

che betreffende Klausel des Vertrags zu berufen, da in einem solchen Fall die anwendbare nationale Rechtsvorschrift außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie fällt.“

Diese Stellungnahme kommt weniger überraschend, als es den Anschein hat. Die Kommission arbeitet seit längerem gegen die obiter dicta zur Klauselersetzung: In ihren „Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“ wendet sie sich nach einer ausführlichen Schilderung der Rsp in einem eigenen Punkt der „Anwendung dispositiver Vorschriften in anderen Fällen“ als den vom EuGH bisher entschiedenen zu und hält fest: „Bisher ist der Gerichtshof nicht speziell auf die Frage eingegangen, ob dispositive Vorschriften des nationalen Rechts angewendet werden können, wenn die Aufhebung einer Vertragsklausel nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führt (beispielsweise Klauseln zu Sanktionen) und dies nicht impliziert, dass das nationale Gericht die missbräuchliche Klausel ‚ändern‘ muss. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass der Ansatz eines nationalen obersten Gerichts, das nach der Nichtigerklärung einer missbräuchlichen Vertragsklausel über Verzugszinsen nicht den gesetzlichen Zinssatz angenommen hat, mit der Richtlinie 93/13 vereinbar war. Der Gerichtshof hat jedoch nicht erklärt, dass dies nach der Richtlinie 93/13 erforderlich wäre. Die [...] erörterte Rechtsprechung könnte jedoch darauf hindeuten, dass dispositive Vorschriften nur dann zulässig sind, wenn der Vertrag ansonsten nichtig wäre.“<sup>45)</sup>

Große Entwicklungen warfen also ihre Schatten voraus. Jedenfalls bis zu einer Mitteilung des EuGH im Juni:<sup>46)</sup> Der EuGH teilt mit, dass er mit drei Richtern, ohne Verhandlung und ohne Schlussanträge entscheiden wird ...

#### D. Ausblick: Die unendliche Geschichte

Was den EuGH zu diesem überraschenden Schritt bewogen hat, ist noch nicht klar. Dass die so eindeutige Positionierung der Kommission einfach übergangen und das Verbot des Rekurses auf dispositives Recht einzementiert wird, ist schon deshalb kaum vorstellbar, weil damit die verbleibenden beiden bedeutsamen Vorlagen sehr lapidar vom Tisch gewischt werden müssten. Dass der EuGH in kleiner Besetzung erklärt, es sei alles ein schlimmes Missverständnis gewesen und dispositives Recht stehe natürlich zur Verfügung, ist freilich auch nicht zu erwarten. Dem weisen Ratschluss des EuGH kann man ohnehin nicht vorgreifen, zu befürchten ist, dass die bisher schon lange Geschichte zur unendlichen wird. Die ÖJZ wird berichten ...

45) Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI C 2019/323, 4 (43).

46) Einem der Autoren ist diese Mitteilung bekannt, weil er in dem Verfahren für eine Interessenvertretung beteiligt war.

# Kontrolle der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“

Von Eckart Ratz

ÖJZ 2022/145

Spätestens mit der Bezeichnung der „Staatsanwälte“ als „Organe der [seit BGBl I 2012/51] ordentlichen Gerichtsbarkeit“ durch BGBl I 2008/2 wird Weisungsbindung gegenüber einem obersten Organ der Vollziehung in der politischen Debatte als problematisch empfunden. Mit BGBl I 2015/96 wurde die Verantwortlichkeit des BMJ durch Einführung eines „Beirat[s] für den ministeriellen Weisungsbereich“ relativiert und parlamentarischen Konsequenzen nach Art 74 Abs 1, 76 (142) B-VG bei Compliance mit dessen – im Kollegium und amtsgeheim zustande kommenden – „Äußerungen“ faktisch entzogen. Dazu kommt die strukturelle Abschirmung auf solche „Äußerungen“ fußender Vorgänge gegenüber Befassung des OGH mit NBzWdG, weil ausgerechnet der Leiter der zu NBzWdG allein befugten GenProk den Vorsitz im „Weisungsrat“ führt. Während Jabloner feststellt, „dass die Öffentlichkeit die Funktionen der Justiz (im engeren Sinn) und der Gerichtsbarkeit unter Einschluss der Staatsanwaltschaft [...] nicht klar unterscheiden kann“,<sup>1)</sup> und mangelnde „funktionale Trennung [zwischen Richtern und Staatsanwältinnen]“ beklagt, scheint die Präsidentin (übrigens) der richterlichen Standesvertretung „Staatsanwält\*innen“ als „Rechtsprechungsorgane“<sup>2)</sup> zu begreifen und fühlen sich verantwortliche Politiker zur Garantie angeblicher „Unabhängigkeit“ für „Staatsanwälte“ bestimmt.<sup>3)</sup> Dabei behält das B-VG den Begriff „Rechtsprechung“ der „Ausübung [...] richterlichen Amtes“ vor<sup>4)</sup> und behauptet niemand im Ernst,

dass Staatsanwälte sich tatsächlich mit politisch motivierten Weisungen herumzuschlagen hätten.<sup>5)</sup> Nach § 1 StAG sollen StA „von den Gerichten unabhängig“ die „Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ wahren, von Gerichten also getrennt, dafür aber demokratisch verantwortlich sein. Neben den vorkonstitutionell auf den Geltungsbeginn des B-VG versteinerten „Anklagefunktionen“ des liberalen Strafprozesses wurde der StA im grundlegend neu gestalteten Ermittlungsverfahren allerdings in weitem Umfang – zuvor Richtern vorbehalten – Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber dem Bürger zugestanden, und was § 4 StPO „Anklagegrundsatz“ nennt, geht weit über den „Anklageprozess“ des Art 90 Abs 2 B-VG hinaus.<sup>6)</sup> Folglich musste durch Bezeichnung der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ die Zuständigkeit ordentlicher anstelle von Verwaltungsgerich-

1) Jabloner, Bewährungsfelder der richterlichen Unabhängigkeit, Festvortrag am „RichterInnentag 2021“, RZ 2022, 13 (17).

2) Matejka, Wind of change, RZ 2021, 265 (266); vgl dazu Ratz, „Unabhängigkeit“ der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Strafrechtssachen, JRP 2022, 117.

3) Art 90a (Art 7 Abs 3) B-VG; Amtsträgerinnen sind selbstverständlich mitgemeint.

4) Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 53 Rz 5.

5) Bierlein, Der Weisungsrat – „Weichensteller“ oder „Hemmschuh“? in FS Höpfel 213 (226), die es als langjährige Präsidentin der staatsanwaltlichen Standesvertretung wissen muss, spricht in ihrem Plädoyer für „Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaften“ von „allenfalls vermuteter politischer Einflussnahme“.

6) Eingehend Wiederin, WK-StPO § 4.

ten für die Kontrolle der „Staatsanwälte“ in „Ermittlungsfunktionen“ abgesichert werden. Da „Wahrung der Interessen des Staates“ jedoch Gemeinwohlverantwortung bedeutet, hat Art 90a B-VG die Bestandsgarantie der „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ mit dem Auftrag zur „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ verknüpft.<sup>7)</sup> „Was das Gemeinwohl erfordert, wird“ – so Wiederin – „durchwegs politisch entschieden, in den Weisungen der Verwaltungsspitzen an die untergeordneten Organe, durch parlamentarische Interpellation, durch Funktionsenthebung der Verwaltungsspitzen, durch Abstimmung an der Urne“ – und weiter: „Der Richter ist ausschließlich dem Gesetz unterworfen; ihm ist nicht das Gemeinwohl anvertraut.“<sup>8)</sup> Während also Art 87 Abs 1 B-VG „[d]ie Richter [...] in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig“ stellt,<sup>9)</sup> sollen „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ gerade nicht weisungsfrei sein. Die „erforderliche Unabhängigkeit“ für „[s]pezialisierte Behörden“, von der Art 20 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption auf der Ebene des Völkerrechts spricht, ist denn auch von der Unabhängigkeit in der „Rechtsprechung“ kategorisch verschieden und kann damit auch für einschlägig tätige VerwaltungsBeh umgesetzt werden. Dass (auch) die zur Korruptionsbekämpfung eingesetzten Staatsanwälte „ihre Aufgaben wirksam und frei von jedem unzulässigen Druck wahrnehmen [...] können“, wird auf unbestritten hohem Niveau durch § 29 Abs 3 zweiter Satz, § 29a Abs 3 StAG sowie § 23 Abs 1 a, § 66 Abs 1 Z 2, § 77 Abs 1, §§ 193ff StPO sichergestellt. In einem leistungswertigen Beitrag hat sich zuletzt Ziska für die staatsanwaltliche Standesvertretung ausdrücklich „zum System der Fachaufsicht und Weisungshierarchie“ bekannt, allerdings vorgeschlagen, dass „[d]ie externe Kontrolle der Arbeit der Staatsanwaltschaften [...] durch die unabhängigen Gerichte und nicht durch die Politik erfolgen [soll]“.<sup>10)</sup> Demnach wäre niemand mehr für die „Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ politisch, also demokratisch verantwortlich. Würde die Weisungsspitze – wie von der BMJ in Aussicht genommen – als Kollegialorgan eingerichtet, könnte persönliche Verantwortlichkeit dafür überhaupt nicht mehr ausgemacht werden.<sup>11)</sup> Ist jedoch – soweit ersichtlich – niemand in der Lage, auch nur eine einzige in den letzten Jahrzehnten erteilte, „politisch“ motivierte – gemeint: unsachliche – Weisung konkret zu benennen, obwohl diese angesichts der erwähnten gesetzlichen Rahmenbedingungen mühelos ans Tageslicht zu bringen wäre, geht es womöglich beim Wechsel der Führungsverantwortung von einer benennbar demokratisch verantwortlichen Person zu anonymen Funktionsträgern nur um einen symbolischen Akt der Aussöhnung – einen Sündenbock, den man in die Wüste schickt, um sich rationale Problembewältigung zu ersparen. Im Einzelfall den „Interessen des Staates“ widerstreitende subjektive Interessen von Ermittlungsverfahren betroffener Personen sollen ohnehin von unabhängigen Richtern geschützt werden. Politische Kontrolle aber zielt auf ganz anderes als Gerichtskontrolle! Worum es geht, ist der – im Ermittlungsverfahren besonders – weite Bereich des Einsatzes gebündelter Kräfte und sachgerechter Abwägung von Aufwand und Erfolgsaussichten – just das, was den Initiatoren des StPRefG die Verlagerung der Leitung des Vorverfahrens vom definitionsgemäß machtlosen, weil auf den Einzelfall beschränkten Gericht zu einer machtvollen Inquisitionsbehörde – gegen mahnende Kritik – vor wenigen Jahren noch als Methode der Wahl erscheinen hat lassen. Anders gewendet, lag ein wesentlicher Grund für den 2008 vollzogenen Paradigmenwechsel just darin, dass Staatsanwälte die von § 88 Abs 1 StPO idF vor BGBl I 2004/19 angeordnete Beschränkung ihrer „Vorerhebungen“ auf bloße Anfangsverdachtsprüfung zur Entscheidung über Einstel-

lung oder richterliches „Strafverfahren“ nicht ernst und das Steuerzielstrebig selbst in die Hand genommen haben. Da für die eigenständigen Nachforschungen der SicherheitsBeh justizförmige Kontrolle nicht vorgesehen war, konnte auch das – inzwischen vergessene – Schlagwort vom „einheitlichen Rechtsschutz“ verfangen. Im Verhältnis zur liberal geprägten „Sorge um Waffengleichheit im Strafprozess, mit der es unvereinbar erschien, dem Staatsanwalt Zwangsrechte über den Beschuldigten einzuräumen und dadurch ein Gewaltverhältnis des Anklägers über den Angeklagten zu begründen“<sup>12)</sup> wurde „das verfassungsrechtliche Effizienzprinzip“ von „Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“<sup>13)</sup> und die unmittelbare Wahrnehmung der „Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ zum Dreh- und Angelpunkt, damit aber auch die Führung einzelner und der StA insgesamt. Dass diese „nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden [darf]“, ist kein Spezifikum für StrafverfolgungsBeh (Art 18 Abs 1 B-VG).<sup>14)</sup> Dort allerdings sind strukturelle Defizite – und sei es auch nur in der Akzeptanz von der Verfassung eingemahnter interner Kontrolle – mittlerweile kaum zu übersehen.<sup>15)</sup> Für die BMJ sind vornehmlich „Kommentare zu staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren und von Gerichten bewilligten Zwangsmaßnahmen“ dafür verantwortlich, „dass die Justiz [...] bei der Bevölkerung an Vertrauen verloren hat.“<sup>16)</sup> Die Frage ist, ob die als „zweifelsohne ein Hauptgrund“ für den Vertrauensverlust ausgemachten Kommentare zutreffen, und wenn ja, ob mangelnde Dienstaufsicht und gegebenenfalls wer dafür verantwortlich, ob Führung oder „Unabhängigkeit“ der „Staatsanwälte“ angesagt ist. Dass Führung ohne – wenngleich kritischen – Respekt gegenüber Führungsorganen nicht funktionieren kann, weiß jeder. Für den nötigen Respekt zu sorgen, ist in der Tat vornehmste Aufgabe der Weisungsspitze. Ansonsten aber geht es um Begriffe wie steil oder flach, bewegliche oder instanzenförmige Ausprägung, nicht zuletzt um Effizienz, damit eben nicht „fallweise bis zu zwölf Juristen: Juristinnen mitwirken“, wie Ziska es auf den Punkt gebracht hat. „Instanzen“ (Art 94 B-VG) sind übrigens der fehlenden Weisungsbindung der Richter (Art 87 B-VG) und keineswegs dem ausgewogenen Verhältnis von Aufwand und Erfolg geschuldet. Wo es nicht um grundrechtsbedingt starr organisierte Gerichte samt fester Geschäftsverteilung geht, kommt als Erfolgsrezept das richtige Verhältnis flexibler Reserven und gebundener Teile ins Spiel. Auch könnte es sich lohnen, das dem BMJ<sup>17)</sup> in die Hand gegebene, dort völlig brachliegende Potential der NBzWdG zur höchstgerichtlichen Vorabklärung nutzbar zu machen,<sup>18)</sup> womöglich sogar das bestehende Monopol zu einem echten Kooperationsmodell aufzubrechen, um rechtsstaatliche checks and balances durch eine gleichartige Befugnis bei der Weisungsspitze der KriminalPol einzurichten. Schlag-

7) Vgl Thienel, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, in GS Walter 819 (831).

8) Wiederin, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzelchner 741 (753f).

9) Instrukтив Piska in Korinek/Holoubek (Hrsg.), B-VG Art 87/1–2.

10) Ziska, Staatsanwälte: Staatsanwältinnen außer Kontrolle? RZ 2022, 121 (122).

11) Kollegiale Zuständigkeiten in der EU sind fehlender demokratischer Rückbindung geschuldet und daher nur bei flüchtigem Hinsehen vergleichbar.

12) Vgl Wiederin, WK-StPO § 4 Rz 47, unter Berufung auf Binding, Strafrechtsprinzipien 198, und Glaser, Handbuch I 30.

13) Grabenwarter/Frank, B-VG Art 126b Rz 9.

14) Instrukтив Wiederin, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28.

15) Vgl Ratz, Aktuelle Rechtsprobleme des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2021, 772; ders, Beweiswürdigung im Ermittlungsakt und Sicherstellung ohne Kriminalpolizei und durch Sachverständige, ÖJZ 2022, 58.

16) Zadić, Grußbotschaft beim RichterInnenstag 2022, RZ 2022, 8.

17) Ausdrücklich § 23 Abs 1 StPO.

18) Vgl Ratz, Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren, ÖJZ 2016, 592.

zeilenträchtig ist das allerdings nicht, weil es die Mühen der Ebene meint, nicht den glorreichen Gipfelsieg, mag diesem auch der Abstieg folgen. Wenn „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ ohnehin wie Gerichte agieren und nur von Gerichten kontrolliert werden sollen, wird just auf diese Gestaltungsmacht verzichtet. Wer umgekehrt staatliche Gestaltungsmacht wegen bloßer Befindlichkeiten nicht mehr demokratisch verantwortet se-

hen will, sollte darüber nachdenken, was Demokratie für ihn bedeutet.<sup>19)</sup>

19) Grundlegend *Wiederin*, Brauchen wir einen unabhängigen Bundesstaatsanwalt oder einen Rat der Gerichtsbarkeit? JRP 2012, 430.

# Der Rechtsberater als gerichtlicher Erwachsenenvertreter

## Die Übernahmepflicht und ihre Grenzen

*Gerhard Hopf* ist – im besten Sinn des Wortes – ein Generalist. In seiner Tätigkeit als führender Legist in allen Bereichen des Privatrechts einschließlich des Verfahrensrechts, die er über viele Jahre ausgeübt hat, ist sein Blick nicht nur für das Große und Ganze, sondern auch für die Details eines Rechtsgebiets geschärft worden. Der hier zur Verfügung stehende Raum lässt lediglich die Befassung mit einem Detail zu – freilich aus einem Rechtsgebiet, von dem ich zu wissen glaube, dass es zu den besonderen Interessenfeldern des Jubilars zählt: jener Materie, die früher Sachwalterrecht genannt wurde und heute Erwachsenenschutzrecht heißt. In diesem Sinn: Alles Gute zum runden Geburtstag!

Von **Martin Schauer**

ÖJZ 2022/146

### A. Die Hierarchie der Bestellungstatbestände

Die Auswahl der Person, die zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter bestellt werden soll, ist in § 274 ABGB durch ein System hierarchisch gegliederter Tatbestände geregelt. Rechtsanwälte, Notare und die entsprechenden Berufsanwärter – für die im Folgenden zusammenfassend die Bezeichnung „Rechtsberater“ verwendet werden soll – sind darin gleich zweimal enthalten. Ein Rechtsberater ist zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter zu bestellen, wenn keine andere geeignete Person – einschließlich eines Erwachsenenschutzvereins hierfür zur Verfügung steht (§ 274 Abs 4 ABGB): Der Rechtsberater ist also immer gleichsam Erwachsenenvertreter „of the last resort“. Er ist aber auch, und zwar prioritär, zu bestellen, wenn die Besorgung der Angelegenheit vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert (§ 274 Abs 5 ABGB).<sup>1)</sup>

### B. Die Pflicht zur Übernahme und ihre Vermeidung

Vergleicht man die Tatbestände, aufgrund welcher ein Rechtsberater zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter bestellt werden kann, mit den anderen Bestellungstatbeständen, so fällt sogleich ein Unterschied auf: Während alle übrigen Personen nur mit ihrer Zustimmung bestellt werden können, fehlt es bei den Rechtsberatern an einem solchen Merkmal. Sie sind also grundsätzlich verpflichtet, der Bestellung Folge zu leisten. Diese Verpflichtung ist als solche nicht neu und wird in der Rsp als grundrechtskonform befunden.<sup>2)</sup>

Damit rücken freilich die in § 275 ABGB vorgesehenen Ablehnungsgründe in den Vordergrund: Hiernach kann ein für die Bestellung in Aussicht genommener Rechtsberater ablehnen, wenn die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechts-

kenntnisse erfordert; oder wenn er nachweist, dass ein in der Liste der besonders geeigneten Erwachsenenvertreter<sup>3)</sup> eingetragener Rechtsberater mit der Übernahme der Erwachsenenvertretung einverstanden wäre; oder wenn ihm diese unter Berücksichtigung seiner persönlichen, familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse nicht zugemutet werden kann, was bei mehr als fünf gerichtlichen Erwachsenenvertretungen vermutet wird.

Bei Lektüre des § 275 ABGB fallen zwei Dinge auf: Erstens gelten die angeführten Ablehnungstatbestände nur für jene Rechtsberater, die nicht in der Liste der besonders geeigneten Erwachsenenvertreter eingetragen sind. Daraus wird im Umkehrschluss abgeleitet, dass die in der Liste eingetragenen Rechtsberater eine unbedingte Übernahmepflicht hätten<sup>4)</sup> bzw dass sie die Bestellung nicht ablehnen können.<sup>5)</sup>

Zweitens ist bemerkenswert, dass das Erfordernis besonderer Rechtskenntnisse für die zu besorgenden Angelegenheiten gleich zweimal vorgesehen ist: einmal als Bestimmungsvoraussetzung nach § 274 Abs 5 ABGB und ein weiteres Mal umgekehrt – nämlich bei Fehlen eines solchen Erfordernisses – als Ablehnungsgrund in § 275 Z 1 ABGB. Dies wirft die Frage auf, wie die beiden Tatbe-

1) Vgl dazu etwa *Schauer* in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erwachsenenschutzrecht (2018) Rz 4.89f; *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts<sup>3</sup> (2019) 779ff.

2) OGH 8 Ob 506/93 NZ 1994, 134; VfGH G 37/11 iFamZ 2012/42; zust etwa *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 275 Rz 7; zur Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) *Barth/Koza* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 274 Rz 37.

3) Die vollständige Bezeichnung lautet: „Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeignete Rechtsanwälte oder Notare“.

4) *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), HB Erwachsenenschutzrecht<sup>3</sup> 781; *Barth/Koza* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 275 Rz 2.

5) *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 275 Rz 1.