

Liber Amicorum
EDWIN GITSCHTHALER

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak
und
Mag. Andreas Tschugguel

Redaktion:
Mag. Nadine Bösch



Wien 2020
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Immunität und Zustellung

Scheidung im Diplomatenmilieu – Prolog

Übersicht

- I. Ausgangspunkt
 - A. Faktisch
 - B. Rechtlich
 - C. Problemstellung
- II. Zulässigkeit der Zustellung
 - A. Prozessualer Rahmen
 - B. Zustellung und Verzichtsmöglichkeit
 - C. Zustellung als Hoheitsakt
- III. Ergebnisse

Dem Jubilar als Grandseigneur des österreichischen Familienrechts und Kenner des streitigen und außerstreitigen Prozessrechts eine Freude zu machen, ist gleichermaßen leicht wie schwer. Leicht, weil *Edwin Gitschthaler* sich für Vieles interessiert, schwer, weil er das Allermeiste schon weiß.

Außerdem kommt hinzu: Wer *Edwin Gitschthalers* launige Auftritte beim OGH Cercle in Traunkirchen kennt, wo er Stammgast und Stammvortragender ist,¹ weiß, dass er interessante Rechtsprobleme am liebsten in Kombination mit einer „guten Geschichte“ hat.

Hier soll es daher um eine Rechtsfrage gehen, die den Jubilar als Kommentator des Zustellrechts interessieren könnte, anhand einer Geschichte, wie sie das Leben schrieb und dem Verfasser zur Beurteilung zutrug. Wer ein interessantes Rechtsproblem und eine gute Geschichte hat, schafft es mitunter, *Edwin Gitschthaler* zu einem Glas Wein an seinem Stammtisch bei Walter Bauer zu überreden. In der Hoffnung darauf kann die Schilderung des Sachverhalts hier möglichst kurz und nüchtern erfolgen, der Verfasser verspricht, die bunten Details persönlich nachzuliefern und gratuliert sehr herzlich zum Geburtstag!

¹ Das Publikum denkt etwa gerne an die Vorstellung der E 6 Ob 122/16h zurück, in der es um die Änderung einer Privatstiftung zum Nachteil der Ehefrau ging, vgl den Bericht bei *Karner/Perner/Spitzer*, Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 20. 9. 2017, ÖJZ 2018, 686 (692 ff).

I. Ausgangspunkt

A. Faktisch

Die Anlass-Ehescheidung steckt noch in ihren Kinderschuhen. Die Ehefrau möchte sich scheiden lassen, der Ehemann wollte das wohl ursprünglich auch, jedenfalls hat er es vor einigen Jahren schon mit der in seinem Heimatland populären Talaq-Scheidung versucht.² Da er die daran anknüpfenden Formalitäten dann aber doch nicht eingehalten hat, ist die Ehe jedenfalls noch aufrecht.

Man könnte den Eindruck gewinnen, dass dieser Umstand als Druckmittel gegen die Ehefrau eingesetzt wird. Ehebruch – auch einer Ehe, die nur mehr auf dem Papier besteht – ist nicht in allen Ländern der Welt straflos und wird in den Gefilden, aus denen der Ehemann stammt, drakonisch geahndet. Seine Verflechtungen mit dem Herrscherhaus seines Heimatlandes lassen die – mit Blick auf das Eherecht, das Scheidungsrecht und die gesellschaftliche Position der Frau – ohnehin schon trüben Aussichten eines Scheidungsverfahrens „daheim“ noch etwas trüber erscheinen. Ein faires Verfahren ist kaum zu erhoffen. Was spricht also dagegen, ein Scheidungsverfahren in Wien einzuleiten, wo der Ehemann seinen ständigen Aufenthalt hat? Womöglich der Umstand, dass ihn ausgerechnet seine Stellung als Botschafter seines Heimatlandes nach Wien geführt hat.

B. Rechtlich

Mit Blick auf die großzügige Regelung des Art 3 Brüssel IIA-VO ist die Begründung der internationalen Zuständigkeit das geringste Problem. Österreichische Gerichte sind danach ja nicht nur dann zuständig, wenn beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatten, sondern zB auch dann, wenn nur der Antragsgegner oder – unter gewissen Voraussetzungen – sogar der Antragssteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat.³

Auch das anwendbare Recht ist nicht schwer zu bestimmen, wobei dem IPR-Kenner auffallen wird, dass die Kegel'sche Leiter⁴ auf den Kopf gestellt wird:⁵ Nach Art 8 Rom III-VO ist nämlich – mangels Rechtswahl – das Recht des gemeinsamen Aufenthalts im Zeitpunkt der Einbringung der Scheidungsklage, subsidiär des letzten gemeinsamen Aufenthalts maßgebend, sofern nicht mehr als ein Jahr vergangen ist; subsidiär das Recht des gemeinsamen Personalstatuts.⁶

2 Dem Jubilar ist diese Scheidungsform als Höchststrichter mehrfach begegnet, vgl etwa 6 Ob 189/06x, 6 Ob 91/11g und 6 Ob 115/19h.

3 Es bedarf daher für die internationale Zuständigkeit keines Rekurses auf § 76 JN, zum verbleibenden Anwendungsbereich *Simotta in Fasching/Konecny I*³ (2013) § 76 JN Rz 16/1 ff. Nach § 76 JN bestimmt sich dann die örtliche Zuständigkeit, s *Stefula in Höllwerth/Ziehen-sack, ZPO-TaKomm* (2019) § 76 JN Rz 1-4.

4 *Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht*⁹ (2004) 478 ff.

5 *Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*⁶ (2019) 715.

6 Vgl *Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*⁶ 715.

Als Botschafter genießt der Ehemann eben natürlich Diplomatenstatus nach dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WDK),⁷ also grundsätzliche Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit des Empfangsstaats (Art 31 Abs 1 WDK). Lediglich für einzelne Fälle sieht die WDK Immunitätsausnahmen vor, namentlich für bestimmte Verfahren mit Liegenschaftsbezug, für erbrechtliche Angelegenheiten und für Klagen im Zusammenhang mit einer beruflichen Nebentätigkeit (Art 31 Abs 1 lit a bis c WDK). Über das Familienrecht im Allgemeinen und über Scheidungsverfahren im Speziellen schweigt die WDK.

Insofern steht eine Immunität des Beklagten im Raum, die die Durchführung eines Scheidungsverfahrens in Ermangelung der Prozessvoraussetzung der inländischen Gerichtsbarkeit hindern könnte (Art IX EGJN).

C. Problemstellung

Gegenstand dieses Beitrags ist jedoch nicht der Umfang der Immunität des Beklagten, wozu gerade im konkreten Fall mit Blick auf grundrechtliche Fragen und insbesondere den Justizgewährungsanspruch einiges zu sagen wäre. Hier soll es nur um die Frage gehen, ob der verfahrenseinleitende Schriftsatz dem Beklagten überhaupt zugestellt werden darf. Genießt der Beklagte keine Immunität, wäre das selbstverständlich, sodass die weiteren Überlegungen auf der Prämisse aufbauen, dass der Beklagte grundsätzlich Immunität nach Art 31 WDK genießt.

II. Zulässigkeit der Zustellung

A. Prozessualer Rahmen

Voraussetzung jedes Zivilprozesses ist die Befugnis des befassten Gerichts, Hoheitsgewalt auszuüben (inländische Gerichtsbarkeit). Diese Befugnis kommt österreichischen Gerichten auf österreichischem Staatsgebiet ohne weiteres zu, ist allerdings völkerrechtlich begrenzt. Personen, die völkerrechtliche Immunität genießen, unterliegen ihr nämlich nicht (Art IX EGJN).

In derartigen Fällen fehlt eine absolute Prozessvoraussetzung, was das Verfahren nichtig macht (§ 477 Abs 1 Z 3 ZPO) und sogar nach Eintritt der Rechtskraft wahrgenommen werden kann (§ 42 Abs 2 JN). „Ist die anhängig gewordene Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit [...] entzogen“, hat das Gericht dementsprechend nach § 42 Abs 1 JN „in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens sofort durch Beschluß auszusprechen“.⁸ Steht die Immunität fest, dürfen also keine weiteren Verfahrensschritte mehr gesetzt werden; dennoch gesetzte Schritte sind nichtig. All das ist unbestritten.⁹

7 BGBl 1966/66; vgl Art 1, 14 Abs 1 lit a WDK.

8 *Nademleinsky* in *Höllwerth/Ziehensack* § 41 JN Rz 1f.

9 Vgl *Matscher* in *Fasching/Konecny* I³ Art IX EGJN Rz 17 ff; *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ (2019) Art IX EGJN Rz 23.

B. Zustellung und Verzichtsmöglichkeit

1. Grundsätzliches

Traditionell wurde dabei schon eine amtswegige Zurückweisung der Klage *a limine* für zulässig gehalten.¹⁰ Demnach soll die Klage dem Beklagten gar nicht zugestellt werden, wenn das Gericht nach den Klagsangaben zur Überzeugung gelangt, dass dieser Immunität genießt. Der Beklagte erlangt bei einem solchen Vorgehen daher nicht einmal Kenntnis vom Verfahren.

Mit Blick auf die völkerrechtlichen Grundlagen der Immunität überrascht eine so strenge Sicht. Für die Staatenimmunität wird nämlich etwa selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Klage dem beklagten Staat zuzustellen ist, was die einschlägigen US-amerikanischen (§ 1608 des Foreign Sovereign Immunities Act) und britischen (section 12 des State Immunities Act) Bestimmungen sowie Art 16 des Europäischen Übereinkommens über die Staatenimmunität belegen, die allesamt die Zustellung verfahrenseinleitender Schriftsätze vorsehen. Genauso geht Art 22 des UN-Übereinkommens über die Staatenimmunität, das mangels ausreichender Ratifizierungen zwar noch nicht in Kraft ist, allerdings Rückschlüsse auf das Völkergewohnheitsrecht zulässt,¹¹ von der „Zustellung verfahrenseinleitender Schriftstücke“ aus. Dementsprechend betonte der EGMR bereits: „*It notes that an action against a State is not barred in limine*“.¹²

Worin liegt aber der Sinn der Zustellung an eine immune Person? Der EGMR liefert die Antwort darauf gleich mit: „*if the defendant State waives immunity, the action will proceed to a hearing and judgment*“.¹³ Macht der Staat also von seiner völkerrechtlichen Möglichkeit Gebrauch, auf die Immunität zu verzichten, kann das Verfahren durchgeführt werden.

Völkerrechtlich besteht also nicht nur keine Notwendigkeit einer Zurückweisung *a limine*, vielmehr ist die Zustellung weitgehend sogar explizit vorgesehen, um dem Beklagten die Ausübung seines Verzichtrechts zu ermöglichen. Dieser völkerrechtlichen Tendenz kann auf nationaler Ebene unkompliziert entsprochen werden, weil eine Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit solange nicht sicher iSd § 42 Abs 1 JN „entzogen“ ist, als der Beklagte keine Gelegenheit zum Verzicht hatte.¹⁴

Zusätzlich und *va* drängt sich diese Auslegungsvariante aber aus grundrechtlicher Perspektive auf: Gibt es – wie hier – keinen durchgreifenden Grund, der Klägerin den Zugang zu Gericht (Art 6 EMRK) von vornherein zu verwehren, darf der Zugang auch nicht verwehrt werden. Dieser Gesichtspunkt hat umso größeres Gewicht, wenn der Klägerin – wie hier zu befürchten ist – Alternativen mit einem gleichwertigen Zugang zu Gericht fehlen. Eine verfassungs- und völkerrechtskonfor-

10 Vgl. Scheuer in *Fasching/Konecny*³ § 43 JN Rz 1; Nachweise für Deutschland bei Lorz, *Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten* (2017) 183.

