Huber*, Die Kfz-Schadensregulierung in Österreich und Deutschland, ZVR 2008, 532 (533).
- 8) *Wielke/Pfeffer* in *Fucik/Hartl/Schlösser/Wielke*, Handbuch des Verkehrsunfalls II⁹ (2019) Rz 408.
- 9) Vgl nur *Engelke*, Der Kfz-Sachverständige in der Unfallregulierung, NZV 2012, 365.
- 10) Vgl *Engelke*, NZV 2012, 365 (367); *Nehm*, Diener zweier Herren – Der freie Kfz-Schadensgutachter zwischen Auftraggeber und Haftpflichtversicherung, DAR 2013, 557 (558); krit aber *Macke*, DAR 2000, 506 (514).
- 11) *Becker*, Der Kfz-Sachverständige in der Unfallschadenregulierung, zfs 2013, 484 (488, 487); *Mikulla-Liebert*, Schadensmanagement durch Versicherer, DAR 1999, 289 (291); krit auch *Macke*, DAR 2000, 506 (514).
- 12) *Kriegner*, Reparaturkostenabrechnung bei Kfz-Unfällen, ZVR 2014, 40 (42); s auch *Becker*, zfs 2013, 484; *Ch. Huber*, Smart Repair beim Kfz-Haftpflichtschaden, SV 2016, 82 (83).
- 13) *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens – Teil I, ÖJZ 2005, 161 (164).
- 14) Ausf dazu *Pfeffer*, Technische Fragen der Schadensbemessung, ZVR 2019, 448 in diesem Heft.

C. Ersatz der Gutachterkosten

Diese Frage stellt sich in der Haftpflichtversicherung ebenso wie in der Kaskoversicherung. Die folgenden Überlegungen beschränken sich aber auf das Haftpflichtrecht. Während nämlich in der Kaskoversicherung die Tragung der Gutachterkosten zwischen Geschädigtem (VersN) und Versicherer privatautonom geregelt werden kann,¹⁵⁾ folgen die Ansprüche des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer (des Schädigers) aus dem Gesetz. Der Versicherer haftet solidarisch mit dem Schädiger (§ 26 KHV), der dem Geschädigten zur Naturalrestitution verpflichtet ist (§ 1323 ABGB).

1. Gutachterkosten als Folgeschaden

Auf dieser Grundlage gewährt der BGH dem Geschädigten in stRsp einen Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten gegen den Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer.

Die Kosten für ein SV-Gutachten gehören demnach zu den Kosten der Wiederherstellung und sind dem Geschädigten im Rahmen der Naturalrestitution (§ 249 BGB) zu ersetzen,¹⁶⁾ solange die Begutachtung „zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs erforderlich und zweckmäßig“ war.¹⁷⁾ Das ist regelmäßig der Fall, solange kein bloßer Bagatellschaden (dazu C.4.a) vorliegt. Der Geschädigte darf nämlich „zur Schadensbeseitigung grundsätzlich den Weg einschlagen, der aus seiner Sicht seinen Interessen am besten zu entsprechen scheint“.¹⁸⁾ Er ist daher berechtigt, „einen qualifizierten Gutachter seiner Wahl mit der Erstellung des Schadensgutachtens zu beauftragen“.¹⁹⁾ Damit hebt der BGH das Integritätsinteresse des Geschädigten als entscheidenden Gesichtspunkt hervor: Der Geschädigte soll die Wiederherstellung möglichst in eigener Hand haben.

Auch der OGH hält „Kosten der Schadensfeststellung“²⁰⁾ für ersatzfähig, weil diese „wie die Reparaturkosten selbst mit dem Unfall unmittelbar im Zusammenhang stehen und dadurch verursacht wurden“.²¹⁾ In einer (unveröffentlichten) Entscheidung aus den 1970er-Jahren ersetzt der OGH dem Geschädigten daher auch die Kosten eines von ihm eingeholten Kfz-SV-Gutachtens. Diese Kosten seien keine „vorprozessualen Kosten“, da eine Begutachtung auch bei außergerichtlicher Regulierung regelmäßig vorgenommen werde, sodass an ihr ein prozessunabhängiges Interesse bestehe.²²⁾ Die Gutachterkosten seien daher „als Schadensfolge“ schadenersatzrechtlich zu ersetzen.

