

Heinz Barta, Michael Ganner,
Caroline Voithofer (Hg.)

200 Jahre ABGB 1811 – 2011



SERIES

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung: Band 4

Series Editors: Heinz Barta, Michael Ganner

innsbruck university press



Heinz Barta, Michael Ganner,
Caroline Voithofer (Hg.)

200 Jahre ABGB 1811 – 2011

Heinz Barta
Michael Ganner
Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck

Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung des Landes Vorarlberg, des Amtes der Tiroler Landesregierung, Abteilung Kultur, sowie des Vizerektorats für Forschung der Universität Innsbruck gedruckt.



Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© *innsbruck university press*, 2012

Universität Innsbruck

1. Auflage

Alle Rechte vorbehalten.

www.uibk.ac.at/iup

ISBN 978-3-902811-56-1

Vorwort

Wir freuen uns, den vierten Band der Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung“ vorzulegen. Er enthält die Referate der vierten Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“, die am 9./10. Juni 2011 in Innsbruck stattgefunden hat.

Informationen zur Rechtstatsachenforschung an der Innsbrucker Rechtswissenschaftlichen Fakultät finden Sie unter der Internetadresse

www.rechtstatsachenforschung.at

Zu danken haben wir für die Veröffentlichung und die Drucklegung den Autor_inn_en, den Institutionen, die diese Publikation finanziell unterstützt haben und der *innsbruck university press*.

Innsbruck, April 2012

Heinz Barta, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
heinz.barta@uibk.ac.at

Michael Ganner, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
michael.ganner@uibk.ac.at

Caroline Voithofer, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Inhalt

Abkürzungen	9
Heinz Barta	
Einleitung	11
Thomas Raiser	
Rechtstatsachenforschung – heute	16
Walter Fuchs	
ABGB in action: Zivilprozesshäufigkeiten im regionalen Vergleich	29
Caroline Voithofer	
Das ABGB als <i>law in books</i> und <i>law in action</i>	47
Michael Ganner	
Die Sachwalterschaft im europäischen Vergleich	57
Derya Trentinaglia	
Zivilrechtliche Aspekte der Flüchtlingsbetreuung. Antworten im ABGB...	69
Monika Niedermayr	
Arbeitsmethoden mit den Ratsprotokollen der Obersten Justizstelle	89
Claudia Rath	
Die Testamentsvollstreckung – Schutz vor ungewollter Einflussnahme auf letztwillige Verfügungen	98
Magdalena Flatscher-Thöni, Andrea Leiter, Hannes Winner	
Schmerzengeld in Österreich: Eine empirische Analyse des Spruchverhaltens der Oberlandesgerichte	108

Josef Lercher	
Rechtstatsächliches aus dem Bereich der Verfahrenshilfe unter besonderer Berücksichtigung des „kostenlosen“ Beigebens eines Rechtsvertreters	125
Josef Mentschl	
Rechtstatsachen im Gegensatz zum österreichischen Wohnungseigentumsrecht	179
Alexander Wittwer	
ABGB und Europäisches Vertragsrecht	189
Caroline Voithofer	
Rechtssoziologie, -tatsachenforschung und -philosophie in den österreichischen Studienplänen	210
Tabellen	214
Abbildungen	215
Normen und Stichworte	217
Autorinnen und Autoren	223

Abkürzungen

aaO	am angegebenen Ort	idR	in der Regel
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch	iSd	im Sinne des
Abl	Amtsblatt	iS	im Sinne eines
Abs	Absatz	iSv	im Sinne von
aF	alte Fassung	iVm	in Verbindung mit
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
AHG	Amtshaftungsgesetz	JBl	Juristische Blätter
al	alius, alia	JGS	Justizgesetzesammlung
Anm	Anmerkung	JRP	Journal für Rechtspolitik
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht	Kfz	Kraftfahrzeug
AnwBl	Anwaltsblatt	KJ	Kriminologisches Journal
Art	Artikel	KSchG	Konsumentenschutzgesetz
AußStrG	Außerstreitgesetz	L	Land/-es
B	Bund/-es	LGBI	Landesgesetzblatt
BBetrG	Bundesbetreuungsgesetz	MBI	Mittleilungsblatt
BMfJ	Bundesministerium für Justiz	MRK	Menschenrechtskonvention
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz	mwN	mit weiteren Nachweisen
BGBI	Bundesgesetzblatt	Nr	Nummer
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates	OGH	Oberster Gerichtshof
B-VG	Bundesverfassungsgesetz	ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
cic	culpa in contrahendo	Pkt	Punkt
ECTS	European Credit Transfer System	RGBI	Reichsgesetzblatt
etc	et cetera	RL	Richtlinie
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen	Rsp	Rechtsprechung
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht	RV	Regierungsvorlage
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	RZ	Österreichische Richterzeitung
EU	Europäische Union	Rz	Randziffer
f	folgende	uvm	und viele mehr
ff	fortfolgende	s	siehe
FN/Fn	Fußnote	S	Seite
FS	Festschrift	SWS	Semesterwochenstunden
G	Gesetz	UbG	Unterbringungsgesetz
GG	Grundgesetz	UGB	Unternehmensgesetzbuch
GLUNF	Glaser Unger Neue Folge	uam	und andere/s mehr
GP	Gesetzesperiode	uvm	und viele mehr
GVV	Grundversorgungsvereinbarung	uvm	und viele mehr
HeimAufG	Heimaufenthaltsgesetz	VfGH	Verfassungsgerichtshof
Hg	Herausgeber_innen	Vgl	Vergleiche
hL	herrschende Lehre	WEG	Wohnungseigentumsgesetz
idF	in der Folge oder in der Fassung	WGGB	Westgalizisches Gesetzbuch
idgF	in der geltenden Fassung	ZfRS	Zeitschrift für Rechtssoziologie

Einleitung

Wir wollen mit dieser 4. Tagung ‚Rechtstatsachenforschung – Heute‘ unserer Privatrechtskodifikation, dem ABGB, Aufmerksamkeit widmen und glauben dem ABGB auch mit einem wissenschaftlichen Gegenwartsbezug ehrend Rechnung tragen zu können. – Die historische Reflexion anlässlich des Jubiläums ist einer eigenen Veranstaltung (im November dieses Jahres) vorbehalten.¹

Im Rahmen der *200 Jahr-Feiern des ABGB* kommt auch der *Rechtstatsachenforschung* Bedeutung zu, geht es doch unter anderem darum zu erfahren, was vom ABGB noch ‚lebt‘ und was bereits ‚totes‘ Recht ist und welche Rolle Rechtsinstitute – neue wie alte – im Rechtsleben spielen. Die *angekündigten Reformen des ABGB* sollten sich ebenfalls an diesen Einsichten orientieren und nur schonend und substanzerhaltend in den Bestand unserer Privatrechtskodifikation eingreifen. – Damit befassen sich einige Vortragende: C. Voithofer, D. Trentinaglia, J. Stern, C. Rath, H. Bichler, A. Wittwer.

- Hilfreich kann die Rechtstatsachenforschung dabei sein, wenn zu entscheiden ist, welche bislang *gesetzlich nicht geregelten Verträge ins Gesetz aufgenommen werden sollen* und welche nicht. – Um erneut *Beispiele* zu nennen: Die praktische Bedeutung spricht für die Aufnahme des medizinischen und therapeutischen *Behandlungsvertrags* in das ABGB; die praktisch ebenfalls bedeutenden *Franchising- und Factoringverträge* gehören dagegen nicht in das ABGB, sondern in das UGB, zumal ihr Schwerpunkt nicht im bürgerlichen, sondern im Unternehmensrecht liegt. Anders wiederum der *Bestattungsvertrag* (den H. Bichler behandeln wird), dessen Regelung im ABGB dazu genutzt werden könnte, um die Lücken im *ABGB-Totenrecht* zu schließen; etwa: *Wer entscheidet über den Zeitpunkt, den Ort und die Bestattungsart* (Erd- oder Feuerbestattung)? – Überlegenswert wäre es ferner – wie in Deutschland (dies ist dort im Rahmen der Schuldrechtsreform geschehen) die Rechtsinstitute *AGB, cic* und *Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage* gesetzlich (wie dort vorbildlich kurz im ABGB) zu regeln.

¹ Dieser Band soll 2012 erscheinen.

- Bei dieser Tagung stehen – wegen des ABGB Jubiläums – *Themen aus dem Privatrecht im Vordergrund*. Bei der ersten Tagung (2007) und der zweiten Tagung (2008) wurden Themen aus allen Rechtsbereichen vorgetragen, da wir Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung nicht nur im Privatrecht fördern wollen; nur bei der dritten Tagung (2009) stand ein medizinrechtliches Generalthema im Mittelpunkt: „*Patientenentschädigungsfonds oder Medizinhaftung?*“

Die bisherigen Tagungen wurden in Form eines *Sammelbandes* publiziert; im ersten Tagungsband findet sich eine Liste aller bis 2008 betreuten rechtstatsächlichen Diplomarbeiten, Dissertationen und sonstiger einschlägiger Werke. Wir werden diese Liste auf unserer neuen Homepage künftig komplettieren (und auch in Arbeit befindliche Themen ausweisen).

- Ziel unserer Tagungen war es, und das soll auch in Zukunft so bleiben, an die vernachlässigten Teildisziplinen der Rechtswissenschaft – *Rechtssoziologie* und *Rechtstatsachenforschung* – zu erinnern und deren Leistungsfähigkeit unter Beweis zu stellen: Denn eine *moderne Rechtspolitik* braucht ein empirisches Fundament. – Ich erinnere daher (für Österreich) an alte Forderungen:
 - Die Errichtung einer *Abteilung für Rechtstatsachenforschung im BMfJ*;
 - Das Erstellen einer allgemein zugänglichen und brauchbaren *Justizstatistik* (möglichst in Verbindung mit einem alle zwei Jahre erscheinenden *Jahrbuch der Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie*).
 - Für Innsbruck wünschen wir uns eine *angemessene Unterstützung* dieses Bereichs im Rahmen der Fakultät, zumal eine *Abteilung für Rechtstatsachenforschung (und Rechtssoziologie)* auch institutsübergreifende Leistungen für die Fakultät erbringen könnte; siehe nunmehr die Homepage „*Rechtstatsachenforschung*“: www.rechtstatsachenforschung.at
- Wir haben in Innsbruck das *Fach Rechtstatsachenforschung* stets im Sinne von *Thomas Raiser* (1984) verstanden, der Rechtstatsachenforschung nicht in einem „engen Sinn [verstanden wissen will], [da] dies eine fragwürdige logische Trennung zwischen Recht und Tatsache voraussetzt, sondern als empirische Rechtsforschung

jeder Art“; es geht dabei um die Anwendung anerkannter sozialwissenschaftlicher Methoden auf rechtsrelevante Gegenstände und Themen.

- Zum *Ablauf der Tagung* kurz Folgendes:
 - Den Anfang macht Prof. *Raiser*. Er war bis zu seiner Emeritierung an der Humboldt Universität in Berlin tätig. Raiser ist Nestor der deutschsprachigen Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung. – Raisers Schaffenskraft ist immer noch groß. Er hat 2009 das Standardwerk „*Grundlagen der Rechtssoziologie*“ in 5. Auflage und in diesem Jahr den Sammelband „*Beiträge zur Rechtssoziologie*“ herausgebracht. – Wir freuen uns auf seinen Vortrag und danken dafür, dass er den Weg nach Innsbruck auf sich genommen hat.

Darauf folgt eine *Kaffeepause*, an die sich *Kurzreferate* anschließen:

- *Walter Fuchs* (derzeit Wien, kommt aus Innsbruck; er konnte im Wiener Institut für Rechtssoziologie und Kriminologie Fuß fassen) spricht über „*ABGB und Zivilprozesshäufigkeit im lokalen Vergleich*“;
- *Caroline Voithofer* (Innsbruck, seit Herbst 2010 Assistentin am Institut für Zivilrecht) referiert über das „*ABGB as law in the books and law in action*“.

Darauf folgt die Möglichkeit zur Diskussion und anschließend die *Mittagspause*.

Am Nachmittag beginnt

- *Michael Ganner* (vom Innsbrucker Institut für Zivilrecht) mit einem „*Vergleich der Sachwalterschaft in Europa*“, gefolgt von

- *Derya Altiniski*² (sie war bis 2010 am Innsbrucker Institut für Zivilrecht tätig), die über „*Zivilrechtliche Aspekte der Flüchtlingsbetreuung – Antworten im ABGB*“ spricht und
- *Joachim Stern*³ (er war bis Herbst 2011 an der Universität Wien im Institut für Staats- und Verwaltungsrecht bei Prof. B.-Ch. Funk tätig und ist nunmehr freier Jurist) hat als Thema „*Die Staatsbürgerschaft vom ABGB bis heute – Fakten, Willkür, Recht und Rechtsverweigerung*“ gewählt.

Nach *Diskussion* und *Kaffeepause* referieren:

- *Monika Niedermayr* (vom Innsbrucker Institut für Zivilrecht) über ihr rechtshistorisches Forschungsprojekt der „*Judikatur der Obersten Justizstelle*“ nach Inkrafttreten des ABGB. Prof. Ch. Faistenberger hat die (angeblich beim Justizpalastbrand vernichteten) Tiroler Akten der Obers-ten Justizstelle für die Forschung sicherstellen können.
- *Herwig Bichler*⁴ (Innsbruck) unternimmt in seiner Dissertation einen „*Streifzug durch das (wissenschaftlich vernachlässigte) Bestattungsrecht und die Bestattungspraxis*“.
- *Claudia Rath* (Innsbruck) referiert über die in ihrer Dissertation untersuchte Möglichkeit einer „*Neubelebung des alten Rechtsinstituts der Testamentsvollstreckung*“, was angesichts der Betrugsfälle in Vorarlberg aktuell erscheint. – Es wäre wünschenswert der Privatautonomie auch im Erbrecht wiederum einen höheren Stellenwert einzuräumen.
- *Magdalena Thöni* (Innsbruck, von der Privatuniversität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik/ UMIT in Hall in Tirol) analysiert unterschiedliche judikative „*Schmerzensgeldzusprüche in Österreich*“. – Wir freuen uns, dass Frau Thöni erneut an dieser Tagung teilnimmt.

² Ihr Beitrag ist unter „*Derya Trentinaglia*“ abgedruckt, da sie zwischenzeitlich geheiratet hat.

³ Eine schriftliche Ausführung des Beitrags fehlt im Tagungsband.

⁴ Eine schriftliche Ausführung des Beitrags fehlt im Tagungsband, siehe aber schon in Band I (2008) 210-218.

Mit einem anschließenden bescheidenen Zusammensein bei ‚*Brot und Wein*‘ endet der Donnerstag. – Alle Zuhörinnen und Zuhörer sind dazu herzlich eingeladen!

Am Freitag, 10. Juni, beginnen wir mit

- Herrn Rechtsanwalt *Josef Lercher* (Dornbirn), der schon mehrfach bei uns vorgetragen hat. Er spricht über ‚*Rechtstatsachenforschung und Verfahrenshilfe*‘.
- Darauf folgen *Josef Mentschl* (Wien, er ist Gründer und langjähriger Leiter der überparteilichen und österreichweit tätigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer/GdW) mit dem Thema ‚*Rechtstatsachen zum österreichischen Wohnungseigentumsrecht*‘ und
- Herr Rechtsanwalt *Alexander Wittwer* (Dornbirn) zum Thema ‚*ABGB und Europäisches Vertragsrecht*‘.

Den Abschluss bildet ab etwa 11 Uhr ein *Gespräch* über den Stellenwert der *Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie in der juristischen Ausbildung* – Caroline Voithofer hat dazu einleitende Bemerkungen vorbereitet.

Ich möchte noch erwähnen, dass nicht alle Überlegungen für diese Tagung verwirklicht werden konnten: Ein geplantes Referat eines Liechtensteiner Juristen über die Einrichtung einer ‚*Vertretung für Strafgefangene in österreichischen Strafanstalten*‘ wurde durch die Leitung der Innsbrucker Strafanstalt untersagt, was prima facie für die Relevanz einer solchen Einrichtung spricht.

Schließen möchte ich mit der Bemerkung, dass für Österreich leider noch nicht gilt, was *Thomas Raiser* 2007 in seiner ‚*Rechtssoziologie*‘ für Deutschland festgestellt hat: „*Die Rechtstatsachenforschung steht außer Frage.*“ – Österreich muss sich zu dieser Disziplin erst durchringen, mag sie auch vom Österreicher Eugen Ehrlich ins Leben gerufen worden sein. – Unser Bemühen geht dahin, dies zu erreichen!

Heinz Barta

Innsbruck, 9. Juni 2011

Rechtstatsachenforschung – heute

A. Begriff und Entstehung der Rechtstatsachenforschung

Die Veranstalter der Tagung haben mich gebeten, im Rahmen der Tagungsreihe zur Rechtstatsachenforschung den Eröffnungsvortrag in diesem besonderen Jahr zu halten, in dem die Österreicher den 200jährigen Geburtstag ihres ABGB feiern. Das ist kein Thema, das sich ohne weiteres anbietet, denn als besondere rechtswissenschaftliche Disziplin ist die Rechtstatsachenforschung erst durch den berühmten Aufsatz von *Arthur Nußbaum* von 1914, also vor knapp hundert Jahren begründet worden.¹ Fasst man den Begriff der Rechtstatsachenforschung aber offener, im Sinn eines wissenschaftlichen Blicks auf die der Rechtsbildung – und also auch der Entstehung des AGBG – zugrunde liegenden gesellschaftlichen und politischen Realitäten, so eröffnet sich eine durchaus auch heute noch interessante Perspektive. Das ABGB ist bekanntlich eine Frucht der Erschütterungen der Habsburgermonarchie durch die Eroberungszüge Napoleons. Es sollte zur Festigung des Vielvölkerstaates Österreich beitragen und dessen innere Einheit bekräftigen. Geistesgeschichtlich war es, wie das fünfzehn Jahre vorher in Kraft gesetzte *Preußische Allgemeine Landrecht*, eine Frucht der Aufklärung und der mit dieser verknüpften Vorstellung eines Vernunftrechts, das nur gefunden, nicht geschaffen zu werden braucht.

Dieser Hintergrund ist umso bemerkenswerter, wenn man bedenkt, dass Deutschland damals einen anderen Weg ging und dann eine gleichartige Kodifikation des allgemeinen bürgerlichen Rechts – das BGB – erst neunzig Jahre später zustande brachte. Sich diesen Unterschied ins Gedächtnis zu rufen lohnt sich auch deshalb, weil Preußen 1810 mit demselben Ziel der Erneuerung des Staats und Stärkung des Widerstands gegen Napoleon die Berliner Universität gründete, deren 200jähriges Jubiläum wir an der Humboldt Universität zu Berlin im vergangenen Jahr feiern durften. Der Gründer und lange Jahre führende Kopf ihrer juristischen Fakultät, *Friedrich Carl v. Savigny*, war es ja, der in seiner ersten in Berlin entstandenen und alsbald berühmt gewordenen Streitschrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ die bis zur Gründung des Deutschen Reichs 1871 beherrschende Parole ausgab, dass, jedenfalls in den zentralen Bereichen des Zivilrechts,

¹ Wieder abgedruckt in *Nußbaum* Die Rechtstatsachenforschung (1968) 18 ff.

nicht Gesetzgebung, sondern juristische Dogmatisierung und Systematisierung des vorhandenen Rechtsstoffes Not tun.

Während die Rechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts demgemäß in Österreich mit der Auslegung und Anwendung des ABGB und in Deutschland mit der so genannten Begriffsjurisprudenz beschäftigt waren, entstand daneben eine Sozialwissenschaft, die sich von den Fragestellungen und Methoden der akademischen Jurisprudenz emanzipierte und sich stattdessen zum Ziel setzte, die gesellschaftlichen Realitäten zu erforschen, nicht zuletzt auch die der Rechtsbildung und Rechtsverwirklichung zugrunde liegenden Realitäten.

Für Österreich ist die Entstehung der Rechtssoziologie in erster Linie mit zwei herausragenden Gelehrten verbunden, die beide nach Ausbildung und beruflicher Position Juristen waren, aber zugleich den Schritt über die traditionellen Perspektiven und Denkweisen der Jurisprudenz hinaus vollzogen: *Rudolf v. Jhering* und *Eugen Ehrlich*. Es scheint mir daher nützlich, zu beiden an dieser Stelle einige Sätze einzuschieben.

a) *Jherings* schrittweise vollzogene Abwendung von der Begriffsjurisprudenz und sein Wechsel zu einer realitätsbezogenen Betrachtung des Rechts ist allerdings oft dargestellt worden und braucht schon deshalb hier nicht erneut nachgezeichnet zu werden. Zu erwähnen ist aber sein weltberühmt gewordener Vortrag „Der Kampf ums Recht“ den er 1872 als Zivilrechtsprofessor an der Wiener Universität gehalten und kurz danach veröffentlicht hat, also im Geltungsbereich des ABGB, das damals schon 60 Jahre alt war. Ob *Jhering* sich zu dem ABGB direkt geäußert hat, konnte ich nicht ermitteln. Der Vortrag beweist jedoch seine grundlegende Beschäftigung mit den Entstehungs- und Geltungsvoraussetzungen jeglichen Rechts. Es kann also vorausgesetzt werden, dass ihn auch das ABGB zu seinen Gedanken inspiriert hat.

Nun will ich mich nicht mit der auch heute noch beunruhigenden Hauptaussage des Vortrags auseinandersetzen, wonach es eine moralische Pflicht jedes einzelnen ist, für die Durchsetzung seiner Rechte zu kämpfen, weil andernfalls seine persönliche Selbstachtung leidet. Diese Feststellung verweist in den Bereich der Moralphilosophie. Im Hinblick auf die Entstehung der Gesetze schreibt *Jhering*, alles Recht ist das Ergebnis von Kämpfen zwischen unterschiedlichen Interessen und der die Interessen verfolgenden Menschen und gesellschaftlichen Gruppen. Den Kampf gewinnen die jeweils Mächtigeren. Dies meint *Jherings* bekannte Definition des subjektiven Rechts als „rechtlich geschütztes Interesse“. Zur Durchsetzung der Gesetze schreibt *Jhering*, die durch die Gesetze gewährten subjektiven Rechte müssen von den Berechtigten auch deshalb tatsächlich geltend gemacht und notfalls erkämpft werden, weil ein Gesetz andernfalls wirkungslos bleibt und in Vergessenheit gerät. Sie

sehen: schon *Jhering* hat die großen rechtssoziologischen und insbesondere auch der Rechtstatsachenforschung aufgegebenen Fragen nach den Entstehungs- und nach den Wirksamkeitsbedingungen des Rechts mit allem Nachdruck gestellt.

b) *Eugen Ehrlich* lebte und wirkte in Czernowitz in der Bukowina, die damals zu Österreich und somit gleichfalls zum Geltungsbereich des ABGB gehörte. Hintergrund seiner Rechtssoziologie ist bekanntlich die Beobachtung, dass das ABGB trotz seiner damals hundertjährigen formellen Geltung als geschriebenes und offiziell in Kraft gesetztes Recht nicht in der Lage war, die unterschiedlichen Rechtsvorstellungen und Rechtsgebräuche zu verdrängen, nach denen die zahlreichen in der Bukowina friedlich zusammenlebenden Volksgruppen tatsächlich lebten. Autoritär gesetztes staatliches und real praktiziertes – lebendes – Recht klafften auseinander, die Macht des Staats hatte nicht ausgereicht, den Rechtspluralismus zu überwinden. Für unseren Zusammenhang folgt aus der Feststellung, dass das ABGB, in *Ehrlichs* Fall genauer: dessen Misserfolg, den Hintergrund für die Entstehung von seiner „Grundlegung der Rechtssoziologie“ bildete. *Ehrlich* ist mit seinem Bemühen, die unterschiedlichen rechtlichen Gebräuche der ihn umgebenden Völker systematisch zu erforschen, neben *Arthur Nußbaum* auch einer der Begründer der wissenschaftlichen Rechtstatsachenforschung. Nicht vergessen werden darf nicht zuletzt aber auch seine Lehre von den vier Grundtatsachen allen Rechts: Willensfreiheit der Menschen, Ausbildung von Routinen im sozialen Verhalten, Entstehung von Besitzverhältnissen und von Herrschaftsbeziehungen. Sämtliche Rechtsverhältnisse aller Völker, schreibt *Ehrlich*, in ihrer ganzen unüberschaubaren Mannigfaltigkeit, bauen sich aus einer oder mehreren dieser vier Tatsachen auf und lassen sich restlos in eine oder mehrere von ihnen auflösen.²

B. Fortentwicklung im 20. Jahrhundert

Wenden wir uns nach dieser rechtshistorischen Besinnung unserer Gegenwart des 21. Jahrhunderts zu, so muss man zunächst sagen, dass das ABGB seit seinem Inkrafttreten oft reformiert und an die jeweiligen veränderten Lebensverhältnisse und Bedürfnisse angepasst wurde. Es zeigt heute ein anderes Gesicht als vor zweihundert Jahren. Doch das ist nicht mein Thema. Für die rechtssoziologische Betrachtung steht die Beobachtung im Vordergrund, dass der geistige Aufbruch, den *Jhering* und *Ehrlich* – und mit ihnen noch andere –

² *Ehrlich* Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften (1986) 182.

unternommen haben, unser Rechtsdenken seitdem maßgeblich und tiefgreifend umgestaltet hat und in der Gegenwart weiterhin prägt. Zur den das Vorfeld des ABGB beherrschenden Vorstellungen eines aus der menschlichen Vernunft abgeleiteten Naturrechts will niemand zurückkehren, ebenso wenig zu der die historische Rechtsschule kennzeichnenden romantischen Volksgeistlehre oder zu der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Alle diese Richtungen sind zwar nicht einfach tot. Auch die gegenwärtige Rechtswissenschaft hält vielmehr grundsätzlich an den Forderungen fest, dass das Recht vernünftig, den Rechtsanschauungen der Menschen gemäß und in sich begrifflich und logisch konsistent sein müsse. Aber sie sind, nachdem sowohl ihr Wahrheitsgehalt als auch ihre Relativität und Begrenztheit erkannt waren, in der Methodenlehre in den Hintergrund getreten. An deren Stelle ist schon seit der Wende zum 20. Jahrhundert die „Interessenjurisprudenz“ getreten, die bis heute die maßgebliche juristische Methode bildet. In ihr feierte *Jherings* soziologischer Blick und sein daraus entspringender Rechtsrealismus einen glänzenden Erfolg.

Allerdings konnte die Interessenjurisprudenz in ihrer von *Jhering* vorgezeichneten Gestalt nicht rein fortgesetzt werden. Vielmehr wurde sie im Lauf des 20. Jahrhunderts mehrfach modifiziert und ergänzt. Ich erwähne dazu vier Entwicklungsschritte.

- a) Als erstes setzte sich spätestens seit dem Ende des zweiten Weltkriegs die Erkenntnis durch, dass es mit der Analyse der einer gesetzlichen Regelung oder einem Rechtsstreit zugrunde liegenden Interessen den Beteiligten nicht getan sei, sondern eine Bewertung dieser Interessen hinzukommen müsse. Sie fand ihr methodisches Schlagwort im Begriff der Wert- oder Wertungsjurisprudenz.
- b) Später gewann auch in der Rechtslehre ein Nützlichkeitsdenken die Oberhand, das insbesondere in der Gestalt der auf den wirtschaftlichen Nutzen jeder Regelung und jeder Konfliktlösung gerichteten ökonomischen Analyse des Rechts auch die Gegenwart noch kennzeichnet.
- c) Hinzu kommt drittens die Erfahrung, dass nicht nur das Verwaltungsrecht, sondern auch das Privatrecht, insbesondere das private Wirtschaftsrecht, als Mittel zur gezielten Sozialsteuerung eingesetzt werden kann. Denken Sie nur an die zahllosen Vorschriften, die den Schutz von Arbeitnehmern, Mietern Verbrauchern und Kapitalanlegern bezwecken.
- d) Viertens schließlich verlangt in unserer Gegenwart die Globalisierung der Lebensverhältnisse infolge der neuen Kommunikationsmöglichkeiten die Ausbildung transnationaler Rechtsvorschriften und -verfahren, die auch ganz neuartige methodische Probleme aufwerfen. Darauf werde ich am Schluss zurückkommen.

Auf der Grundlage solcher Entwicklungen ist die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Rechtstatsachenforschung heute anerkannt und unbestritten. Sie prägt weithin das methodische Bewusstsein auch von Juristen, die sich selbst nicht als Rechtssoziologen verstehen. Und sie wird vielfach praktiziert, insbesondere von den an der Gesetzgebung beteiligten Politikern und Ministerialbeamten, die dabei nicht nur Informationen von Seiten der Interessenverbände sammeln und verwerten, sondern sich oft auch unabhängiger wissenschaftlicher Expertise bedienen und einschlägige Forschungsaufträge erteilen. In Deutschland sind zum Beispiel die wichtigen Reformen des Zivilprozessrechts der letzten zwanzig Jahre durch zahlreiche und eingehende empirisch-rechtssoziologische Untersuchungen vorbereitet worden. Dabei kann sich die Rechtstatsachenforschung das hoch differenzierte Instrumentarium quantitativer und qualitativer Sozialforschung zunutze machen, welches die empirisch ausgerichtete Soziologie mittlerweile ausgebildet hat.

C. Gefahr der Zersplitterung rechtstatsächlicher Forschung

Gerade diese Erfolge verlangen jedoch eine kritische Besinnung darauf, wo die Disziplin steht, was sie zu leisten vermag und, nicht weniger, wo ihre Schwächen und Gefahren liegen. Dazu will ich im Folgenden einige Beobachtungen und Reflexionen vortragen. Es versteht sich, dass diese ihrerseits der Diskussion und Kritik offen stehen.

Richten wir als erstes den Blick auf das Programm dieser, aber auch vergleichbarer rechtssoziologischer Tagungen, nicht zuletzt der US-amerikanischen *Law & Society Association*. Dabei fallen die Vielfalt und der mangelnde Zusammenhang der Themen auf, die in das Programm aufgenommen und vorgetragen werden. Es entsteht der Eindruck eines ausgeprägten Individualismus der Themenwahl, bei dem sich die Beteiligten in erster Linie daran orientieren, was ihn oder sie gerade interessiert und wofür Forschungsmittel zur Verfügung stehen. Letztlich kommt das gesamte Spektrum der rechtlich geregelten Sachverhalte zur Sprache.

Nun ist es ein Zeugnis der Reife einer Wissenschaft, wenn sie nicht beim Allgemeinen verharrt, sondern sich Einzelheiten zuwendet. Überdies ist die Rechtstatsachenforschung besonders dazu berufen, die speziellen Umstände aufzuklären, die für die rechtliche Regelung eines Tatbestands maßgeblich sind. Angesichts der heutigen Allgegenwart des Rechts in nahezu allen Lebensbereichen folgt daraus zwangsläufig, dass alle auch zum Gegenstand der Rechtstatsachenforschung werden können.

Gleichwohl befriedigt dieser Zustand nicht, denn er fördert eine gewisse Beliebigkeit rechtssoziologischer Forschungen und Orientierungslosigkeit der damit befassten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. Die Fragen nach

der rechtlichen Relevanz und Wichtigkeit eines Themas und nach dem Ziel einer Untersuchung für die Gestaltung des Rechts bleiben dabei dagegen leicht ausgebendet und offen. Ein wichtiges Beispiel sind manche differenzierten quantitativ-statistischen Erhebungen, denn für die Notwendigkeit oder Wünschbarkeit einer rechtlichen Regelung kommt es häufig nicht darauf an, wie groß die Zahl derer ist, die schutzwürdig sind oder die das geltende Recht missachten. Wissenschaftspolitisch verstärkt die uneinheitliche Zielorientierung die verbreitete Tendenz, die Rechtssoziologie als eigene wissenschaftliche Disziplin als nebensächlich zu betrachten und deshalb zu marginalisieren.

Noch wichtiger erscheint mir aber die umgekehrte Perspektive: Manches, was wissenswert und für das Recht wichtig wäre und was zu den spezifischen Aufgaben der Rechtstatsachenforschung gehörte, droht auf der Strecke zu bleiben. Ich meine vor allem den Mangel empirischer Fundierung der Arbeit an grundlegenden Fragen der Rechts- und Gesellschaftstheorie: Greifen wir dazu als Beispiel *Ehrlichs* Gegenüberstellung von offiziellem (Gesetzes-)Recht und lebendem Recht heraus: Wie ist der Pluralismus nebeneinander stehender Rechtsordnungen unterschiedlicher Herkunft, Rangordnung und Geltungskraft heute zu verstehen und zu beurteilen? Hat er nicht auch Vorteile? Gibt es nicht auch eine Interdependenz und erwünschte wechselseitige Beeinflussung? Welche Bedingungen müssen erfüllt sein, damit staatliches Recht akzeptiert wird oder zwangsläufig durchgesetzt werden kann? Was folgt aus dem Gegensatz zwischen offiziellem und lebendem Recht für die wissenschaftliche Jurisprudenz und für die möglichen Ziele staatlicher Gesetzgebung? Soweit ich sehe, fehlt eine auf derartige Fragen abzielende empirische Grundlagenforschung.

Zu einem anderen Beispiel inspiriert mich eine kürzlich an der Humboldt-Universität eingereichte juristische Habilitationsschrift zum Thema „Dispositives Recht“.³ Der Verfasser analysiert kundig und auch rechtssoziologisch versiert die Funktionen, die dispositives im Gegensatz zu zwingendem Recht spielt, und er sieht sich dabei veranlasst, zwischen den Perspektiven des Gesetzgebers und der Gesetzesadressaten zu differenzieren. Was bewegt den Gesetzgeber, dispositives Recht zu erlassen?, was die Adressaten, ihm zu folgen oder von ihm abzuweichen? Seine hoch differenzierten Aussagen darüber sind die Frucht analytisch-juristischen Denkens. Jedoch lässt er sich nicht darauf ein, seine so gewonnenen Einsichten empirisch nachzuprüfen und zu fundieren.

³ Möslein Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen, Methoden (2011).

D. Interdisziplinäre Gruppenforschung

Eine zweite Beobachtung schließt sich an: die Scheu vor interdisziplinärer Gruppenforschung. Überwiegend finden sich isolierte Untersuchungen einzelner Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen. Auch im Programm dieser Tagung ist kein Beitrag unter dem Namen mehrerer Verantwortlicher angekündigt. Man kann darüber nachdenken, woher solche Berührungsängste stammen. Vermutlich wird man dabei unter anderen Gründen auf die Frontstellung kommen, welche die Rechtssoziologie seit ihrer Wiederbelebung nach dem zweiten Weltkrieg in Deutschland gegenüber der als dogmatisch verknöchert verschrienen Jurisprudenz bezog. Eine weitere Erklärung liegt in der Trennung der Fakultäten für Gesellschaftswissenschaften und für Rechtswissenschaft im Organisationsplan der Universitäten. Doch muss dies keineswegs so sein. Dass es auch anders geht, lehrt die seit langem gut etablierte Kooperation von Wirtschaftswissenschaftlern und Juristen in Fragen des Wirtschaftsrechts.

Die sachliche und organisatorische Distanz zwischen den Disziplinen schadet nicht, soweit sich Personen mit juristischer Ausbildung und Fachkenntnissen rechtstatsächlichen Untersuchungen zuwenden und die dafür notwendigen Methoden aneignen, oder soweit umgekehrt Soziologen über hinreichendes juristisches Fachwissen verfügen. Denn in solchen Fällen kann man darauf bauen, dass die Forscher hinreichenden Sachverstand in beiden Bereichen miteinander verbinden. Aber bei allen umfangreichen und komplexen Gegenständen reichen die Fähigkeiten einzelner Wissenschaftler angesichts der hohen fachlichen und methodischen Spezialisierung der Disziplinen in der Gegenwart nicht mehr aus. Als Beispiel mag mein eigenes nunmehr fast zwanzig Jahre zurückliegendes Forschungsprojekt zu den Wirkungen der Rechtsschutzversicherung dienen.⁴ Gegenstand war die Behauptung, dass die Möglichkeit der Rechtsschutzversicherung die Versicherten und ihre Anwälte dazu verführt, leichtfertig Prozesse zu führen und daher eine nicht gerechtferigte und nicht akzeptable Mehrbelastung der Gerichte verursacht. Um die Frage zu klären, waren komplizierte statistische Erhebungen nötig, die ohne die Mitwirkung eines erfahrenen soziologischen Empirikers nicht einwandfrei hätten durchgeführt werden können.

Die Zeichen der Zeit fordern also die interdisziplinäre Koordination und Kooperation der für ein Forschungsprojekt in Betracht kommenden Sozialwissenschaftler und Juristen, und das heißt zugleich die Überwindung der zwischen Soziologen und Juristen noch immer herrschenden sozialen Distanz und der Verständnisschwierigkeiten, welche sich aus der unterschiedlichen

⁴ Jagodzinski/Raiser/Riehl Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung (1994).

Forschungsperspektive und Begrifflichkeit ergeben. Noch stärker muss dasselbe bei Forschungsfragen gelten, die in den Arbeitsbereich zum Beispiel von Psychologen, Anthropologen, Ethnologen, Verhaltens- und Hirnforschern fallen.

E. Rechtstatsächliche Grundlagenforschung

Im letzten Abschnitt will ich noch einmal in anderer Richtung andeuten, was ich mit der Aufforderung meine, auch in der Rechtstatsachenforschung nicht nur kleine Brötchen zu backen, sondern sich entschiedener den großen Problemen unserer Zeit zuzuwenden. Ich meine eine Hinwendung zu der Frage, ob es universelle Regeln oder doch wenigstens Vorstellungen der Menschen davon gibt, welches Verhalten rechtlich gefordert oder doch zulässig ist und welches durch Rechtsvorschriften verboten und nach Möglichkeit unterdrückt werden muss. Es geht also um Regeln, die von der sozialen Natur des Menschen vorgegeben, vielleicht sogar genetisch fixiert sind, und die die Funktionsbedingungen aller zwischenmenschlichen Beziehungen, Wirtschaftsprozesse und sozialen Gesellschaften widerspiegeln. Und bei denen aus diesen Gründen das Recht mit den rechtlich nicht sanktionierten Normen der Moral übereinstimmt.

Wenden Sie gegen ein solches Ansinnen nicht ein, es sei zu unrealistisch. Das Thema hat die Menschen schon immer beschäftigt. Denken Sie als Beispiel an den Katalog der zehn Gebote oder an die Maxime „*neminem laede*“ des römischen Rechts. Auch die Gründerväter der Rechtssoziologie hat es beschäftigt. Bei *Eugen Ehrlich* zum Beispiel steckt es in der schon erwähnten Lehre von den vier Grundtatsachen des Rechts, bei *Max Weber* in der Feststellung, es gebe drei Erscheinungsformen legitimer Ausübung von Macht. Auch *Jürgen Habermas* kann als Kronzeuge dafür zitiert werden, wenn er ausführt, moralische Regeln seien im Gegensatz zum nationalen und demokratisch legitimierten Recht dadurch gekennzeichnet, dass sie universelle Geltung beanspruchen.⁵ In der Rechtswissenschaft findet das Thema seit jeher in der Rechtsvergleichung Ausdruck, denn diese fragt nicht nur nach Unterschieden, sondern auch nach Gemeinsamkeiten rechtlicher Regelungen. Nicht zuletzt würde eine solche Fragestellung an die gegenwärtige Anthropologie, Verhaltens- und sogar Primatenforschung anknüpfen, zu deren zentralen Themen die Frage nach Verhaltensnormen gehört, die schon in der tierischen Natur der Menschen als gesellig lebender Wesen angelegt sind.

⁵ *Habermas* Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992) 139 ff.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass sich das Problem auch für die Rechtstatsachenforschung stellt, und dass deren Mittel der Feldforschung prinzipiell geeignet sind, zu ihrer Lösung beizutragen. Es handelt sich um nicht mehr als die konsequente Fortsetzung des Ansatzes, den wir schon bei den Gründungsvätern finden. Empirisch gewonnene rechtstatsächliche Ergebnisse könnten die Behauptung universell akzeptierter Verhaltensnormen bestätigen oder widerlegen. Allerdings ist zu bedenken, dass derartige Untersuchungen nicht die interdisziplinäre, sondern auch die internationale Zusammenarbeit einer Mehrzahl von Wissenschaftlern aus verschiedenen Ländern und daher einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Aufwand verlangen. Aber sie sind in unserer Zeit der Globalisierung sozialer Beziehungen und der weltumspannenden Reise- und Kommunikationsmittel möglich. Sie sind gerade deshalb auch angemessen und dringlich. Denn wie soll nach dem Ende der nationalstaatlichen Beschränkungen des Rechts ein gemeinsames Weltrecht entstehen können, wenn es nicht aus allen Menschen gemeinsamen Rechtsvorstellungen hervorgeht.

Methodisch muss das Thema allerdings auf konkrete Einzelnormen heruntergebrochen werden, die sich operationalisieren lassen. Es kann also beispielsweise speziell nach der universellen Geltung des Tötungsverbots, nach der Anerkennung bestimmter Menschenrechte oder bestimmter Prinzipien eines fairen Verfahrens, zum Beispiel des Grundsatzes „*audiatur et altera pars*“, gefragt werden. Auch Grenzen der Universalität einzelner Gebote und Verbote müssen berücksichtigt werden, die sich aus unterschiedlichen nationalen Traditionen und Moralvorstellungen ergeben.

F. Beispiel Vertragsfreiheit

Da diese Tagung dem ABGB und damit dem Zivilrecht gewidmet ist, will ich diese Überlegungen für diesen Bereich noch einige Schritte weiterführen. Ich greife als Beispiel die Regeln der Vertragsfreiheit und, als deren Ergänzung und Kehrseite, den Satz „*pacta sunt servanda*“ heraus. Es erscheint berechtigt, die Hypothese aufzustellen, dass der in diesen Rechtsinstituten verankerte elementare Mechanismus von Freiheit und Zwang von drei Prinzipien geprägt wird, die, jedenfalls im Kern, von allen Menschen universell anerkannt werden. Dafür sprechen die folgenden Gründe:

1. Die Freiheit, mit anderen Verträge abzuschließen, ist eine unabdingbare Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen und für die Funktionsfähigkeit menschlicher Gesellschaften. Es ist ein Ausdruck der natürlichen Fähigkeit des Menschen, seine Lebensumstände selbst und nach eigenem Willen zu gestalten und durch Austausch von Gütern und Leistungen

oder durch das Zusammenwirken mit anderen Menschen nach Möglichkeit zu verbessern. Den Willen dazu unterdrücken zu wollen wäre nicht nur menschenunwürdig, sondern auch für die Gemeinschaft schädlich. Er kann aber auch keinesfalls vollständig unterdrückt werden. Aus diesem Grund darf erwartet werden, dass Vertragsfreiheit – jedenfalls in ihrem Kern – von allen Menschen als vorgegebenes und unverzichtbares Rechtsprinzip verstanden wird.

2. Die Bereitschaft, sich auf Verträge einzulassen, beruht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit. Regelmäßig liegt ihr die Erwartung der Vertragschließenden zugrunde, für die von ihnen versprochene Leistung eine als gleichwertig betrachtete Gegenleistung zu erhalten.⁶ Aus der modernen Primatenforschung ist bekannt, dass die Gegenseitigkeit von Zuwendungen aller Art schon in Gesellschaften von Schimpansen und anderen Affen eine konstitutive Rolle spielt. Viele Verhaltensforscher und Anthropologen nehmen deshalb an, dass die Erwartung, für eine Leistung eine Gegenleistung zu erlangen, zur biologischen und genetisch fixierten Ausstattung des Menschen als eines besonders hoch entwickelten Tieres gehört. Das muss hier auf sich beruhen. Für unseren Zusammenhang rechtfertigt es die Vermutung, dass auch die Gegenseitigkeit von wechselseitigen Zuwendungen von allen Menschen als allem Vertragsrecht immanentes und vorgegebenes Grundprinzip betrachtet wird.

3. Der Satz „*pacta sunt servanda*“, also das Prinzip, dass Verträge so, wie sie geschlossen wurden, von beiden Seiten auch erfüllt werden müssen, ergibt sich schon aus der Logik und der sozialen Funktion des Vertrages. Beide Parteien verpflichten sich im Vertrag zu einer bestimmten Leistung allein mit dem Ziel, ihrerseits die begehrte und von dem Vertragspartner zugesagte Gegenleistung zu erhalten. Folgerichtig müssen sie sich darauf verlassen können, das Gewünschte auch zu bekommen, denn andernfalls wäre der Vertrag für sie sinnlos und hätten sie ihn nicht geschlossen. Notfalls muss die vertragliche Forderung mit staatlicher Hilfe zwangsläufig durchgesetzt werden können. Auch die Geltung des Satzes „*pacta sunt servanda*“ wird man daher als universell anerkanntes Rechtsprinzip ansehen dürfen.

Nun ist es allerdings, wie jeder Jurist weiß, mit der universellen Anerkennung solcher Rechtsgrundsätze nicht getan. Sie bedürfen vielmehr der Ausgestaltung, Spezifizierung und auch Begrenzung in besonderen Fällen. Verträge, die gegen die guten Sitten verstößen, sind nichtig. Verträge, die infolge von Täuschung oder Nötigung eines Teils zustande gekommen sind, können durch

⁶ Wobei, um Missverständnisse auszuschließen, hinzugefügt werden muss, dass es auf die subjektive Wertschätzung und daher häufig nicht auf den wirtschaftlichen Wert von Leistung und Gegenleistung ankommt.

Anfechtung vernichtet werden. Eine große Zahl zwingender rechtlicher Vorschriften ist nötig, um die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung zu sichern. Anstelle eines starren Festhaltens an der in dem Vertrag zugesagten Leistung kennen die geltenden Gesetze bei Leistungsstörungen gewisse Anpassungspflichten oder sogar das Recht, sich vom Vertrag zu lösen.

All dies sind für Juristen Banalitäten. Soweit sich die Regelungen in den nationalen Gesetzen und im förmlichen Richterrecht unterscheiden, ist ihre Erforschung seit jeher Gegenstand der Rechtsvergleichung. Das ist aber nicht genug. Denn ungeachtet der Gesetze und der Judikatur können auch die Rechtsvorstellungen der Beteiligten oder aller derer, die sich überhaupt ein Urteil über die richtige und zweckmäßige Bewältigung solcher Sonderfälle machen, divergieren. Nicht zuletzt kann es sein und ist wahrscheinlich, dass die Vertragspraxis vom offiziellen Gesetzes- oder Richterrecht abweicht. Für unseren Zusammenhang ist demgegenüber wesentlich, dass solche Einschränkungen der Vertragsfreiheit auch wenn sie von Land zu Land variieren, die genannten drei Prinzipien des Vertragsrechts aber nicht grundsätzlich in Frage stellen. Ich brauche nicht auszuführen, dass die Erforschung solcher faktischen Konvergenzen oder Divergenzen auch eine genuine Aufgabe der Rechtstatsachenforschung ist.

Anzufügen sind jedoch noch einige Bemerkungen über die Wichtigkeit derartiger Forschungen. Als erstes fällt dazu ins Auge, dass eine abweichende Vertragspraxis auch von zwingendem Gesetzesrecht eine Erscheinungsform der begrenzten Geltungskraft der Gesetze ist, also ein Beispiel für *Eugen Ehrlichs* Einsicht in den Unterschied zwischen offiziellem und lebendem Recht, welche am Anfang der Rechtsssoziologie als Wissenschaft stand. Ich erinnere auch an die berühmt gewordene Studie des Amerikaners *Stewart Macaulay* aus den 1960er Jahren über die Abwicklung von Vertragsstörungen in der Automobilindustrie, in der er nachwies, dass die Beteiligten Rechtsvorschriften üblicherweise wenig beachten und sich stattdessen an wirtschaftliche Zweckmäßigkeit orientieren, wobei sich die wirtschaftlich stärkere Seite oft Vorteile verschaffen kann.⁷

Aus heutiger Sicht kann die Wichtigkeit derartiger Rechtstatsachenforschungen an Hand von zwei Beispielen verdeutlicht werden.

1. Ich habe gesagt, der Vertrag als elementares Instrument der sozialen Kommunikation und des Gütertauschs zwischen den Menschen setzt sinngemäß die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung voraus. Nun lehrt aber die Erfahrung und ist durch die soeben erwähnte Studie von

⁷ *Macaulay Law and the Balance of Power. The Automobile Manufacturers and their Dealers* (1966).

Macaulay und viele andere auch empirisch belegt, dass die formale vom Gesetz gewährte Vertragsfreiheit die Gleichwertigkeit nicht garantiert. Vielmehr enthält das mit jedem Vertragsschluss verknüpfte Streben nach eigenem Vorteil auch die Versuchung, den Vertragspartner zu übervorteilen. Die Gefahr einer einseitigen Verteilung von vertraglich vereinbarten Rechten und Pflichten ist besonders groß, wenn eine Seite aus welchen Gründen auch immer eine stärkere Verhandlungsmacht besitzt als die andere, so dass sie Vertragsbestimmungen durchsetzen kann, die einseitig zu ihren Gunsten wirken und denen keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Die ungleiche Verteilung der Verhandlungsmacht hat sich inzwischen als ein ubiquitäres und grundsätzliches Problem des Vertragsmechanismus erwiesen.

In vielen Fällen hat sich der Gesetzgeber, wie bereits angedeutet, veranlasst gesehen, auf den Tatbestand mit Schutzbüroschriften zugunsten des jeweils schwächeren Vertragspartners zu reagieren. Ich brauche dazu nur an das Arbeitnehmerschutzrecht, Mieterschutzrecht, Verbraucherschutzrecht und Kapitalanlegerschutzrecht zu erinnern. Das Problem lässt sich durch Spezialgesetze aber nicht abschließend lösen. Denn zum einen ist mit entsprechenden Ungleichgewichten auch bei allen bisher nicht geregelten Vertragsverhältnissen zu rechnen. Zum anderen nützen alle gesetzlichen Schutzbüroschriften nichts, wenn sich die Praxis nicht daran hält und der benachteiligte Vertragspartner sich dagegen nicht wirksam wehren kann. Die Vertragsrechtstatsachenforschung kann, indem sie solche Fälle aufdeckt und ins öffentliche Bewusstsein bringt, effektiv zu ihrer Bekämpfung und damit zugleich zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Vertragsmechanismus beitragen.⁸

2. Das zweite Beispiel betrifft das Vordringen von transnationalen Verträgen namentlich zwischen weltweit agierenden Unternehmen, welche sich nicht mehr an eine nationale Rechtsordnung binden. Nach herkömmlichem internationalem Vertragsrecht wird jeder Vertrag einem bestimmten nationalen Recht unterworfen, auch wenn die Vertragspartner verschiedenen Ländern angehören. Die Anbindung erschien nötig, um im Fall eines Streits zwischen den Vertragsparteien nationale Gerichte und Vollstreckungsorgane einschalten zu können. Infolge der massenhaften Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs ziehen es die Vertragspartner demgegenüber gegenwärtig immer häufiger vor, die Bindung an ein bestimmtes nationales Recht zu vermeiden. Sie versuchen stattdessen, alle relevanten Punkte im Vertrag selbst zu regeln, und verlassen sich im Übrigen auf ein erst noch im Entstehen befindliches übernationales Vertragsrecht sowie auf Gründe der Zweckmäßigkeit und Bil-

⁸ Vgl als Beispiel die Untersuchung von *Hörz* Gestaltung und Durchführung von Buchverlagsverträgen (2005).

ligkeit. Kommt es zu Erfüllungsschwierigkeiten, sind diese durch Verhandlungen zu überwinden und, falls das nicht gelingt, von einem Schiedsgericht zu entscheiden.

Ein solches Verhalten kann nur Erfolg haben, wenn es sich letztlich nicht nur auf Handelsbräuche und auf Erwägungen ökonomischer Rationalität stützen kann. Im Hintergrund muss vielmehr die Überzeugung stehen, dass es allgemeine und daher von allen Beteiligten akzeptierte Rechtsprinzipien des Vertrags gibt. Rechtstatsächlich weiß man bislang noch wenig über dieses transnationale selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft. Es ist die Aufgabe der Rechtstatsachenforschung, die faktischen und strukturellen Dimensionen dieses neuen, nicht mehr in ein staatliches Recht eingebetteten Typs von Verträgen zu erfassen, damit sie anschließend in der Vertragstheorie verortet und die mit ihnen verbundenen Rechtsprobleme gelöst werden können.

Literaturliste

- Ehrlich Eugen* (1986) Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften (Berlin).
- Habermas Jürgen* (1992) Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (Frankfurt am Main).
- Horz Matthias* (2005) Gestaltung und Durchführung von Buchverlagsverträgen (Berlin).
- Jagodzinski Wolfgang/Raiser Thomas/Riehl Jürgen* (1994) Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung (Köln).
- Macaulay Stewart* (1966) Law and the Balance of Power. The Automobile Manufacturers and their Dealers (Philadelphia).
- Möfflein Florian* (2011) Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen, Methoden (Berlin).
- Nußbaum Arthur* (1968) Die Rechtstatsachenforschung (Berlin).

em. o. Univ.-Prof. Dr. Thomas Raiser
Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
D-10099 Berlin
Telefon: +30 20 93 33 37 oder +30 94 33 240
Telefax: +30 20 93 33 57 oder +30 94 63 27 34
thomas.raiser@rewi.hu-berlin.de

ABGB in action:

Civilprozesshäufigkeit im regionalen Vergleich

A. Einleitung und Problemstellung

Es gehört zu den Leitmotiven der Rechtssoziologie, auf den Unterschied zwischen geschriebenen Rechtsnormen und Rechtspraxis hinzuweisen. Gerade wenn es gilt, das Jubiläum eines altehrwürdigen Gesetzes zu begehen, ist ein Blick auf dessen gegenwärtige Anwendungswirklichkeit von Interesse. Das *law in the books* des ABGB mit dem beobachtbaren *law in action* zu konfrontieren, hat in Österreich indessen durchaus Tradition. *Eugen Ehrlich*, der heute als Vordenker des Rechtspluralismus rezipiert wird,¹ hat als Pionier der Rechtssoziologie mit seiner Analyse des „lebenden Rechts“ der Bukowina an der Peripherie der Habsburgermonarchie die Bedeutung kodifizierter staatlicher Normen für die in einer Gesellschaft tatsächlich praktizierten rechtlichen Regeln des sozialen Verkehrs relativiert.² *Karl Renner*, ein anderer früher österreichischer Rechtssoziologe, der uns gegenwärtig eher als sozialdemokratischer Politiker, Bundespräsident und Republikgründer in Erinnerung ist, hat darauf hingewiesen, wie beständig privatrechtliche Rechtsinstitute trotz eines tiefgreifenden Wandels ihrer sozialen Funktion der Form nach sein können.³

Dieser Beitrag möchte einen Aspekt des ABGB als *law in action* beleuchten, indem eine im Querschnitt vergleichende Untersuchung regional unterschiedlicher Zivilprozesshäufigkeiten vorgestellt wird. Die Zivilverfahrensstatistik gehört zu den unterentwickelten Gebieten der empirischen Rechtsforschung. Im Vergleich zur Kriminalstatistik führen Analysen und Datensammlungen zur Häufigkeit von Zivilsachen ein Schattendasein. Dies lässt sich gut anhand des Kapitels zur Rechtspflege im aktuellen Statistischen Jahrbuch von Statistik Austria veranschaulichen: Von insgesamt 21 darin enthaltenen Tabellen und Grafiken beziehen sich vierzehn auf Strafrecht und nur fünf auf Zivilrecht (zwei davon widmen sich den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts). Die einer allgemeinen Öffentlichkeit zugängliche statistische Abbildung der unterschiedlichen Verfahrensarten verhält sich somit umgekehrt proportional zu

¹ Vgl die Beiträge bei *Hertogh* (Hg) *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich* (2008).

² *Ehrlich* Recht und Leben (1967) 11 ff; *derselbe* Grundlegung der Soziologie des Rechts⁴ (1989) 398 ff.

³ *Renner* Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion (1965) 73 ff.

ihrer – zumindest quantitativen – Bedeutsamkeit. Dieses Missverhältnis hat *Peter Mayr* in seinem Beitrag zur Innsbrucker Rechtstatsachenforschungskonferenz 2007 betont: Auf der Grundlage von Daten aus dem Jahr 2006 betrage das Verhältnis von Straf- zu Zivilsachen 4,57 % zu 95, 43 %. Somit kommen auf ein Strafverfahren in etwa 19 Zivilverfahren. Dennoch gehe, so *Mayr*, die Dominanz des Strafrechts in der Medienöffentlichkeit derart weit, dass viele Staatsbürger Recht schlechthin mit Strafrecht gleichsetzten. Tatsächlich seien „die Verhältnisse aber – man muss wohl sagen: glücklicherweise – völlig anders: Wie die oben angeführten Zahlen beweisen, spielt die Zivilgerichtsbarkeit in der Praxis eine ungleich größere Rolle als die Strafgerichtsbarkeit“.⁴

Aus soziologischer Sicht ist dieses unverhältnismäßig stark ausgeprägte Interesse am Strafrecht indes nicht allzu überraschend. Wie *Emile Durkheim* in seiner klassischen Studie „Über die soziale Arbeitsteilung“ gezeigt hat, kommt der Strafe mit ihrem symbolischen Repressionsüberschuss ungleich mehr als zivilrechtlichen Sanktionen die Funktion zu, „den sozialen Zusammenhalt aufrechtzuerhalten, indem sie dem gemeinsamen Bewusstsein seine volle Lebensfähigkeit erhält.“⁵ Egal wie man zu dieser funktionalistischen Denkfigur steht: unbestritten dürfte sein, dass das Strafrecht näher an der Moral angesiedelt ist als alle anderen Rechtsbereiche. So wird auch die Kriminalstatistik – in Verkenntung ihrer Bedeutung und ihres Zustandekommens⁶ – bis heute häufig als „Fieberkurve der Gesellschaft“⁷ interpretiert.

Eine vergleichbare Aufmerksamkeit wurde der Ziviljustizstatistik kaum jemals zuteil. Dabei gehen die Statistiken der Straf- und der Zivilrechtspflege wissenschaftsgeschichtlich gesehen auf dieselbe Wurzel der „politischen Arithmetik“ des 17. Jahrhunderts zurück. Der englische Arzt Sir *William Petty* (1623-1687), deren Begründer, erhoffte sich von einer quantitativen Erfassung der Zivilverfahren nicht nur Aufschlüsse über den Reichtum der Bevölkerung, sondern auch über die Häufigkeit schikanöser und mutwilliger Prozessführungen. Zusammen mit der Kriminalstatistik sollte die Zivilverfahrensstatistik schlech-

⁴ *Mayr* Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, in *Barta/Canner/Lichtmannegger (Hg)* Rechtstatsachenforschung – Heute (2008) 92.

⁵ *Durkheim* Über soziale Arbeitsteilung (1992) 159. Dass der Erhalt des „kollektiven Bewusstseins“ der Gesellschaftsmitglieder unbedingt auf die Übelzufügung durch den strafenden Staat angewiesen ist, lässt sich aus heutiger Sicht zumindest für weniger schwere Schädigungen und Konflikte auch bestreiten. Mit dem Rückgriff auf sozialkonstruktive Sanktionen ist das moderne Kriminalrecht jedenfalls vielfach schon einen anderen Weg gegangen. Den tatsächlichen Stellenwert des Strafrechts im Verhältnis zum Zivilrecht (bzw. das Verhältnis des „repressiven“ zum „kooperativen“ oder „restitutiven“ Recht) sah *Durkheim* unterdessen als eine Art zivilisatorischen Gradmesser an: Je mehr das Strafrecht dominiere, desto archaischer sei eine Gesellschaft.

⁶ Zur Aussagekraft der Kriminalstatistik vgl. *Pilgram* Kriminalität in Österreich (1980).

⁷ *Kreissl* Governing by Numbers, in *Fischer et al (Hg)* Uneindeutigkeit als Herausforderung (2011) 57.

te Charaktereigenschaften des Volkes zahlenförmig zutage treten lassen⁸ – ein Motiv, das später auch bei der sogenannten „Moralstatistik“ eine prominente Rolle spielte.⁹ Bereits *Petty* hatte aber auch einen anderen Nutzen der Zivilprozessstatistik im Auge, der in der Praxis schon bald die Überhand über andere Zwecke gewinnen sollte und bis heute den eigentlichen Grund darstellt, warum Verfahren vor Zivilgerichten überhaupt gezählt werden: Als Planungs- und Kontrollinstrumente der Justizverwaltung erlauben es Datensammlungen über angefallene und erledigte Verfahren, die Arbeit der Gerichte in zeitlicher Hinsicht zu überwachen und deren Personalbedarf zu errechnen.¹⁰

In der Rechtssoziologie wird das statistische Beschreiben zivilverfahrensrechtlicher Vorgänge – nicht zuletzt auch im Hinblick auf Forschungsaufträge – vor allem dann interessant, wenn es gilt, die quantitativen Dimensionen einer rasch zunehmenden Nachfrage nach bestimmten Justizdienstleistungen, die angesichts knapper öffentlicher Ressourcen als alarmierend wahrgenommen wird, genauer unter die Lupe zu nehmen. So haben in den 1980er Jahren Szenarien einer drohenden „Prozessflut“ nicht nur theoretische Debatten über eine überbordende Verrechtlichung der Gesellschaft,¹¹ sondern auch quantitativ-empirische Forschungsbemühungen zur Tätigkeit der Zivilgerichte ausgelöst.¹² Ein aktuelles „Überflutungsphänomen“, das rechtssoziologische Beachtung gefunden hat, ist etwa die in Deutschland und Österreich in den letzten Jahren stark gestiegene Inanspruchnahme von Instituten der dauerhaften Stellvertretung erwachsener Menschen, denen ihre rechtliche Handlungsfähigkeit abgesprochen wird (rechtliche Betreuung bzw. Sachwalterschaft).¹³ Im Zusammenhang mit einer Arbeit zu letzterem Themenkomplex¹⁴ entstand auch die Idee zu diesem Beitrag.

⁸ *Wollschläger* Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte im historischen und internationalen Vergleich, in *Blankenburg* (Hg) Prozessflut? (1988) 25 f.

⁹ Vgl *Kern* Empirische Sozialforschung (1982) 37; der Begriff der Moralstatistik bezog sich allerdings ursprünglich nicht nur auf den „sittlichen Status“ der Gesellschaft, sondern ganz allgemein (und wertneutral) auf soziale Phänomene.

¹⁰ *Wollschläger* (1988) 25.

¹¹ Vgl *Teubner* Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in *Kühler* (Hg) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (1985) 289 ff.

¹² Vgl *Rottlenthner*, Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland, ZRS 1985 206 ff; *Blankenburg*, Prozessflut und Prozessebbe, in *Blankenburg* (1988) 9 ff; *Wollschläger* (1988) 21 ff.

¹³ Vgl etwa *Pilgram*/ *Neumann*/ *Hanak*/ *Kreissl* Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an Vereinssachwalter- schaft (2009); *Köller*/ *Engels* Rechtliche Betreuung in Deutschland (2009).

¹⁴ *Fuchs* Lokale Rechtskulturen im Sachwalterrecht, Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht 2010 318 ff.

Die Beschäftigung mit Ziviljustizstatistiken stellt jedoch, so die hier vertretene Auffassung, unabhängig von zeitgemäßen Konjunkturen eine lohnende Aufgabe dar. Abgesehen davon, dass damit der gerade in Österreich ganz überwiegend dogmatisch-normorientierten (um nicht zu sagen: rechtspositivistischen) Jurisprudenz ein Instrument der Selbstbeobachtung zur Verfügung gestellt werden kann, ermöglicht ein Vergleich regionaler Zivilprozesshäufigkeiten, wie er im Folgenden vorgestellt wird, auch rechtssoziologisch spannende Fragen: Wie stark variiert die Häufigkeit von Zivilprozessen zwischen unterschiedlichen Gerichtssprengeln? Lassen sich sozioökonomische Determinanten oder Korrelate der Nachfrage nach Ziviljustiz angeben? Gibt es „lokale Rechtskulturen“ im Zivil(prozess)recht? Der einschlägige Forschungsstand in Österreich muss indes als mager bezeichnet werden. Abgesehen von der oben zitierten Arbeit *Mayrs* gibt es keine aktuellen Beiträge, die sich der Zivilverfahrenshäufigkeit widmen. Zusammenhangsanalysen fehlen vollständig. In rechtskulturell und historisch ländervergleichender Hinsicht lässt sich das Thema dank der – freilich auch schon rund zwanzig Jahre alten – Studien von *Wollschläger*¹⁵ und *Blankenburg*¹⁶ immerhin als einigermaßen gut erschlossen bezeichnen. Anhand dieser Arbeiten kann man – abgesehen von hier nicht relevanten Faktoren des institutionellen Gefüges unterschiedlicher Rechtsordnungen – vor allem von zwei Einflussgrößen ausgehen, die das Ausmaß der Nachfrage nach Ziviljustiz bestimmen dürften: Zum einen – und das ist ein eher trivialer Befund – spiegelt die Zivilprozesshäufigkeit die Bevölkerungsentwicklung wider. Zum andern wird sie wesentlich von wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beeinflusst. Der Effekt der ökonomischen Situation ist jedoch ambivalent: Während die Zahl der Zivilverfahren im groben historischen Trend der Entwicklung des Bruttoinlandsproduktes – und damit dem jeweiligen gesellschaftlichen Bestand an Gütern, Dienstleistungen und Rechtsgeschäften – folgt, scheint es Phänomene eines prozessvermehrrenden „Pauperismus“, d.h. einer Verarmung und Überschuldung ganzer Bevölkerungsteile zu geben. Eindeutige oder gar kausale Wirkbeziehungen lassen sich somit nicht identifizieren.

B. Hypothesen, Datengrundlagen und Methoden

Die zentrale Variable, um die es in diesem Beitrag gehen wird, stellt die Zahl der bezirksgerichtlichen Zivilverfahren pro Einwohner in einem Sprengel dar. Zusätzlich wird auch die Häufigkeit von Exekutionsverfahren – ebenfalls in

¹⁵ *Wollschläger* (1988) 21 ff.

¹⁶ *Blankenburg* The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation, *Law & Society Review* 1994 789 ff.

Bezug auf die Bevölkerung – in den Blick genommen.¹⁷ Indem die Verfahrenshäufigkeiten somit als Raten dargestellt werden, erübrigt sich ein Heranziehen der Einwohnerzahl als eigene Einflussgröße. Um den oben skizzierten Erkenntnisinteressen nachgehen zu können, berücksichtigt die hier vorgestellte Analyse – auch in Übereinstimmung mit dem soeben beschriebenen Forschungsstand – insgesamt drei mögliche Zusammenhangsdimensionen sowie eine Unterteilung nach OLG-Sprengeln. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die verwendeten Variablen und Datenquellen.

Dimension	Operationalisierung	Datenquelle(n)	Jahr
Zivilprozessrate	Angefallene Zivilverfahren (BG) pro 1.000 Einwohner	Betriebliches Informations- system der Justiz („C gesamt“), Statistik Austria	2008
Rate der Exekutionsverfahren	Angefallene Exekutionsverfahren pro 1.000 Einwohner	Betriebliches Informations- system der Justiz („E gesamt“), Statistik Austria	2008
Urbanität	Binäre Variable (1=ja, 0=nein)	Statistik Austria	2008
Gesamtwirtschaftliche Situation	Bruttoregionalprodukt, in 1.000 Euro pro Einwohner	Statistik Austria	2007
Materielle Prekarität	Notstandshilfe (soweit steuerlich erfasst), in Euro pro Einwohner	Statistik Austria (Integrierte Lohn- und Einkommensteuerstatistik)	2007

Tabelle 1: Variablen im Überblick

Die Gerichtsbezirke werden erstens danach unterschieden, ob es sich um *urbane Sprengel* handelt oder nicht. Urbanität sollte mit einer höheren Rate an Zivilverfahren einhergehen: In Städten ist die Anwältsdichte höher; sie werden auch öfter als Gerichtsstände vereinbart. Außerdem steigen in verdichteten Sozialräumen nicht nur die potenziellen Anlässe für Rechtsgeschäfte, sondern auch die Konfliktmöglichkeiten – seien es Nachbarschaftsstreitigkeiten oder Verkehrsunfälle (für die dann der Gerichtsstand der Schadenszufügung gilt; vgl. § 92a JN). BG-Sprengel werden als urban eingestuft, wenn in ihnen mehr als 100.000 Einwohner gemeldet sind oder ihre Bevölkerungsdichte den (anhand eines „Sprungs“ in der empirischen Verteilung) festgesetzten Schwellenwert von 1.000 Einwohnern pro Quadratkilometer Dauersiedlungsraum überschreitet.¹⁸ Die *gesamtwirtschaftliche Situation* in einem

¹⁷ N = 139. Die Bezirksgerichte Graz-West und Graz-Ost mussten zu einer Einheit zusammengefasst werden, da die Bevölkerungsdaten zum Erhebungszeitpunkt nicht getrennt vorlagen.

¹⁸ Urban in diesem Sinne sind alle Wiener BG-Sprengel sowie Baden, Bregenz, Bruck an der Mur, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hall in Tirol, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Mödling, Salzburg, St. Pölten, Steyr, Traun, Villach, Wels und Wiener Neustadt.

Gerichtsbezirk wird analog zur Studie *Wollschlägers* mit dem Bruttoregionalprodukt – dem regionalen Äquivalent zum Bruttoinlandsprodukt – abgebildet.¹⁹ Es wird erwartet, dass diese Größe mit der Zivilverfahrensdichte positiv zusammenhängt: eine intensivere Zirkulation von Gütern und Dienstleistungen ist mit einem Mehr an Möglichkeiten zur Geltendmachung vertraglicher oder deliktischer Ansprüche verbunden. Phänomene der *materiellen Prekarität* werden über das Ausmaß der in einem Sprengel pro Kopf ausbezahlten Notstandshilfe erfasst. Diese bedarfsgeprüfte Leistung stellt auf das Vorhandensein einer Notlage ab, ist aber häufig nicht bedarfsdeckend, sodass zusätzlich Sozialhilfe beantragt werden muss.²⁰ Diese Variable sollte mit der Zivilverfahrensraten wiederum positiv korrelieren: Überschuldete Personen sind regelmäßig mit einer Vielzahl an Forderungen konfrontiert, die von ihren Gläubigern dann auch mit gerichtlicher Hilfe betrieben werden. Um allenfalls existierende *regionale Disparitäten* oder „lokale Rechtskulturen“ der Nachfrage nach Ziviljustiz zu identifizieren, werden die Gerichtsbezirke schließlich noch nach der Zugehörigkeit zu ihrem OLG-Sprengel unterschieden.

Neben deskriptiven Statistiken und Grafiken kommt im Folgenden die Auswertungsmethode der multivariaten Regressionsanalyse zum Einsatz. Mit deren Hilfe ist es möglich, die Effekte mehrerer „unabhängiger“ auf eine „abhängige“ Variable simultan zu schätzen, wobei in Rechnung gestellt werden kann, dass die bestimmenden Faktoren selbst untereinander zusammenhängen: So ist etwa im vorliegenden Beispiel davon auszugehen, dass das Bruttoregionalprodukt in urbanen deutlich höher als in ländlichen Bezirken ausfällt (was auch tatsächlich der Fall ist; siehe Tabelle 2). Wenn solche wechselseitigen Abhängigkeiten der Einflussgrößen nicht mitberücksichtigt werden, führen statistische Zusammenhangsanalysen schnell zu voreiligen oder falschen Schlüssen.

¹⁹ Angaben zum Bruttoregionalprodukt liegen für die 35 statistischen „NUTS“-Zähleinheiten (*nomenclature des unités territoriales statistiques*) vor, deren Werte den ihnen zugehörigen Gerichtsbezirken zugeordnet wurden. Für einige BG-Sprengel in Niederösterreich war das aufgrund von Grenzüberschreidungen nur auf Gemeindeebene eindeutig möglich. Die Sprengelwerte wurden dann als Mittelwerte auf Basis der Gemeindewerte (unter Gewichtung der jeweiligen Bevölkerungsanteile) berechnet.

²⁰ Vgl. *Dimmel/Pfeil* Armutsbekämpfung durch Transferleistungen, in *Dimmel/Heitzmann/Schenk (Hg)* Handbuch Armut in Österreich (2009) 486. Daten zur Notstandshilfe liegen auf Ebene der 99 politischen Bezirke vor. Feiner gegliederten Gerichtssprengeln wurde der Bezirkswert zugeordnet; für größer gegliederte BG-Sprengel wurden mit der Bevölkerung gewichtete Mittelwerte der Bezirkswerte berechnet.

C. Ergebnisse

Mit einem Vergleich von Zivilverfahrenshäufigkeiten unterschiedlicher Bezirksgerichtssprengel zu einem gegebenen Zeitpunkt (hier: 2008) sind notwendigerweise zwei Einschränkungen verbunden. Zum einen kann damit über andere Verfahrensarten nichts ausgesagt werden. Zum anderen muss sich die Untersuchung auf eine Momentaufnahme beschränken. Aufgrund des eher explorativen Charakters dieses Beitrags wird beides in Kauf genommen. Um die Ergebnisse dennoch in einen breiteren Kontext stellen zu können, ist in Abbildung 1 die Entwicklung angefallener Zivilverfahren im Zeitraum von 2005 bis 2010 nach unterschiedlichen Verfahrensarten aufgeschlüsselt dargestellt.

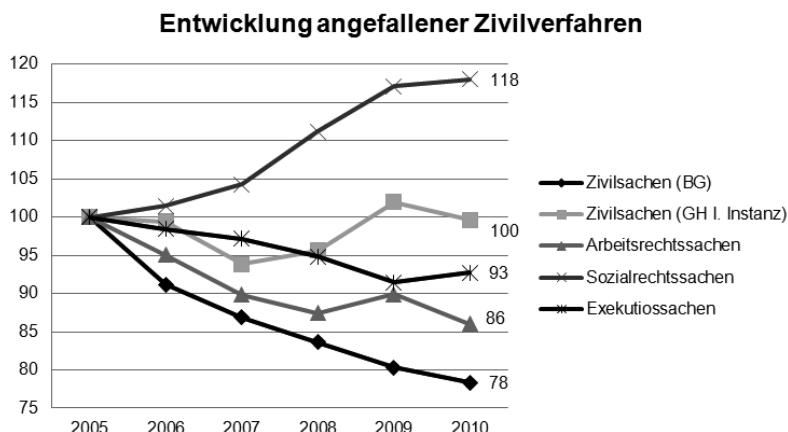


Abbildung 1: Entwicklung angefallener Zivilverfahren nach Verfahrensarten; indexiert (2005 = 100); Datenquelle: Statistik Austria, Statistische Jahrbücher

Seit 2005 ist die Zahl der Sozialrechtssachen stetig angestiegen, während von Jahr zu Jahr weniger Zivilverfahren auf bezirksgerichtlicher Ebene angefallen sind. Der Anfall an Exekutions- und Arbeitsrechtssachen hat sich ebenfalls deutlich verringert, wenn auch weniger stark als der der bezirksgerichtlichen Zivilverfahren. Für die Zivilsachen mit Gerichtshofzuständigkeit gibt es keinen eindeutigen Trend. Es erscheint – auch im Lichte der historischen Forschungsergebnisse – durchaus plausibel, dass sich in diesen Mustern zum Teil Auswirkungen der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise widerspiegeln. Dazu würde der Anstieg sozialrechtlicher Verfahren sowie der Umstand passen, dass Exekutionsverfahren weniger zurückgegangen sind als bezirksgerichtliche Zivilverfahren – zumal die Raten der beiden letzteren, wie zu zeigen sein wird, in einer Querschnittsbetrachtung stark zusammenhängen. Diese

Überlegungen sind jedoch spekulativ und können an dieser Stelle aus Platzgründen nicht weiter verfolgt werden.

Bevor nun die regional vergleichenden Ergebnisse vorgestellt werden, soll noch einmal verdeutlicht werden, was hinter der Größe „bezirksgerichtliche Zivilprozesse“ steckt. Im Jahr 2008 sind an österreichischen Gerichten insgesamt 672.884 Zivilverfahren (ausgenommen Exekutionssachen) angefallen. Für 582.105 (87 %) davon waren Bezirksgerichte zuständig – insofern geht man nicht fehl, in den Worten *Franz Kleins* von einer „sozialen Massenerscheinung“ zu sprechen. Der Löwenanteil der bezirksgerichtlichen Verfahren – nämlich 83 % – wurde durch Mahnklagen ausgelöst, von denen wiederum 90 % ohne Einspruch blieben.²¹ Somit handelt es sich bei knapp zwei Dritteln aller Zivilsachen um vereinfachte bezirksgerichtliche Verfahren wegen Geldforderungen bis 10.000 Euro, die ohne Verhandlung und Vernehmung der beklagten Personen oder ihrer Vertreter in einem rechtskräftigen Zahlungsbefehl münden.

Tabelle 2 zeigt (in den unteren Zeilen) die Mittelwerte und Standardabweichungen der verwendeten Variablen für Österreich und jeweils nach OLG-Sprengeln aufgeschlüsselt. In den östlichen Regionen sind die Mittelwerte der Menge an Zivil- und Exekutionsverfahren sowie an ausbezahlter Notstandshilfe pro Einwohner moderat bis deutlich höher als im Westen, dessen Sprengel dafür im Durchschnitt auf ein höheres Bruttoregionalprodukt kommen.

	1.	2.	3.	4.	5.
1. Zivilverfahren (BG) / 1.000 Einwohner	-	-	-	-	-
2. Exekutionsverfahren / 1.000 Einwohner	0,93*	-	-	-	-
3. Urbaner Sprengel (1=ja, 0=nein)	0,68*	0,61*	-	-	-
4. Bruttoregionalprodukt 1 / Einwohner	0,56*	0,46*	0,58*	-	-
5. Notstandshilfe 2 / Einwohner	0,75*	0,75*	0,63*	0,35*	-
M (SD), Österreich	57 (18)	116 (37)	0,22 (0,41)	29 (8)	36 (21)
M (SD) OLG-Sprengel Wien	61 (22)	128 (40)	0,31 (0,47)	29 (10)	50 (27)
M (SD) OLG-Sprengel Graz	60 (14)	129 (32)	0,12 (0,34)	25 (5)	36 (11)
M (SD) OLG-Sprengel Linz	48 (17)	93 (30)	0,12 (0,35)	31 (9)	22 (8)
M (SD) OLG-Sprengel Innsbruck	59 (12)	108 (23)	0,26 (0,45)	34 (3)	27 (13)

¹ in 1.000 Euro; ² in Euro

Tabelle 2: Korrelationskoeffizienten, Mittelwerte (M) und Standardabweichungen (SD) der verwendeten Variablen; * p<0,01; N = 139

Die Tabelle enthält aber auch bivariate Korrelationskoeffizienten (*Pearson r*): Das sind Maße für die Stärke des Zusammenhangs zwischen zwei Variablen, die immer zwischen plus eins (perfekter positiver Zusammenhang),

²¹ Diese Zahlen ähneln stark den – für das Jahr 2006 erhobenen – Angaben bei *Mayr*, Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, in *Barta/Ganner/Lichtmannegger (Hg)* Rechtstatsachenforschung – Heute (2008) 100.

null (kein Zusammenhang) und minus eins (perfekter negativer Zusammenhang) liegen. Gemäß einer Daumenregel gelten Korrelationen ab einem Betrag von 0,1 als wahrnehmbar, ab 0,3 als mittelstark und ab 0,5 bereits als stark.²² Als wie relevant oder groß ein Effekt anzusehen ist, hängt aber letztlich immer von inhaltlich-theoretischen Überlegungen ab. Dasselbe gilt für die statistische Signifikanz (in der Tabelle durch Sternchen wiedergegeben), die eine gewisse Verallgemeinerbarkeit des Zusammenhangs über die jeweils vorhandenen Daten hinaus indiziert, für sich genommen aber noch nichts über dessen Bedeutsamkeit oder Stärke auszusagen vermag.

Alle hier verwendeten Variablen hängen deutlich und in statistisch signifikanter Weise sowie, was die vermuteten Beziehungen zwischen der Zivilprozessrate und ihren Einflussgrößen betrifft, auch in der erwarteten Richtung zusammen. Besonders auffällig sind die hohen Korrelationen der Zivilverfahrenshäufigkeit mit dem Ausmaß an pro Kopf ausbezahlter Notstandshilfe und mit der Rate an Exekutionsverfahren in einem Gerichtssprengel. Beide Zusammenhänge werden in Abbildung 3 durch Streudiagramme veranschaulicht. Die Häufigkeit von Exekutionsverfahren pro Einwohner, die mit der Zivilprozessrate in einer fast schon perfekten positiv-linearen Beziehung steht, hängt ihrerseits aus begreiflichen Gründen beinahe deterministisch mit den – hier nicht eigens wiedergegebenen – Raten an Forderungen ($r = 0,98$) und Fahrnissexekutionen ($r = 0,99$) zusammen.²³

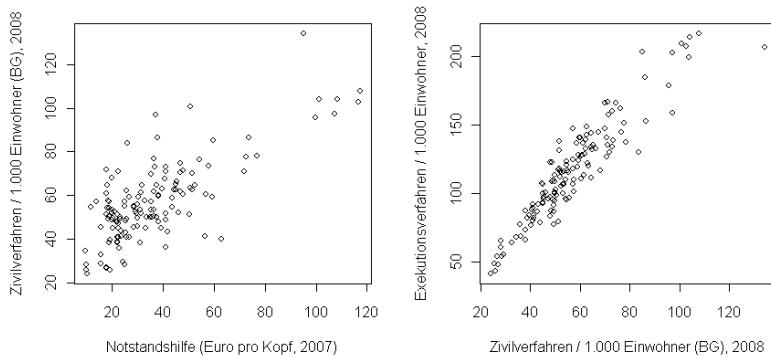


Abbildung 2: Streudiagramme des Zusammenhangs zwischen der Zivilprozessrate und den Raten für Notstandshilfe (links) und Exekutionsverfahren (rechts)

²² Vgl. Wirtz/Nachtigall/Deskriptive Statistik⁴ (2004) 107.

²³ Im Jahr 2008 kamen in ganz Österreich auf 1.117.035 Exekutionsverfahren 745.789 Forderungs- und 902.507 Fahrnissexekutionen (ohne neuerliche Exekutionen). Diese beiden Exekutionsmittel stellten ca. 97 % aller angefallenen Exekutionen.

Bevor die Zusammenhangsanalysen nun auf eine multivariate Betrachtung erweitert werden, ist es interessant, noch einmal einen Blick auf die Verteilungsform der Zivilprozessrate zu werfen. Diese ähnelt, wie sich aus Abbildung 3 entnehmen lässt, einer Normalverteilung, auch wenn sie etwas „steilgipfliger“ ausfällt, da sich relativ viele Untersuchungseinheiten (Gerichtsbezirke) in der Nähe des Mittelwerts befinden. Erkennbar ist auch ein Ausreißer nach oben: Dabei handelt es sich um den – auch in den Streudiagrammen exponiert gelegenen – Bezirksgerichtssprengel Wien Innere Stadt.

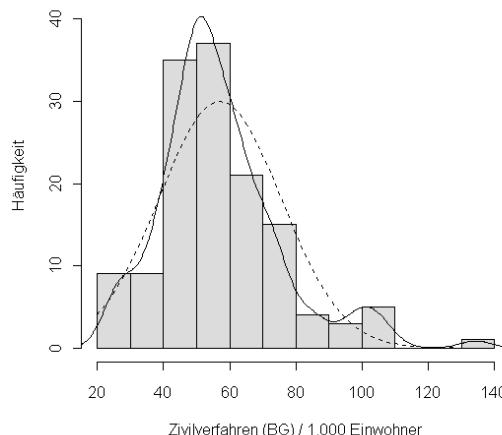


Abbildung 3: Histogramm mit Dichte- und Normalverteilungskurve (gestrichelte Linie) für die Zivilprozessrate

Durch eine thematische Karte (Abbildung 4) kann die Verteilung der Zivilprozessrate geographisch dargestellt werden. Auf den ersten Blick erkennbar sind stärkere Konzentrationen von Zivilverfahren in den Landeshauptstädten. Vergleichsweise höhere Raten scheint es aber auch im OLG-Sprengel Graz und in Teilen des OLG-Sprengels Innsbruck zu geben. Auffallend niedrig fällt die Zivilprozessdichte im oberösterreichischen Mühl- und Traunviertel sowie im niederösterreichischen Waldviertel aus.

Zivilverfahren (BG) / 1.000 Einwohner, 2008

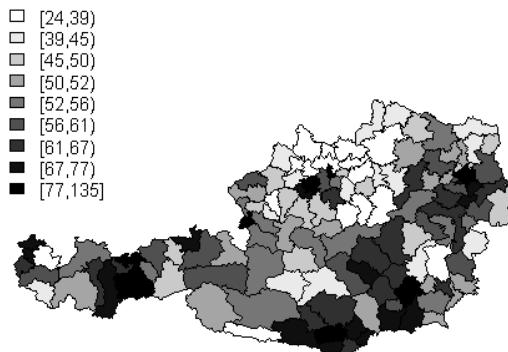


Abbildung 4: Zivilverfahrensrate im regionalen Vergleich (farbliche Abstufung nach Quantilen)

Tabelle 3 zeigt insgesamt drei Regressionsmodelle, die den Einfluss unterschiedlicher Sets unabhängiger Variablen auf die abhängige Variable der Zivilverfahrensrate darstellen. Um die Ergebnisse zu verstehen reicht es aus, die Werte der Beta-Koeffizienten (in der jeweils rechten Spalte) zu betrachten. Bei diesen „standardisierten Regressionskoeffizienten“ handelt es sich um nichts anderes als multivariat kontrollierte Zusammenhangsmaße. Für deren Interpretation gelten im Prinzip dieselben Faustregeln wie für die bivariaten Korrelationskoeffizienten. Die Güte der Modelle richtet sich danach, wie gut die beobachtbaren Unterschiede in den Ausprägungen der abhängigen Variablen durch alle unabhängigen Variablen zusammen aufgeklärt werden können. Ein Maß hierfür stellt die „erklärte Varianz“ (adjustiertes R²) dar.

	Modell 1			Modell 2			Modell 3		
	b	SE	beta	b	SE	beta	b	SE	beta
Urbancer Sprengel (1=ja, 0=nein)	23,88	3,32	0,53**	8,29	3,26	0,19*	8,07	3,07	0,18**
Bruttonregionalprodukt / Einwohner	0,57	0,17	0,25**	0,61	0,14	0,27**	0,68	0,14	0,30**
Notstandshilfe / Einwohner				0,46	0,05	0,54**	0,47	0,07	0,55**
OLG-Sprengel (Referenz: Wien)									
Graz							9,35	2,34	0,21**
Linz							-0,18	2,77	0,00
Innsbruck							5,82	3,24	0,11*
Konstante	35,11			20,61			15,24		
Erklärte Varianz (Adjustedes R ²)	49,7 %			66,9 %			71,1 %		

Tabelle 3: Regressionsmodelle für die Zivilprozessrate; b = Regressionskoeffizienten; SE = Standardfehler; beta = standardisierte Regressionskoeffizienten; +p<0,1; *p<0,05; **p<0,01

Im ersten Modell bestätigen sich die aufgrund der bivariaten Korrelationskoeffizienten (Tabelle 2) erwarteten Effekte der Urbanität und des Bruttoregionalprodukts, allerdings auf niedrigerem Niveau, da diese Variablen selbst untereinander korreliert sind. Zusammen erklären sie bereits die Hälfte der Variabilität der Zivilverfahrensrate. Diese für sozialwissenschaftliche Modellierungen schon als sehr gut zu bezeichnende Varianzaufklärung steigert sich noch einmal drastisch auf zwei Drittel, wenn im zweiten Modell die in einem Sprengel pro Kopf ausbezahlte Notstandshilfe miteinbezogen wird. Der Effekt des Bruttoregionalprodukts bleibt unverändert erhalten, während der der Urbanität schwächer wird. Auch in der multivariaten Betrachtungsweise zeigt sich eine überaus starke statistische Beziehung zwischen den Raten der Bezirksgerichtlichen Zivilprozesse und der Notstandshilfe. Diese Effekte finden sich auch im dritten Modell, das zusätzlich eine Differenzierung nach OLG-Sprengeln enthält. Es treten statistisch signifikante, vom Effekt her aber eher moderate regionale Unterschiede auf (etwas mehr Verfahren in den OLG-Sprengeln Graz und Innsbruck), die nicht auf unterschiedliche Ausprägungen der anderen hier als „unabhängig“ behandelten Variablen zurückgeführt werden können. Die Varianzaufklärung steigt auf über 70 % an. All diese Effekte lassen sich in einem multivariaten Streudiagramm (Abbildung 5) zum Teil auch grafisch veranschaulichen. Sichtbar wird damit etwa ein „Cluster“ einiger Tiroler Bezirksgerichtssprengel mit geringen Quoten an ausbezahlter Notstandshilfe, deren Zivilverfahrensrate durchschnittlich bis überdurchschnittlich ausfällt – und damit deutlich höher, als es der bivariate Zusammenhangstrend erwarten ließe.

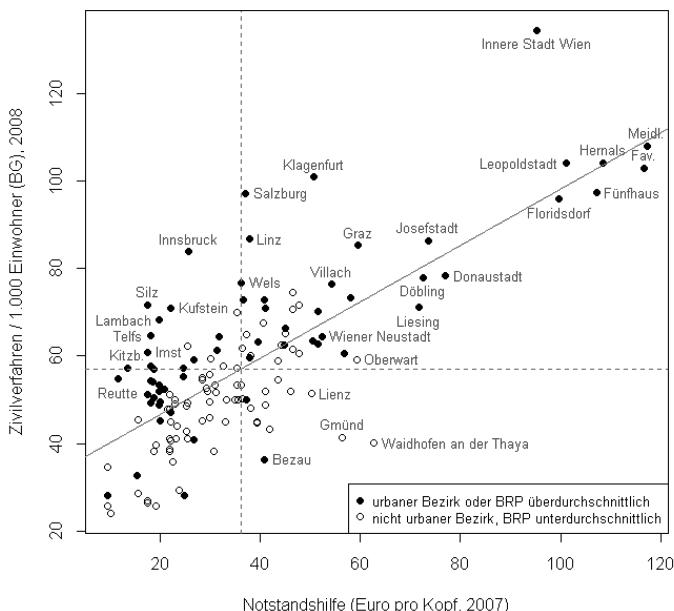


Abbildung 5: Multivariates Streudiagramm mit Beschriftung ausgewählter Fälle; BRP = Brutto-regionalprodukt

Tabelle 4 enthält Regressionsmodelle mit der Rate an Exekutionsverfahren als abhängiger Variable. Das vierte Modell ähnelt – aufgrund der starken Korrelation mit der Zivilprozessdichte wenig überraschend – dem dritten Modell, wobei sich die regionalen Kontraste etwas anders darstellen.

	Modell 4			Modell 5		
	b	SE	beta	b	SE	beta
Urbaner Sprengel (1=ja, 0=nein)	12,00	6,46	0,14*	-1,98	3,78	-0,02
Brutto-regionalprodukt / Einwohner	1,39	0,30	0,31**	0,20	0,19	0,05
Notstandshilfe / Einwohner	0,84	0,14	0,49**	0,02	0,09	0,01
OLG-Sprengel (Referenz: Wien)						
Graz	20,23	4,92	0,23**	4,04	2,97	0,05
Linz	-11,82	5,84	-0,14*	-11,51	3,33	-0,14**
Innsbruck	-6,39	6,81	-0,06	-16,46	3,94	-0,15**
Zivilverfahren / 1.000 Einwohner				1,73	0,10	0,87**
Konstante						15,11
Erklärte Varianz (Adjustedes R ²)						89,5 %

Tabelle 4: Regressionsmodelle für die Zivilprozessrate; b = Regressionskoeffizienten; SE = Standardfehler; beta = standardisierte Regressionskoeffizienten; +p<0,1; *p<0,05; **p<0,01

Im fünften Modell ist schließlich die Zivilprozessrate als unabhängige Variable aufgenommen, die dort einen fast gleich starken Effekt auf die Rate an Exekutionsverfahren aufweist wie in bivariater Betrachtungsweise und alle anderen sachlogisch begründeten Zusammenhänge verschwinden lässt. Umso bemerkenswerter ist es, dass sich trotzdem – vom Effekt her zwar bescheidene, aber dennoch deutlich erkennbare – regionale Verschiedenheiten nach Art eines Ost-West-Gefälles abzeichnen. Dieses Ergebnis lässt sich auch durch eine thematische Karte (Abbildung 6) veranschaulichen, in der die geographische Verteilung des Verhältnisses von Exekutions- zu Zivilverfahren dargestellt ist. Während im Bundesdurchschnitt auf ein bezirksgerichtliches Zivilverfahren ziemlich genau zwei Exekutionsverfahren kommen, liegt dieser Verhältniswert in Westösterreich (und interessanterweise auch in Wien) deutlich darunter. In Ostösterreich, vor allem aber in den Umlandbezirken Wiens und dem östlichen Weinviertel (nicht aber in Wien selbst) kommen hingegen auf ein Zivilverfahren vor einem Bezirksgericht in aller Regel etwas mehr als zwei Exekutionsverfahren.

Exekutionsverfahren / Zivilverfahren (BG), 2008

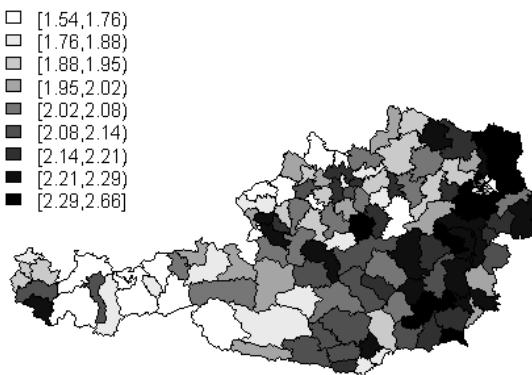


Abbildung 6: Verhältnis von Exekutions- und bezirksgerichtlichen Zivilverfahren im regionalen Vergleich (farbliche Abstufung nach Quantilen)

D. Diskussion und Ausblick

Es ist der explorativen Ausrichtung dieser Arbeit geschuldet, dass mit ihren Ergebnissen mehr Fragen aufgeworfen werden, als im hier zur Verfügung stehenden Rahmen diskutiert oder gar beantwortet werden können. Vorweg seien drei methodische Vorbehalte erwähnt. *Erstens* steht und fällt jede statisti-

sche Untersuchung mit der Güte (Reliabilität und Validität) der verwendeten Indikatoren. Da es sich um eine Sekundärdatenauswertung handelt, sind Erfassungs- und Zälfehler nicht gänzlich auszuschließen. Auch der unterschiedliche Aggregationsgrad der Rohdaten könnte die Genauigkeit der Ergebnisse beeinträchtigen. Die inhaltliche Lesart der Verfahrensdaten, soweit sie als verlässlich unterstellt werden können, bereitet freilich keine allzu großen Schwierigkeiten. Im Gegensatz dazu könnte die Interpretation der (steuerlich erfassten) pro Kopf ausbezahlten Notstandshilfe als Gradmesser für das Ausmaß an materieller Prekarität in einem Gerichtsbezirk ein wenig naiv sein. Es wäre denkbar, dass sich hinter geringeren Notstandshilfequoten Phänomene eines „*non-take-up*“ (also der Nichtinanspruchnahme berechtigter Sozialleistungen, etwa aus Gründen der Scham) verbergen. All diese Fehlerquellen würden sich aber nur dann verzerrend auswirken, wenn sie in bestimmten Gerichtsbezirken systematisch häufiger auftreten würden.²⁴ Es erscheint wenig plausibel, dies grundsätzlich zu unterstellen. Man müsste dann außerdem auf Analysen wie die hier vorgelegte gänzlich verzichten – was schade wäre, verspielte man damit doch einen möglichen Erkenntnisgewinn. *Zweitens* könnten die vorgestellten Regressionsmodelle, da ihre unabhängigen Variablen durchwegs relativ stark untereinander korreliert sind, mit dem Problem einer Multikollinearität konfrontiert sein. Abgesehen davon, dass dies nach Ergebnissen einer durchgeführten Regressionsdiagnostik nicht der Fall ist,²⁵ sollte die in Lehrbüchern manchmal aufgestellte Forderung nach untereinander statistisch nicht zusammenhängenden Einflussgrößen nicht überzogen werden: Der eigentliche Witz der multivariaten Regressionsanalyse ist es ja gerade, die „Nettoeffekte“ bestimmter unabhängiger Variablen zu schätzen, indem alle anderen Einflussfaktoren rechnerisch konstant gehalten werden.²⁶ Schließlich sei *drittens* noch einmal an das Design der regionalen Querschnittsanalyse erinnert: Ihre Untersuchungseinheiten stellen Gerichtssprengel dar; nur über sie können anhand der Ergebnisse Aussagen getroffen werden. Es würde einen „ökologischen Fehlschluss“ darstellen, daraus direkt individuelle „Ursachen“ des Beklagt-Werdens oder Klagens abzuleiten. Kausalaussagen sind auf Grundlage der verwendeten Daten ohnehin nicht möglich.

²⁴ In Bezug auf die Notstandshilfe wären höhere non-take-up-Raten im ländlichen Raum vorstellbar. Wenn ausschließlich nicht-urbane BG-Sprengel berücksichtigt werden, fällt die bivariate Korrelation zwischen den Raten der Notstandshilfe und der Zivilverfahrenshäufigkeit zwar schwächer, aber immer noch ziemlich stark aus ($r = 0,44$), was gegen eine systematische Verzerrung spricht.

²⁵ So liegen etwa alle „Varianzinflationsfaktoren“ deutlich unter dem kritischen Schwellenwert von 4, dessen Überschreitung in der Literatur häufig als Hinweis auf Multikollinearitätsprobleme angesehen wird. Gegen das Vorliegen einer Multikollinearität spricht auch, dass alle Einflussgrößen, wenngleich sie untereinander zusammenhängen, inhaltlich wie rechnerisch nicht-redundante Information in die Modelle einbringen.

²⁶ Vgl Cohen/Cohen/West/Aiken Multiple Regression/Correlation Analysis for the Behavioral Sciences³ (2003) 6 ff.

Was bedeuten die Ergebnisse aber nun inhaltlich? Auf deskriptiver Ebene bestätigt sich zunächst die Feststellung Mayrs, dass „heute im Bereich des Zivilrechts den Bezirksgerichten eine ungleich größere Bedeutung zukommt als den Gerichtshöfen“, sodass das von der ZPO als Normalfall vorgesehene Gerichtshofverfahren den eigentlichen Ausnahmefall darstellt.²⁷ Zwei Drittel aller Zivilprozesse sind nicht nur keine Gerichtshofverfahren, sondern Mahnverfahren ohne Einspruch und damit Verfahren ohne Verhandlung und Beklagtenvernehmung. Genau diese Verfahren dürften auch die Voraussetzung für die große Masse der Exekutionsverfahren bilden, deren Rate durch die Rate der bezirksgerichtlichen Zivilverfahren fast perfekt vorhergesagt werden kann. Viele dieser Verfahren werden sich durch eine asymmetrische Konstellation auszeichnen:²⁸ während auf Seiten der klagenden bzw. betreibenden Parteien häufig korporative Akteure (wie z.B. Mobilfunkunternehmen oder aber etwa auch die Katholische Kirche) stehen dürften, sind auf Verpflichteten- bzw. Beklagtenseite vermutlich eher Individuen betroffen. Der Ziviljustiz kommt somit in hohem Ausmaß die Funktion eines staatlich-zwangsbewehrten Inkassobüros zu. Dass dies überhaupt ohne großes Aufsehen geschehen kann, hat Röhl als das „vielleicht wichtigste Merkmal“ einer „Schuldbeitreibung als Kontrolle abweichenden Verhaltens“ angesehen.²⁹

Vor diesem Hintergrund leuchtet auch der trotz aller methodischen Vorbehalte doch beeindruckend starke Zusammenhang zwischen den Raten der Zivilprozesshäufigkeit und der (als Indikator für materielle Prekarität verstandenen) Notstandshilfe ein. In Anlehnung an die historisch-vergleichende Literatur ließe sich davon sprechen, dass die Nachfrage nach Ziviljustiz (zumindest im Hinblick auf die schiere Anzahl der Verfahren) auch heute noch viel mit einer Art „Pauperismus“ zu tun hat – jedenfalls mehr als mit der über das Bruttoregionalprodukt messbaren gesamtwirtschaftlichen Dynamik. Dieser „neue Pauperismus“ scheint sich zudem räumlich ungleichmäßig zu verteilen.

Aus diesen empirischen Befunden ergeben sich spannende theoretische Fragen, deren Ausarbeitung jedoch einer späteren Arbeit vorbehalten bleiben muss. Reizvoll wäre es, die Ergebnisse im Lichte einer neo-materialistischen Rechtstheorie³⁰ zu deuten. Sozialräumliche Dimensionen des Rechts sind

²⁷ Mayr (2008) 95.

²⁸ Vgl Röhl Schuldbeitreibung als Kontrolle abweichenden Verhaltens, ZfRS 1983 14.

²⁹ Röhl/Schuldbeitreibung als Kontrolle abweichenden Verhaltens, ZfRS 1983 23. Die „repressive“ Seite des Zivilrechts betont auch Frehse Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, KJ 1986 105 ff.

³⁰ Vgl Buckel Neo-Materialistische Rechtstheorie, in Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hg) Neue Theorien des Rechts² (2009) 113 ff.

ebenfalls angesprochen. Die Resultate haben auch Implikationen für den Zusammenhang von Rechtssubjektivität und Wohlfahrtsstaatlichkeit. Das ABGB kann in Anlehnung an *Jürgen Habermas* in historischer Stilisierung als Resultat eines „bürgerlichen Verrechtlichungsschubes“ begriffen werden, der die „formelle Gleichheit aller Rechtspersonen vor dem Gesetz“³¹ herstellt – und damit die gesellschaftlichen Einzelnen erst in Rechtssubjekte subjektiviert.³² Die real existierende *Ungleichheit* der Menschen wird dann im Zuge sozialstaatlicher Verrechtlichungsprozesse berücksichtigt. Dazu gehören nicht nur Sozialleistungen wie die Notstandshilfe, – die unintendierte Folgeprobleme nach sich ziehen können – sondern auch Maßnahmen der Rechtsfürsorge (wie z.B. die Verfahrenshilfe).³³ Schließlich hat auch das ABGB selbst wohlfahrtsstaatliche Elemente in sich aufgenommen – etwa mit dem Rechtsinstitut der Sachwalterschaft.

Eine weitergehende Untersuchung hätte schließlich neben einer vertieften theoretischen Auseinandersetzung auch die Datengrundlage zu verbreitern, nämlich die hier präsentierte Momentaufnahme auf einen Zeitraum von mehreren Jahren zu erweitern und zusätzliche Einflussvariablen zu erfassen. Die vorliegende Arbeit hat hoffentlich Anhaltspunkte dafür gezeigt, dass dies ein fruchtbare Unterfangen wäre.

Literaturliste

- Blankenburg Erhard (1988) Prozessflut und Prozessebbe – Über die Fähigkeit der Gerichte mit Rechtsstreitigkeiten fertig zu werden, in Blankenburg Erhard (Hg) Prozessflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent, Köln: Bundesanzeiger 9.
- Blankenburg Erhard (1994) The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behaviour in The Netherlands and West Germany, *Law & Society Review* 1994 789.
- Buckel Sonja (2009) Neo-Materialistische Rechtstheorie, in Buckel Sonja/Christensen Ralph/Fischer-Lescano Andreas (Hg) Neue Theorien des Rechts² (Stuttgart).
- Cohen Jacob/ Cohen Patricia/West Stephen G./Aiken Leona S. (2003) Multiple Regression/Correlation Analysis for the Behavioral Sciences³ (London).
- Dimmel Nikolaus/Pfeil, Walter J. (2009) Armutsbekämpfung durch Transferleistungen, in Dimmel, Nikolaus/Heitzmann, Karin/Schenk, Martin (Hg) Handbuch Armut in Österreich (Innsbruck) 464.
- Durkheim Emile (1992): Über soziale Arbeitsteilung – Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (Frankfurt am Main).
- Ehrlich Eugen (1967) Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und Freirechtslehre (Berlin).
- Ehrlich Eugen (1989) Grundlegung der Soziologie des Rechts⁴ (Berlin).

³¹ Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns II (1981) 525.

³² Buckel, Neo-Materialistische Rechtstheorie, in Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hg) Neue Theorien des Rechts² (2009) 128.

³³ Vgl Hanak et al Justizbericht Rechtsfürsorge, Modul 2 (2010) 87 ff.

- Frehsee Detler* (1986) Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, *KJ* 1986 105.
- Fuchs Walter* (2010) Lokale Rechtskulturen im Sachwalterrecht, *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht* 2010 318.
- Habermas Jürgen* (1981): Theorie des kommunikativen Handelns II Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft (Frankfurt am Main).
- Hanak Gerhard et al* (2010) *Justizbericht Rechtsfürsorge*, Modul 2, Wien: Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (Forschungsbericht).
- Hertogh Marc* (Hg) (2009) *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford: Hart.
- Kern Horst* (1982) *Empirische Sozialforschung* (München).
- Kreissl Reinhard* (2011) *Governing by numbers*, in: Fischer, Daniel et al (Hg) *Uneindeutigkeit als Herausforderung – Risikokalkulation, Amtliche Statistik und die Modellierung des Sozialen*, Neubiberg: Universität der Bundeswehr München 53.
- Köller Regine/Engels Dietrich* (2009): *Rechtliche Betreuung in Deutschland – Evaluation des Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes* (Köln).
- Mayr Peter* (2008) *Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit*, in: Barta Heinz/Ganner Michael/Lichtmannegger Helmuth (Hg) *Rechtstatsachenforschung – Heute* (Innsbruck) 85.
- Pilgram Arno* (1980) *Kriminalität in Österreich – Studie zur Soziologie der Kriminalitätsentwicklung* (Wien).
- Pilgram Arno/Neumann Alexander/Hanak Gerhard/Kreissl Reinhard* (2009) *Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an Vereinsachwalterschaft*, Wien: Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (Forschungsbericht).
- Renner Karl* (1965) *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (Stuttgart).
- Röhl Klaus* (1983) *Schuldbeteiligung als Kontrolle abweichenden Verhaltens*, *ZfRS* 1983 1.
- Rottleuthner Hubert* (1985) *Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland – Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen*, *ZfRS* 1985 206.
- Teubner Ginter* (1985) *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: Kübler, Friedrich (Hg) *Verrechtlichung von Arbeit, Wirtschaft und sozialer Solidarität* (Frankfurt am Main) 289.
- Wirtz Markus/Nachtigall Christof* (2004) *Deskriptive Statistik* (Weinheim).
- Wollschläger Christian* (1988) *Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte im historischen und internationalen Vergleich – Zeitreihen der europäischen Zivilprozessstatistik seit dem 19. Jahrhundert*, in: Blankenburg Erhard (Hg) *Prozessflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent*, Köln: Bundesanzeiger 21.

Dr. MA Walter Fuchs
 Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
 Telefon: +43[0]1-526 15 16 DW 32
 walter.fuchs@irk.at

Das ABGB als *law in books* und *law in action*

„[...] the law in the books will more and more become an impossible attempt to govern the living by the dead.“
Roscoe Pound 1910, 25

A. law in books und law in action

Auf Roscoe Pound geht die Bezeichnung „law in books“ und „law in action“ zurück.¹ Pound fand damit einen anschaulichen Ausdruck für den Unterschied zwischen kodifiziertem und dem von Rechtsadressat_inn_en gelebtem Recht. Es ging ihm um die Verdeutlichung des Kontrasts zwischen den Regeln, die das Leben der Rechtsadressat_inn_en lenken sollen und den Regeln, die es tatsächlich lenken. Um nichts anderes also als um eine Ausprägungsform des Spannungsfelds zwischen Sollen und Sein. Dabei lässt sich der Aufsatz von Pound so deuten, als würde er dem Sein – verstanden als die Regelmäßigkeiten im Leben der Rechtsadressat_inn_en – als Rechtsquelle sogar eine höhere Bedeutung beimessen als den von einen wie auch immer ausgestalteten Herrschaftsapparat gesetzten Normen. Staatlich gesetzte Normen gelten erst durch ihre Wirksamkeit – also nur insofern als sie auch tatsächlich das Leben der Rechtsadressat_inn_en beeinflussen. Die Rechtsadressat_inn_en sind in diesem Verständnis nicht nur diejenigen, die die Normen zu befolgen haben, sondern auch zugleich diejenigen, die Recht schaffen. Dieses Recht steht damit ganz im Einklang mit Art 1 B-VG und geht vom Volk aus.

Pounds Rechtsbegriff ist ein positivistischer aber kein gesetzespositivistischer. Im Sinne Robert Alexys² ist Pounds law in action ein wirksamkeitsorientierter Rechtsbegriff. Pounds law in action ist mit Ehrlichs³ lebendigem Recht vergleichbar.⁴ Beiden ist gemein, dass sie die Geltung der Norm an ihre Wirksamkeit knüpfen. Nur wirksame Normen sind gültige Normen. Auf eine bestimmte zur Normsetzung befugte Instanz kommt es dabei nicht an. Die faktische Wirksamkeit ist beobachtbar. Als (Rechts-)Soziologin oder (Rechts-)

¹ Pound Law in books and law in action, in American Law Review 44 (1920) 12-36.

² Alexy Begriff und Geltung des Rechts (2002) 31 ff.

³ Ehrlich versteht unter Recht die Normen, nach denen Menschen leben. Damit wird ein Rechtsirrtum nahezu unmöglich. Ehrlich fordert aber sehr wohl, dass die Menschen sich der Regeln bewusst sind, nach denen sie handeln und handeln sollen. Etwa: Ehrlich Grundlegung der Soziologie des Rechts³ 1967 100 ff.

⁴ Vgl Barta Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken II² (2004) 1062-1065.

Soziologe kann man entweder erfassen, inwieweit die Norm von den Rechtsadressat_inn_en als gültig anerkannt und inwieweit eine als gültig erachtete Norm eingehalten wird. Dabei kann law in books durchaus den Ausgangspunkt einer solchen Beobachtung bilden. Denkbar wäre es jedoch auch, gesellschaftliche Regelmäßigkeiten als Ausgangspunkt für die Untersuchung zu wählen. Kurz: Der vertretene Rechtsbegriff hat bei derselben Forschungsfrage, die uns in der Rechtswissenschaft beschäftigt – nämlich jener nach der jeweils gültigen Norm – unterschiedliche Methoden zur Folge. Bevor ich den Bogen wieder zum Titel des Beitrags spanne, gilt es noch auf eine weitere Bedeutung von law in action hinzuweisen. Diese versteht law in action als Gegensatz zu *totem Recht* und meint solches Recht, das nicht erstarrt ist, sondern beständig angewendet wird. Wie kann aber das ABGB, wie ich im Titel meines Beitrags behaupte, zugleich law in books und law in action sein?

B. Wie kann das ABGB beides sein?

Diese Möglichkeit scheint zunächst in sich widersprüchlich. Denn das ABGB liegt eindeutig als gesetzter Normtext vor. Zudem stammt eine Vielzahl seiner Bestimmungen noch aus der Monarchie und damit vom Monarchen als Rechtsetzer. Das ABGB erscheint von den Rechtsschöpfer_inne_n des *law in action* – nämlich den Rechtsadressat_inn_en – noch weiter entfernt als die in einem demokratischen Rechtsstaat gesetzten Normen, die zumindest theoretisch gemäß Art 1 B-VG auf den Willen des Staatsvolks rückführbar sind. Die Einordnung des ABGB als *law in books* dürfte unbestritten sein. Es sind aber dennoch einige Möglichkeiten denkbar, die es zugleich als *law in action* begreifen lassen.

1. Rechtsanwendung haucht Leben ein

Die offenkundigste Möglichkeiten das ABGB am Leben zu halten, besteht darin, dass jede gesetzte Norm in ihrer Anwendung lebendig wird. Dass die Rechtsanwendung durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden law in books zu law in action werden lässt, ist möglich, sofern man law in action im Gegensatz zu *totem Recht* versteht und zunächst davon absieht, dass die Rechtsadressat_inn_en auch die Rechtsschöpfer_innen sein sollen. Der Gedanke lässt sich unter Verweis auf *Pound* rechtfertigen:

„The forms may be kept, but the substance will find some fiction or some interpretation, or some court of equity or some practice of equitable application, to sanction change.“⁵

Der Wortlaut einer Norm bleibt zwar unverändert, die Rechtsanwendung kann aber dazu führen, dass unter den in ihr statuierten Tatbestand andere Sachverhalte subsumiert werden,⁶ als dies die reine Wortlautinterpretation – oder gar die Interpretation unter Rückgriff auf den Willen des historischen Gesetzgebers – zulassen würde. Am deutlichsten wird diese Variante des law in books als law in action bei contra legem Interpretationen. Um nur ein Beispiel von vielen möglichen bezogen auf das ABGB anzuführen: § 91 aF ABGB lautete von 1811 bis 1975:

„Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft [...] liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen [...].“⁷

Die in § 91 aF ABGB verankerte einseitige Unterhaltpflicht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau erklärt sich aus dem damals herrschenden Familienleitbild einer patriarchalen Familie. In Fällen, in denen der Ehemann jedoch unverschuldet erwerbsunfähig und einkommenslos war und zudem über kein Vermögen verfügte, wäre dieser Ehemann seinerseits auf Unterhalt von seiner Ehefrau angewiesen gewesen. Verstärkt wurde dies noch dadurch, wenn die Ehefrau vermögend war. Unter Rückgriff auf die allgemeine Beistandspflicht der Eheleute schufen Lehre und Rechtsprechung für diese Fälle gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut eine Unterhaltpflicht der Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann.⁸ Ein anderes Beispiel für eine Änderung bei identem Wortlaut bildet § 44 zweiter Satz ABGB. Diese Bestimmung definiert seit 1811 die Ehe wie folgt: „In dem Ehevertrage erklären zwey Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten.“⁹ Die unzertrennliche Gemeinschaft ist sowohl was die häusliche Gemeinschaft¹⁰ als auch was die generelle Auflösbarkeit¹¹ der Ehe an sich

⁵ Pound Law 22.

⁶ „Der Anwendung eines Gesetzes muß seine Auslegung [logisch] vorangehen.“ Wolff in Klang (1964) I/I² 87 und § 6 ABGB 103.

⁷ JGS 1811/946.

⁸ Dazu näher und mwN: Voithofer Geschlechterverhältnis & Rollenbilder im juristischen Spezialdiskurs. Dargestellt am Beispiel des Unterhaltsrechts während aufrechter Ehe: § 94 ABGB (Dissertation, Innsbruck) 30 ff.

⁹ JGS 1811/946.

¹⁰ Vgl § 92 ABGB.

¹¹ Vgl §§ 46 ff EheG.

betrifft weggefallen. Die Pflicht, Kinder zu zeugen, wird überwiegend nicht mehr als unabdingbar angesehen.¹² Als unabdingbares Wesensmerkmal der Ehe verbleibt, dass die Eheschließenden verschiedenen Geschlechts sein müssen.

Die Rechtsanwendung basiert jedoch nicht auf der Willkür der Rechtsanwender_innen, sondern ist selbst von den in § 6 und § 7 ABGB verankerten Regeln geleitet. Das law in book hat insofern also seine Öffnung selbst vorgesehen. Es lohnt sich auf die Auslegungsbestimmung des § 6 ABGB sowie auf die Lückenschließungsregelung des § 7 ABGB einen genaueren Blick zu werfen.

1.1. Auslegung nach § 6 ABGB

§ 6 ABGB scheint zunächst mit seinem Verweis auf den Wortsinn und die Absicht – verstanden als den eindeutigen Sinn – des Gesetzgebers das ABGB als law in books festzuschreiben. Historisch-subjektiv mag dieser „Einfrierungsversuch“ noch als solcher durchgehen, doch bereits die teleologisch-objektive Interpretation¹³ – die nach dem Zweck der Regel fragt – beinhaltet ein gewisses Moment der Aufweichung. Jedenfalls bietet die systematische Interpretation die Möglichkeit, das ABGB in action zu halten. Der Wortlaut eines Rechtssatzes darf demnach nicht isoliert für sich betrachtet werden, sondern in seinem systematischen Zusammenhang innerhalb dieses Rechtssatzes und darüber hinaus auch im Zusammenhang mit allen übrigen Rechtssätzen einer Rechtsordnung. Ändert sich somit ein Rechtssatz, kann sich entsprechend in Folge auch eine im Wortlaut unveränderte Norm ändern.¹⁴ Dass sich etwa die Auslegung von § 44 ABGB seit 1811 geändert hat, ist teilweise auch durch die Familienrechtsreformen der 1970er Jahre zu erklären. Etwa die Möglichkeit, dass die Eheleute vorübergehend getrennt wohnen können, wurde durch § 92 ABGB eingeführt.¹⁵ Der extremste Fall der geänderten Interpretation durch die Änderung eines anderen Rechtssatzes ist die

¹² *Stabentheiner* in Rummel (2000) I³ § 44 ABGB Rz 5; *Fischer-Czermak* Ehe oder Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare?, NZ 2008 99; *Koch* in Kozioł/Bydłinski/Bollenberger (2011)³ § 44 ABGB Rz 1.

¹³ *Barta* Zivilrecht II² 721.

¹⁴ So auch *Pisko* in Klang (1933) I/I § 6 ABGB 111-113; *Wolff* in Klang I/I² § 6 ABGB 103; *F. Bydłinski* in Rummel (2000)³ I § 6 ABGB Rz 26.

¹⁵ BGBl 1975/412.

materielle Derogation. Dieses Schicksal hat etwa § 28 zweiter Satz ABGB erreilt, dem durch §§ 7, 7a und 9 StaatsbürgerschaftsG¹⁶ derogiert wurde.

Doch auch die eigentümliche Bedeutung der Worte – also der Wortsinn selbst – ist nicht so starr, wie es auf den ersten Blick scheint. Die Etymologie dokumentiert Bedeutungswandel von Begriffen.¹⁷ Dieser geht schleichend voran und wird am spürbarsten an Formulierungen und Worten, die ihre Geläufigkeit in den letzten 200 Jahren eingebüßt haben. Wenn etwa im Erbrecht von „Verführung“ gesprochen wird, dann wird man heute nicht mehr leicht an „Transport“ denken.¹⁸ Würde man mit *Pisko* die Bedeutung der Begriffe einfrieren, dann träfe die eingangs zitierte Aussage *Pounds* zu und das „[...] law in the books will more and more become an impossible attempt to govern the living by the dead.“¹⁹ Man müsste im Zweifel bei jedem Begriff überprüfen, ob ihm in den letzten zweihundert Jahren ein Bedeutungswandel wiederauffahren ist. Die Anwendung des ABGB wäre dadurch um einiges aufwendiger. Es wundert daher nicht, dass Piskos Meinung heute nicht mehr vertreten wird.

Nicht nur die Bedeutung der Begriffe ändert sich, sondern auch das Vorverständnis der Rechtsanwender_innen und Rechtsadressat_inn_en unterliegt gesellschaftlichem Wandel. Sodass der identische Normtext durch das geänderte Vorverständnis ganz im Sinne *Essers*²⁰ anders angewendet wird. Auch dafür kann § 44 ABGB als Beispiel strapaziert werden. Das Vorverständnis darüber, welche Merkmale unabdingbare Wesensmerkmale einer Ehe sind, ändert sich gerade auch durch die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse. Wir sehen daraus das wechselseitige Abhängigkeitsverhältnis von Rechtstext, Rechtsanwendung und gesellschaftlichen Verhältnissen. Änderungen im Wortlaut können gesellschaftliche Veränderungen widerspiegeln. Ein unveränderter Wortlaut kann durch eine gesellschaftliche Veränderung bedingt sein. Eine geänderte Gesetzeswortschreibung kann seinerseits auf die gesellschaftlichen Verhältnisse wirken.

¹⁶ BGBI 1985/311.

¹⁷ Dazu: *Voithofer* Sprachbewußtsein & ABGB, in Barta et al, 1811-2011: 200 Jahre ABGB Kontinuität und Wandel (im Erscheinen).

¹⁸ Vgl § 677 ABGB. Auch bereits erwähnt von *Wolff* in Klang I/I² 90.

¹⁹ *Pound* Law 25.

²⁰ *Esser* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis (1972)².

1.2. Analogie nach § 7 ABGB

Gelangt man im Auslegungsprozess nach § 6 ABGB zu dem Ergebnis, dass die Subsumption unter keinen Gesetzesatz möglich ist, weil eine Lücke vorliegt, so befindet man sich im Anwendungsbereich von § 7 ABGB. Im Unterschied etwa zum ALR²¹ kennt das ABGB kein Lückenschließungsmonopol des Gesetzgebers,²² dafür jedoch einen Rechtsgewährungsanspruch.²³ Vielmehr steht den Rechtsanwender_inne_n ein stufenweiser Lückenschließungsprozess zur Verfügung, der als letztes Mittel den Rückgriff auf die natürlichen oder allgemeinen²⁴ Rechtsgrundsätze kennt.²⁵ Dabei gelten für die Analogie dieselben Feststellungen wie für die systematische Interpretation. Durch sie kann das ABGB in action bleiben. Das wird besonders an jenen Lücken deutlich, die aufgrund technischer Innovationen entstehen.²⁶ Der Rückgriff auf die natürlichen oder allgemeinen Rechtsgrundsätze ist unmittelbar an die sozialen Normen gekoppelt und ändert sich mit ihnen.²⁷

Auf die genannten Möglichkeiten das ABGB zugleich als law in books und als law in action zu begreifen, kann man nur zurückgreifen, wenn man ausblendet, dass dabei nicht die Rechtsadressat_inn_en, sondern die Gerichte und Verwaltungsbehörden dem Recht Leben einhauchen. Die Einzelentscheidungen und individuellen Normen können längerfristig jedoch zu generellen Normen – in Form von Gewohnheitsrecht – werden. In diesem Fall würde das Gewohnheitsrecht auch durch die Rechtsüberzeugung der Bevölkerung gedeckt sein und damit das law in action vollkommen verwirklicht.²⁸

²¹ Einleitung §§ 47-51.

²² Im ABGB war lediglich in § 8 die authentische Interpretation vorgesehen.

²³ § 19 ABGB idF JGS 1811/946.

²⁴ Ehrenzweig System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² (1950) 83.

²⁵ Barta Zivilrecht II² 723-730.

²⁶ Wolff in Klang I/I² 93; Barta Zivilrecht II² 726 f; Posch in Schwimann/Kodek I⁴ § 7 ABGB Rz 5.

²⁷ OGH 2.3.1915 Rv I 108/15, GLUNF 7335: „Unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen [...] ist demnach nicht auf ein nicht bestehendes Vernunftrecht, sondern das zu einer bestimmten Zeit herrschende, von den logischen Denkgesetzen getragene Rechtsbewußtsein des Volkes zu verstehen.“

²⁸ Ehrlich Über Lücken im Recht JBl 1888 582, 594; F. Bydlinski in Rummel I³ § 7 Rz 10-12; Barta Zivilrecht II² 725; entgegen Wolff in Klang I/I² § 7 107.

²⁸ Dazu ausführlich vor allem unter Bezugnahme auf Gschmitzer. Voithofer Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht in juridikum 2012 88-93 mwN.

Das ABGB birgt aber weitere Öffnungen²⁹ in sich, die entweder den Rechtsadressat_inn_en die Möglichkeit geben, ihr Recht zu schaffen oder unmittelbar an soziale Normen anknüpfen. Auch sie bieten daher die Möglichkeit, dass das ABGB law in books und law action zugleich ist.

2. Dem ABGB inhärente Öffnungen

Die Legistik hat im ABGB Möglichkeiten vorgesehen, dass es lebendig bleibt. Die Forderung Pounds [...] making the law in the books such that the law in action can conform to it [...]“, erfüllt das ABGB in diesen Bereichen.

2.1. Vertragsfreiheit im Schuldrecht

Eine Möglichkeit und die wohl beste dafür, ein Auseinanderklaffen von law in the books und law in action zu vermeiden, bietet die Vertragsfreiheit in ihren Ausprägungen der Gestaltungs- oder Inhaltsfreiheit. Durch sie können die Rechtsadressat_inn_en – freilich innerhalb der Grenzen des § 879 ABGB – neue Vertragstypen schaffen. Damit hat die Legistik bewusst einen Typenzwang, der sich unter Umständen hemmend auf die gesellschaftliche und die wirtschaftliche Entwicklung ausgewirkt hätte, vermieden und es zugelassen, dass durch ein häufigeres ‚Aufkommen‘ von Verträgen ähnlichen Inhalts, doch wieder Typen entstehen. Beispiele dafür sind etwa im Dienstleistungssektor anzutreffen: Leasing, Factoring, Forfaitierung, der Behandlungsvertrag oder der nunmehr gesetzlich geregelte Kreditvertrag.³⁰ Auch im Bereich der Dauerschuldverhältnisse gibt es genug Beispiele für neue Typen. Darunter sind beispielhaft die Verträge über Softwareupdates oder die Miete von digitalem Speicherplatz zu nennen. Gerade die letzten beiden Beispiele zeigen, dass die Inhalts- und Gestaltungsfreiheit es ermöglicht, dass sich das Recht automatisch an neue technische Entwicklungen anpasst ohne dass der Gesetzgeber aktiv werden muss.

2.2. Dispositives Recht

Ähnlich wirkt dispositives Recht, das sich vor allem im schuldrechtlichen Teil des ABGB findet. Beim dispositiven Recht bestimmt das *law in the book* selbst

²⁹ Man könnte im Anschluss an Niklas Luhmann von „strukturellen Kopplungen“ sprechen. *Luhmann Das Recht der Gesellschaft* (1993) 440 ff.

³⁰ BGBI I 2010/28.

seine eigene Subsidiarität gegenüber einer davon abweichenden Regelung der Rechtsadressat_inn_en. Neben den klassischen schuldrechtlichen Bestimmungen – etwa zu Leistungszeit und -ort – ist aber auch an dispositives Recht im Familienrecht zu denken. So ersetzt die Vereinbarung der Eheleute etwa die in § 90 ABGB statuierte prinzipielle Pflicht zum gemeinsamen Wohnen oder der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung kann durch eine Vereinbarung der Eheleute geändert werden.

2.3. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe

Eine weitere Möglichkeit das Recht am Leben zu halten, bieten Generalklauseln. Die Generalklausel gibt jedoch nicht den Rechtsadressat_inn_en, sondern den Rechtsanwender_inne_n ein Instrument in die Hand, um im Einzelfall die in der Generalklausel umschriebene Wertung zu verwirklichen. Die beiden wohl bekanntesten Generalklauseln des ABGB sind in § 16 ABGB und § 879 Abs 1 ABGB. Vor allem die gute Sitten Klausel des § 879 Abs 1 ABGB lässt das rechtssoziologische Herz höher schlagen. Denn wie lassen sich die guten Sitten feststellen? Ihnen sind gesellschaftliche Veränderungen inhärent. Mit geänderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen, ändern sich die Vorstellungen von den guten Sitten.³¹ So steht nach wie vor außer Frage, dass ein_e Auftragsmörder_in sein_ihr Entgelt bei dem_der Auftraggeber_in aus einem Werkvertrag heraus wohl nicht einklagen können wird, weil dieser – nicht nur gegen ein gesetzliches Verbot – sondern auch weil er gegen die guten Sitten verstößt. Fraglicher hingegen scheint bereits heute die Sittenwidrigkeit von Prostitutionsverträgen.³² Die gute Sitten Klausel würde jedenfalls daran denken lassen, dass man sich Instrumente der Meinungsforschung bedient, um sie bezogen auf einzelne Fallkonstellationen zu erheben. Wir als Jurist_inn_en wissen jedoch auch, dass im Zweifel ohne derartige Erhebungen die guten Sitten durch die Rechtsanwender_innen – geprägt durch ihr Vorverständnis – bestimmt werden.

Die festgehaltenen Gedanken gelten für unbestimmte Rechtsbegriffe gleichermaßen. Sie sind „[...] unter Heranziehung der jeweiligen gesellschaftlichen

³¹ Barta Zivilrecht II² 746, 750.

³² Weitere Beispiele in: Barta Zivilrecht II² 751 f, 756 f.

Vorstellungen abzuleitenden Wertungen [...] auszulegen.³³ Beide stellen eine Möglichkeit dar, das ABGB als law in action zu begreifen.³⁴

C. Fazit

In meinem Beitrag habe ich Möglichkeiten gezeigt, die das ABGB zugleich als law in book und law in action begreifen lassen. Das ABGB als Gesamtes ist jedenfalls trotz seiner 200jährigen Geschichte lebendig. Die Frage, welche Einzelbestimmungen im ABGB durch Nichtanwendung und fehlende Rechtsüberzeugung nicht mehr Teil des Normenbestands sein könnten, wäre einen eigenen Beitrag, der Rechtsdogmatik mit Rechtssoziologie und Rechts-tatsachenforschung verbinden würde, wert. Die im ABGB selbst vorgesehnen Öffnungen haben gewiss ihren Teil dazu beigetragen, dass es nach wie vor in Kraft ist.

Literaturliste

- Alexy Robert* (2002) Begriff und Geltung des Rechts.
Barta Heinz (2004) Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken II².
Bydlinski Franz (2000) in *Rummel* Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ § 6 ABGB.
Ehrenzweig Armin (1925) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/I.
Ehrenzweig Armin (1951) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/I².
Ehrlich Engen (1967) Grundlegung der Soziologie des Rechts³.
Ehrlich Engen (1888) Über Lücken im Recht, *JBl* 1888 447.
Esser Josef (1972) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis².
Fischer-Czermak Constanze (2008) Ehe oder Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare?, *NZ* 2008 99.
Koch Bernhard (2011) in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* Kurzkommentar zum ABGB³ § 44 ABGB.
Luhmann Niklas (1993) Das Recht der Gesellschaft.
Pisko Oskar (1933) § 6 ABGB und § 7 ABGB in *Klang* Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/I.
Posch Willibald (2011) § 6 ABGB und § 7 ABGB in *Schwimmann/Kodek* ABGB Praxiskommentar I⁴.
Pound Roscoe (1910) Law in books and law in action, in *American Law Review* 44 (1920) 12-36.

³³ Posch in Schwimmann/Kodek I⁴ § 6 ABGB Rz 12.

³⁴ Dass sie aber auch die Gefahr des Missbrauchs durch die Rechtsanwender_innen in sich bergen (dazu: *Barta* Zivilrecht II² 755 f) und für die Rechtsadressat_innen ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit mit sich bringen, soll nicht ganz unerwähnt bleiben.

- Voithofer Caroline* (2010) Geschlechterverhältnis & Rollenbilder im juristischen Spezialdiskurs.
Dargestellt am Beispiel des Unterhaltsrechts während aufrechter Ehe: § 94 ABGB (Dissertation, Innsbruck).
- Voithofer Caroline* (2012) Sprachbewußtsein & ABGB, in Barta et al 1811-2011: 200 Jahre ABGB
Kontinuität im Wandel (in Erscheinen).
- Voithofer Caroline* (2012) Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang
zum Recht in juridikum 2012 86.
- Wolff Karl* (1964) in *Klang* Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I/I² § 6 ABGB
und § 7 ABGB.
- Stabentheiner Johannes* (2000) in *Rummel* Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I
§ 44 ABGB.

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Telefon: +43[0]512-507 81 DW 13
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Michael Ganner

Die Sachwalterschaft im europäischen Vergleich

A. Einleitung

Im Rahmen des von der VolkswagenStiftung in Hannover finanzierten Projekts „ADEL – Advocacies for frail and incompetent elderly in Europe“ wurden die Systeme der rechtlichen Vertretung von volljährigen Personen in Deutschland, Tschechien, Dänemark, Spanien und Österreich untersucht. Dabei wurden nicht nur die rechtlichen Regelungen verglichen, sondern es wurden auch soziologische Parameter erhoben, um die Praxistauglichkeit der Rechtsnormen zu überprüfen.

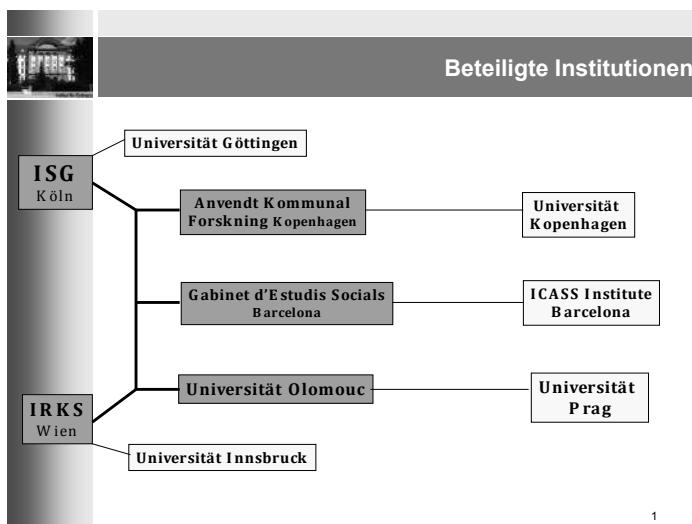


Abbildung 7: Beteiligte am Projekt ADEL

Wie in vielen Rechtsgebieten differieren Theorie und Praxis auch im Bereich der Sachwalterschaft bzw. Betreuung¹ beträchtlich. Die wichtige, oft sehr enge und persönliche Beziehung zwischen Person unter Sachwalterschaft und Sachwalter wird zwar durch Gesetze und Rsp detailliert ausgestaltet, eine effi-

¹ Das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft wird nach deutschem Recht als *Betreuung* bezeichnet.

ziente rechtliche Überprüfung und Kontrolle ist jedoch kaum möglich. Zudem kommt es für die betroffenen Personen oft mehr auf einen persönlichen und herzlichen Umgang an als auf gute Stellvertreterentscheidungen in Vermögensangelegenheiten oder bei medizinischen Maßnahmen. Die subjektive Zufriedenheit der unter Sachwalterschaft stehenden Personen ist daher in diesem Rechtsbereich oft wichtiger als die dogmatische Klarheit und buchstabengetreue Umsetzung des Rechts.

B. Ausgangssituation

Vor allem in Deutschland und Österreich war in den letzten beiden Jahrzehnten ein massiver Anstieg an Betreuungen bzw. Sachwalterschaften zu verzeichnen. Er fällt nur deshalb nicht so hoch aus, wie in den anderen genannten Ländern, weil bei diesen die Zählungen auf einem sehr niedrigen Niveau beginnen.

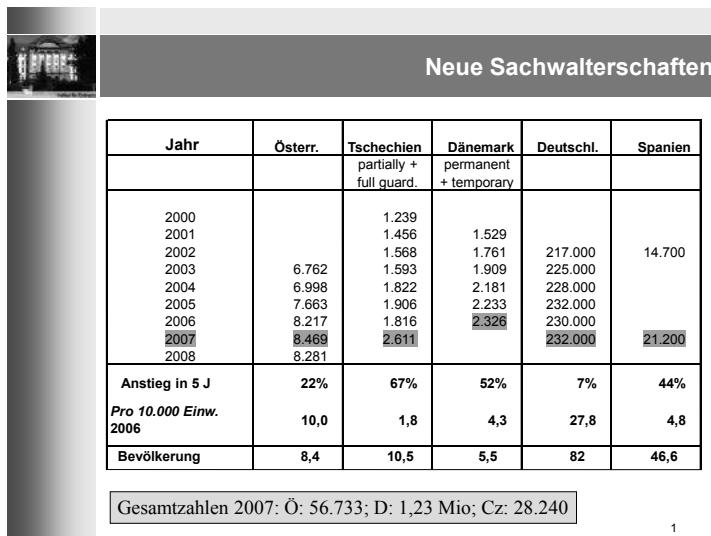


Abbildung 8: Entwicklung Sachwalterschaften

Besonders auffällig ist, dass in Dänemark, einem bekanntermaßen vorbildlichen Sozialstaat, die Zahlen der Sachwalterschaften bzw. Betreuungen – sowohl insgesamt als auch der jährliche Neuzuwachs – vor allem im Vergleich mit Österreich und Deutschland sehr gering sind. Der Grund liegt nicht darin, dass die Menschen in Dänemark seltener in ihren kognitiven Fähigkeiten

eingeschränkt sind als in Österreich und Deutschland, sondern darin, dass die Versorgungsstrukturen bei psychischer Krankheit und geistiger Behinderung und bei Pflegebedürftigkeit insgesamt völlig andere sind. Diese sind nämlich sehr gemeindezentriert ausgestaltet. Es besteht in der Regel ein Anspruch auf Sachleistungen, die von der Gemeinde zu erbringen sind. In Österreich und Deutschland hingegen bestehen primär Ansprüche auf Geldleistungen (Pflegegeld und Sozialhilfe bzw. Mindestsicherung),² die aber ohnehin nur einen Teil der pflegebedingten Mehraufwendungen abdecken. Das Erbringen von Geldleistungen führt dazu, dass die betroffenen Personen für Versorgungs- und Pflegeleistungen eigene Rechtsgeschäfte abschließen müssen. Fehlt ihnen die Geschäftsfähigkeit dafür, braucht es einen (gesetzlichen: Sachwalter oder Betreuer) oder selbst gewählten Vertreter (Vorsorgebevollmächtigter).

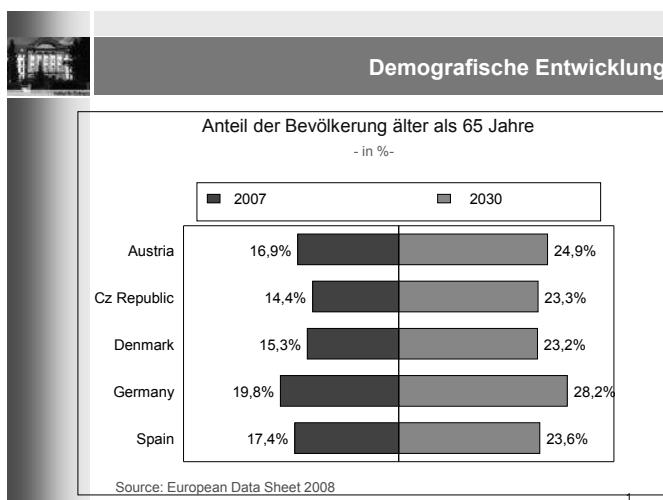


Abbildung 9: Demographische Entwicklung

Die naheliegende Erklärung, dass die demografische Entwicklung und mit ihr die Zunahme des Anteils hochaltriger und dementer Personen an der Gesamtbevölkerung den Hauptteil des Zuwachses rechtfertigen, ist nur in geringem Ausmaß zutreffend. Demnach hätte sich die Anzahl in dieser

² In der deutschen Pflegeversicherung besteht die Wahlmöglichkeit zwischen Geld- und Sachleistung, wobei die Geldleistung nur ca. 50 % der Sachleistung beträgt.

Personengruppe um ein Drittel erhöhen müssen. Tatsächlich hat sich die Zahl dieser Sachwalterschaften aber fast verzehnfacht.³

Ähnliches gilt für das Schwinden sozialer Ressourcen und die zunehmende Komplexität alltäglicher (Rechts)Geschäfte. Veränderungen sind erkennbar, sie rechtfertigen den Anstieg an Sachwalterschaften in diesem Ausmaß aber nicht. Eine Veränderung der Familienstrukturen durch die Zunahme der Einpersonenhaushalte ist etwa nur bei den über 85 Jährigen zu verzeichnen. Die Zahl der in Anstalten betreuten Personen ist gleich geblieben, hat sich jedoch stark von psychiatrischen Anstalten zu Alten- und Pflegeheimen verschoben. Wesentliche Ursache für die in der Praxis häufige Bestellung eines Sachwalters/einer Sachwalterin dürften daher laut Pilgram „Bürokratisierungs- und Verrechtlichungstendenzen“ sein, die durch verbesserte sozialrechtliche Leistungen, wie zB das Pflegegeld, noch gefördert wurden.⁴

Ein nicht unwesentlicher Faktor ist auch die Entwicklung des Wohlstandes in den letzten Jahrzehnten. Ältere Menschen haben in der Zwischenzeit wesentlich höhere Einkommen und Vermögen als dies noch in den 60er und 70er Jahren der Fall war. Folglich gibt es mittlerweile regelmäßig Angelegenheiten, bei denen eine Vertretung erforderlich ist, wenn die betroffenen Personen aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht selbst entscheidungsfähig sind.

Diese Entwicklung und mit ihr der Anstieg der Anzahl an Sachwalterschaften und Betreuungen ist mE nicht ausschließlich negativ zu beurteilen. Denn die Gründe dafür dürften ua auch darin liegen, dass sich im Umgang mit psychisch kranken und geistig behinderten Personen das Grundrechtsbewusstsein verändert hat und dem Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte mehr Bedeutung beigemessen wird als früher. In der Zwischenzeit besteht der Hauptzweck des Sachwalterrechts bzw. des Betreuungsrechts in der Sicherung der Selbstbestimmung und Privatautonomie betroffener Personen. Ihre Handlungsfähigkeit soll möglichst umfassend erhalten werden. Der Schutz des Rechtsverkehrs, insbesondere allfälliger Vertragspartner, ist nur mehr sekundär. Auch gesellschaftlich hat sich das Verständnis diesbezüglich verändert. Ältere Menschen wollen zunehmend selbst für den Fall des Verlustes der Entscheidungsfähigkeit vorsorgen, sei es in Gesundheitsangelegenheiten (zB durch eine Patientenverfügung) oder in Vermögensangelegenheiten (zB durch eine Vorsorgevollmacht). Darauf haben die meisten Rechtsordnungen in der

³ Pilgram Das neue Sachwalterschaftsrecht aus der Sicht der Sozialwissenschaft in Recht und Würde im Alter (2006), Schriftreihe des BMJ (Hg) – Band 126, 201.

⁴ Pilgram (2006) 208 f.

Zwischenzeit bereits reagiert, indem entsprechende Rechtsinstitute geschaffen wurden.

Der Grund für die zunehmende Präferenz der Rechtsordnungen für privatautonome Vorsorge liegt aber nicht nur in der Förderung der Selbstbestimmung, sondern darin, dass der starke Anstieg an Sachwalterschaften und Betreuungen auch beträchtliche öffentliche Kosten (für Gerichtsverfahren, Sachverständige und allenfalls professionelle Sachwalter und Betreuer) verursacht, deren Anstieg durch Änderung der Rechtslage (in Österreich etwa insbesondere durch die Schaffung der ex-lege-Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger gem. §§ 284b bis 284e ABGB) verhindert werden soll.



Öffentliche Kosten				
Jahr	Österr.	Tschechien (geschätzt)	Deutschl.	Dänemark
	mill. EUR	EUR	mill. EUR	EUR
2000		182.230		
2001		190.850		
2002		205.310		
2003		208.590		
2004	15,6	238.570	443,5	
2005	20,7	248.570	500,1	
2006	20,7	237.790	577,2	
2007	23,7	341.880	602,4	
2008	26,9		640,4	680.000
2009				710.000
Anstieg in den Letzten 4 Jahren	18%	16%	11%	1% (8 Jahre)

1

Abbildung 10: Öffentliche Kosten

Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte hat aber auch dazu geführt, dass die Rechtspraxis („*law in action*“) näher an die Rechtstheorie („*law in the books*“) herangeführt wurde. So werden heute häufig Sachwalterschaften für Angelegenheiten bestellt, die früher von Angehörigen entschieden wurden, ohne dafür rechtlich legitimiert zu sein. Damit fehlte auch jede gerichtliche Kontrolle.

C. Österreichische Entwicklung

Mit der Entmündigungsordnung 1916 wurde erstmals der rechtliche Schutz von geisteskranken Personen umfassend geregelt. Die Vorgängerbestimmung

(§ 273 ABGB idF 1811) kannte nur die Möglichkeit, Personen für „wahn- und blödsinnig“ zu erklären und ihnen einen Kurator zu bestellen, womit der vollständige Verlust der Geschäftsfähigkeit verbunden war.⁵ Zentraler Inhalt der Entmündigungsordnung 1916 war die rechtsgeschäftliche Vertretung geschäftsunfähiger Personen sowie die gerichtliche Kontrolle von zwangsweisen Anhaltungen in psychiatrischen Anstalten. Verbesserungen des rechtlichen Status psychisch kranker und geistig behinderter Personen brachte später vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 1948.⁶ Mit ihr wurden nämlich individuelle Rechte, insbesondere das Recht auf persönliche Freiheit, Selbstbestimmung und ein würdiges Leben postuliert sowie zunehmend gesellschaftlich anerkannt und umgesetzt. Das führte in den 1970er-Jahren europaweit zu Psychiatriereformen, die die offene Psychiatrie und die möglichst weitgehende Integration der Betroffenen in die Gesellschaft zum Ziel hatten.

Das *Sachwalterrecht 1983* (Inkrafttreten 1.7.1984)⁷ löste die Entmündigungsordnung ab. Mit ihm wurde ein flexibleres, auf die individuellen Bedürfnisse der behinderten Person abgestimmtes System geschaffen. Es handelt sich um ein modernes Gesetz, das auf einem anthropologischen Menschenbild und humanistischen Grundideen basiert. Die Umbenennung in Sachwalterrecht hat seine Ursache in der mit dem Begriff „Entmündigung“ verbundenen Stigmatisierung der betroffenen Person.⁸ Das Gleiche gilt grundsätzlich für die Begriffe „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“, an deren Stelle die Begriffe „psychische Krankheit“ und „geistige Behinderung“ traten.

Das Sachwalterrecht nahm im Bereich der rechtlichen Betreuung psychisch kranker und geistig behinderter Personen europaweit eine Vorreiterrolle ein und fand vor allem auch Berücksichtigung im Rahmen der Betreuungsrechtsreform in Deutschland 1992. Mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz (SWRÄG) 2006, das am 1. Juli 2007 in Kraft getreten ist, wurde die erste große Novellierung vorgenommen. Damit wurden vor allem die Alternativen zur Sachwalterschaft gestärkt.⁹

Bis 1987 waren Personen unter Sachwalterschaft vom Wahlrecht ausgeschlossen. Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat diese Bestimmung jedoch wegen

⁵ *Ent/Hopf* Das Sachwalterrecht für Behinderte (1983) 25.

⁶ In Kraft getreten ist sie in Österreich 1958.

⁷ Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen; BGBl. Nr. 136/1983.

⁸ Insgesamt bestand bei der Schaffung des Sachwalterrechts das Bemühen, stigmatisierende und diskriminierende Begriffe aus dem Regelwerk auszuscheiden; *Ent/Hopf* (1983) 33 und 37 f.

⁹ Vgl. *Ganner* Entwicklung und Status quo des Sachwalterrechts und seiner Alternativen in Österreich, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hg) FS 200 Jahre ABGB (2011) 357.

Verfassungswidrigkeit aufgehoben.¹⁰ Seither sind Personen unter Sachwalterschaft in der Ausübung ihres Wahlrechts nicht mehr beschränkt.

Das *Sachwalterrechts-Änderungsgesetz (SWRÄG) 2006* stellt die erste große Novelle des seit 1984 bestehenden Sachwalterrechts dar. Damit wurde auf die in der Zwischenzeit eingetretenen rechtlichen und gesellschaftlichen Veränderungen reagiert. Zentrales Ziel war es, das weitgehend geschätzte Institut der Sachwalterschaft auch künftig funktionsfähig zu erhalten. Die Grundlage der vom SWRÄG 2006 gesetzten Maßnahmen bildet das Vertrauen in die bestehenden Familienstrukturen. Während das Sachwalterrecht 1984 noch stärker vom Vertrauen in Staats- und Rechtsinstitutionen und von der Skepsis gegenüber der Familie geprägt war, werden nunmehr die Familien als hoch funktionsfähige Institutionen wiederentdeckt.¹¹ Sie sollen vermehrt – möglichst ohne rechtliche Hindernisse oder zumindest ohne öffentlichen Aufwand – die Fürsorgeaufgaben, die gemäß § 21 ABGB jedenfalls auch solche des Staates sind, übernehmen. Geprägt von dieser Zielsetzung geht die Reform deutlich über das Sachwalterrecht hinaus.¹²

Im „klassischen“ Sachwalterrecht wurden:

- das Subsidiaritätsprinzip gestärkt;
- die medizinische Behandlung von Personen unter Sachwalterschaft und die Bestimmung des Wohnortes erstmals geregelt;
- die Bedeutung der Personensorge erhöht, indem die Verpflichtung zum monatlichen persönlichen Kontakt festgelegt wurde;
- Höchstgrenzen für die Anzahl an Sachwalterschaften pro Rechtsanwalt, Notar (jeweils 25) und Einzelpersonen (5) festgelegt (§ 279 Abs 5 ABGB). Dabei handelt es sich um widerlegbare Rechtsvermutungen;
- die Sachwalterverfügung neu geschaffen (§ 279 Abs 1 ABGB); sie bietet die Möglichkeit, vor Verlust der Geschäftsfähigkeit und Einsichts- und Urteilsfähigkeit – relativ verbindlich – zu bestimmen, wer zum Sachwalter bestellt werden soll, wenn das irgendwann einmal erforderlich ist.

Zusätzlich wurde bei den Sachwaltervereinen das Bestellungssystem umgestellt. Seit dem SWRÄG 2006 werden nur mehr die Vereine, also die juristische Person, zum Sachwalter bestellt. Bis 2007 konnten nur natürliche Perso-

¹⁰ VfGH 7.10.1987 G 109/87, Slg 11.489.

¹¹ Pilgram (2006) 209. Aber schon das Sachwalterrecht brachte gegenüber der Entmündigungsordnung eine stärkere Einbindung der Familien.

¹² Insgesamt zum SWRÄG 2006 s. Barth/Ganner (Hg) Handbuch des Sachwalterrechts²; Schauer Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007 173 (Teil I) und 217 (Teil II); Schwimann Neuerungen im Obsorge-, Kuratel- und Sachwalterrecht, EF-Z 2006 68.

nen, also die Mitarbeiter dieser Vereine, eine Sachwalterschaft übernehmen. Generelles Ziel der Novelle war die Abkoppelung des Sachwalterrechts vom Kindschaftsrecht, weshalb in den meisten Bereichen, in denen früher auf das Kindschaftsrecht verwiesen wurde, eigene, wenn auch zumeist gleichartige, Normen geschaffen wurden.

Außerhalb des „klassischen“ Sachwalterrechts wurden neu geschaffen:

- die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger (§§ 284b bis 284e ABGB); automatisch (ex-lege) mit dem Verlust der Entscheidungsfähigkeit wird ein nächster Angehöriger vertretungsbefugt. Nächste Angehörige sind: Eltern; volljährige Kinder; der Ehegatte und eingetragene Partner, wenn er im selben Haushalt lebt und der Lebensgefährte, der seit mindestens 3 Jahren im selben Haushalt lebt. Die Vertretungsbefugnis ist – in Anlehnung an die eheliche Schlüsselgewalt gemäß § 96 ABGB – dem Umfang nach auf Geschäfte des täglichen Lebens und Geschäfte zur Deckung des Pflegebedarfs beschränkt. Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger stellt eine Besonderheit im europäischen Recht dar, weil es sie in dieser Art und Weise sonst nirgends gibt. In Deutschland wurde im Rahmen der Reform des Betreuungsrechts bewusst auf die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger verzichtet, weil – mangels gerichtlicher Kontrolle – zu viel Missbrauch befürchtet wird. Das Gleiche gilt für das Fürstentum Liechtenstein, das mit 1.1.2011 das gesamte österreichische Sachwalterrecht übernommen hat. Auch hier wurde die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger abgelehnt. In der Schweiz wird jedoch eine Angehörigenvertretung, vergleichbar jener in Österreich, eingeführt. Sie wurde bereits beschlossen, wird aber voraussichtlich erst 2013 in Kraft treten.
- die Vorsorgevollmacht (§§ 284f bis 284h ABGB); dabei handelt es sich um eine privatautonome Vorsorge für einen Zeitpunkt, in dem man nicht mehr selbst entscheidungsfähig ist. Es wird eine selbst gewählte Person beauftragt, die Vertretung zu übernehmen. Sie bietet mehr Gestaltungsmöglichkeiten als die Sachwalterschaft und die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger. Die Vorsorgevollmacht birgt aber auch Gefahren. Vor allem besteht im Vergleich zur Sachwalterschaft eine erhöhte Missbrauchsgefahr, weil es keine automatische gerichtliche Kontrolle gibt.

Bereits 2006 wurde die *Patientenverfügung* (im Patientenverfügungsgesetz 2006) eigens gesetzlich geregelt.¹³ Diese bietet die Möglichkeit, medizinische Maß-

¹³ Meines Erachtens wäre es sinnvoller gewesen, diese, ebenso wie die Vorsorgevollmacht und die Sachwalterverfügung, im ABGB zu regeln, weil es sich auch dabei zweifellos um eine zivilrechtliche Materie handelt.

nahmen im Vorhinein, also zu einem Zeitpunkt, in welchem man noch entscheidungsfähig ist, abzulehnen.

D. Rechtsvergleich

1. Gesetzliche Vertretungen

Abgesehen von den unterschiedlichen Bezeichnungen (Sachwalterschaft, Betreuung, tutela/curatela und guardianship) sind die Systeme Österreichs, Deutschlands, Spaniens, Tschechiens und Dänemarks durchaus in ihren Strukturen ähnlich. Während Österreich, Spanien und Tschechien in der Praxis den Focus hauptsächlich auf die Geschäftsfähigkeit legen und diese auch noch per Gesetz einschränken (vgl. § 280 ABGB), sehen Deutschland und Dänemark eine duale Kompetenz vor, wonach, soweit überhaupt eine Einschränkung der Entscheidungsfähigkeit angenommen wird, die Zustimmung der betroffenen Person immer erforderlich ist. In Deutschland wird insgesamt aber nur in ca. 8 % der Fälle ein Einwilligungsvorbehalt (vgl. § 1903 BGB) gerichtlich angeordnet, was dazu führt, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf.

Das dänische System des *guardianship* zeichnet sich durch die sehr geringe Zahl an betroffenen Personen, insbesondere im Vergleich mit Österreich und Deutschland, aus. Die Aufgabe der bestellten *guardians* beschränkt sich auf die Vertretung in Vermögensangelegenheiten. Für die Personensorge ist die Gemeinde zuständig, die auch die Versorgung mit nötigen Unterstützungsleistungen übernimmt. Entscheidungen über Gesundheitsangelegenheiten, die die betroffene Person nicht mehr selbst treffen kann, werden in einer öffentlich-rechtlichen Behörde, die aus einem interdisziplinären Team besteht, getroffen.

Das tschechische System ist noch sehr paternalistisch ausgeprägt. Nach der *Wende* 1990 wurde dort wiederum im Wesentlichen das System der österreichischen Entmündigungsordnung von 1916 eingeführt. Bis dahin hatten ja Tschechien und Österreich eine gemeinsame Rechtsordnung. Demnach gibt es derzeit in Tschechien drei Stufen der Sachwalterschaft, die mit beträchtlichen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit betroffener Personen verbunden sind. Von Sachwalterschaften sind in Tschechien kaum ältere Menschen betroffen, sondern zumeist jüngere psychisch Kranke. Aus der Sicht der Grundrechte (zB EMRK), aber vor allem auch seit der Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention, besteht ein erheblicher Reformdruck, um das bestehende System an das Niveau anderer Staaten heranzuführen.

Das spanische Recht differenziert zwischen *Curatela*, die die Personensorge umfasst, und *Tutela*, die die Vermögensangelegenheiten betrifft. Während die Anordnung der *Tutela* zur Einschränkung der Geschäftsfähigkeit führt, berührt die *Curatela* die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, also die Fähigkeit, in persönlichen Angelegenheiten (zB medizinische Behandlung oder Wohnortbestimmung) zu entscheiden, nicht. Das deckt sich mit den österreichischen Regelungen. In Spanien kommt verkomplizierend hinzu, dass die 17 *Comunidades Autónomas* kein einheitliches Zivilrecht haben, sodass es von *Comunidad* zu *Comunidad*, wenn auch in diesem Bereich nur geringfügig, rechtliche Unterschiede gibt.

2. Freiheitsbeschränkungen

Während es im Bereich der rechtsgeschäftlichen Vertretung in allen untersuchten Ländern durchwegs vergleichbare Systeme gibt, differieren die Rechtsnormen, vor allem aber die Rechtspraxis bei Zwangsmaßnahmen zum Schutz vor Selbst- oder Fremdgefährdung sehr stark.

In Österreich handelt es sich dabei regelmäßig um einen hoheitlichen Eingriff in das Grundrecht auf Bewegungsfreiheit (Art 5 EMRK). Freiheitsbeschränkungen anordnende Personen – Ärzte, damit beauftragtes pflegerisches oder pädagogisches Personal – sind mit Hoheitsgewalt beliehen und werden für den Bund tätig, der dementsprechend für Fehler nach dem AHG haftet. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Freiheitsbeschränkungen im gegenständlichen Bereich sind eine psychische Krankheit oder geistige Behinderung bei der betroffenen Person, die eine ernstliche¹⁴ und erhebliche¹⁵ Fremdgefährdung verursacht. Einfachgesetzliche Rechtsgrundlagen sind das Unterbringungsgesetz (UbG), das die Zwangsanhaltung und die Zwangsmaßnahmen in psychiatrischen Anstalten und psychiatrischen Abteilungen von Krankenanstalten regelt, und das Heimaufenthaltsrechtsgesetz (HeimAufG), das in Pflege- und Behinderteneinrichtungen sowie in Krankenanstalten zur Anwendung kommt. Die zentrale Besonderheit des österreichischen Rechts liegt darin, dass den von Freiheitsbeschränkungen betroffenen Personen eigene gesetzliche Vertreter zur Seite gestellt werden, nach dem UbG die Patientenanhaltsgesellschaft und nach dem HeimAufG die Bewohnervertretung. Bei beiden Vertretungsinstitu-

¹⁴ Der Eintritt des Schadens muss wahrscheinlich und nicht nur denkbar sein. Dass eine alte Frau schon einmal gestürzt ist, indiziert die Erheblichkeit noch nicht.

¹⁵ Der zu befürchtende Schaden muss das Ausmaß einer schweren Körperverletzung iSd § 84 StGB erreichen. Eine solche liegt vor, wenn eine länger als vierundzwanzig Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit eintritt oder die Verletzung oder Gesundheitsschädigung an sich schwer ist.

tionen handelt es sich um – im Wesentlichen – staatlich finanzierte Vereine, die darüber hinaus insbesondere auch Sachwalterschaften übernehmen. Freiheitsbeschränkungen nach dem UbG werden von Amts wegen gerichtlich überprüft, Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG nur auf Antrag.

In Deutschland und in Spanien erfolgt die Zwangsanhaltung mittels zivilrechtlicher Vertretung durch den gesetzlichen Betreuer bzw. Curator. Dieser erteilt als Vertreter die Zustimmung für die betroffene Person in die Zwangsmaßnahme. Diese Zustimmung unterliegt jeweils der gerichtlichen Genehmigungspflicht.

In Tschechien handelt es sich bei Zwangsanhaltungen, wie auch in den anderen Ländern, um eine Maßnahme des Gesundheitswesens. Die Entscheidungen werden ausschließlich durch die behandelnden Ärzte getroffen. Eine (systematische) gerichtliche Kontrolle gibt es nicht.

In Dänemark werden Zwangsmaßnahmen, ebenso wie in Österreich, öffentlichrechtlich geregelt. Die Entscheidungen werden aber auf verwaltungsrechtlicher Ebene, häufig auch in Form von polizeilichen Maßnahmen, getroffen.

E. Schlussbemerkungen

Sowohl rechtliche Grundlagen als auch faktische Handhabung differieren europaweit im Bereich der Sachwalterschaft (Betreuung, curatela y tutela, guardianship) beträchtlich. Gemein ist allen Ländern, dass die Zahl der unterstützungsbedürftigen Personen schnell ansteigt. Dies, die damit verbundenen Kostensteigerungen im öffentlichen Sektor, aber auch das verbesserte Grundrechtsbewusstsein in der Gesellschaft erzeugen rechtlichen und sozialpolitischen Handlungsbedarf. Die UN-Behindertenrechtskonvention, die von allen der Untersuchung unterzogenen Staaten bereits ratifiziert wurde, verstärkt diese Entwicklung. Sie verpflichtet die Staaten, alle Maßnahmen zu treffen, um die vollständige gesellschaftliche Inklusion von Menschen mit Behinderungen zu ermöglichen. Ziel ist dabei, betroffene Menschen so weit zu unterstützen, dass sie möglichst alle Entscheidungen selbst treffen können. Das „supported decision making“ soll das „substituted decision making“ weitgehend ablösen. Durch diese Entwicklungen werden die europäischen Staaten auch im Bereich der rechtlichen Vertretungen und bei Zwangsmaßnahmen nach und nach näher zusammenrücken.

Literaturliste

- Barth Peter/Ganner Michael (Hg) (2010) Handbuch des Sachwalterrechts².*
Ent Herbert/ Hopf Gerhard (1983) Das Sachwalterrecht für Behinderte 25.
Ganner Michael Entwicklung und Status quo des Sachwalterrechts und seiner Alternativen in Österreich, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hg) (2011) Festschrift 200 Jahre ABGB 357.
Pilgram Arno (2006) Das neue Sachwalterschaftsrecht aus der Sicht der Sozialwissenschaft in Recht und Würde im Alter, Schrifreihe des Bundesministeriums für Justiz (Hg) – Band 126 201.
Schauer Martin (2007) Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007 173 (Teil I) und 217 (Teil II).
Schwimann Michael (2006) Neuerungen im Obsorge-, Kuratel- und Sachwalterrecht, EF-Z 2006 68.

Univ. Prof. Dr. Michael Ganner
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Telefon: +43[0]512-507 81 DW 08
michael.ganner@uibk.ac.at

Zivilrechtliche Aspekte der Flüchtlingsbetreuung – Antworten im ABGB

A. Allgemeines zur Gesetzeslage

Mit den Bundesbetreuungsgesetzen 1990¹ und 1991² (BBetrG) und den Verordnungen zu den BBetrG wurde eine umfassende Regelung der Betreuung von Flüchtlingen in Österreich getroffen. Die in diesen Gesetzen vorgesehenen Ansprüche auf Unterbringung, Versorgung und Verpflegung (Betreuungsleistungen) waren privatwirtschaftlicher Natur, was zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Inanspruchnahme durch die Betroffenen geführt hatte. Schließlich waren etliche mittellose Flüchtlinge mangels eines Rechtsanspruchs auf Betreuungsleistungen auf die Barmherzigkeit Privater angewiesen. Insbesondere karitative Organisationen erbrachten Leistungen, die eigentlich der öffentlichen Rechtsträger (Bund bzw Land) zu erbringen gehabt hätte. Zu dieser Rechtslage führte der OGH in seiner richtungsweisenden Rsp zu 1 Ob 272/02k vom 24.2.2003³ aus, dass das BBetrG 1991 als ein sog *Selbstbindungsgesetz* zwar reinen Innennormcharakter hat und daher aus dem Gesetz selbst grundsätzlich keine subjektiven Rechte ableitbar sind, Betroffene jedoch aufgrund der *Fiskalgeltung der Grundrechte* einen Rechtsanspruch auf Betreuungsleistungen haben, sofern sie die gesetzlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme erfüllen.⁴ Schließlich konnte sich der

¹ BGBl 452/1990.

² BGBl 405/1991.

³ In dieser Rechtssache begehrte eine private Organisation von der Republik Österreich den Ersatz der Kosten für Betreuungsleistungen, die sie gegenüber einer Familie, die Asyl beantragt hatte, erbracht hatte. Dieser Familie wurden Leistungen aus der Bundesbetreuung, die zum Antragszeitpunkt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt wurden, verweigert, obwohl sie die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Leistungen erfüllt hätte. Die Leistungsverweigerung wurde damit begründet, dass die Familie keinen Rechtsanspruch auf Betreuungsleistungen nach dem BBetrG 1991 habe, weil dieses Gesetz jeglichen Rechtsanspruch ausschließt; vgl auch OGH 21.6.2004, 9 Ob 71/03m, wobei in dieser Rechtssache nicht das Gleichbehandlungsgebot nach Art 7 B-VG die unmittelbare Anspruchsgrundlage war, sondern jenes aus dem BBetrG selbst.

⁴ Vgl *Wilhelm migraLex* 2003 74.

Betroffene auf die *Gleichheitswidrigkeit*⁵ der Leistungsverweigerung berufen, wenn ihm Betreuungsleistungen verweigert wurden, obwohl er dieselben Voraussetzungen erfüllte, wie jene Flüchtlinge, welchen aufgrund des Gesetzes Betreuungsleistungen gewährt wurden.⁶ Insofern waren Ansprüche auf Leistungen nach den BBetrG – wenngleich sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erbracht wurden und *de lege* kein Rechtsanspruch bestand – auch zivilgerichtlich *einklagbar*.

Aufgrund der Vorgaben der *Richtlinie 2003/9/EG des Europäischen Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten vom 27.1.2003*⁷ (Aufnahme-RL), die in Österreich nach Abschluss einer Art 15a B-VG-Vereinbarung zwischen Bund und Ländern (Grundversorgungsvereinbarung, GVG) umgesetzt wurde, wurde die Betreuung von Asylwerbern und Fremden in Österreich neu geregelt: Mit dem Grundversorgungsgesetz Bund (GVG-B) für Asylwerber, deren inhaltliches Asylverfahren in Österreich durchgeführt wird und – nach Zulassung zum inhaltlichen Asylverfahren oder/bzw hinsichtlich Fremder, unabhängig von einem Asylverfahren – mit neun Landes-Grundversorgungsgesetzen (Landes-GVG). Die damit geregelte Grundversorgung ist vergleichbar mit der Sozialhilfe bzw Mindestsicherung, wobei die Grundversorgungsgesetze (GVG) nur auf Asylwerber und/oder Drittstaatsangehörige (Fremde) anzuwenden sind.

Die Aufnahme-RL gibt den Mitgliedstaaten der EU vor, dass bestimmte, nämlich für jeden Menschen essenzielle Leistungen, wie etwa Unterbringung, Versorgung und Verpflegung, unabdingbar sind und der Mitgliedstaat diese den betroffenen Asylwerbern jedenfalls zu gewähren hat. Während nach dem GVG-B Betreuungsleistungen, die nur gegenüber Asylwerbern erbracht werden, hoheitlicher Natur sind, regeln die Landes-GVG sowohl hoheitliche als auch privatwirtschaftliche Leistungsansprüche von Asylwerbern und Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen.

Asylwerber haben seit Inkrafttreten der GVG jedenfalls einen hoheitlichen Anspruch auf die bereits in der Aufnahme-RL grundgelegten notwendigsten Betreuungsleistungen. Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, also Personen, die etwa bereits ein Asylverfahren negativ durchlaufen oder nie Asyl beantragt haben (Fremde), können Betreuungsleistungen nur im Rahmen der Privat-

⁵ Art 7 B-VG iVm dem BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung (BGBl 390/1973).

⁶ Das gleiche trifft auch auf Fremde zu, die keinen hoheitlichen Anspruch auf Grundversorgungsleistungen haben, aber nach den GVG der Länder betreut werden können sowie auf Leistungen, auf die kein hoheitlicher Anspruch besteht, zu.

⁷ ABl L31/18 vom 6.2.2003; in weiterer Folge Aufnahme-RL genannt; aktueller Änderungsvorschlag der Europäischen Kommission vgl KOM (2008) 815 endg vom 3.12.2008.

wirtschaftsverwaltung (nach einem Landes-GVG) gegenüber dem öffentlichen Rechtsträger geltend machen. Sofern eine Differenzierung nicht erforderlich ist, werden diese in weiterer Folge kurz Flüchtlinge oder Betroffene genannt, ansonsten Asylwerber oder Fremde.

Die knappe Darstellung der nunmehr geltenden Gesetzeslage zeigt bereits, dass die rechtliche Beurteilung der Leistungs- und – im Schadensfall – der Haftungsansprüche einer genauen Analyse der grundsätzlich im öffentlichen Recht geregelten Anspruchsgrundlagen bedarf, da sich der Lebenssachverhalt Flüchtlingsbetreuung an einer Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht befindet.

Hier werden die Besonderheiten, die im Rahmen der Flüchtlingsbetreuung – mit dem Fokus auf die Unterbringung in sog *Flüchtlingsheimen* – für die Beurteilung der zivilrechtlichen Aspekte von wesentlicher Bedeutung sind, skizziert.

B. Betreuung in Flüchtlingsheimen

Flüchtlinge werden in Österreich überwiegend in sog Flüchtlingsheimen betreut.⁸ Bei einem Heim handelt es sich ganz allgemein um eine Einrichtung, die von öffentlichen Rechtsträgern für die Erreichung bestimmter Verwaltungszwecke mit einem Bestand an Sach- und Personalmitteln auf Dauer eingerichtet wird. *Flüchtlingsheime* werden nach Art 3 Abs 1 GVV auch als *Betreuungseinrichtungen* (Betreuungsstellen, Erstaufnahmestellen) bezeichnet. Wie das Heim betrieben wird, sagt grundsätzlich nichts darüber aus, ob die Rechtsbeziehung zwischen Heimträger und Heimbewohner öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.

Der öffentliche Rechtsträger gewährleistet mit der Erbringung von Betreuungsleistungen den Betroffenen Unterstützung bei der persönlichen Lebensgestaltung. Dazu ist er bereits nach völkerrechtlichen Reglements, wie insbesondere nach Art 2 EMRK, welcher das Recht auf Leben und Art 3 EMRK, welcher das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung verfassungsgesetzlich normiert, verpflichtet. Die Inanspruch-

⁸ Nach Art 9 GVV wird zwischen organisierten und individuellen Unterkünften, in welchen Flüchtlinge untergebracht werden, differenziert. Bei den organisierten Unterkünften handelt es sich „einerseits [um] Unterkünfte, wo den betreuten Personen **Vollversorgung in herbergsartigen Unterkünften** gewährt wird und andererseits [um] Unterkünfte, wo unter Anleitung **Unterkunft und Versorgungsmittel zur Verfügung gestellt** werden“. Bei den individuellen Unterkünften handelt es sich um „andere Unterkünfte“, wie etwa eine private Wohnung (private Unterbringung); vgl ErlRV 412 Blg 22 GP zu Art 9 GVV.

nahme der zur Verfügung gestellten Leistungen wird aber regelmäßig an Bedingungen geknüpft, um die Leistungserbringung gegenüber allen Betroffenen (Heimbewohnern) angemessen, insbesondere ohne Eingriff in die Rechte des einen Betroffenen durch Handlungen/Unterlassungen eines anderen Bewohners, gewährleisten zu können. Der öffentliche Rechtsträger gewährleistet also den Betroffenen die Möglichkeit, Betreuungsleistungen unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Damit dieses Teilhabe-System auch funktioniert, wird die Freiheit des Einzelnen auch eingeschränkt,⁹ indem etwa mit einer Heim- oder Hausordnung Verhaltensregeln, die der Betroffene einzuhalten hat, festgelegt werden.

Heim- oder Hausordnungen können etwa vorsehen, dass ab 22:00 Uhr jeder Heimbewohner in seinem Zimmer sein muss oder aber, dass der Betroffene einen allfälligen Ortswechsel (jedenfalls für bis zu drei Tage) dem öffentlichen Rechtsträger melden muss. Eine (unangemeldete) Abwesenheit (von länger als drei Tagen) kann zu Sanktionen dieses Verhaltens, im Extremfall auch zur Entlassung aus der Grundversorgung führen.¹⁰

Verfügungen wie diese, die im Ergebnis zu einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit führen können, müssen aber derart erfolgen, dass die Persönlichkeits-, Grund- und Menschenrechte des Betroffenen nicht verletzt werden. Prüfungsmaßstab ist (im Zivilrecht) § 16 ABGB¹¹ sowie das BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG).¹² Eine das Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzende Einschränkung der Bewegungsfreiheit kann

⁹ Nach *Pernthaler* wird dieser Gedanke – zwar „verborgen, aber [in] juristisch relevanten Ansätzen“ – auch von der österreichischen Bundesverfassung getragen, nämlich (in Anlehnung an *Kelsen* [Hauptprobleme der Staatsrechtslehre² (1923) 405 ff]) in der Kompetenzverteilung, in der einfachgesetzlichen inhaltlichen Ausgestaltung der Grundrechte sowie in den „**materiellen Grundnormen** des positiven Rechts“. Der Autor betont, dass der soziale Rechtsstaat „– als Rechtsstaat überhaupt – keine anderen Grundnormen als den Schutz der Freiheit und die Würde des Menschen“ kennt. Aus dieser Maxime leitet er sodann die gesellschaftlichen Ordnungssysteme des *liberalen* und *sozialen* Rechtsstaates ab, woraus sich wiederum – in Anlehnung an *Dürig* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AGR 1956 131 f und 142 – die soziale Gerechtigkeit als Auftrag an die Rechtsordnung ableiten lässt. *Pernthaler* JBl 1965 58 ff; Hervorhebungen im Original.

¹⁰ Vgl Hausordnung der Tiroler Flüchtlingskoordination aus dem Jahr 2009 (unveröffentlicht).

¹¹ Die Verpflichtung zur Einhaltung einer Heim- oder Hausordnung führt demnach nicht nur nach dem öffentlichen Recht zu einem Eingriff in die (verfassungsgesetzlich gewährleisteten) Rechte des Betroffenen, auch zivilrechtliche Ansprüche, vor allem jene resultierend aus § 16 ABGB, werden dadurch berührt. Diese Bestimmung regelt den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, insb hinsichtlich des Schutzes der Privat- und Intimsphäre sowie der wirtschaftlichen Interesse des Einzelnen; *Barta* Zivilrecht² (2004) 250.

¹² Diese Kriterien können in dieser Arbeit aus thematischen Gründen nicht erörtert werden.

- wenn der Betroffene einen hoheitlichen Anspruch auf Grundversorgungsleistungen hat, eine Amtshaftung des öffentlichen Rechtsträgers zur Folge haben, und zwar auch für immaterielle Schäden^{13,14}
- wenn der Betroffene im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung einen zivilrechtlichen Anspruch auf Grundversorgungsleistungen hat, die Schadenersatzhaftung des öffentlichen Rechtsträgers nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts zur Folge haben. Rechtsgrundlage in diesem Fall ist § 16 ABGB (Art 5 EMRK) iVm § 1295 ABGB.

Als Anspruchsgrundlagen für einen allfälligen Unterlassungsanspruch wegen Verletzung der Privatsphäre nach § 16 ABGB und/oder Schadenersatzanspruch¹⁵ kommen für den Betroffenen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nachstehende Bestimmungen in Betracht:

- § 39 ABGB: Recht auf Achtung religiösen Empfindens
- §§ 1325 bis 1327 ABGB: Schadenersatz bei Beeinträchtigung von Leben, Gesundheit und Erwerbsfähigkeit
- §§ 1328, 1329 ABGB: Recht auf Freiheit
- § 1328a ABGB: Recht auf Wahrung der Privatsphäre
- § 1330 ABGB: Recht auf Ehre, wirtschaftliches Fortkommen und Kreditfähigkeit
- § 77 UrhG: Recht auf Wahrung des Briefgeheimnisses

C. Defizite der Heimbetreuung und Lösungsmodelle

*Walzel v. Wiesentreu*¹⁶ hat mE zutreffend festgestellt, dass in Anstalten, wie insbesondere Heimen, „häufig psychologische Hemmungen [...] den Betroffenen daran hindern, seine Möglichkeiten und Rechte wahrzunehmen, entweder, weil der ihm zur Verfügung stehende Rechtsweg zu langwierig und ineffektiv ist oder notwendig über den unmittelbar Dienstvorgesetzten bzw. Gewalthaber führt. Gerade in den zuletzt genannten Fällen steht zu befürchten, dass eine Beschwerde für den Betroffenen, der gezwun-

¹³ Zum Begriff vgl. *Schwarzze* in Ganner (Hg) FS Barta 195 ff.

¹⁴ Vgl. *Schärgel* AHG, Rz 169 zu § 1 AHG

¹⁵ Nicht behandelt wird hier ein allfälliger Amtshaftungsanspruch.

¹⁶ *Walzel von Wiesentreu* JBl 2000 717.

gen ist, zeitlich befristet oder unbefristet in einer Anstalt oder einem anstaltsmäßig organisierten Verband zu verbleiben, die Gefahr von Nachteilen dauernder Art (Repressalien, Schikane) mit sich bringt. Hinzu tritt, dass die Erfolgsaussichten einer Beschwerde aus Gründen prozessualer Beweiswürdigung dort gering sind, wo der Beschwerde zugleich einziger Zeuge in der Sache selbst ist.“¹⁷

Aus diesen Erwägungen bedarf es jedenfalls effektiver Instrumente, um die Überwachung und Überprüfung von Maßnahmen in Flüchtlingsheimen zu gewährleisten. Dazu sind Institutionen erforderlich, welche die Interessen der Betroffenen, die unter Umständen aufgrund persönlicher Eigenschaften – wie insbesondere die Angst, etwaige Beschwerden hinsichtlich der Betreuung könnten das Asylverfahren negativ beeinträchtigen – ihre Interessen selbst nicht wahrnehmen können, wahrnehmen und vertreten. Der Heimträger ist nämlich entweder der öffentliche Rechtsträger selbst oder eine private Organisation, die gegenüber dem öffentlichen Rechtsträger weisungsgebunden ist bzw. den ihr anvertrauten Auftrag vertragskonform erfüllen muss, somit stets eigene Interessen und indirekt jene des öffentlichen Rechtsträgers wahrzunehmen hat.

Eine andere Möglichkeit für eine effektive Kontrolle ist die Einrichtung von Institutionen mit gesetzlich verankerten Überwachungs- und/oder Kontroll-Befugnissen, wie bspw eine *Heimanwaltschaft*. Dieses Modell ist im Alten- und Behindertenrecht bereits seit über einem Jahrzehnt gesetzlich verankert.¹⁸ Die Heimanwälte kümmern sich um die Angelegenheiten von betagten oder behinderten Personen in den für diese Personen eingerichteten Heimen.

Für die Regelung der rechtlichen Verhältnisse in den Heimen und die Wahrung der Rechte der Heimbewohner werden auch Gesetze erlassen, wie etwa das Tiroler Heimgesetz 2005 (Tir HeimG)¹⁹ oder aber das im KSchG geregelte und bundesweit geltende Heimvertragsgesetz (HVerG)²⁰ nach §§ 27b bis 27i KSchG²¹. Diese Bestimmungen gewährleisten – neben den Grund- und

¹⁷ *Winkel von Wiesentrenz* JBl 2000 718.

¹⁸ Vgl § 8 Tir HeimG, LGBl 23/2005: „(1) Zur Wahrung und Sicherung der Rechte und Interessen der Heimbewohner nach diesem Gesetz hat die Landesregierung eine fachlich geeignete Person auf die Dauer von fünf Jahren zum Heimanwalt zu bestellen [...] (2) [...] Er kann außerhalb der Landeshauptstadt Sprechstage abhalten, soweit dies zur Besorgung seiner Aufgaben zweckmäßig ist.“.

¹⁹ Das Tir HeimG hat zum Ziel: „a) den Schutz der Rechte und Interessen von Heimbewohnern sowie von Personen, die in absehbarer Zeit in einem Heim aufgenommen werden wollen; b) die Wahrung der Menschenwürde, die Wahrung und Förderung der Selbständigkeit, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Heimbewohner sowie die Sicherung der Pflegequalität [...]“.

²⁰ BGBl I 12/2004 idgF.

²¹ BGBl 140/1979 idgF.

Menschenrechten – rechtliche Rahmenbedingungen, die das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Rechtsträger und Heimbewohner sowie die einzelnen Ansprüche der Heimbewohner gegenüber dem Heimträger (private Organisation oder öffentlicher Rechtsträger) regeln. Die genannten einfachgesetzlichen Bestimmungen beziehen sich jedoch nicht auf Asylwerber und Fremde, die in den speziell für sie vorgesehenen Flüchtlingsheimen untergebracht werden.

Diese Beispiele zeigen, dass einerseits eine institutionalisierte *Interessenvertretung* und andererseits eine effektive Heimaufsicht notwendig und möglich sind.

D. Differenzierung zwischen Schadenersatzansprüchen und künftigen Ansprüchen auf Grundversorgungsleistungen

Ein allfälliger im Rahmen der Flüchtlingsbetreuung in der Sphäre des Betroffenen eintretender Schaden kann auf unterschiedlichste Ursachen zurückzuführen sein. Hier werden drei anspruchsgrundende Sachverhalte kurz skizziert, die in einem engen Zusammenhang mit der vom öffentlichen Rechtsträger organisierten Flüchtlingsbetreuung stehen und idR wohl vom öffentlichen Rechtsträger zu verantworten sind:²²

- Schäden, die daraus resultieren, dass bspw der Betroffene mangels Versorgungsleistungen (Lebensmittel, Medikamente etc) oder aber mangels (psychologischer und medizinischer) Behandlungen erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen erleidet;
- Schäden, die auf eine Sorglosigkeit des öffentlichen Rechtsträgers zurückzuführen sind, etwa aufgrund eines Organisationsverschuldens, wie etwa hinsichtlich des winterlichen Streudienstes;²³
- Schäden, die ein Dritter gegenüber dem öffentlichen Rechtsträger geltend machen kann, weil dieser statt dem öffentlichen Rechtsträger gegenüber Betroffenen Leistungen erbracht hat.

Von diesen rückwirkend geltend machbaren *Schadenersatzansprüchen* sind jedoch künftige *Leistungsansprüche auf Grundversorgung*, die mit einem entsprechenden Antrag bei der zuständigen Behörde begehrt werden können, zu unterscheiden. Diese Ansprüche werden hier nicht im Besonderen behandelt,

²² Ansprüche, die aus einer Leistungsstörung nach §§ 918 ff ABGB oder einer Schlechterfüllung (Gewährleistungsrecht nach §§ 922 ff und 1096 ff ABGB) resultieren, wie auch eine etwaige Haftung aufgrund eines Auswahlverschuldens des öffentlichen Rechtsträgers (*culpa in eligendo*) sowie die Haftung des öffentlichen Rechtsträgers für ein etwaiges Überwachungsverschulden (*culpa in custodiendo*) werden in dieser Arbeit nicht im Besonderen untersucht.

²³ Vgl OGH 17.12.2008, 2 Ob 127/08b.

zumal das Verfahren ein einfaches Verwaltungsverfahren ist, im Zuge dessen die Betroffenen die Möglichkeit haben, entsprechende Rechtsbehelfe bzw. -mittel einzubringen.

E. Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation

Der öffentliche Rechtsträger bedient sich idR privater Organisationen, die bestimmte Grundversorgungsleistungen erbringen,²⁴ sei es durch die Bereitstellung einer Unterkunft oder auch durch die Erbringung der Betreuungsleistungen selbst. Zivilrechtliche Grundlage ist ein Vertrag zwischen öffentlichem Rechtsträger und der privaten Organisation, welche diese Leistungen gegenüber den Betroffenen erbringt. Die Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation sagt nichts über die Art des Anspruches des Betroffenen aus, nämlich ob dieser öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Natur ist.

Der Vertrag zwischen öffentlichem Rechtsträger und der für die Besorgung der Aufgaben nach einem GVG beauftragten privaten Organisation kann folgende wesentliche Leistungsinhalte,²⁵ die sich aus Art 6 und Art 9 GVV ergeben, umfassen:

- *Unterbringung nach Art 6 Abs 1 Z 1 GVV*²⁶ („Unterbringung in geeigneten Unterkünften unter Achtung der Menschenwürde und unter Beachtung der Familieneinheit“; die Vertragsparteien vereinbaren hier die Unterbringung von Personen, die im Rahmen der Grundversorgung Anspruch auf eine Unterkunft haben)
- *Verpflegung nach Art 6 Abs 1 Z 2 GVV* („Versorgung mit angemessener Verpflegung“; die Verpflegung von Personen umfasst die Zurverfügungstellung von Mahlzeiten, die Bereitstellung von Hygieneartikeln etc)

²⁴ Nach Art 3 Abs 5 GVV, wenn die private Organisation nach dem GVG-B Grundversorgungsleistungen erbringt oder Art 4 Abs 2 GVV, wenn die private Organisation nach einem Landes-GVG Grundversorgungsleistungen erbringt.

²⁵ Unter die Grundleistungen eines Heimes fallen idR Gewährung von Unterkunft samt Beheizung, allgemeine Verpflegung sowie Grundbetreuung, wie auch eine Unterstützung für die Deckung unmittelbarer persönlicher Bedürfnisse, wie etwa Kleidung, Ausflüge; vgl dazu Grundleistungen nach dem HVerG gem § 27d KSchG; OGH 21.11.2006, 4 Ob 188/06k = SZ 2006/171; 17.4.2007, 10 Ob 24/07p.

²⁶ Die Beherbergung von pflegebedürftigen Personen erfolgt idR in entsprechenden Altenpfegeheimen oder stationären Einrichtungen für Behinderte. Dort gelten jedenfalls die Bestimmungen nach dem HVerG.

- *Betreuung nach Art 6 Abs 1 Z 8 und Z 11 GVV* („Information, Beratung und soziale Betreuung [...] durch geeignetes Personal unter Einbeziehung von Dolmetschern“ und „Maßnahmen zur Strukturierung des Tagesablaufs im Bedarfsfall“; die Betreuungsleistung umfasst idR eine soziale Betreuung, wie etwa Unterstützung bei Behördengängen, Kennenlernen der näheren Umgebung etc)
- *Klauseln, die die allgemeinen Mindeststandards zur Qualitäts sicherung regeln.* Mit diesen Vertragsbestandteilen wird sichergestellt, dass der Heimstandard angemessen und auch menschenwürdig ist. Welchen Anforderungen diese entsprechen müssen, ergibt sich unter anderem unmittelbar aus Art 6 Abs 1 GVV: „unter Achtung der Menschenwürde“ (Z 1), „angemessene Verpflegung“ (Z 2). Der Vertrag zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation kann die gemäß Art 6 GVV einzu haltenden Mindeststandards konkretisieren, etwa über wie viele Quadratmeter Wohnfläche eine Person in einem Flüchtlingsheim verfügen muss, wie oft die Bettwäsche zu wechseln ist, wie viele (warme) Mahlzeiten anzubieten sind etc. Diese Qualitätsstandards sind – wenn sie im Vertrag nicht als Hauptleistungspflichten vereinbart werden – sog Nebenleistungspflichten.²⁷ Zu solchen (nicht selbständige einklagbaren unselbständigen) vertraglichen Nebenleistungspflichten zählen insbesondere Maßnahmen zur Qualitätssicherung, sofern es keine Gesetze (hoheitlicher Natur) gibt, welche die qualitative Leistungserbringung sichern. In diesem Fall müssten mE diese Qualitätskriterien als Hauptleistungspflichten in den Vertrag aufgenommen werden,²⁸ damit der gesetzlich vorgesehene Anspruch auch eingeklagt werden kann.

²⁷ Bei den selbständigen Nebenleistungspflichten hat der Gläubiger ein von der Hauptleistung deutlich unterscheidbares, besonderes Interesse, sodass für die Erfüllung dieser Pflichten ein selbständiger Teil der Gegenleistung entrichtet wird; *Koziol/Wesler II*, 5; Die unselbständigen Nebenleistungspflichten bezeichnen lediglich die Vorbereitung und reibungslose Abwicklung der für den Vertragstyp charakteristischen Hauptleistung und haben insofern eine dienende Funktion. Auch die unselbständigen Nebenleistungspflichten werden im Einzelnen bedungen; sie können aber auch aus der ergänzenden Vertragsauslegung bzw der Übung des redlichen Verkehrs iSd § 914 ABGB oder aus einem Gesetz abgeleitet werden. Den unselbständigen Nebenleistungspflichten können idR auch keine messbaren Gegenleistungen zugeordnet werden; vgl OGH 8.3.1978, 1 Ob 520/78 = JBl 1979 201 = SZ 51/26, RIS-Justiz RS0013999.

²⁸ Schließlich können unselbständige Nebenleistungspflichten nicht eingeklagt werden. Sobald sie jedoch gesetzlich vorgesehen sind, müssen sie einklagbar sein, damit der Betroffene seinen Anspruch auch geltend machen kann. Andernfalls können die Nebenleistungspflichten nur mit der Hauptleistung selbst, etwa bei der Geltendmachung von Ansprüchen resultierend aus einer Leistungsstörung oder Gewährleistung, geltend gemacht werden.

F. Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation – Vertrag zu Gunsten des Betroffenen

Die vertragliche Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation, welche die Betreuung von Flüchtlingen (in den dafür vorgesehenen Betreuungseinrichtungen) zum Inhalt hat (Flüchtlingsbetreuungsvertrag), ermöglicht den (untergebrachten) Betroffenen bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche nach der GVV wesentliche Vorteile: Bei dem zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation abgeschlossenen Flüchtlingsbetreuungsvertrag handelt es sich um einen sogenannten *Vertrag zu Gunsten Dritter* nach § 881 ABGB.²⁹ Schließlich vereinbaren der öffentliche Rechtsträger und die private Organisation, dass Grundversorgungsleistungen gegenüber den Betroffenen erbracht werden³⁰ – der Vertrag wird zu diesem Zweck geschlossen.

Nachdem Asylwerber auf bestimmte Leistungen, wie etwa Unterkunft, Verpflegung, Bekleidung etc einen hoheitlichen Anspruch haben, der zivilrechtlich nicht abbedungen werden kann, sind diese Ansprüche mE im Flüchtlingsbetreuungsvertrag zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation als Klauseln im Sinne eines echten Vertrags zu Gunsten Dritter, nämlich mit einem unmittelbar einklagbaren Leistungsanspruch des Betroffenen zu formulieren, wie etwa „Der [im Flüchtlingsheim] untergebrachte Asylwerber hat Anspruch auf drei vollwertige Mahlzeiten am Tag“.³¹ Die Vertragspartner können allerdings im Vertrag oder aber in der Hausordnung eine Ausschlussklausel vorsehen, wonach der Betroffene Leistungen, auf die er keinen hoheitlichen Anspruch hat, nicht geltend machen kann, sondern eben nur der Vertragspartner selbst (etwa der öffentliche Rechtsträger, wenn

²⁹ Die Bestimmbarkeit dieser Leistung genügt; vgl OGH 26.2.1975, 8 Ob 259/74 = EvBl 1975/134 = ZVR 1975/113 = RZ 1975/45 § 89 = VersR 1975, 723 = JBl 1975,421 = VJ 1975, 14 = SZ 48/22; vgl dazu LGZ Wien 34 R 113/08g; 36 R 27/06x; vgl P. Bydlinski in KBB³ Rz 1 zu § 881 ABGB.

³⁰ Ein typisches Beispiel dafür wäre die Begünstigung eines Dritten aus einer Lebensversicherung, die zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsunternehmen abgeschlossen wird.

³¹ Für einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter spricht auch die Tatsache, dass die Leistungen hauptsächlich gegenüber den Betroffenen erbracht werden sollen; vgl dazu P. Bydlinski in KBB³ Rz 3 zu § 881 ABGB; bei unentgeltlichen Zuwendungen (aus dem Motiv der Freigiebigkeit) müssen auch bestimmte Formerfordernisse berücksichtigt werden, wie etwa die sofortige Übergabe der Leistung (Schenkung) oder die Errichtung eines Notariatsaktes (vgl P. Bydlinski in KBB³ Rz 5 zu § 881 ABGB), was mE im Rahmen der Flüchtlingsbetreuung nicht erforderlich ist, weil Grundversorgungsleistungen nicht aus einer Freigiebigkeit (Schenkungsabsicht) herrühren, sondern aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung zu erbringen sind.

er für bestimmte Leistungen ein Entgelt entrichtet, diese aber nicht vertragskonform erbracht werden).³²

Meines Erachtens ist auch der Anspruch eines Fremden ein solcher aus einem echten Vertrag zu Gunsten Dritter, sofern der Vertrag zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation nicht ausdrücklich differenziert, ob eine bestimmte Leistung nur gegenüber Asylwerbern zu erbringen ist, die einen hoheitlichen Anspruch haben, und/oder auch Fremden gegenüber, die keinen hoheitlichen Anspruch auf Betreuungsleistungen haben. Schlussendlich wird es auf die Formulierung im Vertrag ankommen und darauf, ob aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte zivilrechtliche Leistungsansprüche bestehen.

G. Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation – Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten der Betroffenen

Auch der sog. *Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter*,³³ der vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten auch gegenüber Dritten, die dem Vertragsverhältnis nahe stehen, entfaltet, ist im Rahmen der Flüchtlingsbetreuung von wesentlicher Bedeutung. Wenngleich der Betroffene nicht Vertragspartner des Flüchtlingsbetreuungsvertrages ist, weil Leistung und Gegenleistung aus diesem Vertrag vom öffentlichen Rechtsträger und der privaten Organisation erbracht werden, und der Betroffene daher außerhalb der (unmittelbaren) vertraglichen Rechtsbeziehung zwischen diesen Vertragspartnern steht,³⁴ haben die Vertragspartner ihre Schutz- und Sorgfaltspflichten auch gegenüber den Betroffenen wahrzunehmen: Die Vertragspartner haben ihre Leistungen *sorgfältig* zu erbringen, andernfalls im Falle der Schädigung eines Betroffenen dieser seine (grundsätzlich deliktischen) Schadenersatzansprüche nach den vertraglichen Haftungsgrundsätzen geltend machen kann. Selbstverständlich sind nur jene Betroffenen (Dritte) von diesem Rechtsinstitut erfasst und können ihre Ansprüche vertraglich geltend machen, die in einem Naheverhältnis zum Flüchtlingsbetreuungsvertrag stehen.

Schließlich sollen mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter „Dritte, deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung beim Vertragsabschluss vorhersehbar war und die der Vertragspartner entweder erkennbar

³² Die Grenze solcher Ausschlussklauseln liegt einerseits im Schikaneverbot nach § 1295 Abs 2 ABGB und andererseits in einer gröblichen Benachteiligung iSd § 879 ABGB; vgl. Kärner in KBB³ Rz 22 zu § 1295 ABGB.

³³ Das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist gesetzlich nicht geregelt, sondern wurde vielmehr von der Lehre entwickelt und von der Rsp übernommen; zur historischen Entwicklung und den dogmatischen Ansätzen vgl. Schmaranzer Vertrag 49 ff.

³⁴ Vgl. Schmaranzer Vertrag 22.

durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte oder an denen er ein sichtbar eigenes Interesse hat oder denen er selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist“³⁵ begünstigt werden³⁶ und ihnen in dieser rechtlichen Sonderbeziehung die Vorteile einer vertraglichen Haftung zu Gute kommen, wie insb die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB und die Haftung der Vertragspartner für ihre Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB.³⁷

Regelt der Flüchtlingsbetreuungsvertrag keine Schutz- und Sorgfaltspflichten – was idR der Fall sein wird –, bestimmen sich diese nach § 914 ABGB (objektive Vertragsauslegung).³⁸ Diese Pflichten können nicht abbedungen werden.

Liegen diese Voraussetzungen³⁹ vor, erstreckt sich die Wirkung des Vertrages zwischen privater Organisation und öffentlichem Rechtsträger auch auf Betroffene, die keinen unmittelbaren vertraglichen Anspruch auf Grundversorgungsleistungen haben. Das bedeutet, dass der Betroffene, der keinen hoheitlichen Anspruch auf Leistungen hat,⁴⁰ sondern im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung versorgt wird, im Fall eines (deliktischen) Schadens seinen (vertraglichen) Schadenersatzanspruch auf den Vertrag zwischen privater Organisation und öffentlichem Rechtsträger stützen kann, sofern er keinen unmittelbaren vertraglichen Anspruch geltend machen kann.⁴¹

Wenn also zwischen öffentlichem Rechtsträger und Betroffenem kein (ausdrücklicher) Vertrag abgeschlossen wird und Ansprüche des Betroffenen aus einer Sonderbeziehung fraglich sind, kann sich der Betroffene hilfweise

³⁵ F. Bydlinski JBl 1960 363.

³⁶ Voraussetzung für die Haftung eines Vertragspartners aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist, dass der Dritte durch die Vertragserfüllung erhöht gefährdet ist und der Interessensphäre eines Vertragspartners angehört. Die erhöhte Gefährdung des Dritten ergibt sich entweder daraus, dass dessen Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung, also der entgeltlichen Erbringung der Grundversorgungsleistungen durch die private Organisation, vorhersehbar war und der öffentliche Rechtsträger den Betroffenen erkennbar durch die Zuwendung der Hauptleistung begünstigen wollte oder an der Leistungserbringung gegenüber dem Betroffenen ein sichtbares eigenes Interesse hat oder dem Betroffenen gegenüber offensichtlich zur rechtlichen Fürsorge verpflichtet ist; vgl. Schmaranzer Vertrag 65 ff.

³⁷ Karner in KBB³ Rz 19 zu § 1295 ABGB.

³⁸ Der Vertrag ist – mangels ausdrücklicher Vereinbarung von Schutz- und Sorgfaltspflichten – nach der Übung des redlichen Verkehrs auszulegen.

³⁹ Vgl Liebmann Der Vertrag (2006) 194 ff.

⁴⁰ Verfügt der Betroffene über einen hoheitlichen Anspruch, ist das AHG die Haftungsgrundlage.

⁴¹ Ein Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn der Betroffene bereits einen vertraglichen Anspruch gegenüber einem der Vertragspartner hat und seinen Anspruch aus diesem geltend machen könnte.

auf einen Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter stützen und vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen.⁴²

Der Grundsatz der Subsidiarität des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter schließt den Anspruch nur bei Vorliegen eines *unmittelbaren* vertraglichen Anspruches aus. Etwaige weitere Ansprüche aus einem anderen Vertrag zugunsten Dritter, die insb dann bestünden, wenn sich die private Organisation zur Besorgung der Aufgaben (vertraglich) eines weiteren Dritten (Subunternehmer, der zB in der Küche tätig ist) bedienen würde, können durchaus nebeneinander bestehen.⁴³ Der Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter besteht mE auch neben Ansprüchen aus Sonderrechtsbeziehungen, weil Verträge über Leistungen aus der Grundversorgung grundsätzlich nicht zwischen öffentlichem Rechtsträger und Betroffenem, sondern nur zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation abgeschlossen werden und der Betroffene nicht unmittelbarer Vertragspartner ist und somit den Flüchtlingsbetreuungsvertrag auch nicht entsprechend mitgestalten kann.

In der Rechtssache 7 Ob 175/06w vom 25.4.2006 hatte der OGH zu beurteilen, ob aus dem Vertrag zwischen öffentlichem Rechtsträger (Land Niederösterreich) und einer privaten Organisation (Sozialeinrichtung der freien Wohlfahrtspflege) über die von dieser nach dem geltenden Sozialhilfegesetz zu erbringenden Betreuungsleistungen gegenüber behinderten Personen eine Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter resultieren kann.

Zwischen der privaten Organisation und dem öffentlichen Rechtsträger bestand eine Vereinbarung, wonach Leistungen nach dem Sozialhilfegesetz gegen Entgelt von der privaten Organisation erbracht werden sollten. Den Betroffenen wurde mittels Bescheid deren Leistungsanspruch zugesprochen. Im Rahmen der Betreuung wurde einer der Leistungsberechtigten aufgrund mangelnder Aufsicht von einem Kfz angefahren und schwer verletzt, weshalb dieser klagsweise Schadenersatz von der privaten Organisation begehrte. Der Betroffene stützte diesen Anspruch auf den Vertrag (zwischen privater Organisation und öffentlichem Rechtsträger) mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.⁴⁴

⁴² Vgl dazu OGH 11.10.2006, 7 Ob 175/06w.

⁴³ OGH 3.7.2009, 1 Ob 153/07t = Zak 2007/652 375 - Zak 2007 375 = ecolex 2007/381 927 - ecolex 2007 927 = bbl 2008/46/36 - bbl 2008/36 = RdU 2008/18 32 (*Schmaranzer*) - RdU 2008 32 (*Schmaranzer*) = immolex 2008 90/43 - immolex 2008/43 = wobl 2008 144/50 - wobl 2008/50 = RdW 2008/204 260 - RdW 2008 260 = JBI 2008 320 (*Haas/Stefula*) = MietSlg 59.102.

⁴⁴ Der unachtsame Betreuer war in diesem Verfahren – als deliktisch haftender – Zweitbeklagter.

Nachdem der öffentliche Rechtsträger – so der OGH – seine Leistungspflicht an die private Organisation übertragen habe und diese für die gesetzeskonforme Leistungserbringung auch bezahlt werde, sei auch die „*Erfüllungsverantwortung*“ an die private Organisation übertragen worden und würde den öffentlichen Rechtsträger – mangels Rechtswidrigkeit – daher auch keine Haftung treffen.⁴⁵

Grundsätzlich hätte sich der OGH mit der Frage befassen müssen, in welcher Funktion die private Organisation die Leistungen erbringt, nämlich ob als (ein hoheitliches Gesetz vollziehendes) Organ oder aber als (ein privatwirtschaftliches Gesetz vollziehender) Erfüllungshelfe des öffentlichen Rechtsträgers. Schließlich kann sich der öffentliche Rechtsträger „nicht völlig aus seiner Verantwortung entlassen, da es die Behindertenbetreuung durch die private Einrichtung weiterhin zu beaufsichtigen [...] hat“⁴⁶ insbesondere dann nicht, wenn die Aufsichtspflicht im Sozialhilfegesetz explizit normiert ist. Die Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und privater Organisation ist daher nach hoheitlichen Kriterien zu beurteilen. Der öffentliche Rechtsträger kann sich wohl allein durch die bloße Übertragung der Aufgaben nicht der Haftung entziehen,⁴⁷ solange er nach dem Gesetz die (Sach-)Leistungspflicht trägt.

Im Rahmen der Grundversorgung haftet also der öffentliche Rechtsträger insbesondere für Schäden, welche die private Organisation (als beliehenes Organ) im Rahmen der hoheitlichen Leistungserbringung verursacht hat, nach dem AHG und für Schäden, welche die private Organisation (als Erfüllungshelfe) im Rahmen der privatwirtschaftlichen Leistungserbringung verursacht hat, nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts.

H. Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und Asylwerber/Fremdem

Rechtsgrundlage für die Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und Betroffenem ist stets ein Gesetz, das dem Verwaltungsrecht zuzuordnen ist, nämlich das GVG-B, das die hoheitliche Leistungserbringung für Asyl-

⁴⁵ Eine Aufsichtspflichtverletzung des öffentlichen Rechtsträgers wurde nicht vorgebracht.

⁴⁶ JBI 2007 392.

⁴⁷ Nach § 1 Abs 2 AHG waren juristische Personen des Privatrechts, die hoheitliche Aufgaben erbrachten, (amts), „haftungsrechtlich immun“ (Schmaranzer JBI 2007 392) und konnten im ordentlichen Zivilverfahren nicht passiv legitimiert sein (OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k = SZ 74/55 mwN). Seit der Rsp des OGH zu 1 Ob 176/08a vom 26.2.2009 erübrigt sich die Unterscheidung, ob es sich bei der beliehenen Person um eine physische oder juristische Person handelt.

werber vorsieht oder (in weiterer Folge) ein Landes-GVG, das einerseits die hoheitliche Leistungserbringung gegenüber Asylwerbern und andererseits die privatwirtschaftliche Leistungserbringung gegenüber Fremden vorsieht.

Die entsprechende öffentlich-rechtliche Grundlage bestimmt, ob die daraus resultierende Rechtsbeziehung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Diese Gesetze beinhalten eine Grundversorgungspflicht des öffentlichen Rechtsträgers. Liegen die nach den GVG geforderten Voraussetzungen für eine Leistungserbringung vor, besteht bei Ansprüchen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ein sog. *Kontrahierungszwang* des öffentlichen Rechtsträgers.⁴⁸ Im Folgenden wird ausschließlich auf die Leistungserbringung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Bezug genommen.

Die wohl wichtigste Frage für die Beurteilung, welchen Schaden der öffentliche Rechtsträger zu ersetzen hat und in welchem Ausmaß, ist, welche Handlungspflichten ihn treffen:

Der öffentliche Rechtsträger ist aufgrund des GVG-B und der Landes-GVG verpflichtet, gegenüber Asylwerbern und Fremden Grundversorgungsleistungen zu erbringen. Der Betroffene ist idR auf diese Leistungen angewiesen – er kann aufgrund seiner Hilfs- und Schutzbedürftigkeit nicht darüber disponieren, ob er diese Leistungen vom einzigen Anbieter, nämlich dem öffentlichen Rechtsträger, annimmt oder nicht. Würde man das zivilrechtliche Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Rechtsträger und Betroffenem nur nach deliktschen, nicht jedoch nach vertraglichen Regeln beurteilen, wäre der öffentliche Rechtsträger nicht verpflichtet, die Betroffenen (unter Einhaltung entsprechender Schutz- und Sorgfaltspflichten) zu betreuen und auch *aktiv zu schützen*.⁴⁹ Eine solche Pflicht zum Handeln ergibt sich jedoch aus einer gesetzlichen Verpflichtung, nämlich einerseits aus den völkerrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und andererseits auch aus den einfachgesetzlichen GVG.⁵⁰ Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgaben besteht bereits eine Sonderbeziehung, die vertragliche Ansprüche rechtfertigt.

⁴⁸ Einem Kontrahierungszwang unterliegt idR ein Unternehmen, eine Institution oder der öffentliche Rechtsträger immer dann, wenn diese Einrichtung eine Monopol- oder monopolähnliche Stellung hat; vgl. dazu etwa die Straßenverwaltung: OGH 1.3.1989, 1 Ob 544/89 = JBl 1989 447 = SZ 62/34; vgl. Barta Zivilrecht² 308 f. Eben das trifft auf den öffentlichen Rechtsträger, der nach den GVG Grundversorgungsleistungen anbietet, zu, weil nur dieser nach diesen Gesetzen dazu verpflichtet ist und der hilfs- und schutzbedürftige Betroffene nur gegenüber dem öffentlichen Rechtsträger seine Ansprüche auf Grundversorgungsleistungen rechtlich auch durchsetzen kann. Wenn etwa eine private Organisation von sich aus Betreuungsleistungen erbringt, dann nur aus einer Freigiebigkeit heraus, der Betroffene kann daraus grundsätzlich keinen Anspruch ableiten.

⁴⁹ Vgl. Koziol/JBl 1994 211 f.

⁵⁰ Vgl. OGH 11.5.2010, 4 Ob 36/10p.

Eine weitere wesentliche Rechtsfolge der Sonderbeziehung zwischen öffentlichem Rechtsträger und Betroffenem ist, dass der öffentliche Rechtsträger auch *umfassenden Sorgfaltspflichten* nachkommen muss, indem er unter Umständen aktiv tätig wird, um Schäden in der Sphäre des Betroffenen (wie etwa eine Körperverletzung aufgrund baulicher Mängel im Flüchtlingsheim) abzuwenden.⁵¹ Der öffentliche Rechtsträger ist daher bspw verpflichtet, Angestellte und Subunternehmer (Organwalter bzw Erfüllungsgehilfen) sorgfältig zu wählen, Flüchtlingsheime auf bauliche Gebrechen und sonstige Gefahrenquellen zu kontrollieren, öffentlich-rechtliche wie auch zivilrechtliche Grundversorgungsansprüche des Betroffenen hinreichend wahrzunehmen und für die entsprechende Leistungserbringung Sorge zu tragen etc.

Das wesentliche Argument für derartige umfassende Pflichten ist auf eine entsprechende Einwirkungsmöglichkeit des öffentlichen Rechtsträgers auf das Rechtsverhältnis⁵² zwischen diesem und dem Betroffenen zurückzuführen. Schließlich schafft der öffentliche Rechtsträger durch die Ermöglichung einer solchen *Rechtsbeziehung* zwischen ihm und dem Betroffenen (Angebot von Betreuungsleistungen, die der Betroffene annimmt, weil er auf diese angewiesen ist) auch die – vom ihm beherrschbare – „*Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses*“.⁵³ Die umfassende Haftung ist also grundsätzlich auf diese *Beherrschbarkeit der schadensverursachenden Situation* zurückzuführen.⁵⁴

Andererseits könnte man zur Entlastung des öffentlichen Rechtsträgers damit argumentieren, dass dieser grundsätzlich nicht die Wahl hat, ob und wen er betreut. Schließlich handelt es sich beim Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Rechtsträger und Betroffenem nicht um ein solches Rechtsgeschäft, das der öffentliche Rechtsträger nach den Regeln der *Privatautonomie* anbahnt, weil das Motiv für das Eingehen einer Sonderbeziehung auf einen (*Kontrahierungs*)Zwang des öffentlichen Rechtsträgers zurückzuführen ist. Allerdings muss hier berücksichtigt werden, dass die monopolähnliche Stellung des öffentlichen Rechtsträgers dem Betroffenen jegliche Möglichkeit verwehrt,⁵⁵

⁵¹ Vgl OGH 11.5.2010, 4 Ob 36/10p.

⁵² Zur Vertragswirkung „aus anderen Gründen“ statt einem Vertragsabschluss: *Mayer-Maly* Vertrag und Einigung, in Dietz/Hübner (Hg) FS Nipperdey 515 mwN (FN 33) 521.

⁵³ Vgl von Kries Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1988) 287.

Der öffentliche Rechtsträger ist hier mE verpflichtet, die Unterbringung von Betroffenen derart zu organisieren, dass zB Angehörige von Nationen, die jedenfalls verfeindet sind, nicht in derselben Betreuungseinrichtung untergebracht werden.

⁵⁴ *Wilburg* Elemente 44; *Münzber*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung (1966) 141 ff.

⁵⁵ Vgl dazu OGH 16.9.1971, 1 Ob 227/71 = SZ 44/138 = EvBl 1972/157 294.

andere (adäquate) Betreuungsleistungen in *Anspruch* zu nehmen.⁵⁶ Außerdem verfügt der öffentliche Rechtsträger über die *faktische Eingriffsmöglichkeit*, sodass mE eine umfassende Haftung des öffentlichen Rechtsträgers – aus den genannten Gründen – gerechtfertigt ist. Im Ergebnis ist mE der öffentliche Rechtsträger dazu verpflichtet, durch aktives Tun Schäden zu vermeiden. Lediglich dann, wenn die Schadensursache nicht auf Umstände zurückzuführen ist, die in einem engen kausalen Zusammenhang mit der Flüchtlingsbetreuung stehen, könnte eine Haftung nach deliktischen Grundsätzen sachgerechter sein.

I. Rechtliche Beurteilung der Leistungserbringung von dritter Seite

Der OGH entschied in der Rechtssache zu 1 Ob 272/02k darüber, unter welchen Voraussetzungen einem Fremden, der keinen hoheitlichen Anspruch auf Betreuungsleistungen hat, dennoch Betreuungsleistungen zu gewähren sind und unter welchen Voraussetzungen ein Dritter (eine private Organisation) für die statt dem öffentlichen Rechtsträger erbrachten Leistungen nach § 1042 ABGB einen Rückerstattungsanspruch hat.

Der OGH anerkannte in dieser Rsp einen *privatrechtlichen* Leistungsanspruch des Betroffenen. Ein Dritter, der Betreuungsleistungen statt dem Bund erbracht hat, hat Anspruch auf Rückerstattung der aufgewendeten Betreuungskosten, wenn der öffentliche Rechtsträger zur Erbringung dieser Leistungen verpflichtet gewesen wäre.

Der Aufwandersatzanspruch nach § 1042 ABGB ist eine Sonderform des Verwendungsanspruchs.⁵⁷ Hier leistet ein Dritter einen Aufwand, wodurch ein anderer, der die Leistung eigentlich hätte erbringen müssen, bereichert wird, indem er von der Verbindlichkeit befreit wird.⁵⁸ Ein solches Rechtsverhältnis liegt also vor, wenn ein Dritter gegenüber einem Leistungsberechtigten für Leistungen, die ein anderer zu tätigen hätte, aufkommt. Der Dritte hat nach § 1042 ABGB einen Aufwandrückerstattungsanspruch gegen den Leistungspflichtigen.

Wenn ein Dritter, etwa eine private Organisation, einem Fremden Leistungen iSd Art 9 GVV gewährt, für die der öffentliche Rechtsträger aufzukommen hätte, kann der Dritte bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 1042 ABGB vom öffentlichen Rechtsträger die Rückerstattung der von ihm getätigten

⁵⁶ Vgl OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k.

⁵⁷ Unterform des Verwendungsanspruchs nach § 1041 ABGB; vgl Koziol in KBB³ Rz 1 zu § 1042 ABGB mwN.

⁵⁸ Vgl Rummel in Rummel³ Rz 1 zu § 1042 ABGB.

Aufwendungen fordern.⁵⁹ Primäre Voraussetzung ist, dass der Bereicherter „nach dem Gesetz“ verpflichtet ist oder gewesen wäre, einen bestimmten Aufwand zu tätigen, wie etwa seinen Unterhaltpflichten oder anderen aus dem Gesetz – nach hA⁶⁰ auch aus einem Vertrag – ableitbaren Pflichten nachzukommen. Indem der (unbeteiligte) Dritte den Aufwand macht, erspart sich der Leistungspflichtige die Leistung, wodurch dieser bereichert ist. Eben dieser Bereicherungstatbestand ist eine wesentliche Voraussetzung für den *Aufwandrückerstattungsanspruch* nach § 1042 ABGB.

In unserem Fall ist der öffentliche Rechtsträger nach dem entsprechenden GVG verpflichtet, Grundversorgungsleistungen zu erbringen. Kommt er dieser Leistungspflicht nicht nach und werden diese Leistungen von einem Dritten, wie etwa einer privaten Organisation, erbracht, *erspart* sich der öffentliche Rechtsträger den Leistungsaufwand, womit der Bereicherungstatbestand erfüllt wird.

