



Österreichischer
Rechtsanwaltskammertag
Die österreichischen
Rechtsanwälte

Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7
1070 Wien

ZI. 13/1 08/144

BG, mit dem die JN, das Einführungsgesetz zur ZPO, die ZPO, das ASGG, das Außerstreitgesetz, das GOG, das Rechtspflegergesetz und das GGG geändert werden (Zivilverfahrens-Novelle 2008 - ZVN 2008)

Referent: Dr. Elisabeth Scheuba, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag anerkennt das Bemühen der Verfasser des Entwurfs, das **Europäische Mahnverfahren** wie das **Europäische Bagatellverfahren** in die Österreichische Zivilprozeßordnung mit ergänzenden Bestimmungen nach Möglichkeit harmonisch einzugliedern. Beide Europäische Verfahrenstypen bieten - was die im Verfahren gewährten Rechtschutzgarantien wie zB rechtliches Gehör oder Waffengleichheit der Parteien betrifft - bei weitem **nicht jenen Rechtschutzstandard**, den das Instrumentarium der ZPO für das rein **österreichische** Mahnverfahren wie auch für die gerichtliche Verfolgung geringfügiger Ansprüche zur Verfügung stellt.

Was den im Entwurf vorgesehenen **Entfall von Eigenhandzustellungen von Klagen** sowie die neuen Vorschriften über den **Zustellbevollmächtigten** und die **Rekursfristen** betrifft, so bestehen aus der Sicht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages **begründete Bedenken** gegen die im Entwurf vorgeschlagenen Regelungen. Hingegen werden die vorgeschlagene **Zweiseitigkeit** des Rekursverfahrens, wie der Vorschuß auf Barauslagen des

Verfahrenshelfers sowie die rasche Überprüfbarkeit von Entscheidungen über die Zulassung der **Nebenintervention ausdrücklich begrüßt**. **Vermißt** werden im Entwurf Vorschläge zur Wiederherstellung der Waffengleichheit im Zusammenhang mit § 257 ZPO wie auch zur Wiedereinführung erster kurzer Verhandlungen in Bestandsachen. Im einzelnen:

1. Zu Z 2 (§ 18) - Zulassung der Nebenintervention abgesondertes Rechtsmittel:

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag **begrüßt** den Vorschlag im Entwurf, die Frage der **Zulassung einer Nebenintervention** im Verfahren künftig möglichst **rasch** (mit sofortiger Anfechtbarkeit der Entscheidung) klären lassen zu können.

Denn oft erfolgt der Beitritt im Fall einer Streitverkündigung nur "*aus Gründen der Vorsicht*", obwohl die **Voraussetzungen** für die Nebenintervention der beitretenden Partei selbst **nicht zweifelsfrei gegeben erscheint** und sie deshalb um ihren Kostenersatzanspruch fürchten muß. Eine sofortige Anfechtbarkeit der Zulassung schafft eine rasche, kostensparende Klärung dieser Frage.

2. Zu Z 4 (§ 64) - Vorschuß auf Barauslagen des Verfahrenshelfers:

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag **begrüßt** den im Entwurf vorgeschlagenen **Vorschuß** auf Barauslagen des Verfahrenshelfers für den Fall, daß diese Barauslagen insgesamt den Betrag von € 100,-- voraussichtlich übersteigen.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag ersucht, in den Erläuterungen den Verweis auf § 332 ZPO zu streichen, im Text der Gesetzesbestimmung des § 64 Abs 4 ZPO möge es bei dem Betrag von € 100,-- als Maßstab für die "*Unzumutbarkeit der vorläufigen Tragung*" bleiben.

Denn der Fall der Verfahrenshilfe ist in § 332 ZPO explizit ausgenommen, der Maßstab für die "*Zumutbarkeit*" nach § 332 ZPO somit nicht auf den Vorschuß nach § 64 Abs 4 ZPO übertragbar.

Eine weitere Vereinfachung würde eine direkte Abwicklung bringen, indem zB der die Barauslagen verursachende Dolmetscher seine Kostennote an das Gericht legt und eine Begleichung aus Amtsgeldern direkt erfolgt.

3. Zu Z 7 (§ 98) - Inländischer Zustellbevollmächtigter:

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag hat **Verständnis** für die dem Vorschlag zugrundeliegende **Erwägung**, für eine Partei, die keine Abgabestelle im Inland hat, gerichtliche Schriftstücke im Inland dennoch

zustellbar zu machen. Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag hegt allerdings **begründete Bedenken** gegen den im Entwurf **vorgeschlagenen Weg**, dies zu erreichen:

Nach dem Vorschlag soll Parteien oder Bevollmächtigten, die keine Abgabestelle im Inland haben, vom Gericht **aufgetragen** werden können, innerhalb einer (mindestens 14-tägigen) Frist ab Zustellung des Auftrags für den konkreten Rechtsstreit einen Zustellungsbevollmächtigten **namhaft** zu machen. Wird diesem Auftrag nicht fristgerecht nachgekommen, so sollen weitere Zustellungen "**durch öffentliche Bekanntmachung**" erfolgen. Für die öffentliche Bekanntmachung soll nach den Erläuterungen § 115 ZPO iVm § 25 ZustellG gelten: Folglich soll die **Zustellung durch Aufnahme einer Mitteilung in die Ediktsdatei** bewirkt werden, die so veröffentlichte Mitteilung soll **auch eine "kurze Angabe des Inhalts** des zuzustellenden Schriftstücks **enthalten**, sodaß dies im Wege "**des Internet von jedermann einfach und kostengünstig eingesehen**" werden kann.

Vor dem Hintergrund, daß die Zustellung des **Auftrags** zur Namhaftmachung eines Zustellbevollmächtigten - schon im Hinblick auf den künftig beabsichtigten Entfall von Eigenhandzustellungen bei Klagen - wohl auch **nicht per Eigenhandzustellung** erfolgen wird, hegt der Österreichische Rechtsanwaltskammertag die **folgenden Bedenken** gegen diese im Entwurf vorgeschlagene Vorgangsweise:

Wenn eine Partei ohne Abgabestelle im Inland **dem Auftrag** zur Bestellung eines Zustellbevollmächtigten **aus welchen Gründen auch immer nicht (fristgerecht)** nachkommt - weil sie zB den Auftrag nicht zu eigenen Handen zugestellt erhalten hat - so finden sich kurz danach **im Internet für jedermann zugänglich und ersichtlich** Informationen darüber, daß gegen diese Partei im Inland ein **Gerichtsverfahren anhängig** ist, ferner die kurze **Bezeichnung der Streitsache** und eine ebenso kurze **Angabe des Inhalts des zuzustellenden Schriftstücks**. Gerade bei **Verfahren, die nicht öffentlich** sind, wie zB im familienrechtlichen Bereich oder bei gerechtfertigtem Ausschluß der Öffentlichkeit, scheint eine solche Vorgangsweise **sachlich nicht gerechtfertigt**. Der Betroffene kann auch den (Image-)Schaden, der für ihn mit einer solchen **Veröffentlichung** verbunden sein mag, selbst durch Namhaftmachen eines Zustellbevollmächtigten **nicht mehr ungeschehen** machen.

Die EU-Kommission hat gegen Österreich ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, das sich dem Vernehmen nach gegen den nach dem Patentgesetz vorgesehenen Zustellbevollmächtigten wendet. Es sollte **nicht ein weiterer Fall eines Zustellbevollmächtigten dem österreichischen Rechtsbestand hinzugefügt** werden.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag sieht als Alternative zur vorgeschlagenen Regelung die Einhebung einer **Gebühr** für (Auslands)**Zustellungen**, welche als **Barauslagen** im Zivilprozeß **ersatzfähig** wären und bis zur Kostenentscheidung von der klagenden bzw antragstellenden Partei zu entrichten wären.

4. Zu Z 8 (§ 106) - Entfall der Eigenhandzustellung für Klagen:

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag spricht sich entschieden **gegen den Entfall der Eigenhandzustellung von Klagen** aus. Die Bestimmung des § 106 ZPO in der bisherigen Fassung sollte unverändert beibehalten werden.

Schon nach dem BudgetbegleitG BGBl I 2000/26 - mit dem der Gesetzgeber seinerzeit aus den nahezu selben Erwägungen zu **möglichen Einsparungen** den Entfall des Zustellnachweises für die erste Ladung an den Zeugen angeordnet hatte - hat sich in der Praxis rasch gezeigt, daß die **gesetzgeberischen Erwartungen** in die erhofften Einsparungen **nicht erfüllt** werden sollten:

Postgebühren sind nicht wie erwartet eingespart worden, die Maßnahme hat, **im Gegenteil, (Verfahrens)Kosten verursacht**: Die Versendung der ersten Zeugenladung statt mit weißem Rückscheinbrief mit bloßem Fensterkuvert hat zum einen die erhoffte Kosteneinsparung in der Praxis nicht gebracht. Die Post hat nämlich die Gebühren, welche die Justiz so einzusparen gehofft hatte, durch die Erhöhung von Gebühren für andere Postsendungen umgehend "ausgeglichen". Zum anderen sind die **kostenverursachenden Verzögerungen** in Gerichtsverfahren, die dadurch eintreten, daß **ungewiß** bleibt, ob ein **Zeuge** die erste Ladung nun **erhalten hat oder nicht**, mit unzähligen Beispielen **in der Praxis belegbar** (vgl zB auch Frauenberger in Fasching/Konecny, ZPO² [2004] Rz 3 zu § 329). Die **Abschaffung des Zustellnachweises für die erste Zeugenladung hat sich somit in der Praxis nicht bewährt**.

Die nun vom Gesetzgeber **erwartete Kostenersparnis** durch den **Entfall der Eigenhandzustellung** für Klagen wird ebenso nicht eintreten, sobald eine Tariferhöhung der Post sämtliche vom Gesetzgeber nunmehr angestellten Berechnungsmodelle obsolet macht.

Nach der festen Überzeugung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages müssen aber **Erwägungen zu möglichen Einsparungen überhaupt zurücktreten**, wenn es um den **Rechtsschutz** und das **rechtliche Gehör der beklagten Partei** geht: Es ist in der Praxis **undenkbar**, daß zB **in einem Scheidungsverfahren** der immer noch im selben Haushalt lebende (die Scheidung mit Klage verfolgende) Ehepartner die eigene Klage (bzw Widerklage) für den jeweils anderen beklagten Ehepartner übernehmen können soll. Mißbrauch durch Unterdrückung der übernommenen Schriftstücke wäre Tür und Tor geöffnet.

Ähnliche Erwägungen gelten für **große Unternehmen**: Wenn Klagen (oder auch Einstweilige Verfügungen) nicht mehr von jenen Personen im Unternehmen eigenhändig übernommen werden, die dann auch die **Verantwortung für versäumte Klagebeantwortungsfristen** bzw **nicht befolgte Anordnungen** in Einstweiligen Verfügungen übernehmen müssen, ist dies **sachlich nicht gerechtfertigt**. Die RSA-Zustellung bietet

gegenüber der RSb-Zustellung tatsächlich ein **unverzichtbares Mehr an Empfängerschutz**.

Jene **Bedenken, welche die Verfasser des Entwurfs selbst** gegen den Entfall der Eigenhandzustellung von Klagen in den Erläuterungen **äußern** - jedenfalls bei der Aufkündigung eines Bestandobjekts und zu den vielen, im einzelnen aufgezählten Sondervorschriften - **rechtfertigen** nicht eine Ausnahme vom Entfall der Eigenhandzustellung für Klagen sondern, **sprechen, im Gegenteil, für die Beibehaltung der Eigenhandzustellung für Klagen und gleichzuhaltende Schriftstücke.**

Die Zustellung mit **RSa-Brief** hat den **Zweck**, den Beklagten auf das Schriftstück in besonderem Maße **aufmerksam** zu machen, und **für ihn** den **Beginn** des Laufs der an die Zustellung geknüpften **Fristen eindeutig zu bestimmen**. Dieser Zweck wird **nur** erreicht, wenn der **Beklagte persönlich das Schriftstück übernimmt**, nicht aber wenn das Schriftstück von irgendeinem an der Postabgabestelle Anwesenden (Familienmitglied oder Angestellten) übernommen werden kann. Die **Gefahr** für den Beklagten, **Fristen zu versäumen**, wäre wohl stark vergrößert, der **Beginn** des **Fristenlaufs** für die Klagebeantwortung für ihn **nur schwer festzustellen**.

Es würde auch der Praxis der Zustellung von Klagen eine sachlich nicht zu rechtfertigende **Ungleichbehandlung** von **kleineren Unternehmen** mit nur wenigen Mitarbeitern und **großen Unternehmen** stattfinden. Denn während in **kleinen Unternehmen** mit nur wenigen Mitarbeitern die **Zustellung** einer Klagschrift vom verantwortlichen Unternehmensträger **im Regelfall nicht unbemerkt** bleiben wird, kann es in **großen Unternehmen** mit einer Vielzahl von Mitarbeitern dazu kommen, daß zugestellte Klagen von Mitarbeitern - sei es irrtümlich, sei es im Verkennen des gebotenen Handelns, sei es zur Verschleierung eigenen Fehlverhaltens - **nicht weitergeleitet werden** und dies **unbemerkt** bleibt.

Was immer mit der **Abschaffung von Eigenhandzustellungen** von Klagen und Zahlungsbefehlen an Kosten eingespart werden könnte, wäre mit **zusätzlichen Kosten der Rechtsunsicherheit** mehr als wettgemacht: Es wird unklar sein, ob das Schriftstück eingegangen ist, das Datum der Übernahme läßt sich nicht mehr fix bestimmen, es ist auch unklar, ob das Schriftstück den angesprochenen Empfänger tatsächlich erreicht hat.

Die **ZPO** hat überdies vor allem im Bereich der Zustellungen (und Fristen) eine **maßgebliche Leitfunktion** in der österreichischen Rechtsordnung. Insbesondere verweist § 106 GBG hinsichtlich der Verfahrensregeln auf die ZPO, sodaß aufgrund dieses Verweises der Entfall von Eigenhandzustellungen wohl auch im Grundbuchsverfahren gelten würde. Gerade weil aber im Grundbuchsrecht das Publizitätsprinzip und ein weitreichender Gutgläubenschutz gelten, muß nach Auffassung der österreichischen Rechtsanwaltschaft eine nachweisbare und sichere Verständigung des Inhabers von Rechten erfolgen, wenn ihm sein Recht

entzogen werden können soll. **Nachweis** wie **Sicherheit** der Verständigung werden **nur** durch die **Eigenhandzustellung** gewährleistet.

5. Zu Z 12 (§ 252) - Europäisches Mahnverfahren:

Das Europäische Mahnverfahren bietet - was die im Verfahren zur Verfügung gestellten Rechtschutzgarantien betrifft - einen weit **unter** dem Niveau der **österreichischen Zivilprozeßordnung liegende Rechtschutz**. Es scheint mutwilligen Klagen geradezu Tür und Tor zu öffnen, indem der Kläger schon in der Mahnklage angeben kann, daß er **im Falle des Einspruchs die Überleitung** in das ordentliche Verfahren **ablehnt**. Das wird dazu führen, daß im Europäischen Mahnverfahren **häufig auch unbegründete Geldforderungen** in der Hoffnung **eingeklagt** werden, der Beklagte würde die **Mühen eines Einspruchs scheuen**.

Mit dem **Versäumen der Einspruchsfrist** wird der Europäische Zahlungsbefehl **sofort vollstreckbar**. Die beklagte Partei kann dann nur noch Zustellmängel oder eine Wiedereinsetzung geltend machen, die aber nur bei völlig fehlendem Verschulden und unverzüglichem Tätigwerden des Schuldners zulässig ist. Die Frage, ob die Forderung begründet ist, kann im Exekutionsverfahren nicht mehr überprüft werden, der Verpflichtete kann **allerdings noch ins Treffen führen**, daß der Europäische Zahlungsbefehl **auf falschen Angaben** im Antragsformular beruht.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag macht auf die grundlegenden Unterschiede zum österreichischen Mahnverfahren aufmerksam:

Im österreichischen Mahnverfahren herrscht (jedenfalls bei Streitwerten über € 4.000--) Anwaltpflicht, sodaß die **Angaben im Zahlungsbefehl zur betriebenen Geldforderung** auch wegen der besonderen (standesrechtlichen) Verantwortlichkeit des Rechtsanwalts eine **erhöhte Richtigkeitsgarantie** haben.

Jene Partei, welche die Erlassung eines Zahlungsbefehls beantragt, hat **nicht** die Möglichkeit, für den Fall des Einspruchs die **Fortführung des ordentlichen Verfahrens** schon **im vorhinein "abzubestellen"**. Wird die Frist zum Einspruch versäumt, steht die Wiedereinsetzung nach § 146 ZPO auch bei geringem Verschulden zu.

Ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl kann - weil das österreichische Mahnverfahren eine erhöhte Richtigkeitsgarantie bietet - auch **nicht wieder nach Rechtskraft beseitigt** werden, wie dies beim Europäischen Zahlungsbefehl (wenngleich in gewissen Grenzen) möglich ist. Nur Nichtigkeits- bzw Wiederaufnahmegründe rechtfertigen eine neuerliche Prüfung des Klagsanspruchs im österreichischen Mahnverfahren. Die auf EU-Ebene bestehenden Möglichkeiten, einen rechtswirksamen europäischen Zahlungsbefehl zu **beseitigen**, gehen somit über jene Möglichkeiten hinaus, welche die österreichischen Rechtsbehelfe (Nichtigkeitsklage, Wiederaufnahmeklage) bieten.

Alle diese Unterschiede zwischen den Verfahren rechtfertigen es, die für das österreichische Mahnverfahren vorgesehene Anwaltspflicht aufrechtzuerhalten.

Versierte, unter standesrechtlicher Verantwortlichkeit tätige Rechtsanwälte bringen das Verfahren **rascher** voran und machen es damit im Ergebnis auch **kostengünstiger**. Die so betriebene Forderung und der so erwirkte Titel haben eine höhere **Richtigkeitsgewähr** und einen **dauerhafteren Bestand**.

6. Zu Z 16 und Z 17 (§ 521, 521a) - Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens - Rekursfrist:

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag **begrüßt** die vorgeschlagene grundsätzliche **Zweiseitigkeit** des Rekursverfahrens, sieht aber eine **sachliche Rechtfertigung** dafür, die 4-wöchige Rekursfrist bei jenen Beschlüssen abzuschaffen, mit welchen eine Klage nach Eintritt der Streitanhängigkeit zurückgewiesen wird, **nicht**.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag erachtet vielmehr die Verlängerung der Rekursfristen ganz allgemein auf 4 Wochen für sachlich geboten.

7. Zu Z 18 (§ 548) - Europäisches Bagatellverfahren:

Im EU-Bagatellverfahren entscheidet das Gericht - **ohne** seine **Beweggründe** den Parteien **eröffnen oder erläutern** zu müssen - im Ergebnis darüber,

- **ob** eine (von einer Partei beantragte) mündliche Verhandlung stattfindet oder nicht,
- **ob** Beweise aufgenommen werden oder nicht,
- **welche** Beweise aufgenommen werden und welche nicht, und
- auf **welche** Rechtsgrundlage die Entscheidung gestützt wird.

All dies für die Partei **unbekämpfbar** und **ohne** einen **rechtlichen Beistand** zum Schutz für die Partei im Verfahren vorzusehen. Die **Rechtschutzgarantien**, welche die österreichische ZPO dem Einzelnen für geringfügige Ansprüche gewährt, sind im EU-Bagatellverfahren **zum Nachteil des Rechtschutzzsuchenden substantiell eingeschränkt bzw überhaupt beseitigt**.

Es würde somit dem von der österreichischen Zivilprozeßordnung gewährten Rechtschutz grob zuwiderlaufen, wollte man die für das EU-Bagatellverfahren geltenden Verfahrensregeln auch auf innerösterreichische Forderungen über geringfügige Beträge anwendbar machen.

Dem Österreichische Rechtsanwaltskammertag ist die Änderung der Zivilprozeßordnung in folgenden Punkten ein **Anliegen**, er hofft - auch wenn diese Anregungen in der ZVN 2008 noch unberücksichtigt geblieben sind - auf die **künftige Umsetzung**:

Seit der ZVN 2002 gerät der Beklagte regelmäßig ins "Hintertreffen", wenn der Kläger mit einem vorbereitenden Schriftsatz zur Klagebeantwortung gemäß § 277 ZPO erst eine Woche vor der vorbereitenden Tagsatzung Stellung nimmt. Zur **Herstellung der Waffengleichheit im Zusammenhang mit § 257 ZPO** hat die Rechtsanwaltschaft daher angeregt, die von manchen Richtern **bereits geübte Praxis im Gesetz zu verankern**: Demnach könnte nach Einlangen der Klagebeantwortung bei Gericht (gleichzeitig mit der Anberaumung eines Termins für die erste Verhandlung) dem Kläger binnen einer Frist die **Stellungnahme zur Klagebeantwortung** aufgetragen und dem **Beklagten** binnen einer weiteren Frist eine **Replik zur Stellungnahme** des Klägers eingeräumt werden. All dies noch so rechtzeitig vor dem Termin der ersten Verhandlung, daß **beide Parteien dieselbe Zeit** zur Vorbereitung darauf zur Verfügung haben. Dann wären (wie auch bisher) insgesamt **vier Schriftsätze** ausgetauscht, dies aber **so rechtzeitig vor der Verhandlung**, daß die Waffengleichheit hergestellt wäre.

Mit dem genannten Vorschlag würde die **zeitliche** Abfolge der Schriftsätze auch **besser strukturiert** werden, was der **Verfahrensbeschleunigung**, wie in machen Fällen auch der Kostenersparnis dienen könnte (weil dann vorbereitende Tagsatzungen zum mündlichen Vortrag des Beklagten nicht so lange dauern müssen).

Auch das weitere Anliegen (das vor allem vom Handelsgericht Wien vertreten wurde), ist noch unberücksichtigt: Die **Zuständigkeitsvorschrift** des **§ 51 Abs 1 Z 1 JN** soll vorsehen, daß die Zuständigkeit der Kausalgerichte für Klagen gegen **Unternehmer** schlechthin, **ausgenommen** gegen die nicht im Firmenbuch eingetragenen Angehörigen der Freien Berufe oder Land- und Forstwirte, gelten soll.

Zu der von der Anwaltschaft für **Bestandverfahren** als notwendig erachtete **Wiedereinführung** von "Kurzterminen", die der Funktion der **ersten Tagsatzung** entsprechen, sind die in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit "frustrierten Wartezeiten" für Rechtsanwälte bekannt, wenn im 10 Minutentakt eingeschränkt vorbereitende Tagsatzungstermine anberaumt sind, die überwiegend unbesucht bleiben. Es wäre sinnvoll, für solche Tagsatzungen wieder einen "**Sammeltermin**" zur bloßen Bestreitung anzusetzen und dann erst vorbereitende Tagsatzungen abzuhalten.

Was die mögliche **Verlängerung von Berufungsfristen in Ausnahmefällen** betrifft, so wäre eine **der StPO vergleichbare Regelung** zu erwägen.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag hofft, mit dieser Stellungnahme einen substantiell weiterführenden Beitrag zum Gesetzesvorhaben geleistet zu haben.

Wien, am 2. September 2008

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident