# PRÄVENTIVWIRKUNG ZUGUNSTEN SCHWÄCHERER ORGANISIEREN: ZIVIL- UND ZIVILVERFAHRENSRECHTLICHE SCHRANKEN FÜR SCHWÄCHERE ABBAUEN?

*Georg Schima*

## 1 Einleitung

Es ist mir eine große Ehre, im Rahmen der Rechtsgespräche des Forums Alpbach an Sie das Wort richten zu dürfen. Lassen sie mich im Rahmen der knappen zur Verfügung stehenden Zeit ein paar Gedanken äußern.

Eine entwickelte Demokratie mit einer zeitgemäßen Zivilrechtsordnung darf sich nicht darauf ausruhen, dass alle Menschen gleich vor dem Gesetz sind. Sie muss vielmehr auch darauf achten, dass der Zugang zum Gesetz und zu den mit der Rechtsdurchsetzung betrauten staatlichen und privaten Institutionen nicht das Privileg einer Gruppe von Wissenden und/oder Vermögenden ist, sondern tatsächlich die breite Masse erfasst.

Natürlich gehört dazu auch das sattsam bekannte und geradezu mit Ewigkeitswert ausgestattete Thema der sprachlich und inhaltlich verständlichen Abfassung von Gesetzen – denn wer schon beim ersten Lesen scheitert, weiß vielleicht nicht einmal, dass er ein Problem hat - ; doch darum geht es heute einmal zur Abwechslung nicht.

Vielmehr soll die Frage beleuchtet werden, ob das geltende Zivil- und Zivilverfahrensrecht dem gerade angesprochenen Postulat einigermaßen gerecht wird und wo diesbezüglich Verbesserungspotential zu orten ist. Es versteht sich von selbst, dass in so kurzer Zeit die Themen nicht einmal annähernd erschöpfend aufgezählt, geschweige denn behandelt werden können.

## 2 Verfahrenshilfe und Gerichtsgebühren

**a.** Lassen sie mich mit dem Instrumentarium beginnen, das mehr oder weniger mittellosen Parteien den kostenlosen Zugang zu prozessualen Durchsetzung ihrer Rechte gewährleisten soll, also der sogenannten Verfahrenshilfe. Denn von deren Ausgestaltung hängt im Rahmen des hier zu behandelnden Themas ziemlich viel ab. In Österreich ist die Situation im Wesentlichen so: eine Person, die ohne Beeinträchtigung der Kosten des notwendigen, für eine einfache Lebensführung erforderlichen Unterhalts nicht in der Lage ist, die Kosten eines Verfahrens zu bestreiten, hat Anspruch auf Verfahrenshilfe, wozu insbesondere die Befreiung von den – in Österreich bekanntlich unerreicht hohen – Gerichtsgebühren wie die kostenlose Beistellung eines Rechtsanwaltes gehört.
Der Rechtsanwalt wird – außer im Fall des Prozessgewinnes, in dem das Honorar aus dem vom Gegner zu ersetzenden Kostenbetrag bedient werden kann – von der Partei nicht entlohnt; dafür leistet der Bund jährlich einen Zuschuss in der Größenordnung von Euro … Mio für die Altersversorgung des Rechtsanwaltsstandes.

In besonders aufwendigen Verfahrenshilfe-Sachen kann es unter den Voraussetzungen des § 16 Abs 4 RAO dazu kommen, dass der Verfahrenshilfe-Rechtsanwalt doch entlohnt wird. Dies ist nur in Causen möglich, in denen innerhalb eines Jahres mehr als 10 Verhandlungstage oder insgesamt mehr als 50 Verhandlungsstunden stattgefunden haben. Für die *darüber hinaus gehenden* Leistungen gebührt eine angemessene Entlohnung, die nach der Entscheidungspraxis der Rechtsanwaltskammer Wien in der Regel einen 25 %igen Abschlag auf den Tarif bedeutet. Die Beträge, die in großen Wirtschafts-Strafverfahren zusammenkommen können, sind nicht unbeachtlich. So hat die Rechtsanwaltskammer Wien zB vor einiger Zeit an einen der Verteidiger in einem prominenten Wirtschafts-Strafverfahren Honorar gemäß § 16 Abs 4 RAO in der Größenordnung von Euro 250.000,-- ausgeschüttet. Aufgrund der gesetzlichen Regelung war dies freilich nur ein vermutlich kleinerer Teil des Tarifhonorars, und eine Verrechnung nach einem angemessenen Stundensatz hätte sicher auch eine ungleich höhere Summe ergeben.

**b.** Vor allem die Standesvertretung der Rechtsanwälte – der ich ja als langjähriges Mitglied des Ausschusses der Wiener Rechtsanwaltskammer auch angehöre – wird seit jeher nicht müde, zu betonen, dass die Verfahrenshilfe in Österreich bestens funktioniert und (abgesehen von der immer gewünschten Erhöhung des Bundeszuschusses betreffend die Altersversorgung) daran möglichst nichts geändert werden möge.
Dennoch begegnet das System zumindest unter zwei Gesichtspunkten Bedenken.

Den ersten Einwand hat *Paul Oberhammer* bereits beim Österreichischen Juristentag 2013 erhoben und wurde dafür vom Präsidenten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages ziemlich gerüffelt. *Oberhammer´s* These lautet, dass das Unterbleiben einer (zumindest einer unmittelbaren) Entlohnung des Verfahrenshilferechtsanwaltes diesen gleichsam schon auf der Grundlage wirtschaftlicher Binsenweisheits-Zusammenhänge nicht dazu motivieren kann, sich in einen komplexen und vielleicht 100 oder 200 Stunden Akten- und Rechtsstudium erfordernden Akt einzuarbeiten, um dann etwa in einem komplizierten Anlegerprozess den Anwälten der bestens vertretenen Beklagtenseite „auf Augenhöhe“ zu begegnen. Dieses Argument kann in der Tat nicht einfach mit Hinweis auf den Bundeszuschuss zur Altersvorsorge entkräftet werden, weil es wirtschaftlich nicht rational ist, sich zB als 35 jähriger oder 45 jähriger Anwalt, der arbeiten muss, um sein Geld zu verdienen, deshalb damit zu begnügen, wochenlang gratis zu arbeiten und andere Mandanten und Mandate zu vernachlässigen, weil später einmal eine - im Übrigen eher kärgliche – Pension gebührt. Dieses Argument würde – um *Oberhammer* zu zitieren – den „Lachtest“ in der Tat nicht bestehen. § 16 Abs 4 RAO schafft diesbezüglich keine Abhilfe, weil die Regelung von vornherein fast nur auf größere Strafverfahren zugeschnitten ist. Es kommt ganz selten, wenn auch in den letzten Jahren immerhin vereinzelt vor, dass in einem Zivilverfahren in einem Jahr mehr als 50 Verhandlungsstunden oder mehr als 10 Verhandlungstage stattfinden.
Den enormen Aufwand, den im Zivilverfahren die Prozessvorbereitung in Anspruch nehmen kann (im übrigen gilt dies für Strafverfahren auch), berücksichtigt das Gesetz überhaupt nicht.

**c.** In der Schweiz werden dem gegenüber Verfahrenshilfe-Rechtsanwälte vom Staat entlohnt und dies zu Stundensätzen, für die sich ohne weiteres – und in Österreich mit Sicherheit auch – Rechtsanwälte finden, die solche Mandate übernehmen.
Es ist zwar schon verständlich, aber eben nicht ganz überzeugend, wenn vor allem die anwaltlichen Standesvertreter hier mit einem gleichsam standardisierten anwaltlichen Berufsethos argumentieren und nicht wahrhaben wollen, dass ein Rechtsanwalt, der für eine Causa gar nicht entlohnt wird, sich damit typischerweise weniger intensiv befassen wird, als einer, der ein angemessenes Honorar erhält. Das anzuerkennen, bedeutet noch keine Kapitulation in punkto anwaltliches Berufsethos.
Freilich darf das wirtschaftliche Argument auch nicht zu stark überbetont werden. Vielmehr hängt die Qualität der anwaltlichen Dienstleistung auch in Verfahrenshilfe-Sachen schon stark von der Qualität des konkreten, mit der Sache betrauten anwaltlichen Dienstleisters zusammen. Etwas überspitzt ausgedrückt: ein Anwalt, der sich in einer Materie (zB streitigen Kapitalmarktrecht) nicht auskennt, wird auch bei Zurverfügungstellung eines beträchtlichen Stundensatz-Honorarbudgets nicht in der Lage sein, ein qualitätsvolles Produkt zu liefern.
Umgekehrt kann jemand, der gewohnt ist, sehr sorgfältig und akribisch zu arbeiten, diesen Arbeitsstil – da spreche ich schon ein bisschen auch aus eigener Erfahrung – nicht einfach auf Knopfdruck „auf schlampig umstellen“, nur weil kein Honorar gebührt.
Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: in unserer Sozietät werden Strafrechts-Verfahrenshilfecausen im Regelfall (wenn auch nicht immer) subsituiert. Bei Zivilrechtscausen ist dies jedoch öfter nicht der Fall. Solche Causen werden dann im Regelfall nicht von Senior-Partnern, sondern von jüngeren Anwälten oder auch von Rechtsanwaltsanwärtern unter Aufsicht von Anwälten abgearbeitet. Es gibt aber keine Vorgabe, dass ein Jurist deshalb, weil es sich um eine nicht honorierte Verfahrenshilfe-Causa handelt, weniger Zeit aufzuwenden hat. Dh – dies kann ich zumindest für meinen eigenen Bereich sagen – die Bearbeitungsqualität einer solchen, nicht subsituierten Verfahrenshilfe-Causa entspricht grundsätzlich der in einer honorierten Angelegenheit. Dies gilt aber für eine Anwalts-Sozietät mit ungefähr 30 Juristen – auf den kleinen Einzelanwalt lässt sich diese Überlegung naturgemäß nicht übertragen, sondern hier gilt das vorhin angesprochene Axiom „kein Lohn bewirkt magere Leistung“ sicher deutlich stärker.

**d.** Der zweite Einwand gegen das geltende Verfahrenshilfesystem betrifft die Anspruchsvoraussetzungen, unter denen die Verfahrenshilfe gewährt wird. Das Abstellen auf eine Beeinträchtigung des notwendigen Unterhaltes, der zu einer „einfachen Lebensführung“ erforderlich ist, führt dazu, dass Personen mit selbst geringen (zumindest liquiden) Vermögensreserven aus der Verfahrenshilfe schlicht hinausfallen.
Das führt zB auch – wie *Paul Oberhammer* im Rahmen seines Gutachtens für den heurigen Juristentag zutreffend anmerkte – dazu, dass in den typischen Anleger-Prozessen kaum ein Kläger mit Verfahrenshilfe zu finden ist. Denn auch der klassische „Kleinanleger“, der Euro 10.000,-- und damit den Großteil seiner Ersparnisse investiert hat, wird die Verfahrenshilfe nicht bekommen, wenn er zB nochmals Euro 10.000,-- auf einem Sparbuch liegen hat. Bei einem komplexen Anlegerverfahren kann es aber sein, dass dieser Betrag - dh die gesamten

Restersparnisse – für die Prozessführung (insbesondere wenn sie erfolglos sein sollte) aufgewendet werden müsste. Ein solcher Anleger wird, wenn er nicht Rechtsschutz genießt, sich zB der Massenklage mit Hilfe eines Prozessfinanzierers anschließt oder so viel Schaum vor dem Mund hat, dass ihm alles gleichgültig ist, einen Prozess überhaupt scheuen. Denn Verfahrenshilfe bekommt er nach geltendem Recht nicht.

Dass einen solchen, der keineswegs begüterten, aber eben nicht völlig armen Schicht angehörigen Kläger die in Österreich geradezu prohibitiv hohen Gerichtsgebühren besonders treffen, weil er sie eben auch noch selbst finanzieren müsste, versteht sich von selbst.

**e.** Apropos hohe Gerichtsgebühren: Darüber ist schon viel gesprochen und geschrieben worden. Man muss vorerst zur Kenntnis nehmen, dass der VfGH diese Gebühren, die linear und ohne jede betragliche Obergrenze steigen, für verfassungskonform befunden hat. Nachvollziehbar ist dies nicht und wird es auch nicht durch das – sehr nach Kunstkniff klingende – Argument, die Gebühren seien eigentlich – obwohl als Gebühren bezeichnet – keine solchen, sondern eine Steuer.

Diese Gebühren wirken als Zutrittsschranke in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung nicht nur gegen wirklich arme Parteien, sondern übergreifend durch alle Einkommens-Schichten. Denn ein in höheren Position tätiger Mitarbeiter, der sein ganzes Leben für einen Arbeitgeber gearbeitet und von diesem – wie der Kläger meint, zu Unrecht – fristlos entlassen wurde, kann schon einmal um einen Betrag von Euro 500.000.— kämpfen müssen, wenn es um Abfertigung, Urlaubsersatzleistung, Prämien und vielleicht noch eine Betriebspension geht. Wenn so jemand ohne gewerkschaftlichen Rechtsschutz und ohne eine Rechtschutzversicherung gegen den Arbeitgeber zunächst jahrelang mit der Konsequenz der Aufzehrung des Großteils der finanziellen Reserven prozessiert und sodann in erster Instanz verliert, kann der Umstand, dass allein für die Berufung ein Betrag von rund Euro 10.000.-- (!) an Pauschalgebühr an das Gericht zu überweisen ist, den Ausschlag dafür geben, die Flinte endgültig ins Korn zu werfen.

Aber selbst im ganz obersten Segment haben die Gerichtsgebühren in Österreich verhaltenssteuernde Wirkung. Denn auch, um ein reales Beispiel zu nehmen, der reiche Hedgefonds, der für die Anfechtung eines Schiedsspruches einen Betrag von Euro 7,5 Mio hinlegen müsste (nach neuem Recht in eininstanzlichen Verfahren nur vor dem OGH wäre es ein Betrag von Euro 30 Mio bei einem Streitwert von Euro 600 Mio), agiert ja nicht nur zum Selbstzweck; an ihm sind vielmehr zahlreiche Anleger wirtschaftlich beteiligt.

**f.** Da aufgrund der budgetären Situation nicht zu erwarten ist, dass die exorbitanten Gerichtsgebühren in Österreich auf absehbarer Zeit signifikant sinken werden, muss man diese wohl als Parameter akzeptieren.
Wenn ein Staat der rechtssuchenden Bevölkerung schon solche Gebühren abfordert, dann wäre er aber moralisch verpflichtet, dafür das Justizsystem auch mit maximaler Leistungsfähigkeit auszustatten. Es darf einen nicht mit Stolz erfüllen, sondern muss als eher beschämend empfunden werden, wenn in der Justiz eine Kostenüberdeckung

von an die 110 % herrscht, sofern man den Strafvollzug ausklammert, gleichzeitig aber allerorten – und keineswegs nur von den unmittelbar betroffenen Amtsinhabern – personelle Unterbesetzung nicht nur bei Gerichten, sondern auch zB bei Wirtschafts-Staatsanwaltschaften etc – beklagt wird und die Verfahrenshilfe auch nicht als großzügiges Instrument zugunsten bedürftiger Rechtssuchender ausgestattet ist.
Eigentlich ist dies eine Schande, und die – aus der Sicht der Betroffenen natürlich völlig verständlichen – Klagen über dauerhafte oder (siehe Anlegerprozesse) zumindest punktuelle Überlastung der Gerichte führen sich eigentlich ad absurdum, wenn man sich vergegenwärtigt, was *Paul Oberhammer* in seinem heurigen Juristentags-Gutachten vorrechnete: dass man mit dem Geld, das aufgrund der vielen tausend zusätzlichen Anlegerverfahren am Handelsgericht Wien an zusätzlichen Gerichtsgebühren hereinkam, drei Richterplanstellen bis zur Pension locker finanzieren könnte.

**g.** Bei der Verfahrenshilfe sollten daher sowohl die Anspruchsvoraussetzungen mE gelockert, als auch jene Bestimmungen geändert werden, die eine Entlohnung in komplexeren Verfahren vorsehen (§ 16 Abs 4 RAO). Überlegt werden könnte zudem, die Zuteilung der Verfahrenshilfe-Akten auch nach dem Kriterium der fachlichen Ausrichtung des betroffenen Rechtsanwaltes auszugestalten. Dass dies administrativ schwierig ist und sich die Rechtsanwaltskammern nicht ohne weiteres auf die manchmal etwas inflationär verwendeten fachlichen Profile der Kammermitglieder verlassen können, sei hier durchaus einbekannt.

## 3 Kollektive Rechtsdurchsetzung

**a.** Ein Punkt, der im Rahmen des gestellten Themas naturgemäß nicht ganz unbehandelt bleiben kann, auch wenn er schon Gegenstand zahlloser Vorschläge sowohl in Österreich als auch auf europäischer Ebene war und umfassend diskutiert wurde, ist die kollektive Rechtsdurchsetzung im Zivilrecht. Dass Reformvorhaben hier besonders tief im Sand festgefahren zu sein scheinen, dürfte daran liegen, dass eben nicht nur viele unterschiedliche Gruppen-Interessen unter einem Hut zu bringen sind, sondern es auch um die Abwägung zwischen materiell-rechtlicher Privatautonomie, dem zivilverfahrensrechtlichen Dispositionsgrundsatz, dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit, ja letztlich auch dem Grundrecht der Freiheit der Erwerbsausübung (wenn die Frage angesprochen ist, wer überhaupt zulässiger Sammelklage-Organisator sein dürfen soll) einerseits und dem Streben nach Verfahrensökonomie, Erfassung möglichst aller Geschädigter und möglichst lückenloser Sanktionierung verpönter Praktiken potentieller Beklagter andererseits geht.
Dass der derzeitige Rechtszustand unbefriedigend ist, wird noch zumindest großteils anerkannt, wenn auch manche die „Sammelklage österreichischer Prägung“, die über eine sehr exzessive, manchmal leicht vergewaltigende Anwendung des § 11 ZPO viele vermeintlich gleichartige Ansprüche gegen einen Beklagten bündelt, für gar nicht so schlecht halten.
Ob man rechtspolitisch das Erfordernis der „*gleichartigen, auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen Grunde beruhenden Anspruches*“ gemäß § 11 Z 2 ZPO aufgeben soll, wie dies *Oberhammer* vorschlägt, ist eine Sache. Zwar ist *Oberhammer*

darin zuzustimmen, dass ein Beklagter kein unbedingt schutzwürdiges Interesse daran hat, dass ihm mehrere Kläger nur dann gegenüber stehen, wenn die Voraussetzungen des § 11 Z 2 ZPO verwirklicht sind; bei Aufgabe dieses Kriteriums erhebt sich aber die Frage des prozessökonomischen Gewinns. Denn auch *Oberhammer* fügte seiner Forderung die Bemerkung hinzu, dass es bei fehlendem ausreichendem Zusammenhang eben alsbald zur Trennung der Verfahren kommen werde.

**b.** Ein entwickelteres kollektives Rechtschutzinstrument zu schaffen, wäre auch in Österreich rechtspolitisch wünschenswert. Eine der dabei zu entscheidenden Grundsatzfragen ist die nach einen opt in oder opt out-Modell: soll ein potentieller Kläger sich aktiv in das Verfahren hineinreklamieren müssen, oder soll von ihm verlangt werden, sich aktiv hinaus zu reklamieren, wenn er nicht erfasst werden möchte? *Oberhammer* hat hier etwas sarkastisch in seinem Juristentags-Gutachten darauf hingewiesen, dass der vehemente Widerstand vor allem von Vertretern der Wirtschaft gegen opt out-Modelle (die im Übrigen auch die EU-Kommission scheut) nur damit erklärbar ist, dass die Befürchtung vor dann noch höheren Schadenersatzklagen das an sich auch auf Beklagtenseite zu unterstellende Interesse an möglichst umfassender Klarstellung für die Zukunft überwiegen dürfte. So wird es sich in der Tat verhalten. An sich müssten Unternehmen – und dies gilt verstärkt, wenn es sich um börsenotierte Gesellschaften handelt – bei aufgetretenen und zu massenhaften Schadenersatzklagen führenden „Störfällen" ein Interesse an rascher Bereinigung haben, schon um die vielleicht dadurch in Unordnung geratende Bilanz wieder bereinigen zu können.
Dieses „Klarstellungsinteresse", gleicht aber nicht die – wie die Erfahrung zeigt, durchaus realistische – Hoffnung der betroffenen Unternehmen aus, bei „opt-in-Klagemodellen" einfach billiger davon zu kommen.

**c.** Gegen eine Kollektivklage nach einem „opt-out-Modell" sprechen in einer von Privatautonomie geprägten Rechtsordnung, deren Gerichtsverfahren zudem von der Dispositionsmaxime beherrscht sind, gewichtige Gründe. Sicher ließe sich das Verständigungsproblem – da teile ich die Meinung von *Oberhammer* im Grundsatz schon – auf einigermaßen befriedigende Weise lösen. Dieses existiert ja auch bei opt-in-Modellen, weil sich die Güte und Tauglichkeit einer Kollektivklage auch nach dem opt-in-Prinzip danach bestimmt, wie viele potentiell Geschädigte als Kläger tatsächlich beitreten. Und das hängt eben entscheidend davon ab, wie diese Geschädigten erreicht werden können.
Dennoch sind die mit opt-out-Klagen verbundenen Schwierigkeiten, die sich zB bei konkurrierenden Kollektivklagen ergeben, zwar nicht völlig unlösbar, aber gravierend.

Denn eines soll und darf es jedenfalls mE in einer entwickelten und durch die Privatautonomie geprägten Rechtsordnung nicht geben: dass bestimmte Verbände, Vereine oder gar staatliche Institutionen ein „Klagemonopol" erhalten. Denn auch und gerade auf diesem Gebiet muss Wettbewerb möglich sein. Wenn ich etwa an die Erfahrungen mit einem bestimmten Prozessfinanzierer denke – jetzt kann ich meinen anwaltlichen Berufsalltag doch nicht ganz außen vor lassen - , dessen und seines Rechtsvertreters exemplarische Unorganisiertheit zB so weit führte, dass sich der Rechtsvertreter des Prozessfinanzierers vom Gericht eine Liste der von ihm

eingebrachten Klagen übersenden lässt (*Oberhammer* brachte das Beispiel auch in seinem Juristentags-Gutachten), dann möchte ich, steckte in der Rolle eines potentiellen Klägers und Geschädigten, nicht ein Angebot vorfinden, dass darauf reduziert ist.
Aus anwaltlicher Sicht muss vor allem unmissverständlich klargestellt werden, dass auch bei gesetzlicher Einführung einer „wirklichen" Kollektivklage es Rechtsanwälten erlaubt sein muss, selbst solche Kollektivklagen zu organisieren. Auch der Anwaltszwang soll und darf gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand bei Einführung von Kollektivklagen nicht aufgeweicht werden.

**d.** Vernünftig ist indes der von *Oberhammer* gemachte Vorschlag, solche Organisatoren von Kollektivklagen künftig einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, wie sie ja zB auch der Insolvenzverwalter zu gewärtigen hat. Eine Kompetenz zur Bestellung rechtlicher Vertreter für Kollektivklagen darf dem Gericht mE aber nicht eingeräumt werden, weil dies die Tätigkeit des Prozessvertreters unsachgemäß hemmen könnte. Wer von dem Gericht, vor dem er prozessiert, bestellt wird und vielleicht auf Wiederbestellungen in anderen, vergleichbaren Fällen hofft, gerät nur allzu leicht in Versuchung, gefügig zu sein. Dies ist aber gerade keine anwaltliche Kardinaltugend und auch nicht generell im Interesse der vertretenen Mandanten gelegen. Es ist ein offenes Geheimnis, dass jene Insolvenzverwalter (die bekanntlich vom Gericht bestellt werden) sich bei den Richtern der größten Beliebtheit erfreuen, die dem Gericht möglichst wenig Arbeit machen. Das hierdurch erzeugte Spannungsverhältnis zwischen pflichtgemäßer Amtsausübung und dem, was das Gericht unter Verfahrensökonomie (Arbeitsersparnis) versteht, ist aber noch ein geringeres als das, das entstünde, wenn ein Prozessanwalt in einer Kollektivklage mit vielleicht 3.000 Geschädigten einem Richter gegenübersteht, der jedenfalls eines nicht möchte: zu viel Arbeit zu haben.
Um jedem Aufschrei von der anwaltlichen Standesvertretung zuvor zu kommen: dies ist kein Angriff auf das anwaltliche Ethos, sondern ebenfalls bloß einfache Verhaltensbeobachtung. Wenn mir erst jüngst wieder ein gestandener Anwalt und Kollege erzählte, dass er in Verfahren, in denen er vom Gericht bestellter Vertreter sei (dies gibt es ja bekanntlich nicht nur im Insolvenzverfahren), Fristsetzungsanträge gegenüber dem Gericht auch bei größter Säumigkeit vermeide, dann ist das nichts anders als Ausdruck genau jener simplen Zusammenhänge, die man etwas überspitzt mit dem Sprichwort „Man beißt die Hand nicht, die einen füttert" beschreiben könnte.

Die auch von mir für sinnvoll gehaltene gerichtliche Überwachung solcher Kollektivklagen– Organisatoren bzw deren Prozessvertreter sollte sich neben der Überwachung der organisatorischen Abläufe und Überprüfung, ob die Infrastruktur des Organisators dem Massenverfahren angemessen ist, auch auf die Honorierung erstrecken. Auch das kennt man vom Insolvenzrecht her und wäre keine so sensationelle Erneuerung.

## 4 Schranken im materiellen Recht

**a.** Mit Hilfe des Zivilverfahrensrechts lassen sich natürlich nicht alle möglichen Schranken abbauen, die einer Rechtsdurchsetzung durch typischerweise schwächere

Parteien Hindernisse in den Weg legen.
Denn auch die prozessual ausgeklügeltste Kollektivklage kann nicht zu der von manchen Richtern vielleicht herbeigewünschten industriellen Massenabfertigung von Klägeransprüchen führen, wenn das materielle Recht bestimmte Regeln über Beweislast und anspruchsbegründende bzw anspruchsvernichtende Tatsachen aufstellt und der Prozessrichter diesen durch ein entsprechend gestaltetes Beweisverfahren Rechnung tragen muss.
Es geht auch nicht immer nur um mögliche Gesetzesänderungen; vielmehr kommt auch der Rechtsprechung hier großes Gewicht zu. Man denke zB an die hierzulande geführte Diskussion um die Anerkennung der (in Deutschland gesetzlich verankerten) „Anlagestimmung", die dem Anleger eine Erleichterung beim Kausalitätsnachweis bietet, weil dieser nicht mehr nachweisen muss, den Prospekt gelesen oder gekannt zu haben, sondern nur mehr, die Kapitalanlage innerhalb einer bestimmten Frist nach Veröffentlichung des Prospektes erworben zu haben.[1]
Die Anerkennung der „Anlagestimmung" auch durch die österreichische Judikatur – die diese derzeit ablehnt – würde zweifellos eine wesentliche Erleichterung für viele Kläger in Anlegerverfahren bedeuten.[2]
Und ähnlich verhielte es sich, wenn der OGH zB die vom deutschen BGH seit längerem aufgestellte „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" anerkennen würde. Dann müsste zB ein Anleger, der von der ihm beratenden Bank nicht darüber aufgeklärt wurde, dass diese vom Vertreiber der dem Kunden empfohlenen Kapitalanlagen Provisionen erhalten hat, nicht nachweisen müssen, dass er bei Kenntnis der Provisionen den Vertrag nicht geschlossen hätte. Dies würde vielmehr als „aufklärungsrichtiges Verhalten" vermutet.
Zu diesen beiden Beispielen soll bewusst nicht inhaltlich-wertend Stellung genommen werden, denn dies würde den vorgegebenen Rahmen bei Weitem sprengen. Aufgezeigt werden soll bloß, dass das materielle Zivilrecht – sei es durch seine positiv-rechtliche Gestaltung im Gesetz, sei es durch die Ausnutzung der der Rechtsprechung zukommenden Spielräume – sehr großen Einfluss darauf hat, welche Hürden um ihr Recht kämpfende Kläger zu überwinden haben.

**b.** Dabei kann durchaus konstatiert werden, dass das geltende Zivilrecht im Arbeitsrecht, Konsumentenschutzrecht oder Mietrecht auf vielfältige Weise schon jetzt dazu beiträgt, dass Ungleichgewichtslagen auch bei der Rechtsdurchsetzung ausgeglichen werden.
Beispiele ließen sich viele nennen. Man denke zB an die Beweislastumkehr bei der Prüfung von AGB-Klauseln nach §°879 Abs 3 ABGB: die Ungleichgewichtslage wird aufgrund der Verwendung von AGB vermutet.
Im Rahmen der Verbandsklage nach den §§°28 – 30 KSchG wird den zu prüfenden AGB im Falle ihrer Unklarheit in Umkehrung der Regel des §°915 ABGB die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde gelegt und damit der Prüfungsrahmen maximiert.

[1] Vgl *Kalss*, Das Scheitern des Informationsmodells gegenüber privaten Anlegern, GA ÖJT 2015 II/1, 30 f, 70
[2] Vgl dazu die Nachweise bei *Kalss,* GA ÖJT 2015 II/1, 30 Fn 119

Insgesamt kann man mE festhalten, dass das österreichische Zivilrecht keine Novellierungswelle durch konsumenten-, arbeiternehmer- oder mieterfreundliche Vermutungen benötigt.

## 5 Der Einfluss des richterlichen Personals

**a.** Wie Recht gesprochen wird und – man verzeihe mir die klassenkämpferische Terminologie – ob es sich dabei mehr um ein „Instrument der Mächtigen" handelt oder um etwas, das auch den weder über Macht noch über besondere wirtschaftliche Mittel verfügenden Bevölkerungsschichten in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise zur Verfügung steht, hängt nicht zuletzt auch davon ab, wer jene Menschen sind, die in einem Staat Recht sprechen. Dazu sollen am Schluss zumindest ein paar Worte verloren werden.
Zwar verfüge ich diesbezüglich nicht über empirische Daten (und ich bezweifle auch, ob es in Österreich solche überhaupt gibt; wünschenswert wäre es), ist der Eindruck sicher nicht falsch, dass die „soziale Durchlässigkeit" des Richterberufes in den letzten Jahrzehnten doch merkbar zugenommen hat. Kritiker bescheinigen der Gerichtsbarkeit zwar noch immer, überwiegend aus konservativ denkenden und konservativ handelnden Abkömmlingen der biederen Beamtenschaft zu bestehen; dieser Befund stimmt aber meinem Eindruck nach schon längst nicht mehr. Zwar finden sich in der Justiz nach wie vor nicht wenige prominente Juristen-Dynastien über mehrere Generationen; das entscheidende Gepräge geben diese dem Stand der Richter und Staatsanwälte aber mE nicht – abgesehen davon, dass durch die Zugehörigkeit zu einer über Generationen existierenden Juristen-Familie noch nichts über die weltanschauliche und politische Ausrichtung gesagt wäre.
Ohne damit etwas gegen die richterliche Unparteilichkeit sagen zu wollen, scheint es mir doch evident zu sein, dass der soziale Background des Richters die Art und Weise, wie er Recht spricht, beeinflussen muss. Anders gewendet: je höher der Anteil von Richtern ist, die aus kleinen Angestellten-Familien oder gar Arbeiter-Familien stammen, desto mehr kann man erwarten, dass das Verständnis für die „Probleme der kleinen Leute" zunimmt.

**b.** Tritt zu solchen soziologischen Veränderungen dann noch das Phänomen des generellen Verlustes des Vertrauens in Autoritäten und in concreto das Phänomen der weltweiten Banken- und Finanzkrise hinzu, dann kann es sehr schnell dazu kommen, dass sich über lange Zeit auch im Recht und in der Rechtsprechung zu beobachtende Verhaltensmuster wandeln, ja geradezu ins Gegenteil verkehren. Dann kann es dazu kommen, dass Banken, wenn sie vor Gericht stehen, nicht mehr einfach ein gewisses generelles Wohlwollen und die Grundannahme entgegenschlagen, dass bis zum Beweis des Gegenteils alle Vorgänge innerhalb einer Bank für ehrenhaft und unbedenklich gehalten werden, sondern an die Stelle so eines Vertrauensvorschusses eine kollektive Vermutung des Fehlverhaltens tritt.
Ich formuliere dies bewusst etwas pointiert – überspitzt, weiß aber als mit dem massenweisen Einsatz solcher Gerichtsverfahren befasster Anwalt schon, wovon ich rede.
In der Tat ist es ja nicht so, dass nach all den Banken-Skandalen, mit denen allein Europa und die USA konfrontiert waren und noch immer sind (als Beispiel sei nur die

konzertierte Manipulation des LIBOR genannt), noch so etwas wie eine generelle Unschuldsvermutung zugunsten von Banken angezeigt wäre. Ich meine damit selbstverständlich nicht die Unschuldsvermutung im strafrechtlichen und rechtsstaatlichen Sinne, die hoch zu halten mir ein gar nicht wichtig genug einzuschätzendes Anliegen ist, sondern vielmehr die Grundstimmung, die eben nicht nur in der Bevölkerung, sondern auch in Gerichtssälen herrscht und die auf die Urteilsfindung Einfluss haben kann.

**c.** Hierzu passen die von *Paul Oberhammer* in seinem Gutachten zum heurigen Juristentag so treffend und mannigfaltig und unter Zitierung zahlreicher Beispiele konstatierten „Verrohungstendenzen" insbesondere am HG Wien. Als Stichworte genannt seien nur die – man kann es kaum anders bezeichnen – Schändung des §°281 a ZPO zB durch Qualifizierung von Nationalbank-Berichten als Sachverständigengutachten oder gar als vollen Beweis machende öffentliche Urkunde oder die Bestellung von Sachverständigen, die bereits im Strafverfahren für die Staatsanwaltschaft gegutachtet haben und ihre Expertise auch auf die den Parteien des Zivilverfahrens gar nicht zugängliche Unterlagen aufbauen, in eben diesen Zivilverfahren. Weiteres möge in der lesenswerten Arbeit von *Oberhammer* nachgesehen werden.

Wie der Gutachter treffend bemerkte, wirkten sich diese „Verrohungstendenzen" nicht immer, aber meist zu Lasten der beklagten Banken, Finanzdienstleister oder Emittenten aus.
Es ist nun müßig, darüber zu spekulieren, ob solche Verhaltensweisen Ausdruck des Bestrebens diverser Richter sind, mit – sagen wir einmal – unkonventionellen Mitteln dem zum Durchbruch zu verhelfen, was sie für „gerecht" halten oder ob – wofür vielleicht sogar mehr spricht – diese „Verrohungstendenzen" dem auf wichtige Verfahrensrechte der Partei und ihr rechtliches Gehör nicht mehr ausreichend Bedacht nehmenden Streben nach maximaler Prozessökonomie in einer stark angeschwollenen Verfahrensflut geschuldet sind.
Faktum ist, dass auch auf diese Art und Weise gewisse „Ungleichgewichtslagen" im Zivilverfahren eingeebnet werden können.
Ich hoffe aber, dass zumindest die überwiegende Mehrheit im Auditorium mit mir darin einig ist, dass darin kein geeignetes Mittel zu erblicken ist, die Rechtsordnung handhabbarer für die Schwachen unserer Gesellschaft zu machen.

Dieses ganz wichtiges Ziel nicht aus den Augen zu verlieren und mit freilich anderen, oben nur ansatzweise aufgezeigten Mitteln zu verfolgen, sollte mE in den nächsten Monaten und Jahren Gegenstand intensiver rechtspolitischer und hoffentlich auch in konkrete Umsetzungsschritte mündender Diskussion sein.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit!