

hältnisse zwischen Verkaufsräumen und Lager oder sonstigen Räumen der allein entscheidende Faktor. Vielmehr sei auf den Vertragszweck oder auf den dem Vertrag zugrundeliegenden Geschäftszweck abzustellen. So nützte die Klägerin im entschiedenen Fall im Rahmen ihres weiträumigen Filialnetzes die Räume auch für Online-Verkäufe, die während des Lockdowns weiter stattfanden, sodass die gemietete Geschäftsfläche zum Teil auch während der behördlich verordneten Sperre für den Geschäftsbetrieb nützlich war. Wie weit sie diese dafür einsetzte, oblag zwar ihrer kaufmännischen Disposition, sie nützte sie aber jedenfalls für Geschäftsbetriebe im Rahmen ihres Filialnetzes. Im konkreten Fall wurde der Restnutzen mit einem Drittel des Gesamtnutzens angenommen und die Minderung mit einem Drittel festgesetzt. In 3 Ob 36/22y hat der OGH entschieden, dass ein Mieter keinerlei Miete zahlen muss, obwohl er die mit dem Kaffeehausbetrieb im Zusammenhang stehende, jedoch vom Betriebsverbot nicht betroffene Bäckerei schließt, weil wirtschaftliche Erwägungen dies gerechtfertigt hätten.

Zusammengefasst gilt also für den Mietzinsentfall durch Corona nach der Rsp des OGH:

Die Corona ist eine Seuche iSd § 1104 ABGB. Die von ihr verursachte Unbenützbarkeit führt zum Entfall der Zinszahlungspflicht des Mieters. Als Unbrauchbarkeit oder Unbenützbarkeit des Objekts iSd § 1104 gilt aber nicht schon jeder im Zusammenhang mit dem Mietobjekt durch die Corona verursachte Umsatzentfall. Vielmehr kommt es zum Mietzinsentfall nur dann, wenn das Bestandobjekt selbst unbenutzbar ist. Dies ist nach dem „Vertragszweck“ des Mietvertrags zu beurteilen. Die Unbenützbarkeit

kann auch auf behördlichen Maßnahmen, vor allem auf Betretungsverboten beruhen, von denen zB die Kunden betroffen sind. Hingegen kommt kein Zinsentfall und keine Zinsminderung in Betracht, wenn das Mietobjekt unverändert benutzbar ist und der Nachteil zB darin besteht, dass – verursacht durch Corona – der Mieter ein Lokal „freiwillig“ geschlossen hält, weil nicht genügend Kunden kommen oder wenn bei geöffnetem Lokal wegen der Seuche die Kunden ausbleiben.

Aber selbst bei Unbenützbarkeit des Mietobjekts, vor allem wegen eines Betretungsverbots für Kunden, kommt eine „Restnutzung in Betracht“, zB durch Weiterführen von Büroarbeiten oder durch sonstige Nutzung von Räumen wie für einen Online-Handel oder ein Zustellservice für Speisen. Ob eine solche Nutzung möglich ist, muss „objektiv“ beurteilt werden. In Betracht kommen allerdings nur Tätigkeiten, die vom Zweck des geschlossenen Vertrags erfasst sind. Daraus kann man zB den Schluss ziehen, dass ein Gastwirt keinen Online-Handel mit „Waren aller Art“ neu aufbauen muss. Dem Mieter bleibt der Einwand, dass ihm eine objektiv denkbare Nutzung vor allem aus wirtschaftlichen Erwägungen nicht zumutbar war, zB weil im denkbaren Nutzungsbereich keinerlei Nachfrage bestand oder der Aufbau entsprechender Absatzstrukturen zu viel Zeit in Anspruch genommen hätte oder sonst nicht rentabel gewesen wäre.

Liegen die Voraussetzungen für einen Entfall des Zinses oder seine Minderung vor, so gebühren diese ohne Rücksicht darauf, ob der Bestandnehmer einen vom Staat gewährten Fixkostenzuschuss oder Umsatzerersatz erhält, er reduziert nicht den Minderungsbeitrag und ist nicht an den Vermieter „weiterzugeben“.

Schlaglichter auf den Entwurf einer Anti-SLAPP-Richtlinie

Vor kurzem veröffentlichte die EU-Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie, die public watchdogs wie Journalisten und Aktivisten vor Einschüchterungsklagen schützen soll. Der Beitrag greift zentrale Aspekte mit Blick auf den österreichischen Zivilprozess heraus.¹⁾

Von Alexander Wilfinger

ÖJZ 2022/151

A. SLAPP

Das US-amerikanische Zivilprozessrecht ist für Kontinentaleuropa kein klassisches Vorbild. Zu groß sind die strukturellen Unterschiede, dort fest verankerten Grundsätzen wie der Laienbeteiligung oder der besonders stark ausgeprägten Parteiherrschaft begegnet man hier üblicherweise skeptisch. Umso bemerkenswerter ist, dass derzeit ein in den USA schon 1989 beobachtetes „new (and, we believe, growing) litigation phenomenon“⁽²⁾ samt korrespondierender Gesetzgebungsinitiativen nach Europa überschwappt: SLAPP, Strategic Lawsuits Against Public Participation.

Gemeint sind missbräuchliche Prozesse, die nicht zur Anspruchsdurchsetzung dienen, sondern zur Einschüchterung von Journalisten, Aktivisten und anderen Personen mit – aus Sicht des Klägers – unliebsamen Standpunkten zu öffentlichkeitsrelevanten Fragen. In den USA reicht das Anschauungsmaterial von der 40 Mio Dollar-Klage eines Immobilienentwicklers gegen eine

Bürgerinitiative, die den Prozess zwar letztlich gewann, aber an der Belastung zerbrach und ihr Engagement für eine nachhaltigere Stadtentwicklung einstellte,³⁾ bis zu *Donald Trump*, der keinen Hehl aus der Motivation für seine 6-Mrd-Dollar-Klage gegen einen Biographen machte, der ihm den Milliardärsstatus abgesprochen hatte:⁴⁾ „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.“⁽⁵⁾ Als Reaktion auf derartige Verfahren erließen einige Bun-

1) Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem RL-E s *Wilfinger*, Einschüchterungsklagen (in Druck).

2) *Pring*, SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation, *Pace Envtl L Rev* 7 (1989) 3 (3f).

3) Vgl *Canan*, The SLAPP from a Sociological Perspective, *Pace Envtl L Rev* 7 (1989) 23 (26 ff).

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

5) Zitiert nach www.anti-slapp.org/trump-and-the-first-amendment (25. 8. 2022).

desstaaten spezielle Anti-SLAPP-Gesetze, die dem Beklagten durch Mechanismen wie schnellere Abweisungsmöglichkeiten und Entschädigungsregeln zu Hilfe kommen.⁶⁾

In Europa sorgte vor allem der tragische Fall einer maltesischen Investigativjournalistin für Problembewusstsein, die über Korruption im Land berichtete und bei einem Attentat 2017 ums Leben kam, als gerade über 40 Klagen von Politikern und Unternehmern gegen sie anhängig waren.⁷⁾ Auf Initiative zahlreicher NGOs widmet sich seither auch die EU dem Schutz von public watchdogs vor Justizmissbrauch.⁸⁾ Kürzlich veröffentlichte die Kommission den Vorschlag einer Richtlinie zum „Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“)“.⁹⁾ 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, 14 f RL-E). Die Mitgliedstaaten stehen damit an der Schwelle zu einem harmonisierten Anti-SLAPP-Recht nach amerikanischem Vorbild.

B. Österreichische Überraschung

Aus österr Sicht kommt das Reformprojekt durchaus überraschend. Aus einem neuen Etikett folgen ja noch keine neuen Sachfragen und bislang sah man mit Blick auf Einschüchterungsklagen offenbar keinen prozessualen Regelungsbedarf. Verfahren wie „OMV gegen Dossier“ oder „Signa gegen Zackzack“, die mittlerweile als SLAPPs bezeichnet werden,¹⁰⁾ hätten wohl nur materiellrechtlich interessiert, ist der zivilrechtliche Schutz vor falschen und beleidigenden Äußerungen (insb §§ 16, 1330 ABGB) im grundrechtlichen Spannungsfeld von Privatsphäre, Erwerbsleben und Meinungsfreiheit (zB Art 8, 10 EMRK) doch besonders sensibel.¹¹⁾ Insofern legt das Anti-SLAPP-Prozessrecht gerade einen Senkrechstart hin.

Fragt man nach den Gründen für diese Überraschung, ist die Antwort freilich glücklicherweise erbaulicher als Zufall oder bisherige Gleichgültigkeit gegenüber den Betroffenen. Gerade der Vergleich mit den USA als „Mutterland“ von SLAPPs zeigt nämlich, dass das nationale Prozessrecht von Haus aus eine gewisse Grundresistenz gegenüber Einschüchterungsklagen mitbringt. Österreich ist nicht im Rückstand, sondern hat Vorsprung.

C. American Rule vs Erfolgsprinzip

Deutlich wird das zunächst im Kostenrecht, wo die Trump'sche Rechnung „I spent a couple of bucks on legal fees, and they spent a whole lot more“,¹²⁾ dank der American Rule aufgeht. Danach muss die unterlegene Partei nur die – traditionell sehr niedrigen – Gerichtsgebühren tragen, aber keinen Ersatz für Vertretungskosten leisten.¹³⁾ Sieht man von den eigenen Anwaltskosten ab, gibt es die Einschüchterung dementsprechend gratis, weshalb zur Vermeidung falscher Anreize Ausnahmen von der Grundregel notwendig sind. Ein „cost shifting“ ist allgemein bei „in bad faith, vexatiously, wantonly or for oppressive reasons“ erhobenen Klagen anerkannt,¹⁴⁾ zusätzlich enthalten bundesstaatliche Anti-SLAPP-Gesetze durchgehend besondere Ersatzregeln.¹⁵⁾

In diesen Zugzwang gerät das österr Prozessrecht erst gar nicht, weil nach § 41 ZPO bekanntlich von vornherein das Erfolgsprinzip gilt: Die Kosten trägt schon grundsätzlich der Verlierer. Der Preis für die Einschüchterung steigt mit der Höhe des für die Drohkulisse wesentlichen Streitwerts; nach den Ansätzen des TP 1 GGG wären für die Freude an der 6-Mrd-Dollar-Klage gegen

den geringschätzigen Biographen etwa nicht nur „a couple of bucks“, sondern allein an Pauschalgebühr über 72 Mio Dollar angefallen.¹⁶⁾ Insgesamt verhindern Kostenstruktur und Ersatzpflicht damit „weitgehend ‚Erpressungsklagen‘ wie in den USA“, worauf Kodek bereits vor der aktuellen SLAPP-Diskussion hinwies.¹⁷⁾ Sonderregeln zur Kostentragung des Verlierers als typische und in Art 14 RL-E enthaltene Anti-SLAPP-Maßnahme sind in Österreich grundsätzlich¹⁸⁾ nicht notwendig.

D. Discovery vs Behauptungslast

Zweite Säule des US-amerikanischen Anti-SLAPP-Rechts ist die beschleunigte Abweisung missbräuchlicher Klagen aufgrund einer „special motion to strike“,¹⁹⁾ es sei denn, „the plaintiff has established that there is a probability that the plaintiff will prevail on the claim“ (Kalifornien).²⁰⁾ Davon merklich inspiriert kann der Beklagte nach Art 9 RL-E einen Antrag auf „vorzeitige Einstellung“ des Verfahrens „ganz oder teilweise als offenkundig unbegründet“ stellen, wobei es dann nach Art 12 RL-E „dem Kläger obliegt, zu beweisen, dass die Klage nicht offenkundig unbegründet ist“.

Die angestrebte schnelle Erledigung von SLAPPs ist natürlich wünschenswert, mit Blick auf den Justizgewährungsanspruch des Klägers (Art 6 EMRK) aber evident problematisch.²¹⁾ Während unschlüssige Klagen nach österr Recht ohnehin zügig abgewiesen werden können,²²⁾ steht bei Schlüssigkeit ja erst am Ende fest, ob der geltend gemachte Anspruch besteht oder nicht und damit ein SLAPP vorliegt oder nicht (Art 3 Abs 3 RL-E). Dass der Kläger zur Abwendung der vorzeitigen Einstellung „nur“ die Nicht-offenkundige-Unbegründetheit der Klage darlegen muss (Art 12 RL-E), ist entgegen ErwGr 30 RL-E ein schwacher Trost, wenn ihm wie im Bescheinigungsverfahren (§ 274 ZPO) ausschließlich parate Beweismittel zur Verfügung stehen.²³⁾ Derartige Einschränkungen wären für ein beschleunigtes Anti-SLAPP-Vorverfahren (Art 11 RL-E) aber notwendig, um einen Mehrwert gegenüber der ordentlichen meritorischen Abweisung zu schaffen.

6) Eine Übersicht bietet www.anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection (25. 8. 2022).

7) 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, 25. 8. 2022).

8) Näher Wiepen, SLAPP-Klagen de lege lata und de lege ferenda, GVRZ 2022, 3 Rz 6ff.

9) COM(2022) 177 final.

10) Etwa Der Standard, 14. 2. 2022, Einschüchterungsklagen gegen Journalisten auf dem Vormarsch.

11) Karner/Pehm, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit von (Online-)Medien: Zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in Koziol, Tatsachenmittlungen und Werturteile: Freiheit und Verantwortung (2018) 105 mwN.

12) Zitiert nach www.anti-slapp.org/trump-and-the-first-amendment (25. 8. 2022).

13) Näher etwa Maxeiner, The American "Rule": Assuring the Lion His Share, in Reimann, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (2012) 287.

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

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

16) Berechtigte Kritik an solchen astronomischen Summen etwa bei Bezemek, Gerichtsgebühren in grundrechtlicher Betrachtung, JRP 2018, 240 (244f).

17) Kodek, Funktion und Dogmatik des Prozesskostensatzes aus österreichischer Sicht, ZJP 128 (2015) 29 (50, 67); vgl auch Adams, Kostenersatzrecht – ein Prozessordnungsvergleich aus ökonomischer Sicht, in FS 100 Jahre ZPO (1998) 225 (235ff).

18) Der Ersatz der gesamten Vertretungskosten (Art 14 RL-E) ist allerdings mit der Anknüpfung an den Rechtsanwaltsstarif (§ 41 Abs 2 ZPO, § 1 Abs 2 RATG) unvereinbar; näher Wilfinger, Einschüchterungsklagen (in Druck).

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

20) Cal Civ Proc Code § 425.16(b)(1).

21) A. L. Roth, Upping the Ante: Rethinking Anti-SLAPP Laws in the Age of the Internet, BYU L Rev 2016, 741 (749); Blaßing/Hahnenkamp, SLAPPs und SLAPP-Back, Juridikum 2021, 417 (419f).

22) Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG § 226 ZPO Rz 185f.

23) Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht (2020) § 274 Rz 1f, 8ff.

Das legal transplant liefe damit Gefahr, abgestoßen zu werden, was vor dem Hintergrund der eigentlichen Funktion der special motion to strike im System des amerikanischen Prozesses nicht Wunder nimmt. Dortiger Ausgangspunkt sind vergleichsweise geringe Inhaltsanforderungen an die Klage, die nicht „vollständig“ (§ 226 ZPO) sein muss, sondern nur ein „short and plain statement of the claim“⁽²⁴⁾ enthält und insofern eher zur Benachrichtigung des Beklagten vom Prozess als zur konkreten Festlegung des Streitstoffs dient.⁽²⁵⁾ Das ist konsequent, weil vom Kläger an diesem Punkt noch gar keine nähere Kenntnis der für die Anspruchsdurchsetzung notwendigen Informationen und Beweismittel erwartet wird.⁽²⁶⁾ Diese werden erst innerprozessual im Rahmen der berühmt-berüchtigten pretrial discovery beschafft: „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.“⁽²⁷⁾ Nachdem alle Karten auf dem Tisch liegen, substantiiert der Kläger sein Vorbringen.

Die discovery ist teuer, eingriffsintensiv und angesichts ihres Lästigkeitswerts notorisch missbrauchsanfällig,⁽²⁸⁾ weshalb man wie im Kostenrecht gegensteuern muss. SLAPP-Kläger sollen vage Behauptungen gerade nicht als Eintrittskarte zu fishing expeditions tief in die Sphäre des Beklagten nutzen können, sondern müssen – aufgrund einer special motion to strike – von vornherein etwa „a probability that the plaintiff will prevail on the claim“⁽²⁹⁾ darlegen (Kalifornien) oder „by clear and specific evidence a prima facie case for each essential element of the claim in question“⁽³⁰⁾ präsentieren (Texas). Bis zur Entscheidung ist die discovery unterbrochen,⁽³¹⁾ es entfällt also ein wesentlicher Störfaktor.

Damit begegnet die vorzeitige Einstellung einer Gefahr, die in Österreich schon durch Grundsätze wie die Behauptungslast des Klägers,⁽³²⁾ die Zurückhaltung beim Ausforschungsbeweis⁽³³⁾ oder die starke Stellung des Gerichts im Rahmen der Stoffsammlung⁽³⁴⁾ entschärft wird. Innerprozessuale Informations- und Beweismittelbeschaffung ist zwar auch hierzulande nicht ausgeschlossen (zB §§ 184, 303f ZPO),⁽³⁵⁾ ein mit den USA vergleichbares Missbrauchspotenzial gibt es aber nicht.

Insofern ist gerade das Herzstück des RL-E überflüssig und überschießend zugleich: Die Funktion der als Schablone dienenden US-amerikanischen Institute wird anderweitig erfüllt, eine mit der discovery vergleichbare Gefahr droht ohnehin nicht, die Hür-

de eines vorgezogenen Bescheinigungsverfahrens lässt sich kaum rechtfertigen. „Vorzeitig“ gibt es eben keine hinreichende Klarheit darüber, ob der Kläger einen bestehenden Anspruch durchsetzt oder den Prozess zur Einschüchterung missbraucht.

E. Schluss

Entgegen dem ersten Eindruck steht das österr Anti-SLAPP-Recht in der Sache also keineswegs am Anfang, vielmehr nimmt die ZPO wesentliche Weichenstellungen seit jeher ganz selbstverständlich vor. Das heißt nicht, dass man sich auf diesem Vorsprung ausruhen kann. Neben den skizzierten Grundsatzfragen dreht der RL-E vielmehr an weiteren kleineren und größeren Stellschrauben von der Verfahrenseinleitung bis zur Vollstreckung, die teilweise auch im nationalen Recht nachjustieren wären;⁽³⁶⁾ die Prozesskostensicherheit bei SLAPP-Anhaltspunkten (Art 8 RL-E) ginge etwa über die ausländerbezogene aktorische Kautions nach § 57 ZPO hinaus, die am amerikanischen amicus curiae orientierte Beteiligungsmöglichkeit für NGOs (Art 7 RL-E) gäbe überhaupt neue Impulse. Bei alledem sollte allerdings das Gesamtbild nicht aus den Augen verloren werden, um redlichen Klägern ihre materiellrechtlich bestehenden Ansprüche nicht prozessual zu nehmen.

24) FRCP 8(a)(2).

25) Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht⁵ (2020) Rz 99; im Detail etwa Hazard/Leubsdorf/Bassett, Civil Procedure⁶ (2011) 172 ff.

26) Issacharoff, Civil Procedure³ (2012) 22.

27) FRCP 26(b)(1).

28) Näher zu den Vor- und Nachteilen Grenig/Kinsler, Handbook of Federal Civil Discovery and Disclosure² (2010) 61 ff; Junker, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987) 108 ff.

29) Cal Civ Proc Code § 425.16(b)(1).

30) TX Civ Prac & Rem § 27.005(c).

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

32) Geroldinger in Fasching/Konecny, ZPG³ § 226 ZPO Rz 187 ff.

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

34) Rassi, Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess (2020) 85 ff.

35) Vgl Riss, Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel (2016) 15 ff, 171 ff; Rassi, Kooperation 70 ff, 82 ff.

36) Näher Wilfinger, Einschüchterungsklagen (in Druck).