

Bei der Stellungnahme Erweiterte Wert -
Grenzen-Novelle 1989, von Institut für Zivil-
gerichtliches Verfahren an der Universität Wien
Univ.-Prof. Dr. Peter Böhm, fehlt die Seite
Nr. 18, und wurde am 20. 2. 1989, in
der Kanzlei abgegeben, nachgerichtet

GE877ff

Institut für Zivilgerichtliches Verfahren
an der Universität Wien
Ao.Univ.-Prof. Dr. Peter Böhm

St. Boni
Betrifft: GESETZENTWURF
Zl. 87 GE/9 88

Datum: 17. FEB. 1989

Stellungnahme *Vergaßt 17.9.89 k*

zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem Beträge und Wertgrenzen sowie damit zusammenhängende Regelungen des Zivilrechts geändert werden (Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1989)

I. Grundsätzliche Vorbemerkung

Der ausgesandte Entwurf einer - verniedlichend so genannten - "Erweiterten Wertgrenzen-Novelle" enttäuscht auf mehreren Ebenen. Zunächst fällt in formaler Hinsicht auf, daß er sich vielfach einer "taktisch verschleiernden" Sprache bedient und die wahren rechtspolitischen Motive nicht offenlegt. (Ein typisches Beispiel dafür ist die Rechtfertigung der höchst problematischen Erstreckung des Anwaltsprozesses auf die Stufe des Bezirksgerichts mit dem Argument, daß "der durch diesen Rechtsanwaltszwang sichergestellte Rechtsschutz materiell keine Einschränkung erfahren" soll.)

In der Sache selbst bereitet größtes Unbehagen, daß unter dem Deckmantel einer Anpassung von Wertgrenzen zum Teil sehr einschneidende Veränderungen der Verfahrensgesetze geplant sind. Diese lassen jedoch weder ein in sich geschlossenes System erkennen noch sind sie um harmonische Einfügung in den - ohnehin durch die ZVN 1983 bereits schwer beeinträchtigten - Bau der ZPO bemüht. Wo die beabsichtigte Neuregelung einem echten Konzept zu folgen scheint - wie bei der Zuständigkeitsverschiebung vom Gerichtshof erster Instanz zum Bezirksgericht -, wird es nicht aufgedeckt. Was schließlich die völlig unkritische Übernahme von Einrichtungen der StPO betrifft, so entsteht der Eindruck, daß sich die Verfasser vom Motto leiten lassen: "Was dem Strafprozeß recht ist, muß dem Zivilprozeß billig sein".

Vor allem aber verdient die rechtspolitische Grundtendenz dieses Entwurfs Kritik. Sie spiegelt gleichsam den Endzustand einer langjährigen Entwicklung wider. So stand noch die ZVN 1983 unter dem Leitmotiv des "verbesserten Zugangs zum Recht". Zwar lag darin schon damals ein gewisser Etikettenschwindel, betrachtet man viele ihrer Einzelregelungen und deren prakti-

schen Auswirkungen näher; und waren auch die Verbesserungen - soweit sie tatsächlich erreicht worden sind - oft um den (allzu) hohen Preis einer erheblichen Verlängerung und Verteuerung des Zivilprozesses erkauft. Aber immerhin brachte der Gesetzgeber mit dieser Zielvorstellung noch seine Einsicht zum Ausdruck, daß er primär der rechtsuchenden Bevölkerung und nicht etwa den (Standes-)Interessen der tragenden Rechtsberufe verpflichtet ist. Die kritische Prüfung des vorliegenden Entwurfs einer WGN 1989 läßt eine solche Verantwortung nur noch in Restbeständen spüren. Schon gar nicht setzt dieses legislative Vorhaben die bewährte - und international stets als vorbildlich gerühmte - soziale Funktion und am Gemeinwohl orientierte Tradition des österreichischen Zivilprozesses seit der Kleinschen Reform fort. Vielmehr ist der Entwurf vorwiegend von einer - in angemessenen Grenzen durchaus begrüßenswerten - (bürokratisch-) "technischen Rationalität" geprägt. Und zu einem beträchtlichen Teil schlagen sich in ihm zielstrebig verfolgte partikuläre Anliegen der Rechtsberufe auch dort nieder, wo sie mit der (gesamt-gesellschaftlichen) Wohlfahrtsaufgabe der Rechtspflege und den schutzwürdigen Interessen des Publikums nicht mehr in Einklang zu bringen sind. Bedauerlicherweise liegt das offensichtlich an der Unorganisierbarkeit und daher fehlenden Repräsentanz des rechtsuchenden Bürgers. Zu hoffen bleibt lediglich, daß zumindest die gravierendsten Bedenken der Rechtslehre noch ernst genommen werden, weil gerade ihre Träger - wiewohl keine "politisch relevante Gruppe" - insofern nicht eigenen (Sonder-)Interessen verhaftet sind; und sie ihre Kritik kraft ihrer fachlichen Legitimation als "nobile officium" im Dienste einer hochwertigen Rechtspflege und der Rechts-schutzgarantien des sozialen Rechtsstaates begreifen.

II. Stellungnahme zu den vorgesehenen Änderungen der Zivilverfahrensgesetze im einzelnen

In der Folge werden nur die vom Entwurf betroffenen Vorschriften der JN, der ZPO, der EO, des AußStrG, des AHG und des GOG einer kritischen Prüfung unterzogen.

