

Clemens THIELE

Aktuelle Entwicklungen und Judikatur im anwaltlichen Honorar- und Kostenrecht 2010

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	44
I. Gesetzgebungsaktivitäten	44
1. Berufsrechts-Änderungsgesetz 2010 (BRÄG 2010).....	44
2. Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz (IRÄ-BG).....	44
3. Budgetbegleitgesetz 2011 (BBG 2011).....	45
4. Kostenverordnungen.....	47
II. Allgemeines Honorarrecht.....	47
1. Einbehaltungsrecht und Pfandrecht des Rechtsanwalts	47
2. Das Recht der freien Vereinbarung und seine Grenzen.....	49
3. Fälligkeit und Abrechnung des Anwaltshonorars	50
III. Grundzüge des Rechtsanwaltstarifgesetzes.....	52
1. Bemessungsgrundlagen für anwaltliche Leistungen	52
2. Die Tarifposten des RATG	54
3. Besondere prozessuale Bestimmungen	55
a. Streitwertbemängelung nach § 7 RATG.....	55
b. Einheitssatz nach § 23 RATG.....	56
IV. Allgemeine Honorar-Kriterien	57
V. Zivilprozessualer Kostenersatz.....	58
1. Umfang und Sicherung des Kostenersatzanspruchs.....	59
2. Geltendmachung des prozessualen Kostenersatzanspruchs	61
3. Entscheidung über den Kostenersatzanspruch.....	64
4. Prinzipien des zivilprozessualen Kostenersatzes.....	66
VI. Exekutionsrechtlicher Kostenersatz.....	67
VII. Strafprozessualer Kostenersatz	68
VIII. Kostenersatz vor der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts und vor übernationalen Tribunalen.....	69
1. Eingabegebühren bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts	69
2. Kostenersatz im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV.....	70
Zusammenfassung.....	70

Einleitung

Die folgende Rubrik versucht nicht nur eine **überblicksmäßige Erörterung der im Jahr 2010 ergangenen Judikatur zum Honorar- und Kostenrecht** des Rechtsanwalts, sondern stellt auch die gesetzgeberischen Neuerungen zusammenfassend dar. Wie immer gilt auch hier, dass ein (Nach-)Lesen des (aktuellen) Gesetzestextes nicht nur Grundsatzdiskussionen erspart, sondern auch die beste Methode darstellt, sich mit neuen Entwicklungen vertraut zu machen.¹

I. Gesetzgebungsaktivitäten

1. Berufsrechts-Änderungsgesetz 2010 (BRÄG 2010)²

Art 9 BRÄG hat eine **Änderung des Rechtsanwaltstarifgesetzes**³ mit Wirkung vom 01.01.2010 dahingehend gebracht, dass die bisher gebräuchliche Abkürzung „EuRAG“ für das sog. „Europäisches Rechtsanwältengesetz“⁴ durch den Kurztitel „EIRAG“⁵ ersetzt worden ist. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber im Bereich der Verfahren über Privatanklagen und bei Medienstrafsachen gegenüber dem allgemeinen Zivilverfahren⁶ „nachgezogen“ und ein zweiseitiges Kostenverfahren eingerichtet. Die tarifliche Vergütung für Gegenäußerungen zu Kostenbeschwerden folgt nunmehr ausdrücklich TP 4 I Z 4 lit d RATG. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass mit der StPO-Reform 2008 auch das Verfahren über Kostenbeschwerden zweiseitig ausgestaltet worden ist.

2. Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz (IRÄ-BG)⁷

Art 44 IRÄ-BG hat eine **sprachliche Anpassung** des Rechtsanwaltstarifgesetzes dahingehend bewirkt, dass die bisherigen Begriffe „Konkurs- und Ausgleichsverfahren“ in TP 1 IV und TP 2 I Z 4, II Z 4 RATG durch „Insolvenzverfahren“ sowie in TP 3 A I Z 4 RATG „Ausgleichsverfahren“ durch „Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung“ ersetzt worden sind. Dabei handelt es

1 Den Berichtszeitraum bildet jeweils der 01.01.2010 bis 31.12.2010; die wesentliche Rsp ist z.T. bis 31.03.2011 erfasst.

2 BGBl I 141/2009.

3 BGBl 189/1969 (mehrfach novelliert) zuletzt geändert durch BGBl I 90/2008.

4 BGBl I 27/2000.

5 BGBl I 68/2008.

6 Zur Zweiseitigkeit des Kostenrekursverfahrens seit dem 2. Euro-JuBeG vgl statt vieler *G.Kodek*, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit. Bilanz – Probleme – Perspektiven, ÖJZ 2008, 216 mwN.

7 BGBl I 58/2010 in Kraft ab 01.08.2010.

sich um durch die Schaffung der Insolvenzordnung (IO)⁸ und der damit verbundenen Aufhebung der AO und KO notwendige Maßnahmen.

3. Budgetbegleitgesetz 2011 (BBG 2011)⁹

Die Änderungen in den zivil- und zivilverfahrensrechtlichen Bestimmungen verfolgen primär das Ziel, die Gerichte zu entlasten. Dies gilt auch für die Anpassungen im Gebühren- und Kostenrecht.¹⁰ § 52 ZPO ist in seiner novellierten Fassung in Verfahren **anzuwenden**, in denen der Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nach dem 30. Juni 2011 liegt. § 54 Abs 1a letzter Satz ZPO ist in der novellierten Fassung in Verfahren anzuwenden, in denen der Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nach dem 31. Dezember 2010 liegt.¹¹

3.1. Bei besonderer Komplexität der Kostenentscheidung erlaubt **§ 52 Abs 1 ZPO nF** nunmehr dem Gericht seine Kostenentscheidung „aus Gründen der Verfahrensökonomie“ vorzubehalten.¹² Dies gilt für Erstgerichte ebenso wie für Instanzgerichte. Diesfalls entscheidet das Erstgericht über die Kosten des gesamten Verfahrens nach Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung. Nach den Gesetzesmaterialien¹³ besteht eine **Komplexität der zu treffenden Kostenentscheidung** iS des **§ 52 Abs 2 ZPO nF** zB beim Bilden von mehreren Verfahrensabschnitten mit unterschiedlichen Streitwerten und Obsiegsquoten.¹⁴

3.2. Der Gesetzgeber hat in **§ 54 Abs 1a Satz 4 ZPO nF** ausdrücklich das Wort „ungeprüft“ eingefügt,¹⁵ sodass diese Vorschrift ab ihrem Inkrafttreten nicht mehr verfassungskonform interpretierbar, sondern klar verfassungswidrig ist.¹⁶ So hat dann auch völlig zutreffend der Verfassungsdienst (sic!) des Bundeskanzleramtes im Begutachtungsverfahren¹⁷ zum Ministerialent-

8 BGBl I 29/2010.

9 BGBl I 111/2010.

10 Vgl EB RV 981 BlgNR 24. GP 82 Allgemeiner Teil.

11 In Kraft Treten nach Art 39 Abs 10 und 10a BBG 2011.

12 Dieser neu eingeführte „Kostenvorbehalt“ ist nicht mit dem in § 53 ZPO geregelten für eine ziffernmäßige Bestimmung bei Teil- und Zwischenurteilen zu verwechseln.

13 EB RV 981 BlgNR 24. GP 82.

14 Ebenso G. Kodek, Budgetbegleitgesetz 2011 – die justiziellen Bestimmungen im Überblick, Zak 2011, 4 ISp; siehe zu all dem auch *Rassi*, Neues vom Kostenrecht, *ecolex* 2011, 320.

15 G.Kodek, Zak 2011, 4 ISp erhöht den zu verurteilenden Schritt zur „authentischen Interpretation“.

16 Ausführlich begründend bereits *Thiele*, (Un-)geprüft – Rasche Beseitigung einer Verfassungswidrigkeit in § 54 Abs 1a ZPO idF des BudgetbegleitG 2011, RZ 2011, 80, 81 f.

17 Stellungnahme vom 15.11.2010, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00233_07/fnameorig_199161.html (27.04.2011).

wurf ME 233/07 wörtlich ausgeführt: „*Es wird daran erinnert, dass ein Verfahren beim Verfassungsgerichtshof zur Frage der Verfassungskonformität von § 54 Abs. 1a ZPO idgF anhängig ist (G 280/09). In Anbetracht dieser Tatsache sollte von der Novellierung des betreffenden vorerst abgesehen und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes abgewartet werden.*“ Der (einfache) Gesetzgeber hat diesen wohl gemeinten Rat ignoriert.¹⁸ Solcherart legislative Auswirkungen eiligen Regierens stellen bedauerlicherweise keine Seltenheit dar und sind schon vor mehr als einem Jahrzehnt zutreffend kritisiert worden.¹⁹

Kostenentscheidungen, auf die § 54 Abs 1a ZPO aF anzuwenden bleibt, sind jedenfalls nach dieser (verfassungskonformen) Vorschrift abzuhandeln.²⁰ Nach Ansicht der Zivil- und Strafgerichte²¹ bestehen bemerkenswerterweise auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Weiteranwendung von als verfassungswidrig aufgehobenen Gesetzen, sodass Kostenentscheidungen, auf die **§ 54 Abs 1a ZPO nF** ab dem 01.01.2011 anzuwenden ist, nach dieser Ansicht kraft Größenschlusses – jedenfalls in erster Instanz – getroffen werden können. Dies liegt freilich im **Ermessen des Erstgerichts**. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass eine Verletzung der Verpflichtung, ein Kostenverzeichnis an den Gegenvertreter auszuhändigen zum völligen Verlust des Kostenersatzanspruches führt, sodass insofern auf genaue Protokollierung zu achten ist.²²

3.3. Der Kostenanspruch erfolgt nach wie vor im Zivilprozess ohne gesonderten Antrag, erfordert aber die rechtzeitige Vorlage des Kostenverzeichnisses. In Urteilen erfolgt regelmäßig eine **Kostenentscheidung**, die, wie sich aus § 55 ZPO ergibt, als Beschluss behandelt wird, der nur in das Urteil aufgenommen wurde. Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung bildet daher stets der **Kostenrekurs** nach § 55 ZPO. Dieser ist nunmehr nach **§ 517 Abs 3 ZPO nF** immer dann **unzulässig**, wenn der Betrag, dessen Zuspruch oder Aberkennung beantragt wird, **EUR 50,-** nicht übersteigt. Damit „riskiert“ der Gesetzgeber „ein ‚Ausweichen‘ auf Amtshaftungsverfahren, weil bloße Versehen von der Rsp nicht mehr gewissermaßen ‚inhouse‘ behoben werden können“.²³

18 *Schiller*, Wallenstein, P V/1: „Das eben ist der Fluch der bösen Tat, / Dass sie, fortzeugend, immer Böses muss gebären“.

19 *Schernthanner*, Speed kills, RZ 2000, 270.

20 Vgl. dazu *Obermaier*, Zur Nichtthonorierung von Kosteneinwendungen und Kostenrekursen, Zak 2010/256, 150.

21 OGH 27.10.1994, 8 Ob S 9/94, 10/94, nv; 8.9.1992, 11 Os 138/82, ARD 4656/23/95.

22 Zu Recht kritisch *G. Kodek*, Zak 2011, 4 rSp, der ein bereits eingeleitetes Gesetzesprüfungsverfahren vor dem VfGH erwähnt.

23 So treffend *G. Kodek*, Zak 2011, 4 rSp.

4. Kostenverordnungen

4.1. Mit Wirkung vom 01.01.2011 wurde der **Normalkostentarif**²⁴ nach § 24 RATG geändert. Die mit dem BBG 2011 im Bereich der Gerichtsgebühren bewirkten Änderungen haben auch eine Neuerlassung der Verordnung über den Normalkostentarif erforderlich gemacht.

4.2. Die Erlassung der Verordnung über die Festsetzung der Pauschalvergütung des Bundes für die Leistungen der Rechtsanwälte im Rahmen der Verfahrenshilfe vor den unabhängigen Verwaltungssenaten (**Pauschalvergütungsverordnung UVS-Verfahren**)²⁵ nach § 56a Abs 2 RAO sorgt im Bereich der Verfahrenshilfe für eine pauschale Abgeltung an die Rechtsanwaltskammern für das Kalenderjahr 2009 und die folgenden Kalenderjahre.

4.3. Der Aufwandsersatz nach § 58a ASGG ist durch Verordnung der Bundesregierung für die Leistungen der qualifizierten Vertreter mit der **Aufwandsersatzverordnung**²⁶ erhöht worden, und zwar im Verfahren erster Instanz bis zur mündlichen Streitverhandlung oder bis zur abgesonderten Abhaltung einer ersten Tagsatzung bzw zur Erlassung des Zahlungsbefehls, Zahlungsauftrages oder Versäumungsurteils auf nunmehr EUR 235,-; für das weitere Verfahren erster Instanz auf EUR 410,-; für das Berufungsverfahren sowie im Verfahren über den Rekurs gegen einen Endbeschluss generell auf EUR 410,-.

II. Allgemeines Honorarrecht

1. Einbehaltungsrecht und Pfandrecht des Rechtsanwalts

In einer insolvenzrechtlichen Entscheidung hatte das Höchstgericht²⁷ zu beurteilen, ob dem Rechtsanwalt aufgrund des sich aus **§ 19 Abs 1 RAO** ergebenden Zurückbehaltungsrechts im Konkurs der Gemeinschuldnerin ein Absonderungsrecht zukommt.

Das anwaltliche Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht besteht nach § 19 RAO nur an Bargeld, das Dritte für den Mandanten erlegt haben, nicht auch an Geldern, die der Mandant selbst seinem Rechtsanwalt übergeben hat.²⁸ Der später geklagte Rechtsanwalt hatte in Kenntnis des Konkursantrags der späteren Gemeinschuldnerin, einer GmbH, innerhalb von sechs Monaten vor Konkurseröffnung über das Vermögen der GmbH einen Kaufvertrag über eine Betriebsliegenschaft errichtet. In diesem Vertrag wurde dem Anwalt das

24 VO des BMJ, BGBl II 485/2010, anwendbar für anwaltliche Leistungen ab 01.01.2011.

25 VO des BK, BGBl II 138/2010.

26 VO der BReg, BGBl II 399/2010, anwendbar für Leistungen ab 01.01.2011.

27 OGH 26.5.2010, 3 Ob 55/10z, Jus-Extra OGH-Z 4863 = RdW 2010/785, 779 = ZIK 2011/37, 23.

28 Vgl. *Thiele*, Anwaltskosten² (2007), 11 mwN zur Rsp.

Recht eingeräumt, einen nach Abdeckung der Hypothekarverbindlichkeiten auf der Liegenschaft verbleibenden Restkaufpreis für die Kosten seiner Tätigkeit einzubehalten. Der Masseverwalter focht diese rechtsgeschäftliche Sicherstellung nach § 31 Abs 1 Z 2 erster und zweiter Fall KO an. Der OGH bestätigte die Klagsstattgabe durch die Instanzen. Ein Absonderungsgläubiger, der kongruent, aber in Kenntnis des Konkursantrags befriedigt wird, kann sich nur dann auf seine „geschützte Stellung“ als Absonderungsgläubiger berufen und Befriedigungsuntauglichkeit einwenden, wenn das Absonderungsrecht selbst – wäre es mangels Befriedigung noch existent – unanfechtbar wäre; ist das Sicherungsrecht aber anfechtbar, kann die Befriedigung seines Inhabers nicht vor der Anfechtbarkeit schützen.²⁹

In einem zum anwaltlichen **Kostenpfandrecht nach § 19a RAO** ergangenen Urteil hielten die zivilen Höchststrichter fest, dass die Kostenforderung dann nicht mehr durch Aufrechnung einer später entstandenen Gegenforderung an die Partei getilgt werden kann, wenn und sobald der Rechtsanwalt die Zahlung der Kosten an seine Person verlangt hat.³⁰ Die Kostenforderung der Prozesspartei wird nur mit der Belastung durch das gesetzliche Pfandrecht des Rechtsanwalts nach § 19a RAO existent; der Prozessgegner kann dieser Forderung daher nur solche Gegenforderungen aufrechnungsweise entgegensetzen, die ihr schon im Zeitpunkt ihres Entstehens kompensabel gegenüberstanden. Der Kostenersatzanspruch der (obsiegenden) Partei entsteht erst durch die rechtskräftige Kostenentscheidung. Ist die Kostenbestimmung wegen einer außerordentlichen Revision gegen das den Kostenzuspruch enthaltene Urteil noch nicht rechtskräftig, so ist der Kostenersatzanspruch wegen der gesetzlichen Anordnung der Vollstreckbarkeit nach § 504 Abs 4 ZPO dennoch belastet mit dem Pfandrecht nach § 19a Abs 1 iVm 4 RAO entstanden und eine Aufrechnung gegen die Kostenforderung nicht (mehr) möglich.³¹

Mit dem **Entstehungszeitpunkt des anwaltlichen Kostenpfandrechts** hat sich auch eine veröffentlichte Entscheidung des LG f ZRS Wien³² auseinandergesetzt. Demnach entsteht die Kostenforderung erst mit Rechtskraft der Kostenentscheidung³³ und nicht bereits mit Vornahme der einzelnen Prozesshandlungen – bedingt durch den späteren Prozessserfolg.³⁴ Die letz-

29 OGH 26.5.2010, 3 Ob 55/10z, Jus-Extra OGH-Z 4863 = RdW 2010/785, 779 = ZIK 2011/37, 23.

30 OGH 27.1.2010, 3 Ob 5/10x, ecolex 2010/191, 556 = RdW 2010/361, 338 = Zak 2010/230, 135.

31 OGH 27.1.2010, 3 Ob 5/10x, ecolex 2010/191, 556 = RdW 2010/361, 338 = Zak 2010/230, 135.

32 26.3.2010, 46 R 28/10y, AnwBl 2010/8253, 435 (zust *Jeannée*).

33 OGH 25.6.1996, 1 Ob 2117/96x, ZfRV 1996/71 unter Berufung auf die überwiegende Ansicht.

34 So aber OGH 23.4.2007, 4 Ob 213/06m – *Minucell*, wbl 2007/201, 450 = ÖBI-LS 2007/140, 205 = RZ 2007/EÜ 413/414, 257 = RdW 2007/748, 730 = SZ 2007/59.

tere Auffassung würde im Ergebnis bedeuten, dass mit einer nach Vornahme der jeweiligen Prozesshandlung, aber vor Rechtskraft der Kostenentscheidung entstandenen Gegenforderung nicht mehr aufgerechnet werden könnte. Das anwaltliche Pfandrecht nach § 19a RAO würde – bedingt durch den späteren Prozesserfolg – sohin auf den jeweiligen Zeitpunkt der Vornahme der jeweiligen Rechtshandlung zurückwirken.³⁵ Das anwaltliche Kostenpfandrecht nach § 19a RAO wird nach zutreffender Ansicht³⁶ mit der Rechtskraft des Kostenzuspruchs begründet und schließt die Aufrechnung von Gegenforderungen aus, die schon begründet waren, als die Kostenforderung entstand. Unter der Voraussetzung, dass die Gegenforderung zu diesem Zeitpunkt auch bereits fällig gewesen ist, ist die Aufrechnung gegen die betriebene Kostenersatzforderung zulässig.

Unter ausdrücklicher Ablehnung der in der Vorjudikatur³⁷ vertretenen Ansicht, eine Oppositionsklage müsste wegen des gesetzlichen Pfandrechts des Rechtsanwalts nach § 19a Abs 1 RAO an der betriebenen Kostenforderung auch dann scheitern, wenn der Kläger mit dem verschuldensunabhängigen Erfüllungsanspruch von Treugebern auf Rückstellung des Treueguts aufgerechnet hätte, gelangt der OGH³⁸ nunmehr zur Auffassung, dass das Pfandrecht des Rechtsanwaltes die Aufrechnung von Gegenforderungen nicht ausschließt, die schon begründet waren, als die Kostenforderung entstand; dies gilt auch nach einem Zahlungsverlangen des Rechtsanwalts. Damit hat das Höchstgericht unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Gegenauffassung festgehalten, dass ein Kostenschuldner auch nach dem Zahlungsverlangen des Rechtsanwalts iS des § 19a Abs 4 RAO mit einer Gegenforderung aufrechnen kann, die noch vor der betriebenen Kostenforderung entstand und fällig wurde. Die noch **nicht eingetretene Fälligkeit** der Kostenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung steht einer **Aufrechnung nach § 1438 ABGB** nicht entgegen.³⁹

2. Das Recht der freien Vereinbarung und seine Grenzen

Dem Rechtsanwalt steht durchaus auch die Möglichkeit zu, ein **Pauschalhonorar** zu vereinbaren.⁴⁰ Sie sind im anwaltlichen Vertretungsrecht grundsätzlich zulässig, ebenso für Notare.⁴¹ Als Kriterien der Angemessenheit der

35 *Jannée*, Entscheidungsanmerkung, AnwBl 2010, 436 ISp.

36 LG f ZRS Wien 26.3.2010, 46 R 28/10y, AnwBl 2010/8253, 435 (zust *Jeannée*).

37 OGH 28.6.2007, 3 Ob 122/07y, nv.

38 28.4.2010, 3 Ob 252/09v, ecolex 2010/388, 1050 = JBl 2010, 717 = RdW 2010/646, 628 = Zak 2010/508, 294.

39 OGH 28.4.2010, 3 Ob 252/09v, ecolex 2010/388, 1050 = JBl 2010, 717 = Zak 2010/508, 294.

40 Instruktiv *Thiery*, Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 431 mwN.

41 OGH 10.8.2010, 1 Ob 214/09s, GesRZ 2011, 53 (*Kalss*) = ZfS 2010, 165 (*Hochedlinger*); dazu *J.P. Gruber*, Die Vergütung des Stiftungsvorstands, AR 2010 H 6, 27.

Anwaltsleistung gelten deren Umfang, deren Schwierigkeit und Komplexität, die Bedeutung der Angelegenheit für den Einzelnen, das Haftungsrisiko, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten, aber auch die Erfahrung des Anwalts oder der Grad seiner Spezialisierung.⁴² Zu beurteilen sind daher die jeweils konkreten Umstände des Einzelfalls, weshalb generalisierende Aussagen im Sinn von – der freien Vereinbarkeit widersprechenden – absoluten Grenzbeträgen nicht möglich sind.

Eine allfällige Überschreitung von disziplinarrechtlichen Grenzen ist unerheblich, weil selbst die standeswidrige Vereinbarung eines zu hohen Honorars durch einen Rechtsanwalt allein für die Annahme der Sittenwidrigkeit oder Nichtigkeit im Sinn des § 879 ABGB wegen Wucher nicht ausreicht.⁴³

Die Rsp⁴⁴ hat jüngst in diesem Zusammenhang unter Berufung auf die Lehre⁴⁵ einen zwischen den Parteien vereinbarten Stundensatz jedenfalls als angemessen beurteilt, der sich im Bereich von EUR 220,- bis EUR 400,- hält.⁴⁶ Dies zumal die Anwaltskanzlei den später im Honorarprozess Beklagten in insgesamt 14 verschiedenen, zum Teil sehr komplexen arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten mit zum Teil sehr hohem Streitwert vertrat, sodass bei der Beurteilung des für alle Causen generell vereinbarten Stundensatzes nicht einzelne Verfahren isoliert betrachtet werden dürfen. Schließlich darf nicht außer Betracht bleiben, dass die Anwaltskanzlei nicht nur mit üblichen Vertretungshandlungen vor Gericht beauftragt war, sondern der Klient von ihr umfangreiche (auch strategische) Beratung mit dem Ziel einer umfassenden vergleichsweisen Lösung in Anspruch nahm.⁴⁷

3. Fälligkeit und Abrechnung des Anwaltshonorars

Der Einwand einer „fehlenden oder mangelhaften Rechnung“ wird genauso häufig wie vergebens im Honorarprozess von säumigen Klienten erhoben. Das Höchstgericht⁴⁸ hatte sich mit der Honorarklage eines Rechtsanwalts iZm mit einem Pauschalhonorar zu befassen und bestätigte die bisherige Ansicht,⁴⁹ dass eine Aufgliederung im Lauf des Verfahrens ausreicht, um dem Bestimmtheitserfordernis des § 226 ZPO zu genügen.

42 Vgl. *Thiery*, AnwBl 2006, 431, 434 f.

43 St Rsp OGH 8.1.1963, 8 Ob 367/62, EvBl 1963/180; 18.4.2007, 7 Ob 80/07a, nv; 17.10.2007, 7 Ob 223/07f, nv.

44 OGH 30.3.2011, 7 Ob 259/10d = Zak 2011/362, 193.

45 *Thiele*, Anwaltskosten², 15 FN 90.

46 Ähnlich jüngst OGH/KOG 22.3.2011, 16 Ok 1/11 zur Angemessenheit außgerichtlichen Einkommens eines RA von EUR 225, netto pro Stunde.

47 OGH 30.3.2011, 7 Ob 259/10d, nv.

48 OGH 19.3.2010, 6 Ob 258/09y, 6 Ob 259/09w, EvBl-LS 2010/110, 683 = Zak 2010/520, 298 = RdW 2010/509, 504.

49 Vgl. *Thiele*, Anwaltskosten², 26 f mwN zum Meinungsstand.

Der Kläger stützte letztlich sein Klagebegehren auf die Behauptung, für die Beklagte auftragsgemäß anwaltliche Leistungen erbracht zu haben. Diese Leistungen ergäben sich aus der (erst) mit einem Schriftsatz vorgelegten Tabelle (mit einem Gesamthonorarbetrag von 327.128,54 EUR), wobei die darin verzeichneten Kosten der erbrachten Einzelleistungen ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von 4 Mio EUR ermittelt worden waren. Der Kläger machte nur einen Teilbetrag von 150.000 EUR geltend, wobei die erbrachten Einzelleistungen in chronologischer Reihenfolge der vorgelegten Tabelle (beginnend mit der ältesten Leistung) begehrt wurden. Sollte das Gericht Einzelleistungen als nicht oder nicht in der verzeichneten Höhe honorierbar ansehen, wurde auf die zeitlich nachfolgende(n) Leistung(en) abgestellt.

Das Höchstgericht hielt die Aufschlüsselung für ausreichend und hob die Klagsabweisungen der Vorinstanzen auf. Ob diese Einzelleistungen tatsächlich erbracht wurden, ob sie überhaupt honorierbar sind und wenn ja, in welcher Höhe, ist keine Frage der Schlüssigkeit des Klagevorbringens, sondern eine solche des Beweisverfahrens und der rechtlichen Beurteilung. Keineswegs ist es erforderlich, den Inhalt dieser Tabelle wortwörtlich in einen Schriftsatz zu übernehmen oder gar anlässlich einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung mündlich vorzutragen.

Der klagende Rechtsanwalt hat klargestellt, dass er grundsätzlich den Ersatz der von ihm zeitlich zuerst erbrachten Einzelleistungen begehrt. Das Erstgericht ist somit an die vom Kläger vorgegebene Reihung gebunden; es hat – in chronologischer Reihenfolge – die beanspruchten Einzelleistungen zu prüfen und insofern keine „Wahl, welchem Begehren es stattgeben will“.⁵⁰ Damit ließe sich dann aber auch in einem Folgeprozess, in welchem der Kläger restliches Honorar beanspruchen sollte, klar feststellen, inwieweit bereits ein Zuspruch an Honorar für Einzelleistungen im vorliegenden Verfahren erfolgte. Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren die Berechtigung der einzelnen Ansprüche zu prüfen haben.

Bemerkenswert erscheinen die wörtlichen Ausführungen des OGH zur „Verfahrensdauer“: „[E]rscheint dabei nunmehr eine zügige Erledigung dieses Honorarprozesses vordringlich, vergingen doch bereits allein zwischen Schluss der Verhandlung erster Instanz und Ausfertigung der erstinstanzlichen Entscheidung etwa 14 Monate, wobei dem Akteninhalt ein Grund für eine dermaßen überlange Urteilserledigungsdauer nicht entnommen werden kann“.⁵¹

50 OGH 19.3.2010, 6 Ob 258/09y, 6 Ob 259/09w, EvBI-LS 2010/110, 683 = Zak 2010/520, 298.

51 OGH 19.3.2010, 6 Ob 258/09y, 6 Ob 259/09w, EvBI-LS 2010/110, 683 = Zak 2010/520, 298.

III. Grundzüge des Rechtsanwaltsstarifgesetzes

Mit seinem Erkenntnis vom 2.3.2010 hat der VfGH den Antrag des LG Innsbruck auf Aufhebung des letzten Teilsatzes des **§ 13 Abs 1 lit a RATG** wegen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit – letztlich mangels Präjudizialität – zurück gewiesen. Demzufolge ist die Bemessungsgrundlage für die Kosten in einem Exekutions(Sicherungs)verfahren nicht zu beanstanden, wonach ein Verpflichteter für im Exekutionsverfahren auftretende Kosten trotz teilweiser Befriedigung der Kapitalforderung stets auf Basis des ursprünglich betriebenen Kapitalsbetrags einzustehen hat.⁵²

1. Bemessungsgrundlagen für anwaltliche Leistungen

Den Beklagten trifft eine Behauptungs- und Bescheinigungslast für konkrete Umstände, die eine **Hinaufsetzung des Streitwerts nach § 3 RATG** begründen können. Lassen sich solche Umstände nicht ohne weitere Erhebungen dartun und liegt keine offenkundige Fehlbeurteilung vor, hat es beim vom Kläger gewählten Streitwert zu bleiben.⁵³ Setzt das Erstgericht den Streitwert auf Antrag des Beklagten hinauf und gibt das Rekursgericht dem Rekurs des Klägers dagegen Folge, ist im Rekursverfahren der ursprüngliche Streitwert, den das Rekursgericht als angemessen erkennt, auch die Bemessungsgrundlage für die Kosten des Rekursverfahrens.⁵⁴

Nach Ansicht des Höchstgerichts hat sich die Bewertung eines Sicherungsantrags für sog. „**Gewaltschutz**“-Verfahren nach **§ 382b EO** nicht nach dem Zweifelsstreitwert des § 56 Abs 2 JN, also an der Höhe von EUR 5.000,- zu orientieren, wenn der Kläger eine ausdrückliche Bewertung unterlässt. Vielmehr ist auf die nach § 14 lit c RATG maßgebliche Bemessungsgrundlage in Höhe von EUR 730,- bzw für die Gerichtsgebühren auf die Bestimmung des § 17 lit a GGG⁵⁵ zurückzugreifen.⁵⁶ Wird die Verlängerung einer Gewaltschutz-EV im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens beantragt, hat die Rsp⁵⁷ bereits eine Kostenbemessungsgrundlage analog § 10 Z 4 lit a RATG in Höhe von EUR 4.360,- für angemessen befunden.

52 VfGH 2.3.2010, G 1/09, JUS Vf/4182.

53 OLG Wien 22.10.2010, 30 R 43/10d, nv: zu einer aktienrechtlichen Streitigkeit.

54 OLG Wien 22.10.2010, 30 R 43/10d, nv.

55 Derzeit Euro 1.500,-.

56 OGH 27.1.2010, 3 Ob 235/09v, RZ 2010/18 = EF-Z 2010/162, 240 (Beck) = iFamZ 2010/127, 160.

57 OGH 26.9.2007, 7 Ob 157/07z, Zak 2007/721, 419 = EF-Z 2008/44 (Beck) = RdW 2008/226 = RZ 2008/EÜ 159 = iFamZ 2008/19 = EFSlg 118.475 = EFSlg 118.484 = EFSlg 118.456 = EFSlg 118.457.

Zur **Bewertung der Verletzung höchstpersönlicher Rechte** hat sich die zunächst schwankende Rsp⁵⁸ dahin gehend gefestigt, dass derartige Ansprüche einer Bewertung durch Geld unzugänglich sind. Demzufolge hat insoweit ein Bewertungsausspruch in der zweiten Instanz zu entfallen, und bleibt die uneingeschränkte Anrufung des OGH bei Streitigkeiten nach dem **Datenschutzgesetz** oder zur exekutiven Durchsetzung eines Besuchsrechts⁵⁹ nach wie vor erhalten. Ein dennoch vorgenommener Bewertungsausspruch ist jedenfalls gegenstandslos. Die Zulässigkeit der Revision hängt daher nur vom Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iS des § 502 Abs 1 ZPO ab.⁶⁰ Demgegenüber hat ein Bewertungsausspruch durch das Rechtsmittelgericht dann zu erfolgen, wenn ein Eingriff in ein besonderes Persönlichkeitsrecht wie zB in das Recht am eigenen Bild nach § 78 UrhG auch **vermögensrechtliche Folgen** haben kann.⁶¹ Gleiches gilt für Ansprüche nach § 1330 ABGB⁶² oder auf Nennung als Erfinder nach § 20 PatG.⁶³

Einmal mehr hatte sich das Höchstgericht⁶⁴ mit der praktisch relevanten Frage der **kostenrechtlichen Bemessungsgrundlagen im Unterhaltsverfahren** zu befassen; Insbesondere auf welcher Grundlage das Obsiegen bzw Unterliegen der Streitteile beurteilt werden soll, wenn einerseits über behauptete (einer „Kapitalisierung“ zugängliche) Rückstände im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz und andererseits über den für die Zukunft laufend begehrten Unterhalt zu entscheiden ist. Da sich die Höhe der den Streitteilen erwachsenden Verfahrenskosten maßgeblich nach der heranzuziehenden Bemessungsgrundlage richtet, kommt dieser auch für die Verteilung der Verfahrenskosten auf die Streitteile bzw für allfällige Kostenersatzansprüche zwischen diesen Bedeutung zu.

- Nach **§ 58 Abs 1 JN** ist bei Ansprüchen auf Unterhalts- oder Versorgungsbeträge als Streitwert das **Dreifache der (begehrten) Jahresleistung** anzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn der Kläger neben dem laufenden (zukünftigen) Unterhalt auch bereits fällig gewordene Unterhaltsra-

58 Vgl. OGH 14.1.2010, 6 Ob 2/10b, Zulassungsentscheidung zu OGH 15.4.2010, 6 Ob 41/10p – *Datenlöschung*, *jusIT* 2010/69, 146 (*Kastelitz/Leiter*).

59 OGH 7.9.1988, 3 Ob 110/88, nv: tarifliche Bemessungsgrundlage in Höhe von EUR 4.360,- als Pflugschaftssache nach § 5 Z 24 AHK.

60 OGH 11.10.2010, 6 Ob 112/10d, JBI 2011, 113 = *jusIT* 2011/12, 26 (*Thiele*) = ZFR 2011/10, 39 (*Ennöckl*)= ÖBA 2011,200/1697; 20.4.2010 4 Ob 43/10t, EvBI-LS 2010/135 = ÖBI-LS 2010/161.

