

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 Anwalterwartungen: 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 Anwaltssicht. Gemeinsam sollte wohl aus allen drei Blickpunkten der Wunsch nach einer schnellen, genauen, 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 dilatorische 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 suchet, 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 – wenngleich 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 IBA 2018 in Sydney in zwei (auf langwierige Schriftsätze bezogenen) Sätzen betonte, 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, 1230; zitiert nach Welser, „Eier können nicht gefangen werden“ 104.

²⁾ 6 Ob 198/15h; vgl dazu Welser, Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule – die „Grundlegende“, die „Verunsichernde“ und die „Begehrlichkeiten Bestrafende“, ecoloX 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 Prozessserfolg. 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, genauen, richtigen, kosteneffizienten und gerechten, also eines insgesamt „zufriedenstellenden“ Zivilverfahrens ist zwar eine berechtigte 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. Sowohl 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 Beklagtenseite 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 exekutierbarer 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 Mittel findige Beklagte und ihre Anwälte einsetzen können, um Verfahren auf Jahre hinauszuschieben, 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 Beweismittel⁵⁾ beschränkt sind. Daher geht Schnelligkeit manchmal auch auf Kosten der Richtigkeit, und zwar nicht nur der rechtlichen, sondern auch der Richtigkeit der zugrundeliegenden Fakten.⁶⁾ *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

³⁾ Dies ist natürlich anfechtbar nach den Bestimmungen der §§ 1 ff AnfO und §§ 27 ff IO und kann sogar ein strafrechtliches Kridadelikt 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 Bescheinigungsmittel zu berücksichtigen; RIS-Justiz RS0005250.

⁶⁾ Vgl dazu das Beispiel mit der Bankgarantie unten.

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 erhoffte „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.

Er schließt daher ohne weitere Beweisaufnahme die Verhandlung und verfasst das Urteil.⁷⁾ Der Zeitgewinn und die Kostenersparnis sind unglaublich. 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 anhängig waren, ist es genau durch ein solch „mutiges“ Vorgehen und rasches Urteil eines einzigen Richters gelungen, mehrere parallel (teilweise über Monate oder Jahre) anhängige 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 nützt 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 in Bauprozessen: Wenn während eines anhängigen 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 gebliebener 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 Berechtigung 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 derartiger 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 Erbschaftssachen, 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 verbreiterte Diskussion der Entscheidung im Richterssenat 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 Teileinsturz 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 eingelesebenen und engagierten Richterin straff 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 Tagsatzungen stattgefunden

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.

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 prozessuale 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 Rechtsanwälte 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 RS0043051 [T8]; RS0043308.

¹²⁾ Dazu vgl Irene Welsler, Effizienz in internationalen Schiedsverfahren – Wunsch oder Wirklichkeit? in Fitz/Kalss/Kautz/Kucsko/Lukas/Torggler (Hrsg), FS H. Torggler (2013) 1279; Weiters Welsler in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welsler/Zeile (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://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2019/efficiency-vs-due-process-paranoia/>.

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 Gutachtenseränzungen mit insgesamt 100 weiteren Einzelfragen. Zu erwarten ist, dass den Sachverständigen monatelang in Anspruch nehmen wird. Zweifellos wäre es wichtig zu wissen, ob die Gutachtenseranzung 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 „verfrüht“ 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

¹⁴⁾ OLG Wien 15 R 193/17p.

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 präjudiziell sind oder das gestellte Begehren mit dem Hauptbegehren ohnehin deckungsgleich 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 minder 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. *Kodek 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.

herangetragen wurde, abberufen und das Geschäft der Gesellschaft geht ohne seine Kontrolle weiter.

Und schließlich gibt es auch Fakten, die man nicht oder nur schwer bescheinigen kann, wie etwa die Krankheit einer Person und die daraus drohende Beschlussunfähigkeit eines gesellschaftsrechtlichen Organs. Jedenfalls dann, wenn man sich an ethische Grundsätze hält, nicht illegal im Krankenhaus anruft oder dem Kranken einen Privatdetektiv nachschickt. Auch hier ist es bitter, wenn man die Einstweilige Verfügung wegen Nichtbescheinigung der Krankheit nicht bewilligt erhält und der Kranke dann kurz darauf verstirbt. Die Krankheit hat sich dann nämlich durchaus beweisen lassen, aber eben zu spät und ex post.

3. Zur Entscheidungsfreudigkeit des Gerichts

Ein anderer düsterer Punkt kann mit dem Begriffspaar gerichtliche Entscheidungsfreudigkeit vs „Liegenlassen“ umschrieben werden. Gott sei Dank ist dies nicht der Regelfall; üblicherweise ist die Befassung der Gerichte mit Einstweiligen Verfügungen vorbildlich. Wiederum gibt es aber ein negatives Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht. Stellen wir uns ein Szenario vor, in dem eine unrechtmäßige Stimmrechtsausübung unmittelbar droht und dies durch Korrespondenz auch bescheinigt werden kann. Die entsprechende Generalversammlung soll in einer Woche stattfinden. Wird die Frist zur Äußerung über den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, die diese unrechtmäßige Stimmabgabe in der Generalversammlung verhindern soll, so bestimmt, dass im Zeitpunkt ihres Ablaufs die Generalversammlung bereits vorbei ist und auch die Entscheidung über die Einstweilige Verfügung erst drei Monate später mit der wesentlichen Begründung getroffen, dass die Generalversammlung mittlerweile ja bereits stattgefunden habe, sodass das Rechtsschutzinteresse wohl weggefallen sei, so bleibt ebenfalls ein schaler Nachgeschmack zurück.¹⁹⁾ Das System des einstweiligen Rechtsschutzes kann im Sinne der Verfahrensökonomie nur dienlich sein, wenn es auch zeitlich greift. Ist das Rechtsschutzbedürfnis einmal weggefallen, erübrigt sich das noch so große Effizienzpotenzial der Einstweiligen Verfügung.

