

Zum rechtlichen Interesse des Nebenintervenienten

Philipp Anzenberger, Graz

Übersicht:

- I. Einleitung und Problemaufriss
- II. Grundlagen
 - A. Allgemeines und herrschende Ansicht
 - B. Zwecke und prozessuale Auswirkungen der Beteiligung Dritter an einem fremden Prozess
- III. Versuch einer Grenzziehung
 - A. Abgrenzung anhand der Entscheidungswirkungen?
 - B. Abgrenzung anhand anderer Parameter?
 - C. Zwischenergebnis: Keine plausible eindimensionale Grenze ersichtlich
- IV. Notwendigkeit von Interessenabwägung und Kategorienbildung
 - A. Zu den Interessenlagen der einzelnen Beteiligten
 - B. Relevante Parameter der Interessenabwägung
- V. Ergebnis

I. Einleitung und Problemaufriss

Die Nebenintervention ist das zentrale Instrument zur Beteiligung Dritter an einem für sie fremden Zivilprozess. Eintrittsticket dafür ist das *rechtliche Interesse am Ausgang des Rechtsstreits* („*rechtliches Interesse daran [...], daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Person obsiege*“; vgl § 17 Abs 1 ZPO), sofern dem Dritten nicht ohnehin durch sondergesetzliche Anordnung eine Beitrittsbefugnis eingeräumt wird (§ 17 Abs 2 ZPO). In Rsp und Lehre hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass sich eine Entscheidung „*unmittelbar oder mittelbar auf die privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des Nebenintervenienten günstig oder ungünstig*“¹⁾ auswirken müsse, um ein rechtliches Interesse zu begründen. Diese Formel lässt allerdings erheblichen Auslegungsspielraum zu und erweist sich insofern – wenig überraschend – immer wieder als

1) 9 Ob 901/90; 2 Ob 548/95; 2 Ob 12/09t; 6 Ob 140/12z; 2 Ob 177/13p; 1 Ob 123/14s; 5 Ob 130/14z; 10 ObS 83/14z; 5 Ob 15/15i; 5 Ob 31/15t; 6 Ob 105/18m; 3 Ob 7/19d; 8 Ob 113/20f; 6 Ob 41/21d; RS0035724; Auer in Höllwerth/Ziehensack, ZPO – Taschenkommentar (2019) § 17 Rz 22; Deixler-Hübner, Die Nebenintervention im Zivilprozeß (1993) 105; Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II¹ (1962) 208 f; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO – Zivilprozessordnung⁵ (2019) § 17 Rz 3; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 405; Schneider in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1³ (2015) § 17 ZPO Rz 1.

problematisch, wenn es darum geht, Grenzfälle überzeugend abzustecken. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Fülle der zu dieser Frage ergangenen Judikatur. So zählt es nach hA etwa zu den Standardfällen des rechtlichen Interesses, wenn einem Dritten infolge des Prozessausgangs *Regressansprüche drohen*.²⁾ Dagegen verneint die Rechtsprechung das rechtliche Interesse des Haftpflichtversicherers am *Prozessausgang seines geschädigten Versicherungsnehmers als Kläger* gegenüber dem beklagten Schädiger,³⁾ obwohl auch in diesem Zusammenhang eine Inanspruchnahme durch die unterstützte Partei im Fall ihres Unterliegens droht. Bei einem *Kündigungsstreit gegen den Hauptmieter*, um ein weiteres Beispiel zu nennen, bejaht die Rsp das rechtliche Interesse des *Untermieters* am Verfahrensausgang,⁴⁾ nicht hingegen beim *Mitbewohner*⁵⁾ und bei *Familienmitgliedern*⁶⁾ des Mieters, obwohl der Räumungstitel auch gegen diese gem § 568 ZPO vollstreckbar ist und diese das Bestandobjekt ebenfalls nicht titellos (sondern prekaristisch oder aufgrund einer Unterhaltsverpflichtung) benützen. Es scheint daher lohnend, die etablierte Formel (unter deren Zugrundelegung in den genannten Fällen eine Nebenintervention wohl zulässig sein müsste) näher zu analysieren.

II. Grundlagen

A. Allgemeines und herrschende Ansicht

Aus der Gesetzessystematik des § 17 ZPO ergibt sich, dass ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei in einem Rechtsstreit (Abs 1) nur dann gesondert geprüft werden muss, wenn sich die Beitrittsbefugnis nicht aus einer sondergesetzlichen Vorschrift ergibt (Abs 2). Dies ist etwa beim Vormann im Gewährleistungsprozess (§ 931 ABGB), beim haftbaren Organ im Amtshaftungsprozess (§ 10 AHG) oder beim Verwalter und weiteren Gläubigern im Drittschuldnerprozess, zu deren Gunsten die eingeklagte Forderung ebenfalls gepfändet ist (§ 310 Abs 2 EO), der Fall.⁷⁾ Nur wenn keine sondergesetzliche Vorschrift einen Beitritt als Nebenintervenient ausdrücklich (gewissermaßen *qua* Legalfiktion des rechtlichen Interesses)⁸⁾ erlaubt, muss der Interventionswerber gem § 17 Abs 1 ZPO ein *rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei in einem anhängigen Rechtsstreit* darlegen.

- 2) Auer in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 17 Rz 26; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 17 Rz 3; Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozeß – Eine systematische Darstellung (1963) 307; Schneider in Fasching/Konecny II/1³ § 17 ZPO Rz 5; 2 Ob 12/09t; 5 Ob 67/10d; 1 Ob 265/11v; RS0106173.
- 3) 8 Ob 226/76; 2 Ob 548/95; dies befürwortend Deixler-Hübner, Nebenintervention 99 (FN 347).
- 4) LGZ Wien MietSlg 55.620.
- 5) LGZ Wien MietSlg 26.468, MietSlg 46.603, MietSlg 48.576, MietSlg 55.621.
- 6) Vgl LGZ Wien MietSlg 36.745 (Ehefrau während aufrechter Ehe, der die Wohnung zur Verfügung gestellt wurde), EFSlg 3221 = MietSlg 15.610 (Sohn des Mieters).
- 7) Vgl etwa Deixler-Hübner, Nebenintervention 77; Schneider in Fasching/Konecny II/1³ § 17 ZPO Rz 24.
- 8) Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 17 Abs 2 ZPO geschaffen, um „zu verhindern, daß die Zulässigkeit der Nebenintervention hinsichtlich derjenigen Personen in Frage gezogen werde, denen ein besonderes [...] Gesetz ausdrücklich gestattet, als Nebenintervenienten aufzutreten“.

Zur Frage, wann ein solches rechtliches Interesse vorliegt, hat sich in Rechtsprechung⁹⁾ und Lehre¹⁰⁾ die bereits eingangs erwähnte *Definition* etabliert: Eine Person habe dann ein rechtliches Interesse iSd § 17 Abs 1 ZPO, wenn die Entscheidung *unmittelbar oder mittelbar auf seine privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse rechtlich günstig oder ungünstig einwirke*. Dabei müsse es sich um ein *in der Rechtsordnung gegründetes und von ihr gebilligtes Interesse* handeln, das über das bloß wirtschaftliche Interesse hinausgehe.¹¹⁾ Es sei bei der Überprüfung des rechtlichen Interesses aber *kein strenger Maßstab* anzulegen, sondern hinreichend, wenn der Rechtsstreit die *Rechtssphäre des Nebenintervenienten berühre*.¹²⁾ Dies sei dann der Fall, „*wenn sich durch das Obsiegen der Hauptpartei die Rechtslage des Beitretenden verbessert oder durch deren Unterliegen verschlechtert*“.¹³⁾

Im Schrifttum hat sich insb *Deixler-Hübner* ausführlich mit der Frage des rechtlichen Interesses eines Dritten befasst und schlägt in diesem Zusammenhang eine *Fallgruppeneinteilung* vor:¹⁴⁾ Sie unterscheidet zwischen unmittelbaren und mittelbaren Urteilswirkungen, wobei sie die „klassischen Urteilswirkungen“ (konkret listet sie die materielle Rechtskraft, die Rechtsgestaltungswirkung und die Tatbestandswirkung auf)¹⁵⁾ in die von ihr geschaffene Gruppe der „*unmittelbaren Urteilswirkungen*“ einordnet. Eine *mittelbare Urteilswirkung* liege demgegenüber dann vor, wenn das Urteil zwar nicht selbst tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Änderung der rechtlichen Verhältnisse Dritter sei, aber zumindest „*eine solche tatbestandsmäßige Voraussetzung indiziert, indem entweder die Partei selbst, andere Personen, oder eine Behörde auf die materiell-rechtlichen oder prozeßrechtlichen Verhältnisse des Nebenintervenienten Einfluß nehmen*“.¹⁶⁾ Das könne dann der Fall sein, wenn das Urteil jemanden dazu verhalte, die *materiell-rechtlichen Verhältnisse* (etwa wenn eine der Parteien sich für den Fall eines Prozesssieges dazu verpflichtet, eine Leistung an den Dritten zu erbringen) oder die *prozessrechtlichen Verhältnisse* (etwa wenn es eine der Parteien „*dazu verhält, den Dritten zu klagen*“)¹⁷⁾ eines Dritten zu verändern. Gleiches gelte, wenn die Existenz des Urteils den Ausschlag dafür gebe, dass in einem *behördlichen Verfahren* des Dritten eine bestimmte Entscheidung ergehe.¹⁸⁾

- 9) 9 Ob 901/90; 2 Ob 548/95; 2 Ob 12/09t; 6 Ob 140/12z; 2 Ob 177/13p; 1 Ob 123/14s; 5 Ob 130/14z; 10 ObS 83/14z; 5 Ob 15/15i; 5 Ob 31/15t; 6 Ob 105/18m; 3 Ob 7/19d; 8 Ob 113/20f; 6 Ob 41/21d; RS0035724.
- 10) So schon *Fasching* II¹ 208 f; s auch *Auer in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 17 Rz 22; *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 105; *Fucik in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 17 Rz 3; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 405; *Schneider in Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 1.
- 11) 9 Ob 901/90; 2 Ob 548/95; 2 Ob 12/09t; 6 Ob 140/12z; 1 Ob 123/14s; 5 Ob 130/14z; 10 ObS 83/14z; 5 Ob 15/15i; 5 Ob 31/15t; 6 Ob 105/18m; 3 Ob 7/19d; 8 Ob 113/20f; 6 Ob 41/21d; 7 Ob 92/21m; RS0035724.
- 12) 2 Ob 12/09t; 10 ObS 183/10z; 1 Ob 265/11v; 6 Ob 219/12t; 5 Ob 130/14z; 5 Ob 31/15t; 6 Ob 88/17k; 6 Ob 105/18m; 7 Ob 7/19h; 8 ObA 50/20s; 6 Ob 41/21d; 7 Ob 92/21m; RS0035638.
- 13) Siehe etwa 1 Ob 265/11v; 6 Ob 88/17k; 8 ObA 50/20s.
- 14) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 89 ff.
- 15) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 95.
- 16) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 95.
- 17) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 96; die Autorin führt hier als Beispiel den beklagten Werkunternehmer an, der seinem Zulieferer die Klagserhebung für den Fall des Prozessverlusts androht (also im Wesentlichen Regressfälle).
- 18) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 96.

B. Zwecke und prozessuale Auswirkungen der Beteiligung Dritter an einem fremden Prozess

Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, kurz auf die rechtspolitischen Zwecke und praktischen Auswirkungen der Nebenintervention einzugehen (die seit der E 1 Ob 2123/96d einen erheblichen „Spin“ erfahren haben). Zumindest die *Gesetzesmaterialien* sind bezüglich der Zwecke der Nebenintervention wenig aufschlussreich: Demnach ist die Nebenintervention die „*Beteiligung an einem fremden Rechtsstreite, der den Intervenienten nur indirect, durch die eventuelle Rückwirkung des ergehenden Urtheiles auf die eigene Rechtssphäre berührt*“.¹⁹⁾ Wenn die Materialien ausführen, dass das Gericht „*in Ausübung seiner Proceßleitungspflicht selbstverständlich dafür zu sorgen [... hat], daß durch die Intervention das Proceßverfahren nicht verzögert und die Sachverhaltsermittlung und Feststellung nicht erschwert und behindert werde*“;²⁰⁾ zeigt das zwar ein gewisses Problembewusstsein in Bezug auf Verfahrensökonomie und Waffengleichheit. Gesamt gesehen schien der historische Gesetzgeber die Nebenintervention aber eher als unproblematisch zu erachten: „*Die Zulassung einer Nebenintervention schadet an sich den Parteien nach keiner Richtung*“.²¹⁾

Hilfreiche Hinweise auf die *Zielsetzungen der Nebenintervention* finden sich (wenn schon nicht in den Gesetzesmaterialien) aber an zahlreichen Stellen in Schrifttum und Rechtsprechung: Ausgangspunkt dieses (bereits im römischen Recht bekannten)²²⁾ Rechtsinstituts ist im Wesentlichen die Überlegung, dass das dem Zivilprozess inhärente Zweiparteiensystem nicht alle Konstellationen des „*zivilrechtlichen Beziehungsgefüges*“ befriedigend handhaben kann. Insb dort, wo – ausgehend von einem einheitlichen Lebenssachverhalt – die miteinander verflochtenen *Rechtsbeziehungen mehrerer Personen* aufgearbeitet werden müssen, bewirkt ein striktes Zweiparteiensystem nicht nur, dass sich die Klärung der einzelnen Rechtsverhältnisse langwierig gestaltet, sondern birgt auch ein erhebliches Risiko einander widersprechender Entscheidungen.²³⁾ Beteiligungsmöglichkeiten Dritter können insoweit die *Prozessökonomie* und die *Rechtseinheitlichkeit bzw Rechtssicherheit* fördern.²⁴⁾ Dies betrifft seit ihrer „Etablierung“ im österr Prozessrecht²⁵⁾ insb auch die *Absicherung der Zielsetzungen der Interventionswirkung*, wie dies etwa von *Häsemeyer* für das dt Recht umfassend herausgearbeitet wurde.²⁶⁾ Demnach soll durch die Interventionswirkung die Alternativität gleichwertiger Rechtsver-

19) Materialien I 202.

20) Materialien I 203.

21) Materialien I 203.

22) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 1 ff.

