

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2014



**Richterliche Rechtsfortbildung  
und kodifiziertes Richterrecht**

 BOORBERG

## Bagatellverfahren im österreichischen Recht?

Responsio zum Vortrag „Verfahrensermessen und Richterrecht im Bagatellprozess nach § 495a (deutsche) ZPO“

MMag. Dr. Martin Trenker, Innsbruck

### Inhalt

I.	Einleitung . . . . .	457
II.	Rechtsmittelbeschränkung gem § 501 öZPO als faktische Verfahrenserleichterung . . . . .	458
III.	Ermessensermächtigung gem § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO . . . . .	459
1.	Allgemeines . . . . .	459
2.	Voraussetzungen . . . . .	460
3.	Beurteilung nach freiem Ermessen . . . . .	463
IV.	Resümee . . . . .	468

### I. Einleitung

Das österreichische Recht kennt kein Bagatellverfahren im engeren Sinn, was durchaus als bemerkenswerte Eigenheit des österreichischen Prozessrechts bezeichnet werden kann.<sup>1</sup> Historisch war dies freilich nicht immer der Fall. Bereits am 17. Mai 1873 war ein eigenes Bagatellverfahrensgesetz<sup>2</sup> in Kraft getreten, dessen Regelungen zwar in die öZPO übernommen, aber nach mehreren Einschränkungen<sup>3</sup> schließlich durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983<sup>4</sup> gänzlich aufgehoben wurden. Als Begründung führen die Gesetzesmaterialien an, dass die Aufrechterhaltung des Bagatellverfahrens neben den bestehenden Rechtsmittelbeschränkungen – damals bei einem Streitwert unter öS 15.000,— überflüssig wäre.<sup>5</sup>

1 Vgl. zum deutschen Recht *Heiß*, Verfahrensermessen und Richterrecht im Bagatellprozess nach § 495a ZPO, oben S. 301; zur Rechtslage in der Schweiz *Premard*, Der Bagatellprozess im schweizerischen Recht, unten S. 337.

2 RGBl 66/1873. Ausf zur Entstehung dieses Gesetzes sowie zu den historischen Vorläufern *Schneider*, Das Bagatellverfahren im österreichischen Recht, 2001, S. 8 ff, insbesondere S. 39.

3 S. insbesondere BGBl 282/1955. Zu den Änderungen im Detail ausf *Schneider*, Bagatellverfahren, 2001, S. 129 f.

4 BGBl 135/1983.

5 JAB 1337 BlgNR 15. GP 16.

## II. Rechtsmittelbeschränkung gem § 501 öZPO als faktische Verfahrenserleichterung

Damit ist die Rechtsmittelbeschränkung für Bagatellberufungen in § 501 öZPO angesprochen. Diese räumt dem Richter – wenn auch nur faktisch – einen sehr weitreichenden Ermessensspielraum ein, der im Ergebnis mit jenem nach § 495 dZPO zumindest vergleichbar ist. Bei einem Streitgegenstand unter 2.700 EUR kann eine Berufung nämlich nur wegen Nichtigkeit oder unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhoben werden. Weder können Stoffsammlungsmängel als wesentliche Verfahrensmängel (§ 496 Abs. 1 Z 2 öZPO) noch eine unrichtige Beweiswürdigung im Wege des Berufungsgrunds der unrichtigen Tatsachenfeststellung geltend gemacht werden. Hinzu kommt, dass bei diesem Streitwert gem § 517 öZPO auch alle Beschlüsse unanfechtbar sind, sofern es sich nicht um derart schwerwiegende Entscheidungen handelt, wie die Zurückweisung der Klage oder die Entscheidung im Kostenpunkt. Der Richter ist damit in seiner Verfahrensgestaltung weitestgehend frei, soweit er keinen Nichtigkeitsgrund setzt.

Das Ergebnis wird treffend durch ein *Bonmot* eines Innsbrucker Bezirksrichters auf den Punkt gebracht; dieser soll auf die Rüge eines Parteienvertreters wegen vermeintlich unzulässiger Zurückweisung eines Beweisanspruchs angeblich geantwortet haben: „Herr Rechtsanwalt, bei diesem Streitwert halte ich es mit Ludwig XIV. und es gilt in meinem Gerichtssaal ‚La loi, c’est moi‘. Denn ist eine Entscheidung nicht überprüfbar, räumt man dem Richter letztlich weitestgehend unbegrenzten Ermessensspielraum ein. Für den nicht mit dem österreichischen Recht vertrauten Juristen ist zu ergänzen, dass auch keine Verfassungsbeschwerde an das oberste Verfassungsgericht möglich ist (vgl. dagegen § 90 dBVerfGG). Die Parallele der Rechtsmittelbeschränkung gem §§ 501, 517 öZPO zu § 495 dZPO wird nicht nur durch die Wortwahl des besagten Richters deutlich, dass es sich um „sein“ (Verfahrens-)Recht handele.“

Die einzige denkbare Sanktion gegen eine willkürliche Verfahrensführung durch den Richter bei einem Streitwert unter 2.700 EUR ist somit ein Amtshaftungsanspruch gegen die Republik Österreich, die ihrerseits beim Richter als Organwalter gem § 3 AHG<sup>6</sup> Regress nehmen könnte. Die Praxis zeigt allerdings, dass es sich dabei um eine eher stumpfe Waffe handelt.<sup>7</sup> Das dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass die unterliegende Partei den schwierigen Beweis antreten muss, dass sie den Prozess ohne den

6 Das OrgHG ist nicht einschlägig, weil dieses nur bei einer unmittelbaren Schädigung des Rechtsträgers durch sein Organ anwendbar ist (s. nur *Ziehensack*, Amtshaftungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 55).

7 Vgl. nur die Ausführungen bei *Ziehensack*, AHG, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 1546 ff, wo Fehler im Erkenntnisverfahren kaum erwähnt werden.

behaupteten Verfahrensmangel für sich entschieden hätte, um die Kausalität der Pflichtwidrigkeit des Richters nachzuweisen.

## III. Ermessensermächtigung gem § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO

### 1. Allgemeines

Seit der Zivilverfahrens-Novelle 2002<sup>8</sup> besteht für den Richter bei Ansprüchen, die einen Streitwert von 1.000 EUR nicht übersteigen, neben dieser *faktischen* Macht in § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO auch eine *gesetzliche* Grundlage für eine einschneidende Erleichterung des Beweisverfahrens. Diese Norm ist es auch, die – sofern man *partout* ein solches zu finden sucht – am ehesten als österreichisches Pendant zu § 495a dZPO bezeichnet werden könnte. Während § 273 Abs. 1 öZPO – vergleichbar der Bestimmung des § 287dZPO – dem Richter die Befugnis einräumt, die Höhe eines dem Grunde nach bereits feststehenden Anspruchs nach freiem Ermessen festzusetzen,<sup>9</sup> sofern deren Bemessung mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, geht Abs. 2 *leg cit* noch einen erheblichen Schritt weiter: Das Gericht kann nach Fall 1 dieser Bestimmung über einzelne von mehreren geltend gemachten Ansprüchen (objektive Klagenhäufung [§ 227 öZPO]), die im Verhältnis zum eingeklagten Gesamtbetrag unbedeutend sind, nach freier Überzeugung entscheiden.<sup>10</sup> Nach Fall 2 *leg cit* steht ihm eine solche Ermessensentscheidung generell für die maßgebenden Umstände eines Anspruchs mit einem Streitwert von unter 1.000 EUR zu. Essentielle Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass die vollständige Aufklärung aller Umstände mit Schwierigkeiten verbunden wäre, „die zur Bedeutung der streitigen Ansprüche in keinem Verhältnis stehen“.

Vergleicht man diese Bestimmung mit § 495 dZPO, fallen – abgesehen von der etwa höheren Bagatellgrenze von 1.000 EUR – vor allem zwei Punkte auf: Einerseits geht die deutsche Regelung insofern weiter, als sie den Richter bei jedem Anspruch mit einem Streitwert unter 600 EUR zur Verfahrensführung nach billigem Ermessen legitimiert, während dies die öZPO nur zulässt, wenn die Sachverhaltsaufklärung mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre.

Andererseits muss der österreichische Richter unter dieser Voraussetzung nicht einmal „sein Verfahren“ ausgestalten. Dies bedeutet hinsichtlich des reinen Prozessbetriebs zwar eine Einschränkung gegenüber der Rechtslage in Deutschland. Der Richter darf also bei Agenden des reinen Prozessbe-

8 BGBl I 76/2002.

9 S. nur OGH v. 30.8.2012 – 8 ObA 44/11w – ARD 6188/12/2011; v. 19.11.2002 – 4 Ob 251/02v – MR 2003, 53; zur historischen Entwicklung ausf. *Mahr*, wbl 1994, 249, 252.

10 Diese Norm wurde am 4.6.1925 mit der 5. Gerichtsentlastungsnovelle eingeführt (BGBl 183/1925).

triebs, wie der Anberaumung von Tagsatzungen, Fristsetzungen oder auch der Behandlung der Säumnis einer Partei<sup>11</sup>, nicht vom *ius strictum* der ZPO abweichen.

Über die relevanten Tatsachen (vgl unten III.2.b.) kann er aber – zumindest nach dem Wortlaut der Bestimmung (s aber noch unten III.3.a.bb.) – ohne nähere gesetzliche Determinanten völlig frei nach seinem Ermessen entscheiden; er ist offenbar nicht einmal angehalten, ein Beweisverfahren durchzuführen. Auch in Lehre und Rechtsprechung wird man auf der Suche nach einer Präzisierung der richterlichen Befugnisse kaum fündig, was nicht zuletzt auch auf die genannte Rechtsmittelbeschränkung (oben II.) für Verfahren mit solch niedrigen Streitwerten<sup>12</sup> zurückzuführen sein dürfte. Im Folgenden soll indes der Versuch unternommen werden, den zentralen Gehalt der Norm näher zu durchleuchten, um eine möglichst fundierte Basis für rechtsvergleichende Erkenntnisse zu liefern.

## 2. Voraussetzungen

### a) Unverhältnismäßige Schwierigkeiten

Bereits die Tatbestandsvoraussetzung der Unverhältnismäßigkeit von § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO wirft mehrere Fragen auf: Von Interesse ist zunächst, ob die Diktion von § 273 Abs. 2 öZPO „in keinem Verhältnis“ einen strengeren Maßstab begründet als gem Abs. 1 *leg cit*, wo nur von „unverhältnismäßig“ die Rede ist. Für ein solches Verständnis spricht meines Erachtens, dass es durchaus sachgerecht ist, für eine Ermessensentscheidung über Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruchs restriktivere Voraussetzungen anzusetzen als bei einer bloßen „Schätzung“ der Höhe einer Forderung,

<sup>11</sup> Dazu ausf *Heiß*, oben S. 320 ff.

<sup>12</sup> Allerdings ist ausweislich der Materialien (ErlRV 962 BlgNR 25. GP 36) nur die Frage, ob § 273 öZPO anwendbar ist, als wesentlicher Verfahrensmangel gem § 501 öZPO unüberprüfbar (ebenso herrschende Meinung, zB OGH v. 22.3.2001 – 2 Ob 322/99p – MietSlg 53.718; RIS-Justiz RS0040282; *Fasching*, JBl 1981, 225, 234; *ders*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1990, Rn. 871; *Hofmann*, RZ 1996, 9, 12 u.v.m.). Die Frage, ob das freie Ermessen richtig ausgeübt wurde, sei dagegen eine Rechtsfrage, die auch bei einem Streitwert unter 2.700 EUR überprüft werden kann (OGH v. 1.9.1999 – 9 ObA 101/99i – JBl 2000, 324; *Fasching*, JBl 1981, 225, 234; *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 13). Während diese Ansicht für die Festsetzung der Anspruchshöhe gem § 273 Abs. 1 öZPO noch vertretbar scheint (vgl. allerdings Materialien zu den österreichischen Civilprozessgesetzen I, 1897, S. 300, wo eindeutig vom Charakter der Norm als bloßer Beweisvorschrift die Rede ist), ergeben sich zu Abs. 2 *leg cit* beträchtliche Bedenken. Denn die Beurteilung von für die Aufklärung maßgebenden Umständen kann schwerlich als etwas anderes als die Feststellung von Tatsachen angesehen werden. Auch die gewählten Modalitäten des Beweisverfahrens, also die Frage, ob bzw wie viele Beweise der Richter aufnimmt, sind meines Erachtens nicht als unrichtige rechtliche Beurteilung, sondern allenfalls als wesentliche Verfahrensmängel geltend zu machen, auch wenn dies bedauerlicherweise zu Rechtsschutzlücken führt.

deren Bestand bereits gewiss ist. In der Praxis wird diese geringfügige Unterscheidung freilich keine allzu große Bedeutung erlangen.

Sowohl für § 273 Abs. 1 als auch Abs. 2 öZPO ist aus dem unbestrittenen primären Zweck der Regelung, Prozessökonomie zu gewährleisten,<sup>13</sup> abzuleiten, dass der Richter den Sachverhalt nur dann nach freiem Ermessen feststellen darf, wenn erforderliche Beweisaufnahmen unverhältnismäßige Kosten<sup>14</sup> oder eine unverhältnismäßige Verfahrensdauer verursachen würden.<sup>15</sup> Die Relation ist dabei ausweislich der Materialien<sup>16</sup> immer zwischen den Verfahrenskosten und jedem einzelnen eingeklagten Anspruch herzustellen; bei objektiver Klagenhäufung sind die eingeklagten Ansprüche also nicht zusammenzurechnen. Eine Beschränkung auf Geldforderungen ist dem Wortlaut der Norm nicht zwingend zu entnehmen,<sup>17</sup> wenngleich diese den Hauptanwendungsfall darstellen werden; eine Anwendung ist meines Erachtens auch bei sonstigen Ansprüchen möglich, der „Betrag“ ist diesfalls nach dem Streitwert des jeweiligen Anspruchs zu beurteilen.

Eine sehr grobe Faustregel könnte Unverhältnismäßigkeit bejahen, wenn allein die voraussichtlichen Kosten für den/die betreffenden Beweis/e (dazu noch unten III.3.a.bb.) den Streitwert des Anspruchs übersteigen würden. Ein solches Verständnis dürfte auch auf weitreichende Akzeptanz in der rechtssuchenden Bevölkerung stoßen. Freilich ist *Rechberger*<sup>18</sup> darin zuzustimmen, dass auch der Streitwert nur als erste Richtschnur gelten kann, um die in Wahrheit maßgebliche Bedeutung des Rechtsstreits für die Parteien zu beurteilen. Je höher die Bedeutung für die Parteien ist, wie etwa bei einer sensiblen familienrechtlichen Streitigkeit, desto größere Zurückhaltung ist bei der Anwendung von § 273 öZPO geboten.<sup>19</sup> Schließlich sollte auch die Wahrscheinlichkeit, nach Durchführung eines aufwändigen Verfahrens eine vollständige Aufklärung zu erzielen, in die Beurteilung der „Unverhältnismäßigkeit“ einfließen.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Statt vieler *Dolar*, Die freie richterliche Schadensschätzung nach § 273 ZPO als Instrument prozeßökonomischer Streiterledigung, in: Holzhammer/Jelinek/Böhm (Hrsg.), FS Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, S. 139, 140 f; *Rechberger* in: *Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2014, § 273 Rn. 1; *ders*, in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 1; vgl. auch *Fasching*, JBl 1981, 225, 231.