A. Jurisdiktionsnorm

1. Erhöhung der Wertgrenzen gem §§ 7a Abs 2 und 60 Abs 3 und § 49 Abs 1 JN (Art IX Z 1 und 2):

a) Senatsgrenze:

Die - einsetzend mit den Gerichtsentlastungsnovellen und verstärkt durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983 verfolgte - Tendenz zur Zurückdrängung der Kollegialgerichtsbarkeit in erster Instanz setzt sich mit dieser kräftigen Anhebung der Senatsgrenze fort. Im Hinblick auf die Praxis, in der die Parteien schon bisher höchst selten die Entscheidung durch den Senat beantragt haben, kann dieser Änderung zugestimmt werden.

b) Bezirksgerichts-Grenze:

In der ersten Phase (1. 7. 1989 - 30. 6. 1991) mag die vorgesehene Anhebung der BG-Grenze dem zwischenzeitig eingetretenen Geldwertverlust in etwa entsprechen. Die beiden weiteren Phasen lassen jedoch klar erkennen, daß das BG gegenüber dem GH I. Instanz grundlegend aufgewertet werden soll. Die rechtspolitische Beurteilung wird dadurch erschwert, daß der Entwurf nicht deutlich macht, ob diese Aufwertung isoliert im Raum steht oder mit ihr vielmehr eine Etappe im Zuge einer umfassenden Reform der Gerichtsorganisation markiert wird.

Versteht sich die Neubestimmung der Wertgrenzen bloß als Gewichtsverlagerung innerhalb der gegenwärtigen (und auch in absehbarer Zukunft beizubehaltenden) Gerichtsverfassung, so ist sie eindeutig abzulehnen. Vernachlässigt man den Sonderbereich der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit und die ausschließlich die Gerichtsorganisation in Wien betreffende Handelsgerichtsbarkeit, verbleiben nämlich den Gerichtshöfen erster Instanz im Ergebnis keine Materien mehr, deren Eigenwert eine zweite Einganginstanz höherer Stufe dann länger

rechtfertigte. Denn weder vom Schwierigkeitsgrad der den Gerichtshöfen zugewiesenen Rechtssachen noch von ihrer Bedeutung für die Parteien her läßt sich sagen, daß erst ein Streitwert über 100.000 S eine entsprechende Zäsur bildet.

Sollte hingegen die Ausweitung der Zuständigkeit der Bezirksgerichte und die ihr korrespondierende Aushöhlung der Zuständigkeit der Gerichtshöfe - wie zu vermuten ist - ein bewußter Schritt in die Richtung einer einheitlichen Eingangsinstanz (auf der Ebene des heutigen Bezirksgerichts) sein, so bedürfte eine derart tiefgreifende und umwälzende Reform der Gerichtsorganisation als Fernziel zuvor einer umfassenden und grundsätzlichen Diskussion. (Eine solche könnte sich im Anschluß an das von Fasching für den Zehnten Österr Juristentag 1988 erstattete Gutachten: "Verfassungskonforme Gerichtsorganisation" und die dort angestellten Reformüberlegungen entwickeln.) Denn es wäre mit der gebotenen demokratischen Transparenz unvereinbar, ein vom Bundesministerium für Justiz offenbar bereits entworfenes - der öffentlichen Begutachtung aber vorenthaltenes! - Gesamtkonzept "scheibchenweise" zu verwirklichen. Jeder Teilschritt wäre durch solche "verdeckte" Legislativpolitik seriöser Kritik entzogen. Das Bundesministerium für Justiz sollte daher den Eindruck vermeiden, daß dieser Nebeneffekt etwa gar beabsichtigt ist.

Unabhängig davon, welche der beiden rechtspolitischen Tendenzen dem gegenwärtigen Gesetzesvorhaben tatsächlich zugrunde liegt, ist heute schon festzuhalten, daß die geplante Aufwertung der Bezirksgerichte nur auf den ersten Blick dem Postulat einer "bürgernahen" Rechtspflege entspricht. Im größeren Zusammenhang der damit verbundenen "flankierenden Maßnahmen" erheben sich jedenfalls zwei Haupteinwände:

1. Der mit der letzten Stufe der Wertgrenzenanhebung erreichte Höchstbetrag von S 100.000 der dem obligatorischen Mahnverfahren unterworfenen Rechtssachen erscheint sachlich unvertretbar.

2. Die mit der exorbitanten Ausweitung der Zuständigkeit der Bezirksgerichte verknüpfte Einführung des a b s o l u - t e n Anwaltszwanges im bezirksgerichtlichen Verfahren (ab einem Streitwert von S 50.000) ist der rechtsuchenden Bevölkerung völlig unzumutbar.

Diese scharfe Kritik ist im folgenden näher zu begründen:
Zu 1) Zwar soll der Rationalisierungseffekt, der mit dem automatisationsunterstützten Mahnverfahren im Bereich der Massenverfahren erzielbar ist, außer Streit gestellt werden. (Dabei sind freilich die enormen Kosten, die für die technische Umstellung auf das ADV-System aufzuwenden waren, bewußt außer acht gelassen. Das daraus resultierende betriebswirtschaftliche Gebot einer ausreichenden Auslastung dieses Systems vermag jedoch verfahrensimmanente Gründe für eine Reform der Gerichtsorganisation nicht zu ersetzen; es sei denn, sie stünde unter dem unausgesprochenen Motto: "Die Justiz ist für den Computer da"!)

Aus der Sicht des rechtsuchenden Publikums fallen aber mehrere Faktoren nachteilig ins Gewicht: Vor allem die Einbuße an Bürgernähe durch das im - einseitigen! - Einleitungsstadium fehlende mündliche Gehör des Gegners und der faktische Druck eines derart formalisierten Verfahrens auf die Parteien, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Hinzu kommt zumindest im ländlichen Bereich - der derzeit noch nicht durch anonyme Großgerichte geprägt ist -, daß die mit der ersten Tagsatzung für die beklagte Partei verbundenen Möglichkeiten (Vergleich, Teilerlaß, Stundung) ersatzlos entfallen. Nicht zuletzt ist auf die Tragweite eines Zahlungsbefehls, der auf einen Betrag von S 100.000 lautet, zu verweisen, falls die beklagte Partei die Frist für den Einspruch versäumt. (Zu seiner Erhebung bedarf sie ja auch nach dem Entwurf noch keines Anwalts!) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint hier nicht durchwegs als ausreichendes Korrektiv. Gewiß nehmen die Gesetzesverfasser einen solchen Einwand vorweg, indem sie in den Erläuternden Bemerkungen in Aussicht stellen, daß bei Bedarf ein weiterer Rechtsbehelf gegen den rechtskräftigen(!) Zahlungsbefehl geschaffen werden könnte. Den Anfängen einer solchen Entwicklung gilt es aber schon heute zu wehren, weil sie zu einer unannehbaren Aushöhlung des zentralen Instituts der Rechtskraft und letztlich auch zu einer Entwertung des so forcierten Mahnverfahrens selbst führen muß. Allein der Umstand, daß überhaupt eine "Abhilfe" gegen den rechtskräftigen Zahlungsbefehl erwogen wird, beweist schlagend, wie fragwürdig die angestrebte Ausdehnung des obligatorischen Mahnverfahrens bis in eine Größenordnung von 100.000 S ist.

