

Koste es, was es wolle ...

Foto: © Richtervereinigung



DR. GERNOT KANDUTH ist Richter des OLG Graz und Präsident der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter.

UND DA WARER WIEDER EINMAL, der „Justiz-Skandal erster Güte“. Was war passiert?

Nachdem unmittelbar auf die erstinstanzliche Urteilsverkündung im Strafverfahren gegen Sebastian Kurz und andere am 23. Februar 2024 ein seit Ende des letzten Jahres rechtskräftiges Disziplinarerkenntnis gegen den Verhandlungsrichter im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlicht worden war, überschlugen sich gewisse Medien geradezu in reißerischen Berichterstattungen, sahen konspirative Zusammenhänge mit dem vermuteten Zweck eines „Vernichtungsfeldzuges“ gegen eine politische Partei und sparten nicht mit Belehrungen der Gerichtsbarkeit im allgemeinen und der Bundesministerin für Justiz im speziellen, wie denn hätte vorgegangen werden müssen. So wäre Alma Zadić verpflichtet gewesen, den Richter als befangen abzugeben, ihn zu suspendieren, jedenfalls aber für eine frühere Veröffentlichung der Entscheidung im Disziplinarverfahren zu sorgen. Alles in allem sei die Bundesministerin wegen ihrer Verfehlungen rücktrittsreif.

Nur um das klarzustellen: Kritik an gerichtlichen Prozessen und Entscheidungen ist in einer liberalen Demokratie nicht nur zulässig, sondern sogar erwünscht, um Fehlentwicklungen aufzuzeigen, Verbesserungspotenzial zu identifizieren und die Voraussetzungen für eine ständige qualitative Optimierung der Rechtsprechung zu ermöglichen. Ein offener sachlicher Diskurs fördert die Transparenz gerichtlicher Verfahren und Urteile, was wiederum für das Vertrauen der Bevölkerung in eine unabhängige Rechtsprechung und damit in das Funktionieren des Rechtsstaates unerlässlich ist. Soll die mediale Auseinandersetzung mit gerichtlichen Themen in diesem

Sinne eine positive Entwicklung vorantreiben, hat sie allerdings faktenbasiert und auf Grundlage der geltenden Rechtslage zu erfolgen – stützt sie sich auf fake news und fake law, droht ein gegenteiliger Effekt.

Die Berichterstattung bestimmter Medien nach Bekanntwerden der disziplinarrechtlichen Verurteilung des zuständigen Einzelrichters im eingangs genannten Strafverfahren muss sich dem Vorwurf stellen, den gebotenen Rahmen der Sachlichkeit verlassen zu haben, und dadurch einen Vertrauensverlust in die Gerichtsbarkeit insgesamt in Kauf zu nehmen. Deshalb sahen wir uns bei aller gebotenen Zurückhaltung, der wir uns als Standesvertretung in der Kommentierung von – vor allem nicht rechtskräftig beendeten – Gerichtsverfahren in aller Regel verpflichtet fühlen, im konkreten Fall zu öffentlichen Richtigstellungen und dem Appell veranlasst, im weiteren Diskussionsprozess von den rechtlichen Rahmenbedingungen auszugehen und von unrichtigen, unsachlichen oder gar diffamierenden Äußerungen Abstand zu nehmen.

Dabei klärten wir darüber auf, dass nach dem im Verfassungsrang stehenden Grundrecht auf den gesetzlichen Richter die Geschäfte unter den Richter:innen eines Gerichts im Voraus zu verteilen sind und diesen nur durch Verfügung des unabhängigen Personalsenates und unter gesetzlich klar determinierten Voraussetzungen abgenommen werden können. Die Verhängung einer Disziplinarstrafe gegen das zuständige Entscheidungsorgan hat für sich alleine genommen keine Auswirkung auf die Zuständigkeit nach der Geschäftsverteilung. Den Parteien kommt nach dem Gesetz auch kein Antragsrecht zu, dass andere als die nach

der festen Geschäftsverteilung bestimmten Richter:innen für ihre Sache zuständig werden – denn sie sollen nicht ihnen genehme Entscheidungsorgane frei auswählen können. Ebenso wenig kann die Justizministerin, die Justizverwaltung, die Politik oder sonst wer auf Zuruf oder aus sonstigen Erwägungen in die richterliche Geschäftsverteilung Einfluss nehmen.

Wenn eine Partei während einer Strafverhandlung (unter Umständen auch unmittelbar davor) die Ablehnung der erkennenden Einzelrichter:innen beantragt, haben diese nach der Strafprozessordnung vorläufig selbst über ihre Ausgeschlossenheit zu entscheiden. Nur wenn der Antrag außerhalb (bzw. rechtzeitig vor) einer Verhandlung gestellt wird, liegt es an den Präsident:innen der Gerichtshöfe, über die Befangenheit der zuständigen Richter:innen zu entscheiden. Unabhängig davon, wer nach dem Gesetz den Ablehnungsantrag zu behandeln hat – also die Verhandlungsrichter:innen oder

die Präsident:innen –, steht ein selbständiges Rechtsmittel gegen die Entscheidung im Ablehnungsverfahren gesetzlich nicht zu. Den Parteien ist es aber unbenommen, den Ausschließungsgrund in einer (Nichtigkeits-)Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil geltend zu machen, sodass das Rechtsmittelgericht – im Anlassfall das Oberlandesgericht Wien – auch über eine allfällige Befangenheit der:des Verhandlungsrichter:in zu entscheiden hat.

Schließlich muss klargestellt werden, dass seit 1. Jänner 2012 rechtskräftige verfahrensbeendende Sachentscheidungen der Disziplinargerichte nach Art 133a RStDG zwar unverzüglich in anonymisierter Form im Rechtsinformationssystem des Bundes zu veröffentlichen sind, allerdings von den jeweiligen Vorsitzenden der Disziplinargerichte im Rahmen der unabhängigen Rechtsprechung. Auch auf diesen Vorgang hat die Bundesministerin für Justiz als Spitze der monokratischen Justizverwaltung – ebenso wenig wie im gegebenen Kontext auf die konkrete Geschäftsverteilung, den Ausschluss des Verhandlungsrichters vom Verfahren und das Disziplinarerkenntnis an sich – keinerlei Einflussmöglichkeiten.

Diese rechtlichen Grundlagen müssen offengelegt werden – dabei geht es im Übrigen nicht um eine Rechtfertigung der „Untätigkeit“ der Bundesministerin, sondern um die Verteidigung der Gewaltentrennung.

Im konkreten Fall war augenscheinlich, dass bestimmte Medien mit der von ihnen verbreiteten Welle der Empörung das Narrativ einer gezielten Öffentlichkeitsarbeit aus dem Lager der Beschuldigten übernahmen. Dass sich Beteiligte an Gerichtsverfahren mit medialem Interesse im sogenannten „Gerichtssaal der Öffentlichkeit“ der Instrumente einer Litigation-PR bedienen, fand seinen Ursprung im US-amerikanischen

Rechtssystem der 1980er Jahre, ist mittlerweile aber längst auch im kontinental-europäischen Raum angekommen. Im Wesentlichen verfolgt diese prozessbegleitende mediale Kommunikation zwei Ziele: Zum einen versucht sie, den gerichtlichen Entscheidungsprozess selbst zu beeinflussen, zum anderen geht es ihr darum, die Reputation der Verfahrensbeteiligten über den konkreten Prozess hinaus zu wahren. Als Mittel zum Zweck werden dabei oft komplexe juristische Zusammenhänge mit einer vereinfachten, tendenziösen Erzählung dargestellt, die idealerweise Emotionen schürt und so von den – verkaufsorientierten – Medien bereitwillig übernommen wird. Dass sich eine an Sachlichkeit und Neutralität ausgerichtete Justiz nur schwer solcher Methoden bedienen kann, liegt auf der Hand; gerade deshalb wären gewissenhafte Medien gefordert, das Narrativ kritisch zu hinterfragen, um sich nicht den Vorwurf der Instrumentalisierung und der Manipulation gefallen lassen zu müssen.

Eine Litigation-PR nach dem Motto „koste es, was es wolle“ nimmt den Preis eines Vertrauensverlustes der Menschen in die Gerichtsbarkeit und damit in den Rechtsstaat in Kauf. Umso bedenklicher, wenn sie von einer politischen Partei mit Regierungsverantwortung nicht nur mitgetragen, sondern durch Medienaussendungen, Pressekonferenzen und Fernsehauftritte zusätzlich befeuert wird. Dies lässt ein Bewusstsein um die Bedeutung der in einer liberalen Demokratie unabdingbaren Grundprinzipien und damit die Verantwortung der Politik für eine, die Verfolgung von Eigeninteressen zurückstellende, Staatsräson vermissen. Oder – um mit einem Vergleich aus der Privatwirtschaft zu schließen – können Sie sich vorstellen, dass eine Abteilung eines Unternehmens das Ansehen einer anderen mit öffentlich verbreiteten Halb- und Unwahrheiten unverblümt zu untergraben versucht?

GERNOT KANDUTH

Eine Litigation-PR nach dem Motto „koste es, was es wolle“ nimmt den Preis eines Vertrauensverlustes der Menschen in die Gerichtsbarkeit und damit in den Rechtsstaat in Kauf. Umso bedenklicher, wenn sie von einer politischen Partei mit Regierungsverantwortung nicht nur mitgetragen, sondern durch Medienaussendungen, Pressekonferenzen und Fernsehauftritte zusätzlich befeuert wird.

Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 (Teil 3)

Ein (versuchter) Blick auf praktische Probleme

AUTOR: Mag. Philipp Ent, Richter des Bezirksgerichts Purkersdorf.

INHALTSÜBERSICHT

6. ABSCHLUSS EINES VERGLEICHS IM RAHMEN EINER VIDEOVERHANDLUNG
7. RECHTSMITTELMÖGLICHKEITEN DER PARTEIEN
 - 7.1. Anfechtung der (Nicht-) Ausschreibung einer Videoverhandlung mit Rekurs
 - 7.2. Anfechtung mit Berufung gegen die Entscheidung in der Hauptsache
 - 7.2.1. Nichtigkeit wegen Ausschlusses der Parteienöffentlichkeit
 - 7.2.2. Nichtigkeit wegen Ausschluss der Volksöffentlichkeit
 - 7.2.3. Geltendmachung als sonstiger Verfahrensmangel
 - 7.2.4. Geltendmachung einer unzulässigen Personalbeweisaufnahme
8. FAMILIENGERICHTLICHE VERFAHREN UND SONSTIGE AUßERSTREITVERFAHREN
 - 8.1. Allgemeines zum Außerstreitverfahren
 - 8.2. Besonderheiten in familiengerichtlichen Verfahren und im Verlassenschaftsverfahren
 - 8.2.1. Anwaltpflicht für Zustimmung?
 - 8.2.2. Vertretungspflicht für alle Parteien?
 - 8.2.3. Besonderheiten im Beweisverfahren
 - 8.2.4. Konsequenzen eines Verstoßes
9. EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN
 - 9.1. Voraussetzungen einer Videoverhandlung im Provisorialverfahren
 - 9.2. Keine Notwendigkeit zur Zustimmung zu Videoverhandlungen
 - 9.3. Recht auf persönliche Anwesenheit
 - 9.4. Widerspruch gegen eine Vernehmung mit Video
 - 9.5. Sonstige Abweichungen zum Zivilprozess
 - 9.6. Besonderheiten beim Bescheinigungsverfahren
10. FAZIT

Im ersten Teil des Beitrages (RZ 2023, 284) wurden die Geschichte der Videokonferenztechnik im österreichischen Zivilprozess und die in § 132a Abs 1 ZPO statuierten Anwendungsvoraussetzungen beleuchtet. Im zweiten Teil (RZ 2024, 56) wurden die Auswirkungen der ZVN 2023 auf das Beweisverfahren im klassischen Zivilprozess sowie einige in der Praxis allenfalls relevante Sonderfragen behandelt.

6. ABSCHLUSS EINES VERGLEICHS IM RAHMEN EINER VIDEOVERHANDLUNG

Der Gesetzgeber wollte jedenfalls auch einen Vergleichsabschluss im Rahmen einer Videoverhandlung ermöglichen.¹⁴⁰⁾ Nach § 132a Abs 3 ZPO hat das Gericht hierfür entweder den Text des Vergleichs den Parteien auf dem Bildschirm sichtbar zu machen oder den Vergleichstext deutlich vorzulesen **beziehungsweise** den auf einem Tonträger aufgenommenen Vergleichstext für alle deutlich hörbar abzuspielen. § 132a Abs 3 ZPO entspricht daher inhaltlich weitestgehend § 3 Abs 3 vierter bis sechster Satz 1. COVID-19-JuBG idF ab BGBl I 30/2020.

Die vermutlich häufigste Vorgehensweise der Gerichte beim Vergleichsabschluss in einer Videokonferenz wird darin bestehen, den Vergleich während der Verhandlung abzutippen und anschließend den eigenen Bildschirm zu teilen, damit die Parteien den Text auf ihren Bildschirmen lesen können. Diese Vorgehensweise funktioniert natürlich nur, wenn bei der Videoverhandlung „Zoom“ – und nicht

die alten H.323-Videokonferenzanlagen – verwendet werden.

Das Gesetz erlaubt aber auch den Vergleichstext deutlich vorzulesen **beziehungsweise** den auf einem Tonträger aufgenommenen Vergleichstext für alle deutlich hörbar abzuspielen. Diese gesetzliche Formulierung ruft sofort Erinnerungen an die Ausführungen Hingers zur Problematik der Verwendung des Wortes „beziehungsweise“ in juristischen Texten hervor.¹⁴¹⁾ Auch das OLG Wien erwähnte in einer Entscheidung, dass die Verwendung des Worts „beziehungsweise“ in den meisten Fällen undeutlich sei und üblicherweise offenlasse, ob damit „und“ oder „oder“ gemeint ist.¹⁴²⁾ Das gilt auch für § 132a Abs 3 ZPO, da die Bestimmung nicht erkennen lässt, ob das Gericht entweder einen Vergleich vorlesen oder ein aufgenommenes Tonband abspielen kann oder ob beide Dinge kumulativ gemacht werden müssen. Weder die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur ZVN 2023, noch jene zum Ministerialentwurf zur ZVN 21/22,¹⁴³⁾ noch jene zum Initiativantrag zum 8. COVID-19-Gesetz,¹⁴⁴⁾ in welchen jeweils eine wortgleiche Formulierung enthalten war, gehen auf diese Frage ein. Für die Pflicht zum kumulativen Vorlesen des

140) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 4.

141) Hinger, und oder oder oder bzw., ÖJZ 2019, 748.

142) OLG Wien 33 R 97/21h = ÖBl 2022, 177.

143) 138/ME XXVII. GP 9.

144) 436/A XXVII. GP 4.

Vergleichstextes und dem anschließenden Vorspielen des Tonbandes spricht mAn, dass wohl auch dem Gesetzgeber klar gewesen ist, dass ein:e Richter:in einen Vergleichstext diktieren – also deutlich vorlesen – muss, bevor sie:er die Möglichkeit hat, das aufgenommene Tonband für die Parteien hörbar abzuspielen. Bei einer gegenteiligen Auslegung käme der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, das aufgenommene Tonband vorzuspielen, kaum ein Anwendungsbereich zu.

Der Wille der nicht persönlich anwesenden Parteien, den gerichtlichen Vergleich abzuschließen, muss anschließend unter Bedachtnahme auf die technischen Gegebenheiten klar und deutlich zum Ausdruck kommen. Sinnvollerweise wird man die Parteien fragen, ob sie den Vergleich akustisch und inhaltlich verstanden haben und anschließend um eine ausdrückliche Zustimmung ersuchen. Für diese Parteien besteht – naturgemäß – keine Möglichkeit und folglich keine Pflicht zur Unterfertigung des Vergleichs.¹⁴⁵⁾ Alle Parteien, die beim Vergleichsabschluss (im Rahmen einer „hybriden“ Verhandlung) physisch im Gerichtssaal anwesend sind, müssen den Vergleich aber weiterhin unterschreiben.¹⁴⁶⁾

7. RECHTSMITTELMÖGLICHKEITEN DER PARTEIEN

Die Gesetzesmaterialien befassen sich nur am Rande mit der Frage, welche Möglichkeiten den Parteien zukommen, sich gegen eine Nichteinhaltung der in § 132a ZPO enthaltenen Vorgaben mit einem Rechtsmittel zu wehren. Denkbar ist, dass Parteien die (Nicht-) Ausschreibung einer Videoverhandlung mit Rekurs anfechten wollen. Denkbar ist auch, dass sie in einer Berufung gegen die Entscheidung in der Hauptsache vorbringen, dass eine

der Voraussetzungen des § 132a ZPO nicht gegeben war. Hier ist zwischen unterschiedlichen prozessualen Konstellationen zu unterscheiden:

7.1. Anfechtung der (Nicht-) Ausschreibung einer

Videoverhandlung mit Rekurs

§ 132a Abs 1 ZPO legt ausdrücklich fest, dass Videoverhandlungen nur von Amts wegen angeordnet werden und den Parteien nur ein Anregungsrecht zukommt. Aufgrund dessen besteht jedenfalls keine Möglichkeit, die Entscheidung des Gerichts *keine* Videokonferenz anzuberaumen, mit Rekurs oder in einem Rechtsmittel in der Hauptsache anzugreifen.¹⁴⁷⁾ Das Gericht muss eine dahingehende Entscheidung auch nicht begründen.

§ 132a ZPO sieht aber keinen generellen Rechtsmittelausschluss für gerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit der Anberaumung von Videoverhandlungen vor, weshalb sich die Frage stellt, ob die *Anberaumung* einer Videoverhandlung anfechtbar ist, insbesondere wenn eine solche anberaumt wurde, obwohl (vermeintlich) die in § 132a Abs 1 ZPO vorgesehenen Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht vorlagen.

Gemäß § 257 Abs 4 ZPO sind sämtliche in § 257 ZPO vorgesehenen Anordnungen – also beispielsweise die Anberaumung einer vorbereitenden Tagsatzung – unanfechtbar. Dieser Rechtsmittelausschluss gilt für alle Anordnungen zur Einleitung der Streitverhandlung und Vorbereitung der mündlichen Verhandlung.¹⁴⁸⁾ Soweit eine vorbereitende Tagsatzung in Form einer Videoverhandlung ausgeschrieben wird, könnte aber fraglich sein, ob sich ein gegen die Durchführung der Tagsatzung in Form einer Videoverhandlung gerichteter Rekurs

gegen eine Anordnung nach § 257 ZPO richtet und der Rechtsmittelausschluss zur Anwendung gelangt. Streng genommen tritt die:der Rechtsmittelwerber:in in einem solchen Rekurs ja nicht der Anordnung der vorbereitenden Tagsatzung, sondern nur ihrer Durchführung in Form einer Videoverhandlung entgegen.

Gemäß § 130 Abs 2 ZPO kann allgemein die Anberaumung einer Tagsatzung nicht mit einem *abgesonderten Rechtsmittel* angefochten werden. Zweifelsfrei stellt auch die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung die Anberaumung einer Tagsatzung dar. Die Erhebung eines Rekurses wäre daher gemäß § 515 ZPO nur mit einer sog. „*Trägerrakete*“,¹⁴⁹⁾ also gemeinsam mit der nächstfolgenden, selbstständig anfechtbaren Entscheidung oder der Endentscheidung möglich.¹⁵⁰⁾ Die vermutlich einfachste Möglichkeit bestünde darin, einen – unbegründeten – Antrag auf Vertagung der Tagsatzung zu stellen und dessen Abweisung gemeinsam mit der Anberaumung der Tagsatzung im Wege einer Videoverhandlung zu bekämpfen. Allerdings hindert ein derartiger Rekurs nicht die Abhaltung der (Video-)Verhandlung während des anhängigen Rekursverfahrens.¹⁵¹⁾ Empfehlenswert ist daher in einem solchen Fall, den Vertagungsantrag erst am Beginn der Tagsatzung, vor Eingehen in die Sache, abzuweisen.¹⁵²⁾

Der deutsche Gesetzgeber wählte den entgegengesetzten Weg und gibt allen Parteien und Nebenintervenienten die Möglichkeit die Durchführung einer Videokonferenz oder einer hybriden Verhandlung zu beantragen. Nur in Ausnahmefällen soll das Gericht einen darauf abzielenden Antrag abweisen,

wobei eine Abweisung gemäß § 128a Abs 2 dZPO unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls umfassend begründet werden muss und formularmäßige Ablehnungen unzulässig sind. Lediglich für Videobeweisaufnahmen besteht keine derart strenge Begründungspflicht.¹⁵³⁾ Dafür erklärt § 128a Abs 5 dZPO aber umgekehrt sämtliche Entscheidungen nach der besagten Bestimmung pauschal für unanfechtbar.

7.2. Anfechtung mit Berufung gegen die Entscheidung in der Hauptsache
Parteien könnten auch versuchen, einen Verstoß gegen § 132a Abs 1 ZPO als Nichtigkeit oder sonstigen Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO in einer Berufung aufzugreifen. MA bestehen aber diesbezüglich nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, weil die „*ungesetzliche*“ Anberaumung einer Videoverhandlung den Parteien selten die *Möglichkeit der Teilnahme* nehmen wird und Verstöße gegen § 132a Abs 1 ZPO nur selten geeignet sein werden, *die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung einer Streitsache zu hindern*:

7.2.1. Nichtigkeit wegen Ausschlusses der Parteienöffentlichkeit

Wenn eine Partei einer Videoverhandlung (allenfalls teilweise) fernbleibt, hinsichtlich derer nicht alle in § 132a Abs 1 ZPO statuierten Voraussetzungen vorlagen, stellt sich die Frage, ob dieser Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch einen *ungesetzlichen Vorgang entzogen wurde*, was zur Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 4 ZPO führen kann. Dieser Nichtigkeitsgrund ist nicht nur dann erfüllt, wenn eine Partei gar nicht an der mündlichen Verhandlung teilnehmen konnte – also insbesondere, wenn eine Säumnisentscheidung erging – sondern auch, wenn die Partei gehindert war, an

einer von mehreren Tagsatzungen zur mündlichen Streitverhandlung teilzunehmen und deswegen ein Vorbringen nicht erstatten oder eine Prozesshandlung nicht setzen konnte.¹⁵⁴⁾

Damit dieser Nichtigkeitsgrund gegeben ist, müssen nach Rsp und Lehre nachfolgende Voraussetzungen zutreffen: (a) Ein *ungesetzlicher Vorgang*, der (b) einer Partei (c) die *Möglichkeit nimmt*, (d) vor Gericht zu *verhandeln*. So lange auch nur eine dieser Voraussetzungen fehlt, liegt der Nichtigkeitsgrund nicht vor.¹⁵⁵⁾ Das Rechtsmittelgericht hat die Frage, ob Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 4 ZPO vorliegt, im Übrigen von Amts wegen zu prüfen.¹⁵⁶⁾

Der Begriff des *ungesetzlichen Vorgangs* wird weder in der Rsp noch in der Lehre abstrakt, sondern regelmäßig anhand konkreter Beispiele – wie einer mangelhaften Zustellung oder eines ungerechtfertigten Ausschlusses von der Verhandlung – definiert. Daher könnte mAn das Fehlen jeder in § 132a Abs 1 ZPO vorgesehenen Voraussetzung für die Durchführung einer Videoverhandlung¹⁵⁷⁾ – also, dass entweder die Durchführung einer Videoverhandlung unter dem Gesichtspunkt der Videokonferenz nicht tunlich war oder die technischen Voraussetzungen nicht vorlagen oder die Zustimmung der Parteien nicht erteilt wurde – die Anberaumung einer solchen zum *„ungesetzlichen Vorgang“* machen.

In allen diesen Fällen wird aber mAn fraglich sein, ob die Anberaumung einer Videoverhandlung entgegen der Vorgaben des § 132a Abs 1 ZPO der Partei *die Möglichkeit genommen hat*, vor Gericht zu verhandeln. Schließlich hat die Partei auch dann, wenn sie der Videoverhandlung widerspricht oder sonst auf dem Standpunkt steht, dass sich das Prozessprogramm der

Tagsatzung nicht für eine Videoverhandlung eignet, immer die Möglichkeit sich in die Videokonferenz einzuwählen.

Eine Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 4 ZPO wird mAn nur anzunehmen sein, wenn eine Partei dem Gericht im Widerspruch mitteilt, nicht über das technische Equipment (oder die IT-Kenntnisse) zur Durchführung einer Videoverhandlung zu verfügen und das Gericht trotzdem eine Videoverhandlung anberaumt (was wohl in der Praxis nie vorkommen wird) oder während der Videoverhandlung technische Probleme auftreten, welche eine Partei de facto von Teilen der Verhandlung ausschließt. Soweit ein:e Partei(-envertreter:in) mitteilt, dass technische Probleme vorlagen, aufgrund derer sie:er der Tagsatzung (teilweise) nicht folgen konnte, kann dieses Problem saniert werden, indem in weiterer Folge – entweder während der Videoverhandlung oder in einer weiteren Tagsatzung, an der die zuvor *„ausgeschlossene“* Partei teilnimmt – der Stoff der versäumten Verhandlung neuerlich erörtert und verhandelt und

145) § 209 Abs 3 ZPO.

146) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 4.

147) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 4.

148) *Kodek in Fasching/Konecny*³ § 257 ZPO, Rz 46.

149) Vgl *Kodek*, Der aufgeschobene Rekurs: Ein Plädoyer an den Gesetzgeber, Zak 2022, 367.

150) Vgl *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*⁵ § 141 ZPO, Rz 4; vgl zum verbundenen Rekurs näher: *Sloboda in Fasching/Konecny*³ § 515 ZPO, Rz 3.

151) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ § 136 ZPO, Rz 8.

152) RIS-Justiz RS0114577.

153) Änderungsantrag des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 20(6)73, 39f.

154) RIS-Justiz RS0007437.

155) RIS-Justiz RS00422202; *Pimmer in Fasching/Konecny*³ § 477 ZPO, Rz 44.

156) RIS-Justiz RS0041901 [T3].

157) Vgl dazu Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 1 (RZ 2023, 284), Pkt 3.

der Partei die Möglichkeit zur Antragstellung und zur Erstattung von Vorbringen gegeben wird.¹⁵⁸⁾

7.2.2. Nichtigkeit wegen Ausschluss der Volksöffentlichkeit

Soweit eine grundsätzlich öffentliche Videotagsatzung in einer Weise durchgeführt wird, durch welche die Öffentlichkeit der Verhandlung ausgeschlossen wird,¹⁵⁹⁾ könnte Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 7 ZPO vorliegen, welche ebenfalls von Amts wegen durch das Rechtsmittelgericht aufzugreifen ist.¹⁶⁰⁾

7.2.3. Geltendmachung als sonstiger Verfahrensmangel

Die Parteien könnten den Umstand, dass eine Videoverhandlung entgegen der Vorgaben des § 132a Abs 1 ZPO anberaumt und durchgeführt wurde, in einer Berufung auch als sonstige Mangelhaftigkeit des Verfahrens iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO aufgreifen.

Inwieweit ein Verstoß gegen § 132a Abs 1 ZPO vorliegt, weil sich eine Tagsatzung aus dem Blickwinkel der Prozessökonomie nicht als Videoverhandlung eignete¹⁶¹⁾ oder die technischen Voraussetzungen nicht vorgelegen sind, müsste dabei mAn stets *ex ante* beurteilt werden. Eine Anfechtbarkeit könnte daher nur bestehen, wenn diese Voraussetzungen *im Zeitpunkt der Ausschreibung der Tagsatzung* nicht vorlagen, weshalb etwa die bei der Tagsatzung erfolgende Vorlage umfangreicher Urkundenkonvolute oder die im Rahmen der Verhandlung entstehende Notwendigkeit zum Ergreifen sitzungspolizeilicher Maßnahmen keine tauglichen Argumente zur Begründung eines Verfahrensmangels wären. Gleiches gilt für während der Tagsatzung auftretende Verbindungsprobleme, wobei in diesen Fällen allenfalls die Unterlassung der Erstreckung der mündlichen Verhandlung nach § 134

Z 1 ZPO¹⁶²⁾ einen Verfahrensmangel¹⁶³⁾ oder im äußersten Fall sogar Nichtigkeit¹⁶⁴⁾ begründen könnte.

Soweit versucht wird, einen Verstoß gegen § 132a Abs 1 ZPO als sonstigen Verfahrensmangel zu rügen, wird sich weiters die Frage stellen, inwieweit dieser geeignet gewesen sein soll, *eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache zu verhindern* (§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO). Außerdem ist wohl davon auszugehen, dass ein derartiger Fehler als Verstoß gegen Vorschriften zur formellen Prozessleitung¹⁶⁵⁾ anzusehen und daher nach § 196 ZPO *rügepflichtig* ist.

7.2.4. Geltendmachung einer unzulässigen Personalbeweisaufnahme

Eine Partei könnte in einem Rechtsmittel auch aufgreifen, dass *Beweise* entgegen der Bestimmung des § 132a Abs 1 ZPO aufgenommen wurden, beispielsweise weil eine Parteeinvernahme außerhalb der vorbereiteten Tagsatzung stattfand oder ein:e Zeug:in, welcher nicht als informierter: Vertreter:in nach § 258 Abs 2 ZPO anzusehen ist, via Video vernommen wurde.¹⁶⁶⁾ Da die Rsp davon ausgeht, dass nach § 277 ZPO durchgeführte Beweisaufnahmen via Videokonferenz unter dem Aspekt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes keinen Bedenken begegnen,¹⁶⁷⁾ wird sicherlich keine Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit¹⁶⁸⁾ – wobei ohnehin strittig ist, ob eine nicht in § 477 ZPO aufgezählte Verletzung eines Prozessgrundsatzes Nichtigkeit eines Urteils begründen kann¹⁶⁹⁾ – vorliegen.

Diese Dinge könnten aber (abstrakt betrachtet) eine *Mangelhaftigkeit des Verfahrens* darstellen.¹⁷⁰⁾ Die Rechtsprechung geht allerdings davon aus, dass anwaltlich vertretene Parteien

derartige Verstöße gegen die Unmittelbarkeit des Verfahrens gemäß § 196 Abs 1 ZPO *rügen müssen*, damit sie in einem Rechtsmittel geltend gemacht werden können.¹⁷¹⁾ Die Rüge muss ehestmöglich erfolgen, also vor Einlassung in die Sache oder Setzen einer Prozesshandlung.¹⁷²⁾

Völlig offen erscheint aus meiner Sicht, ob der Umstand, dass Parteien oder Zeug:innen im Wege einer Videokonferenz vernommen wurden, mittels *Beweisrüge* angefochten werden kann. Beispielsweise denkbar wäre, dass eine Partei, deren Prozessgegner:in im Wege einer Videoverhandlung vernommen wurde, moniert, dass das Gericht deren:dessen Aussage im Fall einer Einvernahme in Präsenz aufgrund der besseren Wahrnehmbarkeit nonverbaler Signale anders gewürdigt hätte und daher zu anderen Feststellungen gelangt wäre. Diese Frage wird nur die Rechtsprechung beantworten können, wobei – aufgrund der Unüberprüfbarkeit der Beweiswürdigung im Revisionsverfahren¹⁷³⁾ – wohl eine je nach (Ober-)Landesgerichtssprengel unterschiedliche Rechtsprechung zu befürchten steht.

8. FAMILIENGERICHTLICHE VERFAHREN UND SONSTIGE AUßERSTREITVERFAHREN

Möglicherweise aufgrund der Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes zur ZVN 21/22 entschloss sich der Gesetzgeber dazu, Videoverhandlungen nicht nur im streitigen Zivilprozess, sondern auch in Verfahren außer Streitsachen und (streitigen und außerstreitigen) familiengerichtlichen Verfahren zu ermöglichen. Im vorliegenden Beitrag wird aus Platzgründen nicht auf die Regelungen im Erwachsenenschutzverfahren, Heimaufenthaltsgesetz und Unterbringungs-gesetz eingegangen.

8.1. Allgemeines zum Außerstreitverfahren

§ 18 Abs 2 AußStrG enthält eine § 132a Abs 1 ZPO wörtlich entsprechende Bestimmung für das Verfahren außer Streitsachen. § 18 Abs 3 AußStrG sieht aber für einige Außerstreitverfahren Ausnahmen vor,¹⁷⁴⁾ weshalb diese Ausführungen zu Punkt 8.1 einschränkungslos im Wesentlichen nur für wohnrechtliche Außerstreitverfahren gelten.

Gemäß § 31 Abs 6 AußStrG besteht auch bei einer Videoverhandlung im Verfahren außer Streitsachen die Möglichkeit, Sachverständigengutachten ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 277 ZPO im Wege der Videokonferenz erstatten oder erörtern zu lassen und Parteien in der *ersten Tagsatzung* mittels Video zu vernehmen.¹⁷⁵⁾

Nach § 78 Abs 4 letzter Satz AußStrG gilt § 132a Abs 2 ZPO im Verfahren außer Streitsachen *sinngemäß*. Nach der verwiesenen Bestimmung des § 132a Abs 2 ZPO¹⁷⁶⁾ können Rechtsanwält:innen in jenen Fällen, in welchen die mündliche Streitverhandlung in einer Videotagsatzung *geschlossen wird*, das bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorzulegende Kostenverzeichnis rechtzeitig vorlegen, indem sie es spätestens bis zum Ablauf des auf die mündliche Verhandlung folgenden Tages dem Gericht per ERV übermitteln. Die Frist des § 54 Abs 1a ZPO beginnt diesfalls mit der Zustellung des Kostenverzeichnisses durch das Gericht an die:den Gegner:in. Dieser pauschale Verweis des § 78 Abs 4 letzter Satz AußStrG geht – worauf das Landesgericht Korneuburg im Begutachtungsverfahren hinwies – gleich mehrfach ins Leere:

◆ Einerseits kennt das Verfahren außer Streitsachen keinen formellen

Schluss der Verhandlung,¹⁷⁷⁾ weshalb eine mündliche Verhandlung im Verfahren außer Streitsachen niemals in einer Videoverhandlung *geschlossen* werden kann.

◆ Rechtsanwält:innen sind in jenen außerstreitigen Verfahren, in welchen eine Kostenersatzpflicht besteht (zB Aufteilungsverfahren, Verfahren über das Erbrecht nach §§ 160ff AußStrG oder Verfahren über den Unterhalt volljähriger Kinder), vielmehr gehalten, nach jeder Verfahrenshandlung (und daher nach jeder Tagsatzung) die angefallenen Kosten zu verzeichnen, andernfalls der (teilweise) Anspruchsverlust drohen kann.¹⁷⁸⁾ Geltungserhaltend kann die Bestimmung des § 78 Abs 4 letzter Satz AußStrG daher nur dahingehend interpretiert werden, dass Rechtsanwält:innen bei *allen Videoverhandlungen im Außerstreitverfahren* ihre Kostenverzeichnisse für *die konkrete Verhandlung* (allenfalls unter gleichzeitiger Verzeichnung aller früher entstandener Kosten) am Tag nach der Verhandlung per ERV übermitteln können.

◆ Eine Rügeobliegenheit nach § 54 Abs 1a ZPO besteht im Verfahren außer Streitsachen jedenfalls nicht.¹⁷⁹⁾ Der Verweis auf den letzten Satz des § 132a Abs 2 ZPO ist daher gegenstandslos.

Gemäß § 30 Abs 2 letzter Satz AußStrG gilt § 132a Abs 3 ZPO auch im Außerstreitverfahren *sinngemäß*, weshalb unter den gleichen Bedingungen wie im Zivilprozess die Möglichkeit zum Vergleichsabschluss während einer Videoverhandlung besteht.¹⁸⁰⁾ Gemäß § 95 Abs 2 AußStrG gelten die in § 132a Abs 3 ZPO vorgesehenen Modalitäten auch für den Abschluss eines Scheidungsvergleichs.

-
- 158) OGH 6 Ob 205/11g; 2 Ob 100/14s; *Pimmer in Fasching/Konecny*³ § 477 ZPO, Rz 45.
- 159) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 1 (RZ 2023, 284), Punkt 3.2.2.
- 160) *Pimmer in Fasching/Konecny*³ § 477 ZPO, Rz 65.
- 161) Laut der Stellungnahme des OLG Wien zur ZVN 23 kann dieser Umstand in einem Rechtsmittel geltend gemacht werden.
- 162) Vgl dazu näher Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 5.3.
- 163) Vgl dazu *Schneider*, (Nicht-)Erstreckung von Tagsatzungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Mangelhaftigkeit des Verfahrens, EF-Z 2016, 177.
- 164) Vgl dazu oben Punkt 7.2.1.
- 165) Vgl dazu *Höllwerth in Fasching/Konecny*³ § 196 ZPO, Rz 13; *Trenker in Kodek/Oberhammer* § 196 ZPO, Rz 8.
- 166) Zum Thema insgesamt Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 4.2.
- 167) RIS-Justiz RS0046333 [T44]; vgl auch RIS-Justiz RS0041480.
- 168) *Konecny in Fasching/Konecny*³ Einleitung II, Rz 1/3.
- 169) *Pimmer in Fasching/Konecny*³ § 477 ZPO, Rz 2; vgl dazu auch: OGH 5 Ob 262/01t; 8 Ob 126/07y.
- 170) Vgl zum vergleichbaren Themenkreis des § 277 ZPO: *Rechberger in Fasching/Konecny*³ § 277 ZPO, Rz 2; *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*⁵ § 277 ZPO, Rz 2; *Spitzer in Spitzer/Wilfing*, Beweisrecht § 277 ZPO, Rz 4.
- 171) OGH 9 ObA 222/99h; 3 Ob 174/21s; 9 ObA 63/23i; idS auch *Pochmarski/Tanczos/Kober in Pochmarski/Tanczos/Kober*, Berufung in der ZPO⁴, 107; aM *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch Zivilprozess², 144; *Rechberger in Fasching/Konecny*³ § 281a ZPO, Rz 12.
- 172) *Höllwerth in Fasching/Konecny*³ § 196 ZPO, Rz 17; *Fucik in Rechberger/Klicka*⁵ § 196 ZPO, Rz 1.
- 173) RIS-Justiz RS0043371.
- 174) Vgl Punkt 8.2.
- 175) Vgl dazu Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 4.1.
- 176) Vgl dazu Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 5.6.
- 177) *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR² § 78 AußStrG, Rz 7.
- 178) LGZ Wien 44 R 110/16a = EFSIlg 152.059; 45 R 361/14t = EFSIlg 144.408; 42 R 213/15g = EFSIlg 148.067; LG Eisenstadt 20 R 89/19s = EFSIlg 162.395; LG Linz 15 R 29/15p = EFSIlg 148.068; *Obermaier in Gitschthaler/Höllwerth*² § 78 AußStrG, Rz 12, *ders*, kostenseitig, ÖJZ 2014, 1116.
- 179) *Obermaier in Gitschthaler/Höllwerth*² § 78 AußStrG, Rz 13; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR² § 78 AußStrG, Rz 63.
- 180) Vgl dazu Punkt 6.

8.2. Besonderheiten in familiengerichtlichen Verfahren und im Verlassenschaftsverfahren

Eine Sonderregelung nahm der Gesetzgeber für die meisten (streitigen und außerstreitigen) familiengerichtlichen Verfahren vor. Die nachstehenden Besonderheiten gelten in concreto für:

- alle (streitigen oder einvernehmlichen) Scheidungen,
- alle sonstigen Ehesachen nach § 49 Abs 2 Z 2a JN,¹⁸¹⁾
- alle nicht rein vermögensrechtlichen aus dem gegenseitigen Verhältnis zwischen Ehegatten entspringenden Streitigkeiten nach § 49 Abs 2 Z 2b JN,¹⁸²⁾
- alle Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten iSd II. Hauptstücks des AußStrG¹⁸³⁾ sowie
- alle im Außerstreitverfahren zu führenden Verlassenschaftsverfahren.¹⁸⁴⁾

In allen diesen Verfahren *dürfen* Parteien gemäß § 460 Z 1a ZPO und § 18 Abs 3 AußStrG nur dann unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung an einer Videotagsatzung teilnehmen, wenn sie *durch Rechtsanwält:innen*¹⁸⁵⁾ vertreten sind. Der Gesetzgeber begründet diese Ausnahme (zusammengefasst) mit der hohen emotionalen Komponente dieser Verfahren.

MANwäre dieser Umstand aber eher ein Argument, dem Gericht einen besonders großen Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob die Durchführung einer Videoverhandlung angezeigt erscheint, einzuräumen.¹⁸⁶⁾ Richtig ist, dass Parteien im Scheidungsverfahren teilweise noch im selben Haushalt wohnen. Genauso oft ist eine Partei in einem Scheidungsverfahren bereits in einen ganz anderen Teil Österreichs oder gar ins Ausland umgezogen,

was besondere Anreisestrapsen zur mündlichen Verhandlung mit sich bringt. Durchaus berechtigt kann die Sorge vor einer Einflussnahme von Familienangehörigen auf Parteien in einem Pflegschaftsverfahren sein. In manchen Fällen sind Parteien gerade in diesen Verfahren so nervös, dass ihnen die Absolvierung einer Verhandlung nur möglich ist, wenn eine Vertrauensperson (schweigend) neben ihnen sitzt. Zahlreiche Scheidungsklagen werden außerdem – vor dem Hintergrund des § 57 Abs 1 EheG – zeitlich unmittelbar nach einem Akutereignis (beispielsweise einem körperlichen Übergriff oder einem festgestellten Ehebruch) eingebracht. In diesen Situationen ist für die Parteien bereits die Vorstellung, sich in der momentanen Situation im gleichen Raum wie die:der andere Ehepartner:in aufzuhalten, emotional höchst belastend.

Die Gesetzesmaterialien gehen außerdem davon aus, dass Videokonferenzen im familiengerichtlichen Verfahren nur mit vertretenen Parteien durchgeführt werden könnten, weil es in diesen Fällen die Aufgabe der Rechtsanwält:innen sei, dafür zu sorgen, dass die Parteien der Verhandlung entweder aus den Kanzleiräumlichkeiten oder aus der eigenen Wohnung in Abwesenheit von Angehörigen oder Bekannten der anderen Partei beiwohnen.¹⁸⁷⁾ Der ÖRAK weist in der Stellungnahme zur ZVN 23 darauf hin, dass gerade diese Dinge nicht zu den Aufgaben der Rechtsanwält:innen gehören.

Die Vereinigung der Diplomrechtspflegerinnen und Diplomrechtspfleger Österreichs regte in ihrer Stellungnahme zur ZVN 2023 außerdem an, Verlassenschaftsverfahren aus dem Katalog des § 18 Abs 3 AußStrG herauszunehmen, welcher Anregung der Gesetzgeber nicht nachkam. Dies führt

kurioserweise dazu, dass § 18 Abs 3 AußStrG auch in Verfahren über das Erbrecht nach §§ 160ff AußStrG, welche – ausweislich der Gesetzesmaterialien – einen besonders Streitähnlichen Charakter aufweisen,¹⁸⁸⁾ gilt. Insofern erscheint die unterschiedliche Behandlung des allgemeinen Zivilprozesses und des Verfahrens über das Erbrecht nach §§ 160 ff AußStrG systemwidrig. Freilich darf die praktische Konsequenz dieser Systemwidrigkeit nicht überschätzt werden, da in Verfahren über das Erbrecht gemäß § 162 AußStrG absolute Anwaltpflicht herrscht, wenn der Wert der Aktiven der Verlassenschaft voraussichtlich EUR 5.000,- übersteigt, sodass die Sondernorm des § 18 Abs 3 AußStrG in bloß wenigen Fällen praktische Auswirkungen hat.

8.2.1. Anwaltpflicht für Zustimmung?

Die GÖD sowie das LG Korneuburg warfen in ihren Stellungnahmen zur ZVN 2023 die Frage auf, ob Parteien in den genannten familiengerichtlichen Verfahren nur während einer Videoverhandlung anwaltlich vertreten sein müssen oder ob auch die Zustimmung zur Durchführung einer Videoverhandlung nur von anwaltlich vertretenen Parteien abgegeben werden kann. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird dazu ausgeführt, dass die Möglichkeit zur Erteilung einer Zustimmung zur Videoverhandlung nach den allgemeinen Regeln zur Vertretungspflicht zu beurteilen sei. Das Gericht müsse die Parteien bei der Einholung deren Zustimmung nur auf die Anwaltpflicht während der Videoverhandlung hinweisen.¹⁸⁹⁾

Mit anderen Worten können unvertretene Parteien in allen Verfahren, in welchen keine absolute Anwaltpflicht herrscht, ihre Zustimmung zur

Durchführung einer Videoverhandlung geben. Folglich kann daher auch unvertretenen Parteien die Ankündigung einer Videoverhandlung unter gleichzeitiger Setzung einer angemessenen Frist zur Erhebung eines Widerspruchs zugestellt werden.¹⁹⁰⁾ Dies erstaunt insofern, als sowohl der Oberste Gerichtshof und das OLG Wien, als auch der ÖRAK im Begutachtungsverfahren anregen, Videoverhandlungen ganz allgemein nur für vertretene Parteien zu ermöglichen und zur Begründung für diese Anregung die Sorge vor einer Überforderung der Partei im Hinblick auf die Ausübung eines Widerspruchs anführen.

8.2.2. Vertretungspflicht für alle Parteien?

Die Gesetzesmaterialien führen nicht explizit aus, ob Videoverhandlungen in familiengerichtlichen Verfahren nur durchgeführt werden dürfen, wenn **alle Parteien** anwaltlich vertreten sind, oder ob jene Parteien, die eine anwaltliche Vertretung haben, via Video an einer Verhandlung teilnehmen können und jene Parteien, welche unvertreten sind, persönlich bei Gericht erscheinen müssen. Der Wortlaut des Gesetzes spricht für die zweitgenannte Variante, zumal sowohl in § 460 Z 1a ZPO als auch in § 18 Abs 3 AußStrG davon die Rede ist, dass Parteien nur dann an einer Videoverhandlung teilnehmen dürfen, wenn **sie** anwaltlich vertreten sind.¹⁹¹⁾ Dies kann dazu führen, dass in manchen Verhandlungen eine (unvertretene) Partei physisch im Gerichtssaal anwesend sein muss, während die andere (anwaltlich vertretene) Partei die Möglichkeit hat, der Verhandlung über Video beizuwohnen, was zumindest in jenen Fällen, in welchen nur eine Partei wirtschaftlich in der Lage ist, eine Rechtsanwält:in mit der Vertretung zu beauftragen, zu

einer (subjektiv empfundenen) massiven Ungerechtigkeit führen kann. In diesem Zusammenhang ist übrigens auch darauf zu verweisen, dass das Gericht keine Möglichkeit hat, Verfahrenshilfe nach § 64 Abs 1 Z 3 ZPO zu gewähren, um einer Partei die Möglichkeit zu einer Videoverhandlung zu eröffnen, soweit im Verfahren keine Anwaltpflicht besteht und das Verfahren als solches keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten mit sich bringt.

8.2.3. Besonderheiten im Beweisverfahren

Wie oben erwähnt, können im Außerstreitverfahren gemäß § 31 Abs 6 AußStrG Sachverständigengutachten auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 277 ZPO im Wege der Videokonferenz erstattet oder erörtert werden und Parteien können in der ersten Tagsatzung mittels Video vernommen werden. Freilich setzt all dies das Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs 2 AußStrG, also insbesondere die Zustimmung der Parteien, voraus. In Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte besteht gemäß § 107 Abs 1 Z 2a AußStrG außerdem die Möglichkeit, die **Anhörung des Kinder- und Jugendhilfeträgers** und die **Erstattung und Erörterung von Berichten der Familiengerichtshilfe** im Wege der Videokonferenz durchzuführen. Auch hierfür müssen die Voraussetzungen des § 18 Abs 2 AußStrG erfüllt sein.

Soweit die Parteien während diesen Videobeweisaufnahmen physisch im Verhandlungssaal anwesend sind, benötigen sie nach den Gesetzesmaterialien keine anwaltliche Vertretung, obwohl die Beweisaufnahme in Form der Videokonferenz erfolgt.¹⁹²⁾ Die Notwendigkeit zur Vertretung besteht also nur dann, wenn eine

Partei über Video einer Verhandlung beiwohnt.

8.2.4. Konsequenzen eines Verstoßes

In den Gesetzesmaterialien und im Gesetzgebungsprozess überhaupt nicht thematisiert wurde die Frage, welche Konsequenzen eine Verletzung des § 460 Z 1a ZPO oder des § 18 Abs 3 AußStrG hat. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass infolge eines Abänderungsantrages des Justizausschusses die in der Regierungsvorlage in § 18 Abs 3 AußStrG vorgesehene Formulierung „**Parteien können nur dann unter Verwendung [...]**“ durch die Formulierung „**Parteien dürfen nur dann unter Verwendung [...]**“ ersetzt wurde. Mit dieser Änderung sollte betont werden, dass die Bestimmung sich sowohl an das Gericht als auch an die betreffende Partei richtet und nicht als reine Ermächtigungsnorm, sondern als Gebotsnorm zu verstehen ist.¹⁹³⁾

-
- 181) Also Streitigkeiten über die Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe oder Feststellungsklagen über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe.
- 182) Beispielsweise eine Klage, mit der der Anspruch nach § 97 ABGB auf Erhaltung der Ehwohnung durchgesetzt werden soll.
- 183) Also insbesondere Abstammungs-, Adoptions-, Aufteilungs-, Unterhalts-, Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren.
- 184) Daher für das klassische Verlassenschaftsverfahren einschließlich des Verfahrens über das Erbrecht nach §§ 160 ff AußStrG, nicht jedoch für (im Streitverfahren abzuhandelnde) Erbschafts-, Legats- oder Pflichtteilsklagen.
- 185) Im Verfahren außer Streitsachen ist auch eine Vertretung durch eine:n Notar:in ausreichend.
- 186) Vgl idS auch *Hotter*, ZVN 2023: Die Übernahme der Videoverhandlung ins Dauerrecht, *ecolx* 2023, 763.
- 187) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 6.
- 188) ErläutRV 224 BlgNR XXII GP 105.
- 189) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 6.
- 190) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 1 (RZ 2023, 284), Punkt 3.3.1.
- 191) AM unter Berufung auf den „*breiten Telos der Bestimmung*“: *Leupold in Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 460 ZPO, Rz 14.
- 192) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 7.
- 193) JAB 2155 BlgNR XXVII GP 2.

Aufgrunddessen könnte sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber mit den erwähnten Bestimmungen einen – im österreichischen Prozessrecht völlig einzigartigen, weil auf eine spezifische Verfahrenssituation beschränkten – Fall der *absoluten Anwaltpflicht* in einem ansonsten nicht (absolut) anwaltpflichtigen Verfahren statuieren wollte. Dies würde dazu führen, dass eine über Video einer Verhandlung zugeschaltete, nicht anwaltlich vertretene Partei während ebendieser als postulationsunfähig anzusehen wäre und dementsprechend kein Vorbringen erstatten und keine Fragen an Auskunftspersonen stellen könnte. Soweit man § 460 Z 1a ZPO und § 18 Abs 3 AußStrG als Spezialfälle der absoluten Anwaltpflicht ansieht, würde die Durchführung einer Videoverhandlung mit einer unvertretenen, nicht im Gerichtssaal anwesenden Partei einen Verfahrensmangel begründen.¹⁹⁴⁾ Inwieweit dies zutrifft, wird durch die Rsp zu klären sein.

9. EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN

§ 59a EO ermöglicht unter der – im Begutachtungsverfahren von der Richter:innenvereinigung und dem Handelsgericht Wien mAn völlig zurecht kritisierten – Überschrift „*virtuelle Durchführung*“¹⁹⁵⁾ die Durchführung von mündlichen Verhandlungen, Tag-satzungen und „*Einvernehmungen*“¹⁹⁶⁾ unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung in Verfahren nach der Exekutionsordnung einschließlich Verfahren über einstweilige Verfügungen.¹⁹⁷⁾ § 389 Abs 3 EO enthält eine Sonderregelung für bestimmte Konstellationen im Provisorialverfahren.¹⁹⁸⁾ Die Auswirkungen der beiden Bestimmungen für Provisorialverfahren sollen nachfolgend, mit besonderem Augenmerk auf sogenannte „*Gewaltschutz-EVs*“ nach

§§ 382b, 382c EO und „*Stalking-EVs*“ nach § 328d EO beleuchtet werden.

9.1. Voraussetzungen einer Video-verhandlung im Provisorialverfahren

Eine Videoverhandlung im Provisorialverfahren ist möglich, sofern

- ◆ diese Vorgangsweise unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie tunlich ist
- ◆ die technischen Voraussetzungen vorhanden sind, um die Durchführung verfahrenskonform sicherzustellen und
- ◆ die persönliche Anwesenheit der Parteien oder der zu vernehmenden Person für die *Durchführung des Verfahrens und die Entscheidungsfindung nicht erforderlich* ist.

Die beiden erstgenannten Voraussetzungen¹⁹⁹⁾ finden sich auch in § 132a ZPO und § 18 Abs 2 AußStrG und wurden bereits oben dargestellt.

Der Mehrwert der letztgenannten (nur in der Exekutions- und der Insolvenzordnung statuierten) Voraussetzung, dass eine Verhandlung oder Einvernahme mittels Video nur zulässig ist, wenn die persönliche Anwesenheit der Parteien oder der zu vernehmenden Person für die Durchführung des Verfahrens und die Entscheidungsfindung „*nicht erforderlich*“ ist, ist schwer identifizierbar, weil Richter:innen wohl auch vor einer Video-Einvernahme im Zivilprozess oder Außerstreitverfahren – auch wenn § 132a ZPO und § 18 Abs 2 AußStrG dies nicht explizit vorschreiben – überlegen werden (müssen), ob der damit verbundene Verlust an Unmittelbarkeit allenfalls negative Auswirkungen für die spätere Beweiswürdigung zeitigen könnte. MAN könnte die insoferne redundante,

ausdrückliche gesetzliche Erwähnung dieser Voraussetzung in § 59a EO die Praxis insbesondere in Provisorialverfahren vor erhebliche Probleme stellen.

Soweit man negative Auswirkungen einer Vernehmung mittels Video für die spätere Würdigung einer Aussage überhaupt bejaht,²⁰⁰⁾ stünde den Parteien im Zivilprozess und dem Verfahren außer Streitsachen allenfalls die Möglichkeit offen, dies im Rahmen einer Beweisrüge zu relevieren.²⁰¹⁾ Im Provisorialverfahren ist die erstgerichtliche Würdigung unmittelbar aufgenommener Beweise nach stRsp aber unanfechtbar.²⁰²⁾ Da § 59a EO die Erstrichter:innen nunmehr ausdrücklich verpflichtet, in Provisorialverfahren vorab einzuschätzen, ob die Vernehmung einer Auskunftsperson in Präsenz für eine hinreichende Würdigung derselben *erforderlich* ist, könnte eine Partei allenfalls in einem Rekurs gegen eine einstweilige Verfügung monieren, dass das Erstgericht zu Unrecht davon ausging, dass die persönliche Anwesenheit einer Partei oder einer:s Zeug:in für die Entscheidungsfindung nicht erforderlich war. Mit diesem Argument würde die Partei nicht unmittelbar die erstgerichtliche Beweiswürdigung, sondern vielmehr die Verletzung einer Verfahrensvorschrift adressieren und damit keine Beweisrüge, sondern eine (auch im Provisorialverfahren zulässige) Verfahrensrüge erheben. Im Ergebnis hätten Parteien aber freilich plötzlich die Möglichkeit, die erstgerichtliche Beweiswürdigung im Umweg einer Verfahrensrüge anzugreifen. Soweit man diese Möglichkeit bejaht, stellte sich für Erst- und Rechtsmittelrichter:innen stets die Frage, in welchen Fällen nur eine Vernehmung in Präsenz eine hinreichende Beweiswürdigung zulässt und wie man diese Fälle a priori alleine anhand des Antragsvorbringens

identifizieren kann. Beispielsweise könnte fraglich sein, ob alle Opfer behaupteter (physischer oder psychischer) Gewalt in Präsenz vernommen werden müssen, damit sich das Gericht einen hinreichenden persönlichen Eindruck verschaffen kann.

Die Gesetzesmaterialien befassen sich mit der genannten Voraussetzung nur im Zusammenhang mit § 254 IO und halten fest, dass die persönliche Anwesenheit der:des Schuldner:in bei Prüfungs-, Berichts-, Sanierungs- und Zahlungsplantagsatzungen notwendig sein könnte, damit sich das Gericht und die Gläubiger:innen einen persönlichen Eindruck der Leistungsfähigkeit und -bereitschaft sowie der Ernsthaftigkeit der:des Schuldner:in verschaffen können.²⁰³⁾ Inwieweit die aufgezeigte mögliche Konsequenz für Rechtsmittel gegen einstweilige Verfügungen mitbedacht oder beabsichtigt wurde, wird in den Materialien nicht thematisiert.

