

# TE OGH 2005/10/20 3Ob127/05f

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.10.2005

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Kurt B\*\*\*\*\*, vertreten durch Koller & Schreiber, Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, wider die beklagte Partei Gabriele B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Werner Zaufal, Rechtsanwalt in Wien, wegen 313,20 EUR s.A., infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Korneuburg als Berufungs- und Rekursgericht vom 27. Jänner 2005, GZ 23 R 1/05t-18, womit aus Anlass der Berufung und des Kostenrekurses der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichts Korneuburg vom 2. November 2004, GZ 4 C 418/04f-12, und das diesem Urteil vorangegangene Verfahren über den Anspruch von 313,20 EUR als nichtig aufgehoben und die Klage in diesem Umfang zurückgewiesen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten ihres erfolglosen Rekurses selbst zu tragen.

## **Text**

Begründung:

Im Scheidungsfolgenvergleich der Parteien vom 20. Dezember 2002 übertrug der Kläger einen weiterhin auf ihn zugelassenen PKW zum unentgeltlichen Gebrauch an die Beklagte (als wirtschaftliche Eigentümerin), die bei dessen Nutzung vier näher bezeichnete Verwaltungsübertretungen beging. Der Kläger sandte die an ihn erlassenen Verwaltungsstrafbescheide an die Beklagte, die ihn anrief und aufforderte, gegen die Bescheide wegen der Strafhöhe Einspruch zu erheben. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 2. September 2003 auf, die „Verkehrsstrafen“ zu begleichen. Die Beklagte übergab die Angelegenheit ihrem Rechtsvertreter, der in seinem Schreiben vom 4. September 2003 festhielt, er werde seiner Mandantin die Begleichung der offenen Strafen empfehlen. Da die Beklagte aber keine Zahlungen leistete, übergab der Kläger die Angelegenheit ebenfalls seinem Rechtsfreund, der in seinem Schreiben vom 24. Oktober 2003 die Beklagte zur Zahlung aufforderte. Der Beklagtenvertreter äußerte sich darauf wiederum dahingehend, dass die Beklagte zur Zahlung bereit sei. Auf weitere Aufforderungsschreiben vom 16. März und 13. April 2004 reagierte die Beklagte nicht. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte dem Kläger jemals mitgeteilt hätte, sie könne sich die Bezahlung der Strafen zur Zeit nicht leisten, oder dass der Kläger bei der Beklagten eine finanzielle Notlage herbeigeführt hätte. Der Klagevertreter stellte dem Kläger für seine dargestellte Tätigkeit gegenüber der Beklagten insgesamt 313,20 EUR (für Briefe an den gegnerischen Rechtsanwalt, Aktenstudium, Briefe, Telefonate und E-Mail an den Kläger) incl. 20 % USt in Rechnung:

Der Kläger begehrte von der Beklagten mit Mahnklage 565,20 EUR s.A. als Gesamtschaden, weil die Beklagte mit seinem PKW vier Verwaltungsübertretungen begangen und dem Kläger zugesagt habe, ihm die bezahlten „Verkehrsstrafen“ von je 63 EUR, insgesamt somit 252 EUR, zu ersetzen. Da der Kläger gezwungen gewesen sei, mit der Beklagten in dieser Angelegenheit anwaltlich zu korrespondieren, begehrte er neben den 252 EUR die Kosten seines Rechtsbeistands von 313,20 EUR. Unter dem Punkt „Anspruchsbeschreibung“ der Mahnklage war - soweit hier relevant - folgender Punkt angegeben: „Code Angaben über die Forderung BelegNr von bis Betrag 08 Anwaltl. Vertretung 14. 05. 2004 313,20 EUR“.

Nur in Ansehung von 313,20 EUR er hob die Beklagte Einspruch dem Grunde und der Höhe nach mit einem in erster Instanz nicht bewiesenen Vorbringen und rechtlich - zusammengefasst - mit dem Hinweis, die anwaltlichen Vertretungsleistungen seien zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen.

Der Kläger replizierte, die Beklagte habe ihm zugesagt, die von ihr zu vertretenden (Verwaltungs-)Strafen zu bezahlen, ohne dies - trotz umfangreicher Korrespondenz - getan zu haben. Der Kläger habe die Beklagte zunächst selbst schriftlich zur Zahlung aufgefordert und später den Klagevertreter mit der Verfassung eines anwaltlichen Aufforderungsschreibens zur Klarstellung der Sach- und Rechtslage beauftragt. Dieses Schreiben vom 24. Oktober 2003 habe der Beklagtenvertreter am 17. November 2003 mit der nochmaligen Bestätigung beantwortet, die Beklagte werde den zu diesem Zeitpunkt ausständigen Betrag zur Anweisung bringen. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2003 sei zudem die Abgabe der für die Übertragung der polizeilichen Zulassungsrechte notwendigen Erklärungen urgert worden. Ein letztes Urgenzschreiben vom 13. April 2004 sei unbeantwortet geblieben. Der Kläger sei gezwungen und berechtigt gewesen, sich einer anwaltlichen Vertretung zu bedienen. Der Betrag von 313,20 EUR werde aus dem Titel des Schadenersatzes geltend gemacht.

Der Erstrichter gab dem Klagebegehren in merito statt. Denn die Klageführung durch den Kläger sei zu Recht erfolgt und die Beauftragung des Klagevertreters zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen, im Besonderen die Verfassung wiederholter Schreiben, weil die Beklagte immer wieder behauptet habe, sie werde die Strafen bezahlen. Nur wenn die Beklagte von Anfang an ihre Zahlungsverpflichtung bestritten hätte, wäre es angezeigt gewesen, sofort Klage zu führen.

Das Berufungsgericht hob aus Anlass der Berufung der Beklagten das erstgerichtliche Urteil und das vorangegangene Verfahren über den Anspruch von 313,20 EUR von Amts wegen als nichtig auf, wies die Klage in diesem Umfang zurück und führte dazu aus, die Zulässigkeit des Rechtswegs für die vorliegende Klage sei nach dem Klagebegehren und dem vorgebrachten Sachverhalt zu beurteilen. Das ursprüngliche Klagevorbringen beruhe lediglich auf der behaupteten Zusage der Beklagten an den Kläger, für jeden ergangenen Strafbescheid 63 EUR zu ersetzen. Von einer Korrespondenz im Zusammenhang mit der Übertragung der polizeilichen Zulassung sei in der Klage noch keine Rede. Vielmehr werde ausgeführt, der Kläger sei gezwungen gewesen, mit der Beklagten „in der gegenständlichen Sache“, somit im Zusammenhang mit dem Ersatz für die (von ihm bezahlten) Verkehrsstrafbescheide zu korrespondieren. Daneben würden 313,20 EUR „anwaltliche Vertretung“ gefordert. Laut ursprünglichem Vorbringen habe die anwaltliche Korrespondenz ausschließlich der Eintreibung des später eingeklagten Anspruchs gedient, weshalb es sich um vorprozessuale Kosten handle, für die der Rechtsweg unzulässig sei. An dieser Rechtslage habe auch die Neufassung des § 1333 ABGB nichts geändert. Die Klage sei mit einem Teilbetrag von 313,20 EUR zurückzuweisen, ungeachtet dessen, dass der Einspruch der Beklagten nur gegen diesen Teilbetrag erhoben worden sei; denn die Zulässigkeit des Rechtswegs müsse im Zeitpunkt der Klageerhebung vorliegen. Deshalb sei auch das spätere Vorbringen unbeachtlich, wonach es in der Korrespondenz zumindest teilweise um die Abgabe von Erklärungen für die Übertragung der polizeilichen Zulassung gegangen sei. Das Berufungsgericht hob aus Anlass der Berufung der Beklagten das erstgerichtliche Urteil und das vorangegangene Verfahren über den Anspruch von 313,20 EUR von Amts wegen als nichtig auf, wies die Klage in diesem Umfang zurück und führte dazu aus, die Zulässigkeit des Rechtswegs für die vorliegende Klage sei nach dem Klagebegehren und dem vorgebrachten Sachverhalt zu beurteilen. Das ursprüngliche Klagevorbringen beruhe lediglich auf der behaupteten Zusage der Beklagten an den Kläger, für jeden ergangenen Strafbescheid 63 EUR zu ersetzen. Von einer Korrespondenz im Zusammenhang mit der Übertragung der polizeilichen Zulassung sei in der Klage noch keine Rede. Vielmehr werde ausgeführt, der Kläger sei gezwungen gewesen, mit der Beklagten „in der gegenständlichen Sache“, somit im Zusammenhang mit dem Ersatz für die (von ihm bezahlten) Verkehrsstrafbescheide zu korrespondieren. Daneben würden 313,20 EUR „anwaltliche Vertretung“ gefordert. Laut ursprünglichem Vorbringen habe die anwaltliche Korrespondenz ausschließlich der Eintreibung des später

eingeklagten Anspruchs gedient, weshalb es sich um vorprozessuale Kosten handle, für die der Rechtsweg unzulässig sei. An dieser Rechtslage habe auch die Neufassung des Paragraph 1333, ABGB nichts geändert. Die Klage sei mit einem Teilbetrag von 313,20 EUR zurückzuweisen, ungeachtet dessen, dass der Einspruch der Beklagten nur gegen diesen Teilbetrag erhoben worden sei; denn die Zulässigkeit des Rechtswegs müsse im Zeitpunkt der Klageerhebung vorliegen. Deshalb sei auch das spätere Vorbringen unbeachtlich, wonach es in der Korrespondenz zumindest teilweise um die Abgabe von Erklärungen für die Übertragung der polizeilichen Zulassung gegangen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs des Klägers ist gemäß § 519 Abs 1 Z 1 ZPO ohne Rücksicht auf den Wert des Entscheidungsgegenstands und das Vorliegen erheblicher Rechtsfragen zulässig, aber nicht berechtigt. Der Rekurs des Klägers ist gemäß Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO ohne Rücksicht auf den Wert des Entscheidungsgegenstands und das Vorliegen erheblicher Rechtsfragen zulässig, aber nicht berechtigt.

a) Die Zulässigkeit des Rechtswegs bildet eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung von Amts wegen oder auf Antrag wahrzunehmen ist. Maßgebend ist dabei die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung über die Voraussetzung (6 Ob 682/84 = EvBl 1985/110; 2 Ob 574/94 = SZ 68/204 u.a.; Mayr in Rechberger<sup>2</sup> § 42 JN Rz 1; Ballon in Fasching<sup>2</sup> § 42 JN Rz 2). Zwar ist ein Mangel der Prozessvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens und somit schon in limine litis (aufgrund der Klagsangaben) wahrzunehmen. Wird jedoch (unrichtigerweise) die Zurückweisung der Klage unterlassen, ist auf Sachverhalts- und Gesetzesänderungen ebenso Bedacht zu nehmen wie auf nicht in der Klage, sondern im weiteren Verfahren erstattetes Vorbringen, soweit dieses Einfluss auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzung hat. a) Die Zulässigkeit des Rechtswegs bildet eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung von Amts wegen oder auf Antrag wahrzunehmen ist. Maßgebend ist dabei die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung über die Voraussetzung (6 Ob 682/84 = EvBl 1985/110; 2 Ob 574/94 = SZ 68/204 u.a.; Mayr in Rechberger<sup>2</sup> Paragraph 42, JN Rz 1; Ballon in Fasching<sup>2</sup> Paragraph 42, JN Rz 2). Zwar ist ein Mangel der Prozessvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens und somit schon in limine litis (aufgrund der Klagsangaben) wahrzunehmen. Wird jedoch (unrichtigerweise) die Zurückweisung der Klage unterlassen, ist auf Sachverhalts- und Gesetzesänderungen ebenso Bedacht zu nehmen wie auf nicht in der Klage, sondern im weiteren Verfahren erstattetes Vorbringen, soweit dieses Einfluss auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzung hat.

Hier blieb indes die Frage des für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen maßgeblichen Zeitpunkts ohne Auswirkung auf das Ergebnis der zweitinstanzlichen Entscheidung. Die Überprüfungsbefugnis des Berufungsgerichts wird durch den Berufungsantrag und die Berufungserklärung begrenzt und in dieser Beschränkung durch die Verpflichtung zur Wahrung der Teilrechtskraft garantiert. Das Berufungsgericht ist hiebei nicht nur an die Berufungsanträge, sondern auch an die Berufungsgründe gebunden (zuletzt 3 Ob 194/04g u.a.). Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung die Tatsachenfeststellungen des Ersturteils, die durch die Berufungsgründe nicht berührt werden (also weder unmittelbar noch mittelbar - etwa durch eine Mängelrüge - betroffen sind) zugrundezulegen (E. Kodek in Rechberger<sup>2</sup> § 498 ZPO Rz 1; Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1832). Im vorliegenden Fall erfolgte die Berufung der Beklagten ausschließlich aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Eine gesetzmäßige Ausführung dieses Berufungsgrunds ist nur auf dem Boden der erstrichterlichen Feststellungen zulässig. In einem solchen Fall beruft sich der Berufungswerber schon nach dem prozessualen Wesen der Rechtsrüge auf alle Feststellungen, die ausdrücklich als solche im so bezeichneten Abschnitt des Ersturteils zusammengefasst wurden. Ausschließlich dann, wenn der Berufungswerber seine Rechtsrüge auf allenfalls in anderen Urteilsabschnitten - also meist in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung - „verborgene“ Feststellungen stützen will, müsste er sich darauf ausdrücklich beziehen, um eine Rügepflicht des Berufungsgegners in der Rechtsmittelbeantwortung nach § 468 Abs 2 zweiter Satz iVm § 473a Abs 1 ZPO auszulösen (1 Ob 41/99g = SZ 72/75 = JBI 1999, 661 = EvBl 1999/180). Der Kläger war daher auch ohne Mitteilung durch das Berufungsgericht gemäß § 473a ZPO gehalten, für ihn nachteilige Feststellungen des Erstgerichts in der Berufungsbeantwortung zu rügen. Der Kläger hat dies jedoch unterlassen und das Ersturteil als „frei von jedem Mangel“ bezeichnet. Der rechtlichen Beurteilung war daher unabhängig von einem davon abweichenden Vorbringen richtigerweise die Feststellung des Erstgerichts, es handle sich bei den anwaltlichen Vertretungskosten um jene Kosten, die der Klagevertreter dem Kläger „für seine Tätigkeit zur Eintreibung der Verwaltungsstrafen“ in Rechnung gestellt hat, zugrundezulegen, und zu prüfen, ob für die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist. Hier blieb indes die Frage des für das Vorliegen

