

Irene Welser, Wien

Verfahrensökonomie aus anwaltlicher Sicht

Justice delayed is justice denied & more

Übersicht:

- I. Das Ziel eines Zivilprozesses
 - A. Die Ausgangslage – und erste Überlegungen
 - B. Mögliche Zielkonflikte
 1. Kläger und Beklagter: Gegenteilige Erwartungen
 2. Die Ansprüche an das Verfahren lassen sich oft nicht gleichzeitig verwirklichen
 3. Partei- und Anwaltsersparungen: kein zwingender Gegensatz
 4. Unumwundenes, umfassendes Vorbringen und richterliche Prozessleitung
 5. Ist justice delayed wirklich justice denied?
- II. Justice denied – Gibt es unwiederbringlich Verlorenes?
 - A. Bestandsaufnahme: „Wo hapert es?“
 1. Schaffung unumkehrbarer Fakten
 2. Verbringung exekutionsfähigen Vermögens
 3. Beeinträchtigung immaterieller Werte, Verlust an Lebensqualität
 4. Ursachen für die Verfahrens- oder Entscheidungsverzögerung
 - B. Spezialfall Einstweilige Verfügungen
 1. Die Einstweilige Verfügung als Abhilfe
 2. Probleme in der Beweisführung
 3. Zur Entscheidungsfreudigkeit des Gerichts
 4. Umgehung durch die Fiktion erst späterer Zustellung trotz Kenntnis vom Inhalt?
 5. Gegenteilige Entscheidungen zum exakt selben Sachverhalt
- III. Justice delayed – Welche Abhilfen bietet das Gesetz?
 - A. Optimale Strukturierung der Verhandlung
 - B. Präklusion von Zeugen
 - C. Verspätetes Vorbringen und Beweisanträge in Verschleppungsabsicht
 - D. Der Sachverständige als „Co-Richter“
 - E. Fristsetzungsanträge gemäß § 91 GOG
 - F. Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs
- IV. Verbesserungspotenzial durch „joint efforts“

I. Das Ziel eines Zivilprozesses

A. Die Ausgangslage – und erste Überlegungen

Die Frage, was das Ziel eines möglichst ökonomisch ablaufenden Gerichtsverfahrens sein soll, stellt sich nicht nur aus Parteien- oder Richtersicht, sondern

selbstverständlich auch aus Anwaltsicht. Gemeinsam sollte wohl aus allen drei Blickpunkten der Wunsch nach einer schnellen, genaueren, richtigen und gerechten Entscheidung sein, die möglichst kosteneffizient und unter Einsatz angemessener Ressourcen erlangt werden kann. Die Vorstellungen von Prozessökonomie aller Involvierten decken sich allerdings nicht immer: Aus anwaltlicher Sicht soll selbstverständlich der Mandant mit dem Ergebnis zufrieden sein, aber da es sein tägliches Brot ist, möchte auch der Anwalt in adäquater Weise „auf seine Kosten kommen“. Damit ist keineswegs gemeint, dass er dilatatorische Taktiken anwendet, um das Anwaltshonorar zu maximieren, ganz im Gegenteil. Erfahrungsgemäß fühlt es der erfahrene Klient genau, wenn sein Vertreter – unethischerweise – das Verfahren zur Steigerung des eigenen Honorars unnötig überfrachtet oder verzögert.

Aber je nach der Komplexität der Materie und der Wichtigkeit der Sache für den Klienten kann es einfach erforderlich sein, Sachverhalt und Rechtslage eingehend zu analysieren und auch, im besten Sinne, kreative neue Wege zu gehen. Dies entlastet letztlich auch die Gerichte und hilft, deren Arbeit zu erleichtern. Dazu bedarf es nicht nur Erfahrung, sondern auch persönlichen Einsatzes und Überlegung. Je nach Budget und Wichtigkeit der Sache für den Mandanten muss hier ein für alle sinnvoller Weg gefunden und laufend abgestimmt werden. Stundensatzvereinbarungen dürfen nicht dazu führen, dass derjenige Anwalt das meiste verdient, der die zu behandelnden Rechtsfragen am wenigsten kennt und daher zu ihrer Lösung möglichst lange braucht. Andererseits hat sich die juristische Literatur in den letzten dreißig Jahren vervielfacht, sodass „nahezu überall in der Jurisprudenz jede Meinung durch logisch stimmende Argumente untermauert werden kann“¹⁾ also für jeden Standpunkt Belegstellen gefunden werden können, und selbst die Unvertretbarkeit einer Rechtsansicht besagt nicht, dass sie nicht doch schon irgendwo vertreten worden wäre.²⁾

Wer sucht, der findet also, und es ist immer wieder erstaunlich, welches Momentum man in einen Zivilprozess mit den richtigen Argumenten und der richtigen Taktik bringen kann. Dass ein positives Prozessergebnis oft die Frucht gründlicher Überlegungen und eingehender Recherche ist, wird von weniger erfahrenen Mandanten manchmal übersehen. Und oft ist es dann auch sinnvoll – wenigstens mit weiterem Zeitaufwand verbunden – lange Schriftsätze auf das Wesentliche zu kürzen. Wie The Honourable Sir Bernard Eder, QC und Richter des High Court of Justice of England and Wales in einem Vortrag im Rahmen der BBA 2018 in Sydney in zwei (auf langwierige Schriftsätze bezogenen) Sätzen betont, die sich ein guter Anwalt merken sollte: *If it's long, it's wrong*. Und: *Brevity is the advocate's strongest weapon*. Würden alle Anwälte diese beiden Sätze beachten, wären Prozesse mit Sicherheit effizienter zu führen. Die Gerichte würden nicht mit überbordenden Schriftsätzen belastet, die letztlich ohnehin

1) Amtsgericht München, NJW 1985, 1230f; zitiert nach Welsler, „Eier können nicht gefangen werden“ 104.

2) 6 Ob 198/15h; vgl. dazu Welsler, Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule – die „Grundlegende“, die „Verunsichernde“ und die „Begehrlichkeiten Bestrafende“, ecolex 2017, 1073.

keiner lesen möchte, und sie müssten nicht jedes einzelne, noch so absurde oder unnötig oft wiederholte Argument entkräften. Aber auch eine solche Kürzung, die Reflektion und Konzentration auf das Wesentliche, kostet Zeit und damit (nach Stundensätzen betrachtet) auch Geld. Bei der Lektüre mancher Schriftsätze drängt sich einem geradezu das Sprichwort auf: *Ich hatte nicht genug Zeit, mich kurz zu fassen*. „Doch gerade dafür sollte Zeit sein, gut investierte Zeit, die ein effizienteres Verfahren und ein besseres Ergebnis bringen kann.“

In diesem Sinne ist eine Kosten-Nutzen-Analyse anzustellen, und es sollte keineswegs am falschen Fleck gespart werden. Das alte Sprichwort *„wer billig kauft, kauft teuer ein“* gilt manchmal leider auch für Aufwand und Prozesserfolg. Der Klient muss das natürlich auch wirklich wollen und mittragen. Kurz gesagt: Der „Output“ eines Prozesses soll möglichst mit der Kostenbelastung übereinstimmen. Und mit „Output“ sind nicht nur lange Schriftsätze mit schlaun Argumenten gemeint, sondern auch das Ergebnis. Wobei es andererseits auch ein legitimes Ergebnis sein kann, dass man einen Prozess auf jeden Fall „versuchen“ wollte.

Dieses anzustrebende Gesamtpaket eines schnellen, genaueren, richtigen, kosteneffizienten und gerechten, also eines insgesamt „zufriedenstellenden“ Zivilverfahrens ist zwar eine berechnigte Idealvorstellung, jedoch realistischere Weise nicht das, was von einem Prozess (und damit auch von den verfahrensbeteiligten Anwälten und Richtern) in der Praxis auch wirklich geleistet werden kann. Obwohl der Mandant als auch der Anwalt wollen am Ende sagen können: „Ja, das hat sich ausgezahlt“. Dass es oftmals jedoch selbst bei größtem Bemühen diese Balance gar nicht geben kann, es sogar vorkommen kann, dass *justice delayed* oder sogar *denied* wird, soll der folgende anwaltliche Erfahrungsbericht zeigen, der zT mit Beispielen aus der Praxis der Verfasserin Einblick in die Realität der Prozessführung gibt.

B. Mögliche Zielkonflikte

Wie gesagt, kann das Idealbild „Prozessökonomie“ leider manchmal gar nicht oder nur sehr eingeschränkt erreicht werden. Der Grund dafür liegt in den tiefgreifenden Zielkonflikten, die ein Prozess heutzutage in sich birgt.

1. Kläger und Beklagter: Gegenteilige Erwartungen

Die Erwartung aus Sicht der Parteien ist in der Regel ein schnelles Verfahren, in dem genau, richtig und gerecht entschieden wird. Dabei hat allerdings üblicherweise jede Partei eine andere Vorstellung von Gerechtigkeit, sonst müssten Prozesse ja gar nicht erst geführt werden. Der erste Zielkonflikt ist daher jener zwischen Kläger und Beklagtem. Abgesehen von einer verschiedenen Wahrnehmung der faktischen Ausgangslage und einer jeweils konträren Antwort auf die sich stellenden Rechtsfragen können hier durchaus auch Verzögerungswünsche auf der Beklagenseite mitspielen: Die vielzitierte *„exceptio de non habendi monetae“* kann eine Motivation für den Beklagten sein, das Prozessende maßgeblich zu verzögern, auch, um vielleicht seine Vermögensverhältnisse während der Prozessdauer so zu verändern, dass das Auffinden exekutiver Werte maßgeb-

lich erschwert oder ein Zugriff auf sie unmöglich gemacht wird.³⁾ Es zeigt sich daher, dass der erste Zielkonflikt eigentlich systemimmanent ist. Welche Mittelfindige Beklagte und ihre Anwälte einsetzen können, um Verfahren auf Jahre hinaus zu schieben, und was die andere Seite dagegen tun kann, wird unten noch im Detail erörtert.

2. Die Ansprüche an das Verfahren lassen sich oft nicht gleichzeitig verwirklichen

Der zweite Zielkonflikt tut sich zwischen den gewünschten Eigenschaften des Verfahrens auf. Was schnell entschieden wird, ist manchmal nicht bis ins letzte Detail recherchiert oder begründet, und dies kann es in der Regel auch nicht sein. Ein schnelles Verfahren bietet idR nicht die Möglichkeit einer umfassenden Beweisaufnahme, besonders deutlich am Beispiel der Erlangung einer einstweiligen Verfügung zu sehen, wo nicht nur die Beweistiefe,⁴⁾ sondern auch die Kosten der Richtigkeit, und zwar nicht nur der rechtlichen, sondern auch der Richtigkeit der zugrundeliegenden Fakten.⁵⁾ *Speed kills*. Auch dazu noch unten.

3. Partei- und Anwaltserwartungen: kein zwingender Gegensatz

Der Prozess soll aber doch kosteneffizient sein und insgesamt einen zufriedenstellenden Ausgang liefern. Auch der Anwalt hat ein Interesse an einem den Kriterien „schnell, genau, richtig, kosteneffizient, gerecht und zufriedenstellend“ entsprechenden Verfahren. Dies jedoch naturgemäß mit einer anderen Gewichtung als sein Mandant.

Speziell der Aspekt der Kosteneffizienz heißt natürlich aus Sicht der Parteien nicht einfach nur, dass das Verfahren möglichst „billig“ sein soll. Erfahrungsgemäß legen Mandanten den größeren Wert auf ein sinnvolles Gesamtpaket – ein kostentransparentes, aber zugleich zufriedenstellendes Ergebnis im Sinne von „*value for money*“. Auch der Anwalt will und soll dabei auf seine Kosten kommen, was von Mandanten zumeist auch gar nicht in Abrede gestellt wird. Und wenn Augenmerk darauf gelegt wird, auch die Akten nicht durch überlanges Vorbringen und die Vorlage letztlich nicht erheblicher Beilagen zu überfrachten, hilft das letztlich allen Beteiligten und trägt auch zur Freude des Gerichts an der Verfahrensführung und Entscheidungsfindung bei. Wichtig ist aber, dass sich die genannten Kriterien eines ökonomischen Prozesses möglichst die Waage halten. Und nicht nur die Kostenbelastung kann einen Zielkonflikt zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten bewirken. Was kostengünstig ist, ist unter

Umständen nicht zufriedenstellend, und ein ausführliches, genaues Verfahren, das zu einem „richtigen“ bzw. „gerechten“ Ergebnis kommt, wird den Parteien zumeist nicht die gewünschte Kosteneffizienz bieten. Es ist wünschenswert, dass die Advokatur hier einen Beitrag zur ultimativen Zufriedenheit des Klienten und zu einem sinnvollen Funktionieren der Gerichte leisten kann.

4. Unumwundenes, umfassendes Vorbringen und richterliche Prozessleitung

Die oben dargestellten Zielkonflikte, mit denen Mandanten und Anwälte konfrontiert sind, sind jedoch oftmals nicht lösbar, weil der Advokatur die geeigneten „Werkzeuge“ fehlen. Nur bedingt kann ein Anwalt Einfluss auf das „Wie“ der Verfahrensführung und das genaue Prozessprogramm nehmen. Aus Erfahrung kann man sagen, dass sich der Handlungsspielraum eines Anwalts zu einer ökonomischen Verfahrensführung im Laufe eines Prozesses oft massiv ändert und meist zusehends eingeschränkt wird. Das betrifft nicht nur Fakten, die erst später ans Tageslicht kommen, sondern auch Argumente der Gegenseite, die vielleicht aus taktischen Gründen erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgebracht werden. Nicht immer ist gute Advokatur mit raschestmöglicher Verfahrensabhandlung vereinbar; gleiches gilt natürlich auch für gute Justiz.

Eine bindende programmatische Anordnung, wonach beide Parteien gleich zu Beginn des Verfahrens ihr gesamtes Vorbringen erstatten, sodass der Prozess nicht durch nachträgliche Beweisaufnahmen oder Ähnliches verzögert wird, ist daher illusorisch und oft auch nicht sinnvoll. Ebenso wenig kann ein Gericht gleichzeitig höchst effizient arbeiten und dennoch allen (zusätzlichen, uU erst spät gestellten) verfahrensbezogenen Anträgen und Anregungen der Parteien nachkommen. So kann es – sowohl von Parteien- oder Anwaltsseite als auch von Gerichtsseite verursacht – zu erheblichem Zeitverlust in Prozessen kommen, der den Parteien die erschte „Gerechtigkeit“ verzögert oder sogar zur Gänze verwehrt. Allerdings ist auch das – betrachtet man es aus dem Blickwinkel der anderen Partei – nicht von vornherein verkehrt oder per se verabscheuungswürdig. Denn das Ziel eines guten Anwalts ist es nicht, eine unter allen Umständen druckreife, juristisch jedem Einwand standhaltende Entscheidung zu erwirken, die sprichwörtlich auch „vor dem jüngsten Gericht“ bedingungslos „hält“, sondern das für den eigenen Klienten bestmögliche Ergebnis zu erreichen.

5. Ist justice delayed wirklich justice denied?

Wenn man nun – all diese Gedanken berücksichtigend – einen praxisbezogenen Blick auf den Zeitfaktor in Prozessen wirft, stellt sich die Frage, ob es wirklich unwiederbringlich Verlorenes gibt, wenn ein Prozess nicht schnell und ökonomisch geführt wird? Gibt es wirklich eine verspätete Gerechtigkeit – *justice delayed* – die der Sache nach dazu führt, dass eben diese Gerechtigkeit im Ergebnis nicht mehr gewährt wird – *justice denied*? Leider muss man dies manchmal mit „ja“ beantworten.

Wer schnell hilft, hilft doppelt. Gilt das auch im Zivilprozess? Sehr oft ist dies der Fall. Denken wir an einen „mutigen“ Richter, der bereits in der vorbereitenden Tagsatzung die Rechtsfrage klar identifiziert und daraus Spruchreife ableitet.

³⁾ Dies ist natürlich anfechtbar nach den Bestimmungen der §§ 1 ff AnFO und

§§ 27 ff IO und kann sogar ein strafrechtliches Kridadeldikt darstellen. Dennoch ist es selbst bei einer erfolgreichen Anfechtung oft schwierig, die Werte dann noch aufzufinden.

⁴⁾ Bescheinigung bzw. Glaubhaftmachung der Behauptungen genügt; vgl. § 389

Abs 1 EO.

⁵⁾ Im Verfahren über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind nur parate Beschneidungsmittel zu berücksichtigen; RIS-Justiz RS0005250.

⁶⁾ Vgl. dazu das Beispiel mit der Bankgarantie unten.

Er schließt daher ohne weitere Beweisaufnahme die Verhandlung und verfasst das Urteil.⁷⁾ Der Zeitgewinn und die Kostenersparnis sind ungläublich. Auch wenn dieses Urteil mit Berufung wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung bekämpft wird und das Berufungsgericht die Rechtsansicht des Erstrichters nicht teilt, ist der Weg zum Obersten Gerichtshof direkt und rasch. In einer von der Verfasserin geführten Prozessserie von insgesamt (bisher) 15 verschiedenen Verfahren, die in unterschiedlichen Gerichtsabteilungen abhängig waren, ist es genau durch ein solch „mutiges“ Vorgehen und rasches Urteil eines einzigen Richters gelungen, mehrere parallel (teilweise über Monate oder Jahre) abhängige Verfahren zu ähnlichen oder gleichen Rechtsfragen zu „überholen“ und so im Interesse beider Parteien (und letztlich auch jener Dritten, in deren Verfahren sich diese Fragen ebenfalls stellen) rasch eine oberstgerichtliche Entscheidung zu bekommen, die künftigen Streit verhindern kann. Dies nutzt zugleich auch den parallel in den anderen Verfahren tätigen Richtern oder Gerichten. Damit hat das Erstgericht maßgeblich dazu beigetragen, Kosten zu sparen und effizient vorzugehen.

II. Justice denied – Gibt es unwiederbringlich Verlorenes?

A. Bestandsaufnahme: „Wo hapert es?“

1. Schaffung unumkehrbarer Fakten

Zunächst gibt es die Gefahr, dass während der Dauer eines Prozesses – unabhängig vom späteren Ausgang des Verfahrens – bloß aufgrund des Weiterlaufens der Ereignisse klare und unumkehrbare Fakten geschaffen werden. Man stelle sich etwa vor, dass Gesellschafter einer GmbH über die Wirksamkeit der Abberufung eines Geschäftsführers streiten. Der betroffene Geschäftsführer ist aber bereits abberufen und bleibt dies auch während der Dauer des gesamten Verfahrens, was in der Regel einige Jahre sein werden. In der Zwischenzeit läuft jedoch die Geschäftstätigkeit der GmbH weiter, und zwar unter neuer Geschäftsführung. Das muss auch so sein, damit das Unternehmen fortbestehen kann. Wenn hier also keine rasche Entscheidung ergeht, die einen Aufschub gewisser Geschäfte und Entscheidungen zumutbar macht, dann übernehmen diese Aufgabe eben andere. Es werden Entscheidungen getroffen, die der abberufene Geschäftsführer vielleicht so nicht getroffen hätte. Wird nun aber zwei Jahre später entschieden, dass er seinerzeit nicht wirksam abberufen wurde, muss er bei der Fortsetzung seiner Tätigkeit die in der Zwischenzeit geschaffene unumkehrbare Faktenlage hinnehmen, und die Gesellschaft muss dies sowieso. Unter der Prämisse, dass auch andere Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaft – und daher hoffentlich auch gleichgerichtet wie der „abberufene“ Geschäftsführer – entscheiden müssen, sollte es eigentlich dennoch so sein, dass hier vielleicht *justice delayed* aber nicht gleich *justice denied* wurde.

In der Praxis läuft das allerdings nicht immer so glatt. Selbstverständlich gibt es dadurch, dass Prozesse (und zwar von allen Beteiligten) nicht schnell und ökonomisch genug geführt werden, „unwiederbringlich Verlorenes“.

⁷⁾ So geschehen beim LG Salzburg zu 1 Cg 27/18i; in weiterer Folge OGH 6 Ob 105/19p.

Zum Beispiel im Bauprozessen: Wenn während eines abhängigen Rechtsstreites weitergebaut wird, dann entstehen ganze Bauwerke. Falls sich später im Lauf des Verfahrens oder im Urteil herausstellt, dass eine zu Beginn erbrachte Teilleistung fehlerhaft war, ist der Aufwand zum Abbruch unverhältnismäßig. Oder in Gewährleistungsfällen: Wenn sich ein unbehoben geliebener Mangel während der jahrelangen Dauer eines Prozesses immer weiter fortfrisst, kann der Prozess auch noch so gründlich und sorgfältig, ja sogar richtig entschieden worden sein: Falls der gewährleistungspflichtige Unternehmer am Ende insolvent ist, ist es *justice denied*.

Dasselbe gilt etwa für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten um die Berechnung zur Durchführung von Investitionen: Lautet ein Gesellschafterbeschluss auf Zustimmung zu bestimmten, besonders teuren oder riskanten Investitionen, und wird dieser gem § 41 ff GmbHG angefochten, dauert das Verfahren vermutlich so lange, dass diese Investitionen längst getätigt sind und nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Eine schnelle Entscheidung wäre gerade in solchen Fällen extrem wichtig.

2. Verbringung exekutionsfähigen Vermögens

Der Zeitverlust durch die Verfahrensdauer kann sich, wie bereits erwähnt, aber auch etwa dahingehend auswirken, dass während des anhängigen Prozesses der Gegner Vermögenswerte verbringt,⁸⁾ sodass am Ende das Urteil mangels Vermögens nicht vollstreckt werden kann. Natürlich gibt es, wenn dies schuldhaft geschah, auch Mittel und Wege, dies anzufechten oder rückgängig zu machen und die rechtswidrig Handelnden zur Verantwortung zu ziehen, aber der Mehraufwand zum Erreichen von Gerechtigkeit steigt unverhältnismäßig, ebenso wie die Chance, dass somit durch Zeitverlust nicht nur *justice delayed*, sondern eben auch *justice denied* wird.

3. Beeinträchtigung immaterieller Werte, Verlust an Lebensqualität

Nicht nur der Zeitverlust oder (zu) hohe Kosten, sondern auch immaterielle Werte und Güter sind relevant. Einerseits ist dies nämlich der mit der Führung derrartiger Verfahren verbundene Arbeitsaufwand, der sich in Geld niederschlagen kann, aber nicht niederschlagen muss, andererseits die damit verbundene Möglichkeit der Beeinträchtigung der Lebensqualität der Parteien. Besonders in streitigen Erbschaftsachen, in denen häufig innerfamiliäre Konflikte der letzten Jahrzehnte mit aufgearbeitet werden, kann eine langjährige Prozessführung zum „Drama“ werden. Gemeint ist damit nicht nur eine zeitliche, sondern auch emotionale oder nervliche Belastung durch einen lange dauernden Rechtsstreit. Dasselbe gilt, wenn ein ungünstiges Prozessergebnis die eigene wirtschaftliche Existenz gefährdet.

Nicht selten sieht man in der Praxis auch, dass wichtige Zeugen oder Geschäftsführer, über denen womöglich auch noch eine potenzielle persönliche Haftung wie ein Damoklesschwert hängt, nervlich und sogar gesundheitlich da-

⁸⁾ Vgl dazu bereits FN 3; Solche Vermögenswerte werden dann oft nicht mehr aufgefunden.

runter leiden. Zusätzlich zu der (drohenden) finanziellen Last des Verfahrens kommt der immer größer werdende Druck, der mit einer langen Verfahrensdauer einhergeht, die Vorbereitung auf die so lebensentscheidende Aussage oder Gerichtsentscheidung, gepaart mit dem Risiko, bei Prozessverlust den eigenen Arbeitsplatz zu verlieren: Schlaflose Nächte, aber auch ernsthafte Erkrankungen sind oft die Folge. Auch das können Auswüchse einer *justice delayed* sein.

4. Ursachen für die Verfahrens- oder Entscheidungsverzögerung

Wie aber kommen derartige Zustände überhaupt zustande? Ist es das Gericht, das ein strafferes Prozessprogramm vorgeben sollte, oder sind es die Parteienvertreter, die nicht effizient genug vorbringen oder die Zeugen befragen? Vielleicht sind es aber auch sogar die Parteien selbst, die etwa durch nicht rechtzeitigen Informationsfluss das Verfahren verzögern, ergänzende Beweisaufnahmen notwendig machen und Ähnliches.

Und selbst wenn auf allen drei Seiten (Richter, Parteienvertreter, Parteien) nur die besten Absichten herrschen, kann es zu erheblichen Verzögerungen kommen. Der Anwalt, der das Beste für seinen Mandanten möchte und etwa an den Gerichtshof einen Antrag auf Senatsentscheidung⁹⁾ stellt, bewirkt damit vielleicht zwar eine inhaltlich umfassendere Aufarbeitung des Falls durch drei statt sonst nur einen Richter, aber es wird wegen der Senatsbesetzung (schon allein aufgrund der terminlichen Koordinationsschwierigkeiten) nicht öfter, sondern seltener verhandelt werden als vor einem Einzelrichter. Dahinter stecken vielleicht auch in manchen Fällen Eigeninteressen der Parteienvertreter, aber im Vordergrund steht häufig doch, dass alle Beteiligten eine klare Faktenlage und eine vorbereitete Diskussion der Entscheidung im Richtersenaat schaffen wollen. Kurz gesagt: *Justice delayed* wird in Kauf genommen, um zu verhindern, dass *justice denied* wird.

Auch mehrfache Richterwechsel stellen ein Problem dar. Dabei ist weniger an begründete Wechsel infolge von Vorrückungen, Karenzen oder Krankheiten zu denken, sondern an zT absurde Verfügungen in der Geschäftsverteilung, die der Bildung neuer Abteilungen dienen. In einem von der Verfasserin geführten komplexen Bauprozess mit insgesamt fünf Beteiligten, in dem nach dem Teilersturz einer Fabrik im Herbst 2014 umgehend ein tagelang bei klirrender Kälte in der Baugrube durchgeführtes Beweissicherungsverfahren stattfand, wurde die Klage im Jahr 2016 eingebracht. Nachdem das Verfahren von einer gut eingelezten und engagierten Richterin straf geführt wurde, wurde ihr der Akt im April 2018 zwecks Bildung einer neuen Abteilung für einen aus einer anderen Dienstzuteilung zurückgekehrten Richter „abgenommen“, wobei in dem Akt bereits zwei sehr lange Verhandlungen mit Sachverständigenbeweis stattgefunden hatten. Der Akt wäre von der Weitergabe in die neue Abteilung aber nur ausgeschlossen gewesen, wenn bereits *mehr* als zwei Tagessatzungen stattgefunden

hätten.¹⁰⁾ Der neue Richter erhielt den Akt wenige Tage vor der anstehenden Verhandlung, die er dankenswerterweise dennoch durchführte. Danach bewarb er sich – obwohl gerade für ihn diese eigene Abteilung geschaffen worden war – an ein anderes Gericht, weshalb bereits im September 2018 ein neuer Richter für das Verfahren zuständig war – und zwar für etwa ein Jahr, in dem keine einzige Verhandlung stattfand, sondern nur verfahrensleitende Beschlüsse ergingen. Als die Verfasserin versuchte, mit besagtem Richter Kontakt aufzunehmen, um eine prozesuale Frage zu klären, wurde ihr „zufällig“ von der Geschäftsabteilung telefonisch mitgeteilt, dass auch dieser Richter nicht mehr für den Akt zuständig sei. Jene Abteilung, der der Akt danach zugewiesen wurde, blieb monatelang unbesetzt. Mittlerweile ist bereits der vierte Richter mit dem Akt befasst. Mündliche Verhandlung hat es seit 2 Jahren keine mehr gegeben. Dabei wäre der Akt längst beendet, wenn er bei der ursprünglich zuständigen RichterIn geblieben wäre.

Zu weiteren Verzögerungen kommt es, wenn das Verfahren nicht wohlüberlegt strukturiert wird. Auch zu einem sinnvollen Verfahrensablauf können die beteiligten Rechtsanwältinnen wichtige Beiträge leisten. Es gilt auch hier, dass es schneller und besser geht, wenn von Anfang an bewusst ist, welche Rechtsfragen entscheidend sind und welche nicht. Effizienz spielt eine große Rolle. Ist ein Anspruch verjährt, braucht man nicht Zeugen zu dessen Höhe oder zur grundsätzlichen Berechtigung der eingeklagten Forderung zu vernehmen. Dennoch geschieht dies manchmal aus der Sorge, sonst einen Formalfehler zu begehen, der später in einem Rechtsmittel als Verfahrensmangel¹¹⁾ releviert wird. In der Schiedsgerichtsbarkeit, die manchmal mit vergleichbaren Effizienzproblemen kämpft,¹²⁾ hat sich hierfür der Ausdruck „due process paranoia“ eingebürgert. Damit wird kritisiert, dass Schiedsgerichte bei dilatorischen Taktiken nicht ausreichend hart genug durchgreifen, aus Angst, eine Aufhebung ihres Schiedsspruchs wegen Verstoßes gegen die Grundprinzipien der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs zu riskieren.¹³⁾

Und schließlich ist auf (seltene, aber ab und zu doch vorkommende) Formalentscheidungen hinzuweisen, die die zu lösende Rechtsfrage bewusst und über Jahre hindurch zu Lasten aller Verfahrensbeteiligten offenlassen. Ein besonders absurder Fall betrifft etwas sehr Einfaches, nämlich den Stundensatz, der einem Sachverständigen für die Verfassung von Befund und Gutachten in einem gerichtlichen Verfahren zukommen soll. Nach der Bestimmung des § 34 Abs 3 GebAG ist dies für Mühewaltung ein Betrag von maximal € 150,- pro Stunde. Der Sachverständige kann nach § 34 Abs 1 GebAG aber auch einen höheren Stundensatz in Rechnung stellen, wenn er einen solchen üblicherweise für

¹⁰⁾ HG Wien 13 Cg 69/19b (vormals 56 Cg 10/16p).

¹¹⁾ Gemäß § 496 Abs 1 Z 2 ZPO; vgl. RSO0043051 [T8]; RSO0043308.

¹²⁾ Dazu vgl. Irene Welsler, Effizienz in internationalen Schiedsverfahren – Wunsch oder Wirklichkeit? in Fitz/Kalcs/Kautz/Kusko/Lukas/Torgler (Hrsg.), FS H. Torgler (2013) 1279; Welsler in Klaussegger/Klein/Krenslmeier/Petsche/Pitkowitz/Power/Welsler/Zelle (Hrsg.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2014, 151.

¹³⁾ Vgl. dazu Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce, „Efficiency vs due process paranoia“, <https://scsinstitute.com/about-the-sec/news/2019/efficiency-vs-due-process-paranoia/>.

⁹⁾ Dies ist gem § 7a Abs 2 JN bei einem Streitwert von über EUR 100.000,00 zulässig und war vor 25 Jahren gang und gäbe, heute erfolgt ein solcher Antrag vergleichsweise selten.

eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben bezieht. Nach der Erstellung seines Gutachtens in einem Gerichtsverfahren machte nun ein Sachverständiger einen (unglaublichen) Betrag von € 707,48 pro Stunde – und insgesamt einen Betrag von rund € 260.000 – geltend und legte zum Nachweis der Angemessenheit dieses unverhältnismäßig hohen Stundensatzes lediglich sechs „Vergleichsrechnungen“ vor, die er während eines lang zurückliegenden Zeitraums von insgesamt elf Jahren und jeweils nur Kleinprojekte betreffend gelegt hatte. Der Gebührenanspruch wurde erwartungsgemäß von einer Partei bekämpft. Zugleich beantragten beide Parteien schriftliche Gutachtenser-gänzungen mit insgesamt 100 weiteren Einzelfragen. Zu erwarten ist, dass diesen Sachverständigen monatelang in Anspruch nehmen wird. Zweifellos wäre es wichtig zu wissen, ob die Gutachtenser-gänzungen nun – ausgehend von den hohen Stundensätzen – tatsächlich Millionen kosten wird oder ob er sich mit etwa einem Fünftel dieses Betrages begnügen muss.

Das Oberlandesgericht, das über die bekämpften Stundensätze zu entscheiden hatte, ließ die Frage zur Höhe des geltend gemachten Gebührenanspruchs aber in seiner Entscheidung bewusst offen und wies darauf hin, dass es „verführt“ wäre, dies „schon jetzt“ (nochmals: nach Beanspruchung von einer Sachverständigengebühr von mehr als einer Viertelmillion Euro!) zu klären, da die Tätigkeit des Sachverständigen ja noch nicht abgeschlossen und sein Anspruch daher noch gar nicht fällig sei. Eine ratenweise Bestimmung und Anweisung von Sachverständigengebühren entspräche demnach nicht dem Gesetz.¹⁴⁾

Dieser Sachverständige arbeitet also – und zwar auch derzeit noch – auf unklarer Kostenbasis weiter, obwohl er sein Amt vielleicht zurücklegen würde, wenn er wüßte, dass er „nur“ € 150,- pro Stunde, wie in § 34 Abs 3 GebAG ohne Nachweis üblicherweise erzielter höherer Stundensätze vorgesehen, bekommen wird. Und die Parteien müssen zittern, ob die Kosten des Sachverständigen letztlich vielleicht sogar den Streitwert übersteigen.