Zwar entstehen die Gutachterkosten erst durch den Entschluss des Geschädigten, ein eigenes SV-Gutachten einzuholen. Dieser Entschluss ist aber durch die Schädigung veranlasst. Zur Schadensabwicklung ist – wie die Praxis zeigt – die Einholung eines Gutachtens regelmäßig erforderlich. Macht der Geschädigte Ansprüche gegen den Haftpflichtversicherer geltend, benötigt er dafür eine belastbare Abrechnungsgrundlage. Es ist daher einleuchtend, dass beide Höchstgerichte die Gutachterkosten zu den ersatzfähigen Folgeschäden zählen.

2. Schadensminderungsobliegenheit

Zu prüfen bleibt freilich noch, ob der Geschädigte durch Einholung eines eigenen Gutachtens seine Scha-

densminderungsobliegenheit (§ 1304 ABGB) verletzt. Man könnte ihm nämlich vorwerfen, dass er damit den Schaden unnötig vergrößere, weil ohnehin der Versicherer ein Gutachten einhole.

Damit würde man aber das Pferd von hinten aufzäumen. Die vorgelagerte Frage ist jene, ob der Geschädigte einen Anspruch auf Ersatz der SV-Kosten hat. Bejaht man diesen Anspruch, geht er nicht darauf verloren, dass der Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherer mit der Beauftragung des SV schneller ist. Daher ersetzen Lehre und Rsp dem Geschädigten selbst dann die Gutachterkosten, wenn der Schädiger seinerseits schon ein Gutachten eingeholt hat.²³⁾

Das gilt umso mehr, wenn das vom Versicherer in Auftrag gegebene Gutachten (wie es mitunter vorkommen dürfte) dem Geschädigten gar nicht vorgelegt wird. Man kann vom Geschädigten nämlich nicht verlangen, dass er sich auf ein Gutachten verlässt, das er gar nicht kennt.

Daran ändert auch § 29 Abs 2 KHVG nichts, wonach der Geschädigte dem Haftpflichtversicherer des Schädigers die zur Schadensfeststellung erforderliche „Auskunft“ zu erteilen hat. Zwar lässt sich diese Auskunftspflicht zu einer allgemeineren Pflicht des Geschädigten verbreitern, eine Begutachtung durch den Haftpflichtversicherer nicht zu sabotieren.²⁴⁾ Daraus folgt aber nicht, dass der Geschädigte dem Haftpflichtversicherer des Schädigers die Begutachtung zur Gänze überlassen müsste.

Vielmehr will § 29 Abs 2 KHVG dem Versicherer ermöglichen, die vom Geschädigten festgestellten und geltend gemachten Ansprüche auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen.²⁵⁾ Damit geht § 29 Abs 2 KHVG (wie die inhaltsgleichen § 158 d Abs 3 VersVG und § 119 Abs 3 dVVG) aber gerade nicht davon aus, dass

15) Zur Kaskoversicherung ausf. *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung.

16) BGH NJW-RR 1989, 953; NJW 2005, 356; NJW 2007, 1450; NJW 2014, 3151; *J.W. Flume* in *Bamberger/Roth*, BeckOK-BGB⁴⁷ § 249 Rn 108; *Oetker* in *MüKo*, BGB⁸ § 249 Rn 396 ff.

17) Statt aller BGH NJW-RR 1989, 953; NJW 2005, 356; NJW 2007, 1450; NJW 2017, 1875; NJW 2018, 693; NZV 2019, 34; *Oetker* in *MüKo*, BGB⁸ § 249 Rn 396.

18) BGH NJW 2007, 1450.

19) BGH NJW 2007, 1450; NJW 2014, 3151; NJW 2017, 1875; NJW 2018, 693; NZV 2019, 34; *J.W. Flume* in *BeckOK BGB*⁴⁷ § 249 Rn 108; *Hörl*, NZV 2003, 305 (306 f); *Macke*, DAR 2000, 506 (514); *Vuia*, Die Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten insbesondere nach Verkehrsunfällen, NJW 2013, 1197.

