

Entwicklung und Reformbedarf in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit – neue Herausforderungen für die Rechtsdurchsetzung¹⁾

GEORG KODEK (WIEN)



© Fotostudio Huger

Die Geschichte des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes, dessen 25-jähriges Jubiläum wir heuer begehen, ist eine Erfolgsstory: Während das materielle Recht in diesem Bereich durch häufige Änderungen und damit durch eine enorme Schnellebigkeit gekennzeichnet ist, hat sich der verfahrensrechtliche Rahmen ganz hervorragend bewährt. Im knappen, hier zur Verfügung stehenden Rahmen möchte ich zunächst die Geschichte des ASGG skizzieren und eine kurze Würdigung versuchen. Anschließend möchte ich auf einige Herausforderungen für die Zukunft zu sprechen kommen. Schwergewicht soll dabei auf dem kollektiven Rechtsschutz liegen. Dieser Aspekt schlägt die Brücke zum zweiten runden Jubiläum, das wir heuer begehen, nämlich 20 Jahre Rechtsschutz in der Arbeiterkammer.

Übersicht

1. **Geschichtliche Entwicklung**
2. **Der Weg zum ASGG**
3. **Weitere Geschichte des ASGG**
4. **Versuch einer Würdigung**
 - 4.1. Allgemeines
 - 4.2. Abweichungen vom ordentlichen Verfahren
 - 4.3. Laienbeteiligung
5. **Herausforderungen für die Zukunft**
 - 5.1. Allgemeines
 - 5.2. Überindividuelle Interessenwahrung im Wege von Gerichtsverfahren durch die Arbeiterkammer
 - 5.3. Sammelklage österreichischer Prägung
 - 5.4. Notwendigkeit eines neuen Kollektivverfahrens

5.5. Bekämpfung von Diskriminierung

5.6. Ausdehnung des besonderen Feststellungsverfahrens

5.7. Das Modell einer Gruppenklage der ZVN 2007

6. Ausblick

1. Geschichtliche Entwicklung²⁾

Im Gegensatz zu vielen rechtshistorischen Vorträgen müssen wir bei unserem Thema nicht bis zum römischen Recht zurückgreifen: Für eine Arbeitsgerichtsbarkeit besteht in einer Rechtsordnung kein Raum, wenn der überwiegende Teil der Arbeitsleistungen von Unfreien erbracht wird. Als Anfangspunkt einer modernen Arbeitsgerichtsbarkeit wird üblicherweise das Jahr 1806 angesetzt. Damals wurden im Bereich der Seidenerzeugung in Lyon erstmals paritätisch besetzte Schiedsgerichte mit Schlichtungs- und Entscheidungskompetenz errichtet. Während der napoleonischen Herrschaft in Deutschland wurden in einigen großen Städten Fabriksgerichte geschaffen. Daneben kam den Innungen vielfach eine wichtige Rolle für die Streitschlichtung zu.

In Österreich herrschte bis zum Jahr 1869 eine große Rechtszersplitterung. Teilweise waren die Gemeindevorstände, teilweise die Polizeibehörden, teilweise die politischen Behörden und teilweise die ordentlichen Gerichte zuständig. Zudem fehlte eine entsprechende Vertretung der Arbeiter vor diesen Instanzen. Abhilfe brachte hier das Gewerbegerichtsgesetz (GewGG).³⁾ Die Gewerbegerichte wurden allerdings nur in Wien, Brünn und Bielitz errichtet.⁴⁾ Es handelte sich um reine Laiengerichte, die sich je zur Hälfte aus Vertretern der AG und der Arbeiter zusammensetzten. Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte erstreckte sich

¹⁾ Schriftliche Fassung eines im Rahmen der Enquete „25 Jahre Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz – 20 Jahre Rechtsschutz“ in der Arbeiterkammer am 27.4.2012 gehaltenen Festvortrags. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten und um einige Anmerkungen ergänzt.

²⁾ Ich stütze mich hier im Wesentlichen auf *Kuderna*, Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Österreich, DRdA 1997, 341.

³⁾ RGBI 1869/63.

⁴⁾ Gesetz über die Errichtung von Gewerbegerichten, RGBI 1869/63. Zur Entwicklung instruktiv *Kuderna*, Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Österreich, DRdA 1997, 341.

auf bestimmte Streitigkeiten, sofern diese während des aufrechten Arbeitsverhältnisses oder spätestens 30 Tage nach Auflösung anhängig gemacht wurden. Bemerkenswert ist, dass die Einrichtung von Gewerbegerichten in Österreich damit früher erfolgte als in Deutschland, wo vergleichbare Maßnahmen erst 1890 bzw. 1904 mit der Einrichtung der Kaufmannsgerichte gesetzt wurden, die dann 1926 zur Gründung der Arbeitsgerichte führten. Auch in Frankreich wurden Arbeitsgerichte erst 1907 eingerichtet.

Allerdings blieb es zunächst bei den bisherigen zersplitterten Zuständigkeiten. Die entscheidende Wende brachte erst das GewGG 1896.⁵⁾ Damals wurde die uns auch heute noch vertraute Besetzung eingeführt. Das GewGG 1896 trat gemeinsam mit den Klein'schen Reformen der Zivilverfahrensgesetze am 1.1.1898 in Kraft. Erstmals war eine ausschließlich erstinstanzliche Zuständigkeit der Gewerbegerichte für alle Streitigkeiten zwischen „Gewerbeinhabern und Hilfsarbeitern“ vorgesehen. Die Gewerbegerichte waren nunmehr mit Berufs- und Laienrichtern besetzt. Dieses Gesetz ist daher für Österreich als Geburtsstunde einer eigenen selbstständigen Arbeitsgerichtsbarkeit anzusehen. Die Beisitzer wurden ursprünglich gewählt; das GewGG 1922 brachte die Ernennung der Beisitzer durch das zuständige Ministerium. Soweit keine Gewerbegerichte errichtet waren, waren weiter die ordentlichen Gerichte zuständig.

Erst das deutsche GewGG 1943 dehnte die Zuständigkeit der Gewerbegerichte auf das gesamte Gebiet der damaligen Ostmark aus. Das Arbeitsgerichtsgesetz 1946⁶⁾ schuf eine flächendeckende Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für das gesamte Gebiet der Republik Österreich. Die Arbeitsgerichte gehörten damals nicht zur ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern waren Sondergerichte; die sachliche Unzuständigkeit im Verhältnis zwischen einem Arbeitsgericht und einem ordentlichen Gericht führte daher zu einer von Amts wegen während des gesamten Verfahrens wahrzunehmenden Nichtigkeit.

2. Der Weg zum ASGG⁷⁾

Die Rechtslage vor Inkrafttreten des ASGG war verfassungsrechtlich problematisch, weil die Arbeitsgerichte nur auf einer VO beruhten; damit fehlte es an einem „auf Gesetz“ beruhenden Gericht. Der OGH hat allerdings die Verfassungskonformität der Arbeitsgerichte mehrfach bestätigt.⁸⁾ Auch die Europäische Kommission für Menschenrechte erachtete das Erfordernis eines auf „Gesetz beruhenden“ (Art 6 Abs 1 EMRK) Gerichts als erfüllt.⁹⁾

Problematisch war jedoch vor allem die starke Zuständigkeitszersplitterung, wengleich die Gewerbegerichtsgesetze hier eine deutliche Verbesserung gebracht hatten. Neben den Arbeitsgerichten, die zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmen und Beschäftigten aus einem Arbeitsverhältnis und dessen Nachwirkungen berufen waren, waren die Einigungsämter für die Entscheidung betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten sowie nach verschiedenen Sondergesetzen auch für bestimmte Streitigkeiten zwischen AG und AN zuständig. Deren Aufgaben wurden im Bereich des Landarbeitsrechts

von Einigungskommissionen wahrgenommen. Daneben bestanden Schiedsgerichte der SV, die über Leistungsansprüche aus der KV, UV und PV zu entscheiden hatten. Allenfalls konnten auch ordentliche Zivilgerichte mit Arbeitsrechtssachen befasst werden, etwa bei Rechtsverhältnissen mit Auslandsbeziehung, wenn es an einer örtlichen Zuständigkeit im Inland nach § 3 ArbGG fehlte. Dieser Zustand musste nicht nur im Arbeitsrecht, sondern vor allem auch aufgrund der raschen Entwicklung des Sozialrechts im 20. Jahrhundert zunehmend als unbefriedigend erscheinen.

Schon bald nach Erlassung des GewGG 1922 wurde eine Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit dieser Gerichte diskutiert. Im Jahr 1936 wurde immerhin ein Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes erstellt, der jedoch nicht Gesetz wurde. Das gleiche Schicksal erlitt der Entwurf eines neuen Arbeitsgerichtsgesetzes aus dem Jahr 1954. Auch ein von *Wresounig* erstellter Entwurf blieb ohne Echo.

Auch im Leistungsstreitverfahren erschien die bestehende Situation unbefriedigend; der Gesetzgeber beschränkte sich auf punktuelle Änderungen. Im Jahr 1971 legte das BMJ einen Referentenentwurf für ein reformiertes Leistungsstreitverfahren vor, der jedoch nicht weiter verfolgt wurde. Dieser Entwurf sah bereits die Übertragung der Agenden der Schiedsgerichte der SV auf die Landesgerichte vor; in zweiter Instanz sollte das OLG Wien zuständig sein.

Der Gedanke einer Übertragung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, der rechtsprechenden Tätigkeit der Einigungsämter und der Schiedsgerichte der SV auf besondere „Sozialgerichte“ wurde erstmals im Jahr 1950 geäußert und gewann zunehmend Anhänger.¹⁰⁾ Auch der zweite österreichische Juristentag im Jahr 1964 befasste sich mit dem Thema „Zusammenfassung aller einschlägigen Verfahren zu einer Sozialgerichtsbarkeit als Problem- und Reformziel“.

Unter Justizminister *Broda* wurde im Jahr 1965 ein Entwurf eines BG über die Sozialgerichtsbarkeit¹¹⁾ erstellt, der im Begutachtungsverfahren jedoch auf heftige Kritik stieß. Der Regierungswechsel im Frühjahr 1966 verhinderte eine Weiterverfolgung dieses Entwurfs.

Gleichwohl wurde der Entwurf des Jahres 1965 auf einer im Oktober 1967 vom OLG Wien abgehaltenen Arbeitstagung diskutiert. Demgegenüber lehnte das BMJ in dem 1969 präsentierten Konzept „Gesamtreform der Justiz“ eine Vereinigung der Arbeits- mit der Sozialgerichtsbarkeit wegen der strukturellen Verschiedenheit

5) Gesetz betreffend die Einführung von Gewerbegerichten und die Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten aus dem gewerblichen Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnis, RGBl 1896/218.

6) BGBl 1946/170.

7) Ausführlich zum Folgenden *Wresounig*, Gedanken zur Reform der Sozialgerichtsbarkeit, ÖJZ 1982, 345.

8) JBl 1978, 438 = DRdA 1979, 222; vgl auch VwGH 24.11.1992, 91/08/0154.

9) EKMR Nr 7360/76 v 12.10.1978, *Zand v. Austria*, DR 15, 70.

10) Vgl *Rabofsky*, Vom Arbeitsgericht zur Sozialgerichtsbarkeit, Arbeit und Wirtschaft 1950, H 1, 8 ff; *Strasser*, Einbau der Einigungsämter in die Arbeitsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1952, 512.

11) Abgedruckt in RdA 1965, 344 ff.

dieser Rechtsgebiete ab und schlug die Übertragung der Aufgaben der Arbeitsgerichte sowie der rechtsprechenden Tätigkeit der Einigungsämter auf die im Rahmen der Reform der Gerichtsorganisation zu schaffenden großen Bezirksgerichte vor; die Agenden der Schiedsgerichte der SV sollten von den Bezirksgerichten in den Landeshauptstädten für das gesamte Bundesland übernommen werden. Wenngleich der damalige Justizminister *Kletacsky* für eine Reform sowohl der Arbeitsgerichtsbarkeit als auch des Leistungsstreitverfahrens eintrat, kam kein neuer Gesetzesentwurf zustande.

Sämtliche Regierungserklärungen der folgenden Bundesregierungen unter *Kreisky* enthielten die Ankündigung einer zeitgemäßen Reform der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit. Im Frühjahr 1973 entstand im BMJ eine Punktation über die Grundzüge der Neuordnung der Sozialgerichtsbarkeit. Im Juli 1973 legte das BMJ einen neuen Entwurf eines BG über die Sozialgerichtsbarkeit vor. Dieser sah bereits den Einbau der Sozialgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit, die Übertragung der Befugnisse der Arbeitsgerichte und der Rechtsprechungskompetenzen der Einigungsämter auf 23 ausgewählte Bezirksgerichte, eine Beschränkung der zweitinstanzlichen Gerichtsbarkeit in Arbeitsrechtssachen auf die Landesgerichte, die Betrauung der Landesgerichte mit den Agenden der Schiedsgerichte der SV sowie die Übertragung der Arbeits- und Sozialversicherungsgerichtsbarkeit höchster Instanz auf den OGH vor.

Im September 1974 wurde dieser Entwurf grundlegend überarbeitet. Demnach sollte die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in erster Instanz von den Landesgerichten ausgeübt werden; der Rechtszug sollte in Arbeitsrechtssachen zu den Oberlandesgerichten und zum OGH, in Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung sowie im Leistungsstreitverfahren hingegen unmittelbar von den Landesgerichten an den OGH gehen.

Im Jahr 1979 kündigte der damalige Justizminister *Broda* an, dass nach einer Periode von Reformen des materiellen Rechts nunmehr die Zeit für eine Erneuerung der Verfahrensgesetze gekommen sei. Im Jahr 1981 veranstaltete das BMJ eine Enquete über die Schaffung einer Sozialgerichtsbarkeit. Dieses Thema war auch Gegenstand der Richterwoche im Jahr 1981. Im selben Jahr wurde vom BMJ ein Vorentwurf eines BG über die Sozialgerichtsbarkeit präsentiert. In überarbeiteter Form ging dieser Entwurf Ende 1981 in die Begutachtung. Die RV für ein Sozialgerichtsgesetz führte schließlich zu dem am 7.3.1985 beschlossenen und am 1.1.1987 in Kraft getretenen ASGG.¹²⁾ Die Erläuterung¹³⁾ betonen als Anliegen des Gesetzes die Verbesserung des Zugangs zum Recht durch Beseitigung der Kompetenzersplitterung, die Schaffung verfassungsrechtlich unbedenklicher Organisations- und Verfahrensbestimmungen, den Ein-

bau der Sozialgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit und damit auch die Sicherstellung, dass künftig auch die Sozialleistungsstreitsachen von Berufsrichtern im Rahmen ihrer hauptberuflichen Tätigkeit erledigt werden, die Schaffung einheitlicher Eingangsgerichte für sämtliche Sozialrechtssachen und die Vergrößerung der Transparenz für den Einzelnen, insb durch erweiterte richterliche Anleitungs- und Belehrungspflichten.

3. Weitere Geschichte des ASGG

In der 25-jährigen Geschichte des ASGG gab es 39 Änderungen. Überwiegend handelt es sich dabei um kleinere Modifikationen durch den Gesetzgeber; zwei Änderungen betrafen Druckfehlerberichtigungen, eine die Aufhebung des § 61 ASGG durch den VfGH.¹⁴⁾

Größere Änderungen erfolgten zunächst durch die WGN 1989 im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren. Art IX des KarenzurlaubserweiterungsG¹⁵⁾ regelte – als Reaktion auf die sehr restriktive Rsp – die vorläufige Wirksamkeit nach § 61 ASGG neu. Dadurch wurde klargestellt, dass die rechtzeitige Erhebung der Berufung nur den Eintritt der Rechtskraft, nicht jedoch den Eintritt der Verbindlichkeit der Feststellung, den der Rechtsgestaltungswirkung oder den der Vollstreckbarkeit in Rechtsstreitigkeiten der Betriebsverfassung aufschiebt. Im Gefolge der Aufhebung dieser Bestimmung durch den VfGH erfolgte mit BGBl 1991/210 eine Neuregelung der sofortigen Vollstreckbarkeit.

Im Jahr 1993 wurde der pauschalierte Aufwandsatz eingeführt.¹⁶⁾ Die ASGG-Novelle BGBl 1994/624 führte ua Zuständigkeitsbestimmungen für die Konzernvertretung (§ 5a), weitere Befugnisse des Vorsitzenden in erster Instanz und der Dreiersenate des OLG und OGH, die Möglichkeit der Durchführung einzelner Tagsatzungen ohne Laienrichter sowie Bestimmungen über qualifizierte Vertreter (§ 40 Abs 4 bis 7) und über das Rechtsmittelverfahren (§§ 44 bis 47) ein. Die ZVN 2002 brachte eine Erweiterung der Zuständigkeit des Vorsitzenden und die Möglichkeit, dass der Vorsitzende bei Ausbleiben eines Laienrichters über Antrag der Parteien allein entscheidet. In neuerer Zeit sind bedauerlicherweise Tendenzen zu einer Einschränkung des Rechtsschutzes zu konstatieren. Hierzu gehört etwa die Novellierung des § 38 ASGG durch Art 14 BudgetbegleitG 2011, wonach die Überweisung an das zuständige Gericht ohne vorherige Anhörung des Kl erfolgte, und die Einschränkung der Gerichtstage.

4. Versuch einer Würdigung

4.1. Allgemeines

Das ASGG stellt einen Meilenstein in der Entwicklung der Rechtsdurchsetzung dar. Die bis dahin bestehende Zuständigkeitsersplitterung konnte beseitigt werden und die Gerichtsbarkeit auf eine verfassungsrechtlich einwandfreie Rechtsgrundlage gestellt werden.¹⁷⁾ Positiv hervorzuheben ist auch, dass der Gesetzgeber die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit eingliederte und nicht eine vielleicht kostengünstigere „Gerichtsbarkeit zweiter Klasse“ einführte. Durch die Übertragung der Zuständigkeit in Leistungsstreitsachen der SV an die Gerichte

12) BGBl 1985/104.

13) 7 BlgNR 16. GP 24.

14) VfGH 13.3.1991, G 199/90.

15) BGBl 1990/408.

16) BGBl 1993/28.

17) *Kuderna*, Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Österreich, DRdA 1997, 341 sieht zu Recht in der geringen Anzahl prozessrechtlicher Entscheidungen zum ASGG ein Indiz für dessen Qualität.

wird eine gerichtliche Kontrolle eines für den Betroffenen besonders bedeutsamen Teils der staatlichen Leistungsgewalt erreicht. Dies ist keineswegs ein bloßer organisatorischer oder gar nur kosmetischer Effekt; gerade im Sozialrecht dürfte es durch die Einführung des ASGG zu einer echten Qualitätsverbesserung gekommen sein, wurde doch zuvor die summarische Erledigung der Leistungsstreitsachen durch die Schiedsgerichte der SV häufig beklagt.¹⁸⁾ Eine Qualitätsverbesserung dürfte auch auf Ebene der zweiten Instanz durch den Einsatz spezialisierter Richter am OLG erzielt worden sein.¹⁹⁾

4.2. Abweichungen vom ordentlichen Verfahren

Das Verfahren in Arbeits- und Sozialrechtssachen unterscheidet sich vom ordentlichen Gerichtsverfahren zunächst durch die Mildrung der Folgen der Unzuständigkeit durch amtswegige Überweisung (§ 38 ASGG) und die Einschränkung der Bestimmtheit des Begehrens in Sozialrechtssachen (§ 82 ASGG). Kennzeichnende Merkmale sind weiters die Vereinfachung und Beschleunigung sowie erweiterte Anleitungspflichten des Gerichts. Ursprünglich wurde der „Zugang zum Recht“ auch in räumlicher Sicht durch die Abhaltung auswärtiger Gerichtstage sichergestellt.

Die besondere soziale Funktion des Verfahrens in Sozialrechtssachen wird an einer Reihe von Stellen deutlich. Hinzuweisen ist etwa auf die Anerkennungsfiktion in § 71 Abs 2 ASGG und die Zurücknahme der Klage in § 72 ASGG. Wegen der besonderen Bedeutung sozialversicherungsrechtlicher Streitigkeiten für den Einzelnen ist das Verfahren um eine erhöhte Richtigkeitsgewähr bemüht. Dies wird durch Nichtanwendbarkeit der Vorschrift über das Ruhen des Verfahrens und das Versäumnisurteil erreicht. Der uU existenziellen Bedeutung sozialversicherungsrechtlicher Leistungen trägt die Möglichkeit Rechnung, vorläufig Leistungen zuzuerkennen (§ 74 Abs 2 ASGG). Aus Sicht des Zugangs zum Recht ist schließlich bedeutsam, dass für den Versicherten kaum ein Kostenrisiko besteht.

Diese Abweichungen vom ordentlichen Verfahren sind durch den besonderen Gegenstand des Verfahrens wohl weitgehend gerechtfertigt. Allerdings hat hier schon *Gamerith* darauf hingewiesen, dass sich nicht jede Abweichung von allgemeinen Vorschriften mit der typischen Unterlegenheit des AN rechtfertigen lässt, sondern diese Unterlegenheit in verfahrensrechtlicher Sicht durch das Tätigwerden von Interessenvertretungen weitgehend ausgeglichen wird.²⁰⁾ An die Grenzen der Verfassung stieß der Gesetzgeber jedoch mit der ursprünglichen Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in § 61 ASGG. Der VfGH wies zu Recht darauf hin, dass dem Interesse des Kl an einer raschen Durchsetzung seines Anspruches regelmäßig das Interesse des Bekl, nicht ungerechtfertigt in Anspruch genommen zu werden, gegenüberstehe. In diesem Zusammenhang betonte der VfGH, dass es unzulässig wäre, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell unrichtigen Entscheidung zu belasten.²¹⁾ Nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen dürfe die faktische Effizienz eines Rechtsbehelfes eingeschränkt werden. Der Gesetzgeber habe vielmehr auf die Position

der Parteien, auf Zweck und Inhalt der jeweiligen Regelung, die Interessen Dritter und das öffentliche Interesse Bedacht zu nehmen. Diesen Vorgaben des VfGH hat der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 61 ASGG iwS Rechnung getragen. Ein gewisser „Schönheitsfehler“ liegt allenfalls darin, dass die Berücksichtigung der sozialen Lage des AN nur bei Leistungsurteilen vorgesehen ist. Ein gravierenderer Nachteil der derzeitigen Regelung ist, dass aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils erbrachte Leistungen zurückzuzahlen sind, wenn das Verfahren letztlich anders ausgeht. Dies trifft gerade sozial schwächere AN besonders hart.²²⁾ Dem AN wäre hier mit der Möglichkeit, für den Zeitraum des Verfahrens nicht rückforderbare interimistische Leistungen auszusprechen zu können, besser gedient.

Die Vorgabe des VfGH, die Rechtsschutzeinrichtungen müssten ein gewisses Mindestmaß an „faktischer Effizienz“ aufweisen; es genüge nicht, wenn der Rechtsschutzwerber letzten Endes eine Entscheidung rechtsrichtigen Inhalts erreichen könne, „nicht aber auch die mitgemeinte Umsetzung einer solchen Entscheidung im Tatsachenbereich“,²³⁾ weist jedoch weit über den Bereich der Arbeits- und Sozialrechtssachen hinaus. Diesen Anforderungen, die der VfGH an die Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts stellt, muss das Zivilverfahren insgesamt genügen.²⁴⁾

4.3. Laienbeteiligung

Ein wesentliches Merkmal des Verfahrens in Arbeits- und Sozialrechtssachen ist die Beteiligung von Laienrichtern.²⁵⁾ In erster Instanz ist die Laienbeteiligung allerdings aus Gründen der Praktikabilität teilweise etwas zurückgedrängt (vgl § 11a Abs 1, § 11b Abs 1 ASGG). Dabei geht es naturgemäß nicht um eine „echte Interessenvertretung“,²⁶⁾ sondern um den

18) Instruktiv *Müller*, Erfahrungen mit dem ASGG aus der Sicht eines Anwalts, DRdA 1989, 267.

19) *Gamerith*, 5 Jahre ASGG – Rückblick und Ausblick, in *Tomandl*, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (1993) 115 (118).

20) Vgl aber zu den hier bestehenden Grenzen *Gamerith* in *Tomandl*, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung 122 ff.

21) VfGH G 119/86 VfSlg 11.196.

22) Dies wird im Schrifttum zu Recht wiederholt kritisiert; vgl *Gamerith* in *Tomandl*, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung 130; *Neumayr* in *ZellKomm* § 61 Rz 22.

23) VfGH G 119/86 VfSlg 11.196.

24) *Konecny*, Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992) 71.

25) Vgl dazu *Kodek*, Reform der Laienbeteiligung in der Zivilgerichtsbarkeit? in *ÖJK* (Hrsg), Reform der Laienbeteiligung in Justiz und Verwaltung? (2010) 33.

26) Vgl auch *VwGH* 24.11.1992, 91/08/0154. Eine Interessenvertretungsfunktion nehmen aber an *Adamovich/Spinner*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁵ (1957) 286; *Baur*, Laienrichter – heute? in *FS Kern* (1968) 49 (56); *Schoibl*, Aspekte der Laiengerichtsbarkeit im österreichischen zivilgerichtlichen Verfahren, ZÖR 37, 1987, 333 (353); *Ballon*, Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht, ZZP 1983, 409 (439). Dagegen zu Recht *K. Korinek* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 91/1 Rz 2 aE.

institutionellen Bezug auf typisierte Interessenlagen.²⁷⁾ Das Vertrauen in die Besetzung des Gerichts soll die Akzeptanz der Entscheidung erhöhen. Im Gegensatz zur Handelsgerichtsbarkeit liegen hier ausdrückliche empirische Daten vor. In den Jahren 1980 und 1981 führte die Arbeiterkammer eine umfangreiche statistische Untersuchung durch. Bezüglich der in der rechtspolitischen Diskussion immer wieder hervorgehobenen Funktion der Laienbeteiligung in Arbeits- und Sozialrechtssachen, zu einem Abbau des Unbehagens bei den Beteiligten beizutragen, ergab die Untersuchung, dass nicht einmal die Hälfte der AN dem Prozess folgen können. Auffallend ist, dass sich die AN-Beisitzer als Interessenvertreter fühlten.²⁸⁾ Allerdings hat an dieser Stelle schon vor Jahren ein erfahrener Richter konstatiert, dass er niemals diesen Eindruck hatte.²⁹⁾

5. Herausforderungen für die Zukunft

5.1. Allgemeines

Ein rundes Jubiläum wie das heutige soll nicht nur Anlass zur Rückschau und Bekundung der Zufriedenheit mit dem Erreichten – also gewissermaßen einem „sich selbst auf die Schulter Klopfen“ – sein, sondern soll auch den Blick in die Zukunft wagen.

Im Bereich des Individualrechtsschutzes besteht heute wohl kaum mehr Verbesserungsbedarf. Hier

sehe ich eigentlich derzeit nur zwei Aspekte: Der erste betrifft den Aufwandsersatz. Der Vorteil der unentgeltlichen qualifizierten Vertretung soll dem AN, nicht dem AG zugutekommen. Dies erfordert im Fall des Obsiegens des AN einen ausreichend hohen Kostenersatz, der sich durchaus an der üblichen Höhe von Anwalts honoraren orientieren sollte. Andernfalls würde mit den Beiträgen der AN zu ihrer gesetzlichen Interessenvertretung eine Art „Quersubventionierung“ der AG erfolgen. Der zweite Aspekt betrifft den schon seit langem immer wieder geäußerten Wunsch, dass der KI in Sozialrechtssachen einen Sachverständigen namhaft machen können soll.³⁰⁾ Dieser Wunsch hat aus Kostengründen derzeit freilich wohl kaum Aussicht auf Verwirklichung.

Die wirkliche Herausforderung liegt im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes. Dem Arbeitsrecht kommt hier eine richtungweisende Rolle zu. Eine gewisse Vorläuferfunktion für kollektiven Rechtsschutz ist bereits in der Gutachtenstätigkeit des OGH in Gewerbesachen zu sehen. In neuerer Zeit gab es erste Versuche in diese Richtung bereits im Entwurf des Jahres 1960,³¹⁾ in dem eine kollektive Leistungsklage vorgesehen war. § 54 ASGG stellt sicherlich eine Pionierleistung des kollektiven Rechtsschutzes dar. Nach derzeitigem Recht kann der BR allerdings nur Feststellungsklagen erheben, nicht aber im eigenen Namen etwa Unterlassungsansprüche der AN geltend machen.³²⁾

Dies leitet über zum zweiten heute zu begehenden Jubiläum, 20 Jahre Rechtsschutz durch die Arbeiterkammer. Schon vor mehr als 100 Jahren hat ein „Arbeiterverband“ Ansprüche einzelner AN dadurch gebündelt, dass er sich diese abtreten ließ und sodann im eigenen Namen gerichtlich geltend machte.³³⁾ Dieses Modell stand später Pate für die Einführung der Sammelklage österreichischer Prägung, die durch Abtretung der Individualansprüche an einen Verband und anschließende gemeinsame Geltendmachung durch den Verband unter Inanspruchnahme von Prozesskostenfinanzierung gekennzeichnet ist.³⁴⁾

Damit ist freilich der eigentliche Bereich des Arbeits- und Sozialrechts verlassen. Wenngleich die Möglichkeit kollektiver Leistungsklagen auch in diesem Bereich Verbesserungen bringen könnte, ist kollektiver Rechtsschutz doch keineswegs darauf beschränkt. Derzeit wird auf EU-Ebene die Einführung kollektiven Rechtsschutzes vor allem im Verbraucher- und Kartellrecht diskutiert. So hat schon im Jahr 2007 die EU-Kommissarin für Verbraucherfragen, *Meglana Kuneva*, mit einem Vorschlag zur Einführung eines kollektiven Rechtsschutzes („collective redress“) für Verbrauchersachen aufhorchen lassen.³⁵⁾ Vor dem Hintergrund des WEB-Verfahrens in Salzburg, des bisher größten Zivilverfahrens in Österreich, in dem mehr als 3.000 Geschädigte Ansprüche gegen eine Salzburger Bank erhoben, hat der Nationalrat am 13.10.2004 mit einstimmiger *EntschlieÙung* die BMJ ersucht, gesetzliche Möglichkeiten zur ökonomischen und sachgerechten Bewältigung von Massenklagen zu prüfen.³⁶⁾ In der Folge wurde im BMJ eine Arbeitsgruppe eingerichtet,³⁷⁾ die einen entsprechenden Gesetzesvorschlag ausarbeitete, der zur Begutachtung ausgesendet wurde.³⁸⁾ Dieser – als ZVN 2007 bezeichnete – Vorschlag wurde allerdings bisher nicht Gesetz.³⁹⁾ Zuletzt

27) *Böhm*, ZfRV Beiheft 1979, 33 (39).

28) *Fink*, Zur Neuregelung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in Österreich, ZfP 102 (1989) 80 (82).

29) *Gamerith* in *Tomandl*, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung 122.

30) Vgl. schon *Müller*, Erfahrungen mit dem ASGG aus der Sicht eines Anwalts, DRdA 1989, 267 ff.

31) DRdA 1961, 78.

32) OGH 15.12.2009, 9 ObA 112/09z.

33) SZ 8/206 (1926).

34) Vgl. dazu ausführlich *Kodek*, Die „Sammelklage“ nach österreichischem Recht – Ein neues prozeßrechtliches Institut auf dem Prüfstand, ÖBA 2004, 615. Dazu auch unten 5.3.

35) Mündlicher Vorschlag vom 13.3.2007.

36) 638 BlgNR 22. GP 1.

37) Der Verfasser war Mitglied dieser Arbeitsgruppe; die folgenden Ausführungen geben jedoch ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Der Verfasser hat zuvor im Auftrag des BMSG einen Entwurf erstellt (vgl. *Kodek*, Gesetzliche Möglichkeiten zur Regelung von Massenverfahren, in *Gabriel/Pirker-Hörmann*, Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO, Wilhelminenberg Gespräche VI [2005] 311). Aus der umfangreichen Diskussion im Vorfeld vgl. etwa *Klauser*, Modernes Gruppenverfahren kann allen Seiten nützen, AnwBI 2006, 267; *Knötzl*, Sammelklage – Unsere ZPO am Prüfstand? AnwBI 2006, 82; *Kodek*, Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO, AnwBI 2006, 72; *Scheuba*, „Sammelklage“ – Inhaltliche Anforderungen, AnwBI 2006, 64; *dies*, „Sammelklage“ – Einklang mit der ZPO erbeten, *ecolx* 2005, 747; „Sammelklage“ – Inhaltliche Anforderungen, AnwBI 2006, 64.

38) Paragraphenangaben ohne Zusatz beziehen sich im Folgenden auf die ZPO idF des MEntw ZVN 2007. Einen ersten Überblick bieten *Kloiber/Haller/Reiter*, Ein Überblick über den Ministerialentwurf einer Zivilverfahrens-Novelle 2007, Zak 2007, 183.

wurde etwa im Zusammenhang mit dem Volksgruppenengesetz wieder die Einführung kollektiven Rechtsschutzes gefordert.

5.2. Überindividuelle Interessenwahrung im Wege von Gerichtsverfahren durch die Arbeiterkammer

Schon derzeit nutzt die Arbeiterkammer das gesetzlich zur Verfügung stehende verfahrensrechtliche Instrumentarium zur Wahrung überindividueller Interessen. Hier sind im Wesentlichen drei Aspekte zu unterscheiden: Einerseits kann die Arbeiterkammer – wie andere Amtsparteien – nach § 14 Abs 1 UWG Unterlassungsklage erheben. Der Verstoß gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen kann im Rahmen der Fallgruppe „Rechtsbruch“ einen Wettbewerbsverstoß darstellen.⁴⁰⁾ Darüber hinaus hat die Arbeiterkammer auch in einer Reihe von Fällen beharrliche Verstöße gegen die Pflicht zur Offenlegung des Jahresabschlusses unter Berufung auf § 1 UWG bekämpft.⁴¹⁾

Ein anderer Weg, überindividuelle Interessen im Gerichtsverfahren zu wahren, ist die auf § 29 KSchG gestützte Bekämpfung allgemeiner Arbeitsbedingungen.⁴²⁾ Schließlich erheben die Arbeiterkammern auch sogenannte „Sammelklagen österreichischer Prägung“ und machen damit ihnen abgetretene Ansprüche individuell Betroffener im Wege einer gemeinsamen Klage geltend. Eine der ersten derartigen Klagen betraf die Ansprüche von 180 Kreditnehmern gegen die BAWAG; hier gelang es, Ansprüche im Gesamtausmaß von rund 9 Mio ATS in Form von zwei Sammelklagen zu bündeln, die vom VKI zusammen mit den Arbeiterkammern von Kärnten, Tirol und Vorarlberg organisiert worden waren. Abgesehen von dieser Möglichkeit gibt es jedoch im geltenden Recht keine Möglichkeit, für Arbeiter oder Verbraucher individuelle Leistungsansprüche geltend zu machen.

5.3. Sammelklage österreichischer Prägung

Bei diesem Modell macht der Verband – zum Unterschied von der Verbandsklage – keinen eigenen, ihm zur Durchsetzung überindividueller Interessen eingeräumten Anspruch, sondern ihm abgetretene Ansprüche Einzelner geltend. Charakteristisch ist bei diesem Modell die Inanspruchnahme kommerzieller Prozessfinanzierung, die es dem Einzelnen ermöglicht, seinen Anspruch ohne Risiko zu verfolgen. Die Bündelung bewirkt hier, dass eine ausreichende Höhe der Ansprüche erreicht wird. Von der – üblicherweise mit „Sammelklage“ übersetzten – *class action*⁴³⁾ amerikanischen Rechts unterscheidet sich das österreichische Modell schon grundlegend dadurch, dass hier nur eine Geltendmachung der Ansprüche namentlich bekannter Personen erfolgt, die auch vor Einleitung des Verfahrens (durch Abtretung ihrer Ansprüche) selbst initiativ werden müssen,⁴⁴⁾ während die *class action* alle Personen in der gleichen Lage erfasst, sofern diese nicht ausdrücklich von der „opting out“-Möglichkeit Gebrauch machen. Die Zulässigkeit dieses Modells ist mittlerweile in Lehre und Rsp anerkannt.⁴⁵⁾

5.4. Notwendigkeit eines neuen Kollektivverfahrens

Die bisherigen Erfahrungen mit Massenklagen zeigen, dass die bisher zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zur angemessenen Bewältigung der damit verbundenen Herausforderungen nicht ausreichen. Aus Gründen der *Verfahrensökonomie*, aber auch zur Sicherung des hier gebotenen *Entscheidungsgleichklangs* ist eine Beurteilung von Massenansprüchen in einem (zumindest weitgehend) *einheitlichen Verfahren* sinnvoll. Eine individuelle Klärung von Massenansprüchen in einer Fülle separater Einzelverfahren wäre nicht nur in Hinblick auf die dann mögliche unterschiedliche Beurteilung derselben Fragen durch verschiedene Gerichte oder gar einzelne Richter desselben Gerichts wenig wünschenswert, sondern auch praktisch vielfach schlicht nicht durchführbar, zumindest aber aus verfahrensökonomischer Sicht wenig zweckmäßig. Eine mehrfache Prozessführung wegen desselben Ereignisses bringt auch – was in der bisherigen Diskussion zu wenig beachtet wurde – nicht nur erhebliche Verfahrenskosten, sondern auch eine erhebliche *Mehrfachbelastung* von *Parteien*, insb des Bkl,⁴⁶⁾ und Zeugen mit sich, weil sich diese dann mehrfach der Einvernahme zum selben Thema stellen müssen. Eine Bündelung der Verfahren und die damit eröffnete Möglichkeit zur einfacheren und rascheren Entscheidung

³⁹⁾ Vgl dazu unten 5.7.

⁴⁰⁾ *Burgstaller/Handig/Heidinger/Schmid/Wiebe* in *Wiebe/Kodek*, UWG § 1 Rz 182 ff.

⁴¹⁾ Vgl dazu *Kodek*, Neue Entwicklungen bei der Durchsetzung der Bilanzpublizität, RdW 2010, 481. Vgl dazu auch die parlamentarischen Anfragen 24. GP 5233/AB vom 8.7.2010 und 24. GP 6226/AB vom 25.10.2010.

⁴²⁾ Dazu *Kietaibl*, Geltungskontrolle und Transparenzgebot im Arbeitsvertragsrecht, DRdA 2006, 12; *Kodek*, Die Verbandsklage nach § 29 KSchG im Arbeitsrecht – kollektiver Rechtsschutz gegen unzulässige Klauseln in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, DRdA 2007, 356; OLG Wien 9 Ra 129/09w ARD 6051/6/2010; aA *Graf-Schimek*, ZAS 2011, 220; *Neumayr* in *ZellKomm* § 54 ASGG Rz 4 aE; gegen diese ausführlich *Kietaibl*, Allgemeine Arbeitsbedingungen 42 FN 175.

⁴³⁾ Dazu aus der neueren deutschsprachigen Literatur vor allem *Rechberger*, Importware class action? in FS Krejci (2001) II 1831.

⁴⁴⁾ Kritisch gegen die Bezeichnung „Sammelklage“ aus diesem Grund schon *Rechberger*, Prozessrechtliche Aspekte von Kumul- und Großschäden, VR 2003, 15 (20 FN 57).

⁴⁵⁾ Vgl aus der Rsp OGH 31.3.2005, 3 Ob 275/04v (zur Zulässigkeit der Klagshäufung nach § 227 ZPO) sowie die unmittelbar aus Anlass einer Sammelklage ergangene E des OLG Wien 28.2.2005, 3 R 165/04p. Auch nach *Fasching* in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 227 Rz 16 müssen für die Zulässigkeit der objektiven Klagshäufung neben der Zuständigkeit des Gerichts und derselben Verfahrensart keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein (aA offenbar *Kalss*, Massenverfahren im Kapitalmarktrecht, ÖBA 2005, 322 [330 ff]; gegen diese eingehend *Oberhammer*, „Österreichische Sammelklage“ und § 227 ZPO, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 247).

⁴⁶⁾ Das Massenproblem stellt sich in der Praxis nämlich zumeist auf Klägerseite.

des Verfahrens liegt nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im wohlverstandenen Interesse der Parteien. Neben den angeführten prozessökonomischen Vorteilen bringt eine Bündelung der Verfahren auch eine *psychologische Stärkung* der Kl im Prozess gegenüber einem möglicherweise überlegenen Gegner⁴⁷⁾ und dient solcherart in einem gewissen Sinn der Herstellung der *Waffengleichheit*. Zusätzlich ermöglicht die Anspruchsbündelung vielfach erst das Erreichen einer zur Erlangung einer *Prozessfinanzierung* erforderlichen Streitwerthöhe. Aber nicht nur der Kl, sondern auch der Bekl hat regelmäßig ein Interesse an einer möglichst einheitlichen Entscheidung in einem raschen und kostengünstigen Verfahren.⁴⁸⁾ Dies führte in ande-

ren Ländern bereits dazu, dass mitunter sogar der Bekl die Initiative zur Bündelung der Ansprüche der Kl ergriff und teilweise sogar deren Kosten übernahm.⁴⁹⁾

Bei der grundsätzlich wünschenswerten Klärung aller Ansprüche in einem einheitlichen Verfahren stellen sich auf Grundlage des geltenden Rechts jedoch teilweise erhebliche rechtliche, aber auch tatsächliche Schwierigkeiten. Der letztere Punkt betrifft zunächst – in ihrer praktischen Auswirkung nicht zu unterschätzende – praktisch-manipulative Fragen wie etwa der Zustellung, vor allem aber der Prozessleitung, die in einem Verfahren mit hunderten oder gar tausenden Parteien nicht mehr handhabbar ist. Dabei erweisen sich die bisherigen Fälle von Massenschäden als Prüfstein jeder Neuregelung; jeder diesbezügliche Vorschlag muss sich hier an den bisherigen Erfahrungen messen lassen. Zusätzlich sind jedoch nach Möglichkeit die Erfahrungen mit Massenverfahren im Ausland zu berücksichtigen.

Sieht man eine einheitliche Beurteilung von Massenschäden als wünschenswert an, so erfordert dies die Einführung eines dem österreichischen Recht bisher in dieser Form nicht bekannten *Kollektivverfahrens*, wie es sich – wenn auch im Einzelnen in völlig unterschiedlicher Ausgestaltung – im internationalen Vergleich immer mehr durchsetzt. Eine *Abtretung* nach dem Vorbild der Sammelklage österreichischer Prägung kann nicht die alleinige Möglichkeit zur Geltendmachung von Massenansprüchen sein. Aber auch ein Modell, das – nach dem Vorbild des § 9 Abs 2 KuratorenG oder dem deutschen Entwurf eines KapMuG – den einzelnen Anspruchsinhabern den Beitritt als *Nebenintervenient* eröffnet,⁵⁰⁾ ist nicht geeignet, die sich in einem echten Massenverfahren ergebenden rein manipulativen Probleme angemessen zu bewältigen. Die wirtschaftliche Bewältigung derartiger Verfahren in angemessener Dauer ist nur bei *Einschränkung individueller Verfahrensrechte* und deren Ersatz durch eine *Repräsentationslösung* möglich. Jede Kollektivierung des Rechtsschutzes bewirkt zwangsläufig eine gewisse *Mediatisierung* der Einzelkläger und führt damit zur Einschränkung der Parteiherrschaft.⁵¹⁾ Selbstverständlich muss sich jede derartige Regelung am Maßstab des Art 6 EMRK messen lassen. Die Analyse der bisherigen Rsp des EGMR zeigt jedoch, dass ein Kollektiv- bzw Gruppenverfahren, sofern dieses mit entsprechenden Kautelen zum Schutz der einzelnen Gruppenmitglieder ausgestattet ist, durchaus mit Art 6 EMRK vereinbar ist.⁵²⁾

5.5. Bekämpfung von Diskriminierung⁵³⁾

Die Europäische Union hat sich in den letzten Jahren verstärkt der Bekämpfung von Diskriminierung angenommen. Im vorliegenden Zusammenhang bestehen nicht weniger als vier Richtlinien. Die prozessrechtlichen Vorgaben der ersten Fassung der Gender-RL⁵⁴⁾ beschränkten sich darauf, eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu normieren, sicherzustellen, dass jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung iSd Art 3, 4 und 5 leg cit auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.

Die erste der neueren Generation von Richtlinien bildet die sogenannte *AntirassismusrL*.⁵⁵⁾ Diese soll die

47) *Rechberger*, Prozessrechtliche Aspekte von Kumul- und Großschäden, VR 2003, 15 (18); *Braun*, Haftung für Massenschäden, NJW 1998, 2318 (2322).

48) Ein allfälliges Interesse des Bekl, dass wegen Fehlens ausreichender prozessualer Möglichkeiten oder des hohen Kostenrisikos bestehende materielle Ansprüche gegen ihn nicht geltend gemacht werden (können), ist demgegenüber naturgemäß nicht schutzwürdig.

49) So im Fall *Equitable Life Assurance Society v Hyman*, in dem die *representative action* namens 90.000 Betroffenen von der bekl Lebensversicherungsgesellschaft bezahlt wurde (*Andrews*, Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions, ZZPInt 2000 3 (15 FN 50)).

50) In gewissem Sinn vergleichbare Bestimmungen finden sich in § 225e Abs 1 und Abs 2 Satz 3 AktG, § 33 Abs 2 Z 4 erster Satz und § 33 Abs 3 zweiter Satz ÜbG, wonach in einem Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit des verschmelzungsrechtlichen Umtauschverhältnisses oder des Preises eines Pflichtangebots die Aktionäre (Inhaber von Beteiligungspapieren) das Recht haben, neben dem jeweiligen gemeinsamen Vertreter ihre Rechtsposition zu vertreten (vgl *Kalss*, Anlegerinteressen [2000] 422).

51) *Hess*, Der Regierungsentwurf für ein Kapitalmusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme, WM 2004, 2329. Bedenken gegen eine derartige Mediatisierung der repräsentierten Kl in Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch bei *Hess/Michailidou*, WM 2003, 2318 (2322); *Hess*, WM 2004, 2329 (2333 FN 77). Ähnlich zum KuratorenG *Kalss*, Anlegerinteressen 411.

52) Vgl *Kodek*, Gesetzliche Möglichkeiten zur Regelung von Massenverfahren, in *Gabriel/Pirker-Hörmann*, Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO, Wilhelminenberg Gespräche VI (2005) 311 ff.

53) Vgl zum Folgenden *Kodek*, Kollektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht – rechtsvergleichende und rechtspolitische Tendenzen, in *Gottwald*, Europäisches Insolvenzrecht – kollektiver Rechtsschutz (2008) 249.

54) RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABI L 1976, 039, S 40, geändert durch die RL 2002/73/EG vom 23.9.2002, ABI L 269/15, neu gefasst durch die RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABI L 204/23.

55) RL 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI L 180/22.

Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft im Arbeitsleben sowie in den Bereichen Soziales, Bildung und Zugang zu sowie der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum, dienen. Die *RahmenRL Beschäftigung*⁵⁶⁾ sowie die *GenderRL*⁵⁷⁾ beziehen sich demgegenüber nur auf das Arbeitsleben. Die *GleichbehandlungsRL Güter und Dienstleistungen*⁵⁸⁾ soll schließlich die Gleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen sowie die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatversicherungsrecht sicherstellen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber beschränkt sich in diesem Zusammenhang – entgegen der sonst hier zu konstatierenden Zurückhaltung⁵⁹⁾ – nicht auf materiellrechtliche Vorgaben; vielmehr sehen die einschlägigen Richtlinien ausdrücklich auch – im Wesentlichen wortgleich⁶⁰⁾ – verfahrensrechtliche Regelungen vor⁶¹⁾ – ein schöner Beleg für die konkrete Einheit von Verfahrens- und materiellem Recht. Demnach kann jeder, der sich durch die Nichtanwendung des Gleichheitsgrundsatzes in seinen Rechten für verletzt hält, seine Ansprüche aus der betreffenden RL auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen.⁶²⁾ Die Mitgliedstaaten haben außerdem sicherzustellen, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser RL zu sorgen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser RL zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.⁶³⁾

An diesen Regelungen fällt zunächst auf, dass gerade keine kollektive Rechtsdurchsetzung vorgesehen ist. Vielmehr regeln die Richtlinien nur die Rechtsverfolgung in *Einzelverfahren*. Das Einschreiten von Verbänden dient nicht der Wahrnehmung kollektiver oder überindividueller Interessen, sondern der Unterstützung der individuellen Rechtsverfolgung, können Verbände doch nur entweder im Namen der beschwerten Person oder zu ihrer Unterstützung auftreten.⁶⁴⁾ Damit stehen die Gleichbehandlungs-Richtlinien in bemerkenswertem Gegensatz zur Rechtslage beim Verbraucherschutz, wo durch die UnterlassungsklagenRL⁶⁵⁾ zumindest Unterlassungsklagen durch Verbände ausdrücklich vorgesehen sind, und zur Diskussion um eine Sammelklage im Bereich des Verbraucherrechts.⁶⁶⁾

Dafür gibt es gute Gründe. Der Vorteil der Gruppen- bzw Sammelklage liegt ja gerade darin, dass hier gemeinsame Tat- und Rechtsfragen in einem einheitlichen Verfahren beurteilt werden. Es ist daher kein Zufall, dass das Schwergewicht der bisherigen Diskussion in diesem Zusammenhang auf dem Gebiet des Kapitalanlegerschutzes und bei Massenschäden lag. In allen diesen Fällen können eine Reihe von Fragen zum Grund des Anspruchs, etwa Prospekt- oder sonstige Informationsmängel, aber auch Veranlagungsfehler oder sonstige Sorgfaltsverstöße, generell erfolgen; in manchen Fällen kann überdies die Höhe des Anspruchs generell beurteilt werden.⁶⁷⁾ Dies ist jedoch im Bereich des Diskrimi-

nierungsschutzes wegen der Eigenart des Anspruchs insb im Arbeitsrecht vielfach gerade nicht möglich: Das Schwergewicht der Auseinandersetzung liegt, wie das Beispiel der USA zeigt, auf dem Vorliegen einer Benachteiligung und dem Benachteiligungsgrund einerseits und möglichen Rechtfertigungsgründen andererseits; beide Fragen können allerdings nur individuell für jeden einzelnen AN beurteilt werden. Die – allein generell mög-

- 56) RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 303/16.
- 57) RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABI L 1976, 039, S 40, geändert durch die RL 2002/73/EG vom 23.9.2002, ABI L 269/15, neu gefasst durch die RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABI L 204/23.
- 58) RL 2004/113/EG vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABI L 373, S 37.
- 59) Hier ist beispielsweise auf die Diskussion zum ersten Entwurf der ZahlungsverzugsRL zu verweisen, wo beschleunigte Betreibungsverfahren für unbestrittene Geldforderungen vorgesehen waren. Dieser Entwurf wurde jedoch von zahlreichen Mitgliedstaaten als Eingriff in ihre Souveränität angesehen. Dazu näher *Rechberger/Kodek*, Mahnverfahren in der Europäischen Union (2001) 36 f.
- 60) In der Neufassung 2006 der GenderRL sind die entsprechenden Bestimmungen mit „Rechtsmittel“, in den übrigen drei Richtlinien – sachlich richtiger – mit „Rechtsschutz“ umschrieben.
- 61) Die Erwägungsgründe der drei Richtlinien heben jeweils die Bedeutung „angemessenen“ Rechtsschutzes hervor. Vgl AntirassismusRL 19. Erwägungsgrund, RahmenRL Beschäftigung 29. Erwägungsgrund, GleichbehandlungsRL Güter und Dienstleistungen 21. Erwägungsgrund. Demgegenüber spricht die Neufassung 2006 der GenderRL von der „Schaffung angemessener rechtlicher und administrativer Verfahren“.
- 62) Art 7 Abs 1 AntirassismusRL, Art 9 Abs 1 RahmenRL Beschäftigung, Art 8 Abs 1 GleichbehandlungsRL Güter und Dienstleistungen, Art 17 Abs 1 GenderRL (Neufassung 2006).
- 63) Art 7 Abs 2 AntirassismusRL, Art 9 Abs 2 RahmenRL Beschäftigung, Art 8 Abs 3 GleichbehandlungsRL wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt, Art 17 Abs 2 GenderRL (Neufassung 2006).
- 64) Die in den Richtlinien vorgesehene Möglichkeit der Beteiligung von Organisationen bzw Verbänden am Verfahren wird in Österreich durch § 62 GIBG umgesetzt.
- 65) RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen. Zu weiteren Richtlinien mit Verbandsklageregelungen siehe *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft (2005) 49 ff.
- 66) Vgl das im März 2006 von der neuen EU-Kommissarin für Verbraucherschutz *Kuneva* vorgestellte Strategiepapier „EU-Verbraucherpolitik-Strategie 2007 bis 2013“.
- 67) Näher *Kodek*, Gesetzliche Möglichkeiten zur Regelung von Massenverfahren, in *Gabriel/Pirker-Hörmann*, Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO, Wilhelminenberg Gespräche VI [2005] 311 ff (387).

che – Feststellung eines bestimmten Verhaltensmusters (*pattern*) könnte hier allenfalls eine gewisse Hilfestellung für die Lösung des Einzelfalles bieten.⁶⁸⁾ Jedenfalls individuell beurteilt werden muss hingegen die Höhe des Schadenersatzanspruchs. Die amerikanische *class action* erreicht hier eine effiziente Abwicklung von Massenansprüchen letztlich durch eine aus europäischer Sicht eher pauschale Schadensbemessung; die Probleme der individuellen Schadensbemessung werden dort in das Verteilungsverfahren verlagert. Die im *Walmart-Fall*, der bisher größten Sammelklage überhaupt, vom Berufungsgericht ausdrücklich angesprochene Möglichkeit eines *class wide award* und die Absenkung des Beweismaßes⁶⁹⁾ in diesem Zusammenhang zeigen dies deutlich; die Bedenken des kontinentaleuropäischen Betrachters werden hier noch verstärkt, wenn das Berufungsgericht betont, dass individuelle Anhörungen hier nicht erforderlich seien. Eine derartige Lösung ist schon wegen der Vorgaben des Art 6 EMRK für Europa nicht gangbar.⁷⁰⁾ Nicht nur die Voraussetzungen für den Grund des Anspruchs, sondern auch und gerade die Höhe des Anspruchs sind als *civil right* unzweifelhaft von den Verfahrensgarantien dieser Bestimmung erfasst.

Zusammenfassend erscheint daher eine „Kollektivierung“ des Rechtsschutzes in diesem Bereich derzeit in Europa allenfalls als Ergänzung des individuellen Rechtsschutzes denkbar. Auch hier sollte freilich nicht

übersehen werden, dass gerade die Geltendmachung genereller Missstände nach herkömmlichen Verständnis im Wege des öffentlichen Rechts erfolgen sollte; die Eröffnung von Verbandsklagemöglichkeiten kann hier nur zusätzliches unterstützendes Instrument sein. Eine echte „Kollektivierung“ der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen scheitert hingegen nach europäischem Verständnis an der Notwendigkeit der einzelfallbezogenen Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen.

5.6. Ausdehnung des besonderen Feststellungsverfahrens

Grundsätzlich möglich wäre eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des in § 54 ASGG geregelten besonderen Feststellungsverfahrens. Eine derartige Kompetenz des OGH ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Zwar sieht Art 92 Abs 1 B-VG vor, dass der OGH „oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen“ ist. Nach dem VfGH steht diese Bestimmung jedoch einer gesetzlichen Regelung nicht entgegen, die dem OGH die Kompetenz überträgt, in erster und letzter Instanz zu entscheiden.⁷¹⁾ Freilich dürfen dem OGH derartige Kompetenzen nicht unbeschränkt, sondern nur in Ausnahmefällen von besonderer Wichtigkeit übertragen werden. Gegen die Einrichtung einer einzigen Instanz sprechen auch keine anderen Verfassungsbestimmungen. Insb gewährt Art 6 EMRK kein Recht auf einen bestimmten Instanzenzug.⁷²⁾

Eine derartige Tätigkeit des OGH kann bereits auf eine lange Tradition verweisen. Nach § 16 lit f OGHG kam dem OGH auch die Aufgabe zu, Gutachten zu erstatten.⁷³⁾ Nach dieser Bestimmung war dem Plenarsenat des OGH und Kassationshofs „die Entscheidung einer von den Gerichten verschieden oder unrichtig entschiedenen Rechtsfrage vorbehalten, wenn der Generalprokurator über Auftrag des Justizministers die Abhaltung einer Plenarversammlung beantragt“.⁷⁴⁾ Mit Entschließung vom 11.11.1852, RGBI Nr 24, wurde die Generalprokurator aufgehoben; in der Folge wurde diese lediglich für Strafsachen wieder eingeführt. Seither kam es unmittelbar aufgrund von Anträgen des Justizministeriums zu Gutachten auf Grundlage der zitierten Bestimmung.

Auch nach dem früheren GewGG kam dem OGH in Sachen der Gewerbegerichtsbarkeit, in denen der Rechtszug niemals zum OGH ging,⁷⁵⁾ insofern eine Leitfunktion zu, als er auf Ersuchen des BMJ über eine von den gewerblichen Berufungssenaten verschieden oder unrichtig entschiedene Rechtsfrage eine in das Judikatenbuch aufzunehmende Entscheidung zu fällen hatte.⁷⁶⁾ Auch nach § 27 ArbGG fungierte der OGH nicht als letzte Instanz in einem konkreten Rechtsstreit, sondern entschied – gewissermaßen als „Auslegungsgerichtshof“ – über eine ihm vom BMJ vorgelegte Rechtsfrage.

Das Institut des besonderen Feststellungsverfahrens wird in der Literatur positiv bewertet. Demnach zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass die besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 Abs 2 ASGG einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit und damit zur Vermeidung einer Vielzahl von Einzelverfahren im Arbeitsrecht leisten.⁷⁷⁾ In Hinblick darauf erscheint eine Ausdehnung dieses Instituts auf Verbraucherstreitigkeiten durchaus erwägenswert. Vor übertriebenen Erwartungen in diesem Zusammenhang

68) Vgl zur Bedeutung von Statistiken in diesem Zusammenhang *Kocher* in *Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz § 22 Rz 30 mwN.

69) Demnach genüge „some demonstration that the individual class members receiving compensation were likely victims of illegal discrimination“.

70) Auch in den USA scheint das Pendel hier gewissermaßen wieder zurückzuschwingen. Der amerikanische Supreme Court hat die Sammelklage im *Walmart-Fall* mit E vom 20.6.2011 nicht zugelassen.

71) VfGH G 52/95, G 53/95, G 54/95, G 55/95, G 56/95, G 1318/95, G 146/96 VfSlg 14.709; *Rill*, Feststellungsverfahren gem § 54 Abs 2 ASGG verfassungswidrig? RdW 1995, 345.

72) *Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 1980, 21; *Miehsler/Vogler*, IntKommEMRK Art 6 Rz 272 mwN.

73) Vgl auch *Sobalik*, Rechtsgutachten von Gerichtshöfen, JBI 1961, 150.

74) Vgl auch *Jelinek*, Die heutige Bedeutung der Judikate, Sprüche, Gutachten und Plenarentscheidungen des Obersten Gerichtshofes, RZ 1976, 137.

75) Vgl BGBl 1922/229.

76) *Wahle* in Die Judikate und Sprüche des OGH, Vorwort XXXIX und XL.

77) Vgl *Gamerith*, Die besonderen Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG, DRdA 1988, 316; zurückhaltender aber die Einschätzung mehrerer Mitglieder des OGH. Vgl zu Versuchen, § 54 ASGG „zu kippen“ *Neumayr* in ZellKomm § 54 ASGG Rz 5. Trotz grundsätzlicher Tauglichkeit des § 54 ASGG wären mE hier gesetzliche Klarstellungen zu empfehlen. Dies betrifft insb die Reichweite der Hemmungswirkung des § 54 Abs 5 ASGG zu präzisieren, insb für den Fall, dass die Anlass zur Einleitung des Verfahrens nach § 54 ASGG und zum Abwarten dessen Ausgangs gebenden Fragen nicht bzw nicht vollständig beantwortet wurden. Vgl auch *Neumayr* in ZellKomm § 54 ASGG Rz 14, nach dem das Abwarten mit der Leistungsklage „gefährliches Eis“ darstelle.

ist allerdings zu warnen: Zunächst zeigt die Erfahrung, dass in Massenverfahren keineswegs nur oder auch nur überwiegend Rechtsfragen, sondern vielfach gerade auch *Tatfragen* strittig sind. Zu deren Lösung vermag ein besonderes Feststellungsverfahren nach Art des § 54 ASGG aber nichts beizutragen. Dazu kommt, dass das Feststellungsverfahren *keinen Exekutionstitel* schafft, sodass eine E des OGH in einem derartigen Fall die weitere gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Bekl nicht erübrigt, wenn dieser nicht kooperativ ist. Außerdem ist wohl aus rechtspolitischer Sicht der Bedarf nach einem besonderen Feststellungsverfahren außerhalb von Arbeitsverhältnissen geringer. Bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten will der AN idR das Arbeitsverhältnis fortsetzen, was ihn von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche vielfach abhalten wird. Diese Überlegung gilt für die Ansprüche von Verbrauchern hingegen nicht. Zudem ist im Arbeitsrecht die Klärung von Rechtsfragen gerade auch deshalb besonders dringlich, weil diese für mehrere *laufende Beschäftigungsverhältnisse* von Bedeutung sind. Auch diese Überlegung gilt aber für Verbraucherstreitigkeiten nicht in gleicher Weise.

5.7. Das Modell einer Gruppenklage der ZVN 2007

Zur Durchsetzung einer großen Zahl von Ansprüchen aus einem gleichartigen Sachverhalt soll nach dem Vorschlag einer ZVN 2007 ein neues „Gruppenverfahren“ dienen.⁷⁸⁾ Die Einbringung einer Gruppenklage wird vom Gericht öffentlich bekannt gemacht. Anschließend haben alle betroffenen Personen (nicht nur Verbraucher, sondern auch Unternehmer!) die Möglichkeit, dem Gruppenverfahren beizutreten. Die einzelnen Gruppenkläger werden durch einen von ihnen zu bestimmenden Gruppenvertreter repräsentiert. Über die allen Fällen gemeinsamen Tat- und Rechtsfragen kann in einem einheitlichen Urteil entschieden werden, anschließend werden – wenn nötig – die weiteren noch offenen Fragen, insb die Schadenshöhe, im Rahmen von Einzelprozessen geklärt. In der Praxis wird hier allerdings nach Abschluss des Gruppenverfahrens vielfach ein Vergleichsabschluss erzielt werden können.

Mit der amerikanischen *class action* hat ein derartiges Verfahren nichts zu tun. Anders als in den USA muss nach dem Entwurf jeder KI zunächst selbst Ansprüche stellen; es ist also nicht möglich, dass ein einzelner KI einfach behauptet, für eine Vielzahl anderer Betroffener aufzutreten. Außerdem gibt es in Österreich keinen strafweisen Schadenersatz und kein Erfolgshonorar für Rechtsanwälte in Form einer Beteiligung am obsiegteten Betrag.

Die vorgeschlagene Neuregelung bringt jedenfalls eine deutliche Verbesserung gegenüber dem gegenwärtigen Zustand. Dadurch werden Doppelgleisigkei-

ten in Form mehrfacher Beweisaufnahmen zum selben Thema und allfällige Widersprüche zwischen mehreren Urteilen vermieden. Insoweit dient der Entwurf auch der Rechtssicherheit.

Der Entwurf trägt allerdings stark kompromisshafte Züge. Insb ist statt der Teilnahme am Gruppenverfahren auch ohne Einschränkung weiter die Einzelrechtsverfolgung zulässig. Letztlich erfasst das neue Modell somit nur jene Fälle, in denen die KI kooperationswillig sind. Damit ist aber zu befürchten, dass die angestrebte Gerichtsentlastung nicht erreicht werden kann, kann doch jede Partei aus dem Gruppenverfahren jederzeit „ausscheren“ und einen eigenen Individualprozess führen. Das 19. Jahrhundert war hier schon weiter und sah bei bestimmten Anlageformen (Teilschuldverschreibungen) die Bestellung eines Kurators für alle Anleger zur Durchsetzung gemeinsamer Ansprüche vor.

Ein weiterer Reformpunkt betrifft die Möglichkeit einer sogenannten „Musterklage“. Bisher war es den Geschädigten vielfach nicht möglich, den Ausgang eines Grundsatzverfahrens vor dem OGH abzuwarten, weil der Ablauf der Verjährungsfrist drohte. Mit dem neuen Musterverfahren sollen nun Rechtsfragen geklärt werden können, die für eine größere Zahl von Streitigkeiten von Bedeutung sind. Bis zum Abschluss dieses Verfahrens soll die Verjährung der betroffenen Ansprüche gehemmt sein. Allerdings wurde gerade dieser Teil der Reform im Begutachtungsverfahren stark kritisiert. Auf die weitere Entwicklung darf man daher gespannt sein.

6. Ausblick

Das ASGG hat in den letzten 25 Jahren die Bewährungsprobe bestanden. Die Übertragung dieser Agenden an die ordentliche Gerichtsbarkeit hat sich bewährt. Im Individualrechtsschutz sind hier nur mehr Abrundungen erforderlich. Wichtig ist freilich, dass durch Beratung, Vertretung, etc auch faktisch ein entsprechender Zugang zum Recht besteht. Die Herausforderungen der Zukunft liegen vor allem in der sachgerechten Bewältigung von Massenverfahren.

Der in diesem Punkt zu konstatierende Reformbedarf soll freilich das bisher Erreichte nicht schmälern. Das ASGG, dessen rundes Jubiläum wir heuer begehen, erweist sich grundsätzlich als taugliches Rüstzeug. Das Motto der Veranstalterin lautet ja bekanntlich: Gerechtigkeit muss sein. Die Gerechtigkeit braucht aber auch ein verfahrensmäßiges Gerüst – im Arbeits- und Sozialrecht, aber natürlich auch darüber hinaus.

⁷⁸⁾ Vgl dazu Kodek, Die Gruppenklage nach der ZVN 2007, RdW 2007, 711.