

A) Resolution der Vollversammlung des Obersten Gerichtshofs

Die Vollversammlung des Obersten Gerichtshofs hat am 14. März 2012 einstimmig beschlossen:

Die Gesetzesbeschwerde aus Sicht des Obersten Gerichtshofs

1. Einleitung

Derzeit wird wieder - wie schon mehrfach in der Vergangenheit - diskutiert, auch gegen Gerichtsentscheidungen eine sog **Gesetzesbeschwerde** einzuführen, die gegen Gerichtsentscheidungen die Anrufung des VfGH dann ermöglichen soll, wenn diese Entscheidung auf der Anwendung einer verfassungswidrigen generellen Norm beruht. Diese Vorschläge sind aus Sicht des Obersten Gerichtshofs abzulehnen; für eine derartige Maßnahme besteht **keinerlei Notwendigkeit**.

2. Die Konzeption der Höchstgerichte durch das B-VG

Das B-VG sieht nicht ein einziges Höchstgericht, sondern **drei gleichrangige höchste Instanzen** vor. Damit bestimmt das Verfassungsrecht auch zwischen den Höchstgerichten eine Art „**Gewaltentrennung**“.¹ Während der OGH im Wesentlichen für den Bereich des Zivil- und Strafrechts zuständig ist, fällt der Bereich des Verwaltungsrechts in die Zuständigkeit des VwGH und jener des Verfassungsrechts in die Zuständigkeit des VfGH. Eine Anfechtbarkeit gerichtlicher Akte vor dem VfGH wurde jedoch im B-VG bisher bewusst nicht vorgesehen. Der Grund dafür lag darin, dass man eine relevante Bedrohung der verfassungsrechtlichen Position des Einzelnen durch Akte der Gerichtsbarkeit nicht als gegeben angenommen hat.² Dieser Einschätzung ist der Oberste Gerichtshof durch rund 162 Jahre immer und im Wesentlichen unbeanstandet gerecht geworden.

Ein Abgehen von diesem Grundkonsens würde den Nachweis erfordern, dass die seinerzeitige Einschätzung des Rechtsschutzniveaus im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht (mehr) zutrifft. Hiefür bedürfte es jedoch seriöser empirischer Daten über

¹ *Klecatsky*, Die Beseitigung von Widersprüchen in Entscheidungen der Höchstgerichte, ÖJZ 1962, 365 (367). Vgl zum Folgenden auch *Kodek*, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2008/25 (221)

² *Walter*, Die Funktion der höchsten Instanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 (62); *Barth*, Ist die Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen? RZ 2001, 148.

Anzahl und Ausmaß angeblicher Grundrechtsverletzungen durch die ordentlichen Gerichte. Der empirische Befund zeigt jedoch, dass Entscheidungen der ordentlichen Gerichte kaum zu Beanstandungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Anlass gegeben haben. Es besteht daher keinerlei Bedarf nach einer Änderung der derzeitigen Rechtslage. Im Übrigen wird auch im öffentlich-rechtlichen Schrifttum eine Kognition des VfGH im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit vielfach als traditionswidrig, aber auch als überflüssig angesehen.³

3. Funktionieren des derzeitigen Systems

Nach Art 89 B-VG sind bei Bedenken gegen die Gesetzeskonformität von Verordnungen alle Gerichte, bei Bedenken gegen die Verfassungskonformität von Gesetzen alle zweitinstanzlichen Gerichte und der OGH zur **Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens verpflichtet**. In Zivilsachen begründen stichhaltige Bedenken gegen die Verfassungskonformität eines Gesetzes eine erhebliche Rechtsfrage, die die Anrufung des OGH rechtfertigt. In Strafsachen anerkennt die Rechtsprechung ein subjektives Recht, den OGH wegen unterlassener Normanfechtung durch Rechtsmittelgerichte anzurufen⁴.

Von den Gerichten wurden und werden in erheblichem Ausmaß Gesetzesprüfungsanträge an den VfGH gestellt, denen jedoch nur in relativ wenigen Fällen Erfolg beschieden ist.⁵ Die ordentlichen Gerichte nehmen somit den Auftrag des B-VG durchaus ernst und stellen in jedem nicht offenkundig aussichtslosen Fall von Bedenken gegen die Verfassungsgemäßheit einer Norm einen entsprechenden Antrag an den VfGH.

4. Keine Erforderlichkeit einer weiteren Instanz nach der EMRK

Schon jetzt geht die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts in Zivil- und Strafsachen deutlich über die Mindestanforderungen der EMRK und des 7. Zusatzprotokolls hinaus.

Dazu kommt, dass die österreichische Justiz in Strassburg eine **ganz hervorragende „Erfolgsbilanz“** aufzuweisen hat. In den Jahren 2007 – 2011 war nur in **9 Fällen**, in denen der

³ Klecatsky, ÖJZ 1962, 365 (367); E. Loebenstein, 1. ÖJT 1961 II/2, 35.

⁴ 13 Os 173/08b, EvBl-LS 2009/63, 380; idS auch 11 Os 21/10p, 58/10d, EvBl 2010/122, 824; vgl auch 12 Os 57/11s, EvBl 2012/13, 82.

⁵ Vgl die Tätigkeitsberichte des VfGH GZ 2000/1-Präs/2008; GZ 2000/1-Präs/2009; GZ 2000/1-Präs/2010; GZ 2000/1-Präs/2011 wonach in den Jahren 2007 – 2010 (neuere Zahlen liegen noch nicht vor) von den ordentlichen Gerichten (einschließlich UVS und UBAS) insgesamt in **605 Fällen** Gesetzesprüfungsanträge gestellt wurden, die nur in **99 Fällen** zu einer zumindest teilweisen Aufhebung einer Gesetzesbestimmung führten.

OGH als letzte Instanz einschritt, eine Beschwerde in Strassburg erfolgreich. Die Verurteilungsquote in Strassburg liegt damit **weit unter einem Promille (!)** der vom Obersten Gerichtshof entschiedenen Fälle. Im Bereich des Schutzes der Menschenrechte hat die österreichische Gerichtsbarkeit somit ganz hervorragende Ergebnisse aufzuweisen, die keinesfalls schlechter als jene des VfGH sind. Für Bestrebungen, den Grundrechtsschutz beim VfGH gewissermaßen „monopolisieren“ zu wollen, besteht nicht der geringste Anlass.

In Hinblick auf die suggestive Kraft der Forderung nach einer Verbesserung des Grundrechtsschutzes ist klarzustellen, dass die derzeit (wieder) diskutierte Gesetzesbeschwerde **mit dem Schutz von Grundrechten nur am Rande zu tun** hat. Hier geht es allgemein um die Überprüfung der Vereinbarkeit mit einer höheren Norm. Viele Gesetze werden aber aus ganz anderen Gründen aufgehoben als wegen Verletzung der Menschenrechte. Schon aus diesem Grund ist nicht zu erwarten, dass die Einführung einer Gesetzesbeschwerde zu einer signifikanten Reduktion der Zahl erfolgreicher Beschwerden in Strassburg führen wird.

Auch eine effektive Grundrechtsdurchsetzung iSd Art 13 EMRK verlangt nicht, dass die Gerichte ohne jede eigene Beurteilung bei geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen generelle Normen durch eine Prozesspartei zur Antragstellung verpflichtet werden müssten; vielmehr reicht aus, dass sich das Gericht zweiter Instanz bzw der OGH mit einer entsprechenden Anregung des Rechtsmittelwerbers auseinandersetzt und seine Entscheidung begründet.⁶

5. Primat des Europarechts

Die bei weitem überwiegende Mehrheit der österreichischen **Gesetze** und **Verordnungen** fallen auf die eine oder andere Weise in den Bereich der mit **1.12.2009** in Kraft getretenen **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**. Deren in 50 detaillierten Artikeln zusammengefasster umfassender Grundrechtskatalog deckt die im österreichischen Verfassungsrecht manifestierten Grundrechte weitgehend ab.

Die Grundrechtecharta geht dem österreichischen Verfassungsrecht **vor**. Die alleinige letzte Autorität zur Auslegung der Grundrechtecharta liegt unabhängig davon, wie viel innerstaatliche Instanzen vorgeschaltet werden, immer beim **EuGH**.

⁶ *Holoubek*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Zur Bedeutung des Art 13 EMRK, JBl 1992, 137 (147).

6. Strukturelle Schwierigkeiten einer Verfassungsbeschwerde im Bereich des Zivilrechts

Die Erfolgsquote einer Verfassungsbeschwerde läge nach den Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen mit etwa einem halben Prozent⁷ sehr niedrig. Hier ist nicht zu sehen, wieso eine höchstens im Promille-Bereich liegende Fehlerquote zu einer grundlegenden Neuausrichtung des Rechtsschutzsystems führen sollte.

Die Einführung eines wie immer gearteten weiteren Rechtszugs bedeutet stets auch eine **Verzögerung und Verteuerung** des Verfahrens. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass nahezu jede Frage im Gerichtsverfahren an den VfGH herangetragen werden könnte. Wenngleich die Anzahl der auf den VfGH zukommenden Verfahren nicht genau abgeschätzt werden kann,⁸ ist zu befürchten, dass dieser Rechtsbehelf gerade in aussichtslosen Fällen ergriffen wird, gewissermaßen als letzter Strohalm, an den sich die unterlegene Partei klammert. Aufgrund des materiellen Rechtsstaatsprinzips müsste einem derartigen Rechtsbehelf wohl **aufschiebende Wirkung** zuerkannt werden können.⁹ Dies bedeutet aber, dass wegen maximal 1 % begründeter Beschwerden auch in 99 % aller anderen Fälle die siegreiche Partei den Ausgang des Verfahrens vor dem VfGH abwarten muss, bevor sie Exekution führen und sich ihres Obsiegens sicher sein kann. Dies wiegt umso schwerer, als gerade Normenprüfungsverfahren beim VfGH - trotz beeindruckender Durchschnittswerte - im Einzelfall lange dauern können.

7. Zusammenfassung

Ein strukturelles Defizit, das nach organisatorischen Maßnahmen riefte, besteht nicht. Sinnvolle Verbesserungen des Rechtsschutzes lassen sich eher durch Zurverfügungstellung der erforderlichen personellen und budgetären Ressourcen als durch medienwirksame Einrichtung eines weiteren Instanzenzugs erreichen.

Die geplante Einführung einer Gesetzesbeschwerde ergibt insbesondere vor dem Hintergrund des 2009 eingeführten Grundrechtsschutzes vor dem EuGH durch die Grundrechtecharta, die dem nationalem Verfassungsrecht vorgeht, wenig Sinn. Sie schafft nur **Verzögerungen, Verteuerungen** (zusätzliche Kosten) und **Verunsicherungen** (bewährte

⁷ So für Deutschland *Machacek*, 80 Jahre B-VG, 80 Jahre VfGH, AnwBl 2000, 652 (656) selbst im Rahmen der dort vorgesehenen umfassenderen Überprüfung der Einzelfallentscheidungen

⁸ Eine gewisse Orientierung bieten die E des OGH, in denen dieser eine Anrufung des VfGH ablehnte. Eine RIS-Abfrage mit den Suchworten „verfassungsrechtliche Bedenken“ und „verfassungsrechtlich unbedenklich“ ergibt 49 bzw 33 Seiten Belegstellen! Detailliertere Schätzungen des zu erwartenden Anfalls bei *Kuras* in ÖJK, Bd. 26, 179 ff (hier:191 ff).

⁹ Vgl VfSlg 11.196 und 12.683 (zu § 61 ASGG aF); dazu *Laurer*, Der Grundsatz des fair trial, FS Adamovich 314 (insb 323 ff).

Rechtsprechung, die Grundlage für viele wirtschaftliche Gestaltungen ist, wird in Frage gestellt) und ist nach den Erfahrungswerten in mehr als 99 % **vergeblich**, wenn neben der Entscheidung des EuGH in zivilgerichtlichen Verfahren noch eine **vierte innerstaatliche** Instanz geschaffen wird, die Grundrechtsabwägungen insoweit auch nicht abschließend entscheiden kann.

Bedenkt man, dass ohnehin immer auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anrufbar ist, so würden dann **6 gerichtliche** Instanzen über Grundrechtsabwägungen entscheiden.

Dass Verzögerungen und Verteuerungen von Verfahren dem Wirtschaftsstandort ebenso massiv schaden wie nicht mehr abschätzbare Verfahrensergebnisse bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Die geplante Vorgangsweise läuft auch einer anderen Initiative des Gesetzgebers, die im Bereich des Schiedsverfahrens gerade unter Hinweis auf die Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort den Instanzenzug verkürzen will, geradezu zuwider.

B) Tätigkeitsbericht des Obersten Gerichtshofs **für das Jahr 2011**

Die Vollversammlung des Obersten Gerichtshofs hat am 14.März 2012 gemäß § 9 Abs 2 OGHG (Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof) den Bericht über die Tätigkeit des Obersten Gerichtshofs im Jahr 2011 beschlossen:

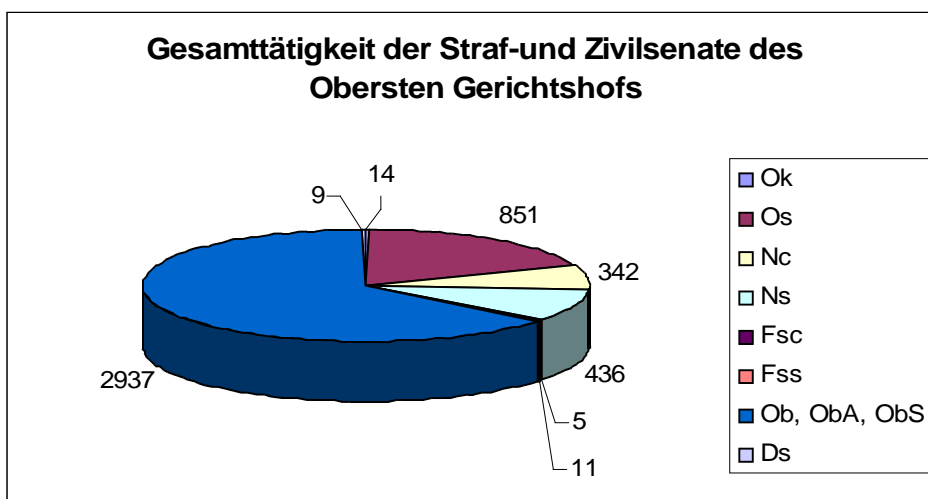
I. Geschäftsgang des Obersten Gerichtshofs insgesamt

2011 fielen beim Obersten Gerichtshof 6.482 Justizverwaltungssachen an, wovon ein beträchtlicher Teil - wie in den Vorjahren - nicht unmittelbar die Verwaltung des Gerichts sondern Rechtsschutz- und Auskunftsgesuche betraf. Es ist neuerlich darauf hinzuweisen, dass die Bearbeitung dieser Eingaben und die Organisation von der Rechtsfortentwicklung dienenden Aktivitäten des Obersten Gerichtshofs, wie etwa Fortbildungsveranstaltungen oder internationalen Kontakten (Besuche von Delegationen ausländischer Gerichte, Wahrnehmung von Einladungen außerösterreichischer Höchstgerichte und Besuche internationaler Symposien und Konferenzen), vom Präsidium unter Mithilfe von Mitgliedern des Gremiums zu bewältigen ist. Im Gegensatz zu allen internationalen Standards steht dem Obersten

Gerichtshof kein Präsidialrichter/keine Präsidialrichterin zur Verfügung, sodass die für die eigentliche Leitungsfunktion benötigte Arbeitskraft für Hilfstätigkeiten gebunden wird. Es ist daher die Forderung nach einer richterlichen Planstelle, die zumindest zum Teil im Präsidium verwendet werden kann, mit Nachdruck zu wiederholen.

Die judizielle Tätigkeit der Straf- und Zivilsenate des Obersten Gerichtshofs schlüsselte sich im Berichtsjahr wie folgt auf:

Es fielen 2.937 zu erledigende Rechtsmittel in Zivilsachen an, sowie 342 Nc-Sachen, wie etwa Delegationen. Zu 851 Strafsachen kamen 436 Erledigungen in Ns-Sachen. In Strafsachen waren 11 Fristsetzungsanträge und in Zivilsachen 5 Fristsetzungsanträge zu entscheiden. Als Disziplinargericht für Richter schritt der Oberste Gerichtshof in 9 Fällen ein. Als Kartellobergericht wurde er in 14 Fällen tätig. In 9 Fällen wurden die Akten dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt.

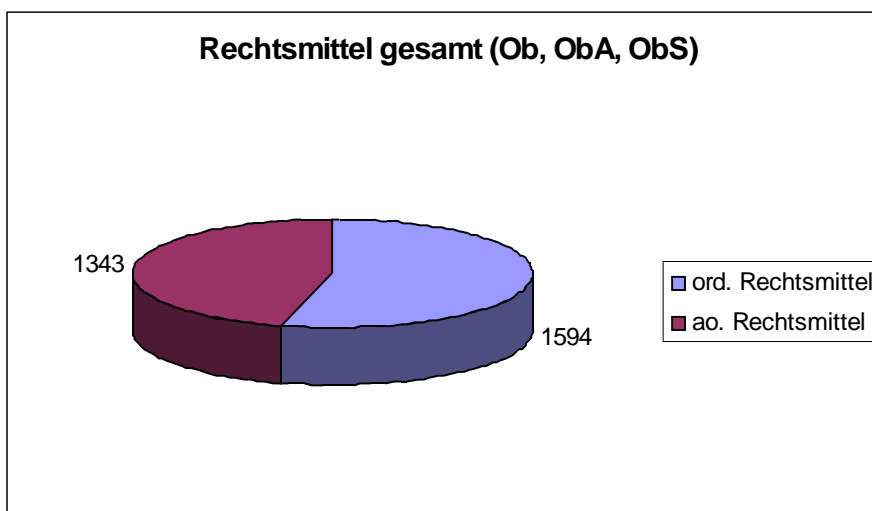


II. Geschäftsgang in Zivilsachen

1. Überblick über Anfall und Erledigungen

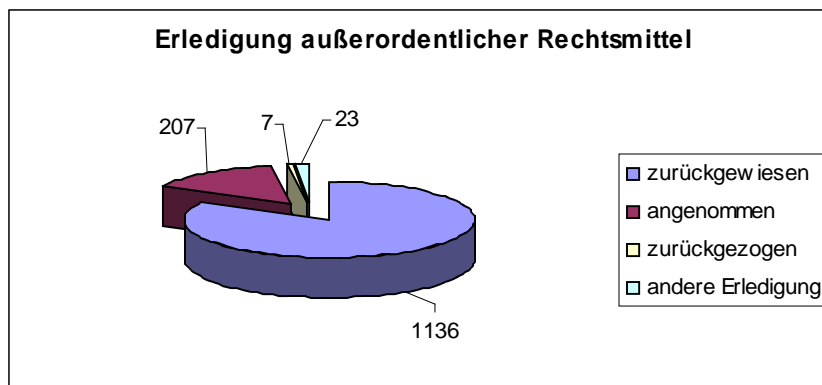
Der Oberste Gerichtshof zählt auch heuer wieder die angenommenen außerordentlichen Rechtsmittel wegen des damit verbundenen mehrfachen Arbeitsaufwands zu den ordentlichen Rechtsmitteln dazu. Unter Berücksichtigung dieser Zählweise ergeben sich daher insgesamt für das Berichtsjahr 2011 1.594 (2010: 1.532) ordentliche Rechtsmittel und 1.343 (2010: 1.376) außerordentliche Rechtsmittel. Im Jahr 2011 betrug somit die Gesamtzahl der zu erledigenden Rechtsmittel 2.937 (2010: 2.908), wobei mehrfach in einem Akt gegen dieselbe Entscheidung erhobene Rechtsmittel (etwa von beiden Seiten eingebrachte Revisionen) nur einmal gezählt

werden.

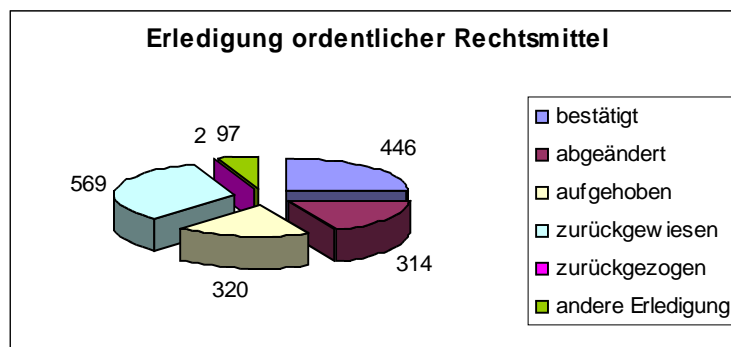


Damit ist die Gesamtbelastung in Zivilsachen gegenüber dem Jahr 2010 absolut um 29 Rechtsmittel gestiegen. Die Steigerung erfolgte ausschließlich bei den ordentlichen Rechtsmitteln und zwar mit insgesamt 62 Erledigungen, während die außerordentlichen Rechtsmittel um 33 gesunken sind. Damit hat sich die Belastung der Gremiumsmitglieder auf Grund der deutlich gestiegenen Zahl der arbeitsintensiven ordentlichen Rechtsmittel nicht unbeträchtlich erhöht. Hiezu kommt die ständig wachsende Zahl komplexer Verfahren (beispielhaft sei auf die auch im Berichtsjahr wieder vermehrt angefallenen Anlegerprozesse verwiesen) und die weiter fortschreitende europarechtliche Durchdringung des anzuwendenden Rechts. Es ist neuerlich anzumerken, dass die hier wiedergegebenen Zahlen im Vergleich zu anderen europäischen Höchstgerichten relativ hoch sind und dass das Beibehalten des vom Obersten Gerichtshof zu Recht erwarteten hohen Qualitätsstandards nur durch großen Arbeitseinsatz der Gremiumsmitglieder bewirkt werden kann. Eine nicht unbeträchtliche Anzahl der Gremiumsmitglieder des Zivil- und Strafbereichs wird zudem im Rahmen von Fortbildungsveranstaltungen, insbesondere auch von jenen, die vom Obersten Gerichtshof organisiert und bundesweit angeboten werden, tätig und nimmt damit eine zusätzliche, zeitaufwändige Mehrbelastung auf sich.

Der Anteil der auf Grund Senatsbeschlusses in der Sache selbst behandelten außerordentlichen Rechtsmittel am Anfall aller außerordentlichen Rechtsmittel betrug 2011 207 (2010: 187).



Das Ergebnis der im Jahr 2011 erledigten ordentlichen Rechtsmittel schlüsselt sich auf wie folgt: 446 Bestätigungen, 314 Abänderungen, 320 Aufhebungen, 569 Zurückweisungen und 97 andere Erledigungen. Im letztgenannten Bereich sind auch die Verfahrensunterbrechungen wegen Vorlage von Akten an den Verfassungsgerichtshof und den Europäischen Gerichtshof enthalten. 2 Rechtsmittel wurden zurückgezogen.



Ende des Jahres 2011 verblieben 711 anhängige Akten. Das sind 119 Akten weniger als im Vorjahr (2010: 830).

2. Anregungen an den Gesetzgeber

2.1. Ersatzlose Aufhebung des § 54 Abs 1a ZPO

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 3.12.2010, G 280/09, § 54 Abs 1a ZPO idF BGBl 52/2009 verfassungskonform dahin interpretiert, dass die dort enthaltene Wendung „...hat das Gericht diese (verzeichneten Kosten) seiner Entscheidung zu Grund zu legen“ dahin zu verstehen ist, dass das Kostenverzeichnis nur die Grundlage für die gerichtliche Entscheidung bildet, das Gericht aber offenbare Unrichtigkeiten korrigieren kann. Die angestrebte Entlastung der Gerichte und Straffung der Verfahren könnte eine Regelung, wonach das Gericht an das Kostenverzeichnis allein deshalb gebunden wäre, weil es durch den

Verfahrensgegner unbeeinsprucht blieb, nicht rechtfertigen. Nach der mit 1.1.2011 in Kraft getretenen Neufassung des § 54 Abs 1a ZPO hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 5.10.2011, G 84/11, das durch die Neufassung eingefügte Wort „ungeprüft“ in der genannten Bestimmung als einer verfassungskonformen Auslegung nicht mehr zugänglich aufgehoben. Trotz verfassungskonformer Auslegung im Sinn des eingangs zitierten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs bleibt die Unklarheit, wie weit die Prüfpflicht bzw -befugnis des Gerichts geht. Die vom Gesetzgeber angestrebte Arbeitersparnis wird durch die Regelung nicht erzielt, sondern kann es im Gegenteil zu zusätzlichem Aufwand für Gericht und Parteien kommen. Weiters ist es mit den Grundsätzen des Kostenersatzrechts der ZPO nur schwer zu vereinbaren, dass für von der anwaltlich vertretenen Partei erhobene Einwendungen ein Kostenersatz nicht stattfindet. Es wird daher die ersatzlose Aufhebung des § 54 Abs 1a ZPO angeregt.

2.2. Erweiterung des § 6 Abs 3 Rechtspraktikantengesetz

Gemäß § 6 Abs 3 RPG können Rechtspraktikanten nach einer fünfmonatigen Ausbildung bei Gericht oder einer Staatsanwaltschaft unter sinngemäßer Anwendung dieses Bundesgesetzes auch beim Oberlandesgericht, bei einer Justizanstalt oder beim Bundesministerium für Justiz ausgebildet werden. Wie bereits im Vorjahr wird abermals darauf hingewiesen, dass sich bisher die Verwendung von in der Ausbildung bereits fortgeschrittenen Rechtspraktikanten beim Obersten Gerichtshof, insbesondere im Evidenzbüro, bewährt hat und von diesen auch als Mehrwert der Ausbildung begrüßt wurde. Es wird daher neuerlich nachdrücklich darum ersucht, im Rahmen der nunmehr offenbar um Vollständigkeit bemühten Aufzählung von Ausbildungsstellen auch den Obersten Gerichtshof anzuführen.

3. Ausgewählte Entscheidungen

(bearbeitet von Vizepräsident des Obersten Gerichtshofs Dr. Ronald Rohrer)

3.1. Entscheidung vom 26.7.2011, 1 Ob 102/11y

Für die Gültigkeit eines außergerichtlichen mündlichen Testaments kommt es ungeachtet der im Gesetzestext objektiv formulierten Gefahrensituation darauf an, ob ein allgemein nachvollziehbarer, durch objektive Umstände begründeter Eindruck beim Erblasser besteht, dass eine Notsituation im Sinne des § 597 Abs 1 ABGB idF des FamErbRÄG 2004 vorliegt.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte ua die Abweisung der Erbantrittserklärung einer in einem mündlichen Testament vom 6.4.2008 eingesetzten „Erbin“ durch die Vorinstanzen. Die spätere Erblasserin hatte in ihrem Testament vom 14. 4. 2004 die beiden Antragstellerinnen je zur Hälfte zu Erben eingesetzt. Ihr Zustand hatte sich in der Folge während einer stationären Rehabilitation verschlechtert. Sie entwickelte eine sehr schwere Form der Depression (psychotische Depression) mit ausgeprägter depressiver Verstimmung (gedrückte Stimmung, reduzierter Antrieb) sowie eine schwere Parkinson-Symptomatik mit ausgeprägtem Rigor und wurde trotz intensiver physio- und ergotherapeutischer Maßnahmen praktisch gehunfähig. Auf Grund der ausgeprägten Somatisierungsstörung nahm die Erblasserin ihre Gefühlsregungen nicht als Gefühl sondern als bedrohliche Organfunktionsstörung wahr. Das psychosoziale Verhalten der Erblasserin war auffällig, sie war in ihrer Kommunikation stark eingeschränkt. Sie litt unter Ängstlichkeit, Müdigkeit und Kontaktarmut. Bei einer ärztlichen Untersuchung am 3.4.2008 wurde festgestellt, dass sie ihre Beine nicht mehr bewegen konnte und auch die Arme in ihrer Bewegung hochgradig eingeschränkt waren. Auf ärztlichen Rat willigte sie in eine Aufnahme ins Krankenhaus zur Ermittlung der Ursachen ihres Zustands ein, wobei als Termin für die Aufnahme der 8.4.2008 vereinbart wurde. Lebensgefahr hat zum Zeitpunkt der Untersuchung am 3.4.2008 nicht bestanden. Am 6.4.2008 wurde die Erblasserin von einem Freund und der Ehegattin dessen (Geschäfts-)Partners besucht. Die Antragsgegnerin, die der Erblasserin einen Testamentsvordruck für den Fall einer Testierabsicht zur Verfügung gestellt hatte, öffnete den Besuchern die Tür, zog sich dann aber zurück. Die Erblasserin äußerte, dass sie sich von den Antragstellerinnen im Stich gelassen fühle und deshalb das alte Testament widerrufen und stattdessen die Antragsgegnerin als Erbin einsetzen wolle. Die beiden Besucher waren sich bewusst, dass die Erblasserin damit ein Testament errichten wollte und dass die Erklärung an sie gerichtet war. Die Erblasserin war zwar körperlich in keiner guten Verfassung, im Hinblick auf die Formulierung ihres letzten Willens war ihre geistige Leistungsfähigkeit aber nicht beeinträchtigt. Aufgrund ihrer Steifigkeit konnte die Erblasserin ihre Finger nicht mehr benutzen.