Zu 2) Sieht man zunächst einmal von den Interessen der Rechtspflege und der rechtsuchenden Bevölkerung ab, mag man in standespolitischer Perspektive durchaus Verständnis dafür haben, daß der Entwurf die Anwaltschaft für den ihr durch die Aushöhlung des Gerichtshof-Verfahrens (und damit des Bereichs der anwaltpflichtigen Streitsachen) drohenden Ausfall entsprechend "entschädigen" will. (Dies umso mehr, als meines Wissens die projektierte Anhebung der Bezirksgerichtsgrenze ja nicht auf Reformforderungen der Anwaltschaft zurückgeht!) Die Erläuterten Bemerkungen verschleiern jedoch dieses wahre Motiv für die partielle Erstreckung des Anwaltszwanges auf das bezirksgerichtliche Verfahren, wenn sie doppelbödig davon sprechen, daß der mit dieser Einrichtung "sichergestellte Rechtsschutz materiell keine Einschränkung erfahren" soll (S 56). Die Kritik daran läßt sich auch nicht mit dem vordergründigen Verweis darauf entkräften, daß sich die Rechtslage im Ergebnis insofern ohnehin nicht ändere, als der Anwaltszwang im bezirksgerichtlichen Verfahren nur für jene Streitwerte statuiert werden soll, für die er derzeit vor dem Gerichtshof bereits besteht. Vielmehr wird hier erneut der Mangel an Volksnähe und sozialer Ausrichtung der Rechtspflege offenkundig, der den Entwurf einer WGN auf weite Strecken kennzeichnet.

Im Gegensatz zur Kleinschen Reform, die den Anwaltsprozeß auf das nötige Maß zurückgedrängt hat, kulminiert die seit Jahrzehnten zu beobachtende Tendenz zur Erweiterung des relativen Anwaltszwanges nunmehr in der unbekümmerten Installierung des absoluten Anwaltszwanges vor dem Bezirksgericht! Hier wird die rechtsuchende Partei erstmals - und für unseren Rechtskreis einmalig! - bereits auf der niedrigsten Gerichtsstufe ihrem gesetzlichen Richter nicht mehr persönlich gegenüberstehen können, ohne durch einen Prozeßbevollmächtigten mediatisiert zu werden. Wie diese einschneidende Neuerung mit der viel bemühten "Mündigkeit des Bürgers" in Einklang zu bringen ist, muß den Verfassern dieses Entwurfs überlassen bleiben. In diesem Zusammenhang ist das Bundesministerium für Justiz indes nachdrücklich an die unbequeme Wahrheit zu erinnern, die das renommierte Mitglied des Wiener Barreaus Ernst Jahoda (Anwaltszwang und autonomer Tarif, ÖJZ 1982, 35, 37) so formuliert hat: "Niemals aber kann es in den Rahmen der anwaltlichen Autonomie fallen, die Entlohnung für Leistungen zu bestimmen, die von der rechtsuchenden Bevölkerung zwangsweise in Anspruch genommen

werden müssen! Hier kann von Autonomie keine Rede sein, sondern die 25 Mitglieder des RAKTages, der die Interessen von etwa 2000 Anwälten vertritt, haben der rechtsuchenden Bevölkerung von 7,500.000 Menschen durch Aufstellung bindender Rechtssätze die Höhe der Entlohnung rechtsanwaltlicher Tätigkeit, auf deren Inanspruchnahme niemand verzichten kann, vorgeschrieben. Der Anwaltszwang sollte daher in Österreich ... ehestens beseitigt werden, uzw ... vor allem wegen seines völlig ungerechtfertigten Eingriffs in das Vermögen jener Personen, die auf Verfahrenshilfe keinen Anspruch erheben können".

2. Nachweis der Zuständigkeitsvereinbarung gem § 104 Abs 1 JN (Art IX Z 4):

Dieser Änderung ist als rechtsschutzfreundlich grundsätzlich zuzustimmen. (Freilich irritiert, daß sie einmal mehr nicht auf genuin verfahrensrechtlichen Erwägungen - zB der Erleichterung der Rechtsverfolgung; der Wahrung des Rechts auf den gesetzlichen Richter udgl - beruht, sondern offenbar bloß der Entlastung des automatisierten Mahnverfahrens von einer weiteren Beilage dient.)

Dabei wird allerdings bewußt in Kauf genommen, daß die Neuregelung dem angerufenen Gericht die Möglichkeit nimmt, seine Unzuständigkeit dann noch von Amts wegen wahrzunehmen, wenn der urkundliche Nachweis später doch nicht erbracht wird. Gem § 104 Abs 1 nF iVm § 43 Abs 1 JN wird es ihm wohl auch ex ante nicht zustehen, die Klage mit dem Auftrag an den Kläger, die fehlende Urkunde vorzulegen, zurückzustellen.