4. Umgehung durch die Fiktion erst späterer Zustellung trotz Kenntnis vom Inhalt?

Wird eine Einstweilige Verfügung dann aber doch – und zwar rechtzeitig – erlassen, dann fragt es sich, ob unser geltendes Prozessrecht der gegnerischen Partei womöglich Wege eröffnet, die ihr übermittelte Einstweilige Verfügung bewusst zu vereiteln. Bekanntlich gilt gem § 89d Abs 2 GOG als Zustellungszeitpunkt elektronisch übermittelter gerichtlicher Erledigungen – also auch von erlassenen Einstweiligen Verfügungen – (erst) der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers *folgende* Werktag, wobei Samstage nicht als Werktag gelten. Dies hat den Sinn, dass Rechtsmittelfristen erst am nächsten Werktag zu laufen beginnen, damit es keinen Unterschied macht, ob die Entscheidung um 7 Uhr Früh oder knapp vor Mitternacht zugestellt wird. Die Einstweilige Verfügung, um die es in diesem – wiederum tatsächlich pas-

¹⁹⁾ LG Salzburg 2 Cg 34/18a; vgl auch dazu OGH 6 Ob 194/18z.

sierten – Fall geht, lautete auf Verbot der Beeinträchtigung von Stimmrechten eines Gesellschafters in einer Generalversammlung, die – genau wie im obigen Fall der drohenden unrechtmäßigen Stimmrechtsausübung – im Zeitpunkt der Einbringung des Antrags bereits, und zwar für die darauffolgende Woche, anberaumt worden war. Das Gericht entschied hier zeitgerecht iSd Antrags und stellte die Einstweilige Verfügung am Freitag der vorangehenden Woche umsichtigerweise nicht nur im Wege des (üblichen) Elektronischen Rückverkehrs, sondern zusätzlich auch per Telefax zu, um absolut sicherzustellen, dass die Entscheidung auch prompt zur Kenntnis genommen werden kann. Erstaunlicherweise macht diese „doppelte“ Zustellung aber keinen Unterschied; § 89d GOG gilt auch weiterhin.²⁰⁾ Die durch die Einstweilige Verfügung belastete Partei reagierte prompt noch an diesem Freitag und ließ den Punkt, um den es ging, von der Tagesordnung nehmen. Der Sache nach war das Stimmrecht dadurch vereitelt, da es ja in der Generalversammlung gerade nicht mehr ausgeübt werden konnte. In einem deswegen eingeleiteten Exekutionsverfahren argumentierte die Gegnerin allen Ernstes, die Einstweilige Verfügung sei ihr ja noch nicht rechtswirksam zugestellt worden, sodass sie dagegen schon begrifflich nicht habe verstoßen können. Erfreulicherweise hat der OGH diese Rechtsansicht aber nicht geteilt.²¹⁾

5. Gegenteilige Entscheidungen zum exakt selben Sachverhalt

Ein weiteres besonders anschauliches Beispiel des Facettenreichtums, der sich im Zusammenhang mit Einstweiligen Verfügungen ergeben kann, betrifft – ebenfalls aus der Praxis der Verfasserin – den Fall des Versuchs der Erlangung einer Einstweiligen Verfügung gegen die Ziehung einer Bankgarantie. Der Zufall wollte es, dass zwei Konsorten, die im Rahmen einer Bau-ARGE mit Gewährleistungsansprüchen des Auftraggebers konfrontiert wurden, jeweils gesonderte Bankgarantien zur Sicherung derselben Ansprüche, für die sie solidarisch hafteten, begeben hatten. Der (rumänische) Auftraggeber zog beide Bankgarantien. Der Sachverhalt war hinsichtlich beider Bankgarantien also exakt derselbe. Konsorte 1 und Konsorte 2 brachten, gestützt auf das Argument eines rechtsmissbräuchlichen Abrufs,²²⁾ beide beim selben Bezirksgericht²³⁾ im Wesentlichen gleichlautende Provisorialanträge ein, mit denen der in Anspruch genommenen Bank eine Auszahlung verboten werden sollte. Die Anträge waren nach der Geschäftsordnung verschiedenen Abteilungen zugeteilt. Beide Richter erließen die Einstweiligen Verfügungen ohne Anhörung des rumänischen Prozessgegners. Erwartungsgemäß erhob dieser dann nach Zustellung, die in Rumänien erfolgte, Widerspruch, aufgrund dessen eine mündliche Verhandlung zur Sachverhaltsbescheinigung anzusetzen war. Richter 1 tat dies zügig und änderte seine Entscheidung nach der Bescheinigungstagsatzung im Sinne einer Abweisung des

²⁰⁾ Vgl RIS-Justiz RS0119066; RS0083733.

²¹⁾ 3 Ob 135/19b RIS-Justiz RS0132871.

²²⁾ Vgl dazu die weitreichende Judikatur, etwa 8 Ob 17/04i; 4 Ob 2330/96t; RIS-Justiz RS0017997 uva.

²³⁾ BG Innere Stadt Wien 85 C 436/14t sowie 40 C 408/14v; vgl dazu auch Welser, Schiedsgerichte über Baustreitigkeiten – Tipps und Fallen ZRB 2015, XXIII. Heft 4.

Provisorialantrags ab; Rechtsmittel an das Rekursgericht²⁴⁾ und an den OGH²⁵⁾ blieben erfolglos.

Derweil hatte die andere, mit dem zweiten Widerspruchsverfahren befasste Gerichtsabteilung zugewartet, weil sie noch keinen Nachweis über den Zustellzeitpunkt der Einstweiligen Verfügung im Akt hatte und daher – richtigerweise – die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs nicht prüfen konnte. Trotz der Effizienz der involvierten Zustellbehörden langte dieser (eben aus Rumänien) erst Monate später ein. Die mündliche Verhandlung über den Widerspruch fand daher erst zu einem Zeitpunkt statt, zu dem das „Parallelverfahren“ bereits in zwei Instanzen verloren war. Allerdings war es durch diesen zeitlichen Puffer und den damit verbundenen Zeitgewinn dem anderen Konsorten möglich, wesentlich fundiertere Bescheinigungsmittel beizubringen, sodass Richter 2 den Sachverhalt anders feststellen konnte und die Einstweilige Verfügung gegen die Ziehung der Bankgarantie aufrecht hielt. Der Rekurs gegen diese Entscheidung wurde vom selben Senat²⁶⁾ behandelt wie in Fall 1, der diesmal aber – da ja der festgestellte Sachverhalt ein anderer war – genau gegenteilig entschied wie im Parallelverfahren. Dieselben Fakten, zwei verschiedene Ergebnisse. Hier gerade deshalb, weil mehr Zeit blieb, wichtige Beweise zusammenzutragen.

III. Justice delayed – Welche Abhilfen bietet das Gesetz?

Zur Abrundung des Bildes ist an dieser Stelle ein Blick auf jene Mittel zu werfen, welche das österreichische Prozessrecht den Gerichten und den Prozessbeteiligten bietet, um ein Verfahren möglichst effizient und hoffentlich auch rasch zu gestalten. Dies sind gar nicht so wenige, und sie sind auch praktisch relevant.

A. Optimale Strukturierung der Verhandlung

Die Zivilprozessordnung kennt eine Reihe von Bestimmungen, die zur Verfahrenskonzentration und Effizienz beitragen sollen. Gemäß § 180 Abs 2 ZPO kann der Richter den Parteien auftragen, binnen einer ihnen gleichzeitig zu setzenden Frist Vorbringen zu erstatten sowie Beweise und Zeugen zu benennen. Bei Nichteinhaltung dieser Frist kann späteres Vorbringen auf Antrag oder von Amts wegen zurückgewiesen oder die Unterlassung gem § 381 ZPO zum Nachteil des Säumigen gewürdigt werden.

Die Praxis entwickelt sich erkennbar dahingehend, dass die Gerichte immer öfter solche verfahrensleitenden Maßnahmen treffen, um die Parteien anzuleiten, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt „alle Karten auf den Tisch“ zu legen. Dies geschieht dergestalt, dass sie den Parteien bereits in der Ladung zur vorbereitenden Tagsatzung auftragen, gem § 257 Abs 2 iVm § 180 Abs 2 ZPO in ihrem Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung abschließendes Vorbringen zu erstatten und sämtliche Beweise vorzulegen, andernfalls „ohne genügende

²⁴⁾ LGZ Wien 46 R 8/15i.

²⁵⁾ 7 Ob 53/15t.

²⁶⁾ LGZ Wien 46 R 267/15b.

Entschuldigung“ solches zurückgewiesen werden kann. Diese Vorgehensweise ist besonders zu begrüßen, bedarf aber nicht zuletzt eines gewissen richterlichen Feingefühls. So ist es beispielsweise in Rechtsstreitigkeiten, die auf bereits lange (oftmals sogar Jahrzehnte) zurückliegenden Sachverhalten beruhen, ganz oft so, dass viele Beweismittel (etwa Urkunden, informierte Zeugen) erst zu einem viel späteren Zeitpunkt „aus den Archiven“ aufgefunden werden. Das darf freilich nicht zu einem Rechtsschutzdefizit der beweisführenden Partei führen. Umgekehrt wird es am erkennenden Richter liegen, mittels (durchaus investigativem) Nachfragen und Erörtern streng zu prüfen, ob tatsächlich keine Verschleppungsabsicht vorgelegen ist.

Überdies wird es trotz einer Fristsetzung nach § 180 Abs 2 ZPO zulässig sein, gem § 257 Abs 3 ZPO bis eine Woche vor der Verhandlung²⁷⁾ einen vorbereitenden Schriftsatz einzubringen, sofern die vorherige Verfügung des Gerichts dies nicht ausdrücklich ausschließt. Und auch dagegen, dass erst später Beweismittel zugänglich sind und dann dennoch vorgelegt werden, schützt eine solche Verfügung wohl nicht.²⁸⁾ Vielmehr besteht in solchen Fällen das Risiko eines Verfahrensmangels, wenn das Gericht starr und bedingungslos an einer solchen Präklusion für neue Prozessbehauptungen und Beweismittel festhält.²⁹⁾

Wirft man einen Blick in die dem vorgenannten Paragraphen nachfolgende Bestimmung des § 180 Abs 3 ZPO, entfernt man sich schon etwas weiter von der herrschenden Realität. Denn § 180 Abs 3 ZPO lautet:

„Der Vorsitzende hat dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde, die Verhandlung aber auch nicht durch Weitläufigkeit und unerhebliche Nebenverhandlungen ausgedehnt und, soweit tunlich, ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde.“

Nach langjähriger Prozesserrfahrung kann man diesen Absatz zwar als gut gemeinte Richtschnur ansehen, mit der Realität hat er aber leider nicht allzu viel zu tun. Denn erfahrungsgemäß ist eher das Gegenteil der Fall. Die Bestimmung ist auch völlig sanktionslos. Manche Richter – vor allem in Landesgerichten außerhalb von Wien, wo halb- oder maximal eintägige Verhandlungen der Regelfall sind und Folgetermine erst im Abstand von einigen Monaten der Regelfall sind – versuchen dem zwar sehr wohl Rechnung zu tragen, indem sie etwa mehrere Tage hintereinander „durchverhandeln“. Es wird zB für ein bestimmtes Beweisthema oder für die Vernehmung mehrerer Zeugen eine ganze Woche reserviert und versucht, das Verfahren damit zu konzentrieren. Das kann zwar oft hilfreich sein, aber auch nicht immer. Denn der Nachteil für die Folgetage ist es, dass noch kein Verhandlungsprotokoll der vorangehenden Aussagen vorliegt, das den zu ver-

²⁷⁾ Es ist aus taktischen Gründen nicht sinnvoll, einen solchen Schriftsatz früher einzubringen, da man andernfalls Gefahr läuft, dass der Prozessgegner seinerseits noch einen Schriftsatz bis eine Woche vor der Verhandlung „nachschießt“.

²⁸⁾ In einem solchen Fall wird wohl ohnedies eine „genügende Entschuldigung“ iSd § 180 Abs 2 ZPO vorliegen; darüber hinaus greift die Präklusion des Vorbringens iSd § 179 ZPO allenfalls erst nach der Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens der Parteien in der vorbereitenden Tagsatzung, weil es den Parteien nach § 258 ZPO bis dahin frei steht, noch ergänzendes Vorbringen und Beweisangebot zu erstatten; vgl RIS-Justiz RS0119743.

²⁹⁾ Vgl § 496 Abs 1 Z 2 ZPO; RIS-Justiz RS0043086 [T3].

nehmenden Personen vorgehalten und mit dem sie konfrontiert werden können. Störungen des geplanten mehrtägigen Verhandlungsverlaufes durch erkrankte oder verhinderte Zeugen sind gravierender, als wenn ein Verhandlungstag bloß etwas früher zu Ende geht. Und das Ziel, die Verhandlung, ähnlich wie im Strafprozess³⁰⁾ oder in Schiedsverfahren tunlichst „in einem Stück“ abzuführen, wird dann letztlich doch nicht erreicht. Für auswärtige Anwälte kommt dazu, dass eine mehrtägige oder ganzwöchige Abwesenheit vom Kanzleisitz für die Betreuung anderer Akten nachteilig sein kann. Und bei tagelangen „Monsterverhandlungen“, die früh morgens beginnen und spät abends, uU erst gegen 22 Uhr, enden, kann eine solche Vorgangsweise für alle Beteiligten einfach auch eine körperliche Herausforderung darstellen, denn man wird nach so vielen Stunden hochkonzentrierter Verhandlung einfach müde. Schließlich kann es auch aus prozesstaktischen Gründen sinnvoll und aus Sicht des einschreitenden Anwalts erwünscht sein, eine gewisse Pause zwischen den Verhandlungstagen zu haben, um das Geschehene zu reflektieren, das Vorbringen zu überdenken und gegebenenfalls zu ergänzen, erst jetzt als notwendig erkannte Beweismittel zu suchen oder einfach mit der Partei die bisher vorliegenden Beweisergebnisse zu evaluieren und den eigenen Prozesstandpunkt neu zu bewerten.

Korrespondierend zu den richterlichen Anordnungen zur effizienten Verfahrensgestaltung besteht gem § 178 ZPO auch eine Prozessförderungspflicht der Parteien. Sie haben nicht nur vollständig und präzise vorzubringen, sondern diese Vorträge auch so zeitgerecht und vollständig zu erstatten, dass das Verfahren möglichst rasch durchgeführt werden kann. Daher kann es durchaus schwierig sein, sich etwa gegen die oben beschriebenen, an sich gut gemeinten und im Einklang mit den Vorgaben der ZPO stehenden „Verhandlungsmarathons“ zu „wehren“. Deutlich wird hier also wieder der bereits eingangs geschilderte Interessenkonflikt: Komprimiert man die Verhandlungszeiten auf enge Zeiträume, leidet unter Umständen die Qualität des Verfahrens darunter; wird hingegen nur alle paar Monate verhandelt, produziert allein schon die Vorbereitungszeit auf die Termine sowie die Anreise mehr Kosten, und das Verfahren wird in die Länge gezogen.

B. Präklusion von Zeugen

Der Zeugenbeweis ist (neben dem Urkunden-, dem Sachverständigen-, dem Augenscheinbeweis und der Parteienvernehmung) eine der fünf „zentralen Säulen“ der in der Zivilprozessordnung ausdrücklich genannten klassischen Beweismittel.³¹⁾ Nach nunmehr gesicherter Rechtsprechung sind die in der ZPO ausdrücklich genannten Beweismittel nicht abschließend,³²⁾ was Spielraum für eine weitere – allenfalls moderne oder alternative – Beweisführung ermöglicht. So hat es sich etwa das Landesgericht Klagenfurt – streng dem Unmittelbarkeitsgrundsatz verpflichtet – einmal nicht nehmen lassen, den Beweis im Rechtsstreit um die bestrittene Flugfähigkeit des Kakadus „Seppi“, die einen Gewährleistungsfall

³⁰⁾ Vgl RIS-Justiz RS0129952.

³¹⁾ Vgl *Rechberger in Fasching/Konecny*³ III/1 Vor § 266 ZPO Rz 99.

³²⁾ 1 Ob 39/15i (dieser folgend 9 Ob 27/15h und 6 Ob 111/15i).

darstellte, dahingehend aufzunehmen, dass dieser in der hierfür angemieteten Messehalle dem Richter samt Publikum seine Flugfähigkeiten vorführen musste (er krachte bei dem Versuch leider gegen die Wand, die Klage auf Kaufpreiszahlung wurde abgewiesen).³³⁾

Als prozessökonomisch schwieriger als diese unkonventionelle „aeronautische Beweisaufnahme“ kann sich jedoch der klassische Zeugenbeweis gestalten, etwa dann, wenn Zeugen trotz ordnungsgemäßer, teils mehrfacher Ladung samt Ordnungsstrafe oder gar Vorführanordnung schlichtweg nicht erscheinen, überraschende Krankheiten oder Arzttermine einer Einvernahme entgegenstehen oder ein Antrag auf Zeugenbeweis ganz bewusst in Verschleppungsabsicht auch noch spät gestellt wird. Dies verursacht nicht nur Kosten, sondern auch Frustration. Nicht selten wurden zu einem bestimmten Beweisthema bereits unzählige Beweismittel in mehreren Verhandlungen aufgenommen und Parteien sowie Zeugen gehört, und trotzdem taucht in letzter Sekunde eine weitere Person auf, die zu dem Thema vermeintlich etwas beitragen kann. Dabei reicht bekanntlich die bloße abstrakte Möglichkeit; sprich ein Name und eine Adresse. Zu Recht darf ein Richter eine solche Zeugeneinvernahme – und mag es noch so unwahrscheinlich sein – nicht deshalb ablehnen, weil ihm die Verwertung dieser Aussage voraussichtlich zu wenig ergiebig sein werde; er riskiert damit vielmehr einen primären Verfahrensmangel.³⁴⁾

Der gangbare Weg für solche Fälle, von der offenkundigen Prozessverschleppung³⁵⁾ einmal abgesehen, besteht in der Beantragung einer Präklusion. Dies ist – allgemein gesprochen – gem § 279 Abs 1 ZPO dann möglich, wenn der Beweisaufnahme ein Hindernis ungewisser Dauer entgegensteht. Auf Antrag der anderen Partei hat das Gericht einen unanfechtbaren Befristungsbeschluss zu fassen. Für Zeugen kann eine Präklusion nach § 335 ZPO nur beschlossen werden, wenn die Vernehmung eines Zeugen „vergeblich versucht“ wurde und zu besorgen ist, dass Wiederholungen des Versuches zu neuer Verzögerung des Prozesses führen würden. Der Weg dorthin, kann durchaus langwierig und kostspielig sein. Einfach ist dies nur, wenn ein Zeuge dauerhaft und nachweislich krank ist oder traurigerweise verstirbt. Insbesondere im letzten Fall ist es glasklar: Der Zeuge kann nicht mehr vernommen werden; der Beweis ist präkludiert.

Denkt man aber an den Zeugen, der seinen Wohnsitz – wie man das durchaus oft in der Praxis erlebt – ummeldet, der einfach nicht erscheint, der sich danach krankmeldet, dann können wir feststellen, dass es nach dem Stufenbau der §§ 333 f ZPO zumindest drei frustrierte Termine gibt, bevor ein Zeuge präkludiert werden kann: Erstens, er wird geladen und kommt einfach nicht. Dann ist noch gar nichts passiert. Zweitens, er ist neuerlich zu laden und es ist ihm eine Ordnungsstrafe nach § 333 Abs 1 ZPO anzudrohen. Er kommt wiederum nicht. Dann, drittens, ist nach der genannten Bestimmung die Ordnungsstrafe zu verdoppeln und eine polizeiliche Vorführung anzuordnen. Erst nachdem alle diese drei Schritte gesetzt wurden – was idR auch enorm viel Zeit in Anspruch nimmt –

³³⁾ <https://ktnv1.orf.at/stories/453964> – der strenge Leser wird diesen Beweis dem Augenscheinbeweis zuordnen.

³⁴⁾ RIS-Justiz RS0043308 [T1].

³⁵⁾ Vgl § 275 Abs 2 ZPO.

kann nach hA³⁶) der Zeuge präkludiert werden. Das heißt, allein zur Präklusion dieses Zeugenbeweises bedarf es zumindest vierer Verhandlungstermine sowie in der Praxis einen Parteiantrag auf Präklusion. Und für die beweisführende Partei gibt es hierbei auch kaum ein Risiko, hat sie doch (zumeist bzw formell) keinen direkten Einfluss auf das Erscheinen des Zeugen und kann – selbst wenn der Beweis präkludiert wurde – diesen dennoch später in der fortgesetzten mündlichen Verhandlung führen, wenn „dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.“³⁷) Insofern kann bei einer überraschenden Genesung eines wichtigen Zeugen dessen Aussage durchaus noch verwertet werden.

Und schließlich wiegt sich die obsiegende Partei selbst nach Präklusion des Zeugenbeweises und Urteilsfällung in der Annahme, dieser Beweis sei „für immer“ dahin, in einer trügerischen Sicherheit. Denn nach § 531 ZPO kann (in zugegeben seltenen Fällen) die Wiederaufnahme des Verfahrens auch zur Ausführung von der Verhandlung ausgeschlossener Beweise bewilligt werden, „wenn die Benützung dieser Beweise im früheren Verfahren offenbar eine der Partei günstigere Entscheidung zur Folge gehabt haben würde“. Nach hA³⁸) gilt dies selbstverständlich auch für den Zeugenbeweis. Selbst wenn die Partei, die den Beweis geführt hat, am Ausschluss desselben sogar ein Verschulden (!) trifft, hat dies auf den Wiederaufnahmegrund des § 531 ZPO nach der (durchaus zu hinterfragenden) Judikatur aus dem Jahr 1927 keinen Einfluss.³⁹)

Es zeigt sich also im Ergebnis, dass die Präklusion von Zeugenbeweisen, die ja eigentlich der Verfahrensbeschleunigung⁴⁰) dienen soll, in der Praxis relativ zahnlos ist und sowohl der Richter als auch die an der Präklusion interessierte Partei sich dem nicht unwahrscheinlichen Risiko aussetzen, die endgültige Entscheidung in der Streitsache sogar noch zu verlängern oder gar den Akt nach Urteilsfällung erst recht wieder „auf den Tisch“ zu bekommen.

C. Verspätetes Vorbringen und Beweisanträge in Verschleppungsabsicht

Ein weiteres Problemfeld, das besonders praxisrelevant und kurz zu beleuchten ist, betrifft verspätetes Vorbringen und Beweisanträge in Verschleppungsabsicht. Nach den §§ 179, 275 Abs 2 ZPO können zwar vom Gericht Vorbringen und Beweisanträge in Verschleppungsabsicht zurückgewiesen werden, wenn „grob schuldhaft“ nicht früher vorgebracht wurde oder wenn bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände „kein vernünftiger Zweifel“ daran besteht, dass durch das Beweisanbot der Prozess verschleppt werden soll. Hier erlebt man als Anwalt in der Praxis jedoch sehr Verschiedenes: So vielfältig diese Problemstellung sein kann, so unterschiedlich „hart“ wird von den Gerichten mit der Bestimmung umgegangen. Denn schon allein die Beantwortung der Frage, ob

³⁶) Frauenberger in Fasching/Konecny³ III/1 § 335 ZPO Rz 4.

³⁷) Vgl § 279 Abs 2 ZPO; Frauenberger in Fasching/Konecny³ III/1 § 335 ZPO Rz 8.

³⁸) Vgl Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 531 Rz 1; Jelinek in Fasching/Konecny³ IV/1 § 531 ZPO Rz 5; Klausner/Kodek, JN – ZPO¹⁸ Anm 1.

³⁹) RIS-Justiz RS0044926; Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 531 Rz 1.

⁴⁰) Frauenberger in Fasching/Konecny³ III/1 § 335 ZPO Rz 1.

ein Vorbringen grob schuldhaft nicht erstattet wurde oder ob durch eine Beweisaufnahme eine erhebliche Verzögerung eintritt, ist ein Paradebeispiel der Kasuistik, und es bedarf hier eines „mutigen“ Richters. Die Handhabung dieser Bestimmung ist in der Praxis eher restriktiv; die Erfahrung zeigt, dass die Verschleppungsabsicht beinahe offenkundig sein muss, damit sich die gegnerische Partei auf die Anwendung der Bestimmung verlassen kann. Denn die Präklusionsmöglichkeit ist mit Vorsicht und Verantwortung anzuwenden.⁴¹) Pimmer hat die zugrundeliegende Problematik bereits im Jahr 1983 in einem „Leitfaden“ dargestellt,⁴²) der durchaus auch in der heutigen Zeit noch Beachtung finden sollte.