23) Vgl dazu im dt Schrifttum *Weth* in *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz¹⁸ (2021) § 66 Rz 1; *Schultes* in *Rauscher/Krüger*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen I⁶ (2020) § 66 Rz 1.

24) *Weth* in *Musielak/Voit*, ZPO¹⁸ § 66 Rz 1; *Schultes* in *MüKoZPO* I⁶ § 66 Rz 1; vgl im Kontext mit der Interventionswirkung *Anzenberger/Pochmarski*, Der rechtliche Schulterschluss der Werkunternehmer – Überblick und Praxisprobleme zu Streitverkündung und Nebenintervention im Bauprozess, in *FS Karasek* (2018) 47 (48).

25) Mit der E 1 Ob 2123/96d *ecolex* 1997, 422 (*Oberhammer*) = *JBl* 1997, 611 (*Klicka*); dazu auch ausführlich *Trenker*, Interventionswirkung bei Streitverkündung und Nebenintervention, *ÖJZ* 2015, 103 (103 ff).

26) *Häsemeyer*, Die Interventionswirkung im Zivilprozeß – prozessuale Sicherung materiellrechtlicher Alternativverhältnisse, *ZZP* 1971, 179 (182 ff).

hältnisse zwischen mehreren Personen für den Fall aufrechterhalten werden, dass es darüber zu einem Prozess kommt: Denn divergierende Tatsachenfeststellungen in verschiedenen Prozessen sind insb in jenen Konstellationen unbefriedigend, in welchen die streitgegenständlichen Rechte und Rechtsverhältnisse eine gleichgerichtete Alternativität (wenn also etwa ein Recht gegen den einen oder anderen von zwei möglichen Prozessgegnern zusteht) oder eine kompensierende Alternativität (etwa wenn – wie bei den Fällen eines Regressanspruchs – eine Schadloshaltung bei einem Dritten möglich ist, sofern das streitgegenständliche Recht tatsächlich besteht) aufweisen.²⁷⁾ Weiters mag es in gewissen Konstellationen geboten sein, einem Dritten die Beteiligung an einem Rechtsstreit zu ermöglichen, wenn sich die dort in Aussicht gestellte Entscheidung *direkt auf seine Rechtssphäre* auswirkt. Über die Möglichkeit, das Prozessergebnis zu seinen Gunsten zu beeinflussen, kann insoweit auch das rechtliche Gehör des Dritten abgesichert werden.²⁸⁾ Schließlich mag man auch die Option einer „echten“ *Unterstützung der Hauptpartei* als weiteren Zweck der Nebenintervention verstehen (vgl für einen solchen Fall etwa § 7q BEinstG).²⁹⁾

Diesen sehr einleuchtenden Vorzügen stehen aber auch gewisse *Nachteile* gegenüber: Während das Rechtsinstitut der Nebenintervention Folgeprozesse vereinfachen oder überhaupt vermeiden kann, bewirkt die Beiziehung von Nebenintervenienten in vielen Fällen eine *Verzögerung und Verteuerung des Ausgangsprozesses*: Der offensichtlichste Faktor sind hier die möglichen Anwaltskosten der Nebenintervenienten, aber auch zeitliche Verzögerungen der Verhandlung (durch die Möglichkeit der Erstattung von Vorbringen und Beweisanboten, durch die Ausübung von Fragerechten, etc) oder die Verkomplizierung der Urteilsabfassung sind praktisch realistische Szenarien. Dazu kommt (aufgrund der in Österreich geltenden Kostenregeln, wonach die unterliegende Partei auch die Kosten der gegnerischen Nebenintervenienten zu tragen hat [vgl § 41 Abs 1 ZPO]), dass durch den Beitritt von Nebenintervenienten das *Prozesskostenrisiko der Parteien* teils erheblich *verzerrt* wird. Dieser Umstand „sägt“ nicht nur am Grundsatz der Waffengleichheit, sondern stellt – auf die Spitze getrieben – auch eine gewisse Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs dar: Wer etwa in einem Baumängelprozess damit rechnen muss, nicht nur die Prozesskosten des Gegners, sondern allenfalls auch die Kosten zahlreicher Nebenintervenienten tragen zu müssen, wird uU eher geneigt sein, gänzlich von einer Prozessführung abzusehen. Und schließlich ist mit dem Recht auf Beitritt als Nebenintervenient auch das (sensible) Recht auf Akteneinsicht verbunden (das es – wiederum bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses – aber freilich auch abseits der Nebenintervention gibt; vgl § 219 Abs 2 ZPO), was in einem gewissen Spannungsverhältnis zu *datenschutzrechtlichen Überlegungen* steht. Wenn der historische Gesetzgeber also davon ausgeht, dass die Zulassung der Nebenintervention „*an sich den Parteien nach keiner Richtung*“³⁰⁾ schadet, so kann diese Einschätzung (zumindest aus heutiger Sicht) nicht geteilt werden.

27) Häsemeyer, ZJP 1971, 184 f.

28) Weth in Musielak/Voit, ZPO¹⁸ § 66 Rz 1; Schultes in MüKoZPO I⁶ § 66 Rz 1.

29) Kritisch dazu Pollak, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes I² (1930) 124, wonach die Worte „zur Unterstützung derjenigen Partei“ in § 19 ZPO „*inhaltlos*“ seien; vgl für das dt Recht Schultes in MüKoZPO I⁶ § 66 Rz 1.

30) Materialien I 203.

Herauszustreichen ist in diesem Zusammenhang schließlich noch der folgende Umstand: Während die genannten *Vorzüge* im Wesentlichen der *unterstützten Partei*, dem *Nebenintervenienten* sowie allenfalls der *Allgemeinheit* (die ein Interesse an einer schnellen und effizienten Zivilrechtspflege hat) zugutekommen, treffen die *Nachteile* (Verzögerung und Verteuerung des Ausgangsstreits, erhöhtes Kostenrisiko) typischerweise den *Gegner der unterstützten Partei*, zumal die Kosten der Nebenintervention im Fall des Obsiegens der unterstützten Partei von deren Gegner getragen werden müssen³¹⁾ (die Verzögerung des Ausgangsverfahrens trifft hingegen beide Parteien des Ausgangsverfahrens gleichermaßen). Dies wird zu bedenken sein, wenn man eine sachgerechte Abgrenzung des Kreises an einem fremden Prozess potenziell beziehbaren Personen vornehmen möchte (vgl. Abschnitt IV).

III. Versuch einer Grenzziehung

A. Abgrenzung anhand der Entscheidungswirkungen?

1. Zu den „unmittelbaren Einwirkungen“ der Entscheidung

Die in Rechtsprechung und Schrifttum verwendete Formel zur Ermittlung des rechtlichen Interesses stellt darauf ab, ob die *Entscheidung mittelbar oder unmittelbar* auf die rechtlichen Verhältnisse des Dritten *einwirkt*.³²⁾ Es ist daher zu überprüfen, ob das rechtliche Interesse *anhand der Entscheidungswirkungen* auf die Rechtssphäre des Dritten konkretisiert werden kann.

Bezüglich des in der Formel enthaltenen Tatbestandsmerkmals der „*unmittelbaren Einwirkung*“ wäre die Annahme naheliegend, dass eine solche immer dann gegeben ist, wenn die Entscheidung *auch für den Dritten Entscheidungswirkungen entfaltet*.³³⁾ Diese Sichtweise wirkt *prima facie* zumindest für die Fälle der *Rechtskrafterstreckung*³⁴⁾ und der *Vollstreckbarkeit gegen Dritte*³⁵⁾ überzeugend. So können etwa gewisse, gegen den Bestandnehmer erwirkte Entscheidungen gem § 568 ZPO auch gegen den Afterbestandnehmer vollstreckt werden; dies gilt in analoger Anwendung dieser Bestimmung auch für Mitbewohner, Familienmitglieder und Haushaltsangehörige.³⁶⁾ Auch hinsichtlich der *Gestaltung* von Rechten oder Rechts-

31) 9 Ob 201/98v; 9 ObA 43/01s.

32) 9 Ob 901/90; 2 Ob 548/95; 2 Ob 12/09t; 6 Ob 140/12z; 2 Ob 177/13p; 1 Ob 123/14s; 5 Ob 130/14z; 10 ObS 83/14z; 5 Ob 15/15i; 5 Ob 31/15t; 6 Ob 105/18m; 3 Ob 7/19d; 8 Ob 113/20f; 6 Ob 41/21d; RS0035724; *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 105; *Fasching* II³ 208 f; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 17 Rz 3; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 405; *Schneider* in *Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 1.

33) So etwa *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 89 ff; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 307; *Pollak*, System I² 126; für den Fall der Rechtskrafterstreckung vertritt *Schneider* (in *Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 1), dass das rechtliche Interesse gar nicht geprüft werden müsse, sondern sich bereits aus dem Umstand der Rechtskrafterstreckung ergebe.

34) Siehe *Schneider* in *Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 3 (wobei aus ihrer Sicht in diesen Fällen ein rechtliches Interesse gar nicht gesondert geprüft werden müsse, sondern sich aus dem Umstand der Rechtskrafterstreckung ergebe); vgl zu § 197 AktG etwa *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz III⁶ (2019) § 197 Rz 30.

35) *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 307; *Pollak*, System I² 126.

36) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 2151; *Frauenberger* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 568 Rz 1; *Iby* in *Fasching/Konecny* IV/1³ (2019) § 568 ZPO Rz 13.

verhältnissen (auch) Dritter scheint dies plausibel. Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die Rechtsprechung nicht einmal in allen Fällen unmittelbarer Entscheidungswirkungen das Bestehen eines rechtlichen Interesses annimmt: So soll das Interesse des *Mitbewohners* des gekündigten Mieters kein rechtliches, sondern allenfalls ein wirtschaftliches Interesse darstellen,³⁷⁾ obwohl der Übergabeauftrag auch gegen diesen direkt vollstreckbar ist und die Entscheidung damit unmittelbare Wirkungen gegen den Mitbewohner entfaltet. Auch bei *Familienmitgliedern des Hauptmieters* verneint die Rechtsprechung ein rechtliches Interesse (trotz direkter Vollstreckbarkeit);³⁸⁾ anderes soll hingegen bei der *geschiedenen Gattin* gelten, die einen Antrag auf Zuweisung der Ehewohnung gestellt hat.³⁹⁾ Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass die genannten Personen das Bestandobjekt iAR nicht titellos, sondern typischerweise aufgrund eines Unterhaltsanspruchs (Familienmitglieder), eines Dienstverhältnisses (Haushaltsangehörige) oder allenfalls prekäristisch (Mitbewohner) benützen. Gemessen an der von ihr verwendeten Formel zur Ausmessung des rechtlichen Interesses scheint die Rechtsprechung hier also inkonsequent zu sein. Gleichwohl ist einzuräumen, dass die Zulässigkeit der Nebenintervention jedes einzelnen im Bestandobjekt lebenden Familienmitglieds, Haushaltsangehörigen und Mitbewohners den Prozess in manchen Fällen wohl erheblich belasten würde. All dies nährt den *Verdacht*, dass die *Entscheidungswirkungen für sich allein genommen uU kein hinreichendes Abgrenzungskriterium* zur Beurteilung des rechtlichen Interesses am Ausgang des Rechtsstreits darstellen.

Diese Vermutung erhärtet sich bei einem Blick auf die *Tatbestandswirkung* (so wie allenfalls auf die „Reflexwirkung“⁴⁰⁾ von Entscheidungen, deren Entfaltung – das ist gedankliche Voraussetzung⁴¹⁾ für die weiteren Überlegungen – nicht zwangsläufig die Gewährung rechtlichen Gehörs für den Dritten erfordert.⁴²⁾ Zwei konkrete Beispiele sollen hier den Blick auf die Problematik schärfen: Im verfahrensrechtlichen Schrifttum wird als Lehrbuchfall für eine Tatbestandswirkung häufig die *Haftung des Ausfallsbürgen* (und in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 1355 ABGB) genannt.⁴³⁾ Nun stellt § 1355 ABGB selbst zwar nicht auf die Existenz einer gerichtlichen Entscheidung, sondern auf die „*gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung*“ ab, wobei unter gerichtlicher Einmahnung die Klags-erhebung (und eben nicht die Fällung eines Urteils) verstanden wird.⁴⁴⁾ Allerdings

37) LGZ Wien MietSlg 26.468, MietSlg 46.603, MietSlg 48.576, MietSlg 55.621.

38) LGZ Wien MietSlg 36.745 (Ehefrau während aufrechter Ehe, der die Wohnung zur Verfügung gestellt wurde), EFSlg 3221 = MietSlg 15.610 (Sohn des Mieters).

39) LGZ Wien MietSlg 48.577.

40) Zur Kategorie der Reflexwirkung und ihrer Abgrenzung zur Tatbestandswirkung s ausführlich *Schneider*, Bürgschaft, Rechtskraft und materiellrechtliche Nebenwirkungen (2019) 176 ff.

41) Denn wenn die Entfaltung von Tatbestands- oder Reflexwirkung die Gewährung von rechtllichem Gehör eines Dritten erforderte, dann wäre der Beitritt als Nebenintervenient (und damit das Vorliegen eines rechtlichen Interesses) *Voraussetzung und nicht* – wie hier überprüft werden soll – *Konsequenz* dieser Urteilswirkungen.

42) *Schneider*, Bürgschaft 163; vgl auch *Musger*, Verfahrensrechtliche Bindungswirkungen und Art 6 MRK, JBl 1991, 420 (425 f).

43) Etwa von *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1565; *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/2³ (2018) § 411 ZPO Rz 171; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 390 Rz 37.

