

Mittelbare Geltendmachung der Rechtswidrigkeit letztinstanzlicher Entscheidungen

ALFRED GROF

Wenngleich vor Fehlern¹⁾ niemand gefeit ist, bewegen sich doch die faktischen Konsequenzen rein rechtlicher Fehler – anders als solche in einem primär naturwissenschaftlichen Kontext – meist in erträglichen Grenzen. Zudem sind sie idR leichter vorhersehbar, sie lassen sich einfacher analysieren und va bestehen zahlreiche sogar explizit gesetzlich festgelegte Korrekturmodi. Weil sich ein Rechtssystem als umso komplexer erweist, je weiter seine Entwicklung bereits fortgeschritten ist, kann zugleich eine gewisse Sorglosigkeit in Bezug auf Fehlervermeidung konstatiert werden, zumal ein unangreifbarer Befund dahin, dass eine bestimmte juristische Handlungsweise zweifelsfrei fehlerhaft ist, schon zufolge der hermeneutisch bedingten Unbestimmtheit rechtlicher Normen nur eingeschränkt möglich ist. Um solche Zweifel zu beseitigen, braucht es somit Letztinstanzen, deren (eigentlich: Einzelfall-) Entscheidungen effektiv eine generelle (iS von gesetzgleiche) Verbindlichkeit zukommt – wobei eine derartige Formalkompetenz freilich keine Fehlerlosigkeit zu garantieren vermag.

Lässt ein Betroffener unter solchen Rahmenbedingungen die ihm gesetzlich eingeräumten Chancen zur Fehlerfolgenbeseitigung ungenutzt, dann verdrängt die Rechtssicherheit das Prinzip der Fehlerlosigkeit (Richtigkeit, Rechtmäßigkeit), dem jede staatliche Entscheidung an sich verpflichtet ist: Ungeachtet dessen, ob also ein Bescheid oder ein Urteil bloß möglicherweise oder sogar ganz offensichtlich falsch ist – ein solcher Vollzugsakt wird, weil und soweit es sich um eine verbindliche individuelle Norm²⁾ handelt, rechtskräftig und damit unabänderlich, was im Endeffekt einer „Einzementierung“ des Fehlers gleichkommt:³⁾ Denn dann bedürfte es schon eines übergeordneten, nämlich gesetzgeberischen Aktes, um solche Unrichtigkeiten ex post noch beseitigen zu können.⁴⁾ Lässt man Sonderkonstellationen (wie zB außerordentliche Rechtsmittel)⁵⁾ beiseite, stellt sich an diesem Punkt aber folgende Frage: Gelten die vorgenannten Prinzipien auch (bzw sogar erst recht) in Bezug auf 1. letztinstanzliche und zugleich 2. fehlerhafte Entscheidungen?

1. Letzt- bzw oberstinstanzliche Individualnormen sind systematisch dadurch qualifiziert, dass sie keinem devolutiven Rechtszug unterliegen, dh, dass sie weder von einer übergeordneten Institution direkt abgeändert werden können noch vom ursprünglichen Normsetzer mittelbar, nämlich in Bindung an die abweichende Rechtsmeinung der übergeordneten Einheit, modifiziert werden müssen. Somit sind etwa die Entscheidungen der (sog „erstinstanzlichen“) Verwaltungsgerichte trotz des Umstands, dass diese mit ihrer Erlassung (gleichsam „entelechisch“) in Rechtskraft erwachsen, nicht als letztinstanzlich zu qualifizieren, während Gegenteiliges für jene Erledigungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit gilt, hinsichtlich deren ein

Rechtszug zum OGH ausgeschlossen ist. Letztinstanzliche Entscheidungen sind also hier vornehmlich, aber nicht ausschließlich solche der drei österr HöchstG, wobei diese typusbedingt jeweils auf einem spezifisch-eigenständigen, wechselseitig somit nur eingeschränkt analogiefähigen Verfahrensregime (ZPO, StPO, VfGG, VwGG etc) beruhen.