<sup>14</sup> Vgl. ErlRV 962 BlgNR 25. GP 35 f.

<sup>15</sup> Ähnlich *Rechberger* in: *Rechberger*, 4. Aufl. 2014, § 273 Rn. 2; *Roth*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen am Beispiel der richterlichen Betragsfestsetzung nach § 273/1 ZPO, in: *Buchegger* (Hrsg.), Beiträge zum Zivilprozessrecht IV, 1991, S. 103, 109.

<sup>16</sup> ErlRV 962 BlgNR 25. GP 36.

<sup>17</sup> A. A. *Beran ea*, RZ 2003, 2, 5.

<sup>18</sup> *Rechberger* in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 8; *ders*, in: *Rechberger*, 4. Aufl. 2014, § 273 Rn. 2 m. w. N.

<sup>19</sup> Vgl. ErlRV 224 BlgNR 22. GP 42, wonach § 273 öZPO als ungeeignet für das mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleichbare Verfahren außer Streitsachen erachtet wurde.

<sup>20</sup> Zutr *Roth*, in: *BeitrZPR* IV 103, 111.

Der Grund der Schwierigkeiten einer Beweisaufnahme ist nach herrschender Rechtsprechung weitestgehend irrelevant: Auch wenn eine Partei die Aufnahme einzelner Beweise selbst verschuldet hat, steht dies einer Anwendung von § 273 öZPO nicht entgegen.<sup>21</sup> Dies soll sogar bei Vorsatz gelten. Selbst unter Zugrundelegung dieser fragwürdigen Ansicht, sollte der Richter diesen Umstand aber im Rahmen seiner freien Überzeugung zu Lasten dieser Partei würdigen (vgl § 381 öZPO), weil es untragbar wäre, wenn eine Partei durch die Vernichtung belastender Beweise über § 273 öZPO eine für sie positive Entscheidung herbeiführen könnte. Ist eine Partei lediglich unwillig, die Schwierigkeiten einer Beweisaufnahme zu beseitigen, kommt § 273 öZPO auch nach der Rechtsprechung nicht zur Anwendung<sup>22</sup>, zumal diesfalls in Wahrheit gar keine unverhältnismäßige Schwierigkeit gegeben ist.

### b) Beschränkung auf Tatsachenfeststellungen

Sowohl der Wortlaut „maßgebende Umstände“, die systematische Stellung von § 273 öZPO als Bestimmung über die Beweisaufnahme sowie das genannte prozessökonomische *telos* sprechen dafür, dass nur Tatsachen-, nicht aber Rechtsfragen nach freiem Ermessen des Richters beurteilt werden dürfen. Die rechtliche Subsumtion erfordert keine Kosten und ist daher jedenfalls unter strenger Bindung an das Gesetz vorzunehmen. Das gilt auch bei der Anwendung ausländischen Rechts, obwohl dieses insofern wie eine festzustellende Tatsache behandelt wird, als es entgegen dem Grundsatz *iura novit curia* auch einer Ermittlung durch Sachverständige zugänglich ist (§ 4 IPRG). Denn hier schafft § 4 Abs. 2 IPRG ausreichend Abhilfe, wonach österreichisches Recht angewendet werden kann, wenn die Ermittlung des fremden Rechts trotz eingehenden Bemühens fehlschlägt.

### c) Richterliches Ermessen

Liegen die genannten Voraussetzungen grundsätzlich vor, hat das Gericht nach herrschender Meinung immer noch die Wahl, ob es die Anspruchshöhe bzw die maßgebenden Umstände nach freier Überzeugung festlegt oder das mit großem Aufwand und Schwierigkeiten verbundene Beweisverfahren durchführt (arg: „kann“) (vgl dazu noch unten III.3.a.bb.).<sup>23</sup> Zur Betragsschätzung gem § 273 Abs. 1 öZPO wird ein Wahlrecht jedoch zu Recht verneint, wenn die Bemessung der Anspruchshöhe nicht nur mit

21 OGH v. 10.3.1987 – 2 Ob 714/86; v. 12.1.1988 – 2 Ob 66/87 – ZVR 1988/138 u.a.m.; RIS-Justiz RS0040479; ebenso *Fasching*, JBl 1981, 225, 231; krit *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 9.

22 OGH v. 2.4.1992 – 7 Ob 546/92 – RZ 1993/91.

23 *Rechberger*, in: *Rechberger*, 4. Aufl. 2014, § 273 Rn. 2; *Dolinar*, FS *Fasching*, S. 139, 143 f.; a. A. *Roth*, in: *BeitrZPR IV* 103, 109; vgl. aber auch aaO. 112 f.

unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden ist, sondern gar nicht möglich wäre;<sup>24</sup> diesfalls *muss* die Anspruchshöhe „geschätzt“ werden.