der Prozessvoraussetzungen maßgeblichen Zeitpunkts ohne Auswirkung auf das Ergebnis der zweitinstanzlichen Entscheidung. Die Überprüfungsbefugnis des Berufungsgerichts wird durch den Berufungsantrag und die Berufungserklärung begrenzt und in dieser Beschränkung durch die Verpflichtung zur Wahrung der Teilrechtskraft garantiert. Das Berufungsgericht ist hiebei nicht nur an die Berufungsanträge, sondern auch an die Berufungsgründe gebunden (zuletzt 3 Ob 194/04g u.a.). Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung die Tatsachenfeststellungen des Ersturteils, die durch die Berufungsgründe nicht berührt werden (also weder unmittelbar noch mittelbar - etwa durch eine Mängelrüge - betroffen sind) zugrundezulegen (E. Kodek in Rechberger<sup>2</sup> Paragraph 498, ZPO Rz 1; Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1832). Im vorliegenden Fall erfolgte die Berufung der Beklagten ausschließlich aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Eine gesetzmäßige Ausführung dieses Berufungsgrunds ist nur auf dem Boden der erstrichterlichen Feststellungen zulässig. In einem solchen Fall beruft sich der Berufungswerber schon nach dem prozessualen Wesen der Rechtsrüge auf alle Feststellungen, die ausdrücklich als solche im so bezeichneten Abschnitt des Ersturteils zusammengefasst wurden. Ausschließlich dann, wenn der Berufungswerber seine Rechtsrüge auf allenfalls in anderen Urteilsabschnitten - also meist in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung - „verborgene“ Feststellungen stützen will, müsste er sich darauf ausdrücklich beziehen, um eine Rügepflicht des Berufungsgegners in der Rechtsmittelbeantwortung nach Paragraph 468, Absatz 2, zweiter Satz in Verbindung mit Paragraph 473 a, Absatz eins, ZPO auszulösen (1 Ob 41/99g = SZ 72/75 = JBI 1999, 661 = EvBl 1999/180). Der Kläger war daher auch ohne Mitteilung durch das Berufungsgericht gemäß Paragraph 473 a, ZPO gehalten, für ihn nachteilige Feststellungen des Erstgerichts in der Berufungsbeantwortung zu rügen. Der Kläger hat dies jedoch unterlassen und das Ersturteil als „frei von jedem Mangel“ bezeichnet. Der rechtlichen Beurteilung war daher unabhängig von einem davon abweichenden Vorbringen richtigerweise die Feststellung des Erstgerichts, es handle sich bei den anwaltlichen Vertretungskosten um jene Kosten, die der Klagevertreter dem Kläger „für seine Tätigkeit zur Eintreibung der Verwaltungsstrafen“ in Rechnung gestellt hat, zugrundezulegen, und zu prüfen, ob für die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist.

b) Zur stRsp bis zum 31. Juli 2002: Kosten für Mahnschreiben teilten überwiegend wie alle Kosten der Beweissammlung und der Prozessvorbereitung als sogenannte vorprozessuale Kosten als Teil des öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruchs (1 Ob 170/83 = SZ 46/103 und die folgende Rsp, für viele 2 Ob 59/93 mwN; RIS-Justiz RS0035770) grundsätzlich das Schicksal der Prozesskosten, waren also in die Kostennote aufzunehmen und wurden nach den allgemeinen Regeln über den Prozesskostenersatz behandelt (Fucik in Rechberger<sup>2</sup>, Vor § 40 ZPO Rz 5 mwN). Sie waren daher vom Richter amtswegig zu prüfen und - solange die Akzessorietät zu einem Hauptanspruch bestand - als Teil der Prozesskosten, somit aus öffentlichem (Prozess-)Recht zuzusprechen, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren; bei gesondert verzeichneten Kosten rechtsanwaltlicher Tätigkeit war zu prüfen, ob sie nicht ohnehin im Rahmen anderer verzeichnetener Kosten durch den Einheitssatz nach § 23 RATG gedeckt waren. Zur Durchsetzung dieser vorprozessualen Kosten stand somit der Rechtsweg nicht offen (RIS-Justiz RS0035770). Ob die Akzessorietät auch dann wegfiel, wenn die vorprozessualen Kosten zum Inhalt einer privatrechtlichen Vereinbarung (Vergleich, Anerkenntnis) gemacht und so ihres öffentlich-rechtlichen Charakters entkleidet worden waren (vgl. dazu RIS-Justiz RS0035837 und die EB, RV zum ZinsRÄG, BlgNR 21. GP [im Folgenden nur EB], 12 mwN), blieb strittig.b) Zur stRsp bis zum 31. Juli 2002: Kosten für Mahnschreiben teilten überwiegend wie alle Kosten der Beweissammlung und der Prozessvorbereitung als sogenannte vorprozessuale Kosten als Teil des öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruchs (1 Ob 170/83 = SZ 46/103 und die folgende Rsp, für viele 2 Ob 59/93 mwN; RIS-Justiz RS0035770) grundsätzlich das Schicksal der Prozesskosten, waren also in die Kostennote aufzunehmen und wurden nach den allgemeinen Regeln über den Prozesskostenersatz behandelt (Fucik in Rechberger<sup>2</sup>, Vor Paragraph 40, ZPO Rz 5 mwN). Sie waren daher vom Richter amtswegig zu prüfen und - solange die Akzessorietät zu einem Hauptanspruch bestand - als Teil der Prozesskosten, somit aus öffentlichem (Prozess-)Recht zuzusprechen, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren; bei gesondert verzeichneten Kosten rechtsanwaltlicher Tätigkeit war zu prüfen, ob sie nicht ohnehin im Rahmen anderer verzeichnetener Kosten durch den Einheitssatz nach Paragraph 23, RATG gedeckt waren. Zur Durchsetzung dieser vorprozessualen Kosten stand somit der Rechtsweg nicht offen (RIS-Justiz RS0035770). Ob die Akzessorietät auch dann wegfiel, wenn die vorprozessualen Kosten zum Inhalt einer privatrechtlichen Vereinbarung (Vergleich, Anerkenntnis) gemacht und so ihres öffentlich-rechtlichen Charakters entkleidet worden waren vergleiche dazu RIS-Justiz RS0035837 und die EB, Regierungsvorlage zum ZinsRÄG, BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode [im Folgenden nur EB], 12 mwN), blieb strittig.

