

Herausgegeben von
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, VPräs. des VfGH
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VwGH i. R.
Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Rektor der JKU
Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
Schriftleitung: Peter Rummel und Meinhard Lukas

Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 10 Oktober 2018 140. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 140 (10) 613-680 (2018)

Juristische Blätter 140, 613-622 (2018)
<https://elibrary.verlagoesterreich.at>
JBl 2018, 613

JBl

Ass.-Prof. MMMag. Dr. **Philipp Anzenberger** und RA Dr. **Konstantin Pochmarski**, Graz

Zur Obliegenheit der Bekämpfung einer Zurückweisung der Nebenintervention

Nach der Rechtsprechung trifft den Adressaten der Streitverkündung bei sonstiger Interventionswirkung die Obliegenheit der Bekämpfung einer Zurückweisung der Nebenintervention. Dadurch sollen insbesondere die Prozessökonomie gefördert und Versuche der Umgehung der Interventionswirkung erschwert werden. Die hierzu von der Judikatur entwickelten Kriterien werfen allerdings Folgefragen auf, etwa ob der Adressat der Streitverkündung zur Abwendung der Interventionswirkung auch aussichtslose Rechtsmittel erheben muss und ob ihm im Regressprozess auch der nicht sorgfältig betriebene Beitritt vorgehalten werden kann. Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen nach und untersucht – auch abseits der Vorgaben der Rechtsprechung – Lösungsvarianten für die Problematik der mangelnden prozessualen Interessenabbildung des Beitrittswerbers.

Deskriptoren: Zivilverfahrensrecht.
§§ 17, 18, 19, 20, 21, 25 ZPO.

Übersicht:

- A. Ausgangssituation und Problemstellung
- B. Strukturelle Probleme der Bekämpfungsobliegenheit
 - I. Allgemeines zu prozessualen Anreizstrukturen
 - II. Zu den Interessenlagen der Beteiligten der Streitverkündung
- III. Konsequenzen der Bekämpfungsobliegenheit und Folgeprobleme
- C. Mögliche Lösungswege
 - I. Lösungsvarianten innerhalb der Vorgaben der Rsp
 - 1. „Strikte“ Handhabung: Unbedingte Notwendigkeit der Erhebung eines Rechtsmittels
 - 2. „Großzügige“ Handhabung: Keine Bindungswirkung bei *Ex-ante*-Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels
 - 3. Zwischenergebnis
 - II. Lösungsvarianten jenseits der Vorgaben der Rsp
 - 1. Allgemeines
 - 2. Zum Untersuchungsgrundsatz und zur Kostenbelastung des Streitverkünders
 - 3. Lösung: Beteiligung des Streitverkünders im Zwischenstreit
 - 4. Handhabung im Regressprozess

- III. Sonderproblem: Zurückweisung bereits im Vorprüfungsverfahren
- IV. Endergebnis
- D. Zusammenschau

A. Ausgangssituation und Problemstellung

In seiner vielbeachteten Grundsatzentscheidung OGH 1 Ob 2123/96d¹⁾ hat der verstärkte erste Senat die Existenz einer *Bindungswirkung* des Ersturteils im Regressprozess *nach Streitverkündung beziehungsweise einfacher Nebenintervention* (die auch als „*Interventionswirkung*“ bezeichnet wird²⁾)

¹⁾ OGH 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).

²⁾ Etwa von *Schneider* in *Fasching/Konecny*, *ZPG* II/1³ (2015) § 21 ZPO Rz 26 f; *Schneider*, *Zur notwendigen Einschränkung der Interventionswirkung*, *ÖJZ* 2017, 537; *Trenker*, *ÖJZ* 2015, 103 ff; so auch OGH 7 Ob 61/16w

