

Beispiel:

Der Kl obsiegt zu $\frac{3}{4}$; er erhält $\frac{1}{2}$ Kosten (Quotenkompensation) und $\frac{3}{4}$ der allein getragenen Barauslagen (ungekürzte Erfolgsquote des Kl) abzüglich $\frac{1}{4}$ der vom Bekl allein getragenen Barauslagen (ungekürzte Erfolgsquote des Bekl). Hat der Kl zB die Pauschalgebühr von € 551,- und der Bekl eine Zeugengebühr von € 100,- gezahlt, errechnen sich € 413,25 ($551 \times \frac{3}{4}$) und € 25,- ($100 \times \frac{1}{4}$) und ein Überhang zugunsten des Kl von € 388,25 ($€ 413,25 - € 25,-$).

Bei **mehreren Verfahrensabschnitten** werden alle Barauslagen – gleich, ob allein oder gemeinsam getragen – dem **Verfahrensabschnitt ihres Anfalls** zugeordnet.⁶⁵³ Das gilt auch für Zeugengebühren,⁶⁵⁴ SV-Gebühren⁶⁵⁵ und für Dolmetschergebühren.⁶⁵⁶ Erstreckt sich die Tätigkeit des SV über mehrere Verfahrensabschnitte, so kann ein Durchschnittprozentsatz angewendet werden.⁶⁵⁷ **1.189**

Die Pauschalgebühr ist immer der Klage zuzuordnen. Dabei ist zu prüfen, inwieweit dem in der Klage enthaltenen Begehren letztlich stattgegeben wurde. In den Fällen des **§ 43 Abs 2 ZPO** (Kostenprivileg) ist die Pauschalgebühr **nur auf Basis des ersiegten Betrags** zuzusprechen.⁶⁵⁸ Wurde mit der Klagsausdehnung kein Erfolg erzielt, so ist die dadurch ausgelöste Ergänzungsgebühr nicht ersatzfähig.⁶⁵⁹ Bei Ermittlung der Erfolgsquote ist darauf abzustellen, inwieweit der Kl mit dem ausgedehnten Begehren letztlich durchgedrungen ist. Wenn die exakte Ermittlung des Anspruchs auf Barauslagenersatz zu einem unvertretbaren Aufwand – bei häufig nur unwesentlich abweichendem Ergebnis – führen würde, weil die Verfahrenssituation aufgrund zahlreicher Klagsausdehnungen und -einschränkungen bzw teilweiser Erledigung durch Teilanerkennnis oder Teilurteil ganz unübersichtlich geworden ist, ist von einer genaueren rechnerischen Ermittlung abzusehen und eine Schätzung iSd § 273 ZPO vorzunehmen.⁶⁶⁰ Bei aufrechter Verfahrenshilfe ist die Pauschalgebühr nicht zuzusprechen.⁶⁶¹ Wenn aus der Aufhebung des Verfahrens wegen **Nichtigkeit** Kostenaufhebung resultiert (§ 51 Abs 2 ZPO), umfasst sie auch die allein getragenen Barauslagen.⁶⁶²

Nicht im Erfolgsprinzip gedeckt ist jene Linie, die bei Anspruchshäufung darauf abstellt, ob die Klage mit jenem Anspruch, für den ein Gutachten eingeholt wurde, erfolgreich war.⁶⁶³ **1.190** Die Gründe des Obsiegens sind für die Kostenersatzpflicht gänzlich unmaßgeblich und eine derartige „positive Kostenseparationsnorm“ ist dem Rechtsbestand fremd (s Rz 1.150). Die-

653 8 ObA 73/12m; 2 Ob 99/14v, 10 Ob 89/15h; 1 Ob 142/16p; 4 Ob 185/17k.

654 2 Ob 85/06y; 9 Ob 79/08w.

655 10 Ob 103/05b; 2 Ob 85/06y; 2 Ob 99/14v; 10 Ob 89/15h.

656 2 Ob 58/07d; 8 ObA 73/12m.

657 1 Ob 2171/96p.

658 8 Ob 32/02t; 2 Ob 187/03v; 9 Ob 91/04d (auch bei geringfügigem Unterliegen); 2 Ob 242/09s.

659 9 Ob 218/02b; 2 Ob 187/03v; 10 Ob 35/16v.

660 OLG Wien 15 R 16/98b RW0000247.

661 8 Ob 151/09b; 1 Ob 188/09t; 2 Ob 230/10b; 2 Ob 131/11i; s auch Rz 1.635.

662 5 Ob 50/13h; LGZ Wien 44 R 1055/87 EFSlg 55.001. Implizit: 9 Ob 135/04z; 4 Ob 79/08h; 8 ObA 8/12b; 7 Ob 163/16d.

663 *M. Bydlinski*, Kostenersatz 314; OLG Wien 1 R 17/93 WR 571; LG Feldkirch 3 R 112/99i RIS-Justiz EFE00028; LG Wels 22 R 158/15s.

se Linie beruht auf dem aus der Ära vor der Quotenkompensation stammenden, im Zivilprozess überholten Ansatz „Kostenzuspruch nach Aufwand und Ermessen“.

- 1.191** Sämtliche nicht aktenkundigen Barauslagen sind **in der Kostennote zu bescheinigen**. Da die Notwendigkeit und die Zweckmäßigkeit eines vorprozessualen oder prozessbegleitend eingeholten SV-GA wohl kaum aus der Honorarnote des SV heraus beurteilt werden kann, ist auch das GA zumindest in seinen hierfür relevanten Teilen anzuschließen.

Die Barauslagen müssen nur verzeichnet, aber noch nicht entrichtet worden sein. Vergebliche Versuche, die Pauschalgebühr durch eine unzulässig niedrige Bewertung zu minimieren, berühren die Ersatzfähigkeit nicht, wenn sie in der richtigen Höhe in der Kostennote verzeichnet wurden.⁶⁶⁴

- 1.192** Ein Zuspruch von Barauslagen, von deren Entrichtung die Partei wegen ihr bewilligter **Verfahrenshilfe** befreit war, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die aus Amtsgeldern entrichteten Beträge gem § 70 ZPO, § 20 GGG, § 2 Abs 3 GEG unmittelbar beim Gegner einzuheben sind. Eine E iSd § 70 ZPO ist zudem nur dann in den Spruch aufzunehmen, wenn die die Verfahrenshilfe genießende Partei im Prozess überhaupt keine Kosten angesprochen hat, zumal nur dann eine KostenE unterbleibt.⁶⁶⁵ Das gilt auch in allen VaStr mit Kostenersatzpflicht.⁶⁶⁶ Der von § 20 GGG gebrauchte Ausdruck „auferlegt“ bedeutet nicht, dass die Partei im Urteil zum Prozesskostenersatz an den Verfahrenshilfe genießenden Gegner verpflichtet worden sein müsste; selbst wenn sie einen quotenkompensierten Zuspruch erlangt, werden ihr im Umfang der Kompensation „Kosten auferlegt“.⁶⁶⁷ Obsiegt der Bekl zB mit 75%, so erlangt er zwar zu 50% Kostenersatz, auferlegt iSd § 20 GGG wurden ihm damit 25%. Siehe dazu Rz 1.632.

Die Bewilligung der Verfahrenshilfe wirkt hinsichtlich der Pauschalgebühr nicht zurück; sie muss daher spätestens mit dem gebührenauslösenden Schriftsatz (Klage, Rechtsmittel) beantragt worden sein (§ 9 Abs 1 GGG). Bei einem solcherart verspäteten Verfahrenshilfeantrag ist die Pauschalgebühr erfolgsabhängig zuzusprechen, weil die Zahlungspflicht bereits mit Überreichung der Klage entstanden ist (§ 2 Z 1 lit a GGG). Bei mehreren gebührenpflichtigen Parteien bleiben die nicht die Verfahrenshilfe genießenden als Solidarschuldner voll zahlungspflichtig (§ 12 Abs 2 GGG). Wegen § 15 Abs 2 GGG haften sie bei objektiver Klagenhäufung (mehrere Kläger mit einer gemeinsamen Klage) auch für jene Gebühren, die von den verfahrensbeholfenen Parteien ausgelöst werden;⁶⁶⁸ auch diese Gebühren sind in solchen Fällen ihren Mitparteien zuzusprechen.

- 1.193** Die Aufzählung des § 43 Abs 1 S 3 ZPO ist mE nicht abschließend.⁶⁶⁹ Auch eine taxative Aufzählung schließt eine **vorsichtige Analogie** nicht aus. Es ist naheliegend, ihn für alle den taxativ aufgezählten Kostenarten sachlich vergleichbaren Prozesskosten, die eine Partei aufgrund besonderer gesetzlicher Verfahrensvorschriften zunächst allein bevorschus-

664 8 Ob 288/99g; 8 Ob 310/99t.

665 OLG Linz 4 R 130/09d. Ausführlich auch zur Zahlungspflicht des Prozessgegners im Einhebungsverfahren *Obermaier*, ÖJZ 2016/136 (Kostenseitig).

666 Demgemäß verfehlt 1 Ob 181/16y.

667 VwGH 18. 11. 2015, 2013/17/0583.

668 VwGH 21. 9. 2005, 2005/16/0138.

669 IdS auch *M. Bydlinski*, Kostenersatz 222.

sen muss (abzustellen ist mE auf dieses einseitige Müssen), anzuwenden. Solche aufgrund gesetzlicher Anordnung immer allein zu tragenden Kosten sind insb jene des **Beweissicherungsverfahrens**, insb des dortigen GA; gerade beim SV ist ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung zu den Kosten des GA im Hauptprozess nicht erkennbar. Zudem trägt hier der ASt alle Vertretungskosten, auch die des Gegners, immer vorläufig selbst; die Sachlage ist hier der Pflicht zur Tragung der veranlassten Kuratorkosten gleich. Kosten von Beweisaufnahmen sind nicht generell auszugrenzen, zumal der dritte Satz solche Kostenarten ausdrücklich anführt: Zeugen, SV, gerichtlicher Augenschein. Zu den Fällen einer analogen Anwendung gehören mE all jene Bestimmungen, die der Partei ein vom Hauptprozess verschiedenes **Vorverfahren** verpflichtend auferlegen.

Diese Abgrenzung der analogen Anwendung nach dem in Verfahrensvorschriften gebotenen oder in Sonderverfahren angeordneten Aufwand gegenüber dem von der Partei ansonsten – ohne spezielle Regelung in Verfahrensgesetzen – nur aus der Vorschusspflicht des § 40 ZPO heraus getätigten Aufwand folgt sowohl aus dem Ausschließlichkeitsgrundsatz wie auch aus der Subsidiaritätsklausel (s Rz 1.3). Ist eine Kostennorm vorhanden, die einer Partei einseitig die Tragung der Gesamtkosten eines Vor- oder Nebenverfahrens auferlegt, ist mE der Satz 3 des § 43 Abs 1 ZPO analog nur auf diese Kosten anzuwenden. Demnach ist etwa ein **Privatgutachten** mangels einer kostenrechtlichen Sondernorm nicht gleich allein getragenen Barauslagen ersatzfähig, hingegen ist ein GA im Beweissicherungsverfahren ersatzfähig, da hier eine vorrangige Norm zwingend die alleinige Tragung anordnet.