Dass auch das Gericht es in der Hand hätte, die überbordenden an den Sachverständigen gestellten Fragen zu fokussieren und auf eine rasche Gutachtenserstellung zu dringen, ist evident, passierte aber nicht. Zusätzlich hat, da das Gericht zunächst die technischen Fragen klären lassen wollte, in diesem im Herbst 2014 anhängig gemachten Verfahren bis Mitte 2020 noch keine einzige Zeugenbefragung stattgefunden. Und wer hätte auch wirklich zu Prozessbeginn ahnen können, dass die Gutachtenserstellung so lange dauern wird.

B. Spezialfall Einstweilige Verfügungen

1. Die Einstweilige Verfügung als Abhilfe

Was kann in manchen besonders dringenden Fällen helfen? Wie bekommen die Parteien rasch den erforderlichen Rechtsschutz? Die Antwort ist klar: Mit Hilfe einer Einstweiligen Verfügung, da ein solcher Antrag sowohl zugleich mit einem Rechtsstreit als auch davor und währenddessen eingebracht werden kann

und ohne unnötigen Aufschub zu erledigen ist.¹⁵⁾ Einstweilige Verfügungen sind ein taugliches Mittel der Verfahrensgestaltung und Verfahrensbeschleunigung insbesondere dann, wenn sie für das Hauptverfahren präjudizial sind oder das gestellte Begehren mit dem Hauptbegehren ohnehin deckungsleich ist. Das ist oft der Fall, aber leider nicht immer. Man denke etwa an die zahlreichen UWG-Verfahren mit Unterlassungsbegehren, in denen es relativ rasch im Provisorialverfahren zu einer höchstgerichtlichen Entscheidung kommt und damit mit hoher Wahrscheinlichkeit auch das Hauptverfahren der Sache nach entschieden ist, sei es durch Vergleich, Klagsrückziehung oder ein Urteil in Anlehnung an die Entscheidung des OGH im Provisorialverfahren. Warum „funktioniert“ das nicht immer? Dies hängt vor allem damit zusammen, dass das Gericht im Provisorialverfahren nicht stets die volle Entscheidungsgrundlage hat.

2. Probleme in der Beweisführung

Das erste Hindernis bei der Erlangung aussagekräftiger Entscheidungen ist die uU fehlende Möglichkeit, den Sachverhalt, über den es zu entscheiden gilt, vollumfänglich zu bescheinigen, also glaubhaft zu machen.¹⁶⁾ Die Bescheinigungsmittel, die „parat“, also prompt verfügbar sein müssen, vermögen dem Gericht manchmal einfach kein umfassendes Bild von der Sachlage zu vermitteln. Dies gilt etwa dann, wenn zur Beurteilung einer Wettbewerbswidrigkeit ein gerichtlicher Sachverständigenbeweis benötigt wird. Dieser stellt nämlich kein parates Bescheinigungsmittel dar,¹⁷⁾ sondern würde längere Zeit in Anspruch nehmen. Helfen kann man sich hier allenfalls mit einem Privatgutachten, das für den milder strengen Grad der Glaubhaftmachung oft auch ausreichen wird. Aber dann ist es natürlich denkbar, dass im Hauptverfahren andere Fakten zu beurteilen sind.

Und schließlich ist es manchmal nahezu unmöglich, drohende Schäden zu bescheinigen. Wurde beispielsweise in einer GmbH ein Aufsichtsrat rechtswidrig, weil nicht mit der hierfür erforderlichen Mehrheit abberufen, so kann man diesen Beschluss gem §§ 41 ff GmbHG anfechten und zur Sicherung auch eine Einstweilige Verfügung beantragen. Erst jüngst wurde oberstgerichtlich klargestellt,¹⁸⁾ dass neben einer auf § 42 Abs 4 GmbHG gestützten Einstweiligen Verfügung, für die es Voraussetzung ist, dass ein der Gesellschaft drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht wird, auch eine Veränderung des tatsächlichen Zustandes iSd § 381 Z 1 EO ausreicht. Dies ist durchaus sinnvoll, weil es in der Praxis unmöglich ist auch nur zu bescheinigen, dass der Gesellschaft gerade durch die Abberufung eines Aufsichtsrates ein Schaden droht. Andererseits bleibt ohne die Einstweilige Verfügung der Aufsichtsrat erst einmal auf einige Jahre, nämlich so lange, bis das Verfahren im Rechtsmittelweg bis an den OGH

¹⁵⁾ RIS-Justiz RS0004964; RS0004853 [T3]; vgl *Kodex in Angst/Oberhammer*, EO³ § 378 EO Rz 14 sowie zu § 389 Rz 9.

¹⁶⁾ Vgl § 389 Abs 1 EO.

¹⁷⁾ RIS-Justiz RS0005376 [T5].

¹⁸⁾ 6 Ob 90/19g und dieser folgend 6 Ob 149/19h.

¹⁴⁾ OLG Wien 15 R 193/17p.