In der Rsp wurden zu den Mahnkosten nur vereinzelt auch andere Ansichten vertreten (vgl. die Judikaturzitate in

Deixler-Hübner, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen - Anspruchsgrundlage und Anspruchshöhe, ÖJZ 2002, 372). Im Schrifttum wurde überwiegend die Ansicht vertreten, die Kosten seien als materiellrechtliche Schadenersatzansprüche mit Klage geltend zu machen (u.a. M. Bydlinski, Der Anspruch auf Ersatz „vorprozessualer Kosten“, JBI 1998, 69 ff und 143 ff). Es wurde sogar ein - in der E 8 Ob 2070/96m abgelehntes - Wahlrecht der Partei in der Frage der Geltendmachung der Betreibungskosten befürwortet (M. Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozess 176 ff). Weit überwiegend war jedenfalls die Rsp der Auffassung, solche Kosten wären mit Kostennote geltend zu machen. In der Rsp wurden zu den Mahnkosten nur vereinzelt auch andere Ansichten vertreten vergleiche die Judikaturzitate in DeixlerHübner, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen - Anspruchsgrundlage und Anspruchshöhe, ÖJZ 2002, 372). Im Schrifttum wurde überwiegend die Ansicht vertreten, die Kosten seien als materiellrechtliche Schadenersatzansprüche mit Klage geltend zu machen (u.a. M. Bydlinski, Der Anspruch auf Ersatz „vorprozessualer Kosten“, JBI 1998, 69 ff und 143 ff). Es wurde sogar ein - in der E 8 Ob 2070/96m abgelehntes - Wahlrecht der Partei in der Frage der Geltendmachung der Betreibungskosten befürwortet (M. Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozess 176 ff). Weit überwiegend war jedenfalls die Rsp der Auffassung, solche Kosten wären mit Kostennote geltend zu machen.

c) Die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (im Folgenden nur Richtlinie 2000/35/EG) nimmt zu außergerichtlichen Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen in Art 3 Abs 1 lit e wie folgt Stellung: Die Mitgliedstaaten stellen sicher: Der Gläubiger hat gegenüber dem Schuldner Anspruch auf angemessenen Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Betreibungskosten, es sei denn, dass der Schuldner für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist. Bei diesen Betreibungskosten sind die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den betreffenden Schuldbetrag zu beachten. Die Mitgliedstaaten können unter Wahrung der genannten Grundsätze einen Höchstbetrag für die Betreibungskosten für unterschiedliche Schuldhöhen festlegen. Die Erläuterungen dazu (Punkt 17) lauten: Die angemessene Entschädigung für die Betreibungskosten ist unbeschadet nationaler Bestimmungen festzulegen, nach denen ein nationales Gericht dem Gläubiger zusätzlichen Schadenersatz für den durch den Zahlungsverzug eines Schuldners entstandenen Verlust zusprechen kann, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass diese entstandenen Kosten schon durch die Verzugszinsen ausgeglichen sein können. c) Die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (im Folgenden nur Richtlinie 2000/35/EG) nimmt zu außergerichtlichen Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen in Artikel 3, Absatz eins, Litera e, wie folgt Stellung: Die Mitgliedstaaten stellen sicher: Der Gläubiger hat gegenüber dem Schuldner Anspruch auf angemessenen Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Betreibungskosten, es sei denn, dass der Schuldner für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist. Bei diesen Betreibungskosten sind die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den betreffenden Schuldbetrag zu beachten. Die Mitgliedstaaten können unter Wahrung der genannten Grundsätze einen Höchstbetrag für die Betreibungskosten für unterschiedliche Schuldhöhen festlegen. Die Erläuterungen dazu (Punkt 17) lauten: Die angemessene Entschädigung für die Betreibungskosten ist unbeschadet nationaler Bestimmungen festzulegen, nach denen ein nationales Gericht dem Gläubiger zusätzlichen Schadenersatz für den durch den Zahlungsverzug eines Schuldners entstandenen Verlust zusprechen kann, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass diese entstandenen Kosten schon durch die Verzugszinsen ausgeglichen sein können.

Mit 1. August 2002 ist jener Teil des Zinsenrechts-Änderungsgesetzes (ZinsRÄG) BGBI I 2002/118 in Kraft getreten, mit dem durch Art I Z 2 ZinsRÄG dem § 1333 ABGB folgender dritter Absatz angefügt wurde: Der Gläubiger kann außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Mit dem ZinsRÄG sollte nach den EB einerseits in Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG die Höhe der gesetzlichen Zinsen im allgemeinen Zivilrecht neu geregelt werden, andererseits eine Klarstellung in der Frage der vorprozessualen Kosten vorgenommen werden. Mit 1. August 2002 ist jener Teil des Zinsenrechts-Änderungsgesetzes (ZinsRÄG) BGBI römisch eins 2002/118 in Kraft getreten, mit dem durch Art römisch eins Ziffer 2, ZinsRÄG dem Paragraph 1333, ABGB folgender dritter Absatz angefügt wurde: Der Gläubiger kann außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem

angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Mit dem ZinsRÄG sollte nach den EB einerseits in Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG die Höhe der gesetzlichen Zinsen im allgemeinen Zivilrecht neu geregelt werden, andererseits eine Klarstellung in der Frage der vorprozessualen Kosten vorgenommen werden.