bejaht: Demnach sind sowohl einfache Nebenintervenienten als auch Personen, die sich trotz Streitverkündung nicht am Verfahren beteiligen, im *Regressprozess an sie belastende Tatsachenfeststellungen des Urteils im Vorprozess gebunden*, soweit ihnen rechtliches Gehör gewährt wurde.³⁾ Der Adressat einer Streitverkündung gerät damit in eine taktische Zwickmühle: Unterlässt er den Streitbeitritt, begibt er sich der prozessualen Möglichkeiten, für ihn nachteilige Tatsachenfeststellungen abzuwenden, an die er in einem Regressprozess aber dennoch gebunden ist. Tritt er dem Verfahren hingegen bei, so trifft ihn – insbesondere bei Anwaltspflicht⁴⁾ – ein erhebliches Prozesskostenrisiko, zumal er in einigen Konstellationen – etwa bei einem Vergleichsabschluss der Hauptparteien ohne Kostenregelung⁵⁾ (vgl § 47 ZPO) – keinen Anspruch auf Kostenersatz hat. Der Adressat der Streitverkündung kann daher *prima vista* ein Interesse daran haben, *gar nicht als Nebenintervenient zugelassen* zu werden, weil ihn nach der genannten Entscheidung mangels Gewährung rechtlichen Gehörs grundsätzlich *keine Interventionswirkung* im Folgeprozess treffen kann⁶⁾ und er sich auf diese Weise den Aufwand der Beteiligung am Erstprozess erspart.

Um genau diesen Überlegungen einen Riegel vorzuschieben, hat der OGH in seiner Entscheidung 6 Ob 140/12z eine *Obliegenheit des Beitrittswerbers zur Bekämpfung einer Zurückweisungsentscheidung* angenommen: Nach Ansicht des sechsten Senats „wäre das Institut der Streitverkündung als Schutz der Interessen der streitverkündenden Partei deutlich entwertet“,⁷⁾ wenn die Bindungswirkung bereits durch einen in der Folge zurückgewiesenen Beitritt vermieden werden könnte. Auch der Grundsatz der Prozessökonomie spreche für eine solche Obliegenheit, weil ohne Bindungswirkung „der bisherige Prozessaufwand verloren“⁸⁾ wäre und „für den Folgeprozess nicht fruchtbar gemacht werden“⁹⁾ könnte. Und schließlich – als wohl wichtigstes Argument des OGH – „bestünde die Gefahr, dass der Adressat der Streitverkündung auf den Beitrittschriftsatz und die Darlegung seines Beitrittsinteresses nur geringe Sorgfalt aufwendet, wenn ohnedies jede Zurückweisung des Beitritts zum Entfall der Bindungswirkung führte.“¹⁰⁾ Daher solle die Streitverkündung auch dann Bindungswirkung entfalten, wenn der *Beitritt eines Nebenintervenienten zu Unrecht zurückgewiesen* wurde. Erst die rechtskräftige Zurückweisung *nach ordnungsgemäßer Ausschöpfung der zur Verfügung*

*stehenden Rechtsmittel könne die Bindungswirkung entfallen lassen.*¹¹⁾

Diese Entscheidung wurde in der *Literatur* eher *kritisch aufgenommen*: *Schneider* etwa hält es für problematisch, dass dem Beitretenden die Last auferlegt werde, sich in das Verfahren zu „drängen“. Außerdem werde die Verantwortung für eine unrichtige Entscheidung des Erstgerichts auf diese Weise auf den Beitretenden abgewälzt.¹²⁾ *Trenker* ist der Ansicht, dass die in der Entscheidung proklamierte Ausweitung der Bindungswirkung nur dann gelten könne, wenn das Gericht im Folgeprozess zur Auffassung komme, dass die Nebenintervention zu Unrecht zurückgewiesen werde. Es könne nämlich von niemandem verlangt werden, unnötige Rechtsmittel zu erheben.¹³⁾

Tatsächlich wirft die vom sechsten Senat proklamierte Bekämpfungsobliegenheit zahlreiche Folgefragen im *Spannungsfeld der Interessen des Streitverkünders (Litisdennunziant), des Adressaten der Streitverkündung (Litisdennunziant) und der Gegenpartei* auf: Wie kann der Adressat der Streitverkündung sinnvoll dazu bewegt werden, eine ernsthafte Beitrittserklärung abzugeben? Soll die Überprüfung des rechtlichen Interesses (sowie sonstiger Voraussetzungen der Nebenintervention) bereits abschließend im Zwischenstreit des Hauptverfahrens oder erst als Vorfrage für die Annahme einer Bindungswirkung im Regressprozess geklärt werden? Inwieweit kann dem Beitrittswerber dabei zugemutet werden, auch aussichtslose Rechtsmittel zu erheben? Und welche Entscheidungswirkungen entfaltet in diesem Zusammenhang eine die Nebenintervention zurückweisende Entscheidung des Erstgerichts im Folgeverfahren? Der folgende Beitrag will zunächst eher allgemein die *strukturellen Schwierigkeiten der Bekämpfungsobliegenheit* aufzeigen (Abschnitt B.), um im Anschluss *Lösungswege* für die angesprochenen Probleme zu untersuchen und Antworten auf die aufgeworfenen Fragen zu finden (Abschnitt C.).

B. Strukturelle Probleme der Bekämpfungsobliegenheit

I. Allgemeines zu prozessualen Anreizstrukturen

Das Zivilprozessrecht ist ein auf bestimmte gesellschaftliche Ziele (etwa die Herstellung und Erhaltung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit¹⁴⁾ gerichtetes *Spielsystem*, dessen Spieler (dazu zählen insbesondere die Parteien und das Gericht; allenfalls auch weitere Personen, wie etwa ein Nebenintervenient) durch präzise Anreizstrukturen zur Setzung des in der jeweiligen Situation prozessual notwendigen Verhaltens motiviert werden sollen. In aller Regel steuert das Prozessrecht das Partieverhalten über *bloße „Lasten“* (oder „Obliegen-

(soweit die zitierten Entscheidungen vollständig im RIS abrufbar sind, wird in weiterer Folge auf die Anführung von Fundstellen verzichtet).

³⁾ OGH 1 Ob 2123/96d.

⁴⁾ Diese trifft nach hA auch den Nebenintervenienten; vgl *Zib* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 27 ZPO Rz 25.

⁵⁾ OGH 3 Ob 68/98s; RIS-Justiz RS0110899.

⁶⁾ OGH 1 Ob 2123/96d; RIS-Justiz RS0107338; *Fucik* in Rechberger, ZPO⁴ (2014) § 21 Rz 3.

⁷⁾ OGH 6 Ob 140/12z.

⁸⁾ OGH 6 Ob 140/12z.

⁹⁾ OGH 6 Ob 140/12z.

¹⁰⁾ OGH 6 Ob 140/12z.

¹¹⁾ OGH 6 Ob 140/12z.

¹²⁾ *Schneider* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 40.

¹³⁾ *Trenker*, ÖJZ 2015, 106.

¹⁴⁾ Vgl etwa *Konecny* in Fasching/Konecny, ZPG I³ (2013) Einleitung Rz 12 ff.

heiten“).¹⁵⁾ Echte „Pflichten“ (wie etwa die Pflicht zum persönlichen Erscheinen der Parteien im Eheverfahren gemäß § 460 Z 1 ZPO oder die Wahrheitspflicht gemäß § 178 Abs 1 ZPO) finden sich in den Prozessgesetzen dagegen nur in wenigen Ausnahmefällen.¹⁶⁾ So gibt es in Verfahren mit Dispositions- und überwiegendem Verhandlungsgrundsatz (wie dem österreichischen Zivilprozess¹⁷⁾ etwa keine Pflicht der Parteien zur Erstattung einer Klagebeantwortung oder zum Anbot von Beweismitteln; vielmehr muss die Partei lediglich die im Prozessrecht angedrohten Nachteile (etwa das Ergehen eines Versäumnisurteils oder die Präklusion von Beweisanboten) in Kauf nehmen. Damit ein Anreizsystem aus Lasten wirksam funktionieren kann, muss hinter der Last allerdings auch ein *idealtypisches Interesse der belasteten Person* stehen.¹⁸⁾ Gerade weil etwa dem Adressaten eines Zahlungsbefehls die zwangsweise Durchsetzbarkeit der dort behaupteten Forderung (zumindest im Fall ihres materiellen Nichtbestehens) unangenehm sein dürfte, ist die Obliegenheit der rechtzeitigen Erhebung eines Einspruchs ein geeignetes Instrument, um die dahinterliegenden gesellschaftlichen Zielsetzungen (*in concreto*: die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens zur Prüfung und gegebenenfalls Abweisung von Ansprüchen, deren Existenz der behauptete Schuldner bestreitet) zu verwirklichen. Was *prozessuale Anträge* betrifft (insbesondere die Klage selbst, aber auch sonstige prozessuale Begehren), ist das Verfahrensrecht grundsätzlich darauf ausgerichtet, dass der Antragsteller das im Antrag Begehrte *idealtypisch tatsächlich will*. Nur dann ist es etwa sinnvoll, dem Antragsteller bei formellen Fehlern eine Verbesserung aufzutragen (vgl §§ 84 f ZPO) oder ihn zur Erstattung notwendiger Vorbringen oder Beweisanbote anzuleiten (vgl § 182 ZPO). Will der Antragsteller das im Antrag Begehrte gar nicht wirklich erreichen, so bieten Verfahren mit ausgeprägtem Verhandlungsgrundsatz nur unzulängliche Möglichkeiten, den in Wahrheit anders gelagerten Willen des Antragstellers sichtbar zu machen.