2. In aufgeklärt-säkularen, rechtsstaatlich verfassten Demokratien bedarf nicht die Fragestellung, ob letztinstanzlich-fehlerhafte Entscheidungen überhaupt möglich bzw denkbar sind,⁶⁾ einer Rechtfertigung; vielmehr ist zu überlegen, ob mit einer solchen Entscheidung jeweils auch ein konkretes Fehlerkalkül⁷⁾ einhergeht. Denn nur wenn und soweit (von gravierender und evidenter Fehlerhaftigkeit abgesehen) gesetzlich überhaupt entsprechende prozessuale Instrumente zur Fehlerbeseitigung vorgesehen sind, lässt sich – von gesetzgeberischen Korrekturmöglichkeiten abgesehen – auch eine rechtskräftige letztinstanzliche Entscheidung in rechtmäßiger Weise wieder richtigstellen.

Unzweifelhaft ergehen tatsächlich (nicht zuletzt dem Druck zu kürzerer Verfahrensdauer geschuldet) auch fehlerhafte letztinstanzliche Entscheidungen, wobei auf dieser Ebene wesentlich deutlicher als bei Erledigungen der Vorinstanzen ein spezifisches Bemühen darum, deren Anzahl möglichst gering zu halten, nicht zuletzt dem Aspekt der Sicherung und Bewahrung von eigener Souveränität und Autorität dient. Zwecks Vermeidung eines zu hohen Abstraktionsgrads und mit

Dr. Alfred Grof ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichts des Landes Oberösterreich in Linz.

- 1) „Fehler“ bedeutet hier eine insofern falsche Handlungsweise, als bei gehöriger Aufmerksamkeit das Tun durchaus als falsch erkannt werden würde (im Gegensatz zum „Irrtum“, bei dem in der subjektiven Überzeugung, das Richtige zu tun, objektiv falsch gehandelt wird).
- 2) Der Änderung von nicht-förmlichen letztinstanzlichen Erledigungen steht keine Rechtskraftwirkung entgegen, sodass solche Fehler jederzeit von Amts wegen korrigiert werden könnten; bedauerlicherweise unterbleibt Derartiges idR va im Interesse der Pflege des Mythos der Unfehlbarkeit.
- 3) Vgl schon *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Neudruck 1969) 194; zu gravierenden und evidenten Fehlern, die zur Annahme eines Nichtakts führen, vgl *Winkler*, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten (1960) 19.
- 4) Wobei dem einfachen Gesetzgeber unter Beachtung des Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzips selbst ein rückwirkender Eingriff in sog „wohlerworbene Rechte“ nicht verwehrt ist (zB VfGH 23. 6. 2014, B 1081/2013).
- 5) Das sind solche, die nur unter besonderen Bedingungen zur Verfügung stehen (*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² [1986] 688), wie zB Wiederaufnahme oder Wiedereinsetzung.
- 6) Selbst in der katholischen Kirche wird heute die erkenntnistheoretische Unhaltbarkeit des Dogmas der päpstlichen Unfehlbarkeit nicht mehr ernsthaft bezweifelt; vgl zB *Rähme*, Wahrheit, Begründbarkeit und Fallibilität (2010) 95, und *Küng*, Unfehlbar? – eine Anfrage (1970).
- 7) Dazu *Merkel*, 196, FN 3.

Blick auf die Diversität und Komplexität der je in Betracht kommenden Verfahrensnormen soll das Grundsatzzproblem im Folgenden beispielhaft anhand der Frage der fehlerhaften Zurückweisung einer Revision illustriert werden, dh: Es soll – auch wegen der zumindest insoweit strukturellen Ähnlichkeit der maßgeblichen prozessualen Bestimmungen⁸⁾ – angenommen werden, dass der OGH bzw der VwGH das essentielle Zulässigkeitskriterium des Nichtvorliegens einer grundsätzlichen Rechtsfrage unzutreffend beurteilt haben. Der Verdacht einer diesbezüglichen Fehlbeurteilung kann sich nämlich va dann ergeben, wenn die Revisionszurückweisung unter Heranziehung des § 510 Abs 3 ZPO ohne jegliche Begründung erfolgte, und zwar erst recht, wenn die Frage der Zulässigkeit der Revision schon seitens der Vorinstanz nicht hinreichend begründet wurde.⁹⁾

Abgesehen davon, ob § 510 Abs 3 ZPO überhaupt mit dem verfassungsrechtlichen Fairnessgebot des Art 6 EMRK, das Geltung für jegliches (also auch für ein höchstgerichtliches) Verfahrensregime beansprucht, vereinbar ist, könnte seitens des VwGH eine autonom-amtswegige Korrektur der fehlerhaften Zurückweisung einer Revision bspw so erfolgen, dass § 68 AVG¹⁰⁾ oder § 62 Abs 4 AVG¹¹⁾ analog herangezogen wird (§ 62 Abs 1 VwGG). Demgegenüber ist der OGH auf die Korrektur von Schreib- und/oder Rechenfehlern oder anderen offenbaren Unrichtigkeiten beschränkt (§ 419 ZPO; § 270 StPO). In der höchstgerichtlichen Praxis werden derartige Ex-offo-Korrekturen gelegentlich (va bezügl Verfahrenskosten, Zustellverfügungen etc) auch tatsächlich vorgenommen.