Irgendwann muss der Richter selbstverständlich eine Grenze ziehen und etwa festlegen, wie viele Schriftsätze die Parteien einbringen dürfen; dies stets unter dem „Damoklesschwert“ eines potenziellen Verfahrensmangels. Manchmal führt die Furcht davor dazu, im Zweifelsfall das Vorbringen oder den Beweisantrag noch zuzulassen. Es schließt sich also für die verschleppungswillige Partei der Kreis zum oben genannten späten Zeugenbeweis.

Dies ist insofern nicht völlig verfehlt, als der Zivilprozess ja nicht einem formalistischen Selbstzweck dienen soll, sondern zur Feststellung, was wirklich geschehen ist.⁴³) Schließlich möchten die Parteien ja grundsätzlich (dazu oben) ein umfassendes Verfahren haben, in welchem alle relevanten Punkte Berücksichtigung finden. Denn spiegelbildlich zum Vorgesagten eröffnet die Einheit der mündlichen Streitverhandlung (§ 193 Abs 2 ZPO) einer Partei die Möglichkeit, während der gesamten Verhandlung weiteres Vorbringen zu erstatten; die späteres Vorbringen ausschließende Eventualmaxime kennt das Gesetz im Zivilverfahren gerade nicht.⁴⁴)

Zusammengefasst gibt die Zivilprozessordnung dem Richter ausreichendes Werkzeug an die Hand, um die Parteien „im Zaum“ zu halten, und die Praxis zeigt, dass dies von den meisten Richtern durchaus angenommen und angewandt wird. Der Vielschreiberei und überlangen Schriftsätzen kann dadurch natürlich nicht Einhalt geboten werden.

D. Der Sachverständige als „Co-Richter“

Man stelle sich vor, man bringt eine Klage ein, es findet eine vorbereitende Tagsatzung statt, ein Sachverständiger wird bestellt. Das Gericht lässt zu, dass die Parteien erst jeweils rund hundert Fragen an den Sachverständigen stellen. Nachdem der Sachverständige diese – mit aufgrund des Umfangs lange erstreckten Fristen – beantwortet hat, kommen Ergänzungsfragen in ähnlichem Ausmaß und machen wiederum (zeit)aufwändige Ergänzungsarbeit des Sachverständigen nötig. Die Jahre ziehen ins Land, und es findet dann einmal eine Tagsatzung zur Gutachtenserörterung statt. Und trotz der Tatsache, dass Jahre vergangen

⁴¹) Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 179 Rz 2.

⁴²) Pimmer, Zur Befugnis des Richters zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Beweisanbietens, JBl 1983, 129.

⁴³) Vgl § 272 Abs 1 ZPO.

⁴⁴) Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 179 Rz 1.

sind, sind noch nicht einmal alle Tatsachen erörtert und das Gericht noch weit entfernt von einer Entscheidung. Denn der Sachverständige ist nun einmal kein „Hilfsrichter“ und kann daher weder Beweise aufnehmen noch rechtliche Wertungen vornehmen. Wo endet hier die erschöpfende Erörterung iSd § 180 Abs 3 ZPO und wo beginnt eine uferlose Weitläufigkeit?

Wer nun glaubt, solch extensive und zeitaufwendige Sachverständigengutachten kämen in der Realität nicht vor, sei auf folgende zwei, wiederum aus der Praxis der Verfasserin stammende Fälle verwiesen. Beide sind im Jahr 2020 nach wie vor in 1. Instanz anhängig; in beiden ist ein Ende nicht annähernd abzusehen.

Das erste Verfahren⁴⁵⁾ wurde oben unter dem Aspekt der Formalentscheidungen, nämlich bei den Gebührensätzen für Sachverständige, bereits erwähnt. Es geht darin um ein mangelhaft errichtetes Biomassekraftwerk, das niemals ordnungsgemäß funktioniert und auch niemals die Kriterien zur Erlangung des für einen wirtschaftlichen Betrieb essenziellen Ökostromtarifs erfüllt hat, weshalb der Werkunternehmer, der es geplant und gebaut hat, mit Klage aus dem August 2014 auf Gewährleistung und Schadensersatz in Anspruch genommen wurde. Davor hatte bereits ein Beweissicherungsverfahren stattgefunden. Ohne irgendeine Zeugenbefragung ging der Akt direkt zum Sachverständigen, der vom Juni 2015 bis zum März 2016 zur Erstattung seines ersten Gutachtens benötigte. Nach Vorliegen dieses Gutachtens (und dem erwähnten, unentschieden gebliebenen Zwischenstreit um die Höhe seiner Gebühren) stellten die Parteien Anträge auf Gutachtenserörterung, wobei der Werkbesteller 20, der in Anspruch genommene Werkunternehmer hingegen 80 Zusatzfragen stellte. Hievon hat der Sachverständige in einem Zusatzgutachten, für das er von Oktober 2017 bis März 2019 benötigte und das den Parteien im Juni 2019 zugestellt wurde, zwei erledigt. Im Verfahren wird im Laufe des Jahres 2020 eine Verhandlung zur Erörterung der weiteren Vorgangsweise stattfinden. Zeugen wurden bisher noch nicht vernommen.

Das zweite Verfahren⁴⁶⁾ ist noch länger anhängig. Auch hier geht es um einen Bauprozess, und zwar um die Frage der Haftung eines Spezialgutachters, der die Planung und Statik für eine Brückensanierung überprüfen sollte, für Schäden, die dadurch eingetreten sind, dass er deren mangelnde Eignung nicht erkannte. Die Klage wurde im Jahr 2010 eingebracht, und auch dieses Verfahren ist nach wie vor in erster Instanz anhängig. Der Sachverständige erstattete im Juli 2012 einen ersten gutachterlichen „Zwischenbericht“ und dann im September 2013 sein erstes eigentliches Gutachten. Ein Ergänzungsgutachten lag im August 2014 vor, welches nochmals im April 2019 schriftlich ergänzt und erneut – nach umfangreichen Tagsatzungen mit Zeugeneinvernahmen – mit dem Sachverständigen im Herbst 2019 mündlich erörtert wurde. Seit Ende Oktober 2019 ist der Akt bei einem zweiten Sachverständigen zur Begutachtung der Schadenshöhe, wobei die hierfür nötige Befundaufnahme im Mai 2020 noch ausstand.

⁴⁵⁾ HG Wien 153 Cg 1/16b (vormals 53 Cg 41/14x).

⁴⁶⁾ LG Klagenfurt, 29 Cg 99/11v (vormals 69 Cg 45/11x).

E. Fristsetzungsanträge gemäß § 91 GOG

Eine in der Praxis nicht unbedingt häufig anzutreffende Möglichkeit, das Gericht zur Behandlung des Aktes „unhöflich aufzufordern“, besteht in einem Fristsetzungsantrag nach § 91 GOG. Nach Abs 1 dieser Bestimmung kann bekanntlich eine Partei dann, wenn ein Gericht mit der Vornahme einer Verfahrenshandlung (etwa der Anberaumung oder Durchführung einer Verhandlung oder der Ausfertigung einer Entscheidung) säumig ist, einen an den übergeordneten Gerichtshof gerichteten Antrag stellen, er möge dem Gericht für die Vornahme der Verfahrenshandlung eine angemessene Frist setzen.

Warum diese Bestimmung in der Praxis kaum Anwendung findet, liegt auf der Hand. Zunächst wird eine Partei lebensnaher Weise mit einem solchen Antrag den Richter kaum begeistern und einen solchen daher nur im Notfall (und wohlüberlegt) einbringen. Das säumige Gericht selbst kann überdies nach Abs 2 der Bestimmung binnen vier Wochen alle im Antrag genannten Verfahrenshandlungen nachholen, wodurch der Antrag – in der Regel – als zurückgezogen gilt. Weiters kann die Verfahrenshandlung, beispielsweise die Anberaumung einer Tagsatzung, etwa auch dadurch „nachgeholt“ werden, dass ein sehr weit in der Zukunft liegender Termin gewählt wird; die säumige Verfahrenshandlung ist auch damit erledigt, einen Anspruch auf „Soforttermin“ hat die Partei bekanntlich nicht. Mit Einführung des Fristsetzungsantrags durch die WGN 1989 wurde auch kein weiteres Verfahren geschaffen; es handelt sich lediglich um einen prozessualen Rechtsbehelf, über den gem § 91 Abs 3 GOG der übergeordnete Gerichtshof zu entscheiden hat. Diese Entscheidung im Rahmen der Gerichtsbarkeit ergeht nicht in einem gesonderten Verfahren; der Fristsetzungsantrag ist schlichtweg zum betreffenden Akt des Erstgerichtes zu nehmen.⁴⁷⁾

Nimmt das Gericht in der Zwischenzeit, also nach Einbringung des Fristsetzungsantrags, aber vor dessen Vorlage an die Instanz, die säumige Verfahrenshandlung vor, so ist eine Entscheidung über den Fristsetzungsantrag gar nicht mehr möglich.⁴⁸⁾ Dem Antragsteller fehlt nun nämlich die Beschwer.⁴⁹⁾ Es sind darüber hinaus alle besonderen Umstände des Einzelfalls nach einem objektiv-konkreten Maßstab zu berücksichtigen; so etwa unter anderem auch die personelle Ausstattung des Gerichts⁵⁰⁾ oder – viel aktueller – der aufgrund von COVID-19 vorherrschende eingeschränkte Gerichtsbetrieb.⁵¹⁾ Und schließlich, selbst wenn die Säumigkeit festgestellt wird, hat dies streng genommen kaum eine Konsequenz. Denn ein Anspruch auf eine bestimmte Erledigung ist im Fristsetzungsverfahren nicht durchsetzbar,⁵²⁾ es wird lediglich eine Frist zur Erledigung der Verfahrenshandlung gesetzt.

⁴⁷⁾ RIS-Justiz RS0106887.

⁴⁸⁾ RIS-Justiz RS0076084; RS0059307.

⁴⁹⁾ RIS-Justiz RS0059274.

⁵⁰⁾ LG St. Pölten 21 Fs 1/12g RIS-Justiz RSP0000085.

⁵¹⁾ LGZ Wien 47 Fs 1/20h RIS-Justiz RWZ0000216.

⁵²⁾ RIS-Justiz RS0059285.

F. Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs

Eine in der Praxis sehr gut funktionierende Maßnahme ist die Einschränkung des Verfahrens auf den Anspruchsgrund. Dies kann nicht nur formal durch die Erledigung in Form eines Zwischenurteiles über den Grund des Anspruches sein (§ 393 ZPO), sondern insbesondere auch durch prozessleitende Maßnahmen.

Der *ex-ante*-Gliederung des Prozessstoffes anhand rechtlicher Gesichtspunkte kommt dabei große Bedeutung zu. Ein durchaus probates Mittel ist daher die Beschränkung auf einzelne Teilansprüche oder Streitpunkte bereits in Form des Prozessprogrammes (vgl § 208 Abs 1 Z 2a, § 258 Abs 1 Z 4 ZPO), an das zwar formal weder die Parteien noch das Gericht gebunden sind, an das sich das Gericht jedoch idR halten wird. Im Zweifelsfall kann eine solche Bindung aber jedenfalls durch Beschluss gem §§ 188, 189 ZPO erreicht werden. Da infolge eines solchen Beschlusses der Streitwert für die Dauer dieses Verfahrensteils sinkt, kann dies auch Kostenvorteile nach sich ziehen.⁵³⁾

Ein ähnlicher Vorteil kann in der Praxis – auch wenn es sich dogmatisch streng genommen nicht um eine Trennung von Anspruchsgrund oder Anspruchshöhe handelt – insbesondere von erfahrenen Richtern dadurch erreicht werden, dass wirtschaftlich relevante Streitfragen „abgesondert“ und „vorgezogen“ verhandelt werden, sodass hierüber mit Teilurteil entschieden werden kann. Nebensächliche Streitfragen, die aber durchaus ein erhebliches Beweisverfahren erfordern oder Verfahrensverzögerungen bewirken können, bleiben zwar vorerst ausgespart, sind aber dann – sofern das Teilurteil über die wirtschaftlich gewichtigen Fragen in Rechtskraft erwächst – im Einzelfall leichter im Vergleichswege zu lösen.⁵⁴⁾

Für die Vorgehensweise nach § 393 ZPO, also die Erledigung mittels Zwischenurteiles über den Grund des Anspruches, das der Feststellung bestimmter Anspruchselemente dient, bedarf es aber einer sorgfältigen Prüfung der Zweckmäßigkeit und keines Herausgreifens einer rechtlichen Teilfrage. Das Zwischenurteil dient, ebenso wie das vorgenannte Teilurteil, der Beschleunigung des Prozesses und der Prozessökonomie, weil der Prozess durch die in ihm getroffenen Feststellungen idR entschieden ist.⁵⁵⁾ Es ist daher eine „saubere Trennung“ hinsichtlich Anspruchsgrund und -höhe erforderlich, und es müssen alle rechtserzeugenden Tatsachen sowie alle Einwendungen Berücksichtigung finden.

Der „Befund“ aus anwaltlicher Sicht ist hier also durchaus positiv. Durch die Einschränkung wird ein weitläufiges Beweisverfahren erspart, die Verhandlungsdauer deutlich verkürzt und generell der Prozess gefühlsmäßig deutlich beschleunigt. Ein Weg, der durchaus auch in „kleineren“ Verfahren beherrzter beschritten werden könnte. Und wenn die Klage dem Grunde nach ohnedies abzuweisen ist, braucht es natürlich kein Zwischenurteil, sondern ein Endurteil, da sich dann ein Eingehen auf die Anspruchshöhe vollkommen erübrigt.

⁵³⁾ Vgl zu dem Ausgeführten Albiez/Pablik/Parzmayr, Handbuch Zivilprozess² 68.

⁵⁴⁾ Vgl Albiez/Pablik/Parzmayr, Handbuch Zivilprozess² 68.

⁵⁵⁾ Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 393 Rz 1.

IV. Verbesserungspotenzial durch „joint efforts“

Nach diesem kurzen Abriss vorhandener „Tools“, die im Zivilprozess derzeit schon zur Verfügung stehen, stellt sich die Frage, was sich der Anwalt wünscht, um Verfahren effizienter und attraktiver zu machen. Was brauchen wir? Was braucht vor allem unser Justizsystem, um prozessökonomischer zu funktionieren? Diese Frage ist schwer zu beantworten, denn einerseits will man eine Beschleunigung des Zivilprozesses, ein angenehmes Gefühl für die Parteien und andererseits aber klare und auch realistische Regelungen. Die Parteien sollen von Anfang an verstehen, was von ihnen erwartet wird, welche Informationen daher nicht bewusst zurückgehalten werden dürfen, denn am Ende zahlen meist sie den „Preis“ für ein enttäuschend langatmiges Verfahren. Die Gerichte dürfen nicht überlastet sein, andererseits muss es eine Motivation geben, Verfahren mit der erforderlichen Stringenz zu leiten und gegebenenfalls auch einzugreifen. Diesen fast unmöglichen „Spagat“ kann die Justiz aber nicht allein schaffen, noch weniger kann er vom Gesetzgeber zwangsweise angeordnet werden. Auch die Anwälte müssen durch eine vernünftige Verfahrensführung das Ihrige beitragen, sonst kommt man dem Ziel „Idealverfahren“ nicht näher.

Wünschenswert wäre etwa eine bessere Vorhersehbarkeit des Prozessablaufs im Sinne klarer Regelungen, die auch funktionieren und die nicht etwa im Einzelfall wieder „aufgeweicht“ werden. Beispielsweise wissen wir alle, dass ein vorbereitender Schriftsatz nur bis eine Woche vor der ersten mündlichen Verhandlung zulässig ist. Wir wissen aber auch genau, dass dann immer noch um einen weiteren Schriftsatz und dann wieder eine Replik hierauf ersucht wird. Dies könnte von Anwaltsseite leicht verbessert werden, ebenso vom Gesetzgeber, etwa durch strengere Sanktionen für verspätetes Vorbringen. Dann läuft man zwar Gefahr, auf ein gewisses Maß an Taktik im Verfahrensverlauf verzichten zu müssen, hätte jedoch sehr zeitsparend alle Fakten auf dem Tisch, und der Richter hat auf einen Schlag den Überblick, anstatt Informationen etwa nur „tröpfchenweise“ zu erhalten. Man könnte auch überlegen, ähnlich wie in Schiedsverfahren vor Beginn des Beweisverfahrens die Pflicht zur Einbringung sog „*skeleton submissions*“ einzuführen, die seitenmäßig beschränkt sind und die Kernargumente übersichtlich zusammenfassen müssen. So könnte quasi eine „Checkliste“ der Argumente beider Seiten geschaffen und diese anschließend übersichtlich Punkt für Punkt – sowohl bei der Strukturierung des Beweisverfahrens als auch bei der Konzeption des Urteils – „abgearbeitet“ werden.

Noch wichtiger scheint es, bei allen Anwälten auch wirklich die Überzeugung zu wecken, dass sie nicht nur ihrem Klienten, sondern letztlich dem ganzen Justizsystem schaden, wenn sie bewusst zur Verfahrensverzögerung beitragen.

Andererseits könnten auch Anreize für effiziente Verfahrensführung durch das Gericht geschaffen und allzu lange, grundlose Verzögerungen sanktioniert werden. Wie ein solches System im Einzelfall ausgestaltet werden könnte, wäre unter Einbindung der Richterschaft zu entscheiden; hier möchte sich die Verfasserin kein Urteil anmaßen.

Aber selbst wenn man die vorhandenen Regelungen, etwa § 180 Abs 3 ZPO, wonach die Verhandlung nicht durch Weitläufigkeit und unerhebliche Nebenverhandlungen ausgedehnt werden soll, wirklich ernst nimmt und die Parteien

dies auch von Anfang an wissen, kann man viel gewinnen. Dazu brauchen wir mutige Richter. Und glücklicherweise gibt es diese auch.