Für den seltenen Fall, dass ein Anspruch von vornherein *dem Grunde nach* unmöglich bewiesen werden kann, bleibt für eine Anwendung von § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO dagegen kein Raum. Das Gericht hat schlicht eine klagsabweisende *non-liquet*-Entscheidung zu treffen. § 273 Abs. 2 öZPO erwähnt dementsprechend anders als Abs. 1 den Fall einer unmöglichen Sachverhaltsermittlung gar nicht. Diese Differenzierung zwischen Abs. 1 und 2 *leg cit* überzeugt auch wertungsmäßig: Während eine Klagsabweisung trotz Bejahung der Anspruchsberechtigung dem Grunde nach zu Recht auf Unverständnis der Rechtsuchenden stoßen würde, wäre es umgekehrt einem Rechtsstaat unwürdig, dem Kläger einen Anspruch zuzusprechen, dessen Bestand gar nicht bewiesen werden kann. Eine ähnliche, aber andere Frage ist, ob eine Ermessensausübung eine Reduktion des Beweismaßes mit sich bringt (dazu unten III.3.b.).

## 3. Beurteilung nach freiem Ermessen

### a) Reichweite der Einschränkung des gewöhnlichen Beweisverfahrens

#### aa) Problemaufriss und Meinungsstand

Während die richterliche Betragsschätzung gem § 273 Abs. 1 öZPO nach dem Gesagten (III.2.c.) auch eine als unbillig empfundene Klagsabweisung wegen mangelnder Beweisbarkeit der Anspruchshöhe verhindern soll, geht es meines Erachtens bei § 273 Abs. 2 öZPO lediglich um die Vermeidung eines unverhältnismäßigen Aufwands der Beweisaufnahme. Hiervon dürften in der Praxis primär teure Sachverständigengutachten erfasst sein, aber auch die Vernehmung von Zeugen, die im weit entfernten Ausland wohnhaft sind. Auch bei einer exorbitant hohen Zahl an Zeugen wird die Anwendung von § 273 öZPO befürwortet.<sup>25</sup> Denkbar ist auch, dass ein Augenschein unverhältnismäßig aufwändig durchzuführen ist, wie zB bei einem Sportunfall im Hochalpingelände.

Auch wenn sich Anwendungsbeispiele für § 273 öZPO leicht finden lassen, ist damit noch nicht geklärt, ob ein Richter gänzlich auf ein Beweisverfahren verzichten kann, wenn einzelne Beweise mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wären, oder ob er immerhin dem restlichen Beweisanbot nachgehen muss. Nach herrschender Lehre steht ihm auch insofern ein Wahlrecht zu, als er sonstige, leicht verfügbare Beweise aufnehmen *kann*, aber nicht *muss*.<sup>26</sup> Das entspricht weitestgehend der ausdrücklichen Anord-

24 *Dolinar*, FS *Fasching*, S. 139, 144; *Fasching*, JBl 1981, 225, 231; *Roth*, in: *BeitrZPR IV* 103, 109; *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 9.

25 *Roth*, in: *BeitrZPR IV* 103, 110.

26 *Fasching*, JBl 1981, 225, 232; *Roth*, in: *BeitrZPR IV* 103, 114.

nung in § 287 dZPO<sup>27</sup> und dürfte mit dem weiten Spielraum von § 495a dZPO<sup>28</sup> korrespondieren. In Österreich wird diese Ansicht aus § 273 Abs. 1 öZPO abgeleitet, wonach das Gericht „selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises“ nach freier Überzeugung vorgehen kann.<sup>29</sup> Auch wenn dieser Wortlaut keineswegs eine eindeutige Antwort liefert, ob *jeder* oder *eben nur der unverhältnismäßig aufwändige Beweis* übergangen werden darf, heißt es auch in den Gesetzesmaterialien, dass der Entwurf dem Richter „bei der Herbeischaffung der für die Bildung seiner Überzeugung nöthigen Mittel völlig freie Hand lässt“<sup>30</sup>.

#### bb) Eigene Ansicht: keine erschöpfende Tatsachenerforschung notwendig

Ein derartig weiter Spielraum des Richters schießt jedoch über den prozessökonomischen Zweck der Norm hinaus und gefährdet die Garantien eines fairen Verfahrens i. S. d. Art. 6 MRK. Ehe diese Begründung vertieft wird (unten bei und nach Fn 34), sei es der besseren Darstellung halber erlaubt, „das Pferd von hinten aufzuzäumen“ und zunächst das Ergebnis vorwegzunehmen. Meines Erachtens ist wie folgt zu differenzieren:

Zunächst ist – sofern im Einzelfall möglich – eine Aufspaltung der einzelnen relevanten Beweisthemen geboten. Lassen sich einzelne Themen auch ohne unverhältnismäßigen Aufwand erheben, ist insoweit zwingend ein Beweisverfahren durchzuführen und § 273 Abs. 2 öZPO nicht anwendbar.

Anschließend muss hinsichtlich der „unverhältnismäßig schwierigen Beweisthemen“ weiter differenziert werden. Sofern nur ein konkretes Beweismittel, zB ein Sachverständigengutachten, mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre, *müssen* andere Beweisaufnahmen, zB eine Parteienvernehmung oder ein Urkundenbeweis, grundsätzlich durchgeführt werden. Zuzugeben ist, dass diese Auffassung im Lichte der Waffen-gleichheit der Parteien<sup>31</sup> zu bedenklichen Szenarien führen kann: Nimmt der Richter nur einzelne, wenig aufwändige Beweise auf, ist es möglich, dass diese allesamt dem Beweisanbot einer Partei entstammen. Der Richter steht in diesen Fällen somit vor der schwierigen Aufgabe, seine Entscheidung nicht ohne Weiteres auf die insofern einseitigen Beweisergebnisse zu stützen. Er hat diese vielmehr besonders kritisch zu würdigen und darf im

27 Z. B. Prütting, in: Lüke/Wax (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO I, 4. Aufl. 2013, § 287 Rn. 23; Bacher, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar ZPO (Stand: 1.1.2015, beck-online.beck.de), § 287 Rn. 19.