61 OGH 20.4.2010, 4 Ob 43/10t, RZ 2010/EÜ 168 = EvBI-LS 2010/135, 829 = ÖBI-LS 2010/161, 220.

62 Vgl. OGH 18.9.2009, 6 Ob 164/09z, nv; 2.7.2009, 6 Ob 46/08w, nv; 30.7.1985, 7 Ob 1515/85, nv.

63 OGH 18.9.1980 4 Ob 119/80, nv.

64 OGH 28.2.2011, 9 Ob 34/10f, Zak 2011/199, 114 = EF-Z 2011/64, 103 (*Nademeleinsky*).

ten begehrt.⁶⁵ Der Streitwert wird selbst dadurch nicht erhöht, dass während des Prozesses anfallende Unterhaltsansprüche gesondert bewertet werden.⁶⁶

- Diese Grundsätze haben auch dann zu gelten, wenn sich die Kostenbemessungsgrundlage aus **§ 9 Abs 3 RATG** ergibt.⁶⁷ Diese Betrachtung führt dazu, dass als Kostenbemessungsgrundlage für den Zuspruch der Kosten des Revisionsverfahrens an den Beklagten gemäß § 9 Abs 3 RATG **nur der einfache Jahresbetrag des laufend begehrten Unterhalts**, nicht jedoch der mittlerweile rückständig gewordene Unterhalt heranzuziehen ist.⁶⁸

Zum **Nebengebührenstreitwert** hielt das Höchstgericht⁶⁹ fest, dass der **Zinsentgang** wegen behaupteter Schlechtberatung keine Nebenforderung iS des **§ 54 Abs 2 JN** darstellt. Zinsen stellen nur dann eine nach § 54 Abs 2 JN bei der Streitwertfestsetzung nicht zu berücksichtigende Nebenforderung dar, wenn sie gleichzeitig mit einer Hauptforderung als deren Annex bzw als „akzessorisches Nebenprodukt“ geltend gemacht werden. Besteht hingegen ein Teil des Schadens im Erwerb eines unerwünschten Wertpapiers, ein anderer hingegen im Entgang jenes Vermögensgewinns, der bei einer Alternativveranlagung erzielt worden wäre, ist Letzterer als selbstständiger Anspruch zu qualifizieren.⁷⁰

2. Die Tarifposten des RATG

Arbeitsrechtliche Klagen auf das für den aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses gebührende Entgelt sind, sofern eine kurze Darstellung des Sachverhalts möglich ist, auch dann nur nach **TP 2 RAT** zu entlohnen, wenn eine Urlaubersatzleistung geltend gemacht wird. Es handelt sich dabei nämlich um einen Erfüllungsanspruch aus dem Dienstverhältnis, aber um keinen Bereicherungs- oder Schadenersatzanspruch, der allenfalls einen Entlohnungsanspruch nach TP 3 A rechtfertigen könnte.⁷¹

65 OGH 28.2.2011, 9 Ob 34/10f, nv, unter Bezugnahme auf OGH 13.4.2000, 2 Ob 97/00d, EFSlg 94.357; 18.3.2004, 1 Ob 25/04i, EFSlg 108.289 = EFSlg 108.280 = EFSlg 108.724.

66 OGH 25.01.2000, 1 Ob 11/00z, EFSlg 94.358 = EFSlg 94.564 = EFSlg 94.588; 18.3.2004, 1 Ob 25/04i, EFSlg 108.289 = EFSlg 108.280 = EFSlg 108.724.

67 Vgl. OGH 21.4.2010, 7 Ob 52/10p, nv; 16.10.2009, 6 Ob 212/08g, iFamZ 2010/70, 107; 18.4.2007, 7 Ob 37/07b, Zak 2007/407, 233 = EF-Z 2007/134, 227 = RZ 2007/EÜ 357, 227 = EFSlg 117.928.

68 OGH 28.2.2011, 9 Ob 34/10f, Zak 2011/199, 114.

69 OGH 6.7.2010, 1 Ob 112/10t, ecolex 2010/399, 1068.

70 OGH 6.7.2010, 1 Ob 112/10t, ecolex 2010/399, 1068.

71 OLG Linz 20.10.2010, 12 Ra 91/10d, nv.

Ergeht der Auftrag an den Sachverständigen, den Parteien Gelegenheit zur **Teilnahme an der Befundaufnahme** zu geben, so gibt das Gericht damit zu erkennen, dass es die Beiziehung der Parteien für notwendig erachtet. Dies gilt insbesondere in Prozessen, wo die Beiziehung der Parteienvertreter zur Befundaufnahme sinnvoll ist, weil dadurch ein Beitrag zur Aufklärung des Sachverhaltes und/oder zur vollständigen Beachtung des Verfahrensstoffes geleistet werden kann, wie beispielsweise in Bauprozessen. Der Auftrag der Verständigung ist ein ausdrücklicher Auftrag, weshalb die Kosten für die Teilnahme an der Befundaufnahme in diesem Fall nach **TP 3 A III RAT** zu bestimmen sind.⁷²

3. Besondere prozessuale Bestimmungen

a. Streitwertbemängelung nach § 7 RATG

Gemäß § 56 Abs 2 JN ist der Kläger bei der Bewertung eines nicht in Geld bestehenden Streitgegenstandes – soweit keine zwingenden Bewertungsvorschriften bestehen und kein Fall des § 60 JN vorliegt – grundsätzlich frei. Auf diese Bewertung ist auch bei Ermittlung des Prozesserfolges und der Obsiegensquoten abzustellen. Eine Herabsetzung des Streitwertes durch gerichtlichen Beschluss gemäß § 7 Abs 2 RATG führt nur zu einer Änderung der Bemessungsgrundlage für das Anwaltshonorar. Ein Teil der Lehre⁷³ und die Rsp⁷⁴ hat demgemäß vertreten, dass die Herabsetzung des Streitwerts gemäß **§ 7 RATG bei der Berechnung der Obsiegensquote nach § 43 ZPO zu berücksichtigen** ist. In teleologischer Auslegung sei zu beachten, dass durch die **Streitwertbemängelung** gerade eine Über- oder Unterbewertung der Kostenbemessungsgrundlage korrigiert werden solle. Die Berücksichtigung der geänderten Streitwerte für die Anwaltskosten diene gerade bei der „Quotelung“ nach § 43 Abs 2 ZPO der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens. Damit im Einklang stehe die Bindung an die richterliche Streitwertfestsetzung nach § 7 RATG, womit die Gefahr einer unangemessenen Kostendivergenz und damit einer prozessualen Komplikation vermieden werde.

72 OLG Wien 15.10.2010, 16 R 180/10y, nv; unter Ablehnung der gegenteiligen Auffassung von *Obermaier*, Kommissionstarif; Einspruch, Einwendungen, Klagebeantwortung; Kostenrekurs. Tarifpost 2, 3 und § 11 RATG, RZ 2008, 222, 223.

73 Vgl. *Thiele*, Anwaltskosten², 159; *Höllwert*, Entscheidungsanmerkung, EF-Z 2010, 122, 123.

74 OLG Wien 13.10.2009, 16 R 166/09p, Zak 2010/87, 58 = EF-Z 2010/89, 122 (zust *Höllwerth*) unter Berufung auf OGH 30.11.2006, 2 Ob 99/06g, ZfRV-LS 2007/5, 34 = RZ 2007/EÜ 155/156, 117 = SZ 2007/13.

In einer folgenden Entscheidung ist der 12. Zivilsenat des OLG Wien allerdings wieder zur gegenteiligen Auffassung⁷⁵ zurück gekehrt, wonach die Herabsetzung des Streitwerts gemäß § 7 RATG nach Bemängelung der Bewertung durch den Beklagten zwar die Bemessungsgrundlage für das Anwalts-honorar ändert, jedoch **keine Auswirkungen** auf die Obsiegensquote hat.⁷⁶

b. Einheitssatz nach § 23 RATG

Das Höchstgericht⁷⁷ hat nunmehr die Spruchpraxis der Rekursgerichte⁷⁸ bestätigt, wonach das **Aufforderungsschreiben nach § 8 AHG** im Fall eines Amtshaftungsprozesses über die Hauptsache als anwaltliche Nebenleistung unter den tariflichen Einheitssatz nach § 23 Abs 1 RATG fällt. Dem Kläger stehen damit keine weiteren Kosten für das Aufforderungsschreiben zu.⁷⁹

Das Berufsrechts-Änderungsgesetz 2008⁸⁰ hat TP 3 A III RATG dahin gehend „präzisiert“,⁸¹ dass „für die Teilnahme an der Befundaufnahme durch Sachverständige in allen Verfahren die im Abschnitt II festgesetzte Entlohnung [gebührt], sofern die Beiziehung der Parteienvertreter über ausdrücklichen Auftrag des Gerichtes erfolgt.“ Dennoch hat ein Teil der Lehre⁸² dazu vertreten, dass zum Grundhonorar nach TP 3 A III RATG nach wie vor nur der einfache Einheitssatz gebühre, weil die nach TP 3 A III RATG zu honorierende Leistung im nach wie vor unverändert gebliebenen § 23 Abs 5 RATG nicht aufgezählt sei und nach der Systematik des RATG niemals ein doppelter Einheitssatz gebühre, wenn Reisekosten zu verrechnen seien. Dieser Rechtsansicht schloss sich ein Teil der zweitinstanzlichen Gerichte⁸³ an.

Die nunmehr wohl als überwiegend zu bezeichnende Mehrheit⁸⁴ der Rekursenate verweist ausdrücklich darauf, dass **für die Teilnahme an der Befundaufnahme durch Sachverständige** in allen Verfahren der **doppelte Einheitssatz nach § 23 Abs 5 RATG** gebührt, wenn die Intervention des Rechtsvertreters außerhalb des Kanzleisitzes stattfindet. Das für die gegenteilige Ansicht auch herangezogene Argument, dass die TP 9 RATG ansonsten inhaltsleer wäre, ist schon deshalb nicht stichhältig, weil grundsätzlich

75 *Obermaier*, Kostenhandbuch (2005) Rz 514; LG Feldkirch 4.10.2006, 2 R 223/06v, nv.

76 OLG Wien 25.6.2010, 12 R 93/10z, Zak 2010/653, 379.

77 OGH 10.8.2010, 1 Ob 114/10m, JBI 2010, 794 = Zak 2010/616, 358.

78 OLG Wien 18.9.1995, 14 R 122/95, nv; 22.4.1999, 14 R 70/99p, nv.

79 Ebenso OGH 20.6.2006, 1 Ob 111/06i, RZ 2006, 255 = JUS Z/4219.

80 BRÄG 2008, BGBl I 2008/111.

81 So bereits *Thiele*, Anwaltskosten², 233 f unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien.

82 *Obermaier*, RZ 2008, 222, 223.

83 OLG Wien 6.3.2009, 2 R 216/08m, nv.

84 OLG Innsbruck 7.10.2010, 4 R 198/10i, Zak 2010/691, 398; OLG Wien 28.9.2009, 11 R 158/09z, nv; 24.6.2009, 13 R 118/09g, nv.

bei Erbringung einer Leistung an einem Ort außerhalb des Sitzes seiner Kanzlei dem Rechtsanwalt ein Anspruch auf Ersatz der Reisekosten und auf Entschädigung für Zeitversäumnis zusteht, und nur bei bestimmten, in § 23 Abs 5 RATG ausdrücklich angeführten Tätigkeiten anstatt der Entschädigung für Zeitversäumnis und der Reisekosten als quasi „Pauschalabgeltung“ ein zweiter Einheitssatz verrechnet werden kann. In verschiedenen Fällen wird es allerdings auch für einen Rechtsanwalt bei einer Befundaufnahme mit einem Sachverständigen an einem Ort außerhalb des Sitzes seiner Kanzlei zweckdienlicher sein, nur den einfachen Einheitssatz zuzüglich des Ersatzes der Reisekosten und der Entschädigung für Zeitversäumnis geltend zu machen, insbesondere wenn der Streitwert relativ gering und Anfahrtszeit und -weg relativ groß sind. Darüber hinaus gilt die Regelung betreffend den Ersatz von Reisekosten und der Entschädigung für Zeitversäumnis nach TP 9 RATG für alle rechtsanwaltlichen Leistungen, etwa auch Tagsatzungen, die nach TP 2 zu entlohnen sind, oder Kommissionen, die nach TP 7 abzugelten sind. Von einer „Sinnentleerung“ des TP 9 RATG kann daher keine Rede sein, wenn für die Intervention bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen an einem Ort außerhalb des Kanzleisitzes des Rechtsanwaltes der doppelte Einheitssatz zuerkannt wird.⁸⁵

IV. Allgemeine Honorar-Kriterien

Die Kläger beehrten beim LG Graz die Unterlassung einer konzentrierten Zuleitung von Wasser auf ihr Grundstück. Im Rubrum der Klage führten sie den „**Streitwert gemäß § 5 Z 4 lit b AHK**“ mit 21.800 EUR an.⁸⁶ Eine Bewertung des Interesses nach § 59 JN sowie jeglicher Hinweis auf die Bewertungsvorschriften dieses Gesetzes fehlten. Das Erstgericht zog den Zweifelsstreitwert des § 56 Abs 2 Satz 3 JN heran und verneinte deshalb – nach Streitanhängigkeit – seine sachliche Zuständigkeit. Es hielt ein Verbesserungsverfahren iS des § 84 Abs 3 ZPO für nicht nötig, weil sich die sachliche Zuständigkeit eindeutig aus der gesetzlichen Regelung über den Zweifelsstreitwert ergebe und eine nachträgliche Bewertung § 56 Abs 2 Satz 3 JN jeglichen Anwendungsbereich nehmen würde.

