

Martin Lutschounig\*

## Eingeschränkte Anwendung des *lex fori*-Prinzips bei internationalen Verkehrsunfällen

Nach dem Grundsatz *forum regit processum* hat das Gericht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sein eigenes Verfahrensrecht anzuwenden, auch wenn nach den Regeln des Internationalen Privatrechts ausländisches Recht anzuwenden ist. Die Reichweite des *lex fori*-Prinzips hängt im Einzelnen davon ab, ob eine ausländische Rechtsregel materiellrechtlich oder prozessrechtlich zu qualifizieren ist. Über die Zuordnung entscheidet nach verbreiteter Auffassung das Recht des Gerichtsstaats. Im Anwendungsbereich der Rom II-VO ist die qualifikatorische Abgrenzung jedoch schon deshalb (unions-)autonom vorzunehmen, weil auch die sachliche Reichweite der *lex causae* nach einhelliger Auffassung unionsautonom zu bestimmen ist. Auf die inländische Auslegung im Gerichtsstaat darf es insoweit nicht ankommen, würde dies doch unterschiedliche Geltungsbereiche der *lex causae* in allen Mitgliedstaaten bedeuten. Die Auswirkungen zeigen sich bei der Durchsetzung „verfahrensnaher“ Nebenforderungen in Schadensprozessen rund um internationale Verkehrsunfälle, wie beim Kostenersatz für vorprozessuale Kfz-Sachverständigengutachten und bei der außergerichtlichen Schadensregulierung oder bei Kostenpauschalen.

**Limited Application of the *lex fori* Principle for Cross-border Traffic Accidents.** According to the principle of *forum regit processum*, a court deciding a dispute applies its own national procedural law even in cases which are substantively governed by foreign law. It is therefore crucial how the individual legal question is categorized, namely whether it is classified as substantive or procedural. According to the prevailing opinion, this decision is made applying the *lex fori*. The situation is different, however, under the Rome II Regulation, as also the scope of the applicable law (*lex causae*) is subject to an autonomous interpretation. The article argues that the question of whether a foreign rule is to be classified as procedural or substantive is, therefore, not a question of national but of autonomous European law. A classification according to the *lex fori* would, by contrast, bear the danger of leading to different scopes of application of the *lex causae* depending on the place of jurisdiction. These problems are illustrated with reference to traffic accident cases in which a litigant seeks recovery of a supplementary claim, such as the pre-trial costs of an expert opinion, an out-of-court settlement, or lump-sum costs.

---

\* Dr. iur., Assistenzprofessor an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck; [martin.lutschounig@uibk.ac.at](mailto:martin.lutschounig@uibk.ac.at).

## Inhaltsübersicht

I.	Problemstellung . . . . .	2
II.	Praktische Bewährung des <i>lex fori</i> -Prinzips bei Verkehrsunfallschäden . . . . .	5
	1. Fallbeispiel . . . . .	5
	2. Methodologische Vorbemerkung zur Abgrenzung von Prozess- und Sachrecht im Anwendungsbereich des Unionsrechts . . . . .	7
	3. Ersatz vorprozessualer Gutachterkosten . . . . .	8
	a) Zur Ersatzfähigkeit von Gutachterkosten . . . . .	8
	b) Einfluss des <i>lex fori</i> -Prinzips auf die Anspruchsdurchsetzung . . . . .	12
	4. Kostenersatz für außergerichtliche Schadensregulierung . . . . .	14
	5. Ersatz pauschalisierter Unkosten . . . . .	18
	a) Zur Ersatzfähigkeit einer Unkostenpauschale . . . . .	18
	b) Einfluss des <i>lex fori</i> -Prinzips auf die Anspruchsdurchsetzung . . . . .	20
III.	Versuch einer allgemeinen Ableitung . . . . .	25

## I. Problemstellung

Im Internationalen Zivilverfahrensrecht herrscht „traditionellerweise“<sup>41</sup> der Grundsatz *forum regit processum*. Das mit der Sache befasste Gericht hat danach generell, also auch oder gerade in Fallkonstellationen mit Auslandsbezug, sein eigenes Verfahrensrecht anzuwenden.<sup>2</sup> Die Kollisionsregeln des IPR seien auf die dem materiellen Recht zuzuordnenden Sachnormen zu beschränken und berührten die Anwendung des eigenen Verfahrensrechts durch die Gerichte damit nicht.<sup>3</sup> Exemplarisch nimmt etwa Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO „den Beweis und das Verfahren“ ausdrücklich

- <sup>1</sup> Peter G. Mayr, Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 2014/15, 35–39, 39.
- <sup>2</sup> Rechtsinformationssystem des Bundes, RIS-Justiz RS0116287; RS0076618; vgl. auch RS0009195 (diese und alle folgenden Rechtssätze (RS) und Entscheidungstexte österreichischer Gerichte können im Volltext abgerufen werden unter: <www.ris.bka.gv.at/Jus/>; auf die Angabe von Papierfundstellen kann deshalb verzichtet werden); Hans W. Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> (1990) Rn. 2400; Andreas Konecny, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>3</sup>, Bd. I (2013) Einl. Rn. 111; in Deutschland: BGH 27.6.1984 – IVb ZR 2/83, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 552; BGH 19.12.2014 – V ZR 32/13, WM – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2015, 944 = IPRspr 2014-140; Christian v. Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht<sup>2</sup>, Bd. I (2003) § 5 Rn. 75; Wolfgang Brehm, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>23</sup>, Bd. I (2014) Vor § 1 Rn. 322; Heinrich Nagel/Peter Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2020) Rn. 1.42; w.N. bei Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht<sup>9</sup> (2024) Rn. 319; grundsätzlich kritisch aber Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>8</sup> (2021) Rn. 49.
- <sup>3</sup> Statt vieler v. Bar/Mankowski, IPR (Fn. 2) § 5 Rn. 75; Brigitta Lurger/Martina Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht<sup>2</sup> (2021) Rn. 1/9; Herbert Roth, Die Reichweite der *lex fori*-Regel im internationalen Zivilprozeßrecht, in: FS Walter Stree/Johannes Wessels (1993) 1045–1060, 1046–1047.

vom Anwendungsbereich dieser Verordnung aus.<sup>4</sup> Ein *Verfahrenskollisionsrecht* gibt es – so die vielfach geäußerte Meinung<sup>5</sup> – nicht und es bestehe dafür auch kein Bedarf. Das zur Streitentscheidung berufene Gericht muss bei grenzüberschreitenden Sachverhalten also keineswegs zwingend das Verfahrensrecht und das materielle Recht ein und derselben Jurisdiktion anwenden.

Bemerkenswerterweise ist dieses so bedeutsame Prinzip aber nirgends ausdrücklich geregelt,<sup>6</sup> und abseits grundsätzlicher Souveränitätserwägungen<sup>7</sup> fällt es auch schwer, eine vollends überzeugende Begründung für die prinzipielle Geltung der *lex fori* zu finden.<sup>8</sup> In jüngerer Zeit wird das *lex fori*-Prinzip dementsprechend in erster Linie als ein „Gebot der praktischen Vernunft“ verstanden.<sup>9</sup> Die Anwendung des eigenen Verfahrensrechts sei für die Gerichte eben einfach und zeitsparend.<sup>10</sup>

Die Reichweite der *lex fori* hat allerdings erheblichen Einfluss auf die „Realisierung“<sup>11</sup> ausländischen Sachrechts bzw. auf die (effektive) Anspruchsdurchsetzung vor ausländischen Gerichten. Es ist damit von zentraler Bedeutung, ob eine (ausländische) Rechtsregel dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht zuzuordnen ist.<sup>12</sup> Abhängig vom Ergebnis dieser *Qualifikation* muss das zuständige Prozessgericht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eine bestimmte (ausländische) Norm nämlich entweder nach Maßgabe des IPR bei seiner Entscheidung anwenden oder es braucht sie wegen

- 4 Das gilt allerdings kraft Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO zum Beispiel nicht für gesetzliche Vermutungen oder die Beweislast; Näheres unten bei II.5.b). Zur Regelungssystematik *Alexander Bücken*, Internationales Beweisrecht im Europäischen internationalen Schuldrecht (2016) 56–57; *Johannes Scheller*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuIPR<sup>5</sup>, Bd. III (2023) Art. 1 Rom II-VO Rn. 71.
- 5 Statt vieler *v. Bar/Mankowski*, IPR (Fn. 2) § 5 Rn. 76 f.; kritisch aber z. B. *Paul Oberhammer*, Tatsächlich Recht haben, in: FS Walter H. Rechberger (2005) 413–425, 422, 424; Vorschläge zu einem solchen Verfahrenskollisionsrecht bei *Moritz Brinkmann*, Das *lex fori*-Prinzip und Alternativen, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 129 (2016) 461–499, 497–498.
- 6 An der normativen Geltung des Grundsatzes wird dennoch nicht gezweifelt: *Peter Böhm*, Die Rechtsschutzformen im Spannungsfeld von *lex fori* und *lex causae*, in: FS Hans W. Fasching (1988) 107–138, 108–115; *Dieter Leipold*, *Lex fori*, Souveränität, *Discovery* (1989) 27; *Roth*, Reichweite der *lex-fori*-Regel (Fn. 3) 1045–1046.
- 7 Dagegen bereits *Dagmar Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht (1983) Rn. 110–136; ähnlich auch *Fritz Jaeckel*, Die Reichweite der *lex fori* im internationalen Zivilprozeßrecht (1995) 37–38.
- 8 Begründungsversuche bei *Böhm*, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 115–119; *Leipold*, *Lex fori* (Fn. 6) 26; ausführlich zum Ganzen *Jaeckel*, Reichweite der *lex fori* (Fn. 7) 27–51.
- 9 *Fasching*, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 2400; *Mayr*, Grundbegriffe (Fn. 1) 39; in Deutschland: *Stein/Jonas/Brehm* (Fn. 2) Vor § 1 ZPO Rn. 324; *Brinkmann*, Das *lex fori*-Prinzip (Fn. 5) 467–468; *Geimer*, IZVR (Fn. 2) Rn. 322; *Herbert Kronke*, Das *Lex-fori*-„Prinzip“ im internationalen Zivilprozessrecht, *Zeitschrift für Zivilprozess International* 20 (2015) 399–408, 400; *Hartmut Linke/Wolfgang Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>9</sup> (2024) Rn. 2.10; *Nagel/Gottwald*, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.42; kritisch aber *v. Bar/Mankowski*, IPR (Fn. 2) § 5 Rn. 79.
- 10 *Schack*, IZVR (Fn. 2) Rn. 48.
- 11 So *Böhm*, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 124.
- 12 Statt vieler *Fasching*, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 2400.

des *lex fori*-Prinzips nicht zu beachten und kann stattdessen sein eigenes Prozessrecht heranziehen. Über diese Zuordnung wiederum soll grundsätzlich das *Recht des Gerichtsstaats* entscheiden (Qualifikation *lege fori*).<sup>13</sup> Gleich an dieser Stelle sei jedoch betont, dass nicht schon deshalb die inländische Auslegung dieses Staates für die Zuordnung ausschließlich maßgeblich sein kann (Näheres sogleich bei II.2.).

Es liegt auf der Hand, dass solche Zuordnungsversuche zu Wertungswidersprüchen – in Form eines Normenmangels oder einer Normenhäufung<sup>14</sup> – führen können, und zwar speziell dann, wenn das Verfahrensrecht der einen und das Sachrecht der anderen Rechtsordnung nicht gut harmonieren.<sup>15</sup> Schon Böhm<sup>16</sup> hat darauf hingewiesen, dass bei Qualifikationsfragen ein „breiter Zwischen- und Überschneidungsbereich“ existiert, in dem prozessuale und materielle Komponenten so eng miteinander verknüpft seien, dass eine eindeutige schematische Zuordnung der Normen (zur Sache oder zum Verfahren) nicht möglich wäre. Heute wird für solche Fälle meist auf eine allgemeine Zuordnungsregel verzichtet und einzelne Sachgebiete bzw. konkrete Regelungsprobleme werden einem der beiden Bereiche zugeschlagen.<sup>17</sup> Im Beweisrecht geht etwa die ganz überwiegende Lehre nicht erst seit der Einführung von Art. 18 Rom I-VO bzw. Art. 22 Rom II-VO davon aus, dass *Beweislastregeln* stets dem anwendbaren (ausländischen) Sachrecht und nicht der *lex fori* entnommen werden müssen,<sup>18</sup> obwohl sie (in Österreich) systematisch meist dem Prozessrecht zugeordnet werden, zumal sie nur im Prozess ihre volle Wirkung entfalten können.<sup>19</sup> Für das erforderliche richterliche Beweismaß soll – so zumindest mehrere Lehrmeinungen – hingegen generell die *lex fori* maßgeblich sein.<sup>20</sup>

13 Stein/Jonas/Brehm (Fn. 2) Vor § 1 ZPO Rn. 328; Fasching, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 2400; Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.49 f.; Schack, IZVR (Fn. 2) Rn. 52; differenzierend Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 314; zweifelnd schon Wolfgang Grunsky, Lex fori und Verfahrensrecht, ZZP 89 (1976) 241–259, 246 (bei und in Fn. 23).

14 Zu den Begriffen beispielsweise Simon Laimer/Andreas Schwartze, in: Laimer, IPR Praxiskommentar (2024) § 1 IPRG Rn. 8; Bea Verschraegen, Internationales Privatrecht (2012) Rn. 1177.

15 Darauf hinweisend Mayr, Grundbegriffe (Fn. 1) 39; vgl. auch Schack, IZVR (Fn. 2) Rn. 45.

16 Böhm, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 137; und bereits Grunsky, Lex fori (Fn. 13) 247–248.

17 Siehe z. B. Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 333; Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.50.

