

Alexander Wilfinger

Einschüchterungsklagen – Nationale Grundsätze und europäische Perspektiven

Zivilprozesse werden mitunter zur Verhinderung kritischer Berichterstattung oder öffentlichkeitsrelevanter Initiativen missbraucht. Beklagtenschutz ist in solchen Fällen schon grundrechtlich geboten, gerät aber schnell in Konflikt mit dem Justizgewährungsanspruch des Klägers. Aktuelle europäische Entwicklungen rufen bewährte Lösungsmechanismen des nationalen Prozessrechts in Erinnerung und legen Schwachstellen offen.

ÖJA 2023/1

- I. Ausgangspunkt
- II. SLAPP
 - A. US-amerikanische Ursprünge
 - B. Europäische Entwicklungen
- III. Nationale Grundresistenz
 - A. Steuerndes Kostenrecht
 - B. Substantiierung und „vorzeitige Einstellung“
 1. Problem
 2. US-amerikanischer Hintergrund
 3. Berücksichtigung in Österreich
 - C. Zwischenfazit
- IV. Weitere Stellschrauben
 - A. Vorbemerkung: Anwendungsbereich
 1. Internationalität und Inländerdiskriminierung
 2. Kein Schutz ohne „öffentliche Beteiligung“
 - B. Möglicher Anpassungsbedarf
 1. Vertretungskosten und Schadenersatz
 2. Sicherheit
 3. Keine Regelung zur Vorfinanzierung
 4. Klagsänderung und -rücknahme
 5. Sanktionen
 6. Beteiligung Dritter
 - C. Internationale Prozesse
- V. Schluss

I. Ausgangspunkt

Seit jeher ist der Schutz vor falschen und beleidigenden Äußerungen ein materiellrechtliches Problem. Zivilrechtlich schon lange verbürgt (§§ 16, 1330 ABGB), wuchs in jüngerer Zeit das Bewusstsein um die grundrechtliche Kulisse (etwa Art 8, 10 EMRK), die zu schwierigen Ab-

Dr. Alexander Wilfinger ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

wägungen im Spannungsfeld von Privatsphäre, Erwerbsleben und Meinungsfreiheit zwingt.¹⁾ Besonders sensibel ist mediale Berichterstattung, die dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit nachkommt und insofern eine demokratiepolitisch zentrale Rolle einnimmt.²⁾ Mit *Berka* soll Persönlichkeitsschutz nicht dazu herhalten, „kritische Journalisten ‚mundtot‘ zu machen“,³⁾ weshalb sich etwa public figures wie Politiker und Prominente mehr gefallen lassen müssen als andere.⁴⁾ Demgegenüber rechtfertigt auch die Meinungsfreiheit keine unwahren Tatsachenbehauptungen⁵⁾ – die freilich nicht immer leicht von Werturteilen abgrenzbar sind⁶⁾ –, sodass den Betroffenen Abwehr- und Ersatzansprüche zustehen.⁷⁾ Vor diesem facettenreichen Hintergrund entscheidet sich etwa, ob die Behauptung, eine Person könne „mächtig in die Bawag-Affäre involviert sein“,⁸⁾ oder ein Unternehmen habe „seinen Aufstieg mit der Gesundheit der Anrainer erkaufte“,⁹⁾ im Einzelfall rechtswidrig ist.

Prozessuale Aspekte fanden dabei bislang nur wenig Beachtung. Am ehesten wurden sie mit Blick auf Schwierigkeiten bei der Anspruchsdurchsetzung thematisiert, wenngleich *Kodek* selbst in diesem Zusammenhang darauf hinwies, dass sich die Hauptprobleme bereits auf Ebene des materiellen Rechts stellen.¹⁰⁾ Die dortige Vielschichtigkeit wurde ohne weiteres im gewöhnlichen Erkenntnisverfahren bewältigt.

Neuerdings ändern sich indes die Vorzeichen. Einen verstärkt prozessualen Zugang verfolgt der Gesetzgeber nunmehr bei „Hass im Netz“, wo § 549 ZPO natürlichen Personen seit kurzem ein Mandatsverfahren zur einfacheren Geltendmachung bestimmter Unterlassungsansprüche zur Verfügung stellt.¹¹⁾ Vor allem bereiten aber europäische Entwicklungen der österreichischen Beschaulichkeit gerade ein Ende, und zwar gewissermaßen aus der entgegengesetzten Richtung. Von der Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung verlagert sich der Fokus auf die Verhinderung missbräuchlicher Inanspruchnahmen. Es geht um SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation.

¹⁾ Siehe nur *Karner*, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2013, 906 (908 ff).

²⁾ Etwa *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² (2019) 669 f mwN.

³⁾ *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ Vor §§ 6–8 a Rz 3.

⁴⁾ Näher und krit *Holoubek*, „Public figures“ als Maßstab bei der Grundrechtsprüfung, *ecolex* 1990, 785; s auch *Ennöckl*, Public figures im Rundfunkrecht, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek*, Medienfreiheit versus Inhaltsregulierung (2006) 95.

⁵⁾ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) § 23 Rz 30; *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte² 687; RIS-Justiz RS0107915; RS0032201. Gerade im Kontext der Pressefreiheit können freilich weitere Umstände zu berücksichtigen sein; vgl etwa *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1330 Rz 7 e.

⁶⁾ *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte² 687 f; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 23 Rz 30.

⁷⁾ Näher etwa *Koziol*, Sachgerechte Haftung der Massenmedien bei Schädigungen durch unzutreffende Informationen, in *Koziol/Seethaler/Thiede*, Medienpolitik und Recht (2010) 119; *Karner/Pehm*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit von (Online-)Medien: Zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in *Koziol*, Tatsachenmitteilungen und Werturteile: Freiheit und Verantwortung (2018) 105.

⁸⁾ OGH 21. 12. 2006, 6 Ob 291/06 x.

⁹⁾ OGH 18. 12. 1996, 6 Ob 2300/96 w; dazu *Berka*, Unternehmensschädigende Kritik und Freiheit der Meinungsäußerung, wbl 1997, 265 (270 f).

¹⁰⁾ *Kodek*, Die prozessuale Durchsetzung medienrechtlicher Ansprüche – actio diabolica? JRP 2009, 145 (145).

¹¹⁾ Dazu etwa *Pierer*, Das Mandatsverfahren nach § 549 ZPO, MR 2021, 27.

II. SLAPP

A. US-amerikanische Ursprünge

Der Begriff stammt aus den USA,¹²⁾ wo bereits in den 1980er-Jahren von einem „*new (and, we believe, growing) litigation phenomenon*“ die Rede war: „*Americans are being sued for speaking out politically.*“¹³⁾

Ein frühes Beispiel ist der Fall *Parnas Corp. v. Pierce Canyon Homeowner's Ass'n*.¹⁴⁾ Im aufstrebenden Silicon Valley hatten sich Bürgerinitiativen für eine nachhaltigere Stadtentwicklung eingesetzt und zu diesem Zweck unter anderem Flugblätter verteilt, woraufhin sie von einem Immobilienentwickler wegen defamations auf Schadenersatz in Höhe von über \$ 40 Mio geklagt wurden. Die Konstellation ist typisch, weil der wirtschaftlich überlegene Immobilienentwickler auf einem inhaltlich schwachen Standpunkt stand und keine ernsthaften Erfolgchancen hatte; wenig überraschend wurde die Klage letztlich abgewiesen. Das eigentliche Ziel des Prozesses lag darin, mit dem eindrucksvollen Streitwert eine Botschaft zu senden und so auf kaltem Weg einen politischen Störfaktor auszuschalten. Insofern bekam der Kläger, was er wollte: Die finanzielle und psychische Belastung des zweijährigen Verfahrens führte letztlich zur Auflösung der Initiativen, die Bürger zogen sich aus der Stadtpolitik zurück.¹⁵⁾

Ausgehend von solchen Fällen der Verhinderung politischer petitioning activity erweiterte man den Bezugsrahmen in der Folge ganz allgemein auf Klagen wegen speech on an issue of public interest or concern.¹⁶⁾ Das Anschauungsmaterial reicht von der defamations-Klage eines Kohlemagnaten, der in einer kritisch über die Kohleindustrie berichtenden Late Night Show unter anderem wenig schmeichelhaft als „*geriatric Dr. Evil*“ bezeichnet worden war,¹⁷⁾ bis zu *Donald Trump*, der offenherzig über seine \$ 6 Mrd-Klage gegen einen Buchautor wegen zu niedriger Darstellung seines Privatvermögens sprach:¹⁸⁾ „*I spent a couple of bucks on legal fees, and they spent a whole lot more. I did it to make his life miserable, which I'm happy about.*“¹⁹⁾

Als Reaktion auf derartige Verfahren erließen einige Bundesstaaten spezielle Anti-SLAPP-Gesetze, die dem Beklagten durch Mechanismen wie besondere Substantiierungspflichten, schnellere Abweisungsmöglichkeiten und Entschädigungsregeln zu Hilfe kommen.²⁰⁾ Einschüchterungsklagen sind in den USA damit längst vom empirischen zum normativen Phänomen geworden.

¹²⁾ Er geht in erster Linie zurück auf *Pring/Canan*, SLAPPs – Getting Sued for Speaking Out (1996).

¹³⁾ *Pring*, SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation, *Pace Env'tl. L. Rev* 7 (1989) 3 (3 f).

¹⁴⁾ No. 450512 (Cal. Super. Ct., Santa Clara County, 1980); dazu *Canan*, The SLAPP from a Sociological Perspective, *Pace Env'tl. L. Rev* 7 (1989) 23 (26 ff).

¹⁵⁾ *Canan*, *Pace Env'tl. L. Rev* 7 (1989) 23 (29).

¹⁶⁾ Krit A. L. *Roth*, Upping the Ante: Rethinking Anti-SLAPP Laws in the Age of the Internet, *BYU L. Rev* 2016, 741 (749); vgl auch *Domej*, The proposed EU anti-SLAPP directive: a square peg in a round hole, *ZEUP* 2022, 754 (757 f).

¹⁷⁾ FAZ, 23. 5. 2017, Kohleboss verklagt TV-Moderator John Oliver, www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/last-week-tonight-kohle-chef-murray-verklagt-john-oliver-15073586.html (Stand 5. 1. 2023).

¹⁸⁾ *Trump v. O'Brien*, 29 A.3d 1090, 1092 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2011).

¹⁹⁾ Zitiert nach www.anti-slapp.org/trump-and-the-first-amendment (Stand 5. 1. 2023).

²⁰⁾ Eine Übersicht bietet www.anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection (Stand 5. 1. 2023).