44) Siehe *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB⁶ (2020) § 1355 Rz 1; *Faber* in *Schwimann/Kodek*, ABGB – Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1355

ist § 1355 ABGB eine dispositive Norm,⁴⁵⁾ sodass als haftungsauslösender Tatbestand durchaus auch die erfolglose Exekutionsführung (sog „Ausfallsbürge“)⁴⁶⁾ oder aber auch die Existenz eines rechtskräftigen, den Hauptschuldner verurteilenden Leistungsurteils vereinbart werden könnte. Die Rechtsprechung differenziert bei der Frage, ob dem Bürgen ein rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits des Hauptschuldners zukommt, richtigerweise nicht zwischen den Arten der Bürgschaft („gewöhnlicher“ Bürgen, Bürgen und Zahler, Ausfallsbürge):⁴⁷⁾ Denn nimmt man bereits beim „gewöhnlichen“ Bürgen (wo im Erstprozess lediglich ein Tatbestandsmerkmal des Anspruchs, nämlich das Bestehen der Hauptforderung, verhandelt wird) das Vorliegen eines rechtlichen Interesses am Ergebnis des Rechtsstreits an, so dürfte dies wohl auch in jenen Fällen gelten, in denen die Verurteilung des Hauptschuldners als echtes Tatbestandsmerkmal der Bürgschaftsverpflichtung vereinbart wird (*Tatbestandswirkung*). Ein rechtliches Interesse des Ausfallsbürgen wird auch im Schrifttum nicht ernsthaft bestritten und steht zudem im Einklang mit den zuvor dargestellten Zwecken des Rechtsinstituts der Nebenintervention. Dies gilt umso mehr, wenn man mit *Schneider* von einer *Reflexwirkung* des abweisenden Urteils im Prozess gegen den Hauptschuldner zugunsten des Bürgen ausgeht.⁴⁸⁾ Ob daraus abgeleitet werden kann, dass die Entfaltung einer Tatbestandswirkung immer auch ein rechtliches Interesse am Verfahrensergebnis bewirkt, ist mit Blick auf folgendes Beispiel aber dennoch zweifelhaft: Die Parteien können vertraglich *jede beliebige Rechtsfolge an die Existenz einer gerichtlichen Entscheidung* (allenfalls: an einen konkreten Entscheidungsinhalt) knüpfen. *Deixler-Hübner* nennt hier – wie schon erwähnt – das Beispiel der Aussetzung einer Schenkung des Y an den X für den Fall, dass A im Rechtsstreit gegen B obsiegt;⁴⁹⁾ als Fälle des Rechtsalltags ließen sich hier etwa *Rechtsschutzversicherungs- oder Prozesskostenfinanzierungsverträge* nennen, die typischerweise Rechtsfolgen (etwa die Übernahme von Prozesskosten) an einen konkreten Prozessausgang knüpfen. Gerade an diesem Beispiel zeigt sich allerdings ganz deutlich das Missbrauchspotenzial der Annahme, eine Tatbestandswirkung würde automatisch ein rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits bewirken (worauf auch *Deixler-Hübner* hinweist):⁵⁰⁾ Könnte über jegliche vertragliche Anknüpfung an ein Verfahrensergebnis ein rechtliches Interesse iSd § 17 Abs 1 ZPO begründet werden, so müssten sich die Parteien des Verfahrens mit einer Verteuerung und Verlangsamung des Prozesses sowie mit dem Zugang völlig fremder Personen (in *Deixler-Hübners* Beispiel wurde der Schenkungsvertrag ja nicht einmal zwischen einer Prozesspartei und einem Dritten, sondern zwischen einem Dritten und einem Vierten geschlossen) zu den Prozessakten abfinden. Ein solches Ergebnis scheint allerdings nicht sachgerecht.

Als *erstes Zwischenfazit* kann verzeichnet werden: Nicht einmal bei *unmittelbaren Entscheidungswirkungen* nehmen Lehre und Rechtsprechung – entgegen der allgemein akzeptierten Formel – das Bestehen eines rechtlichen Interesses Dritter

Rz 2; *Gamerith in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2002) § 1355 Rz 2; vgl 7 Ob 664/90.

45) *P. Bydliński in KBB*, ABGB⁶ § 1355 Rz 2; *Gamerith in Rummel*, Kommentar³ § 1355 ABGB Rz 4; *Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1,04} (ab 2010) § 1355 Rz 5.

46) *Vgl Faber in Schwimann/Kodek*, ABGB VI⁴ § 1355 Rz 3.

47) Etwa 2 Ob 12/09t; RS0106173.

48) *Vgl Schneider*, Bürgschaft 189 ff.

49) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 100.

50) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 101.

am Verfahrensausgang an. Sollte sich dieser Befund auch bezüglich der „mittelbaren Urteilwirkungen“ bestätigen, so wäre es wohl notwendig, andere (oder zusätzliche) Parameter zu definieren, anhand derer das rechtliche Interesse auszumessen ist.

2. Zu den „mittelbaren Einwirkungen“ des Urteils

Noch schwieriger ist eine konsistente Abgrenzung all jener Sachverhalte, die – iSd gängigen Formel – eine „mittelbare Einwirkung“ der Entscheidung auf die rechtlichen Verhältnisse eines Dritten darstellen könnten. Als Paradebeispiel solcher mittelbarer Einwirkungen werden häufig (drohende) *Regressverhältnisse* genannt, wobei gerade der Fall des § 931 ABGB – weil explizit geregelt – ohnehin aufgrund von § 17 Abs 2 ZPO erfasst ist.⁵¹⁾ Nach stRsp hat etwa ein Solidarschuldner im Rechtsstreit des Gläubigers gegen den anderen Solidarschuldner oder ein Wechselregresspflichtiger im Rechtsstreit gegen Aussteller, Wechselbürgen, Indossanten oder Ehrenzahler ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei.⁵²⁾ Allerdings werden in einem solchen Erstprozess typischerweise bloß *Vorfragen für einen Regressprozess* geklärt, zumal das Bestehen des Hauptschuldverhältnisses ein *Tatbestandsmerkmal* des Regressanspruchs darstellt. Außerdem wird – auf diesen Umstand wird im Schrifttum wiederholt hingewiesen⁵³⁾ – die Partei des Erstverfahrens *zu einem Verhalten verurteilt*, das *Auswirkungen* auf die Rechtsverhältnisse des Dritten hat (etwa zu einer Leistung, die einen Regressanspruch auslöst). Dass es – zumindest gemessen an der Rechtsprechung – auf diese beiden Merkmale nicht ausschließlich ankommen kann, zeigt sich an folgenden beiden Beispielen:

- So wurde etwa das rechtliche Interesse eines *Haftpflichtversicherers* am Prozess *seines geschädigten Versicherungsnehmers als Kläger* gegenüber dem beklagten Schädiger verneint,⁵⁴⁾ obwohl das Bestehen des (dort prozessgegenständlichen) Schadenersatzanspruchs jedenfalls Tatbestandsmerkmal des Regressanspruchs des Versicherers gegen den Schädiger ist. Auch würde die Zahlung durch den Schädiger insoweit auf die materiellen Verhältnisse des Versicherungsnehmers einwirken, als der Anspruch des Versicherten gegen die Versicherung durch Begleichung des Schadenersatzanspruchs durch den Schädiger erlischt.
- Ein rechtliches Interesse wurde von der Rechtsprechung auch dann verneint, wenn in einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsprozess dem Beklagten die *Vornahme einer Handlung verboten* werden soll, zu der er *gegenüber einem Dritten vertraglich verpflichtet* ist.⁵⁵⁾ Dies ist aber freilich der Inbegriff der Verurteilung zu einem Verhalten (konkret zu einer Unterlassung), das Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse eines Dritten hat. Wird das Unterlassungsurteil nämlich befolgt, so stehen dem Vertragspartner typischerweise Ansprüche auf Vertragseinhaltung sowie auf Zahlung von Schadenersatz zu.

51) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 95 ff; *Schneider in Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 5.

52) 10 Ob 2403/96x; 2 Ob 12/09t; 8 Ob 2/14y; RS0106173.

53) *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 95 ff.

54) 8 Ob 226/76.

55) 4 Ob 202/10z.

Nun könnte man andenken, dass sich die „mittelbare Einwirkung“ überall dort manifestieren muss, wo das Streitgegenständliche materielle Rechtsverhältnis derart ausgestaltet ist, dass es eine *gleichgerichtete oder kompensierende Alternativität*⁵⁶⁾ aufweist, sodass eine Interventionswirkung zur Absicherung des materiellen Rechts notwendig ist. Wenn etwa bei einem Versicherungsfall der eingetretene Schaden entweder einem früheren oder einem späteren Versicherungsverhältnis zuzurechnen ist,⁵⁷⁾ dann wirkt sich – so ließe sich argumentieren – die Entscheidung im Verfahren zwischen dem Geschädigten und der Erstversicherung auf die Zweitversicherung insofern mittelbar (positiv oder negativ) aus, als sie je nach Prozessausgang annehmen muss, vom Versicherten in Anspruch genommen zu werden. Aber auch dieser Aspekt scheint als (alleinige) Grenzlinie letztlich untauglich zu sein, weil damit auch jegliche *vertraglichen Anknüpfungen* an Rechte und Rechtsverhältnisse, die in einem anderen Verfahren Streitgegenständlich sein können, ein rechtliches Interesse begründen würden: Wer seiner neuen Lebensgefährtin monatliche Zahlungen für den Fall verspricht, „dass Dein ‚Ex‘ Dir keinen Unterhalt zahlen muss“, könnte sich auf diese Weise ein rechtliches Interesse am Ausgang des laufenden Unterhaltsprozesses der Lebensgefährtin verschaffen. Die mit der Bejahung eines rechtlichen Interesses in Fällen solcher Vertragskonstruktionen einhergehenden Problemstellungen wurden bereits erwähnt.⁵⁸⁾

Der „Streifzug“ durch Probleme des Tatbestandsmerkmals „mittelbare Einwirkung“ einer Entscheidung auf die Rechtssphäre Dritter ließe sich weiter fortsetzen. Für die notwendigen Schlussfolgerungen ist dies aber nicht erforderlich. Vielmehr zeigen bereits die dargestellten Beispiele zweierlei: *Erstens* ist die *gelebte Praxis*, gemessen an der allgemein anerkannten Formel zur Beurteilung des rechtlichen Interesses, als *inkohärent* zu bezeichnen, was für sich genommen bereits problematisch ist. Dass dies unvermeidlich immer wieder zu Streitfragen führen muss, zeigt sich an der Fülle der zu diesem Problem ergangenen Rechtsprechung. *Zweitens* lässt sich zumindest auf den ersten Blick *entlang der Entscheidungswirkungen keine überzeugende Grenzlinie des rechtlichen Interesses* ausmachen: Einerseits scheint es sogar Fälle unmittelbarer Entscheidungswirkungen zu geben, in denen eine Befugnis zum Beitritt als Nebenintervenient eher abzulehnen wäre (Mitbewohner oder im Bestandobjekt lebende Familienangehörige im Räumungsprozess des Hauptmieters), weil eine ungehinderte Beitrittsmöglichkeit zur Überfrachtung des Prozesses führen würde. Darüber hinaus gibt es zahlreiche Konstellationen „mittelbarer Urteilswirkungen“, die zwar mit den unbestrittenen Fällen eines rechtlichen Interesses (etwa drohenden Regressansprüchen) weitgehend vergleichbar sind, hinsichtlich derer eine Zulassung der Nebenintervention aber zu nahezu willkürlichen Beitrittsmöglichkeiten führen würde. Damit kann als *zweites Zwischenfazit* verzeichnet werden: Die *Kategorie „unmittelbare oder mittelbare Einwirkungen der Entscheidung“* ist – für sich genommen – kein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung des rechtlichen Interesses am Prozessausgang und erweist sich somit als unzulänglich für die Beurteilung der Zulässigkeit der Nebenintervention. Es soll daher im Folgenden untersucht werden, ob uU andere Parameter zu einer plausiblen Grenzziehung herangezogen werden können.

56) Vgl zu diesen Kategorien *Häsemeyer*, ZJP 1971, 184 f.

57) Siehe zu diesem Beispiel *Häsemeyer*, ZJP 1971, 185.

58) Siehe Abschnitt III.A.1.

B. Abgrenzung anhand anderer Parameter?

Bei der Untersuchung, ob eine überzeugende Abgrenzung auf andere Weise gelingen könnte, stellt sich zunächst die Frage, welche Parameter hierfür abstrakt geeignet wären. Als *Anhaltspunkte* dafür können einerseits jene *Gesetzesbestimmungen* herangezogen werden, in welchen die Berechtigung zur *Nebenintervention ausdrücklich vorgesehen* ist (vgl § 17 Abs 2 ZPO), zumal aus der sondergesetzlichen Normierung zu schließen ist, dass in diesen Fällen typischerweise auch ein rechtliches Interesse am Prozessausgang vorliegt.⁵⁹⁾ Hilfreich könnte außerdem ein Blick auf die bereits dargestellten *Zwecke der Nebenintervention* sein.

Zunächst könnte eine *Grenzziehung anhand der Rechtsbeziehungen des Dritten zu den Streitparteien* gezogen werden. Dass die bereits erwähnte⁶⁰⁾ *Alternativität des materiellen Rechtsverhältnisses* zu den Zielsetzungen der Interventionswirkung zählt und damit in vielen Fällen ein rechtliches Interesse begründen muss, wurde ebenso dargelegt, wie der Umstand, dass es hierauf alleine wohl nicht ankommen kann: Denn einerseits können auch mithilfe dieses Kriteriums nicht alle Fallkonstellationen befriedigend erklärt werden (etwa die Beitrittsbefugnis des österreichischen Behindertenbeirats gem § 7q BEinstG). Umgekehrt würde aber auch ein alleiniges Abstellen auf diesen Parameter aufgrund der einfachen Möglichkeit der vertraglichen „Herbeiführung“ eines rechtlichen Interesses potenziell zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Aus gutem Grund hält *Häsemeyer* daher fest, dass es sich verbiete, „das rechtliche Interesse allein im Blick auf die Interventionswirkung zu bestimmen“.⁶¹⁾ Auch sonstige Aspekte der gegenständlichen materiellen Rechtsbeziehungen scheinen keine plausible eindimensionale Grenzziehung zuzulassen: Wenig plausibel wäre etwa die Unterscheidung zwischen *vertraglichen und gesetzlichen Rechtsbeziehungen*. Denn zahlreiche, im Ergebnis zu befürwortende Standardfälle des rechtlichen Interesses gem § 17 Abs 1 ZPO – etwa Bürgschaftsverhältnisse⁶²⁾ oder ein drohender Rückgriff nach Gewährleistung (§ 931 ABGB) – beruhen auf vertraglichen Rechtsbeziehungen einer Partei zum Dritten. Bei anderen ebenso unstrittigen Konstellationen – etwa im Fall des Regressanspruchs eines Sozialversicherungsträgers⁶³⁾ – handelt es sich demgegenüber um gesetzliche Rechtsbeziehungen. Umgekehrt sollte wohl weder jede vertragliche noch jede gesetzliche Rechtsbeziehung zu einer Prozesspartei („Wette auf das Prozessergebnis“; „unterhaltsberechtigtes Kind im Bestandsobjekt“) notwendigerweise ein rechtliches Interesse am Prozessausgang bewirken. Auch auf die *Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Rechtsbeziehung* des Dritten zur Prozesspartei kann es nicht ankommen: Während Rückgriffsrechte bei Gewährleistung (§ 931 ABGB) iaR auf entgeltlichen Rechtsbeziehungen beruhen, stellen sich Bürgen dem Hauptschuldner typischerweise unentgeltlich zur Seite. Auch eine Unterscheidung in weitere Kategorien der Rechtsbeziehungen der Parteien zum Dritten (sei es in Ziel- oder Dauerschuldverhältnisse; in gewissen Rechtsbereichen [etwa Familienrecht, Gesellschaftsrecht] entspringende Rechtsverhältnisse, etc) scheint zu *keiner*

59) Vgl Materialien I 203, wo der Gesetzgeber klarstellt, dass er mit dieser Bestimmung bloß verhindern wollte, dass hinsichtlich der bereits normierten Beitrittsbefugnisse in Frage gezogen werde, ob die Nebenintervention weiterhin zulässig sei.

60) Vgl Abschnitt III.A.2.

61) *Häsemeyer*, ZJP 1971, 191.

62) 10 Ob 2403/96x; RS0106173.

63) 2 Ob 12/09t.

kohärenten (linearen) *Grenzziehung* zu führen. Dieser erste Gedanke ist daher zu verwerfen.

Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, die Grenze des rechtlichen Interesses anhand der *Schutzwürdigkeit des Dritten* (sowie allenfalls: der *Schutzwürdigkeit der unterstützten Prozesspartei*) festzumachen: Für diese Hypothese ließe sich zunächst anführen, dass einem Dritten jedenfalls bei Entscheidungen, die unmittelbar in seine Rechte eingreifen, gewisse prozessuale Schutzmöglichkeiten zukommen müssen. Als Belege dafür lassen sich etwa die Bestimmung des § 42 Abs 5 GmbHG (zumal gem Abs 6 *leg cit* das die Nichtigkeit erklärende Urteil für und gegen sämtliche Gesellschafter wirkt) oder die Rechtsprechung nennen, wonach im Fall der Rechtskrafterstreckung gem § 28 KHVG ein rechtliches Interesse des Haftpflichtversicherers besteht.⁶⁴⁾ Unklar wäre – gemessen an der Rechtsprechung – dagegen, warum zwar der Untermieter, nicht aber Familienangehörige des (Haupt-)Mieters schutzwürdig sein und damit ein rechtliches Interesse am Prozessausgang im Räumungsprozess gegen den Hauptmieter haben sollen.⁶⁵⁾ Ganz generell könnte auch gefragt werden, worin etwa die Schutzwürdigkeit des Schuldners eines drohenden Regressanspruchs bestehen soll: Zunächst hat dieser keinen Anspruch darauf, dass sich der Gläubiger der Hauptschuld überhaupt prozessual zur Wehr setzt; vielmehr könnte dieser die Forderung auch einfach begleichen und dann den Regressschuldner in Anspruch nehmen, ohne dass letzterer darauf Einfluss nehmen kann. Aber selbst bei prozessualer Verfolgung des Hauptanspruchs besteht wohl gerade bei materieller Berechtigung desselben gerade keine Schutzwürdigkeit des Dritten, die zu einer Teilnahmemöglichkeit am Prozess führen muss. Vielmehr sind es in solchen Fallkonstellationen eher Schutzwürdigkeitserwägungen zugunsten des in Anspruch genommenen Hauptschuldners, der – etwa in Fällen des § 931 ABGB – zwar als Mittelsmann „materiell-rechtlich“ zwischengeschaltet ist, den Anspruch aber durch die Möglichkeit der Beteiligung des Dritten leichter abwehren und (aufgrund der Interventionswirkung) auch einfacher auf den eigentlichen Verursacher abwälzen können soll. Es zeigt sich also, dass *Schutzwürdigkeitserwägungen* zwar eine gewisse Rolle bei der Frage des rechtlichen Interesses spielen dürften, diese aber ebenfalls *nicht eo ipso zu einer Bejahung oder Verneinung des rechtlichen Interesses führen können*.

Schließlich ließe sich – mit Blick auf die Zwecke des Rechtsinstituts der Nebenintervention – auch andedenken, eine *Grenzlinie mit Blick auf die Auswirkungen auf Prozessökonomie und Rechtssicherheit* zu ziehen. Dieser Gedanke wird durch die Überlegung genährt, dass zu den Standardkonstellationen eines rechtlichen Interesses (abseits der Fälle einer unmittelbaren Betroffenheit des Dritten) drohende Regressansprüche und damit Fälle zählen, in denen bei Obsiegen der Gegenpartei eine weitere Anspruchsdurchsetzung zumindest abstrakt wahrscheinlich ist. Dies ließe sich nicht zuletzt durch die Bestimmungen des § 931 ABGB oder des § 10 AHG belegen, die auf Konstellationen abzielen, in denen der unterstützten Partei im Fall des Unterliegens typischerweise Ansprüche gegen den Dritten erwachsen. Nun mag diese Überlegung an sich zwar ansprechend sein, allerdings wäre wiederum kaum ersichtlich, wo genau die *Grenze der Notwendigkeit einer Beiziehung des Dritten zu Zwecken der Prozessökonomie* verlaufen soll. Denn bereits in all jenen Fällen der (zuvor untersuchten) „unmittelbaren Entscheidungswirkungen“ – also etwa

64) Etwa 2 Ob 548/95.

65) Vgl dazu schon Abschnitt I.

dann, wenn der Streitgegenstand des Erstprozesses ein *Tatbestandsmerkmal eines* (potenziellen) *Anspruchs* zwischen einer der Prozessparteien und einem Dritten darstellt, aber auch dann, wenn das Urteil die Partei des Hauptverfahrens zu *einem Verhalten verurteilen könnte, das Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse des Dritten* hat – sind Folgeverfahren zumindest abstrakt denkbar. Eine Beteiligung des Dritten im Erstprozess wäre daher uU mit Prozessökonomie- und Rechtssicherheits-erwägungen rechtfertigbar. Dass ein solches Verständnis des rechtlichen Interesses zu weit ginge, wurde bereits zuvor dargelegt.⁶⁶⁾ Käme dem Wunsch nach mehr Prozessökonomie und Rechtssicherheit bei der Ermittlung des rechtlichen Interesses zentrale Bedeutung zu, müsste die Grenzlinie im Übrigen wohl noch viel weiter gesteckt werden: Denn sogar dann, wenn „bloß“ derselbe Lebenssachverhalt im Erstprozess geklärt werden soll, müsste unter diesem Gesichtspunkt ein rechtliches Interesse des Dritten bejaht werden; dies wird von der Rechtsprechung aber aus guten Gründen verneint.⁶⁷⁾ Auch hierin, so scheint es, kann daher für sich allein kein geeignetes Abgrenzungskriterium erblickt werden.

C. Zwischenergebnis: Keine plausible eindimensionale Grenze ersichtlich

Eine Grenzziehung des rechtlichen Interesses nach § 17 Abs 1 ZPO anhand der *Wirkungen der Entscheidung* auf einen Dritten erscheint bei genauerer Betrachtung also nicht überzeugend, obwohl dies aufgrund der gängigen, in Rechtsprechung und Lehre verwendeten Formel nahelegt wird. Auch die Suche nach *sonstigen möglichen Grenzlinien* – etwa unter Bezugnahme auf die Art der Rechtsbeziehungen des Dritten zu den Streitparteien, die Schutzwürdigkeit des Dritten oder der unterstützten Partei oder die Prozessökonomie und Rechtssicherheit – fördert keine plausiblen Ergebnisse zutage. Eine *eindimensionale Abgrenzung* des rechtlichen Interesses am Prozessausgang iSd § 17 Abs 1 ZPO bietet also offenbar *keine zufriedenstellenden Lösungen*. Dies lässt aber nur einen Schluss zu: Das rechtliche Interesse iSd § 17 Abs 1 ZPO ist anhand *multipler Parameter* zu beurteilen, in denen sich die Interessen der verschiedenen beteiligten Personen – das sind die unterstützte Partei, die Gegenpartei, der Dritte sowie allenfalls die Gesellschaft als Ganzes – *widerspiegeln*. Dies muss über eine multilaterale *Interessenabwägung* im Rahmen eines „*beweglichen Systems*“ erfolgen, die – zumal hier aus Rechtssicherheitserwägungen eine gewisse Abstraktionsebene notwendig ist – wohl in eine *Kategorienbildung* münden sollte. Im Folgenden soll daher der Versuch unternommen werden, das Instrumentarium für diese Interessenabwägung zu entwickeln.

IV. Notwendigkeit von Interessenabwägung und Kategorienbildung

A. Zu den Interessenlagen der einzelnen Beteiligten

Bevor versucht werden kann, die relevanten Parameter einer Interessenabwägung herauszuarbeiten, scheint es notwendig, zunächst die Interessenlagen der einzelnen Beteiligten zu skizzieren. Ein *weit überwiegendes Interesse am Beitritt*

66) Siehe Abschnitt III.A.1.

67) 3 Ob 211/10 (kein rechtliches Interesse bei bloßem Interesse am Erzielen bestimmter Beweisergebnisse); 6 Ob 41/21d immozak 2021/48 (*Anzenberger*) (kein rechtliches Interesse zur Erwirkung vorteilhafter Tatsachenfeststellungen); vgl auch *Schneider* in *Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 6.

hat in den meisten Fällen die *unterstützte Partei*: Sie erhält ohne jegliches Kostenrisiko⁶⁸⁾ einen *Streithelfer* mit durchaus umfassenden Befugnissen (vgl § 19 Abs 1 ZPO). Außerdem kann sie sich aufgrund der *Interventionswirkung des Urteils*⁶⁹⁾ wohl in vielen Fällen einen Regressprozess ersparen oder einen solchen zumindest günstiger (und oft auch leichter zu gewinnen) machen. Zudem bannt die Interventionswirkung in diesen Konstellationen die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, was wiederum für die unterstützte Partei von Vorteil ist (weil sie im Fall eines Prozessverlusts im Erstverfahren nicht riskiert, in den dort festgestellten Punkten in einem späteren Regressprozess zu unterliegen). Hinzu kommt eine für die unterstützte Hauptpartei günstige *Verzerrung des Kostenrisikos*, weil die unterstützte Partei im Fall ihres Unterliegens nur mit ihren eigenen Kosten,⁷⁰⁾ ihr Gegner im Fall seines Unterliegens aber auch mit den Kosten der Nebenintervenienten belastet ist (vgl § 41 Abs 1 ZPO). Diese Kostenrisikoasymmetrie bewirkt im Übrigen auch eine *Verschiebung der Verhandlungsmasse* bei gerichtlichen Vergleichsverhandlungen: Wer sich einer Gegenpartei samt zehn Nebenintervenienten gegenüber sieht, wird eher geneigt sein, in einen (allenfalls auch ungünstigen) gerichtlichen Vergleich einzuwilligen, wenn der Prozesserfolg zweifelhaft ist. Diese enormen Vorzüge dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Beitritt eines Nebenintervenienten auch für die unterstützte Hauptpartei ein *zweischneidiges Schwert* darstellen kann (was sich schon darin zeigt, dass auch die unterstützte Hauptpartei gem § 18 Abs 2 ZPO einen Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention stellen kann): Die mögliche Verzögerung des Erstprozesses kann für die Hauptpartei ebenso unangenehm sein wie die Tatsache, dass der Nebenintervenient über § 219 ZPO⁷¹⁾ Zugang zu den Prozessakten erhält. Und schließlich kann es durchaus vorkommen, dass Nebenintervenienten – gerade im Hinblick auf bereits absehbare Regressprozesse – ihre eigenen (nicht zwangsläufig mit jenen der unterstützten Hauptpartei deckungsgleichen) Interessen verfolgen:⁷²⁾ So können Nebenintervenienten versuchen, etwa über gezielte Tatsachenvorbringen oder Fragestellungen an Zeugen oder Sachverständige, das Gericht in die Richtung von für sie (aber nicht die Hauptpartei) günstige Tatsachenfeststellungen zu lenken oder allenfalls auch für sie (aber nicht die Hauptpartei) ungünstige Tatsachenfeststellungen abzuwenden. In einer Gesamtabwägung zieht die unterstützte Hauptpartei aber iA *erhebliche Vorteile aus dem Streitbeitritt*.

Dem stehen die Interessen des *Gegners der unterstützten Partei* gegenüber: Er zieht keinerlei Nutzen aus der Unterstützung der Hauptpartei und der Vereinfachung der Verhinderung von Folgeprozessen, muss aber im Gegenzug eine *Verzögerung und Verteuerung* des Verfahrens in Kauf nehmen. Auch die zuvor erwähnte *Verzerrung des Kostenrisikos* geht zu seinen Lasten. Und schließlich ist auch hier

68) Denn die Nebenintervenienten haben ihre Kosten im Fall des Unterliegens der unterstützten Hauptpartei selbst zu tragen; vgl 9 Ob 201/98v; 9 ObA 43/01s.

69) Vgl *Schneider in Fasching/Konecny II/1*³ § 21 ZPO Rz 26 f; *Schneider*, Zur notwendigen Einschränkung der Interventionswirkung, ÖJZ 2017, 537 (537 ff); *Trenker*, ÖJZ 2015, 103 ff.

70) Die Nebenintervenienten tragen ihre Kosten im Fall des Unterliegens der unterstützten Hauptpartei nämlich selbst; vgl 9 Ob 201/98v; 9 ObA 43/01s.

71) Zur Akteneinsicht des Nebenintervenienten s *Rassi in Fasching/Konecny II/3*³ (2015) § 219 ZPO Rz 30 ff.

72) Darauf weisen schon *Petschek/Stagel* (Zivilprozeß 306) hin.

wiederum der potenziell unerwünschte Zugang des Dritten zu den Prozessakten zu erwähnen.

Die Beurteilung der *Interessen des beitrtrittswilligen Dritten* fällt *nicht ganz eindeutig* aus und hängt wohl noch stärker vom Einzelfall ab, als dies bei den Verfahrensparteien der Fall ist. Soweit die Entscheidung direkt in die Rechte des Dritten eingreift, ist eine Möglichkeit der Verfahrensteilnahme des Dritten bereits zur Wahrnehmung seines *rechtlichen Gehörs* vorteilhaft, allenfalls sogar notwendig. Auch liegt es typischerweise in seinem Interesse, „seiner“ Hauptpartei zum Prozesssieg zu verhelfen, sei es, weil er auf diese Weise das Entstehen von *Ansprüchen gegen ihn* (mittelbar) *abwehren* kann oder weil er etwa (wie zum Beispiel der Österreichische Behindertenbeirat in Verfahren nach dem BEinstG; vgl § 7q BEinstG) einen *gesamtgesellschaftlichen Auftrag* zur Unterstützung der Partei hat. Allerdings birgt die Teilnahme am Verfahren für den Dritten ein nicht unerhebliches *Kostenrisiko*, das er aufgrund der Interventionswirkung jedoch auf sich nehmen muss, weil ihm andernfalls in späteren Folgeverfahren potenziell relevante Tatsachenvorbringen oder Beweisanbote verwehrt sind.⁷³⁾ Dennoch dürfte die Möglichkeit des Dritten, bereits im Erstverfahren (im Optimalfall: endgültig) einzugreifen, in vielen Fällen kostengünstiger sein, als dies in einem späteren eigenen Verfahren zu tun. Die Bewertung der Teilnahmemöglichkeit für den Dritten hängt daher stark von den Umständen des Einzelfalls ab und lässt sich insofern nur schwer pauschal vornehmen.

Schließlich sind bei der vorzunehmenden Interessenabwägung auch *gesamtgesellschaftliche Interessen* zu berücksichtigen: Diese bestehen unter anderem in einer zügigen und kostengünstigen Zivilrechtspflege, weshalb es generell auch im Allgemeininteresse liegt, das Zweiparteiensystem in mehrpersonalen Sachverhalten um das Rechtsinstitut der Nebenintervention auszuweiten. Dies kann allerdings auch aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive nicht unbeschränkt zulässig sein: Denn die Vereinfachung oder gar Verhinderung von „Folgeverfahren“ wird um den nun schon mehrfach erwähnten Preis einer Verzögerung des Erstverfahrens und einer Verzerrung des Kostenrisikos (und den damit einhergehenden Missbrauchsgefahren) erkaufte. Die Zugangshürde für den Prozessbeitritt eines Dritten muss daher auch aus gesamtgesellschaftlicher Sicht so ausgestaltet sein, dass die genannten Gefahren minimiert und die Nebenintervention auf jene Fälle beschränkt bleibt, in denen die Notwendigkeit der Förderung der Prozessökonomie und Rechtseinheitlichkeit so evident ist, dass die aufgezählten Risiken in Kauf zu nehmen sind.

B. Relevante Parameter der Interessenabwägung

Nach Klärung der einzelnen Interessenlagen kann nun versucht werden, die *wichtigsten Parameter der erforderlichen Interessenabwägung* herauszuarbeiten. Diese lassen sich im Wesentlichen aus den Grundsätzen des Prozessrechts (wie dem Recht auf rechtliches Gehör oder dem Grundsatz der Waffengleichheit), den Zwecken der Nebenintervention und der Interventionswirkung sowie den aus diesem Rechtsinstitut entspringenden Missbrauchsgefahren ableiten. Im Übrigen ist es denkbar, dass in gewissen Fallkonstellationen neben den in weiterer Folge aufgelisteten Einflusskategorien auch andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen

73) Dazu ausführlich Anzenberger/Pochmarski, JBl 2018, 615 f.

sind. Mit der folgenden Auflistung soll und kann im Rahmen dieser Untersuchung insoweit kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden.

Als erster relevanter Parameter ist die *Härte des Eingriffs* der in Aussicht genommenen *Entscheidung in die Rechte des Dritten* zu nennen (*Schutz des Dritten*). „Unmittelbare Eingriffe“ sind dabei tendenziell als härter zu klassifizieren als bloß „mittelbare Eingriffe“ (vgl. zu diesen Begriffen Abschnitt III.A.); dennoch muss nicht jeder unmittelbare Eingriff („Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils gegen Familienmitglieder“)⁷⁴⁾ notwendig zu einer Bejahung des rechtlichen Interesses führen, wenn andere der im Weiteren darzustellenden Parameter ein gegenteiliges Ergebnis nahelegen. In die Beurteilung der Härte des Eingriffs der Entscheidung hat auch die *Schutzwürdigkeit des Dritten* einzufließen: So ist etwa das rechtliche Interesse eines Aktionärs in einem Anfechtungsprozess nach § 197 AktG zu bejahen,⁷⁵⁾ in einem rein vermögensrechtlichen Prozess der AG hingegen zu verneinen,⁷⁶⁾ obwohl in beiden Fällen im Ergebnis uU „nur“ die Höhe der Dividendenansprüche des Aktionärs auf dem Spiel steht. Denn der Aktionär hat sich mit dem Aktienkauf grundsätzlich mit der Vermögensverwaltung durch die Organe der AG einverstanden erklärt; ist aufgrund dieser Vermögensverwaltung ein Prozess notwendig, so ist seine Schutzwürdigkeit als sehr niedrig einzustufen. Anderes gilt hingegen, wenn die Spielregeln der Vermögensverwaltung selbst verletzt worden sein könnten (§§ 195 ff AktG). Hier ist eine deutlich höhere Schutzwürdigkeit des Aktionärs anzunehmen. Wurde das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und der Prozesspartei gar in kollusiver Absicht konstruiert (um etwa dem Prozess als Nebenintervenient beitreten zu können), so besteht überhaupt keine Schutzwürdigkeit des Dritten.

Ein zweiter Parameter, der in die Interessenabwägung einzufließen hat, ist der *Gewinn an Rechtssicherheit und Prozessökonomie* (dies dient insb dem Schutz des Unterstützten, dem Schutz des Dritten und den Rechtspflegeinteressen der Allgemeinheit) durch die Nebenintervention. Einen solchen Gewinn gibt es typischerweise bei mehrpersonalen Rechtsverhältnissen oder „Rechtsverhältnisketten“, in denen gewisse Ansprüche an dahinterliegende Personen „weitergereicht“ werden können, wie etwa im Regressverhältnis „Käufer – Händler – Hersteller“ bei Gewährleistungsansprüchen. Hier gibt es zahlreiche Schattierungen, die im Ergebnis durchaus zu unterschiedlichen Beurteilungen des rechtlichen Interesses führen können: So ist der Gewinn an Rechtssicherheit und Prozessökonomie etwa weniger stark ausgeprägt, wenn das Urteil des Erstprozesses Tatbestandswirkung für Ansprüche zwischen einer Prozesspartei und einem Dritten entfaltet (etwa bei einer Wette auf den Prozessausgang oder einem Prozesskostenfinanzierungsvertrag), als wenn in beiden Prozessen dieselben Tatbestandsmerkmale überprüft werden müssen (wie etwa in gewissen Regressprozessen) oder wenn der Streitgegenstand des Erstprozesses eine Vorfrage eines möglichen Folgeprozesses darstellt. Denn die Frage, ob ein Urteil mit einem gewissen Inhalt existiert oder nicht, ist auf Tatsachenebene typischerweise selten strittig oder kann zumindest sehr leicht bewiesen werden. Ein weiterer, im Rahmen dieses Parameters zu berücksichtigender Aspekt ist die abstrakte Klagewahrscheinlichkeit für den Fall des

74) Vgl. LGZ Wien MietSlg 36.745 (Ehefrau während aufrechter Ehe, der die Wohnung zur Verfügung gestellt wurde), EFSlg 3221 = MietSlg 15.610 (Sohn des Mieters).

75) Etwa *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG III⁶ § 197 Rz 30.

76) *Schneider* in *Fasching/Konecny* II/1³ § 17 ZPO Rz 7; 6 Ob 201/09s.

Prozessverlusts der unterstützten Partei: Während diese im Fall von Regressansprüchen wohl grundsätzlich zu bejahen ist, lassen sich auf diese Weise etwa prekaristische Rechtsverhältnisse zwischen Prozesspartei und Drittem aussieben, bei denen sich die Belastung des Erstprozesses mit einem Gewinn an Rechtssicherheit und Prozessökonomie schlicht nicht rechtfertigen lässt. Damit kann plötzlich plausibel erklärt werden, warum (trotz anfänglicher Zweifel) der Untermieter, nicht hingegen der prekaristisch nutzende Mitbewohner ein rechtliches Interesse am Ausgang des Räumungsverfahrens gegen den Hauptmieter bzw Mieter haben soll. Auch die Wette auf den Prozessausgang kann – zumindest gemessen an diesem Parameter – kein rechtliches Interesse des Dritten begründen, weil diese (sofern die Wettschuld nicht ausnahmsweise erlegt wurde) gem § 1271 S 2 ABGB eine Naturalobligation darstellt und die Nebenintervention insoweit faktisch keinen Gewinn an Rechtssicherheit und Prozessökonomie bewirken würde, weil Folgeprozesse nicht zu erwarten oder jedenfalls aussichtslos sind. Auf die konkrete Klagswahrscheinlichkeit kann es aus Rechtssicherheitserwägungen (sonst müsste die Beurteilung des rechtlichen Interesses immer anhand des Einzelfalls erfolgen) hingegen nicht ankommen. Die Androhung der prozessualen Inanspruchnahme begründet daher kein rechtliches Interesse.⁷⁷⁾

Als dritter Parameter ist die *idealtypische Verschränkung der Rechtsverhältnisse* der beteiligten Personen zu berücksichtigen (dies dient dem *Schutz der Gegenpartei* sowie allenfalls auch der *unterstützten Partei*). Gemeint ist damit, dass nicht alle „Mehrpersonensachverhalte“ der Natur der Sache nach zusammenhängen. Je loser dieser Zusammenhang ist (oder je „künstlicher“ er hergestellt wurde; etwa im Fall einer Rechtsschutzversicherung, die mit dem eigentlichen Anspruch auf Tatsachenebene nichts zu tun hat), desto weniger lassen sich in einer fairen Prozessrechtssystematik die prozessualen Nachteile für die Gegenpartei rechtfertigen. Dieser Parameter soll bis zu einem gewissen Grad die *Zumutbarkeit der Nebenintervention für die Gegenpartei* (sowie allenfalls auch für die unterstützte Partei, die wie zuvor erwähnt ebenfalls nicht notwendigerweise ein Interesse am Beitritt des Nebenintervenienten haben muss) widerspiegeln; man könnte das auch als „*Adäquanz des Prozessrechtsverhältnisses*“ zum Dritten bezeichnen. Einige Beispiele sollen diese Gedanken erhellen: Wer als Käufer von einem Händler ein (ganz offenkundig nicht von diesem produziertes) Produkt erwirbt, muss damit rechnen, dass der Hersteller einem allfälligen Gewährleistungsstreit als Nebenintervenient beitrifft; es handelt sich hier um einen üblichen Lebenssachverhalt und es ist hier von einer idealtypischen Verschränkung der Rechtsverhältnisse auszugehen. Versprechen hingegen 20 Familienmitglieder des Händlers (ohne das Wissen des Käufers), diesem im Fall des Prozessverlusts jeweils einen Betrag von 1000 Euro zu schenken, dann muss dem zwar nicht zwangsläufig eine prozessuale Missbrauchsabsicht zugrunde liegen; dennoch stellt sich die Frage, ob dem Käufer zugemutet werden kann und soll, den von ihm angestregten Prozess gegen den Händler mit den genannten 20 Familienmitgliedern belastet zu sehen. Von einer „idealtypischen Verschränkung des Rechtsverhältnisses“ kann grundsätzlich auch dann nicht ausgegangen werden, wenn das mit dem Verfahrensgegenstand zusammenhängende Rechtsverhältnis des Dritten nicht gegenüber einer der Prozessparteien, sondern gegenüber einem Vierten besteht (etwa wie im eingangs erwähnten Fall

77) Vgl dazu die E 7 Ob 32/16f.

der auf ein fremdes Prozessergebnis ausgesetzten Schenkung). Auch hier sind die Beitritte des Dritten und des Vierten den Prozessparteien iaR nicht zumutbar.

V. Ergebnis

Damit gelangt man zu folgendem *Endergebnis*: Die gängige Formel zur Überprüfung des rechtlichen Interesses am Prozessausgang iSd § 17 Abs 1 ZPO bereitet in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten, zumal sie – konsequent gelebt – in zahlreichen Fällen zu Ergebnissen führen würde, die mit der stRsp schwer vereinbar sind. Die Untersuchung hat gezeigt, dass weder diese Formel noch andere „eindimensionale“ Abgrenzungskriterien geeignet sind, die Vielzahl an denkbaren Konstellationen und Interessenlagen befriedigend abzubilden. Zur Beurteilung des rechtlichen Interesses iSd § 17 Abs 1 ZPO hat vielmehr eine *Interessenabwägung* stattzufinden, in welche neben den Interessen des Dritten auch jene der Prozessparteien sowie die der Allgemeinheit einfließen müssen. Als relevante Parameter kommen dafür insb die *Härte des Eingriffs* der in Aussicht genommenen Entscheidung in die Sphäre des Dritten, der *Gewinn an Rechtssicherheit und Prozessökonomie* sowie die *idealtypische Nähe der Rechtsverhältnisse* der beteiligten Personen in Frage, die sich aus den Grundsätzen des Prozessrechts, den Zwecken der Nebenintervention und der Interventionswirkung sowie den aus diesem Rechtsinstitut entspringenden Missbrauchsgefahren ergeben. Auf diese Weise lassen sich zahlreiche Fallkonstellationen, die mithilfe der herrschend verwendeten Formel kaum befriedigend zu lösen waren, überzeugend in den Griff bekommen. Zudem kann unter Zugrundelegung dieser Sichtweise eine Reihe von Entscheidungen plausibel erklärt werden, die unter Heranziehung der herkömmlichen Formel eher willkürlich anmuten.

Gedanken verfassungsrechtlicher Natur zur Zulässigkeit des Rechtswegs

Oskar J. Ballon, Mondsee

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Verfassungsrechtliche Aspekte im Einzelnen
 - A. Art 82 B-VG, ordentliche Gerichtsbarkeit
 - B. Art 83 Abs 2 B-VG, gesetzlicher Richter
 - C. Art 94 B-VG, Gewaltenteilung
 - D. Art 18 B-VG, Legalitätsgrundsatz, Bestimmtheitsgebot
 - E. Art 130 B-VG, Zuständigkeit/Kompetenz der Verwaltungsgerichte
 - F. Art 137 B-VG, Rechtsweg zum VfGH bei vermögensrechtlichen Ansprüchen
 - G. Art 57 B-VG, parlamentarische Immunität
- III. Schlussbemerkung

I. Einleitung

1) Für die Wahl des Themas waren die nachstehenden Überlegungen ausschlaggebend:

Vor nunmehr zehn Jahren wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl I 2012/51) verabschiedet, die dann 2014 in Kraft getreten ist. Diese Novelle berührt auch die ordentliche Gerichtsbarkeit und damit den Problemkreis der Zulässigkeit des Rechtswegs.

Zudem hat der Jubilar als Alleinherausgeber der 3. Auflage des „Fasching-Kommentars“ den Autor bei der Bearbeitung eines Teils dieses großen Werks – nämlich der Gerichtsorganisation – und bei doch etlichen Entscheidungsbesprechungen in den ÖJZ hervorragend und freundschaftlich betreut und ist ihm immer hilfreich zur Seite gestanden, sodass ich mich aufrichtig freue, ihm mit dem vorliegenden Beitrag ein kleines Dankeschön aussprechen zu können.

2) Bei den Verfahrensgesetzen, insb der JN und der ZPO handelt es sich um einen Normenkomplex, der nach bestimmten Ordnungs- und Sinnprinzipien aufgebaut ist. Die Rechtsvorschriften zeigen sich in einem System, das die Bedeutung der auszulegenden Norm in einem größeren Zusammenhang erkennen lässt,¹⁾ wobei in diesem Rahmen weitere Überlegungen wie etwa teleologischer Natur hinzutreten können. Auch die historische Sicht kann idZ durchaus hilfreich sein, macht sie doch bspw die darin zum Ausdruck kommende Zurückdrängung des

1) *Konecny in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I³ (2013) Einl Rz 92.

Parteieninflusses auf das Zivilverfahren deutlich.²⁾ Die Parteien können nur dort Einfluss auf den Prozess nehmen, wo dies ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist – etwa bei der Prorogation im Zuständigkeitsbereich, nicht aber bei im Vorhinein abgeschlossenen Rechtsschutzverzichtsverträgen (*pactum de non petendo*)³⁾ oder bei der Rechtswegszulässigkeit.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 hat zu einer Neuordnung der Gerichtsorganisation geführt und auch etliche nachfolgende gesetzliche Regelungen wie etwa Änderungen des EpidemieG lassen in manchen Bereichen eine Betrachtung des angesprochenen Themas in neuem Licht angebracht erscheinen.

3) Die Zulässigkeit des Rechtswegs wird im Wesentlichen beschrieben als die Zugehörigkeit einer Rechtssache zur ordentlichen streitigen Zivilgerichtsbarkeit.⁴⁾

Der Autor dieses Beitrags hat den Begriff der Zulässigkeit des Rechtswegs weiter gefasst und darunter ganz allgemein die Zugehörigkeit einer Rechtssache zum Kompetenzbereich einer bestimmten Behörde und zu einem bestimmten Verfahrenstyp verstanden.⁵⁾

In jüngerer Zeit wurde eine einschränkende, terminologische Klarstellung vorgenommen; danach gibt es nur mehr zwei Arten des Rechtswegs, nämlich Rechtsweg im Verhältnis Gerichtsbarkeit zur Verwaltung und Rechtsweg im Verhältnis ordentliche Gerichte zu Sondergerichten.⁶⁾

Zusätzlich werden manche Probleme vom Gesetzgeber oder von Lehre und Rechtsprechung als Fragen der Zulässigkeit des Rechtswegs behandelt wie bspw die Immunität von Abgeordneten oder die Geltendmachung von vorprozessualen Kosten.⁷⁾

II. Verfassungsrechtliche Aspekte im Einzelnen

A. Art 82 B-VG, *ordentliche Gerichtsbarkeit*

Im Gegensatz zur ursprünglichen Fassung („Gerichtsbarkeit“) spricht das B-VG idF der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nunmehr ausdrücklich von der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Die Änderung sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers lediglich der terminologischen Klarstellung und der Ab-

2) *Rassi*, JBl 2021, 345 (Buchbesprechung).

3) *Konecny* in *Fasching/Konecny* I³ Einl Rz 61 und II/1 (2015) Einl Rz 116/1; aM *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 556, 571.

4) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 97; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 239; *Buchegger/Markowetz*, Grundriss des Zivilprozessrechts² (2019) 7, 115; *Sengstschmid* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO Taschenkommentar (2019) § 1 JN Rz 16; RS0124348; s auch *Ballon* in *Fasching/Konecny* I³ § 1 JN Rz 68 und *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar zur ZPO⁵ (2019) Vor § 1 JN Rz 1.

5) *Ballon*, Zulässigkeit des Rechtswegs (1980) 159; *ders.*, Der Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht, ZJP 1985, 409 (456); *ders.* in *Fasching/Konecny* I³ § 1 JN Rz 68/1; *ders.* in *Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider*, Einführung in das Zivilprozessrecht¹³ (2018) Rz 51.

6) *Mayr*, Die Zulässigkeit des streitigen beziehungsweise des außerstreitigen Verfahrens, in FS *Rechberger* (2005) 363; *ders.* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 1 JN Rz 25; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 102, 127, 131; idS auch *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁵ (2014) Rz 28.

7) Siehe *Sengstschmid* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 1 JN Rz 21; *Ballon* in *Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider*, Zivilprozessrecht¹³ Rz 58.

grenzung von den neuen Verwaltungsgerichten dienen,⁸⁾ eine inhaltliche Änderung war damit nicht beabsichtigt.⁹⁾ Die Neufassung hat freilich dazu geführt, dass der verfassungsrechtliche Begriff der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach Art 82 B-VG nun weiter ist als jener einfachgesetzliche der ordentlichen Gerichte gem § 1 JN.¹⁰⁾ Somit liegt nun ein gespaltenen Begriff der ordentlichen Gerichte bzw der ordentlichen Gerichtsbarkeit vor: Ordentliche Gerichte nach Art 82 B-VG sind die ordentlichen Gerichte nach § 1 JN unter Einschluss der Sondergerichte, ordentliche Gerichte nach § 1 JN sind die dort aufgezählten unter Einschluss der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, aber ohne Sondergerichte.¹¹⁾

Dabei wird nicht verkannt, dass die sich dabei ergebenden Fragen vorwiegend theoretischer Natur sind, da die zivilprozessualen Sondergerichte entweder praktisch kaum Bedeutung haben (institutionelle Schiedsgerichte mit Zwangskompetenz) oder sie zwar doch, aber nicht allzu häufig, tätig werden (Rückstellungskommissionen).¹²⁾ Das ändert aber nichts an der neuen Systematik, die eben doch (leider) eine Aufspaltung des Begriffs der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Folge hat.

Da nunmehr im Verwaltungsbereich (zusätzlich zum VwGH und allenfalls zum VfGH) unabhängige Gerichte tätig werden und daher die Verwendung der Begriffe „Rechtsweg“ oder „Gerichtsbarkeit“ zur Beschreibung bzw Bestimmung des Rechtswegs nicht mehr zielführend erscheint, wird im Folgenden unter Bezugnahme auf Art 94 B-VG zur Klarstellung folgende Terminologie verwendet:

(1) Zulässigkeit des Rechtswegs iS von Justizweg = Zugehörigkeit einer Rechtssache zur ordentlichen Gerichtsbarkeit gem Art 82 ff B-VG: Abgrenzung zur Verwaltung (einschl der Verwaltungsgerichte);¹³⁾

(2) Zulässigkeit des Rechtswegs iS von ordentlicher Rechtsweg = Zugehörigkeit einer Rechtssache zur ordentlichen Gerichtsbarkeit gem § 1 JN: Abgrenzung zu den Sondergerichten;^{14), 15)}

8) ErlRV 1618 BlgNR 24. GP 9.

9) *Khakzadeh-Leiler in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 82 B-VG Rz 15.*

10) *Khakzadeh-Leiler in Kneihls/Lienbacher, Kommentar Art 82 B-VG Rz 15.*

11) *Ballon in Fasching/Konecny I*³ § 1 JN Rz 2/2 und 68.

12) Siehe *Ballon in Fasching/Konecny I*³ § 1 JN Rz 33 und 43/1.

13) Nach *Khakzadeh-Leiler in Kneihls/Lienbacher, Kommentar Art 94 B-VG Rz 43*, ist der Begriff Justiz mit ordentlicher Gerichtsbarkeit gleichzusetzen und dient somit der Abgrenzung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (und damit zur Verwaltung); ebenso *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*¹² (2019) Rz 623. Nach *Berka, Verfassungsrecht*⁸ (2021) Rz 390 relativiert hingegen die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung durch die VerwG (und VfGH) die strikte Gewaltentrennung von Justiz und Verwaltung; nach dieser Ansicht ist unter Justiz offenbar ganz allgemein Gerichtsbarkeit zu verstehen. – Auf die Problematik der (weisungsgesunden) Staatsanwaltschaft, die ausdrücklich als Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Art 90a B-VG genannt sind, kann hier nur hingewiesen werden, s *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht*¹¹ (2015) Rz 557; *Berka, Verfassungsrecht*⁸ Rz 816.

14) Ob Schiedsgerichte nach §§ 577 ff ZPO als Sondergerichte anzusehen sind, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet, s dazu *Ballon in Fasching/Konecny I*³ § 1 JN Rz 33 ff; *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁹ Rz 247; *Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht*⁵ Rz 109; *Sengstschmid in Höllwerth/Ziehensack, ZPO* § 1 JN Rz 172.

15) Als historisch interessantes Sondergericht sei das mittlerweile nicht mehr bestehende Stickereigericht erwähnt, dazu *König, Das Stickereigericht in Dornbirn – ein Vorarlberger Unikum der Zivilgerichtsbarkeit*, ZNR 2021, 84.

(3) Wie bisher wird die Zugehörigkeit einer Rechtssache zu einer bestimmten Verfahrensart innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach § 1 JN als Rechtswegsfrage betrachtet (Abgrenzung Zivilverfahren – Strafverfahren, streitiges – außerstreitiges Verfahren, Exekution, Insolvenz);¹⁶⁾

(4) Zulässigkeit des Rechtswegs iS von Verwaltungsweg = Zugehörigkeit einer Rechtssache zur Verwaltung einschließlich der Verwaltungsgerichte, auch dann, wenn der Rechtszug in bestimmten Fällen gem Art 94 Abs 2 B-VG an die ordentlichen Gerichte geht oder die Verwaltungsgerichte ausnahmsweise in erster Instanz entscheiden (etwa in Vergabesachen oder in dienstrechtlichen Streitigkeiten öffentlich Bediensteter nach Art 130 Abs 2 B-VG);¹⁷⁾

(5) Zulässigkeit des Rechtswegs gem Art 137 B-VG = Kausalgerichtsbarkeit des VfGH.¹⁸⁾

B. Art 83 Abs 2 B-VG, gesetzlicher Richter

Die Zulässigkeit des Rechtswegs in all ihren Erscheinungsformen ist auch eines der Instrumente, die den gesetzlichen Richter näher determinieren und bei einer Verletzung entsprechende Sanktionen vorsehen, nämlich die Nichtigkeit des Verfahrens und der Entscheidung im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit.¹⁹⁾ Die Bedeutung der Zulässigkeit des Rechtswegs als wichtigste Erscheinungsform des gesetzlichen Richters gem Art 82 Abs 2 B-VG erhellt auch daraus, dass bei einer Verletzung der Zulässigkeit des Rechtswegs iS von Justizweg die Nichtigkeit durch die Rechtskraft nicht geheilt wird (§ 42 Abs 2 JN); ob diese Bestimmung („den ordentlichen Gerichten entzogen“) als schärfste Sanktion (vor allem) durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit heute noch gerechtfertigt ist, sei dahingestellt.²⁰⁾

C. Art 94 B-VG, Gewaltenteilung

1. Formelle Gewaltenteilung

Nach hM enthält Art 94 B-VG, der inhaltlich das StGG 1867 über die richterliche Gewalt übernommen hat, keine materielle, sondern lediglich eine formalorganisatorische Gewaltentrennung.²¹⁾ Danach gibt es – neben anderem – grundsätzlich keine Verflechtung im Instanzenzug zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit (iS von Justizweg) und Verwaltung bzw sind solche grundsätzlich unzulässig. Aus diesem Grund wurden auch die ursprünglichen Abs 2 und 3 des Art 94 B-VG im Jahr 1929 vom Gesetzgeber ersatzlos aufgehoben. Der hier interessierende Abs 2 hatte folgenden Wortlaut:

„Wenn eine Verwaltungsbehörde über Privatrechtsansprüche zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung Benachteiligten frei, falls nicht im Gesetz anderes bestimmt ist, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtsweg zu suchen“.

16) Siehe aber *Mayr* in FS Rechberger 363.

17) *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht⁶ (2020) Art 130 B-VG Rz 11 und 12.

18) Siehe *Ballon* in *Fasching/Konecny* I³ § 1 JN Rz 68 ff.

19) *Khakzadeh-Leiler* in *Kneiths/Lienbacher*, Kommentar Art § 83 B-VG Rz 40.

20) IdS auch *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 106.

21) Für viele *Berka*, Verfassungsrecht⁸ Rz 391.

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012 wurde ein neuer Abs 2 angefügt, wonach „in einzelnen Angelegenheiten anstelle der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde an die ordentlichen Gerichte vorgesehen werden (kann) ...“. Damit wurde das schon bestehende System der sukzessiven Zuständigkeit/Kompetenz modifiziert und weiter ausgebaut.

Eine wichtige Rolle kommt hier auch dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG zu, worauf später noch einzugehen sein wird.

2. Materielle Gewaltenteilung

In dem hier interessierenden Bereich hat mit dem Inkrafttreten der in Verfassungsrang stehenden EMRK deren Art 6 eine materielle Gewaltenteilung vorgenommen. Diese Bestimmung sieht bekanntlich vor, dass über strafrechtliche Anklagen und zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen unabhängige „Tribunale“ entscheiden müssen; Vergleichbares ordnet Art 47 GRC an.²²⁾

Die mit dem Art 6 EMRK verbundenen Probleme sind trotz des Bestehens der UVS und anderer unabhängiger Verwaltungsbehörden als Kontrollinstanz hinlänglich bekannt und haben schließlich maßgeblich dazu beigetragen, dass nun seit 2014 eine dem europäischen Standard entsprechende Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht. Da die Verwaltungsgerichte den Anforderungen an die tribunale des Art 6 EMRK voll entsprechen, kommt der materiellen Kompetenzverteilung des Art 6 EMRK im Zivilbereich keine Bedeutung mehr zu.²³⁾ Der einfache Gesetzgeber kann nunmehr bürgerliche Rechtssachen auch den weisungsgebundenen Verwaltungsbehörden zuteilen, da auf jeden Fall die Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte oder in einzelnen Fällen durch die ordentlichen Gerichte gem Art 94 Abs 2 B-VG gegeben ist oder allenfalls der VfGH in den Fällen des Art 137 B-VG entscheidet.

Mit der durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und den damit verbundenen ergänzenden Vorschriften geschaffenen neuen Rechtslage ist nunmehr ein verfassungsrechtlich unbedenklicher Zustand wie vor Inkrafttreten der EMRK wiederhergestellt

3. Sukzessive Kompetenz (Zuständigkeit) als Teilaspekt der Rechtswegszulässigkeit

1) Sukzessive Kompetenz bedeutet zunächst, dass die Anrufung der ordentlichen Gerichte erst nach Durchführung eines wie immer ausgestalteten Vorverfahrens zulässig ist. Seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt es nunmehr drei Arten von sukzessiver Kompetenz.

Vorweg sei darauf hingewiesen, dass alle im folgenden genannten Arten der sukzessiven Kompetenz ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein müssen, dass sie nicht im Weg der Auslegung, insb durch einen Analogieschluss, ermittelt werden dürfen,²⁴⁾ und dass sie dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG entsprechen müssen.

22) Berka, Verfassungsrecht⁸ Rz 393.

23) Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² Rz 647; idS auch Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ Rz 50; Berka, Verfassungsrecht⁸ Rz 1582.

24) Für die bisherige Art der sukzessiven Zuständigkeit Julcher/Neumayr, Ein spätes Aufblenden der sukzessiven Zuständigkeit, JAS 2020, 274 und die dort zit hRsp gegen OGH 4 Ob 163/19b.

a) Nach der bisherigen Art der sukzessiven Kompetenz (ieS) muss vor der gerichtlichen Anrufung ein Verwaltungsverfahren durchgeführt werden.²⁵⁾ Die Verwaltungsentscheidung tritt mit Anrufung des Gerichts außer Kraft und über die Rechtssache wird neu verhandelt. (Beispiel: Leistungsstreitverfahren im Sozialversicherungsrecht). Diese Form der sukzessiven Kompetenz hat nicht gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz in seiner ursprünglichen Fassung vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012 verstoßen und steht auch mit Art 6 EMRK in Einklang.²⁶⁾

IdZ sind weiters die in verschiedenen Gesetzen zwingend vorgesehenen Aufforderungsverfahren zu erwähnen (zB § 7 OrgHG).²⁷⁾

Die sofortige Anrufung der Gerichte führt zu einer Klags-/Antragszurückweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs.²⁸⁾

b) Im Lauf der Zeit wurden va aus prozessökonomischen Gründen zur Entlastung der Gerichte in bestimmten Fällen vor der gerichtlichen Geltendmachung zwingend die Befassung von Schlichtungsstellen vorgeschrieben (Beispiele: Streitigkeiten nach § 364 Abs 3 ABGB iVm ZivRÄG 2003;²⁹⁾ Vereinsstreitigkeiten).

In diesen Vorverfahren (Schlichtungsverfahren) erfolgt keine Entscheidung, sondern lediglich ein Lösungsvorschlag.

Auch hier führt die sofortige Anrufung der ordentlichen Gerichte zu einer Zurückweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs;³⁰⁾ wobei idZ von einer temporären Rechtswegsunzulässigkeit gesprochen wird.³¹⁾

Auf einer etwas anderen Ebene liegt der Fall, wenn die Befassung einer Schlichtungsstelle ausdrücklich vereinbart wurde. Wenn die Klage ohne vorheriges Schlichtungsverfahren eingebracht wird, ist sie nach hM wegen fehlender Klagbarkeit bzw Fälligkeit mit Urteil abzuweisen;³²⁾ nach einer jüngst vertretenen Auffassung hingegen ist sie mit Beschluss zurückzuweisen, weil es sich bei Schlichtungsvereinbarungen um einen prozessual wirksamen, dilatorischen Klagsverzicht handelt.³³⁾

c) Die sukzessive Kompetenz nach Art 94 Abs 2 B-VG ermöglicht in bestimmten Fällen die unmittelbare Anfechtung der Verwaltungsentscheidung oder

25) Zur Entwicklung s *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen (1995) 12.

26) StRsp des VfGH E 3687/2019; VfSlg 12073/1989, 10452/1985, 3236/1956; s *Ballon* in *Fasching/Konecny* I³ § 1 JN Rz 13 mwN; *ders*, ZJP 1985, 430; krit *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihs/Lienbacher*, Kommentar Art 94 B-VG Rz 53 mwN; s weiters *Fasching*, Verfassungskonforme Gerichtsorganisation (1988) 15; *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren¹¹ (2020) 7 f.

27) *Sengstschmid* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 1 JN Rz 21.

28) *Ballon* in *Fasching/Konecny* I³ § 1 JN Rz 14 mwN.

29) Siehe 10 Ob 58/14y EvBl 2015/129 und dazu *Klicka*, Eine Rose ist eine Rose ist keine Rose, ÖJZ 2015, 812.

30) Bezüglich der in manchen beruflichen Standesrichtlinien vorgesehenen Schlichtungsverfahren s im Einzelnen *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 1 JN Rz 13; *ders*, Entwicklungen und Probleme bei den Rechtsschutzalternativen, in FS Simotta (2012) 375 (384); *Prankl*, Zur Streitschlichtung zwischen Rechtsanwälten (§ 21 Abs 2 RL-BA 2015) und zu den Rechtsfolgen ihrer Missachtung, AnwBl 2020, 116; zur Schlichtung im Berufssportrecht und im Vereinsrecht s auch *Neumayr*, Mediationsvereinbarungen und ihre Auswirkungen auf die Einleitung von zivilgerichtlichen Verfahren, FS Delle Karth (2013) 685 (694).

31) *Mayr* in FS Simotta 387.

32) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 1220 mwN.

33) *Trenker*, Parteidisposition 569.

von sonstigem Verhalten von Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze³⁴⁾ im Instanzenzug bei den ordentlichen Gerichten (Beispiel: Rechtszug in Disziplinarsachen der Rechtsanwälte an den OGH nach § 46 DSt). Mit Anfechtung der Verwaltungsentscheidung beim ordentlichen Gericht tritt diese nicht automatisch außer Kraft, da ihre Bekämpfung ja im Instanzenzug erfolgt.³⁵⁾

2) Nach aA kennt die neue Rechtslage lediglich zwei Arten von sukzessiver Kompetenz, nämlich die ursprüngliche (als sog sukzessive Zuständigkeit alten Typs bezeichnet) und jene nach Art 94 Abs 2 B-VG (sukzessive Zuständigkeit neuen Typs);³⁶⁾ die obligatorischen Schlichtungsverfahren werden nach dieser Auffassung daher nicht als Fälle der sukzessiven Kompetenz behandelt.

D. Art 18 B-VG, Legalitätsgrundsatz, Bestimmtheitsgebot

1) Zentraler Inhalt des Legalitätsprinzips ist das an den (einfachen) Gesetzgeber gerichtete Gebot, inhaltlich ausreichend determinierte Regelungen zu schaffen.³⁷⁾

2) Art 18 Abs 1 B-VG kommt insb bei der sukzessiven Kompetenz in all ihren Erscheinungsformen zum Tragen.

In § 7 Abs 1a EpidemieG war vorgesehen, dass Bescheide der Gesundheitsbehörden beim BG angefochten werden konnten; es handelte sich insoweit um eine sukzessive Zuständigkeit gem Art 94 Abs 2 B-VG. Mehrere ordentliche Gerichte, darunter der OGH selbst haben im Zuge der derzeitigen Pandemie diese Bestimmung beim VfGH und zwar insb wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots nach Art 18 Abs 1 B-VG angefochten. Völlig zu Recht hat der VfGH die betreffende Regelung aufgehoben und sein Erkenntnis folgendermaßen begründet: Der VfGH vermag angesichts des pauschalen Verweises in § 7 Abs 1a S 2 EpidemieG (...) nicht mit der für die Behördenzuständigkeit erforderlichen Deutlichkeit zu erkennen, worin der Prüfungsgegenstand des Bezirksgerichts und damit dessen Zuständigkeitsumfang genau liegen soll.³⁸⁾

Die Entscheidung setzt damit die bisherige Judikatur fort, wonach die Begründung einer behördlichen Zuständigkeit präzise erfolgen muss, wobei sich der VfGH neben Art 18 Abs 1 B-VG auch auf Art 83 Abs 2 B-VG stützt.³⁹⁾ Zusätzlich hat er seine bisherige Rechtsprechungslinie insofern noch präzisiert, als er den Prüfungsgegenstand des BG und damit dessen Zuständigkeitsumfanges als nicht ausreichend determiniert angesehen hat.

3) Aber nicht nur die Behördenzuständigkeit an sich muss ausreichend determiniert sein; es muss ebenso gewährleistet sein, dass ein von einer polizeilichen Zwangsmaßnahme Betroffener (etwa einer polizeilichen Vorführung) in der Lage ist, objektiv zu erkennen, ob dabei kriminalpolizeiliche (dh strafprozessuale) oder sicherheitspolizeiliche (dh verwaltungspolizeiliche) Befugnisse ausgeübt werden. Davon hängt nämlich ab, welche Behörde für den Rechtsschutz zuständig

34) ErlRV 1618 BlgNR 24. GP 11.

35) Vgl *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihls/Lienbacher*, Kommentar Art 94 B-VG Rz 45; aM *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 36

36) *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihls/Lienbacher*, Kommentar Art 94 B-VG Rz 45.

37) *Muzak*, B-VG⁶ Art 18 Rz 8.

38) VfGH G 380/2020.

39) *Muzak*, B-VG⁶ Art 18 Rz 11 und Art 83 Rz 3.

ist: im ersten Fall die ordentlichen Gerichte als Strafgerichte (§§ 106 ff StPO), im zweiten Fall die Verwaltungsgerichte (§ 88 SPG). Dieser Umstand verstößt gegen das durch Art 83 Abs 2 iVm Art 18 Abs 1 B-VG gewährleistete Recht, weil es dem Rechtssuchenden objektiv verunmöglicht wird, die korrekte Abgrenzung zwischen zwei aus seiner Sicht konkurrierenden Rechtsschutzzuständigkeiten vorzunehmen und er regelmäßig Gefahr läuft, sein Begehren bei der unzuständigen Behörde anhängig zu machen. Bei mehreren in Betracht kommenden Rechtsschutzinstanzen hat die Abgrenzung durch den Gesetzgeber so zu erfolgen, dass sich die Zuständigkeit im konkreten Fall ohne weiteres nach objektiven Kriterien schon aus dem Gesetz selbst ergibt. Der VfGH spricht in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich davon, dass bei Anrufung der falschen Rechtsschutzbehörde die Beschreitung des Rechtswegs vor der anderen Rechtsschutzbehörde idR wegen Ablaufs der Anfechtungsfrist ausgeschlossen sein wird.⁴⁰⁾

E. Art 130 B-VG, Zuständigkeit/Kompetenz der Verwaltungsgerichte

1) Diese Bestimmung enthält die wesentlichsten Kompetenzregelungen der Verwaltungsgerichte im allgemeinen und verweist damit bestimmte Rechtssachen auf den Verwaltungsweg, sofern sie nicht ohnehin schon durch den einfachen Gesetzgeber in erster Instanz an Verwaltungsbehörden und damit im Rechtsmittelzug grundsätzlich an die Verwaltungsgerichte verwiesen sind (und damit gleichsam als Kernaufgabe die Kontrolle der Verwaltung ausüben [Art 130 Abs 1 B-VG]).

So gestattet es Abs 2 zusätzlich, bestimmte Angelegenheiten unabhängig von ihrer Qualifikation als bürgerliche oder öffentlich-rechtliche Rechtssachen durch den einfachen Gesetzgeber unmittelbar an die Verwaltungsgerichte zu verweisen (Ermächtigungsnorm). Macht der einfache Gesetzgeber davon Gebrauch, dann können die zuständigen Verwaltungsgerichte auch als erste Instanz (und nicht nur als Kontrollinstanz) tätig werden.⁴¹⁾ In der Fassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012 betrafen diese ausdrücklich genannten Bereiche das Verhalten einer Verwaltungsbehörde, das Vergabeverfahren und dienstrechtliche Streitigkeiten öffentlich Bediensteter.

2) Durch die Novelle 2019 zum B-VG (BGBl I 2019/14) wurde eine weitere umfassende Ermächtigungsbestimmung eingefügt, der Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte umfassend erweitert und damit der Verwaltungsweg weiter ausgebaut. Die neue Vorschrift des Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG lautet: „Durch Bundes- oder Landesgesetz können sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über ... Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten vorgesehen werden“.

Die neue Bestimmung wird unterschiedlich interpretiert: eine Ansicht billigt ihr einen weiten Spielraum zu, der sowohl eine Ausweitung der Kompetenzen der Verwaltungsgerichte als erste Instanz und somit funktionell als Verwaltungsbehörde für zulässig ansieht und eine Beschränkung nur in Art 92 B-VG erblickt;⁴²⁾ danach dürfen Zugangsbeschränkungen zum OGH nicht zu seiner Aushöhlung oder Ausschaltung führen.⁴³⁾ Eine andere Meinung vertritt eine wesentlich re-

40) VfGH VfSlg 19991/2015.

41) Siehe *Muzak*, B-VG⁶ Art 130 Rz 11 und 12.

42) *Muzak*, B-VG⁶ Art 130 Rz 13; idS auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² Rz 658.

43) Siehe dazu im Einzelnen *Neumayr* in *Kneihs/Lienbacher*, Kommentar Art 92 B-VG Rz 10 und 12 mwN.

striktivere Auffassung, gesteht den Verwaltungsgerichten einen geringeren Kompetenzzuwachs zu und untersucht in diesem Zusammenhang auch einzelne Fälle; insb wird eine Ausweitung des Aufgabenbereichs der Verwaltungsgerichte als erstinstanzliche Verwaltungsbehörde abgelehnt.⁴⁴⁾

Festgehalten werden kann, dass der Verwaltungsweg durch den Verfassungsgesetzgeber weiter ausgebaut bzw die Möglichkeit dazu eröffnet wurde.

F. Art 137 B-VG, Rechtsweg zum VfGH bei vermögensrechtlichen Ansprüchen

Art 137 B-VG sieht in bestimmten Vermögenssachen eine ergänzende, subsidiäre Rechtsschutzmöglichkeit durch Klage an den VfGH vor, wenn diese „weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind“.

Die große Anzahl von diesbezüglichen Entscheidungen zeigt die Bedeutung dieser Rechtsschutzmöglichkeit.⁴⁵⁾ Wichtige Beispielfälle sind etwa die Liquidierung (das „Flüssigmachen“) von Dienstbezügen öffentlich Bediensteter und die Rückzahlung von zu Unrecht eingehobenen Geldstrafen.

Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit könnte aber in Hinkunft Fragen aufwerfen, auf die hier nur hingewiesen werden kann: So könnten die erwähnten „Liquidierungsangelegenheiten“ durch einfaches Gesetz in den Zuständigkeitsbereich der nunmehr in erster Instanz entscheidenden Verwaltungsgerichte eingegliedert werden. Hier sei auch an die Überlegung angeknüpft, dienstrechtliche Streitigkeiten der öffentlich-rechtlichen Bediensteten, über die bisher vom Dienstgeber mittels Bescheid entschieden wurde, statt dessen in den Kompetenzbereich der Verwaltungsgerichte zu übertragen,⁴⁶⁾ die nunmehr durch Erkenntnis (und nicht durch Bescheid), allenfalls durch Beschluss zu entscheiden haben. Es stellt sich nun die Frage, ob dann für den Rechtsschutzsuchenden eine Wahlmöglichkeit besteht, seinen vermögensrechtlichen Anspruch beim jetzt zuständigen Verwaltungsgericht durchzusetzen oder eine Klage nach Art 137 B-VG beim VfGH einzubringen, weil über seinen (öffentlich-rechtlichen) Anspruch ja von keiner Verwaltungsbehörde mit Bescheid, sondern vom Verwaltungsgericht mit Erkenntnis zu entscheiden ist.

Auch die schon erwähnte, im Jahr 2019 neu eingeführte Bestimmung des Art 130 Abs 2 B-VG könnte in diesem Zusammenhang von Interesse sein: Es wäre denkbar, etwa Streitigkeiten über die Refundierung von zu Unrecht eingehobenen Geldstrafen durch einfaches Gesetz den Verwaltungsgerichten zu übertragen.

In all diesen Fällen ist weder die Kompetenz der ordentlichen Gerichte noch die Zuständigkeit einer mit Bescheid zu entscheidenden Verwaltungsbehörde gegeben, sodass zumindest nach den Buchstaben des Gesetzes der Weg zum VfGH mit Klage nach Art 137 B-VG offenstehen müsste, obwohl ohnehin der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte vorgesehen ist.

Eine praktikable Lösung durch Lehre und Rechtsprechung oder durch den (Verfassungs-)Gesetzgeber sollte dazu führen, dass die erweiterte Kompetenz der Verwaltungsgerichte nach Art 130 Abs 2 insb Z 4 B-VG und die entsprechenden

44) *Kneihs in Kneihs/Lienbacher*, Kommentar Art 130 B-VG Rz 26 ff.

45) Siehe die Übersicht bei *Muzak*, B-VG⁶ Art 137 Rz 2 und *Frank in Kneihs/Lienbacher*, Kommentar, Art 137 B-VG Rz 16 ff.

46) *Kneihs in Kneihs/Lienbacher*, Kommentar Art 130 B-VG Rz 24.

Ausführungsgesetze einen zusätzlichen Rechtsschutz durch den VfGH überflüssig machen und so zu seiner Entlastung beitragen.⁴⁷⁾

G. Art 57 B-VG, parlamentarische Immunität

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Immunität von Abgeordneten gem Art 57 B-VG einen weiteren Aspekt der Rechtswegszulässigkeit betrifft.

Mitglieder gesetzgebender Körperschaften (NR, BR, LT, nicht GR) können wegen ihres Abstimmungsverhaltens niemals und wegen ihrer Äußerungen in Zusammenhang mit der parlamentarischen Tätigkeit nur vom NR, BR oder LT verantwortlich gemacht werden (berufliche Immunität, Art 57 (1) B-VG). Unter parlamentarischer Tätigkeit ist die Tätigkeit im Plenum und in den Ausschüssen samt schriftlichen Eingaben (nicht aber im Klub) zu verstehen.⁴⁸⁾ Diesbezügliche zivilrechtliche Klagen sind wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen.⁴⁹⁾ Anders als bei der völkerrechtlichen Immunität (Fehlen der inländischen Gerichtsbarkeit) ist § 42 Abs 2 JN nicht anzuwenden, dh ein entsprechender Mangel heilt mit Rechtskraft.⁵⁰⁾

Die außerberufliche Immunität gem Art 57 Abs 2–5 B-VG verhindert dagegen zivilrechtliche Klagen und die Verhängung von prozessualen Beugestrafen nicht.⁵¹⁾

III. Schlussbemerkung

Die vorstehende Betrachtung hat gezeigt, dass (1) die Rechtsentwicklung doch etliche Modifikationen und Erweiterungen der Institution der Rechtswegszulässigkeit iS von Justizweg gebracht hat (insb die sukzessive Zuständigkeit nach Art 94 Abs 2 B-VG), dass (2) eine der wesentlichsten Abgrenzungsfragen nach wie vor die der bürgerlichen Rechtssachen von den Verwaltungssachen ist (Rechtsweg iS von Justizweg), dass (3) es, damit in Zusammenhang stehend seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 einen gespaltenen Begriff der ordentlichen Gerichtsbarkeit bzw der ordentlichen Gerichte gibt, dass (4) der Verwaltungsweg weiter ausgebaut wurde (Zuständigkeitsregelungen/Kompetenzregelungen der Verwaltungsgerichte gem Art 130 Abs 2 B-VG), und dass (5) die Rechtswegszulässigkeit iS von Justizweg zumindest im Zivilbereich immer noch eines bedeutendsten Instrumente zur Wahrung des gesetzlichen Richters ist, nämlich aufgrund der „unheilbaren Nichtigkeit“ gem § 42 Abs 2 JN; ob sie allerdings aufgrund des mittlerweile ausgebauten Rechtsschutzes im Verwaltungsbereich noch zeitgemäß und notwendig ist, sei bezweifelt.

Die zentrale Frage lautet heute nicht mehr, „ob“ der Rechtsweg zulässig ist, sondern „welcher“ Rechtsweg zulässig ist.⁵²⁾

47) Siehe dazu – allerdings vor der Rechtslage von 2014 – Frank in *Kneihls/Lienbacher*, Kommentar Art 137 B-VG Rz 40.

48) Siehe dazu und zu den strafrechtlichen Ausnahmen *Wiederin*, Die Rechtsstellung der Abgeordneten, JBl 2020, 601 (605).

49) *Ballon* in *Fasching/Konecny* I³ § 1 JN Rz 94/1 mwN.

50) *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 481; *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 131/2.

51) *Muzak*, B-VG⁶ Art 57 Rz 7 mwN; *Wiederin*, JBl 2020, 605; zu den möglichen Auswirkungen von zivilrechtlichen Klagen s *Tilzer*, Immerwährende Immunität, ZfV 2021, 154 (155).

52) *Lüke*, Zivilprozessrecht¹⁰ (2011) Rz 51 für das dt Recht, das allerdings über eine etwas andere Gerichtsorganisation verfügt.

Eineinhalb Jahrzehnte neues Verlassenschaftsverfahren – von der Schwachstelle zum Dogma. Eine Kritik

Ludwig Bittner, Hollabrunn

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Lebt das „Verlassenschaftspatent 1854“ noch?
- III. Übernahmeprotokoll
- IV. Tarifrecht
- V. § 810 ABGB
- VI. Substitution und Separation
- VII. Einantwortungsbeschluss – Erbteilung
- VIII. Einantwortungsbeschluss – Grundbuch
- IX. Europäisches Nachlasszeugnis
- X. Vollstreckbarkeit
- XI. Rechtskraft
- XII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Eine jahrzehntelange Diskussion über die Reform des Außerstreitverfahrens¹⁾ ist, nachdem das Außerstreitpatent 1854 noch sein 150-jähriges Bestandjubiläum erlebt hatte, mit dem Außerstreitgesetz 2003 und dessen Inkrafttreten am 1. 1. 2005 zu Ende gegangen. Während das Gesetz in vielen Teilen zahlreiche Novellierungen und Nachbesserungen, etwa im Kindschafts- und Namensrecht, im Erwachsenenschutzrecht und anderen Teilen erlebt hat, ist die Rechtslage im Verlassenschaftsverfahren relativ stabil geblieben, lediglich die Ausführungsbestimmungen zur Europäischen Erbrechtsverordnung wurden ergänzt. Der Autor hat schon als Notariatskandidat, später als Wissenschaftler und Vertreter der Österreichischen Notariatskammer die Reformbemühungen begleitet. Nicht alles wurde ausdiskutiert, Kompromisse wurden – wie bei jedem großen Gesetzeswerk – geschlossen und viel Wissen über die Genese einzelner Bestimmungen kann bei der jungen Generation sowohl der Richter als auch der Kommentatoren nicht mehr vorhanden sein. Die neue Ausrichtung des Gesetzes in seinem Allgemeinen Teil auf streitige Außerstreitverfahren stand naturgemäß im Konflikt mit dem friedensrichterlichen Verlassenschaftsverfahren. Viele Lösungen sind gelungen, in manchen Fällen mussten Kompromisse geschlossen werden. Vorhaben der Ge-

1) Vgl hiezu *Rechberger/Klicka*, Außerstreitgesetz³ (2021) Vor § 143 Rz 1 ff.

richtsentlastung wurden nicht immer bürgerfreundlich umgesetzt, auch die Rolle des Gerichtskommissärs könnte trotz der Intentionen des Gesetzgebers noch effizienter gestaltet werden. Dies soll den Ruf des äußerst gelungenen Gesamtwerkes des Außerstreitgesetzes 2003 und seiner Begleitgesetze nicht schmälern, zumal die Rsp viele Zweifelsfragen mittlerweile geklärt hat. Allein, die Genese mancher Bestimmungen kann ihre heute *vorgenommene dogmatische Verteidigung* ebenso wenig rechtfertigen, wie das Schweigen des Reformgesetzgebers zu Fragen, zu deren Lösung die Rsp nicht befugt ist.

II. Lebt das „Verlassenschaftspatent 1854“ noch?

§ 295 AußStrG sieht vor, dass die Bestimmungen des Bundesgesetzes auf Verlassenschaftsverfahren anzuwenden sind, die nach dem 31. 12. 2004 bei Gericht oder beim Gerichtskommissär anhängig gemacht wurden, sofern sie nicht schon früher hätten eingeleitet werden können. Sonst sind die bisher in Geltung gestandenen Vorschriften über das Verlassenschaftsverfahren weiter anzuwenden. Nachtrags- und Substitutionsabhandlungen und alle damit zusammenhängenden Maßnahmen sind demnach nach dem AußStrG 1854 durchzuführen – dies ist nicht alles.

Wurde Nachlassvermögen nicht der Abhandlung unterzogen, etwa wenn in Österreich kein Verlassenschaftsverfahren eingeleitet wurde, da der Erblasser vor dem 31. 12. 2004 im Ausland verstorben ist, ist das alte Verfahrensrecht uneingeschränkt anwendbar, da aufgrund des Sterbedatums feststeht, dass das Verlassenschaftsverfahren vor Inkrafttreten des AußStrG 2003 hätte eingeleitet werden können.

Der Autor hatte in seiner eigenen Kanzleipraxis vor kurzer Zeit die Grundbuchsordnung auf mehreren Liegenschaftsanteilen herzustellen, bei denen der Eigentümer vor Inkrafttreten des AußStrG 2003 im Ausland verstorben und bisher kein Verlassenschaftsverfahren eingeleitet worden war. Es war nicht einfach, den jungen ambitionierten Richter von der Anwendung des AußStrG 1854 und seiner Bestimmungen, besonders der Rolle der Annahme der Erbserklärung und von Mantelbeschluss und Einantwortungsurkunde zu überzeugen. Um das Ganze nicht völlig zu überspannen, hat der Autor die Verbücherung der Einantwortungsurkunde beim Grundbuchsgericht und nicht beim Verlassenschaftsgericht beantragt. Der Versuch war erfolgreich ...

III. Übernahmeprotokoll

Die Testamentskundmachung alten Rechts wurde durch das Übernahmeprotokoll (§ 152 AußStrG) ersetzt. Nunmehr sind nicht nur letztwillige Anordnungen, sondern auch Vermächtnis-, Erb- und Pflichtteilsverträge, Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge und deren Aufhebung oder sonstige Erklärungen auf den Todesfall zu übernehmen und im Übernahmeprotokoll zu beurteilen. Schon die Aufzählung der Urkunden lässt bei den Vermächtnis- und Pflichtteilsverträgen Zweifel aufkommen. Auch die Tatsache, dass es sich hier idR um öffentliche Urkunden (§ 292 ZPO) handeln wird, spricht dafür, dass eine Beurteilung im Übernahmeprotokoll überschießend ist und die Beifügung einer beglaubigten Ablichtung zum Verlassenschaftsakt genügen würde. Und noch mehr: Während die naturgemäß nur zweitinstanzliche Rsp zu § 16 GKTG zum AußStrG 1854 vertrat,