Im übrigen ist der in den EB geäußerten Rechtsansicht entgegenzutreten, daß die Zuständigkeitsvereinbarung nur mittels der Originalurkunde nachgewiesen werden kann. Vgl dazu meine Ausführungen in JBl 1988, 388 (Entscheidungsbesprechung), die sich für die gegenteilige Auffassung - neben dem Gesetz (arg. § 299 ZPO)! - auf die Rechtsprechung (OGH 21. 1. 1981, JBl 1981, 482) und das neuere Schrifttum (P. Mayr, AnwBl 1986, 728; Ballon, Einführung in das österr Zivilprozeßrecht, 57) berufen können.

B. Zivilprozeßordnung

1. Anwaltszwang gem § 27 Abs 1 ZPO (Art X Z 1):

Zur nachdrücklichen Ablehnung dieser Änderung vgl oben A 1 b.

2. Kostenteilung gem § 43 Abs 1 ZPO (Art X Z 3):

Grundsätzlich scheint es billig, daß künftig "auch der Ver-

fahrenaufwand" bei der Kostenteilung angemessen berücksichtigt werden soll. So geht es etwa nicht an, zwar die anwaltliche Vertretung generell als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung notwendige Kosten anzuerkennen, sie aber dann - war nur eine der Parteien vertreten - bei der Kostenteilung außer Betracht zu lassen. Im wesentlichen dürfte der Entwurf die Kosten anwaltlicher Vertretung im Auge haben, weil die meisten übrigen Komponenten eines besonderen Verfahrensaufwands in § 43 Abs 1 S 2 ohnehin bereits erfaßt sind. Dennoch empfiehlt sich eine deutlichere Umschreibung des Begriffs "Verfahrensaufwand" und der Kriterien, die für seine Berücksichtigung maßgebend sind. Hingegen scheint die Wendung "nach freier Überzeugung des Gerichts (§ 273)" entbehrlich. (Von einer Verpflichtung zur ziffernmäßigen Berechnung war wohl das Gericht schon nach geltender Rechtslage frei, falls es den zu ersetzenen Teil "im Verhältnis zum Ganzen bestimmt" hat.)

3. Zinsen von Prozeßkosten gem § 52 Abs 4 nF (Art X Z 4):

Diese Neuregelung erscheint als *cura posterior*. Richtig ist, daß die Verzinslichkeit der Kostenforderung - bejaht man sie dem Grunde nach - schon bisher nicht mit dem rein formalen Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur des Kostenrechts hätte verneint werden können; daß aber die insofern verfehlte Rechtsprechung offenbar nicht überwindbar war.

Wenn der Entwurf den Eintritt der Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung als Entstehungszeitpunkt des Anspruchs auf Verzugszinsen festlegt, so ist dabei nicht bedacht, daß bei der Bestätigung der (Rechtskraft und) Vollstreckbarkeit der Zeitpunkt, zu dem sie eingetreten ist, nicht angegeben wird. Wollte man künftig das Titelgericht gesetzlich dazu verpflichten, diesen Zeitpunkt zu ermitteln und festzuhalten, bürdete man ihm einen verfahrenstechnischen Mehraufwand auf, der zum Anlaß in keinem Verhältnis steht. Praktikabler scheint daher die Lösung, den Lauf der Verzugszinsen entweder bereits mit der Vorlage des Kostenverzeichnisses - als materieller "Fälligstellung" - oder aber erst mit der Überreichung des Antrages auf Exekutionsbewilligung - als der prozessualen Verfolgung - anzusetzen.

4. Kostenvorschüsse für Beweisaufnahmen gem §§ 332 Abs 2 und 365 Abs 2 ZPO (Art X Z 8):

Diese Änderungen sind abzulehnen. Statt einer Wertanpassung

der in den §§ 332 Abs 1 und 2 und 365 Abs 1 und 2 ZPO genannten Geldbeträge wären beide Vorschriften ersatzlos aufzuheben. Die Beweisaufnahme liegt hier nicht anders als sonst im Interesse der Wahrheitsfindung und erfüllt damit eine objektive Rechtspflegefunktion des Staates. Beim "Beweis durch Sachverständige" kommt noch hinzu, daß er recht besehen gar kein vom Beibringungsgrundsatz erfaßtes Beweismittel ist, mit dem die Parteien ihrer subjektiven Beweislast genügen; vielmehr ist der Sachverständige "Gehilfe" (sachkundiger Berater) des Richters, der dessen mangelndes Fachwissen ersetzt und ihm daher unentbehrlich ist. Die Vorschußpflicht der Parteien dient somit im besten Fall rein fiskalischen Zwecken, die im sozialen Rechtsstaat hinter dessen Rechtsschutzaufgabe zurückzutreten haben! Im schlimmsten Fall bewirkt sie eine sachfremde Barriere der Rechtsverfolgung oder -verteidigung für jene Partei, der gerade noch keine Verfahrenshilfe zuteil wird. (Denn ungeachtet aller Ausdehnung dieses sozialpolitischen Instituts kommt es nicht einem so großen Teil der Bevölkerung zugute, daß der Rest einfach vernachlässigt werden kann. Insofern bleibt bis heute Franz Kleins Einsicht gültig: "Ein teurer Prozeß, ... der die vom Armenrecht ausgeschlossenen Mittelschichten der Gesellschaft von der gerichtlichen Verfolgung ihrer Rechte ferne hält, kann wohl kaum als ein vollkommenes Rechtsschutzmittel bezeichnet werden.") Demnach wäre die Vorschußpflicht als solche zu beseitigen; keinesfalls aber dürfte die Anfechtungsgrenze angehoben werden. (Vgl zum Ganzen treffend Fasching, Lehrbuch Rz 1009; ders., Prozeßprinzipien und Reform des Zivilprozesses, in: Haller/Berchtold/Fasching/Barazon/Bertel/Schneider, Hrsg, Verfahrensgrundsätze - Verfahrensreformen im österr Recht, 53ff, 56; ferner P. Böhm, Rechtsschutzdefizite im Verbraucherprozeß, in: Verbraucherinteresse im Gütertausch = Mitteilungen des Instituts für Gesellschaftspolitik H 32, 1988, 39ff, 45.)