Das Höchstgericht⁸⁷ hielt fest, dass die Bezeichnung des Streitwerts nach den AHK nach st Rsp⁸⁸ keine ausreichende Bewertung des (insbesondere) für die Beurteilung der Zuständigkeit maßgeblichen Streitgegenstands nach § 56 Abs 2 iVm 59 JN war. Demzufolge wäre der Zweifelsstreitwert des § 56

85 OLG Innsbruck 7.10.2010, 4 R 198/10i, Zak 2010/691, 398.

86 Als „mittlere Bausache“.

87 OGH 10.8.2010, 1 Ob 134/10b, nv.

88 OGH 19.12.2006, 1 Ob 204/06s, NZ 2007/65, 278 = wobl 2007/136, 346 (*Bollenberger*) = MietSlg 58.534.

Abs 2 JN von EUR 5.000,- allein maßgeblich, der zu einer sachlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtshofs führen musste. Die Kläger argumentierten auch noch im Revisionsverfahren die Notwendigkeit eines Verbesserungsverfahrens, um ihnen eine nachträgliche Bewertung zu ermöglichen und so die Zurückweisung wegen sachlicher (Wert-)Unzuständigkeit zu vermeiden. Dem hielt das Höchstgericht entgegen, dass eine vom Erstgericht ohne Verbesserungsauftrag ausgesprochene Zurückweisung der Klage als behauptete Verletzung der richterlichen Anleitungspflicht nicht unter den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung fällt, sondern unter jenen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der von der zweiten Instanz nicht aufgegriffen worden ist, sodass die Klagszurückweisung vom OGH bestätigt werden musste.⁸⁹

V. Zivilprozessualer Kostenersatz

Prozess- und Anwaltskosten sind grundsätzlich aus dem Anspruch nach **§ 94 ABGB** zu decken und nicht als gesonderter Vorschuss zuzusprechen. Wenn sich allerdings ein besonderer Unterhaltsbedarf ergibt, den der Unterhaltsberechtigte aus dem laufenden Unterhalt nicht decken kann, hat der Unterhaltspflichtige einen Vorschuss zu leisten, wenn ihm das neben der laufenden Unterhaltszahlung zumutbar ist.⁹⁰

Nach einem Urteil des EuGH⁹¹ ist der in **Art 47** der Europäischen Grundrechtscharta (**GRC**) verankerte **Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes** dahin auszulegen, dass seine Geltendmachung durch juristische Personen nicht ausgeschlossen ist und dass er u.a. die Befreiung von der Zahlung des Gerichtskostenvorschusses und/oder der Gebühren für den Beistand eines Rechtsanwalts umfassen kann. Damit dürfte mE die Abschaffung der **Gewährung von Verfahrenshilfe an juristische Personen** durch das BudgetbegleitG 2009⁹² europarechtswidrig geworden sein.⁹³ Der nationale Richter hat insoweit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Verfahrenshilfe eine Beschränkung des Rechts auf Zugang zu den Gerichten darstellen, die dieses Recht in seinem Wesensgehalt selbst beeinträchtigen, ob sie einem legitimen Zweck dienen und ob die angewandten Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.⁹⁴

89 OGH 10.8.2010, 1 Ob 134/10b, nv.

90 St Rsp OGH 8.6.2010, 4 Ob 42/10w, EF-Z 2010/133, 195 = Zak 2010/540, 315 mwN.

91 22.12.2010, C-279/09 – *Prozesskostenhilfe*, Zak 2011/36, 22.

92 BGBl I 2009/52 zu § 63 ZPO in der ab 1.7.2009 gültigen Fassung.

93 Vgl. dazu die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Entfall der Verfahrenshilfe für die Konkursmasse des OLG Graz 3.3.2010, 4 R 16/10w, ZIK 2010/152, 104.

94 EuGH 22.12.2010, C-279/09 – *Prozesskostenhilfe*, Rz 52 ff, ecorex 2011/174, 418 = ZIK 2011/68, 49 (*Slonina*).

1. Umfang und Sicherung des Kostenersatzanspruchs

Nach **§ 10 ZPO** hat die veranlassende (verursachende) Partei die **Kurator-kosten** (im Zivilprozess) zunächst selbst zu bevorschussen. Damit hat der Kurator einen direkten Anspruch gegen die Partei, die seine Tätigkeit veranlasste. Schreitet ein **Rechtsanwalt als Kurator oder Sachwalter** ein, ist sein Honorar nach dem Rechtsanwaltstarifgesetz zu bestimmen.

Die **Kosten des Kurators (Sachwalters)**, die von jener **Partei gemäß § 10 ZPO zu tragen** wären, deren Verfahrenshilfe die Begünstigung des § 64 Abs 1 Z 1 lit e und f ZPO umfasst, sind (für die Partei) vorläufig aus Amtsgeldern zu entrichten. Der Gesetzgeber räumt zwar einem Kurator oder Sachwalter keinen Entlohnungsanspruch gegenüber dem Bund ein. Da aber die Begünstigung der lit e des § 64 Abs 1 Z 1 ZPO (für die Partei) die „Kosten eines Kurators“ umfasst, sprechen die wörtliche und die systematische Auslegung dafür, dass die in der lit f leg. cit. angeordnete vorläufige Berichtigung aus Amtsgeldern die Kosten (und nicht bloß die Barauslagen) eines Kurators anordnet.⁹⁵ Die Wiener Richter lehnen damit ausdrücklich ihre früher vertretene Ansicht⁹⁶ ab, dass der Bund einem gemäß § 116 ZPO bestellten Kurator aus Amtsgeldern nur die Barauslagen, nicht aber die tarifmäßige Entlohnung auszuzahlen hat, wenn die Partei, die die Bestellung dieses Kurators veranlasste, im Rahmen der Verfahrenshilfe von der einstweiligen Entrichtung der Kuratorkosten befreit ist.

In einer Mitte des Jahres 2010 veröffentlichten Entscheidung⁹⁷ behandelte das Höchstgericht erstmals die Frage, ob sich der Angehörige eines Nicht-EU-Staats im Hinblick auf Art 3 oder 4 TRIPS-Abkommen auf eine Befreiung von der **Prozesskostensicherheit nach § 57 ZPO** berufen kann. Im zu beurteilenden Ausgangsfall nahm eine Gesellschaft mit Sitz in Hong Kong die beklagte Partei wegen der behaupteten Verletzung von Kennzeichenrechten an ihren Gemeinschaftsmarken in Anspruch. Die Beklagte beantragte, der Klägerin den Erlag einer Prozesskostensicherheit in Höhe von EUR 30.000,- aufzutragen, da eine Vollstreckung des (klagsabweisenden) Urteils in China nicht gesichert wäre. Die Klägerin sprach sich unter Berufung auf die Meistbegünstigungsklausel des Art 4 TRIPS-Abkommen⁹⁸ gegen die Leistung einer Prozesskostensicherheit aus, da China der World Trade Organisation (WTO) und damit dem TRIPS-Abk beigetreten war. Das Erstgericht trug den-

95 OLG Wien 28.10.2010, 16 R 182/10t, nv.

96 OLG Wien 27.4.2010, 16 R 38/10s, nv.

97 OGH 19.1.2010, 17 Ob 31/09x – *Prozesskostensicherheit*, *ecolex* 2010/253, 691 (*Tonninger*) = *EvBl* 2010/89 = *ÖBl-LS* 2010/113/114/115, 181 (*Donath*) = *wbl* 2010/102, 258; dazu *Klamert/Kraft*, *Berufung auf WTO-Recht im Zivilprozess: Zum Scheitern verurteilt?* *JB* 2010, 538.

98 *Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums*, *BGBI* 1995/1.

noch den Erlag einer Prozesskostensicherheit in Höhe von EUR 30.000,- auf; das Rekursgericht wies den Erlagsantrag hingegen ab.

Das Höchstgericht stellte den erstgerichtlichen Beschluss wieder her und führte zunächst aus, dass das TRIPS-Abk als gemischtes Übereinkommen zwar nicht unmittelbar anzuwenden ist, soweit es sich auf Materien bezieht, in denen die Gemeinschaft bereits Rechtsvorschriften erlassen hat. Hat hingegen die Gemeinschaft ihre Zuständigkeit überhaupt nicht oder nur in geringem Umfang ausgeübt, so schließt es das Gemeinschaftsrecht nicht aus, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats die unmittelbare Anwendung einzelner Vorschriften des TRIPS-Abk vorsieht. Die Meistbegünstigung nach Art 4 TRIPS-Abk erfasst nicht nur materiellrechtliche Regelungen. Die Auferlegung einer Prozesskostensicherheit ist **mit Art 3 Abs 2 TRIPS-Abk vereinbar**. Das aus Art 18 AEUV⁹⁹ resultierende Diskriminierungsverbot ist als Teil des Gemeinschaftsrechts, das als Rechtsordnung sui generis anzusehen ist, einer „innerstaatlichen“ Regelung gleichzuhalten. Ein Angehöriger eines Nicht-EU-Staats kann sich daher im Rahmen der Meistbegünstigungsklausel des Art 4 TRIPS-Abk nicht auf Art 18 AEUV berufen und ist somit nicht von der Pflicht zum Erlag einer Prozesskostensicherheit nach § 57 ZPO befreit.