20) So auch *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 2/66; diff. *Ch. Huber*, Schadensberechnung 618 ff, 642.

21) OGH 2 Ob 258/59 ZVR 1960/201; RIS-Justiz RS0023583; *Barfuß*, Verfahrens- und Kostenersatzfragen vorprozessualer Gutachten, in *Aicher/Funk*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 81 (89).

22) OGH 2 Ob 207/78; so auch *Kriegner*, ZVR 2014, 40 (42); dazu im Allg. *M. Bydlinski*, Der Anspruch auf Ersatz „vorprozessualer Kosten“, JBl 1998, 69 (79); *Deixler-Hübner*, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen – Anspruchsgrundlagen und Anspruchshöhe, ÖJZ 2002, 372 (375); aA noch *Hule*, Nochmals: vorprozessuale Kosten, ÖJZ 1958, 651 (652); ausf. zur Abgrenzung auch *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung.

23) *Oetker* in *MüKo*, BGB⁸ § 249 Rn 399; *Schiemann* in *Staudinger* § 251 Rn 122 mwN; *Vuia*, NJW 2013, 1197 (1199); *Wortmann*, Der Sachverständige im Mittelpunkt der Schadensregulierung – Teil I, DS 2009, 253; KG OLGZ 1977, 315; OLG-Jena OLG-NL 2005, 270.

24) BGH VersR 1984, 79. Schon das ist freilich nicht unumstritten, *W.-T. Schneider* in *MüKo*, VVG² § 119 Rn 17; krit. auch *Dötsch*, zfs 2013, 63.

25) Vgl. OLG Bremen NJW-RR 1990, 1181; *W.-T. Schneider* in *MüKo*, VVG² § 119 Rz 20.

die Feststellung des Schadens ohnehin in der Hand des Versicherers liegt, weil die Bestimmung sonst überflüssig wäre. Während nämlich § 66 Abs 2 VersVG dem Versicherer im Verhältnis zu seinem VersN tatsächlich die „Beauftragungshoheit“ für den SV zuweist, fehlt eine entsprechende Regelung gerade für das Verhältnis zum geschädigten Dritten.

Das ist teleologisch auch gut nachvollziehbar. Schließlich hängt von der Einschätzung des SV ab, ob und wie für den Geschädigten der Zustand vor der Schädigung wiederhergestellt wird. Damit geht es im Kern um sein Integritätsinteresse. Hier wäre es also besonders heikel, dem Geschädigten das Restitutionsgeschehen aus der Hand zu nehmen²⁶⁾ und die Begutachtung von demjenigen organisieren zu lassen, der am Ende den Schaden zu begleichen hat.

Gegen einen Anspruch des Geschädigten auf Kostenersatz könnte man letztlich noch einwenden, dass der Haftpflichtversicherer bei der Begutachtung mithilfe von Skaleneffekten Kosteneinsparungen erzielen könne. Die Beauftragung des SV durch den Geschädigten sei demgegenüber teurer und müsse daher zu einem Anstieg der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämien führen.

Abgesehen davon, dass sich dieses „Prämienargument“ empirisch nur schwer belegen lässt (in Deutschland scheinen die Prämien in der Kfz-Haftpflichtversicherung etwa nicht höher zu sein als in Österreich),²⁷⁾ wäre es mE im Haftpflichtrecht fehl am Platz. Die Ansprüche des Geschädigten hängen nicht davon ab, ob die Versicherungsprämien für den Schädiger steigen würden.²⁸⁾ Hinzu kommt noch, dass ein Prämienanstieg auch mithilfe vertraglicher Gestaltungen vermieden werden könnte, wie der Spalttarif für den Ersatz der Mietwagenkosten (§ 21 KHVG) zeigt.²⁹⁾ Daher folgt aus dem „Prämienargument“ für die hier interessierende Frage mE nichts.