Damit der Dritte seinen Anspruch gegenüber dem Bereicherteren geltend machen kann, muss er bereits im Zeitpunkt der Leistungserbringung die Absicht gehabt haben, vom Bereicherteren den Ersatz zu begehren. Fehlt eine solche Rückerstattungsabsicht, scheidet der Anspruch nach § 1042 ABGB aus.⁶¹ Die Anwendung des § 1042 ABGB ist ferner ausgeschlossen, wenn die Vermögensverschiebung gerechtfertigt⁶² war oder das Gesetz eine besondere Regelung dafür vorsieht.⁶³ Der Aufwandrückerstattungsanspruch scheidet auch dann aus, wenn der Leistungsempfänger seine Ansprüche gegenüber dem Leistungspflichtigen an den Dritten abgetreten⁶⁴ hat (§ 1422 ABGB) oder aber, wenn der Anspruch nach § 1358 ABGB auf den Dritten übergegangen ist.⁶⁵

J. Fazit

Bereits eine grobe Skizzierung der Rechtsgrundlagen betreffend die Betreuung von Asylwerbern und Fremden zeigt auf, dass die Prüfung der einzelnen Ansprüche einer Denksportaufgabe gleicht, was mE nicht im Interesse des Gesetzgebers sein kann. Die aktuelle rechtliche Ausgestaltung der GVG

⁵⁹ Dieser Gedanke wurde bereits eingangs kurz erwähnt.

⁶⁰ Vgl *Kozjol* in KBB³ Rz 2 zu § 1042 ABGB.

⁶¹ Vgl SZ 61/241.

⁶² So auch nach § 1041 ABGB; vgl *Kozjol* in KBB³ Rz 11 zu § 1041 ABGB.

⁶³ Vgl dazu OGH 9.5.1974, 7 Ob 69/74 = JBl 1974 482 = RZ 1974/118 212 = SZ 47/61.

⁶⁴ Wobei sich hier die Frage stellt, ob aus prozessueller Vorsicht der Anspruch – wie bereits in der Rsp zu 1 Ob 272/02k – eventualiter auf die abgetretene Forderung gestützt werden sollte.

⁶⁵ Vgl dazu OGH 14.3.2001, 7 Ob 281/00z = SZ 74/44.

erschwert es den Betroffenen ihre (Leistungs- und/oder Schadenersatz-) Rechte hinreichend zu überblicken. Hier müsste der Landesgesetzgeber entsprechende Maßnahmen setzen, etwa indem er die einzelnen Ansprüche und die Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Rechte gesetzlich festhält, was jedenfalls in entsprechenden Selbstbindungsnormen determiniert werden muss.

Was ebenfalls gegen die aktuelle Gesetzeslage spricht, ist der Umstand, dass die Beurteilung zivilrechtlicher (Leistungs- und/oder Schadenersatz-) Ansprüche unsicher ist. Diese Rechtsunsicherheit könnte der Landesgesetzgeber mit einfachen gesetzlichen Regelungen oder zumindest mit Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien beseitigen. Schließlich bringt eine unklare Rechtsbeziehung, wie die Frage nach den vertraglichen Verhältnissen zwischen den Beteiligten oder die Beurteilung der einzelnen Ansprüche stets ein (Prozess-)Risiko mit sich, was wiederum die Inanspruchnahme der Rechte erschwert.

Neben der Schaffung von materiell-rechtlich „sicheren“ Grundlagen ist auch die Schaffung (zumindest) eines Institutes für die effiziente Rechtsdurchsetzung wünschenswert. Dass dies zumutbar und möglich ist, hat der (Landes-) Gesetzgeber bereits durch die Schaffung der Heimanwaltschaften bzw eines Heimvertragsgesetzes feststellen können. Hier hat sich bereits gezeigt, dass eine effektive Vertretungsmöglichkeit der Betroffenen für die Inanspruchnahme ihrer Rechte unumgänglich ist.

Literaturliste

- Barta* (2004) Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken².
- Barta/Ganner* (Hg) (1998) Alter, Recht und Gesellschaft. Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung.
- F. Bydlinski* (1960) Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, *JBl* 1960 359.
- Koziol* Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, *JBl* 1994 209.
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hg) (2010) Kommentar³.
- Koziol/Welser* (2006) Bürgerliches Recht¹³ I.
- von Kries* (1998) Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1988).
- Liebmann* (2006) Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Eine Untersuchung zur Rechtsgrundlage und zum Anwendungsbereich des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung der Dritthaftung von Experten.
- Mayer-Maly* (1965) Vertrag und Einigung (Teil I der „Studien zum Vertrag“), in *Dietz/Hübner* (Hg) FS für N. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag I.
- Münzberg* (1966) Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung.
- Pernthaler* (1965) Über Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, *JBl* 1965 57.
- Rummel* (Hg) (2002) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ II.
- Schmaranzer* (2006) Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.
- Schragel* (2003) Kommentar zum Amtshaftungsgesetz.

- Schwartze* (2009) Ersatz für immaterielle Schäden bei Vertragsverletzungen, in Ganner (Hg) Die soziale Funktion des Privatrechts. FS für Heinz Barta zum 65. Geburtstag.
- Walzel von Wiesentreu* (2000) Rechtsschutzdefizite im besonderen Gewaltverhältnis? JBl 2000 707.
- Wilburg* (1941) Die Elemente des Schadensrechts
- Wilhelm* (2003) Das Willkürverbot bei Übernahme in die Bundesbetreuung. Eine Besprechung der E des OGH, 1 Ob 272/02k, migraLex 2003 74.

Dr.ⁱⁿ Derya Trentinaglia
Telefon: +43 699 11 71 21 30
derya.altinisik@live.at

Monika Niedermayr

Arbeitsmethoden mit den Ratsprotokollen der Obersten Justizstelle¹

A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Der Aktenbestand des Tyrolisch-Vorarlbergischen Senats der Obersten Justizstelle, auf dem die Forschungsarbeit basiert, befindet sich in 198 Kartons im Österreichischen Staatsarchiv.² Die Bearbeitung der Akten erfolgt im Rahmen eines OENB-Jubiläumsfondsprojektes.³

Ratsprotokolle sind die von den Hofräten (Referenten) handschriftlich verfassten Entscheidungsentwürfe zu Revisionen in Zivilrechtsangelegenheiten, samt den Dekreten an die Unterinstanz, das Tyrolisch-Vorarlbergische Appellationsgericht in Innsbruck. Besonders hervorzuheben ist, dass mit den Ratsprotokollen auch die Entscheidungsgründe⁴ vorliegen, die nach den damals geltenden Gerichtsordnungen⁵ nur in Ausnahmefällen an die Parteien herausgegeben werden mussten, also grundsätzlich in der Registratur der OJSt verschlossen blieben.

Gesetzliche Grundlage für das Führen eines Ratsprotokolls bietet die Gerichtsinstruktion 1785.⁶ Die Arbeitsweise und -technik der Referenten unterscheidet sich teilweise gravierend von heutigen. Dies wird im ersten Teil der Untersuchung präsentiert.

Im Umgang mit den Protokollen stellt sich für die BearbeiterInnen die Frage nach dem Wie? Welche Richtlinien liegen der Transkription zu Grunde, wes-

¹ Vortragsmanuskript: 200 Jahre ABGB 1811 – 2011 Vierte Tagung Rechtstatsachenforschung – Heute.

² Allgemeines Verwaltungsarchiv (AVA), Justiz, Oberste Justizstelle (OJSt), Justizsenate „Tiroler Senat“ 1814 – 1844, Faszikel XVII Revisionen, beginnend mit Karton 113. AT-OeStA/AVA Justiz OJSt JS TS. Siehe dazu die Richtlinien für die Verzeichnung von Archivgut im Österreichischen Staatsarchiv (20.9.2011) <http://oesta.gv.at/DocView.axd?CobId=32406>.

³ OENB Jubiläumsfonds Projektnummer 13128, Projektleitung Monika Niedermayr.

⁴ Oftmals auch als „Motiva“, „Motive“, „M“, „V“ oder „Votum“ bezeichnet.

⁵ Allgemeine Gerichtsordnung (AGO), JGS 1781/13, in Tirol und Vorarlberg galt (siehe Provisorisches Justizeinrichtungssedikt im Lande Tirol, Provinzialgesetzesammlung von Tirol und Vorarlberg 1814 I 369ff, JGS 1817/ 1267) die Westgalizische Gerichtsordnung 1796 (WGGO), JGS 1997/329.

Die ABGB-Einführung in Tirol erfolgt durch JGS 1817/1127.

⁶ JGS 1785/464.

halb werden diese angewendet? Mit diesen Fragen setzt sich der zweite Teil auseinander.

Im dritten Teil wird die Methode der Darstellung und Bearbeitung, der Blickwinkel der Betrachtung des Forschungsgegenstandes, erläutert.

B. Arbeitsweise der Referenten

Die Gerichtsinstruktion 1785 regelt das Benehmen der Justizstellen in Bezug auf ihnen anvertraute Geschäfte. „*Gleich den Rechtsbehörden haben auch Parteien, welche vor Gericht Recht suchen, oder nehmen, und ihre Sachwalter sich aus dieser Instruktion diejenigen Punkten gegenwärtig zu halten, welche auf derselben eigenes Benehmen Beziehung haben.*“⁷

Sie ist in zwei Abteilungen gegliedert.

„*Die erste Abtheilung enthält im allgemeinen den Gang, welchen ein bei Gerichtsstellen einkommender Aufsatz von der Einreichung bei dem Einreichungsprotokolle, bis zur Beilegung in der Registratur zu halten hat. Die zweite Abtheilung gibt die Anweisung, wie die einzelnen Gegenstände nach ihrer Verschiedenheit zu behandeln sind.*“⁸

Die für die Führung des Protokolls relevanten Bestimmungen finden sich im ersten Teil, beginnen mit dessen 4. Abschnitt „Von der Ausarbeitung zum künftigen Referat“,⁹ erstrecken sich über den fünften Abschnitt „Von dem Vortrage, der Berathschlagung und Erledigung“,¹⁰ und enden im sechsten Abschnitt „Von Führung des Rathsprotokolls“.¹¹

Geregelt werden der Umgang mit Ungenauigkeiten beim Einreichungsprotokoll,¹² Befangenheit,¹³ die Führung der Referatsbögen,¹⁴ Korreferenten,¹⁵ die Erledigungszeit,¹⁶ die Abhaltung der Ratssitzungen,¹⁷ die Ablesung des Refe-

⁷ Einführung zum Patent JGS 1785/464.

⁸ Einführung zum Patent JGS 1785/464.

⁹ §§ 30-41.

¹⁰ §§ 42-63.

¹¹ §§ 64-72.

¹² Vgl heute die Einlaufstelle; § 30.

¹³ § 31. Die §§ 61 ff regeln die Befangenheit im Zusammenhang mit der Teilnahme an Abstimmungen im Senat.

¹⁴ §§ 34 ff.

¹⁵ § 38.

¹⁶ § 39 erklärt die durchschnittlich, für heutige Verhältnisse überaus kurze Verfahrensdauer von 1,5 bis 2 Jahren: „Ein Referent bei der Appellazion hat die eigentlichen Appellazionsgeschäfte, als

rats,¹⁸ die Abstimmung über das Referat,¹⁹ insbesondere die Abfassung des Konklusums²⁰ und dem eigentlichen Ratsprotokoll.²¹

Es ist aus den Akten erkennbar, dass die Führung der Ratsprotokolle nicht immer gesetzeskonform erfolgte. So beklagt ein Hofdekret aus dem Jahr 1816: „*Man hat schon lange mit Mißvergnügen bemerkt, daß die Raths-Protokolle nicht*

einbegleitete Kriminal und Civilprozeßakten, erstattete Berichte über Rekurse, und Nullitäten, die Referenten bei den ersten Behörden aber die geschlossenen Prozeße, die zur endlichen Erledigung übergebene Verlassenschaftsabhandlungen, und Rechnungen binnen 30. Tagen, alle übrige Stücke aber bei dem Appellationsgerichte binnen 8. Tagen, bei den ersten Behörden am nächsten Rathstage zu erledigen. Wenn aber die Ueberreichung erst den Nachmittag des unmittelbar vor der Rathssitzung hergehenden Tages geschehen ist, so sind die Stücke an dem zweyten folgenden Rathstage zu erledigen. Bei besondern Umständen und nach Erforderniß des Gegenstandes kann der Vorsitzende dem Referenten eine längere Frist einräumen, oder auch eine mehrere Beschleunigung auffragen, daher wenn bei einem zugethielten Geschäfte der nächste Rathstag ohne Nachtheil der Justizpflege nicht abgewartet werden könnte, hat der Referent so bald er von dem Geschäfte die nötige Einsicht genommen, sich mit dem Vorsitzenden über diejenigen Vorkehrungen einzuvernehmen, die dem Dienste angemessen sind, und stehet diesem in einem solchen Falle frey, zu einer solchen augenblicklichen Berathschlagung noch einen oder andern Rath beizuziehen.“

¹⁷ §§ 42 ff. Hervorzuheben ist hier § 46: „Bei dieser Abtheilung hat der Vorsitzende darauf zu sehen, daß die Räthe stäts verwechselt werden, damit das Gremium Gelegenheit habe, sich wechselweise mit allen Eigenschaften und Kräften aller Glieder bekannt zu machen.“

¹⁸ § 48: „Der Referent ist ruhig anzuhören.“ – ohne Unterbrechung.

¹⁹ § 55: „Jeder Rath soll aus Ueberzeugung von seiner Pflicht seine Meinung nach seiner inneren Ueberzeugung und Gewissen eröffnen, keiner Leidenschaft, oder welch immer einer Rücksicht, die ihm von dem Wege der Gerechtigkeit entfernte, statt geben, sich blos durch Rechtschaffenheit leiten lassen, in seinen Ausdrücken alle Anzüglichkeit auf die widrige Meinung vermeiden, und durch unnütze Weitläufigkeit, durch Wiederholung dessen, was bereits vor ihm erwähnet worden, die Berathschlagung nicht verzögern.“

²⁰ § 61: „Das Konklusum ist deutlich, und genau in das Protokoll zu geben. Stimmet das Konklusum mit des Referenten Antrage überein, und ist das Geschäft von Wichtigkeit, so sollen die Formalien noch mal abgelesen, und jedes Wort wohl erwogen werden. Wäre aber das Konklusum wider des Referenten Meinung ausgefallen, so kommt es darauf an, ob es bei des Referenten Entwürfe nur solche Beisäze, und Aenderungen veranlasse, die von ihm selbst sogleich berichtiget werden können, diese sind von dem Referenten sogleich seinem Referatsbogen einzuschalten. Ausser dem aber soll der erste Rath, nach dessen Stimme das Konklusum gefaßt worden, das Formale entwerfen, und längstens im folgenden Rathstage zur Schlussfassung vorlegen.“ – Diese Bestimmung regelt deutlich, wie im Falle einer Überstimming des Referenten vorzugehen ist. Die Praxis zeigt aber anderes.

²¹ § 69: „Das Konklusum ist von Wort zu Wort in das Protokoll so einzutragen, daß man umständlich; und genau wisse, was eigentlich beschlossen worden: daher, wenn z. B. das Konklusum auf Bestätigung eines Urtheils, eines Kontrakts oder Vergleichs cc. ausfällt, der Inhalt der bestätigten Urkunde in dem Protokolle angeführt, oder wenn ein Betrag bestrittener Kosten bewilligt wird, der eigentlich Betrag wohl ausgedrückt seyn muß; u. d. gl.“

²¹ § 64: Ueber alles, was in der Rathssitzung entweder durch mündlichen Vortrag, oder durch ablese-ne Referate vorkommt, muß ein ordentliches und genaues Protokoll geführet werden, es wird in halbbrüchigen Bögen geschrieben seine wesentlichen Theile sind: a) der Gegenstand, worüber die Berathschlagung aufgenommen worden, b) die Partheien, welche der Gegenstand betroffen hat, c) die Meinungen, und Bewegungsgründe der Räthe, endlich d) das deutlich aufgenommene Konklusum.

*dem Geiste der Instruction überhaupt, und ins besondere nicht der ersten Abtheilung des sechsten Hauptstückes gemäß verfaßt werden*²²

In der Praxis bedeutet dies, dass ca. 10% aller Entscheidungen ohne höchstrichterliche Begründung enden,²³ weil die Mehrheit im Senat gegen den Vorschlag des Referenten stimmt. Das oft spaltenlange Votum des Referenten wird zur Makulatur, die Meinung der Mehrheit bleibt unbegründet.²⁴ In der Praxis dürfte das insofern kein Problem dargestellt haben, als die Beweggründe der letzten Instanz grundsätzlich nicht an die Parteien weitergleitet wurden.²⁵ Es gab ja keine weiteren (ordentlichen) Rechtsmittel mehr. Nur wenn sie einen Antrag darauf richtete, erhielt die Partei die Beweggründe manchmal – nicht immer – auszugsweise ausgefolgt. Hier lässt sich keine einheitliche Vorgangsweise erkennen.

Im sechsten Abschnitt, der von der Führung des eigentlichen Ratsprotokolls handelt, ist geregelt, dass es den Protokollisten nicht erlaubt war, Aktenstücke mit nach Hause zu nehmen.²⁶ Gegenstand der oben angeführten Kritik sind wohl auch die Bestimmungen, in denen normiert wird, dass die Meinung des Referenten immer so weit angeführt werden müsse, dass man wisse, wie sie gelautet habe.²⁷

Die Akten zeigen anschaulich, dass sich sowohl Ratsprotokollisten, als auch Referenten an das Formale gehalten haben – bis auf wenige Ausnahmen. Jedes Dekret an die Unterinstanz (hier immer das Tirolisch-Vorarlbergische Appellationsgericht in Innsbruck) ist rechtsbündig auf den Bögen im Folio-

²² JGS 1816/ 1298.

²³ Darüber hielt die Autorin einen Vortrag bei der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft im Dezember 2010.

²⁴ ZB FASC. XVII W 72: *Conclusum per majora* Das Urtheil der ersten Instanz zu bestätigen Comp. Exp.

²⁵ JGS 1782/87c: Der Parthey stehe in so lange zu, die Hinausgebung der Beweggründe des Urtheils anzuverlangen, in so lange nach dem Gesetze ein weiterer Rechtszug offen ist.

²⁶ § 65.

²⁷ § 67: „Die Meinung des Referenten muß in dem Protokolle immer so weit angeführt werden, daß man wisse, wohin sie abgegangen ist. Es ist keineswegs nöthig, das ganze schriftlich verfaßte Referat in das Protokoll einzuschreiben, es ist genug, wenn ein bindiger Auszug verfasset, und eingetragen wird.“

§ 68: „Von den Räthen, die sich mit einer vorgehenden Meinung vereinigt, und an Gründen nichts Neues vorgebracht haben, ist nur die geschehene Einverstehung anzumerken. Bei denjenigen, die neue Beweggründe angeführt haben, sind diese Gründe in Kürze einzutragen, bei denjenigen endlich, die eine abgesonderte Meinung gehabt haben, ist diese Meinung samt den Beweggründen genau, und deutlich anzumerken, auf diese Art ist sich nicht nur bei Prozessen, sondern bei allen übrigen Geschäften zu benehmen, auch wenn es blosse Einleitungen in Verfahren, oder Angelegenheiten des adelichen Richteramtes sind, auch selbst dann, wann die verschiedenen Meinungen nur das Formale betreffen.“

format verfasst. Die Referenten beginnen halbbrüchig linksbündig mit der Schilderung des Klagebegehrens, dann der Einrede, Replik und Duplik (wenn vorhanden auch Triplik und Quadruplik), dann folgen äußerst knapp die Ergebnisse der Unterinstanzen – ohne Entscheidungsgründe. Schon rein äußerlich hebt sich durch halbbrüchig rechtsbündige Textpositionierung das Votum (Meinung) des Referenten hervor.

Die meisten Referenten beschreiben einen vierseitigen Bogen und beginnen dann den nächsten, lediglich *Minius*²⁸ legt zu Beginn alle Bögen ineinander. Nicht immer schätzt er den Umfang seines Referates richtig ein, sodass am Ende oft unbeschrieben Seiten leer bleiben, was nicht der verordneten Sparsamkeit entsprach. Auch mutiert in einigen Protokollen die anfängliche Linksbündigkeit zur ganz beschriebenen Seite, allerdings wird die Rechtsbündigkeit beim Votum genau eingehalten.

Zur Arbeitstechnik der Referenten: Der dritte Abschnitt der Gerichtsinstruktion 1785 handelt „Von der Beförderung der überreichten Akten an den Referenten“.²⁹ Die Hofräte arbeiteten zu Hause, daher ist auch im Schematismus die jeweilige Wohnadresse angegeben, und es erklärt sich auch die Position eines „Kanzleybothen“, der den genau protokollierten Aktentransport zu bewerkstelligen hatte.

Die Lösung der Fälle erfolgte wesentlich „freihändiger“ als heute: Eher selten wurden genaue Gesetzesstellen angeführt, Pauschalzitate ziehen sich bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts durch alle Protokolle, wie zB dieses des Hofrats von Zeiller: „Nach dem römischen Rechte hört zufolge klarer Gesetzstellen der redliche Besitzer, ... auf, ein redlichen Besitzer zu seyn, ...“³⁰ Dies stellt BearbeiterInnen vor Herausforderungen! Lediglich in Fas. XVII W 12³¹ setzt sich der Referent *Johann Peer* intensiv mit der Rechtslage und einzelnen Bestimmungen auseinander und begründe die „Musterlösung“ zu Fragen der Rechtsgeltung, -anwendung und möglichen Derogationen dahingehend, dass noch weitere, ähnlich gelagerte Fälle zu erwarten seien, und man bei Bedarf auf seine Motiva zurückgreifen könne.

²⁸ Karl Anton Ritter von Miniussi, Maasburg 208.

²⁹ §§ 25 ff. § 25: „... sobald möglich, durch die Gerichtsdienner wohl verwahrt, und versiegelt, damit nichts entfalle, oder eröffnet, oder gelesen werden könne, zuzuschicken. Diese Zuschickung geschieht nur nach der Wohnung des Raths in dem Gerichtsorte, wenn der Rath sich ausser dem Gerichtsorte aufhält, hat er unter seiner Verantwortung die Anstalt zu treffen, daß er die zugeschickten Schriften richtig, und zu rechter Zeit bekomme.“

³⁰ *Niedermayr* Weiberlehen?, Ratsprotokolle IV 262.

³¹ *Niedermayr* Gilt „Tyroler Landesstattut“ oder das Gemeine Recht? Ratsprotokolle V 195.

C. Arbeiten mit den Ratsprotokollen

Zur technisch-praktischen Arbeitsweise mit den Ratsprotokollen

Die ProjektmitarbeiterInnen³² fotografieren, transkribieren, kollationieren und bearbeiten die Transkriptionen, Ziel ist die umfängliche Erfassung der frühen Judikatur zum neu in Kraft getretenen ABGB 1811. Bis September 2011 waren ca. 680 Ratsprotokolle transkribiert und großteils bereits kollationiert. Dass nicht alle 198 Kartons im Projektzeitraum bearbeitet werden konnten, versteht sich von selbst. Jedenfalls wurde bislang der Bestand „S“, „W“ und „P“ fotografiert und fast gänzlich transkribiert, es handelt sich hierbei um ca. 650 Akten.

Bei der Transkriptionsarbeit halten sich die BearbeiterInnen weitgehend an die von der Arbeitsgemeinschaft historischer Forschungseinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland e.V., (2011) erarbeiteten Richtlinien (Empfehlungen zur Edition frühneuzeitlicher Texte).

Zu Beginn jedes Bandes der „Ratsprotokolle“ werden auch die Bearbeitungsrichtlinien dargestellt:³³ „Oberstes Ziel ist die möglichst getreue Wiedergabe des Textes, um Interessierte nahe ans Original heranzuführen. Lesefreundlichkeit steht nicht im Vordergrund. Deshalb finden sich auch durchgestrichene Textpassagen mit heute nicht mehr gebräuchlicher Orthographie, Ligaturen oder unaufgelösten Abkürzungen. Sind letztere nicht allgemein nachvollziehbar, weil es sich bspw um Paraphen oder heute kaum mehr bekannte Ausdrücke handelt, werden sie je nach Bedarf durch eckige Klammern [] ergänzt oder durch Fußnoten erläutert. Die Originale selbst weisen keine Fußnoten auf, lediglich die auch heute noch bei Gericht üblichen Randanmerkungen im Zusammenhang mit der Bezeichnung von Klagsbeilagen und Korrekturzeichen für ... Einschübe oder Textverbesserungen.“

Bei der Transkription der kurrent geschriebenen Referate (Wiedergabe in Schrift Times New Roman 12 Pkt.) sind die Seitenumbrüche des Originals durch eine in geschwungener Klammer {} gesetzte Ziffer erkennbar. Worte oder Textpassagen in Lateinschrift – vornehmlich Namen von Parteien, Zeugen, und Orten – werden kursiv wiedergegeben.

Genaue und korrekte Transkription ist je nach Handschrift zeitaufwendig, erschwerend kommen hinzu: ein für uns häufig ungebräuchliches Vokabular auch bei Alltagsausdrücken; Abkürzungen, bei denen man sich zunächst

³² Projektleiterin: ao. Univ. Prov. Dr. Monika Niedermayr. MitarbeiterInnen: em. o. Univ. Prof. Dr. Christoph Faistenberger, Dr. MMMag. Rainer Oberhummer Bakk., MMag. Verena Schumacher.

³³ Niedermayr Erläuterungen zu Transkription und Kommentierung, Ratsprotokolle V 11 ff.

einmal fragen muss, in welcher Sprache sie verfasst sind; schludrige Fachausdrücke und Zitationen; bei einigen Hofräten eine eigene Stenographie. Die vollständige Transkription mancher Seiten bedeutet stundenlange Arbeit mit hohem Zeitaufwand.

Die EDV-Textverarbeitung bietet große Hilfe, zeigt aber auch Schwächen: so lässt sie leider die in drei Varianten auftretende Schreibweise des Buchstabens „s“ in der Kurrentschrift nicht originalgetreu wiedergeben, auch gehen die Schönheiten der zum Teil verschnörkelten Unterschriften und schwungvollen Unterstreichungen, sowie überhaupt die Einzigartigkeit jeglicher Handschrift verloren. Die stark individuell gestalteten Autographen der Hofräte der OJSt, die ihr Referat in den Ratsitzungen von dieser Vorlage aus vortrugen, werden durch die Transkription quasi vereinheitlicht. – „Neben den Handschriften der Referenten zeigt jeder Akt im Dekret ans Tyrolisch-Vorarlbergische Appellationsgericht in Innsbruck auch die Handschrift mindestens eines Hofsekretärs oder Ratsprotokollisten, sowie Mundierungs- und Kollationierungsvermerke, Stempel- und Taxanmerkungen und das *expediatur* durch den jeweiligen Präsidenten oder Vizepräsidenten der OJSt. Die Vielfalt und Schönheit dieser Autographen lässt sich nur im Original erkennen.“³⁴

Vorbemerkungen und Kommentierung, also Beifügungen und Ergänzungen durch die BearbeiterInnen, sind vom transkribierten Text durch die Schrift Arial 12 optisch abgehoben, schon allein durch das Schriftbild erkennbar.

D. Das Auge der BetrachterIn

„Es ist nicht mehr die Aufgabe des Rechtshistorikers [und der Rechtshistorikerin], aktuelle Rechtstitel und Ansprüche historisch zu begründen wie weit hin im Mittelalter und bis zur Barockzeit oder die historische Auslegung geltender Rechtssätze zu ermöglichen wie noch in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Solche Aufgaben können auch heute noch jederzeit an den Juristen herantreten; unmittelbares Ziel der rechtsgeschichtlichen Forschung sind sie nicht. Vielmehr ist der Erkenntnisauftrag der Rechtsgeschichte wie der jeder anderen Historie nicht im vorgegebenen Material der einzelnen Daten und Fakten in ihrem Nutzwert für die Gegenwart begründet, sondern in der Geschichtlichkeit unserer eigenen Existenz selbst.“³⁵

³⁴ Niedermayr Erläuterungen zu Transkription und Kommentierung, Ratsprotokolle V 12.

³⁵ Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967 Nachdruck 1996) 15 f.

Diese Aussage von *Franz Wieacker* kann nicht hoch genug geschätzt werden, trifft sie doch den Kern und die Basis dieser Forschung: Wozu? Und in welcher Weise? Das Forschungsobjekt tritt in Beziehung zur BearbeiterIn, die den „Lebenswert der Rechtsgeschichte“³⁶ in jedem einzelnen Fall neu definiert. Bei der Bearbeitung der Ratsprotokolle zeigt sich, dass hier nicht Dogmengeschichte betrieben wird, sondern die Rechtsgeschichte als idiographische Wissenschaft individuelle Vorgänge und Zustände der geschichtlichen Welt, primär, aber nicht nur, der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, beschreibt. „Solche Individualität kommt aber nicht den Institutionen, Begriffen und Systemen als solchen zu, sondern den äußeren Akten der Rechtssetzung und Rechtsanwendung und den ihnen zugrunde liegenden Akten des menschlichen Bewusstseins und Denkens; allein in der unaufhörlichen Verschränkung und Wechselwirkung dieser Akte schreitet die Geschichte des Rechts fort.“³⁷

Aus diesem Ansatz erklärt sich beispielsweise der Umstand, dass bei der Bearbeitung und Publikation der Ratsprotokolle nicht nur Regesten verfasst werden, sondern auf die Gesamttextwiedergabe größten Wert gelegt wird. Manche Protokolle scheinen zB bis zum Exzess redundant, diese Redundanz wiederzugeben bedeutet ein Zeugnis dieser Zeit aufzuzeigen.³⁸

Auch das Heranziehen von vorwiegend kontemporärer Literatur zur Erläuterung der Rechtsfälle geht auf *Wieackers* Ansatz zurück. Der Kommentar von *Franz von Zeiller*³⁹ erweist sich in materiellrechtlichen Angelegenheiten als profunde Basis für später entstandene Werke.⁴⁰ Prozessrechtlich bieten schwerpunktmäßig die Werke von *Franz G. von Kees*, *Carl Beidet* und *Raban Canstein* Verständnis- und Interpretationshilfen.⁴¹

³⁶ Vgl *Mitteis* Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte (1947).

³⁷ *Wieacker* 17.

³⁸ Vgl dazu den nicht enden wollenden Rechnungsprozess „Bruder Liderlich“, Ratsprotokolle III 133 - 244.

³⁹ *von Zeiller* Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbänder (1811).

⁴⁰ *Nippel* Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses (1830 – 1835).

⁴¹ *von Kees* Kommentar über Josephs des Zweyten allgemeine Gerichtsordnung (1789); *Beidet* Das ordentliche Verfahren in Streitsachen (1853); *Canstein* Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes (1882); *derselbe* Das Civilprozessrecht (1885).

Die Provinzialgesetz-Sammlung von Tyrol und Vorarlberg/Raccolta delle leggi provinciali del Tirolo e Vorarlberg⁴² stellen in ihrer Zweisprachigkeit gleichsam ein tirolspezifisches, deutsch-italienisches Fachwörterlexikon dar.

Literaturliste

- Canstein Raban* (1882) Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes, 2 Bände, Berlin.
- Canstein Raban* (1885) Das Civilprozessrecht, 2 Bände, Berlin.
- Faistenberger Christoph / Niedermayr Monika* (2010) Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle V Innsbruck.
- Mitteis Heinrich* (1947) Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, Weimar.
- Nippel Franz Xaver* (1830 – 1835) Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie mit besonderer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses, 8 Bände, Graz.
- von Kees Franz Georg Edler* (1789) Commentar über Josephs des Zweyten allgemeine Gerichtsordnung, Wien.
- von Maasburg Friedrich* (1879) Geschichte der Obersten Justizstelle in Wien, Prag.
- Wieacker Franz* (1967) Privatrechtsgeschichte der Neuzeit², Nachdruck 1996.
- von Zeiller Franz Edler* (1811) Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbänder, 4 Bände, Wien.

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Monika Niedermayr
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Tel. +43 [0]512/507 82 DW 80
monika.niedermayr@uibk.ac.at

⁴² Ab 1814 bis 1844.

Claudia Rath

Die Testamentsvollstreckung – Schutz vor ungewollter Einflussnahme auf letztwillige Verfügungen

„Keiner hat das Recht zu gehorchen.“
Hannah Arendt, Philosophin (1906–1975)

A. Einleitung

Am Ende des Lebens steht der Tod, wir wissen es und dennoch beschäftigen wir uns in der Regel möglichst wenig damit.¹ Ein wichtiger Zeitpunkt jedoch, bei welchem Gelegenheit besteht, rechtsgültige Entscheidungen über den Tod und somit über den Verlust der eigenen Handlungsfähigkeit hinaus, zu treffen, ist jener der Errichtung einer letztwilligen Verfügung. Ein Testament² per se ist ein solches Instrument menschlicher Selbstbestimmung, mit welchem ein künftiger Erblasser³ inhaltlich zum Beispiel über sein Vermögen oder auch über das Sorgerecht seiner minderjährigen oder noch in Ausbildung stehenden Kinder⁴ verfügen kann. Darüber hinaus, allerdings wird dies in der Praxis oft „vergessen“ oder jedenfalls nicht gehörig beachtet, besteht im Rahmen einer Testamentserrichtung auch das Recht einen Vollstrecker des letzten Willens zu benennen, welcher⁵ die Durchsetzung der letztwilligen Verfügungen sicherzustellen hat.⁶

In ähnlichen Lebensbereichen, die mit einer (allfällig) bevorstehenden persönlichen Handlungsunfähigkeit einhergehen, kam es in der jüngeren Vergangenheit durch das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 und das Patientenverfügungs-Gesetz 2006 klar zu einer erheblichen Förderung der Privatautonomie, obwohl es anhaltend kritische Stimmen dazu gibt, welche besonders die formellen, insbesondere finanziellen und bürokratischen

¹ Neben vielen anderen Gründen wie etwa der noch immer weitgehenden Tabuisierung des Todes in unserer Gesellschaft, ist sicher auch das Unlustgefühl in Gedanken der eigenen Handlungsunfähigkeit dafür maßgebend.

² Gleichwie ein Kodizill; im Folgenden gilt im Sinne einer besseren Lesbarkeit, wenn nicht gesondert anders vermerkt, das für das Testament Gesagte auch für das Kodizill.

³ Zur leichteren Lesbarkeit wird im Text auf zweigeschlechtliche Ausdrucksformen verzichtet, selbstverständlich sind trotzdem immer Frauen und Männer gleichermaßen gemeint.

⁴ Sinnvoll wären auch Angelegenheiten zur Fürsorge der älteren Generation oder im Rahmen der Unternehmensnachfolge.

⁵ Wenn er „das Amt“ dh den Auftrag annimmt.

⁶ Siehe §§ 816, 817 ABGB.

Hürden bemängeln.⁷ Die rechtliche Entwicklung hin zum Ernstnehmen (höchst)persönlicher menschlicher Interessen wurde grundsätzlich von allen beruflichen Rechtsvertretern, auch von den Notaren⁸ sehr begrüßt.

So hatte die österreichische Notariatskammer zum Beispiel explizit darauf hingewiesen, dass die Vorsorgevollmacht Autonomie schaffe. Dabei wurde die damalige Bundesministerin für Justiz, Frau *Mag. Karin Gastinger* zitiert, welcher es besonders darum ginge, die Selbstbestimmung psychisch kranker und geistig behinderter Menschen zu stärken und so ein Altern und Krankheit in Würde zu ermöglichen. Weiters werde mit der Vorsorgevollmacht ein Instrument geschaffen, das es Betroffenen⁹ zu einem Zeitpunkt, in dem sie noch einsichts- und urteilsfähig seien, erlaubt, eine Person ihres Vertrauens als zukünftigen Vertreter zu benennen.¹⁰

Anders hingegen die Haltung der österreichischen Notariatskammer zur menschlichen Selbstbestimmung gegenüber dem Errichter des Testaments¹¹ im Verlassenschaftsverfahren. Schon 2005 mit Inkrafttreten des neuen Außerstreichgesetzes 2003 wurde die Stärkung der Erbenstellung um den Preis der Beschränkung der Interessenwahrung des letztwillig Verfügenden als „Verbesserung beim Erben“, konkret als „schneller, unbürokratischer, bürgerfreundlicher“ befunden. Dabei könnten Verlassenschaftsgegenstände, etwa ein Auto verkauft werden, auf den Gerichtsbeschluss müsse man in Zukunft nicht mehr warten. Sichtlich mit Stolz wird zudem darauf hingewiesen, dass das Verlassenschaftsverfahren von allen gerichtlichen Verfahren jenes sei, das am aller wenigsten zu Beschwerden Anlass biete. Grund dafür sei, dass dieses Verfahren von den Notaren als Beauftragte des Gerichts – als Gerichtskommissäre – durchgeführt werde und das Gericht lediglich die Aufgabe habe, die vom Notar vorgenommenen Amtshandlungen abzusegnen.¹²

Die Frage, warum in dem einen Fall die menschliche Selbstbestimmung einer handlungsunfähigen Person als wertvolles, zu wahrnehmendes Gut „hochgehoben“ wird und dafür noch neue Rechtsinstitute geschaffen werden, währenddessen

⁷ Vgl *Barta/Kalb schmid* im Interview mit *Huber H.* Mein Tod gehört mir, Echo 05/2006.

⁸ Vgl Folder zur Vorsorgevollmacht, <http://www.notar.at/de/portal/> (18.07.2007).

⁹ Der Ausdruck „Betroffene, Betroffener“ wurde im neuen Außerstreichgesetz 2003 ausdrücklich durch den Begriff „betroffene Person“ ersetzt.

¹⁰ Presseaussendung der österreichischen Notariatskammer vom 07.08.2006, Vorsorgevollmacht für mehr Selbstbestimmung, http://www.notar.at/de/Portal/presse/pressemeldungen/index.php?article_cid=1959 (18.10.2007).

¹¹ Und damit letztlich allenfalls auch gegenüber dem rechtmässigen Erben, der seinen Rechtsstandpunkt im noch zu führenden Verlassenschaftsverfahren mitunter erst durchsetzen muss.

¹² http://www.notar.at/de/portal/dernotar/aktuelles/index.php?article_cid=987 (18.10.2007).

ein altehrwürdiges, bestehendes Selbstbestimmungsinstrument wie die Testamentsvollstreckung in der Rechtspraxis sozusagen „totgeschwiegen“ wird, ist eine spannende. 2008 beschäftigte ich mich im Rahmen meiner Diplomarbeit, welche von Herrn *Univ.-Prof. Dr. Heinz Barta* betreut wurde, unter Durchführung einer rechtstatsächlichen Untersuchung damit.¹³ Bei dieser Gelegenheit darf ich mich noch einmal ganz herzlich bei Herrn *Professor Barta* bedanken, dass er mir dieses Thema gegeben hat, dessen Reiz und Brisanz ich zugegebenermaßen zunächst nicht erfasst hatte. Zeigten doch zuletzt gerade die 2009 bekannt gewordenen Testamentsfälschungen in Vorarlberg, welche bisher über hundert Geschädigte (Erben!?) zu Tage brachten, dass die Achtung und Vollstreckung des letzten Willens alles andere als eine Selbstverständlichkeit ist.

B. Wozu braucht es eine Testamentsvollstreckung?

1. Aus der Überlegung der k. k. Hofkommission in Gesetzsachen, 1889 in den Berathungsprotokollen:

Der Testamentsexekutor sei gleich einem Sachwalter zu betrachten und müsse daher Macht haben, den Erben zur Vollziehung des Testaments anzuhalten.

geht klar hervor, dass angesichts der Sorge um die regelrechte Vollziehung des Testaments mit diesem Rechtsinstitut im Wesentlichen eine Handhabe gegen die Erben geschaffen werden sollte. In concreto gegen die mutmaßlichen Erben, denn tatsächlicher Erbe ist man – anders als von der österreichischen Notariatskammer kommuniziert¹⁴ – erst mit Rechtskraft des Einantwortungsbeschlusses und nicht mit Eintritt des Todes des Erblassers oder mit Beginn des Verlassenschaftsverfahrens. Vielmehr wird logischerweise erst im Verlassenschaftsverfahren geklärt, wer der rechtmäßige Erbe ist und wer nicht. Wäre dies anders, wie im Rechtsleben oft angenommen,¹⁵ so bräuchte es die gesamten verfahrensrechtlichen Bestimmungen nicht.

¹³ Rath Der Testamentsvollstrecker, Ein Instrument menschlicher Selbstbestimmung, Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung mit einem rechtsvergleichenden Ausblick auf die Parallelcodifikationen des ABGB.

¹⁴ Vgl Fn 12.

¹⁵ Immer wieder kommt es sogar vor, dass Laien vermeinen, sie seien schon „Erben“ bevor jemand verstorben ist.

2. Motivation für die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in Deutschland:

„Mit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers kann der Erblasser eine Absicherung seines testamentarischen Willens und – insbesondere bei mehreren Erben und Vermächtnisnehmern – eine ordnungsgemäße Abwicklung des Nachlasses erreichen.

Die Testamentsvollstreckung kann helfen,

Ansprüche von Erben und Vermächtnisnehmern zu schützen sowie ungewollte Einflussnahmen ‚böswilliger‘ Erben auf den Nachlass und dessen Auseinandersetzung zu verhindern.“¹⁶

Mit Art 1 des Bonner Grundgesetzes wird die Menschenwürde nicht nur als Wurzel aller Grundrechte definiert, die einerseits ein Wesensmerkmal jedes Menschen und andererseits einen Gestaltungsauftrag an den Staat definiert, sondern gilt die Menschenwürde als einzige Verfassungsnorm autonom, sie kann also durch kein anderes Grundrecht beschränkt werden.¹⁷ Auch im Bereich der Palliativmedizin in Deutschland ist der Begriff der Würde tiefergehender als jener der Selbstbestimmung allein, womit letzterer mehr Rechtsicherheit gegeben wird. „Ein umfassendes Würdeverständnis bezieht das Erkennen und Aushalten der Grenzen ein, die dem Menschen – als Patient, Angehöriger, und Arzt – durch seine Endlichkeit gesetzt sind. Deshalb orientiert sich menschenwürdiges Leben und Sterben an der Achtung vor dem in seiner Begrenztheit kostbaren Leben.“¹⁸

3. In der Schweiz,¹⁹ wo bekanntermaßen auch die Würde der Kreatur verfassungsrechtlichen Schutz genießt,²⁰ werden beispielsweise in Zusammenhang mit der Absicherung der Patientenverfügung Überlegungen angestellt, diese einem Vertrauensarzt oder einem gut instruierten Rechtsanwalt anzuvertrauen, der ähnlich einem Willensvollstreckter agieren solle; wobei betont wird, dass dafür ein besonderes Vertrauensverhältnis und eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Thema Sterben erforderlich ist.²¹

¹⁶ Testamentsvollstrecker <http://de.wikipedia.org/wiki/Testamentsvollstrecker> (01.12.2009).

¹⁷ Menschenwürde <http://de.wikipedia.org/wiki/Menschenw%C3%BCrde> (22.10.2009).

¹⁸ Härk Würde, Universität Heidelberg, <http://www.thieme-connect.de/ejournals/abstract/palliativmedizin/doi/10.1055/s-200...> (14.11.2010).

¹⁹ Dort verhält es sich umgekehrt wie in Österreich: Das Rechtsinstitut des Willensvollstreckers ist etabliert, bei der Schaffung der neuen Patientenverfügung konnte darauf Bedacht genommen werden.

²⁰ Vgl Art 120 Abs 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Gentechnologie im Außenhumanbereich, wonach der Bund der Würde der Kreatur sowie der Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt Rechnung trägt und die genetische Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten schützt.

²¹ Vgl Steinbäuer Die Patientenverfügung. Der Wille des Patienten im Spannungsfeld „Recht auf Sterben und Medizin, unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten 36 (Wetzikon, 2007).

4. Die Testamentsvollstreckung gem §§ 816, 817 ABGB (seit 1812 in Kraft):

Das Gesetz bestimmt klar das einleitend genannte Recht des Testators einen Vollzieher seines letzten Willens einsetzen zu können. Selbstverständlich hat der so Genannte wie bei anderen Rechtsgeschäften auch, im Rahmen seiner Privatautonomie, das Recht die Annahme dieser Aufgabe abzulehnen. Damit besteht für den Erblasser ein gewisses Risiko, in seinem Testament rechtsunwirksam einen Vollzieher seines letzten Willens genannt zu haben. Denn nach herrschender Meinung kann ein Testamentsvollstrecker nur in einer letztwilligen Verfügung bestellt werden und entfaltet diese naturgemäß ihre Wirkung erst nach dem Tod des Testators. Demnach ist die Annahme durch den genannten Vollstrecker und damit das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes, in concreto des Auftrags, welcher erst ein rechtliches Müssen des Vollstreckers begründet, erst nach dem Tod des Testators möglich. Kommt der Auftrag dann jedoch zustande, gelten die Auftragsregeln samt Schadenersatzpflichten gemäß allgemeinem bürgerlichen Gesetzbuch.

In der Praxis wird der Errichter eines Testaments wohl mit dem gewünschten Testamentsvollstrecker vor dessen Einsetzung sprechen und dessen Haltung dazu abklären. Eine rechtliche Verpflichtung entstünde aber auch daraus schon wegen der Testierfreiheit, welche eine jederzeitige Neuorientierung hinsichtlich der Person des Testamentsvollstreckers erlaubt, nicht. Vielmehr wird aus diesem relativ komplizierten Vertragsschlussmechanismus deutlich, wie sehr es auf das Vertrauensverhältnis zwischen künftigem Erblasser und eingesetztem Testamentsvollstrecker ankommt.²²

§ 816 ABGB

Hat der Erblasser einen Vollzieher (Exekutor) seines letzten Willens ernannt; so hängt es von dessen Willkür ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Hat er es übernommen, so ist er schuldig, entweder als ein Machthaber die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben. Vermächtnisse Nachricht gegeben

§ 817 ABGB

Ist kein Vollzieher des letzten Willens ernannt; oder, unterzieht sich der ernannte dem Geschäft nicht; so liegt dem Erben unmittelbar ob, den Willen des Erblassers so viel wie möglich zu erfüllen, oder die Erfüllung sicherzustellen, und sich gegen das Gericht darüber auszuweisen. In Ansehung bestimmter Legatare hat er bloß darzutun, daß er denselben von dem ihrn zugefallenen habe.

²² Vertrauen ist umso notwendiger in (Rechts-)Beziehungen, in welchen - wie hier nach dem Tod des Testators – ein starkes Machtungleichgewicht besteht; Vgl Garantenstellung.

§ 817 ABGB deklariert unmissverständlich die Subsidiarität der Stellung des Erben gegenüber jener des Testamentsvollstreckers. Nur wenn der Erblasser – in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes durch Unterlassung – keinen Testamentsvollstrecker oder einen Testamentsvollstrecker rechtsunwirksam ernannt hat, wird die Machtstellung des Erben erhöht. Niemand anders als der Testator kann besser beurteilen, wie er die Vollziehung seines letzten Willens am besten sicherstellt und was er wem zutraut.

C. Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeitsrechte

Die §§ 816, 817 ABGB sind immer im Lichte des allgemeinen Schutzes des Rechtes auf Selbstbestimmung, also den §§ 16, 17 ABGB zu sehen, welche ebenso wie die Spezialbestimmungen zur Testamentsvollstreckung seit 1812, somit seit Beginn des ABGB, in Kraft sind. Diese Generalklauseln umfassen auch den Schutz der postmortalen Persönlichkeitsrechte, also auch den Schutz zur Sicherstellung der Vollziehung des letzten Willens.

§ 17 ABGB wurde vom Gesetzgeber als eine sogenannte Rechtsvermutung formuliert, postuliert also eine Beweislastregel. Damit stellt er inhaltlich im Grunde eine verfahrensrechtliche Schutzbestimmung dar. Niemand braucht also das Vorliegen seiner Persönlichkeitsrechte, sein Recht auf Selbstbestimmung als Ausfluss seiner menschlichen Würde zu beweisen. Das Gegenteil ist der Fall: Jeder, der das Nichtvorliegen des Selbstbestimmungsrechtes einer Person, beispielsweise deren Handlungsunfähigkeit behauptet, muss dies belegen. Ist dieser Beweis nicht erbracht, liegt ein unrechtmäßiger Eingriff in die Persönlichkeitsrechte vor, welcher in Folge auch die Menschenwürde der betroffenen Person verletzt.

§ 17 ABGB

Was den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen ist.

§ 16 Satz 1 ABGB

Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.

§ 29 WGGB

Zu den angebohrnen Rechten der Menschen gehören vorzüglich das Recht sein Leben zu erhalten, das Recht die dazu nötigen Dinge sich zu verschaffen, das Recht, seine Leibes- und Geisteskräfte zu veredeln, das Recht sich und das seinige zu vertheidigen, das Recht seinen guten Leumund zu behaupten, endlich das Recht mit dem, was ihm ganz eigen ist, frey zu schalten und zu walten.

D. Verfassungsrechtlicher Schutz der Menschenwürde

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der menschlichen Würde als Grundlage des Rechtes auf menschliche Selbstbestimmung gibt es in Österreich nicht. Ebenso fehlt bis heute ein expliziter verfassungsrechtlicher Schutz der menschlichen Würde, ganz im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen. Besonders im Vergleich zu Deutschland, das angesichts der Greuelarten im Zuge des nationalsozialistischen Regimes eine Vorreiterrolle zur Sicherstellung der Menschenwürde eingenommen hat. Meist finden sich am Beginn der europäischen Verfassungen einschlägige Bestimmungen, welche den Rechtsunterworfenen als „Grundrechte“ bekannt sind.²³

E. Internationaler und europäischer Schutz der Menschenwürde

Die Europäische Menschenrechtskonvention schützt die menschliche Würde nicht ausdrücklich. Wohl aber normiert Art 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung des Protokolls Nr 11, September 2003 die Verpflichtung der hohen Vertragsparteien zur Achtung der Menschenrechte. Weiters wurde durch die Rechtsprechung aus Art 3 EMRK – Verbot der Folter eine Bestimmung zum Schutz der Menschenwürde abgeleitet. Auch ist Österreich etwa Mitglied des Übereinkommens zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (*Oreido* 1997), welches ua. „im Bewusstsein, dass der Missbrauch von Biologie und Medizin zu Handlungen führen kann, welche die Menschenwürde gefährden“, geschaffen wurde.

Im Rahmen der Vereinten Nationen findet sich in Art 1 Abs 3 der Satzung eine Bestimmung zur Achtung und Förderung der Menschenrechte. In Satz 2 der Präambel wird der Glaube an die grundlegenden Menschenrechte, an Würde und Wert der menschlichen Person und an die Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie die souveräne Gleichheit der Nationen bekundet.²⁴

F. Rechtstatsachen

Theorie und Praxis gehen nicht immer konform, das ist wie in vielen anderen Bereichen, auch in der Juristerei so. Diese Tatsache kann sicher nicht ganz aus

²³ ZB Art 1 Abs 1 und 2 Bonner GG, wonach die Würde des Menschen, welche unverletzlich und unveräußerlich sowie zu achten und zu schützen ist oder Art 7 der Schweizerischen Bundesverfassung, wonach die menschliche Würde ebenfalls zu achten und zu schützen ist.

²⁴ Satzung der Vereinten Nationen, San Francisco, 26.06.1945.

dem Weg geräumt werden, soll sie auch nicht unter allen Umständen. Trotzdem ist von denjenigen, die für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verantwortlich sind, ein ständiges Bemühen, Aufmerksamsein und Handeln diesbezüglich zu fordern.

In meiner rechtstatsächlichen Untersuchung 2008²⁵ waren österreichweit 16 Notare/Kandidaten bereit, meinen Fragebogen zur Erforschung möglicher Ursachen des nahezu toten Rechtes der Testamentsvollstreckung zu beantworten. Insgesamt wurde das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung dabei als wenig wichtig beurteilt. Auch verneinten lediglich 31,2 % klar eine Abberufungsmöglichkeit des Testamentsvollstreckers durch den/die Erben. Die neue Regelung des Außerstreitgesetzes 2003 räumt den Erben (vor Einantwortung) eine ex lege Vertretungsbefugnis in Bezug auf Verwaltung der Verlassenschaft²⁶ ein.²⁷

Die 2009 bekannt gewordenen Testamentsfälschungen in Vorarlberg mit über hundert Geschädigten, darunter die „wahren“ Erben, zeugen klar von missbräuchlichem Handeln in Anwendung des Rechtes, welches durch zu wenig Kontrolle sicher begünstigt wurde. Die Rechte weiterer Personen ungeahnter Zahl und die Würde der Erblasser wurden verletzt.

§ 17 ABGB ist genauso wie die §§ 816, 817 ABGB totes Recht der österreichischen Rechtsordnung. Im Gegensatz zu anderen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen gibt es so gut wie keine Kommentare dazu. Im Zuge meiner Arbeit an der Diplomarbeit bekam ich Lust mehr in die Tiefe der menschlichen Selbstbestimmung zu forschen. Daher habe ich mich entschlossen, mich in meiner Dissertation, die dankenswerterweise wieder von Herrn *Univ.-Prof. Dr. Heinz Barta* erstbetreut wird, mit dem Thema: § 17 ABGB. Vom toten Recht zu lebendiger Anwendung. Plädoyer für die Unverletzlichkeit der Würde zu beschäftigen. Die Arbeit soll dabei auch der Frage auf den Grund gehen, warum die Rechtsanwälte diese doch sehr universelle Bestimmung nicht öfters heranziehen.

Anlässlich dieser Tagung und der Vorfälle in Vorarlberg untersuchte ich mittels eines Fragebogens die Haltung aller Notare/Kandidaten in Vorarlberg. Lediglich zwei Notare beantworteten den Fragebogen prompt und sehr freundlich, wofür ich ihnen sehr herzlich danke. Beide waren der Ansicht,

²⁵ Rath Der Testamentsvollstrecker, Ein Instrument menschlicher Selbstbestimmung, 64 ff (Innsbruck, 2008).

²⁶ Auf Verlangen hat der Gerichtskommissär den Berechtigten eine Amtsbestätigung über ihre Vertretungsbefugnis (§ 810 ABGB) auszustellen; § 172 AußStrG.

²⁷ Vgl auch Fn 12.

dass vergessen wurde, die Regelung der Testamentsvollstreckung im ABGB mittlerweile als überflüssig herauszunehmen.

Eventuell werde ich im Zuge der Dissertation weitere Untersuchungen in Vorarlberg, etwa bei den Rechtsanwälten, durchführen. Besonders interessiert mich aber die Meinung der Rechtsunterworfenen selbst, also der Bevölkerung.

G. Resümee

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen als ein Ausfluss seiner menschlichen Würde,²⁸ die absolute Integrität der Person ist meines Erachtens das wichtigste zu schützende Recht überhaupt. Andere europäische Rechtsordnungen haben dies erkannt. Wenn dies bei uns nicht ernstgenommen wird, braucht es nicht zu wundern, dass der Ruf der Justiz ein verbesserungsbedürfiger ist. Was steht entgegen, eine ausdrückliche Schutzbestimmung für die menschliche Würde in die Verfassung aufzunehmen?

Im Rechtsleben ist der Umgang mit der Würde, besonders der handlungsunfähigen Person, ein augenscheinlich sehr unterschiedlicher. Bei genauerer Betrachtung folgt diese Ungleichbehandlung eindrücklich trotzdem gewissen Regelmäßigkeiten, die wahrscheinlich durch weitere Interessen bestimmt sind.

Wie mit Schwächeren in einer Gesellschaft umgegangen wird, ist besonders in den Bereichen der Medizin und der Jurisprudenz eine wichtige ethische Frage, geht es doch um das Innerste des Menschen, seine Gesundheit und sein Recht, die beiden entscheidenden Säulen des Wohlbefindens.

Letztlich ist es auch eine Frage der Würde des (aktuell) Stärkeren, wie er mit handlungsunfähigen bzw. handlungsunfähig gewordenen Menschen und anderen Kreaturen umgeht.

Am Ende des Lebens steht der Tod und damit die absolute Handlungsunfähigkeit jeder Person, wir wissen es und beschäftigen uns in der Regel möglichst wenig damit...

Hätte ein in den letzwilligen Verfügungen Vorarlbergs eingesetzter Testamentsvollstrecker Schutz vor den ungewollten Einflussnahmen bieten oder diese gar verhindern können?

²⁸ Meine Dissertation wird sich auch mit anderen Formen der Würde beschäftigen.

Literaturliste

- Barta Heinz/Kalchschmid Gertrud im Interview mit Huber H.* Mein Tod gehört mir, Echo 05/2006.
- Härle W.* (2010) Würde, Universität Heidelberg, <http://www.thieme-connect.de/ejournals/abstract/palliativmedizin/doi/10.1055/s-200...> (14.11.2010).
- Rath Claudia* (2008) Der Testamentsvollstrecke, Ein Instrument menschlicher Selbstbestimmung (Diplomarbeit, Innsbruck).
- Steinhauser Susanne* (2007) Die Patientenverfügung. Der Wille des Patienten im Spannungsfeld „Recht auf Sterben und Medizin, unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten 36, Wetzikon.

Dr.ⁱⁿ med. Mag.^a iur. Claudia Rath
Fronhausen 388
6414 Mieming

Tel. +0043 [0]5264 40 086
claudia.rath@student.uibk.ac.at

Schmerzengeld in Österreich: Eine empirische Analyse des Spruchverhaltens der Oberlandesgerichte

A. Einleitung

Schmerzengeld ist als materielle Entschädigung definiert, die einem Opfer im Falle einer Körperverletzung gebührt.¹ Es handelt sich um die monetäre Bewertung einer veränderten Lebensqualität, die auf einer (temporären oder permanenten) Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit beruht. Diese Bewertung findet im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens statt und obliegt den Richtern, deren Aufgabe es ist unabhängige, weisungsungebundene und unabsetzbare Instanz ist, die veränderte Lebensqualität der Verletzten monetär zu bewerten. Zielsetzung dieser Bewertung der körperlichen, psychischen und sozialen Veränderung der Lebensqualität, im Sinne einer veränderten Nutzenfunktion des Geschädigten ist demnach die Internalisierung des Schadens durch eine monetäre Kompensation (Schmerzengeld), die den Geschädigten auf sein ursprüngliches Nutzenniveau zurückbringen soll.²

Setzt man sich die empirische Analyse dieser monetären Bewertung im Sinne der Schmerzengeldzusprüche als Ziel, so stößt man vor allem in der rechts-ökonomischen Literatur auf zwei entscheidende Arbeiten.³ *Bovbjerg, Sloan und Blumstein* (1989) analysieren in ihrer Arbeit die Willkürlichkeit und Zufälligkeit von Schmerzengeldzusprüchen in Florida und Kansas City (USA), indem sie die Schmerzengeldzusprüche auf horizontale wie auch vertikale Gerechtigkeit testen.⁴ Im Gegensatz dazu führen *Deweese, Duff und Trebilcock* (1996) eine Metaanalyse basierend auf bereits existenten empirischen Studien zum Thema Schadensbewertung des Haftungsrechts durch, indem sie Antworten auf die

¹ *Danzl* Zivilrecht, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller (Hg)* Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2008) 62 -341.

² *Posner* A theory of negligence, *Journal of Legal Studies* (1972) 29-96; *Schäfer/Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2005); *Cooter/Ulen* Law and Economics⁵ (2008).

³ Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang ebenso *Leebron* Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death, 64 N.Y.U. L. REV. (1989) 256, 324-25 und *Geistfeld* Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries, 83 CAL. L. REV. (1995) 773-777.

⁴ *Bovbjerg/Sloan/Blumstein* Valuing life and limb in tort: Scheduling "Pain and Suffering", Northwestern University Law Review (1989) 83, 908.

Frage „Wie korrespondiert die gerichtliche Praxis in Schmerzengeldfällen mit den theoretisch optimalen Regeln?“ und „Wie arbeiten Gerichte in Schadenersatzfällen tatsächlich?“ finden.⁵ Die Beantwortung der ersten Frage wird von *Deweese, Duff und Trebilcock* (1996) als Inputanalyse bezeichnet, während die Analyse der Spruchpraxis im Sinne der Beantwortung der zweiten Frage als Outputanalyse deklariert wird.

Der vorliegende Beitrag schließt sich der Vorgangsweise dieser beiden Arbeiten an, indem einerseits die Arbeit von *Borbjerg, Sloan und Blumstein* (1989) als Ausgangspunkt für die Determinantenanalyse der Schmerzengeldzusprüche dient und andererseits die Arbeit von *Deweese, Duff und Trebilcock* (1996) den Rahmen im Sinne einer Outputanalyse vorgibt. Damit verfolgen wir das Ziel die Bewertung von Schmerzengeld in Österreich empirisch zu analysieren, indem auf die Frage eingegangen wird, wie bewerten Gerichte in Österreich Schmerzengeld tatsächlich. Wir beschäftigen uns einerseits damit, welche Faktoren die Höhe der Schmerzengeldzusprüche bestimmen und andererseits in welchen Determinanten sich die Bewertungsansätze Per Diem und Lump Sum (Schmerzengeldtabelle und Pauschalzuspruch) unterscheiden. So wird es erstmals möglich, den in Österreich vor allem in der Literatur, aber auch in der Spruchpraxis inhärenten Streit um die optimale Bemessungshilfe für Schmerzengeld aus empirischer Sicht zu analysieren und aufzuzeigen, in welchen Bereichen sich das Spruchverhalten der Oberlandesgerichte unterscheidet. Ausgangspunkt für die empirische Analyse sind rund 1300 Schmerzengeldurteile der vier Oberlandesgerichte (Wien, Graz, Linz und Innsbruck) für den Zeitraum 1990 – 2004.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut. Abschnitt B beschäftigt sich mit den rechtlichen Grundlagen des Schmerzengeldes in Österreich und fokussiert auch auf die in Österreich seit mittlerweile mehr als zwei Jahrzehnten anhaltende Diskussion zwischen den Oberlandesgerichten rund um die Bemessungshilfen im Sinne der Schmerzengeldtabelle und dem Pauschalzuspruch. In Abschnitt C wird der Datensatz, der für die empirische Analyse des Spruchverhaltens herangezogen wird, vorgestellt. Abschnitt D beschäftigt sich mit der empirischen Analyse der Determinanten des Schmerzengeldes und den Unterschieden zwischen den Bemessungshilfen. In Abschnitt E werden die Ergebnisse der empirischen Analyse mit den rechtlichen Rahmenbedingungen abgeglichen und diskutiert, Abschnitt F schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und einem Ausblick.

⁵ *Deweese/Duff/Trebilcock* Exploring the Domain of Accident Law. Taking the Facts Seriously (1996).

B. Hintergrund

Schmerzengeld zielt als zivilrechtliche Kompensation darauf ab, die Schutzgutverletzung der körperlichen Unversehrtheit, im Sinne der Beschädigung des Organismus bzw. der Funktionsstörung innerer Lebensvorgänge, gleichgültig ob ein körperliches oder seelisch-geistiges Leiden vorliegt, durch den Zuspruch eines Geldwertes auszugleichen.⁶

Gem. § 1325 ABGB soll der Schädiger demnach dem Verletzten „... ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzengeld“ zahlen. Diese generelle und abstrakte Formulierung überlässt es also den Richtern im Rahmen des zivilgerichtlichen Verfahrens, nach freier Überzeugung gem. § 273 ZPO und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das Schmerzengeld zu berechnen. Wennleich normbedingt für diese Berechnung keine klaren Bewertungsschritte definiert sind, so ist trotzdem beobachtbar, dass sich subsidiär im Rahmen der Dogmatik als auch Spruchpraxis unterschiedliche Ansätze zur Unterstützung der Richter herausgebildet haben. Demzufolge können sowohl die Ausgleichs- als auch Genugtuungsfunktion, die qualitative Bewertung der veränderten Lebensqualität in Form von medizinischen Gutachten und bereits ergangene Rechtsprechung im Sinne allgemein anerkannter Bewertungsstandards angeführt werden.⁷

Die rechtsdogmatische Zweigleisigkeit von Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion verfolgt einerseits die Absicht, dass dem Geschädigten ein angemessener Ausgleich für Schäden von nicht-vermögensrechtlicher Art zusteht. Andererseits trägt sie dem Gedanken Rechnung, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung für das schuldet, was er ihm angetan hat, wennleich der Genugtuungsgedanke hinter der Ausgleichsfunktion bleibt und daher die finanzielle Kompensation primär als Ausgleich für körperliches (seelisches) Ungemach verstanden wird und weniger im Sinne einer finanziellen Strafe.⁸

⁶ Danz/*Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB*, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1990; *derselbe* Zivilrecht, in: Danz/Gutiérrez-Lobos/Müller (Hg) *Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht*⁹ (2008) 62 -341.

⁷ Für eine ausführliche Diskussion dieser entscheidungsunterstützenden Ansätze siehe Leiter/Thöni/Winner *Menschliche Körperteile und der Wert des menschlichen Lebens. Eine monetäre Bewertung mittels Schmerzensgeldentscheidungen*, in Exenberger/Nussbaumer (Hg) *Von Körpermärkten* (2008) 79-97.

⁸ Schäfer/Ott *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (2005). Die Genugtuungsfunktion ist im amerikanischen Schadensrecht durch die Existenz von „Punitive Damages“ (Strafschadensersatz) stärker ausgeprägt.

Nachdem als Grundlage für die monetäre Bewertung der veränderten Lebensqualität der Schmerz definiert wird, werden Richter in ihrer Evaluierung durch Experten in Form von medizinischen Sachverständigengutachten unterstützt, die Informationen über den Schweregrad der Verletzung und die Intensität der Schmerzen bereitstellen.

Aus der Spruchpraxis der Gerichte haben sich die nachfolgenden Standards entwickelt.⁹ Das Geschlecht des Verletzten soll keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzengeldes haben, sodass von einem geschlechtsneutralen Argumentationsansatz ausgegangen werden kann. Ebenso soll das Einkommen und der sozio-ökonomische Status der Geschädigten nicht berücksichtigt werden. Des Weiteren soll das Alter des Geschädigten keine Rolle für die Bemessung des Schmerzengeldes spielen, was damit begründet wird, dass das Alter grundsätzlich keinen Einfluss auf das Schmerzempfinden eines Individuums hat. Dauerschäden, also jene Situationen in denen der ursprüngliche Gesundheitszustand nicht mehr erreicht werden kann, fallen umso mehr ins Gewicht, je früher diese eintreffen. Das damit auftretende Ungemach, das die Verletzten noch zu erdulden haben werden, ist zu berücksichtigen und kann sich so uU bei Verletzten im jugendlichen Alter anspruchserhöhend bzw. in höherem Alter anspruchsmindernd auswirken.

Basierend auf diesen (Entscheidungs-)Grundlagen obliegt es also dem Richter, die Würdigung sämtlicher Umstände des immateriellen Schadens vorzunehmen. In der Praxis sind für diesen zusammenfassenden Bewertungsprozess zwei unterschiedliche Bemessungshilfen bekannt, einerseits die Verwendung von Schmerzengeldtabellen, die monetäre Werte für leichte, mittlere und starke Schmerztage ausweisen und damit eine Monetarisierungshilfe für das aus den medizinischen Gutachten hervorgehende Ausmaß der Verletzung darstellen (Per Diem Ansatz). Andererseits aber auch die Bewertung ohne Bemessungshilfe, womit am Ende der richterlichen Bewertung ein Pauschalbetrag im Sinne einer Globalbemessung steht, der sich nicht auf die Monetarisierung einzelner Schmerztage stützt, sondern durch den Richter ohne Bemessungshilfe nach freier Überzeugung festgelegt wird (Lump Sum Ansatz).

Dem Per Diem Ansatz unterliegen Schmerzengeldtabellen die als nichtlegislative Tabellen, mit einem unverbindlichen Charakter definiert werden kön-

⁹ *Danz/Zivilrecht*, in: Danz/Gutiérrez-Lobos/Müller (Hg) Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2008) 62-341.; *Huber* Antithesen zum Schmerzengeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, Zeitschrift für Verkehrsrecht (2000) 218; OGH 29.5.1957, 2 Ob 218,57; OLG Linz 15.7.1998, 1 R 152/98y, OGH 5.1.1915 GIUNF 7231=ZBL 1916/133; 22.10.1952 SZ 25/268; 15.4.1958 ZVR 1959/128; 11.2.1959 ZVR 1960/87; 15.7.1987 JBI 1988 46; 15.11.1989 JBI 1990 456.

nen.¹⁰ Trotzdem wird ihnen in Literatur und Rechtsprechung besondere Beachtung geschenkt, was sich durch die Nähe zum Richterrecht und damit zu einer „sekundären Rechtsquelle“ erklären lässt. Schmerzengeldtabellen können als eine Zusammenstellung der Kernaussagen bereits bestehender Urteile und damit als Sammlung von Präjudizien charakterisiert werden. In Österreich weist die erstmals 1990 von *Hartl* publizierte Tabelle Werte für leichte, mittlere und starke Schmerztage in Höhe von € 100, € 200 und € 300 pro Schmerztag auf.¹¹

Demnach beruht die Bemessung des Schmerzengeldes auf der Multiplikation der Anzahl der Schmerztage mit den entsprechenden Werten pro Schmerztag. Wenn beispielsweise ein Geschädigter drei leichte Schmerztage und fünf mittlere Schmerztage durchleben musste, berechnet sich das Schmerzengeld wie folgt: $3 \cdot € 100 + 5 \cdot 200 = € 1300$.

Dieser Bemessungshilfe folgen drei der vier Oberlandesgerichte: Wien, Graz und Innsbruck stützen sich bei der Bewertung des Schmerzengeldes auf die Verwendung der Schmerzengeldtabellen. In diesem Kontext ist es wichtig zu erwähnen, dass es sich bei den entsprechenden Schmerzengeldtabellen lediglich um eine Bemessungshilfe (im Sinne einer rechtstatsächlichen Teiluntersuchung und von Erfahrungswerten), keineswegs jedoch um eine Berechnungsmethode handelt, da ansonsten allfällige weitere Kriterien in den Hintergrund gedrängt würden, die für Sinn und Zweck des Schmerzengeldes von Relevanz sind.¹²

Der Verwendung des Per Diem Ansatzes zur Bewertung des Schmerzengeldes steht die Globalbemessung (Lump Sum Ansatz) gegenüber, die seit der Einführung der Schmerzengeldtabellen 1990 vehement vom Oberlandesgericht Linz verteidigt wird. Damit ist Linz das einzige OLG in Österreich, das basierend auf § 1325 ABGB und § 273 ZPO die Meinung vertritt, dass der

¹⁰ Für eine detaillierte Darstellung siehe *Stefula* Rechtsnatur, Verbindlichkeit und Zulässigkeit nicht-legislativer Tabellen, JRP 2002 146.

¹¹ Die Schwergrade der Tage können wie folgt definiert werden (Vgl *Diemath/Zerlauth* 2002):
Starker Schmerzzustand: Schmerz- und Krankheitsgefühl beherrschen den Verletzten so, dass er trotz Behandlung oder gerade wegen dieser nicht in der Lage ist, sich selbst von diesem Zustand zu abstrahieren, in dem er sich nicht ablenken, an Nichts erfreuen kann, in dem er nur im wahrsten Sinne des Wortes ein Leidender und Schwerstkranker ist. *Mittelstarker Schmerz – Leidzustand*: Ein Zustand, der sich mit der Fähigkeit, sich von ihm selbst zu abstrahieren, die Waage hält, wenn der Kranke also schon zu gewissen Interessenverwirklichungen bereit und fähig ist. *Leichter Schmerzzustand*: Der Patient kann über seinen Leidenzustand dominieren, er kann sich zerstreuen und ablenken, er kann sogar einer, der Situation entsprechenden Beschäftigung nachgehen. Er ist aber keineswegs frei von Schmerzen und Unlustgefühl.

¹² *Fucik/Hartl/Schlosser* Schmerzengeldsätze in Österreich, Stand 1990, Sachverständiger (1990) 2 und 3, 7; *Fucik/Hartl/Schlosser* Handbuch des Verkehrsunfalls, Teil VI (2005).

Richter die Bewertung einer abgewogenen Globalsumme selbstständig, ohne Zuhilfenahme einer Rechenformel unter Verwendung der Schmerzengeldtabellen durchführen, soll.¹³

Diese heterogene Situation hinsichtlich der Verwendung von Schmerzengeldtabellen führt zu der einzigartigen Situation, dass an österreichischen Oberlandesgerichten unterschiedliche Bemessungsansätze für Schmerzengeld verwendet werden. Diese Rechtswirklichkeit motiviert daher nicht nur die Determinanten des zugesprochenen Schmerzengeldes zu analysieren, sondern auch einen Vergleich zwischen den beiden Bemessungsansätzen in Bezug auf die daraus resultierenden Schmerzengeldzusprüche vorzunehmen.

C. Der Datensatz

Im Folgenden wird anhand eines Datensatzes, bestehend aus Schmerzengeldzusprüchen der vier Oberlandesgerichte Graz, Innsbruck, Linz und Wien gezeigt, welche Faktoren die Höhe des Schmerzengeldes in Österreich beeinflussen und welcher Unterschied zwischen dem Lump Sum und Per Diem System besteht. Dazu wird in einem ersten Schritt der Datensatz vorgestellt. Dabei werden jene Faktoren diskutiert, die einen potenziellen Einfluss auf den individuellen Schmerzengeldzuspruch ausüben können (z.B. Geschlecht, Alter, Beruf oder Art und Intensität der Verletzung). Für diese Analyse der OLG Spruchpraxis wird die Urteilssammlung von *Danzl, Gutiérrez-Lobos und Müller* aus dem Jahr 2008 verwendet, womit Beobachtungen für 14 Jahre vorliegen (1990 bis 2004).¹⁴ In Summe stehen rund 1300 Urteile der vier Oberlandesgerichte Graz, Innsbruck, Linz und Wien zur Analyse der Schmerzengeldzusprüche zur Verfügung. Enthalten sind Informationen bezüglich der Höhe des tatsächlich zugesprochenen Schmerzengeldes, Geschlecht, Alter, Staatsbürgerschaft, Schwergrad der Verletzung, Anzahl der Verletzung, sowie dem Vorliegen eines Dauerschadens und der Schmerzintensität.

Tabelle 5 gibt einen Überblick über die Anzahl der Beobachtungen, die Datenstruktur und die jeweiligen Ausprägungen der soeben genannten Variablen für den gesamten Datensatz (Spalte 2), sowie für die Oberlandesgerichte Graz, Innsbruck, Linz und Wien (Spalte 3-6). Gemäß Spalte 2 in Tabelle 5 beträgt der durchschnittliche Schmerzengeldzuspruch in Österreich rund

¹³ Für einen retrospektiven Überblick der aktiv geführten Diskussion rund um die Verwendung der Schmerzengeldtabellen als Bewertungshilfe siehe *Kassak „Schmerzengeld nach Tagsätzen“* (Eine weitere Besprechung der Entscheidung ZVR 2001/20), ZVR 2001 227.

¹⁴ *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller (Hg)* Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2009).

19.600 Euro.¹⁵ Der Frauenanteil der Geschädigten liegt bei 42 Prozent, das durchschnittliche Alter bei 33 Jahren. Da der Datensatz für die Altersvariable relativ wenige Beobachtungen aufweist, wird auf Alterskategorien (1= 0-14 Jahre, 2= 15-18 Jahre, 3=19-65 Jahre, 4= älter als 65 Jahre) zurückgegriffen, für die im Datensatz – wie in Tabelle 5 ersichtlich - wesentlich mehr Beobachtungen zur Verfügung stehen. Des Weiteren zeigt der Datensatz, dass 88% der Geschädigten österreichische Staatsbürger sind, 86% mehrere Verletzungen aufweisen und in 10% der Fälle ein Dauerschaden zu verzeichnen ist.

Um die Informationen hinsichtlich des Schweregrads der Verletzung sowie der Schmerzintensität genauer darstellen zu können, wurden diese wie folgt kategorisiert: Beobachtungen bezüglich des Schweregrads der Verletzung und damit der Beeinträchtigung der Lebensqualität wurden durch die Anwendung der NAIC Skala neun Verletzungskategorien zugeordnet, wobei beispielsweise Kategorie 1 für rein emotionale Verletzungen steht (z.B. Furcht), Kategorie 5 für leichte Dauerverletzungen (z.B. Verletzung eines Organs) und Kategorie 8 für schwerwiegende Dauerverletzungen (z.B. Gehirnschädigung).¹⁶ Wie aus Tabelle 5 ersichtlich, sind die relevantesten Verletzungskategorien zeitlich limitierte, leichte Verletzungen (z.B. Infektion) mit 58%, zeitlich insignifikante Verletzungen (z.B. Prellungen, Quetschungen) mit 25% und leichte Dauerverletzungen mit 11%.

Die Schmerzintensität wurde als Variable konstruiert, die sowohl qualitative Aussagen über den Schmerzzustand (leicht, mittlere, starke und sehr starke Schmerzen), als auch über deren zeitliches Ausmaß im Sinne von vergangenen und zukünftigen Schmerztagen zulässt. Der Großteil der Beobachtungen in unserem Datensatz weist vergangene Schmerztagen in Form von leichten Schmerzen auf, wohingegen zukünftige Schmerztagen durchschnittlich weniger oft zuerkannt werden.

Vergleicht man abschließend auf diesem deskriptiven Niveau die Datenstruktur in den Spalten drei bis sechs, so sind der Großteil der gerade diskutierten Variablen ähnlich ausgeprägt, allerdings weichen die durchschnittlich zugesprochenen Summen des Schmerzengeldes in den vier Oberlandesgerichten (stark) voneinander ab. Um auf diesen potenziellen Unterschied in der Spruchpraxis näher eingehen zu können, werden die Daten im folgenden Abschnitt einer detaillierten empirischen Analyse unterzogen.

¹⁵ Alle Schmerzengeldzusprüche des Datensatzes wurden in 2005 Euro konvertiert.

¹⁶ Für eine gesamthafte Darstellung der Skala, siehe Anhang, Tabelle 8. Für weitere Informationen zur Skala der NAIC (National Association of Insurance Comissionar), siehe <http://www.naic.org/>.

Variablen	Gesamt		OLG Graz		OLG Innsbruck		OLG Linz		OLG Wien	
	N	MW	N	MW	N	MW	N	MW	N	MW
Schmerzengeld €	1310	19563.5	240	19656.8	665	15900.0	106	30557.6	299	23739.1
Frau	1277	41.9%	232	40.1%	649	44.1%	103	32.0%	293	42.0%
Alter	453	33.2	87	33.8	204	32.0	52	33.8	110	34.7
Alterskohorte	1309	1.9	240	1.9	664	1.9	106	1.9	299	1.9
Stbürger Ö	1310	88.3%	240	91.3%	665	82.7%	106	95.3%	299	96.0%
Schweregrad der Verletzung (NAIC)										
1 Emot. Verletzung	1310	0.5%	240	0.4%	665	0.2%	106	0.0%	299	1.3%
2 Zeitl. insign.Verl.	1310	24.8%	240	23.8%	665	26.5%	106	30.2%	299	20.1%
3 Zeitl. leichte Verl.	1310	58.1%	240	62.1%	665	56.1%	106	48.1%	299	62.9%
4 Zeitl. schwere Verl.	1310	3.5%	240	4.6%	665	3.0%	106	4.7%	299	3.3%
5 Leichte Dauerverl.	1310	11.0%	240	6.7%	665	12.6%	106	13.2%	299	10.0%
6 Sign. Dauerverl.	1310	2.1%	240	2.5%	665	1.5%	106	3.8%	299	2.3%
7 Schwere Dverl.	1310	0.0%	240	0.0%	665	0.0%	106	0.0%	299	0.0%
8 Schwerwiegende Dverl.	1310	0.1%	240	0.0%	665	0.2%	106	0.0%	299	0.0%
9 Tot	1310	0.0%	240	0.0%	665	0.0%	106	0.0%	299	0.0%
Mehrere Verl.	1310	85.8%	240	92.1%	665	80.8%	106	94.3%	299	89.0%
Schmerzintensität										
Leichte Schmerztage	1310	77.2	240	73.7	665	54.2	106	106.8	299	120.6
Mittlere Schmerztage	1310	25.1	240	26.2	665	18.3	106	33.8	299	36.2
Starke Schmerztage	1310	10.0	240	11.3	665	6.5	106	16.6	299	14.4
Sehr starke ST	1310	0.5	240	0.6	665	0.1	106	0.1	299	1.4
Zuk. leichte ST	1310	7.9	240	5.3	665	9.7	106	4.6	299	7.3
Zuk. mittlere ST	1310	0.7	240	0.6	665	0.5	106	0.9	299	1.0
Zukünftige starke ST	1310	1.0	240	5.4	665	0.1	106	0.2	299	0.0
Dauerschaden	1292	9.7%	238	2.5%	654	15.7%	106	2.8%	294	4.4%

Tabelle 5: Deskriptive Statistik

D. Empirische Analyse der Schmerzengeldzusprüche¹⁷

Will man den Einfluss der soeben besprochenen Variablen auf die Höhe des Schmerzengeldes testen und damit die beiden Forschungsfragen (Welche Faktoren bestimmen die Höhe der Schmerzengeldzusprüche?, Durch welche Determinanten unterscheiden sich die Bewertungsansätze Lump Sum und Per Diem?) beantworten, so ist es notwendig, einerseits auf den gesamten Datensatz, also auf alle Urteile zurückzugreifen, andererseits die Stichprobe in zwei Gruppen zu teilen. Zum einen in jene, die unter dem Per Diem Regime bewerten, zum anderen in jenen Gerichtshof, der dem Lump Sum Ansatz folgt.

1. Welche Faktoren bestimmen die Höhe der Schmerzengeldzusprüche?

Zur Beantwortung der ersten Frage wird eine Regressionsanalyse durchgeführt, die das Schmerzengeld durch die unabhängigen Variablen Geschlecht, Alter, Staatsbürgerschaft, Schweregrad der Verletzung (Skala NAIC),

¹⁷ Zum Folgenden Vgl ausführlich *Leiter/Thöni/Winner Evaluating human life using court decisions on damages for pain and suffering, Working Papers in Economics and Finance 2010-11, Universität Salzburg; Leiter/Thöni/Winner Duo Cum Faciunt Idem, Non Est Idem. Evidence from Austrian Pain and Suffering Verdicts, Working Papers in Economics and Finance 2011-2, Universität Salzburg.*

Schmerzintensität, Anzahl der Verletzungen, Dauerschaden, Gerichtsort und Urteilsjahr erklärt (siehe Tabelle 6).

Zunächst zeigt sich, dass weder Geschlecht, Alter noch Staatsbürgerschaft als individuelle Charakteristika der Geschädigten einen signifikanten Einfluss auf die Höhe des Schmerzengeldes haben. Wirft man einen Blick auf den Einfluss der anderen Schadensvariablen, so wird ersichtlich, dass jene Individuen mit mehr als einer Verletzung ein um 42% höheres Schmerzengeld erhalten als jene mit nur einer Verletzung (dargestellt am "marginalen Effekt" in Spalte 2 der Tabelle). Ein ähnliches Muster ist in Bezug auf die Variable Dauerschaden zu erkennen. Personen, die einen Dauerschaden erleiden, bekommen ein signifikant höheres Schmerzengeld zugesprochen (198%) als jene ohne Dauerschaden. Interagiert man die Variable Dauerschaden mit der Variable Alter, so wird erkennlich, dass Personen mit einem Dauerschaden umso weniger Kompensation erhalten, je älter sie sind (Personen über 65 Jahren erhalten um 46% weniger als die Referenzkategorie 0-14 Jahre). Zusätzlich zeigen auch die unterschiedlichen Schweregrade der Verletzung einen Einfluss. So bekommen Personen mit einer emotionalen Verletzung (Kategorie 1) um 22% weniger als jene mit einer zeitlich insignifikanten Verletzung, die unsere Referenzkategorie darstellt. Im Gegensatz dazu erhalten jene Geschädigten signifikant mehr, die zumindest eine zeitlich limitierte, leichte Verletzung aufweisen. Im Detail bedeutet dies, dass Personen mit einer zeitlich limitierten leichten (schweren) Verletzung eine um 37% (92%) höhere Kompensation erhalten als jene in unserer Referenzkategorie. Das Schmerzengeld für leichte (signifikante) Dauerverletzungen liegt um 20% (37%) über dem für zeitlich insignifikante Verletzungen. Personen, die an einer schweren Dauerverletzung leiden, erhalten um 462 % mehr Schmerzengeld als die Referenzkategorie.

Die Ergebnisse im Zusammenhang mit der Schmerzintensität zeigen, dass der Einfluss leichter, mittlerer und starker vergangener Schmerzen, sowie zukünftiger leichter und schwerer Schmerzen auf die Höhe des Schmerzengeldes signifikant ist. Der marginale Effekt pro Schmerztag in den unterschiedlichen Schmerzintensitäten variiert nur gering und ist für zukünftige Schmerztagen weniger stark ausgeprägt als für vergangene.

Die Variable Urteilsjahr beschreibt eine positive zeitliche Entwicklung der Schmerzengeldhöhe, indem die durchschnittlich ausbezahlte Summe jährlich um 4% ansteigt.

Wie in Tabelle 6 ersichtlich, sprechen die Oberlandesgerichte Graz, Innsbruck und Wien um 18%, 20% und 28% weniger Schmerzengeld zu als es in der Referenzkategorie OLG Linz der Fall ist. Wie erwähnt, verwendet das OLG Linz nicht die Schmerzengeldtabellen, wie dies in den Oberlandesgerichten Graz, Innsbruck und Wien der Fall ist. Nichtsdestotrotz wird das Schmerzen-

geld an allen Gerichtshöfen im Sinne der Schmerztage und deren Intensität kategorisiert. Woher kommen also die signifikanten Unterschiede in den Schmerzengeldzusprüchen zwischen den Oberlandesgerichten? Beeinflussen die unterschiedlichen Kalkulationsschemata tatsächlich das zugesprochene Schmerzengeld? Und unterscheiden sich die zwei Bewertungsansätze des Schmerzengeldes hinsichtlich der bereits vorgestellten Determinanten?

Variable	Total	Marg. Effekt in %
Frau	-0.020	-2.0
Alterskohorte 2: 15-18	0.024	2.4
Alterskohorte 3: 19-65	-0.046	-4.5
Alterskohorte 4: >65	0.003	0.3
Staatsbürgerschaft Österreich	-0.062	-6.0
Mehrere Verletzungen	0.347 ***	41.5
Schweregrad der Verletzung		
Emotionale Verletzung	-0.253 *	-22.4
Zeitl. leichte Verletzung	0.317 ***	37.3
Zeitl. schwere Verletzung	0.651 ***	91.7
Leichte Dauerverletzung	0.184 **	20.2
Sign. Dauerverletzung	0.313 *	36.8
Schwere Dauerverletzung	1.726 ***	461.8
Schmerzintensität		
Leichte Schmerztage	0.004 ***	0.4
Mittlere Schmerztage	0.006 ***	0.6
Starke Schmerztage	0.008 ***	0.8
Sehr starke Schmerztage	0.007	0.7
Zukünftige leichte ST	0.002 ***	0.2
Zukünftige mittlere ST	-0.001	-0.1
Zukünftige starke ST	0.002 ***	0.2
Dauerschaden	1.093 ***	198.3
Dauerschaden *Alterskohorte 2	-0.320	-27.4
Dauerschaden *Alterskohorte 3	-0.511	-40.0
Dauerschaden *Alterskohorte 4	-0.612 *	-45.8
Urteilsjahr	0.034 ***	3.5
OLG Graz	-0.196 **	-17.8
OLG Innsbruck	-0.219 ***	-19.7
OLG Wien	-0.327 ***	-27.9
Beobachtungen	1259	
Log Likelihood	-1208	
Adj. R ²	0.564	

Anmerkung: ***, **, * bezeichnet ein 1, 5 und 10 prozentiges Signifikanzniveau

Tabelle 6: Schätzergebnisse - Abhängige Variable: Log Schmerzengeld (in 2005 EURO)

2. Durch welche Determinanten unterscheiden sich die Bewertungsansätze Lump Sum und Per Diem?

Zur Beantwortung dieser Frage wird die gesamte Stichprobe in zwei Gruppen geteilt. Die erste Gruppe bilden jene Oberlandesgerichte, die das Schmerzengeld auf Basis von Schmerzengeldtabellen berechnen, nämlich das OLG Graz, Wien und Innsbruck (Gruppe Per Diem). Die zweite Gruppe fokussiert sich ausschließlich auf die Urteile des OLG Linz, als jenen Gerichtshof, der die Schmerzengeldtabelle nicht akzeptiert und daher auf das Lump Sum Modell zurückgreift (Gruppe Lump Sum). Die Spalten „Per Diem“ und „Lump Sum“ in Tabelle 7 zeigen die entsprechenden Regressionsergebnisse.

Wie auch schon in den Ergebnissen für die gesamte Stichprobe (Tabelle 6) spielt auch hier in den beiden Gruppen weder Geschlecht, Alter, noch Staatsbürgerschaft eine entscheidende Rolle. Allerdings zeigen erneut die verletzungsspezifischen Variablen in beiden Gruppen einen Einfluss. So erhöhen mehrere Verletzungen das zugesprochene Schmerzengeld in Linz um 200%, während in der Gruppe „Per Diem“ diese Determinante nur zu einer 37%igen Erhöhung führt.

Zusätzlich zeigen die Ergebnisse eine starke Evidenz für signifikant höhere Zahlungen für zeitlich limitierte leichte und schwere Verletzungen (37% und 81%), sowie leichte, signifikante und schwere Dauerverletzungen (19%, 40% und 475%) in der Per Diem Gruppe, wohingegen in der Lump Sum Gruppe ausschließlich zeitlich limitierte schwere Verletzungen zu einer signifikanten Erhöhung des Schmerzengeldes führen (193%).

Hinsichtlich der Schmerzintensität fällt auf, dass leichte, mittlere und starke Schmerztagen in beiden Gruppen zu einer signifikant höheren Kompensation führen, während zukünftige leichte und schwere Schmerztagen ausschließlich in der Per Diem Gruppe einen signifikant positiven Einfluss zeigen.

Permanente Schäden zeigen ebenso in beiden Gruppen einen Einfluss in Form einer Erhöhung des zugesprochenen Schmerzengeldes um 229 % und 349%. Wie auch schon in der gesamten Stichprobe zeigt sich, dass ältere Menschen mit einem Dauerschaden weniger bekommen als jüngere mit einem Dauerschaden. Dieser Schluss lässt sich allerdings ausschließlich für die Per Diem Gruppe ziehen, da in der Lump Sum Gruppe nicht ausreichend Beobachtungen vorhanden sind. Abschließend ist für die Per Diem Gruppe ein signifikanter 4 prozentiger Anstieg der Schmerzengeldhöhe pro Jahr erkennbar.

Variablen	Per diem	Marg. Effekt in %	Lump sum	Marg. Effekt in %
Frau	-0.020	-2.0	-0.014	-1.4
Alterskohorte 2: 15-18	0.067	6.9	-0.726	-51.6
Alterskohorte 3: 19-65	0.013	1.3	-0.413	-33.8
Alterskohorte 4: >65	0.048	4.9	-0.345	-29.2
Stbürger Österreich	-0.095	*	-9.1	0.033
Mehrere Verl.	0.312	***	36.6	1.096
Emotionale Verl.	-0.239	-21.3		
Zeitl. leichte Verl.	0.315	***	37.0	0.122
Zeitl schwere Verl.	0.592	***	80.8	1.075
Leichte Dauerverl.	0.172	**	18.8	0.038
Sign. Dauerverl.	0.338	*	40.2	0.295
Schwere Dauerverl.	1.749	***	474.9	
Leichte Schmerztage	0.004	***	0.4	0.002
Mittlere Schmerztage	0.005	***	0.5	0.007
Starke Schmerztage	0.011	***	1.1	0.005
Sehr starke ST	0.002		0.2	0.198
Zuk. leichte ST	0.002	***	0.2	0.002
Zuk. mittlere ST	-0.002		-0.2	-0.007
Zukünftige starke ST	0.002	***	0.2	0.046
Dauerschaden	1.191	***	229.0	1.501
DS *Alterskohorte 2	-0.513		-40.1	
DS *Alterskohorte 3	-0.607	*	-45.5	
DS *Alterskohorte 4	-0.747	**	-52.6	
Urteilsjahr	0.036	***	3.7	-0.016
Beobachtungen	1156		103	
Log Likelihood	-1087		-98.3	
Adj. R2	0.571		0.495	

Anmerkung: ***, **, * bezeichnet ein 1, 5 und 10 prozentiges Signifikanzniveau

Tabelle 7: Schätzergebnisse Per Diem und Lump Sum - Abhängige Variable: Log Schmerzengeld (in 2005 EURO) Schätzergebnisse - Abhängige Variable: Log Schmerzengeld (in 2005 EURO)

E. Diskussion

Die vorliegende Arbeit zeigt, dass die Höhe des Schmerzengeldes und damit die monetäre Evaluation einer veränderten Lebensqualität von unterschiedlichen Faktoren beeinflusst werden. Gegeben dieser empirischen Analyse der vorliegenden 1300 OLG Urteile aus Österreich diskutieren wir nun, inwieweit diese Ergebnisse mit den gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen und den einleitend erwähnten Studien korrespondieren.

Basierend auf den in Abschnitt B vorgestellten rechtlichen Rahmenbedingungen wird vermutet, dass die verfügbaren sozio-ökonomischen Merkmale

(Geschlecht, Alter und Staatsbürgerschaft) des Geschädigten keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzengeldes haben. Dies konnte durch die empirische Analyse bestätigt werden, womit österreichische Oberlandesgerichte in den beobachteten Schmerzengeldurteilen einer genderneutralen Argumentation folgen, dem Alter ausschließlich in Zusammenhang mit Dauerverletzungen eine Rolle zuschreiben (jüngere Personen leiden gemäß der durchschnittlichen Lebenserwartung länger an einem Dauerschaden als ältere Personen) und die Nationalität der Geschädigten ebenso nicht berücksichtigen.

Hinsichtlich der unterschiedlichen Verletzungsausprägungen gehen wir basierend auf den rechtlichen Rahmenbedingungen sowie der (internationalen) Literatur davon aus, dass sowohl die unterschiedlichen Verletzungsmerkmale, also die Anzahl und der Schweregrad der Verletzungen, die Schmerzintensität, als auch das Vorliegen eines Dauerschadens einen Einfluss auf das Ausmaß der Kompensation haben. Wir finden hinsichtlich des Schweregrades und der Schmerzintensität entsprechende Evidenz in unseren Ergebnissen. So führen mehrere Verletzungen zu signifikant höheren Schmerzengeldzahlungen. Allerdings steigt die Kompensation nicht monoton mit dem Schweregrad der Verletzung (im Sinne der NAIC Kategorisierung) an, womit sich schlussfolgern lässt, dass der Zuspruch bezüglich der unterschiedlichen Schweregrade gegen das Prinzip der vertikalen Gerechtigkeit verstößt. Um diesem Prinzip zu entsprechen und im vertikalen Sinne von einem gerechten Zuspruch ausgehen zu können, müssten die Kompensationen in Anbetracht des Schweregrades (von emotionale Verletzung bis hin zu schwere Dauerverletzung) linear zunehmen. Nachdem dies allerdings nicht der Fall ist, widersprechen unsere Ergebnisse der vertikalen Gerechtigkeit. *Borlberg, Sloan und Blumstein* (1989) kommen in ihrer Studie zu einem gegenteiligen Ergebnis und können für ihre Beobachtungen in den USA die vertikale Gerechtigkeit der Schmerzengeldzusprüche bejahen.

Wirft man einen Blick auf die Schmerzintensität, gemessen in leichten, mittleren und schweren Schmerztagen, so weisen die Ergebnisse signifikant positive Koeffizienten auf, die in Übereinstimmung mit der jeweiligen Schmerzintensität sind: je intensiver die Schmerzen, desto höher die Entschädigung. Dieses Muster spiegelt ungefähr die Vorgaben der Schmerzengeldtabelle wider, die für mittlere (schwere) Schmerztagen jeweils den zweifachen (dreifachen) Wert von leichten Schmerztagen vorsieht. Im Gegensatz dazu sind allerdings die marginalen Effekte der zukünftigen (leichten, mittleren und starken) Schmerztagen beachtlich geringer als jene der bereits erlebten (vergangenen) Schmerztagen. Zusätzlich weisen in dieser Kategorie mittlere und starke zukünftige Schmerztagen den gleichen Wert auf. Basierend auf dieser Evidenz können wir hinsichtlich der Schmerzintensität feststellen, dass die Kompensationen für vergangene und zukünftige Schmerztagen auf einem horizontalen Niveau nicht

gerecht sind.¹⁸ Zukünftige Schmerztage werden geringer als vergangene Schmerztage bewertet, sodass eine inadäquate Variation innerhalb einer Schmerzintensität (Schmerzkategorie) vorliegt und keine horizontale Gerechtigkeit bei den Zusprüchen erreicht wird. Zu einer ähnlichen Schlussfolgerung kommen in diesem Kontext auch *Borbjerg, Sloan und Blumstein* (1989), indem sie auch die horizontale Gerechtigkeit durch Variationen innerhalb einer Schmerzkategorie verletzt sehen.¹⁹

Nachdem identische Rahmenbedingungen für die Bewertung des Schmerzengeldes für alle untersuchten Oberlandesgerichte vorherrschen, ist es überraschend, dass die Ergebnisse in Tabelle 6 signifikante Unterschiede zwischen dem OLG Linz und den restlichen drei Oberlandesgerichten aufweisen. Eine mögliche Erklärung hierfür liegt wohl in den unterschiedlichen Bemessungshilfen, im Sinne des Per Diem und Lump Sum Ansatzes. Die aus dieser Vermutung resultierende Analyse in Tabelle 7 zeigt, dass die Per Diem Gerichte in ihren Urteilen ein ähnliches Muster aufweisen wie bereits die Ergebnisse des gesamten Datensatzes. Gegensätzlich dazu sind die Ergebnisse für Linz (Lump Sum). Hier zeigt sich lediglich der Einfluss einiger weniger Variablen, wie beispielsweise Dauerschaden, Mehrfachverletzungen und vergangene Schmerztage, allerdings mit wesentlich höheren quantitativen Effekten auf die Höhe des Schmerzengeldes als dies für die Per Diem Gerichte der Fall ist. Dies lässt für uns den Schluss zu, dass Linz sehr konkrete Schwerpunkte in der monetären Bewertung des Schmerzengeldes setzt und damit den Fokus auf weniger Verletzungseigenschaften legt als die Per Diem Gerichte, aber nichtsdestotrotz zu höheren Schmerzengeldzusprüchen kommt.

Mit den vorliegenden Ergebnissen der empirischen Analyse wird ein erster Überblick in Bezug auf die gestellten Forschungsfragen möglich. Will man einen spezifischeren Einblick in das Spruchverhalten der Oberlandesgerichte gewinnen, so wäre es notwendig weitere Informationen bezüglich des sozio-ökonomischen Status der Geschädigten, wie beispielsweise Ausbildungsgrad, Berufsbild oder Familienstand einzubinden, wie auch Informationen hinsichtlich der Schadensumstände und -ursachen.

¹⁸ Siehe auch *Arraham* Putting a price on Pain and suffering damages: a critique of the current approaches and a preliminary proposal for change, *Northwestern University Law Review* (2006) 100,1, 87/119.

¹⁹ Zu ähnlichen Ergebnissen kommen auch *Leibron* Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death, 64 N.Y.U. L. REV. (1989) 256, 324–25 und *Geisfeld* Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries, 83 CAL. L. REV. (1995) 773, 777.

F. Schlussbemerkung

Die vorliegende empirische Analyse von Schmerzengeldzusprüchen zeigt, dass das Spruchverhalten der österreichischen Oberlandesgerichte mit der österreichischen Rechtsordnung und den daraus ableitbaren Rahmenbedingungen übereinstimmt. Wenngleich auch einzelne Determinanten gegen die vertikale wie auch horizontale Gerechtigkeit verstößen, ist die Schlussfolgerung zulässig, dass die Höhe der Schmerzengeldzusprüche in Österreich vorhersehbar ist. Fokussiert man sich in weiterer Folge auf die recht ungewöhnliche österreichische Situation, dass drei der Oberlandesgerichte, die seit 1990 existente Schmerzengeldtabelle als Bemessungshilfe für Schmerzengeld verwenden und lediglich Linz die Verwendung derselben verweigert, damit also eine parallele Verwendung der Ansätze besteht, stellen wir einen signifikanten Unterschied in der Zuspruchshöhe zwischen den beiden Typen fest. Dieser Unterschied lässt sich bei getrennter Betrachtung der beiden Ansätze auf einen unterschiedlichen Einfluss der erklärenden Variablen zurückführen. Während bei den Per Diem-Gerichten sämtliche Verletzungsvariablen einen Einfluss zeigen, sind es in Linz nur einige wenige Variablen (Dauerschaden, Mehrfachverletzungen und vergangene Schmerztage), die die Höhe des Schmerzengeldes beträchtlich beeinflussen.

Zusammenfassend motivieren diese Ergebnisse weitere Analysen hinsichtlich des Abgleichs der untersuchten Rechtswirklichkeit mit den theoretischen Ansätzen der optimalen Bewertung von Schmerzengeld und der optimalen Haftungsregeln im Allgemeinen, sowie der grundsätzlichen Überlegung, inwieweit die Parallelität der Bemessungsansätze sinnvoll ist.

Literaturliste

- Borbjerg R. F. Sloan/Blumstein J. (1989) Valuing life and limb in tort: Scheduling "Pain and Suffering", Northwestern University Law Review 83 908.
- Cooter R./Ulen T. (2008) Law and Economics⁵ Boston et al.: Pearson Education.
- Danzl K. H. (1990) Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1.
- Danzl K. H. (2008) Zivilrecht, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller (Hg) Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht⁶ 62 -341.
- Danzl K. H./Gutiérrez-Lobos K./Müller O. F. (Hg) (2008) Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht⁶ Manz: Wien.
- Dewees D./Duff D./Trebillock M. (1996) Exploring the Domain of Accident Law. Taking the Facts Seriously, New York: Oxford University Press.
- Diemath H. E./Zerlauth S. (2002) Die Schmerzeinschätzung aus medizinischer Sicht, in Emberger/Zahrl/Diethman/Grabner (Hg) Das ärztliche Gutachten⁴.
- Fucik R./Hartl F./Schlosser H. (1990) Schmerzengeldsätze in Österreich, Stand 1990, Sachverständiger H 2, 2 und H 3, 7.
- Fucik R./Hartl F./Schlosser H. (2005) Handbuch des Verkehrsunfalls, Teil VI, Wien: Manz.
- Geistfeld M. (1995) Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries, 83 CÄL. L. REV. 773, 777.

- Huber C.* (2000). Antithesen zum Schmerzengeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, Zeitschrift für Verkehrsrecht 218.
- Kossak W.* (2001) „Schmerzengeld nach Tagsätzen“ (Eine weitere Besprechung der Entscheidung ZVR 2001/20), ZVR 2001, 227.
- Leebron D. W.* (1989) Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death, 64 N.Y.U. L. REV. 256 324–25.
- Leiter A. M./Thöni M./Winner H.* (2008) Menschliche Körperteile und der Wert des menschlichen Lebens. Eine monetäre Bewertung mittels Schmerzensgeldentscheidungen, in Exenberger/Nussbaumer (Hg) Von Körpermärkten, Innsbruck University Press: Innsbruck 79–97.
- Leiter A. M./Thöni M./Winner H.* (2010) Evaluating human life using court decisions on damages for pain and suffering, Working Papers in Economics and Finance 2010-11, Universität Salzburg.
- Leiter A. M./Thöni M./Winner H.* 2011) Duo Cum Faciunt Idem, Non Est Idem. Evidence from Austrian Pain and Suffering Verdicts, Working Papers in Economics and Finance 2011-2, Universität Salzburg.
- Posner, R. A.* (1972) A theory of negligence, *Journal of Legal Studies* (1) 29–96.
- Schäfer, H. B./Ott C.* (2005) Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer: Heidelberg.
- Stefula, M.* (2002) Rechtsnatur, Verbindlichkeit und Zulässigkeit nichtlegislativer Tabellen, JRP 2002 146.

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Magdalena Flatscher-Thöni
Department für Public Health und Health Technology Assessment,
Universität für Gesundheitswissenschaften, medizinische Informatik und
Technik (UMIT)
Magdalena.Flatscher-Thoeni@umit.at

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Andrea M. Leiter
Institut für Wirtschaftstheorie, -politik und -geschichte
Universität Innsbruck
Andrea.Leiter@uibk.ac.at

Univ.-Prof. Dr. Hannes Winner
Fachbereich für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, Volkswirtschaftslehre
Universität Salzburg
Hannes.Winner@sbg.ac.at

Anhang

Category	Variable name	Description
1	Emotional injury only	Emotional only. Fright, no physical damage
2	Temporary injury: insignificant	Temporary Lacerations, contusions, minor scars, rash. No delay. Insignificant
3	Temporary injury: minor	Temporary minor Infections, misset fracture, fall in hospital. Recovery delayed
4	Temporary injury: major	Temporary major Burns, surgical material left, drug side-effect, brain damage. Recovery delayed.
5	Permanent injury: minor	Permanent minor Loss of fingers, loss or damage to organs. Include non-disabling injuries.
6	Permanent injury: significant	Permanent significant Deafness, loss of limb, loss of eye, loss of one kidney or lung.
7	Permanent injury: major	Permanent major Paraplegia, blindness, loss of two limbs, brain damage.
8	Permanent injury: grave	Permanent Grave Quadriplegia, severe brain damage, lifelong care or fatal prognosis.
9	Death	Death

Tabelle 8: Darstellung der Schweregrade der Verletzungen gemäß der National Association of Insurance Comisionar (NAIC) Skala

Rechtstatsächliches aus dem Bereich der Verfahrenshilfe unter besonderer Berücksichtigung des „kostenlosen“ Beigebens eines Rechtsvertreters

„Öffne deinen Mund, richtige Recht, verschaff dem Bedürftigen und Armen Recht!“
Buch der Sprichwörter, Kapitel 11, 9, Worte an Lemuel

A. Einleitung

Das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe und 200 Jahre ABGB¹

Die vierte Tagung der Reihe „Rechtstatsachenforschung – heute“ steht bekanntlich unter dem Titel „200 Jahre ABGB 1811 bis 2011“.

Prima vista kommt es einer Sisyphusarbeit gleich, wird man vor die Aufgabe gestellt, das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe mit dem ABGB im Allgemeinen und mit seinem 200-jährigen Jubiläum im Besonderen in eine gedankliche Verbindung zu bringen.

Man ist zunächst versucht zu glauben, dass zwischen beiden keinerlei Verbindung besteht, indes liegt sehr wohl ein Zusammenhang vor, ja man kann sogar sagen, dass eine wichtige Bestimmung des ABGB, welche bereits 1811 in dieser Form bestand, eine unerlässliche Voraussetzung für das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe bildet.

§ 19 ABGB in der Urfassung – diese Bestimmung ist bis zum heutigen Tag keiner Änderung unterzogen worden – lautet wie folgt:

„*Jedem*, der sich in seinem Rechte gekränkt zu seyn erachtet, steht es frey, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen.

¹ Bei der gegenständlichen Abhandlung handelt es sich um die schriftliche Fassung des am 10.06.2011 gehaltenen Vortrags, wobei aus zeitlichen Gründen im mündlichen Referat gewisse Teile weggelassen wurden. Der Vortragstil wurde im Interesse einer lebendigen Darstellungsweise beibehalten. Um diese schriftliche Arbeit verdient gemacht haben sich Frau Jacqueline Drexel (Schreibarbeiten), Herr Dr. Stefan Rein (Hilfestellungen bei der grafischen Aufbereitung) und Frau Mag. Eva-Maria Hofmann (Korrekturlesen) – ihnen allen gebührt mein aufrichtiger Dank!

Wer sich aber mit Hintersetzung derselben der eigenmächtigen Hülfe bedient, oder, wer die Gränzen der Nothwehre überschreitet, ist dafür verantwortlich.“

§ 19 ABGB normiert damit das Verbot der Selbsthilfe. Wenn nun aber die staatliche Gewalt dem Einzelnen verwehrt, selber für den Fall der Beschneidung seiner Rechte in Form der Selbsthilfe den „gerechten“ Zustand wieder herzustellen, so muss es der Staat als Träger der Hoheitsgewalt sein, der sämtlichen Rechtsunterworfenen – eben deshalb ist in § 19 ABGB von „jedem“ die Rede – die Möglichkeit zu eröffnen, Rechtsschutz durch Anrufung der Gerichte und Verwaltungsbehörden zu erlangen.²

Diese – jedermann³ – zu eröffnende Möglichkeit, zum Schutz und zur Durchsetzung der eigenen Rechte die staatlichen Gewalten anzurufen, lässt sich schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG, Art 14 EMRK) ableiten. Die spezifische grundrechtliche Ausgestaltung dieser jedermann unabhängig von Einkommen und Vermögen offenstehenden Rechtsweggarantie findet sich schließlich in Art 6 Abs 1 EMRK („Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhendem Gericht...“), wobei im Absatz 3 expressis verbis – im Falle eines Strafverfahrens – die Verpflichtung, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, normiert wird.⁴

Das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe kann daher meines Erachtens zusammenfassend als Resultat des in § 19 ABGB normierten Verbots der Selbsthilfe in Verbindung mit verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere dem Gleichheitssatz und dem Recht auf ein faires Verfahren, begriffen werden.

² Auf diesen Zusammenhang zwischen dem Verbot der Selbsthilfe einerseits und der Notwendigkeit der tatsächlichen Rechtswegeröffnung für „Reich und Arm“ verweist zutreffend schon *König* Chancengleichheit im und vor dem Gerichtssaal, Anwbl 2/1978 55.

³ Schon die Magna Charta Libertatum vom 15.6.1215 prägte den Grundsatz „To no one we will sell, to no one we will deny or delay right or justice“.

⁴ Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe vergleiche insbesondere *Machacek* Gewährleisten Zivil- und Strafverfahren Chancengleichheit ohne Rücksicht auf das Vermögen?, RdA 1971 100 ff; *Kininger* Der wirtschaftlich Schwache im österreichischen Zivilprozess, ÖJZ 1976 9; zur Ableitung einer allgemeinen Rechtsweggarantie aus dem Gleichheitssatz, indem es als unsachlich erachtet wird, wenn eine Regelung die Erlangung von Rechtsschutz mühsam macht oder unnötig erschwert vergleiche etwa VfGH 02.03.1995, G277/94 - B469/97, VfSlg 14039.

B. Historischer Abriss und sedes materiae

Bevor nun das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe anhand statistischen Datenmaterials vorgestellt wird, sollen die wesentlichen *sedes materiae* der Verfahrenshilfe kurz in Erinnerung gerufen werden. Vorangestellt sei aber ein kurzer historischer Abriss:⁵

Während im römischen Recht die Möglichkeit der Befreiung von Prozesskosten noch auf einem individuellen kaiserlichen Gnadenakt beruhte, wurde die Verfahrenshilfe (sogenanntes Armenrecht) als individuell durchsetzbares Recht zur Befreiung von Gebühren und Beistellung eines Rechtsvertreters hierzulande im kanonischen Recht erstmals etabliert.⁶

Während die Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe bzw das „Armenrecht“ nicht eigens erwähnte, wurde bereits mit einem Patent vom 01.11.1781 (§ 8) die Befreiung von Gerichtskosten verfügt, während in weiterer Folge das Hofdekret vom 24.01.1791 die Zuteilung eines Armenvertreters regelte.⁷

Interessanterweise – um wiederum den Bezug zum 200 Jahre alten ABGB herzustellen – waren es die von Naturrecht geprägten Begründer unseres ABGB, welche für die Möglichkeit der Verfolgung und Durchsetzung rechtlicher Ansprüche für jedermann, gleichgültig ob arm oder reich, eintraten und die damaligen Verhältnisse beanstandeten. Konkret bemängelte etwa *Zeiler*⁸, dass „beträchtliche Gerichtskosten oft ganz den Gegenstand des Streits verschlingen“ würden und sich „gekränkte, unbemittelte Bürger zurück scheuen“ würden, „den gerechten Beistand der öffentlichen Macht anzusprechen“.

Mit der Einführung der Zivilprozessordnung im Jahre 1895 wurde das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe – damals noch „Armenrecht“ genannt – erstmals in unserem eigentlichen Zivilverfahrensgesetz etabliert, und zwar bereits damals in Gestalt der Bestimmung des § 63 ZPO, welcher normierte, dass die Bewilligung des Armenrechts derjenige erwirken könne, „wer ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie erforderlichen *notdürftigen* Unterhaltes die Kosten einer Prozessführung zu bestreiten außer Stande sei“. In

⁵ Es kann hier nur ein kurzer historischer Abriss präsentiert werden – ausführliche Darstellungen finden sich bei *König Chancengleichheit* im und vor dem Gerichtssaal, Anwbl 2/1978 55 ff; *Machacek* Gewährleisten Zivil- und Strafverfahren Chancengleichheit ohne Rücksicht auf das Vermögen?, RdA 1971 100 ff; insbesondere aber *Maxones-Kurkowski* Die Verfahrenshilfe im österreichischen Zivil- und Strafprozessrecht – vergleichende Darstellung der historischen Entwicklung und der materiellen Anspruchsvoraussetzungen (2001).

⁶ *Machacek* aaO 105.

⁷ *König* aaO 56

⁸ Grundsätze über die Haupteigenschaften einer Civil-Gerichtsordnung, in: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten 3 (1808) 140.

einer Durchführungsverordnung vom 5.8.1924, BGBl Nr 294/1924 (§ 15 Abs 2) wurde in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass von einer Beeinträchtigung des notdürftigen Unterhalts nur gesprochen werden könne, wenn die zur Bestreitung der unentbehrlichen Lebensbedürfnisse notwendigen Mittel geschmälert würden, die gesetzliche Voraussetzung sei also nicht gegeben, wenn durch die Bestreitung von Prozesskosten nur dem standesgemäßem, dem anständigen oder dem ausreichenden Unterhalt Abbruch geschehe.⁹

Zu einer weiteren Verschärfung der Kriterien für das Gewähren des Armenrechts kam es schließlich mit der achten Gerichtsentlastungsnovelle 1933 (Art III Z 2), indem statuiert wurde, dass Verfahrenshilfe nur zu gewähren sei, wenn die „beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar willkürlich oder aussichtslos erscheine“.

Dieses Ausschlusskriterium dient im Ergebnis dazu, ungerechtfertigte Ansprüche – heute würde man in der Diktion der ökonomischen Analyse des Rechts von „*frivolous litigation*“ sprechen – nicht durch Schaffen eines positiven Anreizes zu fördern und findet sich in dieser Form auch noch in der heutigen Fassung der Zivilprozessordnung.

Zu den zu weitreichenden Reformbemühungen, welche letzten Endes in das derzeit uns bekannte System der Verfahrenshilfe mündeten, kam es sodann Anfang der 70er Jahre. Ausgehend von der Erkenntnis, dass es im Zusammenhang mit der Führung von Verfahren drei Kategorien von Prozessparteien gebe, nämlich die „kapitalkräftige Klasse“, die „richtig“ Unbemittelten, also die Armen, sowie die Mehrzahl der Staatsbürger, welche weder als arm noch als reich bezeichnet werden können („Mittelklasse“), wobei hinsichtlich der letzt genannten Gruppe einem nicht unerheblichen Teil der Rechtsweg im Hinblick auf die zu erwartenden Prozesskosten erschwert oder sogar behindert werde, weil sie „zu reich für das Armenrecht, aber zu arm für den Rechtsweg und den Rechtsbeistand“ seien,¹⁰ sollte eine umfassende Reform des „Armenrechts“ das Hauptziel haben, das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe einer breiteren Bevölkerungsanzahl, in concreto der „unteren Mittelschicht“, zugänglich zu machen.

Das Verfahrenshilfegesetz 1973, welches am 01.12.1973 in Kraft trat,¹¹ fußt grob gesprochen auf nachstehenden Eckpunkten:¹²

⁹ Vgl hierzu *Kohleger* Probleme der Verfahrenshilfe und der Verfahrenskosten, in: Verbesserter Zugang zum Recht, Richterwoche 1979 23 ff (27 f).

¹⁰ Diese sehr anschauliche und plakative Formulierung findet sich in *Machacek* Gewährleisten Zivil- und Strafverfahren Chancengleichheit ohne Rücksicht auf das Vermögen?, RDA 1971 100 ff (102, 107).

¹¹ BG vom 28.11.1973, mit dem das Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, die Zivilprozessordnung, die Strafprozessordnung, das Jugendgerichtsgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz

- Der antiquierte und gesellschaftlich verpönte Begriff des „Armenrechts“ wurde ersetzt durch den Begriff der Verfahrenshilfe – dies ist grundsätzlich zu begrüßen, nicht unerwähnt bleiben darf freilich, dass mit den nun-mehr verwendeten Begrifflichkeiten (Verfahrenshilfe, zudem wird ein Verfahrenshelfer „beigegeben“) eine obrigkeitliche Haltung durchschlägt, welche dem Gedanken nicht Rechnung trägt, dass es sich bei der Verfahrenshilfe gerade nicht um eine Hilfeleistung handelt, hinsichtlich derer es im Belieben des mit Hoheitsfunktion ausgestatteten Organs steht, die Verfahrenshilfe „zu gewähren“, vielmehr besteht hierauf ein Rechtsanspruch!
- Das finanzwirtschaftliche Kriterium der Gefährdung des „*notdürftigen* Unterhalts“ wurde ersetzt durch den „notwendigen Unterhalt“. Als „*notwendiger* Unterhalt“ ist nach der Bestimmung des § 63 Abs 1 ZPO jener Unterhalt zu verstehen, den die Partei für sich und ihre Familie, für deren Unterhalt sie zu sorgen hat, zu einer „einfachen Lebensführung“ benötigt. Nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage¹³ soll der notwendige Unterhalt jedenfalls mehr als der bis dato geltende notdürftige Unterhalt sein, also etwa die Untergrenze des allgemeinen Lebensstandards, aber weniger als der standesgemäße Unterhalt. Die Diskussionen, wie nun im konkreten Fall mit diesem viele Interpretationsspielräume offen lassenden Kriterium umzugehen ist,¹⁴ ist bis heute nicht abgeklungen.
- Einführung der sogenannten Teilverfahrenshilfe: damit ist gemeint, dass Verfahrenshilfe auch nur für einen Teil der zu bestreitenden Gebühren, etwa für die Kosten eines Sachverständigen, gewährt wird, nicht aber für andere Gebühren oder für die kostenlose Bereitstellung eines Rechtsvertreters.
- Abschaffung des sogenannten „Armenrechtszeugnisses“ und Einführung des Vermögensbekenntnisses: bis zur Einführung des Verfahrenshilfegesetzes verhielt es sich dergestalt, dass dem Ansuchen auf Gewährung eines Armenrechts ein sogenanntes „Armenrechtszeugnis“, welches bei der Wohnsitz- oder Aufenthalts-Gemeindevorstehung eingeholt werden musste, beizugeben war; seither muss der Antragsteller lediglich ein nicht mehr als vier Wochen altes Vermögensbekenntnis vorlegen, dessen Vollständig-

und das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz zur Regelung der Verfahrenshilfe geändert werden, BGBl Nr 569/1973.

¹² Vgl hierzu ausführlich Nowak Handbuch der Verfahrenshilfe (1974) insbesondere 17 ff.

¹³ 846 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrats XIII. GP.

¹⁴ Vgl hierzu schon Gebauer Die „einfache Lebensführung“ in der neuen „Verfahrenshilfe“, Anwbl 1/1974 3 f; Kieninger 10 Jahre Verfahrenshilfe im Licht der Judikatur, in: Buchegger/Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozessrecht II (1986) 97 ff.

keit und Richtigkeit vom Entscheidungsorgan (Richter) einer Überprüfung zu unterziehen ist.

- Ausweitung der Möglichkeiten zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der gewährten Verfahrenshilfe durch Einführung eines Rekursrechts für den Prozessgegner sowie einer Erweiterung des Antragsrechts des bestellten Verfahrenshelfers auf Entzug der Verfahrenshilfe (bis dato bestand ein derartiges Antragsrecht nur dann, wenn nach Auffassung des beigegebenen Rechtsvertreters die Prozessführung offenbar mutwillig oder aussichtslos war).

Die sedes materiae und wesentlichen Voraussetzungen, welche gegeben sein müssen, damit Verfahrenshilfe bewilligt werden kann, finden sich im Bereich der zivilgerichtlichen Verfahrenshilfe in den §§ 63 und 64 ZPO. Verfahrenshilfe ist demnach zu bewilligen, wenn

- die Partei außer Stand ist, die Kosten des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten
- und
- die Rechtsverfolgung nicht offenbar mutwillig oder aussichtslos ist.

Ein Rechtsvertreter ist zudem unentgeltlich beizugeben, wenn

- Vertretung durch einen Rechtsanwalt gesetzlich geboten oder nach Lage des Falles erforderlich erscheint.

Im gerichtlichen Strafverfahren ist gemäß § 61 StPO (vormals § 41 StPO) Verfahrenshilfe in Form der Beigabe eines Verteidigers zu bewilligen, wenn,

- der Beschuldigte außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des zur einfachen Lebensführung notwendigen Unterhalts die gesamten Kosten der Verteidigung zu tragen

und

- die Beigabe eines Verteidigers erforderlich erscheint, was in den Fällen der sogenannten notwendigen Verteidigung, im Falle einer Behinderung des Beschuldigten, im Rechtsmittelverfahren aufgrund einer Anmeldung einer Berufung sowie bei „schwieriger Sach- und Rechtslage“

der Fall ist.

Grob gesprochen setzt das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe daher ein finanzwirtschaftliches Kriterium (Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts) sowie ein „juristisches“ Kriterium, nämlich die Erforderlichkeit der Beigabe eines Rechtsanwalts, voraus. Zudem darf im zivilgerichtlichen Verfahren die Rechtsverfolgung nicht offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheinen (was wiederum ein „juristisches“ Kriterium darstellt).

C. Probleme der Datenanalyse – die große Ernüchterung

Will man nun Daten im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe statistisch aufbereiten, so macht sich zunächst eine große Ernüchterung breit, weil Österreich über eine Verfahrenshilfestatistik, auf deren Grundlage nützliche Erkenntnisse gezogen werden könnten, schlichtweg nicht verfügt:

Die amtliche „Statistik der Rechtspflege“, welche von der Statistik Austria bis Ende der 90er Jahre herausgegeben wurde,¹⁵ wies die Fälle, in denen Verfahrenshilfe erteilt wurden, nicht eigens aus. Seither existiert eine österreichische Justizstatistik – will man überhaupt diesen Begriff verwenden – nur noch in sehr rudimentärer Form, und zwar in Gestalt des „Betrieblichen Informationssystems der Justiz“ (BIS-Justiz), welches alljährlich von der Präsidialabteilung 3 des Bundesministeriums für Justiz erarbeitet wird und von dort bezogen werden kann.

Trotz ihres imposanten Umfangs – für das Jahr 2010 weist das BIS-Justiz einen Umfang von 382 Seiten auf!¹⁶ sind im Betrieblichen Informationssystem der Justiz weder die Anzahl der beantragten noch die Anzahl der bewilligten Verfahrenshilfen mit einem eigenen Fallcode ausgewiesen. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass für den Fall des Stellens eines Antrags auf Bewilligung der Verfahrenshilfe im Zuge eines bereits anhängigen Verfahrens die einzelnen Fälle, bei denen Verfahrenshilfe beantragt oder bewilligt wurde, im jeweiligen Cg-Akt (Landesgerichte) oder C-Akt (Bezirksgerichte) aufgehen und schon allein deshalb nicht eigens ausgewiesen sind.

Wird allerdings Verfahrenshilfe zu einem Zeitpunkt beantragt, zu welchem noch kein Verfahren eingeleitet wurde, so werden die angefallenen und erledigten Verfahrenshilfen an den Landesgerichten als Unterfall eines sogenannten Nc-Aktes (im Geschäftsregister Nc werden alle nicht in ein anderes Register verwiesenen bürgerlichen Rechtssachen eingetragen) eigens ausgewiesen, sodass wir hinsichtlich jenes – sehr eingeschränkten – Falles (Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe vor einem Landesgericht vor Einleitung eines Verfahrens) über entsprechende Fallzahlen verfügen; auch in diesem Fall wird aber nicht eigens ausgewiesen, wie viel von den neu angefallenen Verfahrens-

¹⁵ Die letzte Statistik der Rechtspflege für das Jahr 1997 wurde von der Statistik Austria im März des Jahres 2000 mit dem Heft 1.332 herausgegeben.

¹⁶ Mein Dank gilt an dieser Stelle Frau *Regina Pausweg* vom BMJ Präsidialabteilung 3 für die Übermittlung des BIS-Justiz des Jahres 2010.

hilfe-Anträgen bewilligt wurden und bei wie vielen eine Bewilligung versagt wurde.

Was das Bezirksgerichtliche Verfahren anbelangt, so bilden Anträge auf Verfahrenshilfe, welche vor Einleitung eines Verfahrens eingebracht wurden, einen Teil der ausgewiesenen Nc-Fälle; wie eben darlegt fallen in das Geschäftsregister Nc aber sämtliche Rechtssachen, welche nicht eigens in ein anderes Register eingetragen werden können, unter anderem auch Enteignungsschädigungen, Fälle des Miteigentums und der Nachbarschaft, Beweissicherungen, schriftliche Anträge auf Vergleichsversuche, usw. Die angefallenen Anträge auf Verfahrenshilfe vor Einleitung eines Verfahrens sind im Bereich der Bezirksgerichte nicht eigens im veröffentlichten BIS-Justiz ausgewiesen.

Zusammenfassend lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass trotz der Vielzahl von Daten, welche sich im Betrieblichen Informationssystem Justiz wieder finden, jene Daten nicht geeignet sind, das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe in fruchtbarer Weise statistisch aufzubereiten und entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen.

Diese Problematik wurde auch von Seiten des Bundesministeriums für Justiz erkannt, wurde doch vor geraumer Zeit eine Projektarbeitsgruppe im BMJ mit dem Ziel, eine Verfahrenshilfestatistik auf Basis der Verfahrensautomation Justiz (VJ) zu entwickeln, etabliert.

Dabei stieß die besagte Projektarbeitsgruppe auf unerwartete Schwierigkeiten, welche in einem Zwischenbefund dokumentiert sind und wie folgt zusammengefasst werden können:¹⁷

- Das Betriebliche Informationssystem Justiz ist grundsätzlich auf Verfahrensfälle aufgebaut, sodass jedem gerichtlichen Verfahren eine bestimmte Aktenzahl und ein bestimmter Fallcode zugeordnet ist. Demgegenüber bilden im Bereich des Rechtsinstituts der Verfahrenshilfe Personenfälle den Ausgangspunkt. So kann es beispielsweise vorkommen, dass in ein und demselben Verfahren mehrere Personen Verfahrenshilfe genießen.
- Da es nicht selten vorkommt, dass eine Person bereits vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens einen Antrag auf Verfahrenshilfe stellt – es handelt sich dann um ein sogenanntes Nc-Verfahren – besteht die Gefahr von Doppelzählungen, wenn dann im gerichtlichen Verfahren selber, allenfalls sogar im anschließenden Vollstreckungsverfahren – eine oder mehrere Parteien Verfahrenshilfe genießen – während nämlich dieser

¹⁷ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf einen schriftlichen „Zwischenbefund“, welcher mir von Herrn Universitätsdozent Dr. Arno Pilgram, Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, zur Verfügung gestellt wurde – ihm gebührt mein herzlicher Dank!

mehrstufige Prozess über ein und dieselbe Rechtssache von den Beteiligten als Einheit betrachtet wird, handelt es sich aus dem Blickwinkel der Justizstatistik um mehrere Verfahren.

- Aus den bisherigen statistischen Daten des BIS-Justiz lässt sich nicht ableiten, für welches anschließende Verfahren oder welche Verfahrensgattung zunächst – noch vor Einleitung des Verfahrens selber – ein sogenanntes Nc-Verfahren, in welchem über einen Verfahrenshilfeantrag entschieden wird, beantragt wurde.
- Wie oben bereits dargetan, lassen sich aus den ausgewiesenen Fällen von Nc-Verfahren keine Ablehnungs- bzw. Bewilligungsquoten ableiten, es lässt sich also nicht in Erfahrung bringen, in wie viel Prozent der Fälle der Verfahrenshilfeantrag bewilligt wurde.
- Aufgrund des Umstandes, dass das Betriebliche Informationssystem Justiz auf Verfahrensfällen aufbaut, besteht die Problematik, dass derzeit eine bewilligte Verfahrenshilfe nicht einer bestimmten Parteienrolle zugeordnet werden kann, es kann mit anderen Worten nicht in Erfahrung gebracht werden, ob der Kläger oder der Beklagte (oder beide) Verfahrenshilfe genießen.
- Noch abzuklären wäre, ob pro futuro eine statistische Verknüpfung zwischen der Frage, ob einer oder mehreren Personen im konkreten Verfahren Verfahrenshilfe gewährt wurde einerseits und den Kosten des Verfahrens oder der Verfahrensdauer andererseits vorgenommen werden kann.
- Von besonderem Interesse ist – dies ist derzeit eben nicht möglich, weil kein Bezug zwischen der bewilligten Verfahrenshilfe und der Parteienrolle (Kläger oder Beklagter) hergestellt werden kann – zudem, einen möglichen Zusammenhang zwischen dem Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe einerseits und dem Verfahrenserfolg bzw. Verfahrensausgang andererseits zu beleuchten. Dabei könnte der interessanten Frage nachgegangen werden, inwiefern der Umstand, dass eine Partei Verfahrenshilfe genießt, deren „Risikobereitschaft“ erhöht und demzufolge auch mit der Überlegung, im Fall eines Prozessverlustes könne der Prozessgegner die angefallenen Prozesskosten ohnehin nicht einbringlich machen, auch „riskante“ Forderungsansprüche gerichtlich geltend gemacht werden, welche ansonsten nicht eingeklagt würden.¹⁸

¹⁸ An dieser Stelle sei betont, dass es eine weit verbreitete „Mär“ darstellt, dass sämtliche anwaltliche Leistungen im Zusammenhang mit einer gewährten Verfahrenshilfe unentgeltlich sind: zum einen gilt es zu bedenken, dass im Falle eines Prozessverlustes auch derjenige, welcher Verfahrenshilfe genießt, die Kosten des gegnerischen Rechtsvertreters zu ersetzen hat; erfolgt im Prozess ein gänzliches oder teilweises Obsiegen, so steht der klagenden Partei, welcher ein Verfahrenshelfer

- Schließlich ist auf der Grundlage der derzeit vorhandenen Unterlagen keine Verknüpfung zwischen den Fällen, in welchen Verfahrenshilfen beantragt oder bewilligt wurde, und dem Streitwert möglich – diese Frage wäre beispielsweise von Interesse im Hinblick auf den Umstand, dass erst ab einem Streitwert von über € 5.000,00 gemäß § 27 Abs 1 ZPO Anwaltszwang herrscht.

Aufgrund der eben referierten Probleme lässt sich zusammenfassend feststellen, dass das Betriebliche Informationssystem Justiz derzeit jedenfalls keine tragfähige Grundlage für eine Verfahrenshilfestatistik, welche diesen Namen verdient, bildet.

Auch andere Versuche, aus den der Justiz zur Verfügung stehenden Datenquellen eine Verfahrenshilfestatistik zu bilden, wie beispielsweise aus gewissen Gebührenindikatoren, indem aus der Kostenevidenz des jeweiligen Gerichts abgeleitet werden kann, in wie vielen Fällen von Seiten jenes Gerichts Zahlungen für die Verfahrenshilfe geleistet wurden,¹⁹ stellen zwar tragfähige Annäherungen dar, scheitern aber an ihrer beschränkten Aussagekraft.

Will man daher derzeit eine Verfahrenshilfestatistik erstellen und aus den sodann aufbereiteten statistischen Daten Schlussfolgerungen ziehen, so kann als Grundlage lediglich die Verfahrenshilfestatistik des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages herangezogen werden.

Auch die vom österreichischen Rechtsanwaltskammertag geführten Verfahrenshilfestatistiken sind allerdings mit einer Reihe von Problemen behaftet, welche eine fruchtbare statistische Aufbereitung jener Daten sowie das Ziehen tragfähiger Schlussfolgerungen daraus erschweren. Im Einzelnen sei hierzu Nachstehendes ausgeführt:

- Die von den einzelnen (Bundesländer-)Rechtsanwaltskammern geführten Verfahrenshilfestatistiken, welche sodann vom Österreichischen Rechtsanwaltskammertag zu einer österreichweiten Statistik aggregiert werden, beziehen sich selbstredend lediglich auf die Bestellung eines anwaltlichen Verfahrenshelfers. In jenen Fallzahlen ist daher nicht die sogenannte „Teilverfahrenshilfe“ berücksichtigt, also jene Fälle, in denen es zwar nicht zur „kostenlosen“ Bereitstellung eines Rechtsvertreters kommt, sondern ledig-

beigestellt wurde, in weiterer Folge zumeist eine nicht unbeträchtliche Kapitalsumme zur Verfügung mit der Konsequenz, dass sie gemäß §§ 71, 72 ZPO zur Nachzahlung der Beträge gegenüber dem bisherigen Verfahrenshelfer verpflichtet ist – vgl hierzu zutreffend schon *Növerka* Muss die Verfahrenshilfe immer unentgeltlich sein?, Anwbl 4/1988 209.

¹⁹ Vgl hierzu *Pilgermair* Der Sprengel des Oberlandesgerichts Innsbruck in: Bartha/Ganner/Lichtmannegger (Hg) Rechtstatsachenforschung – heute, Tagungsband 2008 43 f.

lich Verfahrenshilfe in Form einer Befreiung von Gerichts- oder Sachverständigengebühren gewährt wird.

- Kernpunkt der Verfahrenshilfestatistiken der einzelnen Rechtsanwaltskammern bildet die Anzahl der Verfahrenshilfebestellungen im jeweiligen Jahr; es wird demnach nicht auf die erledigten Verfahrenshilfen pro Jahr abgestellt, sondern lediglich auf die erfolgte Bestellung. Dieser Umstand erschwert es, Verknüpfungen mit Justizstatistiken über einzelne Verfahren zu bilden, welche sich oft über mehrere Jahre hinziehen, wobei sich die statistischen Daten des Bundesministeriums für Justiz primär auf erledigte Fälle beziehen.
- Die vom österreichischen Rechtsanwaltskammertag in den jährlichen so genannten Wahrnehmungsberichten zur österreichischen Rechtspflege und Verwaltung herausgegebenen Statistiken kennen keine Unterscheidung nach Verfahrensgattungen, eine Differenzierung erfolgt lediglich hinsichtlich Zivilsachen einerseits und Strafsachen andererseits.
- Zudem findet keine Differenzierung nach Gerichtssprengeln statt, es existiert lediglich eine Statistik für das jeweilige Bundesland.
- Im Hinblick auf den Umstand, dass lediglich die Anzahl der Bestellungen zum Verfahrenshelfer gezählt wird, kann – ohne Zuhilfenahme weiterer statistischer Daten – keine Relation zur Anzahl der zivilgerichtlichen oder strafgerichtlichen Verfahren insgesamt erstellt werden.
- Eine Bezugnahme zur Parteienrolle, also zur Frage, ob dem Kläger oder Beklagten Verfahrenshilfe gewährt wurde, fehlt auch hier.
- Eine Relation zur Prozessdauer wird selbstredend nicht hergestellt, was von nicht unerheblichem Interesse wäre.
- Schließlich lässt sich aus den statistischen Daten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages selbstverständlich auch kein Zusammenhang zwischen der gewährten Verfahrenshilfe einerseits und dem Prozesserfolg bzw Prozessmisserfolg andererseits herstellen. Gerade aus anwaltlicher Sicht wäre die Klärung dieser Frage von nicht unerheblichem Interesse, wird doch Rechtsvertretern immer wieder unterstellt, sie würden – mangels Bezahlung eines Honorars – Parteien, denen sie als Verfahrenshelfer beigestellt wurden, nicht mit demselben Eifer betreuen wie sonstige Klienten, obwohl § 56 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes expressis verbis vorsicht, ein bestellter Vertreter einer Partei

habe in der Verfahrenshilfe die gleiche Sorgfalt anzuwenden wie in der Vertretung anderer Parteien.²⁰

- Da die Statistik des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages sich nur auf Verfahrenshilfebestellungen bezieht, erhält man hier keinen Aufschluss darüber, in wie vielen Fällen es im Hinblick auf die Abweisung des Antrags auf Gewährung von Verfahrenshilfe gar nicht zu einer Bestellung gekommen ist, die Statistik der Rechtsanwaltskammern gibt mit anderen Worten keinerlei Aufschluss über eine mehr oder weniger restriktive Entscheidungspraxis der Gerichte zu dieser Frage.

D. Die Entwicklung der Verfahrenshilfen in Österreich in Bezug auf die Beigabe eines Verfahrenshelfers zwischen 1980 und 2010

Im Folgenden soll nun ein Überblick über die Entwicklung der Verfahrenshilfe in Österreich zwischen den Jahren 1980 und 2010 gegeben werden, dies fußend auf den Daten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages.²¹ Noch einmal betont sei an dieser Stelle, dass in weiterer Folge – wenn von Verfahrenshilfen die Rede ist – stets die Bestellung eines Rechtsanwalts als Verfahrenshelper gemeint ist. Nicht berücksichtigt sind daher jene Fälle der sogenannten Teilverfahrenshilfe, bei denen es lediglich zu einer Befreiung von Gerichts- oder Sachverständigengebühren kam, ohne dass ein Verfahrenshelper beigegeben wurde.

Die Darstellung der Entwicklung der Verfahrenshilfe in den Jahren 1980 bis 2010 erfolgt zum einen deshalb, weil unmittelbar nach Einführung des Verfahrenshilfegesetzes 1973 zunächst mit gewissen „Anpassungseffekten“ zu rechnen war. Zum anderen existieren hinsichtlich der Entwicklung der Verfahrenshilfenzahlen zwischen den Jahren 1970 bis 1978 schon eine Reihe von Publikationen, welche jenen Zeitabschnitt beleuchten.

1. Die Entwicklung bis zum Jahre 1980

So stellte *Kohlegger*²² im gesamten Bundesgebiet vom Jahre 1970 bis zum Jahre 1978 eine Steigerung der Vollverfahrenshilfen bzw. Vollarmenrechte um

²⁰ Einen lesenswerten Fall zu dieser Thematik liefert *Greiter* Verfahrenshilfe – gleiche Sorgfalt und noch größere Geduld, Anwbl 2001/11 604 f.

²¹ Mein besonderer Dank gilt Frau *Mag. Renate Thellmann* vom Österreichischen Rechtsanwaltskammertag, welche mir diese Daten – die erst ab 1998 in elektronischer Form zur Verfügung standen – dankenswerterweise übermittelte.

²² *Kohlegger* Probleme der Verfahrenshilfe und der Verfahrenskosten, in: Verbesserter Zugang zum Recht, Richterwoche 1979 23 ff (insb 43 ff).

77,45 % fest, wobei der größte Teil die Steigerung in Strafsachen mit einer Erhöhung um 103,73 % ausmache, während es im Bereich der Zivilsachen nur zu einem Anstieg von 28,21 % im besagten Zeitraum gekommen sein soll. Stelle man diese Zahlen ins Verhältnis zu den gesamten Geschäftsfallzahlen der Gerichte (Cg-Fälle bzw. streitige Cg-Erledigungen), so ergebe sich – im Hinblick auf die Steigerung der Geschäftsfälle der Gerichte –, dass von einer „echten Steigerung der Verfahrenshilfen“ nur auf dem Sektor der Strafsachen gesprochen werden könne. Schon zum damaligen Zeitpunkt stellte der besagte Autor nicht unerhebliche Unterschiede in der Bewilligungspraxis einzelner Bundesländer fest, fiel doch beispielsweise in Vorarlberg im Jahre 1978 ein Bewilligungsfall auf 2.027 Einwohner, während in Oberösterreich ein Bewilligungsfall auf 7.347 Bewohner fiel.²³

Der von *Kohlegger* konstatierte massive Anstieg der Strafverfahrenshilfen in den Jahren nach Einführung des Verfahrenshilfegesetzes muss aber insofern relativiert werden, als dass bis zum Jahre 1973 – als noch das sogenannte Armenrecht galt – die Kreisgerichte sowie das LG Eisenstadt an Orten, an denen keine Rechtsanwaltskammer angesiedelt war, die Bestellungen der Armenverteidiger direkt vornahmen und die Rechtsanwaltskammern über diese Bestellungen nicht informiert waren, sodass jene diese Fälle auch nicht in die Statistik aufnehmen konnten, worauf *Barazon*²⁴ und *Machacek*²⁵ zutreffend verweisen.

Die besagten Autoren gelangen daher zum Ergebnis, dass es durch das Verfahrenshilfegesetz 1973 nur zu einer leichten Steigerung der Zivilverfahrenshilfen kam, während die Steigerung der gewährten Verfahrenshilfen in Strafsachen mit einem Anstieg von jedenfalls 25 % etwas höher ausfiel.

Zusammengefasst gesehen kann daher festgestellt werden, dass durch die Einführung des Verfahrenshilfegesetzes 1973 das Hauptziel, nämlich das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe einem breiteren Bevölkerungskreis zugänglich zu machen, grundsätzlich erreicht wurde.

2. Die Entwicklung der Verfahrenshilfen in Österreich von 1980 bis 2010

Auf der Grundlage der statistischen Daten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages ergibt sich – was die absoluten Fallzahlen betreffend die

²³ Kohlegger aaO 45.

²⁴ *Barazon* Erfahrungen mit der Verfahrenshilfe, ÖJZ 1977 58 ff.

²⁵ *Machacek* Der demokratische Rechtsstaat streitet für den besseren Zutritt zum Recht, Anwbl 3/1978 95 ff.

Bestellung eines Rechtsvertreters als Verfahrenshelfer betrifft – nachstehendes Bild:

	VH Straf	VH Zivil	VH Gesamt		VH Straf	VH Zivil	VH Gesamt
1980	9948	3675	13623	1995	12296	7739	20034
1981	10745	3913	14658	1996	6937	6193	13130
1982	10772	4605	15377	1997	12500	9290	21790
1983	10308	5491	15799	1998	12603	8390	20993
1984	10075	5945	16020	1999	12582	8355	20937
1985	9691	6721	16412	2000	12472	7531	20003
1986	8806	6662	15468	2001	12527	7696	20223
1987	8021	5952	13973	2002	13950	7744	21694
1988	6323	5794	12117	2003	14777	8430	23207
1989	6990	5587	12577	2004	16184	8466	24650
1990	8197	5578	13775	2005	16142	8019	24161
1991	8438	5539	13977	2006	15087	8606	23693
1992	9711	5505	15216	2007	15311	8907	24218
1993	10600	6963	17563	2008	14980	8378	23358
1994	12662	8072	20734	2009	16416	7766	24182
				2010	15962	7695	23657

Tabelle 9: Entwicklung der Verfahrenshilfen in Österreich (absolut) 1980-2010

In den Zivilverfahrenshilfen inkludiert sind dabei auch die Fälle der Bestellung eines Rechtsvertreters als Verfahrenshelfer vor dem VfGH oder VwGH, welche jedoch eher von untergeordneter Bedeutung sein dürften.²⁶ Nicht berücksichtigt wird in dieser Statistik die Bestellung als Verfahrenshelfer vor den unabhängigen Verwaltungssenat (UVS). In ganz Österreich fielen im Jahre 2010 allerdings nur insgesamt 14 solche Bestellungen (davon 11 in Wien) an, was im Hinblick auf die Zahl an Verfahrenshelfer-Bestellungen in Zivil- und Strafrechtsangelegenheiten im Jahre 2010 von insgesamt 23.657 vernachlässigbar erscheint.

Einen plastischeren Überblick über die Entwicklung der Verfahrenshelferbestellungen in Österreich zwischen 1980 bis 2010 erlaubt eine grafische Darstellung:

²⁶ So fielen in Vorarlberg im Jahre 2010 insgesamt 11 Bestellungen als Verfahrenshelfer vor dem VwGH oder VfGH an, was bei insgesamt 474 Zivilrechts-Verfahrenshilfen einem Prozentsatz von knapp über 2 entspricht.

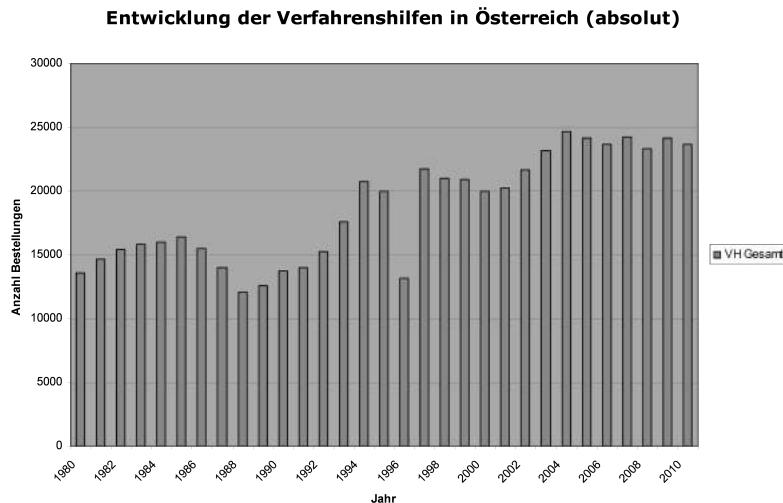


Abbildung 11: Entwicklung der Verfahrenshilfe in Österreich (absolut)

Aus der obigen grafischen Darstellung ergibt sich, dass es – entgegen den Erwartungen mancher,²⁷ die Ende der 70er Jahre davon ausgingen, das Verfahrenshilfegesetz 1973 sei inzwischen „ausjudiziert“ und dass weder zu erhoffen noch zu befürchten sei, dass pro futuro ein größerer Personenkreis in die Verfahrenshilfe einbezogen werde – beginnend vom Jahre 1980 bis dato doch zu einer nicht unerheblichen Steigerung der Anzahl der gewährten Verfahrenshilfen in Österreich, gemessen an der Anzahl der bestellten Verfahrenshelfer, gekommen ist. Grob gesprochen kann man nahezu von einer Verdoppelung sprechen, wobei sich seit ca. 7-8 Jahren die Zahlen – absolut gesehen – auf hohem Niveau stabilisiert haben.

Einen differenzierteren Zugang ermöglicht die getrennte Darstellung der Entwicklung der Verfahrenshilfen in Österreich im Zivilrecht einerseits und im Strafrecht andererseits:

²⁷ So etwa die Prognose von *Machacek* Der demokratische Rechtsstaat streitet für den besseren Zutritt zum Recht, AnwBl 3/1978 95 ff (96).



Abbildung 12: Histogramm mit Dichte- und Normalverteilungskurve (gestrichelte Linie) für die Zivilprozessrate

Es zeigt sich also, dass es im Bereich der Strafverfahrenshilfe „lediglich“ zu einer Steigerung in der Größenordnung von 60 % gekommen ist, während sich im Bereich der Zivilverfahrenshilfen die Fallzahlen in etwa verdoppelt haben.

Einen besseren Überblick über das Verhältnis der Verfahrenshilfen gemessen an Verfahrenshelferbestellungen im Strafrecht einerseits und im Zivilrecht andererseits ermöglicht nachstehende Grafik:

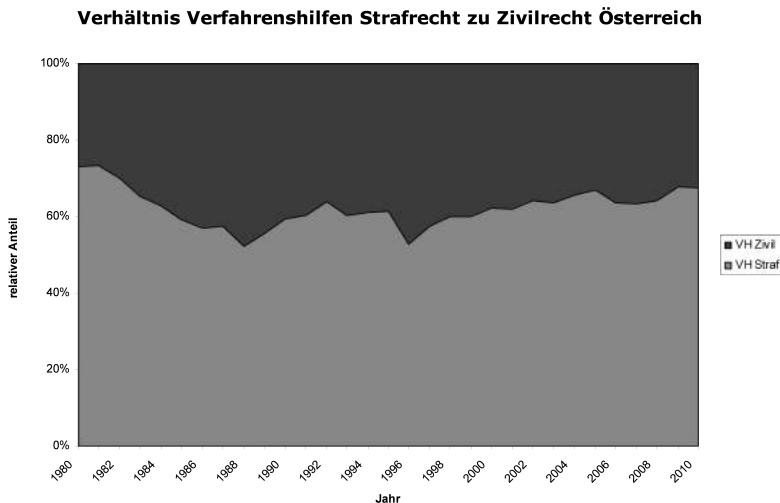


Abbildung 13: Verhältnis Verfahrenshilfe Strafrecht zu Zivilrecht in Österreich

Es zeigt sich hier, dass im Jahre 1980 das Verhältnis von Strafverfahrenshilfen zu Zivilverfahrenshilfen noch mehr als 3:1 bzw. $\frac{3}{4}$ zu $\frac{1}{4}$ betrug; in weiterer Folge setzte bis 1997 eine Entwicklung der stetigen Zunahme der Zivilverfahrenshilfen im Verhältnis zu den Strafverfahrenshilfen ein, was zu einem Trend hin zu einem Verhältnis 50:50 führte.

Dieser Trend erfuhr seither eine gegenläufige Tendenz; seit nunmehr einigen Jahren hat sich das Verhältnis zwischen Verfahrenshelferbestellungen in Strafsachen einerseits zu Verfahrenshelferbestellungen in Zivilsachen andererseits im Verhältnis 2:1 bzw. $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$ stabilisiert.

3. Die Entwicklung der Anzahl der Bestellungen zum Verfahrenshelfer pro eingetragenen Rechtsanwalt

Setzt man die Anzahl der Bestellungen als Verfahrenshelfer in den Jahren 2000 bis 2010 ins Verhältnis zur Anzahl der insgesamt eingetragenen Rechtsanwälte in Österreich, so ergibt sich nachstehendes Bild:

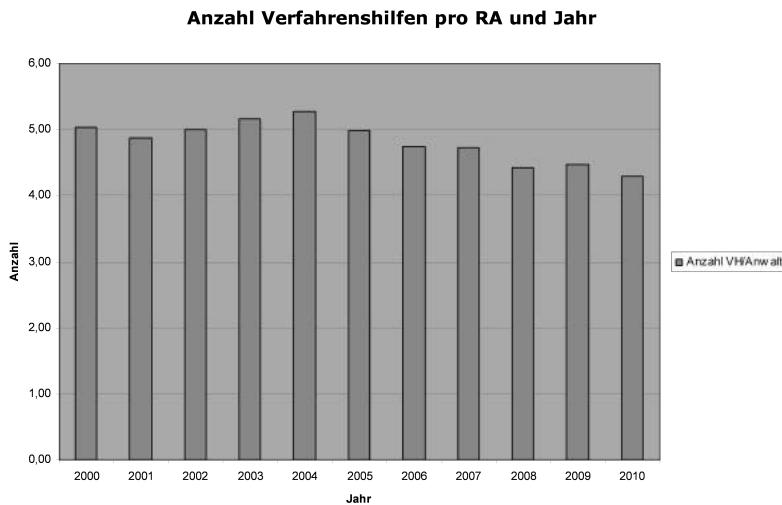


Abbildung 14: Anzahl Verfahrenshilfe pro Rechtsanwalt und Jahr

Hier zeigt sich, dass die Anzahl der Bestellungen als Verfahrenshelfer von ca. 5 pro Jahr im Jahre 2000 auf knapp über 4 pro Jahr im Jahre 2010 gefallen ist.

Dies ist schlichtweg darauf zurückzuführen, dass in den letzten 10 Jahren die Anzahl der eingetragenen Rechtsanwälte eine nicht unerhebliche Steigerung erfahren hat, waren doch Ende 2000 lediglich 3.969 Rechtsanwälte eingetragen, während es im Jahre 2010 bereits 5.518 waren.²⁸

Wenn man nun ergänzend berücksichtigt, dass manche Rechtsanwälte gemäß § 46 Abs 2 Rechtsanwaltsordnung von der Bestellung als Verfahrenshelfer – zumindest teilweise – befreit sind, weil sie diverse Tätigkeiten im Dienste der Rechtsanwaltschaft ausüben, so kann grob gesprochen davon ausgegangen werden, dass derzeit ein eingetragener Rechtsanwalt in Österreich durchschnittlich mit 4-5 Bestellungen als Verfahrenshelfer pro Jahr konfrontiert ist (auf die teilweise erheblichen Unterschiede in den einzelnen Bundesländern wird weiter unten noch eingegangen).

²⁸ Quelle: Wahrnehmungsbericht zur österreichischen Rechtspflege und Verwaltung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages 2010/2011, 52.

4. Die Entwicklung der Bestellungen als Verfahrenshelfer relativ zum Verfahrensanfall in Strafsachen

Im Folgenden sollen die Bestellungen als Verfahrenshelfer in Strafsachen in ein Verhältnis zu dem insgesamt bei den Strafgerichten angefallenen Geschäftsfällen gesetzt werden. Es handelt sich hierbei um Strafsachen bei den Gerichtshöfen I. Instanz mit dem Register (Gattung) HR – Haft- und Rechtschutzsachen – einerseits sowie mit dem Register (Gattung) Hv (die beim Senatsvorsitzenden oder beim Einzelrichter anhängigen Strafsachen).²⁹

Nicht berücksichtigt sind dabei die Fälle der Bestellung eines Verfahrenshelfers im bezirksgerechtlichen Strafverfahren, welche freilich – im Hinblick auf den fehlenden „Anwaltszwang“ – von sehr untergeordneter Bedeutung sein dürften:

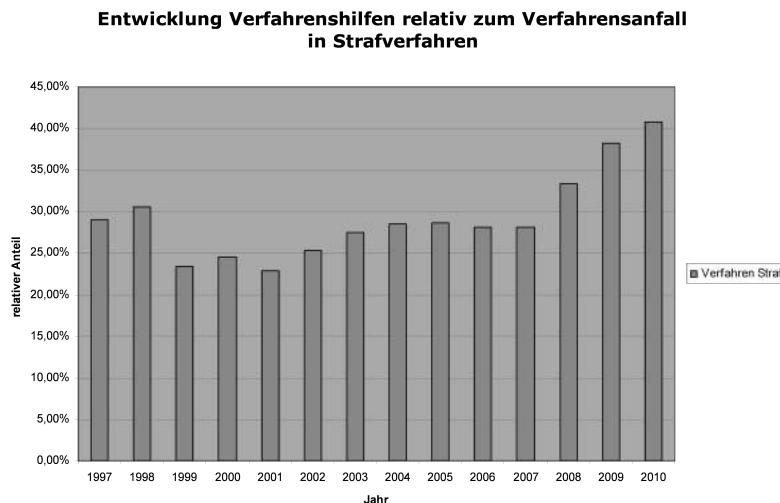


Abbildung 15: Entwicklung Verfahrenshilfe relativ zum Verfahrensanfall in Strafverfahren

Es zeigt sich hier doch, dass es seit dem Jahre 2007 bis zum Jahr 2010 zu einem stetigen Anstieg gekommen ist.

Vor Augen zu führen ist, dass im Falle der Bestellung eines Verfahrenshelfers bereits im Stadium des Vorverfahrens (Haftschutzsachen) in vielen Fällen eine

²⁹ Die Daten wurden aus dem jeweiligen Statistischen Jahrbuch der Statistik Austria, Kapitel Rechtpflege, entnommen.

anschließende Vertretung im Hauptverfahren (Hv-Verfahren) vor dem Schöffen- oder Geschworenensenat oder dem Einzelrichter am Landesgericht erfolgt, ohne dass diesbezüglich eine neuerliche Bestellung als Verfahrenshelfer von Statten geht.

Der Prozentsatz, bei dem ein Beschuldigter oder Angeklagter von einem Verfahrenshelfer vertreten wird, dürfte daher in praxi noch bedeutend höher sein. Dies dokumentiert die große Bedeutung des Rechtsinstituts der Verfahrenshilfe im Bereich des gerichtlichen Strafverfahrens.

5. Die Entwicklung der Bestellung als Verfahrenshelfer relativ zum Verfahrensanfall in (streitigen) Zivilverfahrenssachen

Setzt man die Entwicklung der Bestellung als Verfahrenshelfer in Beziehung zur Entwicklung der Fallzahlen in streitigen Zivilverfahrenssachen – nicht berücksichtigt ist hier der für das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe nicht unwichtige Bereich des Außerstreitverfahrens – so ergibt sich unter Mitberücksichtigung der Mahnverfahren nachstehendes Bild:³⁰

³⁰ Die entsprechenden Daten wurden wiederum aus dem Statistischen Jahrbuch, Kapitel Rechtspflege, entnommen, wobei lediglich die im jeweiligen Jahr neu zugewachsenen zivilrechtlichen Fälle an den Bezirksgerichten einerseits und den Gerichtshöfen I. Instanz (mit Ausnahme der Arbeits- und Sozialgerichte) andererseits zugrunde gelegt wurden, dies inklusive Mahnsachen.

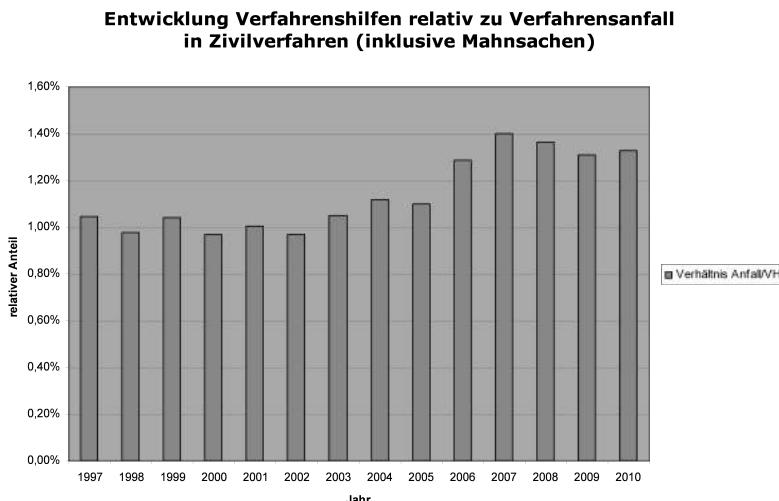


Abbildung 16: Entwicklung Verfahrenshilfe relativ zu Verfahrensanfall in Zivilverfahren (inklusive Mahnsachen)

Es zeigt sich hier, dass es beginnend vom Jahr 1997 bis zum Jahre 2010 doch zu einer Zunahme der Bestellungen als Verfahrenshelfer relativ zur Anzahl der streitigen Zivilverfahren inklusive Mahnsachen gekommen ist, wobei grob betrachtet von einer Zunahme von 30 % gesprochen werden kann.

Es liegt freilich auf der Hand, dass im Bereich von Mahnverfahren das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe eher von untergeordneter Bedeutung ist, sofern der erlassene Zahlungsbefehl in weiterer Folge ohne Einbringen eines Einspruchs in Rechtskraft erwächst.

Setzt man lediglich die Anzahl der Bestellungen als Verfahrenshelfer zu zivilgerichtlichen Verfahren vor den Bezirksgerichten oder Landesgerichten, bei denen es zu einem Einspruch kam, ins Verhältnis, so zeigt sich, dass es durchschnittlich in etwa 15 % der zivilgerichtlichen Verfahren vor den Bezirks- oder Landesgerichten zu einer Bestellung eines Verfahrenshelfers kommt (nicht berücksichtigt ist dabei allerdings der bereits weiter oben zur Sprache gebrachte Umstand, dass in Einzelfällen sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite eine Bestellung eines Rechtsvertreters als Verfahrenshelfer erfolgt); auch unter Zugrundelegung der Verfahrensanfälle in Zivilverfahren, bei denen es zu einem Einspruch kam, kann eine relative Zunahme der Bestellungen als Verfahrenshelfer in den Jahren 2003 bis 2010 festgestellt werden, wenn auch die Zunahme hier mit einer Erhöhung von ca. 10 % geringer

ausfällt als bei Zugrundelegung sämtlicher Zivilverfahren inklusive Mahnsachen.³¹

6. Mögliche Ursachen für den Anstieg der Verfahrenshilfen

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich als Zwischenergebnis, dass es in den letzten Jahren und Jahrzehnten zu einem stetigen Anstieg der Anzahl der Verfahrenshilfen, gemessen an der Anzahl der Bestellung von Rechtsanwälten als Verfahrenshelfer, gekommen ist.

Es stellt sich daher die Frage, was die Ursachen für diesen Anstieg waren.

An dieser Stelle sei freilich klargestellt, dass die hier vorgetragenen Hypothesen einen provisorischen Charakter aufweisen und daher bestenfalls als Arbeitshypothesen geeignet sind. Es wäre daher verfrüht – dies insbesondere im Hinblick auf die oben dargestellten Probleme im Zusammenhang mit der Datenbasis – bereits derzeit schon definitive Schlussfolgerungen zu ziehen, welche freilich ohnehin – im Sinne *Sir Karl Poppers* – stets nur einen vorläufigen Charakter besitzen können.

Die nachstehenden Ausführungen sind daher als Annäherung an das Thema und als Ausgangspunkt für weitere Fragestellungen und Untersuchungen zu sehen.

Nachstehende Ursachen für den Anstieg der Verfahrenshilfen kommen prima vista im gegenständlichen Fall nach meinem Dafürhalten in Betracht:

6.1. Mehr Geschäftsfälle (mehr gerichtliche Verfahren)?

In den letzten Jahren und Jahrzehnten ist es zu einem deutlichen Anstieg der Anzahl der Verfahrenshilfe, gemessen an der Anzahl der Verfahrenshelferbestellungen, in absoluten Zahlen gekommen.

Auf den ersten Blick gesehen könnte dies damit erklärt werden, dass ja auch die Anzahl der Geschäftsfälle bei den Gerichten zugenommen habe, was der subjektiven Wahrnehmung vieler im Bereich der Rechtspflege Tätigen entspricht. Tatsächlich verhält es sich allerdings dergestalt, dass die Geschäftsfälle jedenfalls seit dem Jahre 2000 bis zum Jahre 2007 tendenziell abgenommen haben, worauf *Mayr*³² zutreffend hingewiesen hat.

Wie bereits weiter oben ausgeführt, kam es jedenfalls im letzten Jahrzehnt auch zu einem relativen Anstieg der Verfahrenshilfen, wenn man als Bezugs-

³¹ Auch die eben referierten Zahlen ergaben sich durch Heranziehung der entsprechenden Daten des jeweiligen Statistischen Jahrbuchs, Kapitel Rechtspflege, der Statistik Austria.

³² *Mayr* Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, AnwBl 2009/02 54 ff.

punkt die Anzahl der Strafverfahren bzw die Anzahl der streitigen Zivilverfahren heranzieht. Hinsichtlich der streitigen an den Bezirksgerichten und Landesgerichten anhängigen Zivilverfahren inklusive Mahnsachen fällt der relative Anstieg allerdings höher aus, wenn man auch die Zahlungsbefehle, welche in weiterer Folge ohne Einspruch in Rechtskraft erwachsen, mitberücksichtigt. Aussagekräftiger sind freilich jene streitigen Zivilverfahren, bei denen es in weiterer Folge zu einem Einspruch kam. Auch hier ist aber ein leichter Anstieg der relativen Anzahl der Verfahrenshilfen zu verzeichnen.

Nicht berücksichtigt wurden bei diesen Überlegungen die außerstreitigen Verfahren in Zivilrechtssachen.

Hier kam es teilweise im letzten Jahrzehnt zu nicht unbedeutlichen Anstiegen. So betrug beispielsweise im Jahre 2000 die Anzahl der Pflegschaftssachen 109.631, wobei diese Anzahl dann bis zum Jahre 2003 auf 129.297 anstieg, um sich in weiterer Folge bis zum Jahre 2007 auf einem Niveau zwischen 130.000 und 140.000 zu bewegen.³³

Ungeachtet dessen kann konstatiert werden, dass eine Erklärung, wonach der Anstieg der Verfahrenshilfen gemessen an der Anzahl der Verfahrenshelferbestellungen auf eine Zunahme von Geschäftsfällen zurückzuführen ist, jedenfalls zu kurz greift.

6.2. Stattgefundene Gesetzesänderungen

In einem zweiten Schritt gilt es zu untersuchen, ob die Zunahme der Verfahrenshilfen in den letzten Jahren oder Jahrzehnten auf Gesetzesänderungen zurückzuführen ist, wurden doch die einschlägigen Bestimmungen ausgehend vom Verfahrenshilfegesetz 1973 zwischenzeitlich mehrfach novelliert.

Was zunächst den Bereich des zivilgerichtlichen Verfahrens anbelangt, so sind die diesbezüglichen Veränderungen freilich eher als bescheiden einzustufen:

Die Bestimmung des § 63 Abs 1 ZPO blieb nahezu unverändert, sieht man von einer kleinen Änderungen durch die Zivilverfahrensnovelle 1997 (BGBl I Nr 140/1997), welche am 01.01.1998 in Kraft trat, ab.³⁴

Die bis dato in Gestalt der Bestimmung des § 63 Abs 2 ZPO aF geltende Verfahrenshilfe für Juristische Personen und sonstige parteifähige Gebilde wurde mit Artikel 15 Z 3 Budgetbegleitgesetz 2009 (BGBl I Nr 52/2009) ersetztlos

³³ Quelle: Statistische Jahrbücher der Statistik Austria, Kapitel Rechtspflege.

³⁴ In concreto wurde der bis zum 31.12.1997 geltende Passus „Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zu bewilligen“ durch den Passus „Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen“ ersetzt. Es gilt freilich zu bedenken, dass die „Teilverfahrenshilfe“ als solche bereits mit dem Verfahrenshilfegesetz 1973 etabliert wurde.

gestrichen. Nachdem bereits der EuGH in einer Entscheidung den Verfahrenshilfeanspruch Juristischer Personen innerhalb des Anwendungsbereiches der EU-Grundrechtecharta bejaht hat,³⁵ behängt derzeit beim Verfassungsgerichtshof ein entsprechender Gesetzesprüfungsantrag.³⁶ Abgesehen davon, dass die Einschränkung der Verfahrenshilfe auf natürliche Personen denknotwendig mit einem Rückgang der Verfahrenshilfen verbunden sein wird, ist die eben diskutierte Gesetzesänderung für die hier zu untersuchende Frage ohne Relevanz, weil sie erst Mitte des Jahres 2009 erfolgte.

Bereits mit BGBI I Nr 128/2004 wurde dem Revisor ein Rekursrecht gegen Beschlüsse, mit denen Verfahrenshilfe bewilligt wurde, eingeräumt, indem die Bestimmung des § 72 Abs 2 ZPO geändert wurde. Auch jene Novellierung kann aber selbstredend tendenziell eher mit einem Rückgang der Verfahrenshilfen einhergehen.

Mit der Zivilverfahrensnovelle 2004 wurde basierend auf der Richtlinie 2003/8/EG zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug die Bestimmung des § 64 Abs 1 Z 3 dahingehend novelliert, dass sich die Beigabe eines Rechtsanwalts auch auf eine vorprozessuale Rechtsberatung im Hinblick auf eine außergerichtliche Streitbeilegung erstrecke. Wie sich aus den Materialien³⁷ hierzu ergibt, handelt es sich bei dieser Gesetzesnovelle im Ergebnis lediglich um eine Klarstellung im Zuge der Umsetzung der eben angesprochenen Richtlinie: schon bis zur Einführung der Zivilverfahrensnovelle 2004 konnte im Rahmen der Verfahrenshilfe gemäß § 64 Abs 1 Z 3 die Beigabe eines Rechtsanwaltes auch bereits zur Vorbereitung der Durchsetzung des Anspruchs (Verfassen und Einbringen der Klage) gewährt werden, wovon auch die Prüfung der konkreten Erfolgsaussichten und die Möglichkeit, nach Beratung durch den Rechtsanwalt von der Klagserhebung Abstand zu nehmen oder den Streit außergerichtlich beizulegen, umfasst war.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass im Bereich des Zivilverfahrensrechts die „zarten“ gesetzlichen Novellen im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe den stattgefundenen Anstieg der Anzahl der Verfahrenshilfe nicht zu erklären vermögen.

³⁵ EuGH in C-279/09, DEB Deutsche Energie Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland = Zahl 2011/36, 22 = Ecolex 2011/174.

³⁶ Inzwischen, allerdings nach dem gegenständlichen Vortrag, hat nunmehr der VfGH mit Entscheidung vom 05.10.2011 GZ G 26/10 die Aufhebung der Verfahrenshilfe für Juristische Personen und sonstige parteifähige Gebilde als verfassungswidrig erkannt, wobei die Aufhebung des Artikel 15 Z 3 Budgetbegleitgesetz 2009 mit Ablauf des 31.12.2012 in Kraft tritt.

³⁷ 613 der Beilagen XXII. GP.

Viel weiter reichende Veränderungen erfuhr das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe im Bereich des gerichtlichen Strafverfahrens. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier nachstehende Novellierungen erwähnt:

Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 1987 (BGBl I Nr 605/1987) wurde die Bestellung eines so genannten „Amtsverteidigers“ (dieser ist von Amts wegen zu bestellen, wenn weder der Angeklagte noch sein gesetzlicher Vertreter einen Verteidiger auswählte und dem Angeklagten auch kein Verfahrenshilfe-Verteidiger beigegeben wurde) auf die Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter ausgeweitet (außer in den Fällen der §§ 129 Z 1-3 und 164 Abs 3 StGB), sofern die Straftat mit einer 3 Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe angedroht ist. Mit dem Jugendgerichtsgesetz 1988 (BGBl Nr 599/1988) wurde normiert, dass einem Jugendlichen sowohl im Verfahren vor den Gerichtshöfen und den Geschworenengerichten für das gesamte Verfahren sowie im Bezirksgerichtlichen Verfahren, soweit dies im Interesse der Rechtspflege notwendig oder zweckmäßig ist, von Amts wegen ein Verteidiger beizugeben ist (das Jugendgerichtsgesetz 1961 sah in Gestalt der Bestimmung des § 38 Abs 1 zuvor vor, dass einem jugendlichen Beschuldigten, wenn er nicht imstande war, die Verteidigungskosten aus eigenem zu tragen, im Verfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens für das ganze Verfahren und in so genannten „Übertretungsfällen“ in Einzelfällen (insbesondere wenn der gesetzliche Vertreter ihm nicht beistehen könne) ein Armenvertreter beizugeben ist).

Mit dem Strafprozessänderungsgesetz 1993 (BGBl I Nr 526/1993) wurden – abgesehen davon, dass die Fälle der notwendigen Verteidigung neu gefasst wurden – erweiterte Rechtsmittelmöglichkeiten bei Versagen der Bewilligung des Antrags auf Verfahrenshilfe (§ 41 Abs 7 StPO) etabliert; von besonderer Bedeutung dürfte die Änderung der Bestimmung des § 42 Abs 2 StPO gewesen sein, wonach fortan ein so genannter „Pflichtverteidiger“ – soweit der Beschuldigte nicht ohnehin durch einen Verteidiger vertreten war – von Beginn an nach der Verhängung der Untersuchungshaft beizugeben war (zuvor war dies lediglich nach 2 Monaten der Fall).

Mit der Novelle BGBl I Nr 762/1996 wurde der Katalog der so genannten „notwendigen Verteidigung“ um den Fall der Erneuerung des Strafverfahrens (bei Verstößen gegen die EMRK) erweitert. Mit BGBl I Nr 55/1999 wurde schließlich in der Bestimmung des § 41 Abs 2 StPO klargestellt, dass ein Verfahrenshelfer dann zu bestellen ist, wenn der Beschuldigte einen Teil der anfallenden Vertretungskosten selber tragen kann (Teilverfahrenshilfe). Seit dem Strafprozessreformgesetz 2004 (BGBl I Nr 19/2004) finden sich die zuvor in den §§ 41-43 StPO geregelten Fragen der notwendigen Verteidigung und der Verfahrenshilfe in den neuen §§ 61 und 62 StPO. Die „Pflichtverteidigung“ im Sinne des vormaligen § 42 Abs 2 und 3 StPO wurde beseitigt, vielmehr ist im Falle der Untersuchungshaft dem Beschuldigten sogleich ein

Verfahrenshelfer oder Amtsverteidiger beizugeben. Eine Ausweitung erfuhr die so genannte „notwendige“ Verteidigung dahingehend, dass nunmehr auch für die Ausführung der Berufung im schöffens- oder geschworenengerichtlichen Verfahren ein Verteidiger notwendig ist (vormals war dies nur für die Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde sowie für die Verhandlung von Nichtigkeitsbeschwerden oder Berufungen der Fall).³⁸

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe im Bereich des Strafverfahrensrechts seit Einführung des Verfahrenshilfegesetzes 1973 zahlreichen Novellierungen unterworfen war.

Allein diese Novellen vermögen aber den Anstieg der Verfahrenshelfen, gerechnet an der Anzahl der Bestellungen zum Verfahrenshelfer, nicht zu erklären, gehen doch die besagten Novellen nun mit kleineren „Ausdehnungen“ des Funktionskreises des Verfahrenshelfeverteidigers einher; es darf spekuliert werden, dass die bedeutendste Novellierung im Hinblick auf einen stattgefundenen Anstieg der Strafverfahrenshelfen die Einführung des Pflichtverteidigers bereits von Beginn der Untersuchungshaft an durch das Strafprozessänderungsgesetz 1993 war.

6.3. Anstieg der Armut als Erklärung?

Da eine der entscheidenden Voraussetzungen zur Beurteilung der Frage, ob Verfahrenshilfe gewährt wird oder nicht, das Kriterium des „Außerstande-seins“ bildet, die Kosten des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, scheint auf den ersten Blick naheliegend, ein Anstieg der Verfahrenshelfen mit einem möglichen Anstieg der Armut in Verbindung zu bringen.

Hier stellt sich nun freilich die Frage, wie das Kriterium „Unmöglichkeit der Bestreitung von Prozesskosten ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts“ oder salopp formuliert das Kriterium der „Armut“ gemessen werden kann. Es bedarf in diesem Zusammenhang entsprechender Indikatoren, deren Aussagekraft freilich einer kritischen Auseinandersetzung zu unterziehen ist.

Zunächst wurde als Indikator für Armut die Anzahl der Sozialhilfeempfänger in Österreich und deren Entwicklung beginnend vom Jahre 1998 bis 2008 herangezogen. Wie aus der unten stehenden Grafik unschwer entnommen

³⁸ Vgl hierzu *Tipold* Notwendige Verteidigung und Verfahrenshilfe nach dem Strafprozessreformgesetz 2004, JAP 2006/2007/21.

werden kann, kam es von 1998 bis 2008 tatsächlich zu einem deutlichen Anstieg der Anzahl der Sozialhilfeempfänger in Österreich.³⁹

Die Anzahl der Sozialhilfeempfänger stellt allerdings meines Erachtens keinen guten Indikator für die Armut in Österreich im Allgemeinen und für das Kriterium Gefährdung des notwendigen Unterhalts durch Bestreitung von Prozesskosten im Besonderen dar, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Zunächst gilt es zu bedenken, dass bei Sozialhilfeempfängern nicht einmal die Bestreitung des „notdürftigen“ Unterhalts im Sinne des vormals geltenden „Armenrechts“ gewährleistet ist, während das Verfahrenshilfegesetz 1973 auf den „notwendigen“ Unterhalt abstellt. Mit Beziehern von Sozialhilfe, es handelt sich salopp formuliert um die „ganz Armen“, wird daher mit Sicherheit nur ein Teil derjeniger, deren notwendiger Unterhalt bei Bestreitung der Prozesskosten gefährdet wäre, abgedeckt.

Die Sozialhilfe, welche mittlerweile durch die sogenannte Mindestsicherung abgelöst wurde, war zudem in jedem Bundesland stark unterschiedlich geregelt. Armutsgrenzen waren „politisch“ definiert. Zudem variierte nicht nur die Höhe der in den einzelnen Ländern gewährten Sozialhilfe, sondern auch die Anzahl der Bezieher von Sozialhilfe in den einzelnen Bundesländern stark. Die diesbezüglichen Statistiken sind im Übrigen schon deshalb nicht sehr aussagekräftig, weil aus den von den Bundesländern übermittelten Zahlen nicht klar hervorging, ob es sich um Personen- oder Fallzahlen handelte, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass Personen mehrfach gezählt wurden (über einen Antrag auf Sozialhilfe wird teilweise von Fall zu Fall mehrfach pro Jahr entschieden).⁴⁰

In einem zweiten Schritt wurde als Indikator für die „Armut“ die Zahl der Notstandshilfebezieher in Österreich herangezogen. Ausgehend vom Jahr 2000 bis zum Jahr 2009 lässt sich festhalten, dass nach einem Anstieg beginnend im Jahr 2001 die Zahl der Notstandshilfebezieher in Österreich relativ konstant geblieben ist.⁴¹

³⁹ Die entsprechenden Daten wurden aus dem jeweiligen Statistischen Jahrbuch der Statistik Austria, Kapitel Soziale Sicherheit, Punkt 8.30 (1998 bis 2005) bzw Punkt 8.29 (2006 bis 2008) entnommen. Da die Gesamtzahlen auch die Bezieher von Pflegegeld beinhalteten, wurden jene Bezieher in Abzug gebracht.

⁴⁰ Vgl hierzu etwa die Ausführungen der Armutskonferenz zu Kennzahlen zur offenen Sozialhilfe für das Jahr 2007, http://www.armutskonferenz.at/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=245&Itemid=36.

⁴¹ Quelle: Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch 2011, Kapitel 08 Soziale Sicherheit, Punkt 8.26 - Bezieher und Bezieherinnen von Notstandshilfe Jahrsdurchschnitt 1990 bis 2009.

Ein weiterer denkbarer Indikator für das „Messen“ von Armut bzw der Gefährdung der Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts durch Prozesskosten könnte die Anzahl der Ausgleichszulagenempfänger in Österreich bilden.

Auch hier zeigt sich allerdings, dass die Zahl der Ausgleichszulagenempfänger in Österreich von 1997 bis 2009 grosso modo in etwa konstant blieb.⁴²

In Form einer Synopse dargestellt ergibt sich sohin nachstehendes Bild:

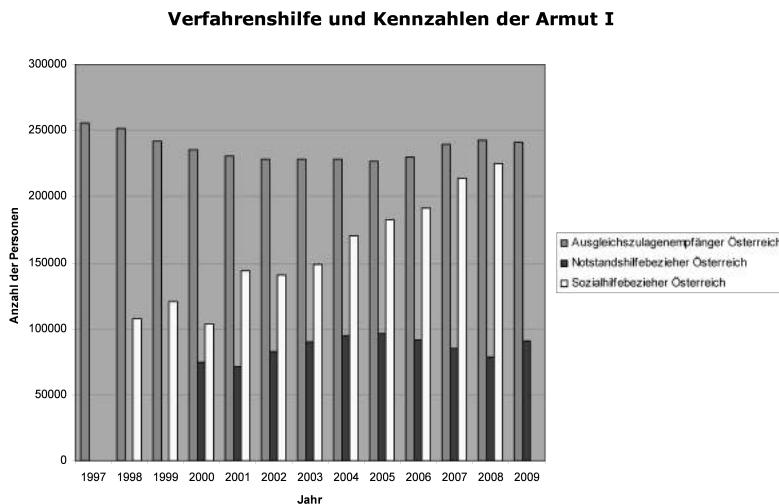


Abbildung 17: Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut I

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass grob gesprochen die Zahl der Notstandshilfebezieher und Ausgleichszulagenempfänger in Österreich im letzten Jahrzehnt in etwa konstant geblieben ist; lediglich die Zahl der Sozialhilfebezieher dürfte deutlich angestiegen sein, wobei gerade jener Indikator das Kriterium der Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts infolge Bestreitung von Prozesskosten aus den oben genannten Gründen am wenigsten widerspiegelt.

⁴² Die entsprechenden Daten sind dem jeweiligen Statistischen Jahrbuch der Statistik Austria Kapitel 09 Einkommen, Verdienste Punkt 9.25 (ÖSTAT 1998), 9.31 (ÖSTAT 1999/2000), Punkt 9.29 (ÖSTAT 2001), Punkt 9.26 (ÖSTAT 2002), Punkt 9.29 (ÖSTAT 2003), Punkt 9.26 (ÖSTAT 2004 und 2005), Punkt 9.30 (ÖSTAT 2006), Punkt 9.26 (ÖSTAT 2007), Punkt 9.29 (ÖSTAT 2008), Punkt 9.30 (ÖSTAT 2009), Punkt 9.26 (ÖSTAT 2010) sowie Punkt 9.29 (ÖSTAT 2011) entnommen.

Eine weitere denkbare Alternative für Messung des Kriteriums „Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts durch Bestreitung von Prozesskosten“ könnte die Entwicklung des Netto-Jahreseinkommens bilden. Die Statistik Austria weist hierzu die entsprechenden Daten für unselbständige Erwerbstätige aus.

Als Grenzwert wurde hier das 30 % Dezil herangezogen. Dies bedeutet, dass 30 % der unselbständig Erwerbstätigen in Österreich ein Netto-Jahreseinkommen bezogen, welches unter dem dargestellten Wert liegt (anders ausgedrückt handelt es sich um jenes Maximal-Nettoeinkommen, welches die 30 % der unselbständig Erwerbstätigen mit dem niedrigsten Einkommen in Österreich beziehen).

Hier zeigt sich nachstehendes Bild:⁴³

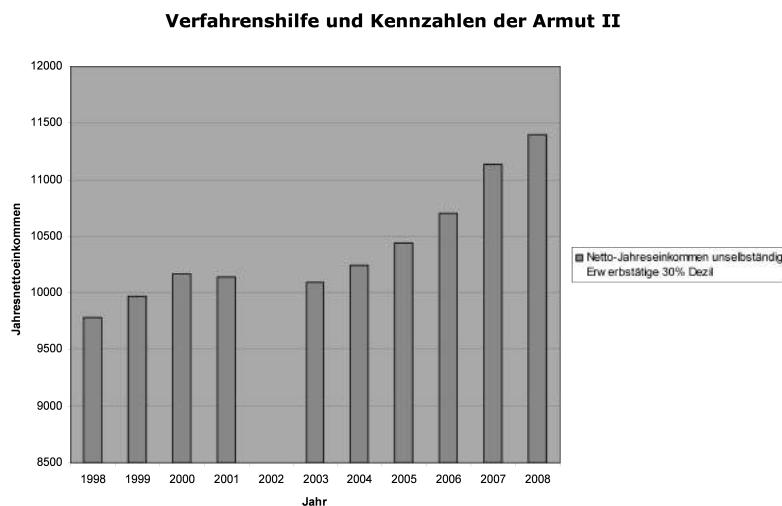


Abbildung 18: Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut II

Es zeigt sich also, dass es zwischen den Jahren 1998 und 2002 zu einem signifikanten Anstieg des Jahresnettoeinkommens der unselbstständig Erwerbstätigen, was das 30 % Dezil betrifft, gekommen ist.

⁴³ Die Daten wurden dem jeweiligen statistischen Jahrbuch der Statistik Austria, Kapitel 09 Einkommen, Verdienste Punkt 9.04 (ÖSTAT 2001) bzw Punkt 9.05 (ÖSTAT 2002 bis ÖSTAT 2011) entnommen.

Allerdings gilt es zu beachten, dass die hier dargestellten Jahresnettoeinkommen nicht inflationsbereinigt sind.

Nimmt man eine Inflationsbereinigung anhand des Verbraucherpreisindex der Statistik Austria vor, so zeigt sich, dass der VPI 1986 von einem Jahresdurchschnittswert im Jahre 1998 von 133,7 auf einen Jahresdurchschnittswert im Jahre 2008 von 162,8 gestiegen ist, die Inflation betrug mit anderen Worten 21,77 %. Multipliziert man nun das Netto-Jahreseinkommen unselbstständiger Erwerbstätiger im Jahre 1998 von € 9.781,00 mit 1,21, so ergibt sich ein inflationsbereinigtes Nettoeinkommen für das Jahr 2008 von € 11.909,85. Tatsächlich betrug das Netto-Jahreseinkommen unselbstständiger Erwerbstätiger – was das 30 % Dezil betrifft – im Jahre 2008 € 11.402,00.

Dies bedeutet, dass das inflationsbereinigte Netto-Jahreseinkommen derjenigen unselbstständig Erwerbstätigen, welche zu den 30 % mit dem geringsten Netto-Jahreseinkommen in Österreich gehören, in den Jahren 1998 bis 2008 gesunken ist, wenn auch nur leicht.

Die Problematik dieser Kennzahl ist diejenige, dass sie lediglich die unselbstständigen Erwerbstätigen und nicht die selbstständigen Erwerbstätigen umfasst; sie umfasst aber insbesondere nicht die große Anzahl derjenigen, welche überhaupt keiner Erwerbstätigkeit nachgehen.

In den letzten Jahren wurden auf EU-Ebene methodische Standards für die nationale und EU-Berichterstattung zur Erfassung von Armut etabliert. Grundlage für die Erhebung der verschiedenen Indikatoren für Armutgefährdung war zunächst das Europäische Haushaltspanel (ECHP – European Community Household Panel), welches jedoch im Jahre 2003 von EU-SILC (Survey on Income and Living Conditions) abgelöst wurde. Als armutgefährdet gelten laut einem Beschluss des Europäischen Rats von Laeken vom Dezember 2001 Personen in Haushalten, in denen das gewichtete Pro-Kopf-Einkommen unter 60 % des Medianeneinkommens liegt.⁴⁴

In Österreich wird jährlich vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ein Armutsbereicht (Armutgefährdung und Lebensbedingungen in Österreich) herausgegeben. Wie erwähnt beruht die dabei publizierte Armutgefährdungsquote in den Jahren 1995 bis 2001 auf dem europäischen Haushaltspanel. Eine Erhebung nach EU-SILC erfolgte erstmals im Jahre 2003; hinsichtlich des Jahres 2002 lag mir daher kein Wert vor, sodass hier vom selben Wert wie im Jahre 2001 ausgegangen wurde.

⁴⁴ Zu einzelnen Armutsgrenzen und deren Messkonzepte vergleiche insbesondere *Adami Armut und Armutserichterstattung in Vorarlberg. Eine Bedarfsanalyse* (Diplomarbeit), 2010 29 ff; vergleiche auch *Potz/Talos und andere Armut und Recht*, Wien 2010.

Ausgehend von den jeweiligen publizierten Armutsbüchern lässt sich nachstehende Armutgefährdungsquote in Österreich nach ECHP (1995 bis 2001) bzw EU-SILC (2003 bis 2009) darstellen:

**Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut III:
Armutgefährdungsquote Österreich nach ECHP/EU-SILC**

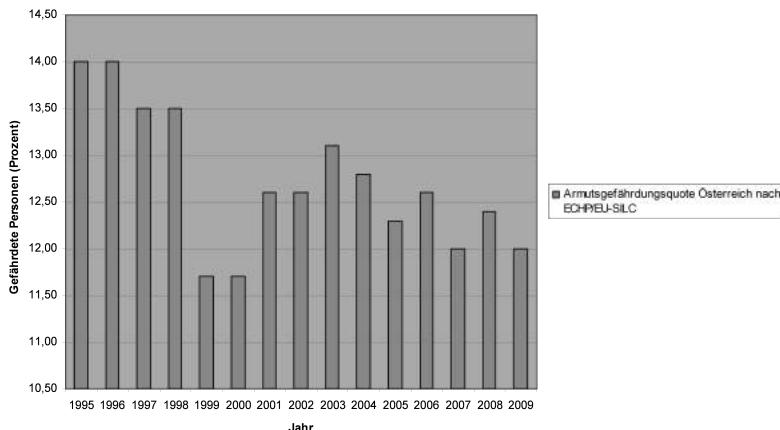


Abbildung 19: Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut III: Armutgefährdungsquote Österreich nach ECHP/EU-SILC

Es zeigt sich also, dass sich jedenfalls seit dem Jahre 2001 die Armutgefährdungsquote in etwa auf demselben Niveau befindet, nämlich zwischen 12 und 13 %.⁴⁵ Da die Armutgefährdungsschwelle (60 % des Medians) im Jahre 2009 bei einem 1-Personen-Haushalt € 994,00 monatlich netto (Jahreszwölftel) bzw € 852,00 monatlich netto (bei 14-maliger Auszahlung) betrug, während sich die Mindestsicherung pro Monat im Jahre 2009 auf 744,00 belief,⁴⁶ dürfte die sogenannte Armutgefährdungsquote noch am ehesten einen brauchbaren Indikator darstellen, welcher das Kriterium Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts durch Bestreitung der Prozesskosten widerspiegelt.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass hinsichtlich der meisten „Kennzahlen der Armut“, welche eben dargestellt wurden, keine deutliche Steigerung in den letzten Jahren festgestellt werden kann. Insbesondere der nach meinem

⁴⁵ Auch im Jahre 2010 – die entsprechenden Daten wurden von der Statistik Österreich erst nach Abhalten des Vortrags publiziert – betrug die Armutgefährdungsquote in Österreich 12 %, dies nach EU-SILC 2010.

⁴⁶ Quelle: BMASK bzw Statistik Austria, Armutgefährdung und Lebensbedingungen in Österreich, Ergebnisse aus EU-SILC 2009.

Dafürhalten geeignetste Indikator, nämlich die sogenannte Armutgefährdungsquote, ist in den letzten Jahren konstant geblieben.

Es spricht daher vieles dafür, dass der in den letzten Jahren beobachtbare Anstieg der Verfahrenshilfen jedenfalls nicht primär mit einem Anstieg der „Armut“ erklärt werden kann. Eine singuläre Erklärung, wonach in den letzten Jahren bzw Jahrzehnten mehr Personen nicht im Stande waren, Prozesskosten ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und es allein deshalb zu einem Anstieg der Verfahrenshilfen gekommen ist, greift meines Erachtens jedenfalls zu kurz.

6.4. Alternative Erklärungsversuche

Als Zwischenresümee lässt sich festhalten, dass die oben angeführten möglichen Erklärungen für den Anstieg der Verfahrenshilfen gemessen an der Anzahl der Bestellungen als Verfahrenshelfer (Zunahme der Geschäftsfälle insgesamt, Gesetzesänderungen, Anstieg der Armut) allein jedenfalls die realiter beobachtbare Zunahme an Verfahrenshilfen nicht zu erklären vermögen. Zusätzliche Erklärungsversuche sind daher von Nöten.

Dabei ist meines Erachtens auf zwei Ebenen anzusetzen:

Zum einen ist es denkbar, dass die Zunahme der Bestellungen als Verfahrenshelfer schlichtweg auf den Umstand zurückzuführen ist, dass es in den letzten Jahren zu mehr Anträgen auf Bewilligung von Verfahrenshilfen gekommen ist.

Die in den letzten Jahren beobachtbare zunehmende Verrechtlichtungstendenz vermag zur Erhöhung der Komplexität sowohl auf dem Gebiet des materiellen Rechts als auch auf dem Gebiet des Verfahrensrechts beigetragen haben. Mit der zunehmenden „Verrechtlichung“ sozialer Sachverhalte müsste freilich auch eine Zunahme der gerichtlichen Geschäftsfälle an sich einhergegangen sein, sodass dieser Ansatz den relativen Anstieg der Verfahrenshilfen nur teilweise zu erklären vermag.

Ein denkbarer Erklärungsansatz – hier kann nur eine Arbeitshypothese aufgestellt werden – könnte auch ein verbesserter Zugang zum Recht durch die Normunterworfenen selber darstellen, dies verbunden mit einem verbesserten Grundrechtsbewusstsein.

Dabei dürfen nach meinem Dafürhalten auch technische Entwicklungen wie etwa die Etablierung des Internets nicht außer Acht gelassen werden. Seit mehr als einem Jahrzehnt ist es für jedermann mit Internet-Zugang möglich, über diverse Suchmaschinen innert weniger Sekunden über gewisse rechtliche Möglichkeiten, unter anderem auch das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe, Kenntnis zu erlangen und sogar diesbezügliche Antragsformulare „herunter-

zuladen“, was vor Einführung des World-Wide-Webs noch unmöglich war, musste doch damals für eine Antragstellung das Gericht (etwa in Form des Amtstages) oder ein Rechtsanwalt aufgesucht werden. Es darf spekuliert werden, dass dieser vereinfachte Zugang zu Rechtsinformationen verbunden mit einer größeren „Mündigkeit“ der Normunterworfenen, ihr subjektives Recht auch durchzusetzen, zu einem Anstieg der Verfahrenshilfen beigetragen hat.

Das Ausmaß der Zunahme an Antragstellungen und Bewilligungen um Verfahrenshilfe lässt sich nun freilich auf der Grundlage der Statistiken des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, aber auch auf der Grundlage des – veröffentlichten – Betrieblichen Informationssystems der Justiz nicht feststellen. Wie oben dargetan, sind im – veröffentlichten – BIS-Justiz – von Ausnahmen abgesehen – die Zahl der Verfahrenshilfen nicht ausgewiesen. Dem gegenüber beziehen sich die in den Statistiken der Rechtsanwaltskammern der einzelnen Bundesländer ausgewiesenen Fälle an Verfahrenshilfen auf bereits erfolgte Bestellungen von Rechtsvertretern als Verfahrenshelfer, mit anderen Worten also auf genehmigte Verfahrenshilfen.

Dies führt uns zu einer zweiten denkbaren Erklärungsschiene, nämlich einer möglichen geänderten Entscheidungspraxis der Organe der Rechtsprechung.

Wie oben bereits dargetan, kommt den zuständigen Richtern sowohl im Strafverfahren aber insbesondere im Zivilverfahren ein nicht unerheblicher Entscheidungsspielraum zur Beurteilung der Frage, ob – abgesehen von den gesetzlich gebotenen bzw notwendigen Fällen (Vertretungzwang) – die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nach Lage des Falles erforderlich ist, aber auch bei der Beurteilung der Frage, ob der Antragsteller außer Stande ist, die Kosten des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, zu. Aufgrund der zunehmenden Komplexität von Verfahren sowohl auf materiell-rechtlicher als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene, welche unbestreitbar sein dürfte (man denke an den zunehmenden Einfluss des EU-Rechts und die zunehmende internationale Verflechtung, welche beispielsweise bedingt, dass allein für die Klärung der (internationalen) Zuständigkeitsfrage schon juristische Fachkunde von Nöten ist), müsste einer derartigen Ausweitung der bewilligten Verfahrenshilfen nicht von vorn herein mit Kritik begegnet werden.⁴⁷

Wie bereits dargetan, kann auf der Grundlage der veröffentlichten Daten des Betrieblichen Informationssystem der Justiz geschweige denn auf der Grundlage der Daten der Anwaltskammern weder die Anzahl der Antragstellungen

⁴⁷ Auf die diesbezüglichen stattfindenden Arbeiten der beim BMJ eingerichteten Arbeitsgruppe zur Etablierung einer Verfahrenshilfestatistik sei an dieser Stelle nochmals verwiesen.

auf Bewilligung von Verfahrenshilfe geschweige denn die Anzahl der bewilligten oder versagten Verfahrenshilfen eruiert werden.

Die eben skizzierten Fragestellungen könnten den Ausgangspunkt für eine weiterführende Untersuchung bilden.

E. Verfahrenshilfe in Bundesländervergleich

In der Folge sollen anhand der verfügbaren Daten des Österreichischen Rechtsanwaltskamptages aus dem Jahre 2010 entsprechende Bundesländervergleiche angestellt werden.

1. Das Verhältnis von Strafverfahren zu Zivilverfahren

Was das Verhältnis zwischen gerichtlichen Strafverfahren einerseits und gerichtlichen Zivilverfahren andererseits in Bezug auf die Bestellung von Rechtsanwälten als Verfahrenshelfer in den einzelnen Bundesländern anbelangt, ergibt sich nachstehendes Bild:

**Verfahrenshilfen im Bundesländervergleich 2010 I:
Verhältnis Strafverfahren zu Zivilverfahren**

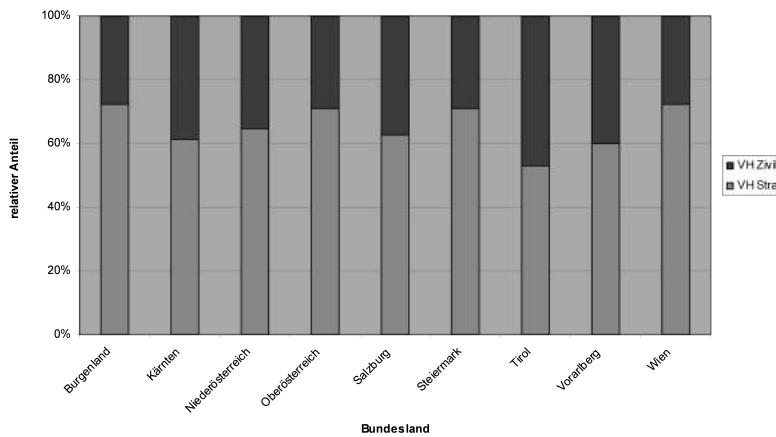


Abbildung 20: Verfahrenshilfen im Bundesländervergleich 2010 I: Verhältnis Strafverfahren zu Zivilverfahren

Es zeigt sich also, dass hier zwischen den einzelnen Bundesländern – über die Gründe dafür darf spekuliert werden – markante Unterschiede bestehen, beträgt doch das Verhältnis zwischen Strafverfahrenshilfen und Zivilverfahrenshilfen beispielsweise in Wien und im Burgenland mehr als 3:1, während in Ti-

rol im Jahre 2010 nahezu gleich viele Bestellungen als Verfahrenshelfer in Zivilverfahren wie im Strafverfahren erfolgten.

2. Anzahl von Bestellungen als Verfahrenshelfer pro eingetragenen Rechtsanwalt

Wie sich aus nachstehender grafischer Darstellung ergibt, bestehen auch hier eklatante Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern.

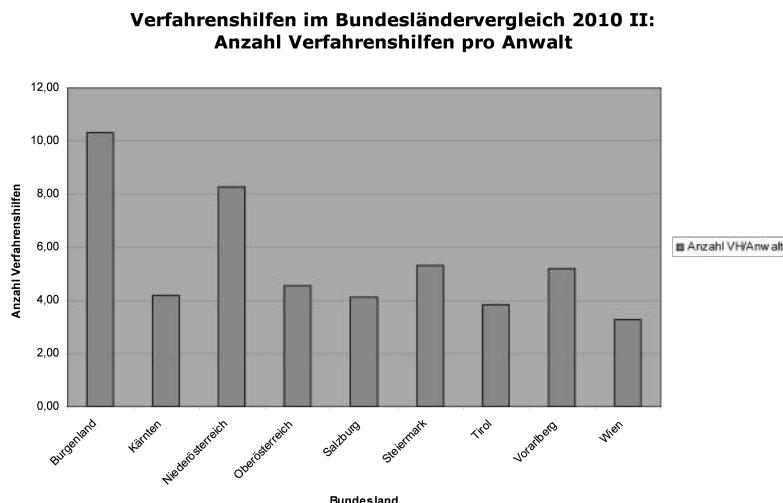


Abbildung 21: Verfahrenshilfen im Bundesländervergleich 2010 II: Anzahl Verfahrenshilfe pro Anwalt

Die Spitzensreiter bei der Bestellung als Verfahrenshelfer bilden die Bundesländer Burgenland und Niederösterreich, wo im Jahre 2010 pro eingetragenen Rechtsanwalt über 10 (Burgenland) bzw über 8 (Niederösterreich) Bestellungen als Verfahrenshelfer erfolgten. Die „rote Laterne“ bildet Wien mit einer Bestellung als Verfahrenshelfer pro eingetragenen Rechtsanwalt im Jahre 2009 von lediglich knapp über 3 Fällen.

Die eben skizzierten markanten Unterschiede dürften insbesondere auf die besondere Konzentration von eingetragenen Rechtsanwälten in Wien zurückzuführen sein, während die „Anwaltsdichte“ insbesondere im Burgenland eher niedrig ausgeprägt ist.

Im Hinblick auf die eben dargestellten signifikanten Unterschiede insbesondere zwischen den Bundesländern Burgenland und Niederösterreich einerseits und Wien andererseits bildete die Novellierung des § 48 Abs 1 RAO, wonach

seit dem 24.05.2000 die Pauschalvergütung auf die einzelnen Rechtsanwaltskammern so zu verteilen ist, dass eine Hälfte der Pauschalvergütung nach der Anzahl der am vorangegangenen 31. Dezember in die Liste der Rechtsanwälte eingetragenen Mitglieder verteilt wird, während die andere Hälfte der Pauschalvergütung nach der Anzahl der auf die Mitglieder der Rechtsanwaltskammer im vorangegangenen Jahr entfallenen Bestellungen nach § 45 RAO zu verteilen ist, ein dringendes „Gebot der Stunde“.

Hinsichtlich der anderen Bundesländer bewegt sich die Anzahl der Bestellungen als Verfahrenshelfer im Jahre 2010 auf einem Niveau zwischen 4 bis 5 Bestellungen pro Jahr.

3. Anzahl der Bestellungen als Verfahrenshelfer pro Einwohner:

Ausgehend von der Jahressdurchschnittsbevölkerung im Jahre 2010 gemäß Statistik Austria ergibt sich hier nachstehendes Bild:

**Verfahrenshelfen im Bundesländervergleich 2010 III:
Anzahl Verfahrenshelfen pro Einwohner**

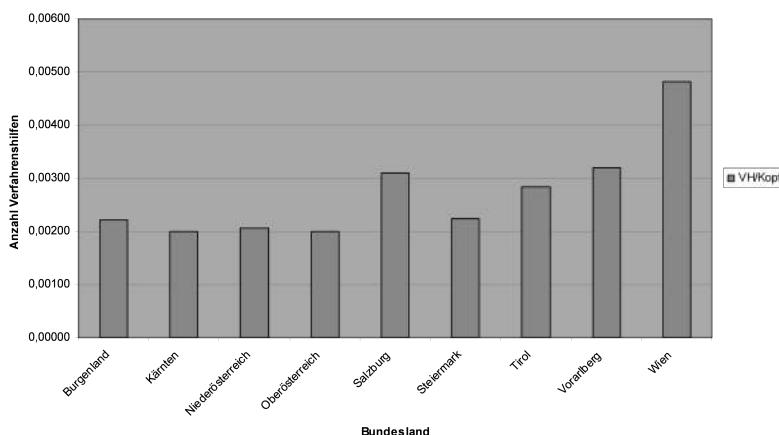


Abbildung 22: Verfahrenshelfe im Bundesländervergleich 2010 III: Anzahl Verfahrenshelfe pro Einwohner

Es zeigt sich, dass hier das Bundesland Wien doch mit deutlichem Abstand die Anzahl der Verfahrenshelfen pro Einwohner anführt, gefolgt von den drei westlichen Bundesländern Vorarlberg, Tirol und Salzburg. Der Umstand, dass in Strafverfahren (Einzelrichter, Geschworenen- und Schöffengericht) die Rechtsmittelinstanzen nur in einigen Bundesländern angesiedelt sind und in jenem Fall für gewöhnlich neuerlich eine Bestellung eines Verfahrenshelfers

nach erfolgtem Antrag gemäß § 45 Abs 3 RAO erfolgt, wirkt sich offenbar nicht in größerem Umfang aus, müsste es doch sonst schon allein deswegen in den Bundesländern mit Sitz eines OLG oder des OGH (Tirol, Oberösterreich, Steiermark, Wien) tendenziell mehr Verfahrenshilferbestellungen geben, was nicht der Fall ist.

Da die Armutgefährdungsquote in den drei westlichen Bundesländern jedenfalls im Jahre 2009 unter dem österreichischen Durchschnitt von 12,0 % lag (Salzburg 10,3 %, Tirol 7,1 %, Vorarlberg 11,5 %)⁴⁸ darf spekuliert werden, dass im Hinblick auf die Entscheidungspraxis Verfahrenshilfen in den westlichen Bundesländern „großzügiger“ gewährt werden als in anderen Bundesländern.

4. Armutgefährdung im Verhältnis zu Verfahrenshilfebestellungen pro Einwohner:

Diese Schlussfolgerung ist jedenfalls naheliegend, wenn nachstehende Grafik vor Augen geführt wird:

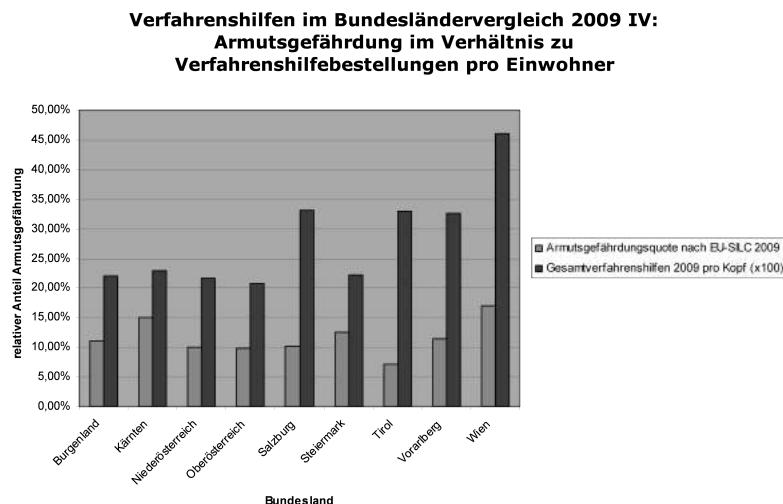


Abbildung 23: Verfahrenshilfe im Bundesländervergleich 2009 IV: Armutgefährdung im Verhältnis zu Verfahrenshilfebestellungen pro Einwohner

⁴⁸ Quelle: Statistik Austria, EU-SILC 2009.

Abgesehen von der bereits getroffenen Schlussfolgerung im Zusammenhang mit den drei westlichen Bundesländern Vorarlberg, Tirol und Salzburg zeigt sich hier, dass die im Bundesland Wien vorfindbare höchste Anzahl von Bestellungen als Verfahrenshelfer pro Einwohner zumindest teilweise mit der hohen Armutgefährdungsquote in Wien von 17,1 %, welche weit über dem österreichischen Durchschnitt von 12,0 % liegt, gerechtfertigt werden kann.⁴⁹

5. Verzeichnete Kosten pro Verfahrenshilfe

Ein als Verfahrenshelfer bestellter Rechtsanwalt ist verpflichtet, jährlich gegenüber seiner jeweiligen Bundesländer-Rechtsanwaltskammer die tarifmäßigen Kosten für die gerichtlichen Leistungen, welche erbracht wurden, bekannt zu geben. Auf der Grundlage der verzeichneten Kosten wird sodann die sogenannte Pauschalvergütung, welche der Bund an die österreichische Rechtsanwaltskammer bezahlt, festgelegt.

Auch hier ergeben sich zwischen den einzelnen Bundesländern signifikante Unterschiede, wie nachstehende Grafik dokumentiert:

**Verfahrenshilfen im Bundesländervergleich 2010 V:
verzeichnete Kosten pro Verfahrenshilfe**

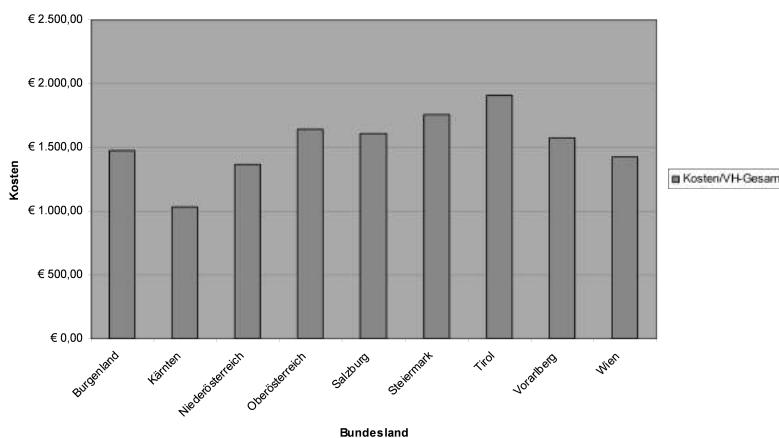


Abbildung 24: Verfahrenshilfe im Bundesländervergleich 2010 V: verzeichnete Kosten pro Verfahrenshilfe

⁴⁹ Quelle: Statistik Austria, EU-SILC 2009; die Daten der EU-SILC 2010 standen zum Zeitpunkt des Vortrags noch nicht zur Verfügung, sodass die Werte der Jahre 2009 herangezogen wurden.

Es zeigt sich also, dass Spaltenreiter bei den verzeichneten Kosten pro Verfahrenshilfe das Bundesland Tirol bildet, während insbesondere das Bundesland Kärnten markant abfällt.

F. Rechtstatsächliches im Bereich der Verfahrenshilfe in Vorarlberg

Wie oben bereits dargetan, ist auf der Grundlage der vom Österreichischen Rechtsanwaltkammertag veröffentlichten Daten, bei denen es sich um reine Fallzahlen handelt, aber auch des vom Bundesministerium für Justiz publizierten Betrieblichen Informationssystems der Justiz eine Differenzierung bewilligter Verfahrenshilfen nach Verfahrensgattungen nicht möglich.

Aufgrund eines großzügigen Entgegenkommens der Vorarlberger Rechtsanwaltkammer⁵⁰ einerseits sowie der Vorsteher der Bezirksgerichte Vorarlbergs⁵¹ andererseits war es mir aber möglich, hinsichtlich des Bundeslandes Vorarlberg entsprechende Daten einzuholen, welche eine Differenzierung der erfolgten Bestellungen von Rechtsanwälten als Verfahrenshelfer nach Verfahrensgattung ermöglichen.

Auch wenn sich diese Zahlen nur auf das Bundesland Vorarlberg beziehen, dürfte Vorarlberg aufgrund seines hohen Industrialisierungsgrades einerseits aber auch eines nicht unerheblichen Teiles an „ländlicher“ Bevölkerung andererseits doch einen repräsentativen Ausgangspunkt für das Ziehen von Schlussfolgerungen für ganz Österreich bilden.

1. Verteilung der Verfahrenshilfen in Strafsachen nach Verfahrensgattung für Vorarlberg im Jahre 2010

Ausgehend von den Bestellungen als Verfahrenshelfer von Vorarlberger Rechtsanwälten im Bereich des Strafverfahrens im Jahre 2010 ergibt sich auf der Grundlage der Daten der Vorarlberger Rechtsanwaltkammer nachstehendes Bild:

⁵⁰ Mein besonderer aufrichtiger Dank gilt hier Herrn Dr. Ingo Breuß, Sekretär der Vorarlberger Rechtsanwaltkammer, für seine Mithilfe bei der Aufbereitung der Daten.

⁵¹ Mein besonderer Dank gilt hier Frau Mag. Yvonne Summer, Herrn Mag. Thomas Walter, Frau Mag. Karin Seidl-Wehinger, Herrn DDr. Felix Dünser sowie Herrn Amtsdirektor Thomas Specka, Frau Mag. Martina Gostner sowie Herrn Dr. Bertram Metzler.

Verteilung der Verfahrenshilfen in Strafsachen nach Verfahrensgattung für Vorarlberg 2010

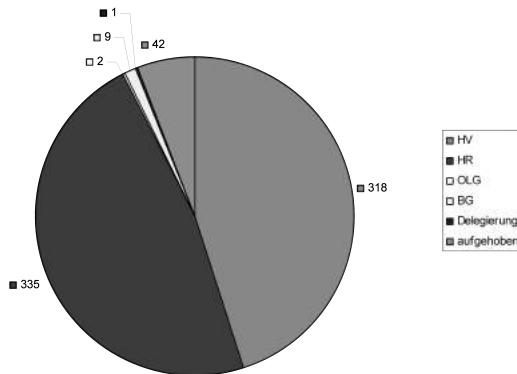


Abbildung 25: Verteilung der Verfahrenshilfen in Strafsachen nach Verfahrensgattung für Vorarlberg 2010

Es zeigt sich also, dass sich die Bestellungen als Verfahrenshelfer im HR-Verfahren (vornehmlich Haftsachen) einerseits und im HV-Verfahren (Vertretung vor den Landesgerichten im Verfahren vor dem Schöffen- oder Geschworenengericht oder im Verfahren vor dem Einzelrichter) andererseits in etwa die Waage halten. Zu beachten ist hier allerdings, dass im Falle der Bestellung eines Rechtsanwalts im Haftverfahren dieser für gewöhnlich sodann auch die Vertretung im Hauptverfahren übernimmt, ohne dass es hierfür zu einer neuerlichen Bestellung kommt.

Nicht gänzlich zu vernachlässigen ist die Anzahl der „aufgehobenen“ Verfahrenshilfen, womit gemeint ist, dass nach erfolgter Bestellung eines Amts- oder Verfahrenshilfeverteidigers der Beschuldigte oder Angeklagte nachträglich einen eigenen Wahlverteidiger mit der Vertretung seiner Interessen beauftragt.

2. Verteilung der Verfahrenshilfen in Zivilsachen in Vorarlberg im Jahre 2010

Die im Jahre 2010 in Vorarlberg erfolgten Bestellungen in Zivilverfahrenssachen von insgesamt 474 gliedern sich laut Daten der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer wie folgt:

			Familienrecht Gesamt	195
Nc	Ehescheidung	38		
C	Ehescheidung	78		
	Aufhebung der Ehe	3		
	Einvernehmliche Ehescheidung	4		
	Gesamt Ehescheidung	123		
Nc	Unterhalt	20		
C	Unterhalt	10		
Pu	Unterhalt	5		
	Gesamt Unterhalt	35		
	Aufteilung der ehelichen Ersparnisse	15		
	Obsorge/Besuchsrecht	17		
	Pflegschaft (P, PG)	5		
Cg	Geldforderung	55		
EV		7		
	Arbeitsrecht	19		
	Exekution	10		
	<u>VwGH</u>	3		
	<u>VfGH</u>	8		
	§ 45 Abs 3 RAO	2		
	aufgehoben	6		

Abbildung 26: Verteilung der Zivilverfahrenshilfen nach Materien (detailliert) in Vorarlberg 2010

Auch wenn die vom Antragsteller oder den Gerichten vorgenommene Klassifizierung in einzelne Verfahrensgegenstände hinsichtlich deren Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit bisweilen zu wünschen übrig lässt – bedauerlich ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass bei insgesamt 53 Nc-Sachen (wie oben dargetan handelt es sich hier um Rechtssachen, bei denen ein Antrag auf Bewilligung von Verfahrenshilfe bereits vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gestellt wurde) überhaupt kein Verfahrensgegenstand angegeben wurde –, so lassen sich aus den eben angeführten Zahlen doch einige bemerkenswerte Schlussfolgerungen ziehen, wenn man versucht, die einzelnen Verfahrensgattungen zu größeren „Rechtsmaterien“ zu aggregieren.

In diesem Zusammenhang ergibt sich nachstehendes Bild, wobei die Nc-Fälle, bei denen kein Gegenstand angegeben wurde, auf die nun folgenden größeren „Materien“ hochgerechnet wurden:

**Aufteilung der Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg nach
Verfahrensgattungen 2010
(Nc Fälle ohne Gegenstand hochgerechnet)**

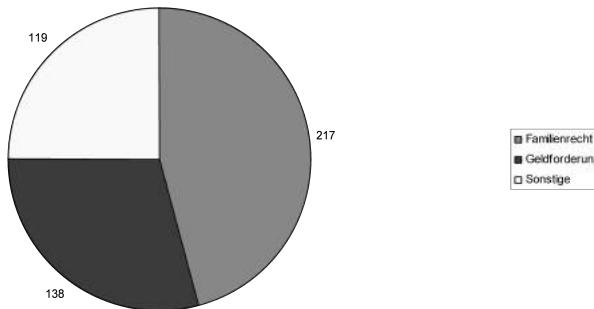


Abbildung 27: Aufteilung der Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg nach Verfahrensgattungen 2010 (Nc Fälle ohne Gegenstand hochgerechnet)

Es zeigt sich hier nämlich, dass grosso modo ca. die Hälfte der Zivilverfahrenshilfen auf Agenden im Bereich des Familienrechts fällt, ein restliches Viertel hat die Geltendmachung oder Abwehr einer Geldforderung zum Gegenstand.

Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ableiten, dass Bestellungen als Verfahrenshelfer im Zivilverfahrensrecht insbesondere eine klassische Domäne des Familienrechts darstellen. Neben anderen Erklärungsversuchen könnte hier unter anderem auch eine Rolle spielen, dass Rechtsschutzversicherungen, welche den Bereich des Familienrechts abdecken, gar nicht oder höchst selten anzutreffen sind.

3. Das Verhältnis von Bestellungen als Verfahrenshelfer zu streitigen Ehescheidungen in Vorarlberg im Jahre 2010 insgesamt

Unter Heranziehung der von den Vorstehern der Bezirksgerichte im Jahre 2010 in Vorarlberg bekanntgegebenen Daten an eingeleiteten streitigen Ehescheidungsverfahren wurden diese Fälle sodann zu den Bestellungen als Verfahrenshelfer in streitigen Ehescheidungsangelegenheiten ins Verhältnis gesetzt. Auch hier wurden die Ne-Verfahren ohne Gegenstand dergestalt mitberücksichtigt, dass jene Fälle entsprechend dem Anteil an streitigen Ehe-

scheidungsverfahren zu der Gesamtanzahl der erfolgten Bestellungen als Verfahrenshelfer in Zivilrechtsangelegenheiten „hochgerechnet“ wurden.

Dabei ergibt sich nachstehendes Bild:

**Verhältnis Verfahrenshilfen in Ehescheidungssachen zu
streitige Ehescheidungen in Vorarlberg 2010 (Nc Fälle
hochgerechnet)**

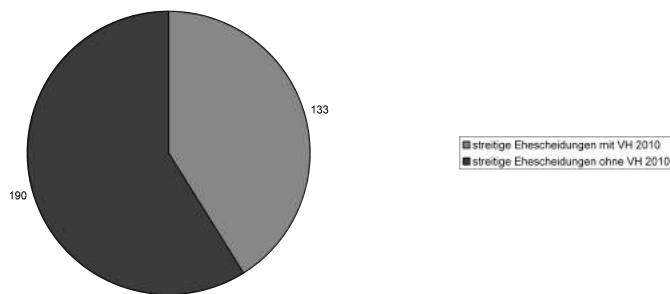


Abbildung 28: Verhältnis Verfahrenshilfen in Ehescheidungssachen zu streitigen Ehescheidungen in Vorarlberg 2010 (Nc Fälle hochgerechnet)

Ausgehend von insgesamt 323 eingeleiteten streitigen Ehescheidungsverfahren im Jahre 2010 in Vorarlberg kam es in mehr als 40 % der Fälle zur Bestellung eines Rechtsanwalts als Verfahrenshelfer.

Dabei gilt es freilich zu beachten, dass in einem streitigen Ehescheidungsverfahren mitunter sowohl dem Kläger/der Klägerin als auch dem Beklagten/der Beklagten ein Verfahrenshelfer beigegeben wurde.

Dies bedeutet, dass realiter doch in mehr als 60 % der streitigen Ehescheidungsfälle in Vorarlberg im Jahre 2010 keine Seite von einem Verfahrenshelfer vertreten war.

4. Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg mit und ohne Anwaltszwang

Es wurde schließlich noch der Versuch unternommen, eine Differenzierung in Verfahren mit Anwaltspflicht und ohne Anwaltspflicht vorzunehmen.

Rein anhand der vorliegenden Verfahrensgattungen war dies selbstverständlich nur beschränkt möglich. Ein Anwaltszwang herrscht jedenfalls in Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof (bzw. muss

das Einbringen einer entsprechenden VwGH-Beschwerde jedenfalls die Unterschrift eines Rechtsanwalts aufweisen).

Hinsichtlich jener Fälle, bei denen eine Bestellung als Verfahrenshelfer zur Einbringlichmachung von Geldforderungen erfolgte, wurde davon ausgegangen, dass hier der Streitwert über € 5.000,00 betrug und deshalb absolute Anwaltspflicht bestand (es dürfte eher selten vorkommen, dass im bezirksgerichtlichen Verfahren bei einem Streitwert von bis zu € 5.000,00 im Falle der Geltendmachung einer Geldforderung ein Verfahrenshelfer bestellt wird).

Auch hinsichtlich der Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vereinfacht das Vorliegen eines „Anwaltszwanges“ angenommen (selbstverständlich ist es sehr wohl denkbar, dass hier Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Familienrechtsbereich vorlagen, sodass realiter kein Anwaltszwang gegeben war). Im Bestandsverfahren (Räumung sowie Bestandssache) besteht keine absolute Anwaltspflicht, was auch im Verfahren betreffend das Einbringen einer Oppositionsklage (§ 52 EO) gilt. Hinsichtlich der Verfahrensgattungen „Herausgabe“, „Fruchtenuss“, „Nutzungsrecht“, „Rückgabe“, „Lösung von Daten“, „Wiederaufnahme“, „Teilungsklage“, „Dienstbarkeit“ sowie „Feststellung/Leistung“ wurde vereinfacht davon ausgegangen, dass aufgrund des vom Kläger angeführten Streitwerts ein Anwaltszwang besteht.

Die Nc-Fälle ohne Gegenstand wurden sodann wie weiter oben dargestellt „hochgerechnet“. Ausgehend von diesen Annahmen ergibt sich nachstehendes Bild:

**Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg mit / ohne Anwaltszwang
2010 (Annahme: Geldforderungen jeweils Anwaltszwang, Nc
Fälle ohne Gegenstand hochgerechnet)**

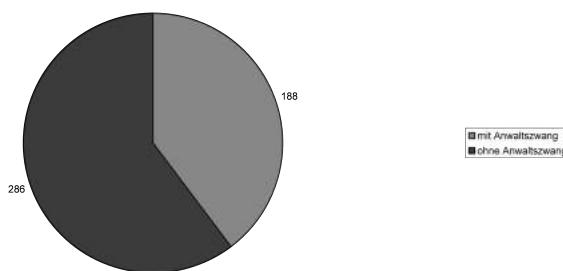


Abbildung 29: Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg mit/ohne Anwaltszwang 2010 (Annahme: Geldforderungen jeweils Anwaltszwang, Nc Fälle ohne Gegenstand hochgerechnet)

Auch wenn im Hinblick auf die Fülle der eben getätigten Annahmen hier nur eine Annäherung an die Thematik erfolgen kann, kann grob gesprochen doch davon ausgegangen werden, dass jedenfalls in mehr als der Hälfte – ja nahezu 2/3 – der Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg im Jahre 2010 in Folge fehlenden Anwaltszwangs ohne Prüfung des Einzelfalls keine zwingende Notwendigkeit von vornherein bestand, einen Verfahrenshelfer zu bestellen, sodass die Bestellung eines Verfahrenshelfers nur deshalb erfolgte, weil der zuständige Richter jene Bestellung „nach Lage des Falles für erforderlich“ hielt.

Im Zivilverfahrensbereich kommt sohin der Entscheidungspraxis der Richter bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verfahrenshelfer bestellt wird oder nicht, eine hohe Bedeutung zu.

G. Qualitativ-Induktiver Ansatz: Wahrnehmungsberichte des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages

Es wurde schon öfters betont,⁵² dass eine Rechtstatsachenforschung, welche allein auf die Analyse statistischer Daten sowie auf Methoden der quantitativen empirischen Sozialforschung fußt, zu kurz greift. Um die soziale Wirklichkeit vollständig zu erfassen, ist vielmehr die Anwendung qualitativer Methoden geboten, welche die quantitativen Verfahren der empirischen Sozialforschung ergänzen. Gerade im Bereich der Rechtstatsachenforschung, bei der es sich noch um ein relativ junges Forschungsgebiet handelt, spielen qualitativ-induktive Ansätze, bei denen ausgehend von der Analyse einzelner Fälle erste Schlussfolgerungen gezogen werden, eine wichtige Rolle.

Zur „Abrundung“ der Analyse des Rechtsinstituts der Verfahrenshilfe auf rechtstatsächlicher Ebene sollen hier daher – ausgehend von den jährlich erscheinenden Wahrnehmungsberichten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, in welchen Mängel der österreichischen Rechtspflege und Verwaltung aufgezeigt und Vorschläge zur Verbesserung erstattet werden – dies gepaart mit eigenen Erfahrungen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit diverse Problembereiche des Rechtsinstituts der Verfahrenshilfe, mit welchen sich die juristischen Berufsgruppen, insbesondere die Rechtsanwälte, konfrontiert sehen, dargestellt werden. Dabei soll nicht primär im Blickwinkel stehen, anhand von Einzelfällen Kritik an der Justiz als Ganzes zu üben, vielmehr geht es darum, darauf aufbauend Lösungsansätze zu beschreiben, welche ein fruchtbare und gedeihliche „Miteinander“ zwischen Verfahrenshelfern ei-

⁵² Vgl hierzu Lercher Methoden der Rechtstatsachenforschung – ein Abriss, in: Barta/Ganner /Lichtmannegger (Hg) Rechtstatsachenforschung – heute, Tagungsband 2008, Innsbruck 2009 205 ff (219).

nerseits und richterlichen Entscheidungsorganen andererseits ermöglichen, dies im Interesse der Normunterworfenen, in *concreto* derjenigen, welche Verfahrenshilfe genießen.

Studiert man freilich die Wahrnehmungsberichte des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages des letzten Jahrzehnts, so kommt man nicht umhin, beim einen oder anderen Mal mit einem *Déjà-vu*-Erlebnis konfrontiert zu werden:

- Wie oben dargetan, fanden sich in Vorarlberg im Jahre 2010 von insgesamt 474 Zivilrechts-Verfahrenshilfen gleich 53 Fälle von Beschlüssen in Nc-Verfahren – also in Verfahren, bei denen der Antrag auf Verfahrenshilfe vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gestellt wurde –, in welchen der Gegenstand der Verfahrenshilfe sowie die Gegenpartei nicht angeführt sind. Auch in den Wahrnehmungsberichten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages wurde dieser Umstand schon mehrfach moniert.⁵³

Dieser Umstand verunmöglichte nicht nur die den Gegenstand dieses Vortrags bildende statistische Auswertung der bewilligten Verfahrenshilfen nach Verfahrensgattung, er erschwert vielmehr beispielsweise auch eine gezielte Vorbereitung des bestellten Rechtsvertreters als Verfahrenshelfer auf das Erstgespräch, weil dem bestellten Rechtsanwalt nicht zur Kenntnis gelangt, „um was es in dieser Angelegenheit überhaupt geht“. Wenn im Bewilligungsbeschluss nicht einmal der Gegenstand der bewilligten Verfahrenshilfe angeführt ist, lässt dies zudem vermuten, dass eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenshilfe im konkreten Fall vorlagen oder nicht, nicht stattfand.

- Tatsächlich wird in den Wahrnehmungsberichten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK) des letzten Jahrzehnts nahezu jedes Jahr moniert, dass Verfahrenshilfen entweder „zu großzügig“ gewährt wurden oder die Voraussetzungen für die Gewährung von Verfahrenshilfe, konkret die tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse einerseits und die Erfolgsaussichten andererseits, nicht eingehend geprüft wurden.⁵⁴
- Einen seitens der gesetzlichen Interessensvertretung der österreichischen Rechtsanwaltschaft immer wieder beanstandeten Missstand bilden zu kurz-

⁵³ Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2005/2006 26; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2006/2007 27; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2008/2009 20.

⁵⁴ Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 1998 22; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2000/2001 20 u. 27; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2002/2003 14 u. 28 sowie 29; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2005/2006 13 u. 26 sowie 27; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2008/2009 19; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2009/2010 25.

fristige Bestellungen als Verfahrenshelfer, welche es dem bestellten Rechtsvertreter verunmöglichen, sich gezielt und ausreichend auf Verhandlungstermine vorzubereiten (es versteht sich von selbst, dass eine auch den Vorgaben des Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) genügende rechtliche Vertretung zumindest genügend Zeit zum Studium des Akts und zur Besprechung der Rechtssache mit dem Klienten voraussetzt).⁵⁵

- Zu besonderer Verärgerung in der Anwaltschaft führen Fälle, bei denen ein Verfahrenshelferverteidiger im Strafverfahren nicht davon in Kenntnis gesetzt wird, dass inzwischen vom Beschuldigten oder Angeklagten ein Wahlverteidiger bestellt wurde, kommt es hier doch zu frustrierten Aufwendungen.⁵⁶
- Zu einer Fülle von Beanstandungen in der Rechtsanwaltschaft kam es schließlich im letzten Jahrzehnt im Zusammenhang mit der unterlassenen oder lediglich verzögerten Zusendung von Aktenkopien, die diesbezüglichen Ausführungen in den Wahrnehmungsberichten des Österreichischen Rechtsanwaltkammertages sind Legion.⁵⁷
- Besondere Probleme ergeben sich im Falle der Bestellung als Verfahrenshelfer für eine Person, mit welcher eine Verständigung aufgrund mangelnder Deutsch-Kenntnisse (bzw auch mangels einer anderen gemeinsam gesprochenen Sprache) nicht möglich ist. Es versteht sich von selbst, dass eine gezielte Prozessvorbereitung zumindest ein oder mehrere Gespräche mit dem Mandanten voraussetzt. In der Streit- oder Hauptverhandlung selber wird seitens des Gerichts ein Dolmetscher beigezogen, welcher von Amtsgeldern bezahlt wird.

Es stellt sich nun allerdings die Frage, wer zunächst für die Kosten eines Dolmetschers aufzukommen hat, welcher „außergerichtlich“ durch den bestellten Verfahrenshelfer beigezogen wird.

⁵⁵ Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 1998 19 und 20; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 1999 15 u 34; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2000/2001 20; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2002/2003 14; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2005/2006 25; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2006/2007 26; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2007/2008 18 und 20; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2008/2009 20 u 21; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2009/2010 26.

⁵⁶ Vgl Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2007/2008 17; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2008/2009 21.

⁵⁷ Vgl Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 1999 11 u 34 sowie 35; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2000/2001 20 u 27; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2003/2004 9; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2005/2006 15; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2006/2007 13 u 27; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2007/2008 16 u 18; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2008/2009 19; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2009/2010 25.

Hier besteht eine unterschiedliche Entscheidungspraxis bei den einzelnen Gerichten. Während teilweise (zum Beispiel Landesgericht Feldkirch im Strafverfahren) der beigezogene Dolmetscher die Möglichkeit hat, seine Kosten für Besprechungen in der Kanzlei des Rechtsvertreters oder in der Justizanstalt direkt gegenüber dem Gericht bekannt zu geben, wird teilweise – jedenfalls von Vorarlberger Gerichten – dies gestützt auf eine Entscheidung des OLG Linz vom 11.07.2008⁵⁸ die Auffassung vertreten, dass dann, wenn eine derartige Übersetzungshilfe auf Verlangen des Beschuldigten bzw Mandanten oder des Verfahrenshelfers nicht vorab vom Gericht bewilligt wird, der bestellte Verfahrenshelper diesbezüglich einen Werkvertrag im Sinne des § 1165 ABGB mit dem Dolmetscher abgeschlossen und vorab für jene Kosten selber aufzukommen habe. Ihm stehe erst in weiterer Folge die Möglichkeit zu, im Wege des § 93 Abs 2 StPO bzw § 64 Abs 1 Z 1 lit f ZPO die entstandenen Kosten nachträglich durch einen entsprechenden Antrag bei Gericht ersetzt zu erhalten.⁵⁹

Eine derartige Gesetzesauslegung steht zum einen im Spannungsfeld zu Artikel 6 EMRK und führt zum anderen zu unnötiger „Bürokratie“, muss doch zunächst seitens des Dolmetschers eine Rechnung gegenüber dem bestellten Verfahrenshelper gelegt werden, diese Rechnung muss dann von jenem beglichen werden, während in weiterer Folge ein Antrag auf Ersatz jener Barauslagen bei Gericht gestellt werden kann. Es gibt keinen ersichtlichen Grund, weshalb hier ein Rechtsanwalt als bestellter Verfahrenshelper für derartige Kosten, welche letzten Endes vom Bund zu übernehmen sind, in Vorleistung treten soll.

- Ganz generell ist ein bestellter Verfahrenshelper immer wieder mit praktischen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit seiner rechtlichen Vertretung konfrontiert, welche bereits mit der Kontaktaufnahme mit dem Mandanten beginnt. Der bestellte Verfahrenshelper verfügt für gewöhnlich über keine Telefonnummer desjenigen, dem Verfahrenshilfe bewilligt wurde, auch im Postwege ist es oft mit Schwierigkeiten verbunden, mit dem Mandanten in Kontakt zu treten. Bei längeren Verfahren – etwa vor dem Verwaltungsgerichtshof in Fremdenrechtssachen – kommt es nicht selten vor, dass zum Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung der bestellte Verfahrenshelper über keine aktuelle Adresse seines Mandanten

⁵⁸ 9 Bs 222/08 y.

⁵⁹ Vgl hierzu auch Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2007/2008 24.

- mehr verfügt und er daher nicht einmal in der Lage ist, seinen Klienten vom Ausgang des Verfahrens in Kenntnis zu setzen.⁶⁰
- Ein besonderes Problem in der Praxis⁶¹ stellt die Frage dar, inwiefern die Beigabe eines Rechtsanwalts für das – zumeist zunächst streitige – Ehescheidungsverfahren auch für das Verfahren gemäß § 55a Ehegesetz (sogenannte einvernehmliche Ehescheidung) gilt.

Im Beschluss, mit welchem die Verfahrenshilfe im Allgemeinen und das Beibehalten eines Verfahrenshelfers im Besonderen bewilligt wurde, ist für gewöhnlich nicht angeführt, ob sich die Bestellung als Verfahrenshelfer auf eine streitige Ehescheidung oder einvernehmliche Ehescheidung oder beides bezieht, für gewöhnlich wird lediglich „Ehescheidung“ angeführt.

Diese Frage ist in der Praxis von nicht unerheblicher Bedeutung, werden doch auch jene Ehescheidungen, welche mit einer (streitigen) Ehescheidungsklage beginnen, in der Mehrzahl der Fälle in weiterer Folge in Form einer einvernehmlichen Ehescheidung gestützt auf § 55a Ehegesetz erledigt.

Die diesbezügliche Entscheidungspraxis – zumindest bei den Vorarlberger Gerichten – ist divergent. Fest steht zunächst, dass das streitige Zivilprozessverfahren wegen Ehescheidung einerseits und das – außerstreitige – Verfahren eine einvernehmliche Ehescheidung betreffend gestützt auf § 55a Ehegesetz andererseits rechtlich strikt voneinander zu trennen sind und den beiden unterschiedlichen Verfahren auch unterschiedliche Geschäftszahlen zugeordnet werden.

Im Regelfall werden auch in den Verhandlungen eine „streitige“ Ehescheidung betreffend Vergleichsverhandlungen zur Vornahme einer einvernehmlichen Ehescheidung geführt. Erst dann, wenn fest steht, dass eine einvernehmliche Ehescheidung in Frage kommt, wird das streitige Ehescheidungsverfahren unterbrochen und kommt es – noch in derselben Tagsatzung in unmittelbaren Anschluss daran – zur Einleitung eines Verfahrens nach § 55a Ehegesetz.

Teilweise wird die rechtliche Vertretung in Verfahren betreffend die einvernehmliche Ehescheidung vom Verfahrenshelfer, der bislang die rechtliche Vertretung im streitigen Ehescheidungsverfahren übernahm, einfach weitergeführt, ohne dass eine neuerliche Bestellung als Verfahrenshelfer erfolgt.

⁶⁰ Vgl auch Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2003/2004 9; Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2008/2009 15.

⁶¹ Vgl auch Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2002/2003 29.

In anderen Fällen wird diese Verfahrenskonstellation wiederum dergestalt gehandhabt, dass für das Verfahren betreffend die einvernehmliche Ehescheidung eine neuerliche Verfahrenshilfe bewilligt und im Zuge dessen auch neu erlich – ein und derselbe Rechtsvertreter – als Verfahrenshelfer bestellt wird.

Abgesehen von der richtigen Lösung dieser verfahrensrechtlichen Frage ist die eben beschriebene divergierende Entscheidungspraxis für den jeweiligen Rechtsvertreter von nicht unerheblicher Bedeutung, werden doch im einen Fall ein und dieselben Vertretungsleistungen als eine Verfahrenshilfe und im anderen Fall als zwei Verfahrenshilfen „gezählt“.

Hier wäre es dringend erforderlich, zwischen den Organen der Rechtsprechung einerseits und der Anwaltschaft andererseits eine einheitliche Regelung herbeizuführen.

- Für die geübte Praxis in Verfahrenshilfesachen im Bereich des Ehrechts von nicht unerheblicher Bedeutung war die Einführung der Bestimmung des § 460 Z 6a ZPO, welche aufgrund des Ehrechts-Änderungsgesetzes 1999 (BGBl Nr I 125/1999) am 01.01.2000 in Kraft trat und mit dem Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 (BGBl I Nr 75/2009) noch etwas verschärft wurde.

In der zwischen dem 01.01.2000 und dem 31.12.2009 geltenden Fassung war zunächst vorgesehen, dass dann, wenn eine Partei im Ehescheidungsverfahren nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, sich das Gericht durch Befragung der Partei ein Bild von ihren Kenntnissen der gesamten Scheidungsfolgen zu machen und auf entsprechende Beratungsangebote hinzuweisen habe. Das Gericht war verpflichtet, auf Antrag die Tagsatzung zu erstrecken, wenn jener Partei offenbar die eben angesprochenen Kenntnisse mangelten, um ihr Gelegenheit zur Einholung einer Beratung zu geben.

In der seit 01.01.2010 in Kraft befindlichen Fassung wurde jene Bestimmung noch dahingehend „verschärft“, dass nunmehr die Verpflichtung des Gerichts besteht, von Amts wegen die Tagsatzung zu erstrecken, um der Partei Gelegenheit zur Einholung einer Beratung zu geben, sofern sie nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten und bislang keine Beratung über die gesamten Scheidungsfolgen in Anspruch genommen hat. Das Gericht hat in diesem Zusammenhang auf entsprechende Beratungsangebote und allgemein auf die Nachteile hinzuweisen, welche durch ungenügende Kenntnisse über diese Folgen entstehen können.

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum Ehrechts-Änderungsgesetz 1999 (1653 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates XX. GP) findet sich in diesem Zusammenhang der Hinweis, Ziel des Gesetzgebers sei es, Ungleichgewichte zwischen den Ehegatten zu kompensieren, welche daraus entstehen könnten, dass beispielsweise nur einer

von beiden anwaltlich vertreten sei und der eine gegenüber dem anderen ein erhebliches Informationsdefizit aufweise. Mit der Einführung jener Bestimmung soll informations- und beratungsbedürftigen Parteien gleichsam „eine Schiene“ zur Inanspruchnahme entsprechender Angebote gelegt werden.

In den Materialien zum Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 (BGBl I Nr 75/2009, 673/a BlgNr 24. GP) wird wiederum festgehalten, dass ungeachtet der bis dato geltenden Gesetzeslage die Gerichte vielfach vor der schwierigen Aufgabe stünden, dem Scheidungsbegehren der bereits vor ihnen stehenden Partei nicht zu entsprechen und auf die Einholung einer Beratung zu dringen. In der Praxis zeige sich immer wieder, dass etwa eine Scheidungsvereinbarung, die einer einvernehmlichen Scheidung zugrunde gelegt werde, einen Teil erheblich benachteilige. In der Öffentlichkeit sei schon wiederholt der Ruf nach einer verstärkten rechtskundigen Beratung vor oder im Rahmen einer Scheidung erhoben worden. Mit der nun vorgesehenen Regelung würden Parteien verstärkt auf Beratungsangebote und mögliche Nachteile durch Unkenntnis der Scheidungsfolgen aufmerksam gemacht, die Gerichte würden gleichzeitig aber „entlastet“, weil sie keine Verpflichtung träfe, selbst über die Scheidungsfolgen zu informieren.

In der Rechtspraxis wird seitdem zumindest von manchen Gerichten der Nachweis gefordert, dass sich die Parteien hinsichtlich der Scheidungsfolgen bereits beraten haben lassen.

Liegt nun die eben skizzierte Fallkonstellation vor, nämlich dass einer der Scheidungspartner (oder auch beide) nicht rechtlich vertreten sind und bislang keine Beratung über die gesamten Scheidungsfolgen in Anspruch genommen haben, so tendieren bisweilen einzelne Organe der Rechtsprechung dahingehend, hinsichtlich der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenshilfe und Beistellung eines Verfahrenshelfers „Großzügigkeit“ an den Tag zu legen, indem lediglich die Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts – bisweilen „großzügig“ – im Hinblick auf die zu bestreitenden Prozesskosten geprüft wird und die weitere Voraussetzung, nämlich dass eine Vertretung „nach Lage des Falles erforderlich“ ist, schon aufgrund der gesetzlichen Vorgabe des § 460 Z 6a ZPO bejaht wird.

Das Rechtsinstitut der Verfahrenshilfe wird hier im Einzelfall „umfunktionsiert“ in ein Substitut der bislang nicht stattgefundenen Beratung über die gesamten Scheidungsfolgen. Ob dies freilich seitens des Gesetzgebers in dieser Form intendiert war, ging es doch dem Gesetzgeber nur darum, dass das Gericht ganz allgemein auf „Beratungsangebote“ hinzuweisen hat, wobei sich jene Beartungsangebote nicht zwangsläufig auf eine rechtliche Beratung und rechtliche Vertretung durch einen Rechtsanwalt beschränken müssen, erscheint fraglich.

Es ist selbstverständlich zu begrüßen, dass – angesichts der Bedeutung der Angelegenheit – Rechtsunterworfene über die gesamten Scheidungsfolgen umfassend belehrt werden.

In diesem Zusammenhang kommt man freilich nicht umhin, einen schon lange seitens des österreichischen Rechtsanwaltskammertages artikulierten Wunsch nach einer absoluten Anwaltpflicht im Ehescheidungsverfahren zur Sprache zu bringen.⁶²

Für die Einführung einer absoluten Anwaltpflicht in Ehescheidungsverfahren gibt es gute Gründe:

Es bedarf keiner weitwendigen Ausführungen, um klar zu machen, dass die an ein Scheidungsurteil im streitigen Verfahren oder an einen Vergleich, welcher anlässlich einer einvernehmlichen Scheidung geschlossen wird, geknüpften Folgen (Jahre oder Jahrzehnte lange Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhalt, Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse, welche sich zumeist selbst bei Personen, welche Verfahrenshilfe genießen, zumindest auf Werte in einem fünfstelligen Betrag belaufen, Regelung über die „Aufteilung“ von Verbindlichkeiten, usw) von weitreichender Bedeutung sind.

Es ist schllichtweg nicht einzusehen, dass bei Streitwerten über € 5.000,00 betreffend eine Geldforderung grundsätzlich absolute Anwaltpflicht herrscht, während dies im Ehescheidungsverfahren nicht der Fall ist.

Auch der derzeitige Status quo, wonach Personen mit bescheidenem Einkommen und Vermögen aufgrund der bewilligten Verfahrenshilfe über eine rechtliche Vertretung verfügen sowie selbstverständlich auch Personen mit hohem Einkommen und Vermögen, während im Bereich des sogenannten „Mittelstandes“ Parteien immer noch Ehescheidungsverfahren durchführen und Scheidungsvergleiche abschließen – nach „bloßer“ rechtlicher Beratung bei einem Beratungsinstitut (welche eine rechtliche Begleitung durch einen Rechtsanwalt während des gesamten Verfahrens nicht zu ersetzen vermag) –, ohne rechtlich vertreten zu sein, ist schllichtweg unbefriedigend.

- Ganz generell muss abschließend zum Ausdruck gebracht werden, dass die Tätigkeit eines bestellten Verfahrenshelfers im Bereich des Familienrechts (insbesondere Ehescheidung, Obsorge und Besuchsrecht) mit derjenigen bei sonstigen gerichtlichen Verfahren – was den Bereich von anwaltlichen Leistungen außerhalb des eigentlichen gerichtlichen Verfahrens (Schriftsätze, Vertretung bei den Tagsatzungen) anbelangt – gemeint sind hier das Führen von Gesprächen mit der Mandantschaft in der Kanzlei oder im

⁶² Vgl Wahrnehmungsbericht des ÖRAK 2001/2002 6 f.

Zuge von Telefonaten, das Führen außergerichtlicher Vergleichsverhandlungen, die Beschaffung von Informationen und Unterlagen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen usw – nicht vergleichbar ist. Werden sodann nach Abschluss der Angelegenheit Leistungen gegenüber der Rechtsanwaltskammer lediglich in Form der „gerichtlichen“ Leistungen (Schriftsätze, Vertretung bei den Tagsatzungen) zuzüglich des sogenannten Einheitssatzes verzeichnet, so spiegeln diese Leistungen den tatsächlich entstandenen Aufwand in keiner Weise wider.

H. Zusammenfassung

Zusammenfassend darf ich Nachstehendes festhalten:

1. In den letzten 30 Jahren kam es zu einem deutlichen Anstieg der Zahl der Verfahrenshilfen, dies unter Zugrundlegung der Bestellung von Rechtsanwälten als Verfahrenshelfer, und zwar sowohl absolut betrachtet als auch relativ im Verhältnis zur Entwicklung der Anzahl der Geschäftsfälle.
2. Über die Gründe für diese Entwicklung muss spekuliert werden. Eine Erhöhung der Geschäftsfälle insgesamt, Gesetzesänderungen sowie ein Anstieg der Armut allein vermögen diese Zunahme jedenfalls nicht zu erklären. Vielmehr sind zusätzliche Erklärungsversuche von Nöten, wobei sich hier die zunehmende Verrechtlichungstendenz, ein verbesserter Zugang zum Recht und die technische Entwicklung wie das Internet aber auch eine geänderte Entscheidungspraxis der Organe der Rechtsprechung anbieten. Zur Klärung dieser Frage sind zusätzliche Untersuchungen erforderlich.
3. Die Anzahl der Verfahrenshilfen pro eingetragenen Rechtsanwalt weist im Bundesländervergleich deutliche Unterschiede auf; signifikant sind auch die deutlichen Divergenzen im Verhältnis von Zivil- zu Strafverfahrenshilfen.
4. Die Zivilverfahrenshilfe ist eine Domäne des Familienrechts; dem gegenüber sind Verfahrenshelferbestellungen im öffentlichen Recht, insbesondere vor den unabhängigen Verwaltungssenaten, kaum präsent.
5. Mehr als die Hälfte (bzw. nahezu 2/3) der Verfahrenshelferbestellungen in Zivilrechtssachen erfolgen in Verfahren ohne absolute Anwaltspflicht – dem Richter kommt daher ein großer Entscheidungsspielraum zu hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nach der Lage des Falles erforderlich ist.

Literaturliste

- Adami* (2010) Armut und Armutsberichterstattung in Vorarlberg, Eine Bedarfsanalyse (Diplomarbeit), Wien.
- Barazon* (1977) Erfahrungen mit der Verfahrenshilfe, ÖJZ 1977 58.
- Gebauer* (1974) Die „einfache Lebensführung“ in der neuen „Verfahrenshilfe“, Anwbl 1/1974 3 f.
- Greiter* (2001) Verfahrenshilfe – gleiche Sorgfalt und noch größere Geduld, Anwbl 2001/11 604.
- Kininger* (1976) Der wirtschaftlich Schwache im österreichischen Zivilprozess, ÖJZ 1976 9.
- Kieninger* (1986) 10 Jahre Verfahrenshilfe im Licht der Judikatur, in: Buchegger/Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozessrecht II, Wien 97.
- Koblegger* (1979) Probleme der Verfahrenshilfe und der Verfahrenskosten, in: Verbesserter Zugang zum Recht, Richterwoche 1979 23.
- König* (1978) Chancengleichheit im und vor dem Gerichtssaal, Anwbl 2/1978 55.
- Lercher* (2009) Methoden der Rechtstatsachenforschung – ein Abriss, in: Bartha/Ganner/Lichtmannegger (Hg) Rechtstatsachenforschung – heute, Tagungsband 2008, Innsbruck 205.
- Machacek* (1971) Gewährleisten Zivil- und Strafverfahren Chancengleichheit ohne Rücksicht auf das Vermögen?, RdA 1971 100.
- Machacek* (1978) Der demokratische Rechtsstaat streitet für den besseren Zutritt zum Recht, AnwBl 3/1978 95.
- Mayr* (2009) Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, AnwBl 2009/02 54.
- Maxones-Kurkowski* (2001) Die Verfahrenshilfe im österreichischen Zivil- und Strafprozessrecht – vergleichende Darstellung der historischen Entwicklung und der materiellen Anspruchsvoraussetzungen (Dissertation) Salzburg.
- Norerka* (1988) Muss die Verfahrenshilfe immer unentgeltlich sein?, Anwbl 4/1988 209.
- Nowak* (1974) Handbuch der Verfahrenshilfe, Wien.
- ÖRAK (1998) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (1999) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2000/2001) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2001/2002) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2002/2003) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2003/2004) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2005/2006) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2007/2008) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2008/2009) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2009/2010) Wahrnehmungsbericht.
- ÖRAK (2010/2011) Wahrnehmungsbericht.
- Pilgermair* (2009) Der Sprengel des Oberlandesgerichts Innsbruck in: Bartha/Ganner/Lichtmannegger (Hg) Rechtstatsachenforschung – heute, Tagungsband 2008 43.
- Potz/Talos et al* (2010) Armut und Recht, Wien.
- Tipold* (2007) Notwendige Verteidigung und Verfahrenshilfe nach dem Strafprozessreformgesetz 2004, JAP 2006/2007/21.

RA MMag. Josef R. Lercher
 Sutterlüty - Klagian - Brändle - Lercher
 Rechtsanwälte Partnerschaft
 Dornbirn/Wien
 lercher@skbl.at

Josef Mentschl

Rechtstatsachen im Gegensatz zum österreichischen Wohnungseigentumsrecht

A. Zum Stand der Eigentumswohnungen

Die Eigentumswohnung spielt in der Wohnungsversorgung der österreichischen Bevölkerung eine wichtige Rolle, wenngleich die Probleme des Wohnungseigentums nicht unterschätzt werden dürfen.

Mit dem WEG 1948 wurde die Rechtsgrundlage für das Wohnungseigentum geschaffen, im Jahre 1950 wurden die ersten Eigentumswohnungen bezogen.

Für das Jahr 2010 hat die Statistik Austria im Mikrozensus für das österreichische Bundesgebiet den Bestand an Eigentumswohnungen und ihren durchschnittlichen Wohnungsaufwand pro m² (€) erhoben:

Gebiet	m ²	€
Österreich	400.300	3,46
Burgenland	2.000	3,24
Kärnten	14.200	3,01
Niederösterreich	51.400	3,56
Oberösterreich	46.900	3,70
Salzburg	36.800	3,87
Steiermark	62.800	3,72
Tirol	52.200	3,47
Vorarlberg	21.100	3,09
Wien	113.000	3,18

Tabelle 10: Eigentumswohnungen und ihr durchschnittlicher Wohnungsaufwand 2010

Der Anteil der Eigentumswohnungen am Gesamtwohnungsbestand betrug in Österreich im Jahre 2010 knapp über 11% (Alleineigentum (Haus) 39,3%, Hauptmietwohnungen 39,9 %).

Der durchschnittliche Aufwand für eine Eigentumswohnung von € 289 (m²/€ 3,46) ist mit einem Abstand von € 142 (m²/€ 2,78) erheblich geringer als der durchschnittliche Aufwand für eine Hauptmietwohnungen von € 431 (m²/€ 6,24).

Der Vergleich kann aber zu Fehlschlüssen führen, wenn man den Kaufpreis der Eigentumswohnung (mit Zinseszinsen) nicht mit einkalkuliert, der bei einer Mietwohnung entfällt.

B. Rechtstatsachen im Gegensatz zum Wohnungseigentumsrecht

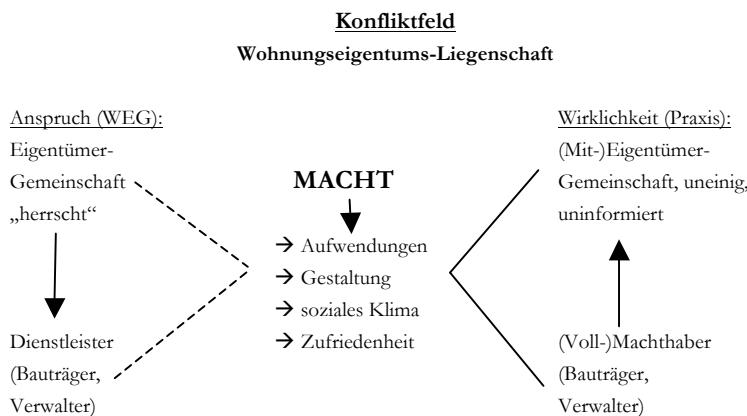


Abbildung 30: Konfliktfelder im Wohnungseigentum

Wie andere Bereiche unserer Gesellschaft ist auch die Wohnungseigentums-Liegenschaft ein Konfliktfeld, und zwar ein besonderes. Es wird als solches meist verleugnet oder zumindest nicht angesprochen – aus ideologischen, parteipolitischen oder kommerziellen Gründen.

Was insbesondere von betroffenen Wohnungseigentümer/innen oft nicht erkannt wird: Es geht um Macht.

- Eigentum gilt als starkes Recht und gemäß §§ 2 Abs 5, 28, 29 WEG „herrschen“ die Wohnungseigentümer/innen und damit die Eigentümergemeinschaft auf ihrer Liegenschaft. Sie beschließen die für die Verwaltung notwendigen Maßnahmen grundsätzlich mehrheitlich. Sie bestellen, was meist aus praktischen Gründen notwendig ist, den professionellen Verwalter als ihren Dienstleister (§ 19 WEG) und setzen sich mit dem Bauträger, etwa bei Gewährleistungsfragen, auseinander.
- Die Praxis schafft aber meist gegenteilige Rechtstatsachen. Denn die Eigentümergemeinschaft ist nur eine Miteigentümergemeinschaft mit gegenseitigen Abhängigkeiten, meist uneinig und in der Sache überfordert. Deshalb wird aus dem Dienstleister ein Machthaber im weitesten Sinne, geschult und mit einem geballten Willen, und er kann die Pflichten, die er gemäß § 1009 ABGB „emsig und redlich“ zu erfüllen hat, vernachlässigen und seine Geschäftsinteressen nach dem Marktprinzip verfolgen, das da heißt: „Größter Ertrag bei geringstem Aufwand.“
- Die Folgen sind: Aufwendungen, wie der Abschluss von (umfassenden) Versicherungsverträgen und die Vergabe von (aufwändigen) Erhaltungsarbeiten werden von seinen Interessen bestimmt. All das wirkt sich auf die Gestaltung der Liegenschaft, auf das soziale Klima der Gemeinschaft und auf die (Un-)Zufriedenheit der Wohnungseigentümer/innen aus und wird hingenommen, zumindest so lange, bis ein gewisser Schmerzpegel überschritten worden ist, und das kann lange dauern.

Verfügungsmacht $\leftarrow \rightarrow$ Haftung

§ 2 (1) WEG: Eigentumswohnung

- **Wohnungseigentümer/in** (nutzen, belasten, vermieten, vererben, verkaufen)

§ 2 (5) WEG: Liegenschaft

- **Eigentümergemeinschaft** (Mehrheit: ordentliche und außerordentliche Verwaltung \rightarrow Gestaltung, Erhaltung, Aufwendungen)

RT

Verwalter als Vertreter der EG \rightarrow

- **Vollmacht (§ 20 Abs. 1 WEG)**
 - **Herrschaftsstrategien**
- **Kanzlei (Organisation, Information)**
- **Leitung Eigentümerversammlung**
- **Hausbesorger/Hausbetreuer**
- **WE als „informelle Mitarbeiter“**
- **Netzwerke (Versicherungsagenten)**
- **„Höchster Ertrag bei geringstem Aufwand“ statt „Emsig u. redlich“**

Abbildung 31: Wohnungseigentum: Zusammenhang zwischen Verfügungsmacht und Haftung

Die Verfügungsmacht auf der Wohnungseigentumsliegenschaft bewegt sich auf zwei Ebenen:

- Die erste Ebene bildet die Eigentumswohnung (das Lokal usw.). Der/die Wohnungseigentümer/in kann sie ausschließlich für sich selbst nutzen oder an andere vermieten, er/sie kann sie und den damit verbundenen Miteigentumsanteil vererben, mit Krediten belasten und verkaufen (§ 2 Abs 1 WEG).
- Auf der zweiten Ebene befindet sich die Liegenschaft. Hier bestimmt nicht der/die Einzelne. In der Eigentümergemeinschaft ist grundsätzlich das Mehrheitsprinzip (nach Anteilen) maßgeblich, und zwar in der ordentlichen und der außerordentlichen Verwaltung (§§ 28, 29 WEG). Verfügun-

gen erfordern sogar die Einstimmigkeit (§ 29 Abs 5 WEG). Es gibt zwar Minderheitsrechte (§ 30 WEG); sie sind teils begrenzt und nicht einfach über das Gericht durchsetzbar. Diese Ebene ist aber maßgeblich für die Bewirtschaftung der Liegenschaft. Es wird dort über die Gestaltung und Erhaltung der allgemeinen Teile und damit auch über materiellen Aufwand entschieden.

- Das Ineinanderwirken beider Ebenen in technischer Hinsicht wird deutlich, wenn über undichte Dächer Feuchtigkeit in die Eigentumswohnungen eindringt, Fenster, die Teile der Außenhaut des Hauses sind, repariert oder erneuert oder Terrassen, einzelnen Objekten zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen, saniert werden müssen. In finanzieller Hinsicht spiegeln sich diese Zusammenhänge in den Betriebskosten und den Beiträgen zur Rücklage, also den Erhaltungskosten wider.

In der Regel kann die Eigentümergemeinschaft die Verwaltung der Liegenschaft nicht selbst ausüben, sondern bedarf – wegen ihrer Größe und der hier anfallenden Aufgaben – eines Verwalters (§§ 19, 20 WEG).

Hier beginnen die Rechtstatsachen von den Intentionen der Wohnungseigentumsidee und vom WEG abzuweichen, ja in Gegensatz zu treten.

Was vielen Wohnungseigentümer/innen nicht bewusst ist: Mit der Bestellung eines Verwalters verzichten sie auf Macht und machen den Verwalter zum Machthaber. Der Umfang dieser (Voll-)Macht ergibt sich einerseits aus § 20 Abs 1 WEG, wo ihm alle Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung – ausgenommen etwa die Verwalterbestellung und die Kündigung des Verwaltungsvertrages und die Bestellung des Eigentümervertreters (§ 28 WEG). Was vielen Eigentümergemeinschaften aber nicht rechtzeitig erkennen: Die Verwaltervollmacht kann beschränkt werden, und zwar permanent im Verwaltungsvertrag oder von Fall zu Fall mit Mehrheitsweisungen (= Beschlüsse). Die meisten Verwalter versuchen die Einschränkung ihrer Verfügungsmacht abzuwehren und ihre Vollmacht zur Verfolgung ihrer Geschäftsinteressen zu bewahren. Hiezu dienen verschiedene Herrschaftsstrategien, die deshalb so wirksam sind, weil sie von den Wohnungseigentümer/innen als solche nicht erkannt werden. Das können unzureichende oder falsche Informationen, das Säen von Zwietracht bis zur Einschüchterung sein (auch mit Hilfe von Rechtsanwälten).

- Das wichtigste Machtinstrument des Verwalters ist seine Kanzlei, die jedoch mit den Verwalterhonoraren erhalten wird. Die Eigentümergemeinschaft hat ihr nichts Gleichartiges entgegenzusetzen. Die Kanzlei ist das

Instrument des Verwalters zur Organisation von Eigentümersammlungen und informellen Besprechungen, sie sammelt Informationen über die Wohnungseigentümer/innen und kann gezielt weitergeben, was den Geschäftsinteressen des Verwalters dient. Die Vorbereitung und die Leitung der Eigentümersammlung ermöglicht dem Verwalter große Einflussnahme auf die Beschlussfassung.

- Hausbesorger/Hausbetreuer sehen im Verwalter ihren Arbeitgeber, obwohl dies die Eigentümergemeinschaft ist, und lassen sich bisweilen als Zuträger oder zur Verbreitung von Gerüchten missbrauchen.
- Schwer erkennbar sind die Motive „informeller Mitarbeiter“ des Verwalters, die scheinbar gegen ihre eigenen Interessen für den Verwalter wirken, aber insgeheim von ihm auf Kosten der Allgemeinheit schadlos gehalten werden.

Hierher gehören auch Wohnungseigentümer/innen, die Netzwerken angehören, wie Versicherungsinstituten mit ihren (nebenberuflichen) Agenten, parteipolitischen Verbänden und weltanschaulichen „Lebensfreundschaften“.

- Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch ist bei seinem Wirksamwerden im Jahre 1812 von einem moralischen Gebot ausgegangen: Der Verwalter habe seine Arbeit „emsig und redlich“ zu besorgen (§ 1009 ABGB). Dies gilt bis heute. In der Praxis zählen aber Rechtstatsachen, die damit im Widerspruch stehen, bestimmt vom Markprinzip.

Dieser Umstand wiegt umso schwerer, weil nicht die Eigentümergemeinschaft die Verfügungsmacht innehat, sondern der Verwalter, letzten Endes aber die Eigentümergemeinschaft auch für dessen (Fehl-)Leistungen haftet.

WOHNUNGSEIGENTUMSVERTRAG

(einstimmig, für Dauer)

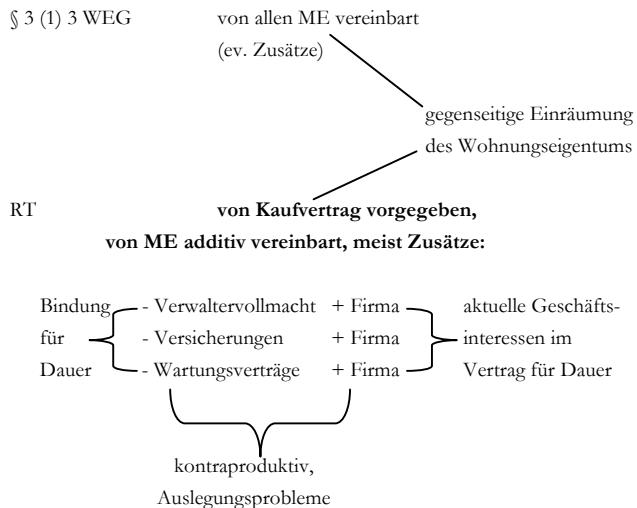


Abbildung 32: Wohnungseigentumsvertrag

Wohnungseigentum wird erst mit dem Abschluss des Wohnungseigentumsvertrags und dessen Einverleibung im Grundbuch begründet. Er ist eine Art Verfassung der Wohnungseigentumsliegenschaft und wegen der erforderlichen Einstimmigkeit später kaum veränderbar.

- Gemäß § 3 Abs 1 Z 2 WEG wird dieser Vertrag von allen Miteigentümern einer Liegenschaft vereinbart, und zwar mit der zentralen Klausel der gegenseitigen Einräumung des Wohnungseigentums und mit eventuellen Zusätzen etwa über die Nutzung von allgemeinen Flächen.

Die Rechtstatsachen sehen aber anders aus. Bei Neubauten/Erstbezug wird ein bestimmter Text des Wohnungseigentumsvertrages meist als verbindlicher Anhang zum Kaufvertrag vorgegeben. Mit Abschluss des Kaufvertrages für eine Eigentumswohnung etc. wird er dann additiv „vereinbart“, und zwar nicht auf Grund einer Absprache der Partner, sondern unter dem Diktat des Wohnungseigentumsorganisators, und der lässt über die Zusätze seine Interessen und die seiner Geschäftspartner einfließen.

- Da sind ein Verwaltungsvertrag bzw. eine -vollmacht festgelegt, die dem Verwalter weitgehende Rechte einräumen, wie die Annahme von (Versicherungs-)Provisionen, die Verrechnung von Manipulationsgebühren oder Sonderhonoraren. Auf Vollmachtbeschränkungen, etwa zur Vergabe aufwändiger Erhaltungsarbeiten, wird verzichtet. Über die notwendigen Brandschaden- und Haftpflichtversicherungen hinaus werden umfangreiche Versicherungspakete auferlegt, ebenso der Abschluss von Wartungsverträgen für Aufzüge, Zentralheizungsanlagen oder Parkwippen. Der Inhalt der Verträge ist also auf Dauer des Baubestandes festgelegt, obwohl etwa Verwaltungs- oder (Versicherungs-)Erfordernisse früher oder später andere sein werden. Auf diese Verträge und Privilegien können sich dann Verwalter berufen, die heute noch gar nicht geboren worden sind.
- Diese Zusätze sind also kontraproduktiv, führen zu Auslegungsproblemen, dienen aber aktuellen Geschäftsinteressen nach dem Motto: „Nach uns die Sintflut.“

Weit zweckmäßiger ist es, die Bestellung des Verwalters und den Umfang seiner Vollmachten in einem gesonderten Verwaltungsvertrag zu regeln, der mehrheitlich beschlossen und später auch den jeweiligen Bedürfnissen angepasst werden kann.

Eigentümergemeinschaft

(§ 2 (5) WEG: obliegt Verwaltung,
 § 19 WEG: bestellt Verwalter)

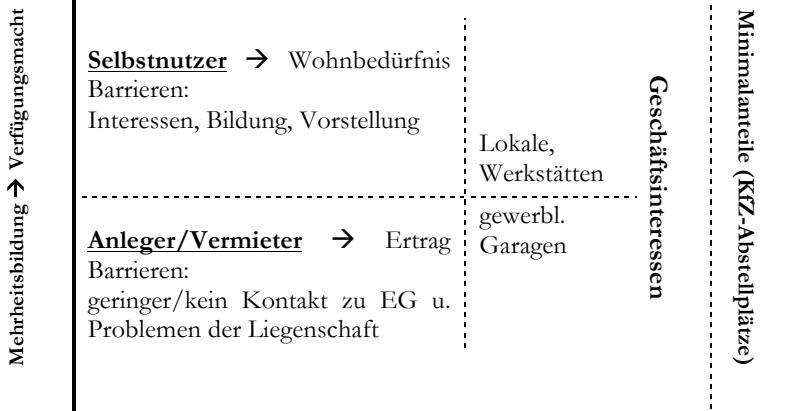


Abbildung 33: Eigentümergemeinschaft und Interessen

Alle Wohnungseigentümer/innen einer Wohnungseigentums-Liegenschaft bilden die Eigentümergemeinschaft. Ihr obliegt gemäß § 2 Abs 5 WEG die Verwaltung der Liegenschaft.

- Ist kein Verwalter bestellt, müssen die Wohnungseigentümer/innen notwendige Entscheidungen selbst treffen, wenn es sich etwa um Fragen der Erhaltung der Liegenschaft handelt.

Ist jedoch ein Verwalter bestellt, was meist notwendig ist, dann steht ihm gemäß § 20 Abs 1 WEG die Verwaltung der Liegenschaft zu, und zwar in der ordentlichen Verwaltung nur, soweit sie nicht beschränkt ist. In der außerordentlichen Verwaltung bedarf er einer Mehrheitsweisung in Form eines Beschlusses.

- Das Problem ist die Entscheidungsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft, und die wird weitgehend von ihrer Struktur bestimmt.

Nach dem Motto: „Jeder Eigentümer seiner Wohnung“, sollte das Wohnungseigentumshaus ursprünglich nur den Selbstnutzern vorbehalten sein, und zwar in überschaubaren Einheiten von 20 – 30 Wohnungen. Inzwischen gibt es Großliegenschaften mit hundert und mehr Mit- und Wohnungseigentümer/innen und die Eigentümergemeinschaft ist ganz anders strukturiert; davon wird ihre Entscheidungsfähigkeit stark beeinflusst.

- Den Selbstnutzern geht es um Befriedigung eines elementaren Wohnbedürfnisses. Aber auch schon ihre Einigungsfähigkeit und damit Beschlussfähigkeit hemmen Barrieren: Die einen legen Wert auf Sparsamkeit – nicht nur auf Grund der eigenen finanziellen Situation –, die anderen auf Repräsentation, manchmal auch solche, die es sich eigentlich nicht leisten können. Bildungsunterschiede im Allgemeinen spielen eine Rolle, aber auch im Hinblick auf Sachkenntnisse im konkreten Fall, ebenso auch divergierende Vorstellungen über die Nutzung allgemeiner Teile oder etwa über einen zulässigen Lärmpegel.
- Den Anlegern/Vermietern geht es aber in erster Linie um einen möglichst hohen Ertrag.

Sie sind rechtlich zwar ein Teil der Eigentümergemeinschaft. Ihr Kontakt zu ihrem Miteigentum beschränkt sich meist auf die Entgegennahme ihrer Mieteinnahmen und der Mitteilungen des Verwalters. Sie sind deshalb sozial in die Eigentümergemeinschaft nicht integriert, nehmen die Probleme der Liegenschaft, wie Erhaltungsnotwendigkeiten, kaum wahr und bilden dort einen Fremdkörper. Diesen Umstand hat der Gesetzgeber bisher nicht zur

Kenntnis genommen. Die Judikatur hat es den Verwaltern sogar untersagt, die Adressen der Anleger/Vermieter an die übrigen Mitglieder der Eigentümergemeinschaft weiterzugeben, wenn jene von diesen nicht „behelligt“ werden wollen. Bemühen sich z.B. Selbstnutzer um das Zustandekommen einer Mehrheit zur Auflösung des Vertrages mit dem Verwalter, sind sie auf dessen Botendienst zu den Anlegern/Vermietern angewiesen, was nicht immer funktioniert. Der Anteil der vermieteten Eigentumswohnungen liegt bereits bei einem Viertel.

- Im Gegensatz zu diesen beiden Eigentümergruppen stehen oft die Eigentümer von Geschäftslokalen, Werkstätten oder gewerblich genutzten Garagen, ob sie Selbstnutzer oder Anleger/Vermieter sind. Sie haben Geschäftsinteressen, also Sonderinteressen aus der Nutzung und beanspruchen allgemeine Belange oft übermäßig, wie Aufzüge, die Müllabfuhr und Parkmöglichkeiten und verursachen etwa mit Lärm- und Geruchsemissionen oft Probleme.
- Mit- und Wohnungseigentümer/innen spielen mit Kleinanteilen, wie etwa lediglich Kfz-Abstellplätzen; eine geringe Rolle. Ihre Stimmen können aber fehlen, wenn es um knappe Entscheidungen geht.
- Die immer komplizierter werdende Struktur der Eigentümergemeinschaft erschwert in zunehmendem Maße die Meinungsbildung und die Beschlussfassung, sodass die Verfügungsmacht in Sachen der Verwaltung vornehmlich Angelegenheit eines Dritten, des Verwalters, wird, der dadurch seine eigenen Interessen auf Kosten der Gemeinschaft besser wahren kann.

C. Fazit

Diese Entwicklung gefährdet auch die Wohnungseigentumsidée, ein Umstand, der von der Gesetzgebung kaum zur Kenntnis genommen wird.

Soll die Eigentümergemeinschaft ihren Anforderungen gerecht werden, dürfen Konflikte nicht verschleiert werden, vielmehr muss bei den Wohnungseigentümer/innen das Problembeusstsein vorhanden sein bzw. geweckt werden.

ABGB und Europäisches Vertragsrecht¹

Was sich sonst noch von einheimischen Particular=Gesetzen an sie schließt [...] hat zwar häufig über diese oder jene einzelne Richtung etwas Gutes nachgetragen; aber alles ist doch in der Regel ein furchtbares Bessern im Kleinen und die ganze verwirrte Masse wird mehrenteils durch sich selbst erdrückt.“ „...und die Flickereyen von Jahr zu Jahr werden kein Ende nehmen.“

*A. F. J. Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland 13 f und 59.*²

A. Einleitung

Ob das österreichische ABGB, das am 1.1.1812 in Kraft trat, auf die Europäische Privatrechtsentwicklung Einfluss nimmt, ist ein Aspekt der Rechtstatsachenforschung. Zwar mangelt es an (statistisch verwertbarem) Zahlenmaterial, welches das wirkende Ausmaß belegen könnte. Im Rahmen meiner Dissertation³ konnte jedoch ein gewisser Einfluss aus dem Vertragsrecht des ABGB sowohl de lege lata⁴ als auch de lege ferenda⁵ nachgewiesen werden. Ich beschränke mich bei meinen Ausführungen auf die Vertrauenstheorie und das Irrtumsrecht des ABGB. In jüngeren Beiträgen ist die Wirkungskraft des ABGB zum einen stark angezweifelt,⁶ zum anderen jedoch – wie hier – positiv hervorgehoben worden⁷. Diese Auswirkungen des ABGB sollen hier

¹ Es handelt sich um die schriftliche (und erweiterte) Fassung meines am 10.6.2011 anlässlich der 4. Innsbrucker Tagung zur Rechtstatsachenforschung gehaltenen Vortrags. Die diesjährige Tagung („200 Jahre ABGB 1811 – 2011“) widmete sich dem 200. Jahrestag der Verlautbarung des österreichischen ABGB mit dem Kundmachungspatent im Juni 1811.

² Abgedruckt in: *Hattenbauer Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften* (1973) 68, 90.

³ *Wittwer Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht. Eine rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Studie zum europäischen Vertragsrecht aus österreichischer Sicht* (2004).

⁴ Beispielsweise was den Zustimmungsbegriff im Europäischen Markenrecht betrifft; dazu unten Pkt D.

⁵ Beispielsweise was die Vorarbeiten für ein Europäisches Vertragsrecht durch die Landeskommision betrifft; dazu unten Pkt D. und E. und F.

⁶ *Posch Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht*, ZEuP 2010 40 ff.

⁷ *Kodek 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – das ABGB im Wandel der Zeit*, ÖJZ 2011/54 490 ff.

nachgezeichnet und die kurz vor Abschluss befindlichen Arbeiten der EU für ein optionales europäisches Vertragsrecht näher betrachtet werden.

B. Europäisches Vertrags- und Privatrecht⁸

Die einleitenden Zitate *Thibauts* aus dem Kodifikationsstreit mit *Savigny* von 1814⁹ bestechen heute erneut durch ihre brennende Aktualität, fehlt doch dem im Wesentlichen verwirklichten Binnenmarkt der Europäischen Union ein einheitliches Rechtssystem, das die Spielregeln der in diesem Binnenmarkt tätigen natürlichen und juristischen Personen einheitlich festlegt. In der Vergangenheit zielte die Rechtssetzung der EU in erster Linie auf die Abschaffung oder Harmonisierung jener Teilbereiche des öffentlichen Rechts, die Handelshemmnisse oder die Abschottung nationaler Märkte bewirkten. Das Zivilrecht und das zu seiner Durchsetzung dienende Zivilprozessrecht wurden hingegen nur punktuell unionsrechtlich geregelt.¹⁰ Auf dem Gebiete des Zivil- und Handelsrechts ist insbesondere die Harmonisierung im Konsumentenschutz-,¹¹ Handelsvertreter-¹² und Gesellschaftsrecht¹³ zu nennen,

⁸ Diese Termini können verschieden verstanden werden. Einerseits besteht die Möglichkeit, der von der EU mit Richtlinien und Verordnungen vorgegebene und von den Mitgliedstaaten umgesetzte Rechtsbestand – im Anschluss an *Müller-Graff* (Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993 13 ff) – nun nach dem Vertrag von Lissabon als Unionsprivatrecht zu bezeichnen. Andererseits kann die „Summe“ aller vertrags- oder privatrechtlichen Normen der europäischen Zivilrechte europäisches Privatrecht genannt werden. Nicht zuletzt sind die Regelwerke der Lando-Kommission (Principles of European Contract Law) und der Study Group on a European Civil Code mit dem Draft Common Frame of Reference und nun das Optionale Europäische Kaufrecht neue Versionen eines europäischen Zivilrechts (dazu noch unten).

⁹ Siehe oben bei FN 1.

¹⁰ Vgl dazu mittlerweile das beeindruckende vierbändige Werk von *Rauscher* (Hg) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) (2011).

¹¹ Vgl RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Rechtsverkehr“) (ABl 2000 L 178/1 ff); RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des *Verbrauchsgüterkaufs* und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl 1999 L 171/12 ff); RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über *missbräuchliche Klauseln* in Verbraucherverträgen (ABl 1993 L 95/29 ff); RL 90/314/EG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (ABl 1990 L 158/59 ff); RL 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Fall von *außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen* (ABl 1985 L 372/31 ff); Richtlinie 2008/48/EG in der konsolidierten Fassung vom 23.04.2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über *Verbraucherkereditverträge* (ABl 2008 L 133/66); RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im *Fernabsatz* (ABl 1997 L 144/19 ff); RL 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von *Teilzeitnutzungsrechten* an Immobilien (ABl 1994 L 280/83 ff).

aber auch die Angleichung der verschiedenen Kollisionsrechte, beginnend mit dem Römischen Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ), und nun durch Rom I,¹⁴ Rom II¹⁵ und Rom III¹⁶-Verordnung. Vorwürfe, diese partikulare Gesetzgebung sei fragmentarisch¹⁷ und von mangelnder Kohärenz,¹⁸ erscheinen mehr als berechtigt¹⁹ und führten mehrfach zur Forderung eines einheitlichen europäischen Zivilrechts. Sowohl das Rückgrat jeder nationalen Rechtsordnung als auch das des europäischen Binnenmarkts ist ein effizientes und vorhersehbare Ergebnisse produzierendes Rechtssystem,²⁰ lassen doch Unterschiede in Sprache, Recht und Kultur die Menschen zögern, den Schritt über die Grenze zu wagen. Sie befürchten Ärger und größere finanzielle Einbußen. Gegenüber fremden Rechtsordnungen bleibt ein tiefgreifendes Unbehagen.²¹

¹² RL 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend der selbständigen Handelsvertreter.

¹³ Dazu nur *Grundmann* Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts (2004).

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom I“).

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

¹⁶ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts („Rom III“).

¹⁷ So schon *Kötz* Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: FS Zweigert (1981) 486 f; *ders* Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986) 5.

¹⁸ *Grundmann* Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (1999) 25.

¹⁹ Treffend zusammengefasst von *Schlechtriem* Wandlungen des Schuldrechts in Europa – wozu und wohin ZEuP 2002 213; „Die Skepsis gegenüber der Entstehung eines Europäischen Schuldrechts aus Richtlinien ist freilich groß und die Ablehnung zuweilen heftig. Dafür gibt es gute Gründe: Richtlinien regeln punktuell und wollen sektorale Anliegen ohne Rücksicht auf Gesamtzusammenhänge der Rechtsordnung abhelfen. Durch die Kompetenzvoraussetzungen des EG-Vertrags eingeschränkt und im Prozess der Ausarbeitung und Entstehung einer Richtlinie nur zu oft durch Partikularinteressen, nicht selten als unverzichtbare nationale Rechtsüberzeugung kaschiert, verstümmelt, widersprechen sie allen traditionellen Erwartungen an Gesetzgebungs-kunst. Das Chaos ist systembedingt...“.

²⁰ *Czernich* Der lange Weg zu einer gemeinsamen europäischen Privatrechtsordnung, in: Die Presse, 7. 6. 1999.

²¹ So schon *Bangemann* Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZEuP 1994 377 f. Vgl. dazu nun umfassend die Begründung des neuen optionalen „Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts“ (dazu unten ab FN 91).

C. Von der Willenstheorie zur Vertrauenstheorie des ABGB²²

Die Glossatoren fanden in den römischen Quellen eine erst im Entstehen begriffene Irrtumslehre vor,²³ die von ihnen nach der scholastischen und nicht nach der antiken Willenstheorie gedeutet wurde.²⁴ Da das römische Recht – ersichtlich bei *Ulpian*²⁵ – keine allgemeine Willenstheorie oder gar eine Lehre von der Willenserklärung kannte, knüpfte man am Konsens der Vertragslehre an.²⁶ Glossatoren, Scholastik und frühes Naturrecht und dort insbesondere *Thomas von Aquin*,²⁷ *Hugo Grotius*²⁸ und – in Weiterentwicklung des naturrechtlichen Vertragsbegriffs²⁹ – *Samuel Pufendorf*³⁰ formulierten die gemeinrechtliche Willenstheorie.³¹

Der *Codex Theresianus* war in seiner lehrbuchartigen Form noch ganz dem gemeinen Recht gefolgt; auch die Irrtumsregelung des *Entwurfs Horten* unterschied sich davon nicht.³² Ebenso entstammt die Regelung des französischen *Code Civil* dieser gemeinrechtlichen Tradition. *Pothiers* Darstellung war für die Art 1109 und 1110 *Code Civil* maßgebliches Vorbild.³³ Diese Norm wird

²² Dieser Abschnitt folgt meiner Dissertation (FN 3) 104 ff.

²³ Schermaier Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB (2000) 25. Vgl zum römischen Recht *derselbe* Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts, ZEuP 1998 68 ff.

²⁴ Zu diesem Unterschied Schermaier ZEuP 1998 67 ff mwN: Er macht darauf aufmerksam, dass Ulpians Konsensbegriff mit Aristoteles Handlungslehre („wer die Umstände nicht kennt, handelt unfreiwillig“) vergleichbar ist. Der Irrtum beeinträchtigt somit nicht den „Willen“ sondern das planmäßige, auf den Vertragsschluss gerichtete Handeln. Ulpians Irrtumslösung dürfte daher von Aristotele stammen.

²⁵ Dazu Schermaier ZEuP 1998 68 f, der darauf hinweist, dass Ulpian den beachtlichen Irrtum als Konsensproblem, nicht aber als Willensproblem diskutierte.

²⁶ Schermaier 26 ff.

²⁷ Eingehend Schermaier 54 ff; ders ZEuP 1998 67 f FN 50 mwN: „Der Konsens aber ist ein Willensakt, der die richtige Erkenntnis voraussetzt. Fehlt es daran, fehlt es auch am Konsens.“

²⁸ Eingehend Schermaier 173 ff. Siehe auch *Luig* in Forschungsband Zeiller 157: „Wenn ein Versprechen auf der Annahme eines Umstandes beruht, der sich so nicht verhält, dann ist das Versprechen natürlich wirkungslos, weil der Versprechende seine zustimmende Erklärung überhaupt nur unter der Bedingung abgegeben hat, die sich nun als unzutreffend erweist.“

²⁹ Dazu Wieacker Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: FS Welzel (1974) 11 ff, 14 f, 18 und 20 ff und Schermaier, ZEuP 1998 73 ff. Dazu auch Pkt 1.

³⁰ Eingehend Schermaier 181 ff. Siehe auch *Luig* in Forschungsband Zeiller 158: „wenn ein Versprechen auf der Annahme eines Umstandes beruht, der in Wahrheit nicht vorhanden ist, dann ist das Versprechen hinfällig.“

³¹ Dazu auch *Luig* in Forschungsband Zeiller 155 ff.

³² *Luig* Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB, in: Forschungsband Zeiller (1980) 161. Schermaier 439 ff spricht von gemein- und naturrechtlichen Elementen.

³³ Dazu Schermaier 387 ff.

heute noch subjektiv interpretiert,³⁴ wobei zugleich auf die Schwierigkeit richterlicher Auslegung und die daraus resultierenden Schwankungen in der französischen Rechtsprechung hingewiesen wird.³⁵

Angegriffen wurde die subjektivistische Irrtumslehre des gemeinen Rechts, weil allein die geäußerte Erklärung Zugang zum inneren Willen des Erklärenden verschaffe.³⁶ Entsprechende erklärungstheoretische Regelungen finden sich etwa im *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC)*.³⁷ Unter den naturrechtlichen Kodifikationen – so Schermaier³⁸ – „hat das ALR wohl die schillerndste Irrtumslösung gewählt. So pragmatisch erklärungstheoretisch der CMBC, so traditionell gemeinrechtlich der Code civil und so fortschrittlich vertrauenstheoretisch das ABGB entscheiden, so deutlich spiegelt das ALR die kontroverse zeitgenössische Diskussion wieder“.^{39,40}

³⁴ Dazu *Bénabent Droit Civil. Les obligations*⁸ (2001) Rz 70 ff, 75: „L’erreur commise par un contractant a évidemment pour effet de dénaturer son consentement: s’il avait su, il n’aurait pas contracté. Il n’y a donc pas eu de sa part une réelle volonté de conclure le contrat, du moins ce contrat aux mêmes conditions“. Siehe auch *Körz Europäisches Vertragsrecht*, 1996 165 in Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach Art 1156 Code Civil, wonach der gemeinschaftliche Wille der Vertragsparteien zu erforschen ist („la commune intention des parties“).

³⁵ *Bénabent Les obligations* Rz 72 („La difficulté de la matière tient à ce qu’elle repose entièrement sur l’analyse de la psychologie des contractants. Par conséquent le rôle du juge est très important car ces appréciations sont difficiles et subjectives: en effet le juge devra se reporter à une période antérieure dans le temps et se mettre à la place du contractant au moment de la conclusion...“) und Rz 82 („Cela conduit les juges à effectuer une analyse psychologique souvent très délicate“).

³⁶ Schermaier 537.

³⁷ Eingehend Schermaier 351 ff, insbes 353: „Traditionell willenstheoretisch beginnt diese Regelung (CMBC 4, 1,25): „Nichts ist dem Consens und freyen Willen mehr entgegen, als Zwang, Betrug und Irrthum.“ Während aber Zwang und ... Betrug, den Contract umstossen“ würden, habe ein Irrthum des Versprechenden grundsätzlich keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Vertrags...“. Vgl auch *Lüg* in Forschungsband Zeiller 165.

³⁸ 377.

³⁹ Eingehend dazu Schermaier 364 ff.

⁴⁰ Die maßgeblichen Normen in Teil I, 4. Titel lauten:

§ 75: „Irrthum in dem Wesentlichen Geschäft, oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung macht dieselbe ungültig.“

Die §§ 76 und 77 betreffen ua den Irrthum in der Person.

§ 78: „In allen diesen Fällen (§. 75.76.77) bleibt die Willenserklärung ungültig, auch wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können.“

§ 79: „Ist jedoch derselbe durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andre hat nicht gewusst, dass der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandnen Schadens verpflichtet.“

§ 80 betrifft den beidseitigen, vermeidlichen Irrthum, § 81 den Irrtum über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften.

Nach *Martini* ist die äußere Erklärung als wahrer Wille zu sehen, wie die folgenden Zitate zum Irrtumsrecht belegen („error noceat erranti“):⁴¹

- „Den Willen eines andern kann man nicht wissen, als aus äusserlichen Zeichen. Folglich nur so, wie sich jemand erklärt; haben wir das Recht ihn zu beurtheilen. Eine hinlängliche Erklärung gilt dem Willen gleich, wenn gleich also die sich Vertragenden anders dächten und anders redeten; so gälte der Vertrag nichts desto minder.“⁴²
- „Ein Irrthum ... muß ... aber demjenigen zugerechnet werden und schaden, welcher desselben Ursache ist. Wenn also nur den Versprecher sein Sinn betrogen hat; so muß ihm auch allein sein Irrthum schaden. Denn was mit Worten erklärt wird, ist für den wahren Willen zu halten.“⁴³

*Luig*⁴⁴ sieht darin die Verbindung zwischen einer an der objektiven Erklärung orientierten Auslegungsregel und dem Prinzip, dass ein Irrtum das Zustandekommen des Vertrags nicht verhindere. Er vernachlässigt aber *Martinis* Auslegungsregeln, die schon über den von *Justinian* stammenden, gemeinrechtlichen Grundsatz des gemeinsamen Parteiwilens („ratio quae movit contrahentes“)⁴⁵ hinausgehen und – ähnlich dem *Entwurf Horten* – objektivierte Auslegungsmaßstäbe enthalten.⁴⁶

⁴¹ In dieser Formulierung wird von den Naturrechtlern z.T eine Analogie zum Gefahrtragungsproblem („casum sentit dominus“) gesehen; dazu *Schermaier* 446, 449 zu *Martini*, ferner bspw 235 (Thomasius), 240 (Pufendorf), 355 (CMBC) 430 ff (Kant ua). *Luig* in Forschungsbund Zeiller 162 f.

⁴² *Martini* Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts, Zweyter Band, welcher den praktischen Theil des Naturrechts enthält (1784) § 150 79.

⁴³ *Martini* Lehrbegriff § 157 81 f.

⁴⁴ In Forschungsbund Zeiller 162

⁴⁵ Dazu *Coing* Europäisches Privatrecht, Band I (1985) 410 f und *ders* Europäisches Privatrecht II (1989) 444 mwN.

⁴⁶ Schon der Entwurf Horten legt – im Gegensatz zur willenstheoretisch orientierten Auslegung des Codex Theresianus – Wert auf eine objektive Vertragsauslegung; der Willen der Vertragsparteien tritt in den Hintergrund. Siehe schon *Kramer* Grundfragen der vertraglichen Einigung, Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts (1972) 23.

III, 1, § 85 Entwurf Horten: „Bei Ausdeutung der Verträge sind die Worte, wenn nicht ein Anderes deutlich erhelet, allezeit in derjenigen Bedeutung zu nehmen, die ihnen insgemein in Handel und Wandel beigelegt wird.“⁴⁷

III, 1 § 86 Entwurf Horten: „... so sind sie [Anm: die Worte] in einem solchen Verstande zu nehmen, worinnen sie die wahrscheinlicher Weise abgezielte Wirkung haben mögen.“⁴⁸

- „Die erste Regel ist also diese: die Auslegung kann weder allein nach dem Sinne des Redenden, noch allein nach dem Sinne des Zuhörers gemacht werden...“⁴⁷
- „Doch ist der bekannte Sinn vielfältig... Hier hat die Muthmassung Platz, und der wahre Sinn muß aus den Umständen des Redenden, des Ortes, der Zeit, der Ursache, und des Endzweckes, nach dem bekannten Verse: *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando.* errathen werden.“⁴⁸

Im Irrtumsrecht des *Entwurfs Martini* (III, 1, § 20 und § 21)⁴⁹ spiegelt sich diese naturrechtliche Vertrauenstheorie wider, die folglich – über (W)GGB und Urentwurf – Eingang in die Urfassung des ABGB (§§ 875 und 876)⁵⁰ fand.⁵¹

Zeillers Einfluss auf die vertrauenstheoretische Konzeption des ABGB war daher weit weniger bedeutend als jene von Martini.⁵² Dennoch darf nicht übersehen werden, dass der heute für die Vertrauenstheorie ebenfalls maßgeb-

III, 1 § 87 Entwurf Horten: „... so sind selbe so auszudeuten, wie sie der Natur und Eigenschaft der geschlossenen Handlung gemäß sind...“

III, 1, § 88: „Überhaupt ist bei Verträgen vornehmlich auf Treu und Glauben, und mehr auf die Billigkeit als auf die trockenen Worte zu sehen...“

⁴⁷ *Martini Lehrbegriff* § 296 142 f.

⁴⁸ *Martini Lehrbegriff* § 300 144.

⁴⁹ § 20: „Röhrt die ungerechte Furcht, die Hinterlist oder der Irrthum, von einem Dritten her, und hat Derjenige, welcher das Versprechen annahm, keinen Theil daran gehabt, nichts davon gewußt, so fallen die widrigen Folgen der unerlaubten Handlung nur ihrem Urheber zur Last; die Annahme eines solchen Versprechens ist also gütig.“

§ 21: „Ebensowenig kann die Annahme des Versprechens für ungültig gehalten werden, wenn der versprechende Theil allein Schuld an seinem Irrthum war. Er muß alsdann die Folgen seiner Unwissenheit und seines nachlässigen Benehmens um so mehr selbst tragen, als ihm auch frei gestanden hat, das Versprechen nur unter gewissen Bedingungen zu machen.“

⁵⁰ § 875: „Ist der versprechende Theil von einem Dritten entweder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen, oder durch falsche Angaben irre geführet worden; so ist der Vertrag gültig...“

§ 876: „Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, daß dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthume offenbar aus den Umständen auffallen mußte.“

⁵¹ *Wesener* in Forschungsband *Zeiller* 259.

⁵² Dazu *Schermaier* 444 f mWn; *Wesener* in Forschungsband *Zeiller* 259 f; *ders* Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB, ZNR 1984 129.

liche⁵³ § 863 Abs 1 ABGB von *Zeiller* stammt. Der *Entwurf Martini* – wortgleich noch der Urentwurf – kennt zwar eine ähnliche Bestimmung; die für die Vertrauenstheorie entscheidende Formulierung („...mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“) fehlt aber noch:

III, I, § 7 Entwurf Martini = Urentwurf

„Der Wille kann sowohl ausdrücklich, durch Worte oder Schriften als auch stillschweigend durch sichere Zeichen und Handlungen erklärt werden. Gehet z.B. Jemand auf ein Ueberfahrtsschiff, und läßt sich über den Fluß setzen, so verspricht er schon stillschweigend die Entrichtung des gewöhnlichen Lohns, und dieses Versprechen wird auch von dem Schiffmann stillschweigend angenommen.“

§ 863 ABGB (Urfassung):

„Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.“

Aus den Beratungsprotokollen zum ABGB-Urentwurf ergibt sich, dass diese Bestimmung auf Anraten der juristischen Fakultät Freiburgs von *Zeiller* als Referent der Reformkommission⁵⁴ revidiert wurde. Dort liest man:⁵⁵

„Nach Erinnerung der jur. Fak. von Freyburg ist das angeführte Beispiel zu alltäglich⁵⁶ und scheint die Regel zu sehr zu beschränken; sie glaube dasselbe wegzulassen, und die Regel allenfalls durch folgende Zusätze zu erläutern: „Es kommt dabei auf die bekannten natürlichen Grundsätze an: a) alle menschlichen Handlungen müssen so ausgelegt werden, daß sie einen vernünftigen Endzweck haben; b) wer das eine will, will auch das andere, was mit jenem in einer nothwendigen, oder doch gewöhnlichen und bekannten Verbindung steht; c) jedermann willigt ein in dasjenige was ihm Vortheil bringt“ u. s. w.

⁵³ Neben dem im wesentlichen von Martini stammenden Irrtumsrecht der §§ 870 ff ABGB; Rummel in Rummel I, Rz 1 zu § 863 und *Apathy* in Schwimann V, Rz 1 zu § 863.

⁵⁴ Kritisch zu *Zeiller* in dieser Stellung *Barta* Begrüßung und Einführung, in: *Bartha/Palme/Ingenhaeff* (Hg) *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (1999) 31 ff 39 f.

⁵⁵ *Ofner* Der Ur=Entwurf und die Berathungs=Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1889) II 8, § 7.

⁵⁶ Gemeint ist wohl das Beispiel mit dem stillschweigenden Vertragsschluss auf der Fähre.

Ref. war der Meinung, zwar das Beispiel, auch die vorgeschlagenen, theils unrichtigen, theils unbestimmten Regeln wegzulassen, und zu sagen: ...⁵⁷ Womit man vollkommen verstanden war.“

Zeiller zeichnet auch für die vertrauenstheoretische Entwicklung nach Inkrafttreten des ABGB verantwortlich, wie sich in seinen Werken zeigt:⁵⁸

- „.... daß sie uns leisten, (geben, thun, unterlassen, gestatten), sollen, ist auch ihr Wille, und da uns derselbe nur durch äußere Zeichen bekannt werden kann, die Erklärung ihres Willens erforderlich“⁵⁹
- „Für die (innere) Einwilligung aber gilt hier die einstimmige Äußerung des Willens, und es kann etwa von Seite des Promittenten dem Vorwande, anders geredet, und anders (innerlich) gewollt zu haben, nicht Raum geben werden.“⁶⁰
- „Der Ausdruck des Willens ... [ist] für den Willen selbst zu achten...“⁶¹
- „In einem Gesetzbuche, worin die Freyheit der Person und des Eigenthums zum Hauptaugenmerke gemacht wird, muß in der Materie von Verträgen überall der Grundsatz hervorleuchten, daß die Verträge, in so fern sie der bürgerlichen Ordnung überhaupt und den besondern Verhältnissen des Staates nicht widerstreiten, nach dem wahren oder vernünftigerweise zu vermutenden, ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der vertragsmachenden Theile aufrecht erhalten werden sollen“⁶²

Nach *englischem Vertragsrecht* ist ebenfalls das objektive Verständnis der Erklärung maßgeblich. Schon im 15. Jahrhundert sagte die *King's Bench* „that a question of intent should not be tried because, it was said, the Devil himself knows not a man's intent.“⁶³ Auch die Vertragslehre *Hobbes* beruht auf ver-

⁵⁷ Hier folgt der Wortlaut von § 863 ABGB in der Urfassung.

⁵⁸ Siehe zum Folgenden auch Zeiller Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie (1812) III/1 11 ff. Vgl. ferner *Luig* in Forschungsband Zeiller 163 ff.

⁵⁹ Zeiller Das natürliche Privatrecht³ (1819) 135.

⁶⁰ Zeiller, Das natürliche Privatrecht 138.

⁶¹ Zeiller, Das natürliche Privatrecht 139.

⁶² Zeiller Abhandlung über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (Wien, 1816 – 1820), neu herausgegeben von Brauneder W. (Manz, Wien, 1986) 187.

⁶³ Zitiert nach *Pound* The Role of the Will in the Law, Harvard Law Review 68 (1954) 1 uff auf eine Quelle aus dem Jahre 1477.

trauenstheoretischen Grundsätzen.⁶⁴ Die heute immer wieder zitierte Aussage von *Blackburn* in *Smith v. Hughes* belegt die objektivierte Vertragstheorie.⁶⁵

„If, whatever, a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that the other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had agreed to the other party's terms.“

D. Die Vertrauenstheorie im vereinheitlichten und harmonisierten Privatrecht⁶⁶

Den Theorienstreit überwindend folgen CISG, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UP) und Principles of European Contract Law (PECL) der Theorie von der objektiven Erklärungsbedeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen. Einfach und verständlich statuieren dies Art 8 CISG, Art 2:102 PECL und Art 4.2 UP.⁶⁷

Art 8 CISG:	Art 4.2. UP:
„(1) Für die Zwecke dieses Übereinkommens sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. (2) Ist Absatz 1 nicht anwendbar, so sind Erklärungen und	„(1) Die Erklärungen und das sonstige Verhalten werden nach ihrem Willen ausgelegt, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. (2) Ist Absatz 1 nicht anwendbar, so werden solche Erklärungen und das sonstige Verhalten

⁶⁴ Schermaier ZEuP 1998 80 ff.

⁶⁵ (1871) L.R. 6 QB 597, 607. Hier zitiert nach *Lando/Beale* (Hg) *The Principles of European Contract Law*, Part I: Performance, Non Performance and Remedies (1995) note 2a zu Art 2:102. Vgl auch *Treitel* *The Law of Contract* 12 (2007) 10: „A may be bound if his words or conduct are such as to induce a reasonable person to believe that he intends to be bound, even though in fact he has no such intention... if A offers to sell a book to B for £ 10 and B accepts the offer, A cannot escape liability merely by showing that his actual intention was to offer the book to B for £ 20...“

⁶⁶ In diesem Abschnitt gehe ich nicht mehr näher auf den (für die Vereinheitlichung in der EU wohl kaum noch relevanten) Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs (EuVGB) der so-genannten Pavia „Gandolfi“-Gruppe ein; dazu zusammenfassend Wittwer (FN 2) 122 f und grundlegend *Gandolfi* *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre Premier* (2001) und *ders* *Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs*, ZEuP 2002 1 ff.

⁶⁷ Siehe dazu auch *Wolf* *Willensmängel in einem europäischen Vertragsrecht*, in: Basdedow (Hg), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000) 92 ff.

<p>das sonstige Verhalten einer Partei so auszulegen, wie eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefaßt hätte. (3) Um den Willen einer Person festzustellen, die eine vernünftige Person gehabt hätte, sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Bräuche und das spätere Verhalten der Parteien.“</p>	<p>nach der Bedeutung ausgelegt, die ihnen eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei unter den gleichen Umständen geben würde.“</p>
<p>Art 2:102 PECL – Intention</p> <p>„The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from party’s statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.“</p>	<p>Art 2:102 PECL – Wille</p> <p>„Der Wille einer Partei, durch Vertrag rechtlich gebunden zu sein, ist aus ihren Erklärungen oder ihrem Verhalten zu ermitteln, wie diese vernünftigerweise von der anderen Partei verstanden wurden.“</p>

Schon aus dem Wortlaut von Art 8 CISG, Art 2:102 PECL und Art 4.2 UP folgt, dass sie sich an die österreichische Vertrauensdoktrin anlehnen.⁶⁸ Die PECL nehmen ausdrücklich – wie der rechtsvergleichenden Anmerkung zu entnehmen ist – auf die österreichische Regelung Bezug: „In AUSTRIA, a similar rule is inferred from ABGB §§ 861 und 863...“.⁶⁹ Daneben verweisen auch die Regeln zur Vertragsauslegung in Art 5:101 Abs 3 PECL und Art 4.1 Abs 2 UP⁷⁰ auf die „vernünftige Person“.

In einer Entscheidung hatte der EuGH⁷¹ in Bezug auf die Erschöpfung des Markenrechts die Frage zu behandeln, ob für die Zustimmung gem Art 7

⁶⁸ Siehe nur Schmidt-Kessel in Schlechtriem/Schwenzer, CISG⁵ [2008], insbes Rz 19 ff zu Art 8.

⁶⁹ Lando/Beale (Hg), note 2a zu Art 2:201 uH auch *Apathy* in Schwimann V, Rz 1 ff zu § 863, wo er den Begriff „normativer Konsens“ verwendet.

⁷⁰ Vgl *Wittwer* (FN 3) 217 ff.

⁷¹ EuGH 20.11.2001, Zino Davidoff SA ua., C-414/99 bis C-416/99, Slg 2001, I-8691.

Abs 1 der Marken-RL 89/104/EWG⁷² zum Inverkehrbringen der Marke im EWR durch den Markeninhaber – was zur Erschöpfung des Markenrechts führt – eine konkludente oder gar stillschweigende Willenserklärung ausreicht. Der EuGH folgt hier ebenfalls einer objektiven und vertrauenstheoretischen Sichtweise:

„Angesichts der Bedeutung ihrer Wirkung – Erlöschen des ausschließlichen Rechts der Inhaber der in den Ausgangsverfahren betroffenen Marken, also eines Rechts zur Kontrolle des ersten Inverkehrbringens im EWR – muss die Zustimmung auf eine Weise geäußert werden, die einen *Willen zum Verzicht* auf dieses Recht mit Bestimmtheit *erkennen lässt*. ... Ein solcher Wille ergibt sich in der Regel aus einer ausdrücklichen Erteilung der Zustimmung. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass er sich in bestimmten Fällen *konkludent aus Anhaltspunkten und Umständen vor, bei oder nach dem Inverkehrbringen außerhalb des EWR ergeben kann*, die nach der Beurteilung des nationalen Gerichts ebenfalls mit Bestimmtheit einen Verzicht des Inhabers auf sein Recht erkennen lassen“⁷³

Für die Auslegung dieses Urteils sind die in diesem Punkt ausführlich begründeten Schlussanträge⁷⁴ von Generalanwältin *Stix-Hackl* heranzuziehen. Sie kommt zunächst zum Schluss, dass der Zustimmungsbegriff und damit die Erschöpfung des Markenrechts iSd Art 7 Abs 1 der RL unabhängig von dem auf den Vertrag anwendbaren nationalen Recht – also autonom nach dem Gemeinschaftsrecht – zu bestimmen ist.⁷⁵ Dabei wendet sie die Grundsätze des Urteils *Ingmar*⁷⁶ analog auf die Markenrichtlinie an.⁷⁷ Nach einer ver-

⁷² Diese Bestimmung lautet: „Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.“

⁷³ AaO Rz 45 f (Hervorhebungen von mir).

⁷⁴ Vom 5.4.2001, aaO Rz 30 ff.

⁷⁵ Rz 51.

⁷⁶ EuGH 9.11.2000, *Ingmar*, C-381/98, Slg 2000, I-9305. Darin wurden die Art 17 und 18 der Handelsvertreter-RL 86/863/EWG (Ausgleichsansprüche nach Vertragsbeendigung) dennoch angewandt, obwohl nur der Handelsvertreter seine Tätigkeit in einem EG-Mitgliedstaat ausgeübt hat und der Unternehmer seinen Sitz in einem Drittland (Kalifornien) hatte und der Vertrag vereinbarungsgemäß kalifornischem Recht unterlag. Der EuGH sah die Art 17 und 18 als zwingend an, weshalb die Rechtswahl nicht geübt werden konnte. Der Schutz- und Harmonisierungszweck der RL erfordere es, dass die RL auf innerhalb der Gemeinschaft tätige Handelsvertreter ohne Rücksicht auf den Sitz des Unternehmens anzuwenden ist.

⁷⁷ Rz 50 (Hervorhebung von mir): „Dieser Lösungsweg kann wohl auf die vorliegenden Rechtssachen entsprechend übertragen werden. Die Markenrichtlinie befasst sich einerseits u. a. mit der Angleichung des Schutzmfangs der Marke, dient jedoch andererseits der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes. Entsprechend dem *Ingmar*-Urteil lässt sich daraus folgern, dass der gemeinschaftlich angegliederte Markenschutz, welcher die Erschöpfung der Rechte aus der Marke auf die

trags⁷⁸ und sachenrechtlichen⁷⁹ Prüfung kommt sie zum Zwischenergebnis, „dass der Versuch, den Zustimmungsbegriff als nationalen Rechtsbegriff zu deuten, zu keiner befriedigenden Lösung führt“ und „dass die fehlende gemeinschaftliche Angleichung des Vertrags- und Sachenrechts einer gemeinschaftlichen Auslegung des Zustimmungsbegriffs“⁸⁰ nicht entgegensteht. Aus einer weiteren Analyse der EuGH-Rspr schließt sie dann, dass sich „der Zustimmungsbegriff ... nicht etwa auf die auf Übertragung gerichtete Willensäußerung des Markeninhabers bezieht, sondern vielmehr auf die Frage der Zurechenbarkeit des Verkaufs – bzw. der Inverkehrbringung – der mit der Marke versehenen Produkte“⁸¹ und „dass der Zustimmungsbegriff einen objektiven Gehalt hat...“⁸² Dabei ist entsprechend dem Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes zwischen den Belangen des Markenschutzes und den *Verkehrsbedürfnissen* abzuwägen, „ob ein Verhalten nach allen Umständen des Einzelfalls kein erhöhtes Vertrauen bei nachfolgenden Erwerbern dahin begründen konnte, dass er auf die Ausübung seines Markenrechts beim erstmaligen Inverkehrbringen der Erzeugnisse im EWR verzichtet hätte“⁸³

Fälle begrenzt, wo die mit der Marke versehenen Waren unter den gegebenen Voraussetzungen innerhalb der Gemeinschaft bzw. des EWR in den Verkehr gebracht worden sind, ungeachtet des auf den Vertrag anwendbaren nationalen Rechts anzuwenden ist. Würde sich die Erfüllung der Voraussetzungen für die Annahme einer Zustimmung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie nach dem auf den *Vertrag anwendbaren Recht* richten, hinge nämlich die Tragweite des Markenschutzes von unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen ab, was dem Harmonisierungszweck der Markenrichtlinie zuwiderliefe“.

⁷⁸ Rz 53 ff; v.a. Rz 55 (Hervorhebungen von mir): „Als grundsätzlicher Einwand ist zunächst auszuführen, dass die deutsche Regierung ihren Vortrag auf die Prämisse stützt, dass die Zustimmung im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 eine *Willenserklärung* entsprechend der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre des deutschen bürgerlichen Rechts darstellt. Eine solche Analyse begibt sich wohl zu sehr in die Abhängigkeit der Besonderheiten des nationalen Rechts: nicht jede Rechtsordnung kennt eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre; diese könnte auch dem Schuldrecht zugeordnet werden. Unabhängig von diesem systematischen Einwand ist auch auf eine inhaltliche Schwierigkeit hinzuweisen: Die Auslegung des *Zustimmungsbegriffs als Rechtsgeschäft* im Sinne des jeweiligen innerstaatlichen Rechts kann dem Harmonisierungszweck der Markenrichtlinie insofern nicht gerecht werden, als zu bedenken ist, dass *einzelne Rechtsordnungen nicht etwa auf den erklärten, sondern auf den inhärenten Willen abstellen* (Anm: uH auf das französische Recht). Es liefe aber dem Angleichungszweck der Markenrichtlinie zuwider, wenn der Umfang des Markenschutzes hinsichtlich der Voraussetzungen einer Erschöpfung des Rechts der Marke letztlich von unterschiedlichen Auslegungsergebnissen in den nationalen Rechtsordnungen abhinge... Schließlich vermag eine rein an der Form der Zustimmung orientierte Auslegung auch nicht zu erklären, warum Artikel 7 Absatz 1 zwischen zwei Arten des Inverkehrbringens unterscheidet, wo doch gerade das Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst umso mehr seine Zustimmung voraussetzt...“

⁷⁹ Rz 58 ff.

⁸⁰ Rz 64.

⁸¹ Rz 73.

⁸² Rz 75.

⁸³ Rz 95 (Hervorhebung von mir).

Das nationale Gericht hat unter Beachtung dieser Aspekte des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, ob das Verhalten des Markeninhabers nach allen Umständen des Einzelfalls als Verzicht gedeutet werden kann.⁸⁴ – Dabei handelt es sich mA nach um nichts anderes, als um eine nach dem Gemeinschaftsrecht autonom bestimmte Vertrauenstheorie, nach der eine Willenserklärung objektiv zu verstehen ist und es ein vom Markeninhaber bei nachfolgenden Erwerbern hervorgerufenes Vertrauen zu schützen gilt.

E. Irrtumsrecht des ABGB als Vorbild für Principles of European Contract Law und Draft Common Frame of Reference

Die drei Fälle des § 871 ABGB⁸⁵ gelten gemeinhin als gelungene Konzeption,⁸⁶ um bloß – auch aus vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten heraus – eine eingeschränkte Anfechtung von Verträgen wegen Willensmängeln zu ermöglichen.⁸⁷

Die PECL folgen im Irrtumsrecht ebenfalls dem österreichischen Beispiel,⁸⁸ das dann auch in den Draft Common Frame of Reference (DCFR)^{89,90} Eingang fand: Art 4:103 Abs 1 lit a PECL und Art 7:201 DCFR lauten:

⁸⁴ Rz 99.

⁸⁵ Ein (wesentlicher) Irrtum berechtigt nur dann zur Vertragsanfechtung, wenn er entweder vom anderen veranlasst war, offenbar auffallen musste oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

⁸⁶ *Wellspacher* Das Naturrecht und das ABGB, in: ABGB-FS (1911) I 173, 196, der das Irrtumsrecht „als die legislative Großstat der österreichischen Kodifikation überhaupt“ bezeichnet. *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 410 bezeichnen sie als „originell“ und „rechtspolitisch sympathisch“; siehe auch schon *Zweigert* Irrtümer über den Irrtum, ZfRV 1966 14.

⁸⁷ Dazu umfassend rechtsvergleichend *Wittwer* (FN 3) 241 ff zum französischen, deutschen, schweizerischen, italienischen, niederländischen und englischen Irrtumsrecht und den einheitsprivatrechtlichen Lösungen.

⁸⁸ Die hier nicht näher dargestellten UP übernehmen ebenfalls in Art 3.5 die österreichische Konzeption; dazu *Wittwer* (FN) 259. Es ist zu vermuten, dass über diese UP eine fast gleichlautende Regelung in die PECL gelangte.

⁸⁹ Der Verfasser hat nur die Möglichkeit, auf die „Interim Outline Edition des Draft Common Frame of Reference“ (2008) zurückzugreifen. Verwiesen wird auf die einschlägigen, umfangreichen Publikationen im Sellier-Verlag (die „Full Edition“ umfasst sechs Bände, 2009).

⁹⁰ Zum DCFR bereits grundlegende und Detailfragen erörternd *Basedow* Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008 673 ff; *Laimer* Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung - Inhalte - Anwendung" - Ein Tagungsbericht, JBl 2008 605 ff; *Wagner* Vom akademischen zum politischen Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008 677 ff; *Pfeiffer* Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008 679 ff; *Huber* Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht, ZEuP 2008 708 ff; *Unberath* Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008 745 ff; *Armbriester* Das Versicherungsrecht

<p>Art 4:103 Abs 1 lit a) PECL:</p> <p>„(1) Eine Partei kann einen Vertrag wegen eines Tatsachen- oder Rechtsirrtums anfechten, wenn:</p> <p>(a)</p> <p>(i) der Irrtum durch Angaben der anderen Partei <i>hervorgerufen wurde</i>; oder</p> <p>(ii) die andere Partei <i>Kenntnis von dem Irrtum hatte</i> oder <i>haben musste</i> und es den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs widersprach, die irrende Partei in ihrem Irrtum zu belassen; oder</p> <p>(iii) die andere Partei <i>demselben Irrtum</i> unterlag, und</p> <p>[...]</p>	<p>7:201 DCFR: Mistake</p> <p>(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:</p> <p>(a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and</p> <p>(b) the other party;</p> <p>(i) <i>caused the mistake</i>;</p> <p>(ii) caused the contract to be concluded in mistake by <i>leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake</i>;</p> <p>(iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or</p> <p>(iv) <i>made the same mistake</i>. [...]</p>
---	--

Es ist ersichtlich, dass die Konzeption der PECL und auch des DCFR dem österreichischen Muster in § 871 ABGB folgen; sowohl vom veranlassten Irrtum (1. Fall des § 871 ABGB) als auch vom erkennbaren Irrtum (der 2. Fall des § 871 ABGB: offenbar auffallen musste) ist die Rede.

F. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (EuKR)⁹¹

Mittlerweile hat die Europäische Kommission nun am 10.11.2011 ein umfassendes Regelwerk für grenzüberschreitende Kaufverträge vorgelegt; damit kommen langjährige Bemühungen⁹² um ein Europäisches Vertragsrecht vorerst zu einem Abschluss.⁹³ Diese Regeln sind nicht zwingend auf internationale Kaufverträge innerhalb der EU anzuwenden. Vielmehr hat die Kommission ein optionales Instrument vorgelegt, das von den Parteien jeweils für anwendbar erklärt werden kann („Opt-In“). Damit soll ein Regelwerk entstehen, das neben die mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsordnungen tritt und diese ergänzt, aber nicht verdrängt.⁹⁴

Der Vorschlag für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht soll als EU-Verordnung in Kraft treten. Diese EU-Verordnung soll selbst bloß 16 Artikel beinhalten und in Anhang I *das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als Kodifikation* enthalten. Wesentlich ist nach Art 5 der VO, dass nur Kaufverträge (betreffend Waren; somit nicht den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB enthaltend) oder Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Verträge über verbundene Dienstleistungen erfasst sind. Nach Art 7 der VO soll das EuKR nur angewendet werden, wenn der Verkäufer Unternehmer ist. Bei Verträgen zwischen mehreren Unternehmen soll das EuKR nur anzuwenden sein, wenn mindestens einer dieser Personen ein kleines und mittleres Unternehmen (KMU) ist (das ist nach Art 7 Abs 2 der VO ein Unternehmer, der weniger als 250 Personen beschäftigt und einen Jahresumsatz von höchstens € 50 Mio oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens € 43 Mio hat). Nach Art 8 Abs 2 der VO ist es auch möglich, dass der Vertrag zwischen Unternehmer und einem Verbraucher angewendet werden kann; dies macht vor allem dann Sinn, um die sich aus Art 6 der Rom I-VO ergebende Vielschichtigkeit anwendbarer Rechtsordnungen bei Verbraucherverträgen zu vermeiden.

⁹¹ Anlässlich meines Vortrages am 10.6.2011 konnte ich dieses – optional einzubehaltende – Gemeinsame Europäische Kaufrecht (EuKR) im Vortrag noch nicht berücksichtigen, weil die Europäische Kommission diesen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht erst am 11.10.2011 veröffentlichte; Kom (2011) 635 endgültig, 2011/0284 (COD). Abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:DE:PDF>.

⁹² Die konkreten Bestrebungen der EU gehen auf den Aktionsplan vom 15.11.2001 zurück, der dann in ABI 2003 C 63/5 ff veröffentlicht wurde; dazu Wittwer (FN 3) 95 f.

⁹³ Petschko EU will einheitliches Kaufrecht zur Wahl stellen, Rechtspanorama 27.6.2011 15; Reding/Karas Einkauf nach Einheitsregeln in der ganzen EU, Die Presse 10.10.2011 15.

⁹⁴ Petschko aaO; Reding/Karas aaO.

Erforderlich ist, dass das in Anhang II des Europäischen Kaufrechts enthaltene Standardformblatt (zur Information des Verbrauchers) dem Verbraucher übermittelt wird und der Verbraucher ausdrücklich in dieses gemeinsame Europäische Kaufrecht einwilligt; die Erklärung muss gesondert von seiner Erklärung zum Vertragsschluss abgegeben werden.⁹⁵

Dieses (in Anhang I enthaltene) EuKRG selbst enthält 186 Artikel und ist in acht Teile gegliedert. Neben allgemeinen Regeln und Definitionen sind Regeln zu Vertragsschluss und Widerruf, Auslegung, Schadenersatz, Haftung für Mängel, Vertragsstrafen und Verjährung vorgesehen. Teil II (Art 13 bis 57) ist unter anderem wie folgt untergliedert: Kapitel 3 (Art 30 bis 39) enthält Vorschriften zum Vertragsschluss und Kapitel 5 (Art 48 bis 57) die Einigungs mängel; Kapitel 6 (Art 58 bis 65) regelt die Vertragsauslegung.

Die maßgeblichen Vorschriften zur Vertrauenstheorie (Auslegung von Verträgen) und zum Irrtumsrecht im EuKRG lauten wie folgt:

Artikel 48

Irrtum

1. Eine Partei kann einen Vertrag wegen eines bei Vertragsschluss vorhandenen Tatsachen- oder Rechtsirrtums anfechten, wenn
 - (a) diese Partei, wäre sie dem Irrtum nicht unterlegen, den Vertrag nicht oder nur mit grundlegend anderen Vertragsbestimmungen geschlossen hätte und die andere Partei dies wusste oder wissen musste, und
 - (b) die andere Partei
 - i) den Irrtum *verursacht* hat,
 - ii) den irrtumsbehafteten Vertragsschluss durch Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten nach Kapitel 2 Abschnitte 1 bis 4 verursacht hat,
 - iii) von dem Irrtum *wusste* oder *wissen musste* und den irrtumsbehafteten Vertragsschluss verursacht hat, indem sie nicht auf die einschlägigen Informationen hingewiesen hat, sofern sie nach dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs dazu verpflichtet gewesen wäre, oder
 - iv) demselben Irrtum unterlag.
2. Eine Partei kann einen Vertrag nicht wegen Irrtums anfechten, wenn das Risiko des Irrtums von dieser Partei übernommen wurde oder nach den Um-

⁹⁵ Bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr wird daher wohl zu fordern sein, dass ein „separates Häkchen“ anzuklicken ist und dem Verbraucher dann Anhang II (Standardinformationsblatt) übermittelt wird, weil Art 8 Abs 2 letzter Satz die Übermittlung auf einem dauerhaften Datenträger erfordert.

ständen von ihr getragen werden sollte.

3. Ein Fehler in der Verlautbarung oder Übermittlung einer Erklärung ist als Irrtum der Person anzusehen, die die Erklärung abgegeben oder übersandt hat.

Artikel 58

Allgemeine Regeln zur Auslegung von Verträgen

1. Ein Vertrag wird nach dem gemeinsamen Willen der Parteien ausgelegt, auch wenn dieser nicht mit der normalen Bedeutung der im Vertrag verwendeten Ausdrücke übereinstimmt.
2. Wenn eine Partei einen im Vertrag verwendeten Ausdruck in einem bestimmten Sinne verstanden wissen wollte und dies der anderen Partei bei Vertragsschluss bewusst war oder hätte bewusst sein müssen, wird der Vertrag so ausgelegt, wie die erste Partei ihn verstanden wissen wollte.
3. Sofern die Absätze 1 und 2 nicht anders bestimmen, ist der Vertrag in dem Sinne auszulegen, den ihm eine *vernünftige Person* geben würde.

Artikel 59

Erhebliche Umstände

Bei der Auslegung des Vertrags können insbesondere berücksichtigt werden:

- a) die Umstände, unter denen er geschlossen wurde, einschließlich der vorausgegangenen Verhandlungen,
- b) das Verhalten der Parteien – auch nach Vertragsschluss,
- c) die Auslegung, die von den Parteien bereits denselben oder ähnlichen Ausdrücken wie den im Vertrag verwendeten gegeben wurde,
- d) Gebräuche, die von Parteien, die sich in der gleichen Situation befinden, als allgemein anwendbar angesehen würden,
- e) Gepflogenheiten, die zwischen den Parteien entstanden sind,
- f) die Bedeutung, die Ausdrücken in dem betreffenden Tätigkeitsbereich gewöhnlich gegeben wird,
- g) die Natur und den Zweck des Vertrags und
- h) das Gebot von *Treu und Glauben* und des *redlichen Geschäftsverkehrs*.

Artikel 60**Auslegung im Lichte des gesamten Vertrags**

In einem Vertrag verwendete Ausdrücke sind im Lichte des gesamten Vertrags auszulegen.

G. Resümee

Somit ist ein gewisser Einfluss des österreichischen Vertragsrechts – teilweise ausdrücklich belegt, teilweise wird nicht ausdrücklich Bezug genommen – auf das Europäische Vertragsrecht nachweisbar. Zum einen hat als erstes Gesetzbuch in Europa das ABGB die Vertrauenstheorie kodifiziert und wird diese von österreichischen Gerichten konsequent judiziert. Erst nach und nach haben andere Kodifikationen in Europa dieses System übernommen; bisweilen ist dies – etwa in Frankreich – nach wie vor nicht der Fall. Die Vertrauenstheorie (Isd österreichischen Verständnisses) ist bereits in der Rechtsprechung des EuGH und voraussichtlich im zukünftigen Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht verankert.

Das eigentümliche österreichische Irrtumsrecht (insbesondere die drei Fälle des § 871 ABGB) gelten gemeinhin als rechtpolitisch gelungene Lösung.⁹⁶ Keine andere Kodifikation konnte zuvor diese drei einschränkenden Tatbestandsmerkmale, weshalb erfreulich ist, dass zumindest auch das Europäische Vertragsrecht – zunächst die PECL und auch der Draft Common Frame of Reference und dann letztlich sogar der Entwurf des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – zumindest zwei dieser Anfechtungstatbestände übernehmen.

Somit ist der zum „200jährigen-Jubiläum“ des ABGB geäußerten Meinung *Kodek*,⁹⁷ – gegenüber jener von *Posch*⁹⁸ – der Vorzug zu geben und ein europäisches Wirken des ABGB (jedenfalls im Vertragsrecht) zu attestieren.

⁹⁶ Vgl nur FN 86.

⁹⁷ Siehe FN 7.

⁹⁸ Siehe FN 6.

Literaturliste

- Armbriester* (2008) Das Versicherungsrecht im Common Frame of Reference, ZEuP 2008 775 ff.
- Apathy* in Schwimann V, Rz 1 zu § 863 ABGB.
- Bangemann* (1994) Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZEuP 1994 377 f.
- Barta* (1999) Begrüßung und Einführung, in: Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg) Naturrecht und Privatrechtskodifikation.
- Basedow* Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008 673 ff.
- Czernich* (1999) Der lange Weg zu einer gemeinsamen europäischen Privatrechtsordnung, in: Die Presse, 7.6.1999.
- Csoklich* (2010) Verträge mit Rechtsberatern nach dem DCFR, RdW 2010 447.
- Bénabent* (2001) Droit Civil. Les obligations⁸.
- Coing* (1985) Europäisches Privatrecht I.
- Coing* (1989) Europäisches Privatrecht II.
- Gandolfi* (2001) Code Europeen des Contrats, Avant-Projet, Livre Premier.
- Gandolfi* (2002) Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, ZEuP 2002 1 ff.
- Grundmann* Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts (2004).
- Grundmann* (1999) Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte.
- Hattenbauer* (1973) Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften.
- Huber* (2008) Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht, ZEuP 2008 708 ff.
- Kieninger* (2010) Das Abtretungsrecht des DCFR, ZEuP 2010 724 ff.
- Kodek* (2011) 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – das ABGB im Wandel der Zeit, ÖJZ 2011/54 490 ff.
- Kötz* (1996) Europäisches Vertragsrecht (1996).
- Kötz* (1981) Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: FS Zweigert (1981) 486 f.
- Kötz* (1986) Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986) 5.
- Kramer* (1972) Grundfragen der vertraglichen Einigung, Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts.
- Laimer* (2008) Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung - Inhalte - Anwendung - Ein Tagungsbericht, JBL 2008 605 ff.
- Lando/Beale (Hg)* (1995) The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non Performance and Remedies (1995) note 2a zu Art 2:102.
- Macdonald* (2009) Transnational Secured Transactions Reform: Book IX of the Draft Common Frame of Reference in Perspective, ZEuP 2009 745 ff.
- Martini* (1784) Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts, Zweyter Band, welcher den praktischen Theil des Naturrechts enthält.
- Müller-Graff* (1993) Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993 13 ff.
- Ofner* (1889) Der Ur-Entwurf und die Berathungs=Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1889) II 8, § 7.
- Petschko* (2011) EU will einheitliches Kaufrecht zur Wahl stellen, Rechtspanorama 27.6.2011 15.
- Pfeiffer* (2008) Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008 679 ff.
- Posch* (2010) Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010 40.
- Pound* (1954) The Role of the Will in the Law, Harvard Law Review 68 (1954).
- Rauscher (Hg)* (2011) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR).
- Reding/Karus* (2011) Einkauf nach Einheitsregeln in der ganzen EU, Die Presse 10.10.2011 15.
- Rummel* in Rummel I, Rz 1 zu § 863 ABGB.
- Schermaier* (2000) Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB.
- Schermaier* (1998) Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts, ZEuP 1998 68 ff.
- Schlechtriem* (2002) Wandlungen des Schuldrechts in Europa – wozu und wohin, ZEuP 2002 213.
- Schmidt-Kessel* (2008) in Schlechtriem/Schwenzer, CISG⁵ [2008], insbes Rz 19 ff zu Art 8.
- Stabentheiner* (2011) Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht, Zak 2011 246 ff.
- Treitel* (2007) The Law of Contract¹².

- Unberath* (2008) Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008 745 ff.
- Wagner* (2008) Vom akademischen zum politischen Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008 677 ff.
- Wellspacher* (1911) Das Naturrecht und das ABGB, in: ABGB-FS (1911) I.
- Wesener* in Forschungsband *Zeiller*.
- Wesener* (1984) Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB, ZNR 1984 129.
- Wieacker* (1974) Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: FS *Welzel*.
- Wittwer* (2004) Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht. Eine rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Studie zum europäischen Vertragsrecht aus österreichischer Sicht.
- Wolf* Willensmängel in einem europäischen Vertragsrecht, in: *Basdedow* (Hg), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000).
- Zeiller* (1812) Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie III/1.
- Zeiller* (1819) Das natürliche Privatrecht³.
- Zeiller* Abhandlung über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (Wien, 1816 – 1820), neu herausgegeben von *Brauneder W.* (Manz, Wien, 1986).
- Zweigert/ Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996).
- Zweigert* Irrtümer über den Irrtum, ZfRV 1966 14.

RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Kaufmann & Thurnher Rechtsanwälte GmbH (in Dornbirn und Ulm) und Lehrbeauftragter an der FH Vorarlberg und der Universität St. Gallen HSG.
Schulgasse 7
6850 Dornbirn
alexander.wittwer@ktg.at

Caroline Voithofer

Rechtssoziologie, -tatsachenforschung und -philosophie in den österreichischen Studienplänen

Die Diskussion zur Jurist_inn_enausbildung im Rahmen der Tagung hat ergeben, dass inter- und transdisziplinären Fragestellungen wieder mehr Aufmerksamkeit zukommen sollte. Dies nicht zuletzt deswegen, weil die tägliche juristische Arbeit nicht allein aus der Lösung rechtsdogmatischer Fragestellungen besteht, sondern es darum geht, Konflikte zu lösen. Für Richter_innen und Anwält_inn_e_n ist es selbstverständlich, dass ihnen etwa psychologische Kenntnisse ihre Arbeit erleichtern. Die Verbindungslien zu den Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft sollten den angehenden Jurist_inn_en während ihrer Ausbildung in der Lehre ständig verdeutlicht werden. Empirisch arbeitende Jurist_inn_en bräuchten zudem eine Möglichkeit, sich über den aktuellen Stand empirischer Forschungsmethoden am laufenden halten zu können.¹ Dass es empirische Studien braucht, um die Bedeutung und die Wirkungen von Rechtsnormen zu erkennen, steht außer Frage. Ebenso, dass dieses Feld nicht allein den Soziolog_inn_en überlassen werden kann. Wie Rechtssoziologie, Rechtstatsachenforschung und Rechtsphilosophie in den aktuell geltenden österreichischen Studienplänen² verankert sind, habe ich auf den folgenden Seiten zusammengefasst.³

A. Bachelor-, Master- und PhD-Studien

Derzeit können Studienanfänger_innen „des“ Wirtschaftsrechts an den Universitäten in Linz,⁴ Salzburg,⁵ Klagenfurt,⁶ an der WU Wien⁷ und am

¹ Ein erster Schritt dazu hat in Innsbruck in der Zwischenzeit stattgefunden. So wird seit dem SoSe 2012 ein Kurs zur empirischen Analyse der Rechtswirklichkeit von Magdalena Flatscher-Thöni und mir abgehalten.

² Dabei habe ich jedoch nur jene Studienpläne berücksichtigt, die für Studienanfänger_innen gelten. Durch die Darstellung kann jedoch noch nichts darüber ausgesagt werden, inwieweit in den übrigen Fächern Bezüge zu den genannten Fächern hergestellt sind.

³ Dieser Teil meines Beitrags ist in ähnlicher Form aus Anlass des zweiten gemeinsamen Kongresses der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen „Der Kampf ums Recht“ in juridikum (2011) 287-290 erschienen.

Grundlegend zur Rechtssoziologie in der Jurist_inn_enausbildung: Raiser Beiträge zur Rechtssoziologie (2011) 307-318.

⁴ MBI 29.6.2011 27/2011 Pkt 231.

⁵ MBI 29.6.2011 62/2010/11.

Management Center Innsbruck⁸ ein Bachelorstudium beginnen. Keiner der Studienpläne sieht Rechtssoziologie, -tatsachen-forschung oder -philosophie vor. An der Universität Klagenfurt besteht aber die Möglichkeit Soziologie und Betriebssoziologie zu belegen.⁹ Auch die sechs in Österreich existierenden Masterstudien und das PhD-Studium des Wirtschaftsrechts der WU Wien schließt man ohne rechtssoziologische oder -philosophische Ausbildung ab.¹⁰

B. Diplomstudien

Die Möglichkeiten im traditionellen Diplomstudium „Rechtswissenschaften“ habe ich in der folgenden Tabelle zusammengefasst:

Standort	Fach	Pflichtfach, Umfang	Wahlfach, Umfang	Diplomarbeit möglich?
Uni Salzburg ¹¹	RS	„Rechtssoziologie“ min 3 ECTS		ja
	RPhil	„Einführung in die Rechtsphilosophie“ 2 SWS/3 ECTS; „Rechtsphilosophie-Vertiefung“ 2 SWS/5 ECTS	„Rechtsphilosophie-Vertiefung“ min 3 ECTS	ja

⁶ MBI 4.6.2008 18/2007/08.

⁷

http://www.wu.ac.at/students/linksdownloads/download/studienplaene/ba_dt_curr_wire_18.05.11.pdf; 21.8.2011.

⁸ <http://www.mci.edu/de/home/dokumentenverwaltung/category/4-management-recht?download=4%3Astudienplan>; 21.8.2011.

⁹ MBI 4.6.2008 18/2007/08.

¹⁰ „Recht und Wirtschaft für TechnikerInnen“, Uni Linz, MBI 16.08.2005 46/2004/05; „Steuerwissenschaften“, Uni Linz, MBI 17.11.2010 48/2010 Pkt 426; „IT-Recht & Management“, FH Joanneum Graz, http://www.fh-joanneum.at/aw/home/Studienangebot_Uebersicht_fachbereich_information_design_technologien/irm/Studium/~bmf/Studienplan/_plan=de 21.8.2011; „Wirtschaftsrecht“, WU Wien

http://www.wu.ac.at/students/linksdownloads/download/studienplaene/ma_dt_curr_wire_2009_30.06.10.pdf 21.8.2011; „Wirtschaft und Recht“, Privatuniversität Krems http://www.donau-uni.ac.at/de/studium/wirtschaft_recht/index.php 21.8.2011; „Recht und Wirtschaft“, Uni Salzburg MBI 24.6.2011 62/2007/08.

PhD „Wirtschaftsrecht“, WU Wien

http://www.wu.ac.at/students/linksdownloads/download/studienplaene/dok_dt_curr_wire_3j_2009.pdf 21.8.2011.

¹¹ MBI 29.6.2011 63/2010/11.

Standort	Fach	Pflichtfach, Umfang	Wahlfach, Umfang	Diplomarbeit möglich?
Uni Graz ¹²	RS	„Soziologie“ 2 SWS/3-5 ECTS ¹³	„Soziologie“ 2 SWS/3-5 ECTS	ja
	RPhil		„Rechts- und Sozialphilosophie“ 2 SWS/3-5 ECTS	ja
Uni Wien ¹⁴	RS		„Rechtssoziologie“ ¹⁵ „Strafjustiz und Kriminalwissenschaften“ ¹⁶	„Strafjustiz und Kriminalwissenschaften“
	RPhil	„Einführung in die Rechtsphilosophie“ 2 SWS	Rechtsphilosophie, -ethik und Methodenlehre ¹⁷	ja
Uni Linz ¹⁸	RS		„Kriminologie/abweichendes Verhalten“ 2 SWS/4 ECTS ¹⁹	nein
	RPhil		„Rechtsphilosophie“ 2 SWS/4 ECTS und SE 1 SWS/2 ECTS ²⁰	ja
Uni Innsbruck ²¹	RS		„Rechtssoziologie“ min 2 SWS/4 ECTS „Rechtstatsachenforschung“ 2 SWS/4 ECTS; „Kriminologie“ 1 SWS/2 ECTS ²²	nein
	RPhil	„Rechtsphilosophie“ 4 ECTS		ja

Tabelle 11: Rechtssoziologie -tatsachenforschung und -philosophie in den Diplomstudien

¹² MBL 20.4.2011 29a/2010/11.¹³ Falls die Spezialisierung auf „Politik und Gesellschaft“ erfolgt.¹⁴ MBL 2006/202http://studentpoint.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/studentpoint_2011/studienplaene/101.pdf 21.8.2011.¹⁵ Falls die „Wahlfachgruppe I“ gewählt wird. Die gesamte Wahlfachgruppe umfasst 12 SWS/18 ECTS.¹⁶ Falls die Wahlfachgruppe II: gewählt wird. Die gesamte Wahlfachgruppe umfasst 12 SWS/18 ECTS.¹⁷ Falls die „Wahlfachgruppe I“ gewählt wird. Die gesamte Wahlfachgruppe umfasst 12 SWS/18 ECTS.¹⁸ MBL 29.6.2011 27/2011 Pkt 229.¹⁹ Falls der Studienschwerpunkt „Strafrecht“ gewählt wird.²⁰ Falls der Studienschwerpunkt „Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung“ gewählt wird oder im Rahmen der freien Wahlfächer.²¹ MBL 19.7.2001 38/2000/01.²² Falls der Wahlfachkorb „Justiz“ gewählt wird.

An der Universität Innsbruck wird neben dem traditionellen Diplomstudium auch noch Wirtschaftsrecht²³ und das „Integrierte Diplomstudium der Rechtswissenschaften“²⁴ angeboten. Dieses Wirtschaftsrechtsstudium wird ohne Rechtssoziologie, -tatsachenforschung oder -philosophie abgeschlossen. Im „Integrierten Diplomstudium“, das die Ausbildung im Italienischen Recht umfasst, ist Kriminologie Teil der Strafrechtsprüfung und Rechtsphilosophie ein Pflichtfach (2 SWS/4 ECTS). Eine rechtsphilosophische Diplomarbeit kann jedoch nicht verfasst werden.

C. Doktoratsstudien

Eine rechtsphilosophische Dissertation lässt sich mit dem Wortlaut der Studienpläne aller Universitäten vereinbaren.²⁵ Rechtssoziologische Dissertationen sind überall außer in Innsbruck möglich. Die zu absolvierenden Lehrveranstaltungen richten sich primär nach dem Dissertationsfach. In jedem Fall können Studierende in Wien und Salzburg sowohl rechtssoziologische als auch -philosophische Lehrveranstaltungen besuchen. In Linz beschränkt sich diese Wahlmöglichkeit auf Rechtsphilosophie.

D. Fazit

Insgesamt ist die Rechtsphilosophie stärker als die Rechtssoziologie und -tatsachenforschung in den Studienplänen verankert. Wirtschaftsjurist_inn_en können auf beides anscheinend gänzlich verzichten. Und wer sich in beiden Fächern vertiefen möchte, muss den österreichischen rechtswissenschaftlichen Fakultäten den Rücken kehren oder Autodidakt_in sein.

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Telefon: +43[0]512-507 81 DW 13

caroline.voithofer@uibk.ac.at

²³ MBI 25.6.2003 30/2002/03.

²⁴ MBI 16.8.2005 46/2004/05.

²⁵ Graz: MBI 8.7.2009 41/2008/2009; Salzburg: MBI 10.6.2009 46/2008/09; Wien: MBI 11.5.2009 22/2008/2009; Linz: MBI 17.6.2009 28/2009 Pkt 243; Innsbruck: MBI 22.4.2009 70/2008/09.

Tabellen

Tabelle 1: Variablen im Überblick	33
Tabelle 2: Korrelationskoeffizienten, Mittelwerte (M) und Standardabweichungen (SD) der verwendeten Variablen; * p<0,01; N = 139	36
Tabelle 3: Regressionsmodelle für die Zivilprozessrate; b = Regressionskoeffizienten; SE = Standardfehler; beta = standardisierte Regressionskoeffizienten; +p<0,1; *p<0,05; **p<0,01	39
Tabelle 4: Regressionsmodelle für die Zivilprozessrate; b = Regressionskoeffizienten; SE = Standardfehler; beta = standardisierte Regressionskoeffizienten; +p<0,1; *p<0,05; **p<0,01	41
Tabelle 5: Deskriptive Statistik.....	115
Tabelle 6: Schätzergebnisse - Abhängige Variable: Log Schmerzengeld (in 2005 EURO)	117
Tabelle 7: Schätzergebnisse Per Diem und Lump Sum - Abhängige Variable: Log Schmerzengeld (in 2005 EURO) Schätzergebnisse - Abhängige Variable: Log Schmerzengeld (in 2005 EURO)	119
Tabelle 8: Darstellung der Schweregrade der Verletzungen gemäß der National Association of Insurance Comissionar (NAIC) Skala.....	124
Tabelle 9: Entwicklung der Verfahrenshilfen in Österreich (absolut) 1980-2010.....	138
Tabelle 10: Eigentumswohnungen und ihr durchschnittlicher Wohnungsaufwand 2010	179
Tabelle 11: Rechtssoziologie -tatsachenforschung und -philosophie in den Diplomstudien	212

Abbildungen

Abbildung 1: Entwicklung angefallener Zivilverfahren nach Verfahrensarten; indexiert (2005 = 100); Datenquelle: Statistik Austria, Statistische Jahrbücher	35
Abbildung 2: Streudiagramme des Zusammenhangs zwischen der Zivilprozessrate und den Raten für Notstandshilfe (links) und Exekutionsverfahren (rechts)	377
Abbildung 3: Histogramm mit Dichte- und Normalverteilungskurve (gestrichelte Linie) für die Zivilprozessrate	38
Abbildung 4: Zivilverfahrensrate im regionalen Vergleich (farbliche Abstufung nach Quantilen)	39
Abbildung 5: Multivariates Streudiagramm mit Beschriftung ausgewählter Fälle; BRP = Bruttoregionalprodukt	41
Abbildung 6: Verhältnis von Exekutions- und bezirksgerichtlichen Zivilverfahren im regionalen Vergleich (farbliche Abstufung nach Quantilen)	42
Abbildung 7: Beteiligte am Projekt ADEL	57
Abbildung 8: Entwicklung Sachwalterschaften	58
Abbildung 9: Demographische Entwicklung	59
Abbildung 10: Öffentliche Kosten	61
Abbildung 11: Entwicklung der Verfahrenshilfe in Österreich (absolut)	139
Abbildung 12: Histogramm mit Dichte- und Normalverteilungskurve (gestrichelte Linie) für die Zivilprozessrate	140
Abbildung 13: Verhältnis Verfahrenshilfe Strafrecht zu Zivilrecht in Österreich	141
Abbildung 14: Anzahl Verfahrenshilfe pro Rechtsanwalt und Jahr	142
Abbildung 15: Entwicklung Verfahrenshilfe relativ zum Verfahrensanfall in Strafverfahren	143
Abbildung 16: Entwicklung Verfahrenshilfe relativ zu Verfahrensanfall in Zivilverfahren (inklusive Mahnsachen)	145
Abbildung 17: Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut I	152
Abbildung 18: Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut II	153
Abbildung 19: Verfahrenshilfe und Kennzahlen der Armut III: Armutsgefährdungsquote Österreich nach ECHP/EU-SILC	155
Abbildung 20: Verfahrenshilfen im Bundesländervergleich 2010 I: Verhältnis Strafverfahren zu Zivilverfahren	158
Abbildung 21: Verfahrenshilfen im Bundesländervergleich 2010 II: Anzahl Verfahrenshilfe pro Anwalt	159
Abbildung 22: Verfahrenshilfe im Bundesländervergleich 2010 III: Anzahl Verfahrenshilfe pro Einwohner	160
Abbildung 23: Verfahrenshilfe im Bundesländervergleich 2009 IV: Armutsgefährdung im Verhältnis zu Verfahrenshilfbestellungen pro Einwohner	161
Abbildung 24: Verfahrenshilfe im Bundesländervergleich 2010 V: verzeichnete Kosten pro Verfahrenshilfe	162

Abbildung 25: Verteilung der Verfahrenshilfen in Strafsachen nach Verfahrensgattung für Vorarlberg 2010.....	164
Abbildung 26: Verteilung der Zivilverfahrenshilfen nach Materien (detailliert) in Vorarlberg 2010	165
Abbildung 27: Aufteilung der Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg nach Verfahrensgattungen 2010 (Nc Fälle ohne Gegenstand hochgerechnet)	166
Abbildung 28: Verhältnis Verfahrenshilfen in Ehescheidungssachen zu streitigen Ehescheidungen in Vorarlberg 2010 (Nc Fälle hochgerechnet)	167
Abbildung 29: Zivilverfahrenshilfen in Vorarlberg mit/ohne Anwaltszwang 2010 (Annahme: Geldforderungen jeweils Anwaltszwang, Nc Fälle ohne Gegenstand hochgerechnet)	168
Abbildung 30: Konfliktfelder im Wohnungseigentum	180
Abbildung 31: Wohnungseigentum: Zusammenhang zwischen Verfügungsmacht und Haftung.....	182
Abbildung 32: Wohnungseigentumsvertrag	185
Abbildung 33: Eigentümergemeinschaft und Interessen	186

Normen und Stichworte

ABGB

§ 7 ABGB	50
§ 16 ABGB	52, 70, 101
§ 17 ABGB	101
§ 19 ABGB	123
§ 21 ABGB	61
§ 44 ABGB	48, 49
§ 91 aF ABGB	47
§ 96 ABGB	62
§ 273 ABGB idF 1811	60
§ 279 ABGB	61
§ 280 ABGB	63
§§ 284b bis 284e ABGB	59, 62
§ 816 ABGB	100
§ 817 ABGB	100
§ 861 ABGB	197
§ 863 ABGB	194, 197
§ 871 ABGB	200, 205
§ 879 ABGB	52
§ 881 ABGB	76
§ 914 ABGB	78
§ 1009 ABGB	179, 182
§ 1042 ABGB	83
§ 1325 ABGB	108, 110
§ 1358 ABGB	84
§ 1422 ABGB	84
Entwurf Horten	190, 192
Entwurf Martini	193, 194
Urentwurf	194
AHG	80
AGO 1781	125
Außerstreitgesetzes 2003	97
BGB	14
§ 1903 BGB	63
Bonner Grundgesetz	99
Bundesbetreuungsgesetz	67

B-VG

Art 7 B-VG	124
Art 15a B-VG	68
CISG	196
DCFR	200
Ehegesetz § 55a	171
EMRK	60, 63
Art 2 EMRK	69
Art 3 EMRK	69, 102
Art 5 EMRK	64
Art 6 EMRK	124, 169
Art 14 EMRK	124
EO § 52	166
Europäisches Kaufrecht	202
Europäisches Vertrags- und Privatrecht	188
Gerichtsinstruktion 1785	87, 91
HeimAufG	64
JN § 92a	31
KSchG §§ 27b bis 27i	73
Patientenverfügungs-Gesetz 2006	96
PECL	196
RAO	
§ 45 RAO	158
§ 46 RAO	140
Sozialhilfegesetz	79
StGG Art 2	124
StPO § 61	128
SWRÄG	61, 96
UbG	64
UN-Behindertenrechtskonvention	63
UNIDROIT	196
UP	196
Verfahrenshilfegesetz 1973	126
WEG	177

§ 2 WEG	179, 180, 185	Canstein Raban	94
§ 3 WEG	183	contra legem Interpretationen	47
§ 19 WEG	181, 179	Dauerschaden	109, 112, 114, 116, 118
§ 20 WEG	181, 185	Dauerverletzungen	116
§ 28 WEG	179, 180, 181	Derogation materiell	49
§ 29 WEG	179, 180, 181	Deutsch-Kenntnisse	169
§ 30 WEG	181	Dolmetscher	169
WGGB § 29	101	Durkheim Emile	28
ZPO		Ehe Wesensmerkmale	48
§ 27 ZPO	132	Ehescheidungen	164
§ 63 ZPO	125, 128, 145	Ehrlich Eugen	15, 19, 24, 27, 45
§ 64 ZPO	128	Eigentümergemeinschaft	179, 185
§ 72 Abs 2 ZPO	146	Eigentumswohnung	
§ 273 ZPO	108, 110	Aufwand für	178
ADEL	55	Bestand an	177
Anwaltsdichte	31	Einantwortungsbeschluss	98
Anwaltszwang	132, 141	Einkommen	58
Arithmetik politische	28	Entstehung von Recht	15
Armenrecht	125	Entwurf Horten	190, 192
Armut	148, 149, 154	Entwurf Martini	193, 194
Ausgleichsfunktion	108	Erblässer	96
Auslegung	48	Europäisches Kaufrecht	202
Auslegungsregel	192	Europäisches Vertrags- und	
Barockzeit	93	Privatrecht	188
Beartungsangebote	173	europäisches Vertragsrecht	188
Bedeutungswandel		Exekutionsverfahren	34, 35, 40
von Begriffen	49	Familienstrukturen	58
Begriffsjurisprudenz	15, 17	Fiskalgeltung der Grundrechte	67
Behinderung	57	Flüchtling	67
Beidtel Carl	94	Flüchtlingsbetreuung	69
Bemessungshilfe	107, 109, 110	Flüchtlingsbetreuungsvertrag	78
Betreuung	75	Flüchtlingsheim	72, 82
Betreuungsleistungen	67	Fragebogen	103
Betreuungsrecht	58	Freiheitsbeschränkungen	64
Bewertung monetär	106	Gegenseitigkeit	23
Bewertungsschritte	108	Geltung von Recht	15
Bewilligungsquoten	131	genderneutral	118
Blankenburg	30	Generalklausel	52

Genugtuung	108	Lückenschließung	50
Gerechtigkeit	106, 118, 120	Lump Sum...	107, 109, 110, 111, 116
Gerichtskosten	125	Macaulay Stewart.....	24
Geschäftsfähigkeit	57	Macht	
Geschlecht des Verletzten.....	109	im Wohnungseigentum.....	178
Gleichheitssatz	124	Wohnungseigentum	181
Globalisierung	17, 22	Martini Karl Anton von	192
Grundversorgung.....	80	Mayr Peter	28
Grundversorgungsleistung	78	Menschenwürde	99, 102
Handlungsfähigkeit.....	96	Metaanalyse	106
Handschrift.....	93	Mikrozensus.....	177
Harmonisierung	188	Mindestsicherung	57, 68
Hauptverfahren.....	142	MiniuSSI.....	91
Hausordnung.....	76	Miteigentümergemeinschaft	179
Heimanwaltschaft	72, 85	Mittelalter	93
historische Rechtsschule	17	Monetarisierungshilfe	109
Hofdekret.....	89	Moralstatistik	29
Inputanalyse.....	107	Naturecht	17, 125, 190
Intensität der Schmerzen.....	109	Notstandshilfe	41, 150
Interesse rechtlich geschützt	15	Nußbaum Arthur	14
Interessenjurisprudenz	17	Nutzenfunktion	106
Irrtumslehre	190	Nutzenniveau	106
Irrtumsrecht.....	187	ökonomischen Analyse	
Jhering Rudolf v.....	15	des Rechts	17
Justizverwaltung	29	Ost-West-Gefälle	40
Kees Franz G. von	94	Outputanalyse	107
Klein Franz	34	pacta sunt servanda	23
Kompensation monetär.....	106	Palliativmedizin	99
Konfliktfeld		Parteiwillen	192
Wohnungseigentum	178	Pauschalzuspruch	107
Kontrahierungzwang	81	Per Diem	107, 109, 110, 111, 116
Körperverletzung	106	Persönlichkeitsrechte	101
Kriminalstatistik	27	Pflegebedürftigkeit	57
Law & Society Association.....	18	Pflegegeld	57
law in action	27, 45, 59, 61	Pflegschaftssachen	145
law in books.....	27, 45, 59, 61	Privatautonomie	51, 58, 82
Lebensqualität	108, 117	psychische Krankheit	57
veränderte	106	Punitive Damages	108
letztwillige Verfügung	96	Recht	

dispositiv.....	19, 52
lebend.....	19, 24, 27, 45
subjektiv.....	15, 67
tot.....	46, 103
Rechtsanwendung.....	46
Rechtsbegriff.....	45
unbestimmt.....	52
Rechtsgrundsätze.....	50
Rechtskultur lokal.....	32
Rechtsmittel.....	90
rechtsökonomisch.....	106
Rechtspluralismus.....	16
Rechtsprinzip.....	23, 26
Rechtsquelle sekundär.....	110
Rechtsrealismus.....	17
Rechtsvergleichung.....	21, 24
Rechtsweggarantie.....	124
Regressionsanalyse.....	32, 113
Regressionsergebnisse.....	116
Renner Karl.....	27
Richterrecht.....	24
Sachwalterrecht.....	58
Sachwalterschaft.....	29, 55
Sanktion.....	28
Savigny Friedrich Carl v.....	14, 188
Schadenersatzanspruch.....	74, 78
Schmerzengeld.....	106, 116
Höhe.....	116
Tabelle.....	107, 109, 118
Zuspruch.....	106, 111, 118
Schmerzintensität.....	112, 116, 118
Schmerztage.....	109, 110, 118
Schmerzzustand.....	112
Schutzbüroschriften.....	25
Schweregrad der Verletzung.....	109, 112, 118
sedes materiae.....	125, 128
Selbstbestimmung.....	58, 96
Selbsthilfe.....	124
Sitten gute.....	23
Sozialhilfe.....	32, 57, 68, 148
Sozialsteuerung.....	17
sozio-ökonomische Merkmale...	117
Spruchpraxis.....	108, 109, 111
Spruchverhalten.....	107
Statistik der Rechtspflege.....	129
Strafe.....	28
Strafverfahrenshilfe.....	138
Testament.....	96, 100
Testamenterrichtung.....	96
Testamentsvollstrecker.....	101
Textverarbeitung.....	93
Thibaut.....	188
Tod.....	96
Transkription.....	92
Unterbringung.....	74
Unterhalt notdürftig.....	127
Urentwurf.....	194
Verbraucherpreisindex.....	152
Verfahren zivilgerichtlich.....	106
Verfahrensgegenstand.....	163
Verfahrenshelfer.....	139, 142, 161, 171
Verfahrenshilfe.....	123, 130, 133, 143
Verfahrenshilfestatistik.....	129, 130, 132
Verfügungsmacht	
Wohnungseigentum.....	180
Verhaltensnormen.....	21
Verhandlungsmacht.....	25
Verlassenschaftsverfahren.....	98
Verletzungsausprägungen.....	118
Vermögen.....	58
Vernunftrecht.....	14
Verpflegung.....	75
Verrechtlichung.....	154
Versorgungsstrukturen.....	57
Verteidiger.....	128

Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter	77	Wieacker	94
Vertrag zu Gunsten Dritter	76	Willenstheorie	190
Vertragsfreiheit	22, 51	Wirkungskraft des ABGB	187
Vertragsrecht		Wohnungseigentumsvertrag	183
englisch	195	Wollschläger	30
international	25	Wortlautinterpretation	47
Vertrauensdoktrin	197	Würde	81
Vertrauenstheorie	187, 193, 205	Zeiler Franz von	94, 125
im Gemeinschaftsrecht	200	Ziviljustizstatistik	30
objektiv	196	Zivilprozessdichte	37
Vertretungzwang	155	Zivilprozesshäufigkeiten	27
Verwalter	179, 186	Zivilrecht europäisch	189
Verwaltervollmacht	181	Zivilverfahren	40, 142
Verwaltungsvertrag	184	bezirksgerichtlich	33
Verwendungsanspruch	83	Gerichtshofzuständigkeit	33
Vorsorgebevollmächtigter	57	Zivilverfahrenshilfen	139
Vorsorgevollmacht	97	Zivilverfahrensrate	32
Vorverständnis	49	Zivilverfahrensstatistik	27
Wertjurisprudenz	17	Zuspruchshöhe	120
		Zwang	82

Autorinnen und Autoren

Univ.-Prof. Dr. Heinz Barta
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
E-Mail: Heinz.Barta@uibk.ac.at
Homepage: <http://www.rechtstatsachenforschung.at/>

Ass.-Prof. ⁱⁿ Dr. ⁱⁿ Magdalena Flatscher-Thöni
Department für Human- u. Wirtschaftswissenschaften
UMIT – Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und
Technik, EWZ I
6060 Hall in Tirol
E-Mail: magdalena.thoeni@umit.at

Dr. MA Walter Fuchs
Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
Museumstrasse 5/12
A-1070 Wien
E-Mail: walter.fuchs@irks.at

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner
Innsbrucker Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
E-Mail: Michael.Ganner@uibk.ac.at
Homepage: <http://www.rechtstatsachenforschung.at/>

Ass.-Prof. ⁱⁿ Dr. ⁱⁿ Andrea Leiter
Institut für Wirtschaftstheorie, -politik und -geschichte
Universität Innsbruck
Universitätsstraße 15,
6020 Innsbruck
E-Mail: andrea.leiter@uibk.ac.at

RA MMag. Josef R. Lercher
Sutterlüty - Klagian - Brändle - Lercher
Rechtsanwälte Partnerschaft
Dornbirn/Wien
E-Mail: lercher@skbl.at

Josef Mentschl
E-Mail: josef.mentschl@a1.net

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Monika Niedermayr
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
E-Mail: Monika.Niedermayr@uibk.ac.at

em. o. Univ.-Prof. Dr. Thomas Raiser
Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
D-10099 Berlin
E-Mail: thomas.raiser@rewi.hu-berlin.de

Dr.ⁱⁿ med. Mag.^a iur. Claudia Rath
Fronhausen 388
6414 Mieming
E-Mail: Claudia.Rath@student.uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Derya Trentinaglia
E-Mail: derya.altinisik@live.at

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Innsbrucker Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
E-Mail: Michael.Ganner@uibk.ac.at
Homepage: <http://www.rechtstatsachenforschung.at/>

Univ.-Prof. Dr. Hannes Winner
Fachbereich für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, Volkswirtschaftslehre
Universität Salzburg
E-Mail: Hannes.Winner@sbg.ac.at

RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M.
Schulgasse 7
6850 Dornbirn
alexander.wittwer@ktg.at

200 Jahre ABGB waren Anlass, um das ABGB in seinem Jubiläumsjahr in das Zentrum der 4. Innsbrucker Tagung zur „Rechtstatsachenforschung – Heute“ zu stellen. Die Rechtstatsachenforschung geht auf den Österreicher Eugen Ehrlich (1862-1922) zurück. Sie hat sich zum Ziel gesetzt, die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts bewusst zu machen und quantitativ wie qualitativ zu erfassen. Bedauerlicherweise ist dieses Bemühen in Österreich in den vergangenen Jahrzehnten von Politik, Rechtswissenschaft und Praxis nicht ernst genommen worden.

Der Tagungsband vermittelt einen Überblick über die aktuelle Forschung in den Bereichen Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie mit Bezug auf das ABGB. Vorgestellt werden theoretische, empirische und methodische Überlegungen. Das Buch schließt mit einem Überblick über die schwache Verankerung von Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung in der Jurist_inn_ausbildung an den österreichischen Hochschulen.

ISBN 978-3-902811-54-1



9 783902 811561