

# Rechtsprechungsanalyse zur Mutwillensstrafe (§ 408 ZPO)

## Buße, Entschädigung oder Siegerbonus?

Auf der Suche nach den materiell-schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen für eine Entschädigung wegen mutwilliger Prozessführung gem § 408 ZPO muss sich der Rechtsuchende mit einem überzogenen „Siegesbegriff“ in der Literatur und mit der nach der Rsp erforderlichen punktgenauen Bezifferung des Anspruchs befassen, welcher laut Gesetzestext eigentlich gemäß freier richterlicher Überzeugung zu bestimmen wäre.

### 1. Der Anlassfall

Der Kl, ein Rechtsanwalt, nahm seine ehemalige Sozietät (eine Ein-Mann-Rechtsanwalts GmbH) vor dem BGHS Wien<sup>1)</sup> wegen ausstehender Prämienanteile für seine Arbeit als ständiger Substitut in Anspruch. Der Kl machte, da die GmbH (durch ihren Alleingesellschafter-Geschäftsführer) behauptete, es hätte keine vertragliche Grundlage für einen solchen variablen Entgeltsbestandteil gegeben, Sphärenvermischung und Rechtsformenmissbrauch geltend. Den besagten Alleingesellschafter-Gf nahm der Kl deshalb neben der GmbH (als 1. Bekl) persönlich (als 2. Bekl) in Anspruch und tat dar, dass die Leistung des Kl konkret dem 2. Bekl zugute gekommen wäre, welchen der Kl seinerzeit im Auftrag der 1. Bekl in einem Streit mit einem Dritten vertreten hätte.

Die 1. Bekl schritt in dem Prämienprozess als ihre eigene anwaltliche Vertreterin (gemeint wohl: in eigener Sache iSd § 28 Abs 1 ZPO) ein, der 2. Bekl setzte alle Prozesshandlungen für die 1. Bekl. Für den 2. Bekl trat eine ständige Substitutin der 1. Bekl vor Gericht auf. Die Eingaben der beiden Bekl waren teilweise so gut wie völlig wortident, allerdings betonte der 2. Bekl durch seine Vertreterin seine mangelnde Passivlegitimation und verlangte die Verhängung einer „Mutwillensstrafe gemäß § 408 ZPO“ über den Kl und zwar „im Umfang der Differenz der tatsächlich entstehenden Kosten und der tarifmäßig zuzusprechenden Kosten“.

Dem Kl gelang es rasch, das Gericht davon zu überzeugen, dass die 1. Bekl, vertreten durch den 2. Bekl, die Bezahlung

von Prämien versprochen hatte, und zwar 10 % des regulären Stundensatzes des Kl. Zu dessen konkreter Höhe wiederum gab es widersprüchliche Parteien- und Zeugenaussagen. Das Gericht glaubte dem Kl, dass sich bei der 1. Bekl elektronische Aufzeichnungen zum Stundensatz und zum Umfang der Leistungen befinden, und es trug der 1. Bekl deren Vorlage gem § 303 Abs 1 ZPO auf. Die 1. Bekl replizierte hierauf, infolge „mangelnder Existenz des Aktes“ aufgrund von technischen Problemen dem gerichtlichen Auftrag leider nicht nachkommen zu können. Der Kl brachte abschließend vor, die 1. Bekl hätte durch ihren organ-schaftlichen Vertreter, den 2. Bekl, offenkundig mutwillig den rechtmäßigen Anspruch des Kl bestritten. Aus diesem Grund begehrte er, das Gericht wolle die 1. Bekl im Falle ihres Unterliegens gem § 408 ZPO schadenersatzweise verpflichten, „auch die Prozesskosten des 2. Bekl in gesetzlicher Höhe zu bezahlen“.

Das Erstgericht erkannte die 1. Bekl schuldig, dem Kl eine 10%ige Prämie vom regulären Stundensatz zu bezahlen, wobei Letzterer (wegen der angeblich bei der 1. Bekl verschwundenen Aufzeichnungen) der Höhe nach gem § 273 ZPO festgesetzt werden musste, und zwar mit 73,5 % desjenigen Betrages, den der Kl behauptet hatte. Infolge nur teilweisen Obsiegens im Verhältnis zur 1. Bekl sprach das Gericht dem Kl 46 % der Kosten und 73 % der Barauslagen zu. Zum 2. Bekl entschied das Gericht, dass dieser nicht passivlegitimiert war und sprach ihm vollen Kostenersatz in ziffernmäßig bestimmter Höhe zu. Der § 408 ZPO-Antrag des Kl<sup>2)</sup> (zur Erinnerung: Der Antrag lautete, die 1. Bekl solle die gesetzlichen Prozesskosten auch

1) 16 C 653/08h, erstinstanzliche Entscheidung vom 5. 8. 2010.

2) Ebenso wie jener des 2. Bekl.

des 2. Bekl zahlen) wurde nur eine Zeile weiter unten im Urteil abgewiesen, und zwar mit der Begründung, der Antrag wäre nicht ziffernmäßig bestimmt gewesen.

In der hiergegen gerichteten Teilberufung machte der Kl geltend, die Rechtsmeinung des Erstgerichts beruhe auf einer Entscheidung<sup>3)</sup> aus dem Jahr 1923, bei welcher der begehrte Entschädigungsbetrag gar nicht bezifferbar und daher unschlüssig gewesen wäre. An § 408 ZPO seien keine strengeren Voraussetzungen für die Bestimmtheit des Begehrens als an §§ 1295 ff ABGB zu stellen und iSd stRsp zu § 266 ZPO gelte ein Klagebegehren dann als hinreichend bestimmt, wenn nach den Regeln des Verkehrs zweifelsfrei zu entnehmen ist, was begehrt werde – was beim Antrag des Kl der Fall gewesen sei. Dem Erstgericht sei es schließlich anhand der Kostennote des 2. Bekl problemlos gelungen, dessen Kosten zu ermitteln und in genau der gleichen Höhe hätte antragsgemäß eine Entschädigung erfolgen sollen.

Das HG Wien<sup>4)</sup> gab in zweiter und letzter Instanz der Teilberufung nicht statt. Es bestätigte das Erstgericht dahin gehend, dass der Entschädigungsbetrag nach § 408 ZPO im Sinne der Rechtsprechung konkret ziffernmäßig zu bestimmen ist – ein solcher Mangel darf jedoch nicht zur Ab- (oder Zurück-)weisung führen, ohne dass ein Verbesserungsversuch unternommen wurde.<sup>5)</sup> Allerdings darf nach § 408 allein der „siegenden Partei“ ein Ersatz zugesprochen werden, und ein Unterliegen mit mehr als einem Viertel des Begehrens würde die Grenze eines „verhältnismäßig geringfügigen Teils“ iSd § 43 Abs 2 ZPO<sup>6)</sup> „weit überschreiten“, sodass nicht mehr von einem Sieg ausgegangen werden könne. Das HG Wien folgt mit dieser Entscheidung der singulären (aber bislang auch noch nicht widersprochenen) Meinung *Obermaiers*.<sup>7)</sup>

## 2. Zur Natur des § 408 ZPO als eigenständiges zivilrechtliches Delikt

§ 408 Abs 1 ZPO normiert: „Findet das Gericht, dass die unterliegende Partei offenbar mutwillig Prozess geführt hat, so kann es dieselbe auf Antrag der siegenden Partei zur Leistung eines entsprechenden Entschädigungsbetrages verurteilen.“ Abs 3 besagt: „Dieser Entschädigungsbetrag ist vom Gericht nach freier Überzeugung zu bestimmen.“ Es geht nicht um eine Strafe oder Buße, sondern um eine Entschädigung,<sup>8)</sup> also um einen materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch,<sup>9)</sup> der besonders rasch von jenem Gericht zu entscheiden ist, das auch über den eigentlichen Streitgegenstand abzusprechen hat. Es liegt ein aus dem allgemeinen Verbot der absichtlich sittenwidrigen Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB abgeleitetes eigenständiges zivilrechtliches Delikt vor, das durch schädigende Verfahrenshandlungen verwirklicht wird, die im Bewusstsein der Unrichtigkeit gesetzt werden.<sup>10)</sup> Sondernormen (allenfalls iSd § 1311 ABGB), die Rückschlüsse auf konkret verbotene Prozesshandlungen zuließen, sind keine

- 3) OGH in SZ 5/157, vom Erstgericht zitiert aus *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO-Kommentar<sup>3</sup> (2006) § 408 Rz 5.
- 4) 50 R 127/10y vom 9. 11. 2011.
- 5) OGH in SZ 70/136 = immolex 1998/48; NZ 1995/50; *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup> (2004) § 226 Rz 42.
- 6) In der E des OLG Wien wurde vermutlich irrtümlich auf § 42 Abs 2 ZPO verwiesen.
- 7) *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>2</sup> (2010) Rz 315.
- 8) RIS-Justiz RS0041191.
- 9) RIS-Justiz RS0041173.
- 10) *F. Bydlinki*, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, 626 ff. Ob aber gleich jede Verletzung der Wahrheitspflicht nach § 178 ZPO (Teil der prozessualen Lauterkeitspflicht) als mutwillige Prozessführung zu qualifizieren ist, steht uE zu bezweifeln; es wird auf die Intensität der Verletzung abzustellen sein und letztlich auf das „innere Tatbild“ des Unrechtsbewusstseins.

auszumachen. In der Vereinfachung und Erleichterung der gerichtlichen Verfolgung eines Schadens, den der Gegner durch dolose Prozessführung gebracht hat, und dessen Ersatzpflicht inhaltlich ohnehin schon nach dem ABGB feststeht, liegt der Kern des § 408.<sup>11)</sup> *Fucik*<sup>12)</sup> und *Obermaier*<sup>13)</sup> betonen, dass § 408 ZPO einen doppelfunktionalen Zweck erfüllt, nämlich erstens eine verfahrenskonzentrierende Funktion – weder dem Gericht noch den Parteien soll ein im ordnungsgemäßen Prozessbetrieb unerwünschter Aufwand entstehen – und zweitens soll der Streit auch gleich auf schadenersatzrechtlicher Ebene erledigt werden. Dies ist uE sicherlich zutreffend und unterstützt die zivilprozessuale Friedenssicherungsfunktion<sup>14)</sup> sowie die Idee der Ingerenz bzw der Verursacherhaftung.<sup>15)</sup>

Der Wortlaut des § 408 Abs 1 ZPO und sein materiellrechtlicher Inhalt decken nur die mutwillige Prozessführung vor Gericht ab, jedoch nicht das vorprozessuale Verhalten. Der Zweck hinter § 408 ZPO ist es nach der Rsp,<sup>16)</sup> dem Geschädigten die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Das Gericht, das unmittelbar Zeuge der mutwilligen Prozessführung wurde, soll sofort auch den gebührenden Schadenersatz zusprechen können.<sup>17)</sup> Es würde dem Gedanken der beschleunigten und erleichterten Rechtsverfolgung widersprechen, müsste das Gericht zum vorprozessualen Verhalten der Parteien ein Beweisverfahren abhalten;<sup>18)</sup> über einen § 408 ZPO-Anspruch soll nach dem Zweck der Norm besonders rasch und kostenschonend entschieden werden können.<sup>19)</sup>

Nach Rsp des VwGH ist der Antrag nach § 408 ZPO ein dem Klagebegehren gleichgestellter Sachantrag, über den idR mit Urteil entschieden wird<sup>20)</sup> und für den – im Gegensatz zur Widerklage – die Vorschriften des § 237 ZPO keine Anwendung finden. Der § 408 ZPO-Antrag kann also auch ohne Zustimmung des Gegners jederzeit ohne Anspruchsverzicht zurückgenommen werden. Das erleichtert die spätere gesonderte Einklagung, die nach hRsp gestattet ist.<sup>21)</sup> Aus der Abhängigkeit des § 408 ZPO-Antrags leitete der VwGH ab, dass ein solcher Schadenersatzantrag gebührenrechtlich außer Betracht bleibt.<sup>22)</sup> Ohne andeuten zu wollen, dass letzterer Umstand mit der inzwischen ziemlich restriktiven Spruchpraxis zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 408 ZPO zu tun haben könnte: Die überzogen formalistische und strenge Rsp zu § 408 ZPO legt es bisweilen nahe, gleich die gesonderte Einklagung in Erwägung zu ziehen.

## 3. Die siegende und die unterliegende Partei

„(Ob)siegen“ bedeutet, dass der Kläger nur bei Stattgebung der Klage auf § 408 ZPO zurückgreifen kann,<sup>23)</sup> der Beklagte nur bei

- 11) Materialien zu den öst ZP-Gesetzen, Band II, XV. gemeinsamer Bericht zur ZPO, zur JN und zu den Einf-Ges (1897) 318.
- 12) *Fucik* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 408 ZPO Rz 1.
- 13) *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>2</sup> Rz 312.
- 14) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>7</sup> (2009) Rz 21.
- 15) *Bydlinki* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor §§ 40 ff ZPO Rz 9 ff.
- 16) OGH 18. 12. 2007, 10 Ob S 142/07s.
- 17) Wobei die im Gesetzestext normierte „Kann“-Bestimmung richtigerweise als Pflicht des Gerichts zu interpretieren ist, über den Anspruch zu entscheiden, wenn die Voraussetzungen vorliegen; siehe *M. Bydlinki*, Materielle rechtliches und Prozessuales zum Schadenersatz nach § 408 ZPO, FS Koziol (2010) 1141, 1143.
- 18) Ein auf vorprozessuales Fehlverhalten gestützter Schadenersatzanspruch kann selbstständig geltend gemacht werden; OGH 10 Ob S 142/07s.
- 19) *M. Bydlinki*, FS Koziol 1145.
- 20) VwGH 11. 2. 1988, 87/16/0044, mit Verweis auf *Fasching*, Lehrbuch, Ergänzungsheft Rz 643, 752, 1155, 1376, 1439, 1448 und 1481.
- 21) OGH 14. 6. 1995, 3 Ob 544, 545/95, JBl 1996, 48; anders noch die ältere Rsp, zB OGH 30. 9. 1970, 6 Ob 220, 221/70, JBl 1972, 144 (*Mayer-Maly*).
- 22) VwGH 11. 2. 1988, 87/16/0044.
- 23) Materielles Durchdringen, allenfalls auch außerhalb des Prozesses, reicht aus; OGH 10 Ob S 142/07s.

Abweisung<sup>24)</sup> oder wohl auch bei einer sonstigen Erledigung über die Sache ohne Zuspruch des eingeklagten Anspruchs (Zurückweisung). Obwohl es gut denkbar ist, dass auch der voraussichtliche Sieger seinen Gegner prozessual schädigt, zB indem er ihn mit *ex ante* als „Overkill“ erkennbaren Prozesshandlungen<sup>25)</sup> „abstrafft“, steht der schnelle Ersatzanspruch nach § 408 ZPO dem Wortlaut des Gesetzes folgend nur derjenigen Partei zu, die mit ihrem Sachantrag in der Hauptsache gänzlich (uE auch überwiegend, siehe sogleich) durchdringt. Genauso schnell und kostengünstig ließen sich *ceteris paribus* auch Ersatzansprüche der unterliegenden Partei wegen schädigender Handlungen des Siegers entscheiden, aber *de lege lata* ist für eine solche Interpretation (leider) kein Platz.<sup>26)</sup>

Gilt der Anspruchswerber aber noch als „Sieger“, wenn er nur teilweise in der Hauptsache durchdringt? Eine rein formelle Betrachtung wie bei der Kostenersatzregel des § 43 Abs 2 ZPO mit der Grenze des „verhältnismäßig geringen Teils“<sup>27)</sup> ist gewiss nicht sachgerecht,<sup>28)</sup> und sie lässt sich auch dem Gesetz weder nach der Wortinterpretation noch systematisch entnehmen. § 41 ZPO bspw spricht von der „vollständig“ unterliegenden Partei, aber eine solche absolute Anordnung findet sich in § 408 ZPO nicht, ebenso keine abwägend-relativierende Anordnung wie in § 43 Abs 2 ZPO. §§ 41 und 43 Abs 2 waren, genauso wie § 408 Abs 1, bereits in der Stammfassung der ZPO enthalten und der Gesetzgeber hätte ohne Weiteres eine entsprechende Klarstellung in § 408 Abs 1 ZPO aufnehmen können, hätte er bestimmte Anforderungen an den Grad des Obsiegens stellen wollen – damit hätte er allerdings sein erklärtes Ziel, den Ersatz von Prozessschäden zu erleichtern, gleich selbst vereitelt. Mangels einer solchen Anordnung in § 408 ZPO ist uE davon auszugehen, dass die Unterscheidung in „siegende“ und „unterliegende“ Partei bloß zur Identifizierung der Parteirollen wie zB in § 44 Abs 2 ZPO dient. Ein formelles Abstellen auf die Frage, ob der Anspruchswerber für § 408 ZPO iSd stRsp zu § 43 Abs 2 ZPO rechnerisch mit ca 90–94 % oder darüber durchdringt, würde heißen, das zu Recht als überbetont kritisierte<sup>29)</sup> kostenersatzrechtliche Erfolgsprinzip mit all seinen systemwidrigen Wertungswidersprüchen auf das materielle Schadenersatzrecht zu projizieren und den Charakter des § 408 ZPO zu ignorieren. Ein teilweises Obsiegen im materiellen Schadenersatzrecht ist nämlich einfach mit einem quotenmäßigen Ersatz iSd § 1304 ABGB zu berücksichtigen.

Die bisherige Rsp zur „Siegerfrage“ vertrat, soweit ersichtlich, nicht die Meinung *Obermaiers*, als obsiegend sei nur derjenige anzusehen, der einen (beinahe) vollständigen Erfolg mit seinen Sachanträgen hat, sondern stellte erkennbar auf den Umfang ab, in welchem der Anspruchswerber siegt. Der oftmals missverständlich zur Argumentation des Gegenteils zitierte RIS-Justiz RS0041171 wurde aus drei Entscheidungen destilliert. Im ersten Fall<sup>30)</sup> hatte

der Anspruchswerber den Zuspruch von Verfahrenskosten für einen abgegrenzten Zwischenstreit begehrt, in dem er zur Gänze unterlegen war. Auch im nächsten Fall<sup>31)</sup> hatte die unterlegene Partei einen Schadenersatz von der obsiegenden Partei gefordert. Für die Frage der Anwendbarkeit von § 408 ZPO im Falle des Teilobsiegens lässt sich also aus diesen beiden Entscheidungen nichts gewinnen. Und im letzten Fall<sup>32)</sup> sprach der OGH aus, dass eine Partei als „obsiegend“ iSd § 408 Abs 1 ZPO anzusehen ist, wenn sie nach Erhebung der Klage inhaltlich durchdringt (mag dies auch außerhalb des Prozesses sein, weil der Gegner freiwillig leistet).<sup>33)</sup>