3. Zwischenergebnis: Anspruch auf Kostenersatz

In der Einholung eines eigenen SV-Gutachtens liegt also keine Verletzung der Schadensminderungsobligenheit. Das gilt auch, wenn im Einzelfall ein eigenes Gutachten des Geschädigten teurer sein sollte als ein vom Versicherer eingeholtes Gutachten.³⁰⁾

Dafür spricht zunächst schon das Integritätsinteresse des Geschädigten. Schon die Grundwertung des § 1323 ABGB, wonach vorrangig Naturalrestitution zu leisten ist, stellt nämlich das Integritätsinteresse des Geschädigten grundsätzlich über das Interesse des Schädigers an einer möglichst kostengünstigen Schadensbehebung.

Dem Geschädigten wird dabei besonders an der Waffengleichheit gelegen sein.³¹⁾ Er ist regelmäßig in Fragen der Kfz-Reparatur unbedarft, während der Versicherer über fachkundiges Personal, umfassende Regulierungserfahrung und eine professionelle Organisation verfügt. Dieses strukturelle Ungleichgewicht gleicht erst ein eigenes Gutachten des Geschädigten aus.³²⁾ Wenn es nämlich bei Reparatur- und Bewertungsfragen Ermessensspielräume gibt, hat der Geschädigte ein legitimes Interesse daran, dass der Scha-

den nicht im Auftrag desjenigen beziffert wird, der ihn letztlich auch begleichen muss.

Überdies ist der Geschädigte auch für die Schadenshöhe beweispflichtig.³³⁾ Im Regelfall wird er sich aber nur mit Hilfe eines SV-Gutachtens Klarheit über den Umfang seiner Ansprüche verschaffen können.³⁴⁾ Daher ist es plausibel, dass der Geschädigte ein Gutachten einholt, um den „richtigen“ Betrag einzuklagen.³⁵⁾ Sonst läuft er nicht nur Gefahr, zu wenig einzuklagen, sondern auch zu viel einzuklagen, was mit negativen Kostenfolgen verbunden wäre.³⁶⁾

Somit ist mE der Judikatur des OGH und des BGH zuzustimmen. Eine unerträgliche Haftungsausuferung zu Lasten der Haftpflichtversicherer droht dadurch nicht. Ermittelt der vom Geschädigten beauftragte SV nämlich sorgfaltswidrig einen zu hohen Ersatzbetrag, bleibt dem Versicherer der Rückgriff gegen den SV. Dieses Haftungsrisiko schafft für den SV einen Anreiz, den Ersatzbetrag möglichst präzise zu ermitteln (dazu D.3.).

4. Einschränkungen des Kostenersatzes

Hat der Geschädigte damit grundsätzlich einen Anspruch auf Kostenersatz gegen den Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer, bedarf dieses Zwischenergebnis noch einiger Einschränkungen.

a) Bagatellschäden

Die deutsche Judikatur ersetzt Gutachterkosten zunächst nicht bei „*offensichtlichen Bagatellschäden*“, wobei die Bagatellgrenze häufig bei rund € 1.000,- verortet wird.³⁷⁾ Hier sei die Begutachtung nicht zur Wiederherstellung „*erforderlich*“ iSd § 249 Abs 2 BGB.³⁸⁾

Das erscheint sachgerecht, bedarf aber für das österreichische Recht noch einer näheren Begründung. Tatsächlich getätigte Aufwendungen „*zur Schadensermittlung oder zur Rechtsverfolgung*“ sind nämlich wie alle Aufwendungen zur Schadensbeseitigung subjektiv-konkret zu berechnen;³⁹⁾ eine Beschränkung ihres Ersatzes mit dem objektiv „erforderlichen“ Betrag scheint dem zu widersprechen.

26) Vgl dazu BGH NJW 2007, 1450; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr § 1323 Rz 12.

27) Ch. Huber, ZVR 2008, 532 (537).

28) Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung² (1995) 103.

29) Vgl Ch. Huber, Schadensberechnung 104.

30) Zum Ersatz offensichtlich überhöhter Honorare s aber Burtcher/Spitzer, Schadensabwicklung.

31) Vuia, NJW 2013, 1197 (1199).

32) Instruktiv OLG Karlsruhe NJW 1968, 1333.

33) Dazu Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/7 ff mwN zur Schadensschätzung nach § 273 ZPO.