Zur zweiten Frage wurde zwar klar gestellt, dass derartige Betreibungskosten erkennbar als Schadenersatzansprüche behandelt werden sollen. Das Gesetz selbst lässt aber jede Aussage darüber vermissen, in welcher Form der „vom Schuldner verschuldete“ und dem Gläubiger erwachsene Schaden geltend zu machen ist, ob die bisherige, oben angeführte Rsp - jedenfalls soweit es von Rechtsanwälten geltend gemachte Kosten betrifft - damit obsolet und es angesichts von hier maßgebenden Spezialnormen relevant ist, ob die Zulässigkeit des Rechtswegs für derartige Kosten davon abhängt, ob diese außergerichtlichen Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen durch Inkassobüros oder von Rechtsanwälten vorgenommen werden. Der Regelung selbst ist lediglich zu entnehmen, dass sie - anders als bisher vielfach die Rsp - von einem materiell-rechtlichen und nicht von einem prozessualen, somit öffentlich-rechtlichen Ansatz ausgeht, weil sich dies einerseits aus den EB (aaO 13) und andererseits daraus ergibt, dass der Gesetzgeber die neue Bestimmung nicht im öffentlich-rechtlichen Kostenersatzrecht der ZPO, sondern in den materiell-rechtlichen Schadenersatzbestimmungen des ABGB ansiedelte (8 Ob 25/03i = RdW 2004, 20 = ecolex 2004, 175 = ZIK 2004, 167; in gleicher Weise 1 Ob 46/03a = JBI 2004, 580 = EvBl 2004/150 = RZ 2004, 197 = ecolex 2004, 789; RIS-Justiz RS0117503). Die EB führen, ohne dass dies allerdings im Gesetz selbst zum Ausdruck käme, aus, der Entwurf behandle den Betreibungsaufwand zwar als einen Schaden, den der Schuldner durch seine Säumigkeit dem Gläubiger schulhaft zugefügt hat, die Inkassokosten könnten aber zufolge § 54 Abs 2 JN als "Nebenforderungen" dem gerichtlichen Streitwert nicht hinzugerechnet werden. Dies entspricht der nun herrschenden Auffassung (EB aaO 13; 1 Ob 46/03a mwN unter Ablehnung der gegenteiligen Auffassung von Huter, Die Geltendmachung von „Inkassospesen“ nach dem Zinsenrechtsänderungsgesetz, AnwBl 2003, 646; Dehn, Das Zinsenrechts-Änderungsgesetz, RdW 2002, 514; Spunda, Änderungen durch das Zinsenrechts-Änderungsgesetz, ecolex 2002, 653; Graf, Die Neuregelung der Rechtsfolgen des Zahlungsverzugs - Eine kritische Analyse des ZinsRÄG, WBI 2002, 437 FN 36; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht6 Rz 292 FN 2). Zur zweiten Frage wurde zwar klar gestellt, dass derartige Betreibungskosten erkennbar als Schadenersatzansprüche behandelt werden sollen. Das Gesetz selbst lässt aber jede Aussage darüber vermissen, in welcher Form der „vom Schuldner verschuldete“ und dem Gläubiger erwachsene Schaden geltend zu machen ist, ob die bisherige, oben angeführte Rsp - jedenfalls soweit es von Rechtsanwälten geltend gemachte Kosten betrifft - damit obsolet und es angesichts von hier maßgebenden Spezialnormen relevant ist, ob die Zulässigkeit des Rechtswegs für derartige Kosten davon abhängt, ob diese außergerichtlichen Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen durch Inkassobüros oder von Rechtsanwälten vorgenommen werden. Der Regelung selbst ist lediglich zu entnehmen, dass sie - anders als bisher vielfach die Rsp - von einem materiell-rechtlichen und nicht von einem prozessualen, somit öffentlich-rechtlichen Ansatz ausgeht, weil sich dies einerseits aus den EB (aaO 13) und andererseits daraus ergibt, dass der Gesetzgeber die neue Bestimmung nicht im öffentlich-rechtlichen Kostenersatzrecht der ZPO, sondern in den materiell-rechtlichen Schadenersatzbestimmungen des ABGB ansiedelte (8 Ob 25/03i = RdW 2004, 20 = ecolex 2004, 175 = ZIK 2004, 167; in gleicher Weise 1 Ob 46/03a = JBI 2004, 580 = EvBl 2004/150 = RZ 2004, 197 = ecolex 2004, 789; RIS-Justiz RS0117503). Die EB führen, ohne dass dies allerdings im Gesetz selbst zum Ausdruck käme, aus, der Entwurf behandle den Betreibungsaufwand zwar als einen Schaden, den der Schuldner durch seine Säumigkeit dem Gläubiger schulhaft zugefügt hat, die Inkassokosten könnten aber zufolge Paragraph 54, Absatz 2, JN als "Nebenforderungen" dem gerichtlichen Streitwert nicht hinzugerechnet werden. Dies entspricht der nun herrschenden Auffassung (EB aaO 13; 1 Ob 46/03a mwN unter Ablehnung der gegenteiligen Auffassung von Huter, Die Geltendmachung von „Inkassospesen“ nach dem Zinsenrechtsänderungsgesetz, AnwBl 2003, 646; Dehn, Das Zinsenrechts-Änderungsgesetz, RdW 2002, 514; Spunda, Änderungen durch das Zinsenrechts-Änderungsgesetz, ecolex 2002, 653; Graf, Die Neuregelung der Rechtsfolgen des Zahlungsverzugs - Eine kritische Analyse des ZinsRÄG, WBI 2002, 437 FN 36; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht6 Rz 292 FN 2).

d) Der Gesetzeswortlaut des § 1333 Abs 3 ABGB lässt - wie soeben begründet - offen, in welcher Form der vom Schuldner verschuldete, dem Gläubiger entstandene Schaden zu ersetzen ist, wenn die in der Bestimmung genannten „außergerichtlichen Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen“ auf rechtsanwaltliche Tätigkeit vor Prozessbeginn beruht.  
d) Der Gesetzeswortlaut des Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB lässt - wie soeben begründet - offen, in welcher Form der vom Schuldner verschuldete, dem Gläubiger entstandene Schaden zu ersetzen ist, wenn die in der Bestimmung genannten „außergerichtlichen Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen“ auf rechtsanwaltliche Tätigkeit vor Prozessbeginn beruht.

Dazu werden in der Literatur folgende Meinungen vertreten: M. Bydlinski (in Fasching/Konecny<sup>2</sup>, § 41 ZPO Rz 36 ff) tritt zusammengefasst dafür ein, die Abgrenzung zwischen Prozesskosten und den als „außergerichtliche Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen“ iSd § 1333 Abs 3 ABGB einklagbaren Kosten nach der Prozessbezogenheit des Anspruchs zu beurteilen. Sei die Prozessbezogenheit der zu beurteilenden kostenverursachenden Maßnahme gegeben, seien für die Frage der Ersatzfähigkeit dieser Kosten die allgemeinen Grundsätze des Kostenersatzrechts anzuwenden. Sei das Gericht jedoch nicht in der Lage zu beurteilen, ob die betreffende (nicht typischerweise primär prozessvorbereitende) Maßnahme tatsächlich im Hinblick auf einen späteren Prozess gesetzt worden sei, seien die dadurch verursachten Kosten nicht wie Prozesskosten zu behandeln. Deren Ersatz könne dann als Nebenforderung gemäß § 54 Abs 2 JN in der Klage geltend gemacht werden und sei nach den allgemeinen Vorschriften des materiellen Rechts zu beurteilen. Dehn (aaO FN 27) führt aus, die Einbeziehung der praktisch bedeutsamen Inkassokosten sei aus der Erwägung erfolgt, dass es keinen Unterschied machen solle, ob der Gläubiger eigene Betreibungsschritte setze oder dies legitimerweise auslagere. In jedem Fall gehe es zunächst darum, die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe in Form eines Prozesses gerade zu vermeiden, sodass die Einordnung als vorprozessuale Kosten dogmatisch verfehlt erscheine (siehe dazu M. Bydlinski, JBL 1998, 71 f). Anwaltliche Kosten, die aus der prozessualen Durchsetzung eines Anspruchs resultierten, würden von der Bestimmung daher nicht berührt. Auch § 23 Abs 1 und 4 RATG stünde dem nicht entgegen, weil diese Bestimmung nur solche Nebenleistungen erfasse, die im Hinblick auf eine spätere Prozessführung erbracht würden. Sei die anwaltliche Hauptleistungspflicht dagegen nur auf Prozessvermeidung gerichtet, käme § 23 RATG nicht zur Anwendung. Huter (aaO) vertritt die Auffassung, dass zu den nach § 1333 Abs 3 ABGB ersatzfähigen Kosten auch die Kosten des Einschreitens eines Rechtsanwalts gehörten, wobei aber im Einzelfall zu prüfen sei, ob bzw. wieweit diese Kosten bereits vom Einheitssatz (§ 23 RATG) erfasst seien. Nach Christandl (Ersatz prozessualer Anwaltskosten, RZ 2004, 262 ff, 264) sei § 1333 Abs 3 ABGB aus entstehungsgeschichtlichen, zweckorientierten und systematischen Gründen sehr eng auszulegen und für einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für anwaltliche Tätigkeit nicht heranzuziehen. Dagegen wendet sich Steflitsch in einer Replik (RZ 2005, 41 f) mit dem Argument, es dürfe kein Wettbewerbsnachteil für Rechtsanwälte im Vergleich mit der Honorierung von Inkassobüros entstehen; dies sei sachlich nicht gerechtfertigt. Es sei auch zu hinterfragen, ob es dem Gemeinschaftsrecht entspreche, wenn vom Schuldner rechtswidrig und schuldhaft verursachte Anwaltaufwendungen keinen Schaden iSd § 1333 Abs 3 ABGB bilden sollten. Nach Schärf (AnwBI 2004, 70, Glosse zur E des LG Steyr AZ 1 R 249/03s) gelte dies generell, es bestehে insoweit kein Unterschied in der Mahntätigkeit von Rechtsanwälten und Inkassobüros, weshalb die genannte E des LG Steyr nicht verständlich sei. § 23 RATG sei materiell derogiert; wegen unklarer Rechtslage sei die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung der Richtlinie 2000/35/EG erforderlich. Danzl (in KBB § 1333 ABGB Rz 5) vertritt unter Hinweis auf die EB (aaO 5 und 11 ff) die Auffassung, durch die Neufassung des § 1333 Abs 3 ABGB sei nunmehr klargestellt, dass sogenannte Inkassokosten als materiellrechtlicher Schadenersatzanspruch zu behandeln sind und im ordentlichen Rechtsweg (§ 54 Abs 2 JN), also nicht nur als (vorprozessuale) Prozesskosten geltend gemacht werden können. Dazu werden in der Literatur folgende Meinungen vertreten: M. Bydlinski (in Fasching/Konecny<sup>2</sup>, Paragraph 41, ZPO Rz 36 ff) tritt zusammengefasst dafür ein, die Abgrenzung zwischen Prozesskosten und den als „außergerichtliche Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen“ iSd Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB einklagbaren Kosten nach der Prozessbezogenheit des Anspruchs zu beurteilen. Sei die Prozessbezogenheit der zu beurteilenden kostenverursachenden Maßnahme gegeben, seien für die Frage der Ersatzfähigkeit dieser Kosten die allgemeinen Grundsätze des Kostenersatzrechts anzuwenden. Sei das Gericht jedoch nicht in der Lage zu beurteilen, ob die betreffende (nicht typischerweise primär prozessvorbereitende) Maßnahme tatsächlich im Hinblick auf einen späteren Prozess gesetzt worden sei, seien die dadurch verursachten Kosten nicht wie Prozesskosten zu behandeln. Deren Ersatz könne dann als Nebenforderung gemäß Paragraph 54, Absatz 2, JN in der Klage geltend gemacht werden und sei nach den allgemeinen Vorschriften des materiellen Rechts zu beurteilen. Dehn (aaO FN 27) führt aus, die Einbeziehung der praktisch bedeutsamen Inkassokosten sei aus der Erwägung erfolgt, dass es keinen Unterschied machen solle, ob der Gläubiger eigene Betreibungsschritte setze oder dies legitimerweise auslagere. In jedem Fall gehe es zunächst darum, die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe in Form eines Prozesses gerade zu vermeiden, sodass die Einordnung als vorprozessuale Kosten dogmatisch verfehlt erscheine (siehe dazu M. Bydlinski, JBL 1998, 71 f). Anwaltliche Kosten, die aus der prozessualen Durchsetzung eines Anspruchs resultierten, würden von der Bestimmung daher nicht berührt. Auch Paragraph 23, Absatz eins und 4 RATG stünde dem nicht entgegen, weil diese Bestimmung nur solche Nebenleistungen erfasse, die im Hinblick auf eine spätere Prozessführung erbracht würden. Sei die anwaltliche Hauptleistungspflicht dagegen nur auf Prozessvermeidung gerichtet,

käme Paragraph 23, RATG nicht zur Anwendung. Huter (aaO) vertritt die Auffassung, dass zu den nach Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB ersatzfähigen Kosten auch die Kosten des Einschreitens eines Rechtsanwalts gehörten, wobei aber im Einzelfall zu prüfen sei, ob bzw. wieweit diese Kosten bereits vom Einheitssatz (Paragraph 23, RATG) erfasst seien. Nach Christandl (Ersatz prozessualer Anwaltskosten, RZ 2004, 262 ff, 264) sei Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB aus entstehungsgeschichtlichen, zweckorientierten und systematischen Gründen sehr eng auszulegen und für einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für anwaltliche Tätigkeit nicht heranzuziehen. Dagegen wendet sich Steflitsch in einer Replik (RZ 2005, 41 f) mit dem Argument, es dürfe kein Wettbewerbsnachteil für Rechtsanwälte im Vergleich mit der Honorierung von Inkassobüros entstehen; dies sei sachlich nicht gerechtfertigt. Es sei auch zu hinterfragen, ob es dem Gemeinschaftsrecht entspreche, wenn vom Schuldner rechtswidrig und schuldhaft verursachte Anwaltsaufwendungen keinen Schaden iSd Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB bilden sollten. Nach Schärf (AnwBl 2004, 70, Glosse zur E des LG Steyr AZ 1 R 249/03s) gelte dies generell, es bestehe insoweit kein Unterschied in der Mahntätigkeit von Rechtsanwälten und Inkassobüros, weshalb die genannte E des LG Steyr nicht verständlich sei. Paragraph 23, RATG sei materiell derogiert; wegen unklarer Rechtslage sei die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung der Richtlinie 2000/35/EG erforderlich. Danzl (in KBB Paragraph 1333, ABGB Rz 5) vertritt unter Hinweis auf die EB (aaO 5 und 11 ff) die Auffassung, durch die Neufassung des Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB sei nunmehr klargestellt, dass sogenannte Inkassokosten als materiellrechtlicher Schadenersatzanspruch zu behandeln sind und im ordentlichen Rechtsweg (Paragraph 54, Absatz 2, JN), also nicht nur als (vorprozessuale) Prozesskosten geltend gemacht werden können.

Die Auffassung der E 1 Ob 46/03a, jedenfalls könne nunmehr die eigenständige Einklagung von Nebenforderungen bei weiterbestehender Hauptforderung zwar zu Kostenfolgen, aber ebenso wie die in Form der Klagehäufung angestrebte gerichtliche Durchsetzung solcher Nebenforderungen nicht zur (teilweisen) Zurückweisung der Klage führen, bezog sich auf einen Rechtsfall, in dem klagende Partei ein Inkassounternehmen war. Die E 2 Ob 70/02m (= ecolex 2003, 590 = ZIK 2003, 143) und 2 Ob 251/02d (= EvBl 2003/141 = RZ 2003, 214 = ecolex 2003, 590 = RdW 2003, 435 = ZVR 2004/68) gingen ohne Auseinandersetzung mit dem RATG und mangels Anwendbarkeit des § 1333 Abs 3 ABGB aus zeitlichen Gründen nur als obiter dictum davon aus, dass Betreibungskosten aus dem Titel des Schadenersatzes, somit im Rechtsweg gefordert werden könnten, ließen aber letztlich offen, ob mit dieser Aussage auf die konkreten Kosten der anwaltlichen Schadensregulierung oder nur allgemein auf die von § 1333 Abs 3 ABGB genannten Betreibungskosten Bezug genommen wird. Die Auffassung der E 1 Ob 46/03a, jedenfalls könne nunmehr die eigenständige Einklagung von Nebenforderungen bei weiterbestehender Hauptforderung zwar zu Kostenfolgen, aber ebenso wie die in Form der Klagehäufung angestrebte gerichtliche Durchsetzung solcher Nebenforderungen nicht zur (teilweisen) Zurückweisung der Klage führen, bezog sich auf einen Rechtsfall, in dem klagende Partei ein Inkassounternehmen war. Die E 2 Ob 70/02m (= ecolex 2003, 590 = ZIK 2003, 143) und 2 Ob 251/02d (= EvBl 2003/141 = RZ 2003, 214 = ecolex 2003, 590 = RdW 2003, 435 = ZVR 2004/68) gingen ohne Auseinandersetzung mit dem RATG und mangels Anwendbarkeit des Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB aus zeitlichen Gründen nur als obiter dictum davon aus, dass Betreibungskosten aus dem Titel des Schadenersatzes, somit im Rechtsweg gefordert werden könnten, ließen aber letztlich offen, ob mit dieser Aussage auf die konkreten Kosten der anwaltlichen Schadensregulierung oder nur allgemein auf die von Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB genannten Betreibungskosten Bezug genommen wird.

Die Judikatur der Rekursgerichte in Österreich zum vorliegenden Problem ist nicht einheitlich. Es wird die Ansicht vertreten, die Kosten anwaltlicher Betreibungsmaßnahmen unterliegen auch nach dem ZinsRÄG weiterhin dem prozessualen Kostenrecht, einige Rekursgerichte vertreten die gegenteilige Meinung (vgl. dazu die Judikaturübersicht von Christandl aaO). Die Judikatur der Rekursgerichte in Österreich zum vorliegenden Problem ist nicht einheitlich. Es wird die Ansicht vertreten, die Kosten anwaltlicher Betreibungsmaßnahmen unterliegen auch nach dem ZinsRÄG weiterhin dem prozessualen Kostenrecht, einige Rekursgerichte vertreten die gegenteilige Meinung vergleiche dazu die Judikaturübersicht von Christandl aaO).

Der erkennende Senat hat dazu Folgendes erwogen:

Grundsätzlich regelt die ZPO in den §§ 40 bis 53, unter welchen Umständen die Prozessparteien und Nebenintervenienten Anspruch auf Ersatz ihrer Prozesskosten haben. § 41 Abs 2 ZPO verweist auf das RATG. Die Rechtsanwälte haben im zivilgerichtlichen Verfahren Anspruch auf Entlohnung nach Maßgabe der Bestimmungen des RATG und des einen Bestandteil dieses Bundesgesetzes bildenden Tarifs. Die Vorschriften des RATG gelten im Allgemeinen sowohl im Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und der von ihm vertretenen Partei als auch bei

Bestimmung der Kosten, die der Gegner zu ersetzen hat (§ 1 Abs 1 und 2 RATG). Nach § 23 Abs 1 RATG gebührt bei Entlohnung von Leistungen, die unter die Tarifposten 1, 2, 3, 4 oder 7 fallen, anstelle aller unter die Tarifposten 5, 6 und 8 fallenden Nebenleistungen und anstelle des Ersatzes für die Postgebühren im Inland ein Einheitssatz. Nach § 23 Abs 2 RATG kann der Rechtsanwalt jedoch gegenüber der von ihm vertretenen Partei statt des Einheitssatzes die einzelnen im Abs 1 angeführten Nebenleistungen verrechnen. Der den Einheitssatz für Nebenleistungen regelnde § 23 Abs 4 RATG bestimmt: Der Einheitssatz umfasst nicht solche Nebenleistungen im Zug außergerichtlicher, mündlicher oder schriftlicher Verhandlungen, die vor oder während eines gerichtlichen Verfahrens zur Vermeidung eines Rechtsstreites oder zur Herbeiführung eines Vergleiches vorgenommen worden sind, falls sie einen erheblichen Aufwand an Zeit und Mühe verursacht haben. Sie sind nach der für jede einzelne Leistung geltenden Tarifpost zu entlohnern. Das gleiche gilt für Nebenleistungen, wenn die Rechtssache beendet worden ist, ehe die den Nebenleistungen entsprechende Hauptleistung verrichtet wurde. Die in Abs 4 leg. cit. genannten außergerichtlichen Nebenleistungen sind also gegenüber dem Gegner der vom Rechtsanwalt vertretenen Partei jedenfalls vom Einheitssatz umfasst, falls sie keinen erheblichen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert haben, im umgekehrten Fall sind sie nach der für jede einzelne Leistung geltenden Tarifpost zu entlohnern (Feil/Wennig, Anwaltsrecht, § 23 RATG Rz 1). Grundsätzlich regelt die ZPO in den Paragraphen 40 bis 53, unter welchen Umständen die Prozessparteien und Nebenintervenienten Anspruch auf Ersatz ihrer Prozesskosten haben. Paragraph 41, Absatz 2, ZPO verweist auf das RATG. Die Rechtsanwälte haben im zivilgerichtlichen Verfahren Anspruch auf Entlohnung nach Maßgabe der Bestimmungen des RATG und des einen Bestandteil dieses Bundesgesetzes bildenden Tarifs. Die Vorschriften des RATG gelten im Allgemeinen sowohl im Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und der von ihm vertretenen Partei als auch bei Bestimmung der Kosten, die der Gegner zu ersetzen hat (Paragraph eins, Absatz eins und 2 RATG). Nach Paragraph 23, Absatz eins, RATG gebührt bei Entlohnung von Leistungen, die unter die Tarifposten 1, 2, 3, 4 oder 7 fallen, anstelle aller unter die Tarifposten 5, 6 und 8 fallenden Nebenleistungen und anstelle des Ersatzes für die Postgebühren im Inland ein Einheitssatz. Nach Paragraph 23, Absatz 2, RATG kann der Rechtsanwalt jedoch gegenüber der von ihm vertretenen Partei statt des Einheitssatzes die einzelnen im Absatz eins, angeführten Nebenleistungen verrechnen. Der den Einheitssatz für Nebenleistungen regelnde Paragraph 23, Absatz 4, RATG bestimmt: Der Einheitssatz umfasst nicht solche Nebenleistungen im Zug außergerichtlicher, mündlicher oder schriftlicher Verhandlungen, die vor oder während eines gerichtlichen Verfahrens zur Vermeidung eines Rechtsstreites oder zur Herbeiführung eines Vergleiches vorgenommen worden sind, falls sie einen erheblichen Aufwand an Zeit und Mühe verursacht haben. Sie sind nach der für jede einzelne Leistung geltenden Tarifpost zu entlohnern. Das gleiche gilt für Nebenleistungen, wenn die Rechtssache beendet worden ist, ehe die den Nebenleistungen entsprechende Hauptleistung verrichtet wurde. Die in Absatz 4, leg. cit. genannten außergerichtlichen Nebenleistungen sind also gegenüber dem Gegner der vom Rechtsanwalt vertretenen Partei jedenfalls vom Einheitssatz umfasst, falls sie keinen erheblichen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert haben, im umgekehrten Fall sind sie nach der für jede einzelne Leistung geltenden Tarifpost zu entlohnern (Feil/Wennig, Anwaltsrecht, Paragraph 23, RATG Rz 1).

Die neue Bestimmung des § 1333 Abs 3 ABGB wurde nach den EB (aaO 11 ff) zur Neuregelung von Inkassokosten geschaffen, um die „diesbezüglich unklare Rechtslage klarzustellen“. Für den gewählten materiell-rechtlichen Ansatz sei die Überlegung ausschlaggebend gewesen, dass „vorprozessuale Kosten“ solche Aufwendungen seien, die der spätere Kläger tatsächlich zur Vorbereitung eines in Aussicht stehenden Prozesses aufgewendet habe. Bei außergerichtlichen Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen komme es dem Gläubiger nicht auf eine aktuelle Prozessvorbereitung an, vielmehr wolle er seine Forderung auf außergerichtlichem Weg realisieren, also mit dem außergerichtlichen Inkasso einen Prozess gerade vermeiden. Am bestehenden anwaltlichen Tarifgefüge, dessen Ansprüche auf der Verdienstlichkeit des Rechtsanwaltes im Prozess aufbauen, soll mit der vorgeschlagenen Regelung nichts geändert werden. Daraus muss geschlossen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers für Rechtsanwälte nicht dieser bereits erwähnte „materiell-rechtliche Ansatz“, sondern ihr maßgebliches „anwaltliches Tarifgefüge“, somit der Rechtsanwaltstarif in seiner gesetzlichen Ausformung weiterhin gelten soll. Damit bleibt insoweit für einen materiell-rechtlichen Ansatz kein Raum mehr. Der Gesetzgeber hatte bei der Neuregelung des § 1333 ABGB die Tätigkeit von Inkassoinstituten im Auge; dies ergibt sich auch daraus, dass die EB ausdrücklich auf die VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Höchstsätze der Inkassoinstituten gebührenden Vergütungen, BGBI 1996/141, Bezug nehmen. In den EB wird weiter ausgeführt: Ferner wird bei der gerichtlichen Geltendmachung von Inkassokosten eines vom Gläubiger eingeschalteten Inkassoinstituts zu prüfen sein, aus welchen Gründen der Gläubiger ein Inkassoinstitut beauftragt und nicht sogleich einen Rechtsanwalt eingeschaltet hat (bei dem

Inkassokosten durch den unter den Inkassotarifen nach der erwähnten Verordnung BGBI 1996/141 liegenden Einheitssatz nach § 23 RATG abgedeckt werden). Die neue Bestimmung des Paragraph 1333, Absatz 3, ABGB wurde nach den EB (aaO 11 ff) zur Neuregelung von Inkassokosten geschaffen, um die „diesbezüglich unklare Rechtslage klarzustellen“. Für den gewählten materiell-rechtlichen Ansatz sei die Überlegung ausschlaggebend gewesen, dass „vorprozessuale Kosten“ solche Aufwendungen seien, die der spätere Kläger tatsächlich zur Vorbereitung eines in Aussicht stehenden Prozesses aufgewendet habe. Bei außergerichtlichen Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen komme es dem Gläubiger nicht auf eine aktuelle Prozessvorbereitung an, vielmehr wolle er seine Forderung auf außergerichtlichem Weg realisieren, also mit dem außergerichtlichen Inkasso einen Prozess gerade vermeiden. Am bestehenden anwaltlichen Tarifgefüge, dessen Ansprüche auf der Verdienstlichkeit des Rechtsanwaltes im Prozess aufzubauen, soll mit der vorgeschlagenen Regelung nichts geändert werden. Daraus muss geschlossen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers für Rechtsanwälte nicht dieser bereits erwähnte „materiell-rechtliche Ansatz“, sondern ihr maßgebliches „anwaltliches Tarifgefüge“, somit der Rechtsanwaltstarif in seiner gesetzlichen Ausformung weiterhin gelten soll. Damit bleibt insoweit für einen materiell-rechtlichen Ansatz kein Raum mehr. Der Gesetzgeber hatte bei der Neuregelung des Paragraph 1333, ABGB die Tätigkeit von Inkassoinstituten im Auge; dies ergibt sich auch daraus, dass die EB ausdrücklich auf die VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Höchstsätze der Inkassoinstituten gebührenden Vergütungen, BGBI 1996/141, Bezug nehmen. In den EB wird weiter ausgeführt: Ferner wird bei der gerichtlichen Geltendmachung von Inkassokosten eines vom Gläubiger eingeschalteten Inkassoinstituts zu prüfen sein, aus welchen Gründen der Gläubiger ein Inkassoinstitut beauftragt und nicht sogleich einen Rechtsanwalt eingeschaltet hat (bei dem Inkassokosten durch den unter den Inkassotarifen nach der erwähnten Verordnung BGBI 1996/141 liegenden Einheitssatz nach Paragraph 23, RATG abgedeckt werden).

Der Gesetzgeber hat, wie Huter (aaO) zutreffend ausführt, mit dem ZinsRÄG unübersehbar unterschieden zwischen außergerichtlichen Betreibungs- und Einbringungskosten und sonstigen vorprozessualen Kosten, etwa Kosten einer Kfz-Halterauskunft, eines Privatgutachtens im Gewährleistungsstreit oder eines Reparaturkostenvoranschlags für ein Unfallfahrzeug im Prozess wegen eines Verkehrsunfalls etc. Ausschließlich erstere wurden einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Den Grund für diese Unterscheidung sieht der Gesetzgeber - M. Bydlinski (Der Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Kosten aaO) folgend - in der Überlegung, dass „echte“ vorprozessuale Kosten solche Aufwendungen sind, die der spätere Kläger tatsächlich zur Vorbereitung des Prozesses verwendet; bei Kosten iSd § 1333 Abs 3 ABGB komme es hingegen nicht auf die Vorbereitung eines Prozesses an, sondern auf dessen Vermeidung durch außergerichtliches Inkasso. Den Bedürfnissen der Praxis entspricht dies aber nicht. Aus deren Sicht erfordert diese Unterscheidung eine genaue Prüfung in jedem Einzelfall, ob die begehrten vorprozessualen Kosten von § 1333 Abs 3 ABGB erfasst sind oder nicht; davon hängt dann ab, ob sie mit Kostennote oder im ordentlichen Rechtsweg durchzusetzen ist. Die von M. Bydlinski begründete Lösung, auf die Prozessbezogenheit der zu beurteilenden kostenverursachenden Maßnahme abzustellen, erachtet der erkennende Senat daher als zu wenig praxistauglich. Denn danach hinge es von verschiedenen - letztlich vom Gericht erst auf Grund von Sachverhaltsermittlungen zu beurteilenden - Faktoren ab, ob die betreffende (nicht typischerweise primär prozessvorbereitende) Maßnahme tatsächlich im Hinblick auf einen späteren Prozess vorgenommen wurde und daher bereits der Beginn eines Prozesses mit einem überflüssigen und jeder Prozessbeschleunigung widersprechenden Streit darüber belastet wäre, ob - bei Geltendmachung der Mahnspesen im streitigen Verfahren - die Rechtswegzulässigkeit gegeben ist oder nicht. Der Gesetzgeber hat, wie Huter (aaO) zut

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>