Der erste Senat hob hervor, dass seit der Änderung des § 597 ABGB durch das FamErbRÄG 2004 (in Kraft getreten am 1.1.2005) die Form des mündlichen Testaments vor zwei Zeugen nur noch als Notform zur Verfügung steht. Voraussetzung ist, dass unmittelbar die Gefahr droht, dass der Erblasser stirbt (oder die Fähigkeit zu testieren verliert), bevor er seinen letzten Willen auf andere Weise zu erklären vermag. Ein derartiges Nottestament verliert drei Monate nach Wegfall der Gefahr seine Gültigkeit. Nach den Gesetzesmaterialien sei es immer

wieder vorgekommen und bestehe die Gefahr, dass das mündliche Zeugentestament zur Benachteiligung von gesetzlichen Erben bloß vorgetäuscht werde. Der Senat schloss sich der überwiegend vertretenen Auffassung an, dass es - ungeachtet der im Gesetzestext ganz objektiv formulierten Gefahrensituation - darauf ankommen muss, ob ein allgemein nachvollziehbarer, durch objektive Umstände begründeter Eindruck beim Erblasser besteht, dass eine Notsituation im Sinne des Gesetzes vorliegt. Auch wenn kritisiert worden sei, dass ein nur in den Gesetzesmaterialien enthaltenes Rechtsverständnis weder Gesetzesrang habe, noch durch Auslegung solche Geltung erlangen könne, weshalb das Vorliegen einer Notsituation rein objektiv zu prüfen sei, dürfe doch nicht übersehen werden, dass es immer wieder Lebenssituationen geben könne (Verschlechterung des Gesundheitszustands, Unfälle, Naturkatastrophen ...), in denen ein Laie nicht ohne weiteres abschätzen kann, ob nun tatsächlich „unmittelbar“, also ohne dass er vorher seinen letzten Willen noch auf andere Weise erklären könnte, die Gefahr droht, zu sterben (oder die Testierfähigkeit zu verlieren). Wäre in einem derartigen Fall die Todesangst angesichts der Umstände allgemein nachvollziehbar, wäre es auch der Rechtssicherheit in Bezug auf die (befristete) Weitergeltung des mündlich erklärten letzten Willens im Falle des Überlebens der (angenommenen) Gefahrensituation sehr abträglich, wenn die Wirksamkeit häufig allein auf Grund nachträglicher Sachverständigengutachten beurteilt werden könnte. Aus diesen (teleologischen) Erwägungen erscheine es durchaus sinnvoll, die gesetzliche Anordnung im Sinne des in diese Richtung geäußerten „Gesetzgeberwillens“ dahin auszulegen, dass es nicht allein auf das - objektiv und mit entsprechender Fachkunde zu beurteilende - tatsächliche Vorliegen von Lebensgefahr ankomme, sondern dass eine bedrohliche Situation ausreiche, die auch bei anderen Menschen in der Situation des Erblassers den Eindruck erwecken würde, es bestünde unmittelbar ernstliche Lebensgefahr. Eine solche habe das Erstgericht ausgehend von der Feststellung, die Erblasserin hätte angesichts ihres (näher festgestellten) Gesundheitszustands eine mittlere Lebenserwartung von noch fast 7 Jahren gehabt und das (zum Tod führende) septische Zustandsbild habe sich erst später plötzlich und unerwartet ausgebildet, verneint. Sie habe sich am 6. 4. 2008 weder objektiv in einer unmittelbaren Lebensgefahr befunden, noch in einem Zustand, in dem (bei ihr) durch objektive Umstände der begründete Eindruck bestehen konnte, sich unmittelbar in Lebensgefahr zu befinden.

3.2. Entscheidung vom 24.11.2011, 1 Ob 206/11t

Ein mit der Erteilung von Bonitätsauskünften befasstes Unternehmen haftet als Sachverständiger für die - trotz Nichtzahlung offener Forderungen durch eine KG und anhängiger (Exekutions-)Verfahren - in einer entgeltlich erteilten Bonitätsauskunft ausgesprochene ausdrückliche Empfehlung, zu dieser KG Geschäftsbeziehungen aufzunehmen. Es ist für die typischen und objektiv bestimmten Fähigkeiten von Fachleuten einzustehen; der Auftraggeber des Ratgebers darf erwarten, dass die grundsätzlich positive Einschätzung der Bonität auf objektiven Daten und Informationen beruht und er allenfalls unzureichende Kenntnisse offengelegt hätte.

Abschwächende bzw relativierende Formulierungen in der Auskunft, die bei gehöriger Aufmerksamkeit für den Geschädigten Anlass gewesen wären, an einer apodiktischen (unbedingten) Empfehlung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen bzw Einstufung des Bonitätsrisikos als gering zu zweifeln, begründen ein Mitverschulden.

Der Oberste Gerichtshof änderte klageabweisende Urteile der Vorinstanzen teilweise ab und gab dem Klagebegehren zur Hälfte statt. Eine Kommanditgesellschaft (KG) hatte im Sommer 2008 die klagende GmbH kontaktiert, um ihr Bauaufträge zu erteilen. Diese Partei holte vor der Erteilung von Aufträgen bei der beklagten Partei eine Auskunft über die Bonität ihrer (möglichen) zukünftigen Geschäftspartnerin ein. Die mit Schreiben vom 1.8.2008 übermittelte Bonitätsauskunft, für welche die klagende Partei 97,44 EUR zahlte, lautete auszugsweise:

„Gesamtbewertung: Geringes Risiko

Das ...-Rating des Unternehmens ist schlechter als der Branchen-Durchschnitt.

Empfehlung: Trotz der aktuellen finanziellen Verhältnisse werden Geschäfts- und Kreditverbindungen empfohlen. Das Risiko wird wegen positiver Erfahrungen aus dem Branchen- und Unternehmensumfeld als gering eingestuft. Soweit uns bekannt, zahlt das Unternehmen in der Nettofrist. In die finanzielle Situation ist kein näherer Einblick möglich. Anfang 2008 kam es zu Änderungen in den Besitzverhältnissen und Ausweitung der Geschäftstätigkeit. Eine längerfristige Entwicklung bliebe noch abzuwarten. „Einzelhöchstkredit: 5.000 EUR.“

Im Vertrauen auf diese Bonitätsauskunft entschloss sich die klagende Partei zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit der KG und begann, für diese Bauaufträge abzuwickeln. Dies hätte sie unterlassen, hätte die beklagte Partei die Aufnahme einer Geschäftsverbindung nicht empfohlen. Im Oktober 2008 zahlte die KG die Werklohn-Raten

nicht fristgerecht. Die klagende Partei beauftragte in der Folge eine Schwestergesellschaft der beklagten Partei damit, die offenen Werkhonorare einzumahnen. Dabei stellte sich heraus, dass bereits zum Zeitpunkt der Erstellung der Bonitätsauskunft Exekutionsverfahren gegen die KG und deren Gesellschafter sowie mehrere „Werklohn-Prozesse“ gegen die KG anhängig gewesen waren. Vor der Forderungseintreibung hatte die beklagte Partei von den anhängigen Verfahren keine Kenntnis und hätte davon auch keine Kenntnis haben können, weil es ihr aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht möglich war, allfällige Exekutions- oder sonstige Prozessregister einzusehen. Darauf hatte sie in ihrer Bonitätsauskunft nicht hingewiesen. Aus dem Firmenbuchauszug der KG war im August 2008 ersichtlich gewesen, dass das Unternehmen seit Gründung 1998 bereits elf Mal in Österreich den Firmensitz verlegt und regelmäßig die Firma geändert hatte. Die Bonitätsauskunft enthielt einen Auszug aus dem Firmenbuch. Die klagende Partei erwirkte in der Folge gegen die KG und deren persönlich haftende Gesellschafter Exekutionstitel. Die offenen Werklohnforderungen in der Höhe von 79.399,55 EUR konnten aufgrund der Vermögenslosigkeit der Schuldner nicht einbringlich gemacht werden. Am 5.6.2009 wurde der Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der KG abgewiesen. Sie wurde gemäß § 39 FBG aufgelöst.

Der erste Senat bejahte die Haftung der beklagten Partei als Sachverständige nach § 1299 Satz 1 ABGB aus Schadenersatz nach § 1300 Satz 1 ABGB. Schon die in der, entgeltlich erteilten, Bonitätsauskunft ausgesprochene ausdrückliche Empfehlung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mache deutlich, dass die Absicht der klagenden Partei, je nach Ergebnis der Auskunft geschäftliche Dispositionen zu treffen, für die beklagte Partei erkennbar war. Zwischen den Streitparteien sei ein Auskunftsvertrag zustande gekommen, dessen Hauptpflicht auf Seiten der beklagten Partei in der Erteilung der Auskunft bestanden habe. Die Auskunft bzw der Rat sei insoweit objektiv unrichtig gewesen, als trotz Nichtzahlung offener Forderungen durch die KG und anhängiger (Exekutions-)Verfahren die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung ausdrücklich empfohlen, das Risiko als gering eingestuft und Zahlungen des Unternehmens in der Nettofrist angegeben wurden. Ein Verschulden daran sei zu bejahen. Die Haftung des Sachverständigen bestimme sich nach objektiven Kriterien; maßgeblich seien die typischen und objektiv bestimmten Fähigkeiten von Fachleuten, die mit der Erteilung derartiger Bonitätsauskünfte befasst sind. Die klagende Partei habe von der Auskunftgeberin erwarten dürfen, dass deren grundsätzlich positive Einschätzung der Bonität auf objektiven Daten und Informationen beruht und die Auftragnehmerin allenfalls unzureichende Kenntnisse offengelegt hätte.

Die Widersprüchlichkeit der Bonitätsauskunft, mit der die klagende Partei selbst argumentiere, sei jedoch nicht ohne Konsequenz für die Berechtigung ihres Schadenersatzanspruchs. Sie begründe vielmehr ihr Mitverschulden (Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten) im Ausmaß von 50 % nach § 1304 ABGB (und nicht nach § 1299 Satz 3 ABGB). Die Auskunft habe abschwächende bzw relativierende Formulierungen enthalten, die bei gehöriger Aufmerksamkeit für den Geschäftsführer der klagenden Partei Anlass gewesen wären, an einer apodiktischen (unbedingten) Empfehlung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen bzw Einstufung des Bonitätsrisikos als gering zu zweifeln.

3.3. Entscheidung vom 27.1.2011, 2 Ob 30/10s

Ein Pistengerät, das auf einer von Schifahrern frequentierten Piste bergwärts fährt, stellt eine besondere Gefahrenquelle vor allem dann dar, wenn es von entgegenkommenden Schifahrern infolge der örtlichen Verhältnisse längere Zeit nicht wahrgenommen werden kann. Wie jeden Verkehrssicherungspflichtigen trifft den Pistenhalter die Beweislast dafür, dass er die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat. Diese könnten auch in der Unterlassung einer nicht notwendigen Fahrt mit einem Pistenfahrzeug bestehen.

Der beim beklagten Pistenhalter beschäftigte Fahrer des 9,4 t schweren Pistengeräts hatte den Auftrag erhalten, die nach einem Schirennen auf der Piste verbliebenen Torstangen und Tische zu einem anderen Hang zu transportieren. Während er am Pistenrand bergwärts fuhr, näherte sich aus der Gegenrichtung der talwärts fahrende Kläger. Unterhalb einer Geländekuppe kam es zur frontalen Kollision. Der Kläger war über die Kuppe gesprungen und gegen das Frontschild des Pistenfahrzeugs geprallt. Der Unfall ereignete sich während des Pistenbetriebs.

Das Erstgericht wies das auf den Ersatz von zwei Drittel seines Schadens gerichtete Leistungsbegehren und ein entsprechendes Feststellungsbegehren des Klägers ab. Das Berufungsgericht erachtete hingegen eine Schadensteilung im Verhältnis von 2 : 1 zu Lasten des Klägers für angemessen. Es verneinte ein haftungsbegründendes Verschulden der beklagten Partei und des ihr zuzurechnenden Fahrers des Pistengeräts, gelangte jedoch zu einer analogen Anwendung des EKHG. Der Entlastungsbeweis nach § 9 Abs 1 EKHG sei der beklagten Partei nicht gelungen.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte das Berufungsurteil. Er ließ allerdings die Frage nach der analogen Anwendbarkeit der Haftungsbestimmungen des EKHG auf die Halter von

Pistenfahrzeugen (erneut) unbeantwortet und ging von einem Verschulden des Pistenhalters aus. Ein Pistengerät, das auf einer von Schifahrern frequentierten Piste bergwärts fahre, stelle eine besondere Gefahrenquelle dar, vor allem, wenn es von entgegenkommenden Schifahrern infolge der örtlichen Verhältnisse längere Zeit nicht wahrgenommen werden kann. In solchen Fällen sei für den Lenker des Pistenfahrzeugs „äußerste Vorsicht“ geboten. Zeitlich (und logisch) vorgelagert sei aber schon die Beurteilung der Frage, ob die gefährliche Fahrt unter den konkreten Umständen überhaupt (unumgänglich) notwendig gewesen sei. Dabei sei dem Pistenhalter ein gewisser Entscheidungsspielraum einzuräumen. Wie jeden Verkehrssicherungspflichtigen treffe ihn jedoch die Beweislast dafür, dass er die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen habe. Diese könnten auch in der Unterlassung einer nicht notwendigen Fahrt mit einem Pistenfahrzeug bestehen. Im Anlassfall sei der Entlastungsbeweis nicht erbracht worden. Aus den Feststellungen ergebe sich kein Anhaltspunkt dafür, dass die abzutransportierenden Gegenstände (Torstangen, Tische, Bänke, Absperrvorrichtungen) für abfahrende Schifahrer nicht schon von weitem erkennbar gewesen seien und ihr Verbleib auf der Piste bis zum Ende des Pistenbetriebs daher eine bedeutend geringere Gefahrenquelle dargestellt hätte als der Einsatz des Pistengeräts. Die beklagte Partei habe durch diesen Einsatz eine unnötige Gefahrenquelle für abfahrende Schifahrer geschaffen, die sie - gemessen am Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB - als solche erkennen hätte müssen. Darin liege eine schuldhaft Verletzung ihrer vertraglichen Verkehrssicherungspflicht.

3.4. Entscheidung vom 22.6.2011, 2 Ob 219/10k

Die Verweigerung einer medizinisch indizierten lebensrettenden Bluttransfusion durch eine Zeugin Jehovas verstößt gegen die Schadensminderungspflicht.

Die bei einem Verkehrsunfall schuldlos schwer Verletzte starb trotz maschineller Beatmung mit hochkonzentriertem Sauerstoff infolge einer ausgeprägten Fettembolie. Da sie als Zeugin Jehovas eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hatte, waren ihr keine Blutkonserven zugeführt worden. Der Kläger, der mit dem Unfallopfer 44 Jahre verheiratet war, begehrte von dem dem Grunde nach haftpflichtigen Versicherungsverband ua den Ersatz der Begräbniskosten und ein Trauerschmerzensgeld.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit einer geringfügigen Ausnahme statt. Das Berufungsgericht hob dieses Urteil im Umfang der erwähnten Ansprüche zur Verfahrensergänzung auf. Die Berechtigung dieser Ansprüche sei davon abhängig, ob die Verabreichung von Blutkonserven medizinisch indiziert gewesen sei und geeignet gewesen

wäre lebenserhaltend zu wirken.

Der Oberste Gerichtshof gab dem gegen den Aufhebungsbeschluss erhobenen Rekurs des Klägers nicht Folge. Nach Auseinandersetzung mit den einschlägigen Verfassungsnormen (Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von Saint Germain; Art 14 Abs 1 und 2 StGG; Art 9 EMRK) sowie Rechtsprechung und Lehre gelangte er zu dem Ergebnis, dass das Unfallopfer in seiner Religions-, Glaubens- oder Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt gewesen sei. Als eigenständiger Person sei es ihr freigestanden, jegliche medizinische Behandlung, somit auch eine Bluttransfusion abzulehnen. Die Freiheit der (Gewissens-)Entscheidung bedeute aber nicht, dass derjenige, der eine objektiv ungünstige, gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßende Gewissensentscheidung treffe, die nachteiligen Folgen dieser Entscheidung (hier: möglicherweise der Tod) nicht zu tragen hätte. Wollte man Mitgliedern der Zeugen Jehovas im Gegensatz zu anderen Menschen die Verweigerung medizinisch indizierter, schadensmindernder Bluttransfusionen nicht als anspruchsvernichtende Verletzung der Schadensminderungspflicht zurechnen, würde dies zu einer Privilegierung führen, die im Verdacht stünde, gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen. Ausgehend von dieser Rechtsansicht erweise sich die vom Berufungsgericht aufgetragene Verfahrensergänzung als notwendig.

3.5. Entscheidung vom 23.2.2011, 3 Ob 155/10f

Die bloße Möglichkeit einer nachträglichen Veränderung des Buchvermerks in einer EDV-Buchhaltung führt nicht zur Unwirksamkeit des für die sachenrechtliche Wirksamkeit erforderlichen Publizitätsakts. Nur die nachträgliche Entfernung des Buchvermerks macht die Sicherungszession unwirksam; dies gilt aber nur für danach erfolgte Zahlungen.

Die Aufnahme des Datums der Setzung des Buchvermerks ist zwar zum Nachweis des Zeitpunkts des Rechtsübergangs zweckmäßig, aber kein Erfordernis für die Wirksamkeit der Sicherungszession.

Die Beklagte gewährte der späteren Gemeinschuldnerin einen wiederholt ausnutzbaren Kontokorrentkredit gegen „Abtretung aller bestehenden und künftigen Aufträge ihrer Kunden (Auftragszession), der daraus resultierenden Buchforderungen sowie aller übrigen bestehenden und künftigen Kundenforderungen (Forderungszession) laut separater Generalzessionsvereinbarung im Wege der stillen Zession...“. Der Generalzessionsvertrag sah unter anderem vor, dass jede einzelne abgetretene Forderung in der Buchhaltung auf den

Debitorenkonten und Offenen Posten Listen als zediert zu kennzeichnen ist. Nach Konkurseröffnung erhob der Masseverwalter neben einer Anfechtungsklage einen Zwischenantrag auf Feststellung, mit dem er die Feststellung der Unwirksamkeit der Zessionen anstrebte, weil die Buchvermerke in mehrfacher Hinsicht nicht den für einen gültigen Publizitätsakt erforderlichen Kriterien entsprochen haben. Die Vorinstanzen wiesen den Zwischenfeststellungsantrag ab.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision des Klägers nicht Folge und führte aus: Nach der Rechtsprechung wird dem in § 452 ABGB zum Ausdruck gebrachten Publizitätsgedanken Rechnung getragen, wenn der bei den einzelnen Kundenkonten über die Zession gesetzte Buchvermerk auch in der OP-Liste betreffend die offenen Kundenforderungen aufscheint, was durch die jeweilige Buchhaltungsorganisation sicherzustellen ist. Die im Einvernehmen zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner vorgenommene Entfernung des Zeichens ist symbolisch der Rückstellung der Pfandsache gleichzuhalten. Die bloße Möglichkeit der Entfernung hindert jedoch nicht die Wirksamkeit der Verpfändung, ist der Buchvermerk einmal gesetzt. Die Unwirksamkeit der Verpfändung durch nachträgliche Manipulation tritt mit Wirkung ex nunc ein. Unter dem Gesichtspunkt der Publizität besteht keine Notwendigkeit, die Wirksamkeit der Zession von der Unveränderbarkeit des Buchhaltungsprogramms oder vom Vorhandensein von technischen Kontroll- und Sicherheitsvorkehrungen, die die Änderungen in EDV-Buchführungssystemen nachprüfbar gestalten, abhängig zu machen. Für die Aufnahme eines Datums in den Buchvermerk fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. Das Informationsinteresse des Gläubigers, der Kredit gewähren will, geht über die Aufklärung hinsichtlich der Werthaltigkeit des Vermögens seines künftigen Schuldners nicht hinaus. Wann die Verpfändung erfolgte, ist für ihn nicht von Interesse. Die Anführung des Datums der Setzung des Buchvermerks ist daher kein Wirksamkeitserfordernis.

3.6. Entscheidung vom 22.3.2011, 3 Ob 147/10 d

Im Licht der Judikatur des EGMR bestehen verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 2 Abs 1 FMedG idFd EPG, BGBl I 2009/135, soweit dadurch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung für eine in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebenden Frau ausgeschlossen und dieser aufgrund ihrer sexuellen Orientierung die Möglichkeit genommen wird, einen Kinderwunsch zu erfüllen.

Die Erstantragstellerin ist österreichische Staatsbürgerin und mit der Zweitantragstellerin, einer deutschen Staatsangehörigen, im August 2008 vor einem deutschen

Standesamt eine Lebenspartnerschaft nach dem deutschen LPartG eingegangen. Beide haben ihren Wohnsitz in Österreich. Im Februar 2010 beantragten sie die Zustimmung der Zweitantragstellerin zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung der Erstantragstellerin unter Verwendung des Samens eines Dritten gerichtlich zu Protokoll zu nehmen (§ 8 Abs 1 FMedG).

Das Erstgericht wies das Begehren zurück, weil nach § 2 Abs 1 FMedG eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig sei. Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.

Der Oberste Gerichtshof stellte an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, die Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ in § 2 Abs 1 FMedG idFd EPG, BGBl I 2009/135, als verfassungswidrig aufzuheben. Mit § 2 Abs 1 FMedG idFd EPG werde die Möglichkeit der Fortpflanzungsmedizin für gleichgeschlechtliche Paare ausgeschlossen. Nur Eheleute könnten die medizinisch unterstützte Fortpflanzung ohne Einhaltung der qualifizierten Formvorschriften des § 8 Abs 1 FMedG in Anspruch nehmen (schriftliche Zustimmung genüge), wenn nicht der Samen eines Dritten verwendet werden solle. Andere Gemeinschaften bedürften in jedem Fall der besonderen Form der Zustimmung zu gerichtlichem Protokoll oder eines Notariatsakts. § 2 Abs 1 FMedG stehe dem Begehren der Antragstellerinnen, die nach § 8 Abs 1 FMedG geforderte Zustimmung gerichtlich zu Protokoll zu nehmen, entgegen. Die Präjudizialität der angefochtenen Bestimmung sei damit gegeben. Die Beschränkung des § 2 Abs 1 FMedG verschließe Frauen, die mit einer Frau in einer Partnerschaft leben eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung. Es werde damit für sie die Möglichkeit ausgeschlossen, Kinder zu haben und aufzuziehen, wenn sie ohne die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin keine Kinder haben können, sei es dass heterosexuelle Kontakte nicht in Betracht kämen oder der Kinderwunsch ungeachtet dessen unerfüllt bleibe. Davon seien alleinstehende Frauen ebenso betroffen wie eingetragene Partnerinnen. Der Verfassungsgerichtshof habe bereits ausgesprochen, dass der von Ehepartnern oder Lebensgefährten gefasste Entschluss, ein Kind zu bekommen und sich dazu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen, dem Schutzbereich des Art 8 EMRK unterliege. Auch der EGMR betone, dass das Recht, ein Kind zu bekommen und sich zur Erfüllung des Kinderwunschs die Errungenschaft der Fortpflanzungsmedizin zunutze zu machen, zu den von Art 8 EMRK geschützten Rechten zähle. Der Wunsch nach einem Kind stelle demnach einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder der Identität eines privaten Individuums dar. Damit sei überaus fraglich, ob die gesetzliche Beschränkung der Erfüllung

des Wunsches nach einem Kind mit Mitteln der Fortpflanzungsmedizin auf Paare verschiedenen Geschlechts mit dem Schutz der Familie oder dem Kindeswohl begründet werden könne. Der EGMR habe auch schon ausgesprochen, dass die Beziehung eines gleichgeschlechtlichen Paares unter den Begriff „Familienleben“ wie auch unter den Begriff „Privatleben“ falle und daher Art 14 iVm Art 8 EMRK zur Anwendung gelange. Die Versagung der Adoption durch eine in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebende Frau im Wesentlichen wegen ihrer sexuellen Orientierung verstoße gegen das Benachteiligungsverbot des Art 14 iVm Art 8 EMRK, wenn die Adoption grundsätzlich Einzelpersonen und damit auch alleinstehenden Homosexuellen offen stehe. Nach österreichischem Recht sei die Einzeladoption mit Zustimmung des Partners bei eingetragener Partnerschaft zulässig (§ 181 Abs 1 ABGB idF BGBl I 2009/135). Die Einzeladoption durch einen eingetragenen Partner widerspreche damit für sich genommen grundsätzlich nicht dem Kindeswohl. Die Herstellung eines nicht auf eine biologische Verbindung rückführbaren Eltern-Kind-Verhältnisses durch (Einzel-)Adoption sei sowohl für eine(n) alleinstehende(n) Homosexuelle(n) als auch in einer eingetragenen Partnerschaft möglich und erlaubt. Außerhalb der Ehe stehe es Einzelpersonen damit unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung offen, durch Adoption ein Eltern-Kind-Verhältnis zu begründen. Die auf Vertrag beruhende Verbindung ergänze die auf Abstammung beruhende Familienbeziehung. Die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin würden ebenfalls eine auf natürlicher Fortpflanzung beruhende Familienbeziehung ersetzen. Damit erscheine es nicht sachgerecht, die Nutzung der Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin vom Bestehen einer verschieden geschlechtlichen Partnerschaft abhängig zu machen und damit alleinstehende ebenso wie in gleichgeschlechtlicher Gemeinschaft lebende Frauen von der Möglichkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung auszuschließen.

3.7. Entscheidung vom 20.9.2011, 4 Ob 105/11m

Die Anzeige von Vorschaubildern („thumbnails“) im Rahmen der Bildersuche einer Internet-Suchmaschine ist aus urheberrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Ein auf Porträtfotografie spezialisierter Berufsfotograf begehrte vom Betreiber einer Internetsuchmaschine, die auf die Suche nach Personendaten einschließlich Lichtbildern von Personen spezialisiert ist, es zu unterlassen, Lichtbilder, deren Hersteller der Kläger ist, ohne Werknutzungsbewilligung des Klägers, insbesondere ohne Bezeichnung des Klägers als Hersteller, „zu veröffentlichen“. In den als Suchergebnis angezeigten Seiten mache die

Beklagte Originallichtbilder in verkleinerter Form und in minderer Qualität (Vorschaubilder, „thumbnails“) sichtbar und verletze dadurch Urheberpersönlichkeitsrechte des Klägers und greife in dessen Verwertungsrechte ein. Um Zugriffe von Nutzern ihres Suchdienstes zu ermöglichen speichert die Beklagte - anders als die Suchmaschine Google - vorübergehend zwar die Internetadressen der aufgefundenen Bilddateien, nicht aber die Bilddateien selbst in einer Datenbank.

Der Oberste Gerichtshof wies die Klage - im Gegensatz zu den Vorinstanzen, die dem Klagebegehren teilweise stattgegeben hatten - ab. Eine nicht werknutzungsberechtigte Person, die einem Dritten nicht bloß den Ort nennt, an dem er ein körperliches Werkstück finden kann, das vom Berechtigten dort öffentlich zugänglich gemacht wird, sondern den Dritten sogar dorthin bringt, verletzt das Verbreitungsrecht des Urhebers nicht. Gleiches gilt in der „digitalen Welt“, wenn eine Suchmaschine einen Dritten in Form eines Links auf rechtmäßig ins Internet gestellte Inhalte verweist, ohne dabei technische Schutzmaßnahmen des Berechtigten vor unkontrolliertem öffentlichem Zugang zu umgehen; darin liegt kein Eingriff in das dem Urheber vorbehaltene Zurverfügungstellungsrecht des § 18a UrhG. Da die Beklagte auch keine Vervielfältigungsstücke von auf Speichermedien Dritter körperlich festgelegten Originallichtbildern des Klägers erstellt, greift sie nicht in das Vervielfältigungsrecht nach § 15 UrhG ein. Werden Bilder durch von Suchmaschinen ausgelöste Programmbefehle an Navigationsprogramme von Internet-Nutzern zu Vorschaubildern verkleinert, handelt es sich um ausschließlich computergenerierte Ergebnisse, die mangels eines Mindestmaßes an menschlicher Tätigkeit keine Bearbeitungen iSd § 5 UrhG sind. Die von der Suchmaschine der Beklagten angezeigten Vorschaubilder sind keine Vervielfältigungen von Originalwerken des Klägers oder stellen solche der Öffentlichkeit zur Verfügung, sie sind auch nicht das Ergebnis menschlicher Bearbeitung solcher Werke. Ihre Anzeige im Suchergebnis macht „Maschinenschöpfungen“ öffentlich sichtbar, ohne dabei ein Verwertungsrecht des Klägers, insbesondere auch nicht jenes nach § 18a UrhG, zu verletzen. Fehlt es somit an einer Verwertungshandlung der Beklagten, kann auch das Namensnennungsrecht des Lichtbildherstellers (§ 74 Abs 3 Satz 1 UrhG) nicht berührt sein, welches immer nur allfällige Nebenpflicht bei der Ausübung eines Verwertungsrechts am Lichtbild ist.

3.8. Entscheidung vom 22.11.2011, 4 Ob 93/11x

Zertifikate stellen zumindest dann kein Aliud gegenüber Aktien dar, wenn sie nach den Werbeunterlagen - obwohl dort als Aktien bezeichnet - als Zertifikate identifizierbar

sind und auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden.

Die Kläger beauftragten die Beklagte mit dem Kauf von 9.655 Stück „Aktien“ der MEL und erhielten dafür „Austrian Depositary Certificates“ (ADCs) im Wert von 182.167,61 EUR. Die Kläger beehrten die Rückzahlung des Kaufpreises. Sie haben die von der Beklagten als „Aktien“ angebotenen Wertpapiere gekauft, tatsächlich aber Zertifikate, somit ein Aliud erhalten. Sie seien wirksam vom Vertrag zurückgetreten. Die Beklagte wendete ein, die Kläger haben wunschgemäß eine Beteiligung am Eigenkapital der MEL erworben. Die Zertifikate erfüllten die mitgliedschaftliche Funktion der Aktien und stellten gleichzeitig ein den Handel ermöglichendes und sicherstellendes Instrument dar. Zertifikatsinhaber seien einem Aktieninhaber nach börserechtlichen Gesichtspunkten gleichgestellt. Eine Aliudlieferung liege daher nicht vor.

Die Vorinstanzen schlossen sich der Sichtweise der Beklagten an und wiesen das Klagebegehren ab. Der Oberste Gerichtshof gab der Revision der Kläger nicht Folge:

Außer Streit steht, dass die Kläger der Beklagten den Auftrag zum Kauf von „Aktien“ der MEL erteilten. Für die Frage, was Vertragsinhalt wurde, sind die Vertragserklärungen der Parteien auszulegen. Zu fragen ist, wie die Beklagte bei objektiver Betrachtungsweise die Kaufaufträge der Kläger - in denen nicht von „Aktien“ die Rede ist - und wie (daher) in weiterer Folge die Kläger deren Annahme durch die Beklagte verstehen mussten. Dafür sind die Werbematerialien der Beklagten von Bedeutung. Dort werden die Wertpapiere zwar „Aktien“ genannt, es wird aber gleichzeitig auf den Börsenkurs abgestellt, indem mit den in den vorangegangenen Jahren stets erzielten Kurssteigerungen geworben wird. Damit war klar, dass es sich um die auf dem Kapitalmarkt tatsächlich vorhandenen Papiere handelte. Die Beklagte musste daher annehmen, dass sich die Kaufaufträge auf die in den Werbeunterlagen dargestellten und auf dem Kapitalmarkt tatsächlich gehandelten Papiere bezogen. Das waren offenkundig nicht die (eentlichen) Namensaktien, sondern die ADCs. Die Beklagte konnte daher die Erklärung der Kläger objektiv nur so verstehen, dass sie das von der Beklagten tatsächlich angebotene, auf dem österreichischen Kapitalmarkt handelbare Wertpapier, kaufen wollten. Dem hat sie zugestimmt. Die Kläger haben jene Wertpapiere, die nach Auslegung ihrer Ankaufsvereinbarung Vertragsgegenstand wurden, auch tatsächlich erhalten. Ihr Einwand, die Beklagte habe ein Aliud geliefert und den Vertrag deshalb nicht erfüllt, ist nicht berechtigt. Auf eine Irreführung über den Vertragsinhalt haben sich die Kläger ausdrücklich nicht gestützt bzw die zunächst erhobene Irrtumsanfechtung ausdrücklich zurückgezogen.

3.9. Entscheidung vom 9.2.2011, 5 Ob 154/10y

Massive bauliche Eingriffe und konzeptive Umgestaltungen im Sinn einer Revitalisierung und Neunutzung eines ganzen historischen Gebäudekomplexes auf der Basis eines zwischen der Liegenschaftseigentümerin, der Betriebsgesellschaft und der mietenden Gebietskörperschaft begründeten besonderen wirtschaftlichen Finanzierungs- und Betriebskonzepts stellen - qualitativ - einen so weitreichenden Eingriff in das Gesamtobjekt dar, dass als Folge daraus resultierende Änderungen im Inneren einzelner Mietgegenstände keinen dem § 17 Abs 2 letzter Satz MRG zugänglichen Anwendungsfall mehr darstellen.

Die Antragsteller sind (frühere) Mieter bzw (sonstige) Nutzer von Bestandobjekten auf einer im grundbücherlichen Eigentum der Republik Österreich stehenden Liegenschaft in 1070 Wien („MuseumsQuartier“; fortan: MQ). Große Teile des MQ in seiner heutigen Form sind auf der Basis einer Ausschreibung mit Architektenwettbewerb unter massiver Zuhilfenahme öffentlicher Mittel - sowohl aus dem Bundesbudget als auch aus dem Budget der 5.-Antragstellerin - errichtet worden. Insgesamt sind im Zuge der Umbauarbeiten auf dem Areal des früheren Messegeländes und heutigen MQ zahlreiche Gebäude um- und ausgebaut, im Wesentlichen aber nicht neu errichtet worden. Die wenigen neu errichteten Gebäude, wie etwa das MUMOK, sind mit dem schon vorher vorhanden gewesenen Altbestand baulich verbunden. Die Antragsteller stellten im zugrundeliegenden Verfahren ein Begehren auf Überprüfung der Verteilung der „Gesamtkosten“ iSd § 17 MRG betreffend das MQ.

Das Erstgericht stellte mit seinem Sachbeschluss für das MQ die Nutzflächen der einzelnen Bestandobjekte (in m²) und die daraus resultierenden prozentuellen Anteile der einzelnen Bestandobjekte an den „Gesamtkosten“ für die Liegenschaft ab dem Jahr 1999 ziffernmäßig fest. Das Rekursgericht hob die Entscheidung auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zurück.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des Rekursgerichts und führte auszugsweise aus: § 17 Abs 2 letzter Satz MRG wurde mit der Wohnrechtsnovelle (WRN) 1999 (BGBl I 1999/147) angefügt. Der Oberste Gerichtshof hat sich mit § 17 Abs 2 letzter Satz MRG (idF WRN 1999) erstmals in der Entscheidung 5 Ob 132/04d befasst. Er kam zum Ergebnis, dass die dort zu beurteilenden - dislozierten - Kellerräumlichkeiten zwar mitvermietet waren, aber nicht zum „Inneren“ des Mietobjekts im Sinne der genannten Bestimmung gehörten, mussten diese Räumlichkeiten doch erst durch den Bau einer eigenen Stiege erschlossen werden, um sie für geschäftliche Zwecke nutzen zu können. In dieser

Entscheidung führte der erkennende Senat - obiter - aus, „dass von der Regelung des § 17 Abs 2 letzter Satz MRG idF der WRN 1999 bei teleologischer Betrachtung wohl nur solche Änderungen erfasst sein können, die sich nur geringfügig auf die vom Gesetzgeber angestrebte gerechte Verteilung der Betriebskosten auswirken“. Es kann hier dahin stehen, ob sich der in 5 Ob 132/04d - obiter - angesprochene Gedanke, nicht mehr bloß geringfügige Nutzflächenänderungen dürften ungeachtet § 17 Abs 2 letzter Satz MRG nicht unberücksichtigt bleiben, als generelle Einschränkung dieser Bestimmung auf ein tragfähiges Auslegungsergebnis zu stützen vermag. Dass hier in bestimmten Bereichen (auch) „Veränderungen der Nutzfläche ... im Inneren ... des ... Mietgegenstandes“ erfolgten, welche (auch) von einer Mieterin (5.-Antragstellerin) wesentlich (mit-)finanziert wurden, führt aber nach Auffassung des Senats zumindest im vorliegenden - eine ganz spezifische Konstellation betreffenden - Fall unter teleologischen Gesichtspunkten nicht zur Anwendung des § 17 Abs 2 letzter Satz MRG: Nach dem Gesetzeswortlaut ist unzweifelhaft, dass von § 17 Abs 2 letzter Satz MRG nur Baumaßnahmen im Inneren des Mietgegenstands und die Verglasung von Balkonen erfasst sind, die entweder vom Mieter oder vom „sonstigen Nutzer“ (zB Vermieter bei selbstgenutzten Räumen) durchgeführt wurden. Damit scheidet (auch kleinste) Zubauten und Änderungen an ungenutzten (leerstehenden) Objekten aus dem Anwendungsbereich des § 17 Abs 2 letzter Satz MRG aus (ErläutRV 1674 BlgNR 20. GP 12; idS auch *Stabentheiner* aaO wobl 1999, 292). Der Zweck der Regelung soll der Ausschluss von Fehlerquellen (gemeint: für den Verteilungsschlüssel) bei Veränderungen der Nutzfläche sein. Solche, dem Vermieter kaum erkennbare Fehlerquellen werden sich im Regelfall dann ergeben, wenn besagte Baumaßnahmen vom Mieter durchgeführt werden, nur einen geringen Umfang aufweisen und sich - ausschließlich - auf den betreffenden Mietgegenstand beschränken. Wird dagegen das gesamte Gebäude großzügig umgestaltet, einer neuen Nutzung zugeführt, werden zahlreiche Um- und Ausbauten auf der Basis von Architektenplänen durchgeführt und werden dabei - auch - einzelne Bestandobjekte im Innern umgestaltet, dann sind Nutzflächenänderungen keine dem Vermieter verborgen bleibende Fehlerquellen, sondern geradezu eine Selbstverständlichkeit, die schon anhand vorliegender Planunterlagen jederzeit nachvollziehbar sind. Bei einer solchen Sachlage geht es also nicht mehr bloß um einen Ausschluss von Fehlerquellen, sondern um eine evidente Nutzungsneuordnung eines gesamten Gebäudes.

3.10. Entscheidung vom 25.8.2011, 5 Ob 105/11v

Die Dereliktion von (schlichten) Miteigentumsanteilen ist unzulässig.

Die Verstorbene war zu 3/30stel Anteilen Miteigentümerin einer Liegenschaft. Die für die Verstorbene bestellte Verlassenschaftskuratorin beantragte unter Vorlage einer von ihr abgegebenen Dereliktionserklärung und eines diese Erklärung genehmigenden Beschlusses des Verlassenschaftsgerichts die Einverleibung der Herrenlosigkeit der Liegenschaftsanteile.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Die Rechtsmittel der Antragstellerin blieben erfolglos. Der Oberste Gerichtshof führte aus: Nach Rechtsprechung (5 Ob 126/98k; RIS-Justiz RS0110725) und herrschender Lehre (*Klang* in *Klang*² II 256; *Spielbühler* in *Rummel*³ § 387 Rz 1; ua) besteht auch die Möglichkeit der Preisgabe unbeweglicher Sachen. Lediglich die grundbücherliche Behandlung ist umstritten: Während die Rechtsprechung die Eintragung der Herrenlosigkeit fordert, sieht Hoyer unter Verweis auf den Unterschied zwischen „schlichter“ Löschung und Einverleibung der Löschung in letzterer die Lösung (*Hoyer*, Verbücherung der Dereliktion einer Liegenschaft, NZ 1999, 161). In 5 Ob 197/02k (wobl 2003/56 [zust *Oberhofer*]) wurde unter Aufrechterhaltung der Auffassung, dass auch Liegenschaften derelinquiert werden können, die Dereliktion von Wohnungseigentum als unzulässig und nicht verbücherungsfähig angesehen. Tragende Begründung dafür war, dass der Wohnungseigentümer als Mitglied im Personenverband (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten habe, an deren Einhaltung die übrigen Wohnungseigentümer interessiert seien. Er könne sich dieser Pflichten nicht durch einseitigen Austritt aus der Gemeinschaft unter Preisgabe des Wohnungseigentumsobjekts entledigen. Die in 5 Ob 197/02k angestellten Überlegungen haben auch für die Dereliktion schlichter Miteigentumsanteile Geltung: Ebenso wie bei Wohnungseigentum ist auch bei schlichtem Miteigentum ein einseitiger Austritt unter Preisgabe des Miteigentumsanteils im Gesetz nicht vorgesehen. Vielmehr muss der Miteigentümer, der die Gemeinschaft nicht aufrecht erhalten will, gemäß § 830 ABGB die Aufhebung durch Teilungsklage verlangen. Auch das in § 835 ABGB erwähnte „Austrittsrecht“ der Miteigentümer wird nach herrschender Ansicht lediglich im Sinne der Möglichkeit, die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 830 ABGB zu verlangen, verstanden (*Sailer* in *KBB*³ § 834 Rz 4 mwN). Der Gesetzgeber kennt somit auch bei schlichtem Miteigentum ein Ausscheiden eines Miteigentümers durch einseitigen Austritt aus der Gemeinschaft nicht. Wegen des auch bei schlichtem Miteigentum tragfähigen Arguments, dass sich ein Miteigentümer nicht durch einseitigen Austritt aus der Miteigentumsgemeinschaft unter Preisgabe des Miteigentumsanteils seiner im Privatrecht begründeten Pflichten gegenüber

den übrigen Miteigentümern entledigen können soll, ist dem Rekursgericht darin beizupflichten, dass eine Dereliktion schlichter Miteigentumsanteile grundsätzlich nicht in Betracht kommt.

3.11. Entscheidung vom 18.7.2011, 6 Ob 129/11f

§ 283 Abs 1 UGB (idF Budgetbegleitgesetz 2011) ist im Zusammenhalt mit § 283 Abs 2 UGB zu lesen. Weil das Zwangsstrafenverfahren zwingend mit der Verhängung einer Zwangsstrafverfügung beginnt, steht der Verhängung einer Zwangsstrafe entgegen, wenn die Bilanz spätestens am Tag vor der Erlassung der Zwangsstrafverfügung eingereicht wurde. Diesfalls kann auch im ordentlichen Verfahren keine Zwangsstrafe verhängt werden. Wenn aber einmal eine Zwangsstrafverfügung verhängt wurde, weil die Bilanz nicht innerhalb der Offenlegungsfrist und nicht längstens bis zum Tag vor Verhängung der Zwangsstrafverfügung eingereicht wurde, steht die nachträgliche Einreichung der Bilanz der Verhängung einer Zwangsstrafe im ordentlichen Verfahren nach § 283 Abs 1 UGB nicht entgegen.

Nach § 283 Abs 2 UGB idF Budgetbegleitgesetz 2011 ist, wenn die Offenlegung nicht bis zum letzten Tag der Offenlegungsfrist erfolgte, mit Strafverfügung eine Zwangsstrafe von je 700 EUR zu verhängen, und zwar über den Geschäftsführer (§ 283 Abs 1 UGB) sowie über die Gesellschaft selbst (§ 283 Abs 7 UGB). Gegen die Strafverfügung steht der Einspruch offen; nach rechtzeitiger Erhebung eines begründeten Einspruchs hat das Firmenbuchgericht im ordentlichen Verfahren über die Verhängung einer Zwangsstrafe zu entscheiden. Schon zu § 283 Abs 4 UGB und § 24 Abs 3 FBG idF BGBl I 2006/103, wonach eine verhängte Zwangsstrafe auch dann zu vollstrecken ist, wenn die bestrafte Person ihrer Pflicht beziehungsweise der gerichtlichen Anordnung nachgekommen ist oder deren Erfüllung unmöglich wurde, entsprach es ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass dies auch dann gilt, wenn die nachträgliche Erfüllung des aufgetragenen Verhaltens im Verfahren über ein Rechtsmittel gegen die Verhängung einer Zwangsstrafe erfolgt. Andernfalls würde das Rekursverfahren im Ergebnis eine Art „Nachfrist“ für die Erfüllung der aufgetragenen Verpflichtung bedeuten. Eine derartige Auslegung stünde jedoch mit der Intention der Reform des Zwangsstrafenrechts durch das PuG nicht in Einklang (6 Ob 8/08g; 6 Ob 112/08a; 6 Ob 282/08a ua).

Nach der neuen Rechtslage führt jede Unterlassung der Vorlage des Jahresabschlusses innerhalb der Offenlegungsfrist (und nicht spätestens einen Tag vor Erlassung der

Zwangsstrafverfügung, vgl § 283 Abs 2 Satz 1 UGB) zwingend zur Verhängung einer Zwangsstrafe; ob der Jahresabschluss nach Ablauf der Offenlegungspflicht doch noch vorgelegt wird, hat nur für die Zulässigkeit der Verhängung weiterer Zwangsstrafen (§ 283 Abs 1 letzter Satz UGB) Bedeutung (ErläutRV BudgetbegleitG 2011, 981 BlgNR 24. GP 71; *Dokalik/Birnbauer*, Das neue Verfahren zur Erzwingung der Offenlegung nach den §§ 277 ff UGB, GesRZ 2011, 22 [24]). Die Regelungen des § 283 Abs 2 und 3 UGB über die Zwangsstrafverfügung und die Einspruchserhebung sind insoweit prozessualer Natur und vermögen an der Notwendigkeit der Verhängung einer Zwangsstrafe als zwingende Konsequenz der Nichteinreichung innerhalb der Offenlegungsfrist nichts zu ändern. Auch für die Verhängung einer Zwangsstrafe im ordentlichen Verfahren (§ 283 Abs 3 UGB) ist daher ausschließlich Voraussetzung, dass der Jahresabschluss im Sinne des § 283 Abs 1 UGB nicht innerhalb der Offenlegungsfrist und nicht spätestens einen Tag vor Verhängung der Zwangsstrafverfügung eingereicht wurde. § 283 Abs 1 UGB ist im Zusammenhalt mit § 283 Abs 2 UGB zu lesen. Weil das Zwangsstrafverfahren zwingend mit der Verhängung einer Zwangsstrafverfügung beginnt, steht der Verhängung einer Zwangsstrafe überhaupt entgegen, wenn die Bilanz spätestens am Tag vor der Erlassung der Zwangsstrafverfügung eingereicht wurde. Diesfalls kann auch im ordentlichen Verfahren keine Zwangsstrafe verhängt werden. Wenn aber einmal eine Zwangsstrafverfügung verhängt wurde, weil die Bilanz nicht innerhalb der Offenlegungsfrist und nicht längstens bis zum Tag vor Verhängung der Zwangsstrafverfügung eingereicht wurde, steht die nachträgliche Einreichung der Bilanz der Verhängung einer Zwangsstrafe im ordentlichen Verfahren nach § 283 Abs 1 UGB nicht entgegen.

Der Oberste Gerichtshof bekräftigte seine Vorjudikatur, wonach gegen die Verfassungsmäßigkeit des Zwangsstrafverfahrens nach § 283 UGB keine Bedenken bestehen (6 Ob 41/08k; 6 Ob 64/08t; RIS Justiz RS0113284, RS0113285, RS0113286, RS0113089). Daran hat auch die Einführung einer Mindeststrafe von 700 EUR (§ 283 Abs 3 UGB) und der Verhängung von Strafen gegen die Gesellschaft und den Geschäftsführer (§ 283 Abs 7 UGB) durch das Budgetbegleitgesetz 2011 nichts geändert. Hier musste der Gesetzgeber vielmehr dem Umstand Rechnung tragen, dass viele Unternehmen die Bestimmungen über die Bilanzpublizität nicht einhalten. Nach einer Studie der Arbeiterkammer Wien haben nur 58 % der Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten ihren Jahresabschluss 2008 rechtzeitig beim Firmenbuch eingereicht. Lediglich 37 % halten sich konsequent in drei aufeinanderfolgenden Jahren an die gesetzliche Offenlegungspflicht. Einige große Unternehmen haben

Jahresabschlüsse bis zu viereinhalb Jahre zu spät eingereicht. Diese Zahlen wurden im Wesentlichen von der Bundesministerin für Justiz in Beantwortung zweier parlamentarischer Anfragen bestätigt (24. GP 5233/AB vom 8.7.2010 und 24. GP 6226/AB vom 25.10.2010). Dieses eklatante Vollzugsdefizit gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen rechtfertige, dass der Gesetzgeber eine Mindeststrafe von 700 EUR vorsieht, wobei die Höhe der Strafe jedenfalls der typischen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Gesellschaften und ihren Organen angemessen Rechnung trägt.

3.12. Entscheidung vom 13.10.2011, 6Ob 216/11z

Die Verwendung der Präposition „zwischen“ in § 222 Abs 1 ZPO (idF Budgetbegleitgesetz 2011) schließt ein Verständnis dahin, dass von dieser Formulierung auch der Anfangs- und Endtermin umfasst ist, keineswegs aus. Der 15.7. und der 17.8. sind daher bei der Fristberechnung jeweils mitzuzählen.

Art 10 Abs 2 EMRK lässt wenig Raum für Einschränkungen gegenüber politischen Reden oder Debatten über Fragen von öffentlichem Interesse.

In dieser Entscheidung hatte der Oberste Gerichtshof zunächst aufgrund der Neufassung des § 222 Abs 1 ZPO durch das BudgetbegleitG 2011 die praktisch bedeutsame Frage der Berechnung der Rechtsmittelfrist, wenn diese in den Zeitraum zwischen 15.7. und 17.8. fällt, zu klären. Hierzu wurde in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, die Präposition „zwischen“ in § 222 Abs 1 ZPO sei dahin zu verstehen, dass der Anfangs und Endtermin, also der 15.7. und der 17.8., jeweils nicht mitgezählt werden (*Hinger*, ÖJZ 2011, 427), sodass bei Zustellung eines Urteils in diesem Zeitraum der 13.9.2011 den letzten Tag der vierwöchigen Frist darstelle. Der Oberste Gerichtshof schloss sich dieser Auffassung nicht an. Die Verwendung des Worts „zwischen“ schließe ein Verständnis dahin, dass von dieser Formulierung auch der Anfangs- und Endtermin umfasst ist, keineswegs aus. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die unter der alten Rechtslage von der Rechtsprechung entwickelte Fristberechnungsmethode weiterhin Gültigkeit hat.

Inhaltlich ging es in der Entscheidung um die Grenzen der Freiheit der Meinungsäußerung nach Art 10 EMRK. Der Fall betraf heftige Kritik der Beklagten am Buch „Das Ende der Tabus“, in welchem der Autor ua die Existenz der Gaskammer in Mauthausen und überhaupt die Existenz eines nationalsozialistischen Plans zur physischen Vernichtung der jüdischen Bevölkerung anzweifelt. Vom klagenden Verlag wurde das Buch ua mit folgender Textpassage beworben: „In vielen Bereichen der Zeitgeschichtsschreibung herrschen auch

heute noch Tabus ... aber der Fortschritt der Forschung lässt sich weder durch Gesetz noch durch Zensur langfristig aufhalten.“ Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Der Oberste Gerichtshof wies die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts erhobene Revision zurück. Art 10 Abs 2 EMRK lasse wenig Raum für Einschränkungen gegenüber politischen Reden oder Debatten über Fragen von öffentlichem Interesse zu (6 Ob 114/11z; vgl auch RIS-Justiz RS0075552, RS0054830, RS0102052). Demnach seien die Grenzen der zulässigen Kritik an Politikern erheblich weiter gezogen als bei Privatpersonen. Dieser Grundsatz gelte auch für Privatpersonen und private Vereinigungen, sobald sie die politische Bühne betreten (RIS-Justiz RS0115541). Im vorliegenden Fall gehe es um einen wenn auch von allen Seiten teilweise überaus heftig geführten Meinungsstreit im Zuge eines öffentlichen Diskurses. In der Auffassung der Vorinstanzen, die inkriminierte Äußerung der Beklagten, wer dieses Buch als Fortschritt feiere, bekenne sich zur Geschichtslüge als Programm, übersteige nicht das Maß der in einer öffentlich geführten Debatte zulässigen Kritik, sei keine vom Obersten Gerichtshof im Interesse der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken. Aus dem geschilderten Kontext der Äußerung ergebe sich zweifelsfrei, dass es sich dabei nur um eine intensive Kritik an dem betreffenden Buch handelt, dass damit aber nicht unterstellt werde, das Verlagsprogramm der Klägerin sei insgesamt auf eine vorsätzliche Verzerrung historischer Gegebenheit ausgerichtet. In Anbetracht des Umstands, dass auch die Klägerin selbst einräumt, dass es sich beim Verfasser dieses Buchs nur um einen Hobbyhistoriker handle, dem überdies Fehler unterlaufen seien, könne auch vom Fehlen eines ausreichenden Tatsachensubstrats (vgl RIS-Justiz RS00322201) keine Rede sein.

3.13. Entscheidung vom 7.9.2011, 7 Ob 138/11m

Die §§ 108g Abs 1 Z 2 und 108i Abs 1 EStG derogieren den §§ 165 Abs 1, 178 Abs 1 VersVG. Die Prämienrückforderung einer im Rahmen der staatlich geförderten „prämienbegünstigten Zukunftsvorsorge“ (PZV) abgeschlossenen Lebensversicherung ist innerhalb von zumindest zehn Jahren ausgeschlossen.

Der Kläger schloss im September 2003 bei der Beklagten im Rahmen der staatlich geförderten „prämienbegünstigten Zukunftsvorsorge“ eine fondsgebundene Lebensversicherung ab. Nach den dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen ist eine Kündigung „frühestens auf den Schluss des 15. Versicherungsjahres möglich“. Vor Vertragsabschluss hat der Kläger ein - entsprechend dem Vordruck E 108g des Bundesministeriums für Finanzen gestaltetes - Formular der

Beklagten ausgefüllt und unterfertigt, in dem folgende Erklärung enthalten ist: „Ich verpflichte mich unwiderruflich, für einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren ab Einzahlung des ersten Beitrags auf eine Rückzahlung des aus den geleisteten Beiträgen resultierenden Anspruches zu verzichten.“ Der Kläger begehrt von der Beklagten den sich per 26.8.2009 errechnenden Rückkaufswert der Lebensversicherung. Er habe den Versicherungsvertrag gemäß § 165 Abs 1 VersVG iVm § 178 Abs 1 und 2 VersVG gekündigt. Das von ihm unterfertigte Formular richte sich ausschließlich an die Finanzbehörde, die Beklagte sei diesbezüglich nur Bote gewesen.

Das Berufungsgericht wies, anders als das Erstgericht, die Klage ab. Der Oberste Gerichtshof bestätigte das klagsabweisende Urteil: Nach herrschender Meinung geht ein zeitlich späteres Spezialgesetz einer grundsätzlichen Regelung vor. Die eine Rückzahlung der Versicherungsprämien für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren ausschließenden Bestimmungen der §§ 108g Abs 1 Z 2 und 108i Abs 1 EStG stehen eindeutig mit der älteren generellen Kündigungsregelung des § 165 Abs 1 VersVG in Widerspruch. Damit ist von einer Derogation dieser älteren Bestimmung für den Bereich der PZV auszugehen, es sei denn, es handelte sich um zwei voneinander unabhängige Regelungsbereiche. Dass die betreffenden Bestimmungen des EStG die Regelung des Versicherungsvertragsgesetzes nicht tangieren sollen, ist jedoch schon nach dem Wortlaut der Bestimmungen auszuschließen. Ginge es nur darum, die PZV nur jenen zu ermöglichen, die nicht vorzeitig (früher als 10 Jahre) das Kapital rückfordern, wäre die § 165 Abs 1 VersVG widersprechende gesetzliche Verfügungsbeschränkung in § 108i Abs 1 EStG und die Abgabe einer unwiderruflichen Erklärung nach § 108g Abs 1 Z 2 EStG keineswegs erforderlich gewesen. Dass bei der Formulierung dieser Bestimmungen des EStG die Kündigungsregelung des § 165 Abs 1 VersVG nicht bedacht bzw schlicht vergessen worden wäre, kann dem Gesetzgeber insbesondere im Hinblick darauf nicht zugesehen werden, dass die PZV (besonders auch) in Form von Lebensversicherungsverträgen abgewickelt werden soll. Der Ausschluss einer Prämienrückforderung für zumindest 10 Jahre ist im Hinblick auf den Gesetzeszweck, die Schaffung und Förderung einer privaten Altersvorsorge, sachlich jedenfalls gerechtfertigt. Die sozialpolitische Überlegung, in Krisenzeiten müsse es dem Konsumenten (Versicherungsnehmer) möglich sein, vorzeitig auf das eingezahlte Kapital zuzugreifen, auch wenn damit wesentliche Nachteile (Nachversteuerung, Prämienrückzahlungen, eventuelle Stornoabschläge etc) verbunden sind, vermag die Gegenmeinung nicht zu rechtfertigen. Im Übrigen kann der Versicherungsnehmer krisenbedingten Notfällen durch Prämienfreistellung (§ 173 VersVG) begegnen.

3.14. Entscheidung vom 30.11.2011, 7 Ob 124/11p

Das Gesetz sieht nicht vor, dass neben einem Elternteil ein Pflegeelternteil gemeinsam nach dem Modell der leiblichen Eltern (mit gleichen Rechten und Pflichten) mit der Obsorge betraut werden kann. Stiefelternteile können als Pflegeelternteil nur dann betraut werden, wenn dem leiblichen Elternteil im selben Umfang die Obsorge nicht mehr zusteht. Ist aber wie hier die Mutter des unehelich geborenen Kindes allein obsorgeberechtigt, so besteht kein Bedarf, einer anderen Person, mit der nur eine rein faktische Nahebeziehung besteht, Obsorgerechte zu übertragen (Hier: Lebensgefährtin der Mutter).

Das von einem Normunterworfenen rechtspolitisch Erwünschte kann für sich allein niemals Grund für einen Analogieschluss sein.

Die Mutter eines Sohnes, den sie nach einer in Dänemark vorgenommenen Insemination mit dem Samen eines anonymen Spenders am 20.1.2010 geboren hat, und ihre Lebensgefährtin wollen die Obsorge für das Kind gemeinsam ausüben. Sie beantragten, ihre dazu getroffene Vereinbarung vom 30.1.2011 pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte die den Antrag der Lebensgefährtinnen abweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen: Nach herrschender Ansicht ist nach der bestehenden Gesetzeslage eine gemeinsame Obsorge eines Elternteils mit einem Pflegeelternteil (zB des Lebensgefährten oder - wie hier - der Lebensgefährtin der außerehelichen Mutter) nach dem Modell der leiblichen Eltern nicht zulässig. Daran hat auch das FamRÄG 2009 nichts geändert. Die mit dieser Novelle geschaffenen Bestimmungen der §§ 90 Abs 3 und 137 Abs 4 ABGB sehen keine gemeinsame Obsorge der Ehegatten für ein bloß von einem der beiden stammendes Kind vor, sondern statuieren zur Wahrung des Kindeswohls nur eine Unterstützungspflicht und eine Vertretungsbefugnis. Das EPG (BGBl I 135/2009) unterstützt die Rechtsmeinung der Antragstellerinnen ebenso wenig. Während eine Einzeladoption durch eine in Lebensgemeinschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner lebende Person möglich erscheint, bestimmt § 8 Abs 4 EPG, dass die eingetragenen Partner nicht gemeinsam ein Kind an Kindes statt oder die Kinder des jeweils anderen an Kindes statt annehmen dürfen. Damit zeigt der Gesetzgeber unmissverständlich auf, dass er in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft nicht das Modell leiblicher Eltern erblickt. Dies muss umso mehr für gleichgeschlechtliche Partner, die nicht institutionell verbunden sind - wie hier die Antragstellerinnen, die nicht behauptet haben, eine eingetragene Partnerschaft eingegangen zu sein - gelten. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 167 ABGB sind daher

nicht gegeben. Das von einem Normunterworfenen rechtspolitisch Erwünschte kann für sich allein niemals Grund für einen Analogieschluss sein. Nichts zu gewinnen ist für die Antragstellerinnen auch daraus, dass der Oberste Gerichtshof zu 3 Ob 147/10d gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt hat, die Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ in § 2 Abs 1 FMedG idF BGBl I 135/2009 als verfassungswidrig aufzuheben. Die Mutter hat die Insemination in Dänemark vornehmen lassen. Dass sie sich, wie behauptet, in Übereinstimmung mit der Lebensgefährtin zu diesem Schritt entschlossen haben mag, kann die Rechtslage zur Frage der gemeinsamen Obsorge nicht verändern. Von einer Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Orientierung kann keine Rede sein. Ist doch verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten die gemeinsame Obsorge für ein Kind, das nicht von beiden abstammt, in gleicher Weise versagt: Die Bestimmung des § 166 ABGB, dass mit der Obsorge für das uneheliche Kind die Mutter allein betraut ist, gilt auch, wenn die Mutter einen Lebensgefährten hat, der nicht der leibliche Vater des Kindes ist. Wollte man gleichgeschlechtlich orientierten Lebenspartnern die gemeinsame Obsorge für das leibliche Kind eines der beiden einräumen, weil es ihnen aus biologischen Gründen jedenfalls unmöglich ist, leibliche Eltern eines gemeinsamen Kindes zu sein, würde dies heterosexuelle Paare benachteiligen, denen diese Möglichkeit zwar theoretisch offen steht, ein gemeinsamer Kinderwunsch aber versagt bleibt.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mit Urteil vom 24.6.2010, *Schalk und Kopf/Österreich*, 30141/04, ausgesprochen, dass auch die Beziehung eines gleichgeschlechtlichen Paares unter den Begriff „Familienleben“ fallen könne und daher Art 14 iVm Art 8 EMRK zur Anwendung gelange. Gleiches wurde auch in der Entscheidung vom 22.7.2010, *P.B. und J.S./Österreich*, 18984/02, gesagt und in der Zulässigkeitsentscheidung vom 31.8.2010, *Gas und Dubois/Frankreich*, 25951/07 S 8 wiederholt. Dass gleichgeschlechtliche Partner unter den Familienbegriff des Art 8 EMRK fallen können, bedeutet jedoch nicht, dass gleichgeschlechtlichen Paaren die gemeinsame Obsorge für ein leibliches Kind eines der beiden übertragen werden müsse. Jemandem das Recht auf Erlangung der Obsorge für ein Kind abzusprechen, das nicht von ihm abstammt, stellt, wie das Rekursgericht zutreffend erkannt hat, keinen Verstoß gegen die genannten Bestimmungen der EMRK dar. Judikatur des EGMR, die diese Ansicht in Frage stellte oder bezweifeln ließe, liegt nicht vor. Wiederholt hat der EGMR, der sich bisher vor allem mit einschlägigen Adoptionsfällen zu befassen hatte, ausgesprochen, dass kein Recht auf Adoption, also auf die Einräumung der vollen Elternschaft, bestehe (E v 26.2.2002, *Frette/Frankreich*, 36515/97

Rn 32; vom 22.1.2008, *E.B./Frankreich*, 43546/02 Rn 41; vgl auch *Gas und Dubois/Frankreich*, 25951/07). Eine Verpflichtung der Staaten, Personen die Obsorge für Kinder zu ermöglichen, ohne dass diesen Personen die volle Elternschaft zukäme, ist keinem Urteil des EGMR zu entnehmen. Der schließlich noch erhobene Einwand einer Diskriminierung gegenüber Pflegeeltern übergeht, dass die Übertragung der Obsorge an Pflegeeltern voraussetzt, dass leiblichen Eltern(-teilen) die Obsorge ganz oder teilweise entzogen wurde. Eine Übertragung der Obsorge ganz oder zum Teil an die Lebensgefährtin wäre (nur) dann möglich, wenn der Mutter aus Gründen des Kindeswohls die Obsorge für ihr Kind im selben Umfang entzogen würde.

3.15. Entscheidung vom 22.3.2011, 8 Ob 19/11v

Gegen § 104a AußStrG bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. In Hinblick auf das nach dieser Gesetzesstelle maßgebliche Auslegungskriterium des Kindeswohls gebietet die Intensität der Auseinandersetzung der Eltern jedenfalls dann eine Unterstützung durch einen Kinderbeistand, wenn das Kind durch das Verfahren emotional schwerwiegend belastet und in einen Loyalitätskonflikt verstrickt wird.

Die Ehe der Eltern des 12-jährigen Kindes ist seit dem Jahr 2008 geschieden; der Mutter kommt derzeit die Obsorge zu. Dem Vater wurde nach einem durch in zahlreichen Schriftsätzen ausgetragene Kontroversen geprägten Verfahren ein Besuchsrecht eingeräumt. Die Konflikte der Eltern über die Ausübung bzw Verhinderung des Besuchsrechts setzten sich fort. Von der Mutter geäußerte Verdächtigungen in Richtung Kindesmissbrauch erwiesen sich als substanzlos. Entgegen dem Bemühen des Vaters kam es nur mehr zu sporadischen Besuchskontakten. Die Mutter beantragte die Aussetzung des Besuchsrechts. Der Vater brachte einen Antrag auf Übertragung der alleinigen Obsorge ein, weil die Mutter das Kind für ihre Interessen instrumentalisierere. Für die Minderjährige besteht ein enormer Loyalitätskonflikt, zumal sie in den Streit immer mehr hineingezogen wird, weil ihr die Entscheidung und damit die Verantwortung darüber zugewiesen wird, ob ein Besuchskontakt zum Vater stattfinden soll.

Das Erstgericht bestellte für die Minderjährige einen Kinderbeistand gem § 104a AußStrG für das fortzusetzende Verfahren über Obsorge und Besuchsrecht. Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss. Der Oberste Gerichtshof wies den Antrag der Mutter, beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung von § 104a AußStrG als verfassungswidrig zu beantragen, zurück und gab ihrem Revisionsrekurs nicht Folge. Das Interesse und das Wohl des Kindes stehen im Zentrum der Beurteilung, ob die Bestellung eines Kinderbeistands nach den

Umständen des Einzelfalls geboten sei. Nach dem Zweck der Bestimmung sei die erforderliche Intensität der Auseinandersetzung zu bejahen, wenn eine gütliche Einigung der Streitparteien nicht möglich sei und die Eltern so deutliche Differenzen aufweisen, dass sie sachlichen Argumenten nicht mehr zugänglich sind. In Anbetracht des enormen Loyalitätskonflikts, dem das Kind ausgesetzt sei, liege geradezu ein Modellfall jener Situation vor, die der Gesetzgeber bei Schaffung des § 104a AußStrG vor Augen gehabt habe. Der Kinderbeistand solle die Rolle eines persönlichen, neutralen Ansprechpartners des Kindes im Verfahren ausfüllen, es durch Informationen über die Problematik von Trennungen entlasten und ihm das Gefühl der Verantwortlichkeit für die Situation nehmen.

3.16. Entscheidung vom 29.9.2011, 8 Ob 134/10d

Der Widerruf der Organstellung berührt gemäß § 75 Abs 4 AktG die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag grundsätzlich nicht. Der Widerruf der Bestellung kann auch als vorzeitige Auflösung des Vorstandvertrags aufzufassen sein, wenn die diesbezügliche Willenserklärung dem Vorstandmitglied zugegangen ist und redlicherweise nicht anders gedeutet werden konnte. Durch eine derartige Erklärung wird der Vorstandsvertrag unabhängig davon, ob ein rechtfertigender wichtiger Grund bestand, beendet.

Der Kläger war seit 1982, seit 1999 mit Prokura, bei der Beklagten beschäftigt. 2003 wurde der Kläger zum Vorstandmitglied bestellt. Besprochen wurde, dass der ursprüngliche Dienstvertrag des Klägers weiterlaufen solle und der Vorstandsvertrag auf diesen „aufgesetzt“ werde. Im Fall der Beendigung des Mandats sollte nach Wahl des Klägers der Eintritt in das ursprüngliche Dienstverhältnis erfolgen. Mit Beschluss vom 28. 1. 2009 widerrief der Aufsichtsrat gegenüber dem Kläger dessen Vorstandsmandat und erklärte, dass damit auch der Vorstandsvertrag ende. Die Beklagte teilte dem Kläger in einem Schreiben mit, dass davon auszugehen sei, dass mit Wegfall der Vorstandsfunktion und des damit verbundenen Vertrags der Kläger in das frühere Dienstverhältnis zurückkehre. Dieses kündigte sie mit Schreiben vom 25.2.2009 zum 31.10.2009. Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Weiterzahlung seiner Bezüge auf Basis seines Vorstandsvertrags über den 1.2.2009 hinaus und die Feststellung, dass er unabhängig von der ausstehenden Rechtswirksamkeit seiner Abberufung als Vorstand Anspruch auf künftige Entlohnung und Ruhegehälter nach dem Vorstandsvertrag habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht gab mit Teilurteil dem Feststellungsbegehren statt und hob das Urteil hinsichtlich des Leistungsbegehrens, ohne die Zulässigkeit des Rekurses an den Obersten Gerichtshof gemäß § 519 Abs 1 Z 2 ZPO

auszusprechen, auf.

Der Oberste Gerichtshof stellte in Ansehung des Feststellungsbegehrens das Urteil des Erstgerichts als Teilurteil wieder her. Zwischen der Organstellung und dem zu Grunde liegenden schuldrechtlichen Vertragsverhältnis sei streng zu unterscheiden (RIS-Justiz RS0049399). Der Aufsichtsrat habe dem Kläger auch die Auflösung des Vorstandsvertrags mitgeteilt. Damit sei dieser unbeschadet des Vorliegens wichtiger Gründe beendet. Der Kläger könne lediglich Schadenersatzansprüche geltend machen, die er hier jedoch nicht begehrt habe.

3.17. Entscheidung vom 28.2.2011, 9 ObA 124/10s

Eine Regelung, die einem Arbeitgeber erlaubt, Arbeitnehmer zu kündigen, die einen Anspruch auf Alterspension erworben haben, stellt eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar, wenn Frauen diesen Anspruch in einem Alter erwerben, das fünf Jahre niedriger ist, als das Alter, in dem der Anspruch für Männer entsteht.

Die bei der Beklagten im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses als Chefärztin beschäftigte Klägerin wurde, im 61. Lebensjahr stehend, gegen ihren erklärten Willen in den Ruhestand versetzt. Diese als Arbeitgeberkündigung zu qualifizierende Maßnahme wurde von der Beklagten auf die einem Kollektivvertrag gleichzuhaltende Dienstordnung B für Ärzte und Dentisten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs (DO.B) gestützt, weil bei der Klägerin bereits ein Anspruch auf Alterspension gemäß § 253 ASVG bestand. Die Klägerin focht die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot an. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht änderte das Urteil im klagestattgebenden Sinn ab. Der Oberste Gerichtshof ersuchte mit Beschluss vom 4.8.2009, 9 ObA 163/08y, den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung zur Frage, ob Art 3 Abs 1 lit c der Richtlinie 76/207 EWG idF der Richtlinie 2002/73/EG dahin auszulegen sei, dass er einer Kollektivvertragsbestimmung entgegensteht, die den besonderen Kündigungsschutz nur bis zu jenem Zeitpunkt vorsieht, in dem typischerweise eine soziale Absicherung durch Alterspension gegeben ist, wenn die Alterspension für Männer und Frauen zu unterschiedlichen Zeitpunkten anfällt, sowie ob dies auch dann der Fall ist, wenn der öffentliche Arbeitgeber eine Arbeitnehmerin wenige Monate nach Anfall der Alterspension kündigt, um neue am Arbeitsmarkt bereits andrängende Arbeitnehmer einzustellen. Mit Urteil vom 18.11.2010, C-356/09, beantwortete der Gerichtshof die Fragen dahingehend, dass diese Vorgangsweise, auch wenn sie der Förderung

des Zugangs jüngerer Menschen zur Beschäftigung diene, eine verbotene unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstelle, wenn Frauen den Pensionsanspruch fünf Jahre früher als Männer erwerben. Der Oberste Gerichtshof gab nunmehr der Revision der Beklagten nicht Folge. Liege unmittelbare Diskriminierung vor, komme es weder auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin und den Bezug der Alterspension an, noch sei in einem derartigen Fall - anders als bei mittelbarer Diskriminierung - eine sachliche Rechtfertigung möglich. Die hier relevante Bestimmung des § 134 Abs 4 Z 1 DO.B habe unangewendet zu bleiben.

3.18. Entscheidung vom 26.5.2011, 9 Ob 9/11f

Die für Wildschäden geltenden Schadenersatzbestimmungen des § 64 stmk JagdG schließen eine Verschuldenshaftung nach den §§ 1293 ff ABGB nicht aus.

Der Kläger ist Eigentümer von Liegenschaften, auf denen er eine Eigenjagd betreibt. Der Beklagte ist Pächter einer benachbarten Eigenjagd. Er unterhält eine behördlich bewilligte Fütterungsstelle für Rotwild, an der sich im Winter regelmäßig 70 bis 90 Stück Rotwild aufhalten. Im schneereichen Winter 2005/2006 bediente sich der Beklagte zur Betreuung der Fütterungsstelle eines Revierorgans, der gravierend gegen Grundsätze der ordnungsgemäßen Rotwildfütterung verstieß, indem er nur unregelmäßig und nicht ausreichend Futter vorlegte. 20 bis 25 Stück Rotwild wanderten deshalb in das Revier des Klägers ab und verursachten dort Schälsschäden an Fichten im Gesamtbetrag von 16.055,28 EUR. Das Erstgericht gab - bestätigt vom Berufungsgericht - dem Klagebegehren des Klägers mit 15.980,- EUR statt. Der Oberste Gerichtshof hob diese Urteile auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zurück. Gemäß § 64 Abs 2 stmk JagdG hafte der Jagdberechtigte verschuldensunabhängig nur für innerhalb seines Jagdgebiets verursachte Wildschäden, sodass insoweit die Haftungsgrundlage fehle. Trotz der Verweisung des Jagdrechts durch Art 15 B-VG in die Länderkompetenz werde die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die für jedes Schadenersatzrecht gültig seien, nicht ausgeschlossen. Sei der vom Wild angerichtete Schaden in menschlichem Verschulden begründet, treffe der Grundgedanke der Gefährdungs- und Eingriffshaftung für Wildschäden im Sinne des Jagdgesetzes nicht zu und sei die Verschuldenshaftung des ABGB anwendbar. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang hinsichtlich des Verstoßes gegen das Gebot wildgerechter Fütterung sei zu bejahen. Jedoch sei mangels bestimmbareren Ausweichverhaltens des Wildes eine Sonderbeziehung zwischen den Parteien iSd § 1313a ABGB zu verneinen. Zu prüfen bleibe, ob das säumige Revierorgan als Repräsentant des Beklagten zu qualifizieren sei.

3.19. Entscheidung vom 30.8.2011, 10 Ob 55/11b

Versucht sich ein im Zuge einer Fahrzeugkontrolle angehaltener Fahrzeuglenker, der auf Grund seiner Fahrweise den dringenden Verdacht einer Alkoholisierung hervorgerufen hat, durch Flucht auf ein Anrainergrundstück zu entziehen und verletzt sich dabei der ihm nacheilende Polizeibeamte durch Sturz über eine ungesicherte, auf Grund mangelnder Ausleuchtung nicht erkennbare Mauer, haftet der Verfolgte, der sich unrechtmäßig der Anhaltung entziehen will, für die dem Verfolger entstandenen „Verfolgungsschäden“, wenn - wie hier - kein haftungsbefreiender oder ein eine Mitschuld begründender Exzess der Verfolgungshandlung vorliegt. Anhaltspunkte für eine Haftung des Grundeigentümers, der einen solchen Geschehnisablauf nicht vorhersehen musste, liegen nicht vor.

Der Erstbeklagte lenkte um 3.15 Uhr sein Kraftfahrzeug in alkoholisiertem Zustand und verhinderte zunächst ein Anhalten durch eine Polizeistreife, indem er - unter Gefährdung eines intervenierenden Polizeibeamten - mit seinem Fahrzeug flüchtete. Der Kläger, der ebenfalls als Polizeibeamter Dienst versah, verfolgte den Erstbeklagten mit dem Dienstfahrzeug, bis dieser auf das an die Straße angrenzende Betriebsgelände (Gärtnerei) des Zweitbeklagten einfuhr, dort sein Fahrzeug verließ und auf einen dunklen Teil des Grundstücks flüchtete, der auch durch die Scheinwerfer von zwei Streifenwagen nicht ausgeleuchtet werden konnte. Dort überwand der Erstbeklagte eine ca 1,8 m hohe ungesicherte, zur Fahrbahn hin abfallende Stützmauer. Auf Grund der Dunkelheit konnte der Kläger dieses Hindernis nicht rechtzeitig wahrnehmen, folgte der Fluchtrichtung des Klägers, stürzte über die Mauer und verletzte sich dabei schwer. Mit seiner gegen den Erst- und Zweitbeklagten gerichteten Klage beehrte der Kläger Schmerzensgeld, den Ersatz seines Verdienstentgangs und entstandener Unkosten sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für künftige Schäden.

Erst- und Berufungsgericht gaben dem gegen den Erstbeklagten gerichteten Begehren im Wesentlichen Folge und wiesen die Klage hinsichtlich des Zweitbeklagten ab.

Der Oberste Gerichtshof wies die Revisionen des Klägers und des Erstbeklagten mit eingehender Begründung zurück. Zu „Verfolgungsschäden“ und deren grundsätzlicher Ersatzfähigkeit durch den rechtswidrig Flüchtenden besteht bereits Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0027064), von der das Berufungsgericht nicht abgewichen ist. Im Hinblick auf das unmittelbar vorangegangene Verhalten des Erstbeklagten liegt in der Verneinung eines dem Kläger anzulastenden „Verfolgungsexzesses“ auch keine auffallende Fehlbeurteilung (vgl *Wagner*, Zur Haftung aus Verfolgungsjagden, JBl 1984, 525). Vertretbar ist aber auch die

Rechtsauffassung, dass den Zweitbeklagten kein Verschulden durch die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten trifft. Abgesehen davon, dass die Mauer in einem Bereich stand, der von betriebsfremden Personen (Kunden oder Lieferanten) nicht benützt wird, war der Betrieb während der Winterzeit geschlossen; der Grundeigentümer musste auch nicht mit einer nächtlichen Verfolgungsjagd über sein Betriebsgelände rechnen.

3.20. Entscheidung vom 6.12.2011, 10 ObS 129/11k

Die Bestimmung des § 634 Abs 10 ASVG ist insoweit als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar zu erachten, als jene Pensionen, deren Höhe die Grenze von 746,99 EUR nicht überschreitet, durch die Pensionsanpassung 2008 von der sozial gestaffelten Anpassung ausgeschlossen werden. Solange der österreichische Gesetzgeber nicht in entsprechender Form tätig wird und die bestehende Ungleichbehandlung durch allgemeine oder besondere Maßnahmen beseitigt, hat die Anwendung des § 634 Abs 10 ASVG durch die nationalen Gerichte daher in dem Umfang zu unterbleiben, in dem weiblichen Kleinstpensionsbeziehern die außerordentliche Anpassung ihrer Pensionsleistung verwehrt wird, und es ist auf die betroffene Personengruppe jene Regelung anzuwenden, die auch für die Mitglieder der begünstigten Gruppe, das heißt für die Bezieher einer Pension in einer Höhe über 746,99 EUR bis 1.050 EUR gilt.

Die Klägerin bezieht von der beklagten Pensionsversicherungsanstalt eine Alterspension, die im Jahr 2007 368,16 EUR brutto monatlich betrug. Die Beklagte erhöhte die Pension der Klägerin ab 1.1.2008 auf 374,42 EUR brutto monatlich. Die dagegen erhobene Klage war auf die Zahlung einer Pension von 389,16 EUR brutto monatlich gerichtet. Nach Ansicht der Klägerin verstieß die Pensionsanpassung für 2008 gegen den Gleichheitssatz und gegen die Eigentumsgarantie und wegen mittelbarer Diskriminierung der Frauen auch gegen Art 4 RL 79/7/EWG.

Das Erstgericht bejahte das Vorliegen einer unzulässigen mittelbaren Diskriminierung der Frauen und gab dem Klagebegehren statt. Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung ab und sprach der Klägerin die Pension nur in der bereits bescheidmäßig zuerkannten Höhe von 374,42 EUR brutto monatlich zu.

Nachdem der Verfassungsgerichtshof die vom Obersten Gerichtshof gegen die gestaffelte Pensionserhöhung für das Jahr 2008 vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht geteilt hatte, befasste der Oberste Gerichtshof im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens den Gerichtshof der Europäischen Union mit der Frage, ob die

vom Gesetzgeber vorgenommene Pensionsanpassung 2008 wegen mittelbarer Diskriminierung der Frauen gegen Art 4 RL 79/7/EWG verstößt. Der EuGH bejahte in seinem Urteil vom 20.10.2011, C-123/10, diese Frage und führte dazu im Wesentlichen aus, die geringere Anhebung der Pensionen unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz im Vergleich zu höheren Pensionen betreffe prozentuell erheblich mehr Frauen und stelle daher eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts dar, die weder mit dem früheren Pensionsanfallsalter erwerbstätiger Frauen noch mit ihrer höheren Lebenserwartung oder mit der überproportionalen Erhöhung des Ausgleichszulagenrichtsatzes für das Jahr 2008 gerechtfertigt werden könne.

Der Oberste Gerichtshof sprach daraufhin der Klägerin mit Urteil vom 6.12.2011 eine Alterspension in Höhe von 378,51 EUR brutto monatlich ab 1.1.2008 zu. Im Hinblick auf die Rechtsausführungen des EuGH stelle die im Rahmen der Pensionsanpassung 2008 vorgesehene geringere Anhebung der Kleinstpensionen eine gemeinschaftsrechtswidrige mittelbare Diskriminierung weiblicher Personen dar, die nicht durch einen objektiven Grund sachlich gerechtfertigt sei. Solange der österreichische Gesetzgeber die bestehende Ungleichbehandlung nicht beseitige, haben die nationalen Gerichte § 634 Abs 10 ASVG derart anzuwenden, dass auch die Pensionen unter 747,-- EUR monatlich um 2,81 % erhöht werden. Mit dieser Entscheidung hat ein etwas länger als drei Jahre dauerndes Verfahren nach dem Durchlaufen von drei Instanzen in Österreich sowie der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs und des EuGH mit einer höheren Pensionsanpassung für Kleinstpensionisten ein Ende gefunden. In der weiteren Entscheidung 10 ObS 137/11m vom 6.12.2011 hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass diese Rechtsfolgen der festgestellten mittelbaren Diskriminierung von weiblichen Beziehern einer Kleinstpension auch für männliche Kleinstpensionsbezieher gelten, da es andernfalls zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung von männlichen gegenüber weiblichen Kleinstpensionsbeziehern käme.

3.21. Entscheidung vom 9.8.2011, 17 Ob 6/11 y

Der in Art 8 Abs 1 Rom II-VO verwendete Begriff des geistigen Eigentums erfasst auch gewerbliche Schutzrechte, zu denen Unternehmenskennzeichen jeder Art, also auch der Handelsname bzw die Firma gehören. Das Herkunftslandprinzip nach Art 3 der RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr ist auf gewerbliche Schutzrechte nicht anzuwenden. Auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche wie Domain-Grabbing oder Irreführung ist nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO das Marktortrecht

anzuwenden; das Herkunftslandprinzip ist zu beachten.

Für die Priorität des Unternehmenskennzeichens ist maßgebend, wann die Firma derart in Gebrauch genommen wurde, dass daraus auf den Beginn einer dauernden wirtschaftlichen Betätigung im Inland geschlossen werden konnte.

Die Klägerin ist eine seit 2007 bestehende deutsche Gesellschaft, ihre Firma lautet „alcom International“; sie vertreibt und bearbeitet Aluminiumprofile. Ihre Domain alcom-international.de ist seit 2009 registriert. Seit Mitte 2010 verfügt sie über ein Vertriebsbüro in Österreich. Die Beklagte wurde 1994 gegründet, sie handelt ebenfalls mit Aluminiumprofilen. Sie reservierte 2004 den Firmennamen „alcom worldwide“ bei einem nicht näher festgestellten Gericht in Asien. Dort wird ein Unternehmen, das mit der Beklagten in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis steht, unter diesem Namen in derselben Sparte tätig. Im Juli 2010 erwarb die Beklagte die Domainnamen alcom-international.at, alcom-international.eu, alcom-international.ch und alcom-international.li. Dass sie damit der Klägerin schaden wollte, steht nicht fest; sie beabsichtigte den Aufbau eines Webshops.

Die Klägerin beantragte, der Beklagten mittels Einstweiliger Verfügung zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Internetadressen alcom-international.at, alcom-international.eu, alcom-international.ch und alcom-international.li zu verwenden, insbesondere indem die Beklagte unter diesen Internetadressen ihre Website zum Abruf bereithalte. Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Das Rekursgericht erließ die Einstweilige Verfügung in Bezug auf die Domainnamen alcom-international.at und alcom-international.eu; das Mehrbegehren wies es ab.

Der Oberste Gerichtshof hob die Beschlüsse der Vorinstanzen auf. Der auf die Firma der Klägerin gestützte Anspruch falle unter Art 8 Abs 1 Rom II-VO. Der dort verwendete Begriff des „geistigen Eigentums“ („intellectual property“, „propriété intellectuelle“) erfasse nach Erwägungsgrund 26 auch „gewerbliche Schutzrechte“ („industrial property rights“, „droits de propriété industrielle“). Dazu gehören bei der gebotenen autonomen Auslegung, die sich insbesondere auf Art 1 Abs 2 PVÜ stützen könne, Unternehmenskennzeichen jeder Art, also auch der Handelsname (die Firma) des Unternehmens. Das Herkunftslandprinzip nach Art 3 Abs 1 und 2 der RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr sei nach Art 3 Abs 3 iVm dem Anhang dieser Richtlinie auf gewerbliche Schutzrechte nicht anzuwenden und führe daher zu keiner Korrektur der Anknüpfung nach der Rom II-VO. Anzuwenden sei somit das Recht jenes Staats, für den die Klägerin den Schutz beanspruche. Aus den Top-Level-Domains .at und .eu ergebe sich, dass die hier strittigen Domains objektiv

(zumindest auch) auf den österreichischen Markt ausgerichtet seien. Sie können daher in hier bestehende Kennzeichenrechte eingreifen. Die Beurteilung des Rekursgerichts, dass die Firma der Klägerin originär kennzeichnungskräftig sei, treffe zu. Zwar beschreibe der Firmenbestandteil „international“ die geographische Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit; insofern fehle daher die Kennzeichnungskraft. Das schade aber nicht, weil aus dem weiteren Firmenbestandteil „alcom“ keinesfalls zwanglos auf den Gegenstand dieser Tätigkeit (Handel mit Aluminium) geschlossen werden könne. Fraglich sei allerdings, ob und gegebenenfalls mit welcher Priorität die Firma der Klägerin in Österreich geschützt sei. Nach den Feststellungen des Erstgerichts verfüge die Klägerin seit Mitte 2010 über ein Vertriebsbüro in Österreich; die Beklagte habe die strittigen Domains im Juli 2010 reservieren lassen. Diese Feststellungen lassen keine Bejahung der Priorität zugunsten der Klägerin zu.

Die Klägerin behaupte weiters, dass die Beklagte sie durch die Registrierung der strittigen Domains gezielt behindere (Domain-Grabbing) und durch deren Verwendung das Publikum in die Irre führe. Damit macht sie lauterkeitsrechtliche Ansprüche iSv Art 6 Rom II-VO geltend. Nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO sei auf solche Ansprüche das Marktortrecht anzuwenden, was bei Handlungen, die sich auf dem Markt mehrerer Staaten auswirken, zu einer Beurteilung nach mehreren Rechten führen könne. Der auf Irreführung der Marktgegenseite gestützte Anspruch falle jedenfalls unter Art 6 Abs 1 Rom II-VO. Er sei daher nach dem Recht jenes Staats zu beurteilen, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden. Wie beim Eingriff in ein Immaterialgüterrecht müsste der Kläger zumindest im Sicherungsverfahren auch hier deutlich zum Ausdruck bringen, dass er eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht nur für das Inland, sondern auch für andere Staaten geltend mache, dies jedenfalls dann, wenn aus dem von ihm vorgebrachten Sachverhalt abgeleitet werden könne, dass er eine Auswirkung des Verhaltens (zumindest auch) auf dem inländischen Markt behaupte. Der lauterkeitsrechtliche Anspruch der Klägerin könnte allenfalls auf § 2 Abs 3 Z 1 UWG (Imitationsmarketing) gestützt werden. Dies setze aber voraus, dass die Klägerin ihre Firma in Österreich nicht nur tatsächlich benutzt, sondern dadurch auch eine gewisse Verkehrsbekanntheit erlangt habe.

Die gezielte Behinderung durch bloße Registrierung einer Domain (Domain-Grabbing) beeinträchte ausschließlich die Interessen des behinderten Mitbewerbers und falle daher unter Art 6 Abs 2 Rom II-VO. Dies führe nach Art 4 Abs 1 Rom II-VO zur Anwendung des Erfolgsortrechts, wobei es nicht ausgeschlossen sei, den Erfolgsort hier an der Hauptniederlassung des behinderten Unternehmens zu lokalisieren. Im Anlassfall führe das

zur Anwendung deutschen Rechts. Denkbar wäre aber auch die Auffassung, dass wegen der nach dem Klagevorbringen irreführenden Nutzung der Domains kein ausschließlich (Art 6 Abs 2 Rom II-VO) die Interessen eines bestimmten Mitbewerbers beeinträchtigendes Verhalten vorliege. Dies führte zur Anwendung der Marktortregel von Art 6 Abs 1 Rom II-VO und damit zu einem Verweis (zumindest auch) auf österreichisches Recht. Die Frage könne hier aber offen bleiben, da sowohl österreichisches als auch deutsches Recht beim Domain-Grabbing zum selben Ergebnis führen.

III. Geschäftsgang in Strafsachen

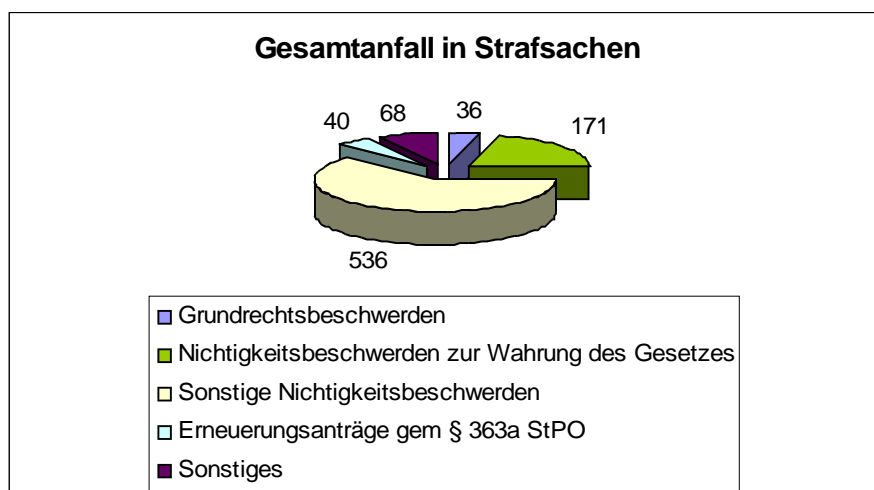
1. Überblick über Anfall und Erledigungen

1.1. Anfall in Os

Im Berichtsjahr 2011 sind 851 Os-Sachen angefallen (2010: 890), was gegenüber dem Vorjahr einen geringfügigen Rückgang um 4,4 % darstellt, wobei allerdings die Zahl der Nichtigkeitsbeschwerden konstant hoch blieb.

Der überwiegende Teil des Os-Anfalls entfiel auf (zum Großteil mit Berufungen verbundene) Nichtigkeitsbeschwerden: 536 (2010: 537) sowie von der Generalprokurator erhabene Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes: 171 (2010: 155). Weiters fielen ua 36 Grundrechtsbeschwerden (2010: 80) an, überdies 40 Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a StPO (2010: 43) und 5 Anträge der Generalprokurator auf außerordentliche Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 StPO (2010: 1).

Fachzuständigkeiten: Im Senat 13 fielen im Berichtsjahr 16 Finanzstrafsachen (2010: 39) an, im Senat 15 21 Medienrechtssachen (2010: 13), im Senat 12 46 Jugendstrafsachen (2010: 43).



1.2. Weiterer Anfall

An Disziplinarsachen gegen Richter fielen im Berichtsjahr 9 (2010: 16) Fälle an, von denen 8 erledigt wurden, außerdem ein Dienstgerichtsfall, der erledigt wurde. Gegen Notare fiel keine Disziplinarsache an.

Der Anfall an Ns-Sachen betrug 436 (2010: 415).

1.3. Erledigungen

Erledigt wurden 2011 897 Os-Sachen (2010: 883). In insgesamt 564 Os-Sachen wurden 736 Nichtigkeitsbeschwerden erledigt, von denen 682 von Angeklagten, 51 von der Staatsanwaltschaft und 3 von Privatbeteiligten erhoben wurden.

In 72 Fällen kam es zur amtswegigen Wahrnehmung nicht geltend gemachter Nichtigkeit aus Anlass von Nichtigkeitsbeschwerden (§ 290 Abs 1 zweiter Satz StPO).

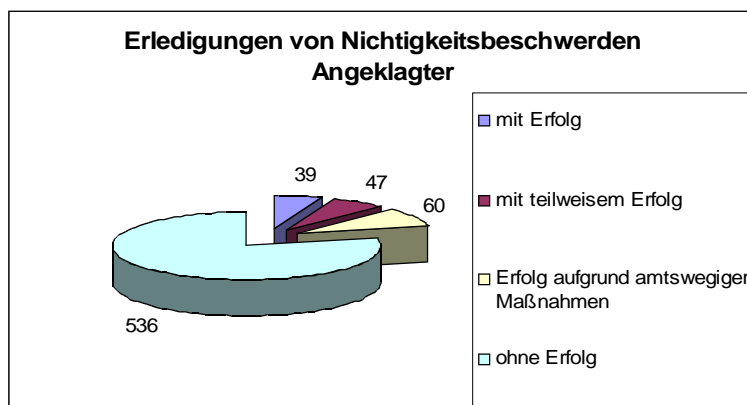
Weiters wurden unter anderem 171 Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes (2010: 167), 35 Grundrechtsbeschwerden (2010: 75) und 33 Erneuerungsanträge (2010: 25) erledigt. Die Zahl der Gerichtstage ist mit 130 gegenüber dem Vorjahr (129) leicht angestiegen. Im Berichtsjahr kam es nicht zu einer Befassung eines verstärkten Senats.

1.4. Erfolgsquoten der Rechtsmittel

Von den von Angeklagten erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden waren 39 zur Gänze und 47 teilweise erfolgreich (in Summe rund 13 % Erfolgsquote), 596 blieben erfolglos.

In weiteren 60 Fällen führten Nichtigkeitsbeschwerden auf Grund amtswegiger Maßnahmen zur Urteilsaufhebung (von den oben unter 1.3. genannten 72 Fällen waren in 12 auch die Nichtigkeitsbeschwerden erfolgreich; sie sind im vorstehenden Absatz erfasst).

Damit ergibt sich insgesamt eine Erfolgsquote für Angeklagte von mehr als 21 %, also mehr als ein Fünftel.



Vom öffentlichen Ankläger erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden war in 12 Fällen ein gänzlicher, in 2 Fällen ein teilweiser Erfolg beschieden (in Summe rund 27 % Erfolgsquote), 37 derartige Beschwerden blieben ohne Erfolg.

Die 3 von Privatbeteiligten erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden waren ohne Erfolg.

Von den vom Generalprokurator erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes waren 157 erfolgreich, 2 teilweise erfolgreich, 12 hingegen erfolglos.

Weiters wurde über 5 Wiedereinsetzungsanträge gegen Fristversäumnisse entschieden, wobei 2 erfolgreich und 3 erfolglos waren.

1.5. Oberster Gerichtshof als „Grundrechtsgericht“

Nach ständiger Rechtsprechung im Anschluss an 13 Os 135/06m können Beschuldigte und diesen gleichgestellte Personen nach Erschöpfung des Instanzenzugs umfassend höchstgerichtliche Grundrechtskontrolle durch den Obersten Gerichtshof verlangen, sei es im Rahmen der Grundrechtsbeschwerde, sei es durch Erneuerungsantrag vor oder ohne Anrufung des EGMR, und zwar sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren, insbesondere auch gegen Berufungsentscheidungen eines Landes- oder Oberlandesgerichts. 2011 wurde 33 Mal (2010: 25 Mal, daher Anfallsteigerung mehr als 30 %) über einen Erneuerungsantrag erkannt und zwei solchen Erneuerungsanträgen ausdrücklich Folge gegeben. In zwei weiteren Fällen waren parallel zu Erneuerungsanträgen erhobene Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes erfolgreich.

Zur Erfolgsquote von Erneuerungsanträgen (ohne vorherige Anrufung des EGMR) ist Folgendes klarzustellen: Solche Anträge werden - wie alle anderen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe - vor Erledigung der Generalprokuratur zur Stellungnahme zugemittelt. Erachtet diese das Erneuerungsbegehren für berechtigt, erhebt sie regelmäßig eine gleichgerichtete Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes. Dem Obersten Gerichtshof wird dadurch nicht bloß Grobprüfung auf der Grundrechtsebene, vielmehr darüber hinausgehend, Feinprüfung auf der Ebene des einfachen Gesetzes ermöglicht. Da Erneuerungsanträge keine Kostenfolgen auslösen, erledigt der Oberste Gerichtshof demnach in der Regel bloß die in die gleiche Richtung wie der Erneuerungsantrag gehende Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und verweist den solcherart beschwerdefrei gestellten Erneuerungswerber mit seinem Antrag auf deren Erfolg. Da der Erneuerungswerber in all diesen - recht häufigen - Fällen mit seiner Individualbeschwerde der Sache nach durchdringt, ergibt sich für (ohne zugrunde liegendes Erkenntnis des EGMR) nach § 363a StPO gestellte Erneuerungsanträge eine

eigentliche Erfolgsquote von rund 12 %.

Da es zulässig ist, den Obersten Gerichtshof bereits im Ermittlungsverfahren anzurufen, eröffnet sich die Möglichkeit, die Konsequenzen einer Grundrechtsverletzung bereits vor der Hauptverhandlung zu klären, was das Hauptverfahren entscheidend entlastet und zu grundrechtswahrender Verfahrensbeschleunigung beiträgt. Und da nach neuerer Rechtsprechung mit Grundrechtsbeschwerde die Einhaltung aller haftrelevanten Vorschriften verlangt werden kann, ist effektiver höchstgerichtlicher Rechtsschutz auch dort gewährleistet, wo die Verletzung einer Vorschrift auf die Haft als solche keinen Einfluss hat, wie etwa bei Missachtung des von §§ 9 Abs 2, 177 Abs 1 StPO angeordneten besonderen Beschleunigungsgebots in Haftsachen, obwohl dadurch allein die Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft nicht beeinträchtigt wird, oder bei nicht ausreichend und rechtzeitig gewährter Akteneinsicht. Dass neben der Grundrechtskontrolle Feinprüfung auf einfachgesetzlicher Stufe stattfindet, wenn die Generalprokuratur sich zu einer begleitenden Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes veranlasst sieht, wurde als besondere Stärke des Schutzes verfassungsrechtlich garantierter Rechte durch ein auch fachgerichtlich zuständiges Höchstgericht bereits erwähnt. Verbleibende Lücken im Grundrechtsschutz werden durch den Fristsetzungsantrag nach § 91 GOG geschlossen. 13 Os 130/10g, 136/10i hat klargestellt, dass auch Grundrechte Dritter mit Erneuerungsantrag ohne vorherige Anrufung des EGMR geltend gemacht werden können. Für die besonders grundrechtssensiblen Verfahren nach dem MedienG besteht bereits seit 2008 ein eigener Fachsenat.

Schließlich hat 12 Os 57/11s zuletzt zwei entscheidende Schlusssteine in diesem umfassenden Grundrechtsschutzkonzept gesetzt: Zum einen wurde klargestellt, dass der Oberste Gerichtshof aufgrund von Erneuerungsanträgen auch bei Verletzung anderer als in der EMRK garantierter Grund- und Freiheitsrechte höchstgerichtlichen Rechtsschutz gewährt, zum anderen wurde ein subjektives Recht von Grundrechtsverletzungen Betroffener anerkannt, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch ein in zweiter Instanz entscheidendes Landes- oder Oberlandesgericht anzurufen. Bestehen nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs in solchen Fällen Bedenken gegen die Verfassungskonformität anzuwendender Gesetze, trägt er dem Oberlandes- oder Landesgericht auf, ein Normenkontrollverfahren nach Art 89 Abs 2 B-VG einzuleiten. Damit ist umfassende Kontrolle der Verfassungskonformität im Strafverfahren anzuwendender einfacher Gesetze (und Verordnungen) durch das Höchstgericht durch Individualbeschwerde sichergestellt.

Von den 35 im Berichtsjahr erledigten Grundrechtsbeschwerden nach dem GRBG

erwies sich eine als berechtigt, sodass die Erfolgsquote rund 3 % beträgt.

1.6. Anhängig verbliebene Verfahren

Anhängig verblieben sind zum Jahresende insgesamt 181 Os-Sachen (2010: 227).

1.7. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Im Jahr 2011 ist die Zahl der anhängig gewordenen Verfahren über Nichtigkeitsbeschwerden gleich geblieben, die Zahl der Grundrechtsbeschwerden zurückgegangen und jene der Erneuerungsanträge stark gestiegen.

Zu betonen ist, dass die Menge und die Qualität der vor den Obersten Gerichtshof gebrachten Strafsachen große Anforderungen an die mit Strafsachen befassten Richter des Obersten Gerichtshofs stellen. Der Umstand, dass immer mehr komplexe und sensible Straffälle mit erhöhtem Augenmerk des Obersten Gerichtshofs auf die Wahrung der Grundrechte zur Entscheidung heranstehen, beweist, dass ein personeller Mehrbedarf im Bereich der wissenschaftlichen Mitarbeiter besteht. Es darf nicht übersehen werden, dass die Richter des Obersten Gerichtshofs häufig in der justiziellen Fortbildung tätig werden und dadurch eine erhebliche Mehrbelastung auf sich nehmen.

2. Anregungen an den Gesetzgeber

2.1. Es wird angeregt, die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht zu übertragen. Das durch Wechsel der Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung in die Rolle einer Verfahrensbeteiligten offensichtliche Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d EMRK würde dadurch vermieden. Einwände (§ 126 Abs 3 dritter Satz StPO) nur aufgrund ständiger Zusammenarbeit bestimmter Sachverständiger mit der Staatsanwaltschaft sind nämlich nicht erfolgsversprechend, weil darin auch Routine und Bewährung zum Ausdruck kommen. Von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige sollen aber, wie sich aus dem Hinweis des § 126 Abs 2c StPO auf die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ergibt, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht bloß wegen der in der Bestellung durch eine nachmalige Verfahrensbeteiligte zum Ausdruck kommenden Schiefelage durch andere ersetzt werden. Vorsitzende werden daher - insbesondere bei größeren Verfahren - kaum einen anderen Sachverständigen zur Hauptverhandlung beiziehen. Soweit Vorsitzende nicht austauschen, wird der Ruf nach Privatsachverständigen stärker werden. Privatsachverständige hemmen den

Prozess aber sehr, sodass sogar in adversatorischen Systemen wie in England eine Tendenz zu deren Abschaffung erkennbar wird.

2.2. Ein im Zusammenhang mit der immer wieder erhobenen Forderung nach einer zweiten Tatsacheninstanz im Kollegialverfahren zu sehendes Problem besteht in der ausgedünnten Besetzung des Schöffengerichts durch Streichung des zweiten Berufsrichters mit BGBl I 2009/52. Das mindert sehr die Akzeptanz der Unanfechtbarkeit der Beweiswürdigung des Schöffengerichts, weil manche den Schöffen nicht zutrauen, sich ohne richterliche Hilfe gegen den Berufsrichter ohne weiteres durchzusetzen. Es wird daher nachdrücklich angeregt, den beisitzenden Richter - zumindest im Fall eines darauf gerichteten Antrags von Staatsanwaltschaft oder Angeklagtem - wieder einzuführen, um das ansonsten unausgewogene Rechtsmittelsystem wieder ins Gleichgewicht zu bringen.

2.3. Es wird angeregt, in § 31 Abs 6 Z 1 StPO auch die Zuständigkeit des Einzelrichters nach § 490 zweiter Satz StPO klarstellend zu erwähnen.

2.4. Die in § 45 StPO verbliebene Kompetenz des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, über die Ausschließung von Präsidenten eines Oberlandesgerichts zu entscheiden, steht nicht nur in einem offenen Spannungsverhältnis zu § 5 Abs 1 erster Satz OGHG, wonach der Oberste Gerichtshof in Senaten tätig wird, soweit sich nicht aus diesem Bundesgesetz etwas anderes ergibt, sondern birgt auch die Gefahr divergierender Judikatur einerseits des in § 45 StPO genannten Senats des Obersten Gerichtshofs einerseits und seines Präsidenten andererseits in strukturell gleich gelagerten Fragen und sollte rasch beseitigt werden.

2.5. Von den im Tätigkeitsbericht 2010 gemachten Anregungen an den Gesetzgeber wurde keine einzige aufgegriffen. Sie werden wiederholt.

3. Ausgewählte Entscheidungen

(bearbeitet von Senatspräsident des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kurt Kirchbacher)

3.1. Erneuerungsanträge ohne vorherige Befassung des EGMR

Entscheidung vom 18.10.2011, 12 Os 57/11s

Es besteht ein subjektives Recht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch das Rechtsmittelgericht anzurufen.

Die wegen des Vergehens des Landfriedensbruchs nach § 274 Abs 1 und 2 erster und

zweiter Fall StGB und weiterer strafbarer Handlungen Angeklagten hatten durch ihren Verteidiger vor der Hauptverhandlung die Herstellung und Ausfolgung einer Kopie der sichergestellten Videoaufzeichnungen vom Tatgeschehen beantragt. Das Landesgericht wies den Antrag ab, das Oberlandesgericht gab der dagegen erhobenen Beschwerde nicht Folge. Dagegen wendeten sich die Angeklagten mit einem Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens an den Obersten Gerichtshof, wo sie Erfolg hatten. Der Oberste Gerichtshof führte dazu aus:

Steht die Verfassungskonformität einer Norm als solche in Frage, hat der Antragsteller unter dem Aspekt der Rechtswegausschöpfung anlässlich der Beschwerde auf die Verfassungswidrigkeit des angewendeten Gesetzes hinzuweisen, um so das Rechtsmittelgericht zu einem Vorgehen nach Art 89 Abs 2 B-VG zu veranlassen (11 Os 132/06f, EvBl 2008/8, 32).

Diesem Erfordernis haben die Antragsteller entsprochen. Auch die sonstigen gegenüber dem EGMR normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art 34 und 35 Abs 1 und 2 EMRK, welche sinngemäß auch für Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a StPO, denen kein Erkenntnis des EGMR zu Grunde liegt, gelten (13 Os 135/06m, EvBl 2007/154, 832), sind erfüllt. Insbesondere besteht ein subjektives Recht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch das Rechtsmittelgericht anzurufen (vgl 13 Os 173/08b, EvBl-LS 2009/63, 380; 11 Os 21/10p, 58/10d, EvBl 2010/122, 824).

Der Angeklagte muss gemäß Art 6 Abs 3 lit b EMRK über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung verfügen (vgl *Grabenwarter*, EMRK⁴ § 24 Rz 100 ff). Einer diesbezüglichen Grundrechtsverletzung vor der Hauptverhandlung kann er in dieser durch eine Antragstellung, die auf Erkundungsbeweise gerichtet wäre, nicht wirksam iSd Art 13 EMRK begegnen (vgl *Ratz*, ÖJZ 2010, 986 f; 11 Os 119/10z, EvBl 2011/41, 274 = JBl 2011, 608; RIS-Justiz RS0097230 [T3]).

Dem vorliegenden Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a StPO kommt auch Berechtigung zu.

Gemäß § 51 Abs 1 StPO ist der Beschuldigte (Angeklagte, § 48 Abs 2 StPO) berechtigt, in die der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht vorliegenden Ergebnisse des Ermittlungs- und des Hauptverfahrens Einsicht zu nehmen. Das Recht auf Akteneinsicht berechtigt auch dazu, Beweisgegenstände in Augenschein zu nehmen, soweit dies ohne Nachteil für die Ermittlungen möglich ist.

Soweit dem Beschuldigten (Angeklagten) Akteneinsicht zusteht, sind ihm auf Antrag und gegen Gebühr Kopien (Ablichtungen oder andere Wiedergaben des Akteninhalts) auszufolgen oder herstellen zu lassen; dieses Recht bezieht sich jedoch nicht auf Ton- oder

Bildaufnahmen (§ 52 Abs 1 StPO).

Festzuhalten ist, dass das Landesgericht für Strafsachen Wien den Zugang zu den Videoaufzeichnungen nicht verwehrt, die Antragsteller vielmehr auf die Möglichkeit des Augenscheins während der Amtsstunden hingewiesen hat.

In Übereinstimmung mit den Antragstellern bestehen Bedenken an der Verfassungskonformität des generellen Ausschlusses des Rechts, Kopien von Ton- oder Bildaufnahmen zu erhalten:

Zum Fairnessgebot des Art 6 Abs 1 EMRK gehören Teilgewährleistungen wie der Grundsatz der Waffengleichheit und das Recht auf Akteneinsicht (*Grabenwarter*, EMRK⁴ § 24 Rz 60 f mN). Der Angeklagte muss gemäß Art 6 Abs 3 lit b EMRK über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung verfügen. Dies erfordert auch in bestimmtem Umfang den Zugang zu Beweismaterial (*Grabenwarter* aaO Rz 100 und 102 mN). In jüngerer Rechtsprechung betonte der EGMR, aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ergebe sich auch das Recht des Angeklagten, erforderlichenfalls Kopien von Aktenteilen zu erhalten (EGMR 18.3.1997, *Foucher* gegen Frankreich, Nr 10/1996/629/812; EGMR 24.4.2007, *Matyjek* gegen Polen, Nr 38184/03; EGMR 15.1.2008, *Luboch* gegen Polen, Nr 37469/05; EGMR 9.10.2008, *Moiseyev* gegen Russland, Nr 62936/00; EGMR 26.11.2009, *Dolenec* gegen Kroatien, Nr 25282/06; *Meyer-Ladewig*, EMRK³ Art 6 Rz 115). Es ist davon auszugehen, dass der vom EGMR gebrauchte Begriff „case materials“ (EGMR 9.10.2008, *Moiseyev* gegen Russland, Nr 62936/00) sich auf alle Aktenstücke, seien diese nun schriftlich oder audio-visueller Natur, bezieht (vgl auch EGMR 26. 7. 2011, *Huseyn* und andere gegen Aserbaidshan, Nr 35485/05, 45553/05, 35680/05 und 36085/05).

Dass § 52 Abs 1 StPO das Recht, Kopien von Ton- oder Bildaufnahmen zu erhalten, ausnahmslos verneint, solcherart eine Abwägung von Verteidigungsinteressen gegen - der Ausfolgung einer Kopie allenfalls entgegenstehende - schutzwürdige Interessen Dritter (Art 8 EMRK; vgl 14 Os 95/09s) ausschließt, erweckt Bedenken (Art 89 Abs 2 B-VG) im Hinblick auf die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit b EMRK und allenfalls - soweit die Regelung eine differenzierende Betrachtung für jene Fälle, in denen (wie hier) Ton- und Bildaufnahmen im Verfahren eine zentrale Rolle als Beweismittel spielen, nicht zulässt - mit dem Gleichheitssatz nach Art 2 StGG (Art 7 Abs 1 B-VG; vgl *Mayer*, B-VG⁴ Art 2 StGG IV.2.).

Ein in zweiter Instanz zur Entscheidung berufenes Oberlandesgericht hat nach Art 89 Abs 2 zweiter Satz B-VG bei Bedenken gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund

der Verfassungswidrigkeit den Antrag auf Aufhebung dieses Gesetzes beim Verfassungsgerichtshof zu stellen.

Indem das Oberlandesgericht Wien als Beschwerdegericht § 52 Abs 1 StPO in einer mit (Angeklagten zukommenden) Konventionsgarantien unvereinbaren Weise angewendet und trotz der vorstehend aufgezeigten - nach objektiven Gesichtspunkten vorliegenden (RIS-Justiz RS0108286; *Mayer*, B-VG⁴ Art 89 III.1.) - Bedenken eine Antragstellung nach Art 89 Abs 2 zweiter Satz B-VG unterlassen hat, wurden die Antragsteller in ihrem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit b EMRK verletzt (vgl *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO § 363a Rz 32).

Das Verfahren war daher gemäß § 363b Abs 3 erster Satz StPO zu erneuern. Dem Erneuerungsantrag wurde stattgegeben. Der Beschluss des Oberlandesgerichts Wien wurde aufgehoben und die Sache an dieses Gericht zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof gemäß Art 89 Abs 2 zweiter Satz B-VG betreffend die Wortfolge „bezieht sich jedoch nicht auf Ton- oder Bildaufnahmen und“ in § 52 Abs 1 StPO verwiesen.

3.2. Grundrechtsschutz über Nichtigkeitsbeschwerden

Entscheidung vom 20.12.2011, 12 Os 152/11m

Der Angeklagte in Strafverfahren mit Verteidigerzwang in der Hauptverhandlung (§ 61 Abs 1 Z 4 und 5 StPO) kann, wenn das Beweisverfahren durch kontradiktorische Vernehmung im Ermittlungsverfahren gleichsam vorweggenommen wird, aus Z 4 mit Erfolg geltend machen, dass er nicht rechtzeitig, ausdrücklich und in einer für ihn verständlichen Weise auf den Wert, den ein zur kontradiktorischen Vernehmung beigezogener geschulter Rechtsbeistand darstellt, und das Recht hingewiesen wurde, mit Blick auf ein (angesichts der Vorschriften der §§ 281 Abs 1 Z 1a, 345 Abs 1 Z 2, 489 Abs 1 erster Satz StPO zwanglos zu bejahendes) Erfordernis iSd § 61 Abs 2 StPO nach Maßgabe der sonstigen Voraussetzungen die Beiziehung eines Verfahrenshilfeverteidigers zu verlangen.

Vorliegend erfolgte die Ladung des Beschwerdeführers zur kontradiktorischen Zeugenvernehmung ohne eine entsprechende Belehrung, weiters beantragte der Angeklagte in der Hauptverhandlung, die Vorführung der Videoaufnahme über die kontradiktorische Vernehmung wegen fehlender Beiziehung eines Verteidigers zu dieser Befragung ohne entsprechende Belehrung zu unterlassen, weshalb die dennoch erfolgte Einführung des Ergebnisses der mit einem Verfahrensmangel behafteten Beweisaufnahme in die

Hauptverhandlung (§ 258 Abs 1 StPO) erfolgreich aus Z 4 gerügt werden kann (vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 158).

Der Oberste Gerichtshof gab der Nichtigkeitsbeschwerde Folge, hob das angefochtene Urteil auf und ordnete eine neue Hauptverhandlung an.

3.3. Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes

3.3.1. Entscheidung vom 20.1.2011, 11 Os 172/10v

Nach § 92 Abs 2 erster Satz StPO muss ein angeklagtes Ermächtigungsdelikt ohne Vorliegen der Ermächtigung bei Einbringen der Anklage zu einer Verfahrenseinstellung führen, wenn die Akten nur Indizien enthalten, welche die Subsumtion des angeklagten historischen Sachverhalts als derart vorgegebenen Prozessgegenstand lediglich unter das in Frage kommende Ermächtigungsdelikt ermöglichen. Umgekehrt hindert jedoch eine rechtsirrig Subsumtion eines den Tatbestand eines Officialdelikts herstellenden Angeklagesachverhalts durch die Staatsanwaltschaft als Ermächtigungsdelikt Anberaumung und Durchführung einer Hauptverhandlung darüber auch ohne Vorliegen einer Ermächtigung sowie - im Fall der Erweislichkeit - einen (formell) anklageidenten Schuldspruch nicht.

Die Anberaumung und Durchführung einer Hauptverhandlung aufgrund des - entgegen § 92 Abs 2 erster Satz StPO - ohne Ermächtigung eingebrachten Strafantrags wegen des Vergehens der sexuellen Belästigung und öffentlichen geschlechtlichen Handlungen nach § 218 Abs 1 Z 2 StGB zwecks Klärung der - ohne weitere Beweisaufnahme nicht sofort zwingend verneinbaren - Frage, ob der angeklagte historische Sachverhalt allenfalls unter § 218 Abs 2 StGB subsumierbar wäre, war verfehlt.

Die gegenüber dem alten Recht (§ 2 Abs 5 vorletzter Satz StPO idF vor dem StPRG BGBl I 2004/19) enger gefasste Bestimmung des § 92 Abs 2 erster Satz StPO (idGF) muss bei einem angeklagten Ermächtigungsdelikt ohne Vorliegen der Ermächtigung bei Einbringen der Anklage zu einer beschlussmäßigen Verfahrenseinstellung (hier nach § 451 Abs 2 StPO) führen, wenn die Akten (unbeschadet einer allfälligen rechtlichen Einordnung als Officialdelikt in der Anklage) - wie hier - nur Indizien enthalten, welche die Subsumtion des angeklagten historischen Sachverhalts als derart vorgegebenen Prozessgegenstand lediglich unter das in Frage kommende Ermächtigungsdelikt ermöglichen (zur Grundlage der Prüfung *Bauer*, WK-StPO § 450 Rz 2). Umgekehrt hindert jedoch eine rechtsirrig Subsumtion eines den Tatbestand eines Officialdelikts herstellenden Anklagesachverhalts durch die

Staatsanwaltschaft als Ermächtigungsdelikt Anberaumung und Durchführung einer Hauptverhandlung darüber auch ohne Vorliegen einer Ermächtigung sowie - im Fall der Erweislichkeit - einen (formell) anklageidenten Schuldspruch nicht (§ 262 StPO).

3.3.2. Entscheidung vom 1.3.2011, 14 Os 173/10p

Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a StPO knüpft an den Urteilsfeststellungen über die entscheidenden Tatsachen, mithin an die wirklich und nicht bloß nach Ansicht des Anklägers begangene Tat an. Eine Verletzung des § 61 Abs 1 Z 5 StPO und damit Nichtigkeit des Urteils liegt daher nicht vor, wenn bloß der Ankläger von Sachverhaltsannahmen ausging, die bei tatsächlicher Feststellung im Urteil diese Konsequenz gehabt hätten, der Schuldspruch aber wegen einer Tat erging, hinsichtlich derer kein Verteidigerzwang bestand.

Der Angeklagte war, ohne durch einen Verteidiger vertreten zu sein, mit Urteil des Einzelrichters des Landesgerichts abweichend von dem auf das Verbrechen des schweren gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 2, 148 erster Fall StGB lautenden Strafantrag der Staatsanwaltschaft des Vergehens des schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 2 StGB schuldig erkannt worden.

Der Oberste Gerichtshof verwarf die ausschließlich gegen den Vorgang der Durchführung der Hauptverhandlung ohne Beiziehung eines Verteidigers erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes. Er führte dazu aus:

Im Verfahren vor dem Einzelrichter des Landesgerichts liegt Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 1a (§ 489 Abs 1 erster Satz) StPO vor, wenn der Angeklagte nicht während der ganzen Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten war, obwohl dies zwingend vorgeschrieben war. Insoweit ordnet § 61 Abs 1 Z 5 StPO Verteidigerzwang an, wenn für die Tat, außer in den Fällen der § 129 Z 1 bis 3, § 164 Abs 4 StGB, eine drei Jahre übersteigende Freiheitsstrafe angedroht ist.

Der Wortlaut dieser Bestimmung nimmt zwar nicht - wie § 41 Abs 1 Z 2 StPO idF vor dem Strafprozessreformgesetz, BGBl 2004/19 - ausdrücklich auf die Tat Bezug, wie sie sich nach den Urteilsfeststellungen darstellt. Indem aber Strafdrohungen, wie die konditionale Formulierung strafrechtlicher Tatbestände unmissverständlich zeigt, stets unter der Bedingung auch wirklich begangener Taten stehen, worüber indes nicht der Ankläger, sondern das Gericht entscheidet, wird offenbar, dass auch der im Verfahren vor dem Einzelrichter des Landesgerichts geltende Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a StPO an den

Urteilsfeststellungen über die entscheidenden Tatsachen, mithin die wirklich und nicht bloß nach Ansicht des Anklägers begangene Tat, anknüpft (vgl dazu auch ErläutRV 1165 BlgNR 21. GP, 80).

Eine Verletzung des § 61 Abs 1 Z 5 StPO und damit Nichtigkeit des Urteils auch dann anzunehmen, wenn - wie hier - bloß der Ankläger in Hinsicht auf die angeklagte Tat von Sachverhaltsannahmen oder einer Subsumtion ausgegangen ist, die bei tatsächlicher Feststellung im Urteil diese Konsequenz gehabt hätten, besteht kein Anlass (aM jedoch zwischen Gesetzesverletzung und Nichtigkeit in zirkulärer Weise undifferenziert: RIS-Justiz RS0098131, zuletzt 11 Os 144/02; *Fabrizy* StPO¹⁰ § 61 Rz 3 ausschließlich unter Berufung auf die vom genannten Rechtssatz umfasste Entscheidung 11 Os 117/92 [NRsp 1993/40]), weil (der auch im Berufungsverfahren gegen Urteile von Einzelrichtern des Landesgerichts - und zudem speziell auf § 281 Abs 1 Z 1a StPO - weiterhin anwendbare) § 476 StPO es dem Berufungsgericht auch bei (in erster Instanz) missachtetem Verteidigerzwang ausdrücklich freistellt, in der Sache selbst zu erkennen, wozu freilich eine Wiederholung des Beweisverfahrens und die Beiziehung eines Verteidigers zur „Verbesserung der mangelhaft befundenen Prozesshandlung“ nötig ist. Dass der Angeklagte dabei „um eine Instanz gebracht“ wird, nimmt § 476 StPO stets in Kauf. Sähe sich der Einzelrichter des Landesgerichts nach einer ohne Verteidiger durchgeführten Hauptverhandlung vor die Notwendigkeit gestellt, Verteidigerzwang aufzeigende Urteilsfeststellungen zu treffen, müsste er, um Nichtigkeit des Urteils nach § 281 Abs 1 Z 1a StPO hintanzuhalten, die Hauptverhandlung unter Beiziehung eines Verteidigers wiederholen (§§ 488, 276a StPO), nicht anders als das Berufungsgericht (§ 476), wenn es sich zur Entscheidung in der Sache selbst entschließt (zum Ganzen *Ratz*, WK-StPO § 468 Rz 30 ff).

3.3.3. Entscheidung vom 13.3.2011, 15 Os 172/10y, 173/10w

Nur eine Auskunft über Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten (§ 92 Abs 3 Z 4, 4a und 6 TKG 2003) ist eine - nach den Kriterien des § 135 Abs 2 StPO zu beurteilende und eine gerichtliche Bewilligung erfordernde - „Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung“. Eine bloße Auskunft über Namen und Adressen bestimmter Internet-User, somit über Stammdaten iSd § 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003, ist zur Aufklärung von Straftaten durch eine von der Staatsanwaltschaft anzuordnende und der Kriminalpolizei durchzuführende Sicherstellung nach § 110 Abs 1 Z 1 und Abs 4 StPO zu erlangen. Dabei spielt es keine Rolle, ob Grundlage für die Erlangung der begehrten

Stammdaten eine dynamische IP-Adresse ist und ob der Betreiber des öffentlichen Kommunikationsdienstes zum Zweck der Erteilung der Auskunft die ihm zur Verfügung stehenden Verkehrsdaten verarbeiten muss.

Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 148 erster Fall StGB - der Beschuldigte stand in Verdacht, unter Angabe falscher Kontonummern in mindestens 37 Fällen über die Website der ÖBB „Online-Tickets“ im Wert von insgesamt 529 Euro bezogen zu haben - ordnete die Staatsanwaltschaft Steyr am 13.10.2009 (ON 5) gemäß § 110 Abs 1 Z 1 StPO die Sicherstellung der „Auswertungsunterlagen hinsichtlich der Stammdaten (Name, Anschrift, ...)“ betreffend mehrerer konkret genannter IP-Adressen an. Das Landesgericht gab einem dagegen gerichteten Einspruch des betroffenen Providers wegen Rechtsverletzung gemäß §§ 106, 107 StPO nicht Folge. Das Oberlandesgericht gab der dagegen vom Provider erhobenen Beschwerde ebenso nicht Folge.

In ihrer dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes vertrat die Generalprokuratur die Ansicht, dass die Speicherung der dynamischen IP-Adresse in personenbezogener Form nur solange zulässig war, als dies betriebstechnisch erforderlich war; Auskunft darüber, wem eine solche IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war, hätte der Betreiber der Staatsanwaltschaft nur aufgrund einer richterlich bewilligten Anordnung gemäß §§ 134 Z 2, 135 Abs 2, 137 Abs 1 StPO innerhalb des Zeitraums zu erteilen gehabt, in dem er die IP-Adresse zulässigerweise speichern durfte, also so lange er sie nicht löschen musste.

Der Oberste Gerichtshof führte dazu aus, dass es sich vorliegend bei den von der Staatsanwaltschaft begehrten Daten, nämlich Namen und Adressen bestimmter Internet-User, um Stammdaten iSd § 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003, somit nicht um Verkehrsdaten (§ 92 Abs 3 Z 4 TKG), Zugangsdaten (Z 4a leg cit) oder Standortdaten (Z 6 leg cit), handelt.

Nur eine Auskunft über Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten ist nach der Definition des § 134 Z 2 StPO eine „Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung“. Eine Auskunft über Stammdaten hingegen, also des Namens und der Anschrift eines Internet-Users aus Beweisgründen zur Aufklärung von Straftaten, ist nicht diesen gesetzlichen Bedingungen unterstellt, sondern ist durch eine von der Staatsanwaltschaft anzuordnende und der Kriminalpolizei durchzuführende Sicherstellung nach § 110 Abs 1 Z 1 und Abs 4 StPO zu erlangen, bedarf somit keiner gerichtlichen Bewilligung. Für diese Beurteilung spielt es keine Rolle, ob Grundlage für die Erlangung der begehrten Stammdaten eine (der anfragenden

Staatsanwaltschaft bereits bekannte) dynamische IP-Adresse, sohin ein Zugangs- (und damit gleichzeitig Verkehrs-)Datum iSd § 92 Abs 3 Z 4a TKG, ist und ob der zur Wahrung des - für bloße Stammdaten nicht geltenden (§ 93 Abs 1 TKG) - Kommunikationsgeheimnisses verpflichtete (§ 93 Abs 2 TKG) Anbieter (= Betreiber des öffentlichen Kommunikationsdienstes, § 92 Abs 3 Z 1 TKG) zum Zweck der Erteilung der Auskunft die ihm zur Verfügung stehenden Zugangsdaten (oder andere Verkehrsdaten) verarbeiten muss.

Denn die bloße interne Verarbeitung von Verkehrsdaten durch den - zur Wahrung des diesbezüglich bestehenden Kommunikationsgeheimnisses verpflichteten - Anbieter stellt keinen Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis dar, dies gilt auch dann, wenn sie in Erfüllung eines staatlichen Auftrags zur Auskunft über (nicht dem Kommunikationsgeheimnis unterstehende) Stammdaten erfolgt. Die - das Gegenstück zum Eingriff bildende - Wahrung (§ 93 Abs 2 TKG) des Kommunikationsgeheimnisses ist dann gegeben, wenn das Geheimnis nicht nach außen dringt, somit die geschützte Information (Verkehrsdaten) durch den Geheimnisträger nicht preisgegeben wird. Dass der Geheimnisträger selbst in die ihm legal zugänglichen Informationen Einsicht nimmt bzw sie „verarbeitet“, stellt keine Geheimnisverletzung dar.

§ 103 Abs 4 letzter Satz TKG bietet eine hinreichende Grundlage dafür, dass ein Betreiber seiner auf § 110 Abs 1 StPO gegründeten Auskunftsverpflichtung betreffend Stammdaten gegenüber gerichtlichen, aber seit Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes mit 1.1.2008 auch staatsanwaltlichen (§ 515 Abs 1 StPO, vgl *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO § 134 Rz 36) Auskunftsersuchen zwecks Aufklärung und Verfolgung einer bestimmten Straftat nachkommen kann, indem er - gegebenenfalls zur Verifizierung der Stammdaten erforderliche - Verkehrsdaten speichert und verarbeitet. Denn danach hat der Betreiber „durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass solchen Ersuchen auch hinsichtlich der Daten entsprochen werden kann, deren Eintragung nach § 69 Abs 5 unterbleibt“, womit klar zum Ausdruck gebracht wird, dass - unabhängig von einem Teilnehmerverzeichnis - alle Stammdatenauskünfte (innerhalb der in § 99 Abs 2 TKG normierten Speicherfrist) ermöglicht werden sollen.

Demgemäß enthält das österreichische Recht hinreichende Rechtsvorschriften, die (auch im Licht der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs C-275/06 und C-575/07) die Verarbeitung von Verkehrsdaten zur Auskunftserteilung über Stammdaten für Zwecke der Strafverfolgung legitimieren.

3.3.4. Entscheidung vom 29.6.2011, 15 Os 106/10t, 49/11m, 50/11h

Tatbestandsmäßig nach § 111 Abs 1 StGB ist nicht nur der Vorwurf der Begehung einer eine gerichtlich strafbare Handlung verwirklichenden Tat, sondern schon die Äußerung eines dementsprechenden Tatverdachts, mithin die Behauptung, es gäbe Anhaltspunkte dafür, dass der Betreffende eine solche Tat begangen habe. Die Äußerung eines (bloßen) Tatverdachts, die in aller Regel die Annahme impliziert, die Tatbegehung sei dem Betreffenden jedenfalls zuzutrauen, ist nämlich die abgeschwächte Form des Tatvorwurfs selbst. Der Wahrheitsbeweis für die Äußerung, jemand habe eine Straftat begangen, ist dann als erbracht anzusehen, wenn die Tatbegehung als solche unter Beweis gestellt wurde. Wurde jedoch geäußert, jemand sei der Begehung einer Straftat (nur) verdächtig, so sind für das Gelingen des Wahrheitsbeweises Umstände nachzuweisen, die eine derartige Schlussfolgerung zulassen.

Weil Politiker und andere im öffentlichen Leben stehende Personen erhöhter Kritik unterworfen sind, soweit sie in öffentlicher Funktion handeln, genügt im Rahmen politischer Auseinandersetzung bereits ein „dünnnes Tatsachensubstrat“ für die Zulässigkeit einer Wertung.

In einem Verfahren nach dem MedienG wurde die Medieninhaberin zur Zahlung von Entschädigungen nach § 6 Abs 1 MedienG sowie zur Urteilsveröffentlichung verurteilt, weil durch die Veröffentlichung eines Textes der objektive Tatbestand der üblen Nachrede nach § 111 StGB erfüllt worden sei. Dem Bedeutungsinhalt dieser Veröffentlichung nach sei der Eindruck vermittelt worden, der Antragsteller stehe - als Mitglied einer für ein staatlich finanziertes Großprojekt eingesetzten Vergabekommission - aufgrund eines abgehörten Telefongesprächs, im Zuge dessen er zugegeben habe, er habe geheime Unterlagen aus dem Vergabeverfahren betreffend ein Bauvorhaben auf Wunsch seines Landeshauptmanns einer Zeitung zugespielt, im dringenden Verdacht strafbarer Handlungen, etwa des Amtsmissbrauchs oder der Verletzung eines Amtsgeheimnisses; Ermittlungen dazu führe das Büro für Interne Angelegenheiten, welches der Staatsanwaltschaft Wien bereits eine umfangreiche Stellungnahme übermittelt habe. Die Veröffentlichungen erweckten jedoch nicht den Eindruck, dass der Antragsteller endgültig überführt worden sei oder sich mit Sicherheit einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe.

Der Oberste Gerichtshof gab der gegen die Urteile erster und zweiter Instanz gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes Folge und betonte in seiner Begründung zunächst, dass - unter ausdrücklichem Abgehen von Vorjudikatur (14 Os 61/97) -

nicht nur der Vorwurf der Begehung einer eine gerichtlich strafbare Handlung verwirklichenden Tat tatbestandsmäßig nach § 111 Abs 1 StGB ist, sondern schon die Äußerung eines dementsprechenden Tatverdachts, mithin die Behauptung, es gäbe Anhaltspunkte dafür, dass der Betreffende eine solche Tat begangen habe. Die Äußerung eines (bloßen) Tatverdachts, die in aller Regel die Annahme impliziert, die Tatbegehung sei dem Betreffenden jedenfalls zuzutrauen, ist nämlich die abgeschwächte Form des Tatvorwurfs selbst. Auch ein solcherart abgeschwächter Tatvorwurf ist aber geeignet, die allgemeine Wertschätzung, die ein Mensch erfährt, erheblich herabzusetzen.

Bedeutsam wird der Unterschied zwischen dem unbedingten Vorwurf der Begehung einer Straftat und der Äußerung eines bloßen Tatverdachts beim Gegenstand des Wahrheitsbeweises, der zu der aufgestellten Behauptung kongruent sein muss. Demnach ist der Wahrheitsbeweis für die Äußerung, jemand habe eine Straftat begangen, dann als erbracht anzusehen, wenn die Tatbegehung als solche unter Beweis gestellt wurde. Wurde jedoch geäußert, jemand sei der Begehung einer Straftat (nur) verdächtig, so sind für das Gelingen des Wahrheitsbeweises Umstände nachzuweisen, die eine derartige Schlussfolgerung zulassen.

Im Übrigen ist das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art 10 Abs 1 EMRK, das unmittelbar auf die Auslegung des § 111 StGB ausstrahlt, erst beim Wertungsexzess, beim abfälligen Werturteil ohne hinreichendes Tatsachensubstrat und bei der formalen Ehrenbeleidigung überschritten. Grundsätzlich gilt, dass Politiker erhöhter Kritik unterworfen sind; soweit sie in öffentlicher Funktion handeln, sind die Grenzen zulässiger Kritik wesentlich weiter gesteckt als bei Privatpersonen. Demzufolge genügt im Rahmen politischer Auseinandersetzung bereits ein „dünnnes Tatsachensubstrat“ für die Zulässigkeit einer Wertung. Im Ergebnis gilt dies auch für Personen, die im öffentlichen Leben stehen.

Wird demnach in einem Medium über den gegen eine im öffentlichen Leben stehende Person bestehenden Verdacht einer strafbaren Handlung berichtet, die diese in Verbindung mit ihrer Funktion begangen haben soll, so sind an das der Bewertung des Tatverdachts zu Grunde liegende Tatsachensubstrat keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass sich der in einem lokalen Massenmedium geäußerte Verdacht der Verletzung des Amtsgeheimnisses gegen eine Person richtete, die als Mitglied der für ein staatlich finanziertes Großprojekt eingesetzten Vergabekommission erhöhter Aufmerksamkeit und Kritik unterworfen war. Die Äußerung dieses Tatverdachts beruhte auf einer Information über eine bei der Staatsanwaltschaft eingelangte „Sachverhaltsdarstellung“ einer besonderen Ermittlungsbehörde im Zusammenhalt mit dem

dieser Behörde von der zuständigen Staatsanwältin erteilten weiteren Ermittlungsauftrag betreffend ein in einem anderen Zusammenhang bereits behördlich abgehörtes Telefonat, im Zuge dessen sich der Antragsteller selbst belastet haben soll. Die den geäußerten Tatverdacht im Sinn eines Werturteils stützende Sachverhaltsgrundlage erwies sich demnach im Kern als wahr.

Die Berichterstattung über die damals tatsächlich gegebene Verdachtslage gegen den Antragsteller stellte demnach weder einen Wertungsexzess noch ein Werturteil ohne hinreichendes Tatsachensubstrat dar. Der Ausschlussgrund des § 6 Abs 2 Z 2 lit a MedienG kam daher zum Tragen.

3.3.5. Entscheidung vom 21.9.2011, 15 Os 121/11z

Tatopfer verlieren den Anspruch auf Wahrung ihrer Privatsphäre nicht dadurch, dass sie Opfer eines spektakulären Kriminalfalls geworden sind, sodass die mediale Preisgabe ihrer Identität, etwa durch Nennung des Vor- und Familiennamens, nicht durch den Ausschlussgrund des § 7 Abs 2 Z 2 MedienG gedeckt ist.

In einem Verfahren nach dem MedienG wurde die Medieninhaberin zur Zahlung von Entschädigungen nach § 7 Abs 1 und § 7a Abs 1 MedienG verurteilt, weil in mehreren Veröffentlichungen durch die Nennung des Vor- und Zunamens sowie die Angabe des Alters des Opfers eines weltweit bekannt gewordenen spektakulären Kriminalfalls dieses erkennbar gewesen, dessen höchstpersönlicher Lebensbereich durch den Bericht über jahrelange Gefangenschaft, vom eigenen Vater erzwungene Sexualkontakte und die dadurch entstandenen Nachkommen sowie durch die Schilderung des Verlustes eines neugeborenen Kindes und des Verbrennens dessen Leichnams in bloßstellender Art und Weise erörtert und dadurch der Tatbestand des § 7 Abs 1 MedienG erfüllt worden sei.

Das Oberlandesgericht als Berufungsgericht gab der Berufung der Medieninhaberin Folge, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Anträge der Antragstellerinnen auf Zuerkennung von Entschädigungen ab. Es vermeinte, das Erstgericht habe die Ausschlussgründe des § 7 Abs 2 Z 2 und des § 7a Abs 1 Z 1 MedienG zu Unrecht als nicht erfüllt angesehen. Denn es habe ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung der identifizierenden Angaben bestanden. Die Dimension gegenständlicher Verbrechen und die damit zusammenhängende Notwendigkeit der öffentlichen Auseinandersetzung mit deren konkreten Umständen - insbesondere, wie diese gravierenden Verbrechen unter jahrzehntelanger Geheimhaltung gegenüber staatlichen Institutionen, ja

geradezu unter Förderung durch diese durch Bewilligung von Obsorge und Adoption, und engstem sozialem Umfeld in der heutigen zivilisierten Gemeinschaft überhaupt geschehen konnten - bringe das Erfordernis der namentlichen Nennung auch der Tatopfer und der erst solcherart möglichen Erfassung aller an diesem Verbrechen szenario allenfalls Mitschuld bzw Verantwortung tragenden staatlichen Institutionen und Organe bzw Organwalter in sachlicher und örtlicher Zuständigkeit mit sich.

Der Oberste Gerichtshof erkannte aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, dass die Begründung des Oberlandesgerichts § 7 Abs 2 Z 2 und § 7a Abs 1 Z 1 MedienG verletzt.

Das Tatbestandsmerkmal des höchstpersönlichen Lebensbereichs umfasst vor allem das Leben in der Familie, die Gesundheitssphäre und das Sexualleben.

Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Bloßstellung beschreibt die Gefahr einer mit dem medialen Eindringen in eine schutzwürdige Privatsphäre verbundenen Beschädigung der persönlichen Integrität. Bezogen auf das Schutzgut der Privatsphäre wirken insbesondere jene Erörterungen und Darstellungen bloßstellend, die dem Einzelnen die Chance auf Selbstbestimmung über das der Umwelt eröffnete Persönlichkeitsbild nehmen.

Bei Angelegenheiten der intimsten Sphäre verletzt jede Informationsteilhabe durch Außenstehende die private Identität, weil sensible Informationen vor einer weder eingrenzbaaren noch beherrschbaren Öffentlichkeit ausgebreitet werden. In solchen Fällen wirkt also bereits die mediale Indiskretion als solche bloßstellend und braucht eine weitere nachteilige Auswirkung nicht besonders nachgewiesen werden.

Im gegenständlichen Fall ist die Bloßstellungseignung unabhängig von der Art der Darstellung zu bejahen, weil sich die Berichterstattung auf intimste Bereiche bezog, nämlich auf sexuelle Übergriffe auf eine Frau durch den eigenen Vater während einer von diesem herbeigeführten und aufrechterhaltenen Gefangenschaft in einem unterirdischen Verlies, auf die Abstammung der von ihr geborenen Kinder und auf die Lebensverhältnisse derselben, auf den Verlust eines Neugeborenen sowie die Entsorgung dessen Leichnams und auf die zuletzt prekäre gesundheitliche Verfassung eines der Kinder.

Zu Unrecht ging das Rechtsmittelgericht jedoch vom Vorliegen des Ausschlussgrundes nach § 7 Abs 2 Z 2 MedienG aus:

Nach dieser Bestimmung besteht der Anspruch nach Abs 1 leg cit nicht, wenn die Veröffentlichung wahr ist und in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben steht.

Der Begriff des öffentlichen Lebens im Sinn dieser Bestimmung bezeichnet grundsätzlich den Bereich des öffentlichen Handelns in gemeinschaftswichtigen Angelegenheiten. Dazu gehören jedenfalls der staatliche Bereich, dh das Handeln der Organwalter in Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit, ferner das politische Leben einschließlich der Tätigkeit politischer Parteien, die Aktivitäten von Interessenvertretungen, von volkswirtschaftlich bedeutsamen Unternehmungen und von Massenmedien; Tätigkeiten in „staatsfernen“ Bereichen wie jenen der Kunst und des (Leistungs-)Sports werden auch zum öffentlichen Leben gerechnet.

Steht ein Mensch in einem Handlungsbezug zu einem solchen Bereich, so darf wahrheitsgetreu auch über Angelegenheiten seines höchstpersönlichen Lebensbereichs berichtet werden, allerdings nur so weit, als ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben besteht. Die Berichterstattung ist also in dem Umfang und in der Intensität zulässig, wie sie notwendig ist, um die auf den öffentlichen Bereich bezogenen Informationsinteressen sachgerecht zu befriedigen.

Unstrittig ist, dass sich die gegenständliche Berichterstattung auf einen hinsichtlich des Deliktszeitraums, der Anzahl der Tatopfer und der Intensität des diesen wiederholt und anhaltend zugefügten Unrechts einzigartigen Kriminalfall bezog. Unstrittig ist ebenso, dass dieser Fall zahlreiche Fragen aufwirft, die zum einen das Verhalten der bereits im Tatzeitraum involvierten Behörden, zum anderen den Zustand der Gesellschaft betreffen, innerhalb derer solche Verbrechen über einen derart langen Zeitraum nicht ans Licht kommen.

In einer Demokratie ist es auch Aufgabe der Medien, diese Fragen zu stellen und zu diskutieren. Dazu bedarf es durchaus der Berichterstattung über den - keineswegs per se zu einer Erkennbarkeit der Opfer führenden - Hergang des Verbrechens in seinen wesentlichen Zügen. Die objektive Erörterung von Umständen aus dem Privat- und Familienleben der Tatopfer, im vorliegenden Fall sogar aus dem intimsten Bereich, ist dabei soweit unvermeidlich, als diese mit der Tatbegehung untrennbar verbunden sind.

Nicht erforderlich ist hingegen die Preisgabe der Identität der durch diese Verbrechen in ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich zutiefst betroffenen Tatopfer durch Nennung deren Vor- und Nachnamens. Die Namen der Opfer sind nämlich unbeschadet dessen, dass diese den Nachnamen des bis dahin weithin unbekanntes, insbesondere nicht im öffentlichen Leben stehenden - seinerzeit mutmaßlichen - Täters tragen, in keiner Weise geeignet, zur gesellschaftlichen Aufarbeitung einschließlich der Kontrolle der (Un-)Tätigkeit der staatlichen Behörden beizutragen. Die Tatopfer verlieren ihren Anspruch auf Wahrung ihrer Privatsphäre

also nicht dadurch, dass sie Opfer eines in vieler Hinsicht „spektakulären“ Kriminalfalls geworden sind. Der angesprochene Ausschlussgrund des § 7 Abs 2 Z 2 MedienG liegt demnach nicht vor.

Dies gilt auch für jenen nach § 7a Abs 1 MedienG. Hinzuzufügen ist nur, dass auch der Umstand, dass dem Verdächtigen mangels das berechnigte öffentliche Interesse überwiegender schutzwürdiger Interessen seiner Person - isoliert betrachtet - kein Identitätsschutz zukäme, nichts an einem solchen der - nachnamensgleichen - Opfer zu ändern vermag.

Unabhängig davon ist unter dem Aspekt des Identitätsschutzes der Opfer zu prüfen, ob an einer Nennung des Nachnamens des Verdächtigen und der Opfer sowie der Vornamen der Opfer mit Blick auf die Stellung aller Betroffenen in der Öffentlichkeit, wegen eines sonstigen Zusammenhangs mit dem öffentlichen Leben oder aus anderen Gründen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit bestanden hat. Dies ist im vorliegenden Fall aus den bereits zu § 7 Abs 2 Z 2 MedienG genannten Gründen zu verneinen.

3.4. Nichtigkeitsbeschwerden

3.4.1. Entscheidung vom 17.2.2011, 11 Os 169/10b

Die vom Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gegenüber einem Angeklagten bedingt abgegebene Erklärung über das Unterbleiben einer weiteren Verfolgung stellt mangels ausdrücklicher Erklärung des Vorbehalts späterer Verfolgung einen endgültigen Verfolgungsverzicht dar; einer Verfolgung nach Eintritt der vom Staatsanwalt gesetzten Bedingung stünde überdies § 263 Abs 2 StPO entgegen.

Die vom Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gegenüber dem Zweitangeklagten abgegebene Erklärung, „wenn der Erstangeklagte wegen des zweiten Einbruches am 28. Juni 2010 mitverurteilt wird und Sie decken ihn, werde ich es nicht weiterverfolgen oder wegen Begünstigung ausdehnen“, stellt mangels ausdrücklicher Erklärung des Vorbehalts späterer Verfolgung einen endgültigen Verfolgungsverzicht iSd § 192 Abs 1 Z 1 StPO dar (*Schroll*, WK-StPO § 192 Rz 48, 49; einer Verfolgung nach Eintritt der vom Staatsanwalt aktuell gesetzten - im Übrigen sinnwidrigen - Bedingung stünde überdies § 263 Abs 2 StPO entgegen). Das Schöffengericht wäre daher verpflichtet gewesen, hinsichtlich der dennoch im Rahmen der Hauptverhandlung vorgenommenen Ausdehnung der Anklage in Richtung des - den identen Sachverhalt betreffenden - Vergehens der (versuchten) Begünstigung nach §§ 15, 299 Abs 1 StGB mit einem Freispruch gemäß § 259 Z 3 StPO

vorzugehen, weil der vorangegangene Verfolgungsverzicht ein Verfolgungshindernis bildet. Der stattdessen ergangene Schuldspruch war somit aufzuheben und im Hinblick darauf, dass der Verfolgungsverzicht ein in den Gründen des Prozessrechts liegendes Verfolgungshindernis ist (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 620 f; § 288 Rz 40 ff), gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst zu erkennen und der Angeklagte in diesem Punkt freizusprechen.

3.4.2. Entscheidung vom 17.2.2011, 13 Os 132/10a

Verletzt der Täter mit Tötungsvorsatz sein Raubopfer schwer, werden infolge des Scheinkonkurrenztyps der stillschweigenden Subsidiarität alle auf Verletzung oder Tod abstellenden Erfolgsqualifikationen des § 143 StGB von der zugleich begründeten strafbaren Handlung des Mordes verdrängt und zwar unabhängig davon, ob die dem Schuldspruch nach § 75 StGB zu Grunde liegende Tat vollendet oder versucht worden ist.

Gemäß dem Wahrspruch der Geschworenen nahm der Angeklagte einem anderen mittels mehrerer Messerstiche, die multiple Verletzungen zur Folge hatten, 2.500 Euro weg, wobei er sowohl mit Bereicherungs- als auch mit Tötungsvorsatz handelte.

Nach einhelliger Judikatur (SSSt 55/37, SSSt 62/112, 13 Os 83/05p, RIS-Justiz RS0092171) und Lehre (*Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, 393 [403]; *Eder-Rieder* in WK² § 143 Rz 30; *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 143 Rz 9; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 142 Rz 81; *Lewis*, BT I² 214) wird bei einem Schuldspruch wegen des Verbrechens des Mordes die durch die diesem Schuldspruch zu Grunde liegende Tat unter einer erfüllten Qualifikationsnorm des § 143 letzter Fall StGB (Todesfolge) als stillschweigend subsidiär verdrängt. Ebenso sind (mit Ausnahme der - hier nicht interessierenden - Relation zwischen fahrlässiger Tötung und vorsätzlicher Körperverletzung) Körperverletzungs- gegenüber Tötungsdelikten (stillschweigend) subsidiär, wenn ein einheitliches Tatgeschehen vorliegt, das Angriffsobjekt ident ist und Ersteres nur als Vorstufe des Letzteren anzusehen ist, also nicht darüber hinausgreift (*Burgstaller*, JBl 1978, 393 [402]; *Kienapfel/Schroll*, BT⁵ § 75 Rz 2; *Moos* in WK² § 75 Rz 41; *Ratz* in WK² Vorbem zu §§ 28 bis 31 Rz 46 f). Demzufolge ist bei allen gestuften Erfolgsqualifikationen - somit auch im Verhältnis der Varianten 3 bis 5 des § 143 StGB - im Fall des Todeseintritts nur die darauf abstellende Vorschrift anzuwenden, nicht aber auch die für die Herbeiführung einer schweren Körperverletzung aufgestellte Qualifikationsnorm (*Burgstaller*, JBl 1978, 393 [402]).

Ausgehend von diesen Grundsätzen, wonach (zusammengefasst) - bei einheitlichem Tatgeschehen und identem Angriffsobjekt - das Verbrechen des Mordes die Qualifikationsnorm

des § 143 letzter Fall StGB, das Tötungsdelikt das Verletzungsdelikt und die Tötungsqualifikation die Verletzungsqualifikation verdrängt, führt die insoweit gebotene (*Burgstaller*, JBl 1978, 393 [400]) systematische Betrachtung zu dem Schluss, dass bei der hier vorliegenden Konstellation die Qualifikationsnorm des § 143 dritter Fall StGB vom Verbrechen des Mordes (§ 75 StGB) infolge stillschweigender Subsidiarität verdrängt wird.

Dabei kommt der Frage nach dem Eintritt des Tötungserfolgs keine Bedeutung zu, weil der Umstand, dass es hinsichtlich des Mordes beim Versuch (§ 15 StGB) geblieben ist, nichts an der Begründung des Verbrechens des Mordes ändert (12 Os 119/06a, EvBl 2007/130, 700 [verst Senat]).

3.4.3. Entscheidung vom 28.6.2011, 14 Os 23/11f

Bloßes Offenbaren eines Geheimnisses, das einem Beamten ausschließlich kraft seines Amtes zugänglich wurde, das er sich aber nicht durch wissentlichen Fehlgebrauch seiner Befugnis (etwa durch Abfrage im VJ-Register) gezielt beschafft hat, sondern von dem er auf andere Weise Kenntnis erlangt hat, kann nur dann dem Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB unterstellt werden, wenn der Beamte bei Tatbegehung in Ausübung einer ihm zustehenden Befugnis, namens des Rechtsträgers als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, gehandelt hat, sein konkretes Tatverhalten also in (engem) Zusammenhang mit den von ihm als Organ des Rechtsträgers zu besorgenden Aufgaben steht.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden überzeugte sich der Oberste Gerichtshof, dass dem Urteil ein - nicht geltend gemachter - Rechtsfehler mangels Feststellungen, somit Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO anhaftet, die sich zum Nachteil der Angeklagten auswirkt und daher amtswegig wahrzunehmen war (§§ 285e, 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO):

Denn die insoweit über das Referat der entscheidenden Tatsachen (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO) nicht hinausgehenden Feststellungen (§ 270 Abs 2 Z 5 StPO; US 5) bieten keine tatsächliche Grundlage für die Beurteilung der Frage, welches Amtsgeschäft die Angeklagte im Rahmen der Hoheitsverwaltung unter wissentlichem Fehlgebrauch ihrer Befugnis vorgenommen haben soll.

Bleibt anzumerken, dass bloßes Offenbaren eines Geheimnisses, das einem Beamten ausschließlich kraft seines Amtes zugänglich wurde, das er sich aber nicht durch wissentlichen Fehlgebrauch seiner Befugnis (etwa durch Abfrage im VJ-Register; vgl 12 Os 113/04) gezielt

beschafft hat, sondern von dem er auf andere Weise Kenntnis erlangt hat, nur dann dem Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB (und nicht dem Vergehen der Verletzung eines Amtsgeheimnisses nach § 310 Abs 1 StGB; vgl *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch⁴ § 302 StGB Rz 24 f) unterstellt werden kann, wenn der Beamte bei Tatbegehung in Ausübung einer ihm zustehenden Befugnis, namens des Rechtsträgers als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, gehandelt hat, sein konkretes Tatverhalten also in (engem) Zusammenhang mit den von ihm als Organ des Rechtsträgers zu besorgenden Aufgaben steht (vgl 13 Os 16/02; so etwa der Verrat einer bevorstehenden fremdenpolizeilichen Kontrolle in einem Nachtclub durch einen mit den Aufgaben der Fremdenpolizei betrauten Abteilungsleiter einer Bezirkshauptmannschaft [13 Os 16/02] oder durch einen Leiter der kriminalpolizeilichen Abteilung einer Bundespolizeidirektion [15 Os 52/07x]; vgl auch 12 Os 116/88; nicht jedoch der Verrat einer von Zollorganen durchzuführenden Betriebskontrolle durch einen Polizeibeamten, der beauftragt wurde, bei dieser Razzia Assistenz zu leisten [vgl 13 Os 26/06g]; siehe zum Ganzen *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch⁴ § 310 StGB Rz 27).

Ein solcher (enger) Zusammenhang zwischen dem der Angeklagten angelasteten Tatverhalten (nämlich der Verrat der Überwachung eines Telefonanschlusses im Rahmen eines bei der Staatsanwaltschaft anhängigen Ermittlungsverfahrens) und der von ihr nach den Urteilsfeststellungen zum Tatzeitpunkt zu besorgenden Aufgaben als Leiterin der Einlauf- und Informationsstelle einer Staatsanwaltschaft (nämlich „das Ausdrucken von elektronisch eingelangten Polizeiberichten, die Bearbeitung der Briefpost, die Durchführung von Namensabfragen und die Fallerfassung im staatsanwaltschaftlichen Register, die Anlegung von Akten und deren Vorlage eines Sachbearbeiters sowie die Auskunftserteilung an Behörden und Parteien im Rahmen des Informationscenters der Staatsanwaltschaft“) ist zu verneinen.

3.4.4. Entscheidung vom 14.7.2011, 13 Os 43/11i

Verwertungsaspekte eines Beweisverbots können mit Nichtigkeitsbeschwerde aus dem Grund des § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall StPO nur releviert werden, soweit der Beschwerdeführer an der (rechtzeitigen) Geltendmachung des Verbots als Verfahrensmangel gehindert war.

Nach unwidersprochener Vorführung eines Beweismittels gestellte Anträge, die darauf zielen, dass das erkennende Gericht das - solcherart verfahrensfehlerfrei vorgeführte - Beweismittel übergehen wolle, dringen nicht durch, weil der Antragsteller einer rechtlichen

Obliegenheit zuwidergehandelt hat, indem er sich nicht (bereits) gegen die Vorführung des - erst nachträglich - als verboten reklamierten Beweismittels zur Wehr gesetzt hat, obwohl er dazu rechtlich wie tatsächlich in der Lage gewesen ist (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 65 bis 76 und 82).

3.4.5. Entscheidung vom 25.8.2011, 13 Os 67/11v

Durch die Aufnahme der Begehungsweise des „Anbietens“ mit der SMG-Novelle 2007 BGBl I 2007/110 verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, alle Verhaltensweisen, die dem Ziel, einem anderen Suchtgift zu übertragen, dienen, abschließend zu erfassen. Hingegen zielte die Novellierung nicht darauf, einen Übertragungsvorgang mehrfach zu pönalisieren. Demnach verdrängt „Überlassen oder Verschaffen“ zuvor erfolgtes „Anbieten“, soweit beide Vorgänge auf idente Quantitäten desselben Suchtgifts gerichtet sind und der Empfänger jene Person ist, der angeboten wurde.

§ 28a SMG enthält mehrere selbständige, untereinander nicht austauschbare Tatbilder, die bloß gesetzestechnisch unter einer einzigen Bezeichnung zusammengefasst sind und stellt sich insoweit als kumulativer Mischtatbestand dar (vgl. RIS-Justiz RS0114037, RS0116676). Im Einzelnen werden die Gewinnung und die Herstellung (Erzeugen), die Verbringung aus dem Hoheitsgebiet eines Staates in jenes eines anderen (Ein- und Ausfuhr), die Anbahnung der Weitergabe (Anbieten) sowie die Weitergabe selbst (Überlassen oder Verschaffen) unter Strafe gestellt (*Schwaighofer* in WK² § 27 SMG Rz 23 bis 27, 29 bis 42). In den Tatbestandsvarianten einerseits der Ein- und Ausfuhr (vgl. RIS-Justiz RS0116676) sowie andererseits des Überlassens und des Verschaffens (13 Os 149/09z, EvBl-LS 2010/79, 477) liegt solcherart ein alternativer Mischtatbestand vor.

Durch die Aufnahme der Begehungsweise des „Anbietens“ mit der SMG-Novelle 2007 BGBl I 2007/110 verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, alle Verhaltensweisen, die dem Ziel, einem anderen Suchtgift zu übertragen, dienen, abschließend zu erfassen (vgl. EBRV 301 BlgNR 23. GP 10). Hingegen zielte diese Novellierung nicht darauf, einen einzigen Übertragungsvorgang doppelt zu pönalisieren. Demnach verdrängt ein „Überlassen oder Verschaffen“ ein zuvor erfolgtes „Anbieten“, soweit beide Vorgänge auf idente Quantitäten desselben Suchtgifts gerichtet sind und der Empfänger jene Person ist, der angeboten wurde. Das „Anbieten“ stellt nämlich solcherart in Relation zum „Überlassen oder Verschaffen“ eine selbständig strafbare Vorbereitungshandlung im technischen Sinn dar, die sich in der

Vorbereitung des dann versuchten oder vollendeten Delikts erschöpft, womit insoweit der Scheinkonkurrenztypus der stillschweigenden Subsidiarität vorliegt (in diesem Sinn auch *Litzka/Matzka/Zeder*, SMG² § 28a Rz 8; für Konsumtion *Schwaighofer* in WK² § 27 Rz 106).

Verknüpft man diese Überlegungen mit der Judikatur zum Verhältnis der Tatbestände des § 28 Abs 1 SMG und des § 28a Abs 1 SMG (vgl RIS-Justiz RS0113820), ergibt sich somit in Bezug auf die Weitergabe von Suchtgiften eine Subsidiaritätskette zwischen den Tatbeständen des § 28 Abs 1 SMG, des § 28a Abs 1 vierter Fall SMG und des § 28a Abs 1 fünfter und sechster Fall SMG.

IV. Kartellrechtssachen

1. Einleitung

Gemäß § 74 KartG hat das Kartellobergericht nach Schluss jedes Jahres nach Anhörung des Kartellgerichts einen Bericht über die Tätigkeit des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts zu geben. Das Kartellgericht hat seinen Bericht Jv 2493/10g-23b zu 16 Nk 2/10 übermittelt.

2. Geschäftsanfall beim Oberlandesgericht

Geschäftsjahr	Kt	Nkt
Bis zum 31.12.2010 verblieben	16	0
Neu angefallen im Jahr 2011	87	5
erledigt	58	5
offen geblieben	45	0

Die Anfallzahlen sind im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum um ca das Doppelte gestiegen. Der größte Anstieg (2010 waren es 5 Anträge, 2011 42 Anträge nach § 12 WettbG) ist im Bereich der Hausdurchsuchungen zu verzeichnen.

2011 sind insgesamt 5 Abstellungsanträge nach § 26 KartG 2005 eingebracht worden. 2010 sind 4 derartige Anträge gestellt worden. Eine einstweilige Verfügung wurde begehrt (2010: 2).

Im Laufe des vergangenen Jahres stellten die Amtsparteien betreffend Zusammenschlüsse 16 Prüfungsanträge (2010: 14).

Ein Antrag, nachträgliche Maßnahmen iSd § 16 Abs 1 KartG 2005 aufzutragen, wurde gestellt (2010: 0).

Des Weiteren wurde 1 Feststellungsantrag (2010: 2) gestellt.

In 12 Fällen wurde (2009: 4) die Verhängung einer Geldbuße beantragt (2010: 6); einmal die Entscheidungsveröffentlichung nach § 37 KartG 2005.

In 42 Fällen wurde die Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls nach § 12 WettbG (2010: 5) beantragt. Die Erteilung von Auskünften gemäß § 11a Abs 3 WettbG wurde auch im Jahr 2010 nicht beantragt (2010: 0).

Die Telecom-Control-Kommission hat im Jahr 2011 keinen Maßnahmenentwurf in Marktanalysenverfahren zur allfälligen Stellungnahme gemäß § 37 Abs 5 TKG an das Kartellgericht übermittelt (2010 waren es noch 10).

3. Geschäftsanfall beim Obersten Gerichtshof

3.1. Allgemeines

Als Kartellobergericht (§ 88 Abs 2 KartG) fungiert der 16. Senat des Obersten Gerichtshofs. Vorsitzende dieses Senats war bis Jahresende die Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Irmgard Griss.

3.2. Geschäftsanfall in Zahlen

Im Jahr 2011 fielen 14 Rechtsmittel in Kartellsachen an; 13 Rechtsmittel wurden im selben Jahr erledigt, sodass 1 anhängiges Verfahren verblieb. Vielfach handelte es sich dabei um besonders umfangreiche und schwierige Verfahren, die teilweise Entscheidungen von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung betreffen. Dabei reichten die betroffenen Branchen von Einkaufszentren (16 Ok 8/10) über Datenbanken (16 Ok 4/10), andere Medien (16 Ok 3/11), Speditionen (16 Ok 4/11), Bier (16 Ok 5/11) und Dämmstoffe (16 Ok 7/11).

In zwei Verfahren wurden Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof gestellt.

4. Ausgewählte Entscheidungen

(bearbeitet von Hofrat des Obersten Gerichtshofs Univ.-Prof. Dr. Georg Kodek)

4.1. 16 Ok 2/11, Entscheidung vom 5. 12. 2011

Die Bundeswettbewerbsbehörde stellte den Antrag, über die Antragsgegnerin wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses eine Geldbuße gemäß § 29 Z 1 lit a iVm § 17 KartG zu verhängen. Ein mittelbares Tochterunternehmen der Antragsgegnerin hat seine Gesellschaftsanteile an zwei Gesellschaften nach ungarischem Recht 2007 auf jeweils 50 %

erhöht und damit gemeinsame Kontrolle an den Zielunternehmen erworben. In Österreich wurde dieses Zusammenschlussvorhaben trotz gesetzlicher Anmeldepflicht (§ 9 Abs 1 Z 3 KartG) nicht angemeldet, in Ungarn wurde der Vorgang kartellrechtlich angezeigt und genehmigt.

Die Antragsgegnerin verantwortete sich unter anderem damit, sie habe eine Anwaltskanzlei mit der kartellrechtlichen Beurteilung des Anteilerwerbs beauftragt und den Vorgang in Ungarn angemeldet. Es habe nicht gänzlich geklärt werden können, warum 2007 trotz Rechtsberatung nicht auch eine Anmeldung in Österreich erwogen worden sei.

Das Erstgericht verhängte über die Antragsgegnerin gemäß § 29 Z 1 lit a iVm § 17 Abs 1 KartG eine Geldbuße von 4.500 EUR. Eine Anmeldung des Zusammenschlusses in Österreich sei nicht vorsätzlich, sondern versehentlich unterblieben. Die Antragsgegnerin habe an der Aufklärung von Anfang an mitgewirkt. Es liege ein geringes Verschulden vor, weil die Anmeldepflicht aufgrund der sehr geringen Umsätze der beiden Zielunternehmen schwer erkennbar gewesen sei. Die Folgen der Verletzung der Anmeldepflicht seien unbedeutend.

Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hob diese Entscheidung infolge Rekurses der Bundeswettbewerbsbehörde auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück.

Für das kartellrechtliche Geldbußenverfahren gegen juristische Personen ist die im KartG bestehende Gesetzeslücke zur Frage, wann Fahrlässigkeit vorliegt, wegen des gleichen Regelungszwecks durch analoge Anwendung von § 3 Abs 3 VbVG zu schließen und damit der Maßstab einer objektiven Sorgfaltswidrigkeit anzulegen. Fahrlässigkeit ist dann anzunehmen, wenn die für das Unternehmen zurechenbar handelnde Person die jeweilige Zuwiderhandlung bei Aufwendung einer nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt hätte erkennen können.

Für den österreichischen Rechtsbereich ist für das kartellrechtliche Verfahren zur Verhängung von Geldbußen davon auszugehen, dass Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum dann nicht vorwerfbar sind, wenn die (richtige) Gesetzeslage einem Betroffenen trotz zumutbarer Aufmerksamkeit nicht erkennbar war. Die Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums kann insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn fachkundiger Rat einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle eingeholt wird, die über den gesamten Sachverhalt informiert ist. Das Vertrauen auf den Rat eines Rechtsanwalts kann einen nicht vorwerfbaren Rechtsirrtum begründen. Der Umfang der den Unternehmer treffenden Sorgfaltspflicht ist individuell zu bestimmen und hängt von den jeweiligen Umständen ab. Die Bestätigung der Rechtmäßigkeit

einer Maßnahme durch einen im Kartellrecht erfahrenen Rechtsberater auf gesicherter Tatsachengrundlage aufgrund eines umfassenden Prüfungsauftrags kann grundsätzlich den für die Verhängung einer Geldbuße erforderlichen Schuldvorwurf ausräumen und zur Bußgeldimmunität führen, sofern ein Fehler bei der Rechtsberatung nicht offensichtlich war und durch Vergleich mit den Rechtsquellen ohne weiteres hätte erkannt werden können. Zu beurteilen ist in diesem Zusammenhang, ob das Unternehmen sein geplantes Handeln unter Berücksichtigung der in Betracht kommenden Rechtsquellen sorgfältig genug dahin überprüft hat oder überprüfen hat lassen, ob es unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten erlaubt sei. Ob die Voraussetzungen eines nicht vorwerfbaren Rechtsirrtums hier vorliegen, ist im fortgesetzten Verfahren zu prüfen.

4.2. 16 Ok 4/11, Entscheidung vom 5.12.2011

Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Dürfen Verstöße eines Unternehmens gegen Art 101 AEUV mit einer Geldbuße geahndet werden, wenn das Unternehmen über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens geirrt hat und dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist? Für den Fall der Verneinung dieser Frage:

1a) Ist ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nicht vorwerfbar, wenn das Unternehmen sich gemäß dem Rat eines im Wettbewerbsrecht erfahrenen Rechtsberaters verhalten und die Unrichtigkeit des Rates weder offensichtlich noch durch die dem Unternehmen zumutbare Überprüfung erkennbar war?

1b) Ist ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nicht vorwerfbar, wenn das Unternehmen auf die Richtigkeit der Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde vertraut hat, die das zu beurteilende Verhalten allein nach nationalem Wettbewerbsrecht geprüft und für zulässig befunden hat?

2. Sind die nationalen Wettbewerbsbehörden befugt festzustellen, dass ein Unternehmen an einem gegen Wettbewerbsrecht der Union verstoßenden Kartell beteiligt war, wenn über das Unternehmen keine Geldbuße zu verhängen ist, weil es die Anwendung der Kronzeugenregelung beantragt hat?

Die Fragen stellen sich in einem Verfahren betreffend Verhängung von Geldbußen gegen Speditionsunternehmen wegen Verstoßes gegen Unionskartellrecht durch Preisabsprachen im Zeitraum 1994 bis 2007 und wegen Feststellung kartellrechtswidrigen Verhaltens gegen jenes Speditionsunternehmen, das als Kronzeugin für die Aufdeckung des

Sachverhalts gesorgt hat.

Das Erstgericht hat die Geldbußenanträge und den Feststellungsantrag abgewiesen. Es sei kein Verschulden der betroffenen Unternehmen anzunehmen, weil diese aufgrund einer Feststellungsentscheidung des Kartellgerichts von 1996, mit der ihre Vereinbarung als inländisches Bagatellkartell gebilligt worden sei, sowie aufgrund des von ihnen eingeholten anwaltlichen Rates darauf hätten vertrauen dürfen, ihre Vereinbarung verstoße nicht gegen Unionsrecht. Das Kartellgericht sei nicht befugt, eine Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV festzustellen, solches stehe nur der Kommission zu.

Vor Inkrafttreten der VO 1/2003 wurde im Unionsrecht ein Verbotsirrtum im Zusammenhang mit Verletzungen des Kartell- und Missbrauchsverbots regelmäßig als vermeidbar und damit als unbeachtlich angesehen. Der Europäische Gerichtshof hatte die ihm nunmehr vorgelegten Fragen seit Inkrafttreten der VO 1/2003 noch nicht zu entscheiden. Die Klärung dieser Rechtsfragen ist im vorliegenden Fall von entscheidender Bedeutung: Zwar unterliegt die Anwendung von Unionskartellrecht durch das Kartellgericht dem inländischen Verfahrensrecht des österreichischen Kartellgesetzes, doch verlangt die wirksame und gleichmäßige Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union durch die Mitgliedstaaten, dass die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats nur dann eine Geldbuße wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht der Union verhängen darf, wenn das entsprechende Verhalten auch in einem Verfahren vor einem Organ der Union zu einer Geldbuße geführt hätte.

Die Entscheidung über den Feststellungsantrag hängt von der Frage ab, ob die Wettbewerbsbehörden eines Mitgliedstaats berechtigt sind, einen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht festzustellen, ohne gleichzeitig eine Geldbuße zu verhängen. Dafür spricht, dass eine derartige Feststellung der Durchsetzung des Unionsrechts dient. Dagegen könnte sprechen, dass eine „reine“ Feststellungsbefugnis in Art 5 VO 1/2003 nicht ausdrücklich angeführt ist; doch fehlt ein sachlicher Grund, der nationalen Wettbewerbsbehörde zwar die mit der Verhängung einer Geldbuße oder einer anderen Sanktion zwangsläufig verbundene Feststellung eines Verstoßes gegen Art 101 und 102 AEUV zu übertragen, nicht aber die Feststellung allein, wenn (wegen Anwendung der Kronzeugenregelung) keine Geldbuße zu verhängen ist.

4.3. 16 Ok 8/10, Entscheidung vom 12.12.2011

Diese Entscheidung betraf die kartellrechtliche Zulässigkeit von Radiusklauseln in Einkaufszentren. Demnach kann die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung einer

„Radiusklausel“ im Sinne einer Ausschließlichkeitsbindung und damit die Spürbarkeit ua dadurch eingeschränkt sein, dass diese von den Vertragspartner nicht akzeptiert wird bzw - insbesondere gegenüber „Ankermarken“ - nicht durchgesetzt werden kann, räumlich (auf den „Radius“) und zeitlich (auf die Vertragsdauer) beschränkt ist, den Marktzutritt neuer Kunden nicht hindert und ein Konkurrent aufgrund ausreichend nicht gebundener Kunden ebenfalls einen entsprechenden „Branchenmix“ anbieten kann.

V. Begutachtungen

Im Laufe des Jahres 2011 wurden von den Begutachtungssenaten des Obersten Gerichtshofs Gutachten zu folgenden Gesetzesentwürfen erstattet:

Entwurf eines neuen Disziplinarverfahrens im RStDG; justizinternes Begutachtungsverfahren; Bundesgesetz, mit dem das Aktiengesetz, das Spaltungsgesetz, das EU-Verschmelzungsgesetz, das GmbH-Gesetz, das SE-Gesetz und das Firmenbuchgesetz geändert werden (Umgründungs-Vereinfachungsgesetz - UmVerG); Ministerialentwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Vereinsgesetz 2002 geändert wird (Vereinsgesetznovelle 2011 - VerGNov 2011); Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch zum Schutz von Unmündigen geändert wird; Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG), das Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz (ARHG) und das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den internationalen Gerichten geändert werden (EU-JZG-ÄndG 2011); Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über den Schutz vor Gesundheitsgefahren im Zusammenhang mit Neuen Psychoaktiven Substanzen (Neue-Psychoaktive-Substanzen-Gesetz, NPSG) erlassen und das Suchtmittelgesetz (SMG) geändert wird; Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das Grundbuchsumstellungsgesetz, das Liegenschaftsteilungsgesetz, das Baurechtsgesetz, das Urkundenhinterlegungsgesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002 und das 1. Euro-Justiz-Begleitgesetz geändert werden (Grundbuchs-Novelle 2012 - GB-Nov 2012); Entwurf eines Gesetzes zur Dienstrechts-Novelle 2011 enthaltenen Änderungen des Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetzes.

Zu einer Reihe weiterer Entwürfe wurde, weil dagegen aus der Sicht der damit befassten Mitglieder des Begutachtungssenats keine Bedenken bestehen, vom Beschluss formeller Stellungnahmen im Rahmen entsprechender Beratungen Abstand genommen:

DV-StAG; Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das

Bundespflegegeldgesetz und das Bundesbehindertengesetz geändert werden (Pflegegeldreformgesetz 2012); Ministerialentwurf für ein Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz; Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung 1975 zur Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt geändert werden; Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes über die Pflicht zur Vorlage eines Energieausweises beim Verkauf und bei der In-Bestand-Gabe von Gebäuden und Nutzungsobjekten (Energieausweis-Vorlage-Gesetz 2012 - EAVG 2012); Bundesgesetz, mit dem das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden (Budgetbegleitgesetz 2012; Justizteil); Bundesgesetz, mit dem das Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz 1994, das Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz, das Gastwirtschaftsgesetz, das Reichshaftpflichtgesetz und das Rohrleitungsgesetz, geändert werden; Bundesgesetz, mit dem das Gerichtsorganisationsgesetz geändert wird.

VI.Fortbildungsveranstaltungen

23. Mai 2011: „Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht“,
bundesweit ausgeschrieben, 32 TeilnehmerInnen

Organisation:

HRd.OGH Dr. Gottfried MUSGER

Mitwirkende:

HRd.OGH Dr. Manfred VOGEL

HRd.OGH Dr. Friedrich JENSIK

18. Oktober 2011: „Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz“,
bundesweit ausgeschrieben, 73 TeilnehmerInnen

Organisation:

HRd.OGH Dr. Gottfried MUSGER

HRd.OGH Mag. Frederick LENDL

Mitwirkende:

Dr. Sieglinde GAHLEITNER

o.Univ.-Prof. Dr. Walter BERKA

Dr. Florian KLENK

Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn

HRd.OGH Mag. Frederick LENDL

HRd.OGH Dr. Gottfried MUSGER

VII. Internationale Kontakte

1. Besuche beim Obersten Gerichtshof

2. bis

3. Februar 2011: Besuch des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs von Ungarn **Dr. András Baka**

OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER
SenPräs.d.OGH Dr. Michael DANEK

9. Februar 2011: Delegation des kosovarischen Verfassungsgerichts in Begleitung des Herrn Präsidenten **Prof. Dr. Enver Hasani** sowie Richter **Altay Suroy**, Richterin **Snezhana Botusharova**, Richter **Ivan Cukalovic**, Richterin **Iliriana Islami** und Richterin **Arberesha Shala**

OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER
SenPräs.d.OGH Dr. Michael DANEK

5. April 2011: Besuch von schweizer Studenten

OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS

7. April 2011: Besuch von 21 Rechtsreferendaren des LG Würzburg (Gruppe Reiher)

OGH: Richter Dr. Hermann STROMBERGER

11. Mai 2011: Besuch von 10 Personen aus Lettland

OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
Richter Dr. Hermann STROMBERGER

12. Mai 2011: Besuch von 13 Rechtsreferendaren des LG Darmstadt (Gruppe Doreen Kuss)

OGH: Richter Dr. Hermann STROMBERGER

- 7. Juni 2011:** Studienreise nach Wien, Besuch von 9 Mitgliedern des montenegrinischen Obersten Gerichtshofs und des Justizministeriums
- OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER
Richter Dr. Hermann STROMBERGER
- 12. Juli 2011:** Besuch von 120 amerikanischen Studenten
- OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
HRd.OGH Dr. Michael SCHWAB
- 12. Juli 2011:** Besuch von 17 Beamten von verschiedenen Gerichtshöfen aus Südkorea
- OGH: Richter Dr. Hermann STROMBERGER
- 3. August 2011:** Gruppe von amerikanischen Studenten der DePaul University, USA
- OGH: Richter Dr. Hermann STROMBERGER
- 15. September 2011:** Besuch von 19 Mitgliedern des Landesgerichts Göttingen (Gruppe Arno Cardinal)
- OGH: Richter Dr. Hermann STROMBERGER
- 19. bis
22. September 2011:** Besuch einer Delegation des Obersten Volksgerichtshofs der Volksrepublik China mit Vizepräsident des Obersten Volksgerichtshofs Hon. Justice Shen Deyong, Mr. Dong Zhiliang, Mr. Liu Hehua, Mr. Chen Huajie, Mr. Liu Yong und Mr. Li Liang
- OGH: Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER
VizePräs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Eckart RATZ
- 1. Dezember 2011:** Besuch von Jusstudenten aus Olmütz (Gruppe Klcova)
- OGH: Richter Dr. Hermann STROMBERGER

2. Internationale Austauschprogramme

10. bis

21. Oktober 2012: Besuch des Herrn **Dr. Jindřich Urbánek**
Senatspräsident des Strafkolegiums des
Obersten Gerichtshofs der Tschechischen Republik
im Rahmen des Austauschprogramms des
Netzwerks der Höchstgerichtspräsidenten

10. bis

21. Oktober 2012: Besuch des Herrn **Heinz Wöstmann**
Richter am Bundesgerichtshof III. Zivilsenat
im Rahmen des Austauschprogramms des
Netzwerks der Höchstgerichtspräsidenten

3. Besuche im Ausland

28. Jänner 2011:

Teilnahme am Seminar
„What are the limits to the evolutive
interpretation of the Convetion?“ beim Europäischen
Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg

13. bis 15. Februar 2011:

VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER
Teilnahme an der Feier zum 350jährigen Bestehen des dänischen
Obersten Gerichtshofs in Dänemark

Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS

17. bis 18. Februar 2011:

Karlsruher Forum des (deutschen) Verlags
Versicherungswirtschaft zum Thema „Verbraucherschutz“,
Karlsruhe

SenPräs.d.OGH Dr. Ilse HUBER
HRd.OGH Dr. Reinhold SCHAUMÜLLER

27. bis 28. März 2011:

Vorstandssitzung des Netzwerks der
Höchstgerichtspräsidenten, Treffen mit Richtern und
Richterinnen der EU in Luxemburg

Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS

- 14. bis 17. April 2011:** Teilnahme an der Gründungsversammlung des European Law Institute in Athen
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 19. Mai 2011:** Konferenz der Association of European Administrative Judges „Administrative Courts and the Review of Constitutionality in European Countries“ in Paris
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 23. bis 25. Mai 2011:** Fortbildungsreise der Fachgruppe Europarecht unter internationaler Zusammenarbeit der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richtern, Malta
Richterin Mag.Sylvia WALDSTÄTTEN
- 1. Juni 2011:** Teilnahme am Gründungskongress des European Law Institute in Paris
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 3. Juni 2011:** Teilnahme an der Konferenz „Towards a European Contract Law“, Löwen
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 16. bis 17. Juni 2011:** XX. Symposion Pannonischer Juristen, Szentgotthard
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 20. bis 21. Juni 2011:** Tagung des Joint Supervisory Body of Eurojust, Den Haag
HRd.OGH Hon.-Prof. Dr. Gerhard KURAS
- 30. Juni bis 1. Juli 2011:** Symposium und Festakt des Bundespatentgerichts „50 Jahre Bundespatentgericht“, München
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS

- 11. Juli 2011:** Vortrag beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 13. Juli 2011:** Besprechung zum europäischen Vertragsrecht, Brüssel
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 27. bis 29. Juli 2011:** XIV. Weltkonferenz für Prozessrecht, Heidelberg
HRd.OGH Univ.-Prof. Dr. Georg KODEK
- 5. bis 8. September 2011:** 54. Tagung der Internationalen Richtervereinigung, Istanbul
HRd.OGH Hon.-Prof. Dr. Gerhard KURAS
- 9. bis 10. September 2011:** „Workshop on Patent Matters for Expert Judges“, Karlsruhe
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 21. bis 23. September 2011:** Round table on the role of the Supreme Court in the protection of human rights at national level, Kiew
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 22. bis 24. September 2011:** Konferenz „The Future Unified Patent Litigation System in the European Union“, Warschau
HRd.OGH Dr. Erich SCHWARZENBACHER
- 28. bis 29. September 2011:** Besuch beim Obersten Gerichtshof in Albanien
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER
- 3. bis 7. Oktober 2011:** Exkursion der Richteramtswärterinnen und Richteramtswärter, Sizilien
HRd.OGH Dr. Georg NOWOTNY

- 12. bis 15. Oktober 2011:** 7. Symposium der europäischen Richter im Marken- und Musterbereich, Alicante
HRd.OGH Dr. Manfred VOGEL
- 13. bis 14. Oktober 2011:** Vorstandssitzung, Generalversammlung und Konferenz „Budgetary Management and Resources of the Supreme Courts“, Sofia
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 17. Oktober 2011:** Symposium „Clearer patrimonial property regimes for Europe`s international couples“, Brüssel
HRd.OGH Dr. Matthias NEUMAYR
- 20. bis 27. Oktober 2011:** Studienreise österreichischer Richterinnen und Richter zum internationalen Strafgerichtshof zur Ahndung der Verbrechen der Roten Khmer, Kambodscha
HRd.OGH Dr. Therese HURCH
HRd.OGH Dr. Karina GROHMANN
HRd.OGH Mag. Frederick LENDL
HRd.OGH Mag. Raimund WURZER
HRd.OGH Mag. Dr. Bernhard WURDINGER
- 28. bis 29. Oktober 2011:** Venice Forum for European Patent Judges, Venedig
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 3. bis 4. November 2011:** Konferenz „The New Role of Supreme Courts in the Political and Institutional Context: A Comparative Survey“, Florenz
Präs.d.OGH Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS
- 4. bis 5. November 2011:** Veranstaltung des Max Planck Instituts: Präsentation der „Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property“, Berlin
HRd.OGH Dr. Gottfried MUSGER

24. bis 26. November 2011: Ausbildungsveranstaltung für RiAA, Strassburg

HRd.OGH Dr. Hagen NORDMEYER

1. bis 2. Dezember 2011: Tagung der ERA „Staatshaftung 20 Jahre nach Francovich“, Trier

VizePräs.d.OGH Dr. Ronald ROHRER

VIII. Personalverhältnisse beim Obersten Gerichtshof

1. Personalverhältnisse bei den Richtern

Gremium: Dem Gremium des Obersten Gerichtshofs gehörten im Berichtsjahr insgesamt 58 Mitglieder an:

eine Präsidentin,

bis 14. März 2011: ein Vizepräsident, danach zwei Vizepräsidenten,

bis 14. März 2011: 14 Senatspräsidenten/Senatspräsidentinnen, danach 13 und 42 Hofräte/Hofrätinnen.

Ernannt wurden im Berichtsjahr mit Wirksamkeit **1. Jänner 2011:**

zum Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs

Dr. Georg HRADIL

Dr. Michael DANEK

Dr. Hans-Valentin SCHROLL

zu Hofräten/Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs

Mag. Dr. Bernhard WURDINGER

Dr. Wilma DEHN

Dr. Babek OSHIDARI

Dr. Alexandra MICHEL-KWAPINSKI

Ernannt wurde im Berichtsjahr mit Wirksamkeit **15. März 2011:**

zum Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs

Hon.-Prof. Dr. Eckart RATZ

In den Ruhestand getreten sind mit Ablauf des **31. Dezember 2011:**

die Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Irmgard GRISS.

2. Personalverhältnisse bei den nichtrichterlichen Bediensteten

Neuaufnahmen:

mit 14. November 2011: VB v4/1 Barbara GAL, Besonderer Schreibdienst,
(Ersatzkraft für VB Gerlinde Pfundner)

Einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses:

mit 1. Oktober 2011: VB v4/1 Carina PRANKL

3. Auszeichnungen

Mit EntschlieÙung des Bundespräsidenten vom 14. Dezember 2011 wurde der Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Irmgard Griss das große goldene Ehrenzeichen am Bande für Verdienste um die Republik Österreich verliehen.

IX. Tätigkeit des Evidenzbüros des Obersten Gerichtshofs

1. Allgemeine Personalsituation

1.1. Leitung des Evidenzbüros

Leiter des Evidenzbüros ist Hofrat Dr. Gerhard Kuras; seine Stellvertreterin ist Hofrätin Dr. Helene Bachner- Foregger.

Dr. Gerhard Kuras betreut den zivilrechtlichen Bereich; seine Stellvertreterin den strafrechtlichen Bereich.

1.2. Referenten

Im Bereich der Richter/Richterinnen des EB wurden auch im Jahr 2011 überwiegend neu ernannte Richter bzw solche, die ein bis zwei Jahre Praxis hatten, eingesetzt. Sie waren jeweils zur Gänze dem Evidenzbüro zugeteilt. Die Zuteilung erfolgte nicht nur aus dem Sprengel des Oberlandesgerichts Wien, sondern auch aus den Sprengeln der Oberlandesgerichte Linz und Graz.

Für bestimmte Aufgabenbereiche (Sonderreferate „Familienrecht“/„Bestandrecht“) bzw zur Unterstützung der Richter/Richterinnen des Evidenzbüros konnten auch zugeteilte Richteramtsanwärter/Richteramtsanwärterinnen eingesetzt werden.

Darüber hinaus wurden im Rahmen der Kooperationsvereinbarungen mit den Universitäten Recherchetätigkeiten erbracht.

Im Jahr 2011 war es aufgrund einer trotz ablehnender Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren erfolgten Änderung des Rechtspraktikantengesetzes mit dem

Budgetbegleitgesetz BGBl I 111/2010 bedauerlicherweise nicht mehr möglich, Rechtspraktikanten dem Obersten Gerichtshof zuzuteilen. § 6 Abs 3 RpG sieht nunmehr vor, dass Rechtspraktikanten nach einer fünfmonatigen Ausbildung bei Gericht oder einer Staatsanwaltschaft „auch beim Oberlandesgericht, einer Justizanstalt und dem Bundesministerium für Justiz ausgebildet werden“ können. Eine Verwendung beim Obersten Gerichtshof wird nicht genannt. Rechtspraktikanten, die knapp vor der Übernahme stehen, haben sich aber im Evidenzbüro durchaus bewährt. Es wird daher wieder angeregt, § 6 Abs 3 RpG idF BGBl I 111/2010 dahin zu ändern, dass vor „beim Oberlandesgericht“ die Wortfolge „beim Obersten Gerichtshof,“ eingefügt wird.

1.3. Nichtrichterliche Bedienstete

Die Zahl der nichtrichterlichen Bediensteten hat sich nicht verändert.

2. Einlaufbearbeitung (§ 14 Abs 3 OGHG)

2.1. Personalsituation

2.1.1. Istanalyse

Im Jahr 2011 standen dem Evidenzbüro weiter 9 Richterkapazitäten zur Verfügung. Eine davon wird für den Strafrechtsbereich eingesetzt. Bei einem Referenten (Dr. Stromberger) ist etwa die Hälfte seiner Arbeitskapazität für seine Aufgaben als RIS-Beauftragter des Evidenzbüros für EDV-Fragen gebunden. Von den damit für Zivilsachen verbleibenden etwa 7,5 Richterkapazitäten sind ca 3-3,5 für die Rücklaufbearbeitung der Akten (Aufbereitung für das RIS) erforderlich.

Dem Evidenzbüro waren im Berichtszeitraum regelmäßig etwa vier Richteramtsanwärter/Richteramtsanwärterinnen zugeteilt. Diese Zuteilung geht auf Anregungen im Zusammenhang mit der Rechnungshofprüfung zurück. Der Einsatz hat sich bewährt.

Damit standen für die Einlaufbearbeitung in Zivilsachen zwar nur etwa 4 Richterkapazitäten zur Verfügung, jedoch können die Richteramtsanwärter und Richteramtsanwärterinnen doch eine wesentliche Unterstützung bieten, die insgesamt mit etwa zwei zusätzlichen Vollzeitkapazitäten bewertet werden kann. Für die **Einlaufbearbeitung** in Zivilsachen lassen sich daraus etwa **6 Vollzeitkapazitäten** errechnen.

Damit standen auch im Jahr 2011 für jeden/jede der **30 Berichterstatter/Berichterstatterinnen** in Zivilsachen jeweils nur etwas weniger als

0,20 Vollzeitkapazitäten für die Einlaufbearbeitung zur Verfügung. Unter Berücksichtigung der Urlaube etc hat ein Richter des Evidenzbüros weniger als **5 Arbeitstage pro Monat**, um zum Akteneinlauf **eines Monats** eines Richters/einer Richterin des Obersten Gerichtshofs Recherchen anzustellen.

Insgesamt fallen pro Jahr in Zivilsachen etwa **2.800** Akten an. Davon gingen durch den (durch die geringen Kapazitäten erzwungenen) häufigen Verzicht auf Einlaufbearbeitung in Fachsachen im Jahr 2011 **nur 1.959** Akten im Rahmen der Einlaufbearbeitung durch das Evidenzbüro. Dazu kommen noch 87 sogenannte vertiefte Einlaufbearbeitungen („Sonderaufträge“), die im Wesentlichen im Rahmen der Kooperationen mit den Universitäten abgewickelt werden. Durch diese mit der Universität Wien, der Wirtschaftsuniversität Wien, der Johannes Kepler Universität Linz, der Universität Salzburg, der Universität Graz und zuletzt (2011) der Universität Innsbruck abgeschlossenen Kooperationsvereinbarungen wird der wesentliche Bereich der arbeitsintensiven Sonderaufträge abgedeckt.

Etwa 434 Akten der 1.959 Akten wurden in Sonderreferaten für „Familienrecht“ und „Bestandsachen (Kündigungsstreitigkeiten)“ - teilweise mit Unterstützung durch Richteramtsanwärter/ Richteramtsanwärterinnen - behandelt. Für die normale Aktenbearbeitung verblieben noch rund 1525 Akten.

Insgesamt stehen für die Einlaufbearbeitung in Zivilsachen für diese **1.525** Akten 5 Vollzeitkapazitäten (die sechste wird im Wesentlichen für die Sonderreferate eingesetzt) und damit ca 1.100 „Manntage“ (8.800 Arbeitsstunden) bereit. Angesichts des über die normale Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitseinsatzes werden insgesamt etwa 9.500 Arbeitsstunden aufgewendet. Das bedeutet einen Arbeitseinsatz von ca 6,5 Stunden pro Akt (1 Stunde Aktenstudium, **5,5 Stunden Recherche** und **schriftliche Zusammenfassung**).

2.1.2. Weiterentwicklung

Ziel sollte es jedenfalls sein, alle Akten, also auch die bisher noch nicht bearbeiteten etwa weiteren 850 Akten zu erfassen. Für jede Recherche müssten zumindest die derzeitigen rund 6,5 Stunden zur Verfügung stehen (wünschenswert wäre wohl letztlich 1 Arbeitstag, also 8 Arbeitsstunden). Schon bei bloß 6,5 Stunden ergibt sich bei der Bearbeitung aller Akten ein zusätzlicher Bedarf von 3 Planstellen (850 x 6,5 Stunden = 5.525 Stunden : 8 Arbeitsstunden täglich ca 690 „Manntage“; 220 „Manntage“/Jahr = ca 3 Richterplanstellen).

So wie es auch bei anderen Höchstgerichten international üblich ist (Deutscher Bundesgerichtshof - Zivilsenat drei, Strafsenat zwei wissenschaftliche Mitarbeiter) sollte auch

beim Obersten Gerichtshof zumindest pro Zivilsenat (1-10) im Evidenzbüro eine Richterplanstelle zur Verfügung stehen. Die zunehmende Komplexität der Rechtsfragen und die internationalen Verschränkungen haben die Bedeutung der Unterstützung der Berichterstatterinnen und Berichterstatter erhöht. Hinzu kommt, dass die Verwendung beim Evidenzbüro auch einen erheblichen Wert für die Aus- und Fortbildung der jungen Richter und Richterinnen hat.

Es wären also 10 Richter für die Betreuung der Zivilsenate sowie weitere 4 Richter (Strafrechtsbereich, Sonderreferate, Betreuung der EDV und gewisser administrativer Fragen) insgesamt also 14 Richterplanstellen erforderlich. Ausgehend von der derzeitigen Systemisierung von 9 Richterplanstellen und unter der Annahme, dass weiter 4 Richteramtsanwärter regelmäßig zugeteilt sind, was etwa zwei weiteren Kapazitäten entspricht, ist also ein **Bedarf nach 3 weiteren** Richterplanstellen gegeben.

3. Sonstige Maßnahmen

Die Kooperation mit den Universitäten hat sich grundsätzlich sehr bewährt und wurde ausgeweitet.

Im Hinblick auf die häufig wechselnden Mitarbeiter (ca 62 „Dienstantritte“ bzw Beendigungen) durch den zusätzlichen Einsatz von Richteramtsanwärtern waren die verschiedenen **Leitfäden** (Einlaufbearbeitung, Rücklaufbearbeitung), in denen die Arbeitsabläufe im Evidenzbüro zusammengefasst werden, sehr wesentlich und hilfreich. Diese wurden auch 2011 aktualisiert und überarbeitet.

Ferner wurden im Rahmen der Kooperationsvereinbarungen zu gewissen **Schwerpunkthemen** („Anlegerprozesse“) auch allgemeine Übersichten, insbesondere über die bereits vorhandene Judikatur, erstellt und für alle Richter zugänglich gemacht. Dies soll im Rahmen der vorhandenen Ressourcen fortgesetzt werden.

4. Geschäftsgang im Rahmen der Auslaufbearbeitung

(§ 14 Abs 1 und 2 OGHG – RIS)

4.1. Statistik

Die Bedeutung der Tätigkeit des Evidenzbüros bei der Auswertung der OGH-Entscheidungen für das RIS zeigt sich schon aus der Anzahl der **Zugriffe** auf die Datenbank. Diese lag **2010** bei über **27 Millionen**, **2011** schon bei **32 Millionen**.

Im Jahr 2011 wurden in Zivilsachen aufgrund der Entscheidungen in 2.528 Akten

insgesamt (einschließlich Gleichstellungen) 9.915 (2010: 7.419) Ergänzungen der Rechtssatzdatei vorgenommen, davon waren 546 (2010: 528) neue Rechtssätze.

In Kartellrechtssachen wurden aufgrund der Entscheidungen in 6 Akten insgesamt 33 Dateiergänzungen vorgenommen, davon 9 neue Rechtssätze.

Senate	Akten gesamt	rsi	davon rsn	rsn-Akten
1	259	786	22	22
2	232	1.081	124	58
3	246	1.035	42	31
4	217	1.065	42	37
5	253	1.390	50	41
6	270	904	44	34
7	247	908	35	23
8	262	964	65	50
9	230	820	54	47
10	280	695	45	41
17	32	267	23	13

In Strafsachen wurden aufgrund der Entscheidungen in 852 Akten insgesamt (einschließlich Gleichstellungen) 2.429 (2010: 1.397) Ergänzungen der Rechtssatzdatei vorgenommen, davon waren 187 (2010: 102) neue Rechtssätze.

Senate	Akten gesamt	rsi	davon rsn	rsn-Akten
11	169	470	13	12
12	185	443	44	27
13	161	500	42	21
14	168	318	10	4
15	169	698	78	45
Senate gesamt	852	2.429	187	109

Die Rechtssatzdatei des RIS-Justiz umfasste Ende 2010 126.325 und per Ende 2011 127.291 Datensätze. Im RIS standen Ende 2010 65.814 und Ende 2011 69.416 kategorisierte OGH-Entscheidungen im Volltext zur Verfügung.

Die über den Neuanfall hinausgehende Steigerung der im RIS erfassten Entscheidungen ist auch darauf zurückzuführen, dass der Oberste Gerichtshof systematisch Entscheidungen

rückerfasst und damit für die Nutzer über das RIS erleichtert zugänglich macht. Darüber hinaus werden zunehmend auch bei älteren Entscheidungen die Fundstellen (Veröffentlichungen) unmittelbar bei den Entscheidungstexten im RIS ausgewiesen.

4.2. Sonstige Veränderungen im RIS

Die **Übersichtsdokumente** im RIS-Justiz enthalten jeweils eine inhaltliche Gliederung zu einer bestimmten Rechtsvorschrift. Die in einem Übersichtsdokument festgelegte Gliederung ist für die inhaltliche Zuordnung der Rechtssätze zur betreffenden Norm maßgeblich. Die zu einer Norm indizierten Rechtssätze weisen im Normenfeld nach der Normbezeichnung mindestens eine Gliederungsbezeichnung auf, den so genannten Deskriptor. Dieser Umstand ermöglicht es, RIS-Abfragen zu derartigen Bestimmungen in Bezug auf inhaltliche Kriterien näher zu spezifizieren. Alle Rechtssätze zu einer Norm mit einer Gliederungsübersicht müssen zumindest einen auf diese Norm bezogenen Deskriptor aufweisen. Die Übersichtsdokumente des RIS sollen entsprechend den inhaltlichen Erfordernissen erweitert und modifiziert, vor allem aber Bestimmungen mit einer großen Zahl schon dazu indizierter Rechtssätze im Rahmen von Übersichtsdokumenten und Deskriptoren untergliedert werden. Ein solcher Gliederungsbedarf hat sich im Laufe der Jahrzehnte für verschiedene Bestimmungen ergeben. Im Rahmen eines Projektvertrags wurde die Neugliederung von Bestimmungen der Exekutionsordnung mit oft weit über 200 Rechtssätzen beauftragt.

Eine wesentliche Grundlage für die Erfassung im RIS stellt der **Leitfaden** für die Rücklaufbearbeitung dar. Dieser wird auch immer wieder aktualisiert.

Die Änderungen der Arbeitsabläufe im Evidenzbüro, die durch die **Direktzustellung** von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs erforderlich waren, haben sich bewährt. Die Direktzustellung hat eine wertvolle Beschleunigung der Aufnahme neuer Entscheidungen in das RIS gebracht.

Seit einigen Jahren werden vom Evidenzbüro auch verstärkt die Entscheidungen des **EGMR im RIS dokumentiert**. Im Rahmen der Kooperation mit dem Österreichischen Institut für Menschenrechte wurden auch 2011 wieder viele Entscheidungen neu erfasst. Insgesamt sind damit bereits mehr als 1000 Entscheidungen des EGMR in über 1.200 Rechtssätzen über die Datenbank RIS-Justiz dokumentiert. Teilweise erfolgte die Aufarbeitung auch im Rahmen einer Kooperation mit der Wirtschaftsuniversität Wien, bzw. ab Mitte des Jahres 2011 mit dem Österreichischen Institut für Menschenrechte. Weitgehend konnten dadurch auch bereits klare

Strukturen für die Untergliederung einzelner Artikel der EMRK geschaffen werden („Übersichtskarten“).

Die EDV technische Betreuung des RIS wird durch den RIS-Beauftragten Ri.d.EB Dr. Stromberger selbstständig und mit großen Engagement und Erfolg in Zusammenarbeit mit HRd.OGH Dr. Hopf wahrgenommen.

Ein positiver Befund für das Interesse am RIS liegt neben der Steigerung der Zugriffe um ca 15 % auch in der gesteigerten Nachfrage nach den vom Rid.EB Dr. Stromberger durchgeführten **Schulungen** für das RIS.

5. Räumliche Unterbringung

Die Unterbringung der richterlichen Referenten und Referentinnen wie auch der nichtrichterlichen Bediensteten ist stark beengt. Die räumliche Nähe ist für die tägliche Zusammenarbeit gerade bei einem häufig wechselnden Team vorteilhaft. Es ist sehr erfreulich, dass im räumlichen Verbund mit dem Evidenzbüro in einem der Vorräume neue Arbeitsplätze eingerichtet werden konnten.

6. Sonstiges

Durch das Suchprogramm Omnifind können im EB-Ordner Einlaufbearbeitungen alle Dateien durchsucht werden. Es können damit alle anfallenden Akten, für die entsprechende Datensätze angelegt werden, gefunden werden. Die Gefahr von divergierenden Entscheidungen in parallel laufenden Akten in verschiedenen Senaten wird reduziert.

Abschließend ist festzuhalten, dass alle Mitarbeiter des Evidenzbüros ihre Arbeit besonders sorgfältig und im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten verzögerungsfrei verrichten. Jeder trägt zum sehr positiven Arbeitsklima bei und ist sich der Bedeutung der Tätigkeit und der Verantwortung bewusst. Auch die Universitäten schätzen die Möglichkeit, im Rahmen der Kooperationsvereinbarungen zu praktisch relevanten aktuellen Problemstellungen Recherchen durchführen zu können.

X. Tätigkeit der Zentralbibliothek

1.) Bibliothekskommission 2011:

Vorsitzender:	Hofrat des OGH Dr. Manfred VOGEL
Stellvertreter und Mitglied:	Senatspräsident des OGH Dr. Georg HRADIL
Weitere Mitglieder:	
Strafsachen	Senatspräsident des OGH Dr. Thomas PHILIPP
	Hofrat des OGH Dr. Michael SCHWAB
Zivilsachen	Hofrat des OGH Dr. Christoph BRENN
	Hofrat des OGH Hon.-Prof. Dr. Matthias NEUMAYR
Ersatzmitglieder:	Hofrat des OGH Dr. Herbert HOPF
	Hofrätin des OGH Mag. Eva MAREK
	Hofrat des OGH Mag. Jörg ZIEGELBAUER

2.) Bibliothekspersonal 2011:

Verwaltungsdienst:	
Leiterin:	VB v2 Gabriele SVIRAK
Stellvertreter:	VB v2 Katharina WIESNER VB v3 Brigitte MOCK VB v4 Karin HÖDL (Schreibdienst)
Lesesaaldienst:	FOI Gerhard PUSTERHOFER VB v4 Anita HAMMER VB v4 Birgit LUTTENBERGER

Im Berichtsjahr stand mir VB Birgit Lutzenberger im Lesesaal zur Verfügung.

Zusätzlich musste sie als eingeschulte Einlaufstellenvertretung bei Bedarf in der Einlaufstelle einspringen.

VB Brigitte MOCK arbeitete 20 Wochenstunden, aufgeteilt auf 2 1/2 Arbeitstage pro Woche (Dienstag - Donnerstag).

3.) Buchbestand:

Anfangsbestand 2011:	129.998 Bände
Zuwachs:	
a.) Einzelwerke	3.070 Bände
b.) Periodika	732 Bände
	<u>3.802 Bände</u>
	133.800 Bände
ausgeschieden	<u>2.030 Bände</u>
Endbestand 31.12.2011	<u>131.770 Bände</u>

4.) Bibliotheksausgaben:

Im Berichtsjahr langten 1.328 Rechnungen über einen Gesamtbetrag von insgesamt 368.469,19 EUR ein und wurden der Buchhaltungsagentur zur Zahlungsanweisung weitergeleitet.

Davon entfielen:

a.) auf Neuanschaffungen (4570-000)	157.253,68 EUR
b.) auf vertragliche Verpflichtungen (Abonnements, Fortsetzungswerke, Loseblattausgaben) (4570-000)	206.579,04 EUR
c.) Buchbindeaufträge (7290-013)	4.636,47 EUR

5.) Bibliotheksorganisation:

Im Jahre 2011 wurde durch den Wertkartenkopierer von auswärtigen Bibliotheksbesuchern ein Gesamtbetrag von EURO 5.841,15 eingenommen und in den jeweiligen Teilbeträgen, gemeinsam mit den Kassablöcken, bei Frau Michaeler abgegeben.

Die Einnahmen an Privatkopien (inkl der aus dem Aktivstand ausgeschiedenen

Bibliotheksbenutzer zum Preis von 0,10 EUR pro Seite) betragen 384,00 EUR.

Dieser Betrag wurde in den jeweiligen Monatsbeträgen an Frau Michaeler abgeliefert.

6.) Beständerschließung:

VB Luttenberger und VB Hammer waren im Berichtsjahr 2011 weiterhin bemüht, den Buchbestand IT-unterstützt rückwärts zu erfassen. Dies war allerdings nur durch Gewährung von jeweils 10 Überstunden pro Monat möglich.

Monatlich wurde an die Vorsitzenden und interessierten Mitglieder des Gremiums und der Generalprokurator eine systematisch geordnete Übersicht der Neuerwerbungen und Zeitschriftenaufsätze übermittelt.

Dieser „Neuerwerbungs- und Zeitschriftenspiegel“ wurde interessierten Bibliotheksbesuchern überlassen und auch an in- und ausländische Stellen versendet.

Ein Versand auf elektronischem Wege erfolgte an

- .) das Handelsgericht Wien
- .) z.Hd. Herrn Hofrat des OGH Univ.-Prof. Dr. Kodek (zur Weiterleitung an Interessierte)
- .) Juristische Fakultät Leibnitz Universität Hannover
- .) Universität Johannesburg - Südafrika
- .) diverse Anwaltskanzleien auf speziellen Wunsch
- .) Interessierte im Hause
- .) Universität Wien

Dadurch vermehrten sich die Anfragen und Ersuchen durch Gerichte, Behörden und Bibliotheken um Übersendung von Kopien bzw Telefaxsendungen.

Wien, am 14. März 2012

Dr. Ratz