9.2. Keine Notwendigkeit zur Zustimmung zu Videoverhandlungen

Die Zustimmung oder der unterlassene Widerspruch der Parteien²⁰⁴⁾ ist – im Unterschied zum Zivilprozess und dem Außerstreitverfahren – grundsätzlich keine Voraussetzung für eine Videoverhandlung im Provisorialverfahren. Die Parteien haben lediglich das Recht auf persönliche Anwesenheit²⁰⁵⁾ und in Ausnahmefällen ein Recht auf Widerspruch gegen die eigene Vernehmung mittels Video.²⁰⁶⁾

Dies führt dazu, dass eine Partei niemals die physische Anwesenheit der anderen Partei bei einer mündlichen Verhandlung über eine einstweilige Verfügung erzwingen kann, was für den Bereich der sog. „Gewaltschutz-EVs“ nach §§ 382b, 382c EO und „Stalking-EVs“ nach § 382d einen (möglicherweise vom Gesetzgeber gar

nicht beabsichtigten) großen Vorteil bedeutet. Gerade bei diesen Verfahren, die regelmäßig nur wenige Tage oder Wochen nach Gewalterlebnissen oder sonst psychisch massiv belastenden Situationen stattfinden, bedeutet bereits die Vorstellung, sich in einem Raum mit der:dem Gegner:in der gefährdeten Partei zu befinden, für viele Antragsteller:innen oftmals eine massive psychische Hürde. Bislang behelfen sich die Erstgerichte entweder mit einer einseitigen Verfahrensführung nach § 382f Abs 2 EO oder einer abgesonderten Vernehmung der Antragsteller:innen nach § 289a ZPO. Eine einseitige Verfahrensführung nach § 382f Abs 2 EO ist aber bei „Stalking-EVs“ nach § 382d gar nicht²⁰⁷⁾ und bei „Gewaltschutz-EVs“ nach §§ 382b, 382c EO nur bei konkreten Anhaltspunkten für eine unmittelbar drohende weitere Gefährdung möglich. Die abgesonderte Vernehmung verhindert außerdem kein Zusammentreffen im oder vor dem Gericht im zeitlichen Zusammenhang mit der Tagsatzung.

Aufgrund der neuen Bestimmung des § 59a EO kann Antragsteller:innen in solchen Situationen eine Vernehmung mittels Video gewährt werden und gleichzeitig können die Verfahrensrechte der Antragsgegner:innen gestärkt werden, indem diesen eine Teilnahme am Bewilligungsverfahren sowie die Möglichkeit, Fragen an die Antragsteller:innen zu stellen, eröffnet wird. Problematisch könnte allerdings die oben erörterte²⁰⁸⁾ Konsequenz der ausdrücklichen gesetzlichen Erwähnung der „Erforderlichkeit“ der physischen Anwesenheit der Parteien bei einer mündlichen Verhandlung zu Zwecken der Entscheidungsfindung sein, sofern man die Möglichkeit bejaht, den Umstand einer Videobezeichnung mittels Verfahrensrüge aufzugreifen zu können.

9.3. Recht auf persönliche Anwesenheit

Gemäß § 59a EO sind Parteien und sonstige geladene Personen berechtigt, persönlich bei Gericht anwesend zu sein, wenn sie dies mindestens **drei Tage** vor der Tagsatzung oder Einvernahme **schriftlich** bekanntgeben. Auf diese Möglichkeit sind die Parteien nach den Gesetzesmaterialien in der Ladung hinzuweisen.²⁰⁹⁾ In einem solchen Fall wird das Gericht wohl berechtigt – möglicherweise sogar verpflichtet²¹⁰⁾ – sein, eine „hybride“ Tagsatzung durchzuführen, bei welcher eine Partei physisch im Verhandlungsraum anwesend und die

194) RIS-Justiz RS0110667, *Fasching*, Lehrbuch², Rz 1759, Pimmer in *Fasching/Konecny*³ § 477 ZPO, Rz 60.

195) Laut Duden bedeutet das Wort virtuell „nicht echt, nicht in Wirklichkeit vorhanden, aber echt erscheinend“. Videoverhandlungen sind aber natürlich reale Verhandlungen, welche sich alleine dadurch von anderen Verhandlungen unterscheiden, dass die Beteiligten nicht physisch im Gerichtssaal anwesend sind.

196) Auch dieses Wort, welches sich ansonsten nur in §§ 55 & 110 Geo (verlautbart im Jahr 1951), § 24 JN (verlautbart im Jahr 1895) und § 31 ZPO findet und in den besagten Bestimmungen teilweise auch schriftliche Äußerungen meint, scheint zumindest unglücklich gewählt, da die EO und die ZPO traditionell von „Vernehmungen“ und in neueren Bestimmungen vermehrt von „Einvernahmen“ spricht.

197) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 11.

198) Vgl Punkt 9.4.

199) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 1 (RZ 2023, 284); Punkt 3.1 und 3.2.

200) Vgl dazu die Ausführungen in Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 4.2.

201) Vgl dazu oben Punkt 7.2.4.

202) RIS-Justiz RS0012391.

203) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 11.

204) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 1 (RZ 2023, 284), Punkt 3.3.

205) Vgl Punkt 9.3.

206) Vgl Punkt 9.4.

207) Sailer in *Deixler-Hübner*, EO³⁶, § 382f EO, Rz 2; tlw abweichend Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR² § 382d EO, Rz 18, deren Ansicht freilich im Spannungsverhältnis zu EGMR Bsw 17056/06 („*Micallef gg Malta*“) steht.

208) Vgl Punkt 9.1.

209) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 11.

210) IdS *Eriksson*, Die Zivilverfahrens-Novelle 2023, ZIK 2023, 164.

andere Partei über Video zugeschaltet ist. Bereits erwähnt wurde, dass das Handelsgericht Wien im Begutachtungsverfahren dartat, dass hausintern kein ausreichendes technisches Equipment für „hybride“ Verhandlungen vorhanden sei. Dies trifft allenfalls auch auf manche Bezirksgerichte zu.

Das OLG Graz und das OLG Wien wiesen in ihren Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren außerdem darauf hin, dass die dreitägige Frist des § 59a EO als *prozessuale Frist* anzusehen ist, weshalb gemäß § 89 Abs 1 GOG die Tage des Postlaufes nicht eingerechnet werden. Bei unvertretenen Parteien kann dies dazu führen, dass die Bekanntgabe des Wunsches physisch an einer Tagsatzung teilzunehmen, erst bei Gericht einlangt, nachdem die Person sich dort persönlich einfand. Die Gerichte müssen daher wohl bei allen Einvernahmen einer unvertretenen Partei für ein spontanes Erscheinen derselben bei Gericht gewappnet sein, was die Gerichte vor schwer überwindbare praktische Hürden stellen würde. Die Richter:innenvereinigung wies im Begutachtungsverfahren außerdem darauf hin, dass für alle Parteien im Vorhinein Klarheit darüber bestehen sollte, ob ein:e Beteiligte:r persönlich bei Gericht erscheint, weil diese ihre eigene physische Anwesenheit von diesem Umstand abhängig machen könnten, um volle Waffengleichheit zu gewährleisten.

9.4. Widerspruch gegen eine Vernehmung mit Video

Soweit im Provisorialverfahren eine Einvernahme mit einer *drei Tage unterschreitenden Frist* angeordnet wird, kann gemäß § 389 Abs 3 EO diese nicht mittels Video durchgeführt werden, wenn sich „die geladene Person“ dagegen ausspricht. Die Konsequenzen eines derartigen Widerspruchs

scheinen äußerst unklar. In den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage wird § 389 Abs 3 EO mit dem „Charakter des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung als Eilverfahren“ begründet.²¹¹⁾ Dies spräche wohl dafür, dass die Bestimmung lediglich eine Ausnahme von der in § 59a EO statuierten dreitägigen Widerspruchsfrist anstrebt, sofern ab Anberaumung der Einvernahme keine drei Tage bis zu dieser vergehen. Bei dieser Auslegung könnte eine Partei zum Zeitpunkt der anberaumten Vernehmung wohl einfach persönlich bei Gericht erscheinen und dort mündlich erklären, dass sie jetzt in Präsenz vernommen werden möchte, was erneut zu den oben aufgezählten²¹²⁾ Problemen führte.

Die von § 59a EO auffallend abweichende Formulierung des § 389 Abs 3 EO lässt mAn aber auch die Auslegung zu, dass die geplante Einvernahme mittels Video zum geplanten Zeitpunkt im Falle eines Widerspruchs insgesamt hinfällig ist und ein neuer Termin für diese anberaumt werden muss, was dem „Charakter des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung als Eilverfahren“ offenkundig widerspräche. Das Landesgericht Korneuburg geht in seiner Stellungnahme zur ZVN 2023 überhaupt davon aus, dass im Falle eines Widerspruchs die Einvernahme insgesamt entfällt, weil die widersprechende Person diesfalls nicht als parates Bescheinigungsmittel angesehen werden könnte. Insgesamt wird wohl das Höchstgericht die tatsächliche Bedeutung des § 389 Abs 3 EO klarzustellen haben.

9.5. Sonstige Abweichungen zum Zivilprozess

§ 59a EO enthält keine Bestimmungen über den Vergleichsabschluss²¹³⁾ oder das Vorgehen beim Legen von Kostennoten durch Rechtsanwält:innen²¹⁴⁾ im

Rahmen von Videoverhandlungen im Provisorialverfahren. In diesen Punkten ist mAn aufgrund des Pauschalverweises in § 78 EO davon auszugehen, dass § 132a Abs 2 und 3 ZPO auch im Provisorialverfahren (sinngemäß) gilt.²¹⁵⁾

Probleme könnten sich hingegen bei technischen Störungen der Wort- und Bildübertragung ergeben. Soweit eine Partei sich wegen einer technischen Störung nicht in eine Videokonferenz einwählen kann und das Gericht daher von deren Säumnis ausgeht, steht der Partei im Zivilprozess regelmäßig die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offen.²¹⁶⁾ In Provisorialverfahren ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aber nach § 58 Abs 2 EO ausgeschlossen,²¹⁷⁾ sodass ein Versäumen einer Videoverhandlung durch Antragsteller:innen aus technischen Gründen die Abweisung eines Antrags nach §§ 382b, 382c EO zur Folge haben müsste, was zum vorzeitigen Ende eines polizeilichen Betretungs- und Annäherungsverbots nach § 38a Abs 10 SPG führen könnte.

Für den Zivilprozess ordnet § 134 Z 1 ZPO weiters die Erstreckung der mündlichen Verhandlung an, sofern sich technische Störungen der Wort- und Bildübertragung während einer Tagsatzung ergeben und einer Partei daraus ein prozessualer Nachteil entstehen könnte.²¹⁸⁾ Für das Provisorialverfahren werden aber auch Vertagungen zur neuerlichen Ladung von Auskunftspersonen als unzulässig angesehen.²¹⁹⁾ Bricht die Verbindung während der Einvernahme einer Auskunftsperson ab, wäre eine auf § 134 Z 1 ZPO gestützte Vertagung daher wohl ausgeschlossen. Soweit während einer Bescheinigungstagsatzung technische Störungen auftreten, welche eine (unvertretene) Partei von ihrer

Teilnahme insgesamt ausschließen, wird aber wohl eine Vertagung zur Wahrung deren rechtlichen Gehörs angezeigt sein.²²⁰⁾ Der Umstand, dass ein:e Vertreter:in einer Opferschutzrichtung nach § 25 Abs 3 SPG einer Videoverhandlung weiterhin beiwohnen kann, nachdem die Verbindung zur Partei abbrach, schließt eine Vertagung im Übrigen nicht aus, weil diesen keine Vertretungsbefugnis in der mündlichen Verhandlung zukommt.²²¹⁾

9.6. Besonderheiten beim Bescheinigungsverfahren

Letztlich enthält § 59a EO keinerlei Sonderregelungen für das Bescheinigungsverfahren und insbesondere keine Einschränkungen, welche Bescheinigungsmittel im Rahmen einer Videoverhandlung aufgenommen werden können. Ein Bescheinigungsverfahren nach § 274 ZPO iVm § 389 EO unterscheidet sich deutlich von einem regulären Beweisverfahren, da es sich bloß um ein summarisches Verfahren²²²⁾ mit herabgesetztem Beweismaß²²³⁾ handelt, keine Bindung an die in der Zivilprozessordnung genannten Beweismittel²²⁴⁾ oder Förmlichkeiten²²⁵⁾ besteht und vor allem nur „parate“ Bescheinigungsmittel aufgenommen werden dürfen.²²⁶⁾ MAn sprechen diese Besonderheiten – trotz des pauschalen Verweises des § 78 EO – gegen eine undifferenzierte Übernahme der in § 132a Abs 1 ZPO enthaltenen Einschränkungen der Beweisaufnahmen²²⁷⁾ auf das Provisorialverfahren.

Für Sachverständigengutachten bringt § 59a EO mAn keine Änderungen mit sich. Sachverständigengutachten werden weiterhin nicht als parate Bescheinigungsmittel iSd § 274 ZPO anzusehen sein,²²⁸⁾ während urkundliche Angaben eines Sachverständigen²²⁹⁾ oder Privatgutachten²³⁰⁾ zulässigerweise verwertet werden können.

Im Hinblick auf Personalbeweise gebietet die Besonderheit des Bescheinigungsverfahrens mAn, dass *alle Auskunftspersonen*, also die Parteien und *sämtliche Zeug:innen*, im Provisorialverfahren zulässigerweise unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Bild- und Tonübertragung vernommen werden *können*. Dafür spricht mAn auch, dass § 59a EO „zu vernehmende Personen“ neben den Parteien ausdrücklich erwähnt.

In diesem Zusammenhang könnte sich die Frage stellen, ob eine Partei oder ein:e Zeug:in, die – beispielsweise aufgrund der großen Entfernung zum Prozessgericht – nicht persönlich bei Gericht erscheinen kann, aber zum Ablegen einer Aussage im Rahmen einer Videokonferenz bereit ist, als „*parates Bescheinigungsmittel*“ anzusehen ist und daher per Video vernommen werden *muss*. Bislang wurden nur jene Auskunftspersonen als „*parat*“ eingestuft, welche von den Parteien zur Verhandlung mitgebracht werden.²³¹⁾ Eine Auskunftsperson, die nicht zu Gericht kommen kann, wurde nicht als parates Bescheinigungsmittel angesehen.²³²⁾ Telefonische Vernehmungen wurden unter Hinweis auf die Fraglichkeit der Identifizierung abgelehnt.²³³⁾ Eine Einvernahme im Wege der Videokonferenz nach § 277 ZPO scheidet mAn²³⁴⁾ schon deswegen aus, weil die besagte Bestimmung eine Videobeweisaufnahme nur zur Substituierung einer Einvernahme im Rechtshilfegew vorsieht und Einvernahmen im Rechtshilfegew im Provisorialverfahren unzulässig sind.²³⁵⁾ Nunmehr könnte eine Partei eine „*Auskunftsperson*“ namhaft machen und ausführen, dass diese jederzeit für eine Vernehmung mittels Videokonferenz zur Verfügung steht. Allerdings legt § 59a EO – im Einklang mit § 132a ZPO – ausdrücklich fest, dass die Parteien Videoverhandlungen

und Videobeweisaufnahmen lediglich *anregen*, nicht aber beantragen können. Daraus ist wohl zu schließen, dass ein Gericht niemals eine Videobeweisaufnahme durchführen *muss*, soweit keine Videoverhandlung durchgeführt wird. Wenn eine Verhandlung über eine Einstweilige Verfügung aber ohnehin unter Verwendung von Bild- und Tonübertragung durchgeführt wird, werden Auskunftspersonen, welche bereit sind, an dieser teilzunehmen, mAn wohl als *parat* anzusehen sein.

Gerade bei „*Gewaltschutz-EVs*“ nach §§ 382b, 382c EO und „*Stalking-EVs*“

-
- 211) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 12.
 212) Vgl oben Punkt 9.3.
 213) Vgl dazu oben Punkt 6; für den Bereich des Provisorialverfahrens ist freilich strittig, ob ein Vergleichsabschluss überhaupt möglich ist: vgl *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.52.
 214) Vgl dazu Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 5.6.
 215) Vgl zu den vom Verweis umfassten Bestimmungen insb *Fucik in Deixler-Hübner*, EO³³ § 78 EO, Rz 37ff.
 216) ErläutRV 2093 BlgNR XXVII GP 4.
 217) *Rassi in Deixler-Hübner*, EO³³ § 58 EO, Rz 8.
 218) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 5.3.
 219) *Spitzer in Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 274 ZPO, Rz 10.
 220) Vgl RIS-Justiz RS0074920.
 221) *Pimmer in Mohr/Pimmer/Schneider*, EO¹⁷ § 382f, Rz 1.
 222) LGZ Wien 45 R 544/16g = EFSlg 152.652.
 223) RIS-Justiz RS0040276.
 224) OLG Wien 9 Rs 196/04 = SVSlg 52.496; LGZ Wien 48 R 179/05m = EFSlg 112.467; 44 R 805/03p = EFSlg 106.351.
 225) *Rechberger in Fasching/Konecny*³ § 274 ZPO, Rz 4; *Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack-PK* § 274 ZPO, Rz 5.
 226) RIS-Justiz RS0005250.
 227) Vgl dazu Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 – Teil 2 (RZ 2024, 56) Punkt 4.
 228) RIS-Justiz RS0111858, RS0005474.
 229) RIS-Justiz RS0005284.
 230) *Spitzer aaO*, § 274 ZPO, Rz 7; *Rechberger aaO* § 274 ZPO, Rz 7; *Ziehensack aaO* ZPO-PK § 274 ZPO, Rz 6.
 231) zB LGZ Wien 42 R 128/14f = EFSlg 144.978; 44 R 345/17m = EFSlg 156.163.
 232) RIS-Justiz RS0005289.
 233) OGH 01.01.1972, 4 Ob 305/72.
 234) *AM König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.47.
 235) RIS-Justiz RS0005352, RS0005246.

nach § 382d EO werden Urkunden – wie beispielsweise Protokolle polizeilicher Vernehmungen oder Ablichtungen eines SMS- oder WhatsApp-Verkehrs – und Augenscheinsgegenstände – wie beispielsweise Lichtbilder von Verletzungen²³⁶⁾ – besonders häufig zur Bescheinigung eines Sachverhalts vorgelegt. Grundsätzlich ist auch anerkannt, dass diese parate Bescheinigungsmittel darstellen, wenn sie entweder mit dem Antrag oder im Rahmen einer Bescheinigungstagsatzung vorgelegt werden.²³⁷⁾ Diese Bescheinigungsmittel werden aber nicht als „parat“ iSd § 274 ZPO angesehen, wenn sie nicht spätestens in einer Bescheinigungstagsatzung vorgelegt werden.²³⁸⁾ Nach dieser Tagsatzung vorgelegte Urkunden sind bei einer Entscheidung nicht zu berücksichtigen.²³⁹⁾ Damit ergibt sich das bereits oben²⁴⁰⁾ dargestellte Problem, dass keine praktische Möglichkeit besteht, Urkunden oder Augenscheinsgegenstände in einer Videoverhandlung in einer Weise vorzulegen, welche es dem Gericht ermöglicht, diese Beweismittel zum Akt zu nehmen. Im Unterschied zum regulären Zivilprozess müsste dieser Umstand im Provisorialverfahren dazu führen, dass diese (mangels Möglichkeit zur Vorlage nicht paraten) Bescheinigungsmittel vom Gericht nicht aufgenommen und in einer Entscheidung nicht verwertet werden können.

Auch der Lokalaugenschein wurde in der bisherigen Rsp nicht als parates Bescheinigungsmittel angesehen.²⁴¹⁾ Soweit man die – hier vertretene²⁴²⁾ – Möglichkeit bejaht, dass ein solcher zulässigerweise über Video durchgeführt werden kann, würde sich letztlich eine ähnliche Frage stellen, wie im Hinblick auf Zeug:innen, die nicht persönlich bei Gericht erscheinen können, für eine Videoeinvernahme aber zur Verfü- gung stünden. Soweit das Gericht

eine Videoverhandlung durchführt, wäre ein Lokalaugenschein daher mAn als parates Bescheinigungsmittel anzusehen, wenn eine Partei vom Ort, der in Augenschein genommen werden soll, an dieser teilnimmt.

10. FAZIT

Ein eigenes Fazit über die Qualität der neuen Bestimmungen zu Videoverhandlungen in Zivilverfahren werde ich mir nicht anmaßen. Stattdessen möchte ich auf die Worte des neuen Präsidenten der Vereinigung der österreichischen Richter:innen, Dr. Gernot Kanduth verweisen, welcher in der Stellungnahme zur ZVN 2023 festhielt:

„Der Entwurf ist erkennbar vom Bestreben getragen, einen Kompromiss der sehr unterschiedlichen Zugänge zum Einsatz von Videokonferenzen in Gerichtsverfahren zu finden. [...] Das kann als erster Schritt für eine weitere, dann von noch mehr Erfahrungswerten getragene, Öffnung für die Videokonferenztechnologie in Gerichtsverfahren gesehen werden.“

Meiner Ansicht nach zeigen die obigen Ausführungen allerdings, dass der Gesetzgeber relativ rasch die angesprochenen nächsten Schritte setzen und einige Adaptierungen der gesetzlichen Regelungen vornehmen sollte, soweit er nicht riskieren will, dass Videoverhandlungen in Zivilverfahren in der praktischen Bedeutungslosigkeit enden.

236) Vgl zur Einordnung dieser als Augenscheinsgegenstände: OGH 19.03.1998, 2 Ob 2382/96z.

237) Kodek in Deixler-Hübner, EO³⁶ § 389 EO, Rz 11.

238) LGZ Wien 46 R 911/88 = EFSlg 57.933; Klauser/Kodek¹⁸ § 274 ZPO, E 13.

239) RIS-Justiz RS0005352 [T1].

240) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 - Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 4.3.

241) RIS-Justiz RS0005273; aM Rechberger aaO, § 274 ZPO, Rz 12.

242) Vgl Videoverhandlungen nach der ZVN 2023 - Teil 2 (RZ 2024, 56), Punkt 4.4.

Impressum

HERAUSGEBER:

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter in Gemeinschaft mit der Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft öffentlicher Dienst, 1011 Wien, Postfach 26, E-Mail-Adresse: ute.beneke@richtervereinigung.at

MEDIENINHABER UND ANZEIGENANNAHME:

Motopress Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH Bauernfeldgasse 4/5/3, 1190 Wien, Telefon: 485 31 49-0, E-Mail-Adresse: produktion@motopress.at, DVR 0098892

HERSTELLER:

Print Alliance HAV Produktions GmbH, 2540 Bad Vöslau, Druckhausstraße 1

REDAKTION:

Mag. Klaus Hawel, Mag.^a Daniela Urban, Mag.^a Barbara Simma, E-Mail-Adresse: richterzeitung@richtervereinigung.at

SACHBEARBEITUNG:

Prof. Dr. Michael Danek, Prof. Dr. Anton Spenling, Mag.^a Daniela Urban, Mag.^a Barbara Simma alle pA 1011 Wien, Justizpalast

TITELBILD:

MMag.^a Ulrike Rill, siehe RZ 2000, 102

GRUNDLEGENDE RICHTUNG:

Juristische Fachzeitschrift, unabhängiges Ständevertretungsorgan der österreichischen Richter und Staatsanwälte.

PREIS DES JAHRESABONNEMENTS INLAND:

€ 107,80 inkl. 10% MwSt.

PREIS DES EINZELHEFTES INLAND:

€ 14,85 inkl. 10% MwSt.

PREIS DES JAHRESABONNEMENTS EU:

€ 172,00

PREIS DES EINZELHEFTES EU:

€ 24,00

PREIS DES JAHRESABONNEMENTS EUROPA:

€ 189,20 inkl. 10% MwSt.

PREIS DES EINZELHEFTES EUROPA:

€ 26,40 inkl. 10% MwSt.

PDF-ABO (VERSAND PER E-MAIL):

€ 132,00 inkl. 10% MwSt.

Das Abonnement verlängert sich automatisch um ein Jahr wenn es nicht bis spätestens 30.9. (für Buchhandlungen bis 10.12.) des laufenden Jahres schriftlich gekündigt wird.

REKLAMATIONEN DIE ZUSTELLUNG BETREFFEND werden nur innerhalb von 4 Wochen nach Versand akzeptiert.

DIE UMSCHLAGESEITEN 2-4 werden nicht von der Redaktion sondern vom Medieninhaber gestaltet.

MIT DER EINREICHUNG SEINES MANUSKRIPTS räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc.) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahrs; dies gilt für die Verwertung von Datenbanken nicht.

DER NACHDRUCK VON ENTSCHEIDUNGEN

ist daher nur mit ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Wir bitten ferner, sich an die „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen“, 8. Auflage (MANZ Verlag Wien, 2019) zu halten.

Grazer Gewaltschutztage 2023 – Ein kurzer Einblick

AUTORIN: Mag.^a Johanna Waldner, BA, Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Graz.

Bei dem Beitrag handelt es sich um eine gekürzte Fassung des Tagungsberichts, der im Tagungsband zu den Grazer Gewaltschutztagen 2023 veröffentlicht wird.

Am 30. November und 1. Dezember 2023 fanden die **Grazer Gewaltschutztage 2023** im Meerschneidenschloss der Universität Graz statt, die sich dem zentralen Thema „**Gefährdungseinschätzung und Bedrohungsmanagement – Interdisziplinäre Perspektiven im Opferschutz**“ widmeten. Organisiert wurde die zweitägige Veranstaltung von der Universität Graz in Kooperation mit dem *Bundesverband der Gewaltschutzzentren Österreichs*.

Marina Sorgo, MA (Vorsitzende des *Bundesverbandes der Gewaltschutzzentren Österreichs*, Geschäftsführerin des Gewaltschutzzentrums Steiermark) nahm zunächst eine Annäherung an das Thema der Veranstaltung vor. Näher vorgestellt wurde der Bundesverband der Gewaltschutzzentren Österreichs, der seit 2016 den Zusammenschluss aller Gewaltschutzzentren als gesetzlich anerkannte Opferschutzeinrichtungen darstellt und psychosoziale und juristische Opferschutzarbeit leistet.

Den ersten der jeweils 45-minütigen Vorträge hielt MMag.^a Dr.ⁱⁿ *Monika Stempkowski* (Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien) über die **Gefährdungseinschätzungen aus psychologischer und kriminologischer Perspektive**. Die Vortragende stellte drei verschiedene Arten von Gefährdungseinschätzungen vor, namentlich die intuitiven Einschätzungen, die strukturierte klinische Risikobeurteilung und die statistische

Prognose. Als Beispiele für letztere Methode wurden die Tools ODARA (Ontario Domestic Assault Risk Assessment), DAS (Danger Assessment Scale) und SARA (Spousal Assault Risk Assessment) präsentiert. Abschließend erwähnte die Vortragende neuere Entwicklungen im Bereich der Gefährdungseinschätzung, die den Fokus auf die Beziehungsdynamik lenken, und sich nicht mehr nur auf das isolierte Ereignis und die Schwere der Verletzung beschränken.

Im Anschluss daran referierten CI *Wolfgang Schlegl-Tiefenbacher* (Landespolizeidirektion Wien) und HR Dr. *Walter Dillinger* (Landespolizeidirektion Wien) zur **Gefährdungseinschätzung in der polizeilichen Praxis**. CI *Schlegl-Tiefenbacher* stellte den **GiP-Support** (GiP = Gewalt in der Privatsphäre) vor, der in Wien rund um die Uhr erreichbar ist und fachliche Unterstützung durch speziell geschultes Personal für ersteinstreitende Exekutivbedienstete im Fall von Gewalt in der Privatsphäre bietet. HR Dr. *Dillinger* präsentierte das Gefährdungseinschätzungstool PROTJEKT, welches Polizeibediensteten das Erkennen von High-Risk-Fällen im Bereich von häuslicher Gewalt ermöglichen und als Entscheidungshilfe für risikoorientierte Opferschutzmaßnahmen dienen soll (aktuell noch in Testphase in der Praxis).

Nach der Mittagspause folgte der Vortrag von Mag. Dr. *Sebastian Göllly*, MA (Institut für Strafrecht,

Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Graz), der den **rechtlichen Rahmen für Gefährdungseinschätzungen hinsichtlich bestehender gesetzlicher Vorgaben** untersuchte. Dafür unterzog er Regelungen des Sicherheitspolizeirechts, des Straf- und Strafprozessrechts, des Exekutionsrechts und des Obsorge- bzw. Kinder- und Jugendhilferechts einer Analyse. Dabei stellte er fest, dass das Gesetz häufig Prognoseentscheidungen von den Rechtsanwender:innen verlangt. Aus der Untersuchung leitete der Vortragende ab, dass Gefährdungseinschätzungen bzw. Prognosen (mit und wohl auch ohne spezifische gesetzliche Konkretisierungen) tatsachenbasiert, unter Nutzung verfügbarer und verlässlicher Erkenntnisquellen und unter Einhaltung fachlicher Standards durchzuführen seien, darüber hinaus jedoch weitestgehend „Methodenfreiheit“ innerhalb des gesetzlichen Rahmens bestehe.