34) M. Bydlinski in Fasching/Konecny II/1³ § 41 ZPO Rz 36; Obermaier, Kostenhandbuch³ (2018) Rz 1.425.

35) Kriegner, ZVR 2014, 40 (42); s schon Hüpper, VersR 1961, 583 (584); Wortmann, Die Schadensregulierung bei Verkehrsunfällen – insbesondere die Sachverständigenkosten, VersR 1998, 1204 (1205).

36) Einen völligen Schutz bei Überklagung bietet ihm nämlich auch § 43 Abs 2 ZPO nicht: M. Bydlinski in Fasching/Konecny II/1³ § 41 ZPO Rz 36; Chvosta, Prozesskostenrecht (2000) 87.

37) Ausf Verheul in Himmelreich/Halm/Staab, Kfz-Schadensregulierung⁴ (2018) Rz 13/9 ff; krit Wortmann, DS 2009, 253 (254); zur Entwicklung Oetker in MüKo, BGB⁸ § 249 Rn 398; Wortmann, VersR 1998, 1204.

38) Oetker in MüKo, BGB⁸ § 249 Rn 398.

39) Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/66 und Rz 9/10.

Freilich ist der Geschädigte im Rahmen seiner Schadensminderungsobliegenheit gehalten, bei gleichwertigen Möglichkeiten der Schadensbeseitigung die günstigere zu wählen.⁴⁰⁾ Bei Bagatellschäden wird dabei die Einholung eines Kostenvoranschlags genügen,⁴¹⁾ wobei es darauf ankommt, ob der Geschädigte ohne Weiteres erkennen kann, dass ein Bagatellschaden vorliegt,⁴²⁾ was vielfach nur bei oberflächlichen Lackschäden der Fall sein wird.⁴³⁾ Sonst kann man dem Geschädigten nämlich nicht vorwerfen, seine Schadensminderungsobliegenheit verletzt zu haben.⁴⁴⁾

Holt der Geschädigte trotz „*offensichtlichen Bagatellschadens*“ ein SV-Gutachten ein, muss er aber wohl die gesamten (die Kosten eines Kostenvoranschlags übersteigenden) Gutachterkosten selbst tragen. Zwar ist bei Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit hins des erhöhten Schadens grundsätzlich eine Schadensteilung nach § 1304 ABGB sachgerecht.⁴⁵⁾ Das gilt aber nicht, wenn die Zurechnungsmomente auf Seiten des Geschädigten stark überwiegen bzw der schadensvergrößernde Entschluss des Geschädigten durch die Schadenszufügung nicht veranlasst war.⁴⁶⁾ Davon geht die Lehre etwa aus, wenn der Eigentümer eines beschädigten Kleinwagens ein Luxusfahrzeug anmietet.⁴⁷⁾ Ähnlich ist es hier: Bei offensichtlichen Bagatellschäden ist die Einholung eines SV-Gutachtens erkennbar unverhältnismäßig und zur Schadensabwicklung nicht erforderlich, sodass der Geschädigte die Gutachterkosten selbst tragen muss.

b) „Geheimgutachten“

Gleich verhält es sich mit den Kosten für ein „Geheimgutachten“. Untersagt der SV dem Geschädigten die Weitergabe des Gutachtens an den Versicherer,⁴⁸⁾ ist das Gutachten nämlich erkennbar ungeeignet zur Schadensregulierung, sodass die Kosten dafür nicht zu den Wiederherstellungskosten zählen. Der Entschluss des Geschädigten, ein solches „Geheimgutachten“ einzuholen, ist daher nicht durch die Schädigung veranlasst.⁴⁹⁾

c) Mitverschulden

Umstritten ist, wie sich ein Mitverschulden des Geschädigten am Unfall auf dessen Ersatzanspruch auswirkt. Manche deutsche Gerichte gewährten auch dem mitschuldigen Geschädigten vollen Kostenersatz, weil die Kosten für ein SV-Gutachten nicht anfallen würden, wenn der Geschädigte den Schaden zur Gänze selbst zu tragen hätte. Daher müsse er die Kosten auch dann nicht tragen, wenn er nur einen Teil des Schadens verursacht habe.⁵⁰⁾