Zur **Vertretung** einer Prozesspartei **durch** eine (ausländische) **Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft** hielt das Höchstgericht¹⁰⁰ fest, dass diese über keine prozessual wirkende Vollmacht iS des **§ 27 Abs 1 ZPO** verfügen könne, da die Rechtsform der Rechtsanwalts-AG nach §§ 21c bis g RAO auch **nicht** im Wege der Vertretung durch niedergelassene europäische Rechtsanwälte nach § 16 Abs 2 EIRAG im (vorübergehenden) Rechtsverkehr **zugelassen** ist. Eine Analogie zu § 16 EIRAG iVm § 21c RAO lehnten die Höchstrichter ab, da eine Aktiengesellschaft nach liechtensteinischem Recht (Art 261 ff PGR) die Voraussetzungen des § 21c RAO nicht erfülle. Diese Einschränkung der im EWR-Abkommen vorgesehenen Dienstleistungsfreiheit sei nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden. Denn § 21c RAO soll sicherstellen, dass Rechtsanwälte ihre Leistungen auch dann unabhängig und eigenverantwortlich erbringen, wenn sie in einer Gesellschaft zusammengeschlossen sind; bei einer AG sei das schon wegen der Struktur dieser Gesellschaft nicht gewährleistet.¹⁰¹ Die damit bewirkte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit liege im Allgemeininteresse; sie sei angesichts der Möglichkeit einer Dienstleistung (unmittelbar) durch die an der Gesellschaft beteiligten Rechtsanwälte auch nicht unverhältnismäßig.¹⁰²

Im konkreten Fall konnte diese Frage der ordnungsgemäßen Vertretung im Revisionsverfahren allerdings offen bleiben, weil im Rubrum der Revisi-

99 Vormals Art 12 EG.

100 OGH 20.4.2010, 4 Ob 221/09t, ecolex 2010/286, 778.

101 Vgl *Benn-Ibler*, Kapitalbeteiligungen an Rechtsanwaltskanzleien, AnwBI 2008, 389 mwN.

102 OGH 20.4.2010, 4 Ob 221/09t, ecolex 2010/286, 778.

onsschrift als Beklagtenvertreter unter Berufung auf die erteilte Vollmacht auch zwei (offenbar an der Gesellschaft beteiligte) Rechtsanwälte aufschienen, die eine Eignungsprüfung nach den §§ 24 ff EIRAG abgelegt hatten und daher nach § 5 Abs 3 EIRAG keines Einvernehmensanwalts bedurften.¹⁰³

2. Geltendmachung des prozessualen Kostenersatzanspruchs

Gemäß **§ 54 Abs 1 ZPO** gilt grundsätzlich, dass eine Partei, welche Kostenersatz anspricht, bei sonstigem Verlust des Ersatzanspruches das Kostenverzeichnis vor Schluss der der Entscheidung über den Kostenersatzanspruch unmittelbar vorangehenden Verhandlung dem Gerichte zu übergeben hat. Dies betrifft somit alle Kosten, die der Partei zu diesem Zeitpunkt entstanden sind und die ihr auch der Höhe nach ziffernmäßig bekannt sind, so auch insbesondere Pauschalgebühren, selbst wenn sie noch nicht entrichtet sind, bereits bestimmte Zeugen- und Sachverständigengebühren, hinsichtlich derer die Ersatzpflicht der Partei feststehe, mag sie sie auch noch nicht entrichtet haben. Die Zahlungspflicht von nachträglich iS des **§ 54 Abs 2 ZPO** bestimmten Sachverständigengebühren entsteht nach hL¹⁰⁴ und Rsp¹⁰⁵ nicht schon mit dem Ausspruch nach § 2 Abs 2 GEG, sondern erst mit Zugang des Zahlungsauftrages.

Das BudgetbegleitG 2009¹⁰⁶ hat **§ 54 Abs 1a ZPO** als weitere Voraussetzung des Kostenersatzanspruches eingeführt. Am Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz ist auch dem Gegner ein Kostenverzeichnis auszuhändigen. Dieser kann binnen einer Notfrist von 14 Tagen dazu Stellung nehmen. Erhebt der Gegner keine begründeten Einwendungen, hat das Gericht die verzeichneten Kosten seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Das Höchstgericht¹⁰⁷ hat zunächst – entgegen der Auffassung einiger Instanzgerichte – ausgesprochen, dass für erfolgreiche Einwendungen, die zur Reduktion des Kostenanspruches führen, ein Kostenersatz auf Basis des § 11 RATG *per analogiam* nach TP 2 I Z 1 lit e RATG gebührt. Das BudgetbegleitG

103 Der Beklagte war daher im Revisionsverfahren ordnungsgemäß vertreten. In der Bezeichnung der Rechtssache wurden vom OGH allerdings nur die beiden Anwälte, nicht jedoch die Aktiengesellschaft als Beklagtenvertreter angeführt.

104 *Fucik* in Rechberger ZPO³ § 54 Rz 4; *Obermaier*, Kostenhandbuch Rz 17.

105 OLG Innsbruck 14.6.2010, 4 R 106/10k, nv; LGZ Wien 29.7.2003, 41 R 129/03d, MietSlg 55.640.

106 BGBl I 2009/52; bis dahin § 63 ZPO.

107 OGH 5.5.2010, 7 Ob 34/10s, RZ 2011/09 = Zak 2010/486, 279 = AnwBl 2010/8258, 490 (zust *Schmidt*) = EvBl-LS 2010/136, 829 = EvBl 2010/127, 867; 17.11.2010, 6 Ob 216/10y, nv; zuvor bereits LG Ried 8.1.2010, 6 R 407/09h, nv; für eine Übersicht der damals divergierende zweitinstanzliche Judikatur siehe auch *Kolmasch*, Übersicht: Steht für erfolgreiche Einwendungen gegen die Kostennote des Gegners steht Prozesskostenersatz zu? Zak 2010/257, 152 und *Obermaier*, Zak 2010/256, 150.

2011¹⁰⁸ hat diese „Kosten für die Kosten(einwendungen)“ ausdrücklich für unzulässig erklärt.

Es dauerte nicht lange, da musste sich **§ 54 Abs 1a ZPO aF** einer **Prüfung** auf seine **Verfassungsmäßigkeit** stellen:

2.1. Im Ausgangsverfahren hatte das LG Wels über einen – von der beklagten Partei in einem Besitzstörungsverfahren erhobenen – Rekurs zu entscheiden. Das erstinstanzliche Verfahren war am 15.7.2009 geschlossen worden und erhob die dort beklagte Partei am nächsten Tag schriftlich gemäß § 54 Abs 1a ZPO¹⁰⁹ ausführlich begründete Einwendungen gegen die Kostennote der klagenden Parteien. Diese erhoben ihrerseits gegen das Kostenverzeichnis der beklagten Partei keine Einwendungen. Dennoch kürzte das Erstgericht in seinem Endbeschluss den Kostenzuspruch an die beklagte Partei erheblich. Dagegen rekurrierte die beklagte Partei fristgerecht und machte im Wesentlichen geltend, dass das Erstgericht bei seiner Kostenentscheidung § 54 Abs 1a ZPO anwenden und die von der Gegenseite unbeeinpruchte Kostennote der beklagten Partei „ungeprüft“ übernehmen hätte müssen.

Bei Behandlung des Rechtsmittels entstanden für das LG Wels Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 54 Abs 1a ZPO. Es stellte daher gemäß Art 89 Abs 2 B-VG iVm Art 140 Abs 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, in der Bestimmung des § 54 Abs 1a ZPO die Sätze 2 bis 4 als verfassungswidrig aufzuheben. Dies deshalb, weil eine in den Erläuternden Bemerkungen geforderte „ungeprüfte“ Übernahme des unbeeinpruchten Kostenverzeichnisses darauf hinaus liefe, die Höhe des Kostenersatzes nicht mehr vom Gericht zu entscheiden, sondern von den Parteienvertretern zu bestimmen, was aber mit den Grundprinzipien des österreichischen Kostenrechts nicht in Einklang gebracht werden könnte. Das LG Wels ortete eine Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bzw das Sachlichkeitsgebot und das Recht der Parteien auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 MRK.

Die Bundesregierung gab im Gesetzesprüfungsverfahren zu bedenken, dass bei der Prüfung der Sachlichkeit verwaltungsökonomische Überlegungen mit zu berücksichtigen wären. Ein unter verfassungsrechtlichem Maßstab aufzugreifendes Missverhältnis zwischen der durch die Einführung des § 54 Abs 1a ZPO erzielten Verwaltungsvereinfachung und den Folgen für die Parteien bestünde nicht. Es entstände dadurch auch keine Belastung für die Parteien, weil der Zeitpunkt der Kostenüberprüfung lediglich vorverlagert würde.

Die Verfassungsrichter hatten sich daher mit der Auslegung des § 54 Abs 1a ZPO idF BGBl I 52/2009 zu befassen, insbesondere mit dem Verhält-

108 Siehe dazu bereits oben Pkt. I.3.

109 RGBl 113/1895 idF BGBl. I 52/2009.

nis der sich im Gesetzeswortlaut nicht widerspiegelnden Ansicht der dazu gegebenen Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien.

2.2. Der VfGH¹¹⁰ verneinte eine **Verfassungswidrigkeit** der zur Prüfung vorgelegten Gesetzesnorm und führte zunächst aus, dass das funktionell als Berufungsgericht tätige LG Wels berechtigt war nach Art 89 B-VG die Aufhebung des § 54 Abs 1a Satz 2 bis Satz 4 ZPO zu beantragen, maW dass der Gesetzesprüfungsantrag **zulässig** war.

Der Antrag war **aber unbegründet**, d.h. inhaltlich nicht berechtigt. Zum Sitz der behaupteten Verfassungswidrigkeit zeigen die Verfassungsrichter auf, dass der *zweite Satz des § 54 Abs 1a ZPO* in dem zugrundeliegenden Kostenbestimmungsverfahren anzuwenden war, weil das Gericht die 14-tägige Notfrist (für eine Stellungnahme des Gegners zum Kostenverzeichnis) abwarten musste, um festzustellen, dass die klagenden Parteien keine Einwendungen erhoben haben. Da die 14-tägige Notfrist mit Austausch der Kostenverzeichnisse am 15.07.2009 zu laufen begann, war auch *Satz 3 des § 54 Abs 1a ZPO* **präjudiziell**, wonach die verhandlungsfreie Zeit keinen Einfluss auf die Frist hatte.

In materiell-rechtlicher Hinsicht wiesen die Höchstrichter den Gesetzesprüfungsantrag allerdings letztlich ab, da es der Wortlaut des § 54 Abs 1a ZPO – entgegen den insoweit unbeachtlichen Gesetzesmaterialien – zuließ, die Wendung „*seiner Entscheidung zu Grunde zu legen*“ dahingehend verstehen, dass das Kostenverzeichnis nur die Grundlage für die gerichtliche Entscheidung bildete, das Gericht aber offenkundige Fehler zu korrigieren hätte.

Da die gegenteilige Auslegung ein verfassungswidriges Ergebnis zur Folge hätte, war eine verfassungskonforme Interpretation im dargelegten Sinn nicht nur zulässig, sondern geboten. Diesem Ergebnis stünden zwar die Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien entgegen, aber im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation konnten diese – sofern es der Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich ausschließt – unbeachtet gelassen werden.

2.3. Die Worte der obersten Verfassungshüter fallen trotz der im Ergebnis gerade noch vermiedenen Verfassungswidrigkeit als **Gesetzesschelte** sehr deutlich aus. Der VfGH hat entschieden, dass eine verfassungskonforme Interpretation des § 54 Abs 1a ZPO idF des BudgetbegleitG 2009 dahingehend geboten ist, dass das Kostenverzeichnis nur die Grundlage für die gerichtliche Entscheidung bildet, das Gericht aber Schreib- und Rechenfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten zu korrigieren und entgegen den Gesetzesmaterialien das Kostenverzeichnis nicht ungeprüft zu übernehmen hat. Ein völliger Prüfungsausschluss würde der Vorschrift nämlich einen verfassungswidrigen Inhalt beimessen.

110 VfGH 3.12.2010, G 280/09, AnwBl 2011/8275, 146 (*Heis/Thellmann*) = Sach 2011/98 (*Krammer*).

§ 54 Abs 1a Satz 4 ZPO wurde durch das BudgetbegleitG 2011 genau dahin geändert, dass Kostenverzeichnisse ohne gegnerische Einwendungen „ungeprüft“ der richterlichen Kostenentscheidung zugrunde zu legen sind.¹¹¹ Damit sind nunmehr nicht nur die Verfassungswidrigkeit festgeschrieben, sondern auch die Zivilgerichte in die missliche Lage versetzt worden, „sehenden Auges“ Verfassungsbruch zu begehen, wenn sie die „üble Gewohnheit, sich die Sache so bequem zu machen“¹¹² entwickeln. Eine **rasche Beseitigung der Verfassungswidrigkeit** ist daher erforderlich!¹¹³

3. Entscheidung über den Kostenersatzanspruch

Die bisherige Rsp¹¹⁴ bewertete das **Ablehnungsverfahren** nach § 19 JN als einseitiges Verfahren und lehnte einen **Prozesskostenersatz** rundweg ab. Das Kostenersatzbegehren war – daher unabhängig von der Frage nach dem Erfolg des Ablehnungsantrags – abzuweisen.¹¹⁵ Nunmehr erfolgte iS der Lehre¹¹⁶ eine **Judikaturänderung** dahingehend, dass das Verfahren über die Ablehnung eines Richters grundsätzlich zweiseitig ist.¹¹⁷ Dem Gegner des Ablehnungswerbers ist – außer bei offenkundig unbegründeten Anträgen – durch Einräumung einer Äußerungsmöglichkeit Gehör zu gewähren, und zwar sowohl in erster als auch gegebenenfalls in zweiter Instanz. Das **Ablehnungsverfahren** bildet demzufolge einen **Zwischenstreit**, über dessen Kosten nach den Regeln des Ausgangsverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu entscheiden ist.¹¹⁸

Wird aufgrund eines **Kostenrekurses nach § 50 ZPO** die Kostenentscheidung vom Erstgericht nur teilweise berichtigt, ist der Rekurs vorzulegen und das Rekursgericht hat über den verbleibenden Teil des Rekursinteresses zu entscheiden. Aus diesem Grund verstößt ein neuerlicher Rekurs gegen den Berichtigungsbeschluss gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels.¹¹⁹

Der fehlende Hinweis auf die Unzulässigkeit der (von der Berufungsinstanz zugelassenen) Revision führt idR zum Verlust des Kostenersatzanspruchs für den Revisionsbeantworter, wenn das Höchstgericht die ordentli-

111 Dazu bereits oben Pkt.I.3.

112 *Weber*, Über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensatio⁴ (1798), 152.