II. Zu den Interessenlagen der Beteiligten der Streitverkündung

Hintergrund der – hier nicht weiter zu hinterfragenden – Annahme einer Interventionswirkung ist vor allem der Wunsch nach *Entscheidungsharmo-*

*nie*¹⁹⁾ und *Verfahrensökonomie*:²⁰⁾ Einerseits verhindert die Bindung an bereits erfolgte Tatsachenfeststellungen entsprechende (für die betroffenen Parteien in aller Regel nur schwer nachvollziehbare) Divergenzen zwischen Haupt- und Regressverfahren, andererseits kann sich die Beweisaufnahme des Regressprozesses üblicherweise auf Fragen des Regressverhältnisses²¹⁾ beschränken und das Verfahren damit insgesamt deutlich beschleunigen.

Die *streitverkündende Partei* hat daher auch ein *erhebliches Interesse an der Teilnahme* des Adressaten der Streitverkündung: Einerseits kann bereits die prozessuale Unterstützung des Nebenintervenienten bei der Durchsetzung oder Abwehr des Hauptanspruchs nützlich sein (prozesstaktisch spielt hier auch das potentiell deutlich höhere Prozesskostenrisiko für die Gegenpartei eine nicht unerhebliche Rolle), andererseits erspart sie sich selbst im Fall des Prozessverlusts unter Umständen zumindest in Teilen ein erneutes (und allenfalls aufwändiges) Beweisverfahren im Regressprozess.

Der *Gegner der streitverkündenden Partei* auf der anderen Seite hat *kein Interesse* am Beitritt eines Nebenintervenienten: Dieser verursacht (ihm!) ein höheres Kostenrisiko²²⁾ und kann der gegnerischen Hauptpartei darüber hinaus auch im Verfahren nützlich sein (indem er etwa Säumnisfolgen abwendet²³⁾), bringt ihm im Gegenzug aber keinerlei Vorteile (zumal er an der allfälligen Vereinfachung oder Verkürzung eines Regressprozesses in aller Regel kein Interesse hat).

Für den *Adressaten der Streitverkündung* selbst lässt sich die Interessenlage hingegen *nicht so eindeutig* festmachen: Auch er hat – wie schon die Hauptpartei – im Hinblick auf die Vermeidung allfälliger Regressansprüche ein erhebliches Interesse an der *Abwehr des Hauptanspruchs* und an der aktiven Teilnahme am Verfahren, weil ein Sieg „seiner“ Hauptpartei den Regressprozess obsolet macht. Allerdings birgt auch für ihn bereits das Hauptverfahren ein gewisses *Kostenrisiko* (nämlich in Höhe seiner eigenen Verfahrenskosten). Außerdem will er unter Umständen gerade *nicht an die Feststellungen des Hauptverfahrens gebunden* sein. Dafür können sowohl hehre Gründe (immerhin kann er die tatsächlichen Tatsachenfeststellungen im Hauptverfahren über seine Vorbringen und Beweisanbote in der Regel weit weniger beeinflussen als im Regressprozess) als auch unlautere Motive (etwa der Wunsch nach einer Verfahrensverzögerung im Regressprozess und daraus potentiell

¹⁵⁾ Konecny in Fasching/Konecny, ZPG I³ Einleitung Rz 139 ff; vgl für Deutschland Henckel, Prozessrecht und materielles Recht (1970) 10 ff.

¹⁶⁾ Konecny in Fasching/Konecny, ZPG I³ Einleitung Rz 139 ff; vgl für Deutschland Henckel, Prozessrecht 10 ff; Lent, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 1954, 344 (344 ff).

¹⁷⁾ Konecny in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ Einleitung Rz 6 ff.

¹⁸⁾ Vgl dazu etwa Henckel, Prozessrecht 14, wonach durch die Eigenart der Sanktion der Säumnis „das Fehlverhalten ausschließlich zum Handeln wider eigenen Interessen“ wird.

¹⁹⁾ Nicht zu verwechseln mit der inzwischen abgelehnten Ausdehnung der Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft zur Erzeugung von „Entscheidungsharmonie“ in so genannten „Sonderfällen der Präjudizialität“; vgl OGH 8 ObA 19/11v; RIS-Justiz RS0041572 (T 24).

²⁰⁾ Vgl OGH 1 Ob 2123/96d; 6 Ob 140/12z; Trenker, ÖJZ 2015, 105 f.

²¹⁾ Vgl zur Frage, welche Konstellation einen „Regressprozess“ darstellen kann OGH 1 Ob 242/97p.

²²⁾ Etwa OGH 3 Ob 630/86; Fucik in Rechberger, ZPO⁴ Vor § 40 Rz 7; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 19 ZPO Rz 35.

²³⁾ Schneider in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 19.

resultierender Verhandlungsmacht) sprechen. Gesamt gesehen hängt die Interessenlage des Adressaten der Streitverkündung vom Einzelfall ab und ist insofern als *ambivalent zu beurteilen*.

III. Konsequenzen der Bekämpfungsobliegenheit und Folgeprobleme

Daraus ergibt sich nun die hier zu besprechende *Problematik*: Die mit der Entscheidung OGH 1 Ob 2123/96d festgeschriebene Interventionswirkung drängt Litisdenunzianten in einigen Konstellationen zu Streitbeitritten, die sie ohne die drohende Bindung an belastende Tatsachenfeststellungen unter Umständen nicht in Betracht gezogen hätten. Der Adressat einer Streitverkündung könnte daher versuchen wollen, die Interventionswirkung dadurch abzuwenden, dass ihm der *Streitbeitritt versagt* wird, zumal ihm dann ja kein rechtliches Gehör gewährt wurde (was nach der Entscheidung OGH 1 Ob 2123/96d aber Voraussetzung für die Bindung an die Tatsachenfeststellungen des Erstverfahrens ist). Das führt aber nun zu einer Situation, mit der die ZPO aufgrund der Systematik ihrer Anreizstrukturen²⁴⁾ nur sehr eingeschränkt umgehen kann, nämlich dass ein *Antragsteller in Wahrheit nicht die Stattgabe, sondern die Ab- oder Zurückweisung seines eigenen Antrags anstrebt*. Diese Problematik hat der OGH in seiner Entscheidung 6 Ob 140/12z erkannt und wollte allfälligen Missbrauchsversuchen durch die *Obliegenheit der Bekämpfung einer zu Unrecht ergangenen Zurückweisungsentscheidung* einen Riegel vorschieben. Im Ergebnis hat die Entscheidung (ähnlich der Installation einer Überwachungskamera an einem Drogenumschlagplatz) die Symptome des Problems aber – wie gleich zu zeigen ist – lediglich verlagert, ohne die Ursache selbst – nämlich die unzureichende verfahrensrechtliche Abbildung der Anreizstrukturen der Beteiligten – wirksam zu bekämpfen.

