

## FESTSCHRIFT ELISABETH LOVREK

Hrsg von *Andreas Konecny, Gottfried Musger, Matthias Neumayr und Martin Spitzer*.  
MANZ Verlag Wien (2024). Leinen, XVIII,  
974 Seiten, EUR 228,-. ISBN: 978-3-214-25217-5.

Der 65. Geburtstag der Jubilarin bildet den Ansatz einer von *Andreas Konecny, Gottfried Musger, Matthias Neumayr und Martin Spitzer* herausgegebenen Festschrift im Verlag Manz, für welche 57 Autoren aus den Bereichen Justiz, Wissenschaft sowie aus den freien Berufen Beiträge verfasst haben.

Zur Persönlichkeit von *Elisabeth Lovrek* leite ich aus diversen Grußworten der Gratulanten ihr großes Engagement, eine außerordentliche Begeisterungsfähigkeit und fundamentale Empathie ab. Dem Vorwort der Herausgeber ist zu entnehmen, dass es ihr nach den stürmischen Zeiten unter ihrem Vorgänger gelungen ist, den Gerichtshof zu befrieden. Auf Grund ihrer Gelassenheit habe sie jede Überhöhung ihres Amtes und ihrer Person vermieden, weshalb davon auszugehen sei, dass sie nicht – zu ergänzen wäre: wie ihr Vorgänger – in Zukunft Entscheidungen ihres ehemaligen Gremiums genussvoll glossieren oder sonstwie kommentieren werde. Ihre Souveränität habe sich unter anderem auch in der Rechtsprechung manifestiert, weil sie bei Diskussionen im verstärkten Senat aus zunächst aussichtsloser Position eine Mehrheit für ihren Gegenentwurf erwirkt habe. Als Außenstehender habe ich den Medien entnommen, dass sie Ende 2022 den anfänglichen politischen Widerstand gegen eine richterliche Mitwirkung bei der Besetzung der Leitungsfunktionen im Gerichtshof und damit ihrer Nachfolge überwinden konnte.

Mit Erreichen des 65. Geburtstages ist sie zwar als Präsidentin des OGH in den Ruhestand getreten, allerdings hat sie gerne Einladungen für den Vorsitz des Universitätsrats der Uni Wien und eine Professur der Universität Graz angenommen.

Die Gratulanten setzen sich in ihren Beiträgen mit ihrem viele Bereiche umfassenden dogmatischen Wissen mit der jeweiligen Judikatur und Lehre auseinander; das Ergebnis überstrahlt eine Reihe mir zum Teil aus eigener Lektüre, zum Teil aus Rezensionen bekannter Festschriften bei weitem.

Die Idee der Herausgeber, die eingeladenen Autoren mit ihren Beiträgen nach den Anfangsbuchstaben ihrer Familiennamen zu publizieren, gefällt; ich halte diese Reihenfolge nicht ein, sondern behandle die für mich spannendsten Beiträge in losem Zusammenhang. Dabei ist nicht zu übersehen, dass weder der Vorgänger der Jubilarin mit einem Beitrag präsent ist und auch ihr Nachfolger nicht in der Reihe der Gratulanten vertreten ist.

Ich vermisse bei dieser Festschrift auch das übliche Geleitwort der Justizministerin, lege das aber so aus, dass bewusst darauf verzichtet wurde, um die völlige Unabhängigkeit der Justiz von der Politik auch auf diese Art zu verbildlichen.

Als emeritierter Rechtsanwalt stelle ich mit Freude fest, dass die Herausgeber auf einige hervorragende Anwältinnen und Anwälte zurückgegriffen haben, unter anderem *Peter Csoklich, Stephan Riel, Irene Welser* oder *Rupert Wolff*.

Ich beginne mit dem Beitrag des Leiters des Büros des Universitätsrats der Uni Wien, *Christoph Gnant*, „Freiheit – Recht – Wissenschaft“. Er beleuchtet die Funktion der OGH-Präsidenten im 19. Jahrhundert und setzt sich insbesondere mit *Karl von Stremayer*, Präsident von 1891 bis 1899 auseinander, der neben seinen Funktionen in der Justiz Minister für Cultus und Unterricht, Justizminister und auch langjähriger Universitätsdozent in Graz war. Ich stimme seinem Fazit zu, dass alle früheren Präsidenten des OGH, welche zuvor als Minister agierten und zumeist auch eine universitäre Stellung innehatten, für die Entwicklung der herausragenden Stellung der oberstgerichtlichen Rechtsprechung von enormem Vorteil waren. Ich ergänze, dass es im 21. Jahrhundert umso essentieller ist, Politik und Justiz zu trennen, und die Präsidenten des OGH ohne vorherige Berührungspunkte mit der Politik zu ernennen. Auch das prägt den Zeitenwandel.

*Michael Holoubek* verdeutlicht in seiner Abhandlung „Szenarien grundrechtlicher Drittwirkung“ den an sich hinreichend geklärten Grundsatz, Grundrechten nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern Bedeutung zu verleihen. Der Weg von der Geltung auch zwischen Privaten wird nachgezeichnet, und die Bedeutung für Konstellationen entwickelt, in denen ein erhebliches Machtgefälle zwischen diesen besteht. Er belegt dies anhand von Konstellationen, die bereits Gegenstand einer entwickelten Judikatur waren („der einzige Bäcker im Ort“), wendet sich aber auch neueren Entscheidungen zu, wie dem „Stadion-Beschluss“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Damit wurde klargestellt, dass weitreichende Eingriffe, wie eben ein bundesweites Stadionverbot, eine sachliche Grundlage benötigen und ihre Grenzen in einem allgemeinen Willkürverbot finden. Gerade, wenn es um die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht, führt dies auch zwischen Privaten dazu, dass wie im Stadion der mächtige Veranstalter eine Einschränkung seiner Privatautonomie hinnehmen muss. *Holoubek* geht noch weiter und verlangt diese Grundrechtsbindung auch situativ in Konstellationen, in denen ein Privater eine staatlicher Macht vergleich-

bare Herrschaftsposition ausübt, wie z.B. die Anbieter von Kommunikationsplattformen. Hier stellt er den Bezug zur Zivilgerichtsbarkeit her, der in diesen Fällen die Beurteilung einer Grundrechtsbindung zufällt. *Holoubek* finalisiert seine gehaltvolle Abhandlung mit dem Hinweis, dass wir beruhigt sein können, wenn diese Gerichtsbarkeit wesentlich von Personen wie der Jubilarin bestimmt wird.

*Christoph Grabenwarter* analysiert gemeinsam mit *Beate Sündhofer* im Traktat „Das Zivilrecht in der Rechtsprechung des VfGH – am Beispiel des Familienrechts“ die verfassungsrechtliche Judikatur im Familienrecht, insbesondere die Schutzbereiche des Gleichheitsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots anhand einer Vielzahl von Entscheidungen. Die Autoren weisen darauf hin, dass Erkenntnisse des VfGH nicht isoliert zu sehen, sondern im Kontext einer ständigen gesellschaftspolitischen Entwicklung zu beurteilen sind. Neben einer Förderung der Beziehungen zwischen OGH und VfGH auf einer ganz persönlichen Ebene sehen die Autoren gerade im Familienrecht zahlreiche Anknüpfungspunkte, die auch in dieser Materie durch Parteienanträge auf Gesetzesprüfung Reaktionen des VfGH auf jeweils aktuelle Entwicklungen ermöglichen. Sie zeigen, dass der VfGH in der Praxis der Auslegung der relevanten Bestimmungen durch die Zivilgerichte folgt, vereinzelt und vor allem aktuell aber auch die Mühe auf sich nimmt, selbst verfassungskonform zu interpretieren. Betont wird, wie wichtig das Miteinander der beiden Höchstgerichte ist. Ich möchte ergänzen, dass sich dies in der Zeit des Vorgängers der Jubilarin mit überflüssig vom Zaun gebrochenen Debatten auch anders darstellte.

Besonders spricht mich die sogar wohl als Essay anzusehende Studie von *Georg Graf* mit dem mutigen Titel „Wie bringt man den OGH dazu, seine Rechtsprechung zu ändern?“ an. Seine fundamentalen Ausführungen laufen darauf hinaus, dass erst der Nachweis gelingen müsse, die bisherige Rechtsprechung des OGH stehe im Widerspruch zu Gesichtspunkten, deren Relevanz sich der OGH nicht weiter entziehen könne. Rechtsprechungsänderungen fänden nämlich immer dann statt, wenn der OGH einsehen müsse, dass er entsprechende Gesichtspunkte bisher nicht gewürdigt habe, mit denen die bisherige Rechtsprechung unvereinbar sei. Allerdings müssten diese Gesichtspunkte bereits zu jenem Zeitpunkt zur Verfügung stehen, in dem der OGH die nunmehr erfolgreiche Rechtsansicht formuliert hätte. Der Autor analysiert, dass oft gerade ein bestimmtes Vorverständnis dafür verantwortlich sei, wenn systematische Zusammenhänge unberücksichtigt blieben. Manchmal habe der OGH eine Rechtsprechungslinie



nicht genügend kritisch hinterfragt. Dies zeige sich am klassischen Beispiel des Rechtssatzes „*nemo pro praeterito alitur*“, dem erst durch die gesellschaftliche Veränderung der Effekt einer rechtfertigenden Kraft geraubt worden sei. Ähnlich die Rechtsprechung zur Frage der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages oder die Änderung der Rechtsprechung bei der Verzugsproblematik von Geldschulden nach § 1333 ABGB, die in Zeiten einer hohen Inflation bedeutsam wird. Graf vernachlässigt auch nicht, sich mit den Hürden der Rechtsfortbildung auseinanderzusetzen und fordert einen nicht auflösbaren Wertungswiderspruch als Anlass, die Judikatur zu ändern. Ich ergänze, dass sich ein „kreativer Kläger“ oft mit Gutachten prominenter Universitätsprofessoren absichern möchte, dabei aber nicht übersehen sollte, dass diese auch beim erkennenden Senat angesehen sein und nicht in eine akademische Auseinandersetzung mit dessen Mitgliedern verstrickt sein sollten.

Der Beitrag von *Karl-Heinz Danzl* „Vom verstärkten Senat zum Grundsatzsenat“ zog mich schon wegen des vorangestellten Leitsatzes von *Francis Bacon* „If we do not maintain justice, justice will not maintain us“ an. Dieser ist als Abwandlung des bekannten Spruchs „Justice must not only be done, but must also be seen to be done“ zu sehen. Sinngemäß bezieht sich dies darauf, dass Gerechtigkeit durch Elemente wie eine mündliche Verhandlung, Fairness und Waffengleichheit auch augenscheinlich zum Ausdruck gebracht wird. *Francis Bacon* zielt sehr aktuell darauf ab, dass man etwas für die Justiz tun und in sie investieren muss, um etwas von ihr zu bekommen, appelliert also an Regierungen, die Justiz ausreichend mit finanziellen Mitteln zu versorgen. Ich gebe mich als *Fan Bacon*s zu erkennen. Er war seiner Zeit weit voraus und wurde als schillernder Philosoph und als schon damals typischer Politiker wegen Bestechlichkeit gestürzt. Zurück zu *Danzl*, der sich den Bemühungen der Jubilarin widmet, die Schwachstellen des derzeit geltenden verstärkten Senats mit einem Blick über unsere Grenzen ausmerzen zu wollen. Dieser Blick ging nach Deutschland, wo sich der „große Senat“ bewährt hatte. *Danzl* fasst den weiten Weg dorthin dahin zusammen, die Notwendigkeit eines starken Vorsitzenden stelle den einzigen Knackpunkt dar. Dieser werde aber benötigt, um bei der Debatte vor der Entscheidung des Senates aus der Minderheit bei einer Abstimmung zu einer Mehrheit zu kommen. Sein Ausblick ist auch für mich beschämend, weil kein einziges der Regierungsprogramme der letzten Jahre diese notwendige Reform auch nur erwähnenswert gefunden hat. Dabei denke ich, dass gerade unter der Expertenregierung auch unter Bedachtnahme der bekannten Auf-

lagen zumindest theoretisch ein Durchbruch zu erzielen gewesen wäre. Die damalige Bundeskanzlerin hätte als vormalige Präsidentin des VfGH mit der argumentativen Kraft dieses Amtes diesen Wunsch des OGH auf den Weg einer Verwirklichung bringen können. Damit hätte sie als Kanzlerin einerseits der Justiz, aus der sie stammt, geholfen, und darüber hinaus hätte man den Vorwurf, die Expertenregierung hätte sieben Monate Winterschlaf gehalten, zumindest teilweise entkräften können.

Hervorragend der Aufsatz von *Friedrich Harrer* und *Matthias Neumayr* zur „Rechtsfortbildung contra legem“. Die Autoren zeigen, dass die Gerichte oftmals Konstellationen zu beurteilen hätten, an die der Gesetzgeber nicht gedacht habe. Darüber hinaus erwiesen sich aber fallweise auch Wertungen des Gesetzgebers aus Sicht der Höchstgerichte als unzulänglich und würden durch eine verantwortungsvoll agierende Rechtsprechung durch eine vermeintlich oder tatsächlich sachnähere Sichtweise verdrängt. Dies werde aber nicht immer so klar ausgesprochen, sondern formelhaft mit der Begründung abgelehnt, es sei nicht Sache der Gerichte, den Gesetzgeber zu korrigieren und an dessen Stelle andere Wertungen zu setzen. Ihre Argumente für die Überwindung dieser Gegensätze überzeugen mich allein mit dem Gedanken des notwendigen Zusammenwirkens des gestaltenden Gesetzgebers mit den vollziehenden Gerichten. Sie verweisen darauf, dass sich von der Rechtsprechung *contra legem* entwickelte Entscheidungslinien, wie die Ersatzfähigkeit von Trauerschäden oder die Sicherungsübergang im deutschen Recht durchgesetzt hätten. Beschlossen wird der Beitrag mit einem Appell für mehr Begründungs Ehrlichkeit, dem ich mich auch aus anwaltlicher Sicht anschließe.

Keinesfalls zu überlesen ist der von *Robert Fucik* mit dem prägnanten Titel „Justizpalast, Kircheng und Freyung“ versehene Beitrag über den Dialog der so verorteten Höchstgerichte. Anhand einiger familien- und erbrechtlicher Beispiele wird das intrikate Zusammenspiel von OGH, VfGH und EuGH gezeigt, denen verschiedene Aspekte überantwortet sind. Wie der Autor eindrucksvoll zeigt, gelingt ihnen der juristische Dialog auf allerhöchstem Niveau, in dem sich niemand als „Oberster“ versteht. Seinem Fazit, hier werde durch das Primat des besseren Arguments der Rechtsstaat auch in der kleinsten Facette hochgehalten, ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Die Erzählung von *Franz-Stefan Meissel* „Späte Gerechtigkeit“ über die Restitution zweier *Waldmüller*-Portraits an die Familie *Felsövänyi* blickt auf aus heutiger Sicht ungeheuerliche Entscheidungen der Rückstellungskommissionen in den 1950er Jahren. Erst nach der

umfassenden Aufarbeitung durch die Historikerin und einer vergeblichen Anrufung des Kunstrückgabebeirats 2001 kam es 2019 zu einer Restitution. Für mich dient diese Darstellung auch als abschreckende Analyse einer mittlerweile schon historischen Justizzeit, in der die Qualifikation der Richter oder anderer entscheidender Organe erschreckend gering war. Damit wird aber auch der Quantensprung in Ausbildung wie Ethos sichtbar, zu dem es seither gekommen ist; ein Aspekt, der die Aufnahme des Beitrags in diese Festschrift umso mehr rechtfertigt.

*Michael Schwanda* erzählt in seinem bedeutenden Beitrag von den aktuellen Entwicklungen in der richterlichen Unabhängigkeit und der Schließung wichtiger Lücken im Besetzungsverfahren. Sehr treffend untermauert er mit Hinweis auf die politisch angespannte Situation, in der sich der Rechtsstaat vielerorts befindet, die Berechtigung der Schließung dieser Lücken bei den Besetzungsvorschlägen der unabhängigen Personalsenate, die jeder Richterernennung voranzugehen haben. Gerade weil dem OGH die Funktion der zentralen Leitinstanz in Zivil- und Strafsachen zukommt, ist die notwendige Legitimation aller dort tätigen Organe sicherzustellen. Auch bei diesem Beitrag drängt es sich auf, wie kurzfristig die immer wieder aufflackernde Polemik wegen eines angeblichen Richterrechts ist, geht es doch darum, für die Rechtssuchenden eine möglichst weitgehende Freiheit von jeglicher politischer Einflussnahme sicherzustellen. Zu Recht fordert *Schwanda*, dass dies lückenlos zu gelten habe, vom Richteramtsanwärter bis zum OGH-Präsidenten. Im Zuge der Ende 2022 auch öffentlich geführten Debatte über eine politische Einflussnahme bei Richterbesetzungen positionierte sich auch die Jubilarin und leistete, wie uns *Schwanda* in der abschließenden Würdigung der Jubilarin erinnert, einen nicht zu unterschätzenden Beitrag für die Umsetzung dieser Forderung.

Besonders wertvoll für mich als ehemaligem Verteidiger ist die Analyse von *Kurt Schmoller* mit dem Titel „Verhindern Beweisverwertungsverbote eine Entlastung des Beschuldigten?“ Ausgehend vom Wortlaut des § 166 StPO darf die Aussage eines Beschuldigten, Mitbeschuldigten oder Zeugen nur zum Nachteil des Beschuldigten nicht verwertet werden. Auch nach § 155 Abs 1 Z 2 StPO darf die Vernehmung bei „sonstiger Nichtigkeit“ nicht erfolgen, weil ein Verbot der Vernehmung von Beamten über Umstände, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen, vorgesehen ist. Der Autor analysiert die österreichische Gesetzeslage und sieht eine Diskrepanz zur Judikatur des BGH, der ihm zufolge eine einseitige Wirkung als Belastungsverbot implizit

ablehnt. Anhand mehrerer Fallkonstellationen kommt er zum Schluss, dass Beweisverwertungsverbote grundsätzlich beidseitige Wirkung entfalten, also absolut gelten, was nur in Ausnahmefällen – z.B. zur Entlastung bei einer sonst drohenden längeren Freiheitsstrafe – durchbrochen werden kann. Der Beschuldigte hat demnach auch das Recht zu entscheiden, ein Beweismittel zu seiner Entlastung einzusetzen, wenn der Zweck des Verwertungsverbots im Rahmen der Rechtsstaatlichkeit oder im Schutz der familiären Beziehung liegt.

*Michael Rami* bringt mit seinem Aufsatz „Versuch der Straftat und obligatorische Milderung der Strafe“ in Erinnerung, dass in der Formulierung, wonach die Strafe zwingend zu mildern ist, wenn die Tat beim Versuch geblieben ist, ein Verstoß gegen das herrschende Schuldprinzip liegt. Das sei schon lange Allgemeinwissen, wurde jedoch bei einer notwendigen Reform seiner Meinung nach einfach vergessen. § 34 Abs. 1 Z. 13, 2. Variante StPO, wonach die Strafe zwingend zu mildern ist, wenn es beim Versuch geblieben ist, sei doppelt systemwidrig, weil ein Bruch mit dem Schuldprinzip und darüber hinaus mit dem Doppelverwertungsverbot vorliegt. Daher finde auch ich, dass der Gesetzgeber diesen Strafmilderungsgrund zu einem nur fakultativen herabstufen sollte.

Die Herausgeber schreiben im Vorwort richtigerweise, dass *Elisabeth Lovrek* ihrem Gerichtshof zweifellos fehlen wird, und setzen fort, das Amt ihr aber wahrscheinlich nicht. Ich nehme mir heraus, das Wort „wahrscheinlich“ wegzulassen, weil sie ja das Amt als Präsidentin des OGH nur als geliehen betrachtet hat.

In Kenntnis der euphorischen Beiträge der prominenten Autoren schließe ich mich – persönlich unbekannter Weise – den Wünschen der vier Herausgeber im Vorwort an.

NIKOLAUS LEHNER