G. Kosten von Kuratoren

§ 10 ZPO wie auch § 118 Abs 2 ZPO (idF nicht mehr eigens zitiert) ordnen nur für den Zivilprozess eine vorläufige Tragung (Bevorschussung) von Kuratorkosten an. Von dem vom Kurator im eigenen Namen zu stellenden Entlohnungsantrag gegen die seine Bestellung veranlassende Partei strikt zu unterscheiden ist der ebenfalls im eigenen Namen⁶⁷⁰ gegen den Prozessgegner zu stellende Kostenbestimmungsantrag („Bevorschussungsantrag“). Davon wiederum zu unterscheiden ist der Prozesskostenersatzanspruch der vom Kurator vertretenen Partei gegen den Prozessgegner und der (Rück-)Ersatzanspruch dieses Prozessgegners gegen die vom Kurator vertretene Partei (diese ist ein Anspruch auf Ersatz von allein getragenen Barauslagen iSd § 43 Abs 1 S 3 ZPO).⁶⁷¹ Zur Klarstellung: Die folgenden Ausführungen betreffen ausschließlich den Ersatzanspruch („Vorschussanspruch“) des Kurators gegen seinen Prozessgegner und/oder den betrGl im ExVerf. § 10 ZPO gilt im Zivilprozess für alle auf der **Passivseite** anfallenden Kuratorkosten unabhängig von ihrer Bezeichnung (Kurator, Erwachsenenvertreter, Notgeschäftsführer) und unabhängig davon, von welchem Gericht (Prozess-, PflEGschafts-, Abhandlungs-, Firmenbuchgericht⁶⁷²) die Kuratorenbestellung erfolgt ist. Er besagt nur, dass die veranlassende (verursachende) Partei dem Kurator die Entlohnung unabhängig von ihrem Obsiegen im Zivilprozess zu zahlen hat. Maßgeblich ist nur, dass der Kurator

670 LGZ Wien 41 R 69/07m MietSlg 59.545; 42 R 288/16p EFSlg 151.384; LG Linz 15 R 233/14m EFSlg 143.695.

671 Zur Abgrenzung: OLG Wien 13 R 180/05v RW0000198.

672 3 Ob 71/00p.

in einem Zivilprozess für den Kuranden eingeschritten ist und dass er in dieser Eigenschaft Prozesshandlungen für die von ihm vertretene Partei gesetzt hat.⁶⁷³ Dieser Anspruch ist vom Prozesserfolg völlig unabhängig,⁶⁷⁴ er wird auch von einem Vergleich oder von einer Nichtigkeit des Verfahrens nicht berührt.⁶⁷⁵ Kostenschuldner ist daher stets der Kl; für eine Haftung des Bundes fehlt außerhalb der Verfahrenshilfe⁶⁷⁶ (§ 64 Abs 1 Z 1 lit e ZPO – mit Hinweis darauf, dass zu prüfen ist, ob die Verfahrenshilfe in diesem Umfang überhaupt bewilligt wurde) – jedwede gesetzliche Grundlage.⁶⁷⁷

Die Partei hat die Kosten des Kurators und die Kosten seines Bestellungsverfahrens dann zu tragen, wenn sie die **Tätigkeit des Kurators als Vertreter ihrer Gegenpartei veranlasst**, dh verursacht hat. Auch wenn Verursachen auch das Inanspruchnehmen eines bereits früher bestellten Kurators oder Erwachsenenvertreters beinhaltet,⁶⁷⁸ so sind mit den Bestellungskosten nur (ausschließlich) die Kosten eines Neubestellungsverfahrens gemeint, wenn also die Kuratorenbestellung vom Kl beantragt oder aus Anlass seiner Verfahrenseinleitung bzw -führung vom Gericht amtswegig veranlasst wird. Unter Veranlassen und Inanspruchnehmen ist dabei ausschließlich das Auftreten des Kurators auf der Passivseite zu verstehen; davon ausgenommen sind nur Wiederaufnahms- und Nichtigkeitsklagen, wenn der Kurator im Anlassverfahren auf der Passivseite eingeschritten ist.⁶⁷⁹ Die Entlohnung des auf der Aktivseite auftretenden Kurators obliegt ausschließlich dem Gericht, das ihn bestellt hat;⁶⁸⁰ §§ 10, 118 Abs 2 ZPO sind darauf gänzlich unanwendbar.

Im **sozialgerichtlichen Verfahren** überreicht der Erwachsenenvertreter für den Versicherten die Klage, was keine Inanspruchnahme seiner Tätigkeit durch den beklagten Sozialversicherungsträger ist.⁶⁸¹

Im **ExVerf** betrifft die Inanspruchnahme des Kurators nur den betrGl; über die Ansprüche des Kurators gegen andere Beteiligte ist im streitigen Rechtsweg zu entscheiden.⁶⁸²

Die Auferlegung eines **Kostenvorschusses** wird eher abgelehnt, die ggt Ansicht des OLG Linz, 2 R 194/96 d RL0000014, ist auch nicht überzeugend.⁶⁸³ Fraglich kann aber nur sein,

673 LGZ Wien 45 R 54/16y EFSlg 151.385; ähnlich 45 R 54/16y EFSlg 151.386.

674 LGZ Wien 42 R 241/10p EFSlg 128.323; 45 R 649/11s EFSlg 136.011; LG Feldkirch 3 R 186/13w EFSlg 139.898.

675 Vergleich: LGZ Wien 9 Ra 317/99z ARD 5282/35/2002; Nichtigkeit: LGZ Wien 40 R 203/08f MietSgl 60.601; 45 R 134/15m EFSlg 147.368.