Hingegen kommt den Prozessparteien sowohl vor dem VwGH als auch vor dem OGH weder ein subjektives Recht auf ein amtswegiges Einschreiten noch ein Rechtsanspruch darauf zu, aus eigener Initiative eine direkte Fehlerkorrektur zu erwirken. Mangels gesetzlichen Fehlerkalküls können insoweit nur – aber immerhin – va folgende mittelbare Rechtsbehelfe, insb im Hinblick auf eine zumindest vermögensrechtliche Genugtuung, in Erwägung gezogen werden:

■ **Amtshaftungsklage:** Eine solche kommt nur in Betracht, soweit der Ersatzanspruch nicht aus einer höchstgerichtlichen Entscheidung abgeleitet wird (§ 2 Abs 3 AHG). Sie muss also gegen eine letztinstanzliche Erledigung eines sonstigen Gerichts oder einer (auch obersten) Verwaltungsbehörde gerichtet sein, gegen die vom Betroffenen – zB mangels Parteistellung – keine Beschwerde iSd § 2 Abs 2 AHG erhoben werden konnte (zB: Gemeinde erteilt Baubewilligung, mit der objektivrechtliche Bauvorschriften gröblich missachtet werden, sodass dem Nachbarn daraus ein Schaden entsteht). Außerdem darf eine gegen eine solche Entscheidung erhobene Revision vom OGH nicht zurückgewiesen worden sein.¹²⁾ Insoweit drängt sich freilich zugleich die Frage auf, ob das (vordergründig bestechende, methodisch jedoch in sich widersprüchliche)¹³⁾ Argument, dass so eine De-facto-Überprüfung der Zurückweisungsentscheidung des OGH durch ein untergeordnetes Gericht – und damit ein gleichsam „infiniter Rechtsmittelregress“ – verhindert werden

soll, hinreicht, um eine solche Regelung als sachgerecht iSd Art 7 B-VG bzw als fair iSd Art 6 EMRK erscheinen zu lassen.

■ **Klage gem Art 137 B-VG:** Mit dieser Auffangklausel werden Fallkonstellationen erfasst, in denen sich vermögensrechtliche Ansprüche weder im ordentlichen Rechtsweg noch im Verwaltungsverfahren geltend machen lassen. Da zB Staatshaftungsansprüche – das sind solche, die ihre Grundlage in einer fehlerhaften Anwendung des Unionsrechts durch nationale HöchstG haben – auf diese Bestimmung gestützt werden können,¹⁴⁾ lässt sich zu der hier interessierenden Konstellation zwanglos insoweit eine Analogie herstellen, als auch die Zurückweisung einer Revision – im Gegensatz zur Schuldhafteit der Rechtsverletzung als Voraussetzung einer Amtshaftungsklage – (wenngleich fehlerhaft, so doch) schuldlos¹⁵⁾ erfolgt sein kann. Im Lichte der bisher zu Art 137 B-VG ergangenen Judikatur kommt die Dienstbarmachung dieser Anspruchsgrundlage für einen pekuniären Ausgleich somit va dann und insoweit in Betracht, als sie nicht als zivilrechtlicher Schadenersatz, sondern vielmehr als ein im öffentlichen Recht wurzelnder Entschädigungsanspruch qualifiziert wird. Dafür spricht auch, dass nicht die Eliminierung einer letztinstanzlichen Entscheidung, sondern nur ein Ausgleichsinstrumentarium mit der Funktion intendiert wird, insb bei einem rechtswidrigen Eingriff in das Eigentumsrecht (Art 1 des 1. ZPMRK) die durch Art 13 EMRK geforderte Effektivität der Beseitigung der vermögensrelevanten Konventionsverletzung si-

8) In 1618 BlgNR 24. GP 16 ist sogar explizit festgehalten, dass sich „das – dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bisher fremde – Revisionsmodell (...) an der Revision nach den §§ 500ff ZPO orientieren“ soll.

9) Anschaulich *Wilhelm*, *ecolex* 2016, 1128, zu OGH 29. 10. 2014, 7 Ob 160/14a, einerseits und 13. 10. 2016, 7 Ob 167/16h, andererseits, wobei der OGH in stRsp (zB 11. 9. 2007, 1 Ob 159/07 z) davon ausgeht, dass eine auf einer unvertretbaren Rechtsauffassung basierende vorinstanzliche Entscheidung stets eine erhebliche Rechtsfrage verkörpert, die im Wege einer Sachentscheidung zu erledigen ist, während demgegenüber mit einer Zurückweisung der Revision durch den OGH zugleich zum Ausdruck gebracht wird, dass die unterinstanzliche Entscheidung jedenfalls auf einer vertretbaren Rechtsauffassung basiert.

10) Betrifft rein begünstigende oder solche Entscheidungen, aus denen eine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder schwerer volkswirtschaftlicher Schaden resultieren.

11) Betrifft bloße Schreib- und Rechenfehler.

12) Nach OGH 11. 9. 2009, 1 Ob 159/07 z, ist ein Amtshaftungsanspruch aus Anlass einer höchstgerichtlichen Entscheidung nämlich nur dann nicht ausgeschlossen, wenn der OGH verfahrensrechtlich schon a priori daran gehindert war, die für das Amtshaftungsverfahren relevanten Fragen vollumfänglich zu prüfen; Derartiges liegt jedoch dann nicht vor, wenn eine Revision zurückgewiesen wurde, weil mit einem solchen Beschluss zugleich die Vertretbarkeit der vorinstanzlichen Rechtsauffassung unterstellt wird (so FN 9).

13) Ein Amtshaftungsanspruch ist nicht auf Beseitigung der fehlerhaften Entscheidung, sondern nur auf Geldersatz gerichtet, sodass dieser schon von vornherein nicht als ein reformatorisches Rechtsmittel zu qualifizieren ist, was aber systematische Voraussetzung für einen „infiniter Rechtsmittelregress“ wäre.

14) Vgl jüngst wiederum VwGH 23. 11. 2017, A 8/2017.

15) ZB, wenn eine der bisherigen OGH-Judikatur entsprechende Entscheidung infolge einer Gesetzesnovellierung und fehlender Übergangsbestimmungen rechtswidrig wird.

cherzustellen.¹⁶⁾ Freilich würde der VfGH so (allerdings bloß mittelbar) die Rechtmäßigkeit der Vorgangsweise der HöchstG (und damit allenfalls auch seiner eigenen!) – wie etwa die Frage, ob eine Revision vom OGH bzw vom VwGH fehlerhaft zurückgewiesen wurde – zu prüfen haben, doch ist dies ebenso wie in Staatshaftungsverfahren¹⁷⁾ keine Anomalie, sondern vielmehr europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben (dort va der EGRC, hier der EMRK) geschuldet.

- Ebenso wie bezüglich der Dienstbarmachung des Art 137 B-VG müssten vom Betroffenen allerdings in concreto auch bei einer Heranziehung anderer Instrumentarien zur (mittelbaren) Geltendmachung rechtswidriger letztinstanzlicher Entscheidungen – wie zB *EGMR-Beschwerde*;¹⁸⁾ *Strafanzeige*;¹⁹⁾ *Disziplinaranzeige*, *Aufsichtsbeschwerde*; *EuGH-Vorabentscheidung*²⁰⁾ – jeweils stets noch eingehendere prozessuale Detailüberlegungen angestellt werden.

3. Nochmals sei hervorgehoben, dass weder durch die singuläre Heranziehung einer der zuvor aufgezeigten Alternativen zur mittelbaren Folgenbeseitigung noch durch eine Kombination derselben eine Korrektur des Fehlers selbst – wie etwa die nachmalige Zulassung einer rechtswidrig zurückgewiesenen Revision – erreicht werden kann. Denn die Formel: „Rechtsstaat = Rechtsschutzstaat“ bedeutet nicht, dass von Verfassungen wegen keinerlei Rechtsschutzlücken bestehen dürften, wenngleich sich gerade

Ausmaß und Gewicht solcher Lücken naturgemäß als rechtspolitischer Gradmesser für die Berechtigung der Führung einer solchen Bezeichnung erweisen.²¹⁾ Andererseits kann aber zB allein schon das In-den-Raum-Stellen einer beabsichtigten Disziplinaranzeige gelegentlich Wunder wirken, quasi in Anlehnung an das bekannte Schachspiel-Motto: „Die Drohung ist stärker als die Ausführung“ ...

16) Vor allem iZm einer überlangen Verfahrensdauer hat der EGMR (zB 19. 10. 2017, 61086/14) wiederholt anerkannt, dass Geldersatz als ein adäquates Mittel zum Ausgleich einer Verletzung des Art 13 EMRK anzusehen ist.

17) Zur methodischen Unhaltbarkeit des Gegenarguments des „infiniten Rechtsmittelregresses“ s schon oben, FN 12.

18) Wegen fehlender Bindungswirkung, langer Verfahrensdauer und der vom EGMR exzessiv gehandhabten Ablehnungspraxis (vgl *Schöpfer*, Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, NLMR 2017, 307) handelt es sich hierbei de facto um einen idR ineffizienten Rechtsbehelf.

19) Eine Strafbarkeit wegen § 302 StGB scheidet idR schon wegen Nichtvorliegens der tatbildmäßig spezifisch geforderten Wissentlichkeit aus.

20) Ein solcher kann von den Gerichten nur von Amts wegen initiiert werden – den Verfahrensparteien kommt kein diesbezüglicher subjektiv-öffentlicher Rechtsanspruch zu.

21) Nach eigener Selbstdarstellung geriert sich zB gegenwärtig auch die Türkei offiziell weiterhin als Rechtsstaat; vgl dazu aber *Lahodynky*, Das Justizsystem in der Türkei funktioniert nicht mehr, <https://www.profil.at/shortlist/ausland/tuerkei-deniz-yuecel-freilassung-9209544> (Stand: 2. 3. 2018).

Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung

MARCUS W. A. SONNBERGER

A. Konzept der Darstellung

Wie bereits zuvor,¹⁾ werden im Folgenden die Berichte zu interessanten Klauseln aus der jüngeren Rsp zur AGB-Kontrolle fortgesetzt – dieses Mal zur E des OGH 6 Ob 228/16 x.²⁾ Die Beiträge verstehen sich als reflektierende Berichte für die Praxis; der Fußnotenapparat wird auf einem Minimum gehalten. Die Gliederung folgt einzelnen Themengruppen, die vom Verfasser gebildet werden. Bei Erscheinen weiterer interessanter E sollen sie ihre Fortsetzung finden.

B. Zulässige Erklärungsfiktion vs unzulässige Beweislastverschiebung

In der E 6 Ob 228/16 x hatte sich der OGH mit folgender Klausel (3) zu beschäftigen: „Der Kunde hat Erklärungen des Kreditinstitutes, die sich nicht auf Zahlungsdienste beziehen, wie zB Bestätigungen von erteilten Aufträgen zu Finanzinstrumenten und Anzeigen über deren Ausführung und Abschlussbestätigungen, Auszüge, Rechnungsabschlüsse und Depotaufstellungen auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit zu

überprüfen und etwaige Einwendungen unverzüglich zu erheben. Gehen dem Kreditinstitut gegen diese Erklärungen innerhalb von zwei Monaten keine schriftlichen Einwendungen zu, so gelten die Erklärungen des Kreditinstitutes als genehmigt und trifft den Kunden die Beweislast für die Unrichtigkeit allfälliger Erklärungen des Kreditinstitutes. Das Kreditinstitut wird dem [sic] Kunden jeweils bei Beginn der Frist auf diese Bedeutung seines Verhaltens hinweisen.“

Zu beginnen ist hier mit der E des verstSen 1 Ob 27/01 d,³⁾ wonach einem Saldoanerkenntnis aufgrund Unterlassens einer von AGB geforderten fristgebundenen Reklamation gegen Rechnungsabschlüsse in der Regel nur deklarative Wirkung zukommt; ein konstitutives Anerkenntnis ist nur dann anzunehmen, wenn damit im konkreten Fall in der Tat ein ernstlicher Streit (oder Zweifel) beigelegt

Dr. Marcus W. A. Sonnberger ist Rechtspraktikant im Sprengel des OLG Linz.

1) Zuletzt *Sonnberger*, Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung, *ecolex* 2018, 15.

2) ÖBA 2018/2423, 60.

3) *ecolex* 2001, 602 (*Wilhelm*).