Das Argument, dass der Mutwillen wegfallen, wenn der Gegner einen relevanten Teilerfolg im Prozess erringt,<sup>34)</sup> überzeugt uE schon deswegen nicht, weil es nicht einmal einer einfachen *Argumentum e contrario*-Überprüfung standhält. Oder will man die Meinung vertreten, jeder, der zu 100 % in einem Zivilverfahren unterliegt, habe mutwillig Prozess geführt? Oder gar, ein teilweiser „Glückstreffer“ einer durch und durch dolosen Prozesspartei, bspw aufgrund eines (vielleicht auch noch von dieser Partei verursachten) Beweisnotstands auf der Gegenseite, könne den Gesinnungs- und Handlungsunwert beseitigen? Das erweiterte „innere Tatbild“ des Mutwillens iS einer „Absichtlichkeit“ lässt sich gewiss nicht abschließend aus einer *Ex post*-Beurteilung des schädigenden Erfolgs ableiten. Im Schadenersatzrecht ist nicht der schädigende Erfolg rechtswidrig, sondern immer nur das Verhalten des Schädigers. Wenn überhaupt, lässt sich lediglich argumentieren, dass ein kompletter Prozessmisserfolg ein bloßes Indiz für den Mutwillen des Verlierers darstelle. Hinzu kommt, dass das Risikoniveau einer bewusst schädigenden sittenwidrigen Prozessführung ein völlig anderes ist als bei redlichen Prozesshandlungen des Gegners, die ein gänzlich Obsiegen des Anspruchswerbers verhindern. Lehnt man mit dem HG Wien und mit *Obermaier* einen Rechtsschutz im Rahmen des § 408 ZPO kategorisch ab, bloß weil der Anspruchsgegner einen (und zwar im Vergleich zum Anspruchswerber uU recht geringen) Teilerfolg erzielt, negiert man damit nicht nur den materiell-schadenersatzrechtlichen Charakter, sondern gleichzeitig auch jegliche Ordnungs- und Rechtsbewahrungswirkungsfunktion der genannten Norm.

#### 4. Die innere Tatseite des Mutwillens

Mutwillen setzt uE begrifflich das Bewusstsein der Unrichtigkeit des bezogenen Rechtsstandpunkts voraus – was, da der unrichtige Rechtsstandpunkt nicht aufgegeben, sondern im Gegenteil weiter verteidigt wird, als sittenwidrig anzusehen ist. Das Prozessrecht soll kein Verfahren bieten, in dem in Wahrheit nichts Zweifelhafte zu klären ist.<sup>35)</sup> In der zivilprozessualen Judikatur haben sich zwei zentrale Anwendungsfälle der mutwilligen Verfahrensführung herausgebildet,<sup>36)</sup> nämlich die Verfolgung zweckwidriger Motive (Publicity, Feindseligkeit, Sensationslust)<sup>37)</sup> einerseits und die Prozessführung trotz Aussichtslosigkeit des eigenen Standpunktes andererseits. Die Begriffe „mutwillig“ und „aussichtslos“ sind nicht immer miteinander gleichzusetzen,<sup>38)</sup> die „Aussichtslosigkeit“ muss den Grad der bloßen allgemeinen Zweifelhaftheit

24) *Fucik in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 408 ZPO Rz 3.

25) Exzessive Beweisanträge, die aber gerade noch nicht zur Kostenseparation führen; andere denkmögliche Beispiele wären die strategische Verletzung der Eventualmaxime für Überraschungseffekte durch taktisches Zurückhalten von Beweisen zur späteren Verwendung oder auch wegen Beweisnotstands auf der Gegenseite (oder Beweisumkehr) erfolgreiches doloses „Überklagen“.

26) Wenn der Normzweck von § 408 ZPO darin besteht, Verfahrens- und Beweiserleichterungen für Schadenersatz bei materiell rechtswidrigen Prozesshandlungen zu bieten, sind uE beide Parteien gleich schützenswert. *De lege feranda* sollte konsequenterweise das Wort „unterliegende“ in ZPO durch „eine“ und das Wort „siegende“ durch „andere“ ersetzt werden.

27) Zur Diskussion, welcher Prozentsatz für das „verhältnismäßig geringfügige Unterliegen“ gegeben sein darf, siehe Nachweise bei *Fucik in Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 43 Rz 10.

28) So aber das HG Wien, 50 R 127/10y; ähnlich *Obermaier*, *Kostenhandbuch*<sup>2</sup> Rz 315, der sogar einen noch engeren Maßstab als bei § 43 Abs 2 ZPO ziehen möchte.

29) *Bydlinski in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor §§ 40 ff ZPO Rz 6ff.

30) OGH 3. 4. 1990, 4 Ob 44/90, *Jus Z/515 = Klause/Kodek*, ZPO-Kommentar § 408 E 1.

31) OGH 25. 9. 1996, 9 Ob A 2218/96h.

32) OGH 18. 12. 2007, 10 Ob S 142/07s.

33) In der bespr E OGH 10 Ob S 142/07s erließ die Beklagte, die PVA, den begehrten Bescheid über OGH die Witwenpension nach Erhebung der Säumnisklage.

34) *Obermaier*, *Kostenhandbuch*<sup>2</sup> Rz 315.

35) OGH 25. 7. 2000, 10 Ob 104/00t.

36) *Ennöckl/Raschauer*, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Umweltrecht, Versuch einer Systemorientierung, ÖJZ 2007/39.

37) RIS-Justiz RS0121463.

38) OLG Linz 5 Nc 132/99x.

merklich übersteigen.<sup>39)</sup> Der eigene Rechtsstandpunkt muss nach der älteren Judikatur „rechthaberisch“ sein.<sup>40)</sup> Bemerkenswerterweise reicht es aber aus, dass der Gegner seine Schwachstellen zumindest hätte erkennen müssen,<sup>41)</sup> es greift also eine Haftung für Fahrlässigkeit,<sup>42)</sup> und zwar jedenfalls für qualifizierte, uE richtigerweise aber für jeden Grad.<sup>43)</sup> Zu dem objektiven Element der sehr schlechten Erfolgsaussichten (die uE bei wesentlichen Prozessgeschehnissen laufend jeweils neu zu beurteilen sind) muss eine gewisse subjektive Komponente hinzutreten.

Emotionale Gegenakte (Vertrauen auf das Ausbleiben des schädigenden Erfolgs) werden in diesem Rahmen konsequenterweise zu berücksichtigen sein.<sup>44)</sup> Zur Beurteilung, ob Mutwillen vorliegt, ist auf die subjektive Perspektive der Partei abzustellen,<sup>45)</sup> und zwar auf deren Erkennbarkeit der konkreten Rechtslage bei gehöriger Aufmerksamkeit. Erwähnt werden muss in diesem Zusammenhang, dass erfahrungsgemäß der Prozessvertreter nicht nur entscheidend zur Perzeption seiner Partei beitragen kann, sondern dass dessen mutwillige Verfahrenshandlungen stets seiner Partei zugerechnet werden.<sup>46)</sup> Für einen Direktanspruch der Partei gegen den Rechtsanwalt des Prozessgegners ist aus § 408 ZPO keine Rechtsgrundlage abzuleiten, aber Regressansprüche gegen den eigenen Vertreter sind möglich<sup>47)</sup> (eine findige Partei könnte sich versucht fühlen, dem eigenen Prozessvertreter sicherheitshalber den Streit zu verkünden, wenn die Gegenseite einen § 408 ZPO-Antrag stellt). Ohne *Klickas* Maßfigur des sorgfältigen Klägers<sup>48)</sup> überstrapazieren zu wollen: Eine sorgfältige Prozessvorbereitung mit realistischer Beurteilung der Chancen sowie eine ausnahmslos sachliche Prozessführung sind und bleiben Gebote der Stunde.

Die Rsp<sup>49)</sup> hat offenbaren Mutwillen sowohl bei der Einlassung in einen Rechtsstreit angenommen, als auch nachfolgend, zB bei Fehlen ernst zu nehmender Einwendungen,<sup>50)</sup> aber prinzipiell vermutet sie, dass das Gericht gutgläubig angerufen wurde.<sup>51)</sup> Diese prozessfreundliche Judikatur<sup>52)</sup> bringt es mit sich, dass der Anspruchswerber konkret beweisen muss, dass der Gegner das Fehlen der tatsächlichen Voraussetzungen für die rechtliche Unhaltbarkeit seines Standpunktes gekannt hat. Dieser Nachweis sollte, wenn man die rechtsanwaltlichen Standespflichten nach § 9 Abs 1 RAO sowie den §§ 2 ff RL-BA<sup>53)</sup> einigermaßen ernst nimmt, bei vertretenen Parteien recht gut gelingen, da der Rechtsanwalt in stRsp zu §§ 1299 f ABGB sehr weitreichenden Warn-, Aufklärungs-, Informations- und Verhütungspflichten unterliegt<sup>54)</sup> und daher uE im Regelfall einen besonders schwachen Rechtsstandpunkt als solchen erkennen

kann (oder erkennen können sollte). Anders als *Schumacher* vermeint,<sup>55)</sup> handelt es sich selbstverständlich nicht um eine Verpflichtung zur gleichzeitigen Interessenwahrung des Prozessgegners, und es besteht keinerlei Gefahr der Interessen- und Pflichtenkollision, wenn der Prozessvertreter seiner Partei eine realistische Chancen-Einschätzung gibt und von der Durchführung von Prozesshandlungen, die seine Partei potenziell schadenersatzpflichtig machen, abrät.

## 5. Freie Überzeugung oder Bezifferung

Im Anlassfall blieb das HG Wien bei der jahrelang etablierten Judikatur, wonach ein Anspruch nach § 408 ZPO genau zu beziffern ist (hierzu sogleich), sprach dabei aber gleichzeitig aus, dass das eingeräumte Ermessen in § 408 ZPO weiter gehe als jenes in § 273 ZPO selbst; die Einschränkungen des § 273 ZPO sind nämlich nicht übernommen, und daher kommt es nicht darauf an, dass der Grund des Anspruchs feststeht, und auch nicht darauf, dass die Beweisaufnahme schwierig wäre.<sup>56)</sup> Ungeachtet der Ermessensanordnung bleibe nach dem HG Wien der Anspruchswerber jedoch behauptungs- und beweispflichtig, was die Pflicht inkludiere, den geltend gemachten Schadenersatzanspruch zu beziffern, da § 408 ZPO bloß Verfahrenserleichterungen schaffe. Wenn der Anspruch in erster Instanz nicht im Einzelnen beziffert wurde, so habe das Erstgericht den Anspruchswerber iSd § 84 ZPO in jeder Lage des Verfahrens zur Verbesserung aufzufordern und dürfe nicht einfach abweisen.<sup>57)</sup> Nach der bisher etablierten Rsp soll der Entschädigungsbetrag unter Einbeziehung der Lebenserfahrung des Richters ziffernmäßig festgesetzt werden, von einer exakten beweismäßigen Untermauerung soll abgesehen werden,<sup>58)</sup> und zwar sogar „mit Übergehung der angebotenen Beweise“.<sup>59)</sup> Dies spricht wiederum nicht unbedingt dafür, dass der Anspruch vom Anspruchswerber konkret ziffernmäßig genannt werden müsste.

Die zum immer wieder erhobenen Postulat der genauen Bezifferung eines § 408 ZPO-Anspruchs bis jetzt ergangene Rsp<sup>60)</sup> und die einschlägige Lehre<sup>61)</sup> gründen sich offenbar auf Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 1923, die immer wieder zitiert werden.<sup>62)</sup> Gemein ist all diesen Entscheidungen, dass sie in Zeiten einer starken Geldentwertung der österreichischen Krone ergingen, in denen es eine oft genutzte Strategie der Schuldner war, den Zahlungszeitpunkt hinauszuzögern. Um dem zu entgegnen, stellten die Gläubiger oft auch einen Antrag nach § 408 ZPO. Dieses Phänomen dürfte so präsent gewesen sein, dass der OGH seinerzeit sogar ein Gutachten dazu veröffentlichte<sup>63)</sup> und aussprach, dass Verzugsschaden nicht abstrakt,<sup>64)</sup> sondern konkret geltend gemacht werden muss, ansonsten „würde dem Richter das Recht eingeräumt, die

39) F. Bydliński, JBl 1986, 626 ff.

40) OGH 10. 11. 1988, 6 Ob 685/88.

41) 1 Ob 600/86, SZ 59/159 ua.

42) OGH 26. 4. 1995, 7 Ob 1567/95.

43) F. Bydliński, JBl 1986, 626.

44) Die Hoffnung auf einen indirekten Erfolg mittels Vergleichs ist nicht ausreichend; Bydliński in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 63 ZPO Rz 19, mit Verweis auf OLG Linz in EvBl 1990/172; siehe auch *Fuchs*, Strafrecht AT I<sup>2</sup> (2008) Rz 55 ua.

45) „Aus der von seinen Interessen bestimmten und daher gewiss nicht objektiven Sicht eines Betroffenen“, OGH 25. 7. 2000, 10 Ob 104/00t.

46) § 34 ZPO; siehe auch OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 156/08x; *Schumacher*, JBl 2009, 116, zu OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 156/08x.

47) OGH 6 Ob 156/08x.

48) *Klicka*, Zum Kostenanspruch nach § 43 Abs 2 ZPO, ÖJZ 1990, 273; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 43 Rz 12.

49) OGH 10 Ob 5 142/07s mit Verweis auf 1 Ob 34/24, SZ 6/29 = RIS-Justiz RS0041197 und auf *Lindinger*, Mutwillige Prozessführung im Schlichtungsstellenverfahren – Prozesskostensatz im Außerstreitverfahren, immolex 2003, 105, 106.

50) 2 Ob 343/23, SZ 5/157.

51) OGH 28. 6. 1999, 3 Ob 161/97s; 1 Ob 1571/95; SZ 59/159 ua.

52) *Andexlinger*, Schadenersatz wegen Prozessführung, RdW 1986, 248.

53) Gelten nicht als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB; RIS-Justiz RS0102369.

54) RIS-Justiz RS0112203.

55) So auch *Schumacher*, JBl 2011, 800, zu OGH 28. 7. 2010, 9 Ob 44/10a.

56) HG Wien in der hier bespr E 50 R 127/10y vom 9. 11. 2011 mit Verweis auf *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 408 Rz 8; zur langjährigen eher restriktiven Anwendung von § 273 ZPO siehe *Fasching*, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 225.

57) HG Wien 50 R 127/10y mit Verweis auf RZ 1979/917, SZ 70/136 und NZ 1995/50.

58) *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 408 Rz 8.

59) RIS-Justiz RS0041173.

60) Siehe RIS-Justiz RS0041191 sowie RS0041173.

61) *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 408 Rz 5; *Fucik* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 408 ZPO Rz 11; *Obermaier*, Kostenhandbuch<sup>2</sup> Rz 316.

62) 2 Ob 343/23, SZ 5/157; 1 Ob 457/23, SZ 5/181; 1 Ob 458/23, SZ 5/182.

63) Gutachten des OGH vom 8. 3. 1923, Präs 830/22, über den Ersatz des Schadens aus dem Verzuge in der Zahlung einer Geldschuld.

64) SZ 5/182.

gesetzliche Zahlkraft der Krone von Fall zu Fall zu bestimmen“; der Kläger müsse also einen konkreten Schaden behaupten.

In der Entscheidung 2 Ob 343/23<sup>65)</sup> vom 13. 6. 1923 tat dies der Kläger und bezifferte seinen § 408 ZPO-Antrag mit 6.000.000 Kronen. Das Erstgericht sprach ihm einen Entschädigungsbeitrag von 800.000 Kronen zu, das Berufungsgericht „erhöhte“ um weitere 1.500.000 Kronen. Der OGH bestätigte dieses Urteil und erklärte, die Erhöhung durch das Berufungsgericht sei nicht als Einlassung auf die valutarischen Schwankungen der Krone zu verstehen. Vielmehr wäre das Berufungsgericht berechtigt, bei Festsetzung des Ausmaßes der Entschädigung auf den Nachteil Bedacht zu nehmen, welcher der klagenden Partei infolge der seit dem Tag der ersten Tagsatzung<sup>66)</sup> eingetretenen Senkung der Kaufkraft der Krone erwachsen ist und „es hat sodann nach freier Überzeugung (§ 273 ZPO) einen Entschädigungsbetrag festgesetzt“.

Auch in 1 Ob 457/23<sup>67)</sup> vom 4. 7. 1923 bezifferte der Kläger den Antrag nach § 408 ZPO, diesmal mit 4.900.000 Kronen, was dem 14-Fachen des eingeklagten Anspruchs entsprach, um die voraussichtlich eintretende Inflation abzugelten. Das Erstgericht sprach 1.400.000 Kronen zu, mit der Begründung, dass mit Rücksicht auf die Fälligkeit des Klagsanspruchs und auf die seitdem erfolgte Geldentwertung dieser Betrag als entsprechende Entschädigung angenommen werde. Das Berufungsgericht entschied im Sinne einer Abweisung des § 408 ZPO-Antrags, weil es an der erforderlichen Konkretisierung des Ersatzanspruches gemangelt hätte. Der OGH stellte das erstgerichtliche Urteil wieder her und sprach im Ergebnis aus, dass es sich weder um die Zuerkennung eines abstrakten Schadenersatzes noch um eine Bemessung entsprechend dem Maß der Geldentwertung, sondern eben um einen iSd § 273 ZPO angemessenen Betrag handelt, und dass dieser Schaden dem Grunde nach nicht bewiesen werden musste.

Im Fall 1 Ob 458/23<sup>68)</sup> vom 4. 7. 1923 verurteilte das Erstgericht den Beklagten zur Zahlung eines Betrages von 1.500.000 Kronen, nachdem der Kläger nur ganz allgemein eine Entschädigung nach § 408 ZPO beantragt hatte, ohne diese näher zu bestimmen. Das Berufungsgericht sprach aus, es mangle an einem bestimmten Begehren iSd § 226 ZPO und hob die erstinstanzliche Entscheidung auf. Der OGH bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz und führte aus, es ändere „nichts an der Tatsache, dass es sich nicht um eine Mutwillenbuße oder Mutwillenstrafe handelt, sondern um einen Entschädigungsanspruch, der wie jeder andere [...] dem Grunde und der Höhe nach behauptet und bewiesen werden muss und der (vgl §§ 226 und 405 ZPO) daher ziffernmäßig erhoben werden muss“. In dieser Entscheidung war also der beantragte Entschädigungsbetrag nicht nur nicht beziffert, sondern nicht einmal bestimmbar (was nichts daran ändert, dass die erste Instanz offenbar trotzdem irgendeinen Betrag nach richterlichem Ermessen ermittelt haben muss) und somit unschlüssig.

Nach stRsp<sup>69)</sup> ist ein Klagebegehren dann ausreichend bestimmt, wenn daraus unter Berücksichtigung des Sprach- und Ortsgebrauchs und nach den Regeln des Verkehrs zweifelsfrei zu entnehmen ist, was begehrt wird. Der Wortlaut des Klagebegehrens ist objektiv auszulegen und so zu verstehen, wie er im Zusammenhang mit dem Tatsachenvorbringen gemeint ist.

65) SZ 5/157.

66) 20. 4. 1922.

67) SZ 5/181.

68) SZ 5/182.

69) Nachweise zu den letzten 35 Jahren Judikatur zB bei *Fasching in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 226 ZPO Rz 38; *Klauser/Kodek*, ZPO § 226 E 57.

Das Klagebegehren muss in sich selbst alle Elemente der Konkretisierung enthalten,<sup>70)</sup> und es gilt als ausreichend bestimmt, wenn es sich durch eine Rechenoperation (zB „plus 20 % USt“) ermitteln lässt<sup>71)</sup> – wobei diese Berechnung allerdings eine „einfache“ sein muss (wohl dem alten Prinzip *iudex non calculat* folgend). Die dem Gericht zumutbare Komplexität der Rechenaufgabe wird unterschiedlich beurteilt: Quoten des Nettoeinkommens von Bundesbeamten,<sup>72)</sup> Teilbeträge einer dem KOVG entsprechenden Beschädigtenrente<sup>73)</sup> oder auch Ansprüche nach dem Entlohnungsschema für Vertragsbedienstete<sup>74)</sup> konnten die Gerichte einerseits errechnen, andererseits erschien bspw die Berechnung der Vertragsbediensteten-Entlohnung für eine Gesangslehrerin dem OGH dann doch als zu „weitwendig“. <sup>75)</sup> Die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts scheinen tendenziell etwas rechenfreudiger.<sup>76)</sup> Besonders bemerkenswert ist, dass bei den OGH-Entscheidungen aus 1923 zu § 408 ZPO durchgehend völlig andere Entschädigungsbeträge zugesprochen wurden, als vom Anspruchswerber begehrt worden waren. Mit dem Argument der Verfahrensökonomie, oder dass das Gericht nicht mit der Berechnung von Ersatzansprüchen belastet werden soll, lässt sich die Forderung nach einer konkreten Bezifferung also nicht wirklich begründen.<sup>77)</sup>

Wenn es nach der uE hinterfragungswürdigen Interpretation der Rsp tatsächlich nötig sein sollte, einfach irgendeine Ziffer zu benennen, damit das Gericht sein (weiter als bei § 273 ZPO gehendes) Ermessen gem § 408 Abs 3 ZPO ausüben kann, empfiehlt es sich vermutlich, das Ersatzbegehren stets so zu formulieren, dass „ein iSd § 408 Abs 3 ZPO angemessener Betrag, der hiermit ziffernmäßig mit zumindest € 1,- bestimmt wird“, begehrt wird (oder eine ähnlich radikal-konservative Bezifferung), kombiniert mit einer Darlegung, weshalb das richterliche Ermessen richtigerweise dahin gehend auszuüben ist, dass ein wesentlich höherer Betrag zugesprochen werden möge. Ein § 408 ZPO-Antrag löst nämlich zwar keine Gerichtsgebührenpflicht aus, bildet aber einen selbstständigen Entscheidungsgegenstand,<sup>78)</sup> welcher (obgleich er weder zu den Nebenforderungen des § 54 JN zählt, noch mit der Hauptforderung nach § 55 JN zusammenzurechnen ist)<sup>79)</sup> zweifellos iSd § 3 RATG für die Bemessungsgrundlage zum Zwecke der anwaltlichen

70) *Fasching in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> ZPO Rz 40; Anmerkung: In der deutschen Lehre und Rsp ist bei dem mit § 273 ZPO vergleichbaren § 287 dZPO das Begehren eines unbestimmten Betrages erlaubt.

71) *Klauser/Kodek*, ZPO § 226 E 87; VfGH 30. 11. 2011, A 4/11.

72) RZ 1986, 196.

73) LG Wien in EFSlg 36.831 (1980).

74) JBl 1988, 192.

75) 14 Ob A 42/87 vom 2. 9. 1987; die Kl, eine Gesangslehrerin, beehrte, die Bekl, eine städtische Musikschule, schuldig zu erkennen, die Kl für ihre Tätigkeit als Musiklehrerin entsprechend dem Entlohnungsschema I L in der 7. Lohnstufe der Entlohnungsgruppe 1 2 b1 des VBG 1948 und des BG 15. 7. 1965, BGBl 244, über das Ausmaß der Lehrverpflichtung der Bundeslehrer zu entlohnen.

76) In der Entscheidung A 4/11 des VfGH vom 30. 11. 2011 beehrte die klagende Partei, eine Gemeinde, für das Jahr 2011 „die vorgesehenen Vorschüsse gemäß § 12 Abs 1 und 2 FAG in dem Ausmaß zu gewähren, welches sich errechnet, wenn die Verteilung der in § 11 Abs 2 Z 2 FAG genannten Mittel zur Hälfte nach der Volkszahl und zur Hälfte nach dem abgestuften Bevölkerungsschlüssel (§ 11 Abs 2 Z 2 lit c FAG) erfolgt“. Beklagte Partei war das Land Tirol. Hier entschied der VfGH, dass das Klagebegehren hinreichend bestimmt sei, da sich der beehrte Betrag durch eine Rechenoperation ermitteln lasse.

77) Und für den Anlassfall ist zu sagen: Die Kostenersatzansprüche der Parteien (deren Auferlegung an die gegnerische Partei ersatzweise begehrt wurde) musste dasselbe Gericht, das sich mit dem § 408 ZPO-Antrag befasste, ohnehin betraglich ermitteln; auch hier lässt sich also mit prozessökonomischen Überlegungen nichts gewinnen.

78) Nachweise bei *Fucik in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 408 ZPO Rz 8.

79) Mit einem gebührenfreien § 408 ZPO-Antrag soll den Parteien nicht die Möglichkeit gegeben werden, den Streitwert insgesamt nachträglich nach oben „anzupassen“, Stichwörter Zugang zum OGH und „Erschleichung der collegialgerichtlichen Kompetenz mit Hilfe der Taxierung des Streitgegen-

Entlohnung und des Prozesskostenersatzes zu berücksichtigen ist.<sup>80)</sup> Einmal vorausgesetzt, der § 408 ZPO-Antrag selbst wird nicht missbräuchlich<sup>81)</sup> gestellt, so steht dem Anspruchswerber im Erfolgsfall ein entsprechender Kostenersatz zu und gleichzeitig setzt der Anspruchswerber sich mit einem allzu kühn bezifferten Anspruch einer potenziellen Kostenersatzpflicht aus.