28 Ausf oben Heiß, oben S. 311 ff.

29 Für § 273 Abs. 2 öZPO gilt dies nach dessen ausdrücklicher Anordnung ebenfalls (arg: „in der gleichen Weise“).

30 Materialien Civilprozessgesetze I 300.

31 Zu diesem Grundsatz z. B. EGMR v. 27.10.1993 – 14448/88 – Z 33 (Dombo Beheer B.V. ./ NED); v. 23.10.1996 – 17748/91 – Z 38 (Ankerl ./ SUI).

Rahmen seiner allgemeine Lebens- und Berufserfahrung<sup>32</sup> auch beurteilen, welche möglichen Aufschlüsse mit welcher Wahrscheinlichkeit aus den nicht aufgenommenen Beweisen zu erwarten wären. Soweit der Richter freilich nur noch mehr oder minder willkürlich zu spekulieren vermag, ist es gerade bei drohender Gefahr eines völlig einseitigen Beweisverfahrens vorzugswürdig, dass er von seinem Ermessen (oben III.2.c.) Gebrauch macht und von vornherein auf die Anwendung von § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO verzichtet. Auch diese Ermessensentscheidung des Richters sollte aber stets in Abwägung des Umstands getroffen werden, wie unverhältnismäßig die zu erwartenden Kosten im Vergleich zum Streitgegenstand wären.

Ist die erschöpfende Erörterung eines Beweisthemas dagegen allein wegen einer exorbitant hohen Zahl an Beweismitteln zu aufwändig, wie bei einer unüberschaubaren Menge von Zeugen zu demselben Beweisthema, kann der Richter nur einzelne Beweise aufnehmen, sofern er diese für repräsentativ hält. Unter dieser Voraussetzung kann er primär auf Basis der erzielten Ergebnisse die Tatsachenfeststellungen treffen, selbst wenn nicht mit Sicherheit auszuschließen ist, dass eine Aufnahme sämtlicher Beweise auch andere Ergebnisse liefern könnte.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO dem Richter keinen „Freibrief“ erteilt, wenn nur einzelne Beweise mit unverhältnismäßigen Kosten und Mühen verbunden sind. Vielmehr bewirkt die Norm – wie es der BGH zu § 287 dZPO ausdrückt – eine Einschränkung des „Gebots der Erschöpfung der Beweisanträge“<sup>33</sup> bzw des „Gebots der erschöpfenden Tatsachenerforschung“.

Dieses differenzierte Verständnis von § 273 öZPO ergibt sich dogmatisch – wie bereits angedeutet – erstens aus einer teleologischen Interpretation. Ausgehend vom Zweck der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens darf die erschöpfende Erörterung des Verfahrens nur soweit unterbleiben, als andernfalls eine prozessökonomische Verfahrensabwicklung gefährdet wäre. Zweitens beruhen diese Ergebnisse auf einer verfassungskonformen<sup>34</sup> Auslegung, die den Garantien eines fairen Verfahrens gem Art. 6 MRK entspricht. Denn Art. 6 MRK gilt auch für Bagatellansprüche, weshalb auch über Ansprüche unter 1.000 EUR ein „faires Verfahren“ geführt werden muss. Auch wenn Art. 6 MRK keine Regeln über die Zulässigkeit von Beweisen oder die Art und Weise, wie sie zu würdigen sind, enthält,<sup>35</sup> hat der EGMR bisweilen auch gewisse Anforderungen an die Gewinnung und Verwertung von Beweisen gestellt. Wenngleich die einschlägigen

32 Vgl. OLG Linz v. 10.6.1997 – 11 Ra 113/97k – Arb 11.564; OLG v. Wien 26.6.1996 – 13 R 84/96k – EFSIlg 82.248; OGH v. 24.3.1982 – 3 Ob 654/81 – MietSIlg 34.744.

33 BGH v. 9.10.1990 – VI ZR 291/89 – NJW 1991, 1412.

34 Die EMRK wurde in Österreich durch BGBl 59/1964 Art. II Z 7 in den Verfassungsrang gehoben.

35 EGMR v. 21.1.1999 – 30544/96 – Z 28 (Gracia Ruiz ./ ESP).

Entscheidungen idR zu strafrechtlichen Verfahren ergingen,<sup>36</sup> ist nicht ersichtlich, warum nicht auch eine übermäßige und zur Verfahrensbeschleunigung nicht notwendige Einschränkung des Beweisverfahrens im Zivilprozess gegen Art. 6 MRK verstoßen sollte. Der durch Art. 6 MRK vollzogene Bedeutungswandel der Garantien eines Zivilprozesses rechtfertigt es, vom „größzügigeren“ Verständnis des historischen Gesetzgebers<sup>37</sup> abzuweichen.