676 Zur Pflicht des Anwalts, wegen der aus § 10 ZPO resultierenden Kostenbelastung die Frage der Verfahrenshilfe zu prüfen: LGZ Graz 7 R 19/16i MietSgl 68.535; *Obermaier*, ÖJZ 2012/10.

677 IdS auch *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 5 AußStrG Rz 4; OLG Wien 16 R 182/10t RW0000497; LGZ Wien 44 R 95/14t EFSlg 143.692.

678 3 Ob 71/00p; OLG Wien 11 R 178/02f EFSlg 101.726; LG Feldkirch 3 R 186/13w.

679 *Fucik* in *Rechberger*⁴ § 10 ZPO Rz 3; LGZ Wien 41 R 24/08w MietSgl 60.599.

680 OLG Wien 7 R 5/09 SVSgl 57.462

681 OLG Wien 7 Rs 67/09p RW0000462.

682 1 Ob 546/92.

683 So wird etwa auch zum Kurator nach §§ 314f EO recht einhellig vertreten, dass kein Kostenvorschuss auferlegt werden darf: *Heller/Berger/Stix* III 2250; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*³ § 315 EO Rz 11.

ob an den Nichterlag Rechtsfolgen geknüpft werden; wenn nicht, so ist die Partei nicht einmal beschwert, weil es ihr dann ja sanktionslos frei steht, nichts zu erlegen.

Der **Kurator** hat im Zivilprozess (nicht jedoch im VaStr, s Rz 4.63) einen **direkten Anspruch gegen die Partei, die seine Tätigkeit veranlasste**. Parallel dazu hat er einen Entlohnungsanspruch gegen seinen Kuranden. Er kann im Zivilprozess und im ExVerf nach seiner Wahl die Bestimmung gegen die veranlassende Partei und/oder gegen den Kuranden beantragen, wobei die Zahlungspflicht der veranlassenden Partei eine Vorschussleistung auf den Entgeltanspruch gegen den Kuranden ist. § 54 ZPO ist auf den Entlohnungsanspruch des Kurators unabhängig davon, ob er gegen den Kuranden oder gegen die seine Tätigkeit veranlassende Partei geltend macht, nicht anzuwenden; der Antrag auf Bestimmung der Entlohnung kann auch vor Verfahrensabschluss gestellt werden.⁶⁸⁴ Der Anspruch steht dem Kurator selbst zu, er ist deshalb im eigenen Namen und nicht als Vertreter des Kuranden geltend zu machen, widrigenfalls der Antrag zurückzuweisen ist.⁶⁸⁵ **1.195**

Das Auftreten des Kurators als Vertreter des **Nebenintervenienten auf Seiten des Bekl** ist vom Kl zwar kausal veranlasst, weil angesichts der Bindungswirkung des Vorprozesses jeder Kl mit dem Beitritt von Nebenintervenienten auf der Gegenseite rechnen muss. Er nimmt jedoch dessen Tätigkeit nicht in Anspruch, weil für seine eigene Rechtsverfolgung die Nebenintervention entbehrlich ist.⁶⁸⁶

Wird im Prozess ein **Rechtsanwalt als Kurator** tätig (Gleiches gilt gem § 1 Abs 2 RATG für den Notar), ist sein Honorar nach dem RATG zu bestimmen. Für den Zustellkurator ordnet § 20 RATG auch einen Honoraranspruch nur für Briefe an. Wenngleich der Kurator einen erfolgsunabhängigen Entlohnungsanspruch hat, so sind ihm dennoch nur die zweckmäßig und notwendig getätigten Aufwendungen und Vertretungsleistungen zu ersetzen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 63 Abs 1 ZPO ist auch die Beantragung der **Verfahrenshilfe** einschließlich der Beigebung eines Rechtsanwalts zu fordern.⁶⁸⁷ Mit § 276 Abs 3 ABGB idF BGBl I 2017/59 wurde das nunmehr ausdrücklich klargestellt.⁶⁸⁸ **1.196**

Die Kosten einer von vornherein aussichtslosen Prozesshandlung, aber auch einer aussichtslosen Bestreitung sind ihm niemals zuzusprechen.⁶⁸⁹ Abzulehnen ist daher die Rsp,

684 OLG Wien 13 R 180/05v RW0000198; LGZ Wien 39 R 317/07t MietSlg 59.547; 42 R 241/10p EFSlg 128.325.

685 LGZ Wien 42 R 288/16p EFSlg 151.384.

686 OLG Wien 11 R 133/14f; LGZ Wien 39 R 317/07t MietSlg 59.547.

687 IdS nunmehr auch LG Feldkirch 3 R 186/13w EFSlg 139.899 = iFamZ 2014/56 (*Paulsen*); LGZ Wien 39 R 97/17b MietSlg 68.536; s auch 5 Ob 212/04v. Vgl auch die Mat zu § 276 ABGB idF BGBl I 2006/92 (1420 BlgNR 22. GP 15: Ein Entgeltanspruch für rechtsfreundliche Vertretung ist . . . zu verneinen, wenn beim Pflegebefohlenen die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenshilfe gegeben sind . . . In jenen Verfahren . . . kann ungeachtet des Umstandes, dass ein Rechtsanwalt als Sachwalter (Kurator) bestellt ist, Verfahrenshilfe bewilligt werden und der Ausschuss der Rechtsanwaltskammer den Sachwalter (Kurator) als Verfahrenshelfer bestellen. So kann dem Sachwalter (Kurator) seine Tätigkeit für den Pflegebefohlenen im Rahmen der Pauschalvergütung angerechnet werden . . .).