Problematisch ist dabei *erstens die in der Entscheidung gebrauchte Formel*, wonach den Beitrittswerber die Obliegenheit treffe „eine zu *Unrecht erfolgte Zurückweisung* seines Beitritts mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln zu bekämpfen“.²⁵⁾ Denn eine – wenngleich mit Absicht herbeigeführte – Zurückweisung der Nebenintervention aus rein formalen Gründen (wie etwa einer fehlenden Anwaltsunterschrift im Anwaltsprozess) kann jedenfalls auch zu Recht erfolgen. Könnte der Beitrittswerber aber bereits auf diese Weise die Bindungswirkung vermeiden, wäre der vom sechsten Senat angestrebte Umgehungsschutz gänzlich ausgehöhlt. In Wahrheit will der sechste Senat dem Adressaten der Streitverkündung wohl vielmehr die Obliegenheit auferlegen, *sich mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ernsthaft um einen Beitritt zu bemühen*. Wer seinen eigenen Rechtsschutzantrag torpedieren will, kann dies aber freilich auf mannigfaltige Weisen tun: Während dem Beitrittswerber offensichtliche Formalfehler (wie

eine fehlende Anwaltsunterschrift) noch sehr leicht nachweisbar sind, wird der Beweis eines suboptimalen Tatsachenvorbringens, unzureichender Beweisangebote oder ungeschickt ausgeführter Rechtsmittel weit schwieriger gelingen.

Zweitens müsste die Frage, ob die Zurückweisung im Hauptprozess zu Unrecht erfolgt ist (oder ob sich der Beitrittswerber hinreichend um den Beitritt bemüht hat), jedenfalls erst *im Regressprozess geklärt* werden. Dies würde allerdings jenen Gewinn an Verfahrensökonomie, welchen die Bindung an die Tatsachenfeststellungen des Erstverfahrens verspricht, zumindest trüben, im schlimmsten Fall sogar gänzlich zunichtemachen. Denn der Streit um das vorhandene oder fehlende rechtliche Interesse am Streitbeitritt müsste nicht nur im Hauptprozess, sondern gegebenenfalls auch ein zweites Mal im Regressprozess geführt werden.

Daran knüpft sich *drittens* die Frage an, ob sich der Beitrittswerber *jedenfalls dann von der Bindungswirkung befreien kann*, wenn er den Instanzenzug gegen den Zurückweisungsbeschluss erfolglos durchschritten hat. Hier ist auf die zutreffenden Bedenken *Trenkers* unter Verweis auf die Judikatur hinzuweisen, wonach niemand dazu verhalten werden soll, ein von vorneherein aussichtsloses Rechtsmittel zu erheben.²⁶⁾ Es ist dem Beitrittswerber tatsächlich schwer zumutbar, unter Kostenbelastung für eigene aussichtslose Rechtsmittel und gegnerische Rechtsmittelbeantwortungen eine erkennbar richtige Zurückweisungsentscheidung zu bekämpfen. Umgekehrt soll wohl auch das erfolglose Durchschreiten des Instanzenzugs den Beitrittswerber nicht vor einer Bindungswirkung bewahren können, wenn ihm die Erfolglosigkeit seiner Rechtsmittel vorzuwerfen ist.

C. Mögliche Lösungswege

I. Lösungsvarianten innerhalb der Vorgaben der Rsp

1. „Strikte“ Handhabung: Unbedingte Notwendigkeit der Erhebung eines Rechtsmittels

Eine denkbare Möglichkeit der Handhabung der Bekämpfungsobliegenheit besteht darin, den Beitrittswerber *unabhängig von den Erfolgchancen* bei sonstiger Bindungswirkung *zur Erhebung eines Rechtsmittels zu verhalten*. Dies könnte im Regressprozess insoweit *Rechtssicherheit* bieten, als zumindest die *Nichterhebung von Rechtsmitteln* zwingend und ohne weitere Prüfung zur Annahme der Interventionswirkung im Regressprozess führen würde.

