

# 1. Kapitel

## Die Aufgabe des Zivilprozesses

### I. Der Justizgewährungsanspruch

**Literatur:** *Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 1980, 1; *Ballon*, Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht, ZZP 96 (1983) 409; *Pernthaler*, Rechtsweg als Menschenrecht – Zur neueren Auslegung des Art 6 MRK als Rechtsschutzgarantie für „civil rights“, FS Klecatsky (1990) 221; *Matscher*, Der Einfluß der EMRK auf den Zivilprozeß, FS Henckel (1995) 593; *Kerschner*, Art 6 EMRK und Zivilrecht, JBI 1999, 689; *Rechberger*, Neue Fragen zum fair trial im österreichischen Zivilprozess, in *Yildirim* (Hrsg), Zivilprozess im Lichte der Maximen (2001) 56; *Matscher*, Der Begriff des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK, FS Beys II (2003) 989; *Hess*, EMRK, Grundrechte-Charta und europäisches Zivilverfahrensrecht, FS Jayme I (2004) 339; *Kerschner*, Neues Nachbarrecht: Abwehr negativer Immissionen/Selbsthilferecht, RZ 2004, 9; *Klamaris*, Das prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, FS Schwab (2005) 269; *Gottwald* (Hrsg), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten: ein Forschungsbericht (2006); *Böhm*, Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens aus verfassungsrechtlicher Sicht, FG Machacek und Matscher (2008) 731; *Maurer*, Der Justizgewährungsanspruch, FS Bethge (2009) 535; *Kreutzer*, Säumnis – Rechtsschutz gegen überlange Verfahren (2010); *Rechberger*, Zur Entwicklung des Zivilverfahrensrechts in Österreich in den letzten 50 Jahren, in *Sailer* (Hrsg), Beschleunigung des Verfahrens und Schutz der Grundrechte, FS 50 Jahre Oberösterreichische Juristische Gesellschaft (2010) 54; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> (2012) § 24; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II (2014) 243ff, III (2015) 103ff; *Khakzadeh-Leiler*, Der Grundrechtsschutz durch den OGH, in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes (2014) 29; *G. Kodek*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa – Diskussionsstand und Perspektiven, FS Nowotny (2015) 127.

*Konecny* in *Fasching/Konecny* I Einl Rz 58 ff; *Bajons* Rz 25; *Fasching* Rz 9; *Kodek/Mayr* Rz 10.

- 17 Gilt es, privatrechtliche Ansprüche durchzusetzen, bedarf es der Hilfe der Zivilgerichte. Denn die **Selbsthilfe** ist in jeder entwickelten Rechtsgemeinschaft grundsätzlich **verboten**; der Rechtsordnung sind dabei in § 19 („Verfolgung der Rechte“), § 344 (Selbsthilfe bei Besitzstörung), § 422 (Entfernung von eindringenden Wurzeln und Abschneiden von überhängenden Ästen), § 1321 ABGB (Verjagen und Privatpfändung von fremdem Vieh auf eigenem Grund); § 466 a ABGB (Pfandverkauf); § 373 Abs 2 (Selbsthilfeverkauf des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers) und § 379 Abs 2 UGB (Selbsthilfeverkauf durch den Käufer bei Beanstandung übersendeter Waren) eine Reihe von Ausnahmen bekannt. Zum Ausgleich für dieses Selbsthilfeverbot muss der Staat, dem das Rechtsdurchsetzungsmonopol zukommt, dem Bürger einen **Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz** einräumen.

Die gesetzliche Absicherung dieses Anspruchs war bis in die jüngere Zeit unvollkommen; § 19 ABGB stellt dem Selbsthilfeverbot lediglich ein **Rechts-schutzversprechen** gegenüber, das gem Art 11 des Staatsgrundgesetzes (RGBI 1867/142) durch ein „Petitionsrecht“ ergänzt wird.

**Art 6** der in Österreich im Verfassungsrang stehenden Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. 11. 1950 (BGBl 1958/210) hat den Justizgewährungsanspruch als **subjektives öffentliches Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Entscheidung seines Privatrechtsstreites** normiert: „*Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen ... zu entscheiden hat.*“ Diese damit dem Rechtsuchenden eingeräumte Klagemöglichkeit ist eine Befugnis des öffentlichen Rechts – auch als „formeller“ Rechtsschutzanspruch<sup>1)</sup> oder Rechtspflegeanspruch bezeichnet –, die vom Bestehen des behaupteten Privatrechtsanspruchs unabhängig ist.<sup>2)</sup>

## II. Die Wiederherstellung und Bewahrung des Rechtsfriedens

**Literatur:** Sprung, Die Grundlagen des österreichischen Zivilprozeßrechts, ZZP 90 (1977) 380; Böhm, Bewegliches System und Prozeßzwecke, in Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 211; ders, Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96, in Hofmeister (Hrsg), Kodifikation als Mittel der Politik (1986) 59; Helige, Umwälzungen im Rechtsstaat, RZ 2004, 261.

Konecny in Fasching/Konecny I Einl Rz 11 ff; Fasching Rz 45 ff; Ballon Rz 7.

Die wesentliche Aufgabe des Zivilprozesses besteht in der Wiederherstellung und Bewahrung des **Rechtsfriedens**. Der Rechtsfriede schützt einerseits die Privatrechtssphäre des einzelnen Bürgers und andererseits die Privatrechtsordnung der staatlichen Rechtsgemeinschaft als Ganzes. Wenn es dem Kläger auch zuerst um die Wiederherstellung **seines** gestörten Rechtsfriedens geht (Repressionsfunktion des Prozesses), schützt ein funktionierendes Prozesssystem durch seine Präventionsfunktion die **gesamte** Privatrechtsordnung, weil es den Rechtsfrieden bewahrt.

Franz Klein verstand den Prozess als „soziale Massenerscheinung“, der zwar ein „Mittel zur Feststellung des materiellen Rechtes“ bleiben müsse, dessen „soziale Rechtfertigung“ aber in der richtigen Anwendung des materiellen Rechts zu sehen sei. Er hat damit das „erste Prozessmodell des sozialen Rechts-

<sup>1)</sup> Die von Wach (ZZP 32 [1904] 1) begründete Lehre vom materiellen Rechts-schutzanspruch, die diesen als subjektives öffentliches Recht gegen den Staat auf ein günstiges Urteil begriff, gilt in Österreich heute als überholt; vgl zur Auseinandersetzung mit dieser Lehre Böhm, JBL 1974, 11f.

<sup>2)</sup> Vgl Matscher, ZÖR 1980, 14; Ballon, ZZP 96 (1983) 462.

staats“<sup>3)</sup>) geschaffen, in dem sich der Schutz des Einzelinteresses und der Schutz des Gemeinschaftsinteresses in beispielhafter Weise die Waage halten (vgl dazu Näheres bei Rz 458).

### III. Der Prozess als Ultima Ratio

**Literatur:** *Bajons*, Außergerichtliche Güteverfahren als Mittel der Prozeßvermeidung und Konfliktlösung, ÖJZ 1984, 368; *Mayr/Schmidt*, Gesetzlich geregelte Alternativen innerhalb und außerhalb des Zivilprozesses in Österreich, ZVglRWiss 1987, 227; *Krejci*, Recht ohne Gerichte. Einige Grundsatzfragen zur außergerichtlichen Streitbeilegung, FS Kastner (1992) 251; *Mayr*, Streitschlichtung durch Gemeindevermittlungsbüro, ÖGZ 1993, 9; *Michalek*, Streitbeilegung ohne Gerichte, in Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1994) 13; *Rechberger/Frauenberger*, Der Verein als „Richter“, ecolex 1994, 5; *Breidenbach*, Mediation (1995); *Mayr*, Die Schlichtungstätigkeit der Kammern der freien Berufe, wbl 1995, 269; *ders.*, Rechtsschutzalternativen in der österreichischen Rechtsentwicklung (1995); *Hopf/Stabenheimer*, Das Ehrechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 821, 861; *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages, JAP 2000/2001, 70; *Henssler/Koch* (Hrsg), Mediation in der Anwaltspraxis (2000); *Grünberger*, Die Regelung der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 50; *ders.*, Mediation und notarielles Berufsrecht, NZ 2001, 153; *Rechberger*, Schlichtungsverfahren in Japan und Österreich, FS Ishikawa (2001) 409; *Bittner*, Der vollstreckbare Notariatsakt als Instrument der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung, in *Rechberger* (Hrsg), Der Notar und die konsensuale Streitbeilegung (2002) 67; *Pilz/Stötter*, Domain-Streitigkeiten im Inland schlichten, MR 2002, 67; *Spruzina*, Die Vereinbarkeit der notariellen Tätigkeit mit schlichtenden/schiedsrichterlichen Funktionen. Ist der Notar der geborene Streitschlichter? in *Rechberger* (Hrsg), Der Notar und die konsensuale Streitbeilegung (2002) 9; *Wolfsteiner*, Notarielle Schlichtungsverfahren in Zivilsachen – Rechtsentwicklung, erste Erfahrungen, Ausblicke, ebenda 31; *Perner/Völk*, Conciliation, Mediation, ADR – Aktueller Stand des Rechts internationaler Wirtschaftsschlichtung, ÖJZ 2003/28; *Pruckner*, Recht der Mediation (2003); *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3; *Stabenheimer*, Überlegungen zum Einsatz von Mediation im Wohnrecht, wobl 2004, 291; *Falk* (Hrsg), Handbuch Mediation und Konfliktmanagement (2005); *Rechberger/Klicka*, Der Anwaltsvergleich – ein Papier sieger, FS Michalek (2005) 341; *Töpel* (Hrsg), Mediation in Österreich<sup>2</sup> (2005); *Althammer*, Mediation als prozessuale Last, dJZ 2006, 69; *Glavac*, Mediation im Nachbarschaftsrecht, immolex 2006, 177; *Joeinig*, Alternative Streitbeilegungsmöglichkeiten für Verbraucher in Österreich, Zak 2006/622; *Mosser*, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation – ein Zwischenbericht, Zak 2006/522; *Mayr/Weber*, Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung, ZfRV 2007, 163; *Rohrer/Aicher*, Alternative Verfahren der Streitbeilegung – Konferenz der Präsidenten der Höchstgerichte und der Generalprokuren der Mitgliedstaaten der EU im Wiener Justizpalast, ÖJZ 2008/101; *Roßbacher*, Zivilgerichtsbarkeit und Mediation, RZ 2008, 149; *Wagner/Thole*, Die europäische Mediations-Richtlinie. Inhalt, Probleme und Umsetzungsperspektiven, FS Kropholler (2008) 915; *Ziswiler*, Inhalt und Bedeutung von Regeln zur Mediation in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FS Bühler (2008) 267; *Bajons*, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie, FS Leipold (2009) 499; *Mayr*, Vereinsstreitigkeiten zwischen Schlichtungseinrichtung, Gericht und Schiedsgericht, ÖJZ 2009/61; *ders.*, Neugkeiten bei der

<sup>3)</sup> *Böhm*, Justizgesetze 63.

außergerichtlichen Streitbeilegung in Österreich, FS Barta (2009) 245; *ders*, Die Europäische Mediations-Richtlinie und Österreich, in *König/Mayr* (Hrsg), Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II – 10 Jahre nach dem Vertrag von Amsterdam (2009) 137; *Huber-Mumelter/Mumelter*, Obligatorischer Vermittlungsversuch im liechtensteinischen und (neuen) schweizerischen Zivilprozess, ZfRV 2009/24; *Roth/Egger*, Die EU-Mediationsrichtlinie, ecolex 2009, 538; *Schermaier-Stöckl*, Gerichtsinterne Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, RZ 2009, 268; *Stofner*, Außergerichtliche Streitschlichtung in Österreich (2009); *Frauenberger-Pfeiler*, Zur „Vollstreckbarmachung“ von Mediationsvereinbarungen, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 237; *Sujecki*, Die Europäische Mediationsrichtlinie, EuZW 2010, 7; *Fucik*, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011, 941; *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119; *Scheuer*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie, in Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 197; *dies*, Vollstreckbarer Mediationsvergleich und neue Regelungen für grenzüberschreitende Mediationsverfahren, Zak 2011, 147; *Frauenberger-Pfeiler/Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012/87, 798; *Scheuer*, Zum Stand der Mediation in Österreich, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2012, 21; *Griss*, die Schlichtungsstelle für Verbrauchergeschäfte, VbR 2013, 36; *Mayr*, Aktuelle Entwicklungen und Probleme bei den Rechtsschutzalternativen, FS Simotta (2012) 375; *Haidmayer*, Die neue Schlichtungsstelle für Verbraucherstreitigkeiten, ecolex 2013, 986; *Hayungs*, ADR-Richtlinie und ODR-Verordnung, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2013, 86; *Rechberger/Frauenberger-Pfeiler*, The Development and Impact of Mediation on the Austrian Legal System, in *Wang/Yang* (Hrsg), Mediation in Asia-Pacific. A Practical Guide to Mediation and its Impact on Legal Systems (2013) 43; *Pirkner-Hörmann/Gabriel* (Hrsg), Option Schlichtung, Eine neue Kultur der Konfliktlösung (2014); *Authried*, Das Passagier- und Fahrgastrechteagenturgesetz (PFAG), ZVR 2015, 232; *Eidenmüller/Wagner* (Hrsg), Mediationsrecht (2015); *Frössel*, Die neue Verbraucherschlichtung – Umsetzung in Österreich, Zak 2015/483; *Keiler*, APF – die Agentur für Passagierrechte in Österreich, Zak 2015, 344; *Lust*, Zu Sinn und Unsinn der Verbraucherschlichtung am Beispiel Telekom, Zak 2015, 328; *Rechberger*, Mediation in Austria, Ritsumeikan Law Revue 2015, 61; *Haft/Schlieffen* (Hrsg), Handbuch Mediation<sup>3</sup> (2016).

Auch wenn es gilt, den gestörten Rechtsfrieden wieder herzustellen, ist der Prozess die **Ultima Ratio**. In der Regel sind die Beteiligten bestrebt, eine außergerichtliche Einigung zu erzielen, weil der Ausgang eines Prozesses letztlich doch nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann und menschliche Beziehungen bei gerichtlichen Auseinandersetzungen stets (nicht nur in familienrechtlichen Streitigkeiten) leiden. Auch der gute Jurist versucht, es möglichst nicht zu einem Prozess kommen zu lassen. Eine außergerichtliche Einigung kann vor allem durch den Abschluss eines **Vergleichsvertrags** iSd §§ 1380 ff ABGB zustande kommen.

Zum Zwecke des Vergleichsversuchs kann, wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, seinen Gegner ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit und den Wert des Streitgegenstandes vor dessen Wohnsitzbezirksgericht laden lassen (sog **prätorischer Vergleich** nach § 433 ZPO). Zum prätorischen Vergleich in Arbeitsrechtssachen s Rz 1264.

Auch kann über bestimmte Ansprüche ein **Vergleich vor dem Gemeindevermittlungsaamt** (nach RGBI 1869/150 idF 1907/59 und den ausführenden Landesgesetzen) geschlossen werden, der dann gem § 1 Z 15 EO einen Exekutionstitel bildet. Die praktische

Bedeutung dieser (heute nicht mehr in allen Bundesländern bestehenden) Möglichkeit ist so wie jene des prätorischen Vergleichs freilich gering.<sup>4)</sup>

Zunehmende Bedeutung kommt jedoch der außergerichtlichen Streitbeilegung in verschiedenen **Schlichtungsverfahren** zu, die zB von den Gesetzen, die die Berufsausübung von Angehörigen freier Berufe regeln, vorgesehen sind. Danach sollen die verschiedenen Kammern als Standesvertretungen bei Streitigkeiten ihrer Mitglieder untereinander oder auch zwischen den Standesangehörigen und ihren Klienten (die dafür von den Ärztekammern eingerichteten und sehr frequentierten „Schiedsstellen in Arzthaftpflichtfragen“ sind aber freiwillige Einrichtungen ohne gesetzliche Basis<sup>5)</sup>) vermitteln. Gelingt die Schlichtung, ist das Ergebnis freilich für keinen der Beteiligten bindend; der Rechtsweg bleibt ihnen offen. Selbst die Möglichkeit, über die Ergebnisse eines Schlichtungsverfahrens zwischen Kammermitgliedern (vollstreckbare) Vergleiche aufzunehmen, besteht nur bei wenigen Kammern.<sup>6)</sup>

Dazu kommen nunmehr **Europäische Rechtsvorschriften**: Die Richtlinie 2013/11/EU (**ADR-Richtlinie**) verfolgt das Ziel, Verbrauchern einen Zugang zu einer schnellen und kostengünstigen Möglichkeit der alternativen Beilegung inländischer und grenzüberschreitender Streitigkeiten zu bieten. Die Ausgestaltung und die Verfahrensordnungen der Schlichtungsstellen bleiben weitgehend den Mitgliedstaaten vorbehalten. Die ADR-RL sieht nur einige Verfahrensgrundsätze wie etwa Transparenz, Effektivität und Fairness vor, die bei der Umsetzung berücksichtigt werden müssen. Die Verordnung (EU) 524/2013 vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (**ODR-VO** oder **Online-Streitbeilegungsverordnung**), die am 9. 1. 2016 in Kraft getreten ist, ist auf vertragliche Streitigkeiten zwischen einem in der Union wohnhaften Verbraucher und einem in der Union niedergelassenen Unternehmer anzuwenden, die sich aus dem Online-Verkauf von Waren oder der Online-Bereitstellung von Dienstleistungen ergeben (Art 2 Abs 1 ODR-VO).

Sowohl das Angebot des Unternehmers als auch die Bestellung des Verbrauchers müssen auf einer Website oder einem anderen elektronischen Mittel erfolgt sein (Art 4 Abs 1 lit e ODR-VO). Kernstück der ODR-VO ist die von der Europäischen Kommission betriebene **Europäische Plattform für die Online-Streitbeilegung (OS-Plattform)**. Die Website stellt die zentrale Anlaufstelle für Verbraucher und Unternehmer, die Streitigkeiten im Anwendungsbereich der Verordnung außergerichtlich beilegen möchten, dar (Art 5 Abs 2 ODR-VO). Vgl auch die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1051 der Kommission vom 1. Juli 2015 über die Modalitäten für die Ausübung der Funktionen der Plattform zur Online-Streitbeilegung.

In Österreich wird die ADR-RL durch das **BG über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten** (Alternative-Streitbeilegung-Gesetz, AStG), BGBl I 2015/105 umgesetzt. Das AStG regelt das Verfahren, das von den

<sup>4)</sup> Siehe dazu umfassend nur *Mayr*, Rechtsschutzalternativen in der österreichischen Rechtsentwicklung (1995).

<sup>5)</sup> Dazu ausführlich *Leitner*, Schiedsstelle in Arzthaftpflichtfragen, RdM 1998, 7.

<sup>6)</sup> Vgl Näheres bei *Mayr*, wbl 1995, 269.

(im Gesetz genannten) Streitbeilegungsstellen (zB die Agentur für Passagier- und Fahrgastrechte oder die Gemeinsame Schlichtungsstelle der Österreichischen Kreditwirtschaft) aus einem entgeltlichen Vertrag zwischen einem in Österreich niedergelassenen Unternehmer und einem in Österreich oder in einem sonstigen Vertragsstaat des EWR wohnhaften Verbraucher anzuwenden ist. Es ist für Unternehmer freiwillig, außer in Einzelgesetzen oder vertraglich wurde Abweichendes geregelt.<sup>7)</sup>

Stark verankert ist der Schlichtungsgedanke auch im Vereinsrecht, wo sog „Vereinsschiedsgerichte“ eine lange Tradition haben. § 8 VerG 2002 sieht vor, dass Streitigkeiten aus dem Vereinsverhältnis zunächst vor einer Schlichtungseinrichtung auszutragen sind. Erst nach Ablauf von sechs Monaten ab Anrufung der Schlichtungseinrichtung steht – sofern das Verfahren vor der Schlichtungseinrichtung nicht früher beendet ist – der ordentliche Rechtsweg offen.

Einen immer wichtiger werdenden Weg der Konfliktbehandlung ohne Entscheidung (sei es eines ordentlichen Gerichts oder eines Schiedsgerichts) stellt die **Mediation** dar: Deren Wesen liegt darin, dass die im Interessenkonflikt stehenden Parteien selbst miteinander verhandeln, wobei die Verhandlungen durch einen **Mediator**, ein unbeteiligter neutraler Vermittler ohne Entscheidungskompetenz, geleitet werden. Ist die Mediation erfolgreich, endet sie mit einer Vereinbarung, die (allenfalls auch gerichtlich) protokolliert werden kann.<sup>8)</sup>

Nach einem erfolgreichen Modellversuch<sup>9)</sup> fand sich die erste Normierung mediativer Tätigkeit im EherÄG 1999 für Konflikte im familiären Bereich. Heute ist die Mediation durch das **BG über Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)<sup>10)</sup>** umfassend geregelt,<sup>11)</sup> wobei für die Mediation innerhalb der Europäischen Union durch das **BG über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-MediatG)**, in Umsetzung der RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum gleichen Thema<sup>12)</sup> ergänzende Anordnungen getroffen wurden. Beide Gesetze enthalten Legaldefinitionen zu den Begriffen Mediation und Mediator und regeln die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens sowie die Verjährungshemmung während dieses Verfahrens.<sup>13)</sup> In die ZPO wurde § 344a eingefügt, der es den Parteien erlaubt, über den Inhalt der in einem Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung vor jedem Bezirksgericht einen gerichtlichen Vergleich abzuschließen (**Mediationsvergleich**), also – sofern dies in Frage kommt – auch einen vollstreckbaren Titel zu erlangen.

<sup>7)</sup> Siehe dazu umfassend *Frössel*, Die neue Verbraucherschlichtung – Umsetzung in Österreich, Zak 2015, 264.

<sup>8)</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 27f.

<sup>9)</sup> Vgl dazu *BMUJF* (Hrsg), Familienberatung bei Gericht – Mediation – Kinderbegleitung bei Trennung der Eltern (1997).

<sup>10)</sup> BGBl I 2003/29.

<sup>11)</sup> Vgl dazu *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3.

<sup>12)</sup> ABl L 136 vom 24. 5. 2008, 3.

<sup>13)</sup> Vgl dazu *Fucik*, Eu-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011, 97.

Beim Mediator iSd ZivMediatG handelt es sich um einen fachlich ausgebildeten Vermittler, der die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen für die **Eintragung in die vom BM für Justiz geführte Liste der Mediatoren** erfüllen muss. Auf nicht eingetragene Mediatoren ist das Gesetz nicht anwendbar; es ist freilich davon auszugehen, dass der Bedarf nach solchen Mediatoren im Inland überschaubar ist. Im Fall einer grenzüberschreitenden Mediation innerhalb der EU durch einen nicht eingetragenen Mediator gilt jedenfalls das EU-MediatG.

- 25** Ist einmal Klage erhoben worden, kann es immer noch zu einem **gerichtlichen Vergleich** (iSd §§ 204 ff ZPO) kommen: So dient nicht nur die vorbereitende Tagsatzung (s Rz 795 ff) ua „zur Vornahme eines Vergleichsversuchs“ (§ 258 Abs 1 Z 4 ZPO), sondern das Gericht kann „in jeder Lage der Sache auf Antrag oder von Amts wegen eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder die Herbeiführung eines Vergleiches über einzelne Streitpunkte versuchen“ (§ 204 Abs 1 ZPO). Ein solcher Prozessvergleich beendet den Prozess und hat zum Teil die Funktion eines Urteils. Sein Abschluss hilft vor allem Kosten zu sparen; die Kosten des Vergleichs selbst sind grundsätzlich als gegenseitig aufgehoben anzusehen (§ 47 Abs 1 ZPO), dh, dass jede Partei die ihr entstandenen Kosten endgültig trägt. Um vor allem Vergleiche vor dem Bezirksgesetz zu erleichtern, besteht für diese – gleichgültig, ob es sich um prätorische oder um Vergleiche im Zuge eines Verfahrens handelt – keinerlei Anwaltspflicht (§ 27 Abs 3 ZPO). Auf Antrag sind Vergleiche ins Verhandlungsprotokoll einzutragen (§ 204 Abs 1 letzter Satz ZPO). Vgl Näheres zum Vergleich bei Rz 680 ff.

Die ZPO bringt aber auch *expressis verbis* zum Ausdruck, dass der Prozess eine Ultima Ratio darstellt: Wurde eine Klage erhoben, obwohl der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung dieser Klage keine Veranlassung geboten hat, so kann er den Anspruch bei erster Gelegenheit **sofort anerkennen**. In diesem Fall werden die gesamten Prozesskosten dem Kläger auferlegt (§ 45 ZPO); er muss sowohl die Gerichtskosten als auch die Kosten des eigenen und des gegnerischen Anwalts tragen (Näheres bei Rz 491).

- 26** Die **Prozesskosten** sind an sich ein Faktor, der bei der Überlegung, ob eine Klage erhoben werden soll, eine wesentliche Rolle spielt. Denn für die Kostentragung gilt grundsätzlich das **Erfolgschaftungsprinzip**: Nur dem, der vollständig obsiegt, werden sämtliche Prozesskosten ersetzt (s Rz 490). Die Prozesskosten aber sind in der Regel hoch; dabei ist vor allem die Relation zwischen den Prozesskosten und dem Streitwert zu bedenken.

Eine Statistik über die – freilich besonders kostenintensiven – Verkehrssachen einer Abteilung des BG Innere Stadt Wien zeigte, dass kaum Fälle vorkamen, in denen die Kosten nennenswert unter dem Streitwert lagen. In den Verfahren, in denen ein Sachverständiger beigezogen werden musste, machten die Verfahrenskosten durchschnittlich 180% des Streitwertes aus; in jenen, in denen man ohne Sachverständigen auskam, immerhin noch 137%.

Freilich darf in einem sozialen Rechtsstaat der Mangel der für die Führung eines Prozesses erforderlichen finanziellen Mittel nicht dazu führen, dass jemand auf die Durchsetzung seiner Ansprüche verzichten muss. Daher besteht die Möglichkeit der Gewährung von **Verfahrenshilfe** (Näheres bei Rz 497 ff).

## IV. Das Rechtsschutzinteresse

**Literatur:** *Sprung*, Konkurrenz von Rechtsbehelfen im zivilgerichtlichen Verfahren (1966) 53; *Böhm*, Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, JBl 1974, 1; *Dolinar*, Ruhen des Verfahrens und Rechtsschutzbedürfnis (1974); *Fasching*, Rechtsschutzverzichtsverträge im österreichischen Prozeßrecht? ÖJZ 1975, 431; *Schumann*, „Kein Bedürfnis für das Rechtsschutzbedürfnis“ – Zur Fragwürdigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeine Prozeßvoraussetzung, FS Fasching (1988) 439; *Holzhammer*, Der Typenvergleich am Beispiel des Rechtsschutzverzichts, FS G. Winkler (1997); *Wagner*, Prozeßverträge (1998); *Weber*, Kostenersatz im Rechtsmittelverfahren bei nachträglichem Wegfall des Rechtsschutzinteresses, RZ 2004, 76, 105.

*Konecny* in *Fasching/Konecny* I Einl Rz 175 f; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger* Vor § 226 Rz 9 ff; *Ballon* Rz 30 f; *Dolinar/Roth* 117 f; *Fasching* Rz 7, 738 ff.

**Beispiel:** A schuldet dem B € 10.000. A und B lassen vom Notar einen vollstreckbaren Notariatsakt über die Forderung errichten. Trotzdem der Notariatsakt einen vollstreckbaren Titel darstellt, klagt A die Forderung gegen B beim zuständigen Zivilgericht ein.

Ein Zivilprozess, der seiner Aufgabe, den Rechtsfrieden wieder herzustellen und zu bewahren, nicht genügen kann, soll vermieden werden. Dieser Zielsetzung dient der Gedanke des Rechtsschutzinteresses<sup>14)</sup>: Rechtsschutz soll nur jenem gewährt werden, **der ein von der Rechtsordnung gebilligtes Interesse an der begehrten Rechtsschutztätigkeit hat.**

Das Rechtsschutzbedürfnis wird von einem Teil der Lehre<sup>15)</sup> als **allgemeine Prozeßvoraussetzung** gesehen (von der Rsp aber nur in Form der Beschwer als besondere Prozeßvoraussetzung für das Rechtsmittelverfahren anerkannt, s Rz 1064 ff). Eine Klage, ein Rechtsmittel oder ein sonstiger Antrag<sup>16)</sup> ist danach mangels Rechtsschutzinteresses **zurückzuweisen**.

In der ZPO findet sich der Gedanke des (mangelnden) Rechtsschutzinteresses in den Prozeßhindernissen der **Rechtskraft** (s Rz 941 ff), **Streitanhängigkeit** (s Rz 772 f) und **Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht** (s Rz 648 ff). Dem Kläger wird hier kein Interesse an einem neuerlichen Verfahren oder an einer neuerlichen Entscheidung zugebilligt; eine neue Klage ist als **unzulässig zurückzuweisen**. Ausdrücklich als **besondere Prozeßvoraussetzung** formuliert die ZPO das Rechtsschutzinteresse in der Form des **rechtlichen Interesses** für die Rechtsschutzanträge der § 17 (rechtliches Interesse am Obsiegen der Prozeßpartei, der der Nebenintervent im Rechtsstreit beitreten möchte; s Rz 405), §§ 228, 236, 259 Abs 2 (rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung bei der Feststellungsklage und beim Zwischenfeststellungsantrag; Näheres bei Rz 606, 608, 617), § 384 Abs 2 (rechtliches Interesse an der Feststel-

<sup>14)</sup> Vgl zur Prägung dieses Begriffs *Böhm*, JBl 1974, 11 ff.

<sup>15)</sup> *Sprung*, Konkurrenz 46; *Dolinar*, Ruhen 134; *Dolinar/Roth* 117; *Ballon* Rz 31; *Kodek/Mayr* Rz 482.

<sup>16)</sup> Zum Rechtsschutzinteresse bei inhaltsgleichen Verfügungen s MR 1994, 81 = wbl 1994, 34.

lung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache bei der Beweissicherung; Näheres bei Rz 883) und § 612 (rechtliches Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehen eines Schiedsspruchs; Näheres bei Rz 1240). Die Rechtsprechung behandelt das rechtliche Interesse allerdings nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung (s Rz 19). In § 50 Abs 2 erwähnt die ZPO (seit der EO-Nov 1991) die Beschwer als Rechtsschutzinteresse beim Rechtsmittel.<sup>17)</sup> Eine gesetzliche Grundlage für die Annahme einer allgemeinen Prozessvoraussetzung „Rechtsschutzinteresse“ bietet die ZPO aber nicht.<sup>18)</sup>