Der BGH behandelt die Gutachterkosten hingegen auch hins des Mitverschuldens wie alle anderen Schadensposten und gewährt dem Geschädigten nur anteiligen Ersatz.⁵¹⁾ Schließlich diene die Einholung des SV-Gutachtens auch den Interessen des Geschädigten, weil ihm das Gutachten Klarheit über das Ausmaß des Schadens und die von ihm zu tragenden Kosten verschafft.⁵²⁾ Diese Frage bedürfte mE – auch mit Blick auf Parallelwertungen im Prozesskostenrecht – noch einer näheren Untersuchung.⁵³⁾

D. Haftung des SV

Abschließend ist noch auf die Haftung des SV kurz einzugehen, da aus diesem Themenkreis wichtige Rückschlüsse für die hier interessierenden Fragen gewonnen werden können (D.3.).

1. Sorgfaltsmaßstab und Schadensposten

Der SV unterliegt bekanntlich dem erhöhten und objektivierten Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB.⁵⁴⁾ Nimmt er die Begutachtung entgegen den Regeln seiner Kunst vor, kann dadurch sowohl dem Versicherer als auch dem Geschädigten ein Schaden entstehen. So könnte etwa eine zu niedrige Ermittlung des Restwerts den Versicherer zur Zahlung eines zu hohen Betrags veranlassen.⁵⁵⁾ Umgekehrt könnte bei einer zu geringen Schätzung des Reparaturaufwands der Geschädigte einen zu geringen Betrag erhalten. In beiden Fällen entsteht – einmal auf Seiten des Versicherers, einmal auf Seiten des Geschädigten – ein „*Differenzschaden*“ in Geld.⁵⁶⁾ Dieser ist ein bloßer Vermögensschaden durch den Kfz-Versicherer (2020, in Druck).

2. Ersatz bloßer Vermögensschäden

Das ist für die Haftung des SV gegenüber dem Geschädigten unproblematisch, da zwischen beiden ein Vertragsverhältnis besteht. Daher haftet der SV nach § 1300 Satz 1 ABGB auch bei leichter Fahrlässigkeit für bloße Vermögensschäden seines Auftraggebers.⁵⁷⁾ →

40) *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/89.

41) *Böhm/Strecke*, Erstattung von Sachverständigenkosten nach einem Verkehrsunfall, zfs 2015, 4 (5); *Vuia*, NJW 2013, 1197; *K. Schneider* in *Berz/Burmann*, HB Straßenverkehrsrecht (2019) Kap. 5C Rz 72a mwN.

42) Vgl *Vuia*, NJW 2013, 1197 (1197 f).

43) *Wortmann*, DS 2009, 253 (254 mwN); *Verheul* in *Himmelreich/Halm/Staab*, Kfz-Schadensregulierung⁴ Rz 13/21 ff.

44) Auch der BGH stellt auf eine „*subjektbezogene Schadensbetrachtung*“ ab, vgl dazu nur BGH NJW 2014, 1947; *Offenloch*, Die Rechtsprechung des BGH zum Haftpflichtrecht im Straßenverkehr, DAR 2018, 302 (309).

45) *Koziol*, Rechtsfolgen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht – Rückkehr der archaischen Kulpakompensation? ZEuP 1998, 593; *Kamer* in *KBB*⁵ § 1304 Rz 10 mwN.

46) Dazu im Allg *Kamer* in *KBB*⁵ § 1304 Rz 10; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/92.

47) *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/92.

48) Zu entsprechenden Versuchen deutscher Sachverständiger *Engelke*, NZV 2012, 365 (366); LG Berlin NJOZ 2012, 2122.

49) Vgl OLG Düsseldorf 1 U 122/92 VersR 1995, 107: Die Kosten für ein SV-Gutachten sind nicht zu ersetzen, wenn der Geschädigte eine Beschädigung des Fahrzeugs durch den Haftpflichtversicherer bewusst vereitelt, weil das Gutachten dann nicht mehr als neutrale Abrechnungsgrundlage angesehen werden kann.

50) AG Sieburg DAR 2010, 389 (zust *Poppe*); OLG Rostock DS 2011, 290.