Das Problem dieser Lösungsvariante besteht allerdings darin, dass der Beitrittswerber genötigt wäre, auch *aussichtslose Rechtsmittel zu erheben*. Dies wurde nicht nur in der Literatur missbilligt,²⁷⁾ sondern auch von der Rsp – wenngleich in anderem Zusammenhang – abgelehnt.²⁸⁾ Tatsächlich erschiene eine solche Verpflichtung im gegebenen Zusammenhang bedenklich, weil die Nichtausschöpfung des Instanzenzugs den Beitrittswerber aufgrund der Bindung an möglicherweise wichtige Tatfragen

²⁴⁾ Vgl. Abschnitt B.I.

²⁵⁾ OGH 6 Ob 140/12z; die Hervorhebung erfolgte durch die Verfasser.

²⁶⁾ *Trenker*, ÖJZ 2015, 106.

²⁷⁾ *Trenker*, ÖJZ 2015, 106.

²⁸⁾ Vgl. OGH 4 Ob 72/01v.

zumindest teilweise *um sein rechtliches Gehör bringt*. Ökonomisch betrachtet mag man die Rechtsmittelerhebung als (potentiell durchaus teures) „Investment“ in den Prozesssieg im Regressverfahren verstehen können, aus verfassungsrechtlicher Sicht ist eine solche Verpflichtung im Hinblick auf Art 6 EMRK aber jedenfalls problematisch.

Im Übrigen versagt sogar das Argument der Vereinfachung des Regressprozesses bei näherer Betrachtung: Denn die „bloße“ Erhebung der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel alleine kann wohl nicht zur Abwendung der Bindungswirkung genügen, zumal ansonsten auch unbegründet erhobene Rechtsmittel (im Extremfall: ein „leerer“ Rekurs) dem Adressaten der Streitverkündung einen Freibrief ausstellen würden (*de facto* könnte er sich auf diese Weise die Abwendung der Bindungswirkung schlicht erkaufen). Der Regressprozess wäre daher – will man Umgehungsmöglichkeiten vermeiden – selbst bei strikter Handhabung der Rechtsmittelobliegenheit mit inhaltlichen Erhebungen zur Vorwerfbarkeit der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels belastet, worunter die angestrebte Verfahrensbeschleunigung des Regressprozesses leiden würde.

2. „Großzügige“ Handhabung: Keine Bindungswirkung bei Ex-ante-Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels

Eine Alternative zur oben angeführten Lösungsmöglichkeit könnte darin bestehen, dass der Beitrittswerber jedenfalls kein ex-ante aussichtsloses Rechtsmittel erheben muss. Nur die Unterlassung eines ex-ante nicht aussichtslosen Rechtsmittels würde nach dieser Sichtweise eine Interventionswirkung auslösen, während die Unterlassung eines ex-ante aussichtslosen Rechtsmittels keine Bindung an belastende Tatsachenfeststellungen nach sich zöge.

Das müsste allerdings bedeuten, dass der Beitrittswerber des Vorprozesses im Regressprozess die *Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels* einwenden können müsste und das Gericht diese *als Vorfrage* der Annahme des Bestehens oder Nichtbestehens der Bindungswirkung *überprüfen* müsste. Beurteilte das Regressgericht das im Beitrittsverfahren unterlassene Rechtsmittel dabei als *nicht ex ante aussichtslos*, so träfe den die Rechtsmittelchancen im Vorprozess *falsch einschätzenden Beitrittswerber dennoch die Interventionswirkung*. Die Beurteilung der Rechtsmittelchancen wäre aber nicht nur für den Beitrittswerber im Erstverfahren, sondern auch für das Gericht im Regressprozess eine heikle Angelegenheit: Zwar erforderte die Beurteilung der Erfolgchancen eines unterlassenen Rechtsmittels im Vorprozess in der Regel keine aufwändigen Beweisaufnahmen, ein Fehler bei der Beurteilung des Vorliegens der Bindungswirkung hätte aber weitreichende prozessuale Konsequenzen. Denn eine unrichtig angenommene Bindungswirkung führt in der Regel zu sekundären Feststellungsmängeln, eine zu Unrecht verneinte Bindungswirkung bewirkt nach der Rsp sogar die Nichtigkeit der Entscheidung.²⁹⁾

²⁹⁾ OGH 1 Ob 2123/96d; RIS-Justiz RS0107339; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilpro-

ebenfalls erst im Regressprozess zu überprüfen wäre auch der Einwand der Streitverkündenden Partei des Erstverfahrens, wonach der Beitrittswerber den *Beitritt nicht mit der notwendigen Sorgfalt betrieben* habe. Dies wäre wiederum³⁰⁾ notwendig, um Umgehungen der Interventionswirkung zu vermeiden.