- 30** In der Literatur wird die Möglichkeit der Zurückweisung eines Rechtsschutzantrags mangels Rechtsschutzinteresses noch in einer Reihe weiterer Fälle diskutiert: Der Berufung auf den Mangel des Rechtsschutzinteresses im Fall, dass bereits ein (anderer) Titel (gerichtlicher Vergleich, vollstreckbarer Notariatsakt, Eintragung in das Anmeldungsverzeichnis der Insolvenzverfahren) vorliegt, hat der Gesetzgeber des IRÄG 1982 (BGBl 370) – zumindest für den Fall der „Insolvenzverfahrens-Titel“ – durch die Bestimmungen der §§ 61, 156 a Abs 1 KO und § 54 Abs 1 AO (nunmehr §§ 61, 156 c IO) eine Absage erteilt:<sup>19)</sup> Danach bleiben nämlich Leistungsklagen zur neuerlichen Durchsetzung der im Insolvenzverfahren festgestellten Forderungen zulässig. Dem unterlegenen Beklagten sind jedoch die Prozesskosten zu ersetzen, es sei denn, er hätte die Abweisung des Klagebegehrens beantragt oder der Kläger benötigt das Urteil für die Zwangsvollstreckung in einem Staat, der Auszüge aus dem Anmeldungsverzeichnis eines österreichischen Gerichts nicht als Exekutionstitel anerkennt (§ 60 Abs 2, § 156 a Abs 3 KO und § 54 Abs 4 AO [nunmehr § 60 Abs 2, § 156 c Abs 3 IO]).
- 31** Auch ein **Rechtsschutzverzichtsvertrag**, der in der Vereinbarung „ewigen Ruhens“ (s Rz 549) oder eines „pactum de non petendo“ gesehen werden könnte, bietet keinen Anlass, die Klage mangels Rechtsschutzinteresses zurückzuweisen.<sup>20)</sup> Nach der ZPO hat nämlich allein die Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht die Wirkung einer negativen Prozessvoraussetzung (s Rz 651); zudem erscheint zumindest ein vorprozessualer Rechtsschutzverzicht auch verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>21)</sup>

- 32** Genauso wenig führt die vom materiellen Recht angeordnete Unklagbarkeit (zB §§ 1174, 1271 f, 1432 ABGB) zum Mangel des Rechtsschutzinteresses<sup>22)</sup>; die Klage ist mit Urteil abzuweisen. Wird nur die Inanspruchnahme des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgeschlossen, führt dies zu einem der Unzulässigkeit des Rechtswegs gleich kommenden Prozesshindernis (s Rz 563).<sup>23)</sup>

<sup>17)</sup> Vgl dazu *Weber*, § 50 Abs 2 ZPO – Kostenersatz im Rechtsmittelverfahren bei nachträglichem Wegfall des Rechtsschutzinteresses, RZ 2004, 50f.

<sup>18)</sup> *Fasching* in *Fasching/Konecny* III § 226 Rz 7; *ders* Rz 740; *Bajons* Rz 85 FN 1; *Böhm*, JBl 1974, I; *Hoyer*, ZfRV 1975, 192 (Buchbespr); JBl 1994, 624.

<sup>19)</sup> *Fasching* Rz 742; *Konecny*, Übergreifende Ansprüche in Wettbewerbsverfahren, RdW 1986, 37; JBl 1994, 624.

<sup>20)</sup> AA *Dolinar/Roth* 118; *Dolinar*, Ruhen 52, 87, 170; *Sprung*, JBl 1973, 426 (Entscheidungsanm).

<sup>21)</sup> Näheres bei *Fasching* Rz 742; vgl auch *Matscher*, ZÖR 1980, 21 f; EvBl 1989/60.

<sup>22)</sup> So aber *Dolinar*, Ruhen 118.

<sup>23)</sup> *Ballon*, Klagbarkeit von Ansprüchen, JBl 1978, 10 (17f).

Auch im Fall **konkurrierender Rechtsbehelfe**<sup>24)</sup> sowie bei Missbrauch prozessualer Befugnisse besteht keine gesetzliche Rechtfertigung für die Zurückweisung von Rechtsschutzanträgen mangels Rechtsschutzinteresses. Mit Hilfe der **Kostenregelungen** der ZPO lassen sich hier sachgerechte Lösungen erzielen: Nach § 41 Abs 1 ZPO sind nur die zur **zweckentsprechenden** Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **notwendigen** Kosten zu ersetzen. Dazu kommen noch Vorschriften über Kostenseparation und Kostenstrafe (Näheres bei Rz 491 f).<sup>25)</sup> Diese Lösung entspricht jener der Insolvenzgesetze im Fall der Doppeltitelproblematik (vgl bei Rz 30).

---

<sup>24)</sup> Bei vom Gesetzgeber ungewollter Konkurrenz verneinen hier *Sprung*, Konkurrenz 53 und *Dolinar/Roth* 118 das Rechtsschutzinteresse.

<sup>25)</sup> *Fasching* Rz 742; *Böhm*, JBl 1974, 4.