688 Anzuwenden auf Sachverhalte, die sich nach dem 30. 6. 2018 ereignen oder über diesen Zeitpunkt hinaus andauern (§ 1503 Abs 9 Z 4 ABGB).

689 LGZ Wien 38 R 274/05h MietSlg 58.543. Eher aA *Fucik* in *Rechberger*⁴ § 10 ZPO Rz 2.

dass der Kurator auch „die kleinste Chance“ wahrzunehmen habe;⁶⁹⁰ nur weil eine Rsp „ständig“ ist, muss sie nicht schon deshalb „richtig“ sein. Dabei wird einerseits übersehen, dass mit den Kosten von nicht wirklich Erfolg versprechenden Prozesshandlungen im Umweg der Kostenersatzpflicht wiederum der Kurand belastet wird, weil das iE nur zu einer Prozessaufblähung führt. Andererseits gilt der Grundsatz der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Kostenaufwands als Voraussetzung der Ersatzfähigkeit im gesamten Kostenrecht, sodass er auch hier nicht außer Acht zu lassen ist.⁶⁹¹ Zu fragen ist daher, ob eine „normale“, dh wirtschaftlich denkende Partei bei einer Ex-ante-Betrachtung diesen Aufwand noch getätigt hätte oder nicht. Neben den Erfolgchancen sind – vergleichbar der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung – Überlegungen auch hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit und der Zweckmäßigkeit anzustellen.

Der Anspruch des Kurators besteht im Zivilprozess nach § 10 ZPO gegen den Prozessgegner und nicht gegen den Kuranden, sodass eine Abrechnung von Einzelleistungen anstelle des Einheitssatzes unzulässig ist (§ 23 Abs 2 RATG). Leistungen wie Telefonate, Schreiben und Kommissionen sind daher vom Gegner nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der Ersatzfähigkeit von vorprozessualen Kosten zuzusprechen.⁶⁹² Sein Antrag auf Kostenbestimmung ist dem Verfassen der Honorarnote oder des Kostenverzeichnisses gleichzuhalten und gem § 18 RATG nicht zu honorieren.⁶⁹³

- 1.197** Die Pflicht zur Kostenbestimmung trifft jenes im Prozessinstanzenzug tätig gewordene Gericht, das den Kurator bestellt hat.⁶⁹⁴ Hat ein anderes Gericht den Kurator bestellt, ist hierfür jenes der im Prozess tätig gewordenen Gerichte zuständig, vor dem der Kurator erstmals eingeschritten ist.⁶⁹⁵

Stellt der Kurator seinen Entlohnungsantrag gegen die seine Bestellung veranlassende Partei, so sind zwei E zu treffen; diese beiden E können zwar gemeinsam ausgefertigt werden, was aber nichts daran ändert, dass damit **zwei gesonderte E** zu ergehen haben⁶⁹⁶ wie folgt:

1. Beschlussmäßige Bestimmung der Kuratorkosten mit Zahlungsbefehl; die veranlassende Partei wird unabhängig vom Prozessausgang direkt zur Zahlung an den Kurator verpflichtet (niemals Zuspruch der Kuratorkosten direkt an den Kuranden!).
2. KostenE im Prozess: Die zahlungspflichtige Partei hat, wenn die Kuratorkosten schon vor Schluss der Verhandlung erster Instanz bestimmt wurden, sie schon in ihrer eigenen Kostennote als Barauslagen zu verzeichnen. Diese allein getragenen Barauslagen iSd § 43 Abs 1 Satz 3 ZPO sind ihr in der KostenE des Urteils in der ungekürzten Quote ihres Obsiegens (keine Quotenkompensation) zuzusprechen.

690 LGZ Graz 3 R 8/06b MietSlg 58.541; LGZ Wien 39 R 207/07s MietSlg 59.546; 38 R 72/11m MietSlg 63.614 = WR 1096.

691 So auch LGZ Graz 7 R 19/16i MietSlg 68.535.

692 IdS völlig zutreffend LGZ Wien 40 R 89/15g MietSlg 67.585.

693 IdS auch LGZ Graz 3 R 98/06p MietSlg 58.542; LG Feldkirch 3 R 186/13w.

694 LGZ Wien 42 R 241/10p EFSlg 128.324; implizit auch 45 R 434/16d EFSlg 147.369.

695 1 Ob 178/71; 1 Ob 556/80; 3 Ob 2066/96m.

696 OLG Wien 7 Ra 82/03k RIS-Justiz EW00453; LGZ Wien 42 R 169/01s RWZ0000064; wohl auch 45 R 434/16d EFSlg 147.369. Gemeint ist nicht, dass „zwei Papierl“ ausgefertigt werden, sondern, dass über die Ansprüche nach § 10 ZPO ein eigener Spruchpunkt ergeht.