B. Europäische Entwicklungen

Obwohl sich das grundrechtliche Problem der Gefährdung der Meinungsfreiheit durch Abschreckung vor öffentlicher Beteiligung natürlich nicht nur in den USA stellt und dieser chilling effect dementsprechend schon „seit den Anfängen der Rechtsprechung des EGMR“²¹⁾ auch in Europa eine entscheidende Rolle spielt,²²⁾ setzte eine parallele zivilprozessuale Entwicklung hier erst vor wenigen Jahren ein. Den tragischen Anstoß gab der Fall einer maltesischen Investigativjournalistin, die über Korruption im Land berichtete und 2017 ermordet wurde, als gerade über 40 Klagen von Politikern und Unternehmern gegen sie anhängig waren.²³⁾ Seither bemühen sich zahlreiche NGOs intensiv darum, ein Bewusstsein der breiteren Öffentlichkeit für den Schutz von public watchdogs wie Journalistinnen, Menschenrechts- oder Umweltaktivistinnen vor Justizmissbrauch zu schaffen.²⁴⁾ Das Schlagwort SLAPP wird immer geläufiger²⁵⁾ und fiel in Österreich zuletzt etwa mit Blick auf Prozesse wie „OMV gegen Dossier“ oder „Signa gegen Zackzack“²⁶⁾ sogar die umstrittenen Aufforderungsschreiben der Stadt Wien an Lobau-Aktivistinnen wurden damit öffentlich in Verbindung gebracht.²⁷⁾

Vor allem erreichte der Ruf nach einer Anti-SLAPP-Gesetzgebung nach amerikanischem Vorbild aber auch die EU: Nach einer längeren Konsultationsphase²⁸⁾ veröffentlichte die Kommission im April 2022 den Vorschlag einer Richtlinie zum „Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“)²⁹⁾. Verschiedene Garantien und Sonderregeln zugunsten des Beklagten sollen Einschüchterungsklagen den angestrebten Effekt nehmen, Eckpfeiler sind die „vorzeitige Einstellung“ offenkundig unbegründeter Verfahren (Art 9 RL-E) sowie weitreichende Sicherstellungs-, Kostenerstattungs- und Schadenersatzansprüche des Beklagten (Art 8, 14f RL-E). Die Mitgliedstaaten stehen damit an der Schwelle zu einem harmonisierten Anti-SLAPP-Recht.

Die Entwicklungen wirken aus österreichischer Sicht wie ein Senkrechtstart. Bis vor kurzem waren SLAPPs noch kaum jemandem ein Begriff, plötzlich stehen ihretwegen Eingriffe in Kernbereiche des Prozessrechts an. Bevor im Einzelnen auf den Richtlinienvorschlag und

²¹⁾ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 23 Rz 29.

²²⁾ Siehe nur EGMR 27. 3. 1996, 17488/90, *Goodwin v. The United Kingdom* Rz 39.

²³⁾ Vgl etwa *Allaby*, After journalist's murder, efforts to combat SLAPP in Europe, *Columbia Journalism Review*, 24. 4. 2019, www.cjr.org/analysis/slapp-daphne-caruana-galizia-malta.php (Stand 5. 1. 2023); Kommissionsempfehlung (EU) 2022/758 ErwGr 18.

²⁴⁾ Federführend ist die Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE), s www.the-case.eu/ (Stand 5. 1. 2023).

²⁵⁾ Siehe *Blaßnig/Hahnenkamp*, SLAPPs und SLAPP-Back, *juridikum* 2021, 417 (417f); zu aktuellen europäischen Entwicklungen auch *Hess*, Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution? MPILux Working Paper 2022(3) 23f; *Hess*, Der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von SLAPPs, COM(2022) 177 final, *ecolex* 2022, 704 (704f).

²⁶⁾ Vgl etwa *Der Standard*, 14. 2. 2022, Einschüchterungsklagen gegen Journalisten auf dem Vormarsch, www.derstandard.at/story/2000133349665/einschuechterungsklagen-gegen-journalisten-auf-dem-vormarsch (Stand 5. 1. 2023).

²⁷⁾ Etwa *Der Standard*, 15. 12. 2021, Lobau: Organisationen geben Stadt 48 Stunden für Rücknahme der Klagsdrohungen, www.derstandard.at/story/2000131921235/lobau-organisationen-geben-stadt-48-stunden-fuer-ruecknahme-der-klagsdrohungen (Stand 5. 1. 2023); vgl auch den Überblick bei *Lachmayer*, Überlegungen zur Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit in Österreich, *NetV* 2022, 26 (27).

²⁸⁾ Zu den vorangegangenen Regelungsvorschlägen s *Wiepen*, SLAPP-Klagen de lege lata und de lege ferenda, *GVRZ* 2022, 3 Rz 6 ff.

²⁹⁾ COM(2022) 177 final.

möglichen Anpassungsbedarf eingegangen wird, bietet sich eine Vergewisserung über die Gründe für diese Überraschung an.

III. Nationale Grundresistenz

Die bisher ausgebliebene nähere Auseinandersetzung mit Einschüchterungsklagen ist nämlich weder Zufall noch Ausdruck von Gleichgültigkeit gegenüber Gefährdeten. Sie liegt vielmehr an einer gewissen Grundresistenz, die das österreichische Prozessrecht von Haus aus mitbringt. Deutlich zeigt sich das gerade im Vergleich mit den USA als „Mutterland“ von SLAPPs.³⁰⁾

A. Steuerndes Kostenrecht

Die *Trump*'sche Rechnung „*I spent a couple of bucks on legal fees, and they spent a whole lot more*“,³¹⁾ geht dank der American Rule auf. Danach gibt es im amerikanischen Zivilprozess keinen Ersatz für Vertretungskosten, nur die – traditionell sehr niedrigen³²⁾ – Gerichtsgebühren werden ersetzt.³³⁾ Das Risiko des Klägers ist also überschaubar. Es ist letztlich mit den eigenen Anwaltskosten begrenzt und entfällt sogar ganz, wenn ein Erfolgshonorar vereinbart wird. Die Rahmenbedingungen sollen die redliche Rechtsdurchsetzung fördern, schaffen aber gleichzeitig eine komfortable Ausgangslage für Einschüchterungskläger. Lässt man die eigenen Anwaltskosten beiseite – zumal die wenigsten Anwälte aussichtslose Prozesse auf Erfolgswahrscheinlichkeit führen werden³⁴⁾ –, gibt es die Einschüchterung ja gratis. Um solche falschen Anreize zu vermeiden, sind in den USA Ausnahmen von der Grundregel notwendig. Ein cost shifting ist allgemein bei „*in bad faith, vexatiously, wantonly or for oppressive reasons*“ erhobenen Klagen anerkannt,³⁵⁾ zusätzlich enthalten bundesstaatliche Anti-SLAPP-Gesetze durchgehend besondere Ersatzregeln.³⁶⁾

In diesen Zugzwang gerät das österreichische Prozessrecht erst gar nicht, weil nach § 41 ZPO bekanntlich von vornherein das Erfolgsprinzip gilt: Die Kosten trägt schon grundsätzlich der Verlierer. Das Risiko steigt mit der Höhe des als Bemessungsgrundlage dienenden Streitwerts, vor allem auch mit Blick auf die nach oben unbegrenzten Gerichtsgebühren. Nach den Ansätzen des TP 1 GGG bliebe es etwa nicht bei den „*couple of bucks*“ für die \$ 6 Mrd-Klage, vielmehr hätte die Freude am Prozess gegen den geringschätzigen Biographen allein an Gerichtsgebühren über \$ 72 Mio gekostet. Für sich genommen geben solche astronomischen Summen zwar Grund zu Kritik,³⁷⁾ im vorliegenden Zusammenhang wirken sie SLAPPs aber zusätzlich entgegen, weil die Drohkulisse ja nicht zuletzt am Streitwert hängt. Richtet sich die Klage nicht auf eine Geldleistung, setzen die Bewertungsvorschriften des RATG der Kulisse überhaupt Grenzen, weil die Bemessungsgrundlage in wesentlichen Fällen gedeckelt ist (§ 10

³⁰⁾ Siehe zum Folgenden schon *Wilfinger*, Schlaglichter auf den Entwurf einer Anti-SLAPP-Richtlinie, ÖJZ 2022, 1096.

³¹⁾ Zitiert nach www.anti-slapp.org/trump-and-the-first-amendment (Stand 5. 1. 2023).

³²⁾ *Maxeiner*, The American “Rule”: Assuring the Lion His Share, in *Reimann*, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (2012) 287 (295).

³³⁾ *Hazard/Leubsdorf/Bassett*, Civil Procedure⁶ (2011) 48 ff; *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht⁵ (2020) Rz 22; zum historischen Hintergrund auch *Kodek*, Funktion und Dogmatik des Prozesskostensatzes aus österreichischer Sicht, ZJP 128 (2015) 29 (49 f).

³⁴⁾ Vgl die Stellungnahmen bei *Pring/Canan*, SLAPPs 187.

³⁵⁾ *F.D. Rich Co., Inc. v. Industrial Lumber Co.*, 417 U.S. 116 (1974).

³⁶⁾ Etwa Cal Civ Proc Code § 425.16(c)(1); TX Civ Prac & Rem § 27.009(a)(1); DC Code § 16–5504(a).

³⁷⁾ Etwa *Bezemek*, Gerichtsgebühren in grundrechtlicher Betrachtung, JRP 2018, 240 (244 f).

Z 6 RATG)³⁸⁾ – was freilich auch die Ersatzmöglichkeiten des siegreichen Beklagten mitunter unrealistisch niedrig hält – und der Beklagte die Bewertung des Klägers sonst bemängeln kann (§ 7 RATG).³⁹⁾ Insgesamt verhindern die Kostenstruktur und die Ersatzpflicht damit „weitgehend ‚Erpressungsklagen‘ wie in den USA“, worauf Kodek bereits vor einigen Jahren hinwies.⁴⁰⁾ Sonderregeln zur Kostentragung des Verlierers als typische und in Art 14 RL-E enthaltene Anti-SLAPP-Maßnahme sind in Österreich grundsätzlich⁴¹⁾ nicht notwendig.

B. Substantiierung und „vorzeitige Einstellung“

1. Problem

Auch die zweite Säule des Anti-SLAPP-Rechts geht auf ein amerikanisches Spezifikum zurück.⁴²⁾ Gemeint sind Möglichkeiten des Gerichts, die wegen öffentlicher Beteiligung erhobene Klage aufgrund einer „*special motion to strike*“⁴³⁾ beschleunigt abzuweisen, es sei denn, „*the plaintiff has established that there is a probability that the plaintiff will prevail on the claim*“ (Kalifornien).⁴⁴⁾ Der RL-E greift dieses Instrument in Art 9 auf. Danach kann der Beklagte einen Antrag auf „vorzeitige Einstellung“ des Verfahrens „*ganz oder teilweise als offenkundig unbegründet*“ stellen, wobei es dann nach Art 12 „*dem Kläger obliegt, zu beweisen, dass die Klage nicht offenkundig unbegründet ist*“.

Umgelegt auf den österreichischen Prozess sind die Regelungen nicht leicht nachvollziehbar. Ist die Klage unschlüssig, weil sich die begehrte Rechtsfolge nicht aus dem Tatsachenvorbringen ergibt, ist die schnelle Abweisung – allenfalls nach Rückstellung zur Verbesserung (§§ 84, 182, 182 a ZPO) – ohnehin selbstverständlich;⁴⁵⁾ ein Beweisverfahren ist ja etwa nicht notwendig, wenn Ehrenbeleidigung durch eine Äußerung behauptet wird, die den Tatbestand des § 1330 Abs 1 ABGB schon nach der Klagerzählung nicht erfüllt. Auch ein Zahlungsbefehl dürfte nicht erlassen werden (§ 244 Abs 2 Z 4 ZPO). Nur schlüssige Klagen werfen Sachverhaltsfragen auf, die bei offenkundiger Unrichtigkeit des Vorbringens ebenfalls zügig beantwortet werden können (§ 269 ZPO). Meistens sind die relevanten Umstände freilich sehr wohl beweisbedürftig, etwa wenn sich die Klage auf Kreditschädigung stützt und daher der Beweis der Unwahrheit der verbreiteten Tatsache den Ausschlag gibt (§ 1330 Abs 2 ABGB). Hier sind sinnvolle, mit dem Justizgewährungsanspruch des Klägers vereinbare Abkürzungen schon auf den ersten Blick kaum vorstellbar, weil erst nach Durchführung eines vollständigen Beweisverfahrens feststeht, wer Recht hat. Während sich ein Vorverfahren nach amerikanischem Vorbild bei Unschlüssigkeit der Klage sowie offenkundiger Unrichtigkeit des Vorbringens erübrigt, bereitet es sonst also Unbehagen.

³⁸⁾ Danach ist der Gegenstand in Streitigkeiten über Klagen nach § 20 und § 1330 ABGB mit höchstens € 21.000,- zu bewerten, wenn die Behauptung in einem Medium iS des MedienG verbreitet wurde (lit a), ansonsten mit höchstens € 11.000,- (lit b).

³⁹⁾ Eine Streitwertänderung nach § 7 RATG wirkt sich nach § 18 Abs 2 Z 1 GGG auch auf die Gerichtskosten aus.

⁴⁰⁾ Kodek, ZJP 128 (2015) 29 (50, 67); vgl auch Adams, Kostenersatzrecht – ein Prozessordnungsvergleich aus ökonomischer Sicht, in FS 100 Jahre ZPO (1998) 225 (235 ff). Zusätzlich bestehen strukturelle Unterschiede im System der Verfahrenshilfe; s dazu Schack, Einführung³ Rz 25.

⁴¹⁾ Zur Frage des Ersatzes der gesamten Vertretungskosten noch unten, IV.B.1.

⁴²⁾ Siehe aber auch Hess, *ecolx* 2022, 704 (707), der den Bezug zum englischen Prozessrecht herstellt.

⁴³⁾ So etwa Cal Civ Proc Code § 425.16(b)(1); s auch CT Gen Stat § 52 – 196a(b); TX Civ Prac & Rem § 27.003.

⁴⁴⁾ Cal Civ Proc Code § 425.16(b)(1).

⁴⁵⁾ Vgl Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG³ § 226 ZPO Rz 185 f.

2. US-amerikanischer Hintergrund

Die Funktion der special motion to strike ist denn auch im Umfeld des amerikanischen Prozesses zu sehen, wo sich die Frage der Schlüssigkeit zunächst gar nicht stellt. Anders als österreichische (§ 226 ZPO) oder deutsche (§ 253 dZPO) sind amerikanische Klagen mit *Schack* nämlich „meist kurz und relativ nichtssagend“.⁴⁶⁾ Sie enthalten lediglich ein „short and plain statement of the claim“,⁴⁷⁾ eine nähere Konkretisierung der Tatsachengrundlage ist nicht erforderlich.⁴⁸⁾ Die geringen Inhaltsanforderungen sind konsequent, weil vom Kläger an diesem Punkt noch gar keine nähere Kenntnis der für die Anspruchsdurchsetzung notwendigen Informationen und Beweismittel erwartet wird.⁴⁹⁾ Vielmehr gibt ihm gerade das Prozessrecht mit der auf die Klageeinbringung folgenden pretrial discovery ein überaus wirkmächtiges Instrument zur Beschaffung dieser Informationen an die Hand: „Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense and proportional to the needs of the case“.⁵⁰⁾ Die Parteien befragen dazu einander sowie potenzielle Zeugen in außergerichtlichen depositions und gewähren Einsicht in alle abstrakt relevanten Dokumente, damit sich der Gegner ein vollständiges Bild von der Lage machen kann.⁵¹⁾ Nun liegen alle Karten auf dem Tisch, der jetzt bestmöglich informierte Kläger kann – sofern die Sache nicht wie häufig ohnehin verglichen wird⁵²⁾ – sein Vorbringen substantiieren und die Sachverhaltslücken schließen.⁵³⁾

Die discovery ist von den Gerechtigkeitsgedanken der bestmöglichen Wahrheitsermittlung und Waffengleichheit her grundsätzlich nachvollziehbar.⁵⁴⁾ Ihre Missbrauchsanfälligkeit ist aber offensichtlich,⁵⁵⁾ *Junker* spricht von einem „Verfahrensabschnitt mit eingebautem Ausforschungselement“.⁵⁶⁾ Vage Behauptungen können als Eintrittskarte zu tief in die Sphäre des Beklagten führenden fishing expeditions dienen, um in einem mitunter langwierigen und teuren Prozedere „irgendetwas Brauchbares“⁵⁷⁾ zutage zu fördern, auf das sich das Begehren dann stützen lässt.⁵⁸⁾ Ausforschung und die skizzierten kostenrechtlichen Grundsätze schaukeln sich dabei gegenseitig hoch, wenn in der Kosten/Nutzen-Rechnung des unredlichen Klägers dank der American Rule auch noch die Kosten des Gegners wegfallen.

Wie im Kostenrecht ist man dementsprechend um den Schutz vor Missbrauch bemüht.⁵⁹⁾ Für einzelne Bereiche wie das Kartellschadenersatz- oder Amtshaftungsrecht stellt der Supreme

⁴⁶⁾ *Schack*, Einführung⁵ Rz 99; relativierend aber *Lorenz*, Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß? ZJP 111 (1998) 35 (45 f).

⁴⁷⁾ FRCP 8(a)(2).

⁴⁸⁾ Im Detail ist die Rechtslage freilich wesentlich komplexer; eingehend auch zur historischen Entwicklung etwa *Hazard/Leubsdorf/Bassett*, Civil Procedure⁶ 172 ff; *Freer*, Civil Procedure³ (2012) 306 ff.

⁴⁹⁾ *Hazard/Leubsdorf/Bassett*, Civil Procedure⁶ 160 f; *Issacharoff*, Civil Procedure³ (2012) 22.

⁵⁰⁾ FRCP 26(b)(1).

⁵¹⁾ Etwa *Freer*, Civil Procedure³ 392 ff.

⁵²⁾ Siehe *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987) 109 f.

⁵³⁾ Vgl *Schack*, Einführung⁵ Rz 99.

⁵⁴⁾ Vgl *Grenig/Kinsler*, Handbook of Federal Civil Discovery and Disclosure³ (2010) 61 f; *Lorenz*, ZJP 111 (1998) 35 (48 f); umfassend zu den einzelnen Zielen *Junker*, Discovery 108 ff.

⁵⁵⁾ Siehe *Grenig/Kinsler*, Discovery 62 f.

⁵⁶⁾ *Junker*, Die Discovery-Reform des Jahres 1993: Zeitenwende oder Gesetzeskosmetik? ZJPInt 1 (1996) 235 (238).

⁵⁷⁾ *Schack*, Einführung⁵ Rz 99.

⁵⁸⁾ Näher zu solchen Auswüchsen und zum „nuisance value“ etwa *Lorenz*, ZJP 111 (1998) 35 (49 ff).

⁵⁹⁾ Eingehend zu den allgemein bestehenden Möglichkeiten *Reinhard*, Klageerhebung und Beklagten-schutz nach US-amerikanischem und deutschem Zivilprozessrecht (2006) 104 ff.

Court etwa strengere Anforderungen an die Klage, in diesen Fallgruppen muss sie ausnahmsweise von vornherein „*enough facts to state a claim to relief that is plausible on its face*“ enthalten.⁶⁰⁾ Dieselbe Stoßrichtung verfolgen die genannten special motions to strike nach einzelnen Anti-SLAPP-Gesetzen. Der Kläger darf sich in Prozessen wegen öffentlicher Beteiligung gerade nicht auf rudimentäre Ausführungen beschränken und die discovery abwarten, sondern muss die Klage schon davor substantiieren und etwa „*a probability that the plaintiff will prevail on the claim*“⁶¹⁾ darlegen (Kalifornien) oder „*by clear and specific evidence a prima facie case for each essential element of the claim in question*“⁶²⁾ präsentieren (Texas). Bis zur Entscheidung über solche Anträge ist die discovery unterbrochen,⁶³⁾ sodass kein unnötiger Prozessaufwand entsteht und der Beklagte in der Zwischenzeit nicht belästigt wird. Die vorzeitige Einstellung begegnet in den USA also Auswüchsen der discovery und verhindert das eingriffsintensive Fischen im Trüben.⁶⁴⁾

3. Berücksichtigung in Österreich

Damit sind die österreichischen Rahmenbedingungen bekanntlich nicht vergleichbar. Nach § 226 Abs 1 ZPO hat der Kläger die rechtserzeugenden Tatsachen in der Klage kurz, aber auch vollständig anzugeben, ihn trifft ganz allgemein und von vornherein die Behauptungslast für den geltend gemachten Anspruch.⁶⁵⁾ Eine spätere innerprozessuale Beschaffung von Informationen und Beweismitteln ist zwar nicht ausgeschlossen, zu denken ist insbesondere an das Fragerecht nach § 184 ZPO⁶⁶⁾ und verschiedene beweisrechtliche Mitwirkungspflichten des Gegners (zB §§ 303 f, 359 Abs 2, § 369 ZPO).⁶⁷⁾ Die traditionelle Zurückhaltung beim Ausforschungsbeweis,⁶⁸⁾ Begründungspflichten⁶⁹⁾ und Weigerungsrechte⁷⁰⁾ sorgen allerdings dafür, dass keiner dieser Schauplätze in die Nähe der Tragweite der allumfassenden discovery kommt. Im Rahmen der materiellen Prozessleitung kann das dem Kooperationsgrundsatz entsprechend starke Gericht außerdem jederzeit Einfluss nehmen und auf eine sinnvolle Stoffsammlung hinwirken.⁷¹⁾ Ein mit den USA vergleichbares Missbrauchspotenzial gibt es folglich insgesamt nicht.⁷²⁾

Was kann die vorzeitige Einstellung nach Art 9 RL-E dann noch leisten? Dass eine schnelle Erledigung von SLAPPs – über den Antrag auf vorzeitige Einstellung soll obendrein in einem beschleunigten Verfahren abgesprochen werden (Art 11 RL-E) – allgemein wünschenswert

⁶⁰⁾ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007); *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).

⁶¹⁾ Cal Civ Proc Code § 425.16(b)(1).

⁶²⁾ TX Civ Prac & Rem § 27.005(c).

⁶³⁾ Vgl Cal Civ Proc Code § 425.16(g); TX Civ Prac & Rem § 27.003(c).

⁶⁴⁾ Vgl aber auch *Pring/Canan*, SLAPPs 163 f, die auf mögliche Vorteile der discovery für Beklagte hinweisen, die sie sich leisten können. Ein weiterer genuin US-amerikanischer Grund für die vorzeitige Einstellung ist die Verhinderung eines jury verdict; s *Domej*, ZEuP 2022, 754 (763).

⁶⁵⁾ Näher *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 226 ZPO Rz 187 ff.

⁶⁶⁾ Zur Reichweite jüngst OGH 18. 10. 2022, 4 Ob 78/22 g; näher *Rassi*, Zum Umfang des Fragerechts nach § 184 ZPO, ÖJZ 2023 (in Druck).

⁶⁷⁾ Umfassend *Rassi*, Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess (2020) 70 ff, 82 ff.

⁶⁸⁾ Siehe *Rassi*, Das Dogma vom Verbot des Ausforschungsbeweises: Eine Analyse der österreichischen Rechtsprechung, in FS Simotta (2012) 443.

⁶⁹⁾ Etwa *Klicka*, Aufklärungspflichten der Prozeßparteien im österreichischen Zivilprozessrecht, JBl 1992, 231 (235); *Wilfinger* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht (2020) § 303 Rz 13 mwN.

⁷⁰⁾ Vgl §§ 305, 372 ZPO sowie für § 184 ZPO *Rassi* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 184 ZPO Rz 12 mwN.

⁷¹⁾ *Rassi*, Kooperation 85 ff.

⁷²⁾ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ Vor § 266 ZPO Rz 3.

ist, steht außer Frage. Ebenso unzweifelhaft steht dieser Wunsch aber in einem Spannungsverhältnis zum Justizgewährungsanspruch des Klägers (Art 6 EMRK; Art 47 GRC), dessen rechtliches Gehör gewahrt werden muss.⁷³⁾ Letztlich stellt sich das Problem ja nur, wenn der Kläger aus den behaupteten, nicht offenkundig falschen Tatsachen schlüssig einen Anspruch ableitet.⁷⁴⁾ Ob der Anspruch im Ergebnis besteht oder nicht, ob also ein SLAPP vorliegt oder nicht (Art 3 Abs 3 RL-E), lässt sich in solchen Fällen erst am Schluss und damit gerade nicht „vorzeitig“ beantworten.⁷⁵⁾

Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses verweist die Kommission auf Art 12 RL-E, wonach der Kläger zur Abwendung der vorzeitigen Einstellung „beweisen“ muss, „dass die Klage nicht offenkundig unbegründet ist.“ Der Zugang zur Justiz werde insofern nicht beschränkt, „da der Kläger die Beweislast in Bezug auf seine Klage im Hauptverfahren trägt und nur die viel niedrigere Schwelle erreichen muss, um nachzuweisen, dass die Klage nicht offenkundig unbegründet ist“ (ErwGr 30 RL-E). Der Gedanke ist also, dass der Kläger die für den Prozesssieg notwendige „große“ Hürde der Beweislast in der Sache ohnehin nicht nehmen könnte, wenn er schon an der „kleinen“ Einstiegshürde der Nicht-offenkundigen-Unbegründetheit scheitert. In österreichischer Diktion: Wer seinen Anspruch nicht bescheinigen kann, könnte ihn auch nicht beweisen.

Dass diese Aussage zu kurz greift, zeigt schon eine Parallelverschiebung ins Provisorialverfahren:⁷⁶⁾ Selbstverständlich präjudiziert die Abweisung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels Bescheinigung des zu sichernden Anspruchs (§ 389 EO) nicht die spätere Sachentscheidung,⁷⁷⁾ die Klage kann dennoch erfolgreich sein. Das bei der Bescheinigung herabgesetzte Beweismaß geht ja unter anderem mit der Beschränkung auf parate Beweismittel einher, weil das Verfahren besonders schnell gehen soll.⁷⁸⁾ Die nach der Rechtsprechung etwa nicht „parate“ und daher nur in der Hauptsache zulässige Erstreckung der Tagsatzung zur Vorladung nicht erschienener Zeugen, Vernehmung von Zeugen im Rechtshilfeweg⁷⁹⁾ oder Einholung von Sachverständigengutachten⁸⁰⁾ kann dabei natürlich einen Unterschied zugunsten des Klägers machen. „Je strenger die sofortige Ausführung der Beweisaufnahme interpretiert wird, desto größer wird die Gefahr falscher Entscheidungen.“⁸¹⁾

Nun wäre das Anti-SLAPP-Vorverfahren kein Provisorialverfahren und müssten die Grundsätze zur Bescheinigung nach § 274 ZPO nicht zwingend übernommen werden. Soll

⁷³⁾ *Blaßnig/Hahnenkamp*, juridikum 2021, 417 (419 f); *Blaßnig/Hahnenkamp*, Einschüchterungsklagen, Verfahrensgrundrechte und die Zuständigkeit der EU, juridikum 2022, 413 (417 f); *Mann*, Initiativen gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“, NJW 2022, 1358 (1361); *Wiepen*, Anti-SLAPP-Richtlinie und deutscher Umsetzungsbedarf, ZRP 2022, 149 (150); *Domej*, ZEuP 2022, 754 (765 f); vgl aus amerikanischer Sicht auch *A. L. Roth*, BYU L. Rev 2016, 741 (749).

⁷⁴⁾ Vgl oben, III.B.1.

⁷⁵⁾ Nicht überzeugend insofern *Deppner*, Getting SLAPPed – Strategische Prozessführung gegen die Klimabewegung, juridikum 2022, 124 (125), wonach es „zweitrangig“ sei, ob die geltend gemachten Ansprüche tatsächlich bestehen oder nicht.

⁷⁶⁾ Vgl auch den Hinweis in ErwGr 29 RL-E, wonach die Mitgliedstaaten Regelungen einführen könnten, „die den Verfahren für vorläufige Maßnahmen ähneln“, und den überzeugenden Einwand von *Blaßnig/Hahnenkamp*, juridikum 2022, 413 (418), wonach solche Maßnahmen gerade nicht zu einer endgültigen Entscheidung führen.

⁷⁷⁾ Vgl RIS-Justiz RS0088984 (T 2); *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ (2022) Rz 6.67.

⁷⁸⁾ *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 274 Rz 1 f, 8.

⁷⁹⁾ RIS-Justiz RS0005246.

⁸⁰⁾ RIS-Justiz RS0111858.

⁸¹⁾ *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 274 Rz 11.

der Kläger in einem beschleunigten Verfahren (Art 11 RL-E) die Nicht-offenkundige-Unbegründetheit seiner Klage darlegen (Art 12 RL-E), werden aber zwangsläufig zumindest ähnliche Einschränkungen notwendig sein, weil die vorzeitige Einstellung sonst keinen Mehrwert gegenüber der ordentlichen meritorischen Abweisung hätte. Insofern beschränkte das Regime entgegen der Kommission sehr wohl das rechtliche Gehör des Klägers, der nicht nur eine „kleinere“, sondern eine zusätzliche Hürde nehmen müsste, um in den Genuss der *very essence*⁸²⁾ des Rechts auf Zugang zu Gericht zu kommen.⁸³⁾ Die Hürde verfolgt mit Blick auf den drohenden chilling effect zwar ein legitimes Ziel, trotzdem wird ein pauschaler Verweis auf die Meinungs- und Pressefreiheit schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht zur Rechtfertigung genügen.⁸⁴⁾ Denn ohne hinreichende Klarheit über den Sachverhalt besteht auch keine hinreichende Klarheit darüber, ob die Garantien im Ergebnis durchschlagen oder ob ihrerseits Eingriffe gerechtfertigt sind.⁸⁵⁾ Dafür ist gerade entscheidend, „*wie es sich verhält*“.⁸⁶⁾

Insgesamt bestätigt sich der Eingangsbefund, dass für die „vorzeitige Einstellung“ im österreichischen Prozess kaum Raum bleibt. Die Gefahren, denen das Institut in den USA begegnet, vermeidet bereits die Behauptungslast des Klägers,⁸⁷⁾ ein darüberhinausgehendes Vorverfahren zur Bescheinigung der Tatsachenbehauptungen überzeugt als besonders eingriffsintensive Maßnahme zulasten des an diesem Punkt nur potenziellen Einschüchterungsklägers nicht. Dass daneben bereits zu bedenken gegeben wird, der Antrag auf vorzeitige Einstellung könnte seinerseits von unredlichen Beklagten zur Verfahrensverschleppung missbraucht werden, rundet den Eindruck ab.⁸⁸⁾

Aus österreichischer Sicht sollten mit *Hess* dementsprechend „*zunächst die Mittel des geltenden Verfahrensrechts ausgelotet werden, bevor Neuakzentuierungen und Verschärfungen diskutiert werden*“.⁸⁹⁾ Für die Bewältigung von Einschüchterungsklagen sind in erster Linie die Gerichte verantwortlich, die den Prozess vor allem durch eine strenge – mitunter mutigere⁹⁰⁾ – Schlüssigkeitsprüfung verkürzen können.⁹¹⁾ *Domejs* Vorschlag, in Anlehnung an das AGB-rechtliche Verbot der geltungserhaltenden Klauselreduktion⁹²⁾ eine Grundlage für die Gesamtabweisung offensichtlich überzogener Klagen („*overblown lawsuits*“) zu schaffen,⁹³⁾ ruft außerdem bestehende Spielräume der Prozessleitung in Erinnerung. Immerhin im „Überschussbereich“ ist ja eine zügige Abweisung durch Teilurteil möglich, weil das Begehren mit Blick auf den überzogenen Teil – ein Extrembeispiel liefert die erwähnte § 6 Mrd-Forde-

⁸²⁾ Zur relevanten Rechtsprechung des EGMR *Fuchs*, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell? Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, ZöR 2012, 537 (549); *Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ Kap 14 Rz 74 mwN.

⁸³⁾ Siehe auch *Blaßnig/Hahnenkamp*, *juridikum* 2022, 413 (417 f); *Domej*, ZEuP 2022, 754 (765) zur Notwendigkeit eines umfassenden oral hearing.

⁸⁴⁾ Zur Struktur des Grundrechts *Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ Kap 14 Rz 176.

⁸⁵⁾ Eingehend etwa *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 23 Rz 21 ff.

⁸⁶⁾ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 23 Rz 44.

⁸⁷⁾ Ebenso *Domej*, ZEuP 2022, 754 (766), die auch auf die Verhinderung einer Geschworenenentscheidung hinweist.

⁸⁸⁾ *Domej*, ZEuP 2022, 754 (766).

⁸⁹⁾ *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (708).

⁹⁰⁾ Vgl die Einschätzung bei *Paulus*, *Zivilprozessrecht*⁶ (2017) Rz 367.

⁹¹⁾ *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (707) stellt dahingehend die Einführung einer narrativen Vorschrift zur Stärkung der Sensibilität bzw Aufmerksamkeit des Gerichts in den Raum.

⁹²⁾ Grundlegend EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español*.

⁹³⁾ *Domej*, ZEuP 2022, 754 (776 f).

rung wegen unrichtiger Einschätzung des Privatvermögens⁹⁴) – schnell entscheidungsreif sein wird (§ 391 Abs 1 ZPO).⁹⁵) Ein derartiges Abschichten würde sich etwa auch bei der Häufung von Begehren auf Widerrufe in verschiedenen Medien anbieten, deren Kosten gemeinsam ein existenzbedrohendes Ausmaß erreichen, wie das zuletzt im Prozess „Signa gegen ZackZack“ der Fall gewesen sein dürfte.⁹⁶) Wenn das OLG Wien dort ausspricht, der Widerruf habe ausschließlich im eigenen Medium zu erfolgen,⁹⁷) brechen weite Teile der Klage ganz unabhängig von der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Berichterstattung weg, was ein abweisendes Urteil direkt klarstellen könnte. Wo es die materiellrechtliche Ausgangslage erlaubt, lässt sich der Streitgegenstand insofern durchaus bereinigen, um den Einschüchterungseffekt abzumildern. Buchführungspflichtigen Beklagten wäre dadurch nicht zuletzt mit Blick auf notwendige Rückstellungen geholfen (§ 198 Abs 8 UGB). Umgekehrt setzt das materielle Recht aber auch die Grenzen: Wo Ansprüche schlüssig behauptet werden, sorgt erst das Beweisverfahren für Klarheit.

C. Zwischenfazit

Die zentralen Steuerungsansätze des US-amerikanischen Anti-SLAPP-Rechts entsprechen damit weitgehend dem österreichischen Status quo, Kostenersatz ist hierzulande ebenso selbstverständlich wie die Behauptungslast des Klägers. Unter diesem Gesichtspunkt gibt es keinen grundsätzlichen Rückstand gegenüber den USA. Im Gegenteil musste das dortige Anti-SLAPP-Recht erst die maßgebenden Weichenstellungen nachholen, die die ZPO seit jeher vornimmt.

IV. Weitere Stellschrauben

Diese österreichische Grundresistenz gegenüber Einschüchterungsklagen ist freilich keine absolute Immunität. Natürlich federt das Prozessrecht nicht alle negativen Folgen missbräuchlicher Inanspruchnahmen ab und lässt sich das Beklagtenschutzniveau dementsprechend weiter anheben. Einige Garantien des RL-E kennt das nationale Recht denn auch tatsächlich nicht. Von der schwer greifbaren vorzeitigen Einstellung des Prozesses (Art 9 ff) bis zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile (Art 17) wird an über das ganze Verfahren verstreuten Stellschrauben gedreht.

A. Vorbemerkung: Anwendungsbereich

1. Internationalität und Inländerdiskriminierung

Ausgehend vom bisher einheitlichen Zugang der ZPO fragt sich vorangestellt aber insgesamt, woraus sich ein derartiges Sonderprozessrecht für ganz bestimmte Klagen rechtfertigt. Das betrifft schon den räumlichen Geltungsbereich des RL-E, der nur internationale Fälle erfasst (Art 1 f). Nach herrschender Ansicht trägt die Rechtsetzungskompetenz der EU für justizielle

⁹⁴) Siehe oben, II.A.

⁹⁵) RIS-Justiz RS0040878.

⁹⁶) Der Standard, 29. 8. 2022, Millionenklage: „Zackzack“ sieht Erfolg gegen René Benkos Signa, www.derstandard.at/story/2000138628139/millionenklage-zackzack-sieht-erfolg-gegen-rene-benkos-signa (Stand 5. 1. 2023).

⁹⁷) Vgl ZackZack, 28. 8. 2022, ZackZack erringt bahnbrechenden Sieg für die Pressefreiheit in Österreich, www.zackzack.at/2022/08/28/nach-millionenklage-zackzack-erringt-bahnbrechenden-sieg-fuer-die-pressefreiheit-in-oesterreich (Stand 5. 1. 2023).

Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art 81 AEUV) nämlich ausschließlich grenzüberschreitende Maßnahmen.⁹⁸⁾

Auf diese Einschränkung reagiert die RL-E einerseits mit einer bemerkenswerten Zweifelsregel. Nach Art 4 Abs 1 wird „davon ausgegangen, dass eine Angelegenheit einen grenzüberschreitenden Bezug hat, es sei denn, beide Parteien haben ihren Wohnsitz in demselben Mitgliedstaat wie das angerufene Gericht.“ Selbst in solchen Fällen gilt die Angelegenheit aber als grenzüberschreitend, wenn die öffentliche Beteiligung für mehrere Mitgliedstaaten bedeutsam ist oder in anderen Mitgliedstaaten Parallelverfahren anhängig (gewesen) sind (Art 4 Abs 2). Die Kompetenzgrundlage wird also spürbar ausgereizt, um möglichst viele Konstellationen zu erfassen.⁹⁹⁾

Andererseits fordert die Kommission die Mitgliedstaaten eigens dazu auf, „ähnliche Schutzmaßnahmen für einzelstaatliche Fälle“ zu treffen,¹⁰⁰⁾ was aus österreichischer Perspektive zur Vermeidung von Inländerdiskriminierung schon verfassungsrechtlich geboten wäre (Art 7 B-VG). SLAPP-Beklagte sind in rein nationalen Prozessen ja genauso schutzbedürftig, die mögliche Mehrbelastung durch grenzüberschreitende Bezüge (vgl ErwGr 21 RL-E) wird eine Andersbehandlung nicht rechtfertigen. Da es insofern keine Gründe für nationale Besonderheiten gibt, müsste sich der europäische Anti-SLAPP-Standard allgemein durchsetzen.¹⁰¹⁾

2. Kein Schutz ohne „öffentliche Beteiligung“

Inhaltlich regelt der RL-E nur „offenkundig unbegründete oder missbräuchliche Gerichtsverfahren [...], die gegen natürliche oder juristische Personen, insbesondere Journalisten und Menschenrechtsverteidiger, aufgrund ihrer öffentlichen Beteiligung angestrengt werden“ (Art 1); darunter wird „jede Aussage oder Tätigkeit“ verstanden, „die in Ausübung des Rechts auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit zu einer Angelegenheit von öffentlichem Interesse erfolgt“ (Art 3 Abs 1).

Ohne „öffentliche Beteiligung“ gibt es gegen missbräuchliche Klagen demnach keinen besonderen Schutz. Das betrifft einerseits ganz private Konstellationen wie Personen, die ständig zu Unrecht von ihrem querulantisch veranlagten Nachbarn, Vermieter oder Mieter in Anspruch genommen werden; der Dauerbeklagte ist hier nicht per se weniger schutzbedürftig als etwa eine SLAPP-geplagte Journalistin, der Unterschied liegt lediglich in der geringeren Bedeutung für die Allgemeinheit. Nicht einmal dieser Umstand lässt sich aber in den andererseits denkbaren Fällen anführen, die gesellschaftlich sehr wohl exponiert sind. Auch Ärztinnen oder Apotheker, die freiwillig an der Errichtung oder Durchführung von Sterbeverfügungen mitwirken (§ 2 StVfG), Mitarbeiter einer Abtreibungsklinik oder Flüchtlingshelferinnen müssten sich etwa mit den allgemeinen Grundsätzen begnügen, wenn sie durch missbräuchliche Klagen zur Einstellung ihrer Tätigkeit bewegt werden sollen, weil der Anlass zur Einschüchterung zwar eine „Angelegenheit von öffentlichem Interesse“ (Art 3 Abs 2 RL-E), aber keine „öffentliche Beteiligung“ (Art 3 Abs 1 RL-E) ist. Spätestens in solchen Prozessen überzeugten rechtsfolgenreisenden Unterschieden nicht. Warum sollte etwa die Flüchtlingshelferin Prozesskostensicherheit nur nach Maßgabe des aktuellen § 57 ZPO – vergrößert also nur bei Klägern aus

⁹⁸⁾ Etwa Leible in Streinz, EUV/AEUV³ Art 81 AEUV Rz 7 ff.

⁹⁹⁾ Siehe auch Blafnig/Hahnenkamp, juridikum 2022, 413 (414 f); Wiepen, ZRP 2022, 149 (150 f).

¹⁰⁰⁾ Kommissionsempfehlung (EU) 2022/758 ErwGr 21 und Abs 4.

¹⁰¹⁾ Siehe Holoubek in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/1 (14. Lfg 2018) Art 7/1 Satz 1, 2 B-VG Rz 86 mwN; außerdem etwa Berka/Binder/Kneih, Grundrechte² 526 ff.

Drittstaaten – beantragen können, während die Journalistin im SLAPP-Prozess ohne weiteres gesichert ist, wenn Anhaltspunkte auf ein missbräuchliches Verfahren hindeuten (Art 8 RL-E)?¹⁰²⁾

Der Umsetzungsgesetzgeber sollte eine Anti-SLAPP-RL daher nicht leichtfertig zum Anlass dafür nehmen, vom bewährten ganzheitlichen Regelungsmodell abzugehen.¹⁰³⁾ Prozessmissbrauch ist ein allgemeines Problem und die Unterschiede zwischen dem Nachbarn des Querulanten, der Flüchtlingshelferin und der Journalistin sind letztlich graduell, weshalb die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung schwerfiel. Isolierte Anti-SLAPP-Gesetzgebung müsste sich zwangsläufig dem von *Oberhammer* in anderem Zusammenhang formulierten Vorwurf der mehr oder weniger willkürlichen Bekämpfung „gerade eines sozialen Übels“¹⁰⁴⁾ stellen.

B. Möglicher Anpassungsbedarf

1. Vertretungskosten und Schadenersatz

In der Sache könnte sich zunächst kostenrechtlicher Anpassungsbedarf ergeben. Im Grundsatz stimmt Art 14 RL-E, wonach der Einschüchterungskläger „die gesamten Kosten des Verfahrens zu tragen“ hat, zwar wie erwähnt mit dem allgemeinen Erfolgsprinzip des § 41 ZPO überein. Dass die gesamten Vertretungskosten des Beklagten miteingeschlossen sind, „es sei denn, diese Kosten sind unverhältnismäßig hoch“, steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zur Anknüpfung an den Rechtsanwaltsstarif (§ 41 Abs 2 ZPO; § 1 Abs 2 RATG).¹⁰⁵⁾ Dessen ist sich die Kommission auch bewusst, zumal nach ErwGr 31 RL-E Kosten, die über die in gesetzlichen Honorartabellen festgelegten Beträge hinausgehen, „nicht per se als unverhältnismäßig hoch betrachtet werden“ sollten. Eine allgemeine Begrenzung des Kostenersatzes mit dem Tarif ist offensichtlich nicht gewollt, der Beklagte soll sich seine Vertretung mehr kosten lassen dürfen.

Innerhalb des geltenden Kostenrechts wird sich dieser Wunsch nicht verwirklichen lassen. Einziger Anknüpfungspunkt wäre § 21 Abs 1 RATG, wonach das Gericht eine den Tarif übersteigende Entlohnung des Rechtsanwalts festsetzen kann, die dann auch für die Kostenersatzpflicht des Gegners maßgebend ist.¹⁰⁶⁾ Der Zuschlag gebührt für besondere Mühe,¹⁰⁷⁾ wenn nämlich „die Leistung des Rechtsanwaltes nach Umfang oder Art den Durchschnitt erheblich übersteigt“. In solchen aufwendigen Fällen mag § 21 Abs 1 RATG die grundsätzliche Bindung an den Tarif mit *Geroldinger* „wenig problematisch erscheinen“ lassen;¹⁰⁸⁾ konkret geht es aber nicht um höheren Arbeitsaufwand der Anwältin, sondern um die besondere Schwere der Sache des missbräuchlich Beklagten. Art 14 RL-E verlangt den Ersatz der gesamten Vertretungskosten ja völlig unabhängig davon, wie komplex die Prozessführung war.

¹⁰²⁾ Näher zur Prozesskostensicherheit unten, IV.B.2.

¹⁰³⁾ Vgl demgegenüber *Domej*, ZEuP 2022, 754 (777 f), die eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Fälle mit einem tatsächlichen Machtungleichgewicht zwischen den Parteien oder mit natürlichen Personen in der Beklagtenrolle erwägt, gleichzeitig aber auf die Nachteile komplizierter Anwendungsvoraussetzungen hinweist.

¹⁰⁴⁾ *Oberhammer*, Reformen des Zivilprozessrechts? *ecolex* 2021, 177 zur Einführung des § 549 ZPO.

¹⁰⁵⁾ Dazu etwa *Obermaier*, *Kostenhandbuch*³ (2018) Rz 3.2.

¹⁰⁶⁾ Vgl OGH 8. 9. 2009, 4 Ob 93/09 v.

¹⁰⁷⁾ Vgl *Obermaier*, *Kostenhandbuch*³ Rz 3.27 ff.

¹⁰⁸⁾ *Geroldinger*, *Der mutwillige Rechtsstreit* (2017) 242.

Diese Stoßrichtung weist den Weg vom Kosten- ins Schadenersatzrecht. Nach Art 15 RL-E stellen die Mitgliedstaaten die Haftung für alle durch das missbräuchliche Verfahren entstandenen Schäden sicher, was – allenfalls mit Ausnahme der europäisch schon gewohntermaßen gewünschten Haftung für immaterielle Schäden (ErwGr 31 RL-E)¹⁰⁹⁾ – mit dem österreichischen Recht übereinstimmt. Bei allem Streit über Struktur und Grenzen der Haftung für mutwillige Prozessführung dürfte nämlich konsensfähig sein, dass der Einschüchterungskläger sorgfaltswidrig gegenüber dem missbräuchlich Beklagten handelt und die verursachten Vermögensschäden ersetzen muss.¹¹⁰⁾ Der Anspruch kann selbständig eingeklagt werden – in den USA würde man von SLAPPback sprechen¹¹¹⁾ –, außerdem erlaubt § 408 ZPO die antragsweise Miterledigung im Ausgangsprozess.¹¹²⁾ Ein möglicher Ersatzposten sind dabei nach herrschender Ansicht jene Verfahrenskosten, die kostenrechtlich nicht voll berücksichtigt werden;¹¹³⁾ *M. Bydlinski* nennt gerade den Fall, dass das mit dem Prozessvertreter vereinbarte Honorar die Tarifansätze des RATG übersteigt.¹¹⁴⁾ Im Ergebnis sind die Vertretungskosten in missbräuchlichen Verfahren damit schon jetzt vollumfänglich ersatzfähig, wobei die Antragsmöglichkeit nach § 408 ZPO einen gesonderten Prozess erspart. Diese schadenersatzrechtliche Lösung würde Art 14 RL-E ohne größere kostenrechtliche Umwälzungen Rechnung tragen.¹¹⁵⁾

2. Sicherheit

Der RL-E will aber nicht nur die umfassende Kosten- und Schadenersatzpflicht selbst, sondern auch ihre tatsächliche Erfüllung sicherstellen. Nach Art 8 ist das Gericht befugt, „*vom Kläger eine Sicherheit für die Verfahrenskosten oder für die Verfahrenskosten und den Schadenersatz zu verlangen, wenn es eine solche Sicherheit aufgrund von Anhaltspunkten, die auf ein missbräuchliches Gerichtsverfahren hindeuten, für angemessen erachtet.*“ Hinsichtlich des Schadenersatzes ist die Sicherheitsleistung also eine Umsetzungsoption,¹¹⁶⁾ für den Kostenersatz ist sie zwingend vorzusehen.¹¹⁷⁾

Der allgemeinen, von den Vermögensverhältnissen des Klägers unabhängigen Sicherstellungspflicht bei SLAPP-Anhaltspunkten steht die restriktive aktorische Kautions nach § 57

¹⁰⁹⁾ Eingehend zum europäischen Trend *Spitzer*, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen, ÖJZ 2019, 629 (632 ff). Aus der nationalen Diskussion im vorliegenden Zusammenhang insbesondere *Fidler*, Schadenersatz und Prozessführung (2013) 120 ff; *Geroldinger*, Rechtsstreit 313, 887.

¹¹⁰⁾ Umfassend *Fidler*, Schadenersatz 107 ff; *Geroldinger*, Rechtsstreit 53 ff, 679 ff.

¹¹¹⁾ Vgl Cal Civ Proc Code § 425.18.

¹¹²⁾ Etwa *Brenn* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 408 Rz 1.

¹¹³⁾ *M. Bydlinski*, Der Kostenersatz im Zivilprozess (1992) 104, 140 ff; *M. Bydlinski*, Materiellrechtliches und Prozessuales zum Schadenersatz nach § 408 ZPO, in FS Koziol (2010) 1141 (1153); *Riss*, (Kein) Kostenersatz im Verfahren zur Bestimmung der Sachverständigengebühren? Zak 2011, 308 (310); *Fidler*, Schadenersatz 65 ff; vgl auch *Kodek*, ZJP 128 (2015) 29 (67) zum Fall der qualifizierten Rechtswidrigkeit. AA *Geroldinger*, Rechtsstreit 234 ff, 242 f, der die kostenrechtliche Wertung der Maßgeblichkeit des Tarifs stärker gewichtet (§ 40 Abs 2 ZPO) und keinen darüberhinausgehenden Schadenersatz gewähren will.

¹¹⁴⁾ *M. Bydlinski* in FS Koziol 1141 (1153); aA *Geroldinger*, Rechtsstreit 242 f.

¹¹⁵⁾ So wohl auch *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (707 f).

¹¹⁶⁾ Vorbilder fänden sich im Gesellschaftsrecht (§ 42 Abs 3, § 48 Abs 4 GmbHG; § 197 Abs 4, § 201 Abs 1, § 202 Abs 3, § 216 Abs 4 AktG), vgl die Übersicht bei *Fucik* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ Vor § 56 ZPO Rz 20.

¹¹⁷⁾ Vgl auch ErwGr 26 RL-E. Zur Höhe *Mann*, EU-Richtlinien-Entwurf gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“, KuR 2022, 473 (477).

ZPO gegenüber,¹¹⁸⁾ die nur die Kosten betrifft, von der Ausländereigenschaft des Klägers abhängt und auch dort im Wesentlichen auf Kläger aus Drittstaaten beschränkt ist.¹¹⁹⁾ Art 8 RL-E machte insofern eine Erweiterung notwendig, die bezeichnenderweise bereits im Zusammenhang mit der Einführung von Verbandsklagen diskutiert wurde, um die Ausnutzung der Klagebefugnis durch vermögenslose Verbände zu verhindern.¹²⁰⁾ Ganz iS des RL-E identifizierte *Schoibl* die aktorische Kautionspflicht damals als „*praktikables Mittel zur Hintanhaltung mißbräuchlicher Klagsführung*“.¹²¹⁾

Im Unterschied zur einfachen Anknüpfung an den Status des Klägers als Ausländer oder Verband hängt die Kautionspflicht nach Art 8 RL-E freilich von der inhaltlichen Einschätzung des Gerichts ab. Es muss schon am Prozessbeginn ermitteln, ob Anhaltspunkte auf das Vorliegen einer SLAPP-Klage hindeuten. Dass diese Vorprüfung nicht unproblematisch ist, liegt auf der Hand und führt im Ansatz zurück zu den Schwierigkeiten, die auch die vorzeitige Einstellung nach Art 9 RL-E bereitet.¹²²⁾ Natürlich darf der Auftrag zur Erlegung einer Sicherheit nicht zur antizipierten Sachentscheidung werden.¹²³⁾

3. Keine Regelung zur Vorfinanzierung

Den wesentlichen letzten Schritt zu einem umfassenden kostenrechtlichen Schutz geht der RL-E übrigens nicht. Wie der Beklagte den Prozess vorfinanzieren soll, bis die Klage abgewiesen und der Kläger zum allenfalls sichergestellten (Art 8) Kostenersatz verpflichtet wird (Art 14), ist nicht geregelt. Die Kommission empfiehlt den Mitgliedstaaten lediglich, ausreichende Unterstützungsmechanismen zu gewährleisten, und verweist dabei etwa auf pro-bono-Vertretung durch Anwaltskanzleien, law clinics und andere NGOs;¹²⁴⁾ überhaupt sollen die Mitgliedstaaten für erschwinglichen und leicht zugänglichen Rechtsbeistand sorgen.¹²⁵⁾ Dass die Initiative in diesem Punkt weder konkret noch verbindlich wird, dürfte aus Sicht der Betroffenen eine empfindliche Schwachstelle sein. Während deep pocket defendants ohnehin kein Finanzierungsproblem haben und am anderen Ende der Skala bei Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts Verfahrenshilfe gewährt wird (§§ 63 ff ZPO),¹²⁶⁾ befinden sich SLAPP-Beklagte regelmäßig in einen Zwischenbereich, in dem die finanzielle Belastung unmittelbar spürbar ist und zu Zugeständnissen zwingen kann, wenn die erforderliche Liquidität fehlt.¹²⁷⁾ Sollten sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren keine dahingehenden Änderungen ergeben – *Domej* hat etwa eine Versicherungslösung für besonders betroffene Gruppen wie Investigativjournalistinnen vorgeschlagen¹²⁸⁾ –, stehen Gerichte umso mehr in der

¹¹⁸⁾ Zu den sonstigen Sicherheitsleistungen im Zivilprozess s *Fucik* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ Vor § 56 ZPO Rz 12.

¹¹⁹⁾ Näher *Mosser* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 57 ZPO Rz 16 ff mwN.

¹²⁰⁾ Eingehend zum letztlich gescheiterten Entwurf eines Umwelthaftungsgesetzes *Schoibl*, Verbandsklage und aktorische Kautionspflicht im Ministerialentwurf 1991 eines Umwelthaftungsgesetzes, ÖJZ 1992, 601 (607 ff); s auch *Kodek*, „Instrumentalisierung“ des Zivilprozesses? in *Althammer/Roth*, Instrumentalisierung von Zivilprozessen (2018) 93 (109).

¹²¹⁾ *Schoibl*, ÖJZ 1992, 601 (612).

¹²²⁾ Siehe oben, III.B.

¹²³⁾ Siehe auch ErwGr 26 RL-E: „Eine Sicherheit führt nicht zu einem Urteil in der Sache“.

¹²⁴⁾ Kommissionsempfehlung (EU) 2022/758 Abs 24 ff.

¹²⁵⁾ Kommissionsempfehlung (EU) 2022/758 Abs 27.

¹²⁶⁾ Gewährleistet durch Art 6 EMRK: EGMR 15. 5. 2005, 68416/01, *Steel and Morris v. The United Kingdom*.

¹²⁷⁾ Näher *Domej*, ZEuP 2022, 754 (771 f).

¹²⁸⁾ *Domej*, ZEuP 2022, 754 (778).

Verantwortung, die Kosten etwa durch die vorgezogene Abweisung unschlüssiger Teile der Klage möglichst niedrig zu halten.¹²⁹⁾

4. Klagsänderung und -rücknahme

Um die Stellung des Beklagten gegenüber prozesstaktischen Kunstgriffen abzusichern, adressiert Art 6 RL-E „*nachträgliche Änderungen der Klagen oder Schriftsätze des Klägers im Hauptverfahren, einschließlich der Einstellung des Verfahrens*“. Solche Änderungen dürfen das Gericht „*nicht daran hindern, das Gerichtsverfahren als missbräuchlich zu beurteilen*“ und bestimmte Abhilfemaßnahmen anzuordnen (Art 14 ff RL-E: Kosten- und Schadenersatz, Sanktionen). Hintergrund ist ausweislich ErwGr 24 RL-E die in „*einigen missbräuchlichen Gerichtsverfahren*“ beobachtete Strategie, absichtlich Klagen zurückzunehmen oder zu ändern, „*um zu vermeiden, dass der obsiegenden Partei die Kosten erstattet werden*“.

Gerade mit Blick auf die Kosten wären derartige Strategien in Österreich ohnehin nicht erfolgversprechend: Eine Klagsausdehnung oder -einschränkung ändert die Bemessungsgrundlage lediglich für den neuen Prozessabschnitt,¹³⁰⁾ bei der Klagsrücknahme ist der Kläger nach § 237 Abs 3 ZPO ersatzpflichtig. Allenfalls wäre deshalb bei der Umsetzung nur darauf zu achten, dass die Geltendmachung von Schadenersatz (Art 15 RL-E) und die Verhängung von Sanktionen (Art 16 RL-E) auch nach der Erklärung einer Klagsrücknahme möglich bleiben, die den Rechtsstreit an sich ex lege beendet.¹³¹⁾

5. Sanktionen

Die damit angesprochenen Sanktionen soll das Gericht nach Art 16 RL-E gegen die Partei verhängen können, die das missbräuchliche Verfahren gegen öffentliche Beteiligung angestrengt hat. Nach der bekannten unionsrechtlichen Effektivitätsformel müssen sie „*wirksam, verhältnismäßig und abschreckend*“ sein, bei der Ausmessung soll die potenziell schädliche Wirkung des Prozesses auf die öffentliche Beteiligung ebenso berücksichtigt werden wie das konkrete Verhalten des Klägers (ErwGr 32 RL-E). Aus österreichischer Sicht würde es naheliegen, etwa nach dem Vorbild der Erschleichung eines Zahlungsbefehls (§ 245 Abs 1 ZPO) oder der mutwilligen Erhebung einer Revision (§ 512 ZPO) eine Mutwillensstrafe vorzusehen.¹³²⁾ Damit die Abschreckungswirkung die wirtschaftlich typischerweise potenten Einschüchterungskläger nicht ganz verfehlt, wäre allerdings der derzeitige Höchstbetrag von € 4.000 (§ 220 Abs 1 ZPO) zu hinterfragen.¹³³⁾

6. Beteiligung Dritter

Während die bisherigen Mechanismen also wenigstens grundsätzlich aus dem geltenden Recht bekannt sind, hat Art 7 RL-E echten Neuheitswert. Am Verfahren sollen sich einschlägige nichtstaatliche Organisationen (NGOs) beteiligen können, „*um entweder den Beklagten zu unterstützen oder Informationen zu liefern*.“

Dabei dürfte die Kommission keine Beteiligung nach Art der österreichischen Nebenintervention (§§ 17 ff ZPO) vor Augen haben, die zu sehr weitreichenden Einflussmöglichkeiten füh-

¹²⁹⁾ Siehe oben, III.B.3.

¹³⁰⁾ Etwa Obermaier, Kostenhandbuch³ Rz 1.157.

¹³¹⁾ Vgl Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG³ § 237 ZPO Rz 37 f.

¹³²⁾ Vgl daneben §§ 69, 313, 326 Abs 3, § 354 Abs 1, § 528 Abs 4 ZPO; s auch Hess, eolex 2022, 704 (706).

¹³³⁾ Zu den Grenzen der EMRK s Annerl in Fasching/Konecny, ZPG³ § 220 ZPO Rz 2.

ren würde (Erstattung von Vorbringen, Beteiligung am Beweisverfahren, Rechtsmittellegitimation).¹³⁴⁾ Pate dürfte vielmehr wiederum ein US-amerikanisches Institut gestanden haben: der *amicus curiae*.¹³⁵⁾ Damit sind Dritte gemeint, die – üblicherweise schriftlich – Stellung zu rechtlichen oder tatsächlichen Fragen eines anhängigen Verfahrens beziehen.¹³⁶⁾ Die Einbringung solcher *amicus briefs* vor allem durch NGOs ist in den USA in Fällen von öffentlichem Interesse allgemein üblich;¹³⁷⁾ zuletzt erreichten den Supreme Court im aufsehenerregenden Verfahren *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, das zur Abkehr von der abtreibungsrechtlichen Grundsatzentscheidung *Roe v. Wade* führte, etwa über 140 Schriftsätze.¹³⁸⁾ Auch bei SLAPPs sind *amicus*-Stellungnahmen keine Seltenheit. Bekanntheit erlangten etwa die Ausführungen der American Civil Liberties Union (ACLU) im erwähnten Prozess des Industriellen *Bob Murray* gegen eine Late Night Show, die mit heiteren Passagen wie „*You Can’t Sue People for Being Mean to You, Bob*“ zur Entscheidungsfindung beitragen sollten.¹³⁹⁾ Ebenso etabliert ist der *amicus curiae* im internationalen Kontext.¹⁴⁰⁾ So ist die Beteiligung von NGOs an EGMR-Verfahren auf der Grundlage von Art 36 Abs 2 EMRK üblich, der die Zulassung von Stellungnahmen „*jeder betroffenen Person*“ erlaubt.¹⁴¹⁾

Die Rolle des *amicus curiae* wurde im Lauf der Zeit durchaus unterschiedlich verstanden und ist im Einzelnen auch heute noch einigermaßen konturlos.¹⁴²⁾ Namensgebend ist der historische Gedanke der Unterstützung des Gerichts durch einen neutralen Dritten, der Empfehlungen zu den rechtlichen oder tatsächlichen Fragen des Falls abgibt.¹⁴³⁾ Davon ausgehend ließ man vor allem aufgrund des „*policy-making impact*“¹⁴⁴⁾ instanzgerichtlicher Entscheidungen im Präjudizienystem vermehrt auch Personen mit Eigeninteressen am Verfahrensausgang zu Wort kommen. Es fand ein „*shift from neutrality to advocacy*“¹⁴⁵⁾ statt, weshalb der *amicus* mittlerweile weniger ein Freund des Gerichts als der Partei ist, die die eigenen Interessen teilt.¹⁴⁶⁾ Im Sinne einer derart umfassenden Einbeziehung aller Betroffenen befürwortete *Kodek* jüngst auch für österreichische Zivilprozesse die Möglichkeit der „*Einbindung von stake-*

¹³⁴⁾ Etwa *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 343.

¹³⁵⁾ Zu den historischen Wurzeln *Clark*, Use of the *Amicus Curiae* Brief in American Judicial Procedure in Comparative Perspective, *RabelsZ* 80 (2016) 327 (329 ff).

¹³⁶⁾ Etwa *Kühne*, *Amicus Curiae* (2015) 2; *Oberlauer*, Der US-amerikanische „*amicus curiae*-brief“, *ZfRV* 2013, 229 (230).

¹³⁷⁾ *Clark*, *RabelsZ* 80 (2016) 327 (353): „*NGOs moved to the forefront in the use of amici briefs.*“

¹³⁸⁾ Übersicht unter www.scotusblog.com/2021/11/we-read-all-the-amicus-briefs-in-dobbs-so-you-dont-have-to/ (Stand 5. 1. 2023). Vgl auch die Statistik bei *Hirte*, Der *amicus-curiae*-brief – das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, *ZZP* 104 (1991) 11 (21 f).

¹³⁹⁾ *Vanity Fair*, 2. 8. 2017, A.C.L.U. Defends John Oliver from Stupid Lawsuit in Hilarious Amicus Brief, www.vanityfair.com/hollywood/2017/08/john-oliver-bob-murray-aclu-west-virginia-amicus-brief (Stand 5. 1. 2023). Der Schriftsatz ist abrufbar unter www.documentcloud.org/documents/3911409-Wynd-19902323086.html (Stand 5. 1. 2023). Zur besonderen Situation des Supreme Court in diesem Zusammenhang auch *Clark*, *RabelsZ* 80 (2016) 327 (362 ff).

¹⁴⁰⁾ Eingehend *Bartholomeusz*, *The Amicus Curiae* before International Courts and Tribunals, *Non-St Actors & Int’l L* 5 (2005) 209; *Schadendorf*, *Amica curiae* (2022).

¹⁴¹⁾ Näher *Grabenwarter/Pabel*, *EMRK*⁷ § 12 Rz 68.

¹⁴²⁾ *Krislov*, *The Amicus Curiae* Brief: From Friendship to Advocacy, *Yale L. J.* 72 (1963) 694 (720), spricht von einem „*catch-all device for dealing with some of the difficulties presented by the common law system of adversary proceeding*“.

¹⁴³⁾ *Blanquett/Casser*, *Amicus Curiae* in Deutschland, *KJ* 50 (2017) 94 (96).

¹⁴⁴⁾ *Clark*, *RabelsZ* 80 (2016) 327 (369).

¹⁴⁵⁾ *Krislov*, *Yale L. J.* 72 (1963) 694 (697).

¹⁴⁶⁾ Eingehend *Krislov*, *Yale L. J.* 72 (1963) 694 (697 ff); vgl auch *Hirte*, *ZZP* 104 (1991) 11 (15).

*holdern [...] nach Art des amicus curiae*¹⁴⁷⁾ zumindest im Revisionsverfahren,¹⁴⁸⁾ wenn es um allgemein bedeutsame Fragen geht.