11 Vgl. Wilfinger, *Zur Staatenimmunität im Zivilprozess*, ÖJZ 2017, 149 (150).

12 EGMR 21.11.2001, 35763/97, *Al-Adsani/The United Kingdom*, Rz 48.

13 EGMR 21.11.2001, 35763/97, *Al-Adsani/The United Kingdom*, Rz 48.

14 Spitzer, ÖJZ 2008, 871 (883) mit weiteren Argumenten.

me Auslegung von § 42 Abs 1 JN muss daher zur Zustellung der Klage an den Beklagten führen, um dem Kläger Rechtsschutz zu gewähren, soweit Rechtsschutz möglich ist.¹⁵

2. Diplomatische Immunität

Dann stellt sich nur mehr die Frage, ob es Gründe dafür gibt, Fälle diplomatischer Immunität anders zu behandeln als jene der Staatenimmunität.

Art 32 Abs 1 WDK stellt zunächst klar, dass auch auf die Immunität des Diplomaten verzichtet werden kann. Insofern ist die Ausgangslage dieselbe wie bei der Staatenimmunität: Dass das Verfahren an der Immunität scheitert, kann im Stadium der *in limine*-Prüfung noch gar nicht feststehen. Nur eine Zustellung der Klage kann dem Beklagten die Möglichkeit eines Immunitätsverzichts geben und dem Kläger die Möglichkeit des Gerichtszugangs erhalten.

Dafür ist es auch unerheblich, dass das Verzichtsrecht nach Art 32 Abs 1 WDK nicht dem beklagten Diplomaten selbst, sondern dem Entsendestaat zusteht. Wie über den Immunitätsverzicht entschieden wird, ist nämlich eine rein staatsinterne Frage; der Entsendestaat kann die Entscheidungskompetenz daher etwa auf den Diplomaten übertragen oder bestimmte Benachrichtigungspflichten des Diplomaten vorsehen.¹⁶ Alle diese Varianten setzen aber voraus, dass der Diplomat überhaupt Kenntnis vom anhängigen Verfahren erlangt, wofür die Zustellung der Klage notwendig ist.

Dementsprechend gibt auch die WDK keine Pflicht zur *a limine*-Zurückweisung vor, was auf nationaler Ebene wiederum eine rechtsschutz- und damit grundrechtsfreundliche Auslegung von § 42 Abs 1 JN gebietet.¹⁷

C. Zustellung als Hoheitsakt

Die insofern gebotene Zustellung der Klage könnte freilich aus einer anderen Perspektive der diplomatischen Immunität dennoch in Frage gestellt werden. Nach traditionellem – freilich bisweilen in Zweifel gezogenem¹⁸ – Verständnis ist die Zustellung nämlich schon *per se* ein Hoheitsakt.¹⁹ Gegen immune Personen dürfen Hoheitsakte aber ja gerade nicht gesetzt werden.

15 Eingehend *Spitzer*, ÖJZ 2008, 871 (882) mwN; diesem folgend *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Art IX EGJN Rz 23, § 42 JN Rz 2; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ (2018) Rz 125; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 75; vgl auch *Matscher* in *Fasching/Konecny I Art IX EGJN Rz 123; anders – allerdings zu Ansprüchen aus Handlungen *iure imperii* – 1 Ob 237/11a. Siehe für Deutschland etwa *Lorz*, Staaten 183 ff; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht⁷ (2017) Rz 188; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁸ (2020) Rz 479 ff; *Hess*, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992) 390.*

16 Vgl *Denza*, Diplomatic Law⁴ (2016) 276 f.

17 *Spitzer*, ÖJZ 2008, 871 (883).

18 Vgl *Schack*, IZVR⁷ Rz 663: Zu glauben, die Zustellung sei ein Hoheitsakt, „fällt nach der Privatisierung der Deutschen Post AG noch schwerer als früher.“

19 Etwa *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny II/2*³ (2016) § 11 ZustG Rz 1.

Die jüngere Literatur spricht sich allerdings vermehrt dennoch für die Zulässigkeit aus, weil die bloße schriftliche Information über das anhängige Verfahren keine relevante Eingriffsintensität aufweise und die Immunität daher nicht beeinträchtigt werde. Die Zustellung verpflichte zu nichts, sondern setze bloß in Kenntnis. Dem entsprechend konstatiert Schack: „An einer Zustellung durch die Post, etwa mittels Einschreiben mit Rückschein, [...] vermag ich nichts Schlimmes zu entdecken“.²⁰

Endgültig unverdächtig ist freilich der Weg, den das österreichische Recht einschlägt, wenn § 11 Abs 2 ZustG anordnet: „Zur Vornahme von Zustellungen an Ausländer oder internationale Organisationen, denen völkerrechtliche Privilegien und Immunitäten zustehen, ist unabhängig von ihrem Aufenthaltsort oder Sitz die Vermittlung des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten in Anspruch zu nehmen.“ Genauso normiert § 32 Abs 3 JN: „Zur Ausführung der gerichtlichen Verfügungen, die Personen betreffen, die Immunität genießen, ist die Vermittlung des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten in Anspruch zu nehmen.“²¹ Gitschthaler betont zu Recht, dass eine andere Zustellung gesetzwidrig wäre.²²

Österreich hat sich damit ohnehin für den traditionellen diplomatischen Weg entschieden, was vor dem Hintergrund des hergebrachten Verständnisses der Zustellung als Hoheitsakt konsequent ist.²³ Damit ist aber auch Zweifeln an deren Zulässigkeit endgültig die Grundlage entzogen: Wenn die Zustellung der Klage dem Völkerrecht entspricht und in einer immunitätsschonenden Art und Weise möglich ist, gibt es schließlich keinen Grund dafür, der Klägerin die Chance auf ein faires Scheidungsverfahren zu verwehren.

III. Ergebnisse

1. Selbst im Fall der Immunität des Beklagten bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zustellung der Klage.
2. Weder das Völkerrecht noch das österreichische Recht zwingen nämlich zur *a limine*-Zurückweisung, ganz im Gegenteil wird weitgehend explizit von der Zustellung ausgegangen. Wo explizite Aussagen fehlen, impliziert die stets gegebene Möglichkeit eines Immunitätsverzichts, dass der Beklagte vom Verfahren in Kenntnis gesetzt werden darf. Andernfalls kann er dieses Recht schließlich nicht ausüben.
3. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Grundsatz der völkerrechtlichen Immunität. Die Besonderheiten der diplomatischen Immunität rechtfertigen keine Ausnahme.

20 Schack, IZRV⁷ Rz 667; s für Staaten auch Geimer, IZPR⁸ Rz 2146; Lorz, Staaten 186.

21 Vgl Horn in Fasching/Konecny I³ § 33 JN Rz 4. Das erkennende Gericht hat dabei nach § 11 RHE Ziv 2004 „die Vermittlung des Bundesministeriums für Justiz in Anspruch zu nehmen“ (JMZ BMJ-C304/0001/I11/04) und hierfür nach § 141 Abs 2 Geo „ein Ersuchschreiben an das Bundesministerium für Justiz“ zu richten.

22 Gitschthaler in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 121 ZPO Rz 2.

23 Vgl 9 ObA 14/03d.

4. Mit der Verzichtsmöglichkeit des Beklagten korrespondiert eine Chance der Klägerin auf Rechtsschutz. Bis der Beklagte Gelegenheit zum Verzicht hatte, kann nämlich nicht feststehen, ob inländische Gerichtsbarkeit gegeben ist oder nicht. Dieser Umstand ist im Wege der verfassungskonformen Interpretation von § 42 Abs 1 JN zu berücksichtigen.
5. Dass die klassische Zustellung weitgehend als Hoheitsakt qualifiziert wird, ist konkret irrelevant. Dafür muss gar nicht beurteilt werden, ob hinsichtlich der postalischen Zustellung überhaupt Bedenken bestehen. § 11 Abs 2 ZustG und § 32 Abs 3 JN sehen nämlich vor, dass die Zustellung an immune Personen über Vermittlung des Außenministeriums und damit auf diplomatischem Weg erfolgt. Dabei wird die Immunität keinesfalls beeinträchtigt.