Werden die Kuratorkosten der seine Tätigkeit veranlasst habenden Partei auferlegt, so hat sie sie gegen ihren Prozessgegner geltend zu machen. Erfolgt die Bestimmung der Kuratorkosten erst nach Schluss der Verhandlung, so sind sie in den vom § 54 Abs 2 ZPO vorgegebenen Fristen mit Kostenbestimmungsantrag als Ersatzanspruch gegen die Gegenpartei (den Kuranden) geltend zu machen. Bei Solidarhaftung ist die Zahlung samt Datum zu bescheinigen. Folge der verspäteten Verzeichnung wie auch der unterlassenen Bescheinigung ist endgültiger Anspruchsverlust.

Sämtliche E sind E im Kostenpunkt, gleich, ob über den Anspruch gegen die ihn in Anspruch nehmende Partei oder ob über seine Entlohnungs-/Entschädigungsansprüche gegen den Kuranden abgesprochen wird, sodass der Rechtszug an den OGH ausgeschlossen ist.⁶⁹⁷

Die **Bestimmung der Kuratorkosten** durch das Prozessgericht wurde vor dem AußStrG 2005 überwiegend als amtswegiges Verfahren angesehen, dem der Zuspruch von Rechtsmittelkosten fremd ist. Diese Rsp konnte wegen der Einführung der Kostenersatzpflicht im VaStr nicht aufrecht erhalten werden.⁶⁹⁸ Als Kostenbestimmungsantrag gilt bereits das Legen der Kostennote im Prozess, weil § 52 Abs 5 ZPO analog anwendbar ist.⁶⁹⁹ Der Beschluss, der einen Leistungsbefehl gegen den Gegner (Kl) zu enthalten hat,⁷⁰⁰ ist gesondert anfechtbar (mE gilt hier § 517 Abs 3 ZPO); er ist den rechtsmittellegitimierten Parteien, nämlich dem Kurator, dem zur Leistung verpflichteten Prozessgegner und – sofern das faktisch möglich ist – auch dem Kuranden zuzustellen.⁷⁰¹ Im Rekursverfahren besteht, da Ausgangsverfahren ein Zivilprozess oder ein Zwischenstreit im ExVerf ist, Kostenersatzpflicht zwischen den konkret daran beteiligten Parteien, worin der Kurator (und nicht der Kurand) im Fall seines Misserfolgs kostenersatzpflichtig wird.⁷⁰² Es gebührt das Honorar nach TP 3.A.I.5.b RATG (Kostenrekurs) nach der Bemessungsgrundlage des § 11 RATG.

Wegen § 78 EO ist § 10 ZPO auch im **Exekutionsverfahren** auf alle Fälle der Inanspruchnahme eines Kurators durch den betrGl anzuwenden.⁷⁰³ Bei Vorhandensein mehrerer betrGl gilt § 46 ZPO analog (Tragung nach Kopfteilen oder nach dem Verhältnis der betriebenen erheblich unterschiedlichen Forderungen). Die Kosten eines Kurators, der in einem Zwangsversteigerungsverfahren für einen Buchberechtigten eingeschritten ist, sind vom betrGl, der diese Kuratorkosten beglichen hat (§ 78 EO iVm § 10 ZPO), wegen des Fehlens eines Zwischenstreits gegenüber dem Buchberechtigten auf dem Rechtsweg geltend zu machen.⁷⁰⁴ Wegen des Verweises des § 78 EO auf die §§ 40 ff ZPO herrscht im

1.198

697 7 Ob 235/03i; 7 Ob 44/10m.

698 OLG Wien 7 Ra 116/06i RW0000346; LGZ Wien 45 R 434/15d; mit Vorbehalten LG Feldkirch 3 R 186/13w EFSlg 139.901.

699 *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 10 ZPO Rz 12; LGZ Wien 45 R 434/15d EFSlg 147.369.

700 LGZ Wien 42 R 241/10p EFSlg 128.326; 43 R 469/11f EFSlg 132.107.

701 LGZ Wien 45 R 434/15d EFSlg 147.369.

702 LGZ Wien 39 R 97/16b MietSlg 68.536 (Abl von 40 R 372/04h RWZ0000078).

703 *Heller/Berger/Stix* I 708f; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*³ § 74 EO Rz 89.

704 1 Ob 546/92.

Rekursverfahren wegen der Entlohnung des Kurators Kostenersatzpflicht. Zum Einziehungskurator (§§ 314f EO) gelten die allgemeinen Grundsätze der Entlohnung.⁷⁰⁵

H. Stufenklage (Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche)

1.199 § 226 ZPO erfordert ein ziffernmäßig bestimmtes Klagebegehren. Um dies dem Kl, wenn er dazu nicht über das notwendige Wissen verfügt, zu ermöglichen, sieht die Prozessordnung in zweifacher Weise⁷⁰⁶ seinen Schutz vor: In jenen Bereichen, in denen eine Mitwirkung des Bekl wegen der auch auf seiner Seite nicht vorhandenen Kenntnisse nicht hilfreich wäre, wird er durch § 43 Abs 2 ZPO kostenrechtlich vor den Folgen einer Teilabweisung seines in einem vernünftigen Rahmen gehaltenen Begehrens geschützt. In jenen Fällen, in denen das Wissen auf Seiten des Bekl, nicht jedoch auf der Klägerseite vorhanden ist, wird ihm die Möglichkeit der Stufenklage nach Art XLII EGZPO geboten, um einen Informationsstand zu erlangen, der ihm dann die Bezifferung seines Klagebegehrens erlaubt. Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche sind also typische Hilfsansprüche, die dem Problem Abhilfe schaffen, das daraus resultiert, dass ein Kl seinen Prozessvorbereitungs- und -förderungspflichten nachkommen will, aber aus eigenem nicht kann.