51) BGH NJW 2012, 1953 (*Figgenger*); *Oetker* in *MüKo*, BGB⁸ § 249 Rn 400.

52) OLG Düsseldorf DS 2011, 288 (zust *Wortmann*); OLG Celle 14 U 47/11; OLG Hamm DAR 2012, 20; zust *Engelke*, NZV 2012, 365 (368).

53) Dazu *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung.

54) Dazu *Kamer* in *KBB*⁵ § 1299 Rz 2 mwN; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/39; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1297 Rz 22 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

55) Vgl LG Bochum NJW-RR 1993, 29; LG Gießen NJW-RR 2002, 751.

56) Problematisch könnte die Kausalität der Pflichtverletzung für den „*Differenzschaden*“ sein, weil der SV nur Tatsachen feststellt, die Ansprüche aber davon unberührt bleiben. Oft ist aber eine Nachforderung des Geschädigten oder eine Rückforderung des Versicherers nicht (mehr) möglich; dazu *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung.

57) Siehe *Reischauer* in *Rummel*⁸ § 1300 Rz 4.

Schwieriger zu beurteilen ist die Haftung des SV gegenüber dem Haftpflichtversicherer, da zwischen beiden kein Vertragsverhältnis besteht und der Gutachter im deliktischen Bereich nur für die „wissentlich“ falsche Gutachtenserstellung einzustehen hat (§ 1300 Satz 2 ABGB).⁵⁸⁾

Die deutsche Rsp geht freilich davon aus, dass der Vertrag zwischen dem SV und dem Geschädigten Schutzwirkungen zugunsten des Haftpflichtversicherers entfaltet. Daher haftet der SV auch dem Versicherer schon bei leichter Fahrlässigkeit.⁵⁹⁾ Das ist im Ergebnis überzeugend; dogmatisch reibungsloser wäre es aber wohl, diese strenge Haftung des Gutachters auf eine Verletzung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten zu stützen.⁶⁰⁾ Ansatzpunkt für die Haftung ist demnach der vom Gutachter geschaffene Vertrauenstatbestand.⁶¹⁾ Nach hA haftet demnach der Ersteller eines erkennbar dritgerichteten Gutachtens auch gegenüber dem Dritten, weil das Gutachten dem Dritten erkennbar als Dispositionsgrundlage dienen soll.⁶²⁾

Auf diesem Weg lässt sich eine strenge Haftung des SV gegenüber dem Versicherer schlüssig begründen. Der SV, der im eigenen wirtschaftlichen Interesse ein Gutachten erstellt, nimmt nämlich gerade besonderes Vertrauen des Versicherers in Anspruch. Sein Gutachten soll dem Haftpflichtversicherer als sachverständige und neutrale Abrechnungsgrundlage für die Schadensabwicklung dienen.⁶³⁾ Damit schafft das Gutachten eine besondere Gefahr für das Vermögen des Haftpflichtversicherers, weil es diesen zur Auszahlung des veranschlagten Ersatzbetrags veranlassen soll.⁶⁴⁾ Das rechtfertigt eine strenge Haftung des Gutachters für bloße Vermögensschäden.⁶⁵⁾

Somit haftet der SV für fehlerhafte Gutachten sowohl dem Geschädigten als auch dem Haftpflichtversicherer auch bei leichter Fahrlässigkeit für deren bloße Vermögensschäden.

3. Folgerungen

Wegen dieser strengen Haftung hat das Gutachten eine hohe Richtigkeitsgewähr: Schätzt der SV zu niedrig, haftet er dem Geschädigten; schätzt er zu hoch, haftet er dem Versicherer. Das Haftungsrecht bietet ihm also einen Anreiz, möglichst richtig zu schätzen.⁶⁶⁾