18 Grundlegend Coester-Waltjen, Beweisrecht (Fn. 7) Rn. 371 f., 400 f.; Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 2340; Linke/Hau, IZVR (Fn. 9) Rn. 10.8; Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.49, 10.74; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht<sup>18</sup> (2018) § 116 Rn. 33; Schack, IZVR (Fn. 2) Rn. 806 f.; nur scheinbar anders Brinkmann, Das lex fori-Prinzip (Fn. 5) 475, 487–488, der über eine „Sonderanknüpfung“ zum selben Ergebnis gelangt. Für Österreich siehe z. B. Fasching, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 2400; Walter H. Rechberger, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>3</sup>, Bd. III/1 (2017) Vor § 266 ZPO Rn. 29.

19 Walter H. Rechberger/Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>9</sup> (2017) Rn. 820; ebenso Walter H. Rechberger/Thomas Klicka, in: Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> (2019) Vor § 266 Rn. 12; a. A. Rudolf Reischauer, in: Rummel, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> § 1298 Rn. 31 (Stand: 1.1.2007, rdb.at). Die Rechtsquellenzugehörigkeit dieser Regeln ist dagegen nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

20 Z. B. Brinkmann, Das lex fori-Prinzip (Fn. 5) 482; Bücken, Internationales Beweisrecht (Fn. 4)

Aus vergleichender Perspektive lassen sich „Normenwidersprüche“ exemplarisch bei Schadensersatzprozessen rund um *Verkehrsunfälle mit Auslandsbezug* zeigen. Im Folgenden soll dazu in erster Linie die Beurteilung der praktisch häufig begehrten *Nebenforderungen*<sup>21</sup> des durch den Unfall Geschädigten in den Blick genommen werden.

## II. Praktische Bewährung des *lex fori*-Prinzips bei Verkehrsunfallsschäden

### 1. Fallbeispiel

Für die Zwecke der weiteren Untersuchung wird von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Zwischen dem *Fahrzeuglenker A* mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland und dem in Österreich ansässigen *Fahrzeuglenker B* ereignete sich ein Verkehrsunfall mit „Blechscha- den“ in Österreich, den B allein verschuldete. Der Geschädigte A verklagte daraufhin in *Deutschland* die (österreichische) Kfz-Haftpflichtversicherung des B auf Schadensersatz. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für diese Rechtsstreitigkeit beruht auf Art. 13 Abs. 2 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 lit. b EuGVVO.<sup>22</sup> Deutschland ist – anders als Österreich – kein

---

190–198; *Nagel/Gottwald*, IZPR (Fn. 2) Rn. 10.62; *Haimo Schack*, Beweisregeln und Beweismaß im Internationalen Zivilprozessrecht, in: FS Dagmar Coester-Waltjen (2015) 725–732, 730–731; *Christoph Thole*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>23</sup>, Bd. IV (2018) § 286 Rn. 297; a. A. freilich *Coester-Waltjen*, Beweisrecht (Fn. 7) Rn. 362–367; *Geimer*, IZVR (Fn. 2) Rn. 2334 f.; *Christoph G. Paulus*, Beweismaß und materielles Recht, in: FS Walter Gerhardt (2004) 747–760.

- 21 Die Bezeichnung als „Nebenforderung“ dient hier vor allem der Übersicht, also zur leichteren Unterscheidung von der eigentlichen Hauptforderung solcher Prozesse, wie insbesondere Reparatur- bzw. Heilungskosten, die außer Betracht bleiben. Der Begriff ist an § 54 Abs. 2 der österreichischen Jurisdiktionsnorm (JN) angelehnt, jedoch nicht streng technisch zu verstehen. Zur praktischen Relevanz solcher Nebenforderungen bei Verkehrsunfällen etwa *Christian Huber*, Der Kfz-Sachschaden nach österreichischem Recht, Deutsches Autorecht 2012, 502–509; *Thomas Rauscher*, Ausländische Verkehrsunfälle im deutschen Zivilprozess, in: FS Ekkehard Becker-Eberhard (2022) 457–467; vgl. ferner mit Hinweisen zur entsprechenden Ersatzlage in verschiedenen europäischen Ländern *Hermann Neidhart/Michael Nissen*, Verkehrsunfälle in Europa<sup>6</sup> (2016); *Manfred Hering*, Der Verkehrsunfall in Europa<sup>2</sup> (2011).
- 22 Grundlegend EuGH 13.12.2007 – Rs. C-463/06 (*Jack Odenbreit*), ECLI:EU:C:2007:792. Seitdem ist klargestellt, dass der Geschädigte den ausländischen (in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässigen) Kfz-Haftpflichtversicherer u. a. vor dem Gericht seines eigenen Wohnorts in Anspruch nehmen kann; weiterführend *Peter Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO<sup>6</sup>, Bd. III (2022) Art. 13 Brüssel Ia-VO Rn. 2; *Florian Heindler*, in: Schauer, Versicherungsvertragsgesetz (im Erscheinen) Anh. Internationales Versicherungsrecht I Brüssel Ia-VO Rn. 31, 40; *Rauscher*, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 457–459; *Ansgar Staudinger*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuIPR<sup>5</sup>, Bd. I (2021) Art. 13

Vertragsstaat des HStVÜ,<sup>23</sup> sodass das anwendbare (Sach-)Recht ausschließlich nach der Rom II-VO zu ermitteln ist.<sup>24</sup> Gemäß Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO gelangt im Verfahren dementsprechend *österreichisches Schadensersatzrecht* zur Anwendung (Deliktsstatut),<sup>25</sup> weil der Ort, an dem es zur „erstmaligen realen Veränderung der Sache durch die Schadensursache“ (Primärschaden)<sup>26</sup> gekommen ist, in Österreich liegt. Indirekte Schadensfolgen wirken sich gemäß Art. 4 Abs. 1 und ErwG 17 Rom II-VO kollisionsrechtlich demgegenüber nicht aus.<sup>27</sup> Österreichisches Recht ist wegen Art. 18 Fall 1 Rom II-VO ferner maßgeblich dafür, dass dem Geschädigten A mit § 26 Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz ein *Direktanspruch* gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung des Schädigers B zusteht.<sup>28</sup>

In seiner Klage gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung des B begehrt A aus dem Titel des Schadensersatzes (§§ 1293 ff. ABGB) neben den hier nicht weiter relevanten Reparaturkosten:

1. die *Kosten für ein Kfz-Sachverständigengutachten*, das der Geschädigte gleich nach seiner Rückkehr und noch vor Prozessbeginn zur Ermittlung des voraussichtlichen Reparaturaufwands in Deutschland in Auftrag gegeben hat (II.3.),
2. die *Kosten eines deutschen Rechtsanwalts*, die dem Geschädigten im Zusammenhang mit einem (letztlich erfolglosen) außergerichtlichen Schadensregulierungsversuch entstanden sind (II.4.),
3. durch das Unfallereignis entstandene *Unkosten* in Höhe von pauschal 100 Euro (II.5.).

---

Brüssel Ia-VO Rn. 6f.; *Alexander Wittwer*, in: Mayr, Handbuch des europäischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (2023) Rn. 3.430–3.446; vgl. auch *Daphne-Ariane Simotta*, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>3</sup>, Bd. V/1 (2022) Art. 13 EuGVVO 2012 Rn. 30; RIS-Justiz RS0131713.

- 23 Übereinkommen vom 4. Mai 1971 über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht.
- 24 Statt vieler *Abbo Junker*, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup>, Bd. XIII (2021) Art. 4 Rom II-VO Rn. 93, Art. 28 Rom II-VO Rn. 3. Bei einer Klage in Österreich wäre der Anwendungsvorrang des HStVÜ gegenüber den Bestimmungen der Rom II-VO zu beachten, Art. 28 Abs. 1 Rom II-VO; siehe dazu etwa *Florian Heindler*, Der Direktanspruch bei internationalen Straßenverkehrsunfällen, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2018, 279–282; *ders.*, in: Rummel/Lukas/Geroldinger, Kommentar zum ABGB<sup>4</sup> (Stand: 1.3.2023, rdb.at) Artt. 31, 32 Rom II-VO Anh. Rn. 1; *Simon Laimer*, Gerichtsstand und anwendbares Recht bei Verkehrsunfällen im Ausland, Zeitschrift für Verkehrsrecht (ZVR) 2012, 450–455, 452–453; *Claudia Rudolf*, in: Laimer, IPR Praxiskommentar (2024) Vor Art. 1 HStVÜ Rn. 8; *Lurger/Melcher*, IPR (Fn. 3) Rn. 5/122.
- 25 Vgl. *Lurger/Melcher*, IPR (Fn. 3) Rn. 5/36; *MüKo BGB/Junker* (Fn. 24) Art. 4 Rom II-VO Rn. 96; *Steffen Pabst*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuIPR<sup>5</sup>, Bd. III (2023) Art. 4 Rom II-VO Rn. 149–151a.
- 26 *Bernhard Koch*, in: Laimer, IPR Praxiskommentar (2024) Art. 4 Rom II-VO Rn. 25f., 35 u. ö.
- 27 Instruktiv *Laimer/Koch* (Fn. 26) Art. 4 Rom II-VO Rn. 25, 35; siehe ferner *Lurger/Melcher*, IPR (Fn. 3) Rn. 5/39; *MüKo BGB/Junker* (Fn. 24) Art. 4 Rom II-VO Rn. 28–30; *Rauscher/Pabst* (Fn. 25) Art. 4 Rom II-VO Rn. 37; differenziert *Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler* (Fn. 24) Art. 4 Rom II-VO Rn. 31–38.
- 28 *MüKo BGB/Junker* (Fn. 24) Art. 18 Rom II-VO Rn. 1; *Peter Georg Picht*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuIPR<sup>5</sup>, Bd. III (2023) Art. 18 Rom II-VO Rn. 1, 2a. Ausführlich zum Ganzen *Laimer*, Gerichtsstand (Fn. 24) 451–452.

## 2. Methodologische Vorbemerkung zur Abgrenzung von Prozess- und Sachrecht im Anwendungsbereich des Unionsrechts

Die einleitend erwähnte Formel, dass über die Einordnung einer Rechtsregel als materiellrechtlich oder prozessual stets das Recht des Gerichtsstaats entscheide,<sup>29</sup> lässt bei genauerer Betrachtung nicht eindeutig erkennen, nach welcher *Zuordnungsmethode* bei der Abgrenzung zwischen *lex causae* und *lex fori* konkret vorzugehen ist.<sup>30</sup>

Im IPR<sup>31</sup> gibt es für Qualifikationsfragen bekanntermaßen drei mögliche Lösungswege, nämlich die Qualifikation *nach der lex fori*, jene *nach der lex causae* und die *funktionelle* (auch „autonome“) Qualifikation.<sup>32</sup> Die h.A. spricht sich für letztere Variante und eine *funktionelle* Qualifikation der Anknüpfungsbegriffe in IPR-Regeln unter Berücksichtigung kollisionsrechtlicher Wertungen sowie ihrer internationalen Ausrichtung aus.<sup>33</sup> Das heißt zum einen, dass solche Begriffe im IPR – trotz u. U. identischer Bezeichnung – einen von inländischen Sachrechtsnormen abweichenden Inhalt haben können, und zum anderen, dass bei der Auslegung dieser Begriffe die entsprechenden Begriffsinhalte in ausländischen Rechtsordnungen rechtsvergleichend zu berücksichtigen sind. Im IZVR qualifiziert die wohl h.M. hingegen *nach der lex fori*;<sup>34</sup> für die Zuordnung ist dementsprechend die inländische Auslegung (des Sachrechts) des Forumstaates maßgeblich. Mit dem *lex fori*-Prinzip vor Augen erscheint das vordergründig konsequent, soll doch der Prozess im Interesse der Praktikabilität möglichst von der Anwendung ausländischen Rechts freigehalten werden.<sup>35</sup>

In den durch das *Unionsrecht* vereinheitlichten Rechtsbereichen sorgt diese Qualifikationsmethode (*de lege fori*) jedoch für Probleme: So wird für das Europäische IPR eine Auslegung von *Kollisionsnormen* unionsrechtlichen Ursprungs nach den inländischen Maßstäben einzelner Mitgliedstaaten einmütig abgelehnt, weil dadurch das Ziel der Rechtsvereinheitlichung völlig zunichtegemacht würde.<sup>36</sup> Das gilt

---

29 Siehe oben bei Fn. 13.

30 Darauf hinweisend Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 314.

31 Das IZVR kennt hingegen keine „eigenständigen“ Qualifikationsmethoden; Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 312.

32 Statt vieler v. Bar/Mankowski, IPR (Fn. 2) § 7 Rn. 142 f.; Lurger/Melcher, IPR (Fn. 3) Rn. 1/104; Verschraegen, IPR (Fn. 14) Rn. 1177; siehe ferner Laimer/Laimer/Schwartz (Fn. 14) § 1 IPRG Rn. 6; Bea Verschraegen, in: Rummel/Lukas/Geroldinger, Kommentar zum ABGB (Stand: 1.3.2023, rdb.at) Vor § 1 IPRG Rn. 36–52.

33 Lurger/Melcher, IPR (Fn. 3) Rn. 1/105, m. w. N.

34 I.d.S. etwa Stein/Jonas/Brehm (Fn. 2) Vor § 1 ZPO Rn. 328; Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.49 f.; Fasching, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 2400; anders aber Böhm, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 118–119, der sich im IZVR für die funktionelle Qualifikationsmethode ausspricht.

35 Roth, Reichweite der lex-fo-ri-Regel (Fn. 3) 1051–1052, 1060 („kontrollierte ergebnisorientierte Qualifikation“); vgl. auch v. Bar/Mankowski, IPR (Fn. 2) § 5 Rn. 78.