Die Stufenklage dient sohin nicht dazu, das Unterlassen solcher Klägerpflichten zu fördern. Der Kl, der von dieser ihm eingeräumten Möglichkeit nicht Gebrauch macht, ist kostenrechtlich nicht schutzwürdig. Klagt er sofort beziffert ein, so macht jedes Unterliegen kostenpflichtig.⁷⁰⁷

1.200 Die Besonderheit der Stufenklage liegt in dem der Klage und der KB nachfolgenden Verfahrensabschnitt darin, dass zunächst ausschließlich über das Rechnungslegungs- bzw Auskunftsbegehren zu verhandeln und nur darüber – mit Teilurteil – zu entscheiden ist. Das bedeutet, dass in diesem Verfahrensabschnitt allein dieses Teilbegehren Gegenstand der Verhandlung ist; diese Kosten sind damit gegenüber dem allgemeinen Verfahrensaufwand klar abgrenzbar. Daher ist bei einer Stufenklage grundsätzlich schon im Teilurteil über das Rechnungslegungsbegehren über die bisherigen Verfahrenskosten auf Basis der Bewertung des Auskunfts- bzw Rechnungslegungsbegehrens zu entscheiden.⁷⁰⁸ ME umfasst diese KostenE jedoch nicht die Kosten der verfahrenseinleitenden Schriftsätze, die nicht allein dem Auskunftsbegehren zugeordnet werden können; diese bilden vielmehr einen eigenen Verfahrensabschnitt.⁷⁰⁹

Erfolgt die E über das Rechnungslegungsbegehren mit Teilurteil, so ist für die KostenE im Rechtsmittelverfahren zu unterscheiden: Bei Gesamtabweisung sind beide Begehren von der Anfechtung betroffen. Bei Abänderung kommt nur Stattgebung des Rechnungsle-

705 *Jakusch in Angst/Oberhammer*³ § 315 EO Rz 11ff.

706 Zur Vorgeschichte des § 43 Abs 2 ZPO s Rz 1.165. Zur historischen Entwicklung des Art XLII EGZPO s *Konecny in Fasching/Konecny*³ II/1 Art XLII EGZPO Rz 1ff.

707 OLG Innsbruck 4 R 135/09y RI0000182.

708 6 Ob 234/06i; 9 ObA 50/11k; 8 Ob 55/13s; 9 ObA 95/15h; zu Teilerfolgen s 8 ObA 62/10s; 4 Ob 62/16w.

709 7 Ob 143/16d; idS auch LG Salzburg 21 R 179/15t EFSlg 147.378.

gungs- oder Auskunftsbeghehrs und Aufhebung des Ausspruchs betreffend das Leistungsbegehren in Betracht, woraus Kostenvorbehalt folgt.⁷¹⁰

Nach Rechtskraft des Teilurteils über die Rechnungslegungspflicht hat der Stufenkläger, wenn er über die erforderlichen Informationen verfügt, die Fortsetzung des Verfahrens über das noch offene Leistungsbegehren zu beantragen und dieses zu beziffern bzw bestimmen zu gestalten. Dazu kann er nicht gezwungen werden; der Streit über die Zulässigkeit bzw über die Berechtigung der Verfahrensfortsetzung ist dabei ein Zwischenstreit, in dem über dessen Kosten abzusprechen ist.⁷¹¹ Schränkt er auf Grund der Auskunft auf Kostenersatz ein, weil sich erst daraus ergeben hat, dass ihm der Höhe nach nichts zusteht, so steht ihm für das gesamte Verfahren voller Kostenersatz zu,⁷¹² mE in analoger Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO allerdings nur auf Basis des Werts des Rechnungslegungsbegehrens.

I. Nichtigkeit des Verfahrens

§ 51 ZPO wurde erstmals in der Stammfassung der ZPO in den österr Rechtsbestand eingeführt; er hat auch kein Gegenstück in der dZPO 1877. § 51 ZPO setzt eine ansonsten in der ZPO nirgendwo normierte Prüfpflicht der Parteien voraus; er beruht auf der allgemeinen Pflicht zur sorgfältigen, auf einen raschen Verfahrensabschluss abzielenden Prozessführung.⁷¹³ Er ist eine Sondernorm für die Kosten von **als nichtig aufgehobenen Verfahren und Verfahrensteilen**, weil dann keine Partei einen Erfolg erzielt hat. Er ist zudem unabhängig davon anzuwenden, ob das Verfahren – etwa bei Nichtigerklärung wegen fehlender Prozessfähigkeit – fortzusetzen ist oder nicht; er gilt auch dann, wenn die Nichtigkeit zur Klagszurückweisung führt.⁷¹⁴ Bei Unzulässigkeit des gewählten Rechtswegs ist für die KostenE die vom Kl bzw ASt gewählte Verfahrensart entscheidend; bei Klagen ist demnach § 51 ZPO, bei Anträgen des VaStr § 78 AußStrG oder die sonst dafür maßgebliche speziellere Kostennorm anzuwenden.⁷¹⁵ Er betrifft nicht die Aufhebung nur des angefochtenen Urteils oder Beschlusses wegen Nichtigkeit.⁷¹⁶ **1.201**

Die Kosten des nichtigen Verfahrens(teils) sind bei Fehlen wie auch bei Vorliegen eines Verschuldens aller Parteien vollständig gegeneinander aufzuheben.⁷¹⁷ Nur wenn eine Partei an der Nichtigkeit ein Verschulden trifft, ersetzt sie ihrem Gegner unter der weiteren Voraussetzung, dass ihn kein Verschulden trifft, die gesamten Kosten. § 51 kennt keinen Mittelweg, wonach eine Verschuldensteilung vergleichbar dem Schadenersatzrecht (zB 2:1 etc) vorzunehmen wäre; es gilt „alles oder nichts“. Trotz der Formulierung „kann“ ist diese Rechtsfolge – Kostenersatzpflicht bei Verschulden – zwingend.⁷¹⁸ Die **1.202**

710 17 Ob 40/08 v.

