

ÖSTERREICHISCHES

# Anwalts blatt

## 735 ABHANDLUNGEN

Asylverfahren: Defizite im Rechtsschutz? – am Beispiel Afghanistans

Unternehmensverteidiger – ein neuer Anwaltstypus

Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Edikten in Großverfahren

Sanktionsbewehrte Informationspflichten für Unternehmer im Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG und in der ODR-VO

Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung

## 734 PORTRAIT DES MONATS

Dr. Barbara Helige –  
In der höchsten Liga



## 774 IM GESPRÄCH

John Richter, LL. M. – Der hohe Preis der Menschenrechte



**Neukunden testen  
14 Tage lang gratis!**

[www.rechtsanwaelte.at/Mitglieder](http://www.rechtsanwaelte.at/Mitglieder)

## Lassen Sie sich nichts vormachen

Mit dem **Wirtschafts-Compass** haben Sie vollständigen Einblick

Sie finden tagesaktuelle Firmendaten zu allen protokollierten Unternehmen in Österreich und darüber hinaus Urkunden und Verträge zum Download.

**RADOK**   
*Gesellschaft für Organisation,  
Dokumentation und Kommunikation*

 **COMPASS GRUPPE**  
INFORMATION FÜR IHREN VORTEIL



## Tag der Menschenrechte

Jeweils am 10. Dezember wird der Tag der Menschenrechte gefeiert. Er ist ein Gedenktag zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die am 10. 12. 1948 durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet wurde.

Dieser Gedenktag ist aber auch Anlass, auf die Angriffe auf eine unabhängige Rechtsanwaltschaft in Europa und in der Welt aufmerksam zu machen. Dies ist umso erschütternder, als eine unabhängige Rechtsanwaltschaft und deren Recht wie Verpflichtung zur Verschwiegenheit unabdingbare Grundwerte für ein funktionierendes Staatswesen sind, dies insbesondere in Hinblick auf die zuletzt immer wieder eingemahnte Rechtsstaatlichkeit.

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind – wenn auch nicht Organe der Rechtspflege – so doch deren maßgebliche Mitgestalter; sie haben in völliger Unabhängigkeit rechtliche Unterstützung zu gewähren. Hierzu besteht eine klare und ständige Rechtsprechung des EuGH. Die Vereinten Nationen haben in ihren „Basic Principles on the Role of Lawyers“ das Recht auf eine unabhängige Anwaltschaft und weitere Schutzmechanismen zugunsten von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten anerkannt (zB der Schutz vor Repressalien, Anerkennung und Achtung des Verschwiegenheitsgebots durch den Staat).

Unsere Unabhängigkeit, diese insbesondere auch in Form unserer Selbstverwaltung, hat im Europarat unter anderem in der Recommendation No R (2000) 21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer Niederschlag gefunden. Die EMRK schützt darüber hinaus das anwaltliche Verschwiegenheitsgebot und das Recht auf einen Rechtsbeistand durch einen Anwalt als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit.

Die Entwicklungen in manchen Staaten der EU, aber auch außerhalb, zeigen deutlich, wie schnell auch die Rechtsanwaltschaft, die zuvorderst die Grundfreiheiten der Bürger verteidigt, durch Repressalien bis hin zu Verhaftungen unter Druck geraten kann. Dies ist mit weitreichenden negativen Folgen für den Rechtsstaat verbunden.

Einiges gibt Anlass zur Besorgnis und zeigt, wie wichtig eine Konvention zum Schutz von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten (sowie ihren Mandantinnen und Mandanten) wäre. Es zeigt aber auch, dass unabhängige und fundierte Rechtsberatung und Rechtsvertretung nur durch fachlich gut ausgebildete Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte erfolgen kann, niemals aber durch den Staat, etwa in der Form, wie dies durch die mit dem Bundesministerium für Inneres eng verwobene Bundesagentur für den Bereich des Asyl- und Fremdenrechts ab 2021 gesetzlich vorgesehen ist (BBU-Errichtungsgesetz). Unabhängige Rechtsberatung und fundierte Rechtsvertretung sehen anders aus.

Damit wir die Interessen unserer Mandantinnen und Mandanten mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit vertreten können, ist eine ausreichende Fortbildung Verpflichtung für uns alle. Als allgemeine Leitlinie wurde die Fortbildungsverpflichtung 2008 in § 10 Abs 6 RAO gesetzlich verankert und damit in das Berufsrecht aufgenommen. Sich ausreichend fortzubilden ist daher Berufspflicht, nicht weniger und nicht mehr!

---

### BERNHARD FINK

*Vizepräsident der Rechtsanwaltskammer für Kärnten und des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK)*

2019/285

# Inhalt 12\_2019

- 725 Editorial
- 727 Wichtige Informationen
- 728 Werbung & PR
- 729 Recht kurz & bündig
- 733 Europa aktuell
- 734 Portrait des Monats
- 802 Inserate
- 804 Indexpzahlen

## AUTOREN DIESER AUSGABE:

RA Dr. Manfred Ainedter, Wien  
 RA Mag. Gerold Beneder, Wien  
 RA Dr. Michael Buresch, Wien  
 RA Dr. Bernhard Fink, Klagenfurt  
 RA Mag. Franz Galla, Wien  
 SChef i.R. Dr. Hermann Germ, Wien  
 RA Dr. Erich René Karascheck, Wien  
 RAA Dr. Lioba Kasper, Wien  
 Mag. Jessica König, ÖRAK Büro Brüssel  
 MMag. Dr. Barbara Kraml, Wien  
 RA Dr. Alfred Kriegler, Wien  
 RA Dr. Wolfgang Kropf, MBL, Wien  
 RA Britta Kynast, ÖRAK Büro Brüssel  
 Mag. Susanne Laggner-Primosch, Klagenfurt  
 RA Dr. Florian Leitinger, Weiz  
 Mag. Christian Moser, ÖRAK  
 ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Piska, Wien  
 RA Dr. Andreas Rudolph, Wien  
 RA Dr. Ullrich Saurer, Graz  
 RA Dr. Wolf-Georg Schärf, Wien  
 RA Dr. Christian Schmaus, Wien  
 Mag. Elisabeth Schusterbauer, RAK Wien  
 RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer, Wien  
 Mag. Fabian Stegmayer, Bibliothek RAK Wien  
 Mag. Emmanuel Wackenheim, Wien  
 Dr. Hermann Wilhelmer, Wien  
 Dr. Maria Windhager, Wien  
 Mag. Rainer Wolfbauer, Wien

## 735 ABHANDLUNGEN

- 736 Asylverfahren: Defizite im Rechtsschutz? – am Beispiel Afghanistans  
*Lioba Kasper und Christian Schmaus*
- 746 Unternehmensverteidiger – ein neuer Anwaltstypus  
*Richard Soyer*
- 750 Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Edikten in Großverfahren  
*Christian M. Piska und Emmanuel Wackenheim*
- 754 Sanktionsbewehrte Informationspflichten für Unternehmer im Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG und in der ODR-VO  
*Hermann Germ*
- 757 Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung  
*Hermann Wilhelmer*

## 773 SERVICE

- 774 Im Gespräch
- 777 Termine
- 778 Chronik
- 781 Aus- und Fortbildung
- 785 Rezensionen
- 790 Zeitschriftenübersicht

## 795 RECHTSPRECHUNG

- 796 Vertraulichkeit von Disziplinarangelegenheiten
- 797 Disziplinarverfahrensrecht
- 798 Ehemaliger KZ-Häftling erkämpft Urteil gegen die Republik Österreich vor dem EGMR

# Wichtige Informationen

## Land Salzburg an den ERV angeschlossen

Als erstes Bundesland hat sich Salzburg mit seiner gesamten Landesverwaltung an den Elektronischen Rechtsverkehr angeschlossen. Nach dem erfolgreichen Pilotbetrieb nehmen seit 24. 10. 2019 das LVwG Salzburg, alle fünf Bezirkshauptmannschaften und das Amt der Landesregierung am ERV teil.

Damit ist eine flächendeckende elektronische Kommunikation mit Behörden und Gerichten möglich. Zustellungen werden zukünftig auf dem ERV-Weg erfolgen. Umgekehrt sind auch Rechtsanwälte angehalten, Eingaben an die teilnehmenden Stellen per ERV einzubringen.

Der ÖRAK möchte auch weitere Bundesländer motivieren, dem Beispiel zu folgen und sich bald an den ERV anzuschließen. Einstweilen sind jedoch keine weiteren Pilotprojekte bekannt.

CM

## Schon gewusst? Die Vorteile der „myUNIQA App“

Mit dieser neuen App haben Sie folgende Vorteile:

- Jederzeit Zugriff auf alle Ihre relevanten Versicherungsverträge und Dokumente.
- Schnelle und unkomplizierte (ein Foto reicht) Einreichung Ihrer Arzt- und Medikamentenrechnungen.
- Der aktuelle Stand der Auszahlung ist jederzeit über die App einsehbar.
- Die Daten sind bei UNIQA sicher und via Fingerprint oder Passwort geschützt.

Informationen zum Download und zur Verwendung der App finden Sie auf [www.uniq.at](http://www.uniq.at). Für Rückfragen steht Ihnen selbstverständlich gerne Ihr persönlicher Berater oder das UNIQA Kundenservice – rund um die Uhr – unter +43 (0) 50677 – 670 zur Verfügung.

ES

## Beschluss der RAK Wien

Vom Ausschuss der Rechtsanwaltskammer Wien wird gemäß § 70 Abs 1 DSt kundgemacht, dass gegen Mag. Kurt Decker, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Opernring 7, aufgrund des in Rechtskraft erwachsenen Erkenntnisses des Disziplinarrates der Rechtsanwaltskammer Wien vom 10. April 2019 zu D 45/18 die Disziplinarstrafe der Untersagung der Ausübung der Rechtsanwaltschaft für die Dauer von 1 Monat, sowie für die Dauer von weiteren 9 Monaten aufgrund des Widerrufs der in den Entscheidungen des Disziplinarrates der Rechtsanwaltskammer Wien vom 4. Mai 2018 zu D 77/16 sowie vom 31. Jänner 2018 zu D 65/16 ua gewährten bedingten Strafnachsicht, sohin insgesamt für die Dauer von 10 Monaten, verhängt.

Diese Disziplinarstrafe der Untersagung der Ausübung der Rechtsanwaltschaft wird ab dem 16. Oktober 2019 für die Dauer von 10 Monaten vollstreckt. Soweit Herr Mag. Kurt Decker bis dahin durchgehend als Rechtsanwalt einge-

tragen bleibt, endet die Disziplinarstrafe der Untersagung der Ausübung der Rechtsanwaltschaft daher am 15. August 2020.

Für die Dauer dieser Untersagung wird Frau Dr. Eva-Maria Bachmann-Lang, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Opernring 8, Top 11a und 12, zum Kammerkommissär bestellt. (Amtsbestätigung vom 15. Oktober 2019)

## Beschluss der RAK Wien

Von Amts wegen wird Frau Dr. Eva-Maria Bachmann-Lang, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Opernring 8/11a+a, als Kammerkommissärin des Herrn Mag. Kurt Decker, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Opernring 7, enthoben und die Anzeige der Frau Dr. Anika Loskot, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Opernring 7/18, dass sie anstelle des Kammerkommissärs dessen Aufgaben gem § 34a Abs 5 1. Satz RAO wahrnehmen wird zur Kenntnis genommen.

Hiervon werden Herr Mag. Kurt Decker, Frau Dr. Eva-Maria Bachmann-Lang und Frau Dr. Anika Loskot verständigt. (21. Oktober 2019)

**CHRISTIAN  
MOSE (CM)**  
ÖRAK, Juristischer  
Dienst

**ELISABETH  
SCHUSTERBAUER (ES)**  
ÖRAK Wien, Abteilung  
Versorgungseinrichtung



**INNOVATIVE DATENVERARBEITUNG**

## IT-Services für Ihre Kanzlei

- Consulting
- Hard- & Software
- Service
- Security
- Telefonie

*Qualität durch Kompetenz  
seit 25 Jahren!*

**IDV - Innovative Datenverarbeitung**  
Dr. Günter Linhart  
2120 Wolkersdorf, Klostersgasse 18

[www.idv.at](http://www.idv.at)  
✉ [office@idv.at](mailto:office@idv.at)  
☎ 02245/5597-0



# Werbung & PR

## BESTELLFORMULAR WERBEARTIKEL

	<b>MANNER-SCHNITTEN</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	2 knusprige Waffeln gefüllt mit Haselnusscreme mit beidseitiger Banderole „Bevor es Brösel gibt...“ und „Sollten Sie mal Brösel haben...“ mit R-Logo, ca. 15 g	<b>0,50</b>			
	<b>BONBONS</b>	Füllmenge	Preis €/Pkg.	Anzahl	Gesamt
	Bonbon in Wickler aus blauer Folie, Aufdruck „Fruchtgenuss“ mit R-Logo, Fruchtmix (Himbeere, Zitrone und Pfirsich)	<b>½ kg</b>	<b>17,00</b>		
		<b>1 kg</b>	<b>32,00</b>		
	<b>KUGELSCHREIBER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Stabilo Metallkugelschreiber silber mit R-Logo und austauschbarer Mine	<b>7,50</b>			
	<b>KUGELSCHREIBER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Blau, mit Aufdruck	<b>0,75</b>			
	<b>ANSTECK-PIN „R“</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	R-Logo ausgestanzt als Ansteck-Pin, ø ca 15 mm	<b>2,50</b>			
	<b>LANYARD TRAGESCHLAUFE</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Blau, mit Aufdruck „www.rechtsanwaelte.at“, mit Karabiner Länge: 45 cm (ohne Karabiner)	<b>1,50</b>			
	<b>STOCKSCHIRM MIT HOLZGRIFF &amp; KUNSTLEDERDETAIL</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Stockschirm, marineblau, Fiberglas, teflonbeschichtet, mit Aufdruck Ø 115 cm	<b>20,00</b>			
	<b>SCHLÜSSELANHÄNGER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Pfeife mit roter LED-Leuchte, blau mit Aufdruck	<b>1,10</b>			
	<b>NOTIZBÜCHER</b>	Format	Preis €/Pkg.	Anzahl	Gesamt
	100 Blatt, Hardcover kratzfest laminiert, Kern kariert, gelocht und perforiert, mit Leseband und Kapitalband	<b>A5</b>	<b>8,90</b>		
		<b>A4</b>	<b>9,90</b>		
	<b>POST IT HAFTNOTIZBLOCK</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Weiß, mit Aufdruck DIN A7, 50 Blatt	<b>1,75</b>			
	<b>SCHREIBBLOCK</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Weiß, mit Aufdruck DIN A4, 50 Blatt kopfgeleimt	<b>2,00</b>			
	<b>AUFKLEBER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Logo Maße: 12 x 3 cm	<b>1,00</b>			
	<b>USB-STICK</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt	
	Sonderform R-Logo in 3D, 16 GB Datenvolumen, USB 2.0	<b>7,50</b>			
<b>GESAMT</b> zuzüglich Spesen für Versand und Verpackung				Preis €	

## AUSFÜLLEN UND BESTELLEN

Name bzw Firma: .....

Straße: ..... PLZ/Ort:.....

Datum: ..... Unterschrift:.....

**§ 118 Abs 1 AktG**

2019/286

**Zum Auskunftsrecht der Aktionäre nach § 118 Abs 1 AktG**

1. § 1330 ABGB normiert die Ansprüche, welche aus dem Angriff auf das absolute Recht der Ehre und des Rufes resultieren. Da jeder Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut grundsätzlich Rechtswidrigkeit indiziert, bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung, um diese im Einzelfall ausschließen zu können.

2. Gem § 118 Abs 1 AktG steht jedem Aktionär ein Auskunftsrecht über Angelegenheiten der Gesellschaft auf Verlangen in der Hauptversammlung zu. Jedoch muss das Informationsinteresse gegenüber dem Recht an der Ehre überwiegen, um einen Rechtfertigungsgrund iSd § 1330 ABGB darzustellen.

OGH 24. 7. 2019, 6 Ob 34/19x JusGuide 2019/36/17982.

us

**§ 1 Abs 1 Z 1 UWG**

2019/287

**Zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz**

1. Für Produkte ohne Sonderrechtsschutz ist vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit auszugehen. Dies liegt im Interesse der Wettbewerbsfreiheit.

2. Bei besonderen Begleitumständen, wie zB einer sklavischen Nachahmung bzw einer glatten Leistungsübernahme oder einer Herkunftstäuschung, kann das Anbieten eines Erzeugnisses trotzdem nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG lauterkeitswidrig sein, wenn dieses oder ein Teil davon mit dem Originalprodukt übereinstimmt oder so ähnlich ist, dass es sich nach dem Gesamteindruck in ihm wiedererkennen lässt und die Nachahmung bewusst erfolgte.

3. Eine glatte Leistungsübernahme liegt meist dann vor, wenn der Nachahmer durch ein Vervielfältigungsverfahren unter Ersparnis eigener Kosten (kopiert, abgeschrieben) das Produkt günstiger abgeben kann und dem Erzeuger des Originals somit schmerzhaft Konkurrenz macht.

4. Die Herkunftstäuschung setzt voraus, dass das Erzeugnis einen Hinweis zum Unternehmen des Originalerzeugers schafft und übernommene Gestaltungsmittel die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Erzeugnisses begründen.

OGH 5. 7. 2019, 4 Ob 80/19x JusGuide 2019/35/17964.

us

**§ 2 UWG**

2019/288

**UWG iZm Spitzenstellungsbehauptung**

1. Mit der Bezugnahme auf „objektiv nachprüfbar Tatsachen“ wird zum Ausdruck gebracht, dass die behauptete Spitzenstellung auf Tatsachen basieren muss, die objektiv überprüfbar sind. Die Behauptungen dürfen also nicht auf

einem reinen Werturteil basieren. Als Beweismittel sind nicht nur bestimmte (qualifizierte) Beweismittel zulässig und es bestehen auch keine sonstigen Beweisregeln im Bereich der allgemeinen Spitzenstellungswerbung. Wissenschaftlichen Studien kommt keine höhere Glaubwürdigkeit zu als anderen Beweismitteln.

2. Ob jemand Marktführer ist, kann anhand von Tatsachen geprüft werden und ist eine objektiv überprüfbare Eigenschaft. Für die Feststellung der Richtigkeit der Spitzenstellungsbehauptung kommen alle zivilrechtlichen (im Sicherungsverfahren paraten) Beweismittel in Betracht, auch die vom Beklagten vorgelegte Analyse der Umsatzzahlen.

OGH 13. 6. 2019, 4 Ob 101/19k JusGuide 2019/33/17932.

us

**§ 62 Abs 3 AktG**

2019/289

**Zur Übertragung von vinkulierten Namensaktien**

1. Ist in der Satzung bestimmt, dass die Zustimmung der Gesellschaft zur Aktienübertragung nötig ist und wird diese versagt, hat, nachdem der Aktionär einen Nachweis der Einzahlung des auf die Einlage geforderten Betrags gebracht hat, das Gericht die Übertragung zu gestatten. Allerdings nur, wenn kein wichtiger Grund für die Zustimmungsverweigerung vorliegt und die Übertragung weder der Gesellschaft, den übrigen Aktionären oder den Gläubigern schadet.

2. § 62 Abs 2 und 3 AktG knüpfen die Verweigerung der Zustimmung an das Vorliegen eines wichtigen Grundes, eine mögliche Schädigung ist zusätzlich zu prüfen. Außerdem ist eine Interessenabwägung zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär durchzuführen.

3. Bei vinkulierten Namensaktien ist nur das Interesse des Aktionärs an einer Veräußerung geschützt, nicht aber der Verkauf an eine bestimmte Person.

OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v JusGuide 2019/35/17965.

us

**§ 42 Abs 4 GmbHG**

2019/290

**Zu einstweiligen Verfügungen iZm der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses**

1. Rechtsmissbrauch ist bereits zu bejahen, wenn die unlauteren Motive der Rechtsausübung die lautereren eindeutig überwiegen. Sollte ein Gesellschafter bei der Stimmabgabe gegen eine abgeschlossene Vereinbarung mit einem anderen Gesellschafter verstoßen, liegt ein solcher vor. Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf den Missbrauch beruft.

2. Da die Abstimmung in der Regel nur einmal in Betracht kommt, hätte ein Gesellschafter, der gegen die einstweilige Verfügung verstößt, nur einmal die Verhängung einer Strafe nach § 355 EO zu befürchten. Daher bedeutet die Ver-

Diese Ausgabe von „Recht kurz & bündig“ entstand unter Mitwirkung von

ULLRICH SAURER (US)  
Rechtsanwalt

MANFRED  
AINEDTER (MA)  
Rechtsanwalt

FRANZ GALLA (FG)  
Rechtsanwalt

neinung der Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses, dass ein durch einstweilige Verfügung angeordnetes Stimmverbot sanktionslos wäre. Dies erfüllt jedoch nicht die nötige Abschreckungswirkung.

3. Neben der einstweiligen Verfügung nach § 42 Abs 4 GmbHG stehen auch einstweilige Verfügungen nach der EO zu Verfügung. Sollte also einem Gesellschafter ein unwiederbringlicher Schaden entstehen, steht ihm auch ein Sicherungsantrag gegen die GmbH gem § 381 Z 2 EO zu.  
OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 90/19g JusGuide 2019/34/17950. **us**

**§ 345 Abs 1 Z 6 StPO (§ 260 Abs 1 Z 2, § 282 StPO)**  
2019/291

#### Fragestellung an Geschworene bei einheitlichem Tatgeschehen

Eine Hauptfrage, deren Bejahung bloß einen zusätzlichen Schuldspruch nach sich zöge, kann zum Vorteil des Angekl nicht verlangt werden.  
OGH 27. 2. 2019, 15 Os 162/18i (LG Linz 25 Hv 56/18z) EvBl 2019/91. **MA**

**§ 207b StGB (§ 207 Abs 1 StGB; § 281 Abs 1 Z 5, 9 und 10, § 290 Abs 1 StPO)**  
2019/292

#### Geschlechtliche Handlung

„Geschlechtliche Handlung“ umfasst jede nach ihrem äußeren Erscheinungsbild sexualbezogene Handlung, die sowohl nach ihrer Bedeutung als auch nach ihrer Intensität und Dauer von einiger Erheblichkeit ist und damit eine unzumutbare, sozialstörende Rechtsgutbeeinträchtigung im Intimbereich darstellt. Es schließt jedenfalls jene Handlungen ein, bei denen zur unmittelbaren Geschlechtssphäre gehörige Körperteile des Opfers oder Täters mit dem Körper des anderen in eine nicht bloß flüchtige sexualbezogene Berührung gebracht werden. Zwar sind Küsse und Umarmungen sowie das Streicheln des Gesäßes für sich betrachtet keine geschlechtlichen Handlungen iSd § 207 Abs 1 und § 207b Abs 3 StGB, sie können aber ein Indiz für einen weitergehenden Vorsatz des Täters bilden.  
OGH 5. 3. 2018, 14 Os 147/18a (LGSt Graz 30 Hv 24/18g) EvBl 2019/92. **MA**

**§ 83 Abs 3 StGB (§ 28 Abs 1, § 84 Abs 4 StGB)**  
2019/293

#### Echte Konkurrenz von schwerer Körperverletzung mit Verletzung eines Buslenkers

Da kein Scheinkonkurrenztypus zutrifft, konkurriert § 83 Abs 1 und 3 StGB echt mit § 84 Abs 4 StGB.  
OGH 26. 2. 2019, 11 Os 160/18s EvBl-LS 2019/103. **MA**

**§ 4 Abs 5 TilgG (§ 15 Abs 1 JGG)**  
2019/294

#### Tilgungsrechtliche Gleichsetzung von Verurteilungen im Verhältnis des § 31 StGB zu Verurteilungen im Verhältnis des § 15 Abs 1 JGG

Kommt es zufolge neuerlicher Delinquenz (§ 15 Abs 1 Satz 1 JGG) zu einer nachträglichen Straffestsetzung, ist § 4 Abs 5 TilgG analog anzuwenden, weil das Gesetz insoweit eine von der Fiktion gemeinsamer Aburteilung aller zu ahndenden Taten ausgehende Sanktionsfindung nach den Bestimmungen über das Zusammentreffen strafbarer Handlungen nach § 28 StGB vorsieht.  
OGH 26. 2. 2019, 11 Os 23/19w EvBl-LS 2019/104. **MA**

**§ 33 Abs 2 MedienG (§ 33 Abs 3, § 34 Abs 3 MedienG; § 57 Abs 4 StGB)**  
2019/295

#### Einziehung trotz Verjährung

Ogleich die Einziehung (Löschung) nach § 33 MedienG (auch) den Charakter einer vorbeugenden bzw sichernden Maßnahme hat, tritt § 57 Abs 4 StGB gegenüber der Spezialvorschrift des § 33 Abs 2 MedienG, die die Einziehung im selbständigen Verfahren auch im Fall der Verjährung der Strafbarkeit der dem Medieninhaltsdelikt zugrunde liegenden Tat zulässt, zurück, womit – in Bezug auf den zur Privatanklage Berechtigten nur bei Einhaltung der in § 33 Abs 3 MedienG genannten Frist – die Einziehung im objektiven Verfahren unabhängig von der allfälligen Verjährung der Strafbarkeit der Tat möglich ist. UVeröff im selbständigen Verfahren (§ 34 Abs 3 MedienG) nach dem Eintritt der Verjährung der Strafbarkeit der dem Medieninhaltsdelikt zugrunde liegenden Tat ist hingegen nicht zulässig.  
OGH 27. 2. 2019, 15 Os 159/18y (OLG Innsbruck 6 Bs 286/17k; LG Innsbruck 24 Hv 7/17 v) EvBl 2019/100. **MA**

**§ 281 Abs 1 Z 4 StPO (§ 21 Abs 1 StGB; § 127 Abs 3, § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO)**  
2019/296

#### Sachkunde von SV

Anträge zum Beweis, dass „keine zukünftigen Taten mit schweren Folgen ernsthaft zu befürchten sind“, betreffen nur den Ermessensbereich der Gefährlichkeitsprognose, womit eine Anfechtung mit der Behauptung eines als NG beachtlichen Verfahrensmangels ausscheidet.  
OGH 27. 2. 2019, 15 Os 171/18p (LG Linz 34 Hv 122/18x) EvBl 2019/101. **MA**

**§ 108 Abs 1 StPO (§§ 106f StPO)**  
2019/297

#### Antrag auf Einstellung

Beim Einspruch wegen Rechtsverletzung beschränkt sich der Prozessgegenstand auf die Prüfung, ob der ASt durch



die darin bezeichnete – tatsächliche oder rechtliche – Handlung der StA in einem konkreten subjektiven Recht verletzt wurde, beim Einstellungsantrag hingegen, ob die Voraussetzungen vorliegen, das Ermittlungsverfahren einzustellen. Gibt das Gericht dem Einspruch wegen Rechtsverletzung statt, kann es der StA – bindende – Anordnungen erteilen, wie der Rechtszustand vor der bekämpften Handlung oder Unterlassung wiederherzustellen ist. Als – einzig mögliche, in den Auswirkungen jedoch weitergehende – Konsequenz sieht § 108 Abs 1 StPO hingegen vor, dass das Gericht selbst das Verfahren unter den dort normierten Voraussetzungen mittels B einzustellen hat.

OGH 5. 3. 2019, 14 Os 16/19p (OLG Wien 22 Bs 75/17s; LGSt Wien 334 HR 30/13h) EvBl-LS 2019/102. **MA**

#### § 281 Abs 1 Z 5a StPO (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO)

2019/298

#### Die Aufklärungsrüge ist gegenüber der Verfahrensrüge subsidiär

In der HV gestellte Anträge sind allein Gegenstand der Verfahrensrüge nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO.

OGH 27. 2. 2019, 15 Os 148/18f EvBl-LS 2019/113. **MA**

#### § 38 letzter Satz StPO

2019/299

#### „Betreten“ verlangt keine Festnahme

Unter Betretungsort ist jeder Ort zu verstehen, an dem der Angekl angetroffen worden ist. Eine Festnahme ist nicht notwendig.

OGH 4. 3. 2019, 12 Ns 58/18b EvBl-LS 2019/115. **MA**

#### § 187 ABGB; § 108 AußStrG

2019/300

#### Kein Kontaktrecht bei ablehnender Haltung des unmündigen Kindes

§ 108 AußStrG ist zwar auf noch nicht 14-Jährige grundsätzlich nicht anzuwenden. Dessen ungeachtet kommt nach stRsp der Verweigerung des Kontakts mit dem Vater durch unmündige Minderjährige ein gewisses Gewicht bei der Beurteilung zu, inwieweit gegen ihren feststehenden unbeeinflussten Willen die Ausübung des Kontaktrechts ermöglicht werden soll. Dadurch könne nämlich die ablehnende Haltung des Kindes vertieft und verstärkt werden.

Im gegenständlichen Fall stand nach den vom RekG übernommenen Feststellungen des ErstG fest, dass eine Erzwingung von gerichtlichen Kontakten zum Antragsteller, welche gegen den Willen der Minderjährigen angeordnet werden, eine Kindeswohlgefährdung mit sich bringen und das familiäre Gefüge destabilisieren würde. Die Ablehnung der Kontakte zum Vater durch die demnächst 13-jährige Tochter beruhte nach dem Sachverhalt auf im Wesentlichen unbeeinflusster Überzeugung, ihr Wille war autonom und basierte auf eigenen Erlebnissen. Ein gegen den Willen des

Kindes angeordnetes Kontaktrecht war hier aufgrund der Gefährdung des Wohls der Minderjährigen abzulehnen.

OGH 31. 7. 2019, 5 Ob 94/19p Zak 2019/561, 313. **FG**

#### § 18 WEG; § 1295 Abs 1, §§ 1313 a, 1315 ABGB

2019/301

#### Wie haftet die Eigentümergemeinschaft gegenüber den Wohnungseigentümern für Verkehrssicherung?

Die Klägerin, damals Mit- und Wohnungseigentümerin der Liegenschaft, stürzte auf dem allgemein zugänglichen Parkplatz der Wohnanlage und verletzte sich. Ihre Klage auf Schadenersatz richtete sie gegen die Eigentümergemeinschaft. Ein weiterer Mit- und Wohnungseigentümer war als Hausmeister angestellt. Der von ihm erstellte Aufgabekatalog seines Dienstvertrags enthielt auch die Positionen Schneeräumen im Hof samt Streuen mit Salz oder Splitt.

Laut erkennendem Senat sei hier konkret die Unterlassung einer witterungsbedingt gebotenen Streuung eines allgemeinen Teils der Wohnungseigentumsanlage zu beurteilen, somit eine Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht. Diese Räum- und Streupflicht sei nicht Ausdruck einer spezifischen wohnungseigentumsrechtlichen Sonderbeziehung, sondern der allgemeinen Anordnung, grundsätzlich jedermann vor Gefahren auf einem Weg zu sichern, den man eröffnet.

Da also eine spezielle Verpflichtung zur Durchführung des Winterdienstes aus einer gesetzlichen Sonderverbindung

24 Cg 30/19p des LG St Pölten v. 2.9.2019

#### Vergleich

Klagende Partei: **Österreichischer Rechtsanwaltsverein, wirtschaftliche Organisation der Rechtsanwälte Österreichs, 1010 Wien**

vertreten durch: Dr. Heinz-Peter Wachter, Rechtsanwalt in Wien

Beklagte Partei: **TBW GmbH, Gewerbepark Haag 3, 3250 Wieselburg**

Die beklagte Partei verpflichtet sich gegenüber der klagenden Partei, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, a) im worldwideweb, insbesondere unter der Adresse [www.preisvergleich-notar.at](http://www.preisvergleich-notar.at) anzubieten, für Kunden den günstigsten Notar oder Rechtsanwalt im Zusammenhang mit Vertragserrichtungen zu suchen, insbesondere dann, wenn sie nicht mindestens drei Notare und/oder Rechtsanwälte pro Bundesland vergleicht und/oder benennt; b) Notare und Rechtsanwälte bei der Akquisition von Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit Vertragserrichtungen und Durchführung dieser dadurch zu unterstützen, dass lediglich deren Preise in Abhängigkeit von den jeweiligen Verträgen verglichen werden, und nicht auch die Qualität (z.B. Bearbeitungsgeschwindigkeit, Kundenbeschwerden) des jeweiligen Anbieters, sohin nicht der Bestbieter in nachvollziehbarer und offengelegter Weise ermittelt wird.

Mag Reinhard Stöckler, Richter

mit den einzelnen Wohnungseigentümern nicht besteht, haftet die Eigentümergemeinschaft ihren Mitgliedern gegenüber grundsätzlich nur deliktisch. Damit scheidet die Zurechnung des Verhaltens des Hausmeisters an die Beklagte nach § 1313a ABGB aus.

OGH 31. 7. 2019, 5 Ob 37/19f Zak 2019/574, 317. **FG**

#### §§ 231, 1042, 1295 Abs 1 ABGB

2019/302

#### Haftet die Mutter für den Unterhaltsschaden des Scheinvaters?

In dem gegenständlichen Verfahren fordert der Kläger von der Beklagten jenen Unterhalt, den er in der Annahme aufwendet hatte, dass er der Vater des Sohnes der Beklagten sei. Nach der erstgerichtlichen Feststellung wusste die Beklagte anlässlich des Bekanntwerdens ihrer Schwangerschaft, dass der Kläger als Vater des ungeborenen Kindes ausschied.

Einen Bereicherungsanspruch gegen die Mutter sah der erkennende Senat aber nicht als gegeben an: Der Geldunterhaltspflichtige ist grundsätzlich der biologische Vater, dies unabhängig davon, ob seine Vaterschaft rechtlich festgestellt wurde. Überdies erfülle die den Sohn in ihrem Haushalt versorgende Mutter bereits damit ihre Unterhaltspflicht. Allerdings komme ein Schadenersatz in Betracht: Da der Kläger das Vaterschaftsanerkennnis erfolgreich an-

gefochten hatte, besteht dann ein Anspruch gegen die Mutter des Kindes, wenn sie die Abgabe des Anerkenntnisses durch bewusst wahrheitswidrige Angaben veranlasst hat. OGH 28. 8. 2019, 7 Ob 185/18h Zak 2019/599, 334. **FG**

#### §§ 1053, 1151 Abs 1, § 1168 Abs 1 ABGB 2019/303

#### Bestellung einer Einbauküche: Werk- oder Kaufvertrag?

Ein Ehepaar kaufte mit einem als „Kaufvertrag“ bezeichneten Vertrag ein bestimmtes Küchenmodell einer bestimmten Preisgruppe eines bestimmten Herstellers mit exakt definierten Laufmetern. Sie bestellten zu einem bestimmten Preis standardisierte Küchenelemente. Damit liege laut OGH ein Kaufvertrag über eine Küche vor, hätte doch die zu liefernde Sache nicht nach besonderen Wünschen der Verbraucher über Maße, Ausstattung et cetera hergestellt werden sollen. Da somit ein Kaufvertrag zu beurteilen ist, hat das Unternehmen keinen Anspruch nach § 1168 ABGB, falls die Kunden, was hier der Fall war, vom Vertrag zurücktreten. Die laut AGB des Unternehmens zur Verrechnung gelangte Stornogebühr wurde vom OGH wegen deren unangemessener Höhe als gröblich benachteiligend und daher nichtig angesehen.

OGH 29. 8. 2019, 1 Ob 122/19a Zak 2019/604, 336. **FG**



## Jetzt mit den Richtlinien des BMVRDJ zum Gebühren- und Einbringungsrecht!

19. Auflage 2019. 164 Seiten.  
Br. EUR 29,-  
ISBN 978-3-214-07012-0

Dokalik

### Gerichtsgebühren 2019 19. Auflage

Die 19. Auflage enthält die **Tabellen der Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren sowie Vollzugsgebühren und Vergütungen** der Gerichtsvollzieher idF BGBl I 2019/81 (**Gebührenermäßigung bei Vergleichsabschlüssen in der ersten mündlichen Verhandlung**). Darüber hinaus beinhaltet sie **erstmalig** die in der täglichen Praxis äußerst wichtigen **Richtlinien des BMVRDJ zum Gebühren- und Einbringungsrecht**.

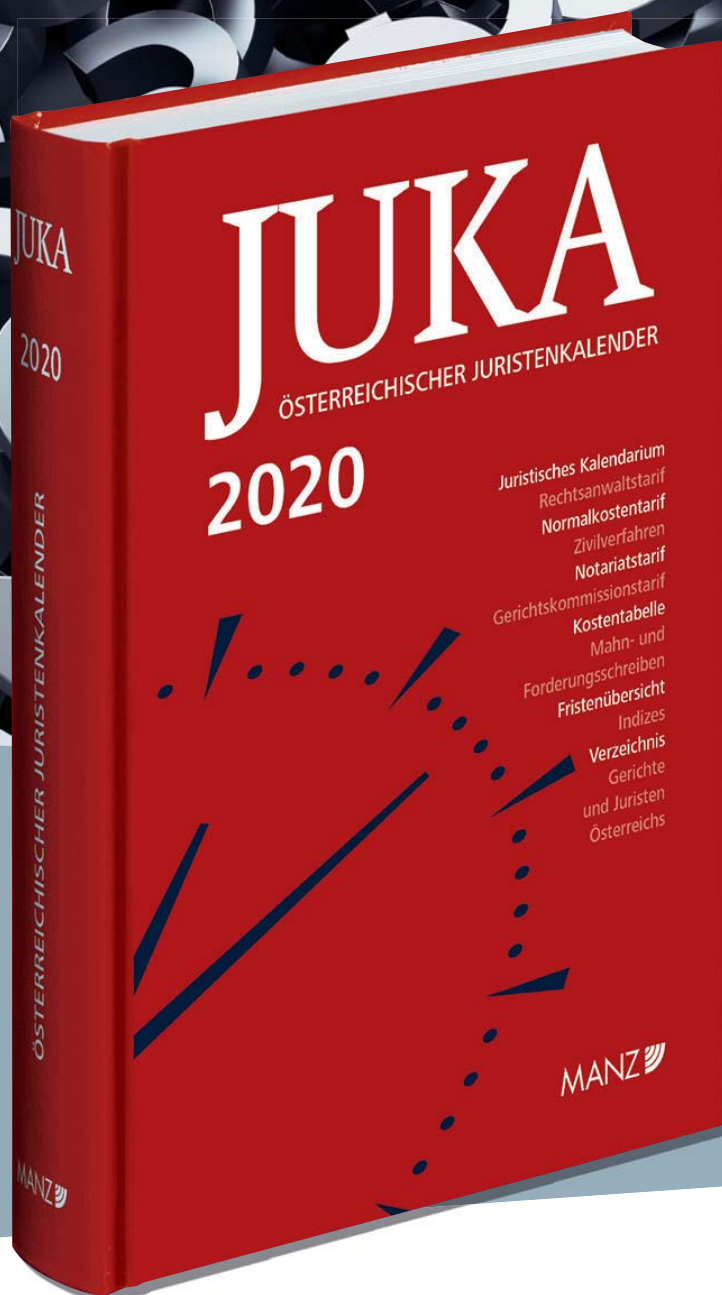
Bis jetzt liegen 5 Richtlinien vor:

- GGG-Richtlinien:
  - » Tarifpost 7
  - » Tarifpost 9 – Ermäßigung und Befreiung
  - » Tarifpost 9 – Bemessungsgrundlage
- GEG-Richtlinien I und II

Alle wichtigen Beträge und Bemessungsgrundlagen sind übersichtlich dargestellt und **sofort griffbereit**.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

**MANZ**



**NEU!**

2019. 720 Seiten.  
Geb. EUR 123,-  
ISBN 978-3-214-14525-5

Im Abonnement EUR 98,-  
statt EUR 123,-

# Der neue Juristenkalender 2020

Juristisches Kalendarium | alle Tarife | Fristenübersicht |  
Indizes | Anwenderdatenbank | alle Gerichte und Juristen  
Österreichs

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)  
Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

**MANZ** 



# Die Rechtswissenschaft als Türhüter?

2019. XIV, 300 Seiten.  
Geb. EUR 38,-  
ISBN 978-3-214-06527-0

Bezemek (Hrsg)

## „Vor dem Gesetz“

Rechtswissenschaftliche Perspektiven

Essayistische Miniaturen aus rechtswissenschaftlicher Sicht in Auseinandersetzung mit **Franz Kafkas berühmter „Türhüterparabel“** – verfasst von der Crème de la Crème der österreichischen Juristinnen und Juristen.

Mehr als 30 spannende Reflexionen dazu, was die einzelnen Rechtsdisziplinen zur Lösung der Fragen nach dem Wesen und Wert des Gesetzes, seinem Anspruch und seiner Anwendung, dem Verhältnis vom Recht des Einzelnen zur Allgemeinheit des Gesetzes und vor allem danach, wie Zugang zum Recht gefunden werden kann, beitragen.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16·1010 Wien www.manz.at

**MANZ** 

**JuraPlus** 

**Prozessfinanzierung**  
**Erfolgsorientiert**

**JuraPlus AG**  
Tödistrasse 18  
CH-8002 Zürich

Telefon +41 44 480 03 11  
info@jura-plus.ch  
www.jura-plus.ch

**BREITENEDER**  
IMMOBILIEN ■ PARKING

**Verkaufen  
Sie uns  
Ihre  
Immobilie!**

www.bip-immobilien.at  
Tel: 01 513 12 41 - 700



## Zehn Jahre Grundrechtecharta – Rat hat hohe Ansprüche an zukünftige Arbeit

**D**er Europäische Rat hat sich anlässlich des zehnjährigen Jubiläums der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta durchaus ambitioniert gezeigt. Nicht nur bekräftigten die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten ihr Engagement für den Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention, auch forderten sie in mehreren justizrelevanten Bereichen klar zum Handeln auf.

Der **Beitritt der EU zur EMRK** ist in Art 6 Abs 2 des Vertrags über die Europäische Union verankert. Ein EuGH-Gutachten aus dem Jahr 2014 hatte festgestellt, dass das bis dahin verhandelte Beitrittsabkommen aus verschiedenen Gründen EU-rechtswidrig sei. Ausweislich einer am selben Tag wie die Ratsschlussfolgerungen veröffentlichten Pressemitteilung soll der Beitritt nun durch ergänzte Verhandlungsleitlinien gelingen.

Der Rat bekräftigt, dass die Europäische Union, wie in Art 2 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt, eine auf gemeinsame Werte gestützte Union ist, die sich auf die **Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte** – einschließlich der Rechte von Personen, die **Minderheiten** angehören – gründet. Diese gemeinsamen Werte, die den europäischen demokratischen und gesellschaftlichen Modellen zugrunde liegen, seien das Fundament für Freiheit, Sicherheit und Wohlstand in Eu-

ropa. Dem **Rechtsstaatsprinzip** komme in allen europäischen Demokratien eine zentrale Rolle zu. Es müsse von allen Mitgliedstaaten und von der EU umfassend geachtet werden.

Besorgt zeigten sich die europäischen Staats- und Regierungschefs über die Ergebnisse einer vor kurzem durchgeführten Eurobarometer-Umfrage. Demnach haben lediglich **42% der Befragten von der Charta gehört und nur 12% wissen, was sie ist.**

Der Rat würdigte auch die „**wachsende Rolle**“ der **nationalen Gerichte** bei der Gewährleistung der Wirksamkeit der Charta. Er forderte die Mitgliedstaaten auf, ihre **Sensibilisierungs- und Schulungsmaßnahmen** in Bezug auf die Charta – auch für politische Entscheidungsträger, Beamte und **Angehörige der Rechtsberufe** sowie für nationale Menschenrechtsinstitutionen, zivilgesellschaftliche Organisationen und andere Menschenrechtsverteidiger – zu verstärken. Daneben sollen die Mitgliedstaaten die **Charta „ins Blickfeld der Justiz rücken“**, der Rat empfiehlt, die Ausarbeitung und Umsetzung von Leitlinien und Schulungsprogrammen in Erwägung zu ziehen.

Es bleibt nun abzuwarten, ob und wie die einzelnen Mitgliedstaaten auf diese Schlussfolgerungen reagieren sowie ob zeitnah der Beitritt der EU zur EMRK gelingen wird.

**BRITTA KYNAST**  
Leiterin ÖRAK-Vertretung in Brüssel. Die Autorin ist in Deutschland zugelassene Rechtsanwältin.

2019/304

## Aktualisierte Leitfäden der Kommission für Verfahren für geringfügige Forderungen

**D**ie Europäische Kommission hat den **Praktischen Leitfäden** für das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen sowie den **Leitfaden für Anwender** des Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen überarbeitet.

Eine geänderte Fassung der Verordnung zur Einführung eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen ist am 14. 7. 2017 in Kraft getreten. Die bedeutendste Änderung war die Erhöhung der finanziellen Obergrenze des Verfahrens von € 2.000,- auf € 5.000,-. Die meisten weiteren Änderungen betreffen die verstärkte Verwendung von Mitteln der Fernkommunikationstechnologie, die Abhaltung mündlicher Anhörungen, die Beweisaufnahme, die elektronische Zustellung von Schriftstücken und die Fernzahlung der Gerichtsgebühren.

Die nun aktualisierten Leitfäden geben Hilfestellungen für das gesamte Verfahren sowie die einzelnen Verfahrensschritte. Diese sind insbesondere die Einleitung des Verfahrens, das Verfahren nach Eingang der Forderung bei Gericht, die Feststellung der Tatsachen, das Urteil, die Anerkennung und die Vollstreckung. Der **Praktische Leitfaden** enthält eine detailliertere Beschreibung des Verfahrens und weitere Informationen, die den Anwendern des Verfahrens unter Umständen ein umfassenderes Verständnis des gesamten Verfahrens vermitteln. Der **Leitfaden für Anwender** hingegen ist eine Kurzeinführung in die wichtigsten praktischen Aspekte der Anwendung des Verfahrens nach Maßgabe der Verordnung.



**JESSICA KÖNIG**  
Juristischer Dienst  
ÖRAK-Vertretung in  
Brüssel.

2019/305



# Portrait des Monats

## In der höchsten Liga

**Dass man sich für eine Sache einsetzen muss, die eigentlich selbstverständlich sein sollte, zeichnet ein recht trauriges Bild unserer Gesellschaft. Die Bewahrung der Menschenrechte ist so eine Sache. Als Präsidentin der Österreichischen Liga für Menschenrechte spielt Dr. Barbara Helige im Kampf um die Grundrechte ganz oben mit und zeigt dabei viel Einsatz.**

2019/306

Im Jahr 2004 organisierten die Richter einen Warnstreik, um auf ihre prekäre Personalsituation aufmerksam zu machen. Damals als RIV-Präsidentin aktiv beteiligt, kritisiert *Barbara Helige* heute, dass sich die Situation nicht verbessert, sondern sich der Personalmangel sogar auf Beamte und Vertragsbedienstete ausgeweitet hat. Das schadet vor allem den Parteien, die noch dazu hohe Gebühren leisten

Roman *To Kill a Mockingbird* beeindruckt war. Doch am Gericht merkte sie, dass es ihr mehr liegt, die Sichtweise beider Seiten zu hören und sich ein objektives, neutrales Urteil zu bilden. 1985 wurde sie als Richterin am BG Döbling bestellt, wo sie bis heute tätig und seit 2000 Vorsteherin ist. Inhaltlich ist die Familienrechtlerin mit ihrem Kerngebiet bis heute glücklich, daher war auch die Bewerbung auf ein LG nie eine ernsthafte Option. Ihre Energie steckte die Juristin lieber in die Ständevertretung, deren Vizepräsidentin sie ab 1992 und deren Präsidentin sie von 1998 bis 2007 war. Früher übten diese Funktion immer hohe Tiere der Richterschaft aus. Dass sie als BG-Vertreterin gewählt wurde, war auch ein wichtiges Signal an die Basis des Berufsstands. Noch stärker in der Öffentlichkeit diskutiert wurde der Umstand, dass sie die Position als erste Frau in der Geschichte einnahm. Heute hingegen sind über 50% ihrer Kollegen Frauen, und auch in vielen anderen juristischen Berufen ist das Geschlechterthema nicht mehr präsent, sieht *Helige* einen wesentlichen Fortschritt der letzten beiden Jahrzehnte.

### Präsidentin der Liga

2009 übernahm *Helige* die Präsidentschaft der Österreichischen Liga für Menschenrechte. Es ist dies die älteste Menschenrechtsorganisation Österreichs, die seit 1926 besteht und in ihrem jährlichen Menschenrechtsbefund die aktuell immer noch häufigen Einschränkungen liberaler Grundrechte aufzeigt. Die Liga ist als Verein mit derzeit ca 650 Mitgliedern organisiert, die Mobilisierung der finanziellen Ressourcen ein Dauerthema. *Helige* steckt einen guten Teil ihrer Freizeit in das Projekt, das sich auch mit ihrer beruflichen Tätigkeit gut verträgt. Die Mitgliederzeitschrift LIGA erscheint zwei Mal im Jahr und kann über die Website auch käuflich erworben werden. Anlässlich des Tags der Menschenrechte wird jährlich der Menschenrechtspreis vergeben. Heuer erhält *Alexander Pollak* (SOS-Mitmensch) den Preis für sein beharrliches zivilgesellschaftliches Engagement. Immer wieder setzt die Liga Initiativen in Schulen oder hält Veranstaltungen ab, wie zB ein Argumentationstraining gegen Stammtischparolen. Unlängst durfte *Helige* die Sendung „Religion aktuell“, die wochentags um fünf vor sieben Uhr auf Ö1 läuft, mit dem Titel „Menschenrechte sind überall“ gestalten.

Nähere Informationen zur Österreichischen Liga für Menschenrechte: [liga.or.at](http://liga.or.at)



**Barbara Helige ist Lehrbeauftragte an der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien und Vorstandsmitglied der Österreichischen Juristenkommission. Foto: privat**

und daher ein Anrecht auf eine funktionierende Justiz haben. In vielen anderen Bereichen konnte *Helige* in der Interessenvertretung hingegen nachhaltige Fortschritte erzielen. Die Personalsenatsreform, die Gehaltsreform und den Erlass der Ethikerklärung (*Welser Erklärung*) nennt sie exemplarisch als wichtige Meilensteine. „Wenn man möchte, dass etwas besser wird, muss man sich dafür einsetzen“, ist ihr Credo, mit dem sie Dinge anpackt. Ob als Schulsprecherin, Sprecherin der Richteramtswärterinnen oder als Bundessektions-Vorsitzende bei der GÖD – die Juristin schreitet gerne an vorderster Front voran, wenn es darum geht, Veränderungen umzusetzen.

### Präsidentin der RIV

*Barbara Helige* wurde 1958 in Wien geboren, absolvierte die Matura mit Auszeichnung, das Studium in Mindestzeit und begann 1981 mit der Gerichtspraxis. Ursprünglich wollte sie Rechtsanwältin werden, weil sie von *Atticus Fitch* aus dem

### CHRISTIAN MOSER

ÖRAK, *Juristischer Dienst*

# Abhandlungen



- 736 Asylverfahren: Defizite im Rechtsschutz? – am Beispiel Afghanistans
- 746 Unternehmensverteidiger – ein neuer Anwaltstypus
- 750 Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Edikten in Großverfahren
- 754 Sanktionsbewehrte Informationspflichten für Unternehmer im Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG und in der ODR-VO
- 757 Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung



**LILOBA KASPER**  
Die Autorin ist Rechtsanwältin in Wien.



**CHRISTIAN SCHMAUS**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2019/307

## Asylverfahren: Defizite im Rechtsschutz? – am Beispiel Afghanistans<sup>1</sup>

### I. EINLEITUNG

Vor dem Hintergrund der anhaltenden Diskussion um den Schutzbedarf von Asylsuchenden aus Afghanistan ergeben sich mehrere – durchaus auch und gerade in rechtsstaatlicher Hinsicht – brisante Fragestellungen, allen voran: Geht mit einer Abschiebung nach Afghanistan eine reale Gefahr für Leib und Leben der betroffenen Personen einher und haben diese gegebenenfalls Anspruch auf Gewährung eines Schutzstatus?

Afghanistan ist ein Land, das seit Jahrzehnten gekennzeichnet ist von Krieg, Gewalt und alltäglichen Menschenrechtsverletzungen. Allein im Jahr 2018 wurden 10.993 zivile Opfer (3.804 Tote und 7.189 Verletzte) registriert, wobei davon auszugehen ist, dass die Dunkelziffer noch weit aus höher ist. Ursächlich für die hohe Opferzahl ist die desaströse Sicherheitslage, wobei die primäre Gefahr von Selbstmordanschlägen mit unkonventionellen Spreng- und Brandvorrichtungen bzw komplexen Anschlägen und Bodenkämpfen ausgeht, gefolgt von gezielten Ermordungen, explosiven Kampfmittelrückständen und Einsätzen der Luftstreitkräfte.<sup>2</sup> Eine der Folgen dieser willkürlichen Kampfhandlungen und Anschläge ist die Vertreibung von tausenden Männern, Frauen und Kindern. Allein im Jahr 2018 wurden laut Schätzung der Vereinten Nationen in Afghanistan mindestens 364.883 Personen – zusätzlich zu den Millionen bereits auf Flucht – aufgrund des anhaltenden Konflikts (binnen-)vertrieben.<sup>3</sup>

Der jahrzehntelange Konflikt spiegelt sich auch in den Antragszahlen wider, so stellen Asylsuchende aus Afghanistan im Jahr 2018 in Österreich mit 2.120 Anträgen die zweitanzugsstärkste Nation (nach Syrien) dar. Gleichwohl ist in Österreich eine restriktive Entscheidungspraxis festzustellen. Laut Statistik des Bundesministeriums für Inneres (BMI) wurden lediglich 50% der Anträge im Jahr 2018 rechtskräftig positiv beschieden (rechtskräftig positive Entscheidungen betreffend Syrien hingegen: 90%).<sup>4</sup> Abschiebungen nach Afghanistan finden regelmäßig statt.<sup>5</sup>

Das Spannungsverhältnis und die gesellschaftliche Brisanz dieser widersprüchlichen Faktoren zeigen sich auch daran, dass das Fremdenrecht seit geraumer Zeit im Fokus politischer Debatten und eines erheblichen öffentlichen Interesses steht, jüngst vor allem vor dem Hintergrund der Schutzgesuche von aus Afghanistan Geflohenen. Medien berichten auf der einen Seite beinahe täglich von bürgerkriegsähnlichen Zuständen und Anschlägen mit hohen Opferzahlen in Afghanistan. Auf der anderen Seite sind Berichte über Sicherheitserwägungen im Kontext von Migration, das Schließen der nationalen bzw supranationalen Außengren-

zen und Abschiebungen mittlerweile zum Standardreper-toire des wöchentlichen Medienspiegels geworden.<sup>6</sup>

Auch in der Gesetzgebung zeigt sich diese Haltung widergespiegelt, so wird der Asyl- und Fremdenrechtsbereich zunehmend stark restriktiv und oftmals grundrechtsfeindlich ausgestaltet. Beispielsweise sei etwa an die Notstandsverordnung erinnert, deren Umsetzung grundlegende Verfahrensrechte und insbesondere die Durchsetzbarkeit zentraler Grund- und Menschenrechte ab Überschreiten einer Höchstgrenze an Anträgen massiv einschränken würde.<sup>7</sup> Auch enthalten die teils mehrmals im Jahr stattfindenden Novellierungen dieser Rechtsmaterie durchwegs erhebliche Einschränkungen (etwa betreffend die Bewegungsfreiheit) und Verschlechterungen in der Rechtsposition von Schutzsuchenden (dzt etwa insbesondere die Abschaffung der nach der geltenden Rechtslage vorgesehenen unabhängigen Rechtsberatung und Implementierung der Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen [BBU]).<sup>8</sup>

Rechtsstaatliche Defizite und bedenkliche Praktiken sind ebenso im Bereich der Exekutive zu beobachten. So werden mitunter grundlegende Parteienrechte – und dies allem Anschein nach teils wissentlich – verletzt<sup>9</sup> bzw die vorgebrach-

<sup>1</sup> Dieser Artikel beruht zum Teil auf einem Beitrag zur Festschrift für Manfred Nowak und Hannes Treter, welcher Anfang des Jahres 2019 erschienen ist: Kasper/Schmaus, Afghanistan in der aktuellen asyl- und fremdenrechtlichen Judikatur – Rechtsschutz vor dem Hintergrund eines anhaltenden Konflikts, in Hladschik/Steinert (Hrsg), Menschenrechten Gestalt und Wirksamkeit verleihen (2019) 429–446. Für die freundliche Genehmigung zur Weiterverwendung des Beitrags durch die NWV Verlag GmbH dürfen wir uns bedanken. Besonderer Dank für die tatkräftige Unterstützung gilt auch Sebastian Sperner für seinen Beitrag bei der Erstellung des Artikels.

<sup>2</sup> UN Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA), Afghanistan; Protection of Civilians in Armed Conflict; Annual Report 2018 (2019) 1, [https://unama.unmissions.org/sites/default/files/afghanistan\\_protection\\_of\\_civilians\\_annual\\_report\\_2018\\_final\\_24\\_feb\\_2019\\_v3.pdf](https://unama.unmissions.org/sites/default/files/afghanistan_protection_of_civilians_annual_report_2018_final_24_feb_2019_v3.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>3</sup> UN General Assembly, The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security; Report of the Secretary-General [A/73/777-S/2019/193], 28. 2. 2019, 12, [https://www.ecoi.net/en/file/local/2004124/S\\_2019\\_193\\_E.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2004124/S_2019_193_E.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>4</sup> Bundesministerium für Inneres, Jahresstatistik 2018, [https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Asyl-Jahresstatistik\\_2018.pdf](https://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Asyl-Jahresstatistik_2018.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019). Es sei darauf hingewiesen, dass der Asylstatistik eine Differenzierung der rechtskräftig positiven Entscheidungen in Asyluerkennungen und subsidiären Schutzgewährungen nicht zu entnehmen ist.

<sup>5</sup> Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Jahresstatistik 2018, [https://www.bfa.gv.at/files/Statistiken/BFA\\_Jahresbilanz\\_2018.pdf](https://www.bfa.gv.at/files/Statistiken/BFA_Jahresbilanz_2018.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>6</sup> Für viele: Der Standard zum Themenbereich „Flüchtlinge“: <https://derstandard.at/r2000031258973/Fluechtlinge> (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>7</sup> BGBl I 2016/24; Oswald, Asyl-Notverordnung: „Totaler Zusammenbruch der Einrichtungen droht“, Der Standard 1. 9. 2016.

<sup>8</sup> Vgl für viele: ÖRAK, Stellungnahme zu ME FRÄG 2018, 48/SN-38/ME 26. GP wie auch zu BBU-Einrichtungsgesetz 24/SN-127/ME 26. GP. Plattform Fairlassen, „Asylwesen in Österreich: Vom Rechtsstaat zur Willkür?“ <https://www.fairlassen.at/rechtsstaat/> (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>9</sup> Es sei in diesem Zusammenhang auf eine zurückverweisende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts v 3. 5. 2016 zu I403 2124967-1/4E verwiesen. In dem dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts zugrundeliegenden Sachverhalt hat das Bundesamt in vollem Bewusstsein die Rechte der Antragsteller\_innen verletzt. In dem Beschluss heißt es hierzu wörtlich: „Darüber hinaus lässt die in den Bescheiden verwendete Wortwahl (Selbst wenn Ihnen die Länderfeststellungen nicht persönlich übersetzt und nicht bei der Einvernahme vorgehalten wurden und somit das Parteigehör verletzt werden sein sollte) nur den Schluss zu, dass sich die belangte Behörde völlig im

ten Fluchtgründe in zumindest bedenklicher Weise dem Beweisverfahren zunächst vorgehend und im Rahmen der Bescheidbegründung sodann willkürlich gewürdigt.<sup>10</sup>

Angesichts dieser Tendenzen zeigt sich die hohe Bedeutung des Rechtsschutzes als zentrale Säule des Rechtsstaats und wird die Funktion der Judikative als Wächterin des Grund- und Menschenrechtsschutzes in besonderem Maße gefordert. Doch auch hier lassen sich bedenkliche Entwicklungen zunehmend beobachten.<sup>11</sup> So wurde etwa erst jüngst in einer vom Verwaltungsgerichtshof behandelten Rechtsache ein Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts aufgrund des Anscheins der Voreingenommenheit der Richterinnen, welcher sich bereits in der Wortwahl des Erkenntnisses zeigte, behoben.<sup>12</sup> Die Kritik eines Grazer Rechtsanwalts zu Rechtsschutzdefiziten im Asylbereich und sein dadurch bedingter Ausstieg aus der Anwalt\_innenschaft erhielt angesichts der politisierten Debatte einen über die Kolleg\_innenschaft hinausgehenden Widerhall und zeigt die Brisanz der rechtspolitischen Entwicklungen.<sup>13</sup>

Diesem Themenbereich werden wir in den folgenden Seiten nachgehen, wobei der Fokus – um den Rahmen des Beitrags nicht zu sprengen – auf einer kritischen Analyse maßgeblich der höchstgerichtlichen Entscheidungspraxis betreffend Afghanistan liegen wird. Zudem soll das schwierige Spannungsverhältnis zwischen der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts und jener der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes, der reale Hintergrund in Afghanistan und dessen Beachtung in der Rechtsprechung wie auch das Verhältnis der jeweiligen Akteur\_innen (Asylsuchende, Behörde, Gutachter\_innen, Gerichte) näher beleuchtet werden. Abschließend werden wir uns der Frage zuwenden, ob grund- und menschenrechtliche Standards und Vorgaben in der derzeitigen Entscheidungspraxis ausreichend Beachtung finden.

## II. SICHERHEITS- UND VERSORGLAGE IN AFGHANISTAN

Am 30. 8. 2018 veröffentlichte der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR) aktualisierte Richtlinien zur Feststellung des internationalen Schutzbedarfs afghanischer Asylsuchender, die im Verhältnis zu den zuletzt veröffentlichten Richtlinien aus dem Jahr 2016 eine anhaltend schlechte bis sich verschlechternde Sicherheitslage beschreiben. In diesem Sinne wird in den aktuellen Richtlinien festgehalten, dass Afghanistan „weiterhin von einer nicht internationalen bewaffneten Konflikt betroffen“<sup>14</sup> ist. Weiters heißt es: „Die Sicherheitslage soll sich insgesamt weiter verschlechtern und zu einer sogenannten ‚erodierenden Pattsituation‘ geführt haben.“<sup>15</sup> Den regierungsfreundlichen Gruppen stehen gleich mehrere regierungsfeindliche Kräfte gegenüber. Zentrale Akteure im bewaffneten Konflikt sind hierbei die Taliban, welche über Schattenstrukturen (Bildungseinrichtungen, Gerichte etc) und ein effektives landesweites Bepitzelungsnetzwerk verfügen.<sup>16</sup> Wie das Euro-

päische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO) in seinen aktuellen Leitlinien hervorhebt, haben regierungsfeindliche Kräfte in Gebieten, die von ihnen kontrolliert werden, parallele Justizsysteme eingerichtet. Es wird von Hinrichtungen, Folter und menschenunwürdigen Bestrafungen berichtet.<sup>17</sup>

Als weiterer destabilisierender Faktor stellt sich die Präsenz der Terrorgruppe Islamischer Staat-Khorasan (ISK) dar, welche in der Provinz Herat und in Kabul regelmäßig Angriffe insbesondere gegen schiitische Einrichtungen durchführt.<sup>18</sup>

Laut einem aktuellen Bericht von UNAMA wurden allein im Juli 2019 1500 Zivilist\_innen bei sicherheitsrelevanten Vorfällen getötet oder verletzt.<sup>19</sup>

Für die Verschlechterung der Sicherheitslage sind unterschiedliche Faktoren ursächlich. Allen voran ist der Abzug der internationalen Streitkräfte (International Security Assistance Force – ISAF) im Jahre 2014 und die erzwungene

*Klaren war, dass sie dazu verpflichtet gewesen wäre, die Länderfeststellungen den Beschwerdeführern vorzuhalten und dies dennoch bewusst unterließ. Zwischen der Einvernahme und der Erlassung der Bescheide lagen mehr als vier Monate, es ist daher nicht erkennbar, warum nicht diese Zeit dazu genutzt wurde, die Situation in Ägypten mit den Beschwerdeführern zu erörtern. Die belangte Behörde wollte diesen notwendigen Verfahrensschritt, nämlich die Erörterung der Länderfeststellungen mit den Beschwerdeführern, anscheinend vorsätzlich an das Verwaltungsgericht delegieren.“*

<sup>10</sup> Exemplarisch sei etwa der Auszug aus einem Bescheid eines afghanischen Konvertiten wiedergegeben, in welchem das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zum Fluchtgrund ausführt: „Sie sind eine absolut berechnende Person. Ihr Verhalten in Österreich, sich heimlich aus der Unterkunft in die Kirche zu schleichen, wäre völlig ident mit Ihrem künftigen Verhalten in Afghanistan, wo Sie Ihren angeblichen Glauben auch im Geheimen ausüben könnten.“ (Auszug aus Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, zitiert nach Brickner, Höhnischer Ton in Asylbescheid sorgt für Kritik, Der Standard 25. 5. 2018).

<sup>11</sup> Ebd.

<sup>12</sup> „Schon die Bezeichnung des Revisionswerbers als ‚drogensüchtiger Dealer‘ sowie die Äußerung, er habe eine Österreicherin geheiratet und dann mit ihr ein Kind gezeugt, um ‚dann neuerlich einen unbegründeten Asylantrag zu stellen, auf sein Familienleben zu pochen und einen Aufenthalt im Bundesgebiet so zu erzwingen zu versuchen‘, stellen gravierende verbale Entgleisungen dar. Auch wenn diese für sich genommen noch nicht geeignet sein mögen, eine Befangenheit zu begründen, so ist das weitere Begründungselement, wonach die Einstellungszusage eines ‚Landsmannes‘ des Revisionswerbers zu relativieren sei, weil sie wohl ‚eher eine Gefälligkeit unter Landsleuten‘ darstelle, geeignet, erhebliche Zweifel an der Unvoreingenommenheit der Richterinnen zu begründen, stellt dies doch eine diskriminierende Wertung eines vorgelegten Beweismittels – allein in Abhängigkeit von der Herkunft des Erklärenden – dar. In Summe können die von der Richterinnen gebrauchten Formulierungen nicht als eine in sachlicher Weise erfolgte Interessenabwägung iSd Art 8 MRK qualifiziert werden. Wenn auch nicht jede verbale Entgleisung eine Befangenheit indiziert, ist doch die bei den angeführten Formulierungen manifestierte Wortwahl geeignet, begründete Zweifel an der Unvoreingenommenheit und damit der Unbefangenheit der Richterinnen des VwG zu erwecken.“ (VwGH 25. 6. 2019, Ra 2018/19/0676, RS 3).

<sup>13</sup> Dworschak, Ein Anwalt hört auf, Anwalt Aktuell 19, 10ff.

<sup>14</sup> UNHCR, Richtlinien zur Feststellung des internationalen Schutzbedarfs afghanischer Asylsuchender, 30. 8. 2018, 15, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendoc.pdf?reldoc=y&docid=5be58a5d4> [im Folgenden kurz: UNHCR 2018] (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>15</sup> Ebd.

<sup>16</sup> Giustozzi (Hrsg: Landinfo – Norwegian Country of Origin Information Centre), Afghanistan: Taliban's Intelligence and the intimidation campaign, 23. 8. 2017, 10, [https://www.ecoi.net/en/file/local/1406312/1226\\_1504616087\\_170824551.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/1406312/1226_1504616087_170824551.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>17</sup> European Asylum Support Office: Country Guidance: Afghanistan; Guidance note and common analysis, Juni 2019, 44, [https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Country\\_Guidance\\_Afghanistan\\_2019.pdf](https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Country_Guidance_Afghanistan_2019.pdf) [im Folgenden kurz: EASO 2019] (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>18</sup> UNHCR 2018: 17.

<sup>19</sup> UNAMA Meldung 3. 8. 2019: „Un reminds parties of their responsibility to protect civilians – civilian casualty rates spike in July“, <https://unama.unmissions.org/un-reminds-parties-their-responsibility-protect-civilians-civilian-casualty-rates-spike-july> (abgerufen am 13. 11. 2019).



Rückkehr tausender afghanischer Flüchtlinge aus Pakistan und dem Iran in den Jahren 2016 und 2017 zu nennen.<sup>20</sup>

2017 konnten die Taliban erstmals wieder größere Gebiete unter ihre Kontrolle bringen (mehr als je zuvor seit deren Sturz im Jahre 2001).<sup>21</sup> Die von Präsident *Trump* aufgenommenen Friedensgespräche mit den Taliban sind aufgrund der Zunahme an Gewalt vorerst gescheitert.<sup>22</sup> Der Versuch der Destabilisierung des ohnehin schon fragilen politischen Staatsapparats durch regierungsfeindliche Gruppierungen, allen voran den Taliban, zeigte sich auch an der die Präsidentschaftswahlen im September 2019 begleitenden Eskalation an Gewalt. Die im Vergleich zu den Wahlen im Jahr 2014 deutlich gesunkene Wahlbeteiligung wird insbesondere den gefährlichen Drohungen regierungsfeindlicher Kräfte zugerechnet.<sup>23</sup>

Dass auch Regierungskräfte selbst rechtsstaatliche Grundsätze wiederholt missen lassen, zeigen nicht nur Berichte über mutmaßlichen Wahlbetrug,<sup>24</sup> sondern ebenso ein aktueller Bericht zu Folterungen, unter Zwang abgelegten Geständnissen wie auch Todesfällen in Haft – ausgehend von staatlichen Institutionen.<sup>25</sup>

Der sich verschlechternden allgemeinen Lage trugen die UNHCR-Richtlinien auch dahingehend Rechnung, dass Kabul als innerstaatliche Fluchtaltemative, dh als alternatives Ansiedlungsgebiet für Schutzsuchende, „angesichts der gegenwärtigen Sicherheits-, Menschenrechts- und humanitären Lage [als] grundsätzlich nicht verfügbar“<sup>26</sup> qualifiziert wurde.

Doch auch die Lage in den Provinzhauptstädten Mazar-e Sharif und Herat, welche nunmehr als alternatives Ansiedlungsgebiet judiziert werden, wird in den Berichten als volatil beschrieben. In beiden Provinzen, insbesondere in den an die Städte angrenzenden Distrikten, finden regelmäßig Zusammenstöße zwischen der Regierung und regierungsfeindlichen Kräften statt. Als zentrale sicherheitsbezogene Problematik werden auch die unsicheren Bedingungen an den Zufahrtsstraßen betont.<sup>27</sup>

Die volatile Sicherheitslage zeitigt ebenso negative Auswirkungen auf das Wirtschaftswachstum des Landes und damit im doppelten Sinne auch auf die Versorgungslage für die Bevölkerung. Laut Fact Finding Mission des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl gehen damit Faktoren wie hohe Arbeitslosigkeit, Armut, Landflucht und fehlende formelle Bildung einher.<sup>28</sup> Betroffen sind von diesen ökonomischen Entwicklungen insbesondere die größeren Städte (wie Kabul, Mazar-e Sharif und Herat), an deren Rändern sich angesichts der anhaltend hohen Zahl von Binnenvertriebenen Slums gebildet haben. Hierbei ist auch zu beachten, dass von den knapp 35 Millionen Einwohner\_innen Afghanistans in Herat nur etwa 507.000 und in Mazar-e Sharif lediglich um die 428.000 Menschen leben.<sup>29</sup> Es handelt sich somit um relativ kleine Städte, die von dem starken Zuzug Binnenvertriebener in besonderem Maße überfordert sind. Mittlerweile liegen ca 78,2% der Haushalte in den fünf größten Städten unter der Armutsgrenze, wobei

der Negativtrend im Steigen begriffen ist (auf dem gesamten Gebiet Afghanistans: 40%).<sup>30</sup>

Doch nicht nur die Sicherheitslage erschwert die Versorgung der Bevölkerung, sondern ist Afghanistan auch von klimatischen Entwicklungen in besonderem Maße negativ betroffen. Die Stadt Herat zeigt sich durch umweltbedingte Katastrophen als besonders gefordert und aufgrund fehlender Strukturen und Hilfsgüter schlicht überfordert. Es wird von 60.000 Personen berichtet, welche aufgrund von Dürre und Konflikten im Jahre 2018 nach Herat geflohen sind und keinen ausreichenden Zugang zu Wasser, Nahrung und Wohnraum wie auch Schutz vor der Hitze finden.<sup>31</sup>

### III. JUDIKATUR ZU AFGHANISTAN

Aus einem Artikel des Profil vom Mai 2018, welcher sich auf die systematische, textbasierte Analyse von über 40.000 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts durch einen IT-Consultant stützt, geht hervor, dass es seit Etablierung des Bundesverwaltungsgerichts im Jahre 2014 zu zwei beachtlichen Änderungen in der Entscheidungspraxis betreffend Afghanistan gekommen ist. Der erste Einbruch in der Statistik zu Schutzgewährungen (Asyl und subsidiärer Schutz) wird Anfang 2017 verzeichnet, dh zu einem Zeitpunkt, als das Gutachten des mittlerweile seiner Funktion enthobenen, zum damaligen Zeitpunkt noch allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen *Karl Mahringer* erschienen ist. Der zweite massive Einbruch erfolgt im Dezember 2017.<sup>32</sup> Zur Begründung der abweisenden Entscheidungen wird auch explizit höchstgerichtliche Judikatur als maßgebliche Grundlage herangezogen.<sup>33</sup>

<sup>20</sup> *Amnesty International*, Stellungnahme v 5. 2. 2018 an das VG Wiesbaden, 5. 2. 2018: 1ff.

<sup>21</sup> Ebd.

<sup>22</sup> *Reuters*, Trump bricht Dialog mit Taliban ab, Die Presse 8. 9. 2019.

<sup>23</sup> *Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation (ACCORD)*, ecoinet featured topic on Afghanistan: Overview of security in Afghanistan, 2. 10. 2019, <https://www.ecoi.net/de/dokument/2017366.html> (abgerufen am 13. 11. 2019). Tagesschau 28. 9. 2019: „Afghanistan: Eine lebensgefährliche Wahl“ <https://www.tagesschau.de/ausland/wahl-afghanistan-103.html> (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>24</sup> *Radio Free Europe/Radio Liberty (RFE/RL)*, ‚Ample Opportunities‘ For Fraud Bedevil Afghan Presidential Election, 9. 10. 2019, <https://www.ecoi.net/de/dokument/2017930.html> (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>25</sup> *Asylum Research Centre: Prison Conditions in Afghanistan (ARC)*, A commentary, 30. 9. 2019, [https://www.ecoi.net/en/file/local/2018251/Afghanistan\\_prison\\_conditions\\_final\\_edited-1.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2018251/Afghanistan_prison_conditions_final_edited-1.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>26</sup> UNHCR 2018: 129.

<sup>27</sup> *ACCORD*, Afghanistan: Entwicklung der wirtschaftlichen Situation, der Versorgungs- und Sicherheitslage in Herat, Mazar-e Sharif (Provinz Balkh) und Kabul 2010–2018, 7. 12. 2018, 204 und 220, [https://www.ecoi.net/en/file/local/2001546/AfghanistanVer-sorgungslage+und+Sicherheitslage\\_2010+bis+2018.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2001546/AfghanistanVer-sorgungslage+und+Sicherheitslage_2010+bis+2018.pdf) [im Folgenden kurz: *ACCORD 2018*] (abgerufen am 13. 11. 2019). *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, Anfragebeantwortung der Staatendokumentation vom 19. 11. 2018, Versorgungslage Mazar-e Sharif im Zeitverlauf 2010–2018, 3.

<sup>28</sup> *BFA Staatendokumentation*, Fact Finding Mission Report Afghanistan (2018) 17ff.

<sup>29</sup> *ACCORD 2018*, 5f.

<sup>30</sup> *EASO*, Country of Origin Information Report Afghanistan: Key socio-economic indicators, state protection, and mobility in Kabul City, Mazar-e Sharif, and Herat City (2017) 32.

<sup>31</sup> *ACCORD 12/2018*: 39.

<sup>32</sup> *Meinhart*, Woher kommt die hohe Fehlerquote bei Asylbescheiden? Profil 29. 5. 2018.

<sup>33</sup> Für viele: *BVwG 15. 3. 2018, W220 2132413-1*: Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung wird auf zehn Seiten lediglich abschlägige Judikatur der Höchstgerichte zitiert.



Diese gegenüber afghanischen Schutzsuchenden restriktive Judikaturlinie, auf welche das Bundesverwaltungsgericht maßgeblich Bezug nimmt, etabliert sich seit 2016 sukzessive in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und des Verfassungsgerichtshofs. Die Weiterentwicklung der Judikatur und der damit einhergehende Bruch in der Spruchpraxis werden dabei mit einer Neubewertung der Sicherheitslage begründet. Im Ergebnis bedeutet dies, dass einer Abschiebung – im Falle der Abweisung des Asylbegehrens – auch das Non-Refoulement-Gebot (Status des subsidiär Schutzberechtigten) nicht entgegensteht.

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, wurde diese neue Linie anfänglich überwiegend in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs entwickelt, spätestens seit Ende 2017 ist eine restriktivere Spruchpraxis aber auch in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zu erkennen.

Der Großteil der im Folgenden angeführten Entscheidungen behandelt als Kernverfahrensgegenstand die Frage, ob einem jungen alleinstehenden männlichen Asylwerber aus Afghanistan eine Rückkehr in sein Herkunftsland und konkret zumeist in eine der drei größeren Städte Herat, Kabul oder Mazar-e Sharif vor dem Hintergrund menschenrechtlicher Mindeststandards offensteht.

## 1. Verwaltungsgerichtshof

Seit der Wiedereingliederung des Asylverfahrens in den normalen Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof (2014) haben dessen Entscheidungen sowohl betreffend Revisionen gegen (teil-)abweisende Erkenntnisse wie auch betreffend Amtsrevisionen durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gegen zu Gunsten der Beschwerdeführer\_innen ergangene Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts einen zentralen Einfluss auf die Schutzgewährungen sämtlicher untergeordneter Instanzen.

In den ersten Jahren befasste sich der Verwaltungsgerichtshof überwiegend mit Fallkonstellationen betreffend die Nichtzuerkennung des Status des\_der Asylberechtigten. In Fällen, in denen das Bundesverwaltungsgericht auch den Status des\_der subsidiär Schutzberechtigten nicht gewährt hatte, kam es zumeist zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.<sup>34</sup>

Im Februar 2016 hielt der Verwaltungsgerichtshof erstmalig in dieser Deutlichkeit, unter Verweis auf einschlägige Urteile des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), fest, „dass die allgemeine Situation in Afghanistan nicht so gelagert sei, dass die Ausweisung dorthin automatisch gegen Art 3 EMRK verstoßen würde“.<sup>35</sup> Des Weiteren stellte der Gerichtshof in dieser richtungweisenden Entscheidung unter neuerlichem Verweis auf die Judikatur des EGMR fest, dass „abgesehen von Abschiebungen in Staaten, in denen die allgemeine Situation so schwerwiegend ist, dass die Rückführung eines abgelehnten Asylwerbers dorthin eine Verletzung von Art 3 MRK darstellen würde“, die Beweislast zur Geltendmachung einer durch eine Abschiebung

drohenden realen Gefahr einer Art 3 EMRK-Verletzung dem\_der betroffenen Antragsteller\_in obliegt.<sup>36</sup> Im Ergebnis gelangt der Verwaltungsgerichtshof zu dem Schluss, dass die Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Rückkehr eines „abgelehnten Asylwerbers“ nach Afghanistan auch im Lichte des Art 3 EMRK möglich wäre, nicht zu beanstanden sei.<sup>37</sup>

Zu beachten ist an dieser Entscheidung, dass die Revision nicht etwa inhaltlich abgewiesen wurde, sondern mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschluss zurückgewiesen wurde. Somit brachte der Verwaltungsgerichtshof ohne verfahrensrechtliche Notwendigkeit seine Einschätzung und somit letztlich Würdigung der allgemeinen Sicherheitslage in Afghanistan zum Ausdruck. Dieser Beschluss wurde in darauffolgenden Entscheidungen wiederholt zitiert und auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Damit ist dieses Verfahren wohl als Ausgangspunkt der nunmehr herrschenden Rechtsprechung des Gerichtshofs zu ähnlich gelagerten Sachverhalten afghanischer Staatsangehöriger anzusehen.

Nicht nur angesichts des Mandats von UNHCR und EASO kommen deren Berichten in der Einschätzung der Verfolgungs- wie auch allgemeinen Gefahren besondere Relevanz zu, sondern kommt auch nach der herrschenden Rechtsprechung der Höchstgerichte diesen Quellen Indizwirkung zu.<sup>38</sup> Dennoch hat auch die Veröffentlichung der UNHCR-Richtlinien wie auch der EASO-Leitlinien, die sich äußerst kritisch zur allgemeinen Sicherheits- und Versorgungslage in Afghanistan im Allgemeinen wie insbesondere auch in den Städten äußern, keine Abkehr oder Änderung dieser Judikaturlinie bewirkt.<sup>39</sup>

Die Rechtsprechung erfuhr vor allem in Verfahren betreffend Amtsrevisionen des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl ihre Fortentwicklung und Verfestigung. Hierbei wurde insbesondere das der *innerstaatlichen Fluchtalternativen* iSd § 11 Abs 1 AsylG 2005 innewohnende *Zumutbarkeitskalkül* restriktiv ausgelegt. Unlängst wurde etwa die subsidiäre Schutzgewährung durch das Bundesverwaltungsgericht betreffend einen afghanischen Staatsangehörigen bereits zum zweiten Mal vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl erfolgreich mittels Amtsrevision bekämpft. Das Bundesverwaltungsgericht kam auch im zweiten

<sup>34</sup> Für viele: VwGH 16. 12. 2014, Ra 2014/19/0101.

<sup>35</sup> VwGH 23. 2. 2016, Ra 2015/01/0134, unter Verweis auf EGMR 9. 4. 2013, 70073/10 und 44539/11, *H. und B./Vereinigtes Königreich*, und EGMR 12. 1. 2016, 8161/07, *S.D.M./Niederlande*; 13442/08, *A.G.R./Niederlande*; 25077/06, *A.W.Q. und D.H./Niederlande*; 39575/06, *S.S./Niederlande*; 46856/07, *M.R.A. ua/Niederlande*.

<sup>36</sup> VwGH 23. 2. 2016, Ra 2015/01/0134, unter Verweis auf EGMR 5. 9. 2013, 61204/09, *I./Schweden*.

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> VfGH 30. 11. 2018, E 3870/2018; VfGH 24. 9. 2018, E 761/2018 ua; VwGH 13. 12. 2018, Ra 2018/18/0533. Gem Art 10 Abs 3 lit b der RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) [im Folgenden kurz: Verfahrensrichtlinie] sind zur Beurteilung der allgemeinen Lage verschiedene Quellen „wie etwa EASO und UNHCR sowie einschlägigen internationalen Menschenrechtsorganisationen“ heranzuziehen.

<sup>39</sup> Für Viele: VwGH 2. 9. 2019, Ra 2019/20/0379.

Rechtsgang zu der Ansicht, dass der Beschwerdeführer angesichts der individuellen Umstände (Ortsabwesenheit seit dem 6. Lebensjahr, Angehöriger der Minderheit der Schiiten und der Hazara, keine finanzielle Unterstützung, kein hinreichendes familiäres oder soziales Netzwerk, Ortskenntnis) „in eine ausweglose existenzbedrohende Situation [. . .] geraten“<sup>40</sup> würde. Bei der Bewertung der Zumutbarkeit stützte sich das Bundesverwaltungsgericht in der zweiten zuerkennenden Entscheidung maßgeblich auf die UNHCR-Richtlinien wie auch die EASO-Leitlinien. In dem im zweiten Rechtsgang erlassenen behebenden Erkenntnis geht der Verwaltungsgerichtshof ausführlich darauf ein, dass dieses Ergebnis unvertretbar sei und dem im Verfahren mitbeteiligten Schutzsuchenden sehr wohl eine innerstaatliche Schutzalternative zukommen würde, zumal „sich seine Situation nicht maßgeblich von jener, in der sich afghanische Staatsangehörige befinden, die sich Zeit ihres Lebens in Afghanistan aufgehalten haben und solche Kenntnisse gleichfalls nicht aufweisen“<sup>41</sup> unterscheiden würde.<sup>42</sup>

## 2. Verfassungsgerichtshof

Auch der Verfassungsgerichtshof setzte sich wiederholt mit der Frage auseinander, ob Rückführungen afghanischer Staatsangehöriger vor dem Hintergrund verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte zulässig sind. Dies wurde auch nach Änderung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs wiederholt in Hinblick auf die fehlende Beachtung individueller Umstände verneint – bis es im Dezember 2017 zu einer Abkehr von der bisherigen Judikaturlinie kam.<sup>43</sup>

Der richtungsweisenden Entscheidung lag erneut der Sachverhalt eines jungen männlichen afghanischen Staatsangehörigen zugrunde.<sup>44</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hatte im angefochtenen Erkenntnis festgestellt, dass diesem – trotz fehlender familiärer bzw sozialer Anknüpfungspunkte wie auch fehlender Kenntnisse von Afghanistan angesichts Geburt und Hauptsozialisierung im Iran – eine innerstaatliche Fluchtalternative in Kabul offenstünde.<sup>45</sup>

Der Verfassungsgerichtshof stimmte dieser Beurteilung zu. Weiters folgerte er, dass das Bundesverwaltungsgericht zwar keine mündliche Verhandlung durchgeführt habe, dennoch sei ausdrücklich geprüft worden, „ob der im Iran geborene Beschwerdeführer auf Grund seiner persönlichen Umstände auf die Hauptstadt Kabul verwiesen werden könne“. Ferner sei festgestellt worden, „er sei gesund und im erwerbsfähigen Alter, spreche Landessprachen, sei mit den kulturellen Gepflogenheiten seines Herkunftsstaates vertraut und habe die Möglichkeit, sich durch Gelegenheitstätigkeiten eine Existenzgrundlage zu sichern“.<sup>46</sup> Auch mangelnde Ortskenntnisse würden für sich genommen nicht zur Unzumutbarkeit einer Neuansiedlung in Kabul führen. Folglich sei dem Bundesverwaltungsgericht auch eine willkürliche Verfahrensführung nicht vorzuwerfen.<sup>47</sup>

Die Entscheidung stellt einen klaren Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung dar. So hatte der Verfassungsgerichtshof etwa in einem kurz zuvor erlassenen Erkenntnis noch festgestellt, dass die „Annahme, dass der Beschwerdeführer ohne soziales Netzwerk nach Kabul, sei es auch durch Inanspruchnahme von Rückkehrhilfe, zurückkehren kann, [. . .] vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes [. . .], nicht nachvollziehbar“ sei.<sup>48</sup>

Weshalb dies lediglich drei Monate später, in denen es nachweislich zu keinen Verbesserungen der Sicherheits- oder Versorgungslage in Afghanistan gekommen ist, im Dezember 2017 anders beurteilt wurde, ist aus der Begründung der betreffenden Entscheidung nicht ersichtlich. Die Teilnahme von zwölf, anstelle von vier Stimmführer\_innen an der Entscheidung verdeutlicht aber den wohl bewussten Entschluss zur Abkehr von der bisherigen ständigen Rechtsprechung.<sup>49</sup>

Auch in Hinblick auf den Verfassungsgerichtshof führte die seit damals eingetretene und sich in der Berichtslage widerspiegelnde – weitere – Verschlechterung der Sicherheits- und Versorgungslage nicht zu einer Änderung dieser Judikaturlinie.<sup>50</sup>

## IV. AUSGEWÄHLTE PROBLEMSTELLUNGEN

### 1. Verschlechterung der Sicherheits- und Versorgungslage versus Einbruch der Schutzgewährungen

Wie in den vorangegangenen Kapiteln gezeigt wurde, ist die Rechtsprechung angesichts des realen Hintergrunds der Lage in Afghanistan inkonsistent. So hat etwa auch Amnesty International in einem für das Verwaltungsgericht Wiesbaden erstellten Gutachten v 5. 2. 2018 dargelegt, dass in der Phase 2013 und 2014 ein „vorsichtiger Optimismus“<sup>51</sup> in Bezug auf die Lage in Afghanistan aufkam, dessen Nachwirkungen auch noch im Jahre 2014 und 2015 spürbar waren. Dennoch war nicht nur die Anerkennungsrate bis einschließlich Herbst 2016 hoch, sondern stellten die Höchstgerichte wiederholt klar, dass die Ausgangslage derartig ge-

<sup>40</sup> VwGH 17. 9. 2019, Ra 2019/14/0160 Rz 11.

<sup>41</sup> Ebd., Rz 55.

<sup>42</sup> Vgl zu den Kriterien auch ausführlich: VwGH 23. 1. 2018, Ra 2018/18/0001.

<sup>43</sup> VfGH 23. 2. 2017, E 1197/2016; 22. 9. 2017, E 240/2017 ua.

<sup>44</sup> VfGH 12. 12. 2017, E 2068/2017.

<sup>45</sup> BVwG 26. 4. 2017, W220 2130184-2.

<sup>46</sup> VfGH 12. 12. 2017, E 2068/2017.

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> VfGH 22. 9. 2017, E 240/2017, unter Verweis auf VfSlg 19.695/2012; VfGH 21. 9. 2012, U 883/12; VfGH 13. 3. 2013, U 2185/12.

<sup>49</sup> Besonders frappierend ist, dass mit dieser Entscheidung auch dem Rechtsschutz in Hinblick auf die verpflichtende Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung ein erheblicher und letztlich am Maßstab von Art 47 EU-Grundrechtecharta (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht) nicht nachvollziehbarer Schaden zugefügt wurde. § 7 Abs 2 Z 1 VfGG.

<sup>50</sup> Für viele: VfGH 24. 9. 2019, E 3116/2009.

<sup>51</sup> Amnesty International, Stellungnahme v 5. 2. 2018 an das VG Wiesbaden, 5. 2. 2018: 1.

lagert sei, dass in jedem Einzelfall die persönlichen Umstände ua in Bezug auf das Vorliegen eines sozialen Netzwerks wie auch von Ortskenntnissen in der Entscheidungsfindung miteinzubeziehen seien und bei Fehlen entsprechenden Rückhalts gegebenenfalls Schutz zu gewähren sei.<sup>52</sup>

Nicht nur Länderinformationen internationaler Organisationen sprechen ab 2016 von einer Verschlechterung der Sicherheitslage, auch das vom Bundesverwaltungsgericht herangezogene Informationsmaterial der Staatendokumentation zeichnet ein gleichlautendes Bild. Demnach wurde „die Sicherheitslage für sehr instabil“<sup>53</sup> befunden. Zu aktuellen Entwicklungen bei der Rückkehr heißt es ganz aktuell zum Beispiel, dass „seit April 2019 keine temporäre Unterkunft für zwangsrückgeführte Afghanen mehr“<sup>54</sup> besteht.

Maßgebliche Begründung für die Abweisung von Anträgen auf internationalen Schutz ist in der Regel nicht, dass den Schutzsuchenden eine Rückkehr in ihre Herkunftsprovinz offenstehe, in denen die Sicherheitslage bzw die Anreise mit Ausnahme von den bereits erwähnten drei Städten fast generell als lebensbedrohlich eingestuft wird. Begründet werden Abweisungen vielmehr mit der Annahme des Vorliegens einer innerstaatlichen Fluchtalternative, nämlich in Mazar-e Sharif und Herat, zumal Kabul mit Hinweis auf die UNHCR-Richtlinien zumeist (noch) ausscheidet.<sup>55</sup>

Eine solche innerstaatliche Fluchtalternative liegt gem § 11 AsylG iVm Art 8 Abs 1 Anerkennungsrichtlinie nur dann vor, wenn der die Schutzsuchende in einem Teil des Herkunftslands keine begründete Furcht vor Verfolgung hat oder keine tatsächliche Gefahr, einen ernsthaften Schaden zu erleiden, besteht und/oder der die Schutzsuchende Zugang zu tatsächlichem Schutz erhält. Zudem muss es der Person möglich sein, in diesen Teil sicher und legal zu reisen. Des Weiteren muss die Aufnahme der Person möglich sein wie auch von ihr vernünftigerweise erwartet werden können, dass sie sich dort niederlässt. Folglich ist Prüfungsmaßstab bei der Evaluierung des Vorliegens einer relevanten und zumutbaren internen Schutzalternative nicht die potentielle Verletzung des Art 3 EMRK, sondern vielmehr ein Zumutbarkeitskalkül.<sup>56</sup>

Zur mangelnden Relevanz einer innerstaatlichen Fluchtalternative bei Verfolgung durch die Taliban heißt es in den UNHCR-Richtlinien sehr deutlich wie folgt: „Geht die Verfolgung von regierungsfeindlichen Kräften aus, muss berücksichtigt werden, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese Akteure den Antragsteller im vorgeschlagenen Neuansiedlungsgebiet verfolgen. Angesichts des geografisch großen Wirkungsradius einiger regierungsfeindlicher Kräfte, einschließlich der Taliban und des Islamischen Staates, existiert für Personen, die durch solche Gruppen verfolgt werden, keine interne Schutzalternative.“<sup>57</sup>

In den EASO-Leitlinien wird in Übereinstimmung mit den UNHCR-Richtlinien die Lage in den Städten aufgrund der anhaltenden Gewalt (sowohl im Kontext des Konflikts wie auch der exorbitant hohen Kriminalität) und der insuffizienten Infrastruktur als prekär beschrieben, weswegen in

jedem Einzelfall eine individuelle Prüfung zu erfolgen habe.<sup>58</sup> Besonders die Situation von Frauen, Kindern und älteren Menschen wird hierbei als kritisch beurteilt, weswegen eine interne Schutzalternative bei diesen (besonders schutzbedürftigen) Personengruppen in aller Regel ausscheidet.

Zentral bei der Prüfung einer Neuansiedlungsoption ist jedoch auch die individuelle Situation bei männlichen Schutzsuchenden. Gerade Personen, die nicht in Afghanistan geboren wurden und/oder über eine sehr lange Zeitperiode nicht in Afghanistan gelebt haben, sind bei der Erwirtschaftung eines Existenzminimums auf ein unterstützendes Netzwerk angewiesen, weswegen sich auch bei ihnen eine interne Schutzalternative als nicht zumutbar erweisen kann.<sup>59</sup>

Angesichts der zur Entscheidungsfindung herangezogenen Feststellungen der Staatendokumentation (BFA) in Zusammenschau mit den gerichtsbekanntem Länderinformationen internationaler Organisationen erscheint die Neu- und nunmehr anhaltende Gleichbewertung der Sicherheits- und Versorgungslage weder nachvollziehbar noch schlüssig. Ebenso stellt sich die in der einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur mittlerweile vertretene Ansicht, dass trotz zunehmender Gewalt durch Terroranschläge sowie einer katastrophalen Versorgungslage Personen ohne soziale Anknüpfungspunkte nun eine innerstaatliche Fluchtalternative zumutbar sei, als von der Berichtslage und der sich aus dieser ergebenden Lebensrealität der betroffenen Personen nicht getragen dar.<sup>60</sup>

<sup>52</sup> VfGH 22. 9. 2017, E 240/2017, unter Verweis auf VfSlg 19.695/2012; VfGH 21. 9. 2012, U 883/12; VfGH 13. 3. 2013, U 2185/12.

<sup>53</sup> BFA Staatendokumentation, Länderinformationsblatt Afghanistan v 29. 6. 2018, letzte Kurzinformation eingefügt am 4. 6. 2019, 65.

<sup>54</sup> Ebd 16.

<sup>55</sup> Siehe hierzu: „Die vom UNHCR in seinen Richtlinien vom 30. August 2018 geäußerte Auffassung zur Notwendigkeit einer ausreichend auf den Einzelfall bezogenen Prüfung steht nicht generell einem Ergebnis entgegen, wonach eine Rückführung nach Afghanistan nicht gegen Art 3 MRK verstoße (vgl etwa in Bezug auf Herat bzw Mazar-e Sharif VwGH 7. 5. 2019, Ra 2019/20/0144; 6. 5. 2019, Ra 2019/14/0192; 30. 4. 2019, Ra 2018/14/0356; 29. 4. 2019, Ra 2019/20/0154; 25. 4. 2019, Ra 2019/19/0133; 12. 4. 2019, Ra 2019/18/0133; in Bezug auf Kabul VwGH 29. 4. 2019, Ra 2019/20/0175).“ (VwGH 25. 6. 2019, Ra 2018/19/0546 RS 4).

<sup>56</sup> RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 12. 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) [im Folgenden kurz: Anerkennungsrichtlinie]. Der Verwaltungsgerichtshof führt beispielsweise in der Entscheidung v 16. 12. 2010, 2006/01/0788, aus, dass in Hinblick auf die Richtlinie des UNHCR eine innerstaatliche Fluchtalternative nur dann gegeben ist, wenn es „der Person angesichts ihrer persönlichen Umstände zugemutet werden kann, sich niederzulassen und ein normales Leben zu führen“ (s aktuell etwa VwGH 23. 1. 2018, Ra 2018/18/00015: „ein ‚relativ normales Leben‘ ohne unangemessene Härte“).

<sup>57</sup> UNHCR 2018, 120.

<sup>58</sup> EASO 2019, 137.

<sup>59</sup> EASO 2019, 139. Es sei in diesem Zusammenhang auch auf eine aktuelle Studie zu den Lebensbedingungen von Afghanen, die aus Deutschland abgeschoben wurden, hingewiesen. Diese basiert auf einer Befragung von Betroffenen und kommt zum Ergebnis, dass 90% der Befragten seit der Rückkehr Gewalterfahrungen erlebt haben und es keinem der Befragten gelungen ist, sich eine Existenz aufzubauen (Stahlmann, Studie zum Verbleib und zu den Erfahrungen abgeschobener Afghanen, September 2019, [https://www.ecoi.net/en/file/local/2017434/AM19-8-9\\_beitrag\\_stahlmann\\_vorab191009.pdf](https://www.ecoi.net/en/file/local/2017434/AM19-8-9_beitrag_stahlmann_vorab191009.pdf) [abgerufen am 13. 11. 2019]).

<sup>60</sup> „Es entspricht der Rechtsprechung des VwGH, dass es einem gesunden Asylwerber im erwerbsfähigen Alter, der eine der Landessprachen Afghanistans beherrsche, mit den kulturellen Gepflogenheiten seines Herkunftsstaates vertraut sei und die Möglichkeit habe, sich durch Gelegenheitstätigkeiten eine



Hervorzuheben ist, dass die höchstgerichtliche Judikatur diese Diskrepanz zwischen den gerichtseigenen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Lage in Afghanistan und der vorgenommenen Beweiswürdigung wie auch den hieraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen nicht aufgreift, sondern vielmehr unter Verweis auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gleichlautend wiederholt: „Die allgemeine Situation in Afghanistan ist nämlich nicht so gelagert, dass schon alleine die Rückkehr eines Antragstellers dorthin eine ernsthafte Bedrohung für die durch Art 3 EMRK geschützten Rechte bedeuten würde.“<sup>61</sup>

#### a) Auswirkung: Abschlägige Entscheidungen betreffend Familien

In Fortsetzung der strengen Entscheidungspraxis betreffend afghanische junge Männer sind zunehmend auch Frauen und Kinder von der restriktiven Würdigung der allgemeinen Sicherheitslage betroffen. Laut dem Zahlenmaterial, welches auch dem bereits erwähnten Profil-Artikel zu Grunde liegt, wurden bis Juli 2017 gegen afghanische Familien (folglich mit Kindern) nur in wenigen Einzelfällen aufenthaltsbeendende Maßnahmen erlassen (ca 0,8% im Überprüfungszeitraum 2014 bis Juli 2017). Seit Juli 2017 hat sich auch diese Entscheidungspraxis des Bundesverwaltungsgerichts deutlich geändert. Entsprechend der Auswertung sind inzwischen 13% der Erkenntnisse betreffend afghanische Familien gänzlich abschlägig.<sup>62</sup>

#### b) Auswirkung: Aberkennungen des Status von subsidiär Schutzberechtigten

Zu beobachten ist, dass die Rechtsprechung nicht nur bei Zuerkennungen des Status des subsidiär Schutzberechtigten seit 2017 restriktiver geworden ist, sondern bereits erteilte Schutzstatus vermehrt wieder aberkannt werden. Laut einem Zeitungsbericht der Tageszeitung *Kurier* erfolgten im Jahr 2018 517 Aberkennungen des subsidiären Schutzstatus betreffend afghanischen Personen – im Jahr 2017 waren es lediglich 51.<sup>63</sup>

Die Rechtsprechung der Höchstgerichte ist hierbei noch zögerlich. In einem Fall eines als unbegleiteter minderjähriger Flüchtling eingereisten Schutzberechtigten aus Afghanistan kam eine erste ernüchternde Einschätzung des Verwaltungsgerichtshofs. Demnach würden die Voraussetzungen für die Verlängerung aufgrund des Erreichens der Volljährigkeit und damit dem Wegfall der Minderjährigkeit zu einer Neubewertung der Rückkehrgefährdung und Verbesserung der individuellen Situation führen – trotz vormaliger rechtskräftiger Verlängerungen der Aufenthaltsberechtigungen.<sup>64</sup> Auch wenn die Argumentation angesichts der Veränderung der individuellen Umstände auf den ersten Blick nachvollziehbar erscheint, erweist sie sich aus mehreren Gründen als zumindest hinterfragenswert. Zum einen geht damit eine Aufweichung des Rechtskraftprinzips einher, da die Aufenthaltsberechtigung gem § 8 Abs 4 AsylG aufgrund des unverändert vorliegenden Sachverhalts nach

Erreichen der Volljährigkeit bereits wiederholt mit in Rechtskraft erwachsenen Bescheiden verlängert wurde. Zum anderen würde ein generelles Aberkennen des Aufenthaltsstatus mit Erreichen der Volljährigkeit auch in einem Spannungsverhältnis zu Kindeswohlerwägungen stehen, zumal für eine kindgerechte Entwicklung und Entfaltung, verfassungsgesetzlich geschützt durch Art 1 B-VG Kinderrechte (in Übereinstimmung mit Art 24 GRC), auch in der Zukunft gelegene aufenthaltsrechtliche Unsicherheiten abträglich sein können.<sup>65</sup>

Die Höchstgerichte verwiesen zwar wiederholt auf die Rechtskraftwirkung einer Refoulement-Beurteilung, dh der rechtlichen Beurteilung der damals festgestellten Sachlage, dennoch gründen die derzeit nahezu flächendeckend stattfindenden Einleitungen von Aberkennungsverfahren maßgeblich auf der durch die Höchstgerichte getragenen und letztlich vorgegebenen Beurteilung der Lage in Afghanistan.<sup>66</sup>

Trotz der vorangesprochenen, die Rechtskraftwirkung betonenden Judikatur des Gerichtshofs liegen aber auch Entscheidungen vor, welche eine andere Rechtsmeinung indizieren. In zurückweisenden Beschlüssen wird die Aberkennung des Status von strafgerichtlich verurteilten afghanischen jungen Männern iZm der Zulässigkeit einer Abschiebung nach Afghanistan behandelt. Beide Revisionen wurden mangels Aufzeigens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Schriftsatz zurückgewiesen. Doch lässt die Beschlussbegründung auch diesbezüglich eine Fortschreibung der jüngeren restriktiven Judikaturlinie erwarten, zumal auch in diesen Entscheidungen hinsichtlich

*Existenzgrundlage zu sichern, die Inanspruchnahme einer innerstaatlichen Fluchtalternative in bestimmten Gebieten Afghanistans zugemutet werden könne, und zwar selbst dann, wenn er nicht in Afghanistan geboren worden sei, dort nie gelebt und keine Angehörigen in Afghanistan habe, sondern im Iran aufgewachsen und dort in die Schule gegangen sei (vgl VwGH Ra 2019/20/0175 mwN).* (VwGH 27. 5. 2019, Ra 2019/14/0153 RS 27).

<sup>61</sup> VwGH 17. 4. 2018, Ra 2018/01/0130.

<sup>62</sup> *Salm*, Auswertungen von Datenmaterial, Mai 2018 (Erkenntnisse, veröffentlicht im RIS). Es sei darauf hingewiesen, dass die hier verwendete textbasierte Datenanalyse nicht abschließend validiert wurde, allerdings scheint die Auswertung eine vielversprechende analytische Annäherung an die tatsächliche Entscheidungspraxis darzustellen. Angemerkt sei, dass sowohl der Verwaltungs- als auch der Verfassungsgerichtshof negative Entscheidungen zu Gunsten afghanischer Familien behoben haben, dennoch erscheint die Zukunftsprognose düster (VfGH 27. 2. 2018, E 3507/2017; 13. 12. 2017, E 2497/2016; VwGH 21. 3. 2018, Ra 2017/18/0474).

<sup>63</sup> *Zach*, Asyl- und Schutz-Aberkennung: Von 500 auf 1.640 gestiegen, *Kurier* 12. 3. 2019.

<sup>64</sup> VwGH 27. 5. 2019, Ra 2019/14/0153.

<sup>65</sup> *Karpensteiner/Klaus*, Die Situation unbegleiteter Minderjähriger Flüchtlinge in Deutschland, Auswertung der Online-Umfrage 2018, Mai 2018, 15, [https://b-umf.de/src/wp-content/uploads/2019/05/2019\\_05\\_20\\_auswertung-bumf-online-umfrage-2018.pdf](https://b-umf.de/src/wp-content/uploads/2019/05/2019_05_20_auswertung-bumf-online-umfrage-2018.pdf) (abgerufen am 13. 11. 2019).

<sup>66</sup> „Mit einer Refoulement-Beurteilung in Bezug auf den Herkunftsstaat eines Fremden geht eine zu beachtende Rechtskraftwirkung einher, deren Durchbrechung nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich nach Erlassung der in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung der Sachverhalt oder die Rechtsvorschriften wesentlich geändert haben, also eine neue Sache vorliegt, für die die Rechtskraftwirkung der ursprünglichen Entscheidung nicht mehr gilt. Von einer nachträglichen Änderung der Sache ist der Fall zu unterscheiden, dass der Sachverhalt anders rechtlich beurteilt wird oder neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die bereits im Zeitpunkt der Erlassung der Entscheidung vorgelegen, aber erst später bekannt geworden sind. Die schon vor Erlassung der Entscheidung bestehende Sachlage ist von der Rechtskraft des Bescheides erfasst und bindet Gerichte und Behörde, solange diese Entscheidung dem Rechtsbestand angehört (vgl VwGH 18. 1. 2017, Ra 2016/18/0293).“ (VwGH 7. 3. 2019, Ro 2019/21/0002 RS 1).

des Bestehens einer innerstaatlichen Fluchtalternative auf die herrschende, abschlägige Judikatur (s oben) verwiesen wird.<sup>67</sup>

Noch nicht abschätzbar sind die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs v 23. 5. 2019, C-720/17, *Bilali*, das sich mit den Voraussetzungen der Aberkennung des subsidiären Schutzstatus auseinandersetzt. Im Gegensatz zu den hier besprochenen Aberkennungsverfahren lag der Rs *Bilali* jedoch der Sachverhalt zugrunde, dass einer Person der subsidiäre Schutzstatus auf Grundlage falscher Daten, welche zwar nicht auf falschen Angaben der Person, sondern auf einem Irrtum der Behörde basierten, zuerkannt worden war.<sup>68</sup> Wenngleich eine Übertragung der Ratio des U *Bilali* auf die in Rede stehenden Sachverhalte daher als nicht indiziert erscheint, bleibt die diesbezügliche Positionierung der Höchstgerichte abzuwarten.

In grundsätzlicher Hinsicht bleibt daher festzuhalten, dass angesichts der Bindungswirkung rechtskräftiger behördlicher wie auch gerichtlicher Entscheidungen eine Neubeurteilung des Sachverhaltes nicht gerechtfertigt erscheint, solange eben keine nachträglich eingetretene, maßgebliche Sachverhaltsänderung vorliegt. Eine andere, also neue Beurteilung der rechtskräftig entschiedenen Sache sollte schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen und damit einhergehend insbesondere in Hinblick auf die Prinzipien der Rechtssicherheit und -vorhersehbarkeit behördlichen und gerichtlichen Handelns nur im Rahmen der Wiederaufnahme des seinerzeitigen Verfahrens bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen möglich sein, nicht aber aufgrund des Wunsches nach einer anderen Bewertung der entschiedenen Sache.

## 2. Amtsrevisionen versus Parteienrevisionen

Aktivlegitimiert, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben, sind neben Personen, die behaupten, durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts in ihren Rechten verletzt worden zu sein („Parteienrevision“), auch die jeweils vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörden wie auch der die Bundesminister\_in für Inneres („Amtsrevision“).<sup>69</sup>

Von dieser Möglichkeit machte das *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* als belangte Behörde in Asylverfahren in den letzten Jahren zunehmend Gebrauch. Seit 2014 entschied der Verwaltungsgerichtshof über 43 Amtsrevisionen des Bundesamts betreffend die Schutzgewährung afghanischer Staatsangehöriger.<sup>70</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof hob – soweit ersichtlich – in 39 der 43 Verfahren die jeweilige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auf. Somit wurden lediglich vier Amtsrevisionen des Bundesamts zurückgewiesen.<sup>71</sup>

Soweit aus den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofs ersichtlich, rügten die Amtsrevisionen sowohl die Verletzung von einfachgesetzlichen Verfahrensvorschriften wie auch die inhaltliche Rechtswidrigkeit der angefocht-

nen Entscheidung.<sup>72</sup> In den überwiegenden Fällen wurde die Zulässigkeit der Rechtsfrage dahingehend begründet, dass durch die Zuerkennung des Status der des subsidiär Schutzberechtigten von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs in Hinblick auf die in der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen abgewichen worden sei.<sup>73</sup>

## 3. Freie Beweiswürdigung und deren Grenzen infolge der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung – allen voran jene des Verwaltungsgerichtshofs – hat mittlerweile nicht nur in der Rechtsfortentwicklung, sondern vor allem auch in Hinblick auf die Würdigung der Sicherheits- und Versorgungslage in Afghanistan wie auch der Beurteilung der Zumutbarkeit einer innerstaatlichen Schutz- und Fluchtalternative einen zentralen Stellenwert eingenommen.

Ein überwiegender Teil von Revisionen afghanischer Asylsuchender scheitert regelmäßig an der – aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofs – fehlenden Relevanz von gegebenenfalls vorliegenden Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Verfahrens.<sup>74</sup> Durch die hohe Erfolgsquote von Amtsrevisionen in Kombination mit den zurückweisenden Beschlüssen betreffend Parteienrevisionen erscheinen auch die Richter\_innen des Bundesverwaltungsgerichts zunehmend in ihrer freien Beweiswürdigung de facto eingeschränkt. Letztlich bleibt wenig Spielraum für eine von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs abweichende Würdigung des gerichtseigenen Fachwissens wie auch beigeschaffter bzw ins Verfahren eingeführter Länderinformationen.

In stRsp hat der Verwaltungsgerichtshof dargelegt, dass die Beweislast zur Darlegung einer Art 3 EMRK-Verletzung (iS des Refoulement-Verbots) auf Seiten des Schutzsuchenden liegt. Damit einhergehend schränkt der Verwaltungsgerichtshof aber auch die freie Beweiswürdigung hinsichtlich der Beurteilung der Sicherheits- und Versorgungslage gera-

<sup>67</sup> VwGH 22. 11. 2017, Ra 2017/19/0474; 21. 3. 2018, Ra 2017/18/0416.

<sup>68</sup> VwGH 14. 8. 2019, Ra 2016/20/0038 Rz 35ff.

<sup>69</sup> Art 133 Abs 6 B-VG.

<sup>70</sup> Hierbei handelt es sich ausschließlich um Verfahren hinsichtlich der Abweisung von Anträgen auf internationalen Schutz (als Suchbegriffe im RIS dienen: „Mitbeteiligte“, „Afghanistan“, „AsylG“). Fremdenpolizeiliche Verfahren, wie beispielsweise Beschwerden gegen die Verhängung und Aufrechterhaltung von Schubhaft oder gegen die Abweisung eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung gem § 55 AsylG 2005, werden in den Statistiken dieses Kapitels nicht berücksichtigt.

<sup>71</sup> VwGH 22. 11. 2016, Ra 2016/20/0259; 26. 11. 2018, Ra 2018/20/0468; 4. 4. 2019, Ra 2019/21/0053; 21. 5. 2019, Ra 2019/19/0036; 25. 6. 2019, Ra 2018/19/0636. Obwohl im Zeitraum vom 1. 1. 2017 bis 23. 3. 2018 lediglich 23,5% aller Revisionen gegen Entscheidungen betreffend afghanische Schutzsuchende vom Bundesamt erhoben wurden, machten diese 57,1% aller für die reversionserhebende Partei „erfolgreichen“ Verfahren aus. Parteienrevisionen wurde lediglich in 20,3% Folge gegeben, Amtsrevisionen hingegen in 95,8% der Fälle.

<sup>72</sup> VwGH 20. 6. 2017, Ra 2017/18/0117 und Ra 2017/18/0103 (Rechtswidrigkeit einer Zurückverweisung in Hinblick auf § 28 Abs 3 VwGVG bzw Art 130 Abs 4 B-VG).

<sup>73</sup> Für viele: VwGH 8. 8. 2017, Ra 2017/19/0118.

<sup>74</sup> Für viele VwGH 23. 2. 2016, Ra 2015/01/0134.



de in Bezug auf Afghanistan entscheidungserheblich ein. So impliziert der nachfolgend zitierte Rechtssatz, dass die allgemeine Sicherheits- und Versorgungslage nicht derart gelagert sein kann, dass diese einer Abschiebung entgegensteht. Dies selbst dann, wenn das Bundesverwaltungsgericht zu einer anderen Beurteilung unter Heranziehung entsprechender Berichte gelangt. Bezog sich dies anfänglich noch auf junge gesunde afghanische Männer mit Anknüpfungspunkten in Afghanistan, so sind mittlerweile auch jene jungen gesunden afghanischen Männer von dieser Rechtsprechung betroffenen, die über keinerlei soziale Anknüpfungspunkte in Afghanistan verfügen. Dies gilt insbesondere also auch für jene Personengruppe, die (vor allem) im Iran geboren und aufgewachsen ist, vielfach der ethnischen Minderheit der Hazara und religiösen Minderheit der Schiiten angehört. In diesem Sinne heißt es: „Es entspricht der Rechtsprechung des VwGH, dass es einem gesunden Asylwerber im erwerbsfähigen Alter, der eine der Landessprachen Afghanistans beherrscht, mit den kulturellen Gepflogenheiten seines Herkunftsstaates vertraut sei und die Möglichkeit habe, sich durch Gelegenheitstätigkeiten eine Existenzgrundlage zu sichern, die Inanspruchnahme einer innerstaatlichen Fluchternative in bestimmten Gebieten Afghanistans zugemutet werden könne, und zwar selbst dann, wenn er nicht in Afghanistan geboren worden sei, dort nie gelebt und keine Angehörigen in Afghanistan habe, sondern im Iran aufgewachsen

und dort in die Schule gegangen sei (vgl. VwGH Ra 2019/20/0175 mwN).“<sup>75</sup>

Obgleich der Verwaltungsgerichtshof in seiner Selbstdarstellung hervorhebt, dass er sich aufgrund der Fokussierung auf Rechtsfragen in der Regel als „reine Rechtsinstanz“ begreift, nimmt er zu dieser Frage durch seine gleichsam abschließende Beurteilung der allgemeinen Sicherheits- und Versorgungslage in Afghanistan in letzter Konsequenz die Rolle einer obersten Tatsacheninstanz ein.<sup>76</sup> Wohl wird die ausgesprochen enge Verknüpfung von Rechts- und Tatsachenebene in Fallkonstellationen wie der gegenständlichen nicht verkannt, doch wird seitens des Höchstgerichts im Wege der Beantwortung einer Rechtsfrage – jedenfalls in letzter Konsequenz – eine Tatsachenfeststellung getroffen.

Gerade in Hinblick auf Rechtsfragen betreffend den Themenkreis der Beweiswürdigung stellt sich die Frage, ob an die Behandlung von Parteien- und Amtsrevisionen nicht ein divergierender Maßstab gelegt wird. Entsprechend der herrschenden Rechtsprechung ist für den Verwaltungsgerichtshof die Überprüfung einer mangelhaften Beweiswürdigung nur bei einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden und in unvertretbarer Weise vorgenommenen Verfehlung des Verwaltungsgerichts zulässig.<sup>77</sup> Dass diese Hürde tatsächlich bei fast allen vom Bundesamt erhobenen Amtsrevisionen erreicht ist, in denen – soweit ersichtlich – die Beweiswürdigung des Gerichts gerügt wurde, darf bezweifelt werden. So werden vorliegende Länderfeststellungen und der vom Asylsuchenden vorgebrachte Sachverhalt von Seiten des Bundesverwaltungsgerichts vielfach ausführlich, schlüssig und damit auch den Denkgesetzen entsprechend gewürdigt, die Feststellungen (und daher die darauf aufbauende rechtliche Beurteilung) stimmen aber mit der Einschätzung des Verwaltungsgerichtshofs betreffend die Sicherheits- und Versorgungslage in Afghanistan nicht überein.<sup>78</sup>

Kritisch zu hinterfragen ist daher, ob durch diese – nicht zuletzt im Kontext von Amtsrevisionen entwickelte – Judikatur die freie Beweiswürdigung der gesetzlichen Richter\_innen nicht in einer für die Rechtsstaatlichkeit bedenklichen Weise eingeschränkt wird.

#### 4. Primat des Fachwissens versus Gutachten

Der Verwaltungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es sich beim Bundesverwaltungsge-

19 Cg 19/19v des HG Wien v. 18.9.2019

##### Vergleich

**Klagende Partei:** Österreichischer Rechtsanwaltsverein, wirtschaftliche Organisation der Rechtsanwälte Österreichs, 1010 Wien

vertreten durch: Dr. Heinz-Peter Wachter, Rechtsanwalt in Wien

**1. Beklagte Partei:** I.I.I. Immigrant Integration & Invest GmbH, 1010 Wien

**2. Beklagte Partei:** Elena Rudaya, 1010 Wien

beide vertreten durch: Dr. Markus Bachmann, Rechtsanwalt in Wien

- Die beklagten Parteien verpflichten sich gegenüber der klagenden Partei, in Österreich jegliche Tätigkeit, die dem Rechtsanwalt vorbehalten ist, zu unterlassen, insbesondere in Österreich keine Rechtsberatung in Bezug auf die Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis oder der österreichischen Staatsbürgerschaft zu erteilen.
- Nicht umfasst von Punkt 1. ist die allgemeine Information (sowie die Bereitstellung öffentlich zugänglicher Informationen und Dokumenten sowie deren Übersetzung) über Voraussetzungen zur Erlangung einer Staatsbürgerschaft, einer Aufenthaltsbewilligung oder allgemeine Integrationsfragen betreffend, die Bereitstellung von öffentlich erhältlichen Formularen und der Übersetzung der in den Formularen enthaltenen Informationen, die logistische Unterstützung dabei und/oder die Organisierung von Formularen und/oder die Übertragung und/oder Übersetzung von Informationen, insbesondere in Formularen und/oder logistische Unterstützung und/oder logistische Begleitung, insbesondere zur Überwindung von Sprachbarrieren sowie anderer nicht untersagter Leistungen.
- Die beklagten Parteien verpflichten sich weiter, in Österreich im Rahmen ihrer Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr jeden Hinweis darauf zu unterlassen, dass sie eine „lawfirm“ sind, oder dass einzelne Personen, die zu ihrer Firma gehören oder für diese arbeiten, oder sich selbst als „lawyer“ oder Rechtsanwältin zu bezeichnen, sofern diese Personen in Österreich nicht befugt sind, die Rechtsanwaltschaft auszuüben bzw. die entsprechende Bezeichnung zu führen.

Mag Andrea BAYER, RichterIn

<sup>75</sup> VwGH 27. 5. 2019, Ra 2019/14/0153 (RS 29).

<sup>76</sup> Verwaltungsgerichtshof, Infofolder 7.

<sup>77</sup> VwGH 9. 1. 2018, Ra 2017/18/0501, unter Verweis auf VwGH 23. 2. 2016, Ra 2015/20/0142.

<sup>78</sup> Exemplarisch sei etwa auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs verwiesen, mit welchem ein hinsichtlich der Nichtzuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten zurückweisendes Erkenntnis behoben wurde (VwGH 25. 4. 2017, Ra 2016/01/0307). In der Entscheidung wurde nicht nur die Zurückverweisung beanstandet, sondern gleichzeitig dargelegt, dass angesichts des vorgebrachten Sachverhalts und der bestehenden Sicherheits- und Versorgungslage in Afghanistan eine stattgebende Entscheidung nicht geboten erscheint.

richt – nicht zuletzt als Nachfolger des Asylgerichtshofs und mit einer nach Fachgebieten spezialisierten Geschäftsverteilung – um ein Spezialgericht handelt, welches primär das eigene Fachwissen zum realen Hintergrund der Lage im Herkunftsland bei der Beurteilung des Fluchtvorbringens heranzuziehen und zu würdigen hat. Die Heranziehung einer Sachverständigen erscheint daher nur dann zulässig, „wenn Fachfragen zu beurteilen sind, für die Kenntnisse und Erfahrungen notwendig sind, die außerhalb des engeren Berufskreises der entscheidenden Organe liegen“.<sup>79</sup>

Angesichts dessen erweist sich die Heranziehung eines Gutachtens zur *allgemeinen Lage* in Afghanistan in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht schon ganz grundsätzlich nicht geboten. Dennoch wurde *Karl Mahringer* als Sachverständiger vorgeschlagen. Dieser fungierte bis zur rechtskräftigen Entziehung seiner Sachverständigeneigenschaft im Mai 2019 als einziger allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für unter anderem Afghanistan (zusätzlich: Irak und Syrien).<sup>80</sup> In seiner damaligen Funktion wurde er mit der Erstattung eines Gutachtens zur Beurteilung der allgemeinen Lage beauftragt (Gutachten v 5. 3. 2017 zu BVwG-160.000/0001-Kammer A/2017).

Das Gutachten stellte nicht nur die Fakten zu Lebenshaltungskosten, Verfolgungsgefahren und sicherheitsrelevanten Vorfällen in Afghanistan in einem gänzlich anderen Licht als die bereits erwähnten Berichte und gerichtseigenen Feststellungen dar, sondern stand auch dahingehend in der Kritik, als es die „drei grundlegenden Gütekriterien wissenschaftlichen Arbeitens, 1. Nachvollziehbarkeit (intersubjektive Überprüfbarkeit), 2. Gültigkeit (Validität) und 3. Verlässlichkeit (Reliabilität), nicht erfüllt“.<sup>81</sup> In einem Gutachten über den wissenschaftlichen Charakter des besagten Gutachtens, erstellt von Seiten des Sachverständigen für Plagiatsprüfung *Stefan Weber*, heißt es zusammenfassend, dass das Gutachten einen „deutlich nichtwissenschaftlichen Charakter“ tragen und „unter die Textsorte Reisebericht“ fallen würde, als „Entscheidungshilfe somit komplett untauglich“ sei.<sup>82</sup>

Angesichts mangelnder Qualität und Nachvollziehbarkeit wurde das länderkundige Gutachten nicht nur in Fachkreisen kritisiert, sondern wurde dem Sachverständigen – in Zusammenschau mit weiteren Äußerungen von *Karl Mahringer* – von der Präsidentin des Landesgerichts für Zivilrechtssachen als zuständige Behörde die Sachverständigeneigenschaft gem § 10 SDG entzogen.<sup>83</sup> Die Entziehung wie auch Ablehnung des Antrags auf Eintragung in die Sachverständigenliste für weitere Länder wurde mittlerweile in sämtlichen Instanzen, sowohl durch die Ablehnung der Beschwerdebehandlung durch den Verfassungsgerichtshof wie auch durch die Zurückweisung der Revision durch den Verwaltungsgerichtshof, bestätigt.<sup>84</sup> Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof im zurückweisenden Beschluss wie folgt aus: „In einer Gesamtbetrachtung erweist sich daher die Beurteilung des BVwG, der Revisionswerber habe die für

*einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen erforderliche Vertrauenswürdigkeit nicht (mehr), als nicht zu beanstanden*“.<sup>85</sup>

In Revisionen erhobene Bedenken gegen die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des Gutachtens blieben bislang mit dem Hinweis unbeachtet, dass der Verwaltungsgerichtshof „als Rechtsinstanz – zur Überprüfung der Beweiswürdigung im Allgemeinen nicht berufen ist.“<sup>86</sup> Konkret zum Gutachten heißt es weiters, dass angesichts der Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht auch andere Länderberichte herangezogen habe, eine Auseinandersetzung mit dem Gutachten per se unterbleiben habe können.<sup>87</sup>

Dieses Gutachten wurde, wie eine Abfrage im RIS zeigt, in hunderten Fällen als Entscheidungsgrundlage herangezogen. In zeitlichem Zusammenhang mit der Erstattung des Gutachtens durch den Sachverständigen war ein Einbruch in der Zuerkennungsstatistik festzustellen.<sup>88</sup> Es ist somit nicht mit der für ein rechtsstaatliches Verfahren ausreichenden Sicherheit auszuschließen, dass das Bundesverwaltungsgericht auf Grundlage dieser gutachterlichen als „komplett untauglich“<sup>89</sup> bezeichneten Schlussfolgerungen zu verfehlten Entscheidungen gelangte, welche die Abschiebung von Menschen in ein *Land im Krieg* zur Folge haben.

Angesichts der Tragweite und Bedeutung des Gutachtens verwundert die fehlende Auseinandersetzung des Verwaltungsgerichtshofs mit diesem Themenkomplex. Gerade im Lichte grundsätzlicher Erwägungen betreffend die Anforderungen, die an ein faires, rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechendes Verfahren zu stellen sind, wäre eine Wiederaufnahme jener Verfahren indiziert, deren maßgebliche Entscheidungsgrundlage besagtes Gutachten darstellte.<sup>90</sup>

<sup>79</sup> VwGH 7. 11. 2013, 2010/06/0255; nunmehr: § 17 VwGVG iVm § 39 AVG (VwGH 11. 4. 2018, Ra 2017/12/0036).

<sup>80</sup> BVwG 2. 5. 2019, W170 2208106-1.

<sup>81</sup> *Weber*, Gutachten zur Einhaltung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis im Gutachten Geschäftszahl (GZ): BVwG-160.000/0001-Kammer A/2017 von Mag. Karl Mahringer, 96 Seiten; 8. 2. 2018, 7.

<sup>82</sup> Ebd.

<sup>83</sup> *Krutzler*, Asyl: Verfahren gegen Gutachter Mahringer, DerStandard 18. 2. 2018. *Reibenwein*, Umstrittener Afghanistan-Gutachter Mahringer ist Job los, Kurier 14. 5. 2019.

<sup>84</sup> VwGH 2. 9. 2019, Ra 2019/03/0105.

<sup>85</sup> VwGH 2. 9. 2019, Ra 2019/03/0105 Rz 16.

<sup>86</sup> VwGH 5. 4. 2018, Ra 2017/19/0538.

<sup>87</sup> VwGH 23. 1. 2018, Ra 2018/18/0001.

<sup>88</sup> *Brickner*, Enthobener Gutachter Mahringer hinterließ 444 Problemausweisungen, DerStandard 29. 8. 2019.

<sup>89</sup> *Weber*, aaO.

<sup>90</sup> Exemplarisch BVwG 27. 3. 2018, W134 2160847-1: In der Beweiswürdigung setzt sich das Erkenntnis (nahezu) ausschließlich mit dem Gutachten von *Karl Mahringer* auseinander. Es erfolgt in diesem Punkt kein Rückgriff etwa auf das Länderinformationsblatt der Staatendokumentation, vielmehr heißt es wie folgt: „Selbst wenn bei dem GA Mahringer die Anforderungen an ein Gutachten nicht gegeben sein sollten (wovon das BVwG nicht ausgeht), würde es sich bei dem GA Mahringer um ein sonstiges Beweismittel handeln, welches aufgrund der Expertise des Sachverständigen und den durchgeführten umfangreichen Befragungen und Erhebungen vor Ort als glaubwürdig erachtet wird. Aus dem GA Mahringer ergibt sich jedenfalls zweifelsfrei, dass derzeit keine exzeptionellen Umstände in Kabul, Mazare-e-Sharif und Herat anzunehmen sind, die annehmen lassen würden, dass der BF dort keine Lebensgrundlage vorfindet und von ihm die Grundbedürfnisse der menschlichen Existenz nicht gedeckt werden können.“

## V. ABSCHLIESSENDE BEMERKUNGEN

Gerade im Bereich des Asyl- und Fremdenrechts zeigen sich in den letzten Jahren zunehmend rechtsstaatlich bedenkliche Entwicklungen. Diese problematischen Tendenzen treten in Hinblick auf die Situation von afghanischen Asylsuchenden besonders deutlich zu Tage: Obgleich die Sicherheits- und Versorgungslage in Afghanistan vor einigen Jahren noch als dermaßen schlecht bewertet wurde, dass hinsichtlich einer Vielzahl von Schutzgesuchen zumindest der Status des\_der subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, hat sich diese Entscheidungspraxis trotz unstrittig inzwischen eingetretener weiterer Verschlechterung der Lage in Afghanistan diametral entgegengesetzt entwickelt. Die Zahl der komplett negativen Entscheidungen – vor allem junge, männliche Asylsuchende aus Afghanistan betreffend – ist exorbitant angestiegen; Abschiebungen finden regelmäßig statt. Aber selbst bei Personen, denen bereits ein subsidiärer Schutz gewährt wurde, wird nunmehr nahezu flächendeckend geprüft, ob und inwieweit der Schutzstatus

trotz der evidenten Verschlechterung der Lage in Afghanistan wieder aberkannt werden kann. Das eben genannte Vorgehen stellt de facto eine rechtliche Neubewertung eines bereits rechtskräftig entschiedenen Sachverhalts dar – zumal es zu keiner (rechtlich relevanten) Sachverhaltsänderung, also Verbesserung der Lage oder einer Änderung der entscheidungsrelevanten Rechtslage, gekommen ist.

Diese – politisch wohl teilweise auch gewollten – Entwicklungen sind nicht zuletzt auch im Kontext des wahrzunehmenden öffentlichen Beifalls, den dieses Vorgehen findet, besonders kritisch zu hinterfragen. Dies ist nicht nur per se aus Erwägungen des Grund- und Menschenrechtsschutzes und dessen hoher Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft, sondern auch angesichts des offenkundigen Spannungsverhältnisses zu verfahrensrechtlichen und damit rechtsstaatlichen Grundsätzen bedenklich.

Nicht zuletzt deshalb erweist sich ein besonders sorgfältiger Blick auf Entwicklungen in diese vielfach als Randbereich wahrgenommene Rechtsmaterie als ein wesentliches Gebot der Stunde.



**RICHARD SOYER**

Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien, Universitätsprofessor für Strafrecht an der JKU Linz und Vorsitzender der Strafrechtskommission des ÖRAK.

2019/308

# Unternehmensverteidiger – ein neuer Anwaltstypus

## I. EINLEITUNG<sup>1</sup>

Wenn von Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung die Rede ist, ist das jeweilige nationale Regelungsnetzwerk mitzudenken, das der eingenommenen Blickrichtung zugrunde liegt und die Bedeutungsinhalte determiniert. Bezogen auf Deutschland und Österreich ist sowohl strukturell-systematisch als auch im Detail betrachtet der unternehmensstrafrechtliche Normenbestand sehr unterschiedlich. Rechtskulturelle Entwicklungen und Trends, die in Österreich später als in Deutschland eingesetzt haben, spielen in diesem Zusammenhang ebenfalls eine wichtige Rolle. Zum Beispiel prägte die österreichische Rechtspflege bis zur Jahrtausendwende die Verfolgung von *blue collar* Kriminalität, *white collar* Kriminalität war quasi nicht existent, besser: nicht sichtbar.

Das Strafprozessreformgesetz 2004,<sup>2</sup> mit dem das strafprozessuale (nunmehr staatsanwaltliche) Ermittlungsverfahren grundlegend neugestaltet wurde, was zur Verdoppelung der Zahl der Staatsanwälte führte, und die Implementierung des kriminalstrafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG)<sup>3</sup> im Jahr 2006 haben das österreichische Strafrechtssystem zwar nicht auf den Kopf gestellt, aber neu dimensioniert. Wirtschaftsstrafrechtliche

Fälle und Verteidigungen haben seither massiv zugenommen, zumal mit den gesetzlichen Neuerungen auch organisatorisch die Schaffung einer österreichweit zuständigen Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption einherging. Compliance ist seither nicht nur in aller Munde und eine Modererscheinung, sondern primär eine neue Umgangsform von Unternehmen mit strafrechtlichen Risiken.

Der neue „Markt“ generierte Nachfrage nach veränderten anwaltlichen Dienstleistungen – die Strafverteidigung reagierte mit Professionalisierung und einem breiteren Angebot von Beratungs- und Beistandsleistungen, die in dem durch Globalisierung und Digitalisierung geprägten Wirtschaftsleben zur Spezialisierung von anwaltlichen Strafverteidigern auf Wirtschaftsstrafsachen führte. Anwaltliche Präventions- und Compliance-Beratung waren plötzlich kein Fremdwort mehr.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Beim Text handelt es sich um das vom Verfasser bei den 4. Unternehmensstrafrechtlichen Tagen in Augsburg am 1. 12. 2018 gehaltene verschriftlichte Referat. Die Vortragsform wird im Text beibehalten. Auf einen Fußnotenapparat wird weitgehend verzichtet.

<sup>2</sup> BGBl I 2004/19.

<sup>3</sup> BGBl I 2005/151 idF BGBl I 2016/26.

<sup>4</sup> Vgl. Soyer, Verteidigung von Unternehmen, in Kier/Wess (Hrsg.), Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 20.60.

## II. KLASSISCHE ANWALTSCHE BERUFS AUSÜBUNG

Der Rechtsanwalt ist Berater, Vertreter, Helfer und Strategie des Mandanten in allen Rechtsangelegenheiten und ist sohin in allen privaten und öffentlichen Lebensbereichen tätig, so wird in Österreich jedenfalls noch immer das herrschende anwaltliche Berufsbild beschrieben.<sup>5</sup> Er ist ausschließlich seinem Mandanten verpflichtet, frei und unabhängig. Der Rechtsanwalt hat theoretische Rechtskenntnisse und verfügt über in der Rechtspraxis gemachte Erfahrungen. Seinen Beruf übt er vertrauenswürdig aus und bewegt sich im Rahmen der Gesetze. So weit, so (weiterhin) gut.

Vor diesem Hintergrund brachten die neuen rechtskulturellen Entwicklungen aber neue dogmatisch-rechtliche Herausforderungen mit sich: Ungelöste Rechtsprobleme im neuen materiellen Unternehmensstrafrecht, Verbandsstrafverfahren als teilweise weißes Blatt. Zwar lässt sich kein Wildwuchs der Rechtsanwendung erkennen, aber fehlende Standards, *learning by doing* als Rechtspraxis im frisch entstandenen Beratungsmarkt kennzeichneten plötzlich den Berufsalltag.

Auch wenn der Rechtsanwalt berufsrechtlich weiterhin als eine Art Tausendsassa in rechtlichen Angelegenheiten, als Generalist, gesehen wird, bildete und vergrößerte sich rasch eine Gruppe von Rechtsanwälten mit Spezialisierung im (Wirtschafts-)Strafrecht, auch in sogenannten Wirtschafts-(Groß-)Kanzleien. Eine Fachanwaltschaft für Strafrecht wie etwa in Deutschland gibt es hingegen in Österreich nicht.

## III. DER „UNTERNEHMENSANWALT (BZW -BEISTAND) IM STRAFRECHT“ (© BRAK) IN DEUTSCHLAND

Als ständiger österreichischer Gast des Strafrechtsausschusses der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) habe ich die Diskussionen zum „Unternehmensanwalt im Strafrecht“, die in drei Thesen der BRAK-Stellungnahme Nr 35/2010<sup>6</sup> gemündet haben, mit großem Interesse verfolgt. These 1 lautet:

„Das Mandat des Rechtsanwalts, der für ein Unternehmen Rechtsdienstleistungen auf dem Gebiet des Strafrechts erbringt (strafrechtlicher Unternehmensanwalt), wird begrenzt durch die **allgemeinen Gesetze**, insbesondere das Straf- und Berufsrecht, und ist durch den **Mandatsauftrag** und das **Unternehmensinteresse** geprägt.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

In der Begründung der These 1 wird die anwaltliche strafrechtliche Berufsausübung für Unternehmen wie folgt charakterisiert und hervorgehoben:<sup>7</sup>

- Die Dienstleistungen erfolgen auch im Vorfeld eines Strafverfahrens, teilweise als Präventionsberatung.
- Die Identifizierung und der Umgang mit Risiken als Risikomanagement ist Teil der anwaltlichen Aufgabenstellung.

- Das Unternehmensinteresse prägt den Mandatsauftrag, ist aber allgemeiner Definition nicht zugänglich. Beispielführend angeführt werden schnelle Reaktion, wirtschaftliche Interessenwahrung, Verfahrenseinstellung, allseitige Wahrung der Rechte des Unternehmens.
- Die Kooperation mit der Staatsanwaltschaft kann im Unternehmensinteresse liegen.
- Auch die Kooperation mit Individualverteidigern kann im Unternehmensinteresse liegen.
- Die anwaltliche Berufsausübung wird durch Straf-, Berufs-, Datenschutz- und Arbeitsrecht begrenzt. Eine Fürsorgepflicht wird erwähnt.

Längere Zeit hat sich mir nicht erschlossen, warum in These 1 bei einer solchen Beschreibung von Rechtsdienstleistungen für Unternehmen der Begriff „strafrechtlicher Unternehmensanwalt“ (und nicht Unternehmensverteidiger, wie in Österreich seit In-Kraft-Treten des VbVG am 1. 1. 2006 üblich) verwendet wird. Darauf wird unten zurückzukommen sein.

Matthias Jahn hat in einem Diskussionsbeitrag zu These 1 insbesondere den Einschluss präventiver Compliance-Beratung hervorgehoben, die Prägung des Mandatsauftrags durch vielfältige Unternehmensinteressen als Problemstellung jedoch noch offengelassen.<sup>8</sup>

An dieser Stelle sei These 2 eingeblendet:

„Die Mandatstätigkeit des strafrechtlichen Unternehmensanwalts **richtet sich nach der jeweiligen prozessualen Stellung des Unternehmens** als Geschädigter, Nebenklageberechtigter, Einziehungsbeteiligter (§ 73 Abs 3 dStGB) oder Adressat einer Geldbuße (§ 30 dOWiG).“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Dazu wird in den BRAK-Thesen begründend festgehalten:<sup>9</sup>

- Bei Anhaltspunkten für die Begehung einer Straftat/Ordnungswidrigkeit sind eine interne Untersuchung und eine Aufklärung sowie Abstellen von Fehlverhalten durchzuführen.
- Bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen erfolgt eine Begleitung des Unternehmens.
- Ist das Unternehmen Verletzter einer Straftat, kommt eine Anzeigenerstattung in Betracht bzw die Wahrnehmung der Verletztenrechte und der Rolle des Nebenklägers.
- Die Wahrnehmung der Rechte des Nebenbeteiligten erfolgt bei Einziehung von Eigentum, Vermögensabschöpfung und bei Drohung einer Geldbuße nach dOWiG.

<sup>5</sup> Vgl Vitek in Engelhart et al, RAO<sup>5</sup> § 1 Rz 2.

<sup>6</sup> Abrufbar unter <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen/pdf/Stellungnahmen> (22. 10. 2019).

<sup>7</sup> BRAK-Stellungnahme Nr 35/2010, 5f.

<sup>8</sup> Jahn, Unternehmensanwalt: Der Unternehmensanwalt als „neuer Strafverteidigertyp“ und die Compliance-Diskussion im deutschen Wirtschaftsstrafrecht – Teil I, ZWH 2013, 1f.

<sup>9</sup> BRAK-Stellungnahme Nr 35/2010, 7f.



- Die Unterstützung von (Individual-)Verteidigung gegen die Bezugstat kann erfolgen, wenn dies im Unternehmensinteresse liegt.

In Diskussion dieser Überlegungen betont *Matthias Jahn* zunächst die Akzessorität des Mandats von der strafprozessualen Stellung. Auch wenn das Unternehmen zwar nicht „Beschuldigter“ sei (so aber in Ö: „belangter Verband“), sei es eine unhaltbare Position, dass die Vertretung des Einziehungsbeteiligten nicht als Verteidigung eingestuft werde. Die Rechtsstellung des „wirtschaftsstrafrechtlichen Beraters von Unternehmen“ werde durch Mandatsauftrag und Unternehmensinteresse konturiert und im Übrigen mit einem „neuen“ Strafverteidigertyp (charakterisiert durch dogmatische Intensität und Ausschöpfung prozessualer Rechte) assoziiert.<sup>10</sup>

Aus österreichischer Sicht scheinen diese Ausführungen zu zurückhaltend, ist doch aus der Perspektive des VbVG eindeutig, dass es eine Verteidigung des belangten Verbandes vor und im Strafverfahren gibt. Demgemäß wurde in den österreichischen „Grundsätzen der Strafverteidigung“ unlängst als neuer Grundsatz aufgenommen, dass die Grundsätze „auf die Verteidigung von Verbänden vor und im Strafverfahren sinngemäß Anwendung“ finden.<sup>11</sup> Allerdings ist zu konstatieren, dass die Rechtslage im VbVG grundlegend anders als im dOWiG geregelt ist. Die Bezugnahme auf Begriffe wie Beschuldigter und Angeklagter in der – gemäß der allgemeinen Verweisungsnorm des § 14 Abs 1 VbVG – geltenden StPO ist explizit als Bezugnahme auf den belangten Verband zu verstehen. Dies führt zu einem klaren Begriff(sverständnis) des Unternehmensverteidigers.

Bevor darauf näher einzugehen ist, sei These 3 der BRAK erörtert. Diese lautet, soweit hier von Interesse:<sup>12</sup>

„(1) Der Unternehmensanwalt erforscht straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Sachverhalte, soweit dies im Rahmen seines Mandatsauftrags und im Unternehmensinteresse erforderlich erscheint.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Die Eckpunkte der These 3 sind laut dessen Begründung:

- Die Erlaubtheit der Durchführung eigener Erhebungen des Unternehmensanwalts.
- Auch wenn interne Erhebungen nicht durch unmittelbar anwendbare Verfahrensnormen begrenzt sind, sind diese am justizförmigen Verfahren zu orientieren, um tragfähig und belastbar zu sein und den Nemo-tenetur Grundsatz nicht zu unterlaufen.
- In diesem Zusammenhang sind einzuhaltende Standards wie das Recht auf einen Anwalt und rechtliches Gehör, die Vermeidung unlauterer Befragungsmethoden, Belehrungen, Dokumentation und eine differenzierende Vorgangsweise bei der Auswertung von E-Mail-Accounts zu beachten, andernfalls die Gefahr der Minderung der Beweisqualität und Unverwertbarkeit besteht.

Das in der Begründung von These 1 kursorisch erwähnte Unternehmensinteresse (siehe oben) wird hier nicht näher

konkretisiert. Ein solchen Versuch unternimmt *Matthias Jahn*, betonend, dass der „schillernde Begriff“ Unternehmensinteresse die Rechtsstellung des Unternehmensanwalts determiniert. Dabei führt er folgende, ihm möglich erscheinende Abschichtungen durch:<sup>13</sup>

- Erstens: Klärung des Tatverdachts als Primärziel zwecks künftigen Unterbleiben unternehmensschädlichen Handelns und Prüfung von Ansprüchen gegen Verantwortliche.
- Zweitens: Vermeidung oder Einstellung von Ermittlungsverfahren und Vermeidung von Vermögensabschöpfungen.
- Drittens: Interdisziplinäre Problemstellungen wie arbeits- und kapitalmarktrechtliche Maßnahmen; Bilanzielles, zB Bildung von Rückstellungen für Schadenersatzansprüche; steuerrechtliche Fragestellungen, zB Berichtigungspflicht; Taktiken der Öffentlichkeitsarbeit.

Einer solchen im Unternehmensinteresse verorteten Bestimmung der Rechtsstellung des „Unternehmensanwaltes“ bedarf es in Österreich nicht. § 48 Abs 1 Z 2 und 5 und §§ 57 ff StPO, die die Rechtsstellung des (Individual-)Verteidigers und dessen Verteidigerrechte determinieren, gelten vielmehr gem § 14 Abs 1, § 16 Abs 2 VbVG ebenso für den Verteidiger des belangten Verbandes, der daher klar als Unternehmensverteidiger bezeichnet werden kann. Demgemäß wird im neuen Grundsatz der Strafverteidigung des ÖRAK nicht nur festgehalten, dass die Grundsätze der Strafverteidigung auf die Verteidigung von Verbänden vor und in Strafverfahren sinngemäß Anwendung finden, sondern differenziert zum Unternehmensinteresse weiters festgehalten: „*Einer automatischen Gleichsetzung der verschiedenen Unternehmensinteressen mit den Individualinteressen beschuldigter Entscheidungsträger oder Mitarbeiter stehen das Verbot der Interessenkollision und die Verletzung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht entgegen.*“<sup>14</sup>

Demgegenüber beinhalten die vom Strafrechtsausschuss der BRAK 2015 unter starker Orientierung an den BRAK-Thesen Nr 35/2010 (siehe oben) aktualisierten Thesen zur Strafverteidigung zwar die neue These 74 (Unternehmensbeistand im Strafverfahren) mit dem Text: „*Ist das Unternehmen Verfalls- oder Einziehungsbeteiligter bzw Adressat einer Verbandsgeldbuße, sind die Thesen der Strafverteidigung entsprechend für strafrechtliche Unternehmensbeistände anwendbar.*“ In den Erläuterungen dazu wird zurückhaltend formuliert, dass das Unternehmen bei Anordnung einer Nebenbeteiligung bzw bei der Ein-

<sup>10</sup> *Jahn* (FN 8), ZWH 2013, 2 ff.

<sup>11</sup> AnwBl 2018, 488.

<sup>12</sup> FN 6. Die These 3 (2) und (3) beziehen sich auf *internal investigation und lauten*: (2) Bei internen Erhebungen, insbesondere bei der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens, wahrt der Unternehmensanwalt die allgemeinen Gesetze und die sich aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards. (3) Der Unternehmensanwalt führt seine Erhebungen in einer Weise durch, dass Beweismittel in ihrer Qualität und Verwertbarkeit nicht beeinträchtigt werden. Auf die hierzu stattfindende aktuelle Diskussion einzugehen, würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

<sup>13</sup> *Jahn* (FN 8), ZWH 2013, 4 f.

<sup>14</sup> AnwBl, 2018, 488.

ziehungs- und Verfallsbeteiligung „das Unternehmen bestimmte Beschuldigtenrechte (erhält). Die Stellung des strafrechtlichen Unternehmensbeistands ist insoweit der eines Verteidigers ähnlich“.<sup>15</sup>

#### IV. DER UNTERNEHMENSVERTEIDIGER IN ÖSTERREICH

Die Ambivalenz bei der Berufsbezeichnung und beim Berufsbild von Unternehmensverteidigung praktizierenden Rechtsanwälten in Deutschland, die sich strukturell von der Tätigkeit des anwaltlichen Unternehmensverteidigers in Österreich kaum unterscheiden lässt, ist mE der fragmentarisch-hybriden unternehmensstrafrechtlichen Regelung der §§ 30, 130 dOWiG geschuldet.

Die bedeutend ausdifferenziertere Regelung des kriminalstrafrechtlichen Unternehmensstrafrechts mit im Wesentlichen identer Rechtsstellung von Individual- und Unternehmensverteidigern im VbVG macht wortakrobatisch anmutende sprachliche Verrenkungen iS der bemüht wirkenden Vermeidung des Begriffs Unternehmensverteidiger (statt Unternehmensanwalt bzw strafrechtlicher Unternehmensbeistand) nicht notwendig.

Das österreichische materiell-unternehmensstrafrechtliche Regelungswerk erlaubt es auch, Interessengegensätze und -kohärenzen zwischen (Individual-)Beschuldigten und belangten Verbänden im regelmäßig gemeinsam geführten Strafverfahren klar zu identifizieren, wobei eine Tendenz zur Besserstellung des Verbandes erkennbar ist.<sup>16</sup> Präventionsberatung für Unternehmen ist idR nicht nur Unternehmensinteresse, sondern liegt auch im Mitarbeiterinteresse. „Teilprivatisierungs-Probleme“ der strafrechtlichen Anlage, wie sie *Matthias Jahn* für Deutschland identifiziert hat,<sup>17</sup> sind mE in Österreich nicht so ausgeprägt wie in Deutschland anzutreffen. Dies ist derzeit aber wohl nur darauf zurückzuführen, dass *internal investigations* in Österreich eher selten praktiziert werden und die Strafverfolgungsbehörden diesen privaten Ermittlungsergebnissen gegenüber mehr Skepsis an den Tag legen und zurückhaltender agieren.

Im Lichte dieser Überlegungen ist es wohl nur eine Frage der Zeit, bis auch in Deutschland vom Unternehmensverteidiger die Rede sein wird. So ist die Neuregelung des Unternehmensstrafrechts in Deutschland im aktuellen Regierungsprogramm vorgesehen. Mittlerweile liegt ein Referentenentwurf des deutschen Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vor.

#### V. UNTERNEHMENSVERTEIDIGUNG UND NEUE SKILLS

Das klassische Repertoire der vom Unternehmensverteidiger angebotenen anwaltlichen Dienstleistungen unterscheidet sich mE nicht substantiell von dem des Individualstrafverteidigers. *Soft skills* für Verständigungen und Kommuni-

kationsprozesse mit Staatsanwälten, Individualverteidigern und Unternehmensleitung sind da wie dort gefragt, ebenso Forensik und private Erhebungstechniken, sozialwissenschaftliche und betriebswirtschaftliche Kenntnisse sowie „Internationalität“ und Sprachkenntnisse. So gesehen lässt sich schwerlich vom Unternehmensverteidiger als einem neuen Anwaltstypus sprechen.

Allerdings generiert sich aus der anwaltlichen Erfahrung des Verfassers der nachhaltige Eindruck, als Unternehmensverteidiger mit einem neuen Mandantentypus in der Strafverteidigung konfrontiert zu sein. Die Interessenfindung ist bei natürlichen Personen als Beschuldigten einbis zweidimensional.

Demgegenüber hat ein Verband als juristische Person viele *stakeholder* mit unterschiedlichen Interessenlagen. Ein solches faktisches Interessengemenge ist nicht notwendig gleichlaufend mit dem objektiven Interesse des Unternehmens. Als Personen oder Gruppen, die ein berechtigtes Interesse am Verlauf oder Ergebnis eines Prozesses oder Projektes haben,<sup>18</sup> kommen bei einem Unternehmen unbelastete versus belastete Geschäftsleiter und leitende Angestellte, Gesellschafter, Aktionäre und Anleger uvam in Betracht. Bestimmte Eigentümerstrukturen und Konzerninteressen können langfristiges Denken und Planen behindern oder nehmen Flexibilität wie zB eine Pflicht zu Ad-hoc-Meldungen.

Pointiert formuliert lässt sich abschließend festhalten: Ein Verband kennt keine Treue. Jedenfalls ist er nicht in gleicher Weise berechenbar wie ein Mensch. Das Unternehmen als neuer Mandantentypus von anwaltlichen Strafverteidigern lässt es vertretbar erscheinen, den Unternehmensverteidiger als neuen Anwaltstypus oder Verteidigertypus zu bezeichnen.

<sup>15</sup> *Strafrechtsausschuss der BRAK* (Hrsg), Thesen zur Strafverteidigung<sup>2</sup> (2015) 89f.

<sup>16</sup> Näher dazu *Soyer*, Herausforderungen an die Verteidigung bei gleichzeitigen Ermittlungen gegen Verband und Individuum, in *Henssler/Hover/Kubiciel/Weigend* (Hrsg), Grundfragen eines modernen Verbandsstrafrechts, Baden-Baden 2017, 129; *Schumann/Knierim*, NZWiSt 2016, 194ff.

<sup>17</sup> *Jahn* (FN 8), ZWH 2013, 6.

<sup>18</sup> So die Wikipedia-Definition des Begriffs *stakeholder*.



**CHRISTIAN M. PISKA**  
Dr. Christian M. Piska  
ist ao. Univ.-Prof. für  
Öffentliches Recht am  
Juridicum in Wien.



**EMMANUEL WACKENHEIM**  
Mag. Emmanuel Wackenheim  
ist Dissertant  
im öffentlichen Recht am  
Juridicum in Wien.

2019/309

# Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Edikten in Großverfahren<sup>1</sup>

## I. PROBLEMAUFRISS

Großverfahren stellen sowohl Antragsteller als auch beteiligte Behörden vor umfangreiche Herausforderungen aller Art. Dies beginnt bereits bei der Anberaumung der mündlichen Verhandlungen für Verfahren solch einer Dimension. So gilt es, einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Projektwerbers an einem schnellen Verfahrensgang einerseits und dem Interesse von potenziell Beteiligten an der Wahrung ihrer Rechte andererseits zu finden. Eine Lösung hierfür birgt die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung mittels Großverfahren gem § 44a AVG.

Durch diese Bestimmung soll das Problem der übergangenen Partei verhindert und gleichzeitig ein zeitsparender Verfahrensgang gewährleistet werden. Ferner erspart die richtige Anwendung dieser Bestimmung eine in der Praxis oft fehleranfällige persönliche Ladung aller Verfahrensbeteiligten. Um die Rechte der Beteiligten zu wahren, müssen solche Ediktalladungen aber vielfältigen Anforderungen genügen. Insb ist eine inhaltliche Beschreibung des Vorhabens, in welcher der Projektstandort und seine Auswirkungen eingegrenzt werden, zwingend vorgesehen.

Welchen Anforderungen diese Beschreibung genau entsprechen muss, soll im folgenden Beitrag geklärt werden. Va bei umfangreichen Großprojekten, wie etwa der Erweiterung der Wiener U-Bahn, kann eine treffende Beschreibung des Vorhabens herausfordernd sein.<sup>2</sup> Sie muss in Bezug auf die Komplexität des Projekts knapp gefasst sein, aber potenziell Betroffene zur Wahrung ihrer Rechte trotzdem ausreichend über das Projektvorhaben informieren.

## II. GRUNDSÄTZLICHES ZU EDIKTALLADUNGEN

Im Gegensatz zu § 41 Abs 1 AVG ist die inhaltliche Beschreibung des Verfahrensgegenstandes bei Ediktalladungen weniger restriktiv ausgestaltet. Die Beschreibung des Vorhabens muss bei Großverfahren nicht denselben Detaillierungsgrad aufweisen wie bei Edikten iSd § 41 Abs 1 AVG. Ein Großverfahren nach § 44a AVG kann nach Ermessen der zuständigen Behörde<sup>3</sup> anberaumt werden, wenn voraussichtlich mehr als 100 Personen an einer Verwaltungssache oder an verbundenen Verwaltungssachen beteiligt sind.<sup>4</sup> Die Verfahrensverbundung nach § 39 Abs 2 AVG muss jedoch zulässig sein.<sup>5</sup>

Das Großverfahren wurde **speziell zur Vermeidung des Problems der übergangenen Partei** und aus verfahrensökonomischen Erwägungen eingeführt. Die Anberaumung der mündlichen Verhandlung wird hierbei mittels „großem

Edikt“ vorgenommen. Dies erspart die persönliche Benachrichtigung der Beteiligten.<sup>6</sup> Das Edikt ist im redaktionellen Teil zweier Tageszeitungen und im Amtsblatt der Wiener Zeitung zu veröffentlichen.<sup>7</sup> Es muss sich um weit verbreitete Tageszeitungen handeln, wobei es auf die Anzahl der Leser auf Bundesebene und im betroffenen Bundesland ankommt.<sup>8</sup> Seiner Wirkung wegen muss das Edikt nämlich mit **erhöhter Publizität** ausgestattet sein.<sup>9</sup>

Das Edikt gem § 44a Abs 2 AVG erfüllt in manchen Punkten eine ähnliche, aber doch eine andere Funktion wie ein Edikt iSd § 41 Abs 1 AVG.<sup>10</sup> Die Kundmachung durch das „große Edikt“ ist Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen zum Großverfahren<sup>11</sup> und hat konstitutive Wirkung, weil ohne entsprechende Kundmachung keine Präklusionsfolgen iSd § 44b AVG eintreten können.<sup>12</sup>

Inhalt des Edikts sind ua der Gegenstand des Antrags und die Beschreibung des Vorhabens.<sup>13</sup> Innerhalb einer Frist von mindestens sechs Wochen können, bei sonstigem Verlust der Parteistellung, schriftlich Einwendungen erhoben werden.<sup>14</sup> Es muss auch ein Hinweis auf die Rechtsfolgen gem § 44b AVG, also auf die Präklusionsfolgen enthalten sein.<sup>15</sup> Die Betroffenen sollen durch die Beschreibung des Vorhabens zur selbstständigen Einsicht in den Verfahrensgegenstand veranlasst werden. Wie es *Kante* treffend zu den Vorhabensbeschreibungen von Ediktalladungen iSd § 44a AVG formuliert hat, „*muss der/die DurchschnittsbürgerIn abschätzen können, ob er oder sie mit Immissionen zu rechnen hat und, wenn er/sie die Lunte gerochen hat, sich näher informieren*“.<sup>16</sup> Es soll also ein durchschnittlich be-

<sup>1</sup> Die Autoren danken Herrn David Bierbauer für die wertvolle Unterstützung bei der Überarbeitung dieses Beitrags.

<sup>2</sup> Siehe zB <https://diepresse.com/home/panorama/wien/5063338/Die-Probleme-der-Wiener-mit-dem-UBahnBau> (abgerufen am 24. 8. 2019).

<sup>3</sup> Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>10</sup> (2014) Rz 304.

<sup>4</sup> Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>10</sup> (2014) Rz 282.

<sup>5</sup> Thienel/Zeleny, *Verwaltungsverfahrensgesetz*<sup>20</sup> (2017) AVG § 44a Abs 1 Rz 2.

<sup>6</sup> Ebenda, 107; Hengstschläger/Leeb, *AVG* § 44a Rz 1 (Stand 1. 7. 2005). Sinn eines solchen Großverfahrens ist es, ein Großprojekt unter möglichst großer Öffentlichkeitsbeteiligung einer demokratischen Kontrolle zu unterwerfen. Die mündliche Verhandlung ist deshalb auch gem § 44e AVG für jedermann öffentlich. Siehe dazu genauer 1167 BlgNR 20. GP 26.

<sup>7</sup> Ebenda, Ist in den Verwaltungsvorschriften eine besondere Form der Kundmachung vorgesehen, so ist der Inhalt des Edikts in dieser Form kundzumachen.

<sup>8</sup> Hengstschläger/Leeb, *AVG* § 44a Rz 14 (Stand 1. 7. 2005); VwGH Rz 2014/06/0038.

<sup>9</sup> ErläutRV 1167 BlgNR 20. GP 33.

<sup>10</sup> Ebenda, 74–75.

<sup>11</sup> Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>6</sup> (2018) Rz 200.

<sup>12</sup> Ebenda Rz 10.

<sup>13</sup> Hengstschläger/Leeb, *AVG* § 44a Rz 11 (Stand 1. 7. 2005).

<sup>14</sup> Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>10</sup> (2014) Rz 304/4.

<sup>15</sup> Ebenda, ebenfalls ist ein Hinweis auf die Tatsache, dass Zustellungen durch Edikt gem §§ 44d und 44f AVG vorgenommen werden können.

<sup>16</sup> *Kante*, *Verwaltungsrechtliche Großverfahren*. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 134.

gabter Bürger abschätzen können, ob er vom Projekt potenziell betroffen ist und ob er dagegen Einwendungen erheben müsste.<sup>17</sup>

Durch die Größe derartiger Projekte ergeben sich klarerweise Schwierigkeiten bei der Beschreibung des Vorhabens. Insb auch, weil in Tageszeitungen idR nur eine sehr gedrängte Darstellung des Vorhabens möglich ist. Diese muss den Beteiligten aber trotzdem ermöglichen, abzuschätzen, ob sie durch das Projekt beeinträchtigt werden und dagegen Einwendungen erheben wollen. Die Beteiligten werden in einem solchen Fall ja nicht geladen.

Es ist keine konkrete Umschreibung des Vorhabens wie bei Ediktalladungen gem § 42 Abs 1 AVG erforderlich. Sie muss dem Beteiligten aber nicht ermöglichen, ein endgültiges Urteil über das Projekt zu fällen. Hierzu dient vielmehr die öffentliche Einsichtnahme in die Projektunterlagen nach § 44b Abs 2 AVG.<sup>18</sup> Die Ediktalladung gem § 44a AVG erfüllt keine solche Funktion. Denn diese selbst soll lediglich zur öffentlichen Einsichtnahme anregen.

### III. FUNKTION DER PROJEKTBE SCHREIBUNG

Ein Edikt muss nach der Literatur exakt den gesetzlichen Anforderungen des § 44a AVG entsprechen.<sup>19</sup> Insb muss es geeignet sein, potenziell Beteiligte über die einschneidenden Präklusionsfolgen zu informieren.<sup>20</sup> Die Chance zur Kenntnisnahme der Einleitung des Verfahrens mittels Edikt ist jedenfalls geringer als bei persönlicher Verständigung.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber gibt dazu einen Hinweis in den erläuternden Bemerkungen zur entsprechenden Novelle. Dabei wird betont, dass die Verschlechterung der Stellung des Betroffenen durch Sicherung erhöhter Publizität mittels einer längeren Reaktionszeit kompensiert werden soll.<sup>22</sup>

Die Beschreibung des Vorhabens muss gemäß den Gesetzesmaterialien daher **möglichst präzise** sein.

Form und Inhalt des Edikts sind gleichermaßen wesentliche Voraussetzungen für die korrekte Kundmachung des Edikts, weil der Gesetzgeber annimmt, dass ein fehlerhaftes Edikt nicht zur Kundmachung geeignet ist und somit keine Präklusionsfolgen auslösen kann.<sup>23</sup>

Die erhöhte Publizität hat den Zweck, dass potenziell Beteiligte bei sonstigem Verlust der Parteistellung binnen einer Frist von sechs Wochen schriftlich Einwendungen erheben können.<sup>24</sup>

Inhaltlich ist im Edikt nach § 44a AVG bloß der Gegenstand des Antrages und nicht die gesamten Unterlagen enthalten. Dies ist oft schon wegen des Projektumfangs nicht möglich und entspricht der **Anstoßfunktion der Bekanntmachung**.<sup>25</sup>

Ein Hinweis auf die Anforderungen an eine solche Anstoßfunktion von Ediktalladungen findet sich auch in der deutschen Judikatur.<sup>26</sup> Gem § 73 dVwVfG sind im deutschen Massenverfahren als Äquivalent zum österreichischen Großverfahren, nämlich den auszulegenden Unterlagen Planzeichnungen und Erläuterungen anzuschließen.

Aus diesen muss ua erkennbar sein, welche Grundstücke und Anlagen durch das Vorhaben betroffen sind.<sup>27</sup>

Das BVerwG hat hierzu erkannt, dass die Verwendung nicht erläuterter Planunterlagen die Funktion des Plans im Rahmen von dessen Anstoßfunktion beeinträchtigen kann. Der Plan wird seiner Funktion nämlich nicht gerecht, wenn er Betroffenen die Art und das Ausmaß ihrer Betroffenheit nicht verdeutlicht.<sup>28</sup> Wenn ein Teil der beigelegten Planzeichnungen nicht mit Erläuterungen versehen worden ist, liegt laut BVerwG eventuell ein erheblicher Verfahrensmangel vor.<sup>29</sup>

Dies ist auch der Fall, wenn auf Basis der im Massenverfahren auszulegenden Unterlagen die **konkreten Auswirkungen des Vorhabens nicht ersichtlich** sind.<sup>30</sup> Wann diese Anstoßfunktion im Einzelfall erfüllt ist, geht aus der Judikatur nicht klar hervor.<sup>31</sup> Die Ausgabe einer Nummer für bestimmte Vorhabensgebiete ist laut ständiger Judikatur des BVerwG unzulässig. Der Betroffene mag im Einzelfall nämlich nicht erkennen, worauf sich das Planungsvorhaben bezieht.<sup>32</sup> So wurde auch ein Bebauungsplan durch den BGH aufgehoben, weil durch die Bezeichnung des Vorhabenstandortes als „Schulzentrum in der D-Wiese“ nicht erkennbar war, welches Gebiet und welche Grundstücke genau durch das Vorhaben betroffen sind.<sup>33</sup> Da dieses Urteil des BGH auch in der Judikatur des BVerwG zitiert wird, lässt dies einen Rückschluss auf eine ähnliche Position der deutschen Verwaltungsgerichte zu.<sup>34</sup> Diese Position kann aus Rechtsstaatlichkeitserwägungen auch für die österreichische Rechtslage herangezogen werden.<sup>35</sup>

Der VwGH hat sich mit dieser Frage iZm Edikten iSd § 44a Abs 2 AVG bereits auseinandergesetzt und die entsprechenden inhaltlichen Kriterien für diese teilweise konkretisiert. Doch wann die Beschreibung des Vorhabens aus-

<sup>17</sup> Ebenda.

<sup>18</sup> Hengstschläger/Leeb, AVG § 44b Rz 8 (Stand 1. 7. 2005).

<sup>19</sup> Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 157.

<sup>20</sup> Hengstschläger/Leeb, AVG § 44b Rz 8 (Stand 1. 7. 2005).

<sup>21</sup> Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 157.

<sup>22</sup> Konkret heißt es in den Erläuterungen: „Der Antrag kommt zwar nicht umhin, behördliche Dienstleistungen einzuschränken, die an der Sache Beteiligten zu frühzeitigen aktiven Beiträgen im Verfahren zu bewegen und Personen, die keine Einwendungen erheben, ihre Parteistellung zu nehmen. Er ist jedoch bestrebt, diese Verschlechterungen durch die Sicherung erhöhter Publizität und durch die Einräumung längerer Reaktionszeiten zu kompensieren.“ Siehe dazu genauer ErläutRV 1167 BlgNR 20. GP 25.

<sup>23</sup> Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 158.

<sup>24</sup> Thienel/Zeleny, Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>20</sup> (2017) AVG § 44a Abs 1 Rz 1.

<sup>25</sup> Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 134.

<sup>26</sup> Beispielsweise in BVerwG 9 VR 5/06 oder 4 C 22/80.

<sup>27</sup> Kämper in Bader/Ronellenfisch (Hrsg), BeckOK VwVfG<sup>42</sup> § 73 Rz 33 (Stand: 1. 1. 2019).

<sup>28</sup> BVerwG 9 VR 5/06. Der Anlassfall handelte um ein Rechtsmittel gegen den Planfeststellungsbeschluss der B100 Bitterfeld.

<sup>29</sup> Siehe genauer Schemmer in Bader/Ronellenfisch (Hrsg), BeckOK VwVfG<sup>42</sup> § 46 Rz 25 (Stand 1. 1. 2019).

<sup>30</sup> BVerwG: Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses, NVwZ 2006, 1170.

<sup>31</sup> BVerwG 4 C 22/80.

<sup>32</sup> Ebenda.

<sup>33</sup> BGH 5. 3. 1981, III ZR 48/80.

<sup>34</sup> Siehe dazu BVerwG 4 C 22/80.

<sup>35</sup> Siehe genauer dazu BVerwG 9 VR 5/06.



reichend ist, geht aus der Judikatur nicht klar hervor.<sup>36</sup> So hat sich der VwGH vorrangig mit der Frage der Kostenträgung für die Veröffentlichung von Edikten<sup>37</sup> oder dem erforderlichen Verbreitungsgrad der verwendeten Tageszeitungen befasst.<sup>38</sup> Der Gegenstand des verfahrenseinleitenden Antrags muss im Edikt kurz, prägnant und allgemein verständlich umrissen werden.

Die Beschreibung des Vorhabens ist laut VwGH eine allgemein verständliche Darstellung des Projekts mit all seinen möglichen Emissionen und Immissionen mit dem Ziel, Beteiligte in die Lage zu versetzen, Einwendungen dagegen erheben zu können.<sup>39</sup>

Es handelt sich laut ständiger Judikatur des VwGH um **gesetzliche Mindestanforderungen** an das Edikt.<sup>40</sup> Diesem Mindestinhalt kommt, neben der Veröffentlichung in der Wiener Zeitung, besondere rechtliche Bedeutung zu.<sup>41</sup> Welche Anforderungen an die Projektbeschreibung von der Judikatur gestellt werden, zeigt das Erk VwGH 17. 12. 2014, 2010/05/0202 anschaulich auf:

In diesem Erk wurde die Fehlerhaftigkeit des Edikts in Bezug auf die ungenaue Beschreibung des Anlagenstandorts ins Zentrum gestellt.<sup>42</sup> Es fand sich laut Sachverhalt lediglich der Hinweis in der Beschreibung des Vorhabens, dass „die vorhandenen Infrastrukturanlagen zum Betrieb des Gaskraftwerkes („Simmering BKW 4“) genutzt werden“,<sup>43</sup> was später im Rechtsmittelverfahren aufgegriffen wurde.

Die Revision wurde durch den VwGH als unbegründet abgewiesen. Grund für die Abweisung war, dass der Hinweis, „die vorhandenen Infrastrukturanlagen werden zum Betrieb des Gaskraftwerkes genutzt“, für die Beschreibung des Vorhabens ausreichend sei. Dies ermögliche den Anrainern nämlich einen ausreichenden Rückschluss darauf, welche Auswirkungen auf die örtliche Verkehrsinfrastruktur gegeben seien. Darunter fallen auch die Auswirkungen auf Straßen und Schienennetz.<sup>44</sup>

Dem VwGH reicht somit aus, dass der **Projektstandort genannt** und auf **potenziell betroffene Infrastrukturbereiche hingewiesen** wird. Erforderlich ist lediglich, dass Rückschlüsse auf eine individuelle Betroffenheit gezogen werden können. Gem § 44b Abs 2 AVG besteht nämlich für jedermann die Möglichkeit, während der Einwendungsfrist öffentlich Einsicht in Projektunterlagen zu nehmen.<sup>45</sup>

Der VwGH schließt sich dabei der Meinung der entsprechenden Vorinstanz aus der Rs US-3B/2010/3–17 des Umweltssenats an. Das Erk behandelt denselben Sachverhalt wie der VwGH im Erk 2010/05/0202. Im Unterschied zum Erk des VwGH behandelte der Umweltssenat in seinen Erwägungen die Erfordernisse an die Beschreibung des Vorhabens im Edikt gem § 44a Abs 2 AVG im Detail. Er greift bezüglich des Umfangs der Projektbeschreibung auf die Art der Kundmachung zurück, die der Gesetzgeber gewählt hat.

Der Gesetzgeber liefert mit der vorgeschriebenen Art der Kundmachung, nämlich Tageszeitungen, einen Hinweis, wie der Umfang der Projektbeschreibung gestaltet werden

soll.<sup>46</sup> Der Gesetzgeber bedient sich eines Mediums, welches aufgrund seiner verkehrüblichen Rezeptionswirkung besondere Publizitätswirkung im Informationsverkehr besitzt.<sup>47</sup> Gleichzeitig aber werden damit die verkehrüblichen Grenzen des Mediums in Kauf genommen.

Die Beschreibung kann somit nur eine allgemeine Beschreibung sein. Der Gesetzgeber kann keine umfassende Beschreibung des Vorhabens im Edikt iSd § 44a AVG erwarten, weil sonst die öffentliche Einsichtnahme der Projektunterlagen sinnlos wäre. Hätte der Gesetzgeber sich eine detaillierte Projektbeschreibung erwartet, dann hätte er eine solche im Edikt vorgesehen. Erforderlich sind somit alle **wesentlichen Angaben**, die eine **grobe Beurteilung ermöglichen**. Dabei muss klar ersichtlich sein, ob die Einholung weiterer Informationen erforderlich ist.

#### IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE PERSPEKTIVE

Eine Form der Anberaumung, die diesen Kriterien nicht entspricht, kann auch verfassungsrechtlich problematisch sein. Eine Kundmachungsform, die nicht geeignet ist, Betroffene des Verfahrens rechtzeitig zu informieren, ist sowohl mit dem Rechtsstaatsprinzip, dem Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 MRK als auch dem gleichheitsrechtlichen Sachlichkeitsgebot inkompatibel. Ein faires Verfahren iSd Art 6 MRK setzt voraus, dass eine Partei Kenntnis von Vorgängen im Verfahren erlangen kann und eine reelle Gelegenheit zur Stellungnahme erhält.<sup>48</sup> Der VfGH hebt iZm dem Rechtsstaatsprinzip hervor, dass eine solche Regelung, welche Kundmachungen schwer zur Kenntnis potenziell Beteiligter gelangen lässt, zu Härtefällen gegenüber Parteien führen kann. Eine Abwägung zwischen dem Interesse am Eintritt der Rechtskraft und dem Rechtsschutz ist dabei Sache des Gesetzgebers.<sup>49</sup> Jedoch muss auf den effektiven Rechtsschutz als Ausdruck des Rechtsstaats-

<sup>36</sup> Siehe VwGH 27. 9. 2013, 2010/05/0202 und 17. 12. 2014, 2012/06/0130, wo die Bedeutung des Mindestinhalts des Edikts hervorgehoben wurde.

<sup>37</sup> VwGH 27. 9. 2018, Ra 2016/06/0061.

<sup>38</sup> VwGH 16. 3. 2017, Ro 2014/06/0038.

<sup>39</sup> VwGH 27. 9. 2018, Ra 2016/06/0061 Z 14; Rechtsfrage war, inwieweit die Kosten für die Veröffentlichung von Ediktinhalten, die über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinausgehen, von der Beschwerdeführerin getragen werden müssen. Dass es sich bei den Inhalten nicht um solche im Sinne des § 44a Abs 2 AVG handelt, hindert nicht an der zusätzlichen Aufnahme dieser in das Edikt.

<sup>40</sup> Ebenda.

<sup>41</sup> VwGH 2012/06/0130, im Anlassfall wurde die Höhe der Kosten für die Veröffentlichung des Edikts in Streit gestellt. Hervorgehoben wurde die gesetzliche Bedeutung des Mindestinhalts des Edikts in diesem Kontext.

<sup>42</sup> VwGH 2010/05/0202, Anlassfall war ein Genehmigungsverfahren für ein Gaskraftwerk, dem eine Beschreibung der Anlagenbestandteile angeschlossen wurde. Dabei war eine Bahnangliederung an eine inaktive Bahntrasse (Schlachthausstraße) erforderlich. Der Beschwerdeführerin wurde laut ihren Angaben bei Wohnkauf vermittelt, es handle sich um eine inaktive Bahntrasse. Auch der Stadtentwicklungsplan 2005 (Strukturplan Mehrwert Simmering) vermittelte den Eindruck, dass nicht mit einer Reaktivierung des Bahngleises zu rechnen sei.

<sup>43</sup> Ebenda.

<sup>44</sup> VwGH 2010/05/0202, Z 2.3.

<sup>45</sup> Thienel/Zeleny, Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>20</sup> (2017) § 44b Abs 2 Rz 2.

<sup>46</sup> US-3B/2010/3–17.

<sup>47</sup> Ebenda.

<sup>48</sup> Grabenwarter in Kneiß/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht-Kommentar (3. Lfg 2007) MRK Art 6 Rz 92.

<sup>49</sup> VfGH B 112/78, 195.

prinzips Bedacht genommen werden. Der Gesetzgeber hat Personen, deren Interessen er unter Schutz stellt, mit subjektiven Rechten zur Durchsetzung derselben auszustatten.<sup>50</sup> Eine Kundmachungsform, die ungeeignet ist, alle Beteiligten von der Anberaumung der mündlichen Verhandlung zu informieren, genügt diesem Erfordernis nicht.<sup>51</sup> Andernfalls sind eine Geltendmachung von schützenswerten Interessen und die Durchsetzung des Rechts auf Parteihör nicht möglich.<sup>52</sup> So darf im Rahmen des Gleichheitssatzes bei der Berücksichtigung von Parteiinteressen im Rahmen einer komparativen Betrachtung der Parteienrechte einzelner Verfahrensbeteiligter keine unsachliche Ungleichbehandlung vorliegen.<sup>53</sup> Die Möglichkeit potenziell Beteiligter eines Großverfahrens, gem §§ 44a ff AVG von einem Vorhaben Kenntnis zu erlangen, darf nicht ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber anderen Kundmachungsformen des AVG eingeschränkt werden. Dies würde auch mit der Verpflichtung des Gesetzgebers in Konflikt stehen, Rechtunterworfenen die Durchsetzung ihrer Parteienrechte ua im Lichte des Gleichheitssatzes nicht unnötig zu erschweren.<sup>54</sup>

Bei verfassungskonformer Interpretation muss die Kundmachung durch das große Edikt gem § 44a AVG zumindest irgendeinen Rückschluss auf Standort und Auswirkungen des Projekts zulassen. Es würden sonst verfassungs- bzw gar EU-rechtliche Vorgaben einer Kundmachung verfehlt werden.<sup>55</sup> Dies wird in Bezug auf Edikte iSd § 44a Abs 2 AVG in der Literatur jedenfalls bejaht.<sup>56</sup>

## V. CONCLUSIO

Wann die Anforderungen an die Projektbeschreibung genau erfüllt sind, wird in der Judikatur des öffentlichen Rechts nicht eindeutig beantwortet. Es reicht dem VwGH aber aus, wenn der Projektstandort genannt wird, weil eine Person so zur öffentlichen Einsichtnahme in Projektunterlagen motiviert werden kann. Die präzise Standortangabe ist auch bei einer Veröffentlichung in Tageszeitungen möglich. Der Projektumfang wird für einen durchschnittlich technisch und juristisch versierten Menschen ausreichend eingrenzenbar. Jedenfalls muss die Beschreibung des Vorhabens auch bei umfangreichen Großprojekten aus verfassungsrechtlicher Perspektive und insb aus Erwägungen der Rechtsstaatlichkeit den hier dargelegten Kriterien entsprechen. Denn genau diese soll die zielführende Erhebung von Einwendungen gegen ein Projektvorhaben ermöglichen.

Das Problem der übergangenen Partei kann jedenfalls nicht vermieden werden, wenn in der Ladung nicht erkennbar ist, wo ein Vorhaben stattfindet und in welchem Umfang die Beteiligten betroffen sind. Dies würde dem Gedanken des Gesetzgebers widersprechen, durch vereinfachte Anforderungen an Ediktalladungen im Großverfahren dem Problem der übergangenen Partei zu begegnen.<sup>57</sup> Der Verlust der Parteistellung kann in solchen Fällen also nicht

eintreten. Die Erfordernisse des § 44a Abs 2 AVG müssen jedenfalls erfüllt sein, um die Präklusionsfolgen des § 44b Abs 1 AVG auszulösen.<sup>58</sup>

Ferner wird in der Literatur eine fehlerfreie Kundmachung für die Präklusion der Parteistellung vorausgesetzt.<sup>59</sup> Nicht-präkludierte Parteien behalten ihre Rechte uneingeschränkt bei und können das Verfahrensergebnis zeitlich unbeschränkt bekämpfen. Die Rechtskraft des Bewilligungsbescheids bleibt somit in einem Schwebezustand.<sup>60</sup>

Zur Geltendmachung der Parteienrechte bestehen mehrere Schienen. Zunächst besteht die Möglichkeit auf beschneidmässige Feststellung der Parteifeststellung.<sup>61</sup> Es besteht aber kein Anspruch auf die Abhaltung einer neuerlichen mündlichen Verhandlung für die übergangene Partei.<sup>62</sup>

Die übergangene Partei kann vielmehr unbefristet die Zustellung des Bescheids verlangen und diesen im Rechtsmittelweg bekämpfen. Darüber hinaus können entsprechende Einwendungen auch nachträglich bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Verwaltungssache geltend gemacht werden.<sup>63</sup> Ob bei einem inhaltlich fehlerhaften Edikt ein wesentlicher Verfahrensmangel vorliegt, der zu einer Zurückverweisung führt, ist mangels einschlägiger Judikatur nicht restlos geklärt. Um diese Rechtsfolge zu verhindern, sind zumindest die exakte Nennung des Projektstandortes und ein Hinweis auf die Auswirkungen des Projekts in der Beschreibung des Vorhabens erforderlich. Dadurch wird sichergestellt, dass potenziell Beteiligte von einem Projektvorhaben Kenntnis erlangen können und der Zweck einer Ediktalladung iSd § 44a AVG erfüllt wird. Ein solches Problem könnte sich beim Bau der neuen U2/U5-Erweiterung ergeben, weil hier von Seiten der Anrainer bereits mangelnde Informationen zum Verlauf der U-Bahn-Trasse 2016 beklagt wurden.<sup>64</sup> Eine Beurteilung der noch 90 offenen Verfahren iZm dem Großprojekt durch die Gerichte des öffentlichen Rechts bleibt abzuwarten.<sup>65</sup>

<sup>50</sup> Rill in Rill/Schäfer Bundesverfassungsrecht-Kommentar (1. Lfg 2001) B-VG Art 18 Rz 72.

<sup>51</sup> Hengstschläger/Leeb, AVG § 42 Rz 7 (Stand 1. 7. 2005).

<sup>52</sup> Pallitsch, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren (2001) 150–151.

<sup>53</sup> Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 787.

<sup>54</sup> Ebenda, 814.

<sup>55</sup> Hengstschläger/Leeb, AVG § 42 Rz 7 (Stand 1. 7. 2005). Aus unionsrechtlicher Perspektive muss eine Kundmachung mit Präklusionswirkung den Grundsätzen der Effektivität und des effektiven Rechtsschutzes entsprechen und darf die Geltendmachung von durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verbürgten Rechten nicht unmöglich machen oder unnötig erschweren. Dies gilt insb für nicht ordnungsgemäß verständigte Parteien. Siehe dazu insb EuGH C-470/99, Rz 76 und 78 sowie C-327/00, Rz 66.

<sup>56</sup> Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 158.

<sup>57</sup> ErläutRV 1167 BlgNR 20. GP 26.

<sup>58</sup> LVwG-AV-905/001 – 2015, 3.2.4.

<sup>59</sup> Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren. Ein Vergleich zwischen Österreich und Deutschland (2001) 157.

<sup>60</sup> Hengstschläger/Leeb, AVG § 42 Rz 1 (Stand 1. 7. 2005).

<sup>61</sup> Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>5</sup> (2016) 28.

<sup>62</sup> Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 294.

<sup>63</sup> Ebenda.

<sup>64</sup> <https://diepresse.com/home/panorama/wien/5063338/Die-Probleme-der-Wiener-mit-dem-UBahnBau> und <https://wien.orf.at/v2/news/stories/2928819/> (abgerufen am 24. 8. 2019).

<sup>65</sup> <https://wien.orf.at/v2/news/stories/2979590/> (abgerufen am 24. 8. 2019).



HERMANN GERM

Der Autor Sektionschef i. R. Dr. Hermann Germ ist Obmann des Vereins Schlichtung für Verbrauchergeschäfte.

2019/310

# Sanktionsbewehrte Informationspflichten für Unternehmer im Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG und in der ODR-VO

## I. EINLEITUNG – GRUNDSÄTZE DER ALTERNATIVEN STREITBEILEGUNG IN ÖSTERREICH

Mit der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ADR-RL)<sup>1</sup> sollte in den Mitgliedstaaten ein flächendeckendes System von Schlichtungsstellen geschaffen werden, an die sich Konsumenten in beinahe allen Streitigkeiten aus entgeltlichen Verträgen mit Unternehmen wenden können. Ziele waren einerseits eine Stärkung der Konsumentenrechte und andererseits ein besseres Funktionieren des Binnenmarktes. Für Konsumenten sollte eine Möglichkeit der einfachen und kostengünstigen Durchsetzung ihrer Ansprüche geschaffen werden; gleichzeitig sollten grenzüberschreitende Kauf- und Dienstleistungen gefördert werden.

In Österreich wurde die Richtlinie mit dem Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG<sup>2</sup> umgesetzt. Anders als etwa in Deutschland, wo es ein offenes System alternativer Streitbeilegungsstellen gibt und Einrichtungen auf Antrag als alternative Streitbeilegungsstelle anerkannt werden können, hat sich der österreichische Gesetzgeber für eine abschließende Liste von AS-Stellen entschieden (§ 4 Abs 1 AStG). Es sind dies die Folgenden:

- Schlichtungsstelle der Energie-Control Austria
- Telekom-Schlichtungsstelle der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
- Post-Schlichtungsstelle der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
- Agentur für Passagier- und Fahrgastrechte
- Gemeinsame Schlichtungsstelle der Österreichischen Kreditwirtschaft
- Internet Ombudsmann
- Ombudsstelle Fertighaus
- Schlichtung für Verbrauchergeschäfte

Die Zuständigkeiten der erstgenannten sieben spezialisierten Schlichtungsstellen erschließen sich aus deren Bezeichnungen und sind in den jeweiligen MaterienGesetzen und Verfahrensordnungen der einzelnen Schlichtungsstellen geregelt. Eine Sonderstellung hat die Schlichtung für Verbrauchergeschäfte,<sup>3</sup> die als Auffangschlichtungsstelle für alle jene Streitigkeiten zuständig ist, die nicht von einer der anderen sieben Stellen behandelt werden. Sie ist auch die für Streitigkeiten mit **Rechtsanwälten** zuständige AS-Stelle.<sup>4</sup>

Vom Anwendungsbereich des AStG ausgenommen sind in § 1 Abs 2 AStG definierte Streitigkeiten in den Bereichen

Gesundheitsdienstleistungen, Weiter- und Hochschulbildung, nichtwirtschaftliche Dienstleistungen und Kaufverträge über unbewegliche Sachen.

Mit den Normen der Europäischen Union und des österreichischen Gesetzgebers zur alternativen Streitbeilegung sind nicht unbedeutende Änderungen im Zivil- und Verwaltungsrecht erfolgt.<sup>5</sup> Anzuführen sind hier insb die mit dem Einbringen eines Schlichtungsantrages bei einer der oben angeführten Schlichtungsstellen eintretende Verjährungshemmung (§ 18 AStG) oder die Gebührenfreiheit von Vergleichen in Schlichtungsverfahren vor AS-Stellen (§ 33 Tarifpost 20 Abs 2 Z 5 Gebührengesetz 1957). Von den verschiedenen Änderungen sollen in diesem Beitrag lediglich die sanktionsbewehrten **Informationspflichten für Unternehmer – diese treffen auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte** – erörtert werden.<sup>6</sup>

Neben der ADR-RL und dem AStG enthält auch die Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ODR-VO)<sup>7</sup> Bestimmungen über Informationsverpflichtungen von Unternehmen.

## II. INFORMATIONSPFLICHTEN DER UNTERNEHMER

Die Informationspflichten für Unternehmer der ADR-RL, des AStG und der ODR-VO waren umstritten und sind das Ergebnis von Kompromissen. Das kann die Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit der Regelungen erklären. Die besondere Bedeutung, die den Informationspflichten jedenfalls beigemessen wurde, erhellt sich daraus, dass ihre Verletzung mit Sanktionen belegt wurde (Art 21 ADR-

<sup>1</sup> RL 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 21. 5. 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 und der RL 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung). Üblich ist die von „Alternative Dispute Resolution“ abgeleitete Abkürzung ADR-RL.

<sup>2</sup> BG über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG), BGBl I 2015/105.

<sup>3</sup> Eder/Hörl, Schlichten statt streiten. Alternative Streitbeilegung in der Praxis am Beispiel der Schlichtung für Verbrauchergeschäfte, in *Reifenstein/Blaschek* (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2017 (2017) 53.

<sup>4</sup> Stelle zur alternativen Streitbeilegung gem § 4 Abs 1 AStG.

<sup>5</sup> Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten erlassen wird und das Konsumentenschutzgesetz, das Gebührengesetz 1957 und das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz geändert werden, BGBl I 2015/105.

<sup>6</sup> Für eine systematische Darstellung s *Schuschnigg*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (2016).

<sup>7</sup> VO (EU) 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v 21. 5. 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der VO (EG) 2006/2004 und der RL 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten). Üblich ist die von „Online Dispute Resolution“ abgeleitete Abkürzung ODR-VO.

RL). In Österreich besteht die angedrohte Sanktion in einer Verwaltungsstrafe (§ 29 AStG). Ziel der Informationspflichten für Unternehmer ist es, Verbraucher über die Möglichkeit der Schlichtung zu informieren, ihnen das Auffinden der zuständigen Verbraucherschlichtungsstelle zu erleichtern und Klarheit darüber zu verschaffen, ob der Unternehmer an einem Schlichtungsverfahren teilnimmt. Zu unterscheiden sind allgemeine Informationspflichten der Unternehmer und besondere nach Entstehen einer Streitigkeit. Beide Arten von Informationspflichten bestehen nebeneinander.

## 1. Allgemeine Informationspflichten gem § 19 Abs 1 und 2 AStG sowie gem Art 14 Abs 1 und 2 der VO (EU) 524/2013

Die allgemeinen Informationspflichten bestehen unabhängig davon, ob eine konkrete Streitigkeit besteht. Die Informationspflicht des § 19 Abs 1 und 2 AStG trifft jene Unternehmer, die sich – etwa in einem Vertrag mit einer Schlichtungsstelle – vorab dazu verpflichtet haben, an Schlichtungsverfahren teilzunehmen oder zur Teilnahme am Schlichtungsverfahren gesetzlich oder in anderer Weise verpflichtet sind. Derartige „Teilnahmevereinbarungen“ wurden von mehreren Unternehmen mit der Verbraucherschlichtung Austria<sup>8</sup> getroffen. Teilnahmevereinbarungen mit Rechtsanwälten bestehen derzeit nicht. Ein Beispiel für eine gesetzliche Pflicht zur Teilnahme an Schlichtungsverfahren ist die Verpflichtung von Elektrizitäts- und Erdgasunternehmen, an Schlichtungsverfahren der Energie-Control Austria mitzuwirken, dieser Auskünfte zu erteilen und gegebenenfalls einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten (§ 26 Abs 1 letzter Satz E-ControlG).<sup>9</sup>

Diese Unternehmer, die aus den angeführten Gründen zur Teilnahme am Schlichtungsverfahren verpflichtet sind, haben Verbraucher über die für sie zuständige AS-Stelle oder AS-Stellen unter der Angabe von deren Website zu informieren (§ 19 Abs 1 AStG). Diese Information der Verbraucher hat – sofern vorhanden – auf der Website und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in klarer, verständlicher und leicht zugänglicher Weise zu erfolgen (§ 19 Abs 2 AStG). Verfügt der Unternehmer über keine Website und keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so ist er nicht verpflichtet, den Verbraucher in anderer Weise zu informieren.<sup>10</sup>

Neben den allgemeinen Informationspflichten des § 19 Abs 1 und 2 des AStG bestehen jene des Art 14 Abs 1 und 2 ODR-VO. Nach Art 14 Abs 1 ODR-VO haben „in der Union niedergelassene Unternehmer, die Online-Kaufverträge oder Online-Dienstleistungsverträge eingehen, und in der Union niedergelassene Marktplätze“ auf ihren Websites einen Link zur OS-Plattform<sup>11</sup> einzurichten. Der Link zu dieser Plattform lautet: <http://ec.europa.eu/consumers/odr>.

Nach Abs 2 des Art 14 ODR-VO haben „in der Union niedergelassene Unternehmer, die Online-Kaufverträge oder Online-Dienstleistungsverträge eingehen, und sich verpflichtet haben oder verpflichtet sind“, an Schlichtungsverfahren teilzunehmen, die Verbraucher über die Existenz der OS-Plattform und die Möglichkeit, diese zur Streitbeilegung zu nutzen, zu informieren. In welcher Weise diese Information jedenfalls zu erfolgen hat, ist in der genannten Bestimmung näher geregelt. Die Unternehmer haben auf ihren Websites sowie, falls das Angebot über E-Mail erfolgt, in dieser E-Mail einen Link zu der OS-Plattform einzurichten. Die Informationen sind gegebenenfalls auch in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen.

Mit der von der Kommission betriebenen OS-Plattform sollte eine zentrale Anlaufstelle für Verbraucher und Unternehmer geschaffen werden, die aus Online-Rechtsgeschäften entstandene Streitigkeiten außergerichtlich beilegen wollen. Insb soll über diese Plattform die im Einzelfall zuständige Schlichtungsstelle ermittelt und Beschwerden an diese weitergeleitet werden.

Die Informationsverpflichtung des Art 14 Abs 1 ODR-VO kann auch **Rechtanwälte** treffen, insb wenn sie auf ihrer Website Online-Beratung anbieten oder Mandate per E-Mail angenommen werden.<sup>12</sup> Die Informationsverpflichtung des Abs 2 kann ebenso wie jene des § 19 Abs 1 und 2 AStG – jedenfalls derzeit – **Rechtsanwälte nicht** treffen, da keine „Teilnahmevereinbarungen“ von Rechtsanwälten mit der Verbraucherschlichtung Austria getroffen wurden und nach dem Informationsstand des Autors auch keine anderen Verpflichtungen zur Teilnahme am Schlichtungsverfahren bestehen.

## 2. Besondere Informationspflicht gem § 19 Abs 3 AStG bei Nichteinigung

Kann sich ein Unternehmer in einer Streitigkeit mit einem Konsumenten mit diesem nicht einigen, so trifft ihn eine konkrete Informationspflicht gegenüber diesem Konsumenten.

### a) Inhalt der Information

Gem § 19 Abs 3 AStG hat der Unternehmer dem Verbraucher die für eine Schlichtung der Streitigkeit zuständige Schlichtungsstelle mitzuteilen und zugleich anzugeben, ob er an einem Verfahren teilnehmen wird. Dies gilt auch für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit ihren Klienten, soweit ein Unter-

<sup>8</sup> Verbraucherschlichtung Austria ist die übliche Bezeichnung der AS-Stelle „Schlichtung für Verbrauchergeschäfte“.

<sup>9</sup> BG über die Regulierungsbehörde in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (Energie-Control-Gesetz – E-ControlG), BGBl 2010/110 idF BGBl I 2017/108.

<sup>10</sup> Vgl Schuschnigg, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (2016) 158.

<sup>11</sup> Plattform zur Online-Streitbeilegung.

<sup>12</sup> Die deutsche Bundesrechtsanwaltskammer hat in einer Mitteilung vom April 2016 die Informationspflichten von Rechtsanwälten nach der ODR-VO erläutert: vgl [https://www.rak-sh.de/wp-content/uploads/2016/04/2016\\_176Anlage.pdf](https://www.rak-sh.de/wp-content/uploads/2016/04/2016_176Anlage.pdf) (abgerufen am 26. 11. 2019).



nehmer-Verbraucher-Verhältnis besteht, was in der Regel bei Klienten, die natürliche Personen sind, der Fall sein wird. Bei Streitigkeiten eines Rechtsanwaltes mit einem Verbraucher etwa über die Honorarhöhe oder über behauptete Schäden durch schlechte Beratung und Nichteinigung wäre der Klient zu informieren, dass die Verbraucherschlichtung Austria die zuständige Schlichtungsstelle ist.

#### b) Form der Information

Die Information hat „auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger“ zu erfolgen. Der Begriff des dauerhaften Datenträgers ist iSd § 3 Z 5 FAGG<sup>13</sup> zu verstehen. Demnach ist jedes Medium, das es gestattet, an Parteien persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehbar sind und die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht, als dauerhafter Datenträger anzusehen. Die Information des Verbrauchers kann somit auch mit einem E-Mail erfolgen.

### III. VERBRAUCHERSCHLICHTUNG AUSTRIA

Die Zuständigkeiten der Verbraucherschlichtung Austria (Schlichtung für Verbrauchergeschäfte) sind in deren Verfahrensordnung<sup>14</sup> definiert und ergeben sich weiters aus der Funktion der Auffangschlichtungsstelle. Die Bandbreite der Zuständigkeiten ist vor allem auf Grund der letztgenannten Funktion außerordentlich groß; sie umfasst insb Beschwerden aus den Bereichen Handel, Versicherungen, Handwerk, Reisen und Dienstleistungen, somit auch Honorarstreitigkeiten mit **Rechtsanwälten** und Steuerberatern.

Das Verfahren bei der Verbraucherschlichtung Austria wird durch den schriftlichen Antrag eines Verbrauchers eingeleitet. Der betroffene Unternehmer wird daraufhin von dem Antrag in Kenntnis gesetzt und erhält die Möglichkeit, in einer Stellungnahme seine Sichtweise darzulegen. Vorausgesetzt durch diesen ersten Austausch kommt es nicht bereits zu einer Lösung, unterstützt die Schlichtungsstelle die Parteien bei der Lösungsfindung. Dafür kann sie einen schriftlichen Schlichtungsvorschlag unterbreiten und Schlichtungsgespräche durchführen. Die Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte ist möglich.

### IV. STRAFBESTIMMUNG

Nimmt ein Unternehmer in die gem § 19 AStG oder Art 14 Abs 1 und 2 ODR-VO gebotenen Informationen falsche Angaben auf oder erfüllt er die Informationspflichten gem § 19 AStG oder Art 14 Abs 1 und 2 ODR-VO nicht oder nicht vollständig, begeht er eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu € 750,- zu bestrafen (§ 29 AStG). Für den Vollzug der Strafbestimmung ist die Bezirksverwaltungsbehörde zuständig (§ 26 VStG).<sup>15</sup>

### V. ZUSAMMENFASSUNG

Im Anwendungsbereich des AStG ist für jede Streitigkeit zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer eine der in § 4 Abs 1 AStG genannten Schlichtungsstellen zuständig. Deren Auffinden soll den Verbrauchern durch **Informationspflichten** erleichtert werden.

**1. Jeder Unternehmer** hat im Falle einer Streitigkeit, in der keine Einigung erzielt wurde, den Verbraucher auf die zuständige Schlichtungsstelle hinzuweisen und dabei anzugeben, ob er an einem Schlichtungsverfahren teilnehmen wird. Diese Informationspflicht trifft auch **Rechtsanwälte** zB im Falle einer Honorarstreitigkeit. Zuständige Schlichtungsstelle ist die Schlichtung für Verbrauchergeschäfte – Verbraucherschlichtung Austria.

**2. Unternehmer, die zur Teilnahme an Schlichtungsverfahren verpflichtet sind**, haben die Verbraucher über die zuständige Schlichtungsstelle unter Angabe von deren Website-Adresse zu informieren.<sup>16</sup>

**3. Unternehmer, die Online-Kaufverträge oder Online-Dienstleistungsverträge eingehen**, haben auf ihren Websites einen leicht zugänglichen Link zur OS-Plattform einzurichten und ihre E-Mail-Adresse anzugeben.

Diese Informationspflicht trifft gegebenenfalls auch **Rechtsanwälte**.

**4. Unternehmer, die Online-Kaufverträge oder Online-Dienstleistungsverträge eingehen und zur Teilnahme an Schlichtungsverfahren verpflichtet sind**, haben die Verbraucher über die Existenz der OS-Plattform und die Möglichkeit, diese zu nutzen, zu informieren. Sie stellen auf ihren Websites sowie, falls das Angebot über E-Mail erfolgt, in dieser E-Mail einen Link zu der OS-Plattform ein. Die Informationen sind gegebenenfalls auch in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen.

Eine Verletzung der Informationspflichten ist mit einer Verwaltungsstrafe bedroht.

<sup>13</sup> BG über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG), BGBl I 2014/33 idF BGBl I 2017/50.

<sup>14</sup> Die jeweils aktuelle Version der Verfahrensordnung ist auf der Website der Verbraucherschlichtung Austria unter [www.verbraucherschlichtung.at](http://www.verbraucherschlichtung.at) ersichtlich.

<sup>15</sup> Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG BGBl 1991/52 idF BGBl I 2018/58.

<sup>16</sup> Gem § 19 Abs 2 AStG hat der Unternehmer die Informationen, sofern vorhanden, auf seiner Website und gegebenenfalls in den allgemeinen Geschäftsbedingungen in klarer, leicht verständlicher und leicht zugänglicher Weise anzuführen.

# Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung



**HERMANN  
WILHELME**

Der Autor ist Geschäftsführer einer Versicherungsmakler GmbH und ist spezialisiert auf Berufshaftpflichtversicherungen von rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen.

2019/311

Im Fokus dieses Beitrags stehen Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften von Rechtsanwälten und Notaren und die damit verbundenen Deckungsfragen in der Berufshaftpflichtversicherung für typische Treuhänder-Haftungsrisiken. In der Praxis sind vermehrt Deckungseinwendungen bzw. Deckungsstreitigkeiten iZm der Treuhänder-Deckung festzustellen, die zu existenziellen Deckungslücken führen können, sollten die Deckungseinwendungen zutreffen. Hinzu kommt eine bedenkliche Judikaturentwicklung, die der OGH zu „erfüllungsnahen“ Ersatzansprüchen iZm Fehlverfügungen des Treuhänders über das Treuhandgut bzw. iZm sonstigen Treuepflichtverletzungen, die zum Verlust des Treuhandgutes führen, eingeschlagen hat. Der Beitrag geht auf die kontroversen Deckungsfragen ein und zeigt auf, worauf es bei der Treuhänder-Deckung tatsächlich ankommt.

## I. EINLEITUNG

Die Übernahme von Treuhandschaften durch Rechtsanwälte und Notare ist in Österreich weit verbreitet.<sup>1</sup> Die zentrale Stellung der Treuhandschaft zeigt sich auch im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare (vgl. II.3).<sup>2</sup> Insb. die Übernahme von Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften<sup>3</sup> iZm Immobilien- und Unternehmenstransaktionen<sup>4</sup> gehört zum „Tagesgeschäft“<sup>5</sup> von Rechtsanwälten und Notaren. Die typischen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften reichen hierbei von Treuhandschaften mit einer Vielzahl von wahrzunehmenden Abwicklungsschritten, die ua die Sicherstellung grundbuchsrechtlicher Eintragungen, die Einholung diverser Genehmigungen und Bestätigungen sowie letztlich die Überweisung der (oftmals kreditfinanzierten) Kaufpreise an den berechtigten Treugeber (berechtigte Vertragspartei des Grundgeschäftes) umfassen, bis hin zu „einfachen“ Treuhandschaften, bei denen der Treuhänder nur eine neutrale, von den Treugeberparteien unabhängige Instanz<sup>6</sup> einnimmt und eine Sicherungsfunktion (Verwahrungsfunktion) wahrnimmt, sodass nach Eintritt von Auszahlungsbedingungen das beim Treuhänder erlegte Treuhandgut an die in der Treuhandvereinbarung definierten Treugeberparteien (Kaufvertragsparteien) auszufolgen ist (Escrow-Treuhandschaft).<sup>7</sup>

Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften durch Rechtsanwälte und Notare sind seit jeher risikoträchtig. Dies zeigen die vielfach vorliegenden Haftungsurteile und Haftungsfälle in der Praxis sowie die damit verbundenen komplexen Anspruchsinhalte und Anspruchgrundlagen, die gegen Treuhänder erhoben bzw. geltend gemacht werden können.<sup>8</sup> Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften sind idR auch mehrseitige Treuhandschaften,<sup>9</sup> sodass

der Treuhänder – berufsrechtlich zulässig<sup>10</sup> – mehrseitige Interessen der Treugeber wahrzunehmen hat. Naturgemäß steht der Treuhänder bei Konflikten zwischen den Treugebern, insbesondere wenn es zur Anpassung bzw. Anfechtung/Wandlung des Grundgeschäfts wegen Irrtums oder Gewährleistung kommt.<sup>11</sup> IZM der Erfüllung von Treuhandbedingungen, insbesondere bei Verfügungen über das Treuhandgut (idR über die Treuhandvaluta) kommt es in der Praxis auch immer wieder zu Fehldispositionen und Pflichtverletzungen, sei es, weil die Treuhandvaluta an unberechtigte Personen oder mit überhöhten Beträgen an berechtigte Personen überwiesen wird, sei es, weil die Auszahlungsvoraussetzungen<sup>12</sup> rechtsirrtümlich falsch beurteilt und deshalb Fehlverfügungen „zur Unzeit“ infolge fehler-

<sup>1</sup> Allein in Wien sind seit der Einführung des elektronischen anwaltlichen Treuhandbuches im Juli 2000 bis 9. 1. 2019 rund 165.100 Treuhandschaften mit einem Gesamtvolumen von rund 67,9 Milliarden Euro (Auskunftsquelle RAK Wien, <https://www.rakwien.at/?seite=klienten&bereich=treuhandbuch> [abgefragt am 31. 10. 2019]), das sind durchschnittlich 3,57 Milliarden Euro pro Jahr, über dieses abgewickelt worden. Hierzu kommen schließlich noch die treuhandschaftlichen Abwicklungen der Notare (s hierzu *Urbanek*, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschafts Kaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte [1999] 3). *Urbanek* führt aus, dass das Umsatzvolumen der Notaranderkonten etwa schon im Jahr 1999 rund ATS 30 Milliarden pro Jahr betrug.

<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag befasst sich mit Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften, die von Rechtsanwälten und Notaren übernommen werden, obwohl grds auch andere wirtschaftsberatende Berufe (wie zB Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) zulässigerweise Treuhandschaften übernehmen dürfen. Allerdings müsste hierzu auf die befugnisweiternden Kompetenzen in § 79 WTBG 2017 Bezug genommen werden, weil die Funktion des Treuhänders in den §§ 2, 3 WTBG 2017 nicht (ausdr) erwähnt ist. Dass die Übernahme von Treuhandschaften durch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer auch branchenüblich und deckungsrechtlich als grds befugte Tätigkeit angesehen wird, lässt sich der Deckung des Großschaden-Kammervorganges der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (KSW) entnehmen, wo es in Pkt 2.1 II Haftpflichtversicherung (Stand 1. 1. 2018) klarstellend heißt, „dass auch Tätigkeiten als Treuhänder, beispielsweise bei Ausübung der Gesellschafter- oder Aktionärsrechte in Kapitalgesellschaften und im Rahmen der Verfahrenshilfe (s § 77 FinstrG, § 292 BAO) als versichert gelten“.

<sup>3</sup> Der hier verwendete Begriff Sicherungstreuhand meint nicht eine Sicherungstreuhand, bei welcher der Treuhänder zur Sicherung Eigentum am Treuhandgut erwirbt (vgl dazu *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 177 [rdb.at, 1. 3. 2017]), sondern eine Treuhandschaft, die auf die Sicherung des Leistungsaustauschs aus einem Grundgeschäft samt Annexgeschäften iS des Zug-um-Zug-Prinzips abzielt (zum Zug-um-Zug-Prinzip s unten FN 15).

<sup>4</sup> *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 1; *Rabl*, Haftungserklärungen des Notars in Treuhandvereinbarungen, NZ 2015, 41 ff (42). Zum Begriff Abwicklungstreuhandschaft vgl auch *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 171 ff.

<sup>5</sup> *König*, Treuhand und Liegenschafts Kauf im Konkurs, JBl 1995, 38.

<sup>6</sup> Der Treuhänder ist weder Stellvertreter noch Erfüllungsgehilfe der Kaufvertragsparteien, vgl *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung, 120 ff; zust *Apathy*, JBl 2001, 402.

<sup>7</sup> Zur Escrow-Treuhandschaft iZm M&A-Transaktionen vgl *Mannsdorfer*, W&I-Versicherung. Versicherung von im Unternehmenskaufvertrag gewährten Sicherungen und Garantien, 3/2011 HAVE/REAS, 213 ff (220–221); *Kuhn*, Der Anwalt als Escrow Agent, Anwaltsrevue 2009, 231 ff.

<sup>8</sup> Vgl statt vieler nur *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 140 ff; *Bollenberger*, Drittfinanzierter Liegenschaftsverkehr: Haftung des Treuhänders gegenüber der Bank, ÖBA 1997, 139; *ders*, Zur Treuhandabwicklung von Bauspardarlehen, NZ 2016, 401 ff; *Rabl*, NZ 2015, 41 ff.

<sup>9</sup> Zum Begriff der mehrseitigen Treuhandschaft vgl *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 165.

<sup>10</sup> *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 43 ff.

<sup>11</sup> *Mutz*, Haftungsfragen bei Treuhandabwicklungen durch den Notariatsubstituten, NZ 1999, 357 ff.

<sup>12</sup> Vgl dazu umfassend *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 105 ff.

hafter tatsächlicher oder juristischer Erwägungen vorgenommen werden.

Begeht der Treuhänder eine Pflichtverletzung, insbesondere eine Fehlverfügung über das Treuhandgut, erwarten sich nicht nur Rechtsanwälte und Notare als Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhänder, sondern *va* (auch) deren Treugeber (Mandanten) eine entsprechende Versicherungsdeckung aus der Berufshaftpflichtversicherung. Da es bei Treuhandschaften nicht selten um hohe Transaktionsvolumina geht, bei Liegenschaftskäufen durch Konsumenten sogar oft um lebensentscheidende (einmalige) Investitionen, ist das Greifen des Versicherungsschutzes in der Berufshaftpflichtversicherung des jeweiligen Treuhänders (Rechtsanwalts und Notars) besonders wichtig. Zudem ist die Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare eine Pflichthaftpflichtversicherung, im Rahmen derer ein besonderer Geschädigtenschutz normiert ist.<sup>13</sup> Die geschädigten Dritten sollten daher (möglichst) nicht durch Deckungsablehnungen bzw. Deckungsstreitigkeiten zu Leidtragenden einer strittigen (oder versagten) Treuhänder-Deckung werden. Jüngste Deckungsdiskussionen in der Praxis, (gerichtlich ausgetragene) Deckungsstreitigkeiten zwischen Versicherern und Versicherungsnehmern sowie auch die Rsp des OGH<sup>14</sup> zeigen, dass sich weder Treuhänder noch Treugeber (Mandanten) der Deckung in der Berufshaftpflichtversicherung (insbesondere der Rechtsanwälte) sicher sein dürfen.

Auf die wichtigsten Deckungsfragen, die in der Praxis strittig sind, soll im Folgenden eingegangen werden. Es werden sechs Deckungsablehnungsgründe zur Treuhänder-Deckung erörtert: 1. der Einwand des Vorliegens einer nicht beruflichen und daher nicht versicherten Tätigkeit (II.), 2. der Einwand einer nicht versicherten (rein) wirtschaftlichen Tätigkeit (III.), 3. der Einwand eines nicht versicherten Verstoßes beim Zahlungsakt (IV.), 4. der Einwand eines nicht versicherten Erfüllungsanspruchs oder Erfüllungsersatzanspruchs, insbesondere wenn die „Rückzahlung“ der Treuhandvaluta begehrt wird (V.), 5. der Einwand der fehlenden Deckung über die Anderkontenklausel (VI.) sowie schließlich 6. der Einwand einer nicht versicherten wissentlichen Pflichtverletzung (VII.). Die Ergebnisse der Deckungsanalyse werden abschließend zusammengefasst (VIII.).

## II. BERUFLICHE TÄTIGKEIT – VERSICHERTES RISIKO

### 1. Allgemeines

Die Deckung für Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften kann *ua* mit dem Argument abgelehnt/bestritten werden, in der Übernahme einer bloßen Treuhandschaft liege (noch) keine berufliche und damit versicherte Tätigkeit, *va* wenn zur Übernahme einer Treuhandschaft kein weiterer Rechtsberatungs- bzw. Rechtsbesorgungszusammenhang hinzutritt.

Dieses Argument muss naturgemäß bei allen Rechtsanwälten und Notaren Besorgnis hervorrufen. Wie bereits ausgeführt, übernehmen Rechtsanwälte und Notare tagtäglich für ihre Treugeber (Mandanten) Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften zu enormen Vermögenswerten und leisten zur Sicherung der Vertragsinteressen der Treugeber, insbesondere zur Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips bei synallagmatischen Verträgen,<sup>15</sup> einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit. Rechtsanwälte und Notare gehen davon aus, dass dieses Tun eine berufliche und damit versicherte Tätigkeit ist, dass es also deckungsrechtlich keinen Unterschied macht, ob nur eine Treuhandschaft übernommen wird oder ob zur Treuhandschaft auch eine Rechtsberatung bzw. Rechtsbesorgung (Rechtsgestaltung) zum (des der Treuhandschaft zugrunde liegenden) Grundgeschäft (etwa als Vertragserrichter) hinzutritt.

Der Einwand, dass die Übernahme einer bloßen Treuhandschaft allein keine berufliche Tätigkeit sei, kommt daher, dass manche primäre Risikoumschreibungen in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung (der Rechtsanwälte) Treuhandschaften (nur) insofern als versichert bezeichnen, als diese auf einem „Anwaltsmandat“ beruhen.<sup>16</sup> Aber auch andere primäre Risikoumschreibungen in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte stellen auf eine berufliche Tätigkeit bzw. auf einen Rechtsbesorgungszusammenhang ab,<sup>17</sup> mögen manche AVB in einschlägigen Tätigkeitskatalogen die Funktion des Treuhänders auch *ausdr* als versichert bezeichnen.

Grds ist es richtig, dass in der Berufshaftpflichtversicherung eines Rechtsanwalts oder Notars Deckungsvoraussetzung sein muss, dass eine rechtsanwaltliche oder notarielle Tätigkeit ausgeübt wird. Obwohl Berufshaftpflichtversicherungen hinsichtlich des Berufsrisikos eine All-Risk-Deckung bieten, gibt es auch Tätigkeiten, die nicht beruflicher Natur sind, die sodann auch in der Berufshaftpflichtversicherung nicht gedeckt sind.<sup>18</sup> Von einer rechtsanwaltlichen oder notariellen Tätigkeit ist (in Abgrenzung zu sonstigen

<sup>13</sup> Zu den Pflichthaftpflichtversicherungsbestimmungen in den Berufsordnungen der Rechtsanwälte und Notare vgl § 21a RAO bzw § 30 NO. Zum besonderen Geschädigtenschutz in der Pflichthaftpflichtversicherung vgl *Rubin* in *Fenyves/Schauer*, *VersVG* (2014) Vor §§ 158b – 158i Rz 3.

<sup>14</sup> Prominent sind hierbei die E des OGH 7 Ob 230/14 w *VersE* 2542; 7 Ob 127/17b *RdW* 2/2018, 94 zum nicht versicherten Ersatzanspruch bei Fehlverfügungen eines Treuhänders (Rechtsanwalts, Steuerberaters).

<sup>15</sup> Zum Zug-um-Zug-Prinzip bei synallagmatischen Verträgen vgl statt vieler *Urbanek*, *Treuhandige Abwicklung* 120ff; *Apathy/Perner* in *KBB*<sup>5</sup> (2017) § 1052 Rz 1; *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches Recht* II<sup>14</sup> (2015) Rz 180ff.

<sup>16</sup> So heißt es *ua*: „Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt, insbesondere als Treuhänder, soweit die Tätigkeit im Rahmen eines Anwaltsmandates erfolgt.“

<sup>17</sup> So heißt es *ua*: „Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt sowie aus allen mit der Ausübung der Rechtsanwaltschaft verbundenen erlaubten Tätigkeiten.“ Der Rechtsbesorgungszusammenhang ergibt sich aus der Wendung, dass die versicherte Tätigkeit „mit der Ausübung der Rechtsanwaltschaft“ „verbunden“ sein muss; vgl zu diesem Zusammenhang *Wilhelmer*, *Die Grenzen des Versicherungsschutzes in der Rechtsanwaltschaftpflichtversicherung*, *öAnwBl* 3/2016, 124ff (127 – 128). Für Notare gilt grds nichts anderes, da auch sie einen Rechtsberuf ausüben, womit eine versicherte „notarielle Treuhandschaft“ (nur) dann vorliegt, wenn ein entsprechender Rechtsbesorgungszusammenhang nachweisbar ist.

<sup>18</sup> Zu den Grenzlinien des Versicherungsschutzes mit Blick auf die berufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts vgl zB *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 127 – 135.

Tätigkeiten) daher dann zu sprechen, wenn diese Tätigkeiten einen Rechtsbesorgungszusammenhang aufweisen.<sup>19</sup> Erst mit dem Vorliegen eines Rechtsbesorgungszusammenhangs wird eine allgemeine Tätigkeit zu einer beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts und Notars und damit zu einer versicherten Tätigkeit in der Berufshaftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Notaren. Das Kriterium des Rechtsbesorgungszusammenhangs ist geeignet, die Abgrenzung zu nicht versicherten Tätigkeiten zu leisten, ua die Abgrenzung zu rein wirtschaftlichen Tätigkeiten, die nicht mehr als berufliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts und eines Notars anzusehen sind. Derartige rein wirtschaftliche Tätigkeiten liegen etwa vor, wenn Rechtsanwälte und Notare als reine Strohmann-Treuhänder,<sup>20</sup> als reine Mittelverwendungskontrolloren (Rechnungskontrolloren)<sup>21</sup> iZm Kapitalanlage- bzw Vermögensanlagemodellen oder im Rahmen sonstiger rein geschäftsführender Treuhandschaften<sup>22</sup> (ua als Sanierungstreuhänder)<sup>23</sup> tätig werden.

Die Übernahme von Abwicklungs- bzw Sicherungstreuhandschaften ist dagegen gerade nicht wirtschaftlich, sondern idR (ausschließlich) juristisch geprägt. Mag es auch eine Vielzahl an unterschiedlichen Formen von Treuhandschaften und Treuhandschaftsverhältnissen im Rechtsverkehr geben,<sup>24</sup> ist die Übernahme von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften auf die Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips iZm dem Leistungsaustausch aus einem Grundgeschäft gerichtet und, wie noch zu zeigen sein wird, per se als rechtsbesorgend und daher als versicherte Tätigkeit zu qualifizieren. Auf das Erfordernis eines weiteren Rechtsbesorgungszusammenhangs, der zusätzlich zu einer Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft hinzutreten muss, kommt es richtigerweise deckungsrechtlich nicht mehr an.

## 2. Maßgebliches Recht

Die Frage, ob die Übernahme von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften durch ö Rechtsanwälte und ö Notare bereits rechtsbesorgend und (deckungsrechtlich) als versicherte Tätigkeit (iS der maßgeblichen AVB) einzustufen ist, richtet sich nach ö Recht bzw nach ö Berufsbranchenverständnis. Ist der Versicherungsvertrag mit einem inländischen (ö) Versicherer abgeschlossen, gilt dies mangels eines Auslandsbezugs schon grds (dh auch ohne explizite Rechtswahlklausel). Aber auch dann, wenn Rechtsanwälte und Notare zu ihrer Berufshaftpflichtversicherung mit einem ausländischen Versicherer kontrahieren, gilt infolge der (häufig) in den AVB vereinbarten Rechtswahlklausel<sup>25</sup> bzw bei Pflichthaftpflichtversicherungen (sollte eine Rechtswahlklausel in den AVB nicht vereinbart sein) aufgrund des maßgeblichen IPR-Rechts<sup>26</sup> (idR) ö Recht.

Für die Beurteilung des Umfangs einer Berufsbefugnis bzw eines Berufsbilds sind somit das lokale (hier in Ö geltende) Recht und das lokale (ö) Berufsbildverständnis maßgeblich. Dies gilt auch für die Frage, ob Abwicklungs- und

Sicherungstreuhandschaften einen ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhang aufweisen. Der Blick auf allfällige d Lit und Rsp zur Frage, ob eine Treuhandtätigkeit eines Rechtsanwalts oder Notars als versicherte (berufliche) Tätigkeit zu qualifizieren ist, ist daher nicht von Bedeutung.<sup>27</sup> Deutsche Rsp und Lit können dagegen hilfreich sein, wenn es darum geht abzugrenzen, ab welcher rechtlichen Qualität eine allgemeine Tätigkeit eines Rechtsanwalts einen ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhang aufweist<sup>28</sup> (s unten II.4).

## 3. Berufliche Kerntätigkeit bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften

Die Tatsache, dass zur Beurteilung der beruflichen Tätigkeit und damit des versicherten Risikos eines ö Rechtsanwalts oder Notars das ö Recht maßgeblich ist, ist gerade mit Blick auf Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften im Vergleich zum d Recht entscheidend. Zu Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften zeigt sich ein deutlicher Unterschied zwischen dem ö Berufsrecht und ö Branchenverständnis und dem d Berufsrecht und d Berufsbranchenverständnis.

Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften sind nach dem ö Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare –

<sup>19</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128.

<sup>20</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 133–134; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2017) § 1 Rz 36.

<sup>21</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128. Vgl dazu auch *Saenger/Scheuer*, Wandel im Berufsbild: Mittelverwendungskontrolle als anwaltliche Tätigkeit? dAnwBl 2012, 497 ff, 500 f. Neuerdings häufen sich Anfragen, ob die Übernahme einer Treuhandsfunktion gem § 19 Abs 3 Z 3 AIFMG, nämlich als Verwahrstelle Vermögenswerte von und für alternative Investmentfonds zu halten, von der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare umfasst ist. Obwohl mit der Treuhandsfunktion gem AIFMG auch eine Sicherungsfunktion einhergeht, liegt die Sicherungsfunktion des Treuhänders in diesem Fall nicht darin, das Zug-um-Zug-Prinzip iZm dem Leistungsaustausch aus einem Grundgeschäft abzusichern, sondern analog einer Depotbank eines Wertpapierfonds den Anleger vor Unregelmäßigkeiten bzw „Malversationen“ (sein Vermögen betreffend) zu schützen. Die Übernahme einer „Depotbankfunktion“ ist vom Berufsbild des Rechtsanwalts und Notars allerdings (schon) weit entfernt. Zu Bejahung einer Versicherungsdeckung wäre diesfalls (infolge der starken wirtschaftlichen Prägung der AIFMG-Treuhandschaft) (wohl) das Vorliegen eines (auch) ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs nachzuweisen.

<sup>22</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 133–134.

<sup>23</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128. Vgl zum Sanierungstreuhänder und dem Erfordernis einer individuellen Gestaltung des Versicherungsschutzes *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, Sanierungstreuhänder und Sanierungsprivileg, *ecolex* 2017, 777 (779).

<sup>24</sup> Vgl zu den unterschiedlichen Formen der Treuhandschaft *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995).

<sup>25</sup> So heißt es in AVB mit ausländischen Versicherern zB: „Für Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag gilt die Anwendung österreichischen Rechts sowie als Gerichtsstand Wien vereinbart.“

<sup>26</sup> Art 7 Abs 4 lit a Rom I ist eine zwingende Norm, die unabhängig vom maßgeblichen Vertragsstatut zur Anwendung gelangt (*Perner in Fenyves/Schauer*, VersVG Anhang, Rz 35; *ders*, Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I, IPRax 2009, 221; *ders*, Neues IPR-Recht für Versicherungsverträge, *ecolex* 2009, 19 ff). Insofern gilt das ö Pflichthaftpflichtversicherungsrecht (§§ 158 b ff VersVG) auch dann, wenn im Pflichthaftpflichtversicherungsvertrag eines in Ö zu versichernden Risikos die Anwendung ausländischen Rechts vereinbart sein sollte, das den VN im Vergleich zum ö Pflichthaftpflichtversicherungsrecht schlechter stellt.

<sup>27</sup> Zur umfangreichen (auch kasuistischen) Rsp des BGH, ab wann die Übernahme eines Treuhandsmandats eine anwaltliche Tätigkeit ist, vgl *Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch der Anwaltschaft<sup>4</sup> (2015) § 1 Rz 164–168.

<sup>28</sup> Vgl *Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 1 Rz 160–161, insbesondere Rz 164–168; *Wilhelmer*, AnwBl 2016, 127.



anders als in D<sup>29</sup> – ganz zentral geregelte berufliche Tätigkeiten. Dies zeigt sich schon an den Berufsordnungen der Rechtsanwälte (§ 10a RAO, der ausdr die anwaltliche Treuhandschaft normiert) und der Notare (§ 109a NO, der die „notarielle Treuhandschaft“ regelt) und setzt sich im einschlägigen Richtlinienrecht der Berufskammern fort. So heißt es ua in den Treuhandstatuten der ö RAK: „Unter vertraglich übernommene Treuhandschaften (. . .) werden alle entgeltlichen oder unentgeltlichen Mandatsverträge verstanden, in deren Rahmen der RA den ausdrücklichen schriftlichen Auftrag zur Verwahrung und späteren Ausfolgung eines bei ihm hinterlegten Geldbetrages für den Fall des Eintrittes einer oder mehrerer vorher bestimmter Bedingungen an einen oder mehrere ihm als Begünstigte genannte Dritte übernimmt.“<sup>30</sup> Gleiches findet sich in Pkt 1.1 THR 1999 idF 2019, der die notarielle Treuhandschaft regelt: „Eine notarielle Treuhandschaft ist ein offenes, zwei- oder mehrseitiges Rechtsverhältnis, bei welchem ein Notar aufgrund einer Treuhandvereinbarung Vermögenswerte (Geld, Geldwerte), Rechte oder Urkunden übernimmt, und der Notar dabei als Treuhänder gegenüber einem, zwei, oder mehreren Treugebern unter seiner notariellen Berufsverantwortung die Verpflichtung übernimmt, die in der Treuhandvereinbarung festgelegten Rechtsfolgen herbeizuführen und Bedingungen zu erfüllen und der Notar als Treuhänder im eigenen Namen oder im Auftrag, im Interesse und für Rechnung des oder der Treugeber handelt.“<sup>31</sup> In den von den Berufskammern empfohlenen Treuhandbedingungen heißt es ua bei Verfügungen über Treuhandgelder: „Der Treuhänder darf Treuhandgelder mangels abweichender schriftlicher Vereinbarung nur dann ausfolgen oder sich zu einer Ausfolgung verpflichten, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung des Treuhandauftrages aufgrund der ihm vorliegenden Urkunden sichergestellt ist.“<sup>32</sup>

In Ö ist – anders als in D – auch der Begriff des „Treuhandmandates“ anerkannt und geläufig.<sup>33</sup> Zwischen einem Treuhandmandat (mit entsprechendem Sicherungsinteresse) und einem „Anwaltsmandat“ besteht nach ö Berufsrecht und Branchenverständnis infolge der zentralen Stellung der Treuhandschaft im Berufsrecht der Rechtsanwälte kein Unterschied. Für Notare gilt mit dem Begriff der „notariellen Treuhandschaft“ in § 109a NO Gleiches.

Bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften liegt auch eine ausreichende Abgrenzung zu rein wirtschaftlich geprägten Treuhandschaften, wie etwa zu reinen Strohmann-Treuhandschaften, „treuhändigen“ Mittelverwendungskontrollen oder sonstigen geschäftsführenden Treuhandschaften vor (vgl schon oben II.1.), sodass der Versicherungsschutz nicht uferlos zu werden droht.

Übernehmen Rechtsanwälte oder Notare daher im Zuge von Abwicklungs- bzw Sicherungstreuhandschaften treuhändig Gelder, Rechte, Urkunden etc, um sie nach bestimmten rechtsbesorgenden Handlungen (Einholung von behördlichen Genehmigungen, grundbuchsrechtlichen Sicherstellungen) und nach Eintritt bestimmter Auszahlungs-

bedingungen weiterzuleiten,<sup>34</sup> liegt schon eine berufliche, weil rechtsbesorgende Tätigkeit vor. Die Rechtsbesorgung liegt in der Sicherung des Leistungsaustauschs eines Grundgeschäfts.<sup>35</sup> Es geht zum einen um die Wahrung des Zugum-Zug-Prinzips beim Leistungsaustausch,<sup>36</sup> zum anderen um die Verschaffung einer für den Fall des Eintritts bestimmter Rechtstatsachen<sup>37</sup> gesicherten Zugriffsmöglichkeit auf Vermögenswerte, die dem (dann) jeweils Berechtigten aus einer Transaktion zukommen sollen.<sup>38</sup> Ein rechtsbesorgender Zusammenhang besteht auch bei „einfachen“ Escrow-Treuhandschaften, bei denen der Treuhänder (nur) als neutrale Instanz Gelder in Verwahrung nimmt, um sie dann (treuhandvereinbarungsgemäß) bei Eintritt bestimmter Rechtstatsachen entweder an den Absender zurückzuüberweisen oder (oftmals) nach gemeinsamer Anweisung durch die Treugeber (Vertragsparteien des Grundgeschäftes) an den (dann) Berechtigten weiterzuleiten.<sup>39</sup> Komplizierte juristische Fragen sind bei Escrow-Treuhandschaften – anders als bei klassischen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften – nicht zu lösen. Gleichwohl übernimmt auch der Escrow-Treuhänder eine wichtige Sicherungsfunktion, die für den Rechtsverkehr erforderlich ist.<sup>40</sup>

Wird bei Treuhandschaften daher insgesamt eine Zugum-Zug-Sicherungsfunktion oder Vermögens-Sicherungsfunktion übernommen, kann ein rechtsbesorgender Zusammenhang nicht bestritten und ein rein wirtschaftlich geprägtes (nicht berufliches) Tun nicht (einfach) behauptet werden. Auch der OGH hat in seiner bisherigen (deckungs-

<sup>29</sup> Die Treuhandschaft ist in der BRAO nicht ausdr geregelt, sondern vom BGH als zT anwaltliche Tätigkeit anerkannt, vgl *Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch*<sup>4</sup> § 1 Rz 164.

<sup>30</sup> Vgl dazu ausf *Thurner, Treuhand- und Fremdgeldverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der standesrechtlichen Verpflichtungen für Rechtsanwältinnen* (2004) 33 ff (insbesondere Pkt 1.1 des Treuhandstatuts der RAK Wien 93); vgl zB auch Pkt 5.3. der aktuellen Fassung des Treuhandstatuts der RAK Wien v 30. 4. 2019 (<https://www.rakwien.at/?seite=klienten&bereich=treuhandbuch> [abgefragt am 31. 10. 2019]).

<sup>31</sup> Vgl Pkt 1.1 VHR 1999 idF v 25. 4. 2019 NZ 6/2019, 234 (239).

<sup>32</sup> Vgl Pkt 4 der Allgemeinen Bedingungen für die treuhändige Abwicklung von Immobilientransaktionen (Anhang zu § 43 Abs 5 RL-BA in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO*<sup>9</sup> [2015] 763 [764]). Ähnlich auch Pkt 9 THR 1999 idF 2019 (NZ 2019, 234 ff): „Der Notar darf das Treuhandgut nur ausfolgen, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung des Treuhandauftrages aufgrund der ihn treffenden Berufspflichten und Pflichten aus der Treuhandvereinbarung zu erwarten ist.“

<sup>33</sup> Vgl OGH 1 Ob 26/71 EvBl 1972/19; 3 Ob 558/79 EvBl 1980/162; 7 Ob 13/90 VersE 1473; RS0010415.

<sup>34</sup> *Urbanek, Treuhändige Abwicklung* 105 ff, 180 ff.

<sup>35</sup> *Urbanek, Treuhändige Abwicklung* 96–102, 105 ff; *Bollenberger, ÖBA* 1997, 139; *ders, NZ* 2016, 401 ff.

<sup>36</sup> Vgl bereits oben FN 15.

<sup>37</sup> ZB Einverleibung des Eigentumsrechts des Käufers, Einverleibung des Pfandrechts der kaufpreisfinanzierenden Bank im Grundbuch.

<sup>38</sup> Zur Sicherungsfunktion des Kaufpreisteilerlags im Zuge einer M&A-Transaktion, um bestimmte Garantierisiken wirtschaftlich zu besichern, vgl *Mannsdorfer, 3/2011 HAVE/REAS*, 220–221.

<sup>39</sup> *Mannsdorfer, 3/2011 HAVE/REAS*, 221, wonach der Treuhänder das Treuhandgut entweder auf Basis einer gemeinsamen schriftlichen Anweisung der Treugeber oder auf Basis eines rechtskräftigen Gerichtsurteils auszufolgen hat. AA (und nur für die dBerufshaftpflichtversicherung relevant) *Riechert, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte* (2018) § 1 Rz 43, 53–54, der den Escrow-Treuhänder als nicht versichert ansieht, allerdings mit dem Argument, es liege eine unzulässige doppelnutzige Treuhandtätigkeit vor. Dass der mehrseitige Treuhänder nicht gegen das Doppelvertretungsverbot verstößt, ist aber in Ö hM; vgl statt vieler nur *Urbanek, Treuhändige Abwicklung* 43–51.

<sup>40</sup> *Kuhn, Anwaltsrevue* 2009, 231.

rechtlichen) Rsp die Übernahme von juristisch und sicherungstechnisch geprägten Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften in Ö unzweifelhaft als berufsbildlich und damit als versicherte Tätigkeit qualifiziert.<sup>41</sup> Kommt es zur Verfügung über Vermögenswerte im Zuge von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften (die Verfügung über Vermögenswerte ist, wie bereits ausgeführt, ein zentraler Bestandteil der von den Berufskammern definierten Treuhandaufträge), gilt nichts anderes.<sup>42</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, liegt in der Verfügung über Vermögenswerte, die eine Annextätigkeit zur Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft bedeutet, auch keine (nicht versicherte) rein wirtschaftliche Tätigkeit. Allenfalls der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ kann für die Deckung des Treuhänders eine Rolle spielen (vgl unten IV.).

Weil Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften, welche die beschriebenen Sicherungsfunktionen erfüllen, per se rechtsbesorgend und als versicherte Tätigkeit zu qualifizieren sind, kommt es auf einen weiteren rechtsbesorgenden Zusammenhang, etwa auf eine Rechtsberatung oder Vertragsgestaltung iZm dem einer Treuhandschaft zugrundeliegenden Rechtsgeschäft, auf die Gestaltung und Beratung zu sonstigen Rechtsfragen, die sich iZm einer Treuhandschaft stellen können, etwa die Formulierung einer Treuhandvereinbarung, die Gestaltung von Gerichtsstands- bzw Schiedsgerichtsklauseln, nicht (mehr) an (vgl zum Kriterium des Rechtsbesorgungszusammenhangs im Detail II.4.). Auch die zitierten Treuhandschaftsrichtlinien der Berufskammern in Österreich setzen einen zusätzlichen rechtsbesorgenden Zusammenhang zur Tätigkeit als Treuhänder nicht voraus, etwa dass der Treuhänder zum Grundgeschäft auch noch beraten müsse oder dieses als Vertragserrichter zu gestalten habe. Einige AVB in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte regeln diesen (nicht erforderlichen) weiteren Rechtsbesorgungszusammenhang (mittlerweile) auch ausdrücklich.<sup>43</sup>

#### 4. Kriterien des Rechtsbesorgungszusammenhangs

Auch wenn Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften nach ö Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare per se als rechtsbesorgend zu betrachten und daher als versichert zu bejahen sind, ist dennoch der Frage nachzugehen, ab welcher Rechtsqualität weitere (andere) Tätigkeiten eines Rechtsanwalts oder Notars versichert bzw nicht versichert sind, dh, ab wann eine Tätigkeit den für die Versicherungsdeckung erforderlichen „Rechtsbesorgungszusammenhang“ aufweist, weil in der Deckungspraxis diese Frage im Zuge von Treuhandschaften thematisiert wird.

Wichtig ist zunächst festzuhalten, dass es für das Vorliegen eines Rechtsbesorgungszusammenhangs nicht darauf ankommt, ob die zu beurteilende Tätigkeit „schwerpunktmäßig“ rechtsberatend bzw rechtsbesorgend erbracht wurde.<sup>44</sup> Diese (in D verbreitete) Schwerpunkttheorie baut

mE zu hohe Hürden auf, um ein grds versichertes Risiko zu bejahen. Würde zB eine rein rechtliche Fehlbeurteilung in einem nicht schwerpunktmäßig rechtlich geprägten Mandatsverhältnis zu einer Haftung führen, bestünde nach der Schwerpunkttheorie keine Deckung, obwohl sich gerade das Risiko einer juristischen Fehlberatung verwirklicht. Andererseits ist es auch nicht sachgerecht, die Abgrenzung des versicherten Risikos danach vorzunehmen, welches Risiko sich verwirklicht.<sup>45</sup> Bei dieser Betrachtungsweise wird nicht darauf abgestellt, ob der Schwerpunkt des Mandats/Auftrags rechtsberatend bzw rechtsbesorgend war, sondern ob dem Rechtsanwalt oder Notar der Fehler bei den spezifisch rechtlichen Elementen des Auftrags unterlaufen ist, egal ob diese gegenüber den nicht beruflichen (zB rein wirtschaftlichen) Elementen des Auftrags im Vordergrund stehen oder untergeordnet sind.<sup>46</sup> In diesem Fall sind nur jene Tätigkeiten versichert, die einen juristischen Konnex aufweisen. Jene Tätigkeiten, die nicht juristisch geprägt sind, sind zur Gänze (auch im Rahmen der primären Risikoumschreibung) nicht versichert. Bei diesem zweiten, sehr engen Verständnis des versicherten Risikos würden Risikoausschlüsse, wie etwa der Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“, in Art 4 I 4 AVBV nur deklaratorisch wirken<sup>47</sup> und damit – abgesehen von seiner Warnfunktion<sup>48</sup> – inhaltslos sein. Eine derartige ausschließlich klarstellende (und damit funktionslose) Wirkung von Risikoausschlüssen kann den AVB-Verwendern mE aber nicht unterstellt werden. Richtigerweise ist von einer überwiegend konstitutiven Wirkung der Risikoausschlüsse in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare auszugehen.<sup>49</sup> Diese Sichtweise teilt auch der OGH,<sup>50</sup> der mE insofern (implizit) der Theorie des Rechtsbesorgungszusammenhangs (des BGH) folgt.

<sup>41</sup> Vgl OGH 7 Ob 6/88 VersE 1379; 7 Ob 27/94 VersE 1621; 7 Ob 2263/96m VersE 1715; 7 Ob 119/05h VersE 2120; 7 Ob 7 Ob 121/05b VersE 2122; 7 Ob 70/14s VersE 2511.

<sup>42</sup> Vgl 7 Ob 6/88 VersE 1379 („Daß die treuhändige Verwahrung eines erst später zur Auszahlung zu bringenden Kaufpreisteiles im Rahmen einer anwaltlichen Tätigkeit üblich ist, bestreitet auch die Beklagte nicht“).

<sup>43</sup> So heißt es etwa: „Als anwaltliche Tätigkeit gilt auch die Prüfung und der Vollzug von Auszahlungsbedingungen im Rahmen von Treuhandmandaten, unabhängig davon, ob das der Treuhandschaft zugrunde liegende Rechtsgeschäft bzw die Treuhandvereinbarung selbst rechtlich gestaltet wurde“; vgl dazu auch *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127.

<sup>44</sup> Vgl *Wilhelmer*, 2016, 127; aA *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 23 ff.

<sup>45</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 23.

<sup>46</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 23. Diese Form der Risikoabgrenzung vertreten *Jungk*, Der Anwalt im Grenzbereich anwaltlicher Tätigkeit, dAnwBl 2004, 117; *Chab* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 18 Rz 37.

<sup>47</sup> So etwa *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2013) E Rz 81, die den in Art 4 I 4 der ö AVBV vergleichbaren Risikoabschluss zB in d Teil B BBR S (Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Steuerberatern) als deklaratorisch bezeichnen, da bei Empfehlung, Vermittlung oder Durchführung wirtschaftlicher Geschäfte der Bereich der versicherten Tätigkeit schon auf der Ebene der primären Risikoumschreibung verlassen wird.

<sup>48</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 6.

<sup>49</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 136; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 6.

<sup>50</sup> Dies zeigt mE die Rsp des OGH zur Deckung des Insolvenzverwalters und Sachwalters, vgl 7 Ob 224/69v JBl 1970, 531; vgl öAnwBl 2016, 139 FN 160. Eine Differenzierung zwischen versicherter juristischer Tätigkeit und nicht versicherter wirtschaftlicher Tätigkeit nimmt der OGH auch in seiner E 7 Ob 2163/96f ausdr vor, vgl *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 139.

Für das Vorliegen einer versicherten beruflichen Tätigkeit reicht es daher, wenn zwischen der berufstypischen und weniger berufstypischen Tätigkeit ein enger Zusammenhang mit rechtlicher Beistandspflicht besteht und auch die berufsuntypischen Aufgaben Rechtsfragen aufwerfen.<sup>51</sup> Erst dann, wenn ein „Rechtsfragen besogender Zusammenhang“ in einem Mandat völlig fehlt bzw. „völlig in den Hintergrund“ tritt und deshalb unwesentlich wird oder wenn die berufsfremde Tätigkeit von der rechtsanwaltlichen Tätigkeit „isoliert“ beauftragt (zB reine Anlageberatung, Kreditvermittlung) wird,<sup>52</sup> ist die Grenze des versicherten Risikos in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare überschritten.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein rechtsbesogender Zusammenhang vorliegt, ist zur Vorbeugung von allzu raschen Deckungsablehnungen grds, va im Zweifel, ein weites Verständnis von rechtsbesogenden Tätigkeiten geboten. Ein weites Verständnis des versicherten Risikos ist der Haftpflichtversicherung generell inhärent und gilt auch in der Betriebshaftpflichtversicherung. Versichert soll alles das sein, was zur Führung eines Betriebs dazugehört.<sup>53</sup> Das Betriebshaftpflichtrisiko ist nach Ansicht des OGH nicht nur auf typische Betriebsgefahren beschränkt, sondern es ist jede Tätigkeit der Betriebshaftpflichtversicherung zuzurechnen, die für den Betrieb erfolgt oder in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Betrieb steht.<sup>54</sup> Im Zweifel ist, insbesondere wenn dem Versicherten die Überschreitung seiner Berufsbefugnis nicht bewusst ist, der Versicherungsnehmer durch Annahme einer Deckung geschützt.<sup>55</sup> In der Berufshaftpflichtversicherung (der Rechtsanwälte und Notare) kann insofern nichts anderes gelten. Wird ein Rechtsanwalt oder Notar als solcher tätig, ist die Erwartungshaltung der Mandanten regelmäßig auch darauf gerichtet, dass dieser rechtsbesorgend die Interessen der Mandanten wahrnimmt.<sup>56</sup> Ein zu enges Differenzieren zwischen beruflicher Tätigkeit und sonstigen Tätigkeiten, die im Rahmen eines Mandats miterledigt werden, wäre dem (auch pflichthaftpflichtversicherungsgeschützten) Klienten (Dritten) schwer vermittelbar.<sup>57</sup>

Liegen mehrere separat erteilte Mandate vor, die isoliert betrachtet nicht versichert wären, sind diese Mandate, wenn sie eine Verbindung aufweisen, als „Einheit“ zu sehen, womit bei einer Gesamtbetrachtung die Summe der Teiltätigkeiten wieder als versichert gelten.<sup>58</sup> Dies ist insbesondere iZm mehrseitigen Treuhandschaften (also bei Vorliegen mehrerer Treuhandaufträgen von mehreren Treugebern) von Bedeutung. Für das Verhältnis von Treuhandschaft und dem der Treuhandschaft zugrunde liegenden Grundgeschäft gilt Gleiches. Bei der Abwicklung von Grundgeschäften hat der Treuhänder auch andere Rechtsgrundlagen als jene von Treuhandaufträgen (nämlich ua jene des Grundgeschäfts) zu prüfen und zu berücksichtigen. Abwicklungstreuhandschaften und Grundgeschäft stehen in einem unauflösbaren Zusammenhang und sind nach hM als Einheit zu sehen.<sup>59</sup> Eine (juristische) Trennung in eine versicherte

Tätigkeit als Vertragserrichter des Grundgeschäfts und in eine nicht versicherte Tätigkeit einer reinen Treuhandschaft zur Abwicklung des Grundgeschäfts wäre daher verfehlt.

Ähnliches gilt, wenn deckungsrechtlich auf einen direkten (expliziten) Mandatszusammenhang zum geschädigten Dritten abgestellt wird. Insbesondere bei mehrseitigen Treuhandschaften muss nicht immer ein expliziter Auftragszusammenhang gegeben sein.<sup>60</sup> Kann sich der geschädigte Dritte (etwa als Begünstigter aus einer Treuhandschaft) auf eine berufliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts oder Notars stützen, und zwar entweder auf einen Vertrag zugunsten Dritter<sup>61</sup> oder auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,<sup>62</sup> ist dieses Vertragsverhältnis Grundlage der beruflichen Tätigkeit gegenüber dem geschädigten Dritten, sodass für daraus resultierende Haftpflichtansprüche der Versicherungsschutz in der Berufshaftpflichtversicherung nicht abgelehnt werden kann. Es wäre unzutreffend zu meinen, es läge bei einer Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandenschaft keine berufliche (rechtsanwaltliche oder notarielle) Tätigkeit vor, nur weil gegenüber dem Treugeber nicht explizit ein Treuhandauftrag oder eine sonstige direkte Mandatsbeziehung bestehe.<sup>63</sup>

## 5. Abgrenzung zu den Risikoausschlüssen

Durch den richtigerweise weit anzunehmenden Maßstab des Rechtsbesorgungszusammenhangs in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare kann es dazu kommen, dass neben der rechtsbesogenden Tätigkeit der Rechtsanwälte oder Notare auch berufsfremde Tätigkei-

<sup>51</sup> Diese Abgrenzung der berufsbildlichen Rechtsanwaltstätigkeit nimmt der dBGH nach seiner nunmehr neueren Rsp vor; vgl mwN *Rinkler* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 1 Rz 160–161. Dieser Form der Abgrenzung bereits folgend *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127.

<sup>52</sup> *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltschaft<sup>2</sup> (2014) Rz 14 und 18; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128.

<sup>53</sup> *Maitz*, Kommentar zu den AHVB/EHVB (2018) 14.

<sup>54</sup> Vgl OGH 7 Ob 79/00v VersE 1884; 7 Ob 1032/91 RS0080538; *Reisinger* in *Hartjes/Janker/Reisinger*, Die Haftpflichtversicherung (2017) 12ff; *Maitz*, AHVB/EHVB 1415.

<sup>55</sup> *Maitz*, AHVB/EHVB 14.

<sup>56</sup> *Rinkler* in *Zugehör/Fischer/Vill/Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 1 Rz 162; *Saenger/Scheuch*, dAnwBl 2012, 500–501.

<sup>57</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 28; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 129.

<sup>58</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 30; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 128.

<sup>59</sup> Zum Zusammenhang von Grundgeschäft und Treuhandschaft vgl ua *Mutz*, NZ 1999, 357 ff.

<sup>60</sup> Vgl zur mehrseitigen Treuhandschaft *Lehner*, Die notarielle Treuhandschaft aus berufsrechtlicher Sicht, in *Apathy*, Treuhandschaft 287. Zu Fragen der unterschiedlichen Treugebereigenschaft, insbesondere mit Blick auf die kaufpreisfinanzierende Bank oder auf die Bank des Hypothekargläubigers bei einer Treuhandschaft, vgl auch *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 140ff, 165ff.

<sup>61</sup> Zu Treuhandverträgen als Vertrag zugunsten Dritter vgl *D. Fischer* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 9 Rz 8–9ff.

<sup>62</sup> Als weitere Anspruchsgrundlage der Dritthaftung gilt ua jene der Verletzung objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten.

<sup>63</sup> Die berechtigten Deckungserwartungen der VN wären nicht erfüllt, würden Haftpflichtansprüche nur des unmittelbaren Auftraggebers (Vertragspartners des VN) und nicht auch Drittansprüche (im Wege der zunehmenden Dritthaftung von rechts- und wirtschaftsberatenden Berufsträgern) gedeckt sein; so auch richtig *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 16, B BBR-RA Rz 2.



ten zum Gegenstand des versicherten Risikos in der Berufshaftpflichtversicherung werden. Als Korrektiv der Risikoabgrenzung kommen deshalb die (überwiegend deckungsausschließenden) Risikoausschlüsse ins Blickfeld, wie etwa der Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ gem Art 4 I 4 AVBV<sup>64</sup> oder der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gem Art 4 I 6 AVBV.<sup>65</sup>

Werden im Rahmen eines Mandats neben einer juristischen Beratung/Rechtsbesorgung (Beratung, Erstellung von Urkunden, Eingaben bei Gericht) gleichzeitig auch wirtschaftliche Tätigkeiten entfaltet, ist bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs auf der Stufe des versicherten Risikos grds Deckung gegeben, und erst auf der Stufe des „Wirtschaftsausschlusses“, dh für das mit der wirtschaftlichen Tätigkeit verbundene Fehlgestaltungs- bzw Fehlentscheidungsrisiko, die Deckung ausgeschlossen. Gleiches gilt für geldmanipulative Risiken wegen des Risikoausschlusses „Verstoß beim Zahlungsakt“. Unter III. und IV. ist daher der Frage nachzugehen, ob und inwieweit diesen Risikoausschlüssen bei Abwicklungs- bzw Sicherungstreuhandschaften (heute noch) eine deckungsversagende Rolle zukommt.

## 6. Abgrenzung zu anderen Berufen

Bevor auf die Risikoabgrenzung durch Risikoausschlüsse eingegangen wird, ist noch ein weiterer Deckungseinwand zu erwähnen, der sich darauf richtet, dass eine berufliche Tätigkeit deshalb nicht vorliege, weil die gleiche Tätigkeit auch von anderen Berufen ausgeübt werden könne. Das, was von anderen Berufen, etwa von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Unternehmensberatern, erledigt werden könnte, sei, so das Argument, eben noch keine rechtsanwaltliche oder notarielle Tätigkeit.<sup>66</sup>

Dieser Deckungseinwand ist unzutreffend, zum einen mit Blick auf den sehr weiten Befugnisumfang etwa der Rechtsanwälte. Rechtsanwälte dürfen befugnisrechtlich (bei entsprechendem Rechtsbesorgungszusammenhang) auch Dienstleistungen (wie etwa Steuerrechtsberatung, Lohnverrechnung und Buchhaltung bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs) erbringen, die auch andere wirtschaftsberatende Berufe erbringen.<sup>67</sup> Eine Überschneidung von Berufskompetenzen ist daher noch kein (zwingender) Auslegungsparameter für die Beurteilung des versicherten Risikos, außer es handelt sich um (exklusive) Vorbehaltsaufgaben eines bestimmten Berufs, womit andere Berufsgruppen von einer bestimmten Tätigkeit ausgeschlossen sind.<sup>68</sup> Zum anderen stimmt die Prämisse auch im umgekehrten Sinn nicht, dass nämlich Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater genauso wie Rechtsanwälte oder Notare ohne Weiteres Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften übernehmen dürfen. Befugnisrechtlich liegt eine zulässige „Rechtsbesorgung“ durch einen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater nur dann vor, wenn diese

in einem unmittelbaren beruflichen Zusammenhang mit ihrer eigenen beruflichen Tätigkeit steht.<sup>69</sup> Zudem darf sich die Rechtsdienstleistung grds nur auf die Rechtsberatung (Beratung in Rechtsangelegenheiten) beziehen, sodass „rechtsbesorgende Handlungen“ von dieser Erweiterungskompetenz grds nicht umfasst sind.<sup>70</sup> Die Übernahme einer reinen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft erscheint daher vom Befugnisumfang des Steuerberaters (zumindest mit Blick auf die Befugnisregelungen des 1. Hauptstücks des WTBG) nicht umfasst.

## III. RISIKOAUSSCHLUSS WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT

Ist die übernommene Treuhandschaft auf eine einfache Sicherungsfunktion reduziert (wie es etwa bei der Übernahme von Escrow-Treuhandschaften vorkommen kann), wird in der Praxis der Deckungseinwand ins Treffen geführt, es handle sich bei der Treuhandabwicklung um eine rein wirtschaftliche Tätigkeit, die dem Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ gem Art 4 I 4 AVBV<sup>71</sup> unterliege.<sup>72</sup> Der Versicherungsschutz würde deshalb bei uneingeschränkter Geltung dieses Risikoausschlusses gar nicht<sup>73</sup> oder bei Abänderung dieses Risikoausschlusses nur partiell bestehen.<sup>74</sup>

<sup>64</sup> Vgl *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 139–140.

<sup>65</sup> Vgl *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 145–146.

<sup>66</sup> Zu diesem Argument vgl ua *Chab*, Der Rechtsanwalt im Grenzbereich der versicherten Tätigkeit – Haftungsfragen und Deckungsprobleme, PHI 6/2013, 216 (218).

<sup>67</sup> Vgl dazu auch *Wilhelmer*, Der Rechtsanwalt als Buchhalter, Lohnverrechner und Bilanzierer, *ecolex* 2016, 952ff.

<sup>68</sup> *Wilhelmer*, *ecolex* 2016, 953955.

<sup>69</sup> Grds zur Abgrenzung von zulässiger und unzulässiger Rechtsberatung durch Wirtschaftstreuhänder iZm ihrer eigenen beruflichen Tätigkeit vgl *Jud*, Rechtsberatung durch Wirtschaftstreuhänder und mögliche Haftungsfolgen, öAnwBl 2008, 433ff; *Walter*, Der Umfang der Berechtigung von Wirtschaftstreuhändlern zur Beratung in Rechtsangelegenheiten, NZ 1983, 33ff.

<sup>70</sup> *Jud*, öAnwBl 2008, 433ff; *Walter*, NZ 1983, 33ff.

<sup>71</sup> Der in den üblichen AVB vereinbarte Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ schließt Haftpflichtansprüche aus der entgeltlichen oder unentgeltlichen Vermittlung oder der kaufmännischen Durchführung von wirtschaftlichen Geschäften, insbesondere von Geld-, Lagerhaus- und Grundstücksgeschäften, von der Versicherungsdeckung aus. Vgl zu diesem Risikoausschluss *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 139141; *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 6/70ff.

<sup>72</sup> Dieser Einwand wird ua auf das missverständliche Judikat des OGH zu 4 Ob 165/11k VersE 2374 gestützt, in welchem der OGH anlässlich einer UWG-rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Deckungsvergleich eines Versicherungsmaklers die Auslegung, wonach die Übernahme der Treuhandschaft durch Rechtsanwälte „immer“ eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ sei, als für überzeugend (vertretbar) hielt. Der OGH übergeht in dieser Entscheidung jedoch die Differenzierung von primärer und sekundärer Risikorechtsreibung in der Haftpflichtversicherung und seine in versicherungsrechtlichen Entscheidungen anerkannte, eigene Differenzierung zwischen der juristischen Tätigkeit des Rechtsanwalts und der wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen einer anwaltlichen Tätigkeit; vgl dazu krit schon *Haberer/Wilhelmer*, Aktuelle UWG-rechtliche und versicherungsrechtliche Fragen in der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung, ZFR 2013, 54ff (57–58); *Wilhelmer*, öAnwBl 2016 FN 160.

<sup>73</sup> Schon allein die Konsequenz aus der Annahme einer rein wirtschaftlichen Tätigkeit bei der Übernahme von Treuhandschaften, nämlich der gänzlich fehlende Versicherungsschutz infolge der vollen Maßgeblichkeit des Risikoausschlusses „wirtschaftliche Tätigkeit“ (gem Art 4 I 4 AVBV), zeigt, dass die Annahme eines rein wirtschaftlichen Charakters der Treuhandschaft nicht richtig (und jedenfalls wegen gröblicher Benachteiligung des Versicherungsnehmers gem § 879 Abs 3 ABGB nicht wirksam vereinbart) sein kann. <sup>74</sup> Die Frage, ob bei partieller Streichung des Risikoausschlusses „wirtschaftliche Tätigkeit“ Deckungsschutz für die Übernahme einer Treuhandschaft besteht, stellt sich ua bei AVB, die wie folgt lauten: „Versicherungsschutz bei Treuhandschaften: Unter Ausschluss von Art 4 I Z 4 AVBV ist die wirtschaftliche Tätigkeit als Treuhänder mitversichert, sofern die Tätigkeit im



Obwohl dieser Risikoausschluss in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte oder Notare für die Funktion des Treuhänders schon seit Jahrzehnten gestrichen bzw. eingeschränkt ist<sup>75</sup> und daher als Deckungseinwand nicht mehr zur Verfügung steht, ist er auch für die Deckungsbeurteilung bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften schon dem Grunde nach nicht relevant. Die Verfügung über das Treuhandgut (Überweisung einer Treuhandvaluta) ist Teil der Treuhandabwicklungsfunktion und keine wirtschaftliche Tätigkeit, insbesondere kein deckungsausschließendes „Geldgeschäft“. Der Treuhänder ist nur „Abwickler“ für die Treugeber.<sup>76</sup> Der Treuhänder ist nicht Vertragspartei, zB eines Liegenschaftskaufs. Auch die Kaufpreiszahlung durch den Käufer ist kein Geldgeschäft, sondern die Gegenleistung für den Erhalt des Kaufgegenstands. Der Treuhänder nimmt auch nicht die Position einer kaufpreisfinanzierenden Bank ein, sondern ist nur ihr Treuhänder iZm der pfandrechtlichen Besicherung des zur Finanzierung des Rechtsgeschäfts ausgereichten Kredits. Ein „Geldgeschäft“ iS des „Wirtschaftsausschlusses“ würde ein Treuhänder dagegen dann tätigen, wenn er zB selbst einen Kredit vergeben (oder vermitteln) würde.<sup>77</sup> Ein „Geldgeschäft“ würde auch vorliegen, wenn der Treuhänder mit der Treuhänderbank (ungünstige) Zinsvereinbarungen für das erlegte Treuhandgeld trifft.

Die Durchführung eines wirtschaftlichen Geschäfts iS des zitierten Risikoausschlusses kann im Weiteren auch dann vorliegen, wenn der Treuhänder (über die Gewährung und Vermittlung von Krediten hinaus) wesentliche unternehmerische Entscheidungen fällt, etwa iZm Anlageentscheidungen, Kreditgewährungen bzw. bei Ausübung wirtschaftlicher Ermessensspielräume.<sup>78</sup> Der Abwicklungs- und Sicherungstreuhänder übt derartige wirtschaftliche Aufgaben aber gerade nicht aus, sondern er nimmt nur konkrete Abwicklungs- und Sicherungshandlungen vor. Der Abwicklungstreuhänder darf nach den Richtliniendefinitionen zur Treuhandschaft über das ihm anvertraute Treuhandgut nur nach den in der Treuhandvereinbarung definierten Bedingungen verfügen. Dem Abwicklungs- und Sicherungstreuhänder ist anders als dem geschäftsführenden Treuhänder kein Ermessensspielraum eingeräumt, der darüber entscheiden könnte, ob, wann und wie er über das Treuhandgut verfügt. Folgerichtig hat der OGH nach bisheriger Rsp<sup>79</sup> die Deckung bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften unter Bezugnahme auf den Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ des Art 4 I 4 AVBV auch noch nicht scheitern lassen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die juristisch geprägten Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften per se keine wirtschaftliche Tätigkeit iS des Risikoausschlusses „wirtschaftliche Tätigkeit“ darstellen. Für die dbzgl. Treuhänderdeckung kommt es auch nicht darauf an, ob dieser Risikoausschluss in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Notaren eliminiert oder (nur) partiell eingeschränkt ist. Verstößt der Treuhänder

mit seiner Verfügung über das Treuhandgut fahrlässig gegen die vereinbarten Auszahlungsbedingungen, besteht ungeachtet des „Wirtschaftsausschlusses“ Versicherungsdeckung.

#### IV. RISIKOAUSSCHLUSSVERSTOß BEIM ZAHLUNGSAKT

Kommt es im Rahmen einer Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft zur Fehlverfügung über das anvertraute Treuhandgut (Treuhandgeld), etwa indem das Treuhandgeld an die falsche Person oder in falscher Höhe ausbezahlt wird, kann der Tatbestand des in Art 4 I 6 AVBV normierten Risikoausschlusses „Verstoß beim Zahlungsakt“ erfüllt sein.<sup>80</sup> Derartige iZm reiner „Geldmanipulation“ einhergehende Pflichtverletzungen sind nach den ursprünglich konzipierten AVB in der Berufshaftpflichtversicherung lange Zeit nicht gedeckt gewesen.<sup>81</sup> Ist der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ in den AVB noch aufrecht vereinbart, besteht bei Fehlverfügungen hinsichtlich der Höhe des Geldbetrags oder hinsichtlich des Empfängers tatsächlich (auch) für den Treuhänder heute kein Versicherungsschutz.

Da der (elektronische) Zahlungsverkehr für Rechtsanwälte und Notare im Rahmen ihrer Berufstätigkeit nicht nur unvermeidlich, sondern mittlerweile auch weit verbreitet und mit einem großen Haftungsrisiko verbunden ist, ist der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Notare für Treuhänder und Insolvenzverwalter schon seit Jahrzehnten aufgehoben,<sup>82</sup> durch weitere Einschränkungen des Risikoausschlusses auf bestimmte berufliche Funktionen begrenzt sowie und schließlich durch Einführung der Anderkontenklausele in das ö AVB-Recht für die gesamte berufliche Tätigkeit eliminiert.<sup>83</sup> Verfügen Rechts-

Rahmen eines Anwaltsmandates erfolgt und es sich um Tätigkeiten bei „Abwicklungstreuhandschaften“ (Prüfung und Vollzug von Treuhandbedingungen) zB im Zuge von Liegenschaftstransaktionen (auch als Treuhänder nach Bauträgervertragsgesetz) oder um Abwicklungstreuhandschaften im Zuge von M&A Prozessen handelt. Mitversichert sind in diesem Rahmen auch verwaltende/aufsichtsführende Treuhandschaften (zB die treuhändige Ausübung/Verwaltung von Gesellschafterrechten). Nicht versichert sind rein wirtschaftliche Tätigkeiten als Treuhänder im Zusammenhang mit Kapitalanlagemodellen/Vermögensanlagemodellen beziehungsweise geschäftsführende Treuhandschaften“. Die Frage des Versicherungsschutzes stellt sich diesfalls insbesondere dann, wenn eine Treuhandschaft mit wirtschaftlichen Handlungspflichten iZm Kapitalanlagemodellen/Vermögensanlagemodellen übernommen wird.

<sup>75</sup> Vgl. dazu *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 6/73 (Praxistipp); *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 140.

<sup>76</sup> Der mehrseitige Treuhänder ist von den Parteien (unwiderruflich) beauftragt, einzelne Leistungsschritte „anstatt“ der jeweiligen Vertragspartei treuhändig „abzuwickeln“; vgl. dazu *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 112, 121. *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 128.

<sup>77</sup> *Haberer/Wilhelmer*, ZFR 2013, 57–58; *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 128; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 105ff; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.2 BBR-RA Rz 1ff.

<sup>78</sup> Vgl. FN 41.

<sup>79</sup> Zu diesem Risikoausschluss vgl. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> 237 bzw. Rz 6/76ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Völkl/Völkl*, Die Rechtsprechung zu den Bedingungen der Haftpflichtversicherung von Vermögensschäden für die rechtsberatenden Berufe, *ÖJZ* 2008, 47; für die d. Rechtslage vgl. *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 41.

<sup>81</sup> Vgl. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> 237; *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145.

<sup>82</sup> *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145–146.

anwälte und Notare über aktualisierte Versicherungsbedingungen, droht ihnen von diesem Risikoausschluss daher kein Ungemach mehr.

Abgrenzungsschwierigkeiten iZm dem Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gibt es in der Praxis bei der Unterscheidung von geldmanipulativen Fehlverfügungen und Fehlverfügungen, die aus einer rechtsirrtümlichen Beurteilung der Treuhandbedingungen resultieren. Kommt es zur Fehlverfügung, weil zB die Auszahlungsvoraussetzungen formell oder materiell falsch geprüft werden und deshalb verfrüht über das Treuhandgut verfügt wird, liegt kein Verstoß beim Zahlungsakt, sondern ein Verstoß auf Basis juristischer Erwägungen vor.<sup>84</sup> Der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ greift diesfalls nicht. Dies wird auch nach stRsp vom OGH judiziert.<sup>85</sup> Gleiches gilt, sollte „infolge falscher juristischer Erwägungen“ das Treuhandgeld an eine unberechtigte Person ausbezahlt werden. Da der OGH nach stRsp die Abgrenzung zwischen „Verstoß beim Zahlungsakt“ und Fehlverfügungen aufgrund juristischer Fehlerwägungen korrekt vornimmt, ist das Rekurren auf den Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ bei Fehlverfügungen infolge rechtsirrtümlicher Beurteilung der Treuhandbedingungen verfehlt.

## V. ERFÜLLUNGSANSPRUCH UND SCHADENERSATZANSPRUCH

### 1. Allgemeines

Bei Fehlverfügungen des Treuhänders über das Treuhandgut ist die Deckung aus der Berufshaftpflichtversicherung an der Schnittstelle zwischen Vertragserfüllung und Schadenersatz strittig. Bekanntermaßen deckt die Berufshaftpflichtversicherung (des Rechtsanwalts, Notars) wie jede andere Haftpflichtversicherung auch<sup>86</sup> Haftpflichtansprüche, nicht jedoch reine Erfüllungsansprüche oder Ersatzansprüche (sog Erfüllungssurrogate), die auf die Vertragserfüllung gerichtet sind.<sup>87</sup> Kommt es zu einer Fehlverfügung des Treuhänders und damit zum „Verlust“ des Treuhandguts, wird der Treuhänder naturgemäß von seinen Treugebern, sei es von den Vertragsparteien des Grundgeschäfts (Käufer, Verkäufer), sei es von den sonstigen Treugebern (häufig von der kaufpreisfinanzierenden Bank) auf Ersatz bzw Rückerstattung des Treuhandguts in Anspruch genommen.<sup>88</sup> Dieses Risiko, auf Ersatz/Rückerstattung des Treuhandguts in Anspruch genommen zu werden, ist eines der wesentlichen Treuhänder-Haftungsrisiken überhaupt. Wäre dieses Risiko infolge des Erfüllungseinwands nicht versichert, bliebe von der „Treuhanddeckung“ in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare in der Praxis nicht viel übrig.

### 2. Judikaturwende

Für den OGH war die Inanspruchnahme von Treuhändern wegen Fehlverfügung über das Treuhandgut (Treuhandva-

luta) über Jahrzehnte auch kein Deckungsproblem. In seiner E 7 Ob 27/94<sup>89</sup> hat er die unterinstanzlichen Gerichte, die beim Anspruch der kaufpreisfinanzierenden Bank gegen den Treuhänder infolge einer fehlverfügten Treuhandvaluta einen nicht versicherten Erfüllungsanspruch angenommen haben, ausdr korrigiert und festgehalten, es liege eine positive Vertragsverletzung vor, die zu einem Schadenersatz berechtige.<sup>90</sup> Der OGH hat die Deckung in 7 Ob 27/94 nicht mangels eines gedeckten Schadenersatzanspruchs, sondern wegen eines Verstoßes beim Zahlungsakt scheitern lassen (der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ war in dem Streitgegenständlichen Fall noch nicht abgedungen). Die Annahme eines nicht versicherten Erfüllungsanspruchs bei Ersatzforderungen infolge einer Fehlverfügung wurde vom OGH ausdr abgelehnt. In der Schadenabwicklungspraxis (der Versicherer) sind Ansprüche gegen den Treuhänder auf Rückzahlung bzw Ersatz der Treuhandvaluta daher auch immer als versicherte Schadensfälle abgewickelt worden, sofern nicht der Versicherungsschutz infolge Vorliegens andere Risikoausschlüsse, wie etwa wegen wissentlicher Pflichtverletzung (vgl dazu unten VII.) oder wegen eines Verstoßes beim Zahlungsakt (vgl dazu oben III.), zu versagen war.

Erst im Jahr 2015 vollzog der OGH in seiner E 7 Ob 230/14w<sup>91</sup> eine (überraschende) Judikaturwende,<sup>92</sup> indem er den Anspruch des Mandanten eines Rechtsanwalts auf Rückzahlung der Grunderwerbsteuer als einen nicht versicherten Erfüllungsanspruch qualifizierte. Obwohl vom Anspruchsteller im Haftpflichtprozess ausdr auch Schadenersatz begehrt wurde, prüfte der OGH das (alternative) Vorliegen eines gedeckten Schadenersatzanspruchs nicht, wie er dies über viele Jahre, insb in seiner E 7 Ob 27/94, zuvor getan hatte. Diese mit 7 Ob 230/14w begonnene Judikaturwende wurde vom OGH in 7 Ob 127/17b<sup>93</sup> fortgesetzt. Dort beurteilte der OGH den „schadenersatzrechtlichen“

<sup>84</sup> OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 145; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 50.

<sup>85</sup> OGH 7 Ob 27/94 VersE 1621; 7 Ob 3/92 VersE 1528; OGH VersR 1995, 1215; OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 145. Zum Begriff des Verstoßes beim Zahlungsakt vgl auch *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 46.

<sup>86</sup> Vgl dazu nur *Fenyves*, Gewährleistungsklausel, Erfüllungsklausel und „Nachbesserungsbegleitkosten“ in der Haftpflichtversicherung, NZ 2001, 246ff; *Zankl*, Haftpflichtversicherung, Gewährleistung und Schadenersatz, *ecolex* 1990, 278ff.

<sup>87</sup> Vgl *Chab*, Abgrenzung zwischen Erfüllungsansprüchen und Haftpflichtansprüchen, *dAnwBl* 2012, 922ff; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 71ff; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 92ff; vgl nur jüngst OGH 7 Ob 31/16h VersE 2599.

<sup>88</sup> VersE 1621 = *ecolex* 1995, 620 (*Fenyves*).

<sup>89</sup> *ecolex* 1995, 620 (*Fenyves*).

<sup>90</sup> *ecolex* 1995, 620 (*Fenyves*).

<sup>91</sup> VersE 2542 = *ecolex* 2015, 854; *Reisinger*, Haftpflichtjudikatur 2015/2016, in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht- und D&O-Versicherung 2016 (2017) 1 (21–23).

<sup>92</sup> Der OGH vollzog den Judikaturwandel auch, ohne die Tatsache zu würdigen, dass durch Abbedingung des Risikoausschlusses „Verstoß beim Zahlungsakt“ in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung gerade das Haftungsrisiko aus einer (zumindest manipulativen) Fehlverfügung (Treuhandverletzung) als versichert vereinbart sein sollte. Warum hätte der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gestrichen werden sollen, wenn nach neuerer Ansicht des OGH aufgrund des Erfüllungsausschlusses (ohnehin) keine Deckung besteht?

<sup>93</sup> RdW 2018, 94 (Berufshaftpflichtversicherung: Herausgabeanspruch gegen den Steuerberater) = ZFR 2018, 88.

Rückzahlungsanspruch des Mandanten eines Steuerberaters<sup>94</sup> als nicht versichertes Erfüllungssurrogat. Infolge dieser Judikaturwende droht dem Treuhänder nunmehr die Nichtdeckung eines wesentlichen Haftungsrisikos, nämlich wegen einer Treuepflichtverletzung (Fehlverfügung) über das Treuhandgut/Treuhandvaluta auf Rückzahlung bzw. Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden.

### 3. Überschneidung von Erfüllungsanspruch und Schadenersatzanspruch

Stellt man die beiden Judikaturlinien des OGH in 7 Ob 27/94 sowie in 7 Ob 230/14 w bzw 7 Ob 127/17 b gegenüber, ist festzustellen, dass sie sich gar nicht widersprechen. Beide Judikaturlinien des OGH sind in ihrer deckungsrechtlichen Beurteilung zugleich richtig. Bei einer Fehlverfügung kann der Anspruch gegen den Treuhänder auf Rückerstattung des Treuhandguts bzw Rückzahlung der Treuhandvaluta tatsächlich sowohl erfüllungsvertraglich als auch (zugleich) schadenersatzrechtlich begründet sein. Im Fall einer Fehlverfügung kann zugleich „Erfüllung“ (durch die Treugeber) verlangt werden und damit beim Treuhänder ein Erfüllungsaufwand (Erfüllungsschaden) entstehen und (!) gleichzeitig ein „Folgeschaden“ beim Treugeber eintreten (s dazu im Detail unten V.4.). Auch die bereits in der Lit aus vorgenommene Analyse der Treuhänderhaftung gegenüber der kaufpreisfinanzierenden Bank unterscheidet ein vom Treuhänder zu ersetzendes Hypothekeninteresse und ein vom Treuhänder zu ersetzendes Rückzahlungsinteresse, wobei sich Hypothekeninteresse und Rückzahlungsinteresse (also Erfüllungsanspruch auf Herausgabe des Treuhandguts/der Treuhandvaluta mit dem ebenfalls darauf gerichteten Schadenersatz) überschneiden können.<sup>95</sup>

Diese Janusköpfigkeit im Bereich der Anspruchsgrundlagen (Erfüllung/Schadenersatz) sowie im Bereich der eintretenden Schäden (Hypothekenschaden/Rückzahlungsschaden bzw sonstiger Folgeschäden) ergibt sich schon aus dem (für die Treuhandschaft maßgeblichen) Auftragsrecht. Die Rückforderung oder der Ersatz des Treuhandguts kann sowohl auf Erfüllung gem § 1009 ABGB<sup>96</sup> als auch auf Schadenersatz gem § 1012 ABGB gestützt werden.<sup>97</sup> Auch das Rechtsinstitut der Treuhandenschaft ist janusköpfig,<sup>98</sup> indem – wie bei der fiduziarischen Treuhand – „der Treuhänder nach außen hin unbeschränkter Eigentümer (Vollberechtigter), jedoch im Innenverhältnis dem Treugeber obligatorisch verpflichtet“ ist.<sup>99</sup> Der schuldrechtliche Teil dieser Rechtsposition gibt dem Treugeber einen Erfüllungsanspruch gegen den Treuhänder.<sup>100</sup> Der dingliche Teil der Rechtsposition des Treugebers führt dazu, dass der Treugeber über ein (dinglich wirkendes) Exszindierungsrecht (§ 37 EO) sowie ein Aussonderungsrecht (§ 44 Abs 1 IO) verfügt, wenn sich der treuhändig übergebene Geldbetrag auf einem Rechtsanwaltsanderkonto befindet.<sup>101</sup> Führt eine Fehlverfügung des Treuhänders dazu, dass das Geld auf dem Rechts-

anwaltsanderkonto nicht mehr vorhanden ist, wird nicht nur in die schuldrechtliche Position des Treugebers, sondern auch in seine dingliche Rechtsposition eingegriffen bzw diese vernichtet.<sup>102</sup> Die Vernichtung einer Rechtsposition führt im Ergebnis auch zu einem Vermögensfolgeschaden (vgl auch die weiterführenden Ausführungen unten unter V.4).

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn ein Schritt weitergedacht wird, dass nämlich bei Treuepflichtverletzungen/Fehlverfügungen über das Treuhandgut (über die Treuhandvaluta) der Treuhänder das Treuhandgut/die Treuhandvaluta gar nicht zurückstellen kann, weil er über das Treuhandgut/die Treuhandvaluta bereits fehlerverfügt hat (oder aufgrund einer anderweitigen Pflichtverletzung) gar nicht mehr im Besitz des Treuhandguts oder der Treuhandvaluta ist, weshalb nach allgemeinem Schuldrecht Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Tritt Unmöglichkeit der Leistung ein, führt dies idR zum Untergang des Erfüllungsanspruchs gem § 1447 ABGB.<sup>103</sup> An dessen Stelle tritt ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem § 921 ABGB (Nichterfüllungsschaden).<sup>104</sup> Die hM und stRsp lässt

<sup>94</sup> Im Vorprozess gegen den Steuerberater begehrt der Dritte ausdr auch Schadenersatz, was hg in 9 Ob 53/15 g festgestellt wurde. Ungeachtet dessen verneinte der OGH eine Bindungswirkung der Feststellungen im Vorprozess für den Deckungsprozess, was insofern zutr ist, als nur entscheidungswesentliche Feststellungen im (Haftpflicht-)Vorprozess die Gerichte auch im Deckungsprozess binden (OGH 7 Ob 5/83 VersE 1159; *Haslwanter*, Der Deckungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung [2019] 9596); vgl auch aus d Sicht *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 3 Rz 34ff; zu weiteren Details im Lichte der d Rsp auch *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> A Rz 150–163). Deckungsrechtliche Einwendungen (hier das Qualifizieren eines Schadenersatzanspruchs als nicht versichertes Erfüllungssurrogat) sind im Deckungsprozess weiterhin möglich.

<sup>95</sup> Grundlegend *Bollenberger*, ÖBA 1997, 139ff (141).

<sup>96</sup> *Bollenberger*, ÖBA 1997, 140, 142ff.

<sup>97</sup> *Bollenberger*, ÖBA 1997, 140ff. Schuldhaftige Verletzungen auftragsrechtlicher Pflichten lösen nach § 1012 ABGB Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz erlittener Schäden (Folgeschäden) aus; vgl nur *P. Bydlinski* in KBB<sup>5</sup> § 1012 Rz 1ff; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1012 Rz 1ff.

<sup>98</sup> So ausdr *Rubin*, Vergebliche Rückforderung der Treuhandvaluta durch den Treugeber – keine Deckung in der Haftpflichtversicherung des Treuhänders? Besprechung von OGH 7 Ob 230/14 w, NZ 2/2016, 47ff (55).

<sup>99</sup> *Rubin*, NZ 2016, 55.

<sup>100</sup> *Rubin*, NZ 2016, 55.

<sup>101</sup> *Rubin*, NZ 2016, 55–56; *ders* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 111 mwN in Rsp und Lit.

<sup>102</sup> *Rubin* in NZ 2/2016, 56.

<sup>103</sup> Gem § 1447 Satz 1 ABGB hebt der zufällige Untergang einer bestimmten Sache auch „alle“ sonstigen Verbindlichkeiten eines Schuldverhältnisses auf (vgl *Rabl*, Gefahrtragung beim Kauf [2002] 7; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1447 Rz 1) und erstreckt sich somit auch auf jene Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird (*Rabl*, Gefahrtragung 7). § 1447 ABGB geht inhaltlich über die Regelung des Risikos bei Untergang konkreter Sachen hinaus (*Rabl*, Gefahrtragung 7; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1447 Rz 1). Vorausgesetzt für die Anwendung des § 1447 Satz 1 ABGB ist, dass die Treuhandvaluta keine Gattungsschuld (mehr) darstellt (sodass der Grundsatz „genus non perit“ nicht mehr zur Anwendung gelangt), sondern eine Speziesschuld vorliegt (andernfalls würde der Mangel an Geldmitteln grds keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Geldschuldner zur Folge haben, da dieser späterhin immer die Möglichkeit hat, zu Geld zu kommen; vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 159ff; *Rubin*, NZ 2016, 55). ME ist die Treuhandvaluta kraft Vereinbarung bereits eine Speziesschuld (*Rabl*, Gefahrtragung 339–342, 388; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 119), die sich aus der Treuhandabrede und der damit verbundenen besonderen Widmung der Treuhandvaluta als Sondervermögen ableitet.

<sup>104</sup> Vgl *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 190. Der gem §§ 920, 921 ABGB zustehende „Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ geht über den Austausch- und Differenzanspruch, der sich auf das Wertverhältnis zwischen schuldrechtlicher Leistung und Gegenleistung (hier Geschäftsbesorgung gegen Entgelt) bezieht, hinaus (vgl dazu *Rabl*, Schadenersatz wegen Nichterfüllung [1998] 13ff [18]; *Rubin*, NZ 2/2016, 52 FN 37).



den Treuhänder jedoch weiterhin erfüllungsvertraglich auf Rückzahlung der Treuhandvaluta „haften“, obwohl er wegen einer Treuepflichtverletzung nicht mehr über die Treuhandvaluta verfügt.<sup>105</sup> Dadurch kommt es zum Sonderfall einer Überschneidung von Erfüllungs- und Schadenersatzansprüchen.

In Summe sind bei Rückzahlungs- bzw Ersatzansprüchen gegen den Treuhänder infolge einer Fehlverfügung Schadenersatzansprüche wie auch Erfüllungsansprüche gleichermaßen möglich. Dies führt zu einer „deckungsrechtlichen“ Anspruchskonkurrenz. Werden nämlich versicherte Ansprüche geltend gemacht (wie etwa bei einer versicherten Verschuldenshaftung), die auf den gleichen Anspruchsinhalt gerichtet sind wie nicht versicherte Ansprüche (wie zB bei einer verschuldensunabhängigen Haftung infolge einer abgegebenen Garantie),<sup>106</sup> besteht nach hM in Lit und Rsp Deckung.<sup>107</sup> Es reicht für die Versicherungsdeckung, wenn insgesamt ein in den Versicherungsschutz fallender Anspruch geltend gemacht wird. Dies ist im Fall der Anspruchskonkurrenz von Erfüllungsschaden und Schaden (Folgeschaden), die aus einer Treuepflichtverletzung resultieren, gegeben.

Zusammenfassend ist die Rsp des OGH zu 7 Ob 27/94 und zu 7 Ob 230/14w bzw 7 Ob 127/17b mE richtig, zu 7 Ob 230/14w bzw 7 Ob 127/17b zugleich aber einseitig bzw unvollständig und deshalb im Ergebnis unzutreffend.<sup>108</sup> Der OGH ging in 7 Ob 230/14w und 7 Ob 127/17b auf das Vorliegen einer Anspruchskonkurrenz zwischen Erfüllungsschaden und Folgeschaden nicht ein, sondern ließ die Deckung – abweichend von 7 Ob 27/94 – bereits auf der Ebene des Erfüllungsanspruchs bzw des Erfüllungssurrogats scheitern. Gegen diese einseitige (weil unvollständige) (und in Abkehr von 7 Ob 27/94 stehende) Sichtweise des OGH ist die instruktive, zivilrechtliche wie auch deckungsrechtliche, Kritik *Rubins* gerichtet.<sup>109</sup> Auch nach *Rubin* machte im Entscheidungsfall zu 7 Ob 230/14w der Mandant des Rechtsanwalts einen versicherten Schadenersatzanspruch geltend, weil durch eine Treuepflichtverletzung ein gedeckter Schaden verursacht wurde, der über das nicht versicherte Erfüllungssurrogat hinausgeht und bereits versicherter Folgeschaden ist.<sup>110</sup> *Rubin* kommt infolge der Annahme einer deckungsrechtlichen Anspruchskonkurrenz bei Überschneidung von Erfüllungs- und Schadenersatzanspruch ebenfalls zu einer Versicherungsdeckung in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare.<sup>111</sup>

Zusammenfassend darf dem Treuhänder infolge einer Fehlverfügung über das Treuhandgut/die Treuhandvaluta Deckung in der Berufshaftpflichtversicherung nicht wegen des Erfüllungseinwands verwehrt werden, nur weil der Rückzahlungsanspruch auch erfüllungsvertraglich begründet werden kann. Für die Deckung reicht es, wenn infolge einer Treuepflichtverletzung (positive Vertragsverletzung) gleichzeitig (auch) ein Schaden eintritt, wofür Schadenersatz gefordert werden kann. Ändert der OGH seine Rsp in

diesem Sinne nicht, ist die von ihm seit 2015 eingeschlagene Judikaturlinie für alle jene Rechtsanwälte und Notare existenzbedrohend, wenn Versicherungsschutz nur auf Basis allgemeiner AVB ohne Anderkontenklausele vereinbart ist (vgl zur Anderkontenklausele unten VI.). Da ua den Darlegungen und den Ausführungen *Rubins* zu folgen ist, wäre es für den Versicherungsschutz der Rechtsanwälte wichtig, wenn der OGH diese Kritik zum Anlass nehmen würde, seine neue Judikaturlinie im Lichte seiner eigenen E 7 Ob 27/94 nochmals zu überprüfen. Bejaht auch der OGH im Ergebnis (zumindest) eine Anspruchskonkurrenz zwischen Erfüllungsanspruch und Schadenersatz, würde diese Korrektur Deckungssicherheit für ein wesentliches Haftungsrisiko des Treuhänders schaffen.

#### 4. Vermögensfolgeschaden bei Fehlverfügungen

Bei Fehlverfügungen über das Treuhandgut sind zwei weitere Deckungsversagungsargumente zu prüfen. Zum einen kann argumentiert werden, bei aufrechten erfüllungsvertraglichen Rückzahlungspflichten des Treuhänders trete beim Treugeber kein Schaden ein, da eben noch erfüllt werden müsse.<sup>112</sup> Zum anderen kann argumentiert werden, bei dem eingetretenen Schaden handle es sich um keinen versicherten Schaden, weil kein Folgeschaden, sondern um ein bloß nicht versichertes Erfüllungssurrogat, das deckungsrechtlich dem Erfüllungsanspruch gleichgestellt sei.<sup>113</sup>

Beide Argumente sind zu entkräften: Der Einwand, solange erfüllt werden könne, trete kein Schaden ein, übersieht, dass der Treuhänder das Treuhandgut/die Treuhandvaluta (jedenfalls schuldrechtlich) nicht für sich hält, sondern für den Treugeber. Während einer Treuhandchaft hält der Treuhänder je nach Abwicklungsstadium des

und „umfasst“ auch *Folgeschäden* (§ 1012 ABGB), also „sämtliche“ durch die nicht gehörige Vertragserfüllung/mangelhafte Vertragsleistung (vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 419; *Rubin*, aaO, OGH 7 Ob 46/13k mit Glosse *Ertl*, *ecolx* 2013, 397) verursachte Schäden (zB auch „Verspätungsschäden“ gem § 918 ABGB, die von den Leistungs- und Erfüllungspflichten zu unterscheiden sind; vgl *Rabl*, *Schadenersatz* 14–15; *Rubin*, NZ 2016, 51).

<sup>105</sup> Nach hM besteht die Rückstellungs- bzw Rückzahlungspflicht des Auftragnehmers (Treuhanders) gegenüber dem Auftraggeber (Bank) gem § 1009 ABGB nämlich auch dann, wenn das „Erlangte“ (also die Treuhandvaluta) beim Treuhänder infolge einer Treuhandpflichtverletzung nicht mehr vorhanden und die Herausgabe in diesem Fall (Dauerhaftigkeit unterstellt) nicht mehr möglich ist. Erstmals findet sich diese Rsp des OGH in 6 Ob 509/96 (mit Verweis auf die Kommentierung *Strassers* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1009 ABGB § 1009 Rz 23), später wiederholend in 2 Ob 87/00m, zuletzt auch in 3 Ob 40/16b; zustimmend zu 6 Ob 509/96 auch *Bollenberger*, ÖBA, 1997, 142ff (142); dem OGH und *Bollenberger* folgend *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1009 Rz 20; *ders*, NZ 2016, 54; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1009 Rz 17; *ders*, Grundlagen und Grundsätze des Treuhandrechtes, in FS *Reischauer* (2015) 35ff (52); weiterhin auch *Strasser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1009 Rz 23; *Mutz*, NZ 1999, 357ff; *Vökl/Vökl*, *Beraterhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/284.

<sup>106</sup> OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762.

<sup>107</sup> OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 77; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 8 Rz 5; BGH VersR 2007, 200; OLG Celle VersR 2009, 1257 (1258).

<sup>108</sup> Zustimmend dagegen *Reisinger* in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht- und D&O-Versicherung 21–22.

<sup>109</sup> *Rubin*, NZ 2016, 47ff.

<sup>110</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56.

<sup>111</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56.

<sup>112</sup> Zu diesem Argument s ua *Bollenberger*, ÖBA 1997, 145.

<sup>113</sup> So der OGH in 7 Ob 127/17b (vgl oben FN 93 u 94).



Grundgeschäfts (etwa eines Liegenschafts Kaufvertrags) (zur Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips) das Treuhandgut/die Treuhandvaluta entweder für den Käufer (oder für die kaufpreisfinanzierende Bank) oder für den Verkäufer, die jeweils Treugeber sind (mehrseitige Treuhand).<sup>114</sup> Das Treuhandgut ist daher der (jedenfalls schuldrechtlichen) Rechtsposition eines der beteiligten Treugeber zugeordnet. Diese Rechtsposition der Treugeber ist durch spezifische Treugeber-Interventionsrechte noch zusätzlich dinglich abgesichert.<sup>115</sup> Kommt es zu einer Fehlfürverfügung, wird in die (relative wie absolute) Rechtsposition des Treugebers eingegriffen. Diese Verletzung bzw Vernichtung der Rechtsposition des Treugebers hat eine ungünstigere Vermögensposition zur Folge, die als Schaden zu qualifizieren ist.<sup>116</sup> Daran ändert sich nichts, sollte nach der hM der Treuhänder bei vertretbaren Sachen (also einer Treuhandvaluta) erfüllungsvertraglich zur Rückzahlung der Treuhandvaluta weiterhin verpflichtet bleiben, obwohl er über die Treuhandvaluta nicht mehr verfügt.

Auch der Erfüllungssurrogatseinwand ist zu entkräften. Tritt in Folge einer Fehlfürverfügung (Treupflichtverletzung) ein Schaden ein, führt also die Treupflichtverletzung zu einem Verlust der Rechtsposition eines Treugebers, ist der Verlust der Rechtsposition bereits „Folge“ der Pflichtverletzung des Treuhänders. Der Schaden, der aus dieser Pflichtverletzung folgt, ist ein „Mangelfolgeschaden“.<sup>117</sup> Mangelfolgeschäden sind in der Haftpflichtversicherung unstrittig gedeckt.<sup>118</sup> Die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Treugebers und der darauf gerichtete Anspruch auf Ausgleich der negativen Wirkungen dieses Eingriffs in die Rechtsposition kann daher mit Bezugnahme auf das gleichzeitig vorliegende Erfüllungssurrogat zulässigerweise nicht (durch Erhebung des Erfüllungseinwands) als nicht versichert angesehen werden, sondern es muss Deckung infolge des konkurrierenden Vorliegens (auch) eines Folgeschadens (in Summe) bejaht werden.

## VI. ANDERKONTENKLAUSEL

Gerade wegen der komplexen Abgrenzung zwischen Vertragserfüllung und Schadenersatz hat sich schon seit längerem in den ö AVB eine (aus D kommende)<sup>119</sup> „Anderkonten- und Fehlfürverfügungsklausel“ in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare durchgesetzt.<sup>120</sup> Die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel soll (nach hM in D) den Einwand verunmöglichen, mit dem Ersatzanspruch bei Fehlfürverfügung über das Treuhandgut werde ein (nicht versicherter) Erfüllungs- bzw Erfüllungserersatzanspruch begehrt.<sup>121</sup> Diese Deckungswirkung wird von den Versicherern und unterinstanzlichen Gerichten in Ö bis dato (auch) einhellig geteilt. Ist die Anderkonten- und Fehlfürverfügungsklausel in den AVB vereinbart, kommt es mit Blick auf die Ausführungen oben zu V.3. bei Fehlfürverfügungen über das Treuhandgut auf die Unterscheidung von Erfüllungsansprüchen bzw Erfüllungserersatzansprüchen

und Mangelfolgeschäden und auf die damit einhergehende (deckungsrechtliche) Anspruchskonkurrenz nicht mehr an, weil mit diesen Klauseln Versicherungsschutz jedenfalls (klargestellt) besteht. Die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel entfaltet daher mE im Wesentlichen nur eine deklaratorische (deckungsklarstellende) Deckungswirkung. Zur Anderkonten- und Fehlfürverfügungsklausel gibt es allerdings noch keine hg ö Rsp, sodass in der Praxis Unsicherheiten über deren Deckungsinhalt bestehen, die Raum für Deckungseinwendungen geben.

Bestritten wird die Deckung über die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel (abgesehen von der grds Frage einer gedeckten beruflichen Tätigkeit, die Voraussetzung für die Anwendung der Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel ist) zum einen mit dem Argument, bei einer Fehlfürverfügung liege bereits keine Fahrlässigkeit, sondern schon ein absichtliches Tun und damit (deckungsausschließender) Vorsatz vor. Eingewendet wird zum anderen, die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel decke „nur“ manipulative Fehlfürverfügungen, nicht aber Fehlfürverfügungen aufgrund juristischer Fehleinschätzung/Fehlbeurteilung (der Auszahlungsvoraussetzungen).

Der erste Einwand, eine Fehlfürverfügung könne nur absichtlich bzw wissentlich erfolgen, weshalb der Risikoabschluss der wissentlichen Pflichtverletzung erfüllt sei, geht schon deshalb ins Leere, weil nicht ausreichend zwischen dem „Umstand“ der bewussten Verfügung und dem unbewussten „Grund“ der Verfügung unterschieden wird. Richtigerweise kommt es für die Deckung nur darauf an, dass der Grund, der zur Fehlfürverfügung führt, fahrlässig falsch

<sup>114</sup> Vgl dazu *Rabl*, NZ 2015, 41 (42). Diese Frage stellt sich insbesondere iZm der Frage, wer das Veruntreuungsrisiko trägt, wenn der Treuhänder die Treuhandvaluta veruntreut; vgl dazu *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 169ff.

<sup>115</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56 (*Rubin* spricht von „ausschließlich“ zugewiesener Rechtsposition bzw von einer mit „absoluten Wirkungen“ der Rechtsposition des Treugebers).

<sup>116</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56. Von einem verschuldeten Schaden geht auch *Bollenberger*, ÖBA 1997, 140–141, aus, weil in die Rechtspositionen der Treugeber eingegriffen wird (etwa in die Rechtsposition der kaufpreisfinanzierenden Bank, wenn die Treuhandvaluta vor Einverleibung des Pfandrechts an den Verkäufer ausbezahlt wird). Durch die vorzeitige Auszahlung wird ein Schaden in Höhe der ausbezahlten Treuhandvaluta verursacht (*Bollenberger*, ÖBA 1997, 141). *Bollenberger* spricht diesfalls vom Treuhandvalutainteresse der Bank. Einen Schaden erleidet die Bank auch, wenn ihr Pfandrecht nicht im entsprechend vereinbarten Pfandrang einverleibt wird. *Bollenberger* spricht in diesem Fall vom Hypothekeninteresse der Bank als Schaden (der in der Nichtbedeckung der Sachsicherung im Fall eines Kreditausfalls, etwa im Fall einer Insolvenz des Kreditnehmers, liegt) (*ders*, ÖBA 1997, 141).

<sup>117</sup> Mangelfolgeschäden entstehen durch mangelhafte Vertragsleistung (also durch „positive Vertrags- oder Forderungsverletzungen“) oder durch Verletzung von Schutz- und Sorgfaltpflichten „im Zuge“ der ordnungsgemäßen Vertragsleistung (Begleitschäden); vgl *Welsler/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 417–418.

<sup>118</sup> *Fenyves*, NZ 2001, 246ff mwN (251); *Zankl*, *ecolex* 1990, 278; *Rubin*, NZ 2016, 52; OGH 7 Ob 46/13k VersE 2471 = *ecolex* 2013, 982.

<sup>119</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 1ff. In der d Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte wird von Anderkonten-klausel gesprochen (vgl *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 201205), in der d Berufshaftpflichtversicherung der Notare von Fehlfürverfügungsklausel (vgl *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 235). Deckungsrechtlich geregelt ist jeweils das Gleiche.

<sup>120</sup> Vgl *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145–146. Zur Definition einer üblichen Anderkonten-klausel s unten FN 128.

<sup>121</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 2; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 106; *Chab* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 18 Rz 75.

eingeschätzt sein muss, und nicht darauf, ob der Akt der Verfügung bewusst erfolgt.<sup>122</sup> Andernfalls würde die Anderkonten- bzw Fehlvorkungsklausel ins Leere laufen, weil jede Verfügung nur bewusst erfolgen kann<sup>123</sup> (und somit stets eine nicht versicherte bewusste bzw wissentliche Pflichtverletzung vorliegen würde).

Der zweite Einwand, durch die Anderkontenklausel seien nur Verstöße beim Zahlungsakt versichert, nicht jedoch Fehlvorkung infolge rechtsirrtümlicher Erwägungen, ist ebenfalls unzutreffend.<sup>124</sup> Schon der Begriff „Fehlvorkung“ ist in beiden Klauseln offen formuliert. Aus dem Wortlaut „Fehlvorkung“ lässt sich eine Differenzierung in gedeckte und nicht gedeckte Fehlvorkungen daher gerade nicht entnehmen. Warum die Anderkonten- bzw Fehlvorkungsklausel auf Verstöße beim Zahlungsakt (iSd hM und Rsp)<sup>125</sup> beschränkt sein soll, erschließt sich nicht. Richtigerweise müssen vom Schutzzweck der Anderkonten- und Fehlvorkungsklausel „alle“ fahrlässigen Fehlvorkungen erfasst sein, selbstverständlich auch der Fall, dass der Treuhänder fälschlich der Meinung ist, zur Auszahlung berechtigt zu sein,<sup>126</sup> und deshalb den richtigen Betrag an die richtige Person ausbezahlt, allerdings zur Unzeit (also verfrüht). Bei der rechtsirrtümlichen Fehlvorkung wird eine Pflichtverletzung gegenüber anderen Treugebern genauso begangen wie bei bloß manipulativ bedingten Fehlvorkungen. Warum die Anderkontenklausel einschränkend Deckung nur für Verstöße beim Zahlungsakt bieten soll, erschließt sich nicht (die Treuhänderdeckung würde hinsichtlich eines der wichtigsten Treuhänderhaftungsrisiken, nämlich wegen einer rechtsirrtümlichen Fehlvorkung über das Treuhandgut in Anspruch genommen zu werden, nur konterkariert werden).

Nichts anderes gilt, sollte eine Anderkontenklausel ausdrücklich auf den Verstoß beim Zahlungsakt Bezug nehmen.<sup>127</sup> Die Herstellung eines textlichen Zusammenhangs zwischen der Anderkontenklausel und dem Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ bedeutet nicht, dass „nur“ Verstöße beim Zahlungsakt von der Anderkontenklausel umfasst sein sollen. Die Anderkontenklausel stellt einen eigenen Deckungsbaustein dar, der einen eigenständigen Zweck erfüllt,<sup>128</sup> nämlich den Deckungseinwand der Erfüllung bzw des Erfüllungssurrogats abzuschneiden. Der Zweck der Anderkonten- und Fehlvorkungsklausel geht über die Deckung des Risikos des Verstoßes beim Zahlungsakt hinaus. Eine „Erweiterung des Versicherungsschutzes“ (durch die Anderkontenklausel) kann iZm der Nennung eines Risikoausschlusses daher sachlich nicht als Einschränkung der insofern grds eigenständigen Anderkontendeckung interpretiert werden.

Auch der in der Anderkontenklausel oftmals geregelte „unmittelbare“ Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit ändert an dem Befund der Treuhänder-Deckung für alle Formen der Fehlvorkungen über ein Treuhandgut nichts (dies zumindest für die Berufshaftpflichtversicherung in Ö). Zum einen bezieht sich das Kriterium des (unmittel-

baren) Zusammenhangs auf unterschiedliche Vorgänge bei der (unmittelbaren/mittelbaren) Geldannahme,<sup>129</sup> zum anderen ist die Verfügung über Treuhandgut iZm Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften in Ö – anders als etwa in D<sup>130</sup> – gerade eine berufliche Kerntätigkeit des Rechtsanwalts und Notars (s dazu bereits oben II.3).

Es ist daher zusammenzufassen, dass alle Fehlvorkungen im Zuge einer Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft, also sowohl die falsche Auszahlung eines Treuhandbetrags der Höhe nach, als auch die Auszahlung an einen falschen Empfänger oder die Auszahlung zwar an einen richtigen Empfänger (mit richtigem Geldbetrag), aber aufgrund Fehlvorkung der Auszahlungsvoraussetzungen zur Unzeit (verfrüht), gleichermaßen von der Anderkonten- bzw Fehlvorkungsklausel umfasst sind.

## VII. WISSENTLICHE PFLICHTVERLETZUNG

Den Versicherern verbleibt bei Pflichtverletzungen des Treuhänders, insbesondere bei Fehlvorkungen über das Treuhandgut, letztlich der Einwand der wissentlichen Pflichtverletzung. Der Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung<sup>131</sup> ist in allen üblichen AVB der Berufs-

<sup>122</sup> Zutr *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 13.

<sup>123</sup> Siehe auch *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 13.

<sup>124</sup> Dieser Deckungseinwand könnte sich ua auf *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A.4.3 BBR-RA Rz 13 stützen, der zwei Fälle einer Fehlvorkung anführt, nämlich die Fehlvorkung hinsichtlich der Höhe des Betrags sowie hinsichtlich des Adressaten. Bei beiden Fehlvorkungen handelt es sich richtigerweise um „Verstöße beim Zahlungsakt“. Damit ist aber nicht gesagt, dass nach *Diller* nur diese beiden Fallvarianten einer Fehlvorkung von der Anderkontenklausel umfasst sein sollen. Interessanterweise will *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung A Rz 119, die Anderkontendeckung gerade nicht für Verstöße beim Zahlungsakt, sondern nur Deckung für Fehlvorkungen infolge rechtsirrtümlicher juristischer Erwägungen bejahen. Diese beiden sich widersprechenden Sichtweisen sind ein Beleg dafür, dass die Annahme einer Deckung für nur bestimmte selektive Fehlvorkungsarten am Sinn und Zweck der Anderkontenklausel vorbeigeht und schon dem Grunde nach sachlich willkürlich erscheint.

<sup>125</sup> Siehe dazu oben FN 84 u 85.

<sup>126</sup> Dazu richtig *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung A Rz 119.

<sup>127</sup> Dies ist etwa bei folgenden AVB der Fall: „Versicherungsschutz wird auch für den Fall gewährt, dass ein Versicherter wegen einer fahrlässigen Verfügung über Beträge, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer versicherten Tätigkeit auf ein (Sammel-)Anderkonto eingezahlt sind, von Berechtigten in Anspruch genommen wird. Das gleiche gilt für die Inanspruchnahme eines Versicherten aus fahrlässigen Verfügungen über fremde Gelder, die zur alsbaldigen Anlage auf ein (Sammel-)Anderkonto in Verwahrung genommen und ordnungsgemäß verbucht wurden. Der Teil der Ausschlüsse des Art 4 I Ziff 6 AVBV „durch Verstöße beim Zahlungsakt“ gilt nicht für diese Erweiterung des Versicherungsschutzes“ (Hervorhebung d Autors).

<sup>128</sup> Siehe FN 121. In der zu FN 127 zitierten AVB-Klausel heißt es auch ausdr, dass die Anderkontenklausel „in Erweiterung des Versicherungsschutzes“ regelt, dass für diese Erweiterung des Versicherungsschutzes der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gem Art 4.1.6 AVBV nicht gelten soll. Die Anderkontenklausel regelt damit wesentlich mehr als nur die Streichung eines Risikoausschlusses, sondern begründet einen eigenen Deckungsbaustein.

<sup>129</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 79.

<sup>130</sup> Hier spielt die Unterscheidung zwischen anwaltlicher Tätigkeit (im engeren Sinn) und einer sonstigen versicherten Tätigkeit, auch aufgrund des ausdr Bezugs in der Fassung der Anderkontenklausel auf einen Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit, eine wesentliche Rolle; vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 11. Um Missverständnisse zu vermeiden, stellen die ö Fassungen von Anderkontenklauseln dagegen (ganz bewusst) nicht auf einen Zusammenhang zu einer Rechtsanwalts-tätigkeit, sondern einen Zusammenhang zu einer „versicherten“ Tätigkeit (iS der primären Risikoumschreibung) ab.

<sup>131</sup> Vgl *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 136138; *ders*, Der Schein trügt: Zur Abgrenzung von Pflichtwidrigkeits- und Vorsatzklausel in der Haftpflichtversicherung, *ecolx* 2006, 642ff; *Ramharter*, Der Pflichtwidrigkeitsausschluss in der D&O-Versicherung, *ZFR* 2018, 386ff.

haftpflichtversicherung (der Rechtsanwälte<sup>132</sup> oder Notare<sup>133</sup>) enthalten, sofern er nicht (partiell) (wieder) abbedungen ist.<sup>134</sup> Der Risikoausschluss der „wissentlichen Pflichtverletzung“ ist nicht nur in der Berufshaftpflichtversicherung ein zentraler Risikoausschluss, sondern auch in anderen Haftpflichtversicherungen.<sup>135</sup>

IZm Fehlverfügungen über das Treuhandgut kann versichererseitig argumentiert werden, die Pflichtverletzung, also der Grund der Fehlverfügung, sei nicht bloß fahrlässig, sondern wissentlich begangen worden. Der Deckungseinspruch der wissentlichen Pflichtverletzung spielt in der Praxis je nach Sachverhaltskonstellation und/oder Umfang des Schadens in unterschiedlicher Gewichtung (mal mehr implizit, mal mehr explizit) auch eine nicht unwichtige Rolle.<sup>136</sup>

Eine (grds nicht versicherte) wissentliche Pflichtverletzung ist von einer (versicherten) fahrlässigen Pflichtverletzung streng abzugrenzen.<sup>137</sup> Um eine wissentliche Pflichtverletzung zu bejahen, müssen einige Voraussetzungen vorliegen, die anhand folgender Fragen präzisiert werden können: 1. Bestand eine Pflicht? 2. Hat der Versicherungsnehmer gewusst, dass es diese Pflicht gibt? 3. Liegt ein Pflichtverletzungsbewusstsein vor? 4. War die wissentliche Pflichtverletzung kausal für den Schadenseintritt?<sup>138</sup> Diese Abgrenzungslinien haben Versicherer nicht immer im Blick, sodass sie geneigt sind, das Vorliegen einer nicht versicherten wissentlichen Pflichtverletzung rasch zu behaupten bzw Deckungseinwendungen zu erheben.

Ohne auf die einzelnen Voraussetzungen des Risikoausschlusses der „wissentlichen“ Pflichtverletzung einzugehen<sup>139</sup> (für deren Vorliegen trägt der Versicherer im Übrigen die Beweislast), ist mit Blick auf eine irrtümliche Fehlverfügung über das Treuhandgut durch den Rechtsanwalt oder Notar die Voraussetzung 3. regelmäßig nicht erfüllt. Irrt sich ein Rechtsanwalt oder Notar über das Bestehen einer Rechtspflicht oder über deren Inhalt, handelt er nicht wissentlich pflichtwidrig. Nach unstrittiger Meinung in Lit und Rsp schließt mangelndes Pflichtbewusstsein bzw Pflichtverletzungsbewusstsein einen Deckungsverlust wegen wissentlicher Pflichtverletzung aus.<sup>140</sup> Der Rechtsirrtum wirkt nicht deckungsverneinend.<sup>141</sup> Gleiches gilt, wenn ein Rechtsanwalt die verletzte Pflicht zwar kannte (was bei Bedingungen der Treuhandschaft regelmäßig der Fall ist, da diese entweder vom Rechtsanwalt oder Notar selbst bei der Errichtung der Treuhandvereinbarung formuliert wurden und die Treuhandvereinbarung den zentralen Pflichtenkreis des Treuhänders umschreibt, sodass er sich auf die Nichtkenntnis dieser Pflichten nicht wirksam berufen wird können; Kenntnis von Grundwissen wird widerleglich unterstellt), er jedoch der Ansicht ist, dass durch sein Handeln (durch die Fehlverfügung) die ihm bekannte Pflicht nicht verletzt wird.

Etwas anderes gilt, wenn ein Rechtsanwalt oder Notar bewusst „ins Risiko geht“, ohne einen Schaden in Kauf zu nehmen, weil er zB über die Treuhandvaluta schon zu ei-

nem Zeitpunkt verfügt, in welchem noch nicht alle Urkunden (zB Unbedenklichkeitsbestätigungen), die für die Treuhandabwicklung erforderlich sind, im Akt aufliegen.<sup>142</sup> In diesem Fall liegt eine wissentliche Pflichtverletzung vor. Der Rechtsanwalt oder Notar hat diesfalls für einen dadurch kausal verursachten Schaden grds keinen Deckungsschutz.<sup>143</sup>

## VIII. ZUSAMMENFASSUNG

In der Praxis mehren sich Deckungsablehnungen und Deckungsprozesse iZm der Treuhänderdeckung (insb von Rechtsanwälten). Die Treuhänderdeckung in der Berufshaftpflichtversicherung ist angesichts enormer Treuhänderhaftungsrisiken von existenzieller Bedeutung. Die Übernahme von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften durch Rechtsanwälte und Notare stellt ein zentrales berufliches Tun dieser Berufsgruppen dar und ist als versichertes Risiko in der Berufshaftpflichtversicherung zu betrachten. Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften sind juristisch geprägt, insofern greift auch der in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung übliche Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ nicht. Der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ kann dagegen eine deckungsverneinende Rolle spielen, ist im AVB-Recht der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare aber kaum noch in Geltung und daher in der Praxis heute kaum noch von Relevanz.

Ersatzansprüche der Treugeber gegen den Treuhänder infolge Fehlverfügung über das Treuhandgut können sowohl auf Vertragserfüllung als auch auf Schadenersatz gestützt werden. Es liegt in diesem Fall nicht nur zivilrechtlich, sondern auch deckungsrechtlich Anspruchskonkurrenz vor, weil bei einer Fehlverfügung sowohl ein Erfüllungsanspruch/Erfüllungssurrogat als auch ein Folgevermögensschaden (Mangelfolgeschaden) eintritt, sodass – entgegen der jüngeren Rsp des OGH – bei Ersatzansprüchen infolge einer Fehlverfügung (richtigerweise) (auch ohne Vereinbarung einer „Anderkonten- bzw Fehlverfügungsklausel“) Deckung besteht. Die in den

<sup>132</sup> Art 4 I 3 AVBV; Art 8 Z 3.2 ABHV (idF 2018).

<sup>133</sup> Art 4 I 3 ABVN.

<sup>134</sup> Vgl dazu *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 138.

<sup>135</sup> Für die Betriebshaftpflichtversicherung *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995) 396 f; *Fenyves*, Das bewusste Zuwiderhandeln gegen Vorschriften in der Betriebshaftpflichtversicherung, in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz (2016) 25 ff. Für die D&O Versicherung *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability<sup>2</sup> (2009) 458 ff; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 7 Rz 44 ff.

<sup>136</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 38; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 216.

<sup>137</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 38.

<sup>138</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 45; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 225.

<sup>139</sup> Vgl dazu im Detail die in FN 131 zitierte Lit.

<sup>140</sup> *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 231–232 mwN

<sup>141</sup> *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 232.

<sup>142</sup> OGH 7 Ob 121/05b VersE 2122; 7 Ob 119/05h VersE 2120; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 136.

<sup>143</sup> Anderes gilt, wenn die wissentliche Pflichtverletzung ausdr mitversichert ist, vgl dazu bereits oben FN 134.

AVB der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare mittlerweile übliche Anderkonten- und Fehlverfügungsklausel schützt den Treuhänder gerade vor dem Einwand des Erfüllungs- bzw Erfüllungssurrogatsausschlusses. Zur Anderkonten- und Fehlverfügungsklausel gibt es noch kaum gh Rsp, weshalb über ihren Deckungsinhalt Unsicherheiten bestehen. Die Anderkonten- und

Fehlverfügungsklausel deckt richtigerweise alle Formen der Fehlverfügung, also auch rechtsirrtümliche Fehlverfügungen, nicht nur Verstöße beim Zahlungsakt. Letztlich kann vom Versicherer der Einwand einer wissentlichen Pflichtverletzung erhoben werden. Dieser Deckungsausschluss liegt im Fall einer rechtsirrtümlichen Fehlverfügung über das Treuhandgut jedoch nicht vor.



## Eine Menge neu im WGG!

2019. XXIV, 518 Seiten.  
Geb. EUR 108,-  
ISBN 978-3-214-02082-8

Dieses Werk ist auch online erhältlich:  
[manz.at/wgg](http://manz.at/wgg)

Mit  
WGG-Nov  
2019

Prader · Pittl

### WGG

Kurzkomentar

Die Autoren kommentieren umfassend die **wohnzivil-** wie auch **gebarungsrechtlichen Vorschriften** und geben eine erste Bewertung der Neuerungen durch die WGG-Nov 2019.

Diese betreffen unter anderem:

- Mietkauf bereits nach 5 bis 20 Jahren möglich
- Konkretisierungen der „Erhaltungsarbeiten“ (Klarstellung „Sanierung größeren Umbaus“)
- Adaptierungen zur Verbesserung der sozialen Infrastruktur im Rahmen der Wohnbauförderung leichter möglich
- Forcierung von Maßnahmen zum Ausbau erneuerbarer Energieträger

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at) Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ 





Ein schönes  
Weihnachtsfest und  
einen guten Rutsch  
ins neue Jahr!

MANZ 



## Zugleich eine Untersuchung des „zeitlichen Eigentums“

2019. XXX, 184 Seiten.  
Br. EUR 48,-  
ISBN 978-3-214-17785-0

Kronthaler

### Die Besitznachfolgerechte

**Die Zulässigkeit von Besitznachfolgerechten**, also vertraglichen Nachbildungen der Nacherbschaft, ist in der (neueren) Literatur umstritten. Dies obwohl sie die Judikatur seit mehr als einhundert Jahren anerkennt. Mit der vorliegenden Arbeit wird erstmalig monografisch untersucht, inwieweit Besitznachfolgerechte – entgegen mancher Kritik – dazu geeignet sind, die Rechtswirkungen der Nacherbschaft (insb § 613 ABGB) durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nachzubilden. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob das ABGB „zeitliches Eigentum“ kennt und zulässt. Ausführlich behandelt wird auch die **Rechtsstellung des Besitznachfolgeberechtigten**. Zusätzlich finden zahlreiche **praxisrelevante Aspekte** Betrachtung. Neben den in der Kautelarpraxis gängigen **vertraglichen Gestaltungsvarianten** werden zB auch **exekutions- und insolvenzrechtliche Fragestellungen** erörtert. Ebenso werden die verschiedenen **grundbuchsrechtlichen Implikationen** von Besitznachfolgerechten dargestellt.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ 

**774 Im Gespräch**

Der hohe Preis der Menschenrechte

**777 Termine****778 Chronik**

Im postdemokratischen Rechtsstaat?

IAFL European Chapter Young Lawyers Award 2020

Verkehrsrechtstag am Wörthersee

**781 Aus- und Fortbildung****785 Rezensionen****790 Zeitschriftenübersicht**

# Im Gespräch

## Der hohe Preis der Menschenrechte

**John Richter, LL.M. hat sich in seinem Heimatland Iran als Rechtsanwalt und Universitätsprofessor intensiv für die Einhaltung von Menschenrechten eingesetzt. Das hätte ihm beinahe sein eigenes Leben gekostet, denn 2005 wurde er als Regimegegner inhaftiert und zum Tode verurteilt. Nach seiner Flucht hat er rasch in Österreich Fuß gefasst und arbeitet heute in einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei. Im Gespräch mit Mag. Christian Moser setzt er die Bedeutung von Grundrechten in neue Relationen – nicht nur zum Iran, sondern auch gegenüber der gelebten Wirklichkeit im westlichen Europa.**

2019/312

**Art 1 UN-Menschenrechtsdeklaration: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“ Bitte klären Sie mich auf: Kann man diese Rechte nach der Geburt wieder verlieren? Denn mein Eindruck unserer Welt ist der, dass George Orwells Zitat auch für uns Menschen gilt: „All animals are equal, but some animals are more equal than others.“**

Leider ist es in der heutigen Zeit so, dass die Rechtspopulisten im Vormarsch sind. Das bringt diese vielen Verletzungen von Menschenrechten mit sich und dagegen können wir Menschenrechtsaktivisten leider nichts machen, weil wir einfach zu schwach sind. In der heutigen politischen Landschaft beherrschen Lügen das Geschehen und werden über die Medien stark verbreitet. Terroristische Anschläge werden als Rechtfertigung genommen, um die Freiheit von Bürgern einzuschränken.

**Viele österreichische Gesetze der letzten Jahre sind durch das Thema Sicherheit motiviert, die Tendenz geht hin zu einer stärkeren Überwachung der Bürger durch den Staat. Wie viel Kontrolle durch den Staat verträgt eine gesunde Demokratie?**

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte umschreibt die grundlegenden Menschenrechte, die auch als Menschenrechte der ersten Generation bezeichnet werden, Art 9 normiert das „Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit“.

Aktuell wird das Recht auf Sicherheit sehr hoch geschrieben: Sicherheitsmaßnahmen werden ausgebaut, Polizeigewalt und Befugnisse der Sicherheitsdienste erhöht. Dies geht zu Lasten der persönlichen Freiheit. Die Freiheit ist aber kein Nebenprodukt von Sicherheit, wie oft propagiert wird. Trotz der Existenznotwendigkeit der Freiheit tendieren Demokratien in Zeiten der – angeblichen – Bedrohung zur Devise „im Zweifel für die Sicherheit“, wie das auch aktuell in Österreich zu sehen ist.



### Die Menschenrechtsverletzungen gegen Asylwerber nehmen zu.

**Sie sind 2015 nach Österreich gekommen. Wie bewerten Sie unser Land in puncto Toleranz, Aufgeschlossenheit und Unterstützung bei der Integration?**

Ich habe selbst ein faires Asylverfahren erlebt. Sowohl die Polizisten als auch Referenten beim BFA, mit denen ich zu tun hatte, haben mich gut unterstützt. Außerdem habe ich eine Unterstützung durch den Österreichischen Integrationsfonds bekommen. In den letzten Jahren nehmen allerdings die Menschenrechtsverletzungen gegen Asylwerber auch in Österreich zu, seien es Handlungen durch die Fremdenpolizei oder einfach fehlende Dolmetscher. Einen echten Rechtsstaat kann man heute auf der ganzen Welt nicht finden.

**Sie meinen also, dass es auch in Österreich Mängel im Bereich des Asylrechts gibt? Laufen die österreichischen Asylverfahren nach den Standards der EMRK ab?**

Nein, leider nicht. Das BFA bzw die Landesregierungen haben ab Antragstellung sechs Monate Zeit, um über die Aufnahme in die Grundversorgung zu entscheiden – zu lange, weil diese Fristen ausgereizt werden! Die Personen sind mittellos, hilflos und obdachlos und bekommen in dieser Zeit

keine ärztliche Behandlung. Beim BFA gibt es die Regelung, dass das Vier-Augenprinzip zur Anwendung kommt – allerdings nur bei den „positiven“ Entscheidungen. Aus der Sicht mancher Referenten scheinen alle Asylwerber Lügner zu sein und werden teilweise respektlos behandelt.

Ich habe aber auch das Asylverfahren in den Niederlanden erlebt, wo Asylwerber gar keine Rechte haben und klare Verletzungen der Menschenrechte erleben. Fairerweise muss ich sagen, dass mein eigenes Asylverfahren ordentlich abgelaufen ist, aber seit 2017 mit Beginn der türkis-blauen Koalition haben sich die Dinge verschlechtert.

**Ende Mai kam es im Zuge der Klima-Kundgebungen „Fridays for Future“ zu einer gefährlichen Situation, die in den Medien für Aufschrei sorgte: Während mehrere Polizisten einen Demonstranten am Boden fixierten, rollte beinahe ein Polizeiauto über dessen Kopf – ein Einzelfall?**

Die Polizei sollte als Helfer erlebbar sein und jeder – egal, ob Opfer oder Täter, ob Staatsbürger oder Fremder – muss sich bei der Polizei geschützt fühlen. Daher darf es nicht sein, dass bei der Festnahme oder Einvernahme physische oder psychische Gewalt ausgeübt wird. Leider kommt es aber immer wieder zu harten Übergriffen seitens der Polizei, vor allem gegenüber Ausländern. Ebenso werden offensichtlich ausländische Personen, die sich an Polizeistationen um Hilfe wenden, von manchen Exekutivbeamten „von oben herab“ behandelt und am liebsten gleich wieder weggeschickt.



**Sie stammen ursprünglich aus dem Iran, waren dort jahrelang als Rechtsanwalt für Menschenrechte tätig. Ein Kampf gegen Windmühlen?**

Genau. Ich habe 2001 als Rechtsanwalt angefangen und mich immer für benachteiligte Menschen, deren Rechte durch das iranische Regime verletzt wurden, eingesetzt. Im Iran ist es ganz einfach, einen Richter zu bestechen, um die Wahrheit zu verdrehen. Dagegen habe ich mich immer gewehrt und auch viele Richter angeklagt. Im Jänner 2005 habe ich gegen einen Richter eine Beschwerde beim Justizministerium mit vielen Beweisen eingebracht, da er eine Gruppe von Menschenrechtsaktivisten ohne ein einziges Beweismittel verhaftet und keinen unabhängigen Rechtsanwalt zugelassen hat.

Ich habe auf etwas Positives gehofft, aber einen Tag später wurde ich in meiner Kanzlei durch iranische Nachrichtendienste ohne Erklärung verhaftet! Es ist interessant, dass der Richter, gegen den sich meine Beschwerde gerichtet hat, meinen Haftbefehl erteilt hatte.

**Haben Sie auch ein Verfahren bekommen?**

Vorerst nicht, ich war ca 20 Monate in einer isolierten Gefängniszelle in Haft. Insgesamt war ich bis August 2013 im Gefängnis, wobei ich zur Todesstrafe verurteilt wurde. Für meine Flucht habe ich umgerechnet € 208.000,- Schmiergeld gezahlt, um mit einem Schlepper den Iran durch die Berge illegal zu verlassen.

**Gibt es im Iran etwas Vergleichbares zur EMRK? Welche Rechte hat ein Staatsbürger im Iran?**

Menschenrechte im Iran haben keine Bedeutung. Die Regierung hat islamische Menschenrechte aufgestellt, die allerdings die tatsächlichen Menschenrechte verletzen. Wenn jemand im Iran über Menschenrechte diskutiert, ist er ein Verbrecher, Feind des Regimes und Gotteslästerer. Eigentlich gibt es keine Religions- und Meinungsfreiheit und kein Recht auf unabhängige Gerichte oder Richter. Im Iran gibt es die Todesstrafe, auch Minderjährige können hingerichtet werden. Drogendelikte können ebenso mit dem Tod bestraft werden. LGBTI haben gar keine Rechte im Iran. In manchen Dörfern fehlt der Zugang zu Bildungseinrichtungen oder medizinischen Einrichtungen.

**Und welche Rechte hat eine Frau im Iran? Noch weniger?**

Im Iran gibt es keine Frauenrechte, Gewalt gegen Frauen wird nicht verfolgt oder verurteilt. Gemäß der Scharia gilt die Frau nicht als Mensch oder gar gleich dem Mann, sondern einfach als Sexspielzeug bzw Mutter von möglichst vielen Kindern. Im Iran ist der Mann nach der Scharia berechtigt, mehrere Frauen zu haben, die Frau darf hingegen immer nur einen Mann haben. Eine Frau kann auch nicht entscheiden, ob sie ein Kind bekommen möchte oder nicht und Mütter sind nicht die Obsorgeberechtigten ihrer Kinder. Ohne Zustimmung des Mannes darf eine verheiratete Frau keinen Job ausüben. Frauen dürfen sich nicht von ihrem Mann scheiden lassen, der Mann hingegen darf das jederzeit. Erwischt der Mann seine Frau bei einem Seitensprung, darf er ohne Bestrafung die Frau töten. Wenn jemand für Frauenrechte im Iran eintritt, wird er angeklagt, verhaftet und verurteilt.

**Bitte berichten Sie uns über das Justizsystem des Iran? Welche Missstände können Sie dort erkennen?**

Im Iran gibt es eigentlich keine unabhängige Justiz, das Recht folgt dem Regime. Was man an der Uni lernt, bleibt in der Uni und gelangt in der Praxis nicht zum Einsatz. Denn praktisch trifft nur ein vom Regime abhängiger Richter alle Entscheidungen.



Ein Richter braucht kein Beweismittel, um jemanden zu verhaften oder zu verurteilen, weil das Gefühl des Richters als Beweismittel gewertet wird. Ein Angeklagter hat gem § 35 des iranischen Verfassungsgesetzes ein Anrecht auf Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts, aber der Richter lässt das nicht zu.

#### So können politische Gegner ganz einfach aus dem Verkehr gezogen werden . . .

Laut Gesetzgebung gibt es keine politischen Verbrechen, wenn aber jemand deswegen trotzdem verhaftet wird, weiß bis zu mehreren Monaten niemand, wer das war bzw wo jemand ist. Während dieser Zeit wird der Akt fertig gemacht und der Verhaftete mittels Folter dazu gebracht, alles zu gestehen. Die Anklage lautete dann auf Verbrechen gegen das Regime oder *Mohareb*, also Gotteslästerung. Bei politisch verfolgten Personen gibt es keine freie Anwaltswahl und gem § 128 Strafprozessordnung darf ein Richter den Akt sperren, damit kein Rechtsanwalt ihn einsehen kann. Es gibt einige abhängige Rechtsanwälte, die die Verteidigung übernehmen dürfen, diese arbeiten jedoch mit der Regierung gegen den Beschuldigten zusammen. Auch die Scharia, welche gegen internationale Verträge und Vorschriften verstößt, spielt eine große Rolle beim Strafrecht.

### Die Menschen im Iran haben Angst vor dem Regime.

Vieles davon, was sie soeben geschildert haben, steht auch im jüngsten Amnesty International Report, der dem Iran ein äußerst schlechtes Zeugnis ausstellt. Glauben Sie, dass sich an den derzeit vorherrschenden Zuständen in naher Zukunft etwas ändern wird?

Nein, mit dieser Regierung sicher nicht.

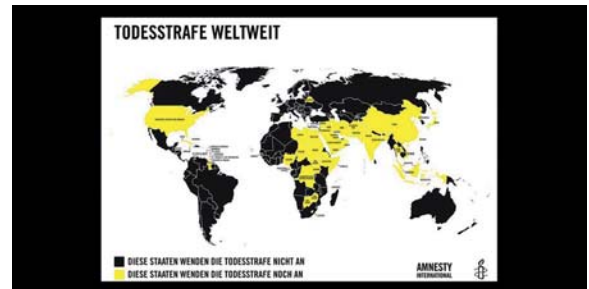
#### Was müsste passieren?

Wenn eine Revolution kommt, könnte sich etwas ändern. Aber in der aktuellen Lage sind die Leute verängstigt. Es fehlt der Mut, gegen die Regierung zu kämpfen. Wenn jemand erwischt wird, dann wird nämlich nicht nur diese Person, sondern die gesamte Familie verhaftet.

**Zurück nach Europa! Art 2 EMRK beginnt mit:** „Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt.“ Bereits der Folgesatz normiert aber die Ausnahme der Vollstreckung eines Todesurteils. Ist es nicht sonderbar, dass nicht einmal das höchste menschliche Gut – das Leben – durch die Menschenrechtskonvention geschützt wird?

Art 2 bezieht sich auf die Todesstrafe, die gesetzlich in einem demokratischen Land vorgesehen ist und durch ein unabhängiges Gericht verhängt wurde. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sichert eine unabhängige

Gerichtbarkeit. Wenn man sich vor Augen hält, dass die Todesstrafe in vielen Ländern grundsätzlich erlaubt ist, kann man auch die iranische Regierung verteidigen. Auch in den USA, China oder Nordkorea gibt es die Todesstrafe. Aus meiner Sicht darf es aber keine Todesstrafe geben!



**2018 wurden über 2.500 Menschen in 54 Staaten zum Tode verurteilt.** Foto: <https://www.amnesty.ch/de/themen/todesstrafe/dok/2019/star-ker-rueckgang-der-hinrichtungen>

#### Wie sehen Ihre persönlichen Lebenspläne aus?

Ich möchte in Österreich bleiben und hier als Rechtsanwalt tätig werden. Aktuell bin ich juristischer Mitarbeiter im Bereich der Menschenrechte, des Fremden- und Asylrechts und kenne mich auch im Strafrecht aus. Ich bemühe mich darum, bald die Rechtsanwaltsprüfung ablegen zu können.

#### Dabei wünsche ich Ihnen alles Gute!

Herzlichen Dank.



**John Richter, LL.M., geb 1979 in Tabriz (Iran), verheiratet, 2 Kinder; studierte Rechtswissenschaften und internationales Recht an den Universitäten Tabriz und Teheran, ab 2001 als Rechtsanwalt im Iran tätig und Professor an der Universität Tabriz, 2003–2005 Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, wurde 2005 aufgrund seiner Tätigkeit inhaftiert und zum Tode verurteilt, flüchtete 2013 aus dem Gefängnis und dem Iran, lebt seit 2015 in Österreich, ab 2016 Rechtsberater im Bereich des Asylrechts für eine Non-Profit-Organisation, seit 2019 juristischer Mitarbeiter bei RA Dr. Gregor Klammer, Ländersachverständiger beim BVWG, ehrenamtlicher Mitarbeiter beim ÖRK, spricht Deutsch, Englisch, Farsi, Türkisch und Azari**

Fotos: Daniel Novotny

**Clubtreffen der Rechtsanwälte/innen em und  
Rechtsanwaltswitwen/witwer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
10. 12. 2019 WIEN

**Grundlehrgang (BU-Kurs)**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
21. 1. 2020 WIEN

**Bitcoins, Kryptowährungen und Blockchains**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
22. 1. 2020 WIEN

**Clubtreffen der Rechtsanwälte/innen em und  
Rechtsanwaltswitwen/witwer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
28. 1. 2020 WIEN

**Immobilien- und Vertragsrecht**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
3. 2. 2020 INNSBRUCK

**Exekution I**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
19. 2. 2020 WIEN

**Kosten-Aufbauseminar**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
20. 2. 2020 WIEN

**Exekution II**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
4. 3. 2020 WIEN

**Kurrentien Spezial Mietrecht**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
11. 3. 2020 WIEN

**Präsentationstraining – für Juristen  
mit Prof. Dr. Jörg Risse**

Business Circle Management FortbildungsGmbH  
11. 3. 2020 WIEN

**Verhandlungstraining – exklusiv für Juristen  
mit Prof. Dr. Jörg Risse**

Business Circle Management FortbildungsGmbH  
12. und 13. 3. 2020 WIEN

**What's News?**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
17. 3. 2020 WIEN

**Einführungsseminar**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
19. 3. 2020 WIEN

**25. Finanzstrafrechtliche Tagung:  
Digitalisierung der abgabenrechtlichen  
Veranlagung und Kontrolle –  
(finanz)strafrechtliche Implikationen**

LeitnerLeitner Wirtschaftsprüfer Steuerberater  
19. 3. 2020 LINZ

**Jahrestagung Kapitalmarktrecht**

Business Circle Management FortbildungsGmbH  
19. 3. 2020 WIEN

**Clubtreffen der Rechtsanwälte/innen em und  
Rechtsanwaltswitwen/witwer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
25. 3. 2020 WIEN

**Immobilienvererbssteuer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
26. 3. 2020 KLAGENFURT

**Grunderwerbsteuer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
26. 3. 2020 KLAGENFURT

Inland

## Im postdemokratischen Rechtsstaat?

**Nachlese zum Grundrechtstag in Salzburg am 19. und 20. 9. 2019**

**D**er Grundrechtstag 2019 widmete sich angesichts gegenwärtiger Entwicklungen in westlichen Demokratien der Rolle des Rechtsstaats in vermeintlich postdemokratischen Zeiten, der damit einhergehenden Veränderung vormals unantastbar scheinender Grundrechte und im Besonderen den Bedrohungen und notwendigen Beschränkungen der Meinungsfreiheit.



Vortragender Univ.-Prof. Mag. Dr. Reinhard Heinisch, PhD Foto: <https://www.flickr.com/photos/uni-salzburg>

Nach der künstlerischen Intervention zur Eröffnung, der Hörspielminiatur „Demokratie als Weiberkram.“ des Wissensvermittlungskollektivs *TRIFOLIATA*, beschäftigte sich *Reinhard Heinisch* mit dem Phänomen populistischer Parteien, deren Ideologie sich zentral durch die Bezugnahme auf das Volk als geschlossene Einheit mit homogenen Interessen, die von korrupten Eliten und schadenwollenden „anderen“ bedroht werden, auszeichnet. Der anti-pluralistische Impetus dieses Volkskonzepts fällt in den etablierten Demokratien, in denen das Streiten, empirischen Wertestudien zufolge, überwiegend als negativ wahrgenommen wird, auf fruchtbaren Boden. Rechtsstaatliche Institutionen werden dabei als Teil der abzulehnenden Elite wahrgenommen, was die Gefahr illiberaler Demokratien von unten oder autoritären und von oben organisierten Demokratien birgt. *Andreas Novy* verwies darauf, dass Neoliberalismus auch als juristisches Projekt zur Beschränkung demokratischer Gestaltungsspielräume konzipiert ist, indem jeder Eingriff in den freien Markt als illegitime Intervention des Staats interpretiert wird. Daraus resultiert die Delegitimierung rechtlicher Regelungen im Kampf gegen Klimawandel, soziale Ungleichheit oder für Umweltschutz, weshalb es dringend geboten erscheint, die Hyperglobalisierung zurückzuführen, um demokratisch-politische Gestaltungsspielräume zurückzugewinnen und eine Abwägung der Freiheit des

Marktes mit anderen gesellschaftspolitischen Werten zu ermöglichen. *Pál Sonnevend* ging hinsichtlich der Rolle der Gerichtsbarkeit bei der Gewährleistung eines europäischen Minimums an Demokratie und Rechtsstaat davon aus, dass aktuelle Krisen der Rechtsstaatlichkeit zwischen Verfassungssystemen migrieren, wie er am Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn sowie der Pressefreiheit in Polen illustrierte. Die bislang unbefriedigenden Reaktionen von EU-Institutionen auf derartige Entwicklungen sind auch darauf zurückzuführen, dass es primärrechtlich keine definierten Mindeststandards betreffend Rechtsstaatlichkeit gibt und der EuGH bislang lediglich die Unabhängigkeit der Gerichte als klares Element hiervon festgelegt hat. In der anschließenden Podiumsdiskussion debattierten *Hans Georg Hagleitner* aus unternehmerischer, *Nadja Lorenz* aus fremden- und asylrechtlicher Perspektive und *Ramak Molavi* aus der Perspektive der Digitalisierung, was vom Rechtsstaat erwartet wird und welche Herausforderungen ihn in diesen Bereichen erwarten.



Foto: <https://www.flickr.com/photos/uni-salzburg>

Den zweiten Tag im Zeichen der Meinungsfreiheit eröffnete *Reinhard Klaushofer* mit einem Problemaufriss zur Demokratie als offenem Meinungsmarkt und betonte die wechselseitige Abhängigkeit von Demokratie und Grundrechten. Als besondere Problemfelder erachtete er die zunehmende Verlagerung der Meinungsbildung ins Internet und dortige semi-öffentliche Räume sowie die Notwendigkeit digitaler Bildung für Richter, die für sachgerechte Entscheidungen technologische Potentiale und Funktionsweisen verstehen müssen. *Maria Windhager* beschäftigte sich mit Hass im Netz im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit, zeigte Defizite beim straf- und zivil-

rechtlichen Persönlichkeitsschutz auf und verwies auf das teilweise fehlende Bewusstsein für die Schnelligkeit digitaler Prozesse, insbesondere beim Erlass einstweiliger Verfügungen, sowie auf faktische Probleme bei der Durchsetzung nationaler Entscheidungen gegenüber Großkonzernen (Facebook, Google). In der Abschlussdiskussion setzten sich *Alf Altendorf*, *Nicole Berkmann*, *Judith Denkmayr* und *Katharina Schnell* gemeinsam mit dem Publikum mit der Frage auseinander, wie Meinung gemacht wird.



Foto: <https://www.flickr.com/photos/uni-salzburg>

Angehörige aller juristischen Berufe sind aufgefordert, sich diesen vielfältigen Entwicklungen und Herausforderungen

zu stellen und dabei jedem Versuch, die demokratische und rechtsstaatliche Grundordnung infrage zu stellen, entschieden entgegenzutreten. Der Grundrechtstag 2019 war ein bereichernder und anregender Mosaikstein auf diesem Weg.



Foto: <https://www.flickr.com/photos/uni-salzburg>

#### **BARBARA KRAML**

*Richteramtsanwältin im Oberlandesgerichtssprengel Wien, Mitglied der Fachgruppe Grundrechte und interdisziplinärer Austausch der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter.*

## IAFL European Chapter Young Lawyers Award 2020

**D**ie „International Academy of Family Law – European Chapter“ lobt einen Preis von € 1.000,- für den besten Autor und zwei Preise von € 500,- für die Zweit- und Drittgereichten aus. Der Preis wird anlässlich der Konferenz zur Einführung in das europäische Familienrecht in Kiew, Ukraine, die von Donnerstag, 19. 3. 2020 bis Freitag, 20. 3. 2020 stattfindet, übergeben werden.

Die Ergebnisse werden in der Woche beginnend mit 25. 2. 2020 bekanntgegeben. Die Preisträger werden darüber hinaus noch einen Zuschuss von € 500,- für Anreise und Unterkunft sowie eine kostenlose Registrierung für die Konferenz in Kiew erhalten.

Der schriftliche Beitrag zum Thema „Brexit und internationales Familienrecht“ sollte wenn möglich auf Englisch, allerdings kann auch in der Muttersprache des Autors verfasst werden. Der Text soll nicht mehr als 3.000 Wörter umfassen und mündlich in einem Vortrag von 10 bis 15 Minuten auf Englisch vorgetragen werden. Das Thema wurde gewählt, weil der Brexit nach 20 Jahren europäischer Zusam-

menarbeit auf dem Gebiet des Familienrechts zu großen Veränderungen der Beziehung des Vereinigten Königreiches zum übrigen Europa in familienrechtlichen Angelegenheiten führen wird. Es ist deshalb von großem Interesse, wie junge Anwälte, die die Entwicklung der europäischen Rechtslage mitverfolgen konnten, zu erwartende Änderungen auf dem Gebiet des Familienrechts einschätzen.

Der Artikel sollte von Juristen mit Interesse für Familienrecht verfasst werden; er wird auf der Website der IAFL veröffentlicht werden und sollte bisher noch nicht publiziert worden sein.

Der Artikel sollte nicht später als Montag, 15. 1. 2020, elektronisch an *Ali Massey* von der IAFL ([ali.massey@iafl.com](mailto:ali.massey@iafl.com)) übermittelt werden. Weitere Rückfragen an RA Dr. *Alfred Kriegler*, 1010 Wien, Hoher Markt 1, [kriegler@divorce.at](mailto:kriegler@divorce.at).

#### **ALFRED KRIEGLER**

*Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.*



## Verkehrsrechtstag am Wörthersee

**M**ehr als 70 interessierte Rechtsanwälte, Konzipienten und Richter nahmen heuer am „Verkehrsrechtstag am See“ der Rechtsanwaltskammer für Kärnten im Parkhotel Pörschach teil. Der Klagenfurter Rechtsanwalt und Ausschussmitglied Mag. *Felix Fuchs* eröffnete die Veranstaltung mit dem aktuellen Titel „Brennpunkt Schadenersatz“. Der Vizepräsident des Landesgerichtes Klagenfurt Mag. *Manfred Herrnhofer* betonte die gute Zusammenarbeit von Richterschaft und Rechtsanwaltschaft im Bereich der Aus- und Fortbildung. Univ.-Prof. Dr. *Johannes Heinrich* von der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt schilderte die Entwicklung des von Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner* initiierten Verkehrsrechtstags, der heuer bereits zum sechsten Mal stattfand.

Als Moderator fungierte Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner* von der Uni Wien, der auch die aktuelle Judikatur zum Schadenersatzrecht präsentierte. Dabei spannte er den Bogen von der Wegehalterhaftung (Mangelnde Schneeräumung auf EKZ-Parkplatz: OGH 4 Ob 13/19v) über spektakuläre allgemein-haftungsrechtliche Entscheidungen (Legionelleninfektion in Hoteldusche: OGH 8 Ob 106/12i) bis hin zum Angehörigenschmerzensgeld (Totgeburt: OGH 1 Ob 114/16w). Der Innsbrucker Rechtsanwalt und Präsident des Österreichischen Alpenvereins Dr. *Andreas Erma-*

*cora* sprach über die Haftung der Skiliftbetreiber und präsentierte Fälle aus der Praxis wie zB einen Unfall bei einem Skitraining auf der Skipiste (LG Innsbruck 12 Cg 97/12p) oder „Skilehrerin vs Skidoo“ (2 Ob 113/09w). Der Wiener Rechtsanwalt Dr. *Johannes Pepelnik* referierte zum Thema „Trainingsfahrt in den Bergen?“ und erläuterte die für den Radsport relevante Judikatur zum Begriff „Rennlenker“ und zur Radwegebenutzungspflicht.



**Univ.-Prof. Dr. Herrnhofer, Fuchs, Karner, Ermacora, Pepelnik und Heinrich sowie Rechtsanwalt Hasslacher** Foto: Laggner-Primosch

# Aus- und Fortbildung

## Anwaltsakademie

### DEZEMBER 2019

#### FORTBILDUNG

#### Die sorgfältige Testamentserrichtung

9. 12. GRAZ

Seminarnummer: 20191209-5

#### FORTBILDUNG

#### Praktische Umsetzung der Compliance-Anforderungen in Rechtsanwaltskanzleien: Geldwäsche, Mandatierung & Datenschutz

9. 12. WIEN

Seminarnummer: 20191209-8

### JÄNNER 2020

#### AUSBILDUNG

#### Die Rechtsanwaltsprüfung – Intensivkurs „Prüfungsvorbereitung Strafrecht“

7. bis 29. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200107-8

#### AUSBILDUNG

#### Insolvenzrecht – Grundbegriffe, Verfahrensabläufe, Sanierungsverfahren

10. und 17. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200110-8

#### FORTBILDUNG

#### Grundsätze des Abgaben- und Finanzstrafverfahrens unter Berücksichtigung aktueller Judikatur

13. 1. GRAZ

Seminarnummer: 20200113-5

#### AUSBILDUNG

#### Seminarreihe Steuerrecht: 1. Persönliche Einkommensteuer (ESt)

14. und 21. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200114-8

#### AUSBILDUNG

#### Verwaltungsverfahren, Verwaltungsstrafverfahren und Rechtsschutz im Öffentlichen Recht I (AVG, VStG, VfGG)

17. und 18. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200117-8

#### FORTBILDUNG

#### Aktuelle Judikatur und Rechtsentwicklung im Liegenschafts- und Wohnrecht – Wegweisende Entscheidungen zu Grunderwerb, Wohnungseigentum und Vermietung

17. und 18. 1. LINZ

Seminarnummer: 20200117-3

#### AUS- UND FORTBILDUNG

#### Soziale Absicherung für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter – Grundlagen und Tipps (in Kooperation mit ÖRAK und Tiroler RAK)

23. 1. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20200123-6

#### FORTBILDUNG

#### „GELDWÄSCHEREI“: neue Regeln, verschärfte Berufspflichten! BRÄG 2016: Die Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherei-RL in der RAO

23. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200123-8

#### AUS- UND FORTBILDUNG

#### Das Zwangsversteigerungsverfahren – Praxisfragen für betreibende Partei, verpflichtete Partei und Ersteher

24. 1. GRAZ

Seminarnummer: 20200124-5

#### AUSBILDUNG

#### Mietrecht in der anwaltlichen Praxis – von der Vertragsformulierung zur Interessenvertretung für Mieter und Vermieter

24. und 25. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200124-8

#### FORTBILDUNG

#### Aktuelle Fragen zum Finanzstraf- und Abgabenverfahren

27. 1. SALZBURG

Seminarnummer: 20200127-4

#### FORTBILDUNG

#### Aktuelle Judikatur des OLG zu Kostenfragen

27. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200127-8



## Aus- und Fortbildung

**AUSBILDUNG****Schriftsätze im Zivilprozess**

30. und 31. 1. ST. PÖLTEN

Seminarnummer: 20200130-2

**AUS- UND FORTBILDUNG****Handy-Signatur für alle (RA/RAA/KM)**

30. 1. WIEN

Seminarnummer: 20200130-8

**AUSBILDUNG****Das Zwangsversteigerungsverfahren – Praxisfragen für betreibende Partei, verpflichtete Partei und Ersteher**

31. 1. LINZ

Seminarnummer: 20200131-3

**AUSBILDUNG****Schwerpunkt Leistungsstörungen: Gewährleistung und Schadenersatz**

31. 1. und 1. 2. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20200131-6

**FEBRUAR 2020****FORTBILDUNG****Die Praxis des Bauträgervertragsgesetzes: Von der Planung bis zur Umsetzung von Bauträgerprojekten**

5. 2. LINZ

Seminarnummer: 20200205-3

**AUSBILDUNG****Das neue Erb- und Außerstreitrecht – Erbrecht und Erbfolge, Pflichtteil, Verlassenschaftsverfahren und Nachfolge**

7. 2. FELDKIRCH

Seminarnummer: 20200207-7

**AUSBILDUNG****Verfahren vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts**

7. und 8. 2. GRAZ

Seminarnummer: 20200207-5

**AUSBILDUNG****Die Rechtsanwaltsprüfung – Intensivkurs „Prüfungsvorbereitung Öffentliches Recht“**

10. 2. bis 2. 3. WIEN

Seminarnummer: 20200210-8

**AUSBILDUNG****Seminarreihe Steuerrecht: 2. Unternehmenssteuerrecht**

11. und 18. 2. WIEN

Seminarnummer: 20200211-8

**AUSBILDUNG****Die Rechtsanwaltsprüfung – Prüfungssimulation „Strafrecht & Zivilrecht“**

13. 2. und 12. 3. WIEN

Seminarnummer: 20200213-8

**FORTBILDUNG****Aktuelle Judikatur zum Mietrecht: Expertenwissen für Newcomer und Fortgeschrittene – kompakt vermittelt**

20. 2. WIEN

Seminarnummer: 20200220-8

**AUSBILDUNG****Steuern und Abgaben aus juristischer Sicht – Grundbegriffe und Materien in der anwaltlichen Praxis**

21. und 22. 2. WIEN

Seminarnummer: 20200221-8

**FORTBILDUNG****Digitale Währungen und ihr legaler Rahmen – Aktuelle Rechtslage bei Kryptowährungen und Blockchain-Anwendungen**

24. 2. WIEN

Seminarnummer: 20200224-8

**AUSBILDUNG****Schriftsatzgestaltung im öffentlichen Recht**

26. 2. SALZBURG

Seminarnummer: 20200226-4

**AUSBILDUNG****Strafverfahren I – von der Mandatserteilung zur erfolgreichen Verteidigungsstrategie**

28. und 29. 2. WIEN

Seminarnummer: 20200228-8

**AUSBILDUNG****Mietrecht in der anwaltlichen Praxis – von der Vertragsformulierung zur Interessensvertretung für Mieter und Vermieter**

28. und 29. 2. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20200228-6

## FORTBILDUNG

## Die sorgfältige Testamentserrichtung

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Dieses Seminar vermittelt einen Einblick in die Herausforderungen, welche die neuen Vorschriften zur Testamentserrichtung für die Praxis mit sich bringen. Ob zur Form, oder zur sorgfältigen inhaltlichen Gestaltung: Besonderes Augenmerk wird zum einen darauf gelegt aufzuzeigen, welche Haftungsfallen es gibt, zum anderen werden Lösungsvorschläge geliefert, wie Fehler zu vermeiden sind. Wer bei der Testamentserrichtung auch zum neuen ErbRÄG 2015 kompetent beraten und Auskunft geben will, sollte sich hier up to date halten.

Seminarleitung und Referenten: Univ.-Prof. Dr. *Christian Rabl*, RA in Wien

Hon.-Prof. Dr. *Elisabeth Scheuba*, RA in Wien

Termin: 9. Dezember 2019 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Graz**, Wohlfühlhotel Novapark

Seminarnummer: 20191209-5

## AUS- UND FORTBILDUNG

## Soziale Absicherung für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter – Grundlagen und Tipps (in Kooperation mit ÖRAK und RAK Wien)

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Die soziale Absicherung der Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter ist besonders facettenreich. Viele Möglichkeiten führen auch zu vielen Fragen. Welche Krankenversicherungsvariante ist für mich die beste? Wie ist meine Familie abgesichert? Wo bin ich eigentlich pensionsversichert?

Das Seminar vermittelt kompakt und einfach die Grundlagen zur Kranken- und Pensionsversicherung. Auch Themen wie Pflege und Unfallversicherung werden kurz dargestellt. Tipps aus der Praxis unterstützen Sie bei der Beantwortung der vielen Fragen.

Referenten: Mag. *Ursula Koch*, Generalsekretär-Stellvertreterin des ÖRAK – Juristischer Dienst

Mag. *Elisabeth Schusterbauer*, Stellvertreterin der Kammeramtsdirektorin der RAK Wien in Wien

Termin: 23. Jänner 2020 = 1 Halbtage

Veranstaltungsort: **Innsbruck**, AC Hotel Innsbruck

Seminarnummer: 20200123-6

## FORTBILDUNG

## Grundsätze des Abgaben- und Finanzstrafverfahrens unter Berücksichtigung aktueller Judikatur

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Dieses Seminar bietet eine Einführung in das Thema des Abgaben- und des Finanzstrafverfahrens.

Ziel ist es, den Teilnehmern, die nicht so oft mit diesen Themen vertraut sind, einen Einstieg zu bieten, Grundlage und Systematik zu erläutern und die richtige Vorgangsweise für die Praxis zu bieten.

Referent: MMag. Dr. *Gerd Konezny*, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger; RA in Wien

Termin: 13. Jänner 2020 = 1 Halbtage

Veranstaltungsort: **Graz**, Wohlfühlhotel Novapark

Seminarnummer: 20200113-5

## AUS- UND FORTBILDUNG

## Das Zwangsversteigerungsverfahren – Praxisfragen für betreibende Partei, verpflichtete Partei und Ersteher

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Dieses Seminar wendet sich sowohl an nicht-juristische MitarbeiterInnen von Rechtsanwaltskanzleien als auch an RechtsanwaltsanwärterInnen.

Ziel des Seminars ist neben der praxisbezogenen Vermittlung der Grundlagen des Zwangsversteigerungsverfahrens (zB was heißt Übernahme einer Last in Anrechnung wirklich?) vor allem ein Zusammentragen jener Inhalte, die bei der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens, dessen Gestaltung und im Verteilungsverfahren von Bedeutung sind; dies unter Einschluss der Schritte, welche für den Ersteher zu setzen sind.

Geplant ist die Auflockerung des Vortrages durch mehrere praktische Aufgabenstellungen.

Seminarleitung und Referent: MMag. *Peter Krenn*, Richter am BG Villach

Termin: 24. Jänner 2020 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Graz**, Steiermärkische Sparkasse

Seminarnummer: 20200124-5

### oder

Termin: 31. Jänner 2020 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Linz**, Hotel ibis Linz City

Seminarnummer: 20200131-3



## Aus- und Fortbildung

## FORTBILDUNG

## Aktuelle Fragen zum Finanzstraf- und Abgabenverfahren

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Erläuterung aktueller Fragen des Finanzrechts- und Finanzstraf- sowie Abgabenverfahrens.

---

Seminarleitung und Referent: MMag. Dr. *Gerd Konezny*, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger; RA in Wien  
 Termin: 27. Jänner 2020 = 1 Halbtage  
 Veranstaltungsort: **Salzburg**, Parkhotel Brunauer \*\*\*\*  
 Seminarnummer: 20200127-4

---

## FORTBILDUNG

## Aktuelle Judikatur zum Mietrecht: Expertenwissen für Newcomer und Fortgeschrittene – kompakt vermittelt

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Im „Update Mietrecht“ werden alle aktuellen Entwicklungen im Bereich des Mietrechts dargestellt und – insbesondere mit Blick auf die Bedürfnisse der anwaltlichen Praxis – vertiefend erörtert. Darüber hinaus vermittelt das Update – insbesondere zum Auffrischen des Wissens bei „alten Hasen“ und zum vereinfachten Einstieg für „Newcomer“ in

diesem Rechtsbereich – auch Basics zum Mietrecht. Schließlich wird im Rahmen dieses Seminar die Gelegenheit geboten, Rechtsfragen aus dem unmittelbaren Tätigkeitsbereich der Teilnehmer („Wo der Schuh gerade drückt“) mit DEM Wohnrechtsexperten zu erörtern und auf dessen Expertise zuzugreifen.

Unter anderem behandelt das „Update Mietrecht“ folgende Themenbereiche:

1. Neue Klausel-E des OGH zur zulässigen Mietvertragsgestaltung
2. Aktueller Stand der Judikatur zum Superädifikat
3. Auswirkungen veralteter Elektrik auf den Mietvertrag (uU massive Mietzinsherabsetzung und -minderung)
4. OGH zur (Un-)Zulässigkeit von airbnb-Vermietungen
5. Aktuelle Entwicklungen zur Mietzinsanhebung gem § 12a Abs 3 MRG
6. Legistischer Ausblick
7. uvm

---

Referent: Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch*, Of Counsel bei Schaffer-Sternad Rechtsanwälte, Institut für Zivilrecht – Universität in Innsbruck

Termin: 20. Februar 2020 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE

Seminarnummer: 20200220-8

---

## EU-Kommentar

**N**unmehr ist die vierte Auflage des *Schwarze-Kommentars* erschienen. Vorab ist zu verweisen, dass 3.840 Seiten in einem Band schon die äußerste Grenze der Handhabbarkeit darstellen, da das Papier extrem dünn ist und der Greif- und Lese komfort fast nicht mehr gegeben ist. Diesbezüglich kann an den Herausgeber und Verlag nur die Empfehlung gegeben werden, die nächste Auflage in zwei Bände zu splitten.



Aus aktuellem Anlass (BREXIT) ist Art 50 EUV auch für die Praxis von besonderem Interesse. Bis zum heutigen Tag gab es nur Beitritte in die EU, jedoch nie einen Austritt. Somit wird auch juristisches Neuland betreten, die grundlegende primärrechtliche Bestimmung ist in Art 50 EUV zu finden. *Becker* verweist in der Kommentierung (Art 50 EUV Rn 7), dass nach Abs 3 in Folge des Austrittes die Verträge zwischen den austretenden Mitgliedstaaten und der EU keine Anwendung mehr finden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist entweder das Inkrafttreten des Austrittsabkommens oder der Fristablauf. Von grundlegender Bedeutung ist, dass mit Beendigung der vertraglichen Beziehungen grundsätzlich das Sekundärrecht seine Wirkung verliert. Dies gilt auch für gemischte Abkommen. Dies zeigt sehr deutlich die erhebliche teilweise nicht überblickbare Anzahl von sich stellenden Fragen auf, die infolge des Brexits für alle mit dem Vereinigten Königreich in wirtschaftlichem Kontakt stehenden sich ergeben. Äußerst umfangreich (142 Randnummern) ist die Kommentierung der Art 45 AEUV, der primärrechtlich die Freizügigkeit der Arbeitskräfte regelt. Bei der Kommentierung dieser Bestimmung ersieht man die Qualität, da neben dem Primärrecht auch ausführlich das Sekundärrecht dargestellt wird. Abgerundet wird dies durch die Zitierung einer erheblichen Anzahl von Entscheidungen sowie den Verweis auf die juristische Lehre. Interessant ist die Kommentierung zur Frage der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgrund zwingender Gründe des allgemeinen Interesses (Rn 44 ff).

Immer wichtiger wird die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, welche in Art 81 ff AEUV geregelt ist. Diese Kommentierungen geben den Rechtsanwendern eine Vorstellung der Möglichkeiten sowohl im positiven als auch im negativen Sinn, die zur Wahrung der rechtlichen Interessen der Mandanten notwendig sind. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Darstellung der Europäischen Staatsanwaltschaft zu verweisen, die heute noch ein wenig beachtetes Organ ist, jedoch in Zukunft erhebliche Bedeutung erlangen kann.

Über die Kommentierung des Beihilfen- und Wettbewerbsrechts zu reden, wäre Eulen nach Athen zu tragen. Äußerst umfangreich (S 3.358–3.553) ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) dargestellt.

Diese Grundrechte sind auch nach ständiger Judikatur der österreichischen Höchstgerichte auch in Österreich unmittelbar anwendbar, dies bedeutet, dass mit dem Erkenntnis des VfGH der Katalog durch die GRC erheblich erweitert worden ist.

Wer sich mit Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts auseinandersetzt, ist mit diesem Werk exzellent bedient.

### EU-Kommentar.

Von *Jürgen Schwarze/Ulrich Becker/Armin Hatje/Johann Schoo* (Hrsg.). 4. Auflage, Verlag Nomos Facultas, Helbing & Lichtenhahn, Baden-Baden 2019, 3.840 Seiten, geb, € 259,-.

### WOLF-GEORG SCHÄRF

## NÖ Baurecht

**M**it der 2. Aufl haben die Autoren den Praxiskommentar NÖ Baurecht auf den neuesten Stand gebracht, um vor allem das Arbeiten mit der Materie in der Praxis zu erleichtern. Zahlreiche Neuerungen in der NÖ Bauordnung 2014, dem NÖ Raumordnungsgesetz 2014 sowie zahlreiche Novellen, Nebengesetze und Änderungen in der Gesetzesmaterie haben eine Überarbeitung des Kommentars notwendig gemacht. Diese Aufl befindet sich auf dem Gesetzesstand per November 2018.



Besonders hervorgehoben werden die 5. und 7. Novelle zur NÖ BO 2014, die Neufassung der NÖ Aufzugsordnung 2016, der NÖ Aufzugstechnikverordnung 2017, die NÖ Landesstraßen-Lärmimmissionschutzverordnungen sowie die NÖ Bau Übertragungsverordnung 2017.

Augenmerk möchte ich auf einen in der Praxis bedeutsamen Aspekt lenken, bspw auf die Vermutung des rechtmäßigen Bestands einer Baulichkeit. Die Rsp geht davon aus, dass bei Bauwerken, die bereits Jahrzehnte bestehen, trotz einer fehlenden Baubewilligung unter bestimmten Voraussetzungen als bewilligt angesehen werden. Man geht bei solchen Baulichkeiten davon aus, dass es unter bestimmten Kriterien zu einem vermutenden Konsens kam und das Gebäude, so wie es steht und genützt wird, als bewilligt gilt (VwGH 13. 12. 1985, 83/17/0221).

Die Frage über die Konsensmäßigkeit alter Baubestände wird aufgegriffen, behandelt und zusammenfassend lässt sich sagen, dass der vermutete Konsens angenommen wird, wenn die Erbauung so weit zurückliegt, dass die Wahrscheinlichkeit, Unterlagen zu finden, nicht mehr besteht, zum Beispiel wenn die Archive nicht ordnungsgemäß geführt wurden.

Ein Zeitraum von 30 bis 40 Jahren wird als zu kurz angesehen, um eine Vermutung des Konsenses zu begründen. Weiters stellt sich die Frage der Konsensmäßigkeit nur bei jenen Baulichkeiten, welche nach der zur Zeit ihrer Herstellung geltenden Rechtsordnung dem Gesetz entsprachen. Auch muss Beachtung geschenkt werden, ob Baubewilligungen im örtlichen Umkreis auffindbar sind sowie Unterlagen durch Krieg, Aufstände oder ähnliche Ereignisse verloren gegangen sein könnten.

Das Erscheinen der 2. Auflage kann sowohl für Spezialisten im Baurecht als auch für Baurechtseinsteiger wärmstens empfohlen werden.

### NÖ Baurecht.

Von *Gerald Kienastberger/Anna Stellner-Bichler*. 2. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2018, 1.401 Seiten, geb, € 219,-.

---

**GEROLD BENEDEK**

## Die Beweislastverteilung im Bestandrecht

**K**aum zu glauben, aber es scheint tatsächlich so zu sein: Zu einem ungemein praxisrelevanten Thema erscheint nunmehr eine erste Monographie, diese aber immerhin gleich aus der Hand eines erfahrenen Richters und Fachbuchautors, der um die Bedeutung der Beweislast und die Fragen, die sich im Bestandsverfahren stellen, weiß und diese daher mit gekonntem Zugriff bearbeitet.



Das Werk bietet somit eine gründliche Befassung mit der Beweislast als ein zentrales Problem an der „Schnittstelle des Zivilrechtes zum Zivilverfahrensrecht“ und folgert aus der (überwiegenden) Ansicht, dass die Beweislastnormen demselben Rechtsgebiet angehören wie die Normen, auf denen der zu beurteilende Anspruch beruht, dass „bei der Klärung der Beweislastverteilung die hinter den Beweislastregelungen des materiellen Rechts stehenden materiellen Wertungen zu beachten sind“ und liefert somit die innerlich logische Begründung für die nachfolgende, eingehende Befassung. Mit weiterer Vertiefung in die Sache verwundert immer mehr, dass solch eine Monographie erst jetzt erscheint und da insb die einführenden Teile davon auch für andere Rechtsgebiete fruchtbar gemacht werden können, ist es mehr als nur ein Beitrag zur Behebung eines Mankos, wie es sinngemäß und ganz bescheiden im Vorwort des Autors heißt. Da das Thema der Beweislast als Voraussetzung einer richtigen richterlichen Sachentscheidung wohl in den meisten kontradiktorischen Verfahren eine wesentliche Rolle spielt und die Folgen des non liquet ganz allgemein in aller Regel auch zum Prozessunterliegen führen, kann hier jedenfalls eine allgemeine Empfehlung ausgesprochen werden.

Neben diesen sehr hilfreichen Ausführungen werden, wie aufgrund des Werktitels zu erwarten, selbstverständlich dann die gesetzlichen Beweislastregeln im Bestandsverfahren behandelt und in einem eigenen Kapitel ausgewählte Judikate zu Einzelfragen im Bestandrecht präsentiert, sodass davon ausgegangen werden darf, nunmehr dazu hiermit „lege artis“ ausgestattet zu sein.

### Die Beweislastverteilung im Bestandrecht.

Von *Jürgen C. T. Rassi*. 1. Auflage, Jan Sramek Verlag, Wien 2018, XIV, 124 Seiten, br, € 39,90.

---

**WOLFGANG KROPF**

## Österreichischer Juristenkalender 2020

**D**as ist ein Handbuch für den österreichischen Rechtsanwalt. Nur so erklärt sich, weshalb dieses Buch seinen Benutzern neben dem Kalendarium, den Tarif- und Gebührentabellen, den Rechtsmittelübersichten sowie den ausführlichen Verzeichnissen auch mehrere Rechtsanwaltsvollmachts- und Kostenverzeichnisformulare zur Verfügung stellt.



Der *Österreichische Juristenkalender* ist durch jahrzehntelange Erscheinung und Überarbeitung besonders praxiserprobt. Die Brücke in das digitale Zeitalter versuchten die Herausgeber des Traditionswerks offenbar bereits vor einigen Jahren durch einen im Preis inkludierten Zugang zu der „JUKA-Anwenderdatenbank“ zu schaffen. Diese Datenbank ist mit einem Tarif- und einem Fristenrechner sowie einem Juristenverzeichnis ausgestattet.

Viele Informationen des mit rund 300 Seiten recht umfangreichen Verzeichnisteils können wohl heutzutage im Internet abgerufen werden. Der Juristenkalender überzeugt hierbei dennoch durch seine Übersichtlichkeit und den Umstand, dass er seinen Lesern das oft mühsame „Durchklicken“ von – um nur einige Beispiele zu nennen – Geschäftsverteilungsübersichten, Gemeinde-Homepages, die im Aufbau stets unterschiedlich sind, oder Rechtsanwaltsverzeichnissen erspart.

Der *Österreichische Juristenkalender* ist hochwertig verarbeitet. Durch sein Gewicht eignet er sich eher für den Schreibtisch des Anwalts als für seine Aktentasche.

### Österreichischer Juristenkalender 2020.

Von *SCWP Schindhelm* (Hrsg.). Verlag Manz, Wien 2019, 720 Seiten, geb, € 123,-.

---

**FLORIAN LEITINGER**

## D&O-Versicherung

**M** Mag. Dr. *Martin Ramharter* ist seit 2012 Legist im BMF (Abt III/6); seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Versicherungsrecht sowie im Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht. Die von ihm verfasste Monographie stellt die erste umfassende wissenschaftliche Analyse der Grundlagen der D&O-Versicherung unter Berücksichtigung der österreichischen Rechtslage dar. Sie basiert auf seiner an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien approbierten und mit dem Preis des Verbandes der österreichischen Banken und Bankiers 2018 ausgezeichneten Dissertation. Die in Fachkreisen viel beachtete Arbeit wurde vor kurzem mit dem Hammurabi-Preis 2019 ausgezeichnet.



Dem Vorbild der US-amerikanischen D&O-Versicherung (directors and officers liability insurance) folgend sind nunmehr auch in Österreich Deckungskonzepte, also Versicherungen, üblich, welche die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Unternehmensleiter zum Gegenstand haben. Die D&O-Versicherung ist im Kern eine Haftpflichtversicherung, welche die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter und die Befriedigung begründeter gegen die versicherte Person erhobener Haftpflichtansprüche zum Gegenstand hat. Die D&O-Versicherung ist für Manager und Aufsichtsräte ein mittlerweile auch in Österreich unverzichtbares Instrument zur Absicherung der Organhaftung geworden. In Österreich gilt die D&O-Versicherung nach wie vor als ein „unbekanntes“ Wesen, die wissenschaftliche Aufarbeitung steht erst am Anfang. Diese Problemstellung ist für uns Praktiker naheliegenderweise unbefriedigend. In Deutschland hingegen gibt es – wie wir von *Ramharter* lernen – ein reichhaltiges, fast unüberschaubares Schrifttum. Uns österreichischen Rechtsanwältinnen macht die D&O-Versicherung Verständnisprobleme, da es sich im Regelfall um eine von der Gesellschaft abgeschlossene Haftpflichtversicherung handelt, welche fremdes Interesse – also das Interesse des Managers – abdeckt. Sie ist somit im Kern eine Versicherung für fremde Rechnung iSd §§ 74ff VersVG. Auch die Definition des Versicherungsfalls wird völlig abweichend zu der uns gewohnten Praxis durch das „claims-made“-Prinzip (Anspruchserhebungsprinzip) geregelt. Die Herausforderung, vor welcher *Ramharter* beim Verfassen seiner grundlegenden und ersten österreichischen Monographie zu diesem Thema stand, ist darüber hinaus darin begründet, dass es keine bzw kaum eine höchstgerichtliche österreichische Rsp zu diesem Thema gibt. Umso wichtiger ist sein Werk für uns Rechtsanwältinnen, zumal er sich nicht nur mit den dogmatischen Grundlagen, sondern auch ausgewählten Praxisfragen beschäftigt (bspw Eingreifen des Pflichtwidrigkeitsausschlusses, Anrechnung von Verteidigungskosten auf die

Versicherungssumme und Rechtsfolgen einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung).

Nicht nur der Wissenschaftler, sondern auch der Praktiker findet im vorliegenden Werk einen unverzichtbaren Arbeitsbehelf zum Regelungsbereich der Manager-Haftpflichtversicherung. In Anbetracht der Bedeutung dieser noch jungen und wachsenden Versicherungssparte ist die Monographie den Kolleginnen und Kollegen gerne anempfohlen.

### **D&O-Versicherung, Dogmatische Grundlagen und ausgewählte Praxisfragen.**

Von *Martin Ramharter*. 1. Auflage, Verlag Facultas, Wien 2018, 370 Seiten, € 84,-.

### **ERICH RENÈ KARAUŠCHECK**

## Das Grundbuch in der Praxis

**B**ereits der erste Blick in das Buch lässt den mit der Bearbeitung grundbuchsrechtlicher Sachverhalte vertrauten Leser erkennen, welch praktisches Hilfsmittel er in Händen hält. Schließlich besteht der Hauptteil des Werks *Das Grundbuch in der Praxis* aus einer ausführlichen Auflistung zahlreicher grundbuchsrechtlicher Eintragungsbeispiele. Ausgehend vom Wortlaut der jeweiligen Grundbucheintragung erklärt der Autor kompakt und einfach Bedeutung, Inhalt, Auswirkungen und Zusammenhänge der einzelnen Eintragungen. Dabei punktet das Werk vor allem durch seine Übersichtlichkeit und den besonders benutzerfreundlichen alphabetischen Aufbau.



Einer allgemeinen Einführung in das Grundbuch folgt eine Darstellung der grundlegenden Begriffe und der Grundsätze des Grundbuchsrechts. Nach einer Auflistung jener Rechte, die Gegenstand der Eintragung in das Grundbuch sein können, listet der Autor auf über 60 Seiten die eingangs beschriebenen Eintragungsbeispiele auf.

Der Autor, Regierungsrat *Anton Jauk*, ist Diplomrechtspfleger am BG Graz-West und durch seine jahrzehntelange Lehrtätigkeit ein gefragter Vortragender vor allem zu Fragen des Grundbuchs. Mit der Neuauflage dieses Werks ist ihm in seinem Anliegen, möglichst vielen Personen dabei zu helfen, sich in dieser (Schnittstellen-)Materie zurechtzufinden, erneut ein entscheidender Schritt gelungen.

### **Das Grundbuch in der Praxis. Das ABC der Grundbucheintragungen.**

Von *Anton Jauk*. 3. neu bearbeitete Auflage. Verlag LexisNexis, Wien 2019, 100 Seiten, br, € 25,-.

### **FLORIAN LEITINGER**



## Nutzfläche und Nutzwert im Wohnrecht

**D**ieses sehr handliche und mittlerweile in 4., erweiterter Auflage erschienene Werk handelt von der Ermittlung der Nutzfläche und des Nutzwerts aus technischer und rechtlicher Sicht. Es ist somit grundsätzlich in drei Abschnitte unterteilt. Der erste Teil befasst sich mit einer ausführlichen Darstellung des Begriffs *Nutzfläche* in der Rechtsordnung einschließlich der Rechtsentwicklung und der Wiedergabe der relevanten Normen samt Hinweisen auf Parallelbestimmungen zur Auslegung und einer übersichtlichen Kommentierung. Der zweite Teil stellt eine Abhandlung über die Ermittlung der Nutzfläche dar und in einem dritten Teil wird der Begriff des *Nutzwerts* nach dem WEG 2002 behandelt.



Hervorzuheben sind die im zweiten Teil des Werks enthaltenen Abbildungen und Skizzen, die insb durch die benutzerfreundliche Kennzeichnung der jeweiligen Nutzfläche der besseren Veranschaulichung dienen. Das Werk enthält auch ein Mustergutachten und anschauliche Berechnungsbeispiele.

Zum einen diente die Neuauflage der Aktualisierung dieser Skizzen, zum anderen gingen die Autoren aufgrund von Anfragen und Hinweisen aus der Praxis auf zusätzliche Themen ein, wie zB die Nutzfläche einer Loggia oder die Berechnung von Zu- und Abschlägen.

Das Werk *Nutzfläche und Nutzwert im Wohnrecht* richtet sich insb an Juristen (va Rechtsanwälte, Notare und Richter), Immobilienreuhänder und Sachverständige, die mit Nutzflächen- und Nutzwertermittlungen zu tun haben. Dabei stellt es einen nützlichen Arbeitsbehelf dar, indem es einen Zugang zu technischen Fragen zur Nutzfläche im Wohnrecht bietet.

### **Nutzfläche und Nutzwert im Wohnrecht.**

Von Werner Böhm/Manfred Eckharter/Ernst Karl Hauswirth/Peter Heindl. 4. Auflage. Verlag Manz, Wien 2018, XIV, 134 Seiten, br, € 38,-.

**FLORIAN LEITINGER**

## Maß- und Eichrecht

**D**as Maß- und Eichrecht zählt zu jenen Rechtsgebieten, die das Alltagsleben eines jeden Verbrauchers betreffen: Von der Ermittlung des Stromverbrauchs über den Erwerb der Nudelpackung im Supermarkt bis hin zur – unpopulären – Feststellung der Überschreitung der Verkehrsgeschwindigkeit, überall spielen irgendwo im Hintergrund, nicht sichtbar für den Konsumenten, die besonderen Verwaltungsvorschriften dieser Materie eine Rolle. Dennoch existieren nur ausgesprochen wenige rechtswissenschaftliche Grundlagen, die zur Aneignung und Vertiefung dieses Rechtsgebiets herangezogen werden können.



Es ist dem physikalisch-technischen Prüfdienst, einer mit Privatautonomie ausgestatteten Organisationseinheit des Bundesamts für Eich- und Vermessungswesen (BEV), im Allgemeinen bzw vier einschlägig tätigen Fachexperten im Besonderen zu verdanken, dass mit dem vorliegenden Werk nunmehr wieder eine inhaltlich umfassende und

praktisch sehr gut handhabbare Grundlage auf aktuellem Stand existiert, anhand derer man sich in die gegenständliche Materie einarbeiten und vertiefen kann. Die vier Autoren sind zum einen der für die Vorbereitung der Gesetze und Verordnungen technisch verantwortliche Abteilungsleiter im BM für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (zuvor Wirtschaftsministerium) *Gerald Freistetter*, dessen Vorgänger und gegenwärtig an der TU Wien lehrende Experte (*Christoph Twaroch*), eine leitende Mitarbeiterin (*Ulrike Fuchs*) sowie ein leitender Mitarbeiter des BEV im Ruhestand (*Arnold Leitner*). Dieses Team bildet naturgemäß die beste personelle Grundlage, um ein fachlich fundiertes und unmittelbar an den Bedürfnissen der Praxis orientiertes Buch vorzulegen, in dem sich noch dazu die Rechts- und Verwaltungsmeinung der maßgeblichen Vollzugsbehörde, nämlich des BEV, unmittelbar widerspiegelt. Jeder der Autoren trägt offensichtlich Verantwortung für den Inhalt des gesamten Buchs, da die Verfasser der einzelnen Teile nicht ausgewiesen sind, was den erfreulichen Effekt mit sich bringt, dass der Kommentar wie aus einem einzelnen Guss erscheint.

Wer mit dem Maß- und Eichrecht an sich wenig anzufangen weiß, findet zu Beginn des Buchs eine systematische Einführung in diese Materie, in der ihre Grundlagen zusammenfassend aufbereitet, die Entstehungsgeschichte erläutert und die relevanten Rechtsgrundlagen sowie die handelnden Institutionen (neben dem BEV etwa auch die Eichämter sowie diverse internationale Organisationen) in aller Kürze vorgestellt werden. Daran schließt sich der „Besondere Teil“, von dem naturgemäß die Abhandlung des innerstaatlichen Maß- und Eichgesetzes den größten Teil einnimmt. Die „Europäisierung“ des besonderen Verwaltungsrechts

kommt auch im gegenständlichen Rechtsbereich dadurch zum Ausdruck, dass die Abhandlung jener nationalen Verordnungen, denen harmonisierte Richtlinienvorgaben zugrunde liegen, nahezu die Hälfte des Buchs (knapp 200 Seiten) ausmacht. Darunter finden sich praktisch enorm bedeutungsvolle Regelungswerke wie die Messgeräteverordnung und die Fertigpackungsverordnung. Nach der Darstellung der innerstaatlichen Regelungswerke, denen (noch) kein maßgebliches Sekundärrecht zugrunde liegt, und wesentlicher internationaler Verträge (zB Meterkonvention) findet sich am Ende eine historisch interessante Aufstellung von Maßeinheiten: Man erfährt etwa, dass das Wiener Krügel ehemals 0,530521 Liter umfasste – mittlerweile findet sich in einem solchen Glas bekanntlich ein geringeres Quantum.

Wesensmerkmal des Werks sind die umfangreichen und inhaltlich ausführlichen Erläuterungen sämtlicher abgedruckten Normenwerke, die auch im Fall des MEG erheblich über die ErläutRV hinausgehen. In diesen werden Querverbindungen zu anderen Rechtsvorschriften hergestellt (etwa durch Verweis auf die umgesetzten sekundärrechtlichen Vorgaben) und wird der Normeninhalte gut

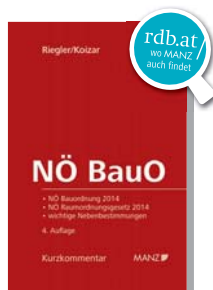
nachvollziehbar und allgemein verständlich kommentiert. Angesichts des Umstands, dass vom Maß- und Eichrecht indessen nur wenige Judikate vorliegen, finden sich kaum Hinweise auf die Rsp, was die Bedeutung des gegenständlichen Werks freilich umso mehr hebt.

Dem vorliegenden Sammelwerk ist sicherlich die Eigenschaft zuzuschreiben, dass es für nicht fach einschlägig versierte Juristen ebenso konzipiert ist wie für fach einschlägig versierte Nichtjuristen. Den Autoren ist dieser Spagat sicherlich gelungen.

**Maß- und Eichrecht mit ausführlichen Anmerkungen, Erläuterungen und Kommentaren.**

Von Gerald Freistetter/Ulrike Fuchs/Christoph Twaroch/Arnold Leitner. Physikalisch-technischer Prüfdienst des Bundesamts für Eich- und Vermessungswesen, Wien 2018, 520 Seiten, geb., € 69,-; erhältlich auch als eBook, € 69,-.

RAINER WOLFBAUER



## Novellen über Novellen!

4. Auflage 2019. XXX, 1130 Seiten.  
Geb. EUR 168,-  
ISBN 978-3-214-02475-8

Dieses Werk ist auch Online erhältlich:  
[manz.at/noe-bauo](http://manz.at/noe-bauo)

Riegler · Koizar

### NÖ BauO 4. Auflage

Nicht weniger als **6 Novellen**, die knapp drei Viertel der Bestimmungen der **NÖ BauO** betreffen, sowie **4 Novellen zum NÖ ROG** haben die Autoren bei der nun vorliegenden 4. Auflage zur **NÖ BauO** berücksichtigt.

Dieser Kurzkomentar enthält:

- die **NÖ Bauordnung 2014** und das **NÖ Raumordnungsgesetz 2014**,
- die **NÖ BautechnikV 2014** samt **OIB-Richtlinien**,
- weitere **Durchführungsverordnungen** und wichtige baurechtliche **Nebenbestimmungen**.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at) Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ

# Zeitschriftenübersicht

## AKTUELLES RECHT ZUM DIENSTVERHÄLTNIS

- 6666**    **3**    *Covarrubias Venegas, Barbara und Dejan Stojanovic*: In den Sand gesetzt? Oder Fehler sei Dank! Eine produktive Fehlerkultur in Organisationen etablieren
- 6667**    **3**    *Lindmayr, Manfred*: Judikaturübersicht zum Lohn- und Sozialdumping
- 6668**    **3**    *Sbara, Bettina*: Schadenersatzansprüche im Arbeitsverhältnis: Verjährung und Verfall
- 6669**    **3**    *Lindmayr, Manfred*: Berechnung der Kündigungsfrist

## BANK ARCHIV

- 10**    **713**    *Rabl, Christian und Reinhard Schamberger*: Stundungsvereinbarungen als entgeltlicher Zahlungsaufschub im Sinne des Verbraucherkreditgesetzes
- 728**    *Mitter, Christine, Stefan Mayr und Birgit Feldbauer-Durstmüller*: Die Bedeutung der Bank in der gerichtlichen Sanierung in Österreich

## BAU AKTUELL

- 5**    **174**    *Markus, Jochen*: Das neue Architektenrecht im deutschen BGB
- 179**    *Frad, Thomas*: Bemerkenswerte baurechtliche Entscheidungen des OGH im Jahr 2018

## BAURECHTLICHE BLÄTTER

- 5**    **167**    *Kirchmayer, Wolfgang*: Die Bauordnungsnovellen 2018 – Wesentliche Änderungen im Wiener Baurecht
- 181**    *Kastner, Peter und Wolfgang Kleewein*: Missstände bei der Vollziehung des Baurechts. Aktuelle Fälle aus der Volksanwaltschaft 2019/1

## ECOLEX

- 10**    **842**    *Hager, Robert und Alexander Pabst*: Schutz, Haftung und Rechtsdurchsetzung bei OSL
- 849**    *Sillaber, Christian*: Mining your own business? Betrieb dezentraler Systeme als GesBR
- 852**    *Stadler, Arthur und Andreas Johannes Pfeil*: Ungültige Befristung der Gültigkeitsdauer von entgeltlichen Gutscheinen
- 866**    *Wallner, Benedikt*: Zur Verlängerung der Berufungsfrist in Ausnahmefällen
- 876**    *Fida, Stefan und Karl Wörle*: Say on Pay und Zuständigkeit im Aufsichtsrat
- 880**    *Geuer, Ermano und Raphaela Mandl*: Die Einordnung einer GesBR unter die DSGVO
- 887**    *Wollmann, Hanno*: Die UTP-Richtlinie – Unterstützung für David gegen Goliath in der Lebensmittelbranche
- 894**    *Gerhartl, Andreas*: Mobbing – eine Annäherung
- 906**    *Grassinger, Clemens*: Gebührenpflicht durch Kettenverweis?
- 914**    *Filzmoser, Friedrich und Josef Wagner*: Rechtsberatung durch Gewerbetreibende – Zulässigkeit und Grenzen

## GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

- 10**    **985**    *Meier-Beck, Peter*: Die Rechtsprechung des BGH in Patentsachen im Jahr 2018
- 1003**    *Dreier, Thomas*: Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts. Anmerkung zu EuGH „Funke Medien NRW“ und „Spiegel Online“
- 1015**    *Metzger, Axel*: Vertragsstrafen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung und Reformvorhaben

## GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT INTERNATIONAL

- 10**    **885**    *Haedicke, Maximilian*: Das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung der Beschwerdekammern und nachträglich erlassenen Regeln der Ausführungsordnung zum EPÜ
- 900**    *Pahlow, Louis*: Die Rechtsstellung des Lizenznehmers am Gemeinschaftsgeschmacksmuster

## JOURNAL FÜR ARBEITSRECHT UND SOZIALRECHT

- 3**    **209**    *Kietaibl, Christoph*: Ausgliederung und Betriebsübergang
- 221**    *Pfalz, Thomas*: Überlassene Arbeitskräfte beim Betriebsübergang
- 230**    *Resch, Reinhard*: Einzelvertragliche Verweisung (Bezugnahmeklausel) auf einen fremden Kollektivvertrag
- 262**    *Saga, Adam*: Ablösung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang
- 275**    *Mayer, Lisa*: Betriebsvereinbarungen und Betriebsübergang im ArbVG

**JOURNAL FÜR STRAFRECHT**

- 5     **402** *Birklbauer, Alois:* (Keine) strafbare Untreue (§ 153 StGB) durch korruptives Handeln  
**409** *Pribas, Sebastian:* Bekämpfung der Stellung des Privatbeteiligten  
**414** *Hofer, Marlene:* Bankomatkartenmissbrauch als Einbruchsdiebstahl iS des § 129 Abs 1 Z 3 StGB durch das Öffnen einer Sperrvorrichtung  
**419** *Schönborn, Elias:* Offene Fragen zur Korruption im privaten Sektor nach § 309 StGB  
**449** *Schwaighofer, Klaus:* Suchtgiftransport(e) durch mehrere Länder: eine oder mehrere strafbare Handlungen?

**JURISTISCHE BLÄTTER**

- 9     **514** *Told, Julia:* Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen (Teil 1)  
**554** *Rösler, Lisa:* Ein Ende der Gewerbsmäßigekeitsqualifikation nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG bei Kleindealern?  
**560** *Hegen, Helmut:* Bankgeheimnis, Datenschutz und Zession – eine spannungsvolle Dreiecksbeziehung? (Teil 2)

**ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG**

- 18    **801** *Schoditsch, Thomas:* Grundfragen des Doppelresidenz-Modells  
**807** *Jesionek, Regine:* Gedanken zur verschwiegenen Innenprovision als haftungsbegründendes Element  
**811** *Reischauer, Rudolf:* Zur Tilgungsfolge bei Aufrechnung (§§ 1415 und 1416 ABGB)  
**815** *Rammelmüller, Dominik:* Die Statthaftigkeit der Rechtsmittelklagen zur Bekämpfung von deklarativen Beschlüssen  
19    **849** *Brenn, Christoph:* Richterliche Unabhängigkeit: Grenzen der Dienstaufsicht  
**859** *Stricker, Manfred:* Strafverfolgung von Verbänden bei In- und bei Auslandstaten

**ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSZEITUNG**

- 9     **322** *Hofmann, Alexander:* Der Anspruch auf Auskunft über Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015

**ÖSTERREICHISCHE RICHTERZEITUNG**

- 10    **189** *Piringer, Stefan:* Statische Deckungslücke bei Zahlungsunfähigkeit und insolvenzrechtlicher Überschuldung sowie deren dynamische Kompensation

**ÖSTERREICHISCHE STEUERZEITUNG**

- 18    **461** *Stanek, Philipp:* Zur Verfügungsmacht im Betriebsstättenbegriff des § 29 Abs 1 BAO  
**464** *Beiser, Reinhold:* Unterbeteiligungen, Fruchtgenuss und Stille bei Kapitalgesellschaften  
**473** *Steinhauser, Elisabeth und Johannes Edlbacher:* Steuerliche Bewertung von Investmentfondsanteilen

**ÖSTERREICHISCHE ZEITSCHRIFT FÜR KARTELLRECHT**

- 4     **122** *Gruber, Johannes Peter:* Feststellungsentscheidungen (§ KartG)  
**136** *Diem, Maximilian, Sarah Förlinger und Krzysztof Paruch:* Blockchain – Die neue Technologie: Chancen, Risiken und Herausforderungen aus der Perspektive des Kartellrechts

**RECHT DER MEDIZIN**

- 5     **164** *Resch, Reinhard:* Besonderes Übergangsrecht für Gesamtverträge nach dem SV-OG  
**171** *Pfandlsteiner, Eva-Maria, Claudia Gabauer und Gerald Trieb:* Rechtskonforme elektronische Übermittlung von Gesundheitsdaten und genetischen Daten  
5a    **207** *Resch, Reinhard:* Ausgewählte Rechtsfragen der Anstellung von Ärzten bei Ärzten  
**219** *Pabel, Katharina:* Rechtsfragen der Gründung und des Betriebs von selbständigen Ambulatorien  
**227** *Berka, Walter:* Die Verantwortung des Staates für die medizinische Versorgung  
**239** *Wiederin, Ewald:* Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungs-Organisationsgesetzes  
**248** *Jahnel, Dietmar:* Auswirkungen der DSGVO im medizinischen Bereich

**RECHT DER WIRTSCHAFT**

- 9     **583** *Koppensteiner, Hans-Georg:* Markenrechtlicher Schutz von Testsiegeln  
**587** *Mager, Christoph und Tugçe Yalçın:* Auswirkungen der neuen EU-Investitionsverordnung für ausländische Unternehmen in Österreich  
**591** *Kotschy, Waltraut:* Überlegungen zur Zuständigkeit der Gerichte in Datenschutzsachen  
**597** *Baumgartner, Andreas:* OGH: Objektiver „Missbrauch“ der Vertretungsmacht



## Zeitschriftenübersicht

- 617 Gerhartl, Andreas: Arbeitnehmerrechte nach der DSGVO  
 647 Beiser, Reinhold: Grundstückswerte für Baurechte nach der Grundstückswertverordnung

**TAXLEX**

- 9 236 Brameshuber, Georg und Matthias Dangl: Der konkludente Vorteilsausgleich  
 241 Schantl, Kerstin: Aufwendungen für „Essen auf Rädern“ iZm einer Behinderung können außergewöhnlich sein  
 245 Holzmann, Roland: Umsatzsteuerliche Behandlung von bestimmten Finanzberatungsleistungen im Rahmen eines Share Deals  
 248 Steiger, Stefan: Keine DB-Pflicht bei einem 100% beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer, der treuhändig die Anteile für eine Privatstiftung hält  
 253 Bammer, Martin: Auftragsfertiger oder doch versteckter Lohnfertiger

**VERSICHERUNGSRUNDSCHAU**

- 7–8 38 Jabornegg, Peter: Neue gewerberechtliche und zivilrechtliche Regelungen für die Versicherungsvermittlung  
 45 Krebs, Andreas: Auswirkungen der IDD auf das internationale Geschäft des Versicherungsmaklers  
 9 27 Fenyves, Attila: Die Neuerungen im VersVG – ein Überblick

**WIRTSCHAFTSRECHTLICHE BLÄTTER**

- 9 485 Harrer, Friedrich und Mathias Neumayr: Schiedsklauseln bei der GmbH & Co KG  
 492 Caraminca, Luca und Patrick Raschner: Zur Einrichtung einer Regulatory Sandbox für FinTechs im österreichischen und europäischen Aufsichtsrecht

**WOHNRECHTLICHE BLÄTTER**

- 7/8 238 Bittner, Ludwig: Wohnungseigentum als nicht nur juristische Ideologie  
 242 Etzersdorfer, Ingmar: Der Einfluss des deutschen Mietrechts auf die jüngste Rechtsprechung und Lehre in Österreich  
 248 Fidler, Philipp: Umsatzabhängiger Bestandzins: Preisschutz und Anpassungssymmetrie  
 256 Häublein, Martin und Hannah Köll: Die rechtsfähige Eigentümergemeinschaft als Liegenschaftseigentümerin – zu den Grenzen der Verwaltungsangelegenheiten iSv § 18 Abs 1 WEG 2002  
 266 Höllwerth, Johann: Schriftformgebot und konkludente Widmungsänderung im Wohnungseigentum  
 273 Illedits, Alexander: Vorsitz und Protokollführung in der (Wohnungs-)Eigentümerversammlung  
 279 Löcker, Heribert: Das Mehrheitsprinzip bei der Ausübung des Ausschließungsanspruchs nach § 36 WEG 2002  
 286 Oberhammer, Paul und Florian Scholz-Berger: Überlegungen zur Sachgerechtigkeit der Entgeltbildung im Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht  
 297 Pesek, Rainhard: Auswirkungen der Mitverursachung einer Gebrauchsbeeinträchtigung durch den Bestandnehmer auf die Erhaltungspflicht, Bestandzinsminderung und außerordentliche Kündigung  
 312 Pletzer, Rene: Erhaltung, Verbesserung und das Recht des MRG-Mieters auf zeitgemäßes Wohnen – für eine dynamische Auslegung des § 9 MRG  
 321 Riss, Olaf: Konkurrenzschutz des Bestandnehmers als Frage der Gefahrtragung  
 336 Schinagl, Michaela: Heime und das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz  
 353 Terlitza, Ulfried: Die Eigentümergemeinschaft – eine „juristische Person“?  
 359 Vonkilch, Andreas: (Wie) Verträgt ein Superädifikat § 1 Abs 2 Z 5 MRG?

**ZEITSCHRIFT FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT**

- 5 244 Schöffmann, Peter C.: Die neue Transparenzrichtlinie  
 255 Schrank, Franz: Fehlerhafte Dienstverträge  
 264 Aichberger-Beig, Daphne: Rückforderungsklauseln für bereits ausgezahlte variable Vergütungen (Claw-back-Klauseln)

**ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT, INTERNATIONALES PRIVATRECHT UND RECHTSVERGLEICHUNG**

- 4 144 Obwexer, Walter: Vereinbarkeit der Infrastrukturabgabe für Pkw und Wohnmobile (Pkw-„Maut“) in Deutschland mit dem Unionsrecht  
 172 Bydlinski, Peter: Richtlinienkonforme Rechtsfindung: Die Lex-lata-Grenze und die Kernfunktion von Gesetzesrecht  
 179 Prostor, Jerneja: Rechtliche Natur und Inhalt des Rückgewährungsanspruchs der Aktiengesellschaft

**ZEITSCHRIFT FÜR FINANZMARKTRECHT**

- 9 444 Stern, Thomas: Marktrisikokonsolidierung im Lichte von Art 325 CRR

**ZEITSCHRIFT FÜR VERGABERECHT UND BAUVERTRAGSRECHT**

- 10**    **361** *Killmann, Bernd-Roland*: Europäisches Eigenvergaberecht 2018  
**367** *Oppel, Albert*: Ausgewählte Fragen zum Zahlungsverzug  
**389** *Hofstadler, Christian*: Attribute der Glaubhaftigkeit – Teil 1

**ZEITSCHRIFT FÜR VERKEHRSRECHT**

- 10**    **320** *Schwaighofer, Klaus*: Autoraser vor dem Strafgericht  
**327** *Pürstl, Gerhard*: E-Scooter – jetzt ist alles kompliziert

**ZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNG**

- 3**    **201** *Kern, Lorenz*: Bindungsproblematik und Verfassung  
**210** *Bußjäger, Peter*: Potemkinsche Behörden oder Herrschaft über den Algorithmus?  
**220** *Aichholzer-Wurzer, Monika und Andreas Mihalits*: Anforderungen an eine wirksame Steuerung öffentlicher Unternehmen

**ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS- UND FINANZSTRAFRECHT**

- 5**    **174** *Schönborn, Elias*: Aktive Korruption als Untreue?  
**180** *Mayerhöfer, Marc Julian*: Überlegungen zum wirtschaftlich Berechtigten iSd § 153 StGB bei einer Privatstiftung nach dem Privatstiftungsgesetz  
**187** *Glaser, Severin und Robert Kert*: EuGH: Grundrechtsschutz im Strafverfahren  
**198** *Czerny, Christoph*: § 38 FinStrG adé? – Die gewerbsmäßige Begehung wird zum Erschwerungsgrund  
**203** *Ortner, Florian*: 10 Jahre Freiheitsstrafe bei Abgabenbetrug  
**207** *Brandl, Rainer und Bernhard Renner*: 10 verdeckte Ausschüttungen mit finanzstrafrechtlichen Folgen

**ZIVILRECHT AKTUELL**

- 16**    **304** *Fluch, Mario und Matija Druml*: Mitverschulden wegen (fehlender) Motorradschutzkleidung  
**308** *Jarec, Werner*: Fluggastrechte-Verordnung und Ordination durch den OGH  
**17**    **324** *Tamerl, Daniel*: Zubehör-Wohnungseigentum – Die Intention des Gesetzgebers der WRN 2015 und die Judikatur des OGH  
**327** *Prader, Christian und Raimund Pittl*: „Investmentfalle“ GBV-Objekt



# Erste umfassende Kommentierung!

2019. XX, 454 Seiten.  
Geb. EUR 94,-  
ISBN 978-3-214-03396-5

Bammer (Hrsg)

## PRG – Pauschalreisegesetz

Mit wichtigen Nebenbestimmungen

In Umsetzung der Reise-Richtlinie (EU) 2015/2302 wurde das neue **Pauschalreisegesetz – PRG** (BGBl I 2017/50) beschlossen, das auf **alle ab 1.7.2018 abgeschlossenen Verträge anzuwenden ist** und die Rechtsstellung von Konsumenten verbessern soll.

Das Autorenteam aus **Anwaltschaft, Justiz und Wissenschaft** erörtert – erstmals umfassend und praxisnah – das neue Gesetz sowie die **korrespondierenden Bestimmungen** (Vorgängerbestimmungen im KSchG, Parallelnormen des deutschen BGB, Pauschalreiseverordnung, Unionsrecht).

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ 



# Verlässliche Präzision: der aktuellste Kommentar zum AußStrG

2. Auflage, 2019. Ca XXXII, 2258 Seiten.  
Ln. EUR 390,-  
ISBN 978-3-214-16230-6

Gitschthaler · Höllwerth (Hrsg)

## AußStrG 2. Auflage

Kommentar zum Außerstreitgesetz, Band 1: JN & AußStrG

Band 1 des Kommentars zum Außerstreitgesetz enthält in der 2. Auflage:

- die **fundierte Kommentierung** des Außerstreitrechts nach den großen Novellen der letzten Jahre durch namhafte Autoren
- eine **umfassende Aufarbeitung** der gesamten zum Außerstreitrecht ergangenen Rechtsprechung und Literatur
- die ausführliche Berücksichtigung der grundlegenden Neuerungen insb durch **ErBRÄG 2015**, **2. ErwSchG**, **KindRückG 2017**, **ZZRÄG 2019**

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ 



## **796 Disziplinarrecht**

Vertraulichkeit von Disziplinarangelegenheiten

Disziplinarverfahrensrecht

## **798 Grundrechte**

Ehemaliger KZ-Häftling erkämpft Urteil gegen die Republik Österreich vor dem EGMR





**MICHAEL BURESCH**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien und Anwaltsrichter beim OGH.

2019/313

## Vertraulichkeit von Disziplinarangelegenheiten

### DISZIPLINARRECHT

§ 21 RL-BA 1977 = § 79 DSt

**Der (sachlich nicht gerechtfertigte) Vorwurf an den Gegenvertreter vor Gericht, sein Verhalten sei disziplinar, ist disziplinar.**

**Die Offenbarung von Disziplinarangelegenheiten begründet nicht nur eine Beeinträchtigung von Ehre oder Ansehen des Standes, sondern auch eine Berufspflichtenverletzung.**

OGH 20. 5. 2019, 26 Ds 12/18s

#### Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Erk des Disziplinarrats wurde der Disziplinarbeschuldigte der Disziplinarvergehen der Berufspflichtenverletzung sowie der Verletzung von Ehre oder Ansehen des Standes schuldig erkannt und zu einer Zusatzgeldbuße von € 3.000,- verurteilt, weil er (unter anderem)

- in einem Schriftsatz ausgeführt hatte, dass die rechtsfreundliche Vertretung durch den Gegenvertreter ein Verstoß gegen §§ 2 und 3 RL -BA sei,
- dem Gegenvertreter in einem anderen Schriftsatz vorgeworfen hatte, seine Vertretung sei inkompatibel und gem § 879 ABGB, § 9 RAO, §§ 2, 3 RL-BA rechts- und sittenwidrig, und dort den Antrag gestellt hatte, das Gericht solle eine Anzeige an die Rechtsanwaltskammer erstatten, sofern das Gericht nicht aus eigenem der Ansicht sei, dass es die Vertretungshandlung für nichtig zu erklären habe. Seiner Berufung gab der OGH keine Folge.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Dem weiteren Einwand der Rechtsrüge (Z 9 lit a), wonach die zu 1./1. und 2./ inkriminierten Behauptungen in Gerichtseingaben entgegen der Ansicht des Disziplinarrats noch nicht als Verstoß gegen § 21 RL-BA 1977 einzustufen seien, kann zwar insofern Berechtigung nicht abgesprochen werden, als dem Disziplinarbeschuldigten gar keine Verlautbarung einer Disziplinaranzeige vorgeworfen wird (vgl Engelhart in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>9</sup> RL-BA 1977 § 21 Rz 3 mwN). In Ansehung des Verstoßes gegen § 18 RL-BA 1977 ändert sich aber durch den Wegfall der Beurteilung der Sachverhalte auch unter dem Aspekt des § 21 RL-BA 1977 nichts an der disziplinar Verantwortlichkeit des Rechtsmittelwerbers nach § 1 Abs 1 erster und zweiter Fall DSt.

Richtig war auch die Beurteilung des Disziplinarrats, dass bei allen Fakten die doppelte Qualifikation erschwerend zu berücksichtigen war. Die E 27 Os 6/15g, wonach ein Verstoß gegen § 21 RL-BA 1977 keine Berufspflichtenverletzung, sondern „nur“ eine Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes darstellt, ist vereinzelt geblieben und offenbar auf die ältere Judikatur der OBDK (Bkd 25/81 AnwBl 1982, 691) zurückzuführen, die damit begründet

wurde, dass § 21 RL-BA 1977 in Art III „Das Mitglied der Rechtsanwaltskammer und sein Stand“ eingeordnet ist und zum Schutz der Standesangehörigen und des Rechtsanwaltsstandes geschaffen wurde, was keine Berufspflicht begründe. Dies vermag den erkSen nicht zu überzeugen, weil nicht nur Bestimmungen über den korrekten Umgang mit Mandanten, sondern auch mit Standesangehörigen Regelungen der Berufsausübung sind und damit berufliche Pflichten des Rechtsanwalts begründen.

Im Übrigen enthielt Art III RL-BA 1977 auch andere Vorschriften, deren Nichteinhaltung regelmäßig als Berufspflichtenverletzung qualifiziert wurde (wie gerade etwa das „In-den-Streit-Ziehen“ von Kollegen, die leichtfertige Erstattung von Disziplinaranzeigen oder auch die Nichtbefolgung von Aufträgen der Rechtsanwaltskammer). Ein Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot hinsichtlich Disziplinarangelegenheiten verletzt daher nicht nur Ehre und Ansehen des Standes, sondern stellt auch eine Berufspflichtenverletzung dar (20 Os 26/15x; 29 Os 1/14k; Lehner in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>10</sup> DSt § 79 Rz 1; Gartner in Csoklich/Scheuba [Hrsg], Standesrecht der Rechtsanwälte<sup>3</sup> 141). Im Übrigen verwirklicht auch das von § 18 RL-BA 1977 (nunmehr § 21 Abs 1 RL-BA 2015) pönalisierte (schlichte) In-den-Streit-Ziehen eine Berufspflichtenverletzung (26 Os 14/15a RIS-Justiz RS0056108).

#### Anmerkung:

Nach § 21 RL-BA 1977 waren „Disziplinarangelegenheiten geheim zu halten“. Diese Bestimmung wurde in die RL-BA 2015 nicht übernommen, weil nach § 79 DSt ohnedies „Mitteilungen an die Öffentlichkeit über den Verlauf und die Ergebnisse eines Disziplinarverfahrens“ untersagt sind. Aufgrund des enger gefassten Wortlauts des § 79 DSt stellt sich die Frage, ob auch schon die Mitteilung über die Anzeigerstattung (zu deren Zeitpunkt ein Disziplinarverfahren noch nicht eingeleitet ist) nach § 79 DSt disziplinar ist, was vom OGH bejaht wurde (etwa 20 Os 26/15x).

Nach der vorliegenden E ist auch schon der (im konkreten Fall sachlich nicht notwendige und daher nicht gerecht-

MANZ CLOUD

# Auf Wolke sicher

Worauf Sie sich verlassen können: Daten, die Sie über das Internet in die MANZ Cloud hochladen, sind in einem Rechenzentrum in Österreich gespeichert. Sie haben immer und überall Zugriff – via Computer, Smartphone oder Tablet.



Speicherort  
in Österreich



DSGVO-  
konform



Dokumente sicher  
teilen und anfragen



Vollständige  
Verschlüsselung



Kollaboratives  
Arbeiten

Jetzt anfragen:

+43 1 531 61-655 oder [vertrieb@manz.at](mailto:vertrieb@manz.at)

Mehr Infos unter [cloud.manz.at](https://cloud.manz.at)

**MANZ**   
cloud



15. Auflage 2019. XXXII, 1.356 Seiten.  
Geb. EUR 228,-  
ISBN 978-3-214-01226-7

Subskriptionspreis bis 31.12.2019 EUR 198,-

Dieses Werk ist auch online erhältlich:  
Online-Version: [www.manz.at/stvo](http://www.manz.at/stvo)

# Lückenlos und übersichtlich

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)  
Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ 

fertigt gewesene) Vorwurf eines disziplinären Verhaltens an den Gegenvertreter (ohne dass schon eine Disziplinaranzeige erstattet wurde) selbst disziplinar. Außerdem wird im (gerade vor Gericht gemachten) Vorwurf eines standeswidrigen Verhaltens (ohne sachliche Notwendig-

keit) regelmäßig ein bloßes „Anpatzen“ und damit ein unnötiges In-den-Streit-Ziehen des Gegenvertreters zu sehen sein.

---

**MICHAEL BURESCH**

## Disziplinarverfahrensrecht

### DISZIPLINARRECHT

§ 281 Abs 1 Z 4 und 9a StPO

#### **Korrekte Ausführung von Nichtigkeitsgründen durch den Kammeranwalt, insbesondere Geltendmachung von Feststellungsmängeln zur subjektiven Tatseite.**

OGH 20. 5. 2019, 26 Ds 7/18f

#### **Sachverhalt:**

Mit dem angefochtenen Erk des Disziplinarrats wurde der Disziplinarbeschuldigte vom Vorwurf freigesprochen, er habe mit einem Mandanten eine Streitanteilsvereinbarung getroffen.

Der OGH gab der Berufung des Kammeranwalts keine Folge.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Gründet der Disziplinartrat – wie im gegebenen Fall – den Freispruch auf die Verneinung der Täterschaft des Beschuldigten, ohne auch zur subjektiven Tatseite eine Aussage zu sämtlichen Tatbestandselementen zu treffen, reicht es für den Erfolg der relevierten Nichtigkeitsgründe nicht hin, einen Begründungsmangel bloß in Ansehung der getroffenen Feststellungen geltend zu machen. Vielmehr ist hinsichtlich jener Tatbestandsmerkmale, zu denen die angefochtene Entscheidung – wie hier zur subjektiven Tatseite – keine Konstatierungen enthält, unter Berufung auf derartige Feststellungen indizierende und in der Disziplinarverhandlung vorgekommene Verfahrensergebnisse ein Feststellungs-

mangel (Z 9 lit a) geltend zu machen; fehlen die dafür nötigen Indizien, bedarf es der Geltendmachung darauf bezogener Anträge aus Z 4, wurden fehlende Tatbestandsmerkmale verneint, ist insoweit ein Begründungsmangel geltend zu machen (RIS-Justiz RS0127315; RS0130018).

Diesen Anforderungen wird die Berufung wegen Nichtigkeit nicht gerecht, womit sich ein Eingehen auf die Rechtsausführungen des Kammeranwalts erübrigt.

#### **Anmerkung:**

Im Disziplinarakt erlag ein E-Mail der Kanzlei des Disziplinarbeschuldigten, das durchaus als Angebot zum Abschluss einer Quota-litis-Vereinbarung hätte verstanden werden können. Da es in der Disziplinarverhandlung nicht verlesen wurde und der Kammeranwalt auch keinen Antrag auf Verlesung gestellt hatte, konnte es der OGH nicht berücksichtigen.

---

**MICHAEL BURESCH**



**MICHAEL BURESCH**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien und Anwaltsrichter beim OGH.

2019/314





**CHRISTIAN MOSER**  
ÖRAK, Juristischer  
Dienst



**MARIA WINDHAGER**  
Die Autorin ist Rechts-  
anwältin in Wien.

2019/315

# Ehemaliger KZ-Häftling erkämpft Urteil gegen die Republik Österreich vor dem EGMR

## GRUNDRECHTE

Art 8 EMRK

**Die rechtsextreme Zeitschrift *Aula* hatte aus dem KZ Mauthausen befreite Häftlinge als „Landplage“ bezeichnet. Ein ehemaliger KZ-Insasse hat daraufhin gemeinsam mit neun weiteren Beschwerdeführern ein medienrechtliches Verfahren wegen übler Nachrede und Beleidigung angestrengt, dieses jedoch verloren. Vor dem EGMR hat er nun Recht bekommen. Der Fall muss neu aufgerollt werden.**

EGMR 10. 10. 2019, 4782/18

### Sachverhalt:

Der österreichische Staatsbürger Aba Lewit hat am 18. 1. 2018 eine Beschwerde nach § 34 EMRK beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gegen die Republik Österreich eingebracht. Sein Vorwurf lautete, dass die österreichischen Gerichte es verabsäumt hatten, seine Reputation und seine persönliche Integrität gegen Unwahrheit und diffamierende Aussagen in einer rechtsextremen Zeitschrift zu schützen und damit gegen Art 8 EMRK verstoßen habe.

Der Antragsteller wurde 1923 geboren, lebt in Wien und ist Überlebender des Holocausts.

In ihrer Ausgabe Juli/August 2015 publizierte die Zeitschrift *Aula* den Artikel „Mauthausen-Befreite als Massenmörder“ mit folgenden Aussagen:

„Die Tatsache, dass ein nicht unerheblicher Teil der befreiten Häftlinge aus Mauthausen den Menschen zur Landplage gereichte, gilt für die Justiz als erwiesen und wird heute nur noch von KZ-Fetischisten bestritten. [...]

[A]m 7. Mai [1945] war Mauthausen samt Gusen in amerikanischer Hand. Auf einen Schlag waren über 18.000 registrierte Häftlinge frei, noch dazu eine unbekannte Anzahl nicht erfaßter Insassen. Raubend und plündernd, mordend und schändend plagten die Kriminellen das unter der ‚Befreiung‘ [vom NS-Regime] leidende Land.“

Daraufhin brachte ein österreichischer Parlamentarier eine Anzeige aufgrund des Verbotsgesetzes ein, die jedoch von der Staatsanwaltschaft Graz mit folgender Begründung nicht weiter verfolgt wurde:

„Unter dem [...] verwendeten Begriff ‚Landplage‘ ist laut Duden eine Plage, die in weiten Gebieten eine große Belästigung darstellt und durch die großer Schaden entsteht, zu verstehen. Es ist nachvollziehbar, dass die Freilassung mehrerer tausend Menschen aus dem Konzentrationslager Mauthausen eine Belästigung für die betroffenen Gebiete Österreichs darstellte. Da zu den Befreiten neben den überwiegend jüdischen Lagerinsassen, auch aufgrund von Gewalt- und Eigentumsdelikten in Mauthausen deponierte Häftlinge zählten, kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen der Befreiung strafbare Handlungen [...]

von Befreiten begangen wurden. [...] Das Tatbestandsmerkmal der falschen Verdächtigung [...] ist daher nicht erfüllt.“

Im Februar 2016 erschien ein weiterer Artikel „Der größte Lump im ganzen Land ist und bleibt der Denunziant“, der sich gegen den Parlamentarier richtete und Aussagen des ersten Artikels wortgleich wiederholte.

Der Österreichische Presserat stellte in seiner Entscheidung v 30. 3. 2016 (2016/S 002 – III) einen Verstoß gegen Art 7 (Schutz vor Pauschalverunglimpfungen und Diskriminierung) des Ehrenkodex für die österreichische Presse fest.

Eine von ehemaligen KZ-Insassen, denen der Antragsteller nicht angehörte, erreichte einstweilige Verfügung gegen *Aula*, die im ersten Artikel getätigten Aussagen zu unterlassen, wurde vom OGH bestätigt:

„Im vorliegenden Fall wurden im inkriminierten Artikel unter der Überschrift ‚Mauthausen-Befreite als Massenmörder‘ die vom NS-Regime auch aufgrund ihres Glaubens, ihrer Herkunft oder ihrer politischen Gesinnung inhaftierten Häftlinge nicht nur als ‚Kriminelle‘ bezeichnet, sondern diesen auch noch pauschal unterstellt, schwerste kriminelle Handlungen begangen zu haben. Wenn die Vorinstanzen bei dieser Sachlage zu der Einschätzung gelangten, dass die Kläger (Widerstandskämpfer bzw politisch und aus rassischen Gründen Verfolgte bzw eine Erbin eines aus rassischen Gründen Verfolgten) von den inkriminierten Äußerungen in ausreichendem Maß betroffen sind [...], und es den Vorwürfen nicht nur in moralischer Hinsicht an Respekt vor den Opfern des Nationalsozialismus mangle, sondern es sich um unwahre und an Intensität kaum zu überbietende Vorwürfe von kriminellem Verhalten handle, so ist darin keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken.“

Gegen den zweiten Artikel strengte der Antragsteller gemeinsam mit weiteren ehemaligen KZ-Insassen ein medienrechtliches Verfahren an und warf der *Aula* Verstöße gegen § 111 StGB (Üble Nachrede) und § 115 StGB (Beleidigung) vor. In diesem entschied das LG Graz aufgrund in dubio pro reo und folgender Begründung auf eine Abweisung der Anträge:

„Grundsätzlich können auch Äußerungen, die mehrere Personen bloß unter einer Kollektivbezeichnung erfassen, strafbar im Sinne der §§ 111 und 115 StGB [Strafgesetzbuch] und somit anspruchsbegründend für § 6 Abs 1 Medien[gesetz] sein. Die Identifizierbarkeit muss sich aus dem Medienbericht selbst ergeben. [...] Nach nunmehr gefestigter und ständiger Judikatur kommt es einerseits auf die Größe des von einer Äußerung betroffenen Kollektivs an aber auch darauf, ob der Erklärungsempfänger den jeweiligen Vorwurf nach dessen Sinngehalt auf ein einzelnes Mitglied des Kollektivs beziehen kann. [...] Zählt man die Antragsteller als dem Kollektiv der rund 18.000 bis 20.000 befreiten Mauthausen-Häftlinge zugehörig, können sie daher nicht aktivlegitimiert sein, somit nicht persönlich betroffen sein, da bei Kollektiven die Antragsberechtigung jedes Einzelnen dort zu limitieren ist, wo das Kollektiv mehr als etwa 50 Personen umfasst. [...] Ein Kollektiv von 18.000 bis 20.000 Personen ist nach Ansicht des Erstgerichts jedenfalls zu groß, um die Antragslegitimation jedem einzelnen Mitglied dieses Kollektivs zuzusprechen.“

Das OLG Graz bestätigte diese Entscheidung, und die Generalprokurator sah keine Veranlassung, eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes einzureichen:

„Dass auch eine andere Interpretation des gegenständlichen Artikels, nämlich dahin dass darin gleichsam die Gelegenheit genutzt wurde, die inkriminierten Äußerungen ein weiteres Mal zu publizieren, im Bereich des Möglichen gelegen wäre, führt nicht zur rechtlichen Annahme von Willkür im Sinne einer offenbar unzureichenden Begründung. [...]“

#### Spruch:

Das Gericht stellte einen Verstoß gegen Art 8 EMRK fest und sprach dem Antragsteller € 5.000,- immateriellen Schadenersatz sowie Kostenersatz zu:

THE COURT, UNANIMOUSLY,

Declare the application admissible;

Holds that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

Holds

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) € 648.48 (six hundred and forty-eight euros and forty-eight cents), plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage;

(ii) € 5,000 (five thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(iii) € 6,832.85 (six thousand eight hundred and thirty-two euros and eighty-five cents), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

Dismisses, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Das Gericht hat festgestellt, dass jede negative Stereotypisierung einer Gruppe ab einem bestimmten Grad Auswirkungen auf den Identitätssinn der Gruppe sowie auf das Selbstwertgefühl und das Selbstvertrauen der Gruppenmitglieder haben kann. In diesem Sinne kann man davon ausgehen, dass sie das Privatleben der Mitglieder der Gruppe beeinflusst. Der Antragsteller ist daher persönlich in seinem Privatleben betroffen, obwohl er in dem betreffenden Artikel nicht persönlich genannt wurde:

[...] 46. The Court has held that any negative stereotyping of a group, when it reaches a certain level, is capable of impacting on the group's sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of members of the group. It is in this sense that it can be seen as affecting the private life of members of the group (see *Aksu v. Turkey* [GC], nos. 4149/04 and 41029/04, § 58, ECHR 2012). The Court considers that similar considerations apply in the instant case, when it comes to the defamation of former Mauthausen prisoners, who, as survivors of the Holocaust, can be seen as constituting a (heterogeneous) social group. Furthermore, while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking there may be positive obligations inherent in effective respect for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *Aksu*, cited above, § 59; *Tavli v. Turkey*, no. 11449/02, § 28, 9 November 2006; and *Ciubotaru v. Moldova*, no. 27138/04, § 50, 27 April 2010).

47. The Court considers that the facts underlying the instant case fall within the scope of the applicant's private life, even though he was not named personally in the article in question (compare *Aksu*, cited above, § 58), which is why Article 8 of the Convention is applicable.

#### Anmerkung:

Das Urteil ist von weitreichender Bedeutung, weil nicht nur die Frage des Bedeutungsinhaltes, sondern auch die Frage der Aktivlegitimation von Mitgliedern eines Kollektivs von den Mediengerichten falsch beurteilt und jedenfalls unzureichend begründet wurde. Für die Erkennbarkeit kommt es nämlich nicht darauf an, dass Personen näher bezeichnet werden, sondern nur darauf, dass mit-

telbar durch die Kollektivbezeichnung und den Gegenstand des Anwurfs die in Betracht kommenden Personen mit hinreichender Gewissheit als mögliches Objekt des ehrenrührigen Angriffs gekennzeichnet worden sind.

Lässt der Wortlaut der betreffenden Äußerung die Frage offen, wer von den solcherart in Betracht kommenden Personen im Besonderen gemeint ist, so hat jeder von ihnen zu besorgen, dass er mit dem ehrenrührigen Vorwurf gemeint war (vgl 13 Os 172/78).

Ausschlaggebend ist dabei, wie das Publikum die Äußerung auffasst und mit wem es den darin enthaltenen Vorwurf in Verbindung bringt (vgl RIS-Justiz RS0031757). Auch eine große Zahl der individuell betroffenen Personen ist kein Hindernis gegen die Bejahung der Aktivlegitimation (vgl 6 Ob 21/99b), sodass bspw auch ein Pauschalvorwurf gegen alle Mitglieder eines Vereins mit mehreren tausend Mitgliedern darunterfallen kann (vgl 6 Ob 218/98x; 6 Ob 22/00d). Der entscheidende Punkt für die persönliche Betroffenheit des Einzelnen bei einer Kollektivbeleidigung ist also seine Identifizierbarkeit (vgl 6 Ob 231/01s), wobei diese nur *möglich* sein muss (vgl 6 Ob 114/00h). Dem Gesetz kann nicht entnommen werden, dass ein Opfer einer üblen Nachrede nur dann „Betroffener“ ist, wenn er von einem größeren Personenkreis als Opfer identifiziert werden kann (vgl 14 Os 42/95). Für die persönliche Betroffenheit reicht es daher aus, wenn die Identifizierbarkeit nur für einige mit dem Betroffenen in Kontakt stehende Personen besteht, eine Namensnennung ist nicht erforderlich (vgl MR 2005, 172; 6 Ob 224/04s).

Im Mai 1945 wurden zwar rund 18.000 bis 20.000 Insassen aus dem KZ Mauthausen bzw dessen Neben- und Außenlagern befreit. Seit ihrer Befreiung sind jedoch schon mehr als 70 Jahre vergangen. Für die hier maßgebende Erkennbarkeit war daher nicht auf die Anzahl der seinerzeit Befreiten, sondern auf die Gesamtzahl der heute noch lebenden befreiten KZ-Insassen abzustellen. Dieser Kreis ist naturgemäß bedeutend kleiner.

In diesem Zusammenhang ist aber auch die Rsp des deutschen Bundesgerichtshofs sowie des deutschen Bundesverfassungsgerichts einschlägig, weil sich beide Gerichte mit der Frage der Kollektivbeleidigung bereits ausführlich auseinandergesetzt haben (s zB BGH v 19. 1. 1989, 1 StR 641/88; BVerfG 10. 10. 1995, 1 BvR 1476/91). So hat bspw der BGH eine Kollektivbeleidigung von Juden bejaht (vgl BGH VI ZR 140/78). Demnach haben Menschen jüdischer Abstammung aufgrund ihres Persönlichkeitsrechts in der Bundesrepublik Anspruch auf Anerkennung des Verfolgungsschicksals der Juden unter dem Nationalsozialismus. Wer die Judenmorde im „Dritten Reich“ leugnet, beleidigt jeden von ihnen (vgl Amtlicher Leitsatz der E VI ZR 140/78).

Die in der zitierten dRsp ausgearbeiteten Grundsätze zur Rechtsfrage der Aktivlegitimation von Juden bei Kollektivbeleidigungen sind zweifellos auch hier von Bedeu-

tung: KZ-Überlebende sind ähnlich wie Menschen jüdischer Herkunft eine besondere – durch staatliche Maßnahmen zu schützende – Schicksalsgruppe, die eine entsprechende Anerkennung ihres Schicksals beanspruchen kann.

Einschlägig ist auch das Erk des VfGH zu G 175/84 v 29. 11. 1986: Hiernach verpflichtet sich die Republik Österreich ua „aus dem österreichischen politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben alle Spuren des Nazismus zu entfernen. Der Rang des Verbotes der Wiederbetätigung als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht erübrigt einen ständig erneuerten Hinweis. Die kompromisslose Ablehnung des Nationalsozialismus ist ein grundlegendes Merkmal der wiedererstandenen Republik. Ausnahmslos jede Staatstätigkeit hat sich an diesem Verbot zu orientieren“. Dieses herausragende Prinzip muss daher bei der Anwendung von straf- oder zivilrechtlichen Gesetzen berücksichtigt werden.

Auch nach einer Anregung des Beschwerdeführers an die Generalprokuratur wurde die Gelegenheit mit einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes innerstaatlich eine Korrektur vorzunehmen und damit eine Verurteilung Österreichs abzuwenden, verabsäumt, obwohl zur persönlichen Betroffenheit des Beschwerdeführers abweichend von den Meinungen des LGSt Graz und des OLG Graz bereits Folgendes am 9. 3. 2018 mitgeteilt wurde:

„Solcherart kann dahingestellt bleiben, dass die Betroffenheit der Antragsteller von den inkriminierten Äußerungen durchaus zu bejahen ist (vgl 6 Ob 219/16y RIS-Justiz RS0111732 [T 6]).“

Auch die Zivilgerichte haben die persönliche Betroffenheit sofort bejaht. Besonders überzeugend argumentiert wurde das bereits vom LGZ Graz 5. 8. 2016, GZ 39 Cg 79/16s (bestätigt vom OLG Graz 5 R 131/16y und vom OGH zu GZ 6 Ob 219/16y):

„Im inkriminierten Artikel wird den im KZ Mauthausen aus nicht strafrechtlichen Gründen Inhaftierten und 1945 Befreiten vorgeworfen, dass sie schon auf Grund von kriminellen Tätigkeiten inhaftiert worden waren und nach ihrer Entlassung Straftaten wie die Zitierten begingen. Der Erstbis Achtkläger und der Vater der Zehntklägerin fallen exakt in diese Gruppe der aus nicht strafrechtlichen Gründen inhaftierten und 1945 aus Mauthausen Befreiten, die keine der hier vorgeworfenen Straftaten begingen. Damit sind sie als zur beleidigten Gruppe zugehörig zu identifizieren und als individuell Betroffene berechtigt, Ansprüche nach § 1330 ABGB geltend zu machen.“

Nach dem Urteil des EGMR kann nur die Generalprokuratur, nicht aber der betroffene Beschwerdeführer einen Erneuerungsantrag einbringen: „Wenngleich der Wortlaut des § 363a Abs 2 StPO zwar mit der insoweit weit gefassten Bezeichnung („der von der festgestellten Verletzung Betroffene“) Privatankläger oder Antragsteller vom Kreis der – neben dem Generalprokurator – zu einem Antrag auf Er-

neuerung des Strafverfahrens Legitimierten nicht explizit ausnimmt, ist der Begriff des „Betroffenen“ infolge des Verbots einer Schlechterstellung rechtskräftig Freigesprochener oder durch das Gericht außer Verfolgung Gesetzter in der Weise teleologisch dahin zu reduzieren, dass Privatankläger (Antragsteller nach § 8a MedienG) nicht darunter fallen. [. . .] **Privatankläger und Antragsteller im selbstständigen Entschädigungsverfahren nach § 8a MedienG sind daher zu einem Antrag auf Erneuerung des Strafver-**

**fahrens nach § 363a StPO nicht legitimiert.**“ (15 Os 51/08a).

Justizminister Dr. Clemens Jabloner hat aber bereits einen Erneuerungsantrag angekündigt. Das Urteil des OGH darf mit Spannung erwartet werden.

---

**MARIA WINDHAGER, AM VERFAHREN BETEILIGT**



## Umfassender Überblick bei Fragen des internationalen Scheidungsrechts

2. Auflage, 2019. XX, 236 Seiten.  
EUR Geb. 48,-  
ISBN 978-3-214-02029-3

Nademleinsky

### Internationales Ehe-, Scheidungs- und Güterrecht 2. Auflage

Gegliedert nach Zuständigkeits-, Kollisions- und Anerkennungsrecht, werden behandelt:

- Eheschließung
- Aufhebung und Scheidung der Ehe
- Unterhalt während und nach der Ehe
- Durchsetzung des Unterhalts im Ausland
- Ehegüter- und Aufteilungsrecht
- Besonderheiten der eingetragenen Partnerschaften
- Zustellung und Beweisaufnahme
- Gewaltschutz

Das **Inkrafttreten der Europäischen Güterrechtsverordnungen** am 29.1.2019 und die **zahlreichen Entscheidungen** der letzten fünf Jahre haben eine Neuauflage erforderlich gemacht. Als **Ausblick** wurde bereits die **Brüssel IIB-VO** mitberücksichtigt, die im Wesentlichen ab 1.8.2022 anwendbar sein wird. Zur Abrundung werden an den relevanten Stellen die Gesetzes- bzw. Verordnungstexte wiedergegeben.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

**MANZ**



## SUBSTITUTIONEN

## WIEN

Übernahme **Substitutionen** in Wien und Umgebung, auch kurzfristig, in Zivil- und Strafsachen (Nähe Justizzentrum), auch Verfahrenshilfe und Rechtsmittel. Dr. *Christa Scheimpflug*, Rechtsanwalt, Erdberger Lände 6, 1030 Wien. Telefon (01) 713 78 33 und (01) 712 32 28, auch außerhalb der Bürozeiten, Telefax (01) 713 78 33-74 oder Mobiltelefon (0664) 430 33 73 und (0676) 603 25 33, E-Mail: [scheimpflug@aon.at](mailto:scheimpflug@aon.at)

**Verfahrenshilfe in Strafsachen.**

RA Dr. *Irene Pfeifer*, Riemergasse 10, 1010 Wien, Telefon (01) 512 22 90, (0664) 302 53 56, Telefax (01) 513 50 35, E-Mail: [i.pfeifer.ra@chello.at](mailto:i.pfeifer.ra@chello.at), übernimmt Substitutionen, auch Verfahrenshilfe in Strafsachen und Rechtsmittel.

RA Dr. *Elisabeth Nowak*, 1190 Wien, Gymnasiumstraße 68/6, Telefon (01) 369 59 34, Telefax (01) 369 59 34-4, übernimmt Substitutionen in Zivil- und Strafsachen in Wien und Umgebung, insbesondere vor den Bezirksgerichten Döbling und Hernals.

**Substitutionen** aller Art (auch in Straf- und Exekutionssachen) in Wien und Umgebung (in Wien **auch kurzfristig**) übernehmen die Rechtsanwälte Mag. *Wolfgang Reiffenstuhel* & Mag. *Günther Reiffenstuhel*, Franz-Josefs-Kai 41/9, 1010 Wien (**nächst Justizzentrum Wien-Mitte**). Telefon (01) 218 25 70, Telefax (01) 218 84 60.

RA Dr. *Claudia Stoitzner* übernimmt – auch **kurzfristig** – Substitutionen aller Art in Wien und Umgebung, auch Verfahrenshilfe in Straf-, Zivil- und Verwaltungssachen sowie **Ausarbeitung von Rechtsmittel** und **gänzliche Übernahme von Verfahrenshilfesachen**. Dr. *Claudia Stoitzner*, Rechtsanwältin, Mariahilfer Straße 45/5/36, 1060 Wien, Tel.: (01) 585 33 00, Fax: (01) 585 33 05, Mobil: (0664) 345 94 66, E-Mail: [office@rechtsanwaeltinstoitzner.com](mailto:office@rechtsanwaeltinstoitzner.com)

Dr. *Steiner* und Mag. *Isbetcherian* übernehmen – **auch kurzfristig** – **Substitutionen** aller Art (auch in Strafsachen), auch Verfahrenshilfe in Strafsachen und Ausarbeitung von Rechtsmitteln, dies in Wien und Umgebung. 1030 Wien, Hintzerstraße 11/4, Telefon (01) 712 63 14, (01) 713 23 20, Telefax (01) 713 07 96, E-Mail: [ra-steiner-isbetcherian@aon.at](mailto:ra-steiner-isbetcherian@aon.at)

**Substitutionen aller Art** (auch Verfahrenshilfe und Ausarbeitung von Rechtsmitteln) in ganz **Wien** übernimmt RA Mag. *Christian Bammer*, 1070 Wien, Kaiserstraße 57-59/1/14B. Telefon (01) 522 65 19, Telefax (01) 522 65 97, E-Mail: [office@ra-bammer.at](mailto:office@ra-bammer.at), [www.ra-bammer.at](http://www.ra-bammer.at)

**Substitutionen aller Art** in Wien und Wien-Umgebung. RA Mag. *Sebastian Krumpel* übernimmt gerne Substitutionen in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen (auch Verfahrenshilfe, auch Rechtsmittel). Telefon (01) 595 49 92 (Telefax -99), Mobil (0680) 442 48 04, E-Mail: [office@krumpel.net](mailto:office@krumpel.net), Loquaipplatz 13/19, 1060 Wien, [www.krumpel.net](http://www.krumpel.net)

**Erfahrener Prozessanwalt** übernimmt **Substitutionen aller Art** in ganz **Wien**. RA Dr. *Stephan Messner*, 1130 Wien, Hietzinger Hauptstraße 22/D/B10A, Telefon: 01/876 30 96, Telefax: 01/876 30 96-4. E-Mail: [ra.dr.messner@aon.at](mailto:ra.dr.messner@aon.at), homepage: [www.ra-messner.at](http://www.ra-messner.at)

RA Martin Fürthaler, Baumannstraße 9/11, 1030 Wien, übernimmt – auch kurzfristig – **Substitutionen** von Verhandlungen (insb. in Zivil- und Strafsachen) in Wien zu den üblichen kollegialen Konditionen. Erreichbarkeit: 0664 155 0702 oder während der Kanzleiöffnungszeiten unter 01/712 84 79 bzw. an: [rechtsanwalt@neumayer-walter.at](mailto:rechtsanwalt@neumayer-walter.at)

## KÄRNTEN

**Substitutionen aller Art** (auch Strafsachen und Verfahrenshilfen), insbesondere für die Bezirksgerichte Villach, Spittal/Drau, Klagenfurt, Feldkirchen, Hermagor, auch kurzfristig – übernimmt Rechtsanwalt Mag. *Markus Steinacher*, Italienerstraße 10b, 9500 Villach, Telefon (04242) 23203 bzw. E-Mail: [office@ra-steinacher.at](mailto:office@ra-steinacher.at)

## STEIERMARK

**Graz:** RA Mag. *Eva Holzer-Waisoher*, 8010 Graz, Kreuzgasse 2c, übernimmt für Sie gerne – auch **kurzfristig** – **Substitutionen** in Zivil- und Strafsachen in Graz und Umgebung. Telefon (0316) 82 65 54, Telefax DW 30, E-Mail: [office@anwalt-austria.at](mailto:office@anwalt-austria.at), Mobil erreichbar: (0676) 310 48 52.

## SALZBURG

RA Dr. *Christian Adam*, 5020 Salzburg, Sigmund-Haffner-Gasse 3, übernimmt **Substitutionen** aller Art **in der Stadt Salzburg**. Telefon (0662) 84 12 22-0, Telefax DW -6, [office@ra-adam.at](mailto:office@ra-adam.at)

RA Dr. *Klaus Estl*, Schanzlgasse 4a, 5020 Salzburg, mit Kanzleisitz unmittelbar neben Bezirks- und Landesgericht Salzburg, übernimmt auch kurzfristig Substitutionen in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen. Telefon-Nr.: 0662/843164, Telefax: 0662/844443, E-Mail: [gassner.estl@salzburg.co.at](mailto:gassner.estl@salzburg.co.at)

## VORARLBERG UND TIROL

RA Mag. Martin Reichegger übernimmt als erfahrener Prozessanwalt **Substitutionen** aller Art im Raum **Vorarlberg und Tirol**. Beauftragungen unter: **E-Mail:** [kanzlei@ra-rm.at](mailto:kanzlei@ra-rm.at); Tel.: +43(0)5522/22830, Fax.: +43(0)5522/22830-11.

## INTERNATIONAL

**Deutschland:** Zwangsvollstreckung, Titelum-schreibung, Substitution. Rechtsanwalt aus München übernimmt sämtliche anwaltlichen Aufgaben in Deutschland. Zuverlässige und schnelle Bearbeitung garantiert! Rechtsanwalt *István Cocron*, Liebigstraße 21, 80538 München, Telefon (0049-89) 552 999 50, Telefax (0049-89) 552 999 90. Homepage: [www.cllb.de](http://www.cllb.de)

**Deutschland:** Rechtsanwalt *Klamert* (Mitglied RAK Tirol/München) steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen/grenzüberschreitende Angelegenheiten und Substitutionen/ Zwangsvollstreckungen jederzeit gerne in Gesamt-Deutschland/Kitzbühel zur Verfügung. Telefon 0049/89/540 239-0, Telefax 0049/89/540 239-199, E-Mail: [klamert@kmp3g.de](mailto:klamert@kmp3g.de); [www.kmp3g.de](http://www.kmp3g.de)

**Griechenland:** RA Dr. *Eleni Diamanti*, in Österreich und Griechenland zugelassen, vertritt vor griechischen Gerichten und Behörden und steht österreichischen Kollegen für Fragen zum griechischen Recht zur Verfügung. Weyrgasse 6, 1030 Wien, und Ypsilantou 6, 10675 Athen, Telefon (01) 713 14 25, Telefax DW 17, E-Mail: [office@diamanti.at](mailto:office@diamanti.at)

**Italien:** RA Avv. *Ulrike Christine Walter* (Partner von del Torre & partners), in Österreich und Italien zugelassene Rechtsanwältin, Kärntner Straße 35, 1010 Wien, und corso Verdi 90, 34170 Goerz, und 33100 Udine, Via Cussignacco 5, Italien, steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen und staatenübergreifende Substitutionen aller Art zur Verfügung. Tel. 0039 (0432) 60 38 62, Telefax 0039 (0432) 52 62 37, Mobil 0039 334 162 68 13, E-Mail: segreteria@euroius.it, Internet: www.euroius.it

**Niederlande:** Rechtsanwaltskanzlei Schmdt Advocatuur aus Leiden mit Zweigstelle in Österreich steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen und bei grenzüberschreitenden Angelegenheiten gerne zur Verfügung. Bei Fragen zum Niederländischen Wirtschaftsrecht, Urheberrecht und Allgemeinen Zivilrecht kontaktieren Sie RA Mag. *J. Menno Schmidt* (M: +43 [0]680 118 1515). **Leiden**, Kanaalpark 140, NL-2321 JV, Telefon +31 (0)20 3200 360, E-Mail: mail@schmdt.nl; www.schmdt.nl

**Slowenien** – Kroatien – Bosnien und Herzegowina – Serbien – Montenegro – Mazedonien – Kosovo: Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. *Mirko Silvo Tischler* d.o.o. (GmbH), Trdinova ulica 5, SI-1000 Ljubljana, **Vertrauensanwalt und Senator der Wirtschaft**, steht sämtlichen Kolleginnen und Kollegen für cross-border-Mandatsübernahmen in diversen Rechtssachen zur Verfügung. Telefon +386 (0)1 434 76 12, Telefax +386 (0)1 432 02 87, E-Mail: office@mst-rechtsanwalt.com, Web: www.mst-rechtsanwalt.com

## REGIEGEMEINSCHAFT

### WIEN

1010 Wien: Moderne Kanzlei in repräsentativem Innenstadtpalais mit zwei routinierten Rechtsanwältinnen (Wirtschafts- und Immobilienrecht) bietet ein großzügiges bei Bedarf möbliertes Anwaltszimmer und einen Sekretariatsplatz. Konferenzzimmer, Küche mit Esstisch, EDV, Telefonanlage und Nebenräume zur Mitbenützung. Kontakt: office@ra-krainer.at oder unter 01/5337111.

## KANZLEIABGABE

### STEIERMARK

Wegen Erkrankung Anwaltskanzlei in bester Lage in 8010 Graz, 180m<sup>2</sup> mit kompletter Büroeinrichtung und EDV-Ausstattung, seit 30 Jahren an diesem Standort, 6 EDV-Arbeitsplätze, umfangreiche Rechtsanwaltssoftware (Advokat), Bibliothek, Kurzparkzone und Tiefgarage vor der Haustüre, Klientenstock etc., günstig abzugeben. Kontaktaufnahme unter Tel. 0664/5331060.

## PARTNER

### TIROL

RA-Kanzlei Aigner-Pichler in bester Zentrumslage in Innsbruck (direkt bei der Triumphpforte) sucht ab sofort Regiepartner/In zu sehr guten Konditionen. Großzügige Räumlichkeiten samt Bibliothek, Konferenzraum, EDV-Ausstattung, RA-Software Advokat, Sekretariat, etc. vorhanden. Telefonische Anfragen bitte an Dr. Stefan Aigner, Tel. 0512/582483

## NIEDERÖSTERREICH

GmbH-Anteile einer Anwaltskanzlei im Speckgürtel Wiens sukzessive abzugeben. Zuschriften bitte an den Verlag unter **Chiffre: A-100904**

## STELLENANZEIGE

### STEIERMARK

**STINGL und DIETER Rechtsanwälte** suchen eine/n **Substitutions-Partner/in** oder Rechtsanwaltsanwärter/in mit großer LU oder Rechtsanwaltsprüfung. Wenn Sie Freude an anwaltlicher Tätigkeit haben, flexibel, kommunikativ, teamfähig, zielstrebig und an einer allfälligen Partnerschaft interessiert sind, freuen wir uns auf Ihre Bewerbung (office@sdra.at).

# Indexzahlen

Indexzahlen 2019	August	September
Berechnet von Statistik Austria		
Index der Verbraucherpreise 2015 (Ø 2015 = 100)	106,5	107,0*
Großhandelsindex 2015 (Ø 2015 = 100)	106,0	106,3*
<b>Verkettete Vergleichsziffern</b>		
Index der Verbraucherpreise 2010 (Ø 2010 = 100)	117,9	118,4*
Index der Verbraucherpreise 2005 (Ø 2005 = 100)	129,1	129,7*
Index der Verbraucherpreise 2000 (Ø 2000 = 100)	142,7	143,4*
Index der Verbraucherpreise 96 (Ø 1996 = 100)	150,2	150,9*
Index der Verbraucherpreise 86 (Ø 1986 = 100)	196,4	197,3*
Index der Verbraucherpreise 76 (Ø 1976 = 100)	305,2	306,7*
Index der Verbraucherpreise 66 (Ø 1966 = 100)	535,75	538,2*
Verbraucherpreisindex I (Ø 1958 = 100)	682,6	685,8*
Verbraucherpreisindex II (Ø 1958 = 100)	684,8	688,0*
Lebenshaltungskostenindex (April 1945 = 100)	5997,3	6025,5*
Kleinhandelsindex (März 1938 = 100)	5168,8	5193,0*
Großhandelsindex (Ø 2010 = 100)	109,8	110,1*
Großhandelsindex (Ø 2005 = 100)	121,7	122,0*
Großhandelsindex (Ø 2000 = 100)	134,0	134,4*
Großhandelsindex (Ø 1996 = 100)	138,0	138,4*
Großhandelsindex (Ø 1986 = 100)	143,9	144,4*
Großhandelsindex (Ø 1976 = 100)	191,6	192,2*
Großhandelsindex (Ø 1964 = 100)	319,1	320,0*
Großhandelsindex (März 1938 = 100) ohne MWSt	3112,2	3121,0*

\*) vorläufige Werte Zahlenangaben ohne Gewähr

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG · WOLLZEILE 1-3 · 1010 WIEN

TEL.: +43 1 535 12 75-0 · FAX: +43 1 535 12 75-13 · RECHTSANWAELTE@OERAK.AT · WWW.RECHTSANWAELTE.AT

## DATENSCHUTZ Informationspflicht gemäß Art 13 DSGVO:

Das Österreichische Anwaltsblatt ist das Kundmachungsorgan des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK). Im Rahmen des Österreichischen Anwaltsblatts informiert der Österreichische Rechtsanwaltskammertag Rechtsanwälte, emeritierte Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter über die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art 13 DSGVO wie folgt:

**Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen:** Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, Wollzeile 1-3, 1010 Wien, +43 1 535 12 75-0, rechtsanwaelte@oerak.at, <https://www.rechtsanwaelte.at/>. Den Datenschutzbeauftragten erreichen Sie unter an der Anschrift des Verantwortlichen sowie unter der E-Mail-Adresse dsba@oerak.at. Der ÖRAK verarbeitet personenbezogene Daten der Rechtsanwälte, emeritierten Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter lediglich zur formalen Abwicklung der vom ÖRAK zu besorgenden, gesetzlich vorgeschriebenen Geschäftsfälle, sowie personenbezogene Daten von Veranstaltungsteilnehmern zum Zwecke der Abwicklung der Veranstaltung auf Grundlage deren Einwilligung sowie zur Erfüllung eines Vertragsverhältnisses. Der von der Verarbeitung Betroffene hat das Recht auf Auskunft über die gespeicherten Daten gemäß Art 15 DSGVO, auf Berichtigung unzutreffender Daten gemäß Art 16 DSGVO, auf Löschung von Daten gemäß Art 17 DSGVO, auf Einschränkung der Verarbeitung von Daten gemäß Art 18 DSGVO, auf Widerspruch gegen die unzumutbare Datenverarbeitung gemäß Art 21 DSGVO sowie auf Datenübertragbarkeit gemäß Art 20 DSGVO. Sofern die Verarbeitung aufgrund einer Einwilligungserklärung erfolgt, hat die betroffene Person die Möglichkeit, diese jederzeit zu widerrufen, ohne dass die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung berührt wird. Der Betroffene hat das Recht, sich bei der Aufsichtsbehörde zu beschweren – zuständig ist in Österreich die Datenschutzbehörde. Informationen zum Datenschutz finden Sie unter <https://www.rechtsanwaelte.at/impressumdatenschutz/>

## IMPRESSUM gem. § 24 Medieng

Offenlegung gem. § 25 MedienG und Angaben zu § 5 ECG abrufbar unter <https://www.manz.at/impressum>

**Medieninhaber:** MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH. **Anschrift:** Kohlmarkt 16, 1010 Wien. **Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at). **Herausgeber:** RA Dr. Rupert Wolff, Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, Wollzeile 1-3, 1010 Wien, Tel: (01) 535 12 75, Fax: (01) 535 12 75-13, E-Mail: rechtsanwaelte@oerak.at, [www.rechtsanwaelte.at](http://www.rechtsanwaelte.at) **Redaktionsbeirat:** em. RA Dr. Gerhard Benn-Ibler, RA Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger, RA Dr. Georg Fialka, em. RA Dr. Klaus Hoffmann, RA Dr. Wolfgang Kleibel, RA Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Scheuba, RA Dr. Rupert Wolff. **Redakteure:** Bernhard Hruschka Bakk, Generalsekretär des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages und Mag. Christian Moser, Juristischer Dienst. **Redaktion:** Generalsekretariat des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, Wollzeile 1-3, 1010 Wien, Tel: (01) 535 12 75, Fax: (01) 535 12 75-13, E-Mail: anwaltsblatt@oerak.at **Hersteller:** Ferdinand Berger & Söhne Ges. m. b. H., 3580 Horn. **Herstellungsort:** Horn, Österreich. **Verlagsort:** Wien, Österreich. **Zitiervorschlag:** AnwBl 2019/Nummer; AnwBl 2019, Seite. **Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at **Bezugsbedingungen:** Das AnwBl erscheint 11 x jährlich (1 Doppelheft). Der Bezugspreis 2019 (81. Jahrgang) beträgt € 311,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 33,90. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen müssen schriftlich bis spätestens 18. November vor Jahresende beim Verlag einlangen. **AZR:** Die Abkürzungen entsprechen den „Abkürzungs- und Zitierrregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 8. Aufl (Verlag MANZ, 2019). **Urheberrechte:** Sämtliche Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil der Zeitschrift darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. **Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen. **Fotocredits:** Aufmacher Schwerpunkt/Abhandlungen: istockphoto/boano; Aufmacher Service: istockphoto/Bim; Aufmacher Rechtsprechung: istockphoto/tomloef; Foto Umschlag: Daniel Novotny; Editorial Bernhard Fink: Werner Himmelbauer; Foto Jessica König; privat; Foto Lioba Kasper; privat; Foto Christian Schmaus; privat; Foto Richard Soyer; Foto Wilke; Foto Christian M. Piska; privat; Foto Emmanuel Wackenheim; privat; Foto Hermann Germ; Rechteinhaber Dr. Hermann Germ; Foto Hermann Wilhelmer; Foto Fa. Wilke [www.wilke.at](http://www.wilke.at); Foto Michael Buresch; privat; Foto Christian Moser; Werner Himmelbauer; Foto Maria Windhager; Johannes Zinner. **Grafisches Konzept:** WERTHER - Marketing- und Kommunikationsberatung, Türkenschanzstraße 46, 1180 Wien. Wird an Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter unentgeltlich abgegeben. Nachdruck, auch auszugsweise, ist mit Zustimmung der Redaktion unter Angabe der Quelle gestattet. Namentlich gezeichnete Beiträge geben ausschließlich die Meinung der Autoren wieder.

18. – 19.3., 22. – 23.4. UND  
12. – 13.5.2020

**Grand Ferdinand**  
Schubertring 10–12  
1010 Wien

# LEHRGANG ARBEITSRECHT 2020

**Zum Arbeitsrechtsprofi – in 6 Tagen!**  
Unter der Lehrgangsführung  
von ao. Univ.-Prof. Dr. **Martin Risak**.



**JETZT  
BUCHEN!**

[manz.at/  
rechtsakademie](https://manz.at/rechtsakademie)



**ADVOKAT und unsere NeugründerInnen wünschen Ihnen und Ihren Familien ein frohes Weihnachtsfest!**



1 Mag. Dupont  
Wien

2 MMag. Einödhofer  
Leoben

3 Mag. Käinz, LL.M.  
Wien

4 Mag. Koller  
Micheldorf

5 Mag. Moser-Reisinger  
Wien

6 Mag. Nižu  
Wien

7 Mag. Schwarz  
Wien

8 Mag. Spieg, BA  
Innsbruck

9 Dr. Stelzer Pajeniková  
Wien

10 Mag. Wolff  
Bregenz

14

22

15

12

2

18

19

3

8

13

**Frohe Weihnachten**

24

16

17

9

11

1

20

10

4

23

7

21

ADVOKAT entwickelt seit fast 40 Jahren Software für Rechtsanwaltskanzleien, Unternehmen und Behörden. Mit über 70 Mitarbeitern betreuen wir die Mehrzahl österreichischer Anwälte und zahlreiche Unternehmen. Unsere Stärke gibt Ihnen Sicherheit: [www.advokat.at](http://www.advokat.at)

ADVOKAT