Anstoß hierfür könnte nun Art 7 RL-E sein, der die beiden traditionellen Stoßrichtungen des *amicus curiae* auch selbst anspricht. NGOs sollen sich ja beteiligen können, um entweder den Beklagten zu unterstützen oder um Informationen zu liefern. Soweit damit rechtliche Ausführungen gemeint sind, fügt sich das Beteiligungsrecht relativ unkompliziert in die überkommene Rollenverteilung ein: *Iura novit curia*,¹⁴⁹⁾ die NGO-Stellungnahme würde sich insofern nicht von der rechtlichen Argumentation der Parteien unterscheiden¹⁵⁰⁾ und funktional an die Vorlage von Rechtsgutachten erinnern; für einen stärkeren Anti-SLAPP-Akzent könnte dabei ein – im RL-E nicht vorgesehener – Kostenersatzanspruch der einschreitenden NGO gegen den Kläger sorgen. Demgegenüber ist die Erstattung des relevanten Tatsachenvorbringens alleinige Aufgabe der Parteien.¹⁵¹⁾ Um unnötige Systembrüche zu vermeiden, sollte die Umsetzung daher sicherstellen, dass sich das Gericht nicht mit faktischen Ausführungen der NGO auseinandersetzen muss und Parteivorbringen dadurch nicht ersetzt wird.¹⁵²⁾ Soweit NGO-Stellungnahmen weiterführende tatsächliche Gesichtspunkte aufwerfen, müssten diese vielmehr – allenfalls über Aufforderung des Gerichts – zum Anlass für ergänzendes Vorbringen durch die Parteien genommen werden.

C. Internationale Prozesse

Obwohl grenzüberschreitende Bezüge den Prozess komplexer und SLAPPs dadurch noch einmal gefährlicher machen können (ErwGr 21 RL-E), enthält der RL-E abschließend nur punktuell und nur mit Blick auf Drittstaaten genuin international-verfahrensrechtliche Sonderregeln.¹⁵³⁾ Nach Art 17 muss die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen aus Drittstaaten als *ordre public*-widrig versagt werden, wenn das zugrundeliegende Verfahren nach inländischen (und damit richtliniendeterminierten) Maßstäben als SLAPP zu qualifizieren ist; Art 18 schafft einen besonderen Aktivgerichtsstand für Klagen auf Schaden- und Kostenersatz am Wohnsitz der Person, gegen die in einem Drittstaat ein missbräuchlicher Prozess geführt wird.¹⁵⁴⁾ Für innereuropäische Verfahren will man sich demgegenüber offenbar auf den bestehenden Rechtsrahmen verlassen.

Das ist bemerkenswert, weil das Hauptproblem im internationalen Kontext durch die EuGH-Judikatur zu Art 7 Nr 2 EuGVVO hausgemacht europäisch ist. Deliktische Ansprüche können danach alternativ am Handlungsort oder am Erfolgsort geltend gemacht werden, der bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht leicht zu lokalisieren ist. Für in mehreren Ländern verbreitete Printmedien entwickelte der EuGH in der Rs *Shevill* die Mosaiktheorie: Jeder Mitgliedstaat ist für die Entscheidung über den Schaden zuständig, der durch die Verbreitung in

¹⁴⁷⁾ *Kodek* in *Althammer/Roth*, Instrumentalisierung 93 (111).

¹⁴⁸⁾ *Kodek*, Diskussionsbeitrag, in *Althammer/Roth*, Instrumentalisierung von Zivilprozessen (2018) 136.

¹⁴⁹⁾ *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 226 ZPO Rz 181.

¹⁵⁰⁾ Vgl *Hirte*, ZZZ 104 (1991) 11 (47); *Blanquett/Casser*, KJ 50 (2017) 94 (101).

¹⁵¹⁾ Zur Rückführung auf den Dispositionsgrundsatz jüngst *Trenker*, Überschießende Anwendung des Verbots überschießender Feststellungen, ÖJZ 2021, 109 (109).

¹⁵²⁾ Vgl *Blanquett/Casser*, KJ 50 (2017) 94 (101); s auch *Kodek* in *Althammer/Roth*, Instrumentalisierung 136. Zu „Rechtsfortbildungstatsachen“, die über den Rechtsstreit hinaus von Bedeutung sind, allerdings *Hirte*, ZZZ 104 (1991) 11 (47 f, 53 f); *Segger*, Der Amicus Curiae im Internationalen Wirtschaftsrecht (2017) 356 ff.

¹⁵³⁾ Zum räumlichen Geltungsbereich schon oben, IV.A.1.

¹⁵⁴⁾ Krit *Domej*, ZEuP 2022, 754 (774 f).

diesem Staat verursacht wurde.¹⁵⁵⁾ Potenziell folgen daraus zahlreiche Gerichtsstände in der ganzen EU, was sich bei Internetdelikten zusätzlich verschärft. Obwohl das Mosaik bei weltweiter Abrufbarkeit schnell zum Sandhaufen wird,¹⁵⁶⁾ hielt der EuGH nämlich auch hierfür an den *Shevill*-Grundsätzen fest und erweiterte sie noch um einen zusätzlichen Gerichtsstand für den gesamten Schaden am Ort des Mittelpunkts der Geschädigteninteressen.¹⁵⁷⁾ Unredliche Kläger sind damit zu forum shopping eingeladen, was für den Beklagten umso unangenehmer ist, als sich der Gerichtsstand mangels kollisionsrechtlicher Vereinheitlichung des Persönlichkeitsschutzes auch auf das anwendbare Sachrecht auswirken kann (Art 1 Abs 2 lit g Rom II-VO).¹⁵⁸⁾ Generalanwalt Hogan stellte den Konnex zu SLAPPs jüngst ausdrücklich her: „Durch die Vervielfachung von Gerichtsständen wird ein Nährboden für Strategien einer Prozessführung in Belästigungsabsicht bereitet und insbesondere sogenannten Strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung [...] Vorschub geleistet.“¹⁵⁹⁾ Der EuGH zeigt sich davon indes unbeeindruckt.¹⁶⁰⁾

Eine Studie des EU-Parlaments hatte vor diesem Hintergrund noch angeregt, die Zuständigkeit in „defamation cases“ überhaupt auf den allgemeinen Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten (Art 4 EuGVVO) zu beschränken.¹⁶¹⁾ Der RL-E adressiert das Problem nun nicht, was auch am überzeugenden Einwand von Hess gegen den „unbalanced“ Vorschlag liegen könnte. Den SLAPPs stehen ja tatsächlich schutzbedürftige Kläger gegenüber, die Opfer von Persönlichkeitsrechtsverletzungen wurden und auf den günstigeren Deliktgerichtsstand angewiesen sind.¹⁶²⁾ Nicht ohne Grund schuf die ZVN 2022 jüngst mit § 92 b JN gerade für Streitigkeiten wegen Verletzung eines Persönlichkeitsrechts in einem elektronischen Kommunikationsnetz einen neuen nationalen Gerichtsstand am Erfolgsort.¹⁶³⁾ Unbefriedigenden Konsequenzen der EuGH-Judikatur wäre insofern im Rahmen einer Reform von Art 7 EuGVVO allgemein zu begegnen,¹⁶⁴⁾ weil undifferenzierte Anti-SLAPP-Maßnahmen auch in diesem Zusammenhang Gefahr liefen, Justizmissbrauch und redliche Rechtsdurchsetzung über einen Kamm zu scheren.

¹⁵⁵⁾ EuGH 7. 3. 1995, C-68/93, *Shevill*.

¹⁵⁶⁾ Anschaulich *Czernich in Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Art 7 EuGVVO Rz 143.

¹⁵⁷⁾ EuGH 25. 10. 2011, C-509/09 und C-161/10, *eDate Advertising*. Umfassend zur Entwicklung etwa *Stadler in Musielak/Voit*, ZPO¹⁹ Art 7 EuGVVO Rz 20 ff; *Schneider*, Zur internationalen Zuständigkeit für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, MR 2020, 115; *H. Roth*, Internationale Zuständigkeit bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts, in FS Schack (2022) 827; jeweils mwN.

¹⁵⁸⁾ Zum rechtspolitischen Hintergrund etwa *Wiepen*, GVRZ 2022, 3 Rz 4; *Junker in MüKoBGB*⁸ Art 1 Rom II-VO Rz 43 mwN.

¹⁵⁹⁾ SA Hogan, 16. 9. 2021, C-251/20, *Gtflifx Tv* Rz 62.

¹⁶⁰⁾ EuGH 21. 12. 2021, C-251/20, *Gtflifx Tv*.

¹⁶¹⁾ The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society, PE 694.782-June 2021, 42.

¹⁶²⁾ Hess, Reforming the Brussels I^{bis} Regulation: Perspectives and Prospects, MPILux Working Paper 2021(4) 10; so auch *Wiepen*, GVRZ 2022, 3 Rz 19.

¹⁶³⁾ Die Notwendigkeit ergab sich aus § 92 a JN, der den Gerichtsstand der Schadenszufügung nur am Handlungsort eröffnet. Bei Auslandsbezug zu Drittstaaten fehlte bislang daher regelmäßig die internationale Zuständigkeit, die nach § 27 a JN aus der örtlichen folgt; ErläutRV 1291 BlgNR 27. GP 4 f.

¹⁶⁴⁾ Vgl Hess, MPILux Working Paper 2021(4) 9 f; *Domej*, ZEuP 2022, 754 (763). Siehe aber auch *Pöschl*, Neuvermessung der Meinungsfreiheit? in *Koziol*, Tatsachenmitteilungen und Werturteile: Freiheit und Verantwortung (2018) 31 (50 f, 55), die von einer Reterritorialisierung des Internets durch die Mitgliedstaaten spricht, die Internetsachverhalte über den Gerichtsstand des Erfolgsorts in ihre Jurisdiktion ziehen. In dieses Bild passt die Reform des § 92 b JN durch die ZVN 2022.

V. Schluss

Ob und in welchem Ausmaß der RL-E verwirklicht wird und solche Anti-SLAPP-Maßnahmen daher überhaupt notwendig werden, bleibt abzuwarten. Gezeigt hat sich jedenfalls, dass der prozessuale Schutz vor Einschüchterungsklagen in Österreich entgegen dem ersten Eindruck nicht am Anfang steht. Die ZPO trifft maßgebende Weichenstellungen ganz selbstverständlich, Aufholbedarf besteht, wenn überhaupt, nur in Randbereichen. Dabei setzt der RL-E durchaus neue Impulse.

Probleme bereitet vor allem die vorzeitige Verfahrenseinstellung als Herzstück des Entwurfs. Sie wäre überflüssig, weil bereits die Behauptungslast die Funktion der als Schablone dienenden US-amerikanischen Institute erfüllt und ohnehin keine mit der discovery vergleichbaren Gefahren drohen, und gleichzeitig überschießend, weil sich die Hürde eines vorgezogenen Bescheinigungsverfahrens nicht rechtfertigen lässt. Ob ein SLAPP vorliegt oder nicht, steht erst am Ende fest, bis dahin ist der Kläger zu hören.

Überhaupt wird die schwierige Aufgabe darin liegen, das Gesamtbild nicht aus den Augen zu verlieren. Beim beifallswerten Schutz vor Einschüchterungsklagen sind redliche Kläger, denen man materiellrechtlich bestehende Ansprüche sonst vielleicht prozessual nimmt, ebenso mitzudenken wie Beklagte, die aus anderen Gründen als „öffentlicher Beteiligung“ missbräuchlich in ein Verfahren gezogen werden.