711 5 Ob 212/08 z.

712 *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ II/2 Art LVII EGZPO Rz 128 ff.

713 *Geroldinger*, *Der mutwillige Rechtsstreit* 582 f.

714 2 Ob 555/76; 9 ObA 65/98 v; 10 Ob 105/08 a; 1 Ob 19/13 w.

715 RS0046245.

716 So bereits *Neumann*, *Komm*² I 550; RS0035870; RS0123067; zuletzt etwa 9 ObA 115/12 w.

717 6 Ob 808/81; 3 Ob 101/16 y.

718 *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ II/1 § 51 ZPO Rz 1.

allein getragenen **Barauslagen** sind von der Aufhebung mitumfasst (keine wechselseitige Verrechnung der je allein getragenen Barauslagen; s Rz 1.189).

§ 51 ZPO – kurz gefasst:

Kein Verschulden beider Parteien: Kostenaufhebung (6 Ob 133/08i; 6 Ob 186/08h).

Verschulden nur des Kl: Der Kl ersetzt dem Bekl alle Kosten.

Verschulden nur des Bekl: Der Bekl ersetzt dem Kl alle Kosten.

Verschulden beider Parteien: Kostenaufhebung (RS0035966).

- 1.203** Nach einer Rsp-Linie des OLG Wien seien die Kosten des nichtigen Verfahrens einschließlich des Rechtsmittelverfahrens jedoch vorzubehalten, wenn keine Partei ein Verschulden am Nichtigkeitsgrund trifft und (kumulativ) wenn das Verfahren fortzusetzen ist.⁷¹⁹ Das ist eine in diesem OLG-Sprengel in der älteren Rsp teilweise vertretene Sondermeinung.⁷²⁰

Auch dann, wenn das gesamte Verfahren ab Klagszustellung für nichtig erklärt und die Klage als verfahrenseinleitender Antrag in das VaStr überwiesen wird, ist § 51 ZPO für die gesamten Kosten mit Ausnahme der Klage anzuwenden. Insb sind sie auch nicht der KostenE der anderen Verfahrensart vorzubehalten, denn die Nichtigkeit bewirkt, dass alle Verfahrensschritte so zu behandeln sind, als ob das Verfahren gar nicht durchgeführt worden wäre.⁷²¹

- 1.204 Ausnahmen:** § 51 ZPO ist in **Verfahren mit einseitiger Kostenersatzpflicht** auf jene Partei, die vom Kostenersatz ausgeschlossen ist, nicht anwendbar. So ist auf den Kl im sozialgerichtlichen Verfahren § 51 ZPO wegen § 77 Abs 1 Z 1 ASGG nicht anzuwenden, er wird auch bei eigenem Verschulden nicht kostenersatzpflichtig;⁷²² der beklagte Sozialversicherer wird hingegen sehr wohl kostenersatzpflichtig.⁷²³ Das gilt in allen Verfahren mit einseitiger Kostenersatzpflicht, so zB im Wiedereinsetzungsverfahren für den Restitutionswerber oder im Widerspruchsverfahren gegen VU für die den Widerspruch erhebende Partei oder in Verfahren nach dem EisBEG für den Enteigner.

719 OLG Wien 1 R 162/98w RW0000291; 7 Rs 104/03 SVSlg 52.737; 7 Rs 99/04 SVSlg 52.748; 7 Rs 114/05 SVSlg 55.077; 10 Rs 1/09 SVSlg 57.465; LGZ Wien 41 R 257/09m MietSlg 62.609; 44 R 652/10y EFSlg 132.125; ebenso früher OLG Innsbruck 4 R 155/95 RI0000004. Ähnlich auch 5 Ob 200/14v.

720 AA implizit OLG Wien 15 R 46/16v; 15 R 179/16b RIS-Justiz EW0000804; 14 R 81/16h; ausdr LGZ Wien 40 R 147/14k. ME unklar 5 Ob 200/14v, wo auf „besondere Kosten“ abgestellt wird.

721 Horn in *Fasching/Konecny*³ I § 40a JN Rz 7; Mayr in *Rechberger*⁴ § 40a JN Rz 3; LG Wels 22 R 75/16k; aA (bislang vereinzelt) 5 Ob 200/14v unter Berufung auf *Fucik* in *Rechberger*⁴ § 51 ZPO Rz 1. Die von *Fucik* zitierten Belegstellen 10 Obs 52/91 und 2 Ob 268/06k betreffen allerdings nur Fälle, in denen nur Verfahrensteile (und nicht das gesamte Verfahren) für nichtig erklärt wurden. In beiden Fällen war der Wertanteil am Gesamtwert minimal gewesen, weshalb besondere Kosten (Mehrkosten) durch den nichtigen Anteil nicht entstanden waren. Beide E sind daher keine taugliche Grundlage für einen Kostenvorbehalt.

722 10 Obs 115/13d.

723 10 Obs 308/92; 10 Obs 236/93; 10 Obs 262/95.