## 6. Verfahrenskonkurrenz, Rechtsschutzdefizit und Empfehlung

Soweit ersichtlich, ist *M. Bydlinski* bislang der einzige, der sich eingehender mit den Konsequenzen der „spärlichen Verfahrensvorschriften“ bei dem kursorischen Verfahren über einen § 408 ZPO-Antrag auseinandergesetzt hat.<sup>82)</sup> Die Paarung aus Verfahrensvorschriften, die als eine Art „erleichtertes Eilverfahren“ konzipiert sind, mit einer (über)vorsichtigen Rsp birgt eine Menge Probleme, besonders im Rechtsschutzbereich. Nach richtiger Ansicht<sup>83)</sup> muss das Gericht über einen gestellten § 408 ZPO-Antrag entscheiden. Eine (obwohl vielleicht der Sache durchaus angemessenere) Zurückweisung mangels Vorliegens der Prozessvoraussetzungen oder gar eine Art Verweisung auf den gesonderten Zivilrechtsweg ähnlich § 366 Abs 2 StPO kommt nicht infrage. *M. Bydlinski*s Forderung, dass dem Antragsteller kein Nachteil entstehen dürfe, wenn er die Erhebung einer gesonderten Schadenersatzklage vermeidet und statt dessen den vom Gesetz zusätzlich eingeräumten Weg wählt, der zur Erleichterung für das Gericht und die Parteien offensteht, ist uE uneingeschränkt zu unterstützen. Sie wird jedoch voraussichtlich an der restriktiven Praxis abprallen: Bspw führt bereits die Beurteilung, es müsse ein kompletter „Sieg“ und auf der anderen Seite ein vollständiges (oder zumindest iSd § 43 Abs 2 ZPO bei Weitem überwiegendes) Unterliegen vorliegen, zur sofortigen Abweisung mangels Legitimation. Entscheidet sich der Anspruchswerber, den Anspruch anschließend im Wege einer Schadenersatzklage gesondert geltend zu machen – weil Konkurrenz zwischen den Verfahrensarten des § 408 ZPO-Prozesses und der Erhebung der „gewöhnlichen“ Schadenersatzklage besteht und eine (Teil-) Abweisung des Entschädigungsbegehrens im summarischen Verfahren nach § 408 ZPO eine neuerliche Geltendmachung nicht

hindert<sup>84)</sup> – wird der Gegner idR mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich die Einrede der *res iudicata* einwenden, zumindest aber sehr gut eine für ihn günstige Bindungswirkung der ersten Entscheidung über den Schadenersatz behaupten können.

Hinzu kommt, dass richterliche Ermessensentscheidungen in vergleichbaren Fällen typischerweise Einzelfallentscheidungen sind, für die regelmäßig (außer bei „untragbaren Ermessensentscheidungen“<sup>85)</sup>) nicht der gesamte Instanzenzug zur Verfügung steht. Wird ein § 408 ZPO-Prozess geführt und spricht das Gericht dem Anspruchswerber unter Bezugnahme auf das richterliche Ermessen eine bloß teilweise Entschädigung zu, wird dieser sich erfahrungsgemäß im Instanzenzug schwerer tun, als hätte er eine mit konkreten Beweisergebnissen zu begründende Entscheidung. Entschließt sich der Anspruchswerber, mit dem Restbetrag einen gesonderten Schadenersatzprozess einzuleiten, wird ihm sein Gegner wiederum die im obigen Absatz genannten Einwendungen entgegenhalten können.

§ 408 ZPO soll zwar nicht davor abschrecken, das Recht jedes Staatsbürgers<sup>86)</sup> auszuüben, bei Meinungsverschiedenheiten die Hilfe der Gerichte in Anspruch zu nehmen. Aber eine allzu restriktive und vorsichtige Anwendung von § 408 ZPO heiße, die missbräuchliche Inanspruchnahme der Gerichte zu dulden oder gar zu fördern, weil säumige Schuldner unweigerlich ermutigt würden, sich in ein Verfahren einzulassen, mit einer guten Chance, nicht für ihr Handeln einstehen zu müssen – zumindest nicht mit allen Konsequenzen. Die Tatsache, dass ein Antrag nach § 408 ZPO unter Aufrechterhaltung des Anspruchs jederzeit auch ohne Zustimmung des Gegners zurückgezogen werden kann, erleichtert allerdings die Handhabung in der Praxis. Eine Partei, die einen Schadenersatz vom Gegner möchte, sollte mutig einen solchen gem § 408 ZPO beantragen (vorzugsweise konservativ ziffernmäßig bewertet) und das Rechtsgespräch mit der RichterIn/dem Richter in der Verhandlung suchen. Zeigt sich, dass die Voraussetzungen für einen Zuspruch im summarischen Verfahren nicht vorliegen, so kann relativ gefahrlos der Ersatzanspruch zurückgenommen und gesondert, allenfalls auch erst nach Rechtskraft der Entscheidung in der Sache, eingeklagt werden (und sofern tunlich, bietet es sich bei dieser Gelegenheit an, für maßgebliche Tatsachen bereits im ersten Prozess einen Zwischenantrag auf Feststellung zu stellen).

standes“ (Materialien zu den Zivilprozessgesetzen (687 BlgAbgH 11. Session [1893] 71 f; OGH 25. 11. 1997, 1 Ob 348/97a, ÖJZ 98/74).

80) Konsequenterweise werden nach § 12 Abs 1 RATG die Werte der Streitgegenstände zusammenzuzählen sein, was zu dem Ergebnis führt, dass in dem Verfahren nach JN und RATG zwei unterschiedliche Streitwerte ausschlaggebend sind.

81) Und damit wiederum iSd § 408 ZPO einer möglichen Schadenersatzpflicht unterliegend.

82) *M. Bydlinski*, FS Koziol 1143.

83) Wiederum *M. Bydlinski*, FS Koziol 1143.

84) *M. Bydlinski*, FS Koziol 1143.

85) *Zechner* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor §§ 502 ff ZPO Rz 12.

86) 10 Ob S 142/07s. Die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs oder auch dessen Bestreitung ist, wenn man im materiell-rechtlichen System bleibt, als Rechtsausübung iSd § 1305 ABGB zu verstehen und damit (sofern nicht bloß in sittenwidriger Weise Scheinrechte betroffen sind) möglicherweise als schadenersatzrechtlicher Rechtfertigungsgrund, wobei nach hL solche jedoch nur materiell-rechtlicher und nicht bloß verfahrensrechtlicher Natur sein können.



### Der Autor:

Mag. Peter Melicharek ist leitender Rechtsanwalt im Wiener Advocatur Bureau. Er vertritt Private Clients, Stiftungen und Unternehmensgruppen aller Wirtschaftssparten und ist Spezialist für Streitiges Joint Venture-, Gesellschafts- und Stiftungsrecht im High-Profile-Bereich.

**Kontakt:** pm@advocatur-bureau.at



### Die Autorin:

Mag. Monika Widmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im Wiener Advocatur Bureau und Dissertantin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät Wien.

**Kontakt:** office@advocatur-bureau.at

LexisNexis® Webshop – Rund um die Uhr für Sie geöffnet: [shop.lexisnexus.at](http://shop.lexisnexus.at)