5. Mündliche Verkündung des Urteils gem § 414 Abs 2 S 2 nF; Urteilsvermerk gem § 418a; Ankündigung des Rechtsmittels gem § 461 Abs 2 nF ZPO (Art X Z 9, 10 und 14):

a) Mündliche Verkündung:

Gemeinsam mit den beiden anderen Neuerungen ist auch diese Änderung abzulehnen. Doch selbst außerhalb des angesprochenen Sachzusammenhangs ist nicht zu billigen, daß das Gericht den Inhalt der von ihm getroffenen Entscheidung nicht ziffernmäßig

bestimmt zu verkünden braucht. (Insofern will sich der Entwurf sogar mit geringeren Anforderungen an die Urteilsverkündung begnügen als die StPO!)

b) Urteilsvermerk:

Die sachwidrige Übertragung des Urteilsvermerks nach der StPO auf den Zivilprozeß verkennt grundlegend die institutionellen wie die strukturellen Unterschiede beider Verfahren. Anders als bei der Rechtsfindung des Strafgerichts, die unter dem Analogieverbot steht und vornehmlich der Fallgerechtigkeit im Sinne des Schuldprinzips (und der an der Person des Täters orientierten Strafzumessung) dient, kommt doch beim Zivilurteil - auch im Blick auf die Funktion der Rechtsfortbildung - den Entscheidungsgründen weit mehr Bedeutung über den Einzelfall hinaus zu. Dies gilt aber vor allem deshalb, weil die tragenden Gründe den Umfang der materiellen Rechtskraft mitbestimmen und sich insofern auch auf Folgeprozesse auswirken.

Selbst wenn man - ungeachtet der nachstehenden Kritik - an der Einführung des Urteilsvermerks festhalten wollte, müßte man die vorgeschlagenen Absätze 2 und 3 überdenken. Im Hinblick auf die völlig unzureichenden Entscheidungsgrundlagen, die der Urteilsvermerk nach Abs 3 wiedergibt, bestünde die Gefahr, daß ohne Heranziehung des Protokolls folgende Beurteilungen nicht mehr möglich wären: ob ein in einer Wiederaufnahmsklage erstattetes Sach- oder Beweisvorbringen im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO "neu" ist; und ob ein weiterer Prozeß zwischen denselben Parteien vom Sachvortrag (Klagegrund) her den "nämlichen Anspruch" zum Gegenstand hat. Da nämlich zum Zeitpunkt der Erhebung einer neuen Klage oder einer Wiederaufnahmsklage das betreffende Tonband regelmäßig bereits gelöscht sein wird, erweist sich die Übertragung des mit Schallträger aufgenommenen Protokolls zur Lösung dieser Abgrenzungsfragen als unverzichtbar.

Die Verfasser des Entwurfs haben den vorhin erhobenen Einwand, daß anhand eines Urteilsvermerks die (objektiven) Grenzen der materiellen Rechtskraft in aller Regel nicht eindeutig bestimmbar wären, zwar durchaus vorhergesehen. Sie haben ihm aber nicht gebührend Rechnung getragen. Denn "das zur Feststellung des Anspruchsgrundes notwendige Vorbringen der Parteien" reicht für diesen Zweck keineswegs aus. Darüber hinaus ist die Formulierung auch an sich mißglückt: Sind doch zum einen die von

den Parteien vorgebrachten und die vom Gericht festgestellten Tatsachen - also Streit- und Urteilsgegenstand - auseinanderzuhalten; und kommt es daher beim kontradiktorischen Urteil auf die richterlichen Feststellungen an. (Anderes gilt lediglich beim echten Versäumungsurteil, das sich gem § 396 ZPO allein auf das "tatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei" gründet, das "für wahr zu halten" ist.) Und ist zum anderen der "Anspruchsgrund", dh die materiellrechtliche Einordnung, nicht den Tatsachenfeststellungen, sondern der rechtlichen Beurteilung zu entnehmen. Folglich müßte auch diese zumindest in Grundzügen im Urteilsvermerk wiedergegeben werden. (Falls mit "Anspruchsgrund" hingegen nichts anderes als "Klagegrund" im Sinne des § 235 Abs 4 ZPO gemeint ist, sollte auch dieser vertraute - und von Lehre wie Rechtsprechung definierte - Gesetzesbegriff gebraucht werden. Freilich änderte das nichts an der unzutreffenden Gleichsetzung des - von den Parteien, namentlich vom Kläger umrissenen - Streitgegenstands mit dem - von der richterlichen Beurteilung geprägten - Entscheidungsgegenstand.)

In bezug auf die relevanten Tatsachen ergibt sich das oben bereits erwähnte Problem: Nicht selten wird auch noch in der letzten Streitverhandlung für die Entscheidung erhebliches Vorbringen erstattet. Zwar ist es dann ggf in den Urteilsvermerk aufzunehmen. Aus den Akten läßt es sich aber nach Löschung des Tonbands deshalb nicht mehr entnehmen, weil gem § 418a Abs 2 die Übertragung des Protokolls unterblieben ist.

Terminologisch ist anzumerken, daß die eigentümliche und umständliche Wendung "die für die Gerichtsakten bestimmte Ausfertigung des Urteils" durch das schlichte und deutliche Wort "Urschrift" ersetzt werden sollte.

c) Ankündigung der Berufung:

Die unbesehene Übernahme der "Anmeldung" des Rechtsmittels aus der StPO ist entschieden abzulehnen. Wohl erhofft sich der Entwurf davon eine erhebliche Entlastung der Gerichte und in weiterer Folge einen Anreiz zur mündlichen Verkündung des Urteils, die - entgegen §§ 414 Abs 1 und 415 ZPO - in der Praxis nahezu abgekommen ist. Diese Erwartung ist indes völlig illusorär. Allein die hier aufgezeigten Bedenken gegen § 414 Abs 2 und § 418a Abs 2 und 3 idF der WGN werden dazu führen, daß die anwaltlich vertretene Partei im Regelfall die Berufung zunächst ankündigen und sie ggf später nicht ausführen wird. (Erst die

mit Gründen versehene Urteilsausfertigung läßt ja vielfach die Abwägung der Erfolgsaussichten zu.) Im Zweifel wird auch der Anwalt so vorgehen müssen, um einer Haftung wegen Verletzung seiner Sorgfaltspflichten zu entgehen! Dann verfehlt aber die "Ankündigung" den mit ihr angestrebten Zweck, ja noch schlimmer: sie erweist sich als Anlaß der Verzögerung und als überflüssiger Verfahrensschritt, der - im Blick auf Schriftsatz- und Anwaltszwang (§ 461 Abs 2 nF) - den Parteien Mehrkosten aufbürdet.

Die dreitägige Frist, binnen deren das Rechtsmittel anzukündigen ist, zieht auch zahlreiche praktische Folgeprobleme nach sich. Für die erstmalige Bestellung eines Anwalts, seine ausreichende Information und seriöse Prüfung der Chancen eines Rechtsmittels ist die Frist viel zu kurz. Auch fehlt im Entwurf jeder Hinweis darauf, daß der Antrag auf Beigabe eines Verfahrenshilfe-Anwalts den Lauf dieser Frist - entsprechend § 464 Abs 3 - unterbricht. Ganz allgemein sollte der in erster Instanz unvertretenen Partei die Möglichkeit eingeräumt werden, die Ankündigung der Berufung mündlich zu Protokoll zu geben.

Gem § 463 Abs 1 ZPO wird sich die Ankündigung des Rechtsmittels nach mündlicher Urteilsverkündung auch auf das Berufungsverfahren beziehen. Der Eintritt der Rechtskraft eines mündlich verkündeten Berufungsurteils wird dann zeitweilig in Schwebe bleiben. Denn der die Revision ankündigende Schriftsatz ist bei dem Prozeßgericht erster Instanz zu überreichen. Unter Berücksichtigung des Postweges und des Vorlageverfahrens wird dieser Schriftsatz zumeist erst einige Tage nach Ablauf der Anmeldungsfrist bei dem Berufungsgericht einlangen. Dieses wird daher stets eine angemessene Zeitspanne zuwarten müssen, bevor feststeht, ob es ein Urteil abzufassen und auszufertigen oder sich auf einen Urteilsvermerk zu beschränken hat.

6. Revisionsbeschränkungen gem § 502 Abs 2 Z 1 aF

und Abs 4 Z 2 ZPO (Art X Z 16):

a) Revisibilität der Unterhaltsbemessung:

Hält man sich die Schwierigkeiten einer sachgerechten Abgrenzung von "Grund" und "Bemessung" des gesetzlichen Unterhalts vor Augen, die für die Praxis von Anfang an bestanden haben - und die mE auch der OGH mit und seit dem Judikat 60 neu nicht überzeugend gelöst hat -, so wird man dieser Revisionsbeschränkung gewiß nicht nachtrauern. Überdies rechtfer-

tigt die existentielle Bedeutung des Unterhaltsanspruches für den Berechtigten zweifellos die Anrufung des Höchstgerichts. Die äußerst divergente Judikatur, die in bezug auf die Art der Bemessung bereits auf der Stufe der Gerichtshöfe I. Instanz zu verzeichnen ist, macht auch unter überindividuellem Aspekt deutlich, daß die Leitfunktion des OGH hier nicht länger entbehrt werden kann.

Zugleich mit der Aufhebung des § 502 Abs 2 Z 1 ZPO müßte allerdings die Anrufbarkeit des OGH im Verfahren außer Streitsachen unter den gleichen Bedingungen eröffnet werden. Das umso mehr, als in diesem Minderjährige und Pflegebefohlene, also "unter dem besonderen Schutz der Gesetze" (§ 21 ABGB) stehende Personen ihren Unterhaltsanspruch verfolgen und überdies der hier herrschende Untersuchungsgrundsatz erhöhte Richtigkeitsanforderungen stellt. Wird die von der Sache her gebotene Gleichstellung in § 14 Abs 2 AußStrG unterlassen, so bleibt die Neuregelung mit dem evidenten Makel der Verfassungswidrigkeit infolge willkürlicher Differenzierung behaftet.

b) Vollrevision:

Die grundsätzliche Bewährung des Systems der Zulassungsrevision sollte zum sukzessiven Abbau aller übrigen - auf anderen (und teilweise sogar sachlich unvereinbaren) Grundlagen beruhenden - Revisionsbeschränkungen führen. Das gilt mE insbesondere auch für die am Streitwert orientierte "Vollrevision". Der Wegfall ihrer Privilegierung in bezug auf die Revisionsgründe bleibt insofern auf halbem Wege stehen. Ich plädiere für ihre völlige Beseitigung, weil der Betrag von 1,000.000 S kein rationales Kriterium für die absolute Revisionswürdigkeit bildet.

c) Revision gegen bestätigende Urteile zweiter Instanz:

Auch die Revisionsschranke des § 502 Abs 3 S 1 ZPO hat mit dem Übergang zur Zulassungsrevision ihre innere Berechtigung verloren: "Die hinter dem Konformitätsprinzip und dem Prinzip einer Grundsatzrevision stehenden Erwägungen schließen sich nämlich gegenseitig aus. Während das erstere auf einer angenommenen höheren Richtigkeitsgewähr der Übereinstimmung zweier Instanzen beruht, stellt das zweite Prinzip im Interesse der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung auf das Bedürfnis nach richtungsweisender Entscheidung des Höchstgerichts ab" (so zutreffend Bajons, Landesbericht

Österreich, in: Gilles/Röhl/Schuster/Stempel, Hrsg, Rechtsmittel im Zivilprozeß, Bundesanzeiger Köln 1985, 215ff, 224).

Lediglich der untere "Schwellenwert" des § 502 Abs 2 nF scheint allerdings unverzichtbar, um eine gesunde ökonomische Relation zwischen dem Beschwerdegegenstand und den Verfahrenskosten zu wahren.

7. Revisionsgründe gem § 503 ZPO (Art X Z 17):

Der Aufhebung des § 503 Abs 2 ZPO - und damit der Gleichstellung von Zulassungs- und Vollrevision in dieser Hinsicht - ist aus den von Fasching (Lehrbuch Rz 1932 und 1935) ausgeführten rechtspolitischen Erwägungen grundsätzlich zuzustimmen. In Modifikation der ZVN 1983 ist damit die Voraussetzung dafür geschaffen, schwerwiegender Verfahrens- oder Rechtsfehler der Vorinstanzen unabhängig davon wahrzunehmen, ob ihnen auch über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung zukommt. Freilich nimmt man damit - bei der ordentlichen und der außerordentlichen Revision - in Kauf, daß das Berufungsgericht oder der OGH selbst die Revision im Hinblick auf eine solche Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zuläßt, die dann bei der meritorischen Erledigung der Revision keine Rolle mehr spielt. Eine sachliche Verknüpfung dieser Frage mit dem letztlich erfolgreich relevierten Revisionsgrund fordert nämlich das Gesetz nicht mehr, sobald § 503 Abs 2 ZPO aufgehoben ist. Offen bleibt indes, inwieweit dies mit dem Prinzip der Zulassungs-(und Grundsatz-)Revision systemimmanent vereinbar ist.

8. (Revisions-)Rekurs gem § 528 Abs 1 Z 2 und 3 ZPO (Art X Z 20):

a) Gegen bestätigende Beschlüsse zweiter Instanz:

Diese Regelung sollte nochmals sorgfältig überdacht werden. Für die Beseitigung des generellen Ausschlusses des Revisionsrekurses gegen eine den erstrichterlichen Beschuß bestätigende rekursgerichtliche Entscheidung mag durchaus sprechen, daß solcherart die Anrufung des OGH unter ein einheitliches - Revision wie (Revisions-)Rekurs erfassendes - Prinzip gestellt wird. Dagegen läßt sich jedoch ins Treffen führen, daß im Geltungsreich der ZPO - anders als im übrigen zivilgerichtlichen Verfahren! - mit dem Rekurs im Regelfall keine Sachentscheidung bekämpft wird. (Einer solchen kommt hier im Ergebnis nur derjenige Beschuß nahe, mit dem der Rechtsschutz definitiv versagt wird. Allein in bezug auf ihn erschiene daher die vorgeschlagene Änderung sachgerecht.)

Faßt man jedoch die Umgestaltung des § 528 Abs 1 Z 2 deshalb ins Auge, weil man ihn für das Exekutionsverfahren (oder das Insolvenzverfahren) als eine zu weitgehende Anfechtungsbeschränkung erachtet, so wäre eine von der ZPO abweichende Regelung des (Revisions-)Rekurses folgerichtig in der EO (bzw der KO und AO) zu treffen.

Nicht zuletzt bräche auch hier ein schwerwiegender Wertungswiderspruch zum Verfahren außer Streitsachen ("§ 16-Rekurs") auf, der diese Diskrepanz als willkürlich und daher gleichheitswidrig erscheinen ließe.

b) Gegen zweitinstanzliche Kostenentscheidungen:

Auch diese Änderung scheint problematisch und müßte näher auf ihre praktischen Auswirkungen geprüft werden. Gewiß verbietet sich in Anbetracht der sich häufenden Fälle, in denen die Kosten den Betrag der Hauptforderung erreichen oder überschreiten, der allzu rasche Rückzug auf das Argument, daß die Kosten nach dem Konzept der ZPO (iVm der JN) bloße "Nebenforderungen" sind. Strebt man demgegenüber in "wirtschaftlicher Betrachtungsweise" deren Gleichbehandlung mit dem Meritum an,

muß man tatsächlich - wie es der Entwurf will - auch im Kostenpunkt auf den Wert des rekursgerichtlichen Entscheidungsgegenstandes abstellen. Bezöge man die Anfechtungsgrenze hingegen auf den Beschwerdegegenstand - was an sich beim (Revisions-)Rekurs gem § 528 ZPO näher läge -, so wäre mit der Neuregelung wenig gewonnen, weil diesfalls der Beschwerdewert zu hoch angesetzt wäre. Der dann nur äußerst selten offenstehende Rekurs fiele zwar als Mehrbelastung des OGH kaum ins Gewicht; die Hoffnung auf eine richtungweisende Judikatur in Kostensachen bliebe aber unerfüllt.

Das Unbefriedigende und Halbherzige der vorgeschlagenen Änderung erklärt sich mE daraus, daß sie die - auf unterschiedlichen rechtspolitischen Gründen beruhenden - Zulässigkeitskriterien des Wertes des Entscheidungsgegenstands und der Erheblichkeit der in der Sache zu lösenden Rechtsfragen miteinander kombiniert. (Vgl oben B 6 c.)

9. Obligatorisches Mahnverfahren gem § 448 Abs 1 ZPO (Art X Z 11):

Zur Kritik an der geplanten etappenweisen Anhebung der Höchstgrenze bis zu einem Betrag von 100.000 S vgl oben A 1 b.