36 Siehe beispielsweise v. Bar/Mankowski, IPR (Fn. 2) § 7 Rn. 171; Laimer/Laimer/Schwartz (Fn. 14) § 1 IPRG Rn. 6; Lurger/Melcher, IPR (Fn. 3) Rn. 1/105.

nach einhelliger Auffassung auch für die Bestimmungen der Rom II-VO, die dementsprechend in allen Mitgliedstaaten unionsautonom (einheitlich) auszulegen sind.<sup>37</sup> Für die qualifikatorische Abgrenzung von Sachrecht und Prozessrecht treffen diese Erwägungen m. E. in gleicher Weise zu.<sup>38</sup> Denn könnten die jeweiligen Staaten im Anwendungsbereich der Rom II-VO frei darüber entscheiden, wie weit das *lex fori*-Prinzip reicht, würde das umgekehrt eine unterschiedliche Auslegung des Geltungsbereichs der *lex causae* in allen Mitgliedstaaten bedeuten. Da die sachliche Reichweite der *lex causae* nach h. M. unionsautonom zu bestimmen ist, folgt daraus zwangsläufig, dass auch die Reichweite des *lex fori*-Prinzips (*unions-*)autonom interpretiert werden muss.

Besonders deutlich wird dieses Zusammenspiel bei den sogenannten *Qualifikationsnormen*<sup>39</sup> der Artt. 15 und 22 Rom II-VO, auf die im Rahmen der anschließenden Falllösung noch näher einzugehen ist: Sie bezeichnen bestimmte Materien, die zum berufenen Recht und damit zum Anknüpfungsgegenstand der Rom II-VO gehören, weshalb sie nicht vom *lex fori*-Prinzip erfasst sein können. Die Zuordnung dieser Bestimmungen muss sich folglich nach unionsautonomen Gesichtspunkten richten und nicht nach der inländischen Auslegung des Forumstaates.

### 3. Ersatz vorprozessualer Gutachterkosten

#### a) Zur Ersatzfähigkeit von Gutachterkosten

Weitgehend unproblematisch ist zunächst die Frage, *ob* die Kosten für ein Gutachten eines Kfz-Sachverständigen, das der Geschädigte im Vorfeld eines Prozesses einholt, nach österreichischem Recht ersetzt werden können: Nach h. M. sind diese Kosten grundsätzlich vom Schädiger gemäß §§ 1293 ff. ABGB zu ersetzen.<sup>40</sup> Das ist

37 H.M.: Laimer/Koch (Fn. 26) Artt. 1, 2 Rom II-VO Rn. 3; MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Vor Art. 1 Rom II-VO Rn. 30; Matthias Neumayr, in: Bydlinski/Perner/Spitzer, Kommentar zum ABGB<sup>7</sup> (2023) Vor Art. 1 Rom II-VO Rn. 4; Rauscher/Scheller (Fn. 4) Einl. Rom II-VO Rn. 23, 48; Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler (Fn. 24) Art. 1 Rom II-VO Rn. 3.

38 Vgl. auch Stein/Jonas/Brehm (Fn. 2) Vor § 1 ZPO Rn. 329; Bücken, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 119–120.

39 Barbara C. Steininger, in: Laimer, IPR Praxiskommentar (2024) Art. 15 Rom II-VO Rn. 3; MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1; aus allgemeiner Perspektive v. Bar/Mankowski, IPR (Fn. 2) § 7 Rn. 171.

40 Bernhard Burtscher, „Freie Kfz-Sachverständigenwahl“ und Ersatz der Gutachterkosten durch den Haftpflichtversicherer, ZVR 2019, 484–488, 485–486; ders./Martin Spitzer, Schadensabwicklung durch den Kfz-Versicherer (2020) 54–55; vgl. auch Michael Bydlinski, in: Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>3</sup>, Bd. II/1 (2015) § 41 ZPO Rn. 36 (m. N. zur tendenziell restriktiven Gerichtspraxis) und RIS-Justiz RS0023583. Ebenso die h.M. in Deutschland: BGH 29.11.1988 – X ZR 112/87, NJW-Rechtsprechungs-Report 1989, 953; BGH 19.7.2016 – VI ZR 491/15, NJW 2016, 3363; Johannes W. Flume, in: Beck-Online, Kommentar zum Zivilrecht (Stand: 1.5.2024) § 249 BGB Rn. 108; Hartmut Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>9</sup>, Bd. II (2022) § 249 Rn. 397.

systematisch überzeugend, weil diese Kosten i.d.R. in unmittelbarem Zusammenhang mit dem durch den Unfall verursachten Reparaturaufwand stehen, indem sie der Schadensfeststellung dienen.<sup>41</sup> An der Ersatzfähigkeit dieser Kosten ändert es nichts, dass in Österreich, anders als in Deutschland, üblicherweise nicht der Geschädigte selbst, sondern der Kfz-Haftpflichtversicherer ein solches Gutachten in Auftrag gibt.<sup>42</sup>

Erhebliche Unsicherheit besteht jedoch bei der Frage, *auf welche Weise* der Geschädigte diesen Kostenersatzanspruch im Verfahren durchzusetzen hat:<sup>43</sup> ob als Teil bzw. *neben* der Hauptforderung<sup>44</sup> im ordentlichen Rechtsweg (mit Urteilsantrag)<sup>45</sup> oder als sogenannte *vorprozessuale Kosten* im Kostenbestimmungsverfahren nach §§ 52 ff. öZPO durch Aufnahme in das Kostenverzeichnis.<sup>46</sup> Bei vorprozessualen Kosten handelt es sich – nach österreichischem Verständnis – im Grunde um alle Aufwendungen einer Partei, die zeitlich vor dem Prozess (allenfalls auch erst währenddessen) *zu seiner Vorbereitung* anfallen und deshalb wie „echte“ Prozesskosten behandelt werden sollen.<sup>47</sup> In der Rechtsprechung besteht grundsätzlich eine starke Tendenz, möglichst alle mit der Anspruchsdurchsetzung i. w. S. zusammenhängenden Auslagen diesem (vor-)prozessualen Kostenbegriff zuzuordnen.<sup>48</sup> Für den Ersatz von Gutachterkosten treffen vor allem jüngere Entscheidungen jedoch weitere Differenzierungen: Soll das Gutachten dem Geschädigten in erster Linie zur

---

41 OGH 13.11.1959, 2 Ob 586/59; *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung (Fn. 40) 63.

42 *Huber*, Kfz-Sachschaden (Fn. 21) 505; *Johann Kriegner*, Reparaturkostenberechnung bei Kfz-Unfällen, ZVR 2014, 40–42, 42; kritisch gegenüber dieser „Tradition“ insbesondere *Burtscher*, Kfz-Sachverständigenwahl (Fn. 40) 484.

43 Ausführlich zum Meinungsstand *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung (Fn. 40) 55–62.

44 Ob es sich bei dem Ersatzanspruch um eine Nebenforderung i. S. d. § 54 Abs. 2 JN handelt, ist umstritten: dafür *Karl-Heinz Danzl/Ernst Karner*, in: *Bydlinski/Perner/Spitzer*, Kommentar zum ABGB<sup>7</sup> (2023) § 1333 ABGB Rn. 5; *Fasching/Konecny/Bydlinski* (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 36; a. A. aber *Josef Obermaier*, *Kostenhandbuch*<sup>4</sup> (2024) Rn. 1.382.

45 OGH 16.1.1979, 2 Ob 207/78 (unveröffentlicht); RIS-Justiz RS0023583 (siehe aber dort T2); für die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung (Fn. 40) 59; *Kriegner*, Reparaturkostenberechnung (Fn. 42) 42; und schon *Michael Bydlinski*, Der Anspruch auf Ersatz „vorprozessualer Kosten“, *Juristische Blätter* 1998, 69–81 und 143–153, 79–80; tendenziell auch *Astrid Deixler-Hübner*, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen – Anspruchsgrundlagen und Anspruchshöhe, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2002, 372–381, 375.

46 RIS-Justiz RS0035826 (siehe aber dort T2); RS0111906; *Bydlinski/Perner/Spitzer/Danzl/Karner* (Fn. 44) § 1333 ABGB Rn. 5; *Obermaier*, *Kostenhandbuch* (Fn. 44) Rn. 1.391–1.396; differenzierend *Clemens Thiele*, *Anwaltskosten*<sup>4</sup> (2023) Kap. IV Rn. 13.

47 *Obermaier*, *Kostenhandbuch* (Fn. 44) Rn. 1.382; ebenso *Fasching/Konecny/Bydlinski* (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 36; *Eva Schindler/Gunther Schmoliner*, in: *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON (2023) Vor §§ 40 ff. Rn. 5; *Thiele*, *Anwaltskosten* (Fn. 46) Kap. IV Rn. 11.

48 I.d.S. auch *Obermaier*, *Kostenhandbuch* (Fn. 44) Rn. 1.382; dagegen schon *Bydlinski*, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 70, 75–78; *Fasching/Konecny/Bydlinski* (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 38.

Prozessvorbereitung dienen, sollen die Kosten dafür (zwingend) in das Kostenverzeichnis aufzunehmen sein. Will sich der Geschädigte mit dem Gutachten hingegen erst einmal eine Grundlage zur *Ermittlung seiner Ansprüche* ohne konkreten Prozessbezug verschaffen, soll für den Kostenersatzanspruch der Rechtsweg zulässig sein.<sup>49</sup>

Diese Differenzierung ist für den Geschädigten allerdings schwer vorhersehbar und erscheint auch in ihren Rechtsfolgen kaum angemessen. Die dadurch begünstigte Kasuistik führt zunächst dazu, dass der Anspruchsberechtigte im Vorhinein kaum abschätzen kann, *wie* er seinen Ersatzanspruch durchsetzen soll.<sup>50</sup> Schlägt er unzulässigerweise den Rechtsweg ein, um den Anspruch im Klagebegehren als Haupt- oder Nebenanspruch (und nicht durch Verzeichnen im Kostenverzeichnis) geltend zu machen, ist eine Entscheidung in der Sache in jedem Fall ausgeschlossen („Unzulässigkeit des Rechtsweges“<sup>51</sup>); zudem droht ihm der Verlust des Kostenersatzanspruchs, wenn die Kosten nicht rechtzeitig in korrekter Weise verzeichnet werden.<sup>52</sup> Nicht einmal in Zweifelsfällen gewährt die österreichische Rechtsprechung<sup>53</sup> dem Geschädigten ein Wahlrecht zwischen den beiden Verfahren – anders als die deutschen Gerichte.<sup>54</sup>

Hinzu kommen inhaltliche Auswirkungen auf den Ersatzanspruch, die durch die Abgrenzung nach dem Prozessvorbereitungszweck, wie sie die soeben dargestellte österreichische Rechtsprechung vornimmt, kaum gerechtfertigt werden können. Im Grundsatz mag es zutreffen, dass ein Anspruchsberechtigter bei Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen im Prozess (ohnehin) obsiegen wird und dementsprechend auch seine Kosten ersetzt erhalten sollte (Erfolgshaftungsprinzip).<sup>55</sup> Streng genommen unterliegen in das Kostenverzeichnis aufzunehmende (vorprozessuale) Kosten aber einer amtswegigen Überprüfung nach § 41 Abs. 1 Satz 2 öZPO (siehe freilich § 54 Abs. 1a öZPO) im Hinblick auf ihre *Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung*; ferner können sie der sogenannten Quotenkompensation unterliegen.<sup>56</sup> Bei Sachanträgen kommt dagegen nur, aber immerhin eine Anspruchskür-

---

49 OGH 26.8.2020, 9 ObA 136/19v; RIS-Justiz RS0023583 (T2); RS0117340; siehe auch Kodek/Oberhammer/Schindler/Schmoliner (Fn. 47) Vor §§ 40 ff. ZPO Rn. 9; Obermaier, Kostenhandbuch (Fn. 44) Rn. 1.420.

50 Vgl. auch Burtscher/Spitzer, Schadensabwicklung (Fn. 40) 57–58.

51 Fasching/Konecny/Bydlinski (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 45, m. w. N.; ebenso Burtscher/Spitzer, Schadensabwicklung (Fn. 40) 58; kritisch gegenüber dieser Praxis schon Michael Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozeß (1992) 176.

52 Obermaier, Kostenhandbuch (Fn. 44) Rn. 1.381.

53 Siehe nur RIS-Justiz RS0035770 (T3).

54 Näheres sogleich ab Fn. 61.

55 Vgl. Burtscher/Spitzer, Schadensabwicklung (Fn. 40) 59–60; Bydlinski, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 73–74.

56 Darauf hinweisend Obermaier, Kostenhandbuch (Fn. 44) Rn. 1.381. Danach ist für die durch § 43 Abs. 1 öZPO angeordnete verhältnismäßige Kostenteilung bei teilweisem Obsiegen beider Parteien lediglich auf den Prozesserfolg abzustellen und die ermittelten Erfolgsquoten

zung wegen Verletzung der *Schadenminderungsobliegenheit* infrage.<sup>57</sup> § 1304 ABGB hält den Geschädigten nämlich unter anderem dazu an, unzumutbare oder unnötige Aufwendungen im Rahmen der Schadensbehebung zu vermeiden.<sup>58</sup> Letztlich kommt es also (auch) bei der Anspruchsdurchsetzung als (Teil der) Hauptforderung darauf an, ob die durch die Einholung des Gutachtens entstandenen Kosten im Einzelfall zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren oder nicht.<sup>59</sup> Die Abgrenzungsprobleme in puncto Verfahrensart lassen sich dadurch zumindest relativieren, weil im Ergebnis für die Beurteilung des Umfangs der zu erstattenden Kosten beide Male auf die Wertungen des § 41 Abs. 1 öZPO zurückzugreifen ist und folglich in beiden Fällen der *gleiche inhaltliche Maßstab* zur Anwendung kommt.<sup>60</sup>

Im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage kann der Geschädigte in Deutschland vorprozessuale Gutachterkosten in aller Regel als Teil des Hauptanspruchs geltend machen.<sup>61</sup> Vorprozessuale Kosten können nur ausnahmsweise und bei *besonderer Prozessbezogenheit* überhaupt Gegenstand einer prozessualen Kostenerstattung nach § 91 ff. dZPO sein.<sup>62</sup> Auf vorprozessuale Gutachterkosten trifft das gewöhnlich nicht zu,<sup>63</sup> und selbst wenn es im Einzelfall anders wäre, stünde dem Geschädigten die klageweise Geltendmachung nach h. M. (alternativ) offen.<sup>64</sup> Dieses (Wahl-)Mo-

---

sind voneinander zu subtrahieren. Dabei ergibt sich eine Differenz, die jene Quote darstellt, die der in größerem Ausmaß Obsiegende von seinen Kosten ersetzt erhält. Näheres bei Fasching/Konecny/Bydlinski (Fn. 40) § 43 ZPO Rn. 7.

- 57 Statt vieler *Friedrich Harrer/Erika Wagner*, in: Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup>, Bd. VI (2016) § 1304 Rn. 10, 16.
- 58 *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung (Fn. 40) 61.
- 59 Die Notwendigkeit solcher Aufwendungen von vornherein in Abrede zu stellen, wäre unzulässig; so auch *Burtscher*, Kfz-Sachverständigenwahl (Fn. 40) 485–486. Von fehlender Notwendigkeit könnte allenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Geschädigte ohne nachvollziehbaren Grund nicht bloß eines, sondern mehrere Gutachten in Auftrag gegeben hätte oder wenn die für das Gutachten veranschlagten Kosten in einem groben Wertmissverhältnis zu den erwarteten Schadensbehebungskosten stünden.
- 60 Dies betonen auch *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung (Fn. 40) 61–62; vgl. ferner *Andreas Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 187; für die sinngemäße Anwendung des „materiellen Kostenrechts“ der öZPO bei der Geltendmachung des Kostenersatzes aus dem Titel des Schadensersatzes schon *Bydlinski*, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 81; Fasching/Konecny/Bydlinski (Fn. 40) Vor §§ 40 ff. ZPO Rn. 4.
- 61 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn. 18) § 84 Rn. 62; *Olaf Muthorst*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>23</sup>, Bd. II (2016) Vor § 91 ZPO Rn. 21.
- 62 *Andreas Schulz*, in: Münchener Kommentar zur ZPO<sup>6</sup>, Bd. I (2020) Vorbem. § 91 Rn. 9, 22 f., § 91 Rn. 40; vgl. auch Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) § 91 ZPO Rn. 39 („unmittelbare Beziehung“).
- 63 MüKo ZPO/Schulz (Fn. 62) § 91 Rn. 141; ebenso *Kurt Herget*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO<sup>34</sup> (2022) § 91 Rn. 13.73; *Rainer Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO<sup>44</sup> (2023) Vorb. § 91 ZPO Rn. 49, jeweils m. w. N.
- 64 MüKo ZPO/Schulz (Fn. 62) Vorbem. § 91 Rn. 23, m. N. zur Judikatur der OLG; i. d. S. ferner *Stefan Smid/Sabine Hartmann*, in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze<sup>5</sup>, Bd. II (2022) Vor § 91 ZPO Rn. 16; Zöller/Herget (Fn. 63) Vor § 91 ZPO Rn. 12. Auch

dell erscheint aus Gründen der Vorhersehbarkeit bzw. Rechtssicherheit übrigens generell vorzugswürdig gegenüber jenem der österreichischen Rechtsprechung, weil dadurch vermieden wird, dass die bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zulasten des Klägers bzw. des Geschädigten gehen.<sup>65</sup>

## b) Einfluss des *lex fori*-Prinzips auf die Anspruchsdurchsetzung

Für die Beurteilung des Ausgangsfalls ist die Frage, ob der Ersatz vor österreichischen Gerichten „verfahrenstechnisch“ im Rahmen des Kostenverzeichnisses oder als Teil der Hauptforderung zu verlangen wäre, letztlich aber gar nicht entscheidend. Denn im Verfahren vor deutschen Gerichten ist nach dem *lex fori*-Prinzip deutsches Prozessrecht maßgebend für die Frage, wie der Anspruch durchgesetzt werden muss.<sup>66</sup> Entscheidend ist vielmehr, *ob* und *in welchem Umfang* der Geschädigte Anspruch auf den Ersatz der Gutachterkosten hat. Hierfür ist und bleibt allein die *lex causae* maßgeblich. Es gelten also die soeben erläuterten Grundsätze des österreichischen Schadensersatzrechts, nach dem die zur Schadensbegutachtung aufgewendeten Kosten als Teil des durch die Schädigungshandlung adäquat verursachten Schadens zu ersetzen sind.

Der weite Schadensbegriff der Rom II-VO umfasst nämlich sämtliche Folgen einer Rechtsverletzung, wie sich schon aus Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO ergibt.<sup>67</sup> Grund und Umfang der (deliktischen) Schadenshaftung fallen nach Art. 15 lit. a Rom II-VO ebenso in den „Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts“ wie die Beurteilung des Vorliegens, der Art oder der Bemessung des Schadens (lit. c leg. cit.). Es sollen demnach möglichst alle Fragen im Zusammenhang mit dem außervertraglichen Schuldverhältnis nach demselben Recht (dem Deliktsstatut) behandelt werden.<sup>68</sup> Die Beurteilung der Ersatzfähigkeit dieser Kosten unterliegt dementsprechend selbst dann nicht der *lex fori*, wenn sie nach dem Verständnis des Gerichtsstaats als vorprozessuale Kosten zu qualifizieren wären. Darauf, ob der Forumstaat die Kos-

---

der BGH dürfte die Wahlfreiheit nur für jene (seltenen) Fälle einschränken, in denen der Prozessbezug schon *ex ante* eindeutig ist; BGH 24.4.1990 – VI ZR 110/89, BGHZ 111, 168.

<sup>65</sup> Vorgeschlagen hat dieses Modell schon *Bydlinski*, Kostenersatz (Fn. 51) 174–176, 177.

<sup>66</sup> Ausländische Verfahrensvoraussetzungen, wie die oben erwähnte Unzulässigkeit des Rechtswegs im österreichischen Recht, sind für das deutsche Prozessgericht dementsprechend unbeachtlich; siehe nur *Geimer*, IZVR (Fn. 2) Rn. 1992 f., 2632.

<sup>67</sup> Im gleichen Sinn betreffend einen Verkehrsunfall im Vereinigten Königreich bereits AG Schweinfurt 7.6.2021 – 3 C 1314/19 = IPRspr 2021-294 (unter Hinweis auf ein entsprechendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht). Aus allgemeiner Perspektive *Rauscher/Scheller* (Fn. 4) Art. 2 Rom II-VO Rn. 3; siehe ferner *Laimer/Koch* (Fn. 26) Artt. 1, 2 Rom II-VO Rn. 24.

<sup>68</sup> *Laimer/Steininger* (Fn. 39) Art. 15 Rom II-VO Rn. 2; ebenso *MüKo BGB/Junker* (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1, 16; *Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler* (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 2. Konkret zu den Kosten eines Schadensgutachtens: AG Schweinfurt 7.6.2021 (Fn. 67).

ten begrifflich als *vorprozessual* einordnet, kann es wegen des Gebots einer unionsautonomen Auslegung von Art. 15 Rom II-VO<sup>69</sup> insoweit nicht ankommen (oben II.2.): In den unionsrechtlich der *lex causae* zugewiesenen Bereichen wird der Anwendungsbereich der *lex fori* vielmehr beschränkt,<sup>70</sup> indem das *lex fori*-Prinzip durch die Zuordnung zur vorrangigen *lex causae* verdrängt wird.

Aus denselben Gründen sind – vielleicht entgegen erstem Anschein – bei der inhaltlichen Beurteilung des Ersatzanspruchs jene Wertungen zu berücksichtigen, die sich aus der zuvor erwähnten Regelung des § 41 Abs. 1 öZPO ergeben. Die Bestimmung mag zwar nach der innerstaatlichen Rechtsquellensystematik dem kraft *lex fori*-Prinzips an sich unbeachtlichen österreichischen Prozessrecht angehören. Nichtsdestoweniger enthält sie aber jene materiellen Vorgaben, die für die Beurteilung des Ersatzanspruchs unter dem Gesichtspunkt des § 1304 ABGB notwendig sind. Denn der Schädiger soll die Kosten des Gutachtens nach österreichischem Recht eben nur dann ersetzen müssen, wenn die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Ungeachtet seiner Verortung in den Prozessgesetzen etabliert § 41 Abs. 1 öZPO also eine Haftungsbeschränkung i. S. d. Art. 15 lit. b Rom II-VO<sup>71</sup> von (zumindest auch) materiellechtlichem Gehalt, für die die *lex causae* maßgebend ist und die – dem Gebot einheitlicher Rechtsanwendung folgend – daher auch im Auslandsprozess Beachtung finden muss. Das *lex fori*-Prinzip bietet m. E. keine Rechtfertigung dafür, diese sachrechtliche Schranke außer Acht zu lassen und so dem Geschädigten im Ausland die Durchsetzung eines Anspruchs zu ermöglichen, der ihm nach der *lex causae* gar nicht zusteht.<sup>72</sup>

In der vorliegenden Konstellation dürften daraus allerdings keine schwerwiegenden Probleme erwachsen, weil auch nach deutschem Recht (wie in Österreich) für den Ersatz solcher Kosten deren *Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung* entscheidend ist (§ 91 Abs. 1 Satz 1 dZPO). Das gilt nach h. M. auch dann, wenn der Kostenersatz vom Anspruchsberechtigten im Schadensprozess mit einer Klage geltend gemacht wird. Das „prozessuale“ Kostenschonungsgebot schlägt also auf den schadensersatzrechtlichen Erstattungsanspruch ohnehin durch.<sup>73</sup>

---

69 Bydlinski/Perner/Spitzer/Neumayr (Fn. 37) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1; Laimer/Steininger (Fn. 39) Art. 15 Rom II-VO Rn. 3.

70 Laimer/Steininger (Fn. 39) Art. 15 Rom II-VO Rn. 2; vgl. auch Bydlinski/Perner/Spitzer/Neumayr (Fn. 37) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1; MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1; OGH 18.11.2014, 4 Ob 147/14t.

71 Näher hierzu etwa Laimer/Steininger (Fn. 39) Art. 15 Rom II-VO Rn. 12–16.

72 I.d.S. AG Schweinfurt 7.6.2021 (Fn. 67); und schon Böhm, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 122–123.

73 MüKo ZPO/Schulz (Fn. 62) Vorbem. § 91 Rn. 19; ebenso Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn. 20.

#### 4. Kostenersatz für außergerichtliche Schadensregulierung

Beansprucht der Geschädigte im deutschen Schadensprozess nach einem ausländischen Verkehrsunfall vorprozessuale Rechtsanwaltskosten, führt das – je nachdem, wie dieser Anspruch zu qualifizieren ist – zu einem komplexen Aufeinandertreffen von ausländischem Haftungs- und deutschem Prozesskostenrecht; besondere Schwierigkeiten entstehen dabei, wenn die ausländische Rechtslage für sich genommen schon durch ein unübersichtliches Zusammenspiel von materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Normen gekennzeichnet ist, wie das in Österreich der Fall ist.<sup>74</sup>

Kostenersatz für den außergerichtlichen Schadensregulierungsversuch eines Rechtsanwalts ist nach österreichischem Recht nur dann geschuldet, wenn diese Kosten zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens und zur Herbeiführung eines Vergleichs aufgewendet wurden, sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren und die außergerichtlichen (Vergleichs-)Verhandlungen erheblichen Zeitaufwand und Mühe verursacht haben (§ 23 Abs. 4 Rechtsanwaltsaristgesetz (RATG)); (nur) in diesem Fall deckt der im Rechtsanwaltsaristgesetz vorgesehene *Einheitssatz für Nebenleistungen* (vgl. § 23 RATG) diesen Aufwand nicht (mit) ab und die Kosten können dementsprechend zusätzlich zu diesem ersetzt werden. Nach der in Österreich h. M. kann ein solcher Anspruch allerdings *nicht* auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden;<sup>75</sup> das soll gleichermaßen für die Kosten von in- wie ausländischen Rechtsanwälten gelten.<sup>76</sup> Vielmehr sind solche Kosten zwingend in das Kostenverzeichnis aufzunehmen, weil es sich dabei stets um *vorprozessuale Kosten* handle (vgl. schon oben II.3.a)).<sup>77</sup> Die österreichische Rechtsprechung billigt eine „materiellrechtliche Konstruktion“ des Ersatzanspruchs für vorprozessuale Kosten – anders als etwa die h. M. in Deutschland<sup>78</sup> – grundsätzlich nicht:<sup>79</sup> Beim Prozesskostenersatz stehen schadensersatzrechtliche Anspruchs-

74 Zu diesem Zusammentreffen instruktiv *Rauscher*, *Ausländische Verkehrsunfälle* (Fn. 21) 471–472; Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2015–2017 Nr. 20, S. 347–409, 392–400; zum Ersatz außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten im Verhältnis Deutschland/Frankreich siehe ferner IPG 2015–2017 Nr. 10, S. 138–171, 166–170. Zu kollisionsrechtlichen Fragen anwaltlicher Vergütungsvereinbarungen *Wolfgang Hau*, *The winner takes it all? – Die anwaltliche Vergütungsvereinbarung im deutschen System der Prozesskostenerstattung*, *Juristenzeitung* 2011, 1047–1053.

75 RIS-Justiz RS0035770; RS0120431; *Obermaier*, *Kostenhandbuch* (Fn. 44) Rn. 1.392; *Thiele*, *Anwaltskosten* (Fn. 46) § 23 RATG Rn. 54; siehe ferner *Fasching / Konecny / Bydlinski* (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 36 ff.; *Kodek / Oberhammer / Schindler / Schmoliner* (Fn. 47) Vor §§ 40 ff. ZPO Rn. 12; *Robert Fucik*, in: *Rechberger / Klicka*, ZPO<sup>5</sup> (2019) Vor § 40 ZPO Rn. 5.

76 OGH 26.1.2006, 6 Ob 294/05m.

77 Kritisch freilich schon *Bydlinski*, *Ersatz „vorprozessualer Kosten“* (Fn. 45) 77–78, 80.

78 Siehe sogleich bei und in Fn. 85.

79 OGH 30.8.2023, 7 Ob 126/23i; RIS-Justiz RS0035721; RS0002209; i. d. S. ferner *Rechberger / Simotta*, *Zivilprozessrecht* (Fn. 19) Rn. 489 („öffentlich-rechtlicher Anspruch“); *Thiele*, *Anwaltskosten* (Fn. 46) Kap. IV Rn. 5.

grundlagen wegen der in § 40 Abs. 2 öZPO<sup>80</sup> enthaltenen *Verdrängungsregel* nicht parallel oder alternativ zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch zur Verfügung.<sup>81</sup>

Der OGH hat daran in jüngerer Zeit für vorprozessuale Rechtsanwaltskosten, ungeachtet § 1333 Abs. 2 ABGB, nach dem der Geschädigte „die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen“ als „weitere Schäden“ geltend machen kann, ausdrücklich festgehalten.<sup>82</sup> Wenn es allerdings wegen Erlöschens des Hauptanspruchs nicht zum Prozess in der Hauptsache kommen könne, sei es dem Geschädigten ausnahmsweise gestattet, vorprozessuale Kosten mit einer (Schadensersatz-)Klage auf dem ordentlichen Rechtsweg durchzusetzen.<sup>83</sup> Schon diese Konstellation zeigt deutlich, dass ein Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Kosten aus dem Titel des Schadensersatzes<sup>84</sup> nach österreichischem Recht nicht generell zu verneinen ist.

Im Gegensatz dazu könnte der Geschädigte *nach deutscher Rechtslage* die Kosten für einen außergerichtlichen Schadensregulierungsversuch von vornherein nur zum Inhalt eines Schadensersatzanspruchs machen, zum Beispiel wegen unerlaubter Handlung i. S. von §§ 823 ff. BGB.<sup>85</sup> Besteht eine Schadensersatzpflicht wegen Rechtsgutsverletzung, sind solche Kosten nach h. M. Teil des durch die Schädigungshandlung adäquat verursachten Schadens.<sup>86</sup> Ein *prozessualer* Kostenerstat-

- 
- 80 Die Bestimmung lautet: „Inwieferne den Parteien ein Anspruch auf Ersatz der von ihnen bestrittenen Kosten zusteht, ist, soweit dieses Gesetz nicht besondere Anordnungen enthält, nach den Bestimmungen dieses Titels zu beurtheilen.“
- 81 Dazu grundlegend *Bydlinski*, Kostenersatz (Fn. 51) 130–133, 174–178; und *ders.*, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 72, der die Verdrängung freilich gerade bei vorprozessualen Kosten nicht gelten lassen will; ferner *Kodek/Oberhammer/Schindler/Schmoliner* (Fn. 47) § 40 ZPO Rn. 11.
- 82 OGH 20.10.2005, 3 Ob 127/05f; RIS-Justiz RS0120431; ebenso *Bernd Christandl*, Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten, Österreichische Richterzeitung (RZ) 2004, 262–267, 264; a. A. aber *Stephan Größl*, in: *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> (Stand: 1.1.2023, rdb.at) § 1333 ABGB Rn. 15; *Sebastian Schwamberger*, Mahngebühren und Inkassokosten (2021) 33. Aus rechtsvergleichender Sicht kritisch *Rauscher*, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 473–474.
- 83 OGH 30.8.2023, 7 Ob 126/23i; RIS-Justiz RS0111906; RS0036070; *Fasching*, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 468; *Rechberger/Klicka/Fucik* (Fn. 75) Vor § 40 ZPO Rn. 5; siehe ferner *Fasching/Konecny/Bydlinski* (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 39, 44.
- 84 Vgl. auch *Bydlinski*, Kostenersatz (Fn. 51) 99–100; *ders.*, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 71–72; *Philipp Fidler*, Schadenersatz und Prozessführung (2014) 51; *Rummel/Reischauer* (Fn. 19) § 1295 ABGB Rn. 10; wohl auch *Fasching*, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 468.
- 85 *Stein/Jonas/Muthorst* (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn. 16; ebenso *MüKo ZPO/Schulz* (Fn. 62) Vorbem. § 91 Rn. 19, m. w. N.; *Thomas/Putzo/Hüßtege* (Fn. 63) Vorb § 91 Rn. 13; *Wieczorek/Schütze/Smid/Hartmann* (Fn. 64) Vor § 91 ZPO Rn. 15; vgl. auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn. 18) § 84 Rn. 61.
- 86 *Stein/Jonas/Muthorst* (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn. 17; *Zöller/Herget* (Fn. 63) Vor § 91 ZPO Rn. 11; i. Z. m. einem Verkehrsunfall OLG Düsseldorf 9.1.1985 – 15 U 83/84, Das Juristische Büro 1985, 714.

tungsanspruch besteht demgegenüber in aller Regel nicht, weil die Aufwendungen keinen hinreichenden Prozessbezug aufweisen würden.<sup>87</sup> Die deutsche Lehre begründet das damit, dass diese Kosten eben im Zuge der *Prozessvermeidung* und gerade nicht im Rahmen der *Prozessvorbereitung* entstanden seien.<sup>88</sup>

Für das eingangs skizzierte Fallbeispiel droht damit auf den ersten Blick die Gefahr, dass der Geschädigte bei der Durchsetzung seines Kostenersatzanspruchs im Auslandsverfahren leer ausgehen könnte, während ihm sowohl im Prozess vor österreichischen Gerichten – auf prozessualer Grundlage<sup>89</sup> – als auch in einem Verfahren vor deutschen Gerichten bei der Anwendung deutschen Sachrechts – aus materiellrechtlichen Gründen – Ersatz zustünde. Denn die §§ 40 ff. öZPO bilden im Verfahren in Deutschland grundsätzlich keine taugliche Anspruchsgrundlage, zumal das deutsche Gericht als Konsequenz des *lex fori*-Grundsatzes sein eigenes und nicht ausländisches Kostenrecht anzuwenden hat.<sup>90</sup> Das mag sicherlich für „echte“ Prozesskosten überzeugen, die nach h. M. nicht vor Gerichtsanhängigkeit der Klage über den Hauptanspruch entstehen und zudem vom Ausgang des Rechtsstreits abhängig sind (Akzessorietät).<sup>91</sup> Für *vorprozessuale Kosten*, die zur Prozessvermeidung aufgewendet wurden und (materiellrechtlich) als Teil des durch die Schädigungshandlung adäquat verursachten Schadens zu qualifizieren sind, überzeugt diese Sichtweise allerdings schon deshalb nicht, weil die Anwendung der *lex fori* zulasten der *lex causae* im Geltungsbereich der Rom II-VO (Art. 15) nicht mit einer rein innerstaatlichen Zuordnung (als vorprozessuale Kosten) begründet werden

<sup>87</sup> Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) § 91 ZPO Rn. 43, m. w. N.; ebenso MüKo ZPO/Schulz (Fn. 62) § 91 Rn. 43. Nachdem es insoweit also nicht um *Kosten des Rechtsstreits* i. S. von § 91 Abs. 1 Satz 1 dZPO geht, besteht (anders als in Österreich) auch kein Vorrang des Kostenfestsetzungsverfahrens nach §§ 103 ff. dZPO; vgl. nur Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn. 22, m. w. N.

<sup>88</sup> Dieser Ansatz erscheint vorzugswürdig gegenüber der österreichischen Vorgehensweise, möglichst alle vorprozessualen Kosten wie „echte“ Prozesskosten uneingeschränkt dem Regime der §§ 41 ff. öZPO zu unterstellen; ähnlich schon Martin Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 321–322. Schließlich sollte diese Gleichsetzung von Kostenpositionen ursprünglich bloß dazu beitragen, die Anspruchsdurchsetzung für den Kläger *unkomplizierter* zu gestalten; siehe nur Bydlinski, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 70; Burtscher/Spitzer, Schadensabwicklung (Fn. 40) 60.

<sup>89</sup> Vgl. nur OGH 26.1.2006, 6 Ob 294/05m; Fasching/Konecny/Bydlinski (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 33.

<sup>90</sup> Rauscher, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 473; siehe auch Jan v. Hein, Der Umgang mit Anfragen zum ausländischen Straßenverkehrsrecht, in: Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts, hrsg. von Ralf Michaels/Jan Peter Schmidt (im Erscheinen) Kap. III.4. (zum Verhältnis Luxemburg/Deutschland); ferner Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 2670; Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 6.431; Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn. 21; sowie aus österr. Sicht OGH 26.1.2006, 6 Ob 294/05m.

<sup>91</sup> OGH 30.8.2023, 7 Ob 126/23; Fasching/Konecny/Bydlinski (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 3–5, m. w. N.; Trenker, Parteidisposition (Fn. 88) 317–319; in Deutschland: Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn. 15.

kann (siehe oben II.2.).<sup>92</sup> Im Anwendungsbereich der Rom II-VO kommt es nach den bisherigen Ausführungen vielmehr (nur) darauf an, ob die maßgebliche *lex causae* einen solchen Ersatzanspruch *gewährt* und wie er nach diesem Recht zu bemessen ist.<sup>93</sup>

Im Ergebnis – und vielleicht entgegen erstem Anschein – ist es dem Geschädigten im deutschen Haftungsprozess aufgrund des „Wegfalls“ der Verdrängungsregel nach § 40 Abs. 2 öZPO sogar unproblematischer möglich, vorprozessuale Anwaltskosten im Wege des Schadensersatzes (als Folge der deliktischen Schädigung) geltend zu machen.<sup>94</sup> Darüber hinaus stünde § 40 Abs. 2 öZPO dem wohl auch deshalb nicht entgegen, weil die vorliegende Konstellation dem vom OGH gebilligten Fall eines erloschenen Hauptanspruchs wertungsmäßig vergleichbar ist. Bei der Anspruchsprüfung durch das deutsche Gericht dürfen angesichts der Vorgaben des Art. 15 lit. c Rom II-VO wiederum nicht jene *materiellen* Wertungen außer Betracht gelassen werden, die den Ersatzanspruch inhaltlich konstituieren: Das heißt, die soeben erwähnten (materiellrechtlichen) Haftungsbeschränkungen nach § 1333 Abs. 2 ABGB bzw. § 41 Abs. 1 öZPO sind wie in einem österreichischen Verfahren (ohne Auslandsbezug) zu beachten (vgl. zum Zusammenspiel von § 1304 ABGB und § 41 öZPO bereits oben II.3.b)).<sup>95</sup>

92 Im gleichen Sinn IPG 2015–2017 Nr. 10 (Fn. 74) 168–169; und wohl auch Rummel/Lukas/ Geroldinger/Heindler (Fn. 24) Art. 1 Rom II-VO Rn. 65; vgl. ferner Peter Schlechtriem, Verfahrenskosten als Schaden in Anwendung des UN-Kaufrechts, Internationales Handelsrecht 2006, 49–53, 49.

93 Dasselbe gilt *mutatis mutandis* wohl auch für die strittige Frage, ob im Verfahren vor einem deutschen Gericht ein Zinsanspruch gemäß § 291 BGB („Prozesszinsen“) bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen jedenfalls oder doch nur dann besteht, wenn deutsches Sachrecht anzuwenden ist (in letzterem Sinn auch Wolfgang Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>90</sup>, Bd. II (2022) § 291, m. w. N.). Da das österreichische Recht keine § 291 BGB vergleichbare Sonderbestimmung kennt, könnten in der vorliegenden Konstellation allenfalls „vom Tag der Streitanhängigkeit an“ (das heißt ab der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten) *Zinseszinsen* gemäß § 1000 Abs. 2 Satz 2 ABGB verlangt werden.

94 Ebenso Rauscher, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 473–474; IPG 2015–2017 Nr. 20 (Fn. 74) 396–397; vgl. ferner v. Hein, Ausländisches Straßenverkehrsrecht (Fn. 90) Kap. III.4. Zur Anspruchsgrundlage nach österreichischem Recht vgl. Bydliński, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 72–73; ders., Die Geltendmachung anwaltlicher Betreuungskosten im Prozess, Zivilrecht aktuell 2006, 108–110, 110 Fn. 13; Helmut Koziol, Haftpflichtrecht<sup>4</sup>, Bd. I (2020) Rn. B/1/48; ferner Fasching, Lehrbuch (Fn. 2) Rn. 468; Geroldinger, Rechtsstreit (Fn. 60) 178–179, 189–190, 196, der allerdings die §§ 40 ff. öZPO (analog) als materielle Anspruchsgrundlage und den Verzug als Haftungsgrund heranzieht. (Für den gegenständlichen Fall dürfte sich dadurch an der Ersatzpflicht des Schädigers jedoch nicht zwingend etwas ändern.)

95 I. d. S. auch IPG 2015–2017 Nr. 20 (Fn. 74) 400 und Nr. 10 (Fn. 74) 170. Würde man Bydliński, Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 80–81, darin folgen, dass bei der Durchsetzung eines Kostenersatzanspruchs im Wege des Schadensersatzes noch weitere „kostenrechtliche“ Grundsätze, wie die verschuldensunabhängige Eingriffshaftung, sinngemäß zur Anwendung gelangen, müsste das deutsche Prozessgericht i. d. S. wohl auch diese bei der Anspruchs-

Daran knüpft sich die diffizile Frage an, ob möglicherweise nach österreichischem Deliktsrecht auch höhere *ausländische Rechtsverfolgungskosten* im Vergleich zu inländischen Gebührentarifen ersatzfähig sind. Der OGH hat diesbezüglich in einer jüngeren Entscheidung unter Berufung auf das *lex fori*-Prinzip und österreichisches Kostenersatzrecht zur Berechnung vorprozessualer Vertretungskosten eines deutschen Rechtsanwalts das (fiktive) Honorar eines inländischen Rechtsanwalts herangezogen, statt den tatsächlich entstandenen Aufwand zu ersetzen.<sup>96</sup> Vollends überzeugend erscheint diese Sichtweise jedoch nur für den Fall, dass der ausländische Rechtsanwalt *im* österreichischen Verfahren unmittelbar als Prozessbevollmächtigter einschreitet und der Kostenersatz gemäß § 4 Abs. 1 Europäisches Rechtsanwaltsgesetz (EIRAG) nach den Tarifen des österreichischen RATG zu bemessen ist.

## 5. Ersatz pauschalisierter Unkosten

### a) Zur Ersatzfähigkeit einer Unkostenpauschale

Besonders deutlich lässt sich das Spannungsfeld zwischen *lex fori*-Prinzip und effektiver Anspruchsdurchsetzung i. S. d. *lex causae* schließlich anhand des Ersatzes *pauschalisierter Unkosten* darstellen: Nach h. M. in Österreich sind die mit der Beschädigung eines Kfz verbundenen „Generalunkosten“<sup>97</sup> ebenso ersatzfähig wie Unkosten des Geschädigten im Zusammenhang mit der *Abwicklung des Schadens*. Der ersten Kategorie unterliegen etwa anteilige Kosten einer Haftpflichtversicherung, anteilige Kfz-Steuern und eventuell anteilige Garagenmieten; in die zweite können zum Beispiel unfallkausale Manipulationskosten, Aufwendungen für Porto und Telefon oder Kosten im Zuge von Besprechungsterminen mit Versicherungen und Rechtsanwälten fallen.<sup>98</sup> Es dürfte allerdings nicht immer leicht sein, die Kosten, die tatsächlich aus Maßnahmen zur Rechtsverfolgung resultieren, von jenen zu trennen, welche eigentlich zur Schadensfeststellung oder -behebung aufgewendet werden.<sup>99</sup> Das erscheint aber gar nicht zwingend nötig, weil der Geschädigte, der „Zeit und Geld zur Behebung des Schadens“ aufwenden musste, diesen Mehraufwand nach

---

prüfung berücksichtigen – entgegen allgemeiner Gepflogenheiten in Deutschland; vgl. nur Stein/Jonas/Muthorst (Fn. 61) Vor § 91 ZPO Rn.16, 20, m. w. N.

<sup>96</sup> OGH 26.1.2006, 6 Ob 294/05m; siehe auch Thiele, Anwaltskosten (Fn. 46) § 23 RATG Rn. 63. A. A. Fasching/Konecny/Bydlinski (Fn. 40) § 41 ZPO Rn. 33; vgl. ferner ders., Ersatz „vorprozessualer Kosten“ (Fn. 45) 75. Zur Diskussion in Deutschland Hau, Vergütungsvereinbarung (Fn. 74) 1052.

<sup>97</sup> Robert Fucik/Franz Hartl/Horst Schlosser, Handbuch des Verkehrsunfalls<sup>3</sup>, Bd. VI (2022) Rn. 816; Monika Hinteregger, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> (Stand: 1.8.2022, rdb.at) § 1323 ABGB Rn. 18, m. w. N.; vgl. auch Georg Kodek, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> (Stand: 15.4.2024, rdb.at) § 1293 ABGB Rn. 33.

<sup>98</sup> Schwimann/Kodek/Harrer/Wagner (Fn. 57) § 1323 Rn. 33–36.

<sup>99</sup> Geroldinger, Rechtsstreit (Fn. 60) 173.

Ansicht des OGH<sup>100</sup> generell vom Schädiger ersetzt erhalten soll. In der vorinstanzlichen Rechtsprechung wird bei Verkehrsunfällen dementsprechend ein Betrag von bis zu 100 Euro für solche Unkosten ohne Weiteres für erstattungsfähig erachtet.<sup>101</sup>

Im Prozess muss der Geschädigte nicht einmal nachweisen, welche (Un-)Kosten ihm konkret entstanden sind (*Unkostenpauschale*), weil das Gericht gemäß § 273 Abs. 2 öZPO über im Vergleich zur Hauptforderung unbedeutende Beträge oder über Beträge, die 1.000 Euro nicht übersteigen, grundsätzlich *nach freier Überzeugung* entscheiden darf.<sup>102</sup> Voraussetzung für die richterliche Schadensschätzung ist, dass die vollständige Aufklärung aller maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden wäre, die zur Bedeutung des Anspruchs in keinem Verhältnis stehen.<sup>103</sup> § 273 Abs. 2 öZPO ermöglicht es also, aus prozessökonomischen Gründen nicht bloß über die Schadenshöhe (wie nach § 273 Abs. 1 öZPO), sondern auch über den Bestand bzw. den Grund des Anspruchs nach freier Überzeugung zu entscheiden.<sup>104</sup>

Insofern bietet § 273 Abs. 2 öZPO wohl eine Erweiterung verglichen mit der freien richterlichen Anspruchsschätzung gemäß § 287 dZPO: Als Voraussetzung für Letztere ist nämlich nach h. M. – anders als der Wortlaut der Bestimmung suggeriert (arg.: „ob ein Schaden entstanden sei [...]“) – die konkrete Tatbestandsverwirklichung bzw. der *konkrete Haftungsgrund* grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln des § 286 dZPO zu beweisen.<sup>105</sup> Nach § 273 öZPO muss dieser Haftungsgrund

---

100 RIS-Justiz RS0030558; ähnlich RS0030605; vgl. auch Rummel/*Reischauer* (Fn. 19) § 1323 ABGB Rn. 11; a. A. aber für Deutschland BGH 9.3.1976 – VI ZR 98/75, BGHZ 66, 112.

101 So etwa LG Innsbruck 5 Cg 8/15b und LG Innsbruck 5 Cg 62/13s (beide unveröffentlicht).

102 Fasching/*Konecny/Rechberger* (Fn. 18) § 273 ZPO Rn. 15–17; *Martin Trenker*, § 273 Abs 2 Fall 2 ZPO – Ansätze eines Bagatellverfahrens, RZ 2015, 74–79. (Nur) im beiderseitig unternehmensbezogenen Geschäft könnten Gläubiger gemäß § 458 Unternehmensgesetzbuch (UGB) sogar gänzlich *schadens- und verschuldensunabhängig* einen Pauschalbetrag von 40 Euro als (Mindest-)Entschädigung für etwaige Betriebskosten bei Zahlungsverzögerungen (zum Beispiel in Form fiktiver Verwaltungskosten) verlangen; dazu *Thomas Haberer/Jörg Zehetner*, in: *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum UGB<sup>4</sup> (Stand: 1.10.2020, rdb.at) § 458 UGB Rn. 5–7; *Magdalena Wagner*, in: *Torggler*, Kommentar zum UGB<sup>3</sup> (2019) § 458 UGB Rn. 10f.

103 Die „Schwierigkeit“ ist nach h.A. anhand des mit einer Beweisaufnahme verbundenen Aufwands an Kosten, Zeit und Arbeit zu beurteilen; *Fasching/Konecny/Rechberger* (Fn. 18) § 273 ZPO Rn. 8f. Unterschiedlich beantwortet wird dabei allerdings die Frage, ob das Gericht in solchen Fällen auf das gesamte Beweisverfahren verzichten kann oder gegebenenfalls eine Aufspaltung nach einzelnen Beweisthemen vornehmen muss; ausführlich hierzu *Trenker*, § 273 Abs 2 Fall 2 ZPO (Fn. 102) 77–78.

104 *Fasching/Konecny/Rechberger* (Fn. 18) § 273 ZPO Rn. 15; *Rechberger/Klicka/Rechberger/Klicka* (Fn. 19) § 273 ZPO Rn. 8; *Martin Spitzer*, in: *Spitzer/Wilfinger*, Kommentar zum Beweisrecht (2020) § 273 ZPO Rn. 16.

105 H. M.: *Hanns Prütting*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*<sup>6</sup>, Bd. I (2020) § 287 Rn. 7f. („entgegen dem insoweit ungenauen Wortlaut“), 14; *Stein/Jonas/Thole* (Fn. 20) § 287 Rn. 2, 12, jeweils m. w. N.

hingegen *nicht* immer bewiesen werden; die „freie“ Entscheidungsbefugnis des Richters nach Abs. 2 leg. cit. bezieht sich vielmehr auf alle Tatbestandsmerkmale des fraglichen Anspruchs.<sup>106</sup> Nichtsdestoweniger gewähren offenbar auch deutsche Gerichte aus Praktikabilitätsgründen (nur) bei Verkehrsunfällen verbreitet Kostenpauschalen auf der Grundlage von § 287 dZPO in Höhe von üblicherweise 25 Euro, ohne konkrete Einzelnachweise zu verlangen.<sup>107</sup>

## b) Einfluss des *lex fori*-Prinzips auf die Anspruchsdurchsetzung

§ 273 Abs. 2 öZPO ist – zumindest *prima vista* – als Prozessrechtsnorm einzuordnen.<sup>108</sup> Im Verfahren vor einem deutschen Gericht dürfte die Vorschrift wegen des *lex fori*-Prinzips schon deshalb keine Anwendung finden. Es würde aber zu kurz greifen, daraus die Konsequenz zu ziehen, dass der Geschädigte den konkreten Haftungsgrund in jedem Fall beweisen müsste und die begehrte Unkostenpauschale andernfalls (zumindest teilweise) abzuweisen wäre: Bei genauerer Betrachtung bewirkt die richterliche Schadensschätzung – insbesondere jene nach § 273 Abs. 2 öZPO – nämlich eine Modifikation des Beweisverfahrens<sup>109</sup> und eine Herabsetzung des Beweismaßes, muss und kann doch ein Richter, der „Tatsachen ohne Aufnahme sämtlicher zur Verfügung stehender Beweise [...] zu beurteilen hat, [...] kaum mit hoher Wahrscheinlichkeit von deren Vorliegen überzeugt sein“.<sup>110</sup> Vor allem aber verändert sie – als Konsequenz der richterlichen Befugnis zur Tatsachenfeststellung nach freiem Ermessen – m. E. auch die Grundlagen der *Beweislastverteilung*.<sup>111</sup>

<sup>106</sup> Spitzer/Wilfinger/Spitzer (Fn. 104) § 273 ZPO Rn. 16 Fn. 87; siehe auch Fasching/Konecny/Rechberger (Fn. 18) § 273 ZPO Rn. 1.

<sup>107</sup> OLG Frankfurt 14.1.2012 – 16 U 100/11, NJW 2012, 2977, 2978; OLG Saarbrücken 10.12.2020 – 4 U 9/20, NJW-RR 2021, 417; MüKo BGB/Oetker (Fn. 40) § 249 Rn. 451, m. w. N. zur vorinstanzlichen Judikatur; siehe auch Matthias Katzenstein, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess<sup>29</sup> (2024) Kap. 3 Rn. 217 f., m. w. N.; und im IPR-Kontext Rauscher, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 474–475.

<sup>108</sup> Siehe Spitzer/Wilfinger/Spitzer (Fn. 104) § 273 ZPO Rn. 5 (freilich mit dem Hinweis, dass die Grenzen „fließend“ seien); vgl. auch Christian Koller, Beweisfragen bei kapitalmarktrechtlichen Prozessen in Österreich, ZJP 133 (2020) 421–457, 437–438, und RIS-Justiz RS0045268.

<sup>109</sup> RIS-Justiz RS0045268 („Beweisbefreiungsnorm“).

<sup>110</sup> Trenker, § 273 Abs 2 Fall 2 ZPO (Fn. 102) 78; siehe ferner Fasching/Konecny/Rechberger (Fn. 18) § 273 ZPO Rn. 11. In Deutschland i. d. S. auch Schack, Beweisregeln und Beweismaß (Fn. 20) 731; Stein/Jonas/Thole (Fn. 20) § 287 Rn. 46.

<sup>111</sup> OGH 17.10.2018, 1 Ob 70/18b; deutlich auch RIS-Justiz RS0040447: „auf die [...] Beweislastregeln [ist] nicht Bedacht zu nehmen“; RS0040459; Fasching/Konecny/Rechberger (Fn. 18) § 273 ZPO Rn. 10; Rechberger/Klicka/Rechberger/Klicka (Fn. 19) § 273 ZPO Rn. 1; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht (Fn. 19) Rn. 837; vorsichtig zustimmend Trenker, § 273 Abs 2 Fall 2 ZPO (Fn. 102) 78–79. A. A. die wohl h. M. in Deutschland zu § 287 dZPO: Hans-Willi Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast<sup>5</sup>, Bd. I (2023) Rn. 13/30; Stein/Jonas/Thole (Fn. 20) § 287 Rn. 46; Martin Ahrens, in: Wiczeorek/

Fragen der Beweislastverteilung richten sich im Verfahren vor ausländischen Gerichten aber nicht nach der *lex fori*, sondern gemäß Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO nach dem anwendbaren Sachrecht (siehe schon oben I.);<sup>112</sup> im vorliegenden Fall also nach österreichischem Recht. Darüber hinaus weist das Institut der richterlichen Schadensschätzung funktional erhebliche Parallelen zu gesetzlichen Vermutungen<sup>113</sup> und Anscheinsbeweisen<sup>114</sup> auf, für die nach Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO ebenfalls die *lex causae* (und nicht die *lex fori*) maßgeblich ist: In beiden Fällen werden ausgehend von einer Anknüpfungstatsache unter Anwendung von Erfahrungssätzen Rückschlüsse auf die Schadenshöhe gezogen.<sup>115</sup> In dieselbe Richtung, nämlich in Richtung der *lex causae*, weist auch Art. 15 lit. c Rom II-VO, der für die *Bemessung des Schadens* die *lex*

---

Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. IV (2023) § 287 ZPO Rn. 9; etwas einschränkend aber *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn. 18) § 115 Rn. 5 („Beweislastgrundsatz“); und BGH 1.3.2007 – IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485 („§ 287 ZPO ändert nichts daran, dass der Schadensnachweis grundsätzlich dem obliegt, der Schadensersatz fordert“); wie in Österreich hingegen OLG Düsseldorf 7.3.2017 – I-1 U 31/16, openJur 2019, 22540.

- 112 H.M.: *Bücken*, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 85–91; *Gerhard Klumpe*, in: Laimer, IPR Praxiskommentar (2024) Art. 22 Rom II-VO Rn. 4f.; MüKo BGB/*Junker* (Fn. 24) Art. 22 Rom II-VO Rn. 3 („Verteilung des materiellen Haftungsrisikos“); *Rauscher/Picht* (Fn. 28) Art. 22 Rom II-VO Rn. 4, 9–11; *Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler* (Fn. 24) Art. 22 Rom II-VO Rn. 3.
- 113 Die Nähe der Schadensschätzung zur gesetzlichen Vermutung anerkennt auch *Florian Eichel*, Die Anwendbarkeit von § 287 ZPO im Geltungsbereich der Rom I- und der Rom II-Verordnung, IPRax 2014, 156–159, 158. Für ihn ist dieser Aspekt jedoch deshalb vernachlässigbar, weil Art. 22 Rom II-VO auf Vermutungen „des Prozessrechts“ keine Anwendung finde. Es ist aber gerade die Frage, ob es sich bei § 273 öZPO und § 287 dZPO funktional betrachtet überhaupt um „Vermutungen des Prozessrechts“ handelt. Im Übrigen trifft es nicht zu, dass eine nach innerstaatlicher Rechtsquellen-systematik im Prozessrecht verankerte Vermutungsregel keinesfalls unter Art. 22 Rom II-VO fallen könnte; siehe nur *Laimer/Klumpe* (Fn. 112) Art. 22 Rom II-VO Rn. 12 Fn. 32; *Nagel/Gottwald*, IZPR (Fn. 2) Rn. 10.49.
- 114 Für eine Zuordnung zur *lex causae* etwa *Rauscher*, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 464; *Ansgar Staudinger*, Straßenverkehrsunfall, Rom II-VO und Anscheinsbeweis, NJW 2011, 650–652, 652; *Martin Zwickel*, Der Anscheinsbeweis zwischen *lex causae* und *lex fori* im Bereich des französischen Straßenverkehrshaftungsrechts (Loi Badinter), IPRax 2015, 531–534, 534; ebenso *Laimer/Klumpe* (Fn. 112) Art. 22 Rom II-VO Rn. 21; *Rauscher/Picht* (Fn. 28) Art. 22 Rom II-VO Rn. 8; a. A. *Brinkmann*, Das *lex fori*-Prinzip (Fn. 5) 482–484; *Nagel/Gottwald*, IZPR (Fn. 2) Rn. 10.64; *Christoph Thole*, Anscheinsbeweis und Beweisverteilung im harmonisierten Europäischen Kollisionsrecht – ein Prüfstein für die Abgrenzung zwischen *lex causae* und *lex fori*, IPRax 2010, 285–289, 287.
- 115 Siehe nur *Koller*, Beweisfragen (Fn. 108) 439; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht (Fn. 19) Rn. 837. Gegen diesen Vergleich wurde eingewendet, dass § 287 dZPO gerade keine abstrakte Regel zur Schadensfeststellung aufstelle, sondern stets eine Einzelfallbeurteilung erfordere; vgl. *Eichel*, Anwendbarkeit von § 287 ZPO (Fn. 113); *Bücken*, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 213. Die Grenzen sind jedoch fließend, wie die rezente BGH-Rechtsprechung zur Herstellerhaftung in Dieselmassenverfahren (BGH 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 u. ö.) eindrucksvoll belegt.

*causae* beruft, dient doch die Schadensschätzung in der Praxis vor allem zur Feststellung der Höhe der Geldforderung. Wie erwähnt zielt Art. 15 Rom II-VO darauf ab, möglichst viele mit dem außervertraglichen Schuldverhältnis zusammenhängende Fragen einheitlich anzuknüpfen, und soll daher das „gesamte Schadensrecht“ umfassen.<sup>116</sup> Im Rahmen der Anwendung der *lex causae* sollen dementsprechend auch *Unfallpauschalen* Berücksichtigung finden, wenn das berufene Recht solche Pauschalen kennt.<sup>117</sup> Das alles spricht m. E. maßgeblich dafür, § 273 öZPO materiellrechtlich zu qualifizieren und Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO zu unterstellen.<sup>118</sup>

Dagegen wurde der Einwand erhoben, dass Vorschriften zur Schadensbemessung dann nicht von Art. 15 lit. c Rom II-VO erfasst wären und daher nicht in den Anwendungsbereich der *lex causae* fielen, wenn sie zugleich „Beweisrecht“ seien. Denn andernfalls hätte die Norm wie Art. 22 Rom II-VO in der Bereichsausnahme für „den Beweis und das Verfahren“ nach Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO erwähnt werden müssen.<sup>119</sup> Es ist aber gerade die zu lösende Frage, ob es sich bei der hier interessierenden Schadensschätzung um solches Beweisrecht handelt, das bei gebotener funktionaler Auslegung weder zu Art. 15 lit. c noch zu Art. 22 Rom II-VO gehört.

Der Begriff der Beweislastverteilung in Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO ist wie jener der Schadensbemessung nach Art. 15 Rom II-VO<sup>120</sup> unionsautonom, also unabhängig von der *lex fori* oder der *lex causae* auszulegen (oben II.2.).<sup>121</sup> Vor diesem Hintergrund kann es nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob die Schadensschätzung oder die Beweislastregeln nach österreichischer bzw. deutscher Dogmatik dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht zuzuordnen wären.<sup>122</sup> Vor dem Ziel

116 Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 2 und 9; für w.N. siehe Fn. 68.

117 MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 17.

118 A. A. aber Laimer/Klumpe (Fn. 112) Art. 22 Rom II-VO Rn. 3 Fn. 6 (ohne nähere Begründung); Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 9 a. E. (allerdings mit Einschränkungen). Aus deutscher Sicht a. A. betreffend § 287 dZPO insbesondere Eichel, Anwendbarkeit von § 287 ZPO (Fn. 113) 158–159; Bücken, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 214; ferner Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 2337 („aus Praktikabilitätsgründen“); MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Art. 22 Rom II-VO Rn. 9; Rauscher, Ausländische Verkehrsunfälle (Fn. 21) 475; Stein/Jonas/Thole (Fn. 20) § 286 Rn. 297; Rauscher/Picht (Fn. 28) Art. 22 Rom II-VO Rn. 12; MüKo ZPO/Prittting (Fn. 105) § 287 Rn. 36 (die beiden Letzteren ohne nähere Begründung); zurückhaltender Schack, Beweisregeln und Beweismaß (Fn. 20) 731 (ihm zufolge sind „ergebnisrelevante Divergenzen“ mit einer „vorsichtigen Angleichung“ zu überbrücken, weshalb er für den vorliegenden Fall vielleicht gar nicht zwingend zu einem anderen Ergebnis käme). Schon im Grundsatz gegenteilig Coester-Waltjen, Beweisrecht (Fn. 7) insbesondere Rn. 372.

119 Eichel, Anwendbarkeit von § 287 ZPO (Fn. 113) 158; vgl. zur insoweit missglückten Normkonzeption aber auch Bücken, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 68–71 und 118–121.

120 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 69.

121 Statt vieler Rauscher/Picht (Fn. 28) Art. 22 Rom II-VO Rn. 5.

122 Staudinger, Straßenverkehrsunfall (Fn. 114) 652; vgl. ferner Laimer/Koch (Fn. 26) Artt. 1, 2 Rom II-VO Rn. 3; MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Vor Art. 1 Rom II-VO Rn. 30, m. w.N.

einer einheitlichen Rechtsanwendung in allen Mitgliedstaaten ist vielmehr ein (unions-)autonomes Verständnis von Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO statt fein ziselierter Abgrenzungskonstruktionen auf der Basis eines gerichtsstaatlich geprägten Begriffsverständnisses geboten.<sup>123</sup> Dagegen spricht auch nicht, dass es sich bei Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO um eine *Ausnahme* von dem in Art. 1 Abs. 3 leg. cit. geregelten Grundsatz handeln soll, wonach die Verordnung nicht für den Beweis und das Verfahren gelte. Erstens sind Ausnahmebestimmungen nämlich nicht schon aufgrund ihres Ausnahmecharakters zwingend eng zu verstehen<sup>124</sup> und zweitens definiert Art. 1 Abs. 3 Rom II-VO erst durch den Verweis auf Artt. 21, 22 Rom II-VO den eigentlichen Anwendungsbereich der Rom II-VO und keine (Gegen-)Ausnahme hiervon.<sup>125</sup>

Die richterliche Schadensschätzung, besonders auch § 273 Abs. 2 öZPO, weist darüber hinaus eine ausgeprägte *materiell-rechtliche Komponente* sowie *materielle Funktion* auf,<sup>126</sup> wie sie für Beweislastregeln typisch ist.<sup>127</sup> Mithilfe der Schadensschätzung soll gerade in jenen Fällen, in denen ein ziffernmäßig exakter Nachweis des Schadens unmöglich oder unverhältnismäßig aufwendig ist, das Scheitern der Klage verhindert werden. Die insoweit parallele Entwicklungsgeschichte von § 273 öZPO und § 287 dZPO in Reaktion auf den „Notstand des gemeinen Schadenersatzprozesses“ dürfte das anschaulich belegen.<sup>128</sup> Zu diesem Zweck *erleichtert* die Bestimmung eine vorgegebene Beweislast zumindest, sie *privilegiert* den Kläger bei der Anspruchsdurchsetzung<sup>129</sup> und sie *begrenzt* auf diese Weise von vornherein die

---

123 I. d. S. auch *Staudinger*, Straßenverkehrsunfall (Fn. 114) 652; *Zwickel*, Anscheinsbeweis (Fn. 114) 534; und auch *Bücken*, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 86, der sich im Ergebnis jedoch gegen die materiellrechtliche Qualifikation von § 287 dZPO ausspricht (ebd. 214).

124 Vgl. nur *Georg Kodek*, in: Rummel/Lukas, Kommentar zum ABGB (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 6 ABGB Rn. 200 f.; *Martin Schauer*, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> (Stand: 1.3.2017, rdb.at) § 6 Rn. 22; aus europarechtlicher Sicht: Europäische Methodenlehre<sup>4</sup>, hrsg. von Karl Riesenhuber (2021) § 10 Rn. 62–66.

125 Vgl. auch *Staudinger*, Straßenverkehrsunfall (Fn. 114) 652.

126 Vgl. auch *Spitzer/Wilfinger/Spitzer* (Fn. 104) § 273 ZPO Rn. 5, 7 sowie bei und in Fn. 17; a. A. *Bücken*, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 202–203 (zu § 287 dZPO).

127 Zu deren materiellrechtlicher „Verflochtenheit“ grundlegend *Coester-Waltjen*, Beweisrecht (Fn. 7) Rn. 371 f., der zufolge eine „Verkürzung der Wahrheitsermittlung“ stets zur Anwendung der *lex causae* führt; siehe ferner *Böhm*, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 112–113, 124 („funktionale Einheit“); vgl. auch *Brinkmann*, Das lex fori-Prinzip (Fn. 5) 472; ferner oben bei und in Fn. 18.

128 *Koller*, Beweisfragen (Fn. 108) 437–438; vgl. ferner *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn. 18) § 115 Rn. 2.

129 Vgl. schon *Coester-Waltjen*, Beweisrecht (Fn. 7) Rn. 371; vgl. auch BGH 10.2.1981 – VI ZR 182/79, NJW 1981, 1454 („Rechtswohltat“, die den Kläger „teilweise der Erfordernisse des Strengbeweises enthebt“). Selbst die in Deutschland vorherrschende Lehre, die alle Auswirkungen von § 287 dZPO auf die Beweislastverteilung grundsätzlich in Abrede stellt (Nachweise oben in Fn. 110), erkennt an, dass die dadurch bewirkte Beweiserleichterung „nicht selten das Entstehen eines non liquet verhindert und somit die Zahl der Beweislastentscheidungen verringert“; *MüKo ZPO/Prütting* (Fn. 105) § 287 Rn. 31; ebenso Baumgärtel/

Entstehung von *non liquet*-Situationen.<sup>130</sup> Mit anderen Worten kann die rechtliche Möglichkeit zur Schadensschätzung (oder ihr Fehlen) in einem Verfahren unmittelbare Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs und damit auf das Prozessergebnis haben.<sup>131</sup> Auch insofern unterscheidet sie sich nicht von den „typischen“ Beweislastregeln. Diese funktionale Äquivalenz spricht ebenfalls maßgeblich dafür, § 273 öZPO materiellrechtlich zu qualifizieren und Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO zu unterstellen.

Im Ausgangsfall hat das deutsche Prozessgericht, das österreichisches Sachrecht anzuwenden hat, dementsprechend ungeachtet des *lex fori*-Prinzips mit einer *Schadensschätzung* nach § 273 Abs. 2 öZPO vorzugehen. Der Geschädigte soll im Ausland nicht mit seinem Anspruch auf pauschale Unkosten leer ausgehen, mit dem er vor österreichischen Gerichten (die österreichisches Recht anwenden) ohne Weiteres durchdringen würde. Sollte hingegen die *lex causae* (anders als das österreichische Recht) keine Möglichkeit zur Schadensschätzung vorsehen, wie zum Beispiel das französische Recht,<sup>132</sup> darf es im Auslandsprozess vor deutschen (oder österreichischen) Gerichten konsequenterweise umgekehrt nicht zulässig sein, unter Berufung auf das *lex fori*-Prinzip nach § 287 dZPO (oder § 273 öZPO) vorzugehen.<sup>133</sup> Der Kläger käme sonst nämlich ohne ersichtliche sachliche Rechtfertigung in den Genuss einer beweisrechtlichen Privilegierung, die den einschlägigen Wertungen des anwendbaren Sachrechts zuwiderliefe.<sup>134</sup>

---

Laumen/Prütting/Laumen (Fn. 111) Rn. 13/30. In Österreich gilt für § 273 öZPO nach RIS-Justiz RS0040447 ohnehin ein „offenerer“ Zugang.

**130** Hans Dolinar, Die freie richterliche Schadensschätzung nach § 273 ZPO als Instrument prozeßökonomischer Streiterledigung, in: FS Hans W. Fasching (1988) 139–156, 143–144; Koller, Beweisfragen (Fn. 108) 438–439; vgl. auch zu § 287 dZPO MüKo ZPO/Prütting (Fn. 105) § 287 Rn. 31.

**131** Das betonen auch Eichel, Anwendbarkeit von § 287 ZPO (Fn. 113) 156, und Laimer/Klumpe (Fn. 112) Art. 22 Rom II-VO Rn. 4f.; im Ergebnis verneinen dennoch beide die Anwendbarkeit von Art. 22 Abs. 1 Rom II-VO auf § 273 öZPO (Klumpe ebd. Rn. 3 Fn. 6) bzw. § 287 dZPO (Eichel ebd. 159).

**132** Zu dieser Fallkonstellation LG Saarbrücken 9.3.2012 – 13 S 51/11, IPRax 2014, 180 = IPRspr 2012-45; Eichel, Anwendbarkeit von § 287 ZPO (Fn. 113) 159, der eine Schätzung nach § 287 dZPO freilich im Ergebnis für zulässig erachtet.

**133** So auch Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 9 letzter Satz. Anders die ganz überwiegende Meinung in Deutschland: Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 2337; MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Art. 22 Rom II-VO Rn. 9; Schack, IZVR (Fn. 2) Rn. 829, 832; ders., Beweisregeln und Beweismaß (Fn. 20) 731; ebenso Rauscher/Picht (Fn. 28) Art. 22 Rom II-VO Rn. 12; MüKo ZPO/Prütting (Fn. 105) § 287 Rn. 36.

**134** I.d.S. auch Staudinger, Straßenverkehrsunfall (Fn. 114) 653; Zwickel, Anscheinsbeweis (Fn. 114) 534 (beide zum Anscheinsbeweis); mit Blick auf die Beweislastregeln im Allgemeinen auch Bücken, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 105–106.

### III. Versuch einer allgemeinen Ableitung

Bei ergebnisorientierter Betrachtung erscheint es weder sachgerecht, wenn der Umfang der ersatzfähigen *vorprozessualen Kosten* und (sonstigen) *Nebenforderungen* bei Prozessführung im Ausland wegen der Besonderheiten des dortigen Verfahrensrechts wesentlich geringer ausfällt, als es die *lex causae* eigentlich vorsähe, noch, wenn dieser Umfang im Gerichtsstaat aus Gründen der *lex fori* größer ausfiele als nach dem anzuwendenden Sachrecht vorgesehen.<sup>135</sup>

Die Geltung des *lex fori*-Prinzips sollte nämlich nichts daran ändern, dass der Zivilprozess (im Inland wie im Ausland) dazu dient, zivilrechtlichen Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen, und zwar grundsätzlich so, wie sie dem Anspruchsberechtigten nach dem anzuwendenden Sachrecht zustehen. Das gebietet nicht zuletzt der grundrechtlich verbürgte Justizgewährungsanspruch.<sup>136</sup> Es darf dementsprechend für das Prozessergebnis idealiter keinen inhaltlichen Unterschied machen, ob ein inländisches oder ein ausländisches Gericht ein und dasselbe Sachrecht auf ein und denselben Sachverhalt anwendet.<sup>137</sup> Eine gewisse (mittelbare) Einflussnahme durch die Verfahrensvorschriften der *lex fori* erscheint zwar unvermeidbar, regeln diese doch allgemein die Art der Justizgewährung und die Ausgestaltung des Verfahrens im Forumstaat.<sup>138</sup> Nichtsdestoweniger wäre es problematisch, wenn ein ausländisches Gericht den geltend gemachten Anspruch mit verfahrenstechnischen „Kunstgriffen“<sup>139</sup> in einer der *lex causae* unbekanntem Weise inhaltlich modifizieren oder die Anspruchsdurchsetzung gar unter Verweis auf Besonderheiten der *lex fori* ganz verweigern könnte,<sup>140</sup> obwohl aus Sicht der *lex causae* alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen und der Anspruch dementsprechend zu bejahen wäre.

---

135 Im gleichen Sinn schon *Böhm*, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 122–123.

136 Darauf weisen in ähnlichem Zusammenhang auch *Hau*, Vergütungsvereinbarung (Fn. 74) 1053, und *Brinkmann*, Das *lex fori*-Prinzip (Fn. 5) 480, hin; vgl. auch *Geimer*, IZVR (Fn. 2) Rn. 1906, 1956. Allgemeines zum Justizgewährungsanspruch für Österreich: *Fasching/Konecny/Konecny* (Fn. 2) Einl. Rn. 58–63; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht (Fn. 19) Rn. 19 u. ö.; für Deutschland: *Stein/Jonas/Brehm* (Fn. 2) Vor § 1 Rn. 284–292.

137 *Staudinger*, Straßenverkehrsunfall (Fn. 114) 653; *Linke/Hau*, IZVR (Fn. 9) Rn. 2.6, 2.10 („Neutralitätsargument“); vgl. ferner *Lurger/Melcher*, IPR (Fn. 3) Rn. 1/11; *Nagel/Gottwald*, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.48. Gerade bei internationalen Verkehrsunfällen ist *forum shopping* (in Bezug auf das anwendbare Sachrecht) allerdings keineswegs ein unbekanntes Phänomen; *Laimer*, Gerichtsstand (Fn. 24) 453–454.

138 *Geimer*, IZVR (Fn. 2) Rn. 1992; auch schon *Böhm*, Rechtsschutzformen (Fn. 6) 114.

139 *Burtscher/Spitzer*, Schadensabwicklung (Fn. 40) 60; *Bydlinski*, Kostenersatz (Fn. 51) 176–177 (beide jedoch ohne grenzüberschreitenden Bezug); ähnlich auch *Zwickel*, Anscheinsbeweis (Fn. 114) 534.

140 So auch *Staudinger*, Straßenverkehrsunfall (Fn. 114) 653; vgl. ferner *Hau*, Vergütungsvereinbarung (Fn. 74) 1052; *Nagel/Gottwald*, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.53.

Im Anwendungsbereich der Rom II-VO begegnet dieser Problematik Art. 15 leg. cit. durch die Anordnung, dass der Haftungsgrund, der Haftungsinhalt und alle anderen mit dem außervertraglichen Schuldverhältnis im Zusammenhang stehenden Fragen einheitlich nach der *lex causae* zu beurteilen sind. Nach Art. 22 Rom II-VO gilt dasselbe für Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, die wegen ihrer engen Verbindung zum materiellen Recht<sup>141</sup> ebenfalls in den Geltungsbereich der *lex causae* fallen (und nicht der *lex fori* unterliegen). Die Bestimmungen erfüllen damit eine wichtige Abgrenzungsfunktion<sup>142</sup> zwischen der *lex causae* und der *lex fori* zugunsten des Anwendungsbereichs der Ersteren: Das Gericht hat im vorgegebenen Umfang ausländisches Sachrecht anzuwenden und darf nicht auf die Bestimmungen der eigenen *lex fori* zurückgreifen.

Die eigentliche Qualifikationsfrage, wann eine Materie vorliegt, die zum Anknüpfungsgegenstand der Rom II-VO gehört, muss im Anwendungsbereich dieser Verordnung und funktional entsprechender unionsrechtlicher Rechtsquellen durch unionsautonome Auslegung beantwortet werden (oben bei II.2.). Darauf, ob die Rechtsfrage nach der inländischen Auslegung des Forumstaats *verfahrensrechtlich* zu qualifizieren wäre, darf es hingegen nicht ankommen, würde dies doch unterschiedliche Geltungsbereiche der *lex causae* in allen Mitgliedstaaten bedeuten. Die Reichweite des *lex fori*-Prinzips erweist sich damit als eine *Komplementärgröße* zum unionsrechtlich determinierten IPR und ist deshalb insoweit zwangsläufig unionsautonom zu interpretieren. Wenn man so will, ergibt sich daraus ein Gebot „materiellrechtsfreundlicher Qualifikation“<sup>143</sup> kraft Unionsrechts, mag dies auch im Ergebnis – zumindest aus der Perspektive des Gerichtsstaats – auf eine Anwendung fremden Verfahrensrechts hinauslaufen.<sup>144</sup>

Darin liegt der Grund, warum ein deutsches Gericht bei der Anwendung österreichischen Sachrechts nicht nur die österreichischen Beweislastregeln, sondern auch die funktional verwandte (Schätzungs-)Regel des § 273 (Abs. 2) öZPO zu beachten hat, die in vergleichbarer Weise *Einfluss auf die Verteilung des Haftungsrisikos* nimmt (ausführlich oben bei II.5.b)). Dies erfordert ferner, dass – zumindest in bestimmten Konstellationen – auch das einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage zugehörige *Beweismaß* der *lex causae* entnommen wird, geht doch mit der Schadensschätzung zwangsläufig eine Herabsetzung des notwendigen richter-

---

141 Siehe Rummel/Lukas/Geroldinger/Heindler (Fn. 24) Art. 22 Rom II-VO Rn. 1; siehe auch oben bei und in Fn. 126.

142 Laimer/Steininger (Fn. 39) Art. 15 Rom II-VO Rn. 2; MüKo BGB/Junker (Fn. 24) Art. 15 Rom II-VO Rn. 1.

143 Bei diesem Vorgang wird eine Regelung, die innerstaatlich als Verfahrensnorm betrachtet wird, internationalrechtlich (trotzdem) materiellrechtlich qualifiziert und damit der kollisionsrechtlichen Verweisung zugänglich gemacht; Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 325; eingehend und kritisch Roth, Reichweite der lex-fori-Regel (Fn. 3) 1050–1053; vgl. auch Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.44.

144 Vgl. nur Linke/Hau, IZVR (Fn. 9) Rn. 2.13, 2.15.

lichen Überzeugungsgrads hinsichtlich des ermittelten Ersatzbetrags (im Vergleich zum „Regelbeweismaß“ des Forumstaates nach § 286 dZPO bzw. § 272 öZPO) einher,<sup>145</sup> wodurch sich ebendieses Haftungsrisiko dem Normzweck entsprechend erhöht.<sup>146</sup>

Die Frage, ob eine bestimmte Rechtsmaterie als Sachrecht oder Prozessrecht zu qualifizieren und dementsprechend vom ausländischen Gericht zu beachten ist oder nicht, lässt sich in Grenzfällen – zumindest für die beschriebenen Fallkonstellationen – nicht isoliert mit dem (Vor-)Verständnis des *lex fori*-Staates beantworten. Vielmehr müssen in solchen Fällen auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts funktionale („autonome“) Gesichtspunkte den Ausschlag für die Zuordnung geben: Maßgeblich dafür ist die Funktion des zuzuordnenden Rechtsinstituts in seiner Beziehung zur materiellen Rechtsposition, wobei das diesem zugrunde liegende Regelungsziel nicht starr anhand der *lex fori*, sondern möglichst unter Berücksichtigung vergleichbarer Regelungen ausländischer Rechtsordnungen zu ermitteln ist.<sup>147</sup> Das *lex fori*-Prinzip kann dementsprechend (auch) im verfahrensnahen Bereich der *vorprozessualen Kosten* und *Nebenforderungen* keineswegs absolute Geltung für sich beanspruchen;<sup>148</sup> jedenfalls ist sein Anwendungsbereich entsprechend der Funktion der Regelungszwecke des materiellrechtlich zu beurteilenden Lebenssachverhalts u. U. einschränkend zu interpretieren.

---

145 Oben II.5.b). bei und in Fn. 110.

146 Daher allgemein für die Zuordnung zur *lex causae*: Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 2334–2337, m. w. N.; Paulus, Beweismaß (Fn. 20) 758–759; und bereits Coester-Waltjen, Beweisrecht (Fn. 7) Rn. 362–367; hinsichtlich „materiell-rechtlicher Beweismaßregeln“ auch Bücken, Internationales Beweisrecht (Fn. 4) 215–219. Sogar zwingend erscheint diese Zuordnung für die Theorie vom *normbezogen-teleologischen Beweismaß*; vgl. Koller, Beweisfragen (Fn. 108) 431–434; ders., Schadensbeweis und Schadensschätzung (unveröffentlicht); ihm folgend Felix Artner, Der Beweis im Versicherungsrecht (2024) 20–22. Danach sind die Anforderungen, die an den Nachweis der Voraussetzungen für den Eintritt einer Rechtsfolge zu stellen sind, aus den für die Entscheidung eines Rechtsstreits ausschlaggebenden Normen selbst abzuleiten.

147 Zur funktionalen Qualifikationsmethode etwa Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 313 f. In „technischer“ Hinsicht dürfte das freilich zu einer gewissen Verquickung der Aufgaben von Gericht und Sachverständigem führen: Das Gericht wird nämlich erst dadurch in die Lage versetzt, die Qualifikationsfrage sachgerecht zu lösen, dass der Rechtsgutachter ihm die Strukturen des ausländischen Rechts erläutert. Die Qualifikationsfrage selbst ist jedoch eigentlich nicht Gegenstand des Beweisbeschlusses (in Österreich: „Beweisgegenstand“); vgl. nur v. Bar/Mankowski, IPR (Fn. 2) § 5 Rn. 100 f.

148 Grundsätzlich gegen eine Verklärung zum „Dogma“ freilich schon Coester-Waltjen, Beweisrecht (Fn. 7) Rn. 144 f., und die heute h. L.: Geimer, IZVR (Fn. 2) Rn. 323; Nagel/Gottwald, IZPR (Fn. 2) Rn. 1.42; Schack, IZVR (Fn. 2) Rn. 49; ebenso Brinkmann, Das *lex fori*-Prinzip (Fn. 5) 470–471; Jaeckel, Reichweite der *lex fori* (Fn. 7) 206–207 (noch mit der Einschätzung, dass der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Reichweite der *lex fori* eine „Randerscheinung“ sei); Kronke, *Lex-fori*-,Prinzip“ (Fn. 9) 406–407; Roth, Reichweite der *lex-fori*-Regel (Fn. 3) 1046; und bereits Grunsky, *Lex fori* (Fn. 13) 241.