113 Eingehend dazu *Thiele*, RZ 2011, 80 ff mwH.

114 OGH 7.10.2003, 4 Ob 193/03s, JBI 2004, 325;

115 OGH 25.7.2000, 1 Ob 191/00w, nv; weitere Nachweise bei *Thiele*, Kostenersatz im zivilen Ablehnungsverfahren, RZ 2001, 270, 271.

116 *Thiele*, RZ 2001, 270.

117 OGH 18.1.2011, 4 Ob 143/10y, Zak 2010/143, 79.

118 OGH 18.1.2011, 4 Ob 143/10y, Zak 2010/143, 79.

119 OLG Wien 14.4.2010, 8 Ra 28/10m, nv.

che Revision unter Hinweis auf § 502 Abs 1 ZPO zurück weist.¹²⁰ Bemerkenswert erscheint demgegenüber die Kostenentscheidung des Höchstgerichtes¹²¹ nach **§ 50 Abs 2 ZPO**, die in vorbildlicher Weise darauf Rücksicht genommen hat, dass es für die Beklagte aufgrund des Fehlens der europäischen, aber auch der einschlägigen österreichischen Höchstjudikatur zur Bösgläubigkeit von .eu-Domainnamen weder möglich noch zumutbar war, gewissermaßen „ins Blaue hinein“ die Unzulässigkeit der Revision zu behaupten. Dies ist auch nicht erforderlich, um den **Kostenersatzanspruch für die Revisionsbeantwortung** (ausnahmsweise) zu wahren.¹²²

In einer viel beachteten Entscheidung¹²³ verfeinerte das Höchstgericht durchaus praxisnah die bisherige Rsp,¹²⁴ wonach für die Rechtzeitigkeit eines im elektronischen Rechtsverkehr eingebrachten Schriftsatzes maßgeblich ist, wann die Daten zur Gänze beim Bundesrechenzentrum (BRZ) eingelangt sind. Bemerkenswert war auch die **Kostenentscheidung** der III. Instanz nach **§ 52 Abs 2 ZPO**: Die Beklagten hatten durch ihren Zurückweisungsantrag der Berufung wegen Verspätung einen **Zwischenstreit** ausgelöst, indem sie unterlegen waren, und wurden für diesen Zwischenstreit¹²⁵ daher – unabhängig vom Ausgang des Berufungsverfahrens in der Sache – jedenfalls kostenpflichtig.

Der **Ausschluss eines Rekurses** gegen Entscheidungen der zweiten Instanz **über den Kostenpunkt nach § 528 Abs 2 Z 3 ZPO** erstreckt sich auf sämtliche Entscheidungen, mit denen in irgendeiner Form über Kosten abgeprochen wird. Der Zweck dieser Bestimmung ist es, die Anrufung des Obersten Gerichtshofs im Kostenpunkt überhaupt auszuschließen. Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts ist daher sowohl hinsichtlich der erst- als auch der zweitinstanzlichen Kosten unanfechtbar.¹²⁶ Soweit sich eine außerordentliche Revision gegen die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts wendet, ist sie daher als jedenfalls unzulässig zurück zu weisen.

Das Höchstgericht kann die Entscheidung über die Kosten auch gewissermaßen „delegieren“.¹²⁷ Die **Übertragung der die Vorinstanzen betref-**

120 Vgl. statt vieler OGH 11.10.2010, 6 Ob 190/10z, nv.

121 OGH 13.7.2010, 17 Ob 9/10p – *spam.eu II*, jusIT 2010/82, 174 (zust *Thiele*) = ÖBI-LS 2010/185, 258 = ÖBI-LS 2010/197, 260.

122 OGH 13.7.2010, 17 Ob 9/10p – *spam.eu II*, jusIT 2010/82, 174 (zust *Thiele*) = ÖBI-LS 2010/185, 258 = ÖBI-LS 2010/197, 260.

123 OGH 1.9.2010, 6 Ob 103/10f – *Rechtzeitigkeit der Berufung via WebERV*, ecolex 2010/431, 1158 = EvBI 2011/26 = jusIT 2011/4, 9 (*Thiele*).

124 OGH 24.2.2009, 4 Ob 18/09i, Zak 2009/251, 158 = JBI 2009, 522 = ecolex 2009/224, 593 = EvBI 2009/107, 724 (*Pahl*) = NZ 2009/112, 381 = jusIT 2009/44, 94 (*Thiele/Garber*).

125 Grundlegend dazu immer noch *M. Bydliński*, *Der Kostenersatz im Zivilprozess* (1992), 340 ff.

126 OGH 15.12.2010, 7 Ob 209/10a, nv, mwN zur st Rsp.

127 Zur ab 1.7.2011 geänderten Rechtslage siehe bereits oben Pkt. I.3.

fenden Kostenentscheidungen an das Berufungsgericht ergibt sich aus einem Größenschluss aus § 510 Abs 1 letzter Satz ZPO. Wenn der Oberste Gerichtshof sogar die Entscheidung der Hauptsache dem Berufungsgericht übertragen kann, sofern die dafür erforderlichen eingehenden Berechnungen einen Zeitaufwand erfordern, der dem Höchstgericht nicht zugemutet werden soll, muss dies umso mehr für die Kostenfrage gelten, zumal sich aus den Rechtsmittelbeschränkungen der ZPO ergibt, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich nicht mit Kostenfragen belastet werden soll.¹²⁸

4. Prinzipien des zivilprozessualen Kostenersatzes

Die höchst praxisrelevante Frage, **ab wann** ein in einem Schriftsatz enthaltenes **Teilanerkennnis kostenrechtlich** nach § 43 ZPO **wirkt**, ob schon mit der Erklärung im Schriftsatz oder erst mit dem Vortrag in der Verhandlung, ist in der Lehre¹²⁹ durchaus umstritten. Nunmehr hat sich das OLG Wien¹³⁰ ausführlich mit den Argumenten auseinandergesetzt und ausgesprochen, dass das in einem Schriftsatz abgegebene Teilanerkennnis des Beklagten ohne damit einhergehender Teilzahlung kostenrechtlich (d.h. die Kostenbemessungsgrundlage verringernd) nicht schon ab dem Schriftsatz wirkt, sondern erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Kläger erstmals wirksam ein Teilanerkennnisurteil beantragen kann. Dieser Zeitpunkt ist die nächstfolgende Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung, weil erst in dieser ein Teilanerkennnisurteil erlassen werden darf, und erst damit der Streit auch im Sinne des § 12 Abs 3 RATG teilweise erledigt ist, bzw die Änderung des Streitgegenstandes „bewirkt“ ist. Bis zum wirksamen Antrag des Klägers auf Erlassung eines Teilanerkennnisurteils könnte der Beklagte nämlich sein im Schriftsatz erklärtes Teilanerkennnis nach st Rsp¹³¹ modifizieren oder widerrufen.¹³²

Das **Kostenprivileg des § 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO** kommt nach st Rsp¹³³ (nur) dann in Betracht, wenn die Entscheidung nicht bloß nach richterlichem Ermessen erfolgt, sondern es muss sich auch um einen Anspruch handeln, dessen Höhe von vornherein ungewiss ist und vom richterlichen Ermessen abhängt, wie etwa ein Schmerzensgeldbegehren oder überhaupt Ansprüche auf Ersatz von immateriellen Schäden. In solchen Fällen ist es dem Kläger nämlich bei objektiver und vernünftiger ex-ante-Betrachtung kaum bis gar nicht möglich, die Höhe seiner Ansprüche bei Klagserhebung

128 OGH 28.2.2011, 9 Ob 34/10f, Zak 2011/199, 114.

129 Im Sinne der Wirksamkeit mit Einlangen des Schriftsatzes: *Obermaier*, Das Kostenhandbuch (2005) Rz 497, 501/E 1; *derselbe*, Kostenhandbuch² (2010) Rz 125; aA *Thiele*, Anwaltskosten², 192: Vortrag in der mündlichen Verhandlung.

130 Beschluss vom 28.10.2010, 16 R 178/10d, Zak 2011/26, 19.

131 OGH 30.9.2009, 9 Ob 56/09i, EvBI-LS 2010/36, 234.

132 OLG Wien 28.10.2010, 16 R 178/10d, Zak 2011/26, 19.

133 Vgl. die Nw bei *Obermaier*, Kostenhandbuch Rz 127.

richtig abzuschätzen. Derartiges trifft auf **Überstundenforderungen** in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren **nicht** zu, die aufgrund der eigenen Arbeitszeitaufzeichnungen der Klägerin exakt beziffert werden können und nicht von vornherein vom richterlichen Ermessen abhängig sind.¹³⁴

Mit dem Satz „§ 43 Abs 2 ZPO gilt sinngemäß“ in § 301 Abs 3 EO wollte der Gesetzgeber „dem Gericht die Möglichkeit geben, bei offensichtlicher Überklagung nur einen Teil dieser Kosten zuzusprechen“.¹³⁵ **§ 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO** ist aber nach st Rsp¹³⁶ nur dann anwendbar, wenn gerade nicht überklagt wurde. Wurde überklagt, hat eine Kostenentscheidung nach § 43 Abs 1 ZPO, also idR eine Kostenteilung zu erfolgen. Da üblicherweise eine **Überklagung** erst dann angenommen wird, wenn der Kläger mit weniger als der Hälfte obsiegt, kommt es meistens bei Überklagung zu einem Kostenersatz des Klägers an den Beklagten. Das soll aber durch § 301 Abs 3 EO vermieden werden. Nach § 43 Abs 2 ZPO erfolgt – wenn nicht überklagt wurde – Kostenersatz auf Basis des ersiegten Betrages an den Kläger, weil er durch dieses Kostenprivileg nicht besser gestellt werden soll, als ein Kläger, der „das Richtige“ eingeklagt hat. Im (verlorenen) **Drittschuldnerprozess** gibt es aber keinen ersiegten Betrag, an dem man die Überklagung messen und den man als Bemessungsgrundlage des Kostenersatzes an den Kläger heranziehen könnte. Hat der Kläger im Drittschuldnerprozess überklagt, weil er einen vernünftigen Rahmen üblicher Einkommensverhältnisse deutlich überschritten hat (hier: Annahme eines pfändbaren Monateinkommens des Verpflichteten von EUR 10.000,-- als Angestellter in der Immobilienbranche), sind ihm Kosten in sinngemäßer Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO auf Basis einer nach § 273 ZPO ermittelten Bemessungsgrundlage auch ohne Mitverschuldenseinwand zuzusprechen.¹³⁷ § 301 Abs 3 ZPO ist im Rekursverfahren nicht (mehr) anzuwenden.¹³⁸

VI. Exekutionsrechtlicher Kostenersatz

Im Zwangsversteigerungsverfahren erfolgt die Beiziehung der Parteienvertreter über ausdrücklichen Auftrag des Gerichtes. Die Entlohnung für diese anwaltliche Tätigkeit richtet sich demnach nach TP 3 A III RATG.¹³⁹ Durch die ausdrückliche Anordnung der Ladung in **§ 141 Abs 3 EO** ist die Rechtslage demnach anders als im Falle der Beteiligung an der Pfändung im Fahrnisexekutionsverfahren, die ohne Befundaufnahme durch einen Sachver-

134 OLG Linz 20.10.2010, 12 Ra 71/10p, nv.

135 EBRV der EO-Novelle 1991, 181 B1gNR 18.GP 44.

136 Vgl. die Nw bei *Thiele*, Anwaltskosten², 82 f.

137 OLG Wien 26.3.2010, 8 Ra 21/10g, nv.

138 OLG Wien 26.3.2010, 8 Ra 21/10g, nv.

139 LG Klagenfurt 23.7.2010, 1 R 186/10p, Zak 2010/692, 399; ebenso bereits LG Eisenstadt 23.3.2006, 13 R 58/06m, nv.

ständigen und grundsätzlich ohne Beteiligung des betreibenden Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher allein erfolgt und nur in Ausnahmefällen, nämlich über dessen Antrag, zu seiner Beteiligung führt. Der Kostenersatzanspruch des betreibenden Gläubigers für die **Teilnahme an der Befundaufnahme an der Liegenschaftsschätzung** durch einen Sachverständigen richtet sich im Exekutionsverfahren daher entweder nach TP 7 zweiter Fall RATG (wenn die Beiziehung der Parteienvertreter vom Gericht nicht ausdrücklich angeordnet wurde) oder nach TP 3 A III RATG. Für eine Entlohnung nach TP 7 erster Fall RATG besteht seit der EO-Novelle 2005¹⁴⁰ keine Rechtsgrundlage mehr. Liegen also die Voraussetzungen nach TP 3 A III RATG vor, ist nach dieser Bestimmung als *lex specialis* vorzugehen. Ein Rückgriff auf die allgemeine Kostennorm der TP 7 zweiter Fall RATG ist in diesem Fall nicht möglich.¹⁴¹

VII. Strafprozessualer Kostenersatz

Dem **Verfahrenshilfeverteidiger** kommt wegen seines rechtlichen Interesses (kein Honoraranspruch als nach § 45 RAO bestellter Verfahrenshilfeverteidiger) ein Antragsrecht auf Überprüfung des Bestellungsbeschlusses dahingehend zu, ob auf Basis der damals aktuellen Einkommens- und Vermögenssituation des Angeklagten das Vorliegen der in § 61 Abs 2 StPO genannten Voraussetzungen zu Recht angenommen wurde. Doch kann die Verfahrenshilfe rückwirkend weder aufgehoben (widerrufen), noch **rückwirkend in eine Amtsverteidigung umgewandelt** werden.¹⁴²

Hat das Berufungsgericht nach **§ 17 Abs 5 erster Satz MedienG** den Antragsteller zur Zahlung eines Einschaltungsentgelts für die zu Unrecht erwirkte Veröffentlichung der **Gegendarstellung** oder der nachträglichen Mitteilung und für die Veröffentlichung des Berufungsurteils verurteilt, so ist gemäß dem zweiten Satz dieser Bestimmung über die Höhe dieser Kosten auf Antrag mit Beschluss zu entscheiden. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Höhe dieses Kostenersatzanspruchs des Antragsgegners ist weder nach Art 6 MRK geboten, noch ist § 41 Abs 5 vierter Satz MedienG auf den Fall des § 17 Abs 5 zweiter Satz MedienG analog anzuwenden, d.h. die (zwingende) **Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Höhe des Kostenersatzanspruchs** des Antragsgegners ordnet das Gesetz in diesem Fall **nicht** an.¹⁴³

140 BGBl I 2005/68.

141 LG Klagenfurt 23.7.2010, 1 R 186/10p, Zak 2010/692, 399.

142 OLG Linz 13.1.2010, 9 Bs 415/09g, nv.

143 OGH 15.9.2010, 15 Os 45/10x, ua, MR 2010, 311 = Jus-Extra OGH-St 4487 = Jus-Extra OGH-St 4488 = EvBl-LS 2010/180, 1088.

Weder bei der Veröffentlichung der **Gegendarstellung** noch bei jener des Berufungsurteils handelt es sich um eine dem Werbeabgabegesetz 2000 zu unterstellende Werbeeinschaltung.¹⁴⁴ Voraussetzung für eine solche ist nämlich, dass die Einschaltung eine (werbende) Information enthält und dafür ein Entgelt bezahlt wird.¹⁴⁵ Einschaltungen, die aufgrund einer gesetzlichen oder gerichtlichen Verpflichtung erfolgen, fallen **nicht** unter den Steuergegenstand der **Werbeabgabepflicht**.¹⁴⁶

VIII. Kostenersatz vor der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts und vor übernationalen Tribunalen

1. Eingabegebühren bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts

Für die Gebührenentrichtung an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sind die Bestimmungen des VfGG bzw des VwGG zu beachten. Die Gebühr ist für jede Eingabe gesondert unter Angabe des Verwendungszweckes auf das Konto des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien¹⁴⁷ zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen von einer Post-Geschäftsstelle oder einem Kreditinstitut bestätigten Zahlungsbeleg (über die tatsächlich bereits erfolgte Einzahlung) in Urschrift dem Gerichtshof nachzuweisen. Der Einzahlungsbeleg muss – im Original – der Eingabe an den VfGH oder VwGH angeschlossen werden.¹⁴⁸

Unbeschadet der Gebührenpflicht nach § 17a VfGG unterliegen auch vom VfGH an den VwGH abgetretene Beschwerden der Eingabengebühr nach § 24 Abs 3 VwGG. Diese Gebühr wird mit dem Einlangen der Beschwerde beim VwGH fällig, die Gebührenentrichtung ist diesfalls unverzüglich nach der Zustellung des Beschlusses über die Abtretung der Beschwerde dem VwGH nachzuweisen. Rechtsanwälte¹⁴⁹ haben die Möglichkeit die Gebührenentrichtung durch einen Unwiderruflichkeitsvermerk auf dem Überweisungsbeleg dem Gerichtshof nachzuweisen. Fehlt dieser Nachweis, so hat der

144 Vgl § 1 Abs 1 iVm Abs 2 Werbeabgabegesetz 2000; *Thiele*, WerbeAbgG-Kommentar (2000) § 1 Rz 42.

145 EBRV 87 BlgNR 21. GP, zu § 1 Abs 1, abgedruckt bei *Thiele*, WerbeAbgG-Kommentar, § 1 Rz 20.

146 OGH 15.9.2010, 15 Os 45/10x, ua, MR 2010, 311 = Jus-Extra OGH-St 4487 = Jus-Extra OGH-St 4488 = EvBI-LS 2010/180, 1088 unter Zitierung von *Rami* in *Höpfel/Ratz* (Hg) Wiener Kommentar zum StGB², MedienG § 17 Rz 30.

147 Bei der BAWAG P. S. K., Konto-Nr: 5504.109, BLZ: 60000 (BIC: OPSKATWW, IBAN: AT44 6000 0000 0550 4109).

148 Information des FA f Geb und VerkSt Wien, AnwBl 2010, 103.

149 Beim VwGH auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

Gerichtshof nach § 34 GebG iVm § 17a VfGG bzw § 24 Abs 3 VwGG das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien zu verständigen.

Das FA für Gebühren und Verkehrsteuern Wien weist ausdrücklich¹⁵⁰ darauf hin, dass eine nicht ordnungsgemäß entrichtete feste Gebühr von der zuständigen Finanzbehörde mit Bescheid festzusetzen ist und dies zu einer Gebührenerhöhung im Ausmaß von 50 Prozent der verkürzten Gebühr führt. § 9 Abs 1 GebG räumt den Finanzbehörden insoweit keinen Ermessensspielraum ein.

Es besteht eine Gesamtschuldnerschaft (wenngleich keine *Solidarhaftung*) der Rechtsanwälte nach § 13 Abs 3 GebG bei Eingaben an den Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof: Die Rechtsanwälte sind ebenso wie die von ihnen vertretenen Beschwerdeführer Gesamtschuldner und können ohne vorhergehende Inanspruchnahme des Beschwerdeführers zur Gebührenerichtung herangezogen werden.¹⁵¹

2. Kostenersatz im Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV

Der Kostenersatzanspruch ist je nach der anwendbaren Ausgangsverfahrensart zu beurteilen.¹⁵² Das Verfahren vor dem EuGH stellt **aus zivilprozessualer Perspektive** für die Parteien einen Zwischenstreit (des Revisionsrekursverfahrens) dar, wobei die Entscheidung über die Kostentragung im Vorabentscheidungsverfahren dem nationalen Gericht obliegt, in dessen Verfahren der Vorlagebeschluss gefasst wurde, also nach Art 104 § 6 EuGH-VfO idR dem Obersten Gerichtshof. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, die ihnen im Verfahren vor dem EuGH aufgelaufenen Kosten zu verzeichnen bzw zu beantragen. Dabei sind die inländischen Kostenbestimmungen anzuwenden.¹⁵³ Aufgrund der Komplexität und Schwierigkeit in dem erstmals dem EuGH vorliegenden Rechtsstreit ist der Zuspruch einer übertariflichen Entlohnung nach § 21 RATG unter Umständen sachgerecht.

Zusammenfassung

Der vorliegende Berichtszeitraum – im Wesentlichen das Jahr 2010 – hat durch die **Novellierung der Kosteneinwendungen nach § 54 Abs 1a ZPO** nicht nur z.T. massiv spürbare Veränderungen beim zivilprozessualen Kostenersatz zu verzeichnen, sondern auch durchaus beachtenswerte **Judikatur-**

150 Eingabegebühren, AnwBl 2010, 103.

151 Information des FA f Geb und VerkSt Wien, AnwBl 2010, 103.

152 Vgl. *Thiele*, Anwaltskosten², 119 f.

153 OGH 13.7.2010, 17 Ob 7/10v – *reifen.eu III*, wbl 2010/226, 597 (*Thiele*) = jusIT 2010/83, 175 (*Thiele*) = EvBl 2010/151 = ÖBI-LS 2010/186/187, 258 = ÖBI-LS 2010/200, 261.

änderungen gebracht: Das Ablehnungsverfahren nach § 19 JN ist grundsätzlich zweiseitig und ein eigener Zwischenstreit.¹⁵⁴ Ein Kostenschuldner kann auch nach dem Zahlungsverlangen des Rechtsanwalts iS des § 19a Abs 4 RAO mit einer Gegenforderung aufrechnen, die noch vor der betriebenen Kostenforderung entstand und fällig wurde.¹⁵⁵ Schließlich hat das zivile Höchstgericht¹⁵⁶ anwaltliche Stundensätze jedenfalls als angemessen beurteilt, die sich zwischen EUR 220,- und EUR 400,- netto halten.

Nach einem Urteil des Europäischen Höchstgerichts¹⁵⁷ widerspricht nach Ansicht des Verfassers die Abschaffung der Verfahrenshilfe für juristische Personen dem Grundrechtsschutz nach Art 47 GRC. Ein Handeln des Gesetzgebers erscheint dringend notwendig.

Ein „Machtwort“ des VfGH zum „unheiligen Schicksal“ des § 54 Abs 1a ZPO idF BBG 2011 ist jedenfalls für das Jahr 2011 oder 2012 zu erwarten.

154 OGH 18.1.2011, 4 Ob 143/10y, Zak 2010/143, 79; aA OLG Linz 9.6.2011, 4R 96/11g, Zak 2011/487, 359.

155 OGH 28.4.2010, 3 Ob 252/09v, ecolex 2010/388, 1050 = JBI 2010, 717 = RdW 2010/646, 628 = Zak 2010/508, 294.

156 OGH 30.3.2011, 7 Ob 259/10d, Zak 2011/362, 193.

157 EuGH 22.12.2010, C-279/09 – *Prozesskostenhilfe*, Zak 2011/36, 22.