#### cc) Verstoß gegen Art. 6 MRK?

Teile des Schrifttums gehen sogar einen Schritt weiter und leiten aus Art. 6 MRK pauschal verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO ab.<sup>38</sup> Indes ist bei einer generell-abstrakten Beurteilung der Fairness eines „Bagatellverfahrens“ das von Art. 6 MRK ebenfalls geschützte Interesse der Parteien vor einer unverhältnismäßigen Höhe an Prozesskosten zugunsten der Ermessensentscheidung zu veranschlagen. Denn muss eine Partei mit Prozesskosten rechnen, die ein Vielfaches des Streitgegenstands erreichen, schadet dies dem „Zugang zum Recht“ in besonderem Maße. Oder, um es mit dem Schöpfer der österreichischen Prozessgesetze *Franz Klein*<sup>39</sup> auszudrücken: Es dürfe nicht vergessen werden, dass „die Gerechtigkeitsforderung dort, wo deren Verwirklichung (...) von nicht geringem Geldaufwand abhängig ist, schließlich in Ungerechtigkeit gegen alle umschlagen muß, die den Aufwand nicht machen können“. Aus diesem Grund dürfte meines Erachtens eine gewisse Modifikation der von Art. 6 MRK gewährten Garantien bei Bagatellansprüchen zulässig sein, auch wenn der EGMR – soweit ersichtlich – zu diesem Problem noch nicht ausdrücklich Stellung bezogen hat. Es ist demnach überschießend, § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO *per se* für konventionswidrig zu halten, nur weil dem Richter ein Ermessen bei der Sachverhaltsfeststellung eingeräumt wird. Grundrechtlich bedenklich wäre lediglich eine konkrete Auslegung, die eine Einschränkung der erschöpfenden Ermittlung des Sachverhalts zulässt, ohne dies durch eine ökonomische Prozessgestaltung rechtfertigen zu können, die dem geringen Streitwert angemessen ist (vgl. oben III.3.a.bb.).

#### b) Reduktion des Beweismaßes

Schließlich bringt § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO meines Erachtens nicht nur eine Modifikation des Beweisverfahrens mit sich, indem er eine Ausnahme vom Grundsatz der erschöpfenden Beweisaufnahme normiert, sondern auch eine

36 Ausf. *Esser*, Mindestanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) an den strafprozessualen Beweis, in: *Marauhn* (Hrsg.), Bausteine eines europäischen Beweisrechts, 2007, S. 39, 49 ff.

37 Oben bei und in Fn. 30.

38 *Klicka*, ZZPInt 2002, 179, 189; zust. *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 17.

39 *Klein*, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe I, 1927, S. 60, 74 f.

Herabsetzung des Beweismaßes. Denn ein Richter, der Tatsachen ohne Aufnahme sämtlicher zur Verfügung stehender Beweise nach freiem Ermessen zu beurteilen hat, *muss* und *kann* wohl kaum mit hoher Wahrscheinlichkeit<sup>40</sup> von deren Vorliegen überzeugt sein.<sup>41</sup> Auch zur „Schadensschätzung“ gem § 273 Abs. 1 öZPO<sup>42</sup> bzw § 287 dZPO<sup>43</sup> ist in Rechtsprechung und Lehre dementsprechend anerkannt, dass die Anforderungen an das Beweismaß deutlich herabgesetzt sind. Dass diese Auffassung im Ergebnis die Wertungsgrundlage der Beweislastverteilung im materiellen Recht verändert, indem Bagatellansprüche zu Lasten des Beklagten einfacher durchsetzbar werden, mag zutreffen; dieses Resultat ist aber unweigerliche Kehrseite einer Tatsachenfeststellung nach freiem Ermessen. Andernfalls hätte man umgekehrt eine Mehrzahl klagsabweisender *non-liquet*-Entscheidungen in Kauf zu nehmen, weil eine Überzeugung mit hoher Wahrscheinlichkeit wegen des unvollständigen Beweisverfahrens nicht möglich ist. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass nicht nur der Beweis anspruchsbegründender, sondern auch anspruchshemmender und -vernichtender Tatsachen erleichtert wird.

Im österreichischen Recht ist aber ungeklärt, wie weit diese Beweismaßreduktion reicht. Der BGH konkretisiert das Beweismaß zu § 287 dZPO in mehreren Entscheidungen dahingehend, dass „*jedenfalls* eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit reicht“.<sup>44</sup> In anderen Entscheidungen<sup>45</sup> wird dagegen auf eine *mindestens* überwiegende Wahrscheinlichkeit abgestellt, wobei dies je „nach dem sachlichen Gewicht der zu entscheidenden Tatfrage“ variieren könne. Das erforderliche Beweismaß bewegt sich also abhängig von der Bedeutung der zu beurteilenden Tatfrage zwischen überwiegend und deutlich überwiegend.<sup>46</sup> Es wird insofern offenbar eine relative Beweismaßtheorie befürwortet.

40 Regelbeweismaß der öZPO, z. B. OGH v. 24.9.1998 – 2 Ob 185/98; RIS-Justiz RS0110701; *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, 1995, S. 30 ff; *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, Vor § 266 Rn. 11 m. w. N. Die Anforderung „sehr hoher Wahrscheinlichkeit“ im deutschen Recht (z. B. *Prütting*, in: *MüKo*, ZPO, I, 4. Aufl. 2013, § 286 Rn. 40), dürfte sich im Ergebnis nicht signifikant vom österreichischen Verständnis hoher Wahrscheinlichkeit unterscheiden.

41 Vgl. *Leipold*, in: *Stein/Jonas* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung IV, 22. Aufl. 2008, § 287 Rn. 43.

42 *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny*, 2. Aufl. 2004, § 273 Rn. 11.

43 BGH v. 7.6.2006 – XII ZR 47/04 – NJW-RR 2006, 1238; BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 256/91 – NJW 1992, 2694; *Prütting*, in: *MüKo*, ZPO, I, 4. Aufl. 2013, § 287 Rn. 17.

44 BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 256/91 – NJW 1992, 2694; v. 5.11.1992 – IX ZR 12/92 – NJW 1993, 734; tendenziell strenger BGH v. 20.11.2001 – VI ZR 77/00 – NJW 2002, 504.

45 BGH v. 7.6.2006 – XII ZR 47/04 – NJW-RR 2006, 1238; v. 25.4.1972 – VI ZR 134/71 – NJW 1972, 1515; v. 7.7.1970 – VI ZR 233/69 – NJW 1970, 1970.

46 *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze* (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar IV, 4. Aufl. 2013, § 287 Rn. 49.

Diese Ansicht ist jedenfalls bei Bagatellansprüchen iSd § 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO abzulehnen, die in ihrer Bedeutung stets weitestgehend vergleichbar sind. Vorzugswürdige Konsequenz der Anwendung freien Ermessens ist vielmehr, dass der Richter seiner Entscheidung jenen Sachverhalt zugrunde legt, den er für wahrscheinlicher hält. Freilich muss der Richter die Version des Beweisführers nicht nur für glaubwürdiger als jene der Gegenpartei oder als sonstige mögliche Szenarien halten, sondern insgesamt eher von deren Vorliegen als deren Nichtvorliegen ausgehen, um die Wertungsgrundlage der Beweislastverteilung nicht gänzlich auszuhebeln. Es genügt also überwiegende Wahrscheinlichkeit.<sup>47</sup>

Insgesamt zeigt sich somit deutlich die Vergleichbarkeit mit einer Glaubhaftmachung iSd § 274 öZPO, für die ebenfalls überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreicht<sup>48</sup> und bei der der Richter auch nicht an die „besonderen für das Beweisverfahren bestehenden Vorschriften“ gebunden ist. *De lege ferenda* erscheint es sogar als denkbare Alternative, die beabsichtigte erleichterte Durchsetzbarkeit von Bagatellansprüchen durch Anordnung eines – leicht modifizierten<sup>49</sup> – Bescheinigungsverfahrens zu bewirken. Durch diesen Rückgriff auf ein bewährtes Rechtsinstitut könnten nämlich die dargestellten Unsicherheiten und Unklarheiten bei der Rechtsanwendung reduziert werden, ohne dass die materielle Wahrheitsfindung wesentlich weiter eingeschränkt würde.

#### IV. Resümee

Es zeigt sich zusammengefasst, dass das österreichische Recht zwar kein Bagatellverfahren im engeren Sinne kennt. Durch die Rechtsmittelbeschränkung für Bagatellberufungen (§ 501 öZPO) sowie die Befugnis des Richters, die maßgebenden tatsächlichen Umstände für Ansprüche mit einem Streitwert unter 1.000 EUR nach freier Überzeugung zu beurteilen, wenn deren Ermittlung unverhältnismäßig schwierig wäre (§ 273 Abs. 2 Fall 2 öZPO), werden aber im Ergebnis zumindest mit § 495a dZPO vergleichbare Einschränkungen des vorgesehenen Beweisverfahrens gegenüber einem „gewöhnlichen Verfahrens“ erzielt.

Aus rechtspolitischer Sicht ist die dadurch geschaffene Möglichkeit, unverhältnismäßige Kosten zu vermeiden, auch im Interesse der recht-

47 Ebenso Prütting, in: MüKo, ZPO, I, 4. Aufl. 2013, § 287 Rn. 17; vgl. auch Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, IV, 4. Aufl. 2013, § 287 Rn. 50.

48 Statt vieler Fasching, Lehrbuch, 2. Aufl. 1990, Rn. 809; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2010, Rn. 757 je m. w. N.

49 So ist etwa die Beschränkung auf parate Beweismittel (OGH v. 19.12.1956 – 7 Ob 621/56 – SZ 29/86; v. 11.3.1996 – 1 Ob 566/95 – JBl 1996, 728 [zum Sachverständigenbeweis]; Rechberger, in: Fasching/Konecny, 2. Aufl. 2004, § 274 Rn. 9 ff) nicht geeignet für ein „erleichtertes Erkenntnisverfahren“.

suchenden Bevölkerung zu begrüßen. Eine nähere Präzisierung der Voraussetzungen und vor allem der verbleibenden Vorgaben für die Verfahrensausgestaltung bei Ansprüchen unter 1.000 EUR wäre im Interesse von Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit jedoch wünschenswert. Wegen der durchaus ähnlichen Problematik kann freilich auch ein rechtsvergleichender Blick zu § 495a und § 287 dZPO einen befruchtenden Erkenntnisgewinn verschaffen; auch eine Anlehnung an das in vielerlei Hinsicht vergleichbare Bescheinigungsverfahren ist sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* erwägenswert.