3. Zwischenergebnis

Die in der Entscheidung OGH 6 Ob 140/12z judizierte Bekämpfungsobliegenheit lässt sich *entweder „streng“ oder „großzügig“ handhaben*, wobei der Unterschied im Wesentlichen in der Beantwortung der Frage besteht, ob auch *ex ante* aussichtslose Rechtsmittel im Zwischenstreit erhoben werden müssen. Auch wenn die *großzügige Handhabung* der Bekämpfungsobliegenheit das Tor für weitere Erhebungen im Regressprozess ein Stück weit öffnet (und damit den verfahrensbeschleunigenden Effekt der Streitverkündung mindert), erscheint sie aus verfassungsrechtlichen Erwägungen gegenüber der strengen Handhabung *vorzugswürdig*.

Beide Varianten müssen aber jedenfalls den *Einwand des nicht sorgfältig betriebenen Beitritts* im Regressprozess gelten lassen, um Umgehungen der Bindungswirkung zu verhindern. Die Interventionswirkung kann daher zwar *Entscheidungsharmonie* erzeugen, die mit ihr (ebenfalls) angestrebte Steigerung der *Prozessökonomie* wird allerdings durch die Eröffnung bedeutsamer Einwendungsmöglichkeiten im Regressprozess (abhängig vom Aufwand der notwendigen Beweiserhebungen: potentiell erheblich) unterlaufen.

II. Lösungsvarianten jenseits der Vorgaben der Rsp

1. Allgemeines

Dass die bisher angebotenen Lösungsvarianten ein gewisses Unbehagen zurücklassen, liegt daran, dass sie das in Abschnitt B.III. dargelegte strukturelle Problem der *unzureichenden Interessenabbildung* im Beitrittsverfahren unberührt lassen. Es sind nämlich Zwischenverfahren denkbar, in denen *keine der beiden Parteien* (nämlich – naheliegender Weise – weder die die Zurückweisung beantragende Partei des Hauptverfahrens noch der Beitrittswerber selbst) *ein wahres Interesse am Beitritt des Nebenintervenienten* hat. Dem in Wahrheit am Beitritt interessierten Litisdenuzianten soll hingegen mangels eigenen Zurückweisungsantrags (zur Stellung eines solchen ist er nach hA freilich gar nicht legitimiert³¹⁾ im Zwischenverfahren keine Parteistellung zukommen.³²⁾

zessrechts⁹ (2017) Rz 413; aA *Trenker*, ÖJZ 2015, 111, nach dem die Annahme eines wesentlichen Verfahrensmangels vorzugswürdig sei.

³⁰⁾ Vgl dazu schon Abschnitt C.I.1.

³¹⁾ Mit der Streitverkündung bringt der Litisdenuziant nämlich sein Einverständnis mit dem Beitritt des Nebenintervenienten zum Ausdruck; *Deixler-Hübner*, Nebenintervention (1993) 119.

³²⁾ OGH 6 Ob 336/97y; *Schneider* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 29.

Es ist daher zu untersuchen, ob nicht ein Weg gefunden werden kann, die *Interessenlagen* der Beteiligten des Hauptverfahrens im Zwischenverfahren *korrekt abzubilden* (um dieses reibungslos und sinnvoll durchführen zu können). Eine Möglichkeit könnte dabei darin bestehen, den Streitverkünder selbst im Zwischenverfahren – etwa als Partei des Zwischenverfahrens oder als „Nebenintervenient des Beitrittswerbers“ im Beitrittsverfahren – zu involvieren. Andenken ließe