Dieser Anreiz fehlt, wenn der SV das Gutachten nur für den Versicherer erstellt, während eine Vorlage des Gutachtens an den Geschädigten nicht intendiert oder sogar untersagt ist. Hier fehlt es nämlich an einem dritgerichteten Gutachten, sodass den SV keine Sorgfalts-

pflichten gegenüber dem Geschädigten treffen. Das wird in der Praxis der Schadensabwicklung freilich häufig vorkommen, insb wenn der SV durch Erstellung des Gutachtens nur seine dienstvertraglichen Pflichten gegenüber dem Versicherer erfüllt. Damit wirkt das Haftungsrecht in dieser Variante nicht mehr als Korrektiv. Vielmehr hat der SV einen Anreiz, Bewertungsspielräume einseitig zugunsten des Versicherers auszunutzen, weil er dadurch jegliches Haftungsrisiko vermeiden kann.⁶⁷⁾

Das schlägt die Brücke zur freien SV-Wahl. Aus ökonomischer Sicht erscheint es vorteilhaft, wenn der Geschädigte den SV mit der Erstellung eines dritgerichteten Gutachtens beauftragt, weil in dieser Variante das Haftungsrecht seine Präventionswirkung besser entfaltet. Das spricht umso mehr dafür, dass der Geschädigte für die Einholung eines solchen Gutachtens auch Kostenersatz bekommt, sodass auch ein ökonomischer Blickwinkel die Judikatur von OGH und BGH stützt.

E. Fazit

Es hat sich somit gezeigt, dass der Geschädigte nicht nur die freie Kfz-SV-Wahl hat, sondern dass er die Kosten für ein eigenes Gutachten auch vom Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer ersetzt bekommt. Das entspricht der stRsp in Deutschland und der spärlichen Judikatur des OGH. Durch Einholung eines eigenen SV-Gutachtens verletzt der Geschädigte nicht seine Schadensminderungsobliegenheit. Er erhält aber keinen Kostenersatz für „Geheimgutachten“ und für Gutachten über „offensichtliche Bagatellschäden“.

58) Dazu *Karner* in KBB⁵ § 1300 Rz 4.

59) OLG München NZV 1991, 26 (zust. *Hällmayer*); LG Bochum NJW-RR 1993, 29; LG Gießen NJW-RR 2002, 751; *Schiemann* in *Staudinger* § 251 Rn 122 mwN.

60) Dazu *Karner*, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in FS Koziol (2010) 695 (706 ff); *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 87; ausf. *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung.

61) *Karner* in FS Koziol 695 (712); *Reischauer* in *Rumme*⁶ § 1300 Rz 9; s. schon *Canaris*, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 (1999) 206 (224 f).

62) RS0106433; *Karner*, Haftung des Gutachters gegenüber Dritten und Treugebern, ÖBA 2001, 893; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1300 Rz 17 (Stand 1. 3. 2019, rdb.at); *Welser*, Rat 86 ff; aA *Harrer* in *Schwimann*⁸ § 1300 Rz 10.

63) Vgl auch *Hällmayer*, NZV 1991, 27 f.

64) Vgl *Karner* in FS Koziol 695 (705) zur insoweit parallelen Situation bei Einholung eines Wertgutachtens.

65) *Karner* in FS Koziol 695 (701).

66) Zu diesem Aspekt *Schäfer*, Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, AcP 202 (2002) 808 (829); *Karner* in FS Koziol 695 (706).

67) Vgl *Schäfer*, AcP 202, 808 (829).

→ In Kürze

Der Geschädigte hat das „Recht der freien Kfz-SV-Wahl“ und bekommt die Kosten für ein von ihm eingeholtes SV-Gutachten vom Schädiger bzw dessen Haftpflichtversicherer grundsätzlich ersetzt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Bernhard Burtscher ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Postdoktorand am Propter-Homines-Lehrstuhl für Bank- und

Finanzmarktrecht der Universität Liechtenstein.

Kontaktadresse: Universität Liechtenstein, Fürst-Franz-Josef-Strasse, FL-9490 Vaduz.

E-Mail: bernhard.burtscher@uni.li

Vom selben Autor erschienen:

Haftung bei Multiorganschaft (2019); Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts, JETL 2017, 137 (gemeinsam mit *Spitzer*); Die Subsidiarität des Schutzwirkungsvertrages im Zivilprozess, JBI 2015, 631.

Literatur:

Burtscher/Spitzer, Schadensabwicklung durch den Kfz-Versicherer (2020, in Druck).