C. Exekutionsordnung

1. Revisionsrekurs gegen bestätigende Beschlüsse zweiter Instanz gem § 83 Abs 3 und § 239 Abs 3 EO (Art XI Z 1 und 2):

Der Aufhebung dieser Sondervorschriften, die den in der Lehre sog. "außerordentlichen Revisionsrekurs" gegen konforme unterinstanzliche Beschlüsse eröffnen, ist keinesfalls zuzustimmen. Dies nicht einmal unter der Voraussetzung, daß § 528 Abs 1 Z 2 ZPO in der Fassung des Entwurfs Gesetz werden sollte. Die rechtspolitischen Motive des historischen Gesetzgebers für die erweiterte Anfechtbarkeit in diesen beiden Fällen sind nämlich sowohl vom Wert der Streitsache als auch von einer aus Anlaß des Einzelverfahrens zu lösenden Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung völlig unabhängig. (Vgl meine Ausführungen in JBl 1988, 328; deshalb ist mE im Geltungsbereich des § 83 Abs 3 und des § 239 Abs 3 EO - entgegen der Rechtsprechung des OGH - auch § 528 Abs 2 ZPO nicht anwendbar.) Vielmehr waren dafür folgende Erwägungen bestimmend: bei der (impliziten Anerkennung und) Vollstreckung ausländischer Ent-

scheidungen das Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung von Staatsverträgen und richtungweisender Lösung diffiziler Rechtsfragen des internationalen Verfahrensrechts; bei der Bekämpfung des Verteilungsbeschlusses das Gewicht, das dieser zentralen Entscheidung des Versteigerungsverfahrens für alle Beteiligten zukommt, und die Wahrung der dabei zu beachtenden sachenrechtlichen Grundsätze. Die Erläuternden Bemerkungen lassen nicht erkennen, weshalb diese tragenden Gründe heute nicht mehr maßgeblich sein sollen. Daher besteht der Verdacht, daß der Entwurf hier bloß vom kurzschlüssigen Streben nach Gleichschaltung geleitet ist.

**2. Geldstrafe bei der Unterlassungsexekution gem § 359
Abs 1 EO (Art XI Z 4):**

Schon bisher lag die gesetzliche Höchstgrenze der Geldstrafe als Beugemittel viel zu niedrig, um Unterlassungspflichten – namentlich auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Immaterialgüterrechts – effektiv durchzusetzen. Die im Entwurf vorgeschlagene Anhebung trägt dieser seit langer Zeit vorgetragenen Kritik nicht einmal ansatzweise Rechnung. Vergleichend ist auf § 890 dZPO zu verweisen, der als Obergrenze des einzelnen Ordnungsgeldes 500.000 DM vorsieht.

D. Außerstreitgesetz

"Geringfügiger Nachlaß" gem §§ 39 Abs 2 Z 6 und 72 AußStrG
(Art II Z 1 und 2):

Die exzessive Anhebung der entsprechenden Wertgrenzen von derzeit 20.000 S auf künftig 100.000 S, die weit über eine Valorierung des gesunkenen Geldwerts hinausgeht, ist sachlich unbegründet. Erneut ist sie auch aus sozialen Erwägungen abzulehnen, weil sich dann die rechtsuchenden Parteien in jedem Abhandlungsverfahren, das keinen "geringfügigen" Nachlaß zum Gegenstand hat, gem § 3 Abs 1 GKoärG durch einen Anwalt oder einen Notar vertreten lassen müßten, falls sie nicht selbst auftreten wollen oder können.

E. Amtshaftungsgesetz

**1. Verfahrenshilfe im Aufforderungsverfahren gem § 8 AHG
(Art XXI Z 1):**

Dieser Erweiterung der Verfahrenshilfe auf das vorprozessuale Stadium des Aufforderungsverfahrens stimme ich vorbehaltlos zu.

Das umso mehr, als ich in meiner Abhandlung "Tücken des Amtshaftungsverfahrens" (in: Aicher, Hrsg, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben, 1988, 235ff, 259) selbst auf diese "Lücke im sozialen Schutz minderbemittelter Personen" hingewiesen und dort "unter der Devise des verbesserten Zugangs zum Recht" - noch vor Schragel, Verbesserter Zugang zur Amtshaftung, ÖJZ 1988, 577ff (586) - die nun vorgeschlagene Regelung als "die einzige rechtspolitisch vertretbare Alternative" bezeichnet habe. Dies allerdings auch angesichts einer Praxis, die den unvertretenen Bürger bei der Abfassung des Aufforderungsschreibens inhaltlich oft überfordert.

2. Einzelgerichtsbarkeit gem § 9 Abs 1 AHG iVm § 7a JN (Art XXI Z 2):

Gegen die Beseitigung der obligatorischen Senatsbesetzung im Amtshaftungsverfahren bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Im Hinblick auf die zwischenzeitige Akzentverschiebung von der Senats- zur Einzelgerichtsbarkeit schlägt wohl auch das Argument von der "Gewichtigkeit und Schwierigkeit" dieses Rechtsgebiets, auf das sich noch die Materialien berufen, nicht mehr durch. In meinem oben erwähnten Beitrag (aaO 252) habe ich freilich die ratio eher darin gesehen, "mit der höheren Autorität des Senats gegenüber dem belangten Rechtsträger, der im Falle des Bundes zugleich der Dienstherr der Richter ist, den rechtsuchenden Bürger von der Qualität und ausreichenden Legitimation der Entscheidung zu überzeugen". Doch tritt mE auch dieser Gesichtspunkt in dem Maße zurück, in dem die unverkennbare Abkehr von der früher oft beklagten "Fiskusfreundlichkeit" der Rechtsprechung das Vertrauen in die Amtshaftungsgerichte stärkt.

F. Gerichtsorganisationsgesetz

Elektronische Eingaben und Erledigungen gem §§ 89a - 89f GOG (Art XII):

Die gesetzliche Verankerung des "elektronischen Rechtsverkehrs" ist als mutiger Schritt in juristisches "Neuland" anzuerkennen. Die Beurteilung der mit der praktischen Umsetzung verbundenen technischen Probleme muß zunächst dem einschlägig befaßten Fachmann und später der Bewährung im gerichtlichen Alltag überlassen bleiben.

Abschließend darf ich mitteilen, daß 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrats übersandt worden sind.



Wien, 13. 2. 1989

(Ao.Univ.-Prof. Dr. Peter Böhm)