Es folgte der Vortrag von Prim.^a Dr.ⁱⁿ *Adelheid Kastner* (Johannes Kepler Universitätsklinikum Linz), die die **Möglichkeiten und Grenzen der Gefährdungseinschätzungen aus psychiatrischer Sicht** präsentierte. Prognostische Einschätzungen würden aus diesem Fachgebiet meist im Zuge des Strafverfahrens in Auftrag gegeben und seltener im Unterbringungsverfahren nach dem UbG oder im Zuge eines Kontakts mit dem:der Gefährder:in. Die Gefährdungseinschätzung erfolge anhand des Modells der strukturiert professionellen Risikobeurteilung, wes-

halb der Zugang zu sämtlichen vorhandenen einschlägigen Informationen erforderlich sei. Die Vortragende hob außerdem Risikogruppen hervor, die Anlass zur Sorge geben (ua Personen, deren Verhalten sich in die Kategorien einer Gewaltspirale einordnen lasse, oder auch Personen, die sadistische Persönlichkeitskomponenten aufweisen).

Nach einer Kaffeepause setzte sich die Veranstaltung mit einer spannenden Podiumsdiskussion fort. Inhaltlich drehte sich die Diskussion um die Frage nach der Notwendigkeit einer **Elektronischen Überwachung (eÜ) als Mittel der Gefährdungsminimierung**. Am Podium nahmen namhafte Expertinnen ihres Faches teil: Dr.ⁱⁿ *Barbara Jauk* (Gewaltschutzzentrum Steiermark), Mag.^a *Gertraud Pichler* (Staatsanwaltschaft Graz), *Susanne Pekler*, MBA (Leiterin Neustart Steiermark), Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ *Gabriele Schmölzer* (Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Graz) und OR Mag.^a *Michaela Kutschera*, MA (Leiterin des Referates Sicherheitsverwaltung, Landespolizeidirektion Tirol). Ziel der Diskussion war ein fachkundiger Austausch und die Sammlung von – durchaus kontrovers zu betrachtenden – Argumenten für und wider eine Überwachung von bestimmten Personen mit elektronischen Mitteln aus der Distanz.

Der zweite Veranstaltungstag widmete sich den unterschiedlichen **Perspektiven der Gefährdungseinschätzung und des Bedrohungsmanagements in der Praxis**.

Einen Einblick in die **polizeiliche Perspektive** vermittelten OR Mag.^a *Michaela Kutschera*, MA (Leiterin des Referates Sicherheitsverwaltung, Landespolizeidirektion Tirol) und AI *Martin Kaltenegger* (Landespolizeidi-

rektions Salzburg, Landeskriminalamt). Erstere führte Näheres zur Sicherheitspolizeilichen Fallkonferenz (S-FK) aus und betonte das damit angestrebte Ziel, Maßnahmen des Opferschutzes zu entwickeln, um in High-Risk-Fällen die Gefährdung möglichst zu minimieren. AI *Kaltenegger* stellte das S-FK-Team Salzburg vor und betonte die besondere Bedeutung, die dem Informationsaustausch zwischen den beteiligten Stellen bei Gewalt in der Privatsphäre zukomme.

Nicole Krejci, BA, BA, MA (Geschäftsführerin des Gewaltschutzzentrums Wien) und Mag.^a *Karin Göllly* (Stellvertretende Vorsitzende des Bundesverbandes der Gewaltschutzzentren Österreichs, Geschäftsführerin des Gewaltschutzzentrums Burgenland) referierten zur **Perspektive der Gewaltschutzzentren**. Die Erstgenannte ging näher auf das Danger-Assessment-Tool nach *Campbell* ein, welches Risikofaktoren für Intimate Partner Violence bzw Intimate Partner Femicide einschätze. Zusätzlich stellte sie kurz das Daphne-Projekt Protect II, das 20 Gefährlichkeitsfaktoren beschreibe, vor. Mag.^a *Göllly* ging auf das Tool DyRiAS® (Dynamisches Risiko-Analyse-System) ein, welches von einigen Gewaltschutzzentren verwendet werde und sowohl der Auswertung von mittlerer, als auch von schwerer Gewalt diene.

Die **Perspektive des Kindesschutzes** stellten Mag.^a *Hedwig Wölfl* (Geschäftsführerin „die möwe“, Wien) und *Gudrun Stempkowski* (Magistratsabteilung II, Wien) näher vor. Mag.^a *Wölfl* betonte ua die Besonderheiten in der Gefährdungseinschätzung bei Kindern, wie zB das Abhängigkeitsverhältnis, mögliche Loyalitätskonflikte oder die Verbalisierungsfähigkeit des Kindes. *Gudrun Stempkowski* hob die

seelischen und körperlichen Gefährdungen, die durch das Miterleben von interparentaler Gewalt bei Kindern entstehen können, besonders hervor.

Zur **Perspektive der Justiz** referierten EStAⁱⁿ Mag.^a *Beatrix Resatz* (Staatsanwaltschaft Eisenstadt) und LStA Univ.-Prof. Dr. *Thomas Mühlbacher* (Staatsanwaltschaft Leoben, Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Graz). Mag.^a *Resatz* betonte die Wichtigkeit der Vernetzung, da für die Beurteilung einer Gefährdung durch die Staatsanwaltschaft den Informationen anderer Stellen (wie zB den Gewaltschutzzinstituten, der Gewaltpräventionsberatung und/oder der Opfer- bzw Tätervertretung) große Bedeutung zukomme. Univ.-Prof. Dr. *Mühlbacher* wies auf die hohe Zahl an Frauenmorden in der Steiermark im Jahr 2023 und auf die Tatsache hin, dass keine der betroffenen Frauen zuvor in Betreuung bei Gewaltschutzzinstituten gewesen sei.

Schließlich legten *Susanne Pekler*, MBA (Leiterin Neustart Steiermark) und Mag. (FH) *Christian Brickmann* (Fachstelle für Gewaltarbeit, Verein für Männer- und Geschlechterthemen Steiermark) die **Perspektive der opferschutzorientierten Täter:innen-Arbeit** dar. Erstere stellte das RNR-Modell (Risk-Needs-Responsivity) näher dar, welches bei Neustart in der Täter:innenarbeit zum Einsatz gelange. Mag. (FH) *Brickmann* betonte, dass auch in seinem Bereich die Zusammenarbeit mit anderen beteiligten Organisationen essenziell sei, um geeignete Interventionen auf Täter:innenseite setzen zu können.

Im Anschluss an einen Brunch, der viel Raum für einen fachlichen Austausch aller Teilnehmenden untereinander bot, referierte Dr.ⁱⁿ *Rita Steffes-enn* (Zentrum

für Kriminologie & Polizeiforschung, Kaisersesch/Berlin) zum **Bedrohungsmanagement bei Gewalt im sozialen Nahraum aus kriminologischer Sicht**. In ihrem Vortrag wurde eingangs erörtert, dass das Ziel des Bedrohungsmanagements ein kurzfristiges sei, nämlich das Gewaltisiko zu entschärfen. Erwähnt wurde außerdem, dass auf dem Weg in die Gewalt sogenannte „Redflags“ vorhanden seien, die es zu lesen bzw zu verstehen gelte. Schließlich nannte die Vortragende Beispiele, in denen eine erhöhte Gefährdung

bestehen könne. Dazu zählten ua Trennungen, ein bevorstehender Scheidungstermin oder das Bestehen von Persönlichkeitsstörungen.

Die Wichtigkeit der **Vernetzung und des Informationsaustausches beteiligter Stellen** für die Gefährdungseinschätzung und das Bedrohungsmanagement im Opferschutz sowie das Erfordernis einer **verstärkten Sichtbarkeit der Opferschutzeinrichtungen** stellten zentrale Ergebnisse der Grazer Gewaltschutztag 2023 dar.

ERRATUM:

Zum Artikel „**Aktenübermittlungen durch die Strafstuzit in Behörden und Gerichte im Lichte des Datenschutzes**“, veröffentlicht in der RZ 03/2024, 70 ff, wird richtiggestellt, dass mit 01.01.2024 in § 117f Abs. 2a Ärztegesetz eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung personenbezogener Daten durch die Staatsanwaltschaften und Gerichte an die:den Präsident:in der Österreichischen Ärztekammer geschaffen wurde.

Dienstaufsicht und Innenrevision als Garanten der Fürsorgepflicht der Dienstgeberin?

AUTOR:INNEN: Dr.ⁱⁿ Sabine Gosch-Plöckinger, Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Linz, Leiterin der Inneren Revision und Dr. Klaus-Dieter Gosch, Vizepräsident des Oberlandesgerichtes Innsbruck.

Homo mensura
(Protagoras)

I. EINLEITUNG

Der Mensch als Maß aller Dinge, seine Würde und sein individuelles Wohlergehen als bestimmende Kategorie für die Organisation eines Gemeinwesens. Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen manifestiert sich dieser Gedanke in der Fürsorgepflicht der Dienstgeber:innen. Diese betrifft nicht nur den Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Persönlichkeit der Dienstnehmer:innen, sondern auch deren wirtschaftliche Interessen.¹⁾

Die Rolle der Justiz als Garant des Rechtsstaats verlangt ihr gerade in Krisenzeiten hochqualifizierte, engagierte Mitarbeiter:innen ab, die sich für ein Funktionieren der unabhängigen Rechtspflege einsetzen. Bestmögliche Arbeitsbedingungen für Bedienstete der Justiz sollen den Rechtsgewährungsanspruch der Bürger:innen auch künftig sichern.²⁾ Ob es der Justiz tatsächlich gelingt, den Fürsorgegedanken

zu „leben“ und welche Rolle Dienstaufsicht und Innenrevision dabei spielen, soll hier näher beleuchtet werden.

II. GRUNDLAGEN UND BEDEUTUNG DER FÜRSORGEPLICHT FÜR DIE JUSTIZ

II.1. Rechtliches Fundament

Die Fürsorgepflicht der Dienstgeber:innen für Dienstnehmer:innen ist in Art 31 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) normiert, wonach das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen und auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten und bezahlten Jahresurlaub garantiert wird.³⁾

Spätestens seit den Entscheidungen des EuGH zu Vorrückungsstichtag und Besoldungsdienstalter⁴⁾ ist klar gestellt, dass die Fürsorgepflicht in Form des Diskriminierungsverbots bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen zum Tragen kommt.

Auf nationaler Ebene wird der Gedanke der Fürsorgepflicht für das Privatrecht aus § 1157 ABGB und § 18 AngG abgeleitet.⁵⁾ Im Gegensatz dazu

- 1) OGH 29.05.1995, 1 Ob 15/95; OGH 23.04.1986, 1 Ob 5/86.
- 2) In diesem Sinne auch: Bayerischer Richterverein E.V. vom 09.04.2022, Der Rechtsstaat ist in der Krise (heraus-)gefordert, <https://www.bayrv.de/newsroom/meldungen/nachricht/1779>.
- 3) Vgl dazu Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung; Richtlinie 89/391/EWG über die Durchführung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit; Richtlinie (EU) 2019/1158 Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige; Richtlinie 90/270/EWG über die Mindestvorschriften bezüglich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit an Bildschirmgeräten.
- 4) EuGH 18.06.2009, C-88/08 (Hütter); EuGH 11.11.2014, C-530/13 (Schmitzer); EuGH 08.05.2019, C-396/17 (Leitner); EuGH 08.05.2019, C-24/17 (GÖD); EuGH 10.10.2019, C-703/17 (Krah); EuGH 20.04.2023, C-650/21 (LPD NÖ und FA Ö).
- 5) Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1157 Rz 1ff; Pfeil in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1157 ABGB Rz 1ff; Schrammel in Klang³ § 1157 ABGB Rz 2; Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 1 ff.

fehlt für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Ausgehend von einzelnen Bestimmungen wie etwa § 38 Abs 4 BDG, § 6 Abs 1 VBG oder § 75c RStDG hat der OGH für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse – und dies nicht nur bei deren vertraglicher Gestaltung – eine Fürsorgepflicht bejaht.⁶⁾ Der VwGH geht noch einen Schritt weiter, indem er einen das Beamtenrecht beherrschenden Grundsatz der Fürsorgepflicht des:der öffentlich-rechtlichen Dienstgeber:in annimmt.⁷⁾

II.2. Attraktivitätssteigerung durch „gelebte“ Unternehmenskultur

Die Justiz hat dem Fürsorgeprinzip im Rahmen der unabhängigen Rechtsprechung gesamtgesellschaftlich Geltung zu verschaffen. Damit wird von ihr als Organisation und Dienstgeberin erwartet, das Fürsorgeprinzip als Teil der Unternehmenskultur auch gegenüber den eigenen Bediensteten vorbildlich zu „leben“. Gelingt dies, wird sie von der Gesellschaft als attraktive Arbeitgeberin wahrgenommen, was sich in Zeiten eines volatilen Arbeitsmarkts zu ihrem Vorteil auswirkt.

III. DIENSTAUF SICHT UND INNENREVISION VERSUS FÜRSORGE-PFLICHT – EIN ANTAGONISMUS?

Was hat die Fürsorgepflicht der Dienstgeberin mit Dienstaufsicht und Innenrevision zu tun? Stellen kontinuierliche (Dienstaufsicht) und nachträgliche (Innenrevision)⁸⁾ Kontrolle der Tätigkeit der Mitarbeiter:innen und die Fürsorgepflicht der Dienstgeberin für ihre Dienstnehmer:innen nicht einen Antagonismus dar? Konterkarieren Innenrevision und Dienstaufsicht nicht geradezu den Gedanken der Fürsorgepflicht? Oder – um noch eine Anleihe in der griechischen Philosophie zu nehmen – sehen wir wie im Höhlengleichnis von Platon nur die

dunklen und düsteren Schattenbilder, die die Vorstellung von Dienstaufsicht und Innenrevision an die Wand wirft, und die wir für die einzig wahre Wirklichkeit halten, ohne die Wirklichkeit wahrzunehmen?

III.1. Erfolgreiche Spurensuche im Normenbestand

Nach § 73 Abs 1 Z 2 GOG haben die Organe der Justizverwaltung im jeweiligen Zuständigkeitsbereich in Ausübung ihres Aufsichtsrechts nicht nur eine die Rechtsschutzinteressen der Bevölkerung wahrende Rechtspflege sicherzustellen und die Beschäftigten in der Justiz zur Besorgung ihrer Aufgaben anzuhalten, sondern diesen auch **Hilfe** anzubieten, sich also um diese zu „sorgen“.

§ 78a Abs 2 GOG verpflichtet die Innenrevision dazu, die untersuchte Einheit zu **beraten**, also unterstützend tätig zu sein. Zweck der Innenrevision ist die Prüfung der Maßnahmen zur Bewahrung des Vermögens, zum **Schutz der Person** und der Reputation vor Beeinträchtigungen.⁹⁾

III.2. Begleiten statt Sanktionieren – Beraten statt Korrigieren

§ 104 Abs 1 RStDG enthält als ultima ratio einen Disziplinarstrafenkatalog für den Fall, dass Standes- und Amtspflichten verletzt werden. Für eine angemessene Reaktion der Dienstgeberin auf Fehlleistungen stehen jedoch zahlreiche andere niederschwellige, oft ausreichende Instrumente zur Verfügung.¹⁰⁾ Diese reichen von Gesprächen, Angeboten zum Coaching, zur Supervision und zum Peer Review bis hin zu im Einzelfall verpflichtend anzuordnenden Fortbildungsaktivitäten.¹¹⁾ Rechtzeitige Änderungen des Einsatzbereiches – wenn etwa jemand mit Belastungen, die eine bestimmte Sparte mit sich bringt, nicht zurechtkommt – und entlastende Initiativen ergänzen

den Maßnahmenkatalog. Zuteilungen von Richteramtswärter:innen und der Einsatz von Sprengelrichter:innen sind ebenso möglich wie entlastende Änderungen der Geschäftsverteilung. Die im Dienstrecht normierte „Aufsicht“ ist in einem weiten, primär auf **Begleitung und Unterstützung** abstellenden umfassenden Verständnis zu führen. Dies gilt auch für die Innenrevision: Beratende und unterstützende Tätigkeit soll im Vordergrund stehen. Während laufender Revision können Arbeitsprozesse zum Nutzen der Mitarbeiter:innen optimiert werden. Zudem unterstützt die Innenrevision Dienststellen über Anfrage auch außerhalb von Revisionen bei der Ideenfindung und Problemlösung.

III.3. Gleicher Lohn für gleiche Arbeit?

Der Grundsatz der Belastungsgerechtigkeit¹²⁾ verlangt, dass die Geschäfte tunlichst gleichmäßig auf alle Richter:innen verteilt werden. Dennoch kann eine temporäre Minderbelastung einer:ines Kolleg:in aus dem Gedanken der Fürsorgepflicht gerechtfertigt sein, wenn besondere Umstände (z.B. Wiedereinsteiger:innen, Krankheitsfälle, Spartenwechsel, etc.) vorliegen. Die Frage, ob individuelle Leistungsdefizite unterhalb der Schwelle der Dienstunfähigkeit auf Dauer toleriert werden müssen,¹³⁾ ist für den Fall zu bejahen, dass die Dienstgeberin ausreichend Ersatzplanstellen zur Verfügung stellt. Davon kann derzeit keine Rede sein, ist doch nicht einmal eine Herabsetzung der Auslastung aufgrund von längerem Krankenstand nach § 75g Abs 1 RStDG ersatzfähig. Für länger andauernde Einschränkungen in der Leistungsfähigkeit steht mit den Bestimmungen des § 75g Abs 1 und 2 RStDG (Herabsetzung der Auslastung aufgrund von längerem Krankenstand), § 76 Abs 2 RStDG (dauerhafte Herabsetzung der Auslastung

aufgrund nicht heilbarer Erkrankung) und § 76f RStDG (Herabsetzung der Auslastung aufgrund des Alters) ein gut nutzbares Instrumentarium zum Schutz der Betroffenen zur Verfügung. Durch die Bewilligung derartiger Anträge kommt die Dienstgeberin ihrer Fürsorgepflicht nach. Die zeitlich unbeschränkte Inkaufnahme von individuellen Leistungsdefiziten hätte nämlich zwingend zur Folge, dass diese Leistungsdefizite von der Kollegenschaft aufgefangen werden müssen, dieser also auf Dauer (unbezahlte) Mehrleistungen abverlangt werden, ein Umstand, der mit der Fürsorgepflicht der Dienstgeberin nicht in Einklang zu bringen ist.

III.4. Es muss nicht immer der schriftliche Berichtsauftrag sein

Berichtsplattform, Statistiken, Managementbehelfe, Prüflisten und Revisionsberichte zeichnen ein deutliches Bild jeder einzelnen Gerichtsabteilung. Nimmt man die Fürsorgepflicht der Dienstgeberin ernst, sollten diese Behelfe in einem ersten Schritt nur der Befundaufnahme dienen. Die im Anlassfall angezeigte direkte Kommunikation können und sollen sie nicht ersetzen. Gäbe es in der Justiz eine funktionierende Feedback-Kultur, wie sie regelmäßige Mitarbeiter:innengespräche mit Richter:innen bieten könnten, so bestünde die Möglichkeit, auf Überbelastungen und Verbesserungspotentiale schon zu einem Zeitpunkt zu reagieren, zu dem sich diese noch nicht als von der Dienstaufsicht wahrnehmbares Problem manifestiert haben. Einen in diese Richtung weisenden Mehrwert hätten regelmäßige Leistungsbeurteilungen (egal ob man sie „Dienstbeschreibung“ oder „Potentialanalyse“ nennt), deren weitgehendes aktuelles Fehlen auch durch die „Einzelanalysen“ im Rahmen einer Vollprüfung (Regelrevision) nicht vollständig substituiert werden kann. Zum

einen liegt der Einzelanalyse lediglich das Verfahrensmanagement,¹⁴⁾ nicht aber die Qualität der Rechtsprechung eines Entscheidungsorganes zugrunde. Zum anderen erstreckt sich der zeitliche Rahmen von einer Vollprüfung bis zur nächsten mittlerweile auf ein Intervall von bis zu zehn Jahren.¹⁵⁾

III.5. Personalentwicklung im Fokus von Dienstaufsicht und Innenrevision

Zur Personalentwicklung gehört es, Potentiale der Mitarbeiter:innen zu fördern und mit diesen gemeinsam an der Behebung von Leistungsdefiziten zu arbeiten. Das kann nur gelingen, wenn dazu ein aussagekräftiger – von Dienstaufsicht und Innenrevision zu liefernder – Befund erhoben und auf diesen ziel- und maßnahmengerecht reagiert wird. Treten Potentiale zu Tage, so können diese durch ein proaktives Personalmanagement sowohl zugunsten der:des Einzelnen, als auch der gesamten Organisation Justiz genutzt werden. Zu denken ist an gezielte Förderungsmaßnahmen (weiterer Wissensaufbau) und eine Optimierung des Einsatzgebietes. Werden Schwächen erkannt, und erfolgt rechtzeitig ehrliches Feedback, wie es die Innenrevision im Rahmen der Einzelanalysen gibt, so besteht die Möglichkeit durch die Entwicklung von Strategien auf deren Behebung hinzuwirken. Werden Schwächen erst im Zuge eines nach zahlreichen Berufsjahren stattfindenden erfolglosen Bewerbungsverfahrens geortet, so führt dies zwangsläufig zu Demotivation und Frustration.

Im Rahmen einer Vollprüfung liegt der Fokus der Innenrevision auch auf dem Fortbildungsmanagement.¹⁶⁾ Die Bereitschaft der Bediensteten zu permanenter persönlicher und fachlicher Weiterentwicklung beugt Überforderung vor und dient der Burnout-Prävention.

III.6. Dienstaufsicht schützt die von ihr Betroffenen

Treten Probleme mit dem Arbeitspensum auf oder gibt es Beschwerden über das Verhalten von Richter:innen, findet sich die Ursache dafür oft in persönlichen Problemen (z.B. Erkrankung, berufliche oder familiäre Überbelastung). Eine funktionierende Dienstaufsicht gewährleistet, dass diese Probleme **rechtzeitig** erkannt werden, ehe es zu Missständen kommt, die die Erstattung einer Disziplinaranzeige oder den Einsatz von Instrumenten des § 104 Abs 1 RStDG erfordern.

III.7. Dienstaufsicht schützt die Kollegenschaft vor Zusatzbelastungen

Funktionierende Dienstaufsicht greift ein, bevor nennenswerte Rückstände in einer Gerichtsabteilung entstanden

-
- 6) OGH 11.11.1987, 1 Ob 35/87; zuletzt etwa OGH 17.07.2018, 1 Ob 94/18g.
 - 7) VwGH 26.11.1990, 90/12/0179; VwGH 02.11.2020, Ra 2020/09/0014 in Bezug auf Richter:innen.
 - 8) Die Innenrevision formuliert Empfehlungen und Vorschläge, erteilt jedoch keine Aufträge und trifft keine Anordnungen (§ 4 RO). Sie ist von der Fach- und Dienstaufsicht strikt getrennt.
 - 9) § 10 lit f RO.
 - 10) Erlass BMJ vom 24. April 2022, GZ: 2022-0.123.097, über transparente Kommunikation der angewandten Kriterien einer umsichtigen Dienstaufsicht.
 - 11) VfGH 26.02.1983, B 450/79; VwGH 23.05.1986, 85/17/0158.
 - 12) Vgl §§ 26 Abs 1, 32 Abs 1, 45 Abs 1 GOG, § 15 BVwGG und § 17 Abs 2 Geo.
 - 13) *Nogratnig*, Verfehlen des für das Richteramt nötigen Mindestmaßes an Leistung – Zum Verhältnis zwischen Personalsenat, Dienstgericht und Disziplinargericht, in *Konecny/Musger/Neumayr/Spitzer* (Hrsg), Festschrift Elisabeth Lovrek, 537.
 - 14) Anmerkung: Nur die Justizverwaltung unterliegt der Prüfung durch die Innenrevision. Die unabhängige Rechtsprechung wird im gerichtlichen Instanzenweg kontrolliert und ist jedweder Revisionstätigkeit entzogen (§ 78a Abs. 3 GOG). Vgl Handbuch für die Revision der Gerichte (Stand 2023), 13.
 - 15) Nach § 11 RO ist jede Dienststelle zumindest einmal in 10 Jahren einer Vollprüfung zu unterziehen.
 - 16) Arbeitsbehelf für die Mitarbeit in der Innenrevision der Gerichte (Stand 2023), 69.

sind. Aktive Dienstbegleitung unterstützt Bedienstete mit einem eingeschränkten Leistungskalkül, nimmt sie zugleich aber auch in Verantwortung, um die Kollegenschaft davor zu bewahren, angehäufte Rückstände abarbeiten zu müssen.

III.8. Dienstaufsicht und Innenrevision fördern gutes Betriebsklima

Die Schaffung eines angenehmen Arbeitsumfelds, die Förderung eines Betriebsklimas, in dem sich Mitarbeiter:innen wohl fühlen, ist Ausfluss der Fürsorgepflicht und steht sowohl im Fokus der Dienstaufsicht als auch der Innenrevision.¹⁷⁾ Gutes Betriebsklima verhindert Personalfuktuation und stärkt die Motivation.

III.9. Dienstaufsicht und Innenrevision schützen vor unzulänglicher Dienstaufsicht

Dienstaufsicht findet auf verschiedenen Ebenen (§ 74 GOG) statt, wobei die jeweils übergeordnete Ebene die Ausübung der Dienstaufsicht durch die nachgeordnete Ebene zu überwachen hat. Dienstaufsicht und die das interne Kontrollsystem prüfende Innenrevision¹⁸⁾ müssen Fragen stellen:

Beachten die nachgeordneten Dienstaufsichtsebenen den Grundsatz der Fürsorgepflicht? Tragen diese dafür Sorge, dass weitgehende Belastungsgerechtigkeit herrscht? Wie wirkt sich das Führungsverhalten der Dienststellenleitung auf das Betriebsklima und damit auf das Wohlergehen der Mitarbeiter:innen aus? Wird Nichtdiskriminierung an einer Dienststelle gelebt? Werden Maßnahmen der betrieblichen Gesundheitsvorsorge umgesetzt und wird die Geltung des Mobbingverbots beachtet? Wird Dienstaufsicht gleichermaßen maßvoll und nicht überschießend wie effektiv gelebt?

Die skizzierten Prüfgebiete zeigen, dass sowohl Dienstaufsicht als auch Innenrevision der Wahrung des Fürsorgeprinzips dienen.

III.10. Innenrevision als

„vertrauliche“ Ansprechpartnerin

Die Innenrevision soll von den Bediensteten eines Gerichts auch als Gelegenheit gesehen werden, allfällige Probleme, die gerichtsintern – aus welchen Gründen auch immer – nicht artikuliert werden, an die Mitglieder des Revisionsteams heranzutragen, damit in nachfolgenden Besprechungen mit den Betroffenen diese Probleme aufgearbeitet und – wenn möglich – einer Lösung zugeführt werden können.

III.11. Innenrevision sorgt für die Sicherheit der Bediensteten

Ziel der Innenrevision ist die Gewährleistung eines sicheren Arbeitsumfelds. Dazu zählt die Sicherheitsinfrastruktur und die Datensicherheit. Funktioniert die Zugangskontrolle? Existieren Evakuierungspläne für den Brandfall? Ist gewährleistet, dass die Polizei im Bedrohungsfall rechtzeitig eingreifen kann? Wurde ausreichend Vorsorge für gesundheitliche Notfälle von Bediensteten getroffen (Erste-Hilfe-Koffer, Defibrillator)?

III.12. Dienstaufsicht und Innenrevision garantieren Erholung

In Umsetzung der EuGH-Judikatur zu *Kreuziger*¹⁹⁾ und *Max-Planck-Gesellschaft*²⁰⁾ wurden mit der 3. Dienstrechtsnovelle 2019²¹⁾ die bereits bisher bestehenden Dienstpflichten der Dienststellenleitung dahin präzisiert, dass diese sich im Rahmen der Fürsorgepflicht dafür einzusetzen hat, dass Bedienstete ihren Erholungsurlaub auch (tatsächlich) in Anspruch nehmen (können).²²⁾ Dies zu überwachen ist eine wichtige Aufgabe für Dienstaufsicht und Innenrevision.

IV. POSTULAT AN DIENSTAUF SICH T UND INNENREVISION

Transparenz steigert die Akzeptanz der Dienstaufsicht und lässt die Bedeutung der Innenrevision als Instrument der Qualitätssicherung besser erkennen. Eine möglichst weitreichende Abstimmung der Standards zwischen Dienstaufsicht und Innenrevision (Handling von Prüflisten; § 369 Geo-Prüfung) trägt dazu bei, deren Akzeptanz bei den Mitarbeiter:innen zu steigern. Vor diesem Hintergrund sollten Dienstaufsicht und Innenrevision den Bediensteten klar festgelegte Prüfkriterien kommunizieren und offen für ein Feedback „von unten nach oben“ sein.

V. FAZIT

Nach § 57 Abs 1 RStDG haben sich Richter:innen mit voller Kraft und allem Eifer dem Dienst zu widmen. Justizverwaltungsorgane und Organe der Innenrevision dürfen von Richter:innen eine hohe Leistungsbereitschaft einfordern, um den Rechtsgewährungsanspruch der Bürger:innen sichern zu können.

Zugleich sind sie Garanten dafür, dass die Justiz ihren Mitarbeiter:innen bestmögliche Arbeitsbedingungen bietet und damit dem Fürsorgeprinzip in vorbildlicher Weise Rechnung trägt. Homo mensura: In der Justiz ist der Mensch das Maß aller Dinge – jede:r einzelne Bedienstete und jede:r einzelne Rechtsschutzsuchende.

17) Arbeitsbehelf für die Mitarbeit in der Innenrevision der Gerichte (Stand 2023), 65.

18) Zum Drei-Linien-Modell vgl Handbuch für die Revision der Gerichte (Stand 2023), 9 ff; Arbeitsbehelf für die Mitarbeit in der Innenrevision der Gerichte (Stand 2023), 28 ff.

19) EuGH 06.11.2018, C-619/16 (*Kreuziger*).

20) EuGH 06.11.2018, C-684/16 (*Max-Planck-Gesellschaft*).

21) BGBl I Nr. 112/2019.

22) *Nogratnig/Zeiringer*, Fragen und Antworten zum Urlaubsrecht, Wieviel Urlaub habe ich?, Dienstrecht aktuell, Ausgabe 2, 2 ff.

Haben Richterinnen und Richter zu widersprechen?

Auseinandersetzung mit dem (der) richterlichen Remonstrationsrecht (-pflicht)

AUTOR: Mag. Rainer Zistler war als juristischer Mitarbeiter am Bundesverwaltungsgericht mit Fragen des Dienstrechts beschäftigt und arbeitet nun im Bundesministerium für Finanzen in der Abteilung Personal und Organisation.

Innerhalb der Zielgruppe der Leserinnen und Leser der „Österreichische Richterzeitung“ ist die Stellung einer Richterin oder eines Richters in Ausübung des richterlichen Amtes als unabhängig und somit als weisungsfrei hinlänglich bekannt.¹⁾ Ebenso ist bekannt, dass Richterinnen und Richter in Vollziehung der (monokratischen) Justizverwaltung, die nicht durch Senate oder Kommissionen zu erledigen ist, sehr wohl Weisungen zu befolgen haben und gerade nicht weisungsfrei sind.²⁾ Auf die in gewissen Situationen problematische Abgrenzung zwischen der Ausübung des richterlichen Amtes und Tätigkeiten innerhalb der monokratischen Justizverwaltung³⁾ und die Frage, wer konkret nun Vorgesetzte oder Vorgesetzter einer Richterin oder eines Richters⁴⁾ ist, wird hier jedoch nicht weiter eingegangen. Was aber in weiterer Folge genauer beleuchtet wird, ist die Frage, ob Richterinnen und Richter, die sich im Anwendungsbereich der monokratischen Justizverwaltung befinden, ein Recht auf „Widerspruch – Remonstration“ haben, wenn sie mit einer in diesem Zusammenhang an sie ergangenen Weisung nicht einverstanden sind, und welche dienstrechtlichen Folgen eine etwaige Falscheinschätzung der rechtlichen Situation haben kann. Es wird aber auch beleuchtet, dass Richterinnen und Richter Weisungen ihrer Vorgesetzten nicht schutzlos ausgeliefert sind, dabei aber einiges zu beachten haben.

Um die soeben kurz zusammengefasste Problemstellung beantworten zu

können muss vorab das Rechtsinstitut der Remonstration in überblicksmäßiger Form beleuchtet werden.

REMONSTRATION

Überspitzt ausgedrückt wird die Remonstration von Bediensteten des öffentlichen Dienstes oft als Verteidigungsmöglichkeit gegen eine „unliebsame“ Weisung verstanden. Dass diese Annahme auf einem Missverständnis des konkreten Gesetzestextes und seines teleologischen Hintergrunds beruht, ergibt sich aus Folgendem.

Unter der Überschrift „Dienstpflichten gegenüber Vorgesetzten“ wird in § 44 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979) für Beamtinnen und Beamte des Bundes⁵⁾ die verfassungsrechtlich vorgezeichnete Weisungsbindung⁶⁾ einfachgesetzlich normiert. Dabei ist gleich auf den oft missverstandenen Begriff des „Remonstrationsrechts“ einzugehen. Wie schon die Überschrift des § 44 BDG 1979 klarstellt, ist die Remonstration als Dienstpflicht der Weisungsempfängerin oder des Weisungsempfängers gegenüber dem weisungsgebenden Organ ausgestaltet. Dies stellt somit klar, dass die Remonstration kein Verteidigungsinstrument der Untergebenen oder des Untergebenen ihrem oder seinem vorgesetzten Organ gegenüber darstellt. Vielmehr soll durch die Remonstration (durch den Widerspruch) der oder dem Vorgesetzten die Möglichkeit gegeben werden, ihre oder seine Weisung nochmals zu überdenken. Die Weisungsempfängerin oder der

Weisungsempfänger ist somit verpflichtet, der Weisungsgeberin oder dem Weisungsgeber ihr oder sein Wissen zur Verfügung zu stellen, um dieser oder diesem die Möglichkeit zu geben, vielleicht eine „bessere“ Weisung zu erteilen oder eben diese, durch das Unterlassen der schriftlichen Wiederholung, zurückzuziehen. Mit anderen Worten stellt die Remonstration kein Recht der Weisungsempfängerin oder des Weisungsempfängers dar, sondern eine Pflicht, die Weisungsgeberin oder den Weisungsgeber auf eine etwaige rechtswidrige Weisung hinzuweisen.⁷⁾

Damit eine Remonstration tatsächlich gültig ist und die damit einhergehenden Folgen – Suspendierung der Befolgungspflicht bis zur schriftlichen Wiederholung der Weisung⁸⁾ – eintreten, muss vor Befolgung der Weisung⁹⁾ (eine Ausnahme besteht

- 1) Vgl. Art. 87 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG); *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht, 6. Auflage, Art. 87 (Stand 01.10.2020, rdb.at).
- 2) Vgl. etwa § 57 Abs. 2 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (RStDG).
- 3) Vgl. etwa *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit [1960] 19; *Piska*, Geschäftsverteilung, 63.
- 4) Vgl. etwa §§ 73 ff Gerichtsorganisationsgesetz (GOG).
- 5) Für Vertragsbedienstete des Bundes vgl. § 5a Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG), vgl. auch § 20 Dienstordnung 1994 (DO 1994) und weitere dienstrechtlichen Bestimmungen der Länder.
- 6) Vgl. Art. 20 Abs. 1 B-VG.
- 7) Vgl. VwGH 13.10.1994, 92/09/0303; 06.09.1995, 95/12/0122 zuletzt VwGH 17.12.2013, 2013/09/0121; vgl. auch *Reissner/Neumayr*, ZellKomm ÖffDR § 44 BDG Rz 55 (Stand 01.01.2022, rdb.at).
- 8) Vgl. *Reissner/Neumayr*, ZellKomm ÖffDR § 44 BDG Rz 57 (Stand 01.01.2022, rdb.at).
- 9) Vgl. VwGH 29.06.1989, 88/09/0126.

natürlich bei Gefahr im Verzug) eine sonstige Rechtswidrigkeit, als dass die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde,¹⁰⁾ vorgebracht werden. Dass reine Unliebsamkeits- oder Wirtschaftlichkeitserwägungen keine gültige Remonstration darstellen, ergibt sich aus dem Mangel einer potenziellen Rechtswidrigkeit in einem solchen Remonstrationsvorbringen.¹¹⁾ Auch Vorbringen, die sich auf rein mutwillige oder geradezu rechtsmissbräuchliche rechtliche Bedenken stützen, stellen keine gültige Remonstration dar.¹²⁾

Eine förmliche Remonstration erübrigt sich auch in den Fällen des § 44 Abs. 2 BDG 1979, wenn also die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. In einem solchen Fall liegt nämlich in Wahrheit keine Weisung vor,¹³⁾ gegen welche man seiner Pflicht zur Remonstration nachkommen müsste. Dass es in einem solchen Fall aus der Unterstützungspflicht gegenüber einer oder einem (tatsächlichen) Vorgesetzten bzw. der eventuell nicht vorgesetzten Weisungsgeberin oder des eventuell nicht vorgesetzten Weisungsgebers sinnvoll sein kann, dieser oder diesem das Nichtnachkommen der ergangenen (nichtigen) Weisung mitzuteilen,¹⁴⁾ sei nur am Rande erwähnt.

Nach dieser kurzen und bei weitem nicht alle möglichen Konstellationen und Schwierigkeiten umfassenden Auseinandersetzung mit der Remonstrationspflicht¹⁵⁾ im Sinne des § 44 BDG 1979 bleibt nun die Frage, ob Richterinnen und Richter eine solche Remonstrationspflicht trifft.

REMONSTRATIONSPFLICHT FÜR RICHTERINNEN UND RICHTER

Für Richterinnen und Richter gemäß Art. 86 Abs. 1 B-VG ist die einfachgesetzliche Regelung zur Befolgung von Weisungen in § 57 Abs. 2 RStDG normiert. Demnach sind alle an sie adressierten und zugegangenen Weisungen von Vorgesetzten, welche nicht in die richterliche Unabhängigkeit eingreifen,¹⁶⁾ von diesen zu befolgen.¹⁷⁾ Eine Remonstrationspflicht im Verständnis eines § 44 BDG 1979 ist im Dienstrecht für Richterinnen und Richter weder kodifiziert, noch wird die Anwendbarkeit des BDG 1979 für Richterinnen und Richter angeordnet. Die unmittelbare Anwendbarkeit des BDG 1979 wird für Richterinnen und Richter bereits durch § 1 Abs. 2 BDG 1979 explizit ausgeschlossen. Weiters wird durch Art. IIa Abs. 3 RStDG eine teilweise Anwendbarkeit des BDG 1979 für Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (inklusive des § 44 BDG 1979) normiert. E contrario ist die unmittelbare Anwendbarkeit der im BDG 1979 kodifizierten Remonstrationspflicht für Richterinnen und Richter nicht vorgesehen.

Eine denkbare analoge Anwendung des § 44 BDG 1979 bzw. eines Remonstrationsregimes auf Richterinnen und Richter würde eine planwidrige Lücke voraussetzen. Eine solche könnte mit einer „überwiegenden Gleichartigkeit“ oder „Grundsätzlichkeit“ von Remonstrationsregeln in dienstrechtlichen Normenkatalogen argumentiert werden. Damit wäre ein Remonstrationsregime auch für Richterinnen und Richter in Vollziehung der monokratischen Justizverwaltung analog § 44 BDG 1979 anzuwenden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch in einem ähnlich gelagerten Fall betreffend die analoge

Anwendbarkeit der Bestimmungen zum Sabbatical¹⁸⁾ entschieden, dass keine planwidrige Lücke vorliegt und somit eine analoge Anwendung der Sabbaticalbestimmung des BDG 1979 für Richterinnen und Richter nicht möglich ist. Er führte dazu aus, dass der Gesetzgeber Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte systematisch von der Gewährung eines Sabbaticals ausgenommen hat. Es kann somit, insbesondere in Ansehung der Gesetzesmaterialien zur 1.¹⁹⁾ und 2.²⁰⁾ Dienstrechtsnovelle, nicht von einem unbewussten, also planwidrigen Unterlassen des Gesetzgebers gesprochen werden, wenn er im ehemaligen Richterdienstgesetz (RDG) und im nunmehrigen RStDG keine Regelung über das Sabbatical aufnahm.²¹⁾

Auch gegen eine analoge Anwendung im Zusammenhang mit einer Remonstrationspflicht im Richterdienstrecht spricht, dass das Wehrgesetz 2001,²²⁾ welches teilweise dienstrechtliche Bestimmungen enthält, keine Remonstrationsregeln im Sinne eines § 44 Abs. 3 BDG 1979 enthält.²³⁾ Dies würde also ein zweites „Dienstrechtsgesetz“ darstellen, welches ebenfalls kein Remonstrationsregime beinhaltet. Somit verliert das Argument der „Grundsätzlichkeit“ von Remonstrationsnormen weiter an Halt. Weiters wäre bei der Annahme einer analogen Anwendbarkeit eines Remonstrationsregimes die Frage problematisch, welches Remonstrationsregime konkret auf Richterinnen und Richter angewendet werden sollte. Beispielhaft sei auf § 30 Abs. 3 Staatsanwaltschaftsgesetz (StAG) verwiesen,²⁴⁾ welcher eine Form von Befangenheit fingiert, sollte die Befolgung einer Weisung für die weisungsempfangene Staatsanwältin oder den weisungsempfangenden Staatsanwalt unzumutbar sein.²⁵⁾

Würde dies dann auch für Richterinnen und Richter gelten, wenn sie die Befolgung einer an sie ergangene Weisung für unzumutbar halten?

Auch aus systematischer Sicht ist eine Remonstrationspflicht für Richterinnen und Richter nicht unbedingt erforderlich. Wie bereits oben erläutert ist die Remonstration eine Dienstpflicht der Weisungsempfängerin oder des Weisungsempfängers gegenüber Vorgesetzten. Eine gültige Remonstration hat zwar den zeitlichen Aufschub der Befolgungspflicht zur Folge, bis die Weisung schriftlich wiederholt wurde, aber stellt kein Rechtsschutzinstrument der Weisungsempfängerin oder des Weisungsempfängers dar. Somit steht es dem Gesetzgeber frei, Richterinnen und Richter diese Verpflichtung gegenüber ihren Vorgesetzten nicht aufzuerlegen. Dies hat der Gesetzgeber auch getan (eigentlich nicht getan), indem er ein Remonstrationsregime für Richterinnen und Richter nicht vorsah. Da die Remonstration auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art 20. Abs. 1 B-VG ebenfalls nicht vordefiniert ist, stellt das Fehlen dieses Instrumentes im Richterdienstrecht weder einen Systembruch noch eine Verfassungswidrigkeit dar.

Der Verfassungsgerichtshof hat auch hinsichtlich zweier Beschwerden gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG über Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes, wo genau die Rechtsfrage eines „Remonstrationsrechtes“ von Richterinnen und Richtern strittig war, und das Bundesverwaltungsgericht die Remonstrationspflicht von Richterinnen und Richtern verneinte, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erkannt und die Behandlung der Beschwerden abgelehnt.²⁶⁾ Diesen Fällen lag ein ähnlicher Sachverhalt

zugrunde. Die beschwerte Richterinnen und der beschwerte Richter brachten gegen mehrere generelle als auch individuelle Weisungen eine gültige Remonstration samt Feststellungsantrag hinsichtlich der Weisungen ein. Dabei wurden die Weisungen durch die weisungserteilenden Organe mangels Remonstrationsregime für Richterinnen und Richter nicht wiederholt,²⁷⁾ sondern sogleich ein Feststellungsbescheid zum Feststellungsantrag erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich dadurch im Beschwerdeverfahren mit dem Thema der Zurückziehung der Weisung mangels Wiederholung auseinanderzusetzen.

Zusammengefasst ist somit zu sagen, dass für Richterinnen und Richter keine Remonstrationspflicht besteht.²⁸⁾

Somit tritt auch die zeitliche Suspendierung der Befolgungspflicht einer Weisung bei Vorbringen einer Rechtswidrigkeit nicht ein. Dies führt dazu, dass für Richterinnen und Richter, die nicht in Ausübung ihres richterlichen Amtes tätig sind und eine Weisung von einem oder einer Vorgesetzten erhalten, wobei keiner der Gründe des Art. 20 Abs. 1 B-VG (die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wurde – Unzuständigkeit besteht auch bei Weisungen innerhalb der Ausübung des richterlichen Amtes²⁹⁾ – oder die Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde) vorliegen darf, diese Weisung eine unmittelbare Befolgungspflicht auslöst, die nicht verzögert (wie es eben bei einer Remonstration der Fall ist) werden kann.

Nun bleibt noch die Frage zu klären, ob Richterinnen und Richter mangels einer Remonstrationspflicht Weisungen von Vorgesetzten in Ausübung der monokratischen Justizverwaltung „schutzlos“ ausgeliefert sind.

FESTSTELLUNGSANTRAG AUF BEFOLGUNG UND „SCHLICHTE“ RECHTSWIDRIGKEIT

Wie bereits erläutert stellt aus rein rechtsdogmatischer Sicht eine Remonstration kein „Verteidigungsinstrumentarium“ der Weisungsempfängerin und des Weisungsempfängers gegen eine „unliebsame“ Weisung dar. Nichtsdestotrotz bewirkt eine gültige Remonstration die Suspendierung der Befolgungspflicht hinsichtlich dieser Weisung. Mit schriftlicher Wiederholung erstarkt jedoch die ursprüngliche Befolgungspflicht der ursprünglich ergangenen Weisung wieder.³⁰⁾ Somit könnte ein Weisungsempfänger oder eine Weisungsempfängerin die Befolgung einer ihm oder ihr „unliebsamen“ Weisung

10) Vgl. § 44 Abs. 2 BDG 1979.

11) Vgl. etwa VwGH 28. 10. 2004, 2003/09/0045; 26.06.1997, 95/09/0230; vgl. Erläuterungen *Fellner*, BDG § 44 BDG (Stand 15.3.2023, rdb.at).

12) Vgl. VwGH 13.10.1994, 92/09/0303; 01.07.1993, 92/09/0171.

13) Vgl. *Reissner/Neumayr*, ZellKomm ÖfFD R § 44 BDG Rz 62 (Stand 01.01.2022, rdb.at).

14) Vgl. § 7 Abs. 2 Verordnung der Bundesregierung vom 9. Jänner 1979 über die Allgemeinen Dienstvorschriften für das Bundesheer (ADV).

15) Für eine intensivere Auseinandersetzung mit der Remonstrationspflicht vgl. unter anderem *Julcher/Kneißl* in *Reissner/Neumayr*, ZellKomm ÖfFD R § 44 BDG (Stand 1.1.2022, rdb.at).

16) Vgl. VwGH 05.12.2023, Ro 2022/12/0029.

17) Vgl. BVwG 13.06.2022, W254 2253670-1; 13.06.2022, W227 2253669-1.

18) Vgl. § 78e BDG 1979.

19) Vgl. IA 255/A XXIII. GP 6.

20) Vgl. RV 296 BlgNR XXIII. GP 6.

21) Vgl. VwGH 22.02.2011, 2010/12/055.

22) Vgl. § 41 WG 2001.

23) Vgl. VwGH 13.10.1994, 92/09/0303.

24) Vgl. BVwG 13.06.2022, W254 2253670-1.

25) Vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II, 5. Auflage, § 30 Abs. 3 StAG Rz 6 (Stand 01.03.2023, rdb.at).

26) Vgl. VfGH 20.09.2022, E 1970/2022 und E 1971/2022 zu BVwG 13.06.2022, W227 2253669-1 und W254 2253670-1.

27) Vgl. § 44 Abs. 3 BDG 1979.

28) Vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II, 5. Auflage, § 57 Abs. 2 RStG Rz 26 (Stand 01.03.2023, rdb.at).

29) Vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II, 5. Auflage, § 57 Abs. 2 RStG Rz 25 (Stand 01.03.2023, rdb.at).

30) Vgl. § 44 Abs. 3 letzter Satz BDG 1979.

insoweit verzögern, als er oder sie eine gültige Remonstration einbringt. Diese Verzögerungsmöglichkeit steht mangels Remonstrationsregime Richterinnen und Richtern aber nicht zu. Sehr wohl verfügen sie – so wie alle anderen Bediensteten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis auch – über ein „echtes“, rechtliches Verteidigungsinstrumentarium gegen Weisungen von Vorgesetzten,³¹⁾ den Feststellungsantrag und die Bescheidbeschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG gegen den dadurch ergehenden Feststellungsbescheid. Hinsichtlich der Feinheiten bezüglich eines Feststellungsverfahrens wird auf die einschlägige Literatur³²⁾ verwiesen.

Zusammengefasst kann jedoch ausgeführt werden, dass Gegenstand eines Feststellungsverfahrens bezüglich Weisungen einerseits die Frage sein kann, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten der RichterIn oder des Richters gehört (was mit der Befolgungspflicht hinsichtlich dieser Weisung gleichzusetzen ist),³³⁾ das heißt, ob die betroffene Person verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen.³⁴⁾ Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist demnach dann zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt – also die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder ihre Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstößt –, oder wenn ihre Erteilung das Willkürverbot verletzt. Gleiches gilt, wenn eine Personalmaßnahme in Bescheidform zu ergehen hätte,³⁵⁾ oder die Geltendmachung subjektiver Rechte der WeisungsempfängerIn bzw. des Weisungsempfängers eingeschränkt werden.³⁶⁾ Bezüglich des Prüfungsmaßstabes zum Willkürverbot bleibt jedoch auszuführen, dass die zuständige Behörde als auch das für die Beschwerde zuständige Verwaltungsgericht nur eine „Großprüfung“

hinsichtlich „Willkür“ durchzuführen hat,³⁷⁾ wobei willkürliches Verhalten der Behörde bei gehäufter Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder im Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes anzunehmen ist. Auch eine denkmögliche Gesetzesanwendung kann Willkür indizieren. Willkür liegt aber auch dann vor, wenn eine Entscheidung nur aus subjektiven, in der Person des Beschwerdeführers liegenden Gründen erfolgt ist. Demnach kann nur dem Gesamtbild des Verhaltens der Dienstbehörde im einzelnen Fall entnommen werden, ob Willkür vorliegt.³⁸⁾

Andererseits ist davon die Feststellung zu unterscheiden, ob eine Weisung „schlicht“ rechtswidrig ist.³⁹⁾ Der darauf gerichtete Feststellungsantrag, dass eine Weisung „schlicht“ rechtswidrig sei, berührt jedoch die Befolgungspflicht des weisungsempfangenden Organs nicht. Das Bestehen der Befolgungspflicht auch bei „schlicht“ rechtswidrigen Weisungen ist dabei unabhängig davon, ob die (behauptete) Rechtswidrigkeit auf die Verletzung einfachgesetzlicher Normen oder von Normen höheren Ranges zurückgeht.⁴⁰⁾ Ein solcher Feststellungsantrag ist jedoch nur dann zulässig, wenn durch die Weisung die Rechtssphäre der RichterIn oder des Richters berührt wird,⁴¹⁾ und dem Feststellungsbescheid in konkretem Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder ein Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung der AntragstellerIn oder des Antragstellers für die Zukunft zu beseitigen.⁴²⁾ Mit anderen Worten ausgedrückt muss für die antragstellende RichterIn oder den antragstellenden Richter die „schlicht“ rechtswidrige Weisung noch aufrecht sein, oder die Gefahr bestehen, dass die gleiche

„schlicht“ rechtswidrige Weisung erneut erteilt werden könnte. Ein rein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Durch die Subsidiarität von Feststellungsbescheiden ist ein Feststellungsantrag aber nur zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage nicht im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verfahrens entschieden werden kann,⁴³⁾ wobei sich die AntragstellerIn oder der Antragsteller aber nicht dem Risiko eines Straf- oder Disziplinarverfahrens aussetzen muss.⁴⁴⁾

ERGEBNIS

Richterinnen und Richter haben aufgrund des § 57 Abs. 2 RStDG nicht wie andere öffentlich-rechtliche Bedienstete des Bundes die Verpflichtung, ihre Vorgesetzten auf etwaige rechtswidrige Weisungen im Sinne einer Remonstrationspflicht gemäß § 44 Abs. 3 BDG 1979 hinzuweisen. Somit steht ihnen die Möglichkeit der Verzögerung hinsichtlich Befolgungspflicht bis zur schriftlichen Wiederholung der ergangenen Weisung nicht offen. Diese dezidiert kodifizierte Verpflichtung hat der Gesetzgeber dem Richterstand nicht aufgebürdet. Im Sinne ihrer Treueverpflichtung gegenüber Österreich und ihrer Verpflichtung zur Beachtung der in Österreich geltenden Rechtsordnung⁴⁵⁾ wird man ihnen aber vielleicht trotzdem zumuten müssen, dass sie ihre weisungserteilenden Vorgesetzten aufzuklären haben, dass die erteilte Weisung potenziell oder definitiv rechtswidrig ist. Dies hat aber eben keine Suspendierung der Befolgungspflicht der Weisung zur Folge, und somit ist die Weisung auch ohne schriftliche Wiederholung entsprechend des Weisungsinhaltes umzusetzen. Auf nützliche Dokumentationsmaßnahmen für etwaige spätere Beweis Zwecke sei hier ebenfalls nur am Rande hingewiesen.

Ein Feststellungsverfahren hinsichtlich einer „schlicht“ rechtswidrigen Weisung bereitet dabei aus dienstrechtlicher Sicht für die weisungsempfangende Richterin oder den weisungsempfangenden Richter keine Probleme. Natürlich steht im Feststellungsverfahren zur Diskussion, ob die ergangene Weisung „schlicht“ rechtswidrig ist, aber die Weisung ist in der Zeit bis zum Abschluss des Feststellungsverfahrens von der Richterin oder dem Richter zu befolgen. Würde die Weisung nicht befolgt werden, besteht die Gefahr einer Dienstpflichtverletzung samt den damit verbundenen Disziplinarmaßnahmen gemäß RStDG.⁴⁶⁾

Größere dienstrechtliche Schwierigkeiten bereitet bis zum rechtskräftigen Abschluss des Feststellungsverfahrens jedoch eine Weisung, die keine Befolgungspflicht entfaltet (unter anderem sind das Weisungen von einem

unzuständigen Organ, wobei auch Weisungen, die in die richterliche Unabhängigkeit eingreifen von einem unzuständigen Organ sind; Weisungen, bei deren Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstoßen wird; Weisungen entgegen dem Willkürverbot). In dieser Situation könnte für die weisungsempfangende Richterin oder den weisungsempfangenden Richter die Situation auftreten, dass die Befolgung einer Weisung ein strafrechtliches oder disziplinarrechtliches Verfahren nach sich ziehen könnte. Aber auch die Nichtbefolgung könnte eventuell ein disziplinarrechtliches Verfahren auslösen. Ob es in solchen grenzwertigen Situationen jedoch zu einer disziplinarrechtlichen Ahndung bedarf es ja nach Art und Schwere der Verfehlung aus general- und spezialpräventiven Gründen⁴⁷⁾ – oder strafrechtlichen Verurteilung kommen würde, wird hier zur Debatte gestellt.

- 31) Vgl. VwGH 06.06.2023, Ro 2022/12/0032.
 32) Bsp.: *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 56 (Stand 1.7.2005, rdb.at).
 33) Vgl. VwGH 17.10.2010, 2010/12/0157.
 34) Vgl. VwGH 17.10.2008, 2007/12/0049.
 35) Vgl. VwGH 09.03.2022, Ro 2020/12/0004; 20.11.2018, Ro 2018/12/0016.
 36) Vgl. VwGH 30.04.2014/2013/12/0206.
 37) Vgl. VwGH 23.10.2002, 2001/12/0057; 12.12.2008, 2008/12/0011; 29.01.2014, 2012/12/0152.
 38) Vgl. VwGH 17.10.2008, 2007/12/0049.
 39) Vgl. VwGH 09.03.2022, Ro 2020/12/0004.
 40) Vgl. VwGH 09.03.2022, Ro 2020/12/0004; 27.06.2012, 2011/12/0172.
 41) Vgl. VwGH 09.03.2022, Ro 2020/12/0004.
 42) Vgl. VwGH 03.10.2018, Ra 2017/12/0089.
 43) Vgl. VwGH 15.09.2020, Ro 2020/16/0028; 21.02.2001, 95/12/0141; 29.11.2005, 2005/12/0155.
 44) Vgl. VwGH 24.05.2022, Ra 2021/11/0116; *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II, 5. Auflage, § 1 DVG Rz 11 (Stand 01.03.2023, rdb.at).
 45) Vgl. u.a. § 57 Abs. 1 RStDG; vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II, 5. Auflage, § 57 Abs. 2 RStG Rz 5 ff (Stand 01.03.2023, rdb.at).
 46) Vgl. §§ 101 ff RStDG.
 47) Vgl. *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II, 5. Auflage, § 57 Abs. 2 RStG Rz 13 ff (Stand 01.03.2023, rdb.at).

Einladung zum Drachenbootrennen und Sommerfest der Sektion Wien

Auch heuer veranstaltet die **Sektion Wien der Vereinigung der österreichischen Richterinnen** und Richter im Vorfeld ihres **Sommerfests** ein **Bootsrennen** auf der Alten Donau. Dazu sind alle Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Richteramtswärterinnen und Richteramtswärter, Diplomrechtspflegerinnen und Diplomrechtspfleger sowie alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justiz sehr herzlich eingeladen, sich als Team anzumelden!

Wo: Polizeisportanlage,
Dampfschiffhafen 2, 1220 Wien
Am „Kleinen Gänsehäufel“

Wann: **Mittwoch, 19.6.2024**, Start: 15.00 Uhr



Das Kräfteressen der Gerichtsbarkeit wird in einem **Drachenbootrennen** erfolgen (Details unter <http://www.psv-kanu.at>). Eine Mannschaft sollte aus mindestens 16, im Idealfall 20 Personen bestehen. Zum Drachenbootrennen sind auch Fans wieder herzlich willkommen, um für eine tolle Rennatmosphäre zu sorgen oder sich im kühlen Nass der Alten Donau zu erfrischen.

Für allfällige **Rückfragen** stehen **Mag. Harald Wagner** (01/51528-305420, harald.wagner1@justiz.gv.at) und **Ute Beneke** (01/52152-303644, ute.beneke@richtervereinigung.at) sehr gerne zur Verfügung.

Personalia

ERNENNUNGEN

Ernannt wurde auf die Planstelle einer/eines

HOFRATS DES OGH

RidOLG Dr. Andreas Sengstschmid

RidOLG Dr. Peter Vollmaier

RICHTERIN/RICHTERS DES LG

RiAA Bettina Bertleff, LL.M. (WU), LL.M

(LG St. Pölten)

RiAA Mag.^a Patricia Flucher, BA

(LGS Graz)

RiAA Dr. Clemens Jenny

(LG Eisenstadt)

RidBG Dr.ⁱⁿ Julia Maurer

(LG Innsbruck)

RiAA Dr. Thomas Wach LL.M. (WU), BSc (WU)

(LG St. Pölten)

StA Mag. Marjan Sebastian Wieland

(LGS Graz)

VORSTEHERIN DES BG

RidBG Mag.^a Stephanie Mantinger

(BG Bad Ischl)

RICHTERIN/RICHTERS DES BG

RiAA Mag.^a Stefanie Aichberger

(BG Reutte)

SprRi Mag.^a Theresia Angerer

(BG Floridsdorf)

RidBG Mag. Felix Gabriel

(BG Josefstadt)

RiAA Veronika Gritz, LL.M. (WU)

(BG Floridsdorf)

RidLG Dr.ⁱⁿ Sabine Harasser-Krainer

(BG Schwaz)

RidLG Mag.^a Stephanie Haselsteiner, BA

(BG Tulln)

RidBG Mag. Kurt Heinricher

(BG Innsbruck)

SprRi Dr.ⁱⁿ Sonja Kamilarov

(BG Josefstadt)

SprRi Mag.^a Johanna Köfinger

(BG Favoriten)

RidBG Mag.^a Gerda Lauerermann

(BG Donaustadt)

RiAA Mag. Milutin Mrvosevic, LL.M.

(BG Josefstadt)

RidLG Mag.^a Vanessa Rögner-Uusitalo

(BG Floridsdorf)

RiAA Dr.ⁱⁿ Elisabeth Pirker

(BG Favoriten)

SprRi Mag. Paul Scheichel

(BG Donaustadt)

SprRi Mag.^a Carina Schwarz

(BG Donaustadt)

RiAA Mag.^a Hannah Stadlober, MLitt BA

(BG Floridsdorf)

RiAA Mag.^a Julia Wiltsche-Kienleitner

(BG Murau, BG Judenburg)

SPRENGELRICHTERS

RiAA Mag. Patrick Lampret

(OLG-Sprengel Wien)

RICHTERAMTSANWÄRTERIN/

RICHTERAMTSANWÄRTERS

Mag.^a Katharina Amtmann, BA

(OLG-Sprengel Graz)

Mag.^a Sophia Beer

(OLG-Sprengel Wien)

Mag.^a Lara-Sophie Berger

(OLG-Sprengel Linz)

Lisa Brüggler, LL.M. (WU), BSc (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

Dr. David Bürkl

(OLG-Sprengel Linz)

Mag.^a Patrizia Ebner

(OLG-Sprengel Wien)

Mag. Christopher Jantschgi, MBA

(OLG-Sprengel Graz)

Bernhard Kaltenböck, LL.M. (WU), BSc (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

Mag. Kevin Knittl

(OLG-Sprengel Graz)

Hannes Loibl, LL.M. (WU), BSc (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

Mag.^a Lisa Mayr

(OLG-Sprengel Linz)

Mag.^a Clara Probst, LL.M. (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

Mag.^a Valerie Reiter-Zatloukal

(OLG-Sprengel Wien)

Mag.^a Sabrina-Tamara Puaschitz-Pikalo

(OLG-Sprengel Graz)

Mag. Arian Roubal

(OLG-Sprengel Graz)

Marie-Jasmin Rugli, LL.M. (WU), BSc (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

Mag.^a Stephanie Sterbenz

(OLG-Sprengel Graz)

Stefanie Stöcklinger, LL.M. (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

Mag.^a Michaela Stückerl

(OLG-Sprengel Wien)

Mag. Dominik Surböck, LL.B.

(OLG-Sprengel Linz)

Irina Thorbauer, LL.M. (WU), BSc

(OLG-Sprengel Graz)

Mag.^a Lena Wachter

(OLG-Sprengel Wien)

Lara Wendlinger, LL.M. (WU), BSc (WU)

(OLG-Sprengel Wien)

STAATSANWÄLTIN/STAATSANWALTS

SprStA Mag. Sebastian Alber

(StA Wr. Neustadt)

SprStA Mag. Georg Barth

(StA Graz)

StA Mag.^a Nur Dogan

(StA Eisenstadt)

StA Mag. Dominik Hauer

(StA Eisenstadt)

StA Mag.^a Franziska Schatz

(StA Linz)

SprStA Dr.ⁱⁿ Marlene Wintersberger

(StA Eisenstadt)

SPRENGELSTAATSANWÄLTIN

RiAA Mag.^a Anna Theresa Kanduth

(OStA-Sprengel Graz)

RUHESTAND

RidLG Dr. Johann Gumpinger

(HG Wien)

RidLG Dr. Reinhard Hackenberger

(LGZ Graz)

RidLG Dr. Ernst Knoglinger

(LG Ried im Innkreis)

PräsdLG Dr. Walter Koller

(LG Ried im Innkreis)

VERSTORBEN SIND

Ri iR Dr. Franz-Otto Ackerl

(1931, Wien)

LStA iR HR Dr. Erwin Breitenlacher

(1932, Wien)

Errata:

In Heft 03/2024 wurde in den Personalia

irrtümlich abgedruckt, dass Frau

Mag.^a Alexandra Prodas zur Richter-

amtsanwärterin ernannt worden ist.

Der richtige Name lautet allerdings Frau

Mag.^a Alexandra **Prodan**. Weiters wurde

irrtümlich abgedruckt, dass Herr Dr. Florian

Spajc zum Stellvertreter der Leiterin der

WKStA ernannt wurde. Der richtige

Name lautet allerdings Dr. Florian **Sprajc**.

Wir bitten um Entschuldigung.

Aktuelle Entscheidungen in Rechtssätzen des Evidenzbüros des Obersten Gerichtshofs

Bearbeitet von VizePräs des OGH i.R. Prof. Dr. Anton Spenling (Zivilsachen), Stand: 29.2.2024

ZIVILSACHEN

EÜ70: § 138 Abs 1 ASVG

Erkrankt ein Versicherter während eines unbezahlten Urlaubs, besteht – ungeachtet einer aufrechten Pflichtversicherung nach § 11 Abs 3 ASVG – kein Anspruch auf Krankengeld nach § 138 Abs 1 ASVG.

16.1.2024, 10 Obs 23/23i (RS0134621)

EÜ71: Art 267 AEUV Lissabon, Art 1 Abs 2 lit d, Art 4 Abs 1 Rom II-VO

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art 1 Abs 2 lit d der Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II-VO“) dahin auszulegen, dass er sich auch auf Schadenersatzansprüche gegen ein Organ einer Gesellschaft bezieht, die ein Gesellschaftsmitglied auf deliktischen Schadenersatz wegen Verletzung von Schutzgesetzen (wie etwa Bestimmungen des Glücksspielrechts) durch das Organ stützt?

2. Für den Fall, dass die Frage 1 verneint wird: Ist Art 4 Abs 1 der genannten Verordnung dahin auszulegen, dass sich der Ort des Schadenseintritts bei einer deliktischen Schadenersatzklage gegen ein Organ einer konzessionslos Online-Glücksspiel in Österreich anbietenden Gesellschaft wegen erlittener Spielverluste richtet nach

a) dem Ort, von dem aus der Spieler Überweisungen von seinem Bankkonto auf das von der Gesellschaft geführte Spielerkonto leistet,

b) dem Ort, wo die Gesellschaft das Spielerkonto führt, auf dem Einzahlungen des Spielers, Gewinne, Verluste und Boni gebucht werden,

c) dem Ort, von dem aus der Spieler Spieleinsätze über dieses Spielerkonto tätigt, die letztlich zu einem Verlust führen,

d) dem Wohnort des Spielers als Belegenheitsort seiner Forderung auf Auszahlung seines Guthabens auf dem Spielerkonto,

e) dem Belegenheitsort seines Hauptvermögens?

11.1.2024, 5 Ob 9/24w (RS0134624)

EÜ72: §§ 4 Abs 1, 11 FAGG

Das Rücktrittsrecht nach § 11 Abs 1 FAGG steht dem Verbraucher nur beim erstmaligem Abschluss des Vertrages im Fernabsatz zu. Sieht der Vertrag nach einem kostenlosen Zeitraum einen kostenpflichtigen Zeitraum vor und verlängert sich der kostenpflichtige Zeitraum mangels Kündigung oder Widerruf neuerlich, so steht dem Konsumenten nur beim erstmaligen Abschluss des Vertrages das Rücktrittsrecht nach § 11 Abs 1 FAGG zu; dies sofern der Unternehmer in klarer und verständlicher Weise über die Kostenpflicht nach anfänglicher Gratisleistung informiert.

13.11.2023, 3 Ob 191/23v (RS0134625)

EÜ73: § 177 ASVG, Anl 1 ASVG

Durch Aufnahme der Infektionskrankheiten in den Katalog der Anlage 1 sollte der Unfallversicherungsschutz eingeschränkt und nicht eine weitere Anspruchsgrundlage mit erleichteter Beweisführung geschaffen werden. Ein Versicherungsschutz dafür besteht nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 177 ASVG iVm der Anlage 1. Davon ausgenommen sind lediglich Fälle, in denen die Ansteckung auf ein unfallartiges Ereignis (Insektenstich, Biss, Injektion mit einer infizierten Nadel etc) zurückgeht. Ausschließlich insoweit überschneiden sich Dienst- bzw Arbeitsunfall und Berufskrankheit.

16.1.2024, 10 Obs 68/23g (RS0134626)

EÜ74: § 231 ABGB, § 3 Abs 2 PAusbZG

Der Pflegeausbildungszuschuss nach § 3 Abs 2 PAusbZG ist kein Eigeneinkommen des unterhaltsberechtigten Kindes.

6.9.2023, 3 Ob 147/23y (RS0134627)

EÜ75: § 1311 ABGB, § 1 AHG

Wird im Amtshaftungsverfahren ein bloßer Vermögensschaden geltend gemacht,

ist dieser nur aufgrund einer (vorwerfbaren) Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts, der Übertretung eines Schutzgesetzes nach § 1311 ABGB oder eines sittenwidrigen Verhaltens des Schädigers ersatzfähig.

23.10.2023, 1 Ob 146/23m (RS0134628)

EÜ76: § 1 AHG, § 1311 ABGB, § 21 Abs 2 Z 2 NAG, § 52 Abs 1 FPG 2005, § 18 Abs 2 Z 1 BFA-VG

Ein durch eine rechtswidrige Abschiebung verursachter Verdienstentgang einer Betroffenen steht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einem Verstoß gegen § 21 Abs 2 Z 2 und Abs 6 NAG, § 52 Abs 1 FPG 2005 und § 18 Abs 2 Z 1 BFA-VG.

23.10.2023, 1 Ob 146/23m (RS0134629)

EÜ77: § 14 Abs 1 UWG

Der Verein für Konsumenteninformation ist, soweit sich die Werbung nicht nur an Verbraucher, sondern auch an Geschäftskunden richtet, auch zur Untersagung von Handlungen im geschäftlichen Verkehr mit Geschäftskunden aktivlegitimiert.

Beisatz: Es besteht kein Anlass, das Verbot der (auch für Verbraucher) irreführenden Werbung auf den b2c-Bereich zu beschränken, nur weil die Klage vom Verein für Konsumenteninformation erhoben wurde. (T1)

19.12.2023, 4 Ob 80/23b (RS0134630)

EÜ78: §§ 116a, 139 AufßStrG 2005

Seit dem 2. ErwSchG gilt die vertretene Person im Erwachsenenschutzrecht stets als verfahrensfähig und soll Adressat der gerichtlichen Zustellungen sein.

Beisatz: Ein Vertreter bzw Rechtsbeistand schränkt die Möglichkeit der betroffenen Person nicht ein, im Verfahren selbständig zu handeln. Sie kann selbständig eigene Verfahrenshandlungen neben dem Vertreter vornehmen. (T1)

Beisatz: Hier: Zustellung zur allfälligen Einbringung einer Revisionsrekursbeantwortung durch die Betroffene. (T2)

13.12.2023, 8 Ob 106/23f (RS0134631)

EÜ79: § 1488 ABGB

Für die Freiheitsersitzung genügt, dass der Dienstbarkeitsberechtigte das Hindernis, das die Ausübung einer Dienstbarkeit unmöglich macht oder beeinträchtigt, bei gewöhnlicher Sorgfalt (im Sinne von gewöhnlicher Aufmerksamkeit) hätte wahrnehmen können.

20.12.2023, 1 Ob 171/23p (RS0134632)

EÜ80: § 257 Abs 1 IO

Für § 257 Abs 2 IO reicht aus, dass die öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben ist. Eine solche Vorschrift kann auch auf einer Analogie beruhen (§ 7 ABGB). Die Entscheidungen (insbesondere) EvBl 1963/326 und 8 Ob 225/02z, nach denen für § 257 Abs 2 IO die öffentliche Bekanntmachung ausdrücklich vorgeschrieben sein muss, werden abgelehnt.

13.12.2023, 8 Ob 127/23v (RS0134636)

EÜ81: §§ 66, 63 Abs 2 ZPO

Beantragt eine juristische Person Verfahrenshilfe, sind auch von ihren wirtschaftlich Beteiligten nicht mehr als vier Wochen alte Bekenntnisse über die Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse (Vermögensbekenntnis) und, soweit zumutbar, entsprechende Belege beizubringen.

Beisatz: Jedes Formular ist von der jeweiligen natürlichen Person bzw bei juristischen Personen von ihren vertretungsbefugten Organen zu unterschreiben. (T1)

5.2.2023, 18 OCg 1/23f (RS0134637)

EÜ82: § 63 Abs 2 ZPO

Bei Verfahrenshilfeanträgen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind jedenfalls die Gesellschafter die wirtschaftlich Beteiligten im Sinn des § 63 Abs 2 ZPO.

Beisatz: Eine allfällige Weigerung der wirtschaftlichen Beteiligten, ihre Verhältnisse offen zu legen, fällt allein in die Sphäre der Antragstellerin. (T1)

Beisatz: Hier: Mangels Behauptungen zu Einkommens- und Vermögensverhältnissen der wirtschaftlich Beteiligten oder Anbot anderer Bescheinigungsmittel dazu, offenlassend, ob, in welcher Form und unter welchen Umständen solche alternativen Nachweise der Voraussetzungen für die Gewährung der Verfahrenshilfe zulässig wären. (T2)

22.5.2023, 18 OCg 1/23f (RS0134640)

EÜ83: §§ 63 Abs 1 und 2, 84, 85 ZPO

Für die Prüfung, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint, sind entsprechende Angaben zum geltend zu machenden Anspruch erforderlich. Ist das Vorbringen für eine seriöse Beurteilung der Erfolgsmöglichkeit zu unklar oder unvollständig, so hat das Gericht auf eine Klarstellung und Vervollständigung hinzuwirken, wobei die betreffende Partei eine Mitwirkungspflicht trifft.

Beisatz: Hier: fehlende Belege für das Datum des Zukommens des Schiedsspruchs an die Aufhebungsklägerin zur Prüfung der Rechtzeitigkeit. (T1)

5.2.2023, 18 OCg 1/23f (RS0134638)

EÜ84: § 75 Abs 3 ZPO

Eingaben im Zivilprozess können nur per Post, durch Abgabe in der Einlaufstelle des Gerichts oder im elektronischen Rechtsverkehr erfolgen.

Beisatz: Gemäß § 75 Abs 3 ZPO haben alle Schriftsätze an ein Gericht die Unterschrift der Partei oder ihres gesetzlichen Vertreters oder Bevollmächtigten zu enthalten. Ein Fax erfüllt dieses Erfordernis nicht. (T1)

5.2.2023, 18 OCg 1/23f (RS0134639)

EÜ85: §§ 27 Abs 1, 611 ZPO

Gemäß § 27 Abs 1 ZPO muss sich eine Partei vor allen höheren Gerichten als Bezirksgerichten durch Rechtsanwälte vertreten lassen (absolute Anwaltspflicht). Das gilt auch für die Aufhebungsklage nach § 611 ZPO.

Beisatz: Da für das Erheben der Klage gemäß § 611 Abs 4 ZPO eine Frist einzuhalten war, ist für die Verbesserung ebenfalls eine Frist zu setzen, bei deren Einhalten die Klage weiterhin als am Tag des ersten Einlangens überreicht anzusehen ist. (T1)

22.5.2023, 18 OCg 1/23f (RS0134641)

EÜ86: §§ 8 Abs 1 und 2, 17 ZustG

Wenn eine Partei ein Verfahren selbst einleitet und dabei eine oder mehrere Adresse(n) angibt, die von vornherein keine geeignete(n) Abgabestelle(n) im Sinn des Zustellgesetzes ist bzw sind, sind Hinterlegungen an dieser Zustelladresse nach § 17 ZustG aufgrund eines Größenschlusses aus § 8 Abs 2 ZustG unabhängig davon wirksam, wo sich die Partei befindet und welche Abgabestelle für sie sonst in Betracht gekommen wäre.

2.2.2024, 18 OCg 1/23f (RS0134642)

EÜ87: Art 89 Abs 2, Art 139 Abs 1 B-VG, Anhang Pkt 7.6 V über die Gewährung eines Verlustersatzes

Der Oberste Gerichtshof stellt den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge nachstehende Bestimmung des Anhangs zur Verordnung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO über die Gewährung eines Verlustersatzes), BGBl II 568/2020 idF BGBl II 75/2021, als gesetzwidrig aufheben: Pkt 7.6 [...] „Auf Gewährung eines Verlustersatzes besteht kein Rechtsanspruch.“

14.12.2023, 2 Ob 178/23z (RS0134662)

EÜ88: § 11 Abs 1 VersVG

Bedenklich iSd § 15a VersVG sind Vereinbarungen, die die in § 11 VersVG geregelte Fälligkeit des Anspruchs (aus der Versicherung) näher ausgestalten, etwa indem festgelegt wird, welche Erhebungen nötig sind, sofern sie nicht dem gesetzlichen Maßstab entsprechen, oder dass zusätzliche Voraussetzungen für die Fälligkeit aufgestellt werden. (Hinweis: 7 Ob 245/03k). Beisatz: Eine Bestimmung, die bei Vorliegen eines Teilschadens als Voraussetzung für die Beendigung der Erhebungen die Vorlage einer Rechnung über die ordnungsgemäße Wiederherstellung bzw einen Nachweis der Veräußerung des KFZ vorsieht, weicht unzulässig von der Fälligkeitsbestimmung des § 11 Abs 1 Satz 1 VersVG ab und widerspricht daher § 15a VersVG. (Art 9.1 Parkschadenkasko (PK 2013) (T1)

24.1.2024, 7 Ob 209/23w (RS0134663)

EÜ89: Art 4 Abs 1 lit b, Art 19 Rom I-VO

Der Anwaltsvertrag ist ein Dienstleistungsvertrag im Sinn von Art 4 Abs 1 lit b Rom I-VO, der mangels zulässiger Rechtswahl zur Anwendung des Rechts des Ortes des gewöhnlichen Aufenthalts des Anwalts führt, also gemäß Art 19 Rom I-VO zum Recht des Ortes der Hauptniederlassung des Anwalts, was grundsätzlich mit dem Recht des Kanzlei- oder Praxisorts gleichzusetzen ist.

Beisatz: Hier: Frage offenlassend, ob Haftung als gemeinsamer Vertragserrichter aus kollisionsrechtlicher Sicht als vertraglich oder außervertraglich zu qualifizieren ist. (T1)

30.1.2024, 1 Ob 160/23w (RS0134666)

Entscheidungen

Bearbeitet von VizePräs des OGH i.R. Prof. Dr. Anton Spenling (Zivilsachen),
SenPräs des OGH i.R. Prof. Dr. Michael Danek (Strafsachen) und Mag.^a Barbara Simma, LL.M. (Unionsrecht)

ZIVILSACHEN

7 § 219 ZPO:

Die in § 89i Abs 1 GOG enthaltene Formulierung „nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten“ umfasst nicht das Abstellen auf ausreichende personelle Möglichkeiten. Eine personell angespannte Lage innerhalb der Gerichte ist daher keine Rechtfertigung, einer Partei ihren nach § 219 ZPO zustehenden Anspruch auf eine Aktenkopie zu verweigern.

Es ist Aufgabe der Justizverwaltung, die Gerichte personell so auszustatten, dass sie ihren gesetzlichen Pflichten – hier: Anfertigung und Übermittlung einer Aktenkopie – entsprechen können.

OGH 31.1.2024, 3 Ob 221/23f.

(LG für ZRS Wien, 43 R 287/23h;

BG Innere Stadt Wien, 3 Ps 37/19a)

Der Vater nahm in der Gerichtskanzlei (Geschäftsabteilung) des Erstgerichts in die Bände XVII bis XIX des derzeit 20 Bände umfassenden Pflegschaftsaktes Akteneinsicht. Er fotografierte dabei einige Schriftsätze und erhielt zudem eine Kopie eines Gutachtens sowie anschließend in der Kopierstelle Kopien zweier weiterer Ordnungsnummern ausgehändigt. Nach Beendigung der Akteneinsicht äußerte er den Wunsch nach einer „Aktenabschrift“ der Bände XV bis XIX des Aktes. All dies hielt die Gerichtskanzlei in einem Kanzleivermerk („KV“) fest (ON 1285).

Das Erstgericht erblickte im genannten „Wunsch“ des Vaters einen Antrag, den es abwies. Der Vater habe bereits mehrfach über Antrag bestimmte Aktenbestandteile erhalten. Welche Aktenstücke ihm noch fehlten, habe er nicht angegeben. Der Großteil des Akteninhalts sei auf Eingaben von ihm, seinem Rechtsanwalt und der Gegenseite zurückzuführen. Letztere seien seinem Rechtsanwalt zugegangen, bei dem er diese jederzeit einsehen könne. Das Recht auf Aktenkopie setze aufgrund der zwar zur Anfertigung von Aktenabschriften ergangenen, aber für Aktenkopien sinngemäß geltenden Entscheidung ZBl 1929/307 ein ernstliches Bedürfnis

voraus. Ein solches, Aktenbestandteile noch einmal kopiert zu erhalten, bestehe hier nicht. Soweit es um dem Rechtsanwalt des Vaters nicht zugestellte Aktenbestandteile gehe, handle es sich um interne Verfügungen des Gerichts, die einer Entscheidung mangels Gehör sowieso nicht zugrunde gelegt werden könnten. Diese habe der Vater bei seiner Akteneinsicht einsehen und fotografieren können. Er hätte auch nur von diesen eine Abschrift verlangen können.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und schloss sich der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts an. Ergänzend verwies es auf § 89i Abs 1 GOG, wonach der Anspruch auf Erhalt von Aktenabschriften nur „nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten“ bestehe. Dazu habe das Bundesministerium für Justiz in einem Erlass (JMZ 226.00/2-III 1/96) erläutert, dass die Einschätzung der technischen Möglichkeiten auch die personellen Ressourcen einschließe. Im Hinblick auf die bestehende Personalknappheit liege es außerhalb der technischen Möglichkeiten, dem Antrag auf Erstellung von Aktenkopien ganzer Aktenbände zu entsprechen. Die Herstellung von Kopien in diesem Umfang durch Kanzleipersonal scheitere daran, dass die wenigen Kanzleibedienten ohnedies mehr als voll ausgelastet seien und ihre Arbeitskraft nicht in diesem Ausmaß gebunden werden dürfe, weil sonst andere Rechtssuchende benachteiligt würden. Auch Rechtspraktikanten könnten nicht in dem hier erforderlichen Zeitbedarf herangezogen werden, sei es doch Aufgabe der Gerichte, diese auszubilden, und nicht über mehrere Stunden oder Tage mit Kopieren zu beschäftigen.

Der OGH erachtete den gegen diesen Beschluss erhobenen **ao. Revisionsrekurs** des Vaters als **zulässig** und auch als **berechtigt**.

Die Entscheidung, ob eine Partei Anspruch auf Akteneinsicht bzw eine Aktenkopie hat (beides wird durch § 219 ZPO – hier iVm § 22 AußStrG – gemeinsam geregelt und unterliegt daher dem gleichen

Verfahrensregime), ist keine Entscheidung „über die Sache“ iSd § 68 Abs 1 (oder auch § 48 Abs 1) AußStrG (*Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 22 Rz 57). Unter einer solchen versteht die ständige Rechtsprechung nämlich stattgebende, abweisende oder auch zurückweisende Entscheidungen über einen Rechtsschutzantrag, somit (nur) jede Entscheidung über den Verfahrensgegenstand (4 Ob 56/09b; 5 Ob 178/22w). Weil auch keine besondere Vorschrift vorhanden ist, die die Zweiseitigkeit anordnen würde, ist dieses Revisionsrekursverfahren e contrario § 68 Abs 1 AußStrG einseitig.

Die Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht bzw Übermittlung einer Aktenkopie ist auch kein „verfahrenleitender Beschluss“ iSd § 45 Satz 2 AußStrG und damit grundsätzlich selbständig anfechtbar (2 Ob 194/14i; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 22 Rz 57; *Lutschounig* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 22 Rz 9 [mwN]; *Ziehensack*, Schriftsätze für Rechtsanwälte [15. Lfg 2020] Kap ZPO 24 Rz 105; aA LG Salzburg 21 R 344/13d = EFSig 104.164; LGZ Wien 48 R 234/16s [unveröff]). Das Rekursgericht ging daher zutreffend von der abgesonderten Anfechtbarkeit des erstgerichtlichen Beschlusses aus.

Dass das Erstgericht den Kanzleivermerk genügen ließ, um von einem Antrag des Vaters auf Aktenkopie der Bände XV bis XIX des Pflegschaftsaktes auszugehen, steht mit § 10 Abs 1 AußStrG, wonach Anträge, Erklärungen und Mitteilungen (nur) „in der Form eines Schriftsatzes beim Gericht erster Instanz eingebracht oder zu Protokoll erklärt werden [können]“, in Widerspruch. Das vorliegende Gebrechen ist aber jedenfalls dadurch geheilt, dass der Rechtsmittelantrag im vom Vater anwaltlich eingebrachten Revisionsrekurs auf Stattgebung seines (Aktenkopie-)Antrags lautet. Es ist daher vom OGH retrospektiv von einem gültig gestellten (geheilten) Aktenkopieantrag auszugehen.

Gemäß § 22 AußStrG sind im Außerstreitverfahren die Bestimmungen der ZPO über Protokolle, Akten sowie die Sitzungspolizei, Beleidigungen in

Schriftsätzen und über Strafen sinngemäß anzuwenden. Die Frage der Akteneinsicht und des Anspruchs auf Aktenkopie ist demnach nach § 219 ZPO zu beurteilen (3 Ob 298/05b; 9 Ob 15/07g [mwN]).

Gemäß § 219 Abs 1 ZPO können die Parteien in sämtliche ihre Rechtssache betreffenden, bei Gericht befindlichen Akten (Prozessakten) mit Ausnahme der Entwürfe zu Urteilen und Beschlüssen, der Protokolle über Beratungen und Abstimmungen des Gerichts und solcher Schriftstücke, welche Disziplinarverfügungen enthalten, sowie anderer kraft ausdrücklicher Anordnung der Akteneinsicht entzogener Aktenstücke Einsicht nehmen und sich davon auf ihre Kosten Abschriften (Kopien) und Auszüge (Ausdrucke) erteilen lassen.

Bei der Auslegung des Begriffs der Partei iSd § 219 Abs 1 ZPO ist auf das jeweilige Verfahren abzustellen (zB 2 Ob 68/22x). Dem Vater kommt im vorliegenden Kontaktrechtsverfahren als Antragsteller Parteistellung zu (§ 2 Abs 1 Z 1 AußStrG). Der OGH sprach in der am 22.5.1929 ergangenen, vom Erstgericht ins Treffen geführten Entscheidung aus, dass die Berechtigung der Parteien zum Verlangen nach Abschriften von Akten ihre natürlichen Grenzen habe. Die Parteien könnten zwar Abschriften von sämtlichen, ihre Rechtssache betreffenden Akten verlangen, aber nur so weit ein ernstliches Bedürfnis danach bestehe. In jenen Fällen, wo Parteien durch Akteneinsichtnahme und Notizen daraus ihr Interesse befriedigen könnten und wo es nicht etwa auf den Wortlaut von Urkunden oder Protokollen ankomme, könnten sie nicht verlangen, dass ihnen Abschriften von den ganzen ihre Rechtssache betreffenden Akten erteilt werden. Sie müssten sich vor Augen halten, dass derartige Anträge geeignet seien, die Tätigkeit der gerichtlichen Schreibabteilungen unnötig zu belasten und dadurch Verzögerungen in der Ausarbeitung anderer gerichtlicher Erledigungen zum Nachteile anderer Rechtssuchender herbeizuführen (3 Ob 440/29 = ZBI 1929/307).

3 Ob 440/29 erging zu einer Zeit, in der es noch keine Kopiergeräte und Drucker gab. Zutreffend erkannte bereits vor 30 Jahren das LGZ Wien in einer Entscheidung, dass durch die mittlerweileige Ausstattung der Gerichte mit Kopiergeräten sich seit der Entscheidung ZBI 1929/307 die Sachlage geändert habe (LGZ Wien 46 R 734/93 = AnwBl 1994/4709 [zust Witt]). Auch der Gesetzgeber ließ die flächendeckende

Ausrüstung der Gerichte mit Kopiergeräten und Druckern nicht unberücksichtigt und fügte durch die ZVN 2004 - hier interessierend - in § 219 Abs 1 ZPO im Ergebnis in der bisherigen Wortfolge „und sich davon auf ihre Kosten Abschriften und Auszüge erteilen lassen“ nach „Abschriften“ den Klammerausdruck „Kopien“ und nach „Auszüge“ den Klammerausdruck „Ausdrucke“ ein.

Die Entscheidung 3 Ob 440/29 ist nicht nur durch die zwischenzeitliche technische und einfachgesetzliche, sondern [...] auch die verfassungsrechtliche Entwicklung überholt, konkret durch die Vorschrift des Art 6 EMRK. Das durch sie geschützte Grundrecht des fair trial macht für die am Verfahren Beteiligten eine generelle Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht und Entnahme von Aktenabschriften, die für die wirksame Rechtsdurchsetzung, insbesondere für die Erhebung von Rechtsmitteln unerlässlich sind, unzulässig. Beschränkungen dieses Rechts sind nur in sehr geringem Umfang möglich und bedürfen einer besonderen gesetzlichen Regelung. Die in § 219 Abs 1 ZPO normierten Ausnahmen sind daher, soweit nicht sondergesetzliche Regelungen bestehen, als taxative Aufzählung zu verstehen (RS0110043; zuletzt 2 Ob 68/22x).

Eine besondere Vorschrift besteht hier insofern, als nach § 89i Abs 1 GOG die Parteien, soweit ihnen ein Recht auf Akteneinsicht zusteht, (nur) „nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten Anspruch darauf [haben], Ablichtungen der ihre Sache betreffenden Akten und Aktenteile zu erhalten“. Zwar hat, wie vom Rekursgericht ausgeführt, das Bundesministerium für Justiz in seinem Erlass vom 23.1.1997, JMZ 226.00/2-III 1/96 (abgedruckt bei *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG und wichtige Nebengesetze⁵ II § 89i GOG Rz 6), dazu die Ansicht vertreten, die Einschätzung der technischen Möglichkeiten schließe auch die personellen Ressourcen ein. Ein solcher Ministerialerlass ist aber keine für die Gerichte bindende Rechtsquelle (statt vieler 9 ObA 96/22s [mwN]). Die im Erlass vertretene Rechtsansicht des Ministeriums vermag auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Das GOG verweist in verschiedenen Bestimmungen auf die „technischen und personellen Möglichkeiten“ (zB in § 80 Abs 2 und in § 91b Abs 2, 3 und 5), in anderen nur auf die technischen Möglichkeiten (zB in § 89c Abs 2 und 5 sowie im hier relevanten § 89i Abs 1). Es ist jeweils von einer bewussten Entscheidung des

Gesetzgebers auszugehen, weshalb sich verbietet, die personellen als von den technischen Möglichkeiten miterfasst zu betrachten. Auch hat der VwGH bereits zu der § 89i Abs 1 GOG parallelen Bestimmung des § 17 Abs 1 AVG (damals idF BGBl 1991/51) judiziert, dass die gesetzliche Wendung „nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten“ kein Ermessen der Behörde über die Frage, ob Kopien angefertigt werden sollen oder nicht, normiere. Es werde damit - so der VwGH - „einzig die Voraussetzung der technischen Machbarkeit normiert, kurz gesagt: besitzt die Behörde einen Kopierer, der funktionstüchtig ist, hat die einschichtnehmende Partei einen Rechtsanspruch darauf, dass Kopien der Aktenteile (auf ihre Kosten) angefertigt werden“ (VwGH 2001/07/0149). Der Senat sieht keinen Grund, warum für § 89i Abs 1 GOG anderes gelten sollte.

Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts ist damit eine personell angespannte Lage innerhalb der Gerichte keine Rechtfertigung dafür, einer Partei ihren nach dem klaren Wortlaut des § 219 ZPO zustehenden Anspruch auf eine Aktenkopie zu verweigern. Es ist Aufgabe der Justizverwaltung, die Gerichte personell so auszustatten, dass sie ihren gesetzlichen Pflichten - hier: Anfertigung und Übermittlung einer Aktenkopie - entsprechen können.

Dass die technischen Voraussetzungen für die Erstellung von Aktenkopien beim Erstgericht vorhanden sind, steht außer Zweifel.

Dass dem Vater aus den Aktenbänden XV bis XIX, hinsichtlich derer er nunmehr die Übermittlung einer vollständigen Kopie verlangt, bereits einzelne Aktenbestandteile in Kopie übermittelt wurden, ändert nichts an seinem Anspruch auf eine vollständige Aktenkopie dieser Bände und kann für ihn allein - wenn ihm Verfahrenshilfe nach § 64 Abs 1 Z 1 ZPO (iVm § 7 Abs 1 AußStrG) gewährt wurde - Kostenfolgen haben (dazu *Rassi in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/3 § 219 ZPO Rz 70).

Dafür, dass hinsichtlich bestimmter Aktenteile, zB Zustellverfügungen, [...] kein Recht auf Aktenkopie besteht, bietet das Gesetz - abseits der in § 219 Abs 1 ZPO genannten Ausnahmen - keine Grundlage.

Der Vater hat damit Anspruch auf die begehrte vollständige Aktenkopie der Bände XV bis XIX des Pflugschaftsaktes. [...]

Anmerkung:

„Es ist Aufgabe der Justizverwaltung, die Gerichte personell so auszustatten, dass sie ihren gesetzlichen Pflichten [...] entsprechen können.“ Klare Worte, für die man dem 3. Senat dankbar sein muss. Was aber, wenn der Dienstgeber – was augenscheinlich der Fall ist – dieser Aufgabe nicht in ausreichendem Maß nachkommt? Konsequenterweise müssten dann eben die Aufgaben der Gerichte auf jenes Maß reduziert werden, das mit den vorhandenen Ressourcen bewältigt werden kann. Beides nicht zu tun, führt zu untragbarer Belastung des gerichtlichen Personals und naturgemäß auch zur Beeinträchtigung der Interessen der rechtsuchenden Bevölkerung.

Anton Spenling

STRAFSACHEN

8

§§ 429, 430 StPO:

Im Verfahren zur Unterbringung in einem forensisch-therapeutischen Zentrum nach § 21 StGB ist die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Betroffenen nach den Kriterien des § 430 Abs 5 StPO idF vor BGBl I 2022/223 nicht zulässig.

OGH 31.1.2024, 15 Os 1/24x

Mit Urteil vom 8. November 2023, GZ 41 Hv 39/23f-51.4, ordnete das Landesgericht Wiener Neustadt als Schöffengericht die Unterbringung der Betroffenen F. nach § 21 Abs 1 StGB in einem forensisch-therapeutischen Zentrum an. Nach dem Inhalt des Urteilspruchs hat sie unter dem maßgeblichen Einfluss einer schwerwiegenden und nachhaltigen psychischen Störung, nämlich einer chronischen paranoiden Schizophrenie mit einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ, wegen der sie zum Zeitpunkt der Taten zurechnungsunfähig war, Polizeibeamte mit Gewalt und gefährlicher Drohung an Amtshandlungen zu hindern versucht, und zwar I./ am 18. Februar 2023 in M. L. und P. durch Faustschläge gegen die Beamten an der Durchführung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht gemäß § 19 SPG und dem Ergreifen von Maßnahmen nach der StVO, sowie II./ am 1. März 2023 in Mö. B. durch die Ankündigung „Gib die scheiß Maske aus der Fresse, damit ich dir die Nase brechen kann“ sowie durch versuchte Schläge gegen die Beamtin an ihrer Vorführung in die psychiatrische Abteilung des LK Baden,

somit Taten begangen, die als Vergehen des Widerstands gegen die Staatsgewalt nach §§ 15, 269 Abs 1 StGB mit ein Jahr übersteigender Freiheitsstrafe bedroht sind.

Der **OGH** hat in Stattgebung der auf § 281 Abs 1 Z 4 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde der Betroffenen das Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LG Wiener Neustadt verwiesen.

Aus den Gründen:

Am 7. November 2023 fasste der Vorsitzende den Beschluss auf Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit der Betroffenen, weil diese – auf Basis der Einschätzungen des Sachverständigen und des persönlichen Eindrucks des Vorsitzenden – zur Teilnahme an der Hauptverhandlung nicht fähig sei. Dabei ging das Gericht davon aus, dass durch den ersatzlosen Entfall der Bestimmung des § 430 Abs 5 StPO aF mit Inkrafttreten des Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetzes BGBl I 2022/223 eine planwidrige Lücke entstanden sei, die durch Anwendung dieser (nicht mehr in Geltung stehenden) Bestimmung zu schließen sei.

Eingangs der in Abwesenheit der Betroffenen durchgeführten Hauptverhandlung am 8. November 2023 stellte der Verteidiger den Antrag, die Hauptverhandlung gemäß „§ 278 StPO“ zu vertagen, weil die Betroffene aus gesundheitlichen Gründen nicht teilnehmen könne und nach der durch das Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022 geänderten Rechtslage „nicht mehr vorgesehen“ sei, dass in Abwesenheit der Betroffenen verhandelt werde.

Der Schöffensenat wies den Antrag unter Verweis auf die Erwägungen im Beschluss vom 7. November 2023 und die Ausführungen des Sachverständigen in der Hauptverhandlung, wonach es voraussichtlich noch länger dauern werde, bis die Beteiligungsfähigkeit der Betroffenen hergestellt sei, ab.

Die Verfahrensrüge (Z 4) macht zu Recht geltend, dass die Betroffene durch die Abweisung des Vertagungsantrags (und die Durchführung der Hauptverhandlung in ihrer Abwesenheit samt Urteilsfällung) in ihrem – von Art 6 MRK geschützten (vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK⁷ § 24 Rz 119 ff) – Recht auf persönliche Teilnahme am Verfahren und Präsenz in der Hauptverhandlung (vgl. § 6 StPO) verletzt wurde (vgl. Wiederin, WK-StPO § 6 Rz 36).

§ 430 Abs 5 StPO idF vor BGBl I 2022/223 sah die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Betroffenen vor, soweit dessen Zustand eine Beteiligung an der Hauptverhandlung innerhalb angemessener Frist nicht gestattete oder von einer solchen Beteiligung eine erhebliche Gefährdung seiner Gesundheit zu besorgen war. Mit dem Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022 wurde diese Bestimmung (ersatzlos) beseitigt, wobei in den Materialien ausdrücklich festgehalten wurde, dass „eine Hauptverhandlung in Abwesenheit des:der Betroffenen nicht mehr zulässig sein soll“ (EBRV 1789 BlgNR XXVII. GP 15). In Hinblick darauf bleibt für die Annahme einer planwidrigen Lücke kein Raum.

Ein nachteiliger Einfluss des von der Beschwerde zutreffend aufgezeigten Verfahrensmangels auf die Entscheidung kann – worauf die Nichtigkeitswerberin ebenfalls hinweist – zumindest nicht ausgeschlossen werden (§ 281 Abs 3 StPO). Es war daher in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde der Betroffenen das angefochtene Urteil bereits bei nichtöffentlicher Beratung aufzuheben (§ 285e StPO), eine neue Hauptverhandlung anzuordnen und die Sache an das Landesgericht Wiener Neustadt zu verweisen.

Anmerkung:

Gegen den Willen des verhandlungsunfähigen Betroffenen durfte hier – infolge Entfalls des § 430 Abs 5 StPO aF per 1. März 2023 – in dessen Abwesenheit nicht verhandelt werden.

Der in den von der Entscheidung zitierten Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetzes 2022 vertretenen These, dass im Unterbringungsverfahren nach § 21 StGB die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Betroffenen generell unzulässig sei, steht aber der klare Gesetzeswortlaut entgegen:

Nach § 429 StPO gelten nämlich die Bestimmungen über das Strafverfahren sinngemäß, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist. Somit sind auch die allgemeinen Bestimmungen über die Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten anzuwenden, sodass 1) nach § 275 StPO im Fall einer – Verhandlungsunfähigkeit bewirkenden – Erkrankung des Betroffenen während der Hauptverhandlung mit dessen Einwilligung, 2) nach § 427 StPO im Fall des Nichterscheins des (verhandlungsfähigen) Betroffenen, wenn es sich um ein Vergehen handelt, auch ohne dessen Zustimmung (bei dessen Verzicht auf Anwesenheit noch weitergehend RIS-Justiz

RS0115797; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 244; Bauer, WK-StPO § 427 Rz 15), sowie 3) nach § 234 StPO im Fall eines sitzungspolizeilichen Ausschlusses des Betroffenen (vgl dazu 15 Os 54/17f), die Hauptverhandlung in dessen Abwesenheit durchgeführt bzw fortgesetzt werden kann.

Michael Danek

UNIONSRECHT

Neues vom EGMR

9

Art. 10 EMRK: Disziplinarstrafe gegen einen Richter wegen Facebook-Postings über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse verletzten sein Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit: Danileț/Rumänien, Urteil vom 20.02.2024, GZ 16915/21.

Sachverhalt: Der BF war Bezirksrichter in Rumänien und für seine aktive Teilnahme an Debatten über Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Justiz bekannt. Er genoss auf nationaler Ebene hohes Ansehen als ehemaliges Mitglied des Obersten Rats der Magistratur, ehemaliger Vizepräsident eines Gerichts, ehemaliger Berater des Justizministers, Gründungsmitglied von zwei NGOs im Bereich Demokratie und Justiz sowie als Autor mehrerer juristischer Artikel.

Im Januar 2019 postete der BF zwei Nachrichten auf seiner Facebook-Seite, die rund 50.000 Follower hatte. Für das Posting dieser Nachrichten wurde über den BF im Mai 2019 durch den zuständigen Obersten Rat der Magistratur eine Disziplinarstrafe verhängt, die in einer Gehaltskürzung von 5 % für 2 Monate bestand:

In Bezug auf die erste Nachricht,¹⁾ die von zahlreichen Medien veröffentlicht und kommentiert wurde, stellte der Oberste Rat fest, dass der BF damit die Glaubwürdigkeit der öffentlichen Institutionen in Zweifel gezogen und unterstellt habe, dass sie von der politischen Klasse kontrolliert würden. Er habe weiter als Lösung vorgeschlagen, die Armee einzuschalten, um die rechtsstaatliche Demokratie zu gewährleisten. Damit habe der BF aber die Ehre und das Ansehen der Justiz beeinträchtigt.

In seiner zweiten Nachricht hatte der BF auf seiner Facebook-Seite einen Hyperlink zu einem Presseartikel mit dem Titel

„Ein Staatsanwalt schlägt Alarm. Das Leben in Rumänien stellt heute ein großes Risiko dar. Die rote Linie ist überschritten, wenn es um die Justiz geht“ und einen Kommentar²⁾ veröffentlicht, in dem er den Mut des betreffenden Staatsanwalts für dessen Offenheit lobte, weil dieser die Freilassung gefährlicher Häftlinge, Initiativen zur Änderung der Gesetze über die Organisation des Justizwesens und „eine Lynchjustiz gegen Mitglieder der Justiz“ kritisiert hatte. Der Oberste Rat war der Ansicht, dass die in dem veröffentlichten Kommentar verwendete Sprache die Grenzen des Anstands überschritten hatte.

Ein Rechtsmittel gegen die Disziplinentcheidung wurde abgewiesen.

Beschwerde: Vor dem EGMR rügte der BF eine Verletzung seines Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) und machte weiter geltend, dass die Disziplinarstrafe seinen gesellschaftlichen und beruflichen Ruf geschädigt und sich negativ auf seine Laufbahn ausgewirkt habe (Art. 8 EMRK).

Rechtliche Beurteilung: Der EGMR führte zur Beschwerde unter Art. 10 EMRK zuerst aus, dass die nationalen Gerichte weder eine Abwägung der verschiedenen Interessen nach den in seiner Rechtsprechung festgelegten Kriterien vorgenommen, noch ordnungsgemäß geprüft haben, ob der Eingriff in das Recht des BF auf freie Meinungsäußerung notwendig gewesen ist. So zitieren die nationalen Gerichte zwar die Rechtsprechung des EGMR zu diesem Thema, beschränkten sich aber in weiterer Folge darauf, zu beurteilen, wie sich der BF in seinen Postings geäußert hat, ohne die verwendete Sprache in ihren größeren Zusammenhang, nämlich in eine Debatte über Fragen von öffentlichem Interesse, einzuordnen.

In Bezug auf das erste Posting stellte der GH fest, dass es Kritik an der politischen Beeinflussung bestimmter Institutionen, wie insbesondere der Polizei, der Justiz und der Armee, enthielt. Der BF hatte darin auf die Verfassungsbestimmungen verwiesen, wonach die Armee dem Willen des Volkes unterworfen ist, und Überlegungen über die Gefahr jeglicher Form von politischer Kontrolle über diese Institution angestellt. Durch die Verwendung rhetorischer Fragen forderte er seine Leser:innen auf, sich vorzustellen, dass die Armee eines Tages unter dem Vorwand, die Demokratie schützen zu wollen, gegen den Willen des Volkes handeln

würde. Für den GH stellen diese Äußerungen des BF in ihrem Kontext betrachtet Werturteile dahingehend dar, dass eine erneute politische Kontrolle dieser Institutionen eine Gefahr für die Demokratie darstellen könnte. Das Posting berührte daher Themen von öffentlichem Interesse iZm Fragen zur Gewaltenteilung und zur Notwendigkeit der Unabhängigkeit von bestimmten Institutionen im Staat.

Auch das zweite Posting stand nach Ansicht des EGMR in einem Kontext von öffentlichem Interesse, nämlich iZm Gesetzesvorhaben zur Justizreform.

Der EGMR vertrat für beide Postings die Ansicht, dass ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit einer strengen Prüfung mit einem korrespondierend nur engen Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten unterliegen muss.

Nach dem GH kann von Richter:innen erwartet werden, dass sie bei der Ausübung ihres Rechts auf freie Meinungsäußerung Zurückhaltung üben, um zu vermeiden, dass die Autorität, das Ansehen und die Unparteilichkeit der Gerichte beeinträchtigt werden. Die Äußerungen, um die es gegenständlich ging, waren aber jedenfalls nicht rechtswidrig, verleumderisch oder verhetzend.

Der EGMR maß außerdem dem Umstand, dass die nationalen Gerichte davon Abstand nahmen, die geringst mögliche Strafe, eine Verwarnung, auszusprechen, Bedeutung zu: daraus kann ein sog. „chilling effect“ abgeleitet werden, der nicht nur geeignet ist, den BF, sondern auch andere Richter:innen davon abzuhalten, an öffentlichen Debatten gerade zur Frage der Gewaltentrennung und Unabhängigkeit der Justiz teilzunehmen.

Schließlich enthielten die nationalen Entscheidungen keine ausreichende Begründung dafür, inwiefern die Postings das Ansehen und die Ehre des Standes beeinträchtigt haben sollen.

Die nationalen Behörden und Gerichte haben demnach bei der vorzunehmenden Interessensabwägung mehrere wichtige Faktoren nicht ausreichend berücksichtigt, wie insbesondere den breiteren Zusammenhang der Aussagen, ihren Beitrag zu Debatten im öffentlichen Interesse, die Frage, ob das Werturteil gegenständlich ausreichend auf Fakten beruhte, und die abschreckende Wirkung der ausgesprochenen Disziplinarstrafe. Darüber hinaus wurde die durch die Postings angeblich vorgekommene Beeinträchtigung des Ansehens und der Würde des Standes der Richter:innen nicht genügend begründet.

Damit stellte der Gerichtshof mit vier zu drei Stimmen eine Verletzung des Art. 10 EMRK fest. Die Beschwerde unter Art. 8 EMRK wurde hingegen einstimmig als unzulässig *ratione materiae* (keine Anwendbarkeit der Bestimmung auf den Sachverhalt) zurückgewiesen. Dem BF wurden Verfahrenskosten, aber kein monetärer (immaterieller) Schadensersatz zugesprochen.

Abweichende Meinung: Drei Richter:innen sahen sich mit der Mehrheitsmeinung nicht einverstanden und führten dazu zusammengefasst aus, dass – mit Verweis auf das grundlegende Urteil des EGMR zu diesem Thema, *Baka/Ungarn* (Große Kammer), 23.06.2016, Zl. 20261/12, – Richter:innen wie alle Beamten:innen unter den Schutz des Art. 10 EMRK fielen, dass aber angesichts der herausragenden Stellung der Justiz in einer demokratischen Gesellschaft unter den staatlichen Organen von den Justizbeamten:innen erwartet werden könne, dass sie von ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung mit Zurückhaltung Gebrauch machen würden, wenn die Autorität und die Unparteilichkeit der Justiz in Frage gestellt werden könnten. Anders als in *Baka*, wo ein Präsident des Obersten Gerichtshofs in seiner beruflichen Funktion zu Gesetzesreformen Stellung bezogen habe, sei der BF im vorliegenden Fall Richter an einem Bezirksgericht ohne besondere Stellung und Verantwortung gewesen. Als *Whistleblower* im Sinne von *Halet/Luxemburg*, Nr. 21884/18, 14.02.2023, worauf die Mehrheit in ihrer Entscheidung verwiesen habe, könne er nicht angesehen werden.

Im Urteil *Baka* und in der späteren Rechtsprechung habe sich der GH auch darauf gestützt, dass die streitigen Äußerungen nicht über den Bereich der rein beruflichen Kritik hinausgegangen seien. Die Ausführungen des BF im vorliegenden

Fall seien jedoch keine begründete Kritik der Lage des Justizwesens oder von Justizreformen gewesen, sondern eine Reihe von Äußerungen in pointierter Sprache. Seine Äußerungen hätten nicht nur die Justiz, sondern auch das Militär, insbesondere auch die Frage der Verlängerung des Mandats des Generalstabschefs der Armee, betroffen. Es habe sich dabei um eine Frage gehandelt, die gerichtsanhängig gewesen sei, und der BF hätte daher besondere Vorsicht walten lassen müssen, um den Anschein der Unparteilichkeit der Justiz zu wahren. Er hätte damit rechnen müssen, dass seine Äußerungen auf Facebook schnell verbreitet und auch außerhalb des gewünschten Kontextes benützt werden könnten.

In der nationalen Disziplinarentscheidung hätten die Behörden die Rechtsprechung des GH berücksichtigt und seien am besten in der Lage, die Auswirkungen von Formulierungen, wie sie in dem besonderen Kontext ihres Landes und ihrer Gesellschaft verwendet würden, zu beurteilen. Schließlich hätten die nationalen Behörden zwar eine mildere Strafe wählen können, dennoch sei die verhängte Strafe, eine Gehaltskürzung von 5% für 2 Monate, nicht als übermäßig streng anzusehen.

Anmerkung:

Die Verletzung von Art. 10 EMRK wurde von den Richtern aus Rumänien, Bosnien-Herzegowina und Armenien, sowie von der portugiesischen Richterin festgestellt, während sich die österreichische Sektionspräsidentin, die dänische Richterin und der britische Richter dagegen aussprachen.

Während die gegenständlichen Postings sicher über das rein Sachliche hinausgegangen sind, beschäftigen sie sich dennoch im Grundsatz mit Fragen der Unabhängigkeit von staatlichen Institutionen und insbesondere der Justiz. Damit bestand aber ein Konnex der Äußerungen mit dem Beruf und dem

Stand des BF, dessen Mitglied er auch selbst ist und diesen zu gestalten ihm daher ein Interesse nicht von vornherein abgesprochen werden kann. Im Lichte des ganz grundsätzlichen Gewichts eines Disziplinarverfahrens im Allgemeinen und einer -strafe im Besonderen für Richter:innen greift die sehr enge Sichtweise der Mindermeinung mE zu kurz.

Barbara Simma

- 1) „Vielleicht ist jemandem die Abfolge von Angriffen, die Desorganisation und die Diskreditierung aufgefallen, die Institutionen wie die Generaldirektion für Information und internen Schutz, der rumänische Nachrichtendienst, die Polizei, die Nationale Direktion für Korruptionsbekämpfung, die Gendarmerie, die Staatsanwaltschaft beim Obersten Kassations- und Gerichtshof, der Oberste Kassations- und Gerichtshof und die Armee erleiden. [Die fraglichen Angriffe] sind nicht zufällig nach "dem Missbrauch durch die Machtinstitutionen" aufgetreten. Ist bekannt, was mangelnde Effizienz bedeutet, schlimmer noch wäre die Wiedererlangung der politischen Kontrolle über die [betroffenen] Institutionen: die Ämter, die Polizei, die Justiz, die Armee? Und, apropos Armee: Hatte jemand Gelegenheit, über Artikel 118 § 1 der Verfassung nachzudenken, in dem es heißt: "Die Armee ist ausschließlich dem Willen des Volkes untergeordnet, um (...) die verfassungsmäßige Demokratie zu gewährleisten"? Was würde passieren, wenn man eines schönen Tages die Armee auf der Straße sehen würde, um ... die Demokratie zu verteidigen, da man heute feststellen muss, dass die Zahl der Unterstützer sinkt? Wären Sie überrascht, wenn Sie feststellen würden, dass diese Lösung (...) verfassungskonform wäre! Meiner Meinung nach ist das der Baum, der den Wald verdeckt (...)."
- 2) „Hier ist ein Staatsanwalt, der Blut in den Adern hat: Er spricht offen über die Freilassung gefährlicher Gefangener, die schlechten Ideen unserer Regierenden in Bezug auf Gesetzesreformen und die Lynchjustiz an Richtern und Staatsanwälten!"

Rezensionen

ABGB-KOMMENTAR

Zwei Teilbände,

Internationales Privatrecht Band I + II

4. Auflage. Hrsg von Meinhard Lukas und Andreas Geroldinger. MANZ Verlag Wien (2023), gebunden, Großkommentar,

EUR 1.817,- für die bisher erschienenen 16 Teilbände und Abnahmeverpflichtung für das Gesamtwerk. IPR I, Allgemeiner Teil, internationales Personen-, Familien- und Erbrecht, LXIII und 1.036 Seiten. IPR II, Internationales Sachen-, Immaterialgüter- und Schuldrecht, LXIII und 804 Seiten.

Die Überraschung war groß, als das IPR in zwei Teilbänden mit insgesamt ca. 1.900 Seiten präsentiert wurde, weshalb Manz die insgesamt projektierte Anzahl von Teilbänden für die 4. Auflage von ca. 20 auf ca. 21 erhöhte. Hervorzuheben sind die beiden prominenten

Fachautoren *Bea Verschraegen* und *Florian Heindler*, die damit ein bewundernswertes Werk mit enormem Tiefgang geschaffen haben, das mE keine Wünsche offen lässt. Schließlich liegt die dritte Auflage mehr als 20 Jahre zurück, und hat sich gerade in diesem Rechtsgebiet inzwischen – insbesondere durch die EU – sehr viel geändert (im Vorwort wird in diesem Zusammenhang von einer zwischenzeitigen „Materialflut“ gesprochen).

Um nicht die Übersicht – bei dieser Informationsfülle – zu verlieren, möchte ich mich bezüglich des gebotenen Inhalts grobteils an das Vorwort in beiden Bänden halten:

- Teil I beginnt mit methodischen Fragestellungen zum IPR, gefolgt von den Bestimmungen des Allgemeinen Teils im IPRG.
- In Teil II folgt das Internationale Personenrecht, das neben den Kernbestimmungen des IPR zahlreiche völkerrechtliche Quellen als Anhänge zu § 9 IPRG (Personalstatut) umfasst.
- Teil III bildet das Internationale Familienrecht mit den Bestimmungen zur Eheschließung und den persönlichen Ehwirkungen. Als Anhang zur ehgüterrechtlichen Verweisungsvorschrift im IPRG werden die beiden vorrangig anzuwendenden EU-Güterrechtsverordnungen gemeinsam kommentiert. Anschließend wird die Rom III-VO behandelt, gefolgt von der Kommentierung des § 20 IPRG als nationale Verweisungsnorm für Scheidungen.
- In Teil IV folgt das Internationale Kindschaftsrecht mit § 21 IPRG, mit dem CIEC-Legitimationsübereinkommen, den §§ 23-27 IPRG und als Anhänge zu § 27 IPRG den bedeutenden Haager Übereinkommen.
- Die Teile V und VI umfassen das Internationale Partnerschaftsrecht des IPRG und das Internationale Unterhaltsrecht.
- Teil VII beinhaltet das Internationale Erbrecht und damit *va* die kollisionsrechtlichen Bestimmungen der EuErbVO; als Anhang werden die §§ 28-30 IPRG *idF* vor der Aufhebung sowie schließlich das Haager Testamentsformübereinkommen 1961 kommentiert.
- Mit Teil VIII zum Internationalen Sachenrecht beginnt der zweite Band. Dieser Teil enthält neben den §§ 31-33a IPRG eine Kommentierung kollisionsrechtlicher Bestimmungen des Kulturgüterückgabegesetzes, des Wechsel- und Scheckgesetzes, des Finalitätsgesetzes und des Bankwesengesetzes.
- In Teil IX wird § 34 IPRG mit zahlreichen Anhängen zu unionalen und internationalen Rechtsakten kommentiert.
- Als Teil X folgt das Internationale Vertragsrecht mit den §§ 35, 35a IPRG sowie § 49 IPRG zur Stellvertretung und der Rom I-VO

samt Anhang für § 17 Teilzeitnutzungsge-
setz. Der Verordnungsvorschlag zur Drittwirkung von Forderungsabtretungen ist als Anhang zu Art 14 Rom-I-VO kommentiert.

- Teil XI bildet das Internationale Deliktsrecht mit der Rom-II-VO (mit mehreren Anhängen) und § 48 IPRG.

- Abschließend widmet sich Teil XII den Schlussbestimmungen des IPRG.

Beide Teilbände sind auf dem Stand vom 1.2.2023, wobei vereinzelt auch später veröffentlichte Entscheidungen und Publikationen berücksichtigt wurden.

Nun zum **organisatorischen Aufbau** dieses exzellenten ABGB-Großkommentars: Zunächst wird bei den einzelnen Paragraphen jeweils der aktuelle Gesetzeswortlaut des IPRG wiedergegeben und am Ende desselben angemerkt, ob es sich hier – wie zumeist – um die „Stammfassung“ handelt bzw durch welches Gesetz (zB „idF BGBl I 2019/72“ bei § 17 IPRG) der Gesetzestext geändert wurde. Anschließend folgt die hierzu vorhandene spezielle Literatur, dann *idR* – bei mehreren Rz – eine detaillierte und für den Leser sehr wichtige Übersicht der Rz und letztlich der mit Rz und grobteils sachlich treffenden Überschriften versehene Kommentar. Außerdem ist auf jeder Seite oben der Name der Autorin bzw des Autors angeführt. Sehr nützlich ist auch, dass alle mit einem Paragraphen des IPRG im Zusammenhang stehenden weiteren Vorschriften im Anschluss an den jeweiligen Kommentar als „Anhänge“ folgen, zB bei § 9 IPRG der Vertrag Österreich-Iran, der Vertrag Österreich-Polen, die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und die Staatenlosenkonvention oder bei § 15 IPRG das Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (HESÜ) mit insgesamt 99 Rz. Wie umfangreich und ausführlich dieser Großkommentar verfasst wurde, zeigen zB 141 Rz zu § 10, 136 Rz zu § 9 IPRG sowie 127 Rz zu Art 8 und 100 Rz zu Art 7 Rom I-VO und 112 Rz zu Art 4 Rom II-VO sowie ein jeweils sehr langer und engzeiliger Literaturnachweis, wie zB 7,5 Seiten zu Vor § 1 IPRG, 6 Seiten zu § 10 und jeweils 5 Seiten zu § 6 IPRG bzw zu den Art 3 und 6 der Rom I-VO.

Ein jeweils sehr detailliertes Inhaltsverzeichnis (von mehr als 10 Seiten), ein an den AZR orientiertes Abkürzungsverzeichnis von 33 Seiten, ein 8,5 Seiten umfassendes Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur (inklusive der deutschen und schweizerischen Literatur) und sehr nützliche Hinweise für die Benutzer dieses Werkes erleichtern dessen Handhabung.

Abschließend kann daher gesagt werden, dass diese beiden von ausgezeichneten Experten bearbeiteten Teilbände des *Rummel*-Großkommentars hinsichtlich des Themas IPR

keine Wünsche offen lassen und daher allen Personen und Institutionen besonders empfohlen werden kann, die mit grenzüberschreitenden Problemen, Verträgen oder sonstigen Rechtsbeziehungen etc befasst sind (zB Richtern, Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftskammern, Handelsverbänden, Import- und Exportunternehmen, Versicherungen [inkl Agenten und Maklern], internationalen Transportunternehmen, ARBÖ, ÖAMTC, den an der Gesetzgebung beteiligten Personen etc).

FRANZ HARTL

FESTSCHRIFT ELISABETH LOVREK

Hrsg von Andreas Konecny, Gottfried Musger, Matthias Neumayr und Martin Spitzer. MANZ Verlag Wien (2024), Leinen, XVIII, 974 Seiten, EUR 228,-. ISBN: 978-3-214-25217-5.

Der 65. Geburtstag der Jubilarin bildet den Ansatz einer von *Andreas Konecny, Gottfried Musger, Matthias Neumayr und Martin Spitzer* herausgegebenen Festschrift im Verlag Manz, für welche 57 Autoren aus den Bereichen Justiz, Wissenschaft sowie aus den freien Berufen Beiträge verfasst haben.

Zur Persönlichkeit von *Elisabeth Lovrek* leite ich aus diversen Grußworten der Gratulanten ihr großes Engagement, eine außerordentliche Begeisterungsfähigkeit und fundamentale Empathie ab. Dem Vorwort der Herausgeber ist zu entnehmen, dass es ihr nach den stürmischen Zeiten unter ihrem Vorgänger gelungen ist, den Gerichtshof zu befrieden. Auf Grund ihrer Gelassenheit habe sie jede Überhöhung ihres Amtes und ihrer Person vermieden, weshalb davon auszugehen sei, dass sie nicht – zu ergänzen wäre: wie ihr Vorgänger – in Zukunft Entscheidungen ihres ehemaligen Gremiums genussvoll glossieren oder sonstwie kommentieren werde. Ihre Souveränität habe sich unter anderem auch in der Rechtsprechung manifestiert, weil sie bei Diskussionen im verstärkten Senat aus zunächst aussichtsloser Position eine Mehrheit für ihren Gegenentwurf erwirkt habe. Als Außenstehender habe ich den Medien entnommen, dass sie Ende 2022 den anfänglichen politischen Widerstand gegen eine richterliche Mitwirkung bei der Besetzung der Leitungsfunktionen im Gerichtshof und damit ihrer Nachfolge überwinden konnte.

Mit Erreichen des 65. Geburtstages ist sie zwar als Präsidentin des OGH in den Ruhestand getreten, allerdings hat sie gerne Einladungen für den Vorsitz des Universitätsrats der Uni Wien und eine Professur der Universität Graz angenommen.

Die Gratulanten setzen sich in ihren Beiträgen mit ihrem viele Bereiche umfassenden dogmatischen Wissen mit der jeweiligen Judikatur und Lehre auseinander; das Ergebnis überstrahlt eine Reihe mir zum Teil aus eigener Lektüre, zum Teil aus Rezensionen bekannter Festschriften bei weitem.

Die Idee der Herausgeber, die eingeladenen Autoren mit ihren Beiträgen nach den Anfangsbuchstaben ihrer Familiennamen zu publizieren, gefällt; ich halte diese Reihenfolge nicht ein, sondern behandle die für mich spannendsten Beiträge in loseem Zusammenhang. Dabei ist nicht zu übersehen, dass weder der Vorgänger der Jubilarin mit einem Beitrag präsent ist und auch ihr Nachfolger nicht in der Reihe der Gratulanten vertreten ist.

Ich vermisse bei dieser Festschrift auch das übliche Geleitwort der Justizministerin, lege das aber so aus, dass bewusst darauf verzichtet wurde, um die völlige Unabhängigkeit der Justiz von der Politik auch auf diese Art zu verbildlichen.

Als emeritierter Rechtsanwalt stelle ich mit Freude fest, dass die Herausgeber auf einige hervorragende Anwältinnen und Anwälte zurückgegriffen haben, unter anderem *Peter Csoklich*, *Stephan Riel*, *Irene Welser* oder *Rupert Wolff*.

Ich beginne mit dem Beitrag des Leiters des Büros des Universitätsrats der Uni Wien, *Christoph Gnant*, „Freiheit – Recht – Wissenschaft“. Er beleuchtet die Funktion der OGH-Präsidenten im 19. Jahrhundert und setzt sich insbesondere mit *Karl von Stremayer*, Präsident von 1891 bis 1899 auseinander, der neben seinen Funktionen in der Justiz Minister für Cultus und Unterricht, Justizminister und auch langjähriger Universitätsdozent in Graz war. Ich stimme seinem Fazit zu, dass alle früheren Präsidenten des OGH, welche zuvor als Minister agierten und zumeist auch eine universitäre Stellung innehatten, für die Entwicklung der herausragenden Stellung der oberstgerichtlichen Rechtsprechung von enormem Vorteil waren. Ich ergänze, dass es im 21. Jahrhundert umso essentieller ist, Politik und Justiz zu trennen, und die Präsidenten des OGH ohne vorherige Berührungspunkte mit der Politik zu ernennen. Auch das prägt den Zeitenwandel.

Michael Holoubek verdeutlicht in seiner Abhandlung „Szenarien grundrechtlicher Drittwirkung“ den an sich hinreichend geklärten Grundsatz, Grundrechten nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern Bedeutung zu verleihen. Der Weg von der Geltung auch zwischen Privaten wird nachgezeichnet, und die Bedeutung für Konstellationen entwickelt, in denen ein erhebliches Machtgefälle zwischen diesen besteht. Er belegt dies anhand von Konstellationen, die bereits Gegenstand

einer entwickelten Judikatur waren („der einzige Bäcker im Ort“), wendet sich aber auch neueren Entscheidungen zu, wie dem „Stadion-Beschluss“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Damit wurde klargestellt, dass weitreichende Eingriffe, wie eben ein bundesweites Stadionverbot, eine sachliche Grundlage benötigen und ihre Grenzen in einem allgemeinen Willkürverbot finden. Gerade, wenn es um die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht, führt dies auch zwischen Privaten dazu, dass wie im Stadion der mächtige Veranstalter eine Einschränkung seiner Privatautonomie hinnehmen muss. *Holoubek* geht noch weiter und verlangt diese Grundrechtsbindung auch situativ in Konstellationen, in denen ein Privater eine staatlicher Macht vergleichbare Herrschaftsposition ausübt, wie z.B. die Anbieter von Kommunikationsplattformen. Hier stellt er den Bezug zur Zivilgerichtsbarkeit her, der in diesen Fällen die Beurteilung einer Grundrechtsbindung zufällt. *Holoubek* finalisiert seine gehaltvolle Abhandlung mit dem Hinweis, dass wir beruhigt sein können, wenn diese Gerichtsbarkeit wesentlich von Personen wie der Jubilarin bestimmt wird.

Christoph Grabenwarter analysiert gemeinsam mit *Beate Sündhofer* im Traktat „Das Zivilrecht in der Rechtsprechung des VfGH – am Beispiel des Familienrechts“ die verfassungsrechtliche Judikatur im Familienrecht, insbesondere die Schutzbereiche des Gleichheitsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots anhand einer Vielzahl von Entscheidungen. Die Autoren weisen darauf hin, dass Erkenntnisse des VfGH nicht isoliert zu sehen, sondern im Kontext einer ständigen gesellschaftspolitischen Entwicklung zu beurteilen sind. Neben einer Förderung der Beziehungen zwischen OGH und VfGH auf einer ganz persönlichen Ebene sehen die Autoren gerade im Familienrecht zahlreiche Anknüpfungspunkte, die auch in dieser Materie durch Parteienanträge auf Gesetzesprüfung Reaktionen des VfGH auf jeweils aktuelle Entwicklungen ermöglichen. Sie zeigen, dass der VfGH in der Praxis der Auslegung der relevanten Bestimmungen durch die Zivilgerichte folgt, vereinzelt und vor allem aktuell aber auch die Mühe auf sich nimmt, selbst verfassungskonform zu interpretieren. Betont wird, wie wichtig das Miteinander der beiden Höchstgerichte ist. Ich möchte ergänzen, dass sich dies in der Zeit des Vorgängers der Jubilarin mit überflüssig vom Zaun gebrochenen Debatten auch anders darstellte.

Besonders spricht mich die sogar wohl als Essay anzusehende Studie von *Georg Graf* mit dem mutigen Titel „Wie bringt man den OGH dazu, seine Rechtsprechung zu ändern?“ an. Seine fundamentalen Ausführungen laufen darauf hinaus, dass erst der Nachweis gelingen

müsse, die bisherige Rechtsprechung des OGH stehe im Widerspruch zu Gesichtspunkten, deren Relevanz sich der OGH nicht weiter entziehen könne. Rechtsprechungsänderungen fänden nämlich immer dann statt, wenn der OGH einsehen müsse, dass er entsprechende Gesichtspunkte bisher nicht gewürdigt habe, mit denen die bisherige Rechtsprechung unvereinbar sei. Allerdings müssten diese Gesichtspunkte bereits zu jenem Zeitpunkt zur Verfügung stehen, in dem der OGH die nunmehr erfolgreiche Rechtsansicht formuliert hätte. Der Autor analysiert, dass oft gerade ein bestimmtes Vorverständnis dafür verantwortlich sei, wenn systematische Zusammenhänge unberücksichtigt blieben. Manchmal habe der OGH eine Rechtsprechungslinie nicht genügend kritisch hinterfragt. Dies zeige sich am klassischen Beispiel des Rechtssatzes „*nemo pro praeterito alitur*“, dem erst durch die gesellschaftliche Veränderung der Effekt einer rechtfertigenden Kraft geraubt worden sei. Ähnlich die Rechtsprechung zur Frage der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages oder die Änderung der Rechtsprechung bei der Verzugsproblematik von Geldschulden nach § 1333 ABGB, die in Zeiten einer hohen Inflation bedeutsam wird. Graf vernachlässigt auch nicht, sich mit den Hürden der Rechtsfortbildung auseinanderzusetzen und fordert einen nicht aufkläraren Wertungswiderspruch als Anlass, die Judikatur zu ändern. Ich ergänze, dass sich ein „kreativer Kläger“ oft mit Gutachten prominenter Universitätsprofessoren absichern möchte, dabei aber nicht übersehen sollte, dass diese auch beim erkennenden Senat angesehen sein und nicht in eine akademische Auseinandersetzung mit dessen Mitgliedern verstrickt sein sollten.

Der Beitrag von *Karl-Heinz Danzl* „Vom verstärkten Senat zum Grundsatzsenat“ zog mich schon wegen des vorangestellten Leitsatzes von *Francis Bacon* „If we do not maintain justice, justice will not maintain us“ an. Dieser ist als Abwandlung des bekannten Spruchs „Justice must not only be done, but must also be seen to be done“ zu sehen. Sinngemäß bezieht sich dies darauf, dass Gerechtigkeit durch Elemente wie eine mündliche Verhandlung, Fairness und Waffengleichheit auch augenscheinlich zum Ausdruck gebracht wird. *Francis Bacon* zielt sehr aktuell darauf ab, dass man etwas für die Justiz tun und in sie investieren muss, um etwas von ihr zu bekommen, appelliert also an Regierungen, die Justiz ausreichend mit finanziellen Mitteln zu versorgen. Ich gebe mich als Fan *Bacons* zu erkennen. Er war seiner Zeit weit voraus und wurde als schillernder Philosoph und als schon damals typischer Politiker wegen Bestechlichkeit gestürzt. Zurück zu *Danzl*, der sich den Bemühungen der Jubilarin widmet,

die Schwachstellen des derzeit geltenden verstärkten Senats mit einem Blick über unsere Grenzen ausmerzen zu wollen. Dieser Blick ging nach Deutschland, wo sich der „große Senat“ bewährt hatte. *Danzl* fasst den weiten Weg dorthin dahin zusammen, die Notwendigkeit eines starken Vorsitzenden stelle den einzigen Knackpunkt dar. Dieser werde aber benötigt, um bei der Debatte vor der Entscheidung des Senates aus der Minderheit bei einer Abstimmung zu einer Mehrheit zu kommen. Sein Ausblick ist auch für mich beschämend, weil kein einziges der Regierungsprogramme der letzten Jahre diese notwendige Reform auch nur erwähnenswert gefunden hat. Dabei denke ich, dass gerade unter der Expertenregierung auch unter Bedachtnahme der bekannten Auflagen zumindest theoretisch ein Durchbruch zu erzielen gewesen wäre. Die damalige Bundeskanzlerin hätte als vormalige Präsidentin des VfGH mit der argumentativen Kraft dieses Amtes diesen Wunsch des OGH auf den Weg einer Verwirklichung bringen können. Damit hätte sie als Kanzlerin einerseits der Justiz, aus der sie stammt, geholfen, und darüber hinaus hätte man den Vorwurf, die Expertenregierung hätte sieben Monate Winterschlaf gehalten, zumindest teilweise entkräften können.

Hervorragend der Aufsatz von *Friedrich Harer* und *Matthias Neumayr* zur „Rechtsfortbildung contra legem“. Die Autoren zeigen, dass die Gerichte oftmals Konstellationen zu beurteilen hätten, an die der Gesetzgeber nicht gedacht habe. Darüber hinaus erwiesen sich aber fallweise auch Wertungen des Gesetzgebers aus Sicht der Höchstgerichte als unzulänglich und würden durch eine verantwortungsvoll agierende Rechtsprechung durch eine vermeintlich oder tatsächlich sachnähere Sichtweise verdrängt. Dies werde aber nicht immer so klar ausgesprochen, sondern formelhaft mit der Begründung abgelehnt, es sei nicht Sache der Gerichte, den Gesetzgeber zu korrigieren und an dessen Stelle andere Wertungen zu setzen. Ihre Argumente für die Überwindung dieser Gegensätze überzeugen mich allein mit dem Gedanken des notwendigen Zusammenwirkens des gestaltenden Gesetzgebers mit den vollziehenden Gerichten. Sie verweisen darauf, dass sich von der Rechtsprechung contra legem entwickelte Entscheidungslinien, wie die Ersatzfähigkeit von Trauerschäden oder die Sicherungsübereignung im deutschen Recht durchgesetzt hätten. Beschlossen wird der Beitrag mit einem Appell für mehr Begründungs Ehrlichkeit, dem ich mich auch aus anwaltlicher Sicht anschließe.

Keinesfalls zu überlesen ist der von *Robert Fucik* mit dem prägnanten Titel „Justizpalast, Kirchengberg und Freyung“ versehene Beitrag über den Dialog der so verorteten Höchstgerichte.

Anhand einiger familien- und erbrechtlicher Beispiele wird das intrikate Zusammenspiel von OGH, VfGH und EuGH gezeigt, denen verschiedene Aspekte überantwortet sind. Wie der Autor eindrucksvoll zeigt, gelingt ihnen der juristische Dialog auf allerhöchstem Niveau, in dem sich niemand als „Oberster“ versteht. Seinem Fazit, hier werde durch das Primat des besseren Arguments der Rechtsstaat auch in der kleinsten Facette hochgehalten, ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Die Erzählung von *Franz-Stefan Meissel* „Späte Gerechtigkeit“ über die Restitution zweier *Waldmüller*-Portraits an die Familie *Felsövani* blickt auf aus heutiger Sicht ungeheuerliche Entscheidungen der Rückstellungskommissionen in den 1950er Jahren. Erst nach der umfassenden Aufarbeitung durch die Historikerin und einer vergeblichen Anrufung des Kunstrückgabebeirats 2001 kam es 2019 zu einer Restitution. Für mich dient diese Darstellung auch als abschreckende Analyse einer mittlerweile schon historischen Justizzeit, in der die Qualifikation der Richter oder anderer entscheidender Organe erschreckend gering war. Damit wird aber auch der Quantensprung in Ausbildung wie Ethos sichtbar, zu dem es seither gekommen ist; ein Aspekt, der die Aufnahme des Beitrags in diese Festschrift umso mehr rechtfertigt.

Michael Schwanda erzählt in seinem bedeutenden Beitrag von den aktuellen Entwicklungen in der richterlichen Unabhängigkeit und der Schließung wichtiger Lücken im Besetzungsverfahren. Sehr treffend untermauert er mit Hinweis auf die politisch angespannte Situation, in der sich der Rechtsstaat vielerorts befindet, die Berechtigung der Schließung dieser Lücken bei den Besetzungsvorschlägen der unabhängigen Personalsenate, die jeder Richterernennung voranzugehen haben. Gerade weil dem OGH die Funktion der zentralen Leitinstanz in Zivil- und Strafsachen zukommt, ist die notwendige Legitimation aller dort tätigen Organe sicherzustellen. Auch bei diesem Beitrag drängt es sich auf, wie kurzfristig die immer wieder aufflackernde Polemik wegen eines angeblichen Richterrechts ist, geht es doch darum, für die Rechtssuchenden eine möglichst weitgehende Freiheit von jeglicher politischer Einflussnahme sicherzustellen. Zu Recht fordert *Schwanda*, dass dies lückenlos zu gelten habe, vom Richteramtswärter bis zum OGH-Präsidenten. Im Zuge der Ende 2022 auch öffentlich geführten Debatte über eine politische Einflussnahme bei Richterbesetzungen positionierte sich auch die Jubilarin und leistete, wie uns *Schwanda* in der abschließenden Würdigung der Jubilarin erinnert, einen nicht zu unterschätzenden Beitrag für die Umsetzung dieser Forderung.

Besonders wertvoll für mich als ehemaligem Verteidiger ist die Analyse von *Kurt Schmoller* mit dem Titel „Verhindern Beweisverwertungsverbote eine Entlastung des Beschuldigten?“ Ausgehend vom Wortlaut des § 166 StPO darf die Aussage eines Beschuldigten, Mitbeschuldigten oder Zeugen nur zum Nachteil des Beschuldigten nicht verwertet werden. Auch nach § 155 Abs 1 Z 2 StPO darf die Vernehmung bei „sonstiger Nichtigkeit“ nicht erfolgen, weil ein Verbot der Vernehmung von Beamten über Umstände, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen, vorgesehen ist. Der Autor analysiert die österreichische Gesetzeslage und sieht eine Diskrepanz zur Judikatur des BGH, der ihm zufolge eine einseitige Wirkung als Belastungsverbot implizit ablehnt. Anhand mehrerer Fallkonstellationen kommt er zum Schluss, dass Beweisverwertungsverbote grundsätzlich beidseitige Wirkung entfalten, also absolut gelten, was nur in Ausnahmefällen – z.B. zur Entlastung bei einer sonst drohenden längeren Freiheitsstrafe – durchbrochen werden kann. Der Beschuldigte hat demnach auch das Recht zu entscheiden, ein Beweismittel zu seiner Entlastung einzusetzen, wenn der Zweck des Verwertungsverbots im Rahmen der Rechtsstaatlichkeit oder im Schutz der familiären Beziehung liegt.

Michael Rami bringt mit seinem Aufsatz „Versuch der Straftat und obligatorische Milderung der Strafe“ in Erinnerung, dass in der Formulierung, wonach die Strafe zwingend zu mildern ist, wenn die Tat beim Versuch geblieben ist, ein Verstoß gegen das herrschende Schuldprinzip liegt. Das sei schon lange Allgemeinwissen, wurde jedoch bei einer notwendigen Reform seiner Meinung nach einfach vergessen. § 34 Abs. 1 Z. 13, 2. Variante StPO, wonach die Strafe zwingend zu mildern ist, wenn es beim Versuch geblieben ist, sei doppelt systemwidrig, weil ein Bruch mit dem Schuldprinzip und darüber hinaus mit dem Doppelverwertungsverbot vorliegt. Daher finde auch ich, dass der Gesetzgeber diesen Strafmilderungsgrund zu einem nur fakultativen herabstufen sollte.

Die Herausgeber schreiben im Vorwort richtigerweise, dass *Elisabeth Lovrek* ihrem Gerichtshof zweifellos fehlen wird, und setzen fort, das Amt ihr aber wahrscheinlich nicht. Ich nehme mir heraus, das Wort „wahrscheinlich“ wegzulassen, weil sie ja das Amt als Präsidentin des OGH nur als geliehen betrachtet hat. In Kenntnis der euphorischen Beiträge der prominenten Autoren schließe ich mich – persönlich unbekannter Weise – den Wünschen der vier Herausgeber im Vorwort an.

NIKOLAUS LEHNER

Veranstaltungskalender

▪ FACHGRUPPE WOHN- UND MIETRECHT DER RIV

24.6.2024: **Fachgruppensitzung**

16.9.2024: **Fachgruppensitzung**

Tagungsort: LGZ Wien
Zimmer E 027

Tagungszeit: jeweils ab 14.00 Uhr

Bis auf Weiteres werden die Sitzungen sowohl als Präsenzveranstaltung als auch als Webinar durchgeführt.

Eine Anmeldung bei Mag. Andrej Grieb (andreas.grieb@justiz.gv.at) ist unbedingt erforderlich.

▪ FACHGRUPPE EINIGUNG - ALTERNATIVE STREITBEILEGUNG BEI GERICHT DER RIV

10.6.2024: **Roundtable der FG Einigung - alternative Streitbeilegung bei Gericht**

Thema: Vergleichstools: Fragetechniken

▪ SEMINARREIHE AKTUELLE PROBLEME DES WIRTSCHAFTSPRIVATRECHTS

22.4.2024: **Die FlexCo - Gestaltungsmöglichkeiten für Familiengesellschaften**

Vortragende: Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ h.c. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz)

6.5.2024: **Dienste gegen Daten: das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 2 DMA und DSGVO**

Vortragender: Prof. Dr. Eckart Bueren

27.5.2024: **Wettbewerb und aktuelle Herausforderungen**

Vortragende: Dr.ⁱⁿ Natalie Harsdorf-Borsch, LL.M. (Brügge)

10.6.2024: **Ausgewählte Streitfragen zum Informationsrecht in der GmbH und FlexCo**

Vortragender: Univ.-Ass. Dr. Patrick Raschner

24.6.2024: **Der Stiftungszweck als Handlungsschranke**

Vortragende: Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Alexandra Butterstein

Tagungsort: Universität Innsbruck
Saal University of New Orleans

Tagungszeit: jeweils montags, von 18.30 - 20.00 Uhr, Eintritt frei, im Anschluss kleines Buffet

Leitung: Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Susanne Augenhofer, LL.M. (Yale)
Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper
Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Julia Told

Anmeldung erforderlich! Alle Veranstaltungen werden auch **gestreamt**. Den Link mit den Zoom-Zugangsdaten erhalten Sie nach der Anmeldung rechtzeitig im Vorfeld der jeweiligen Veranstaltung zugesendet.

Die Möglichkeit zur Anmeldung finden Sie unter:

<https://www.uibk.ac.at/unternehmensrecht/unternehmensrecht/programm/aktuelle-probleme-des-wirtschaftsprivatrechts/index.html.de>

Nähere Informationen sind beim Veranstalter einzuholen. Programm und Anmeldeformular zu Veranstaltungen der Richtervereinigung und der Justiz finden Sie im Bildungskatalog der Justiz (E-BM) bzw. wenden Sie sich bitte an Ute Beneke (Telefon: 01 / 52 152 - 303644, mail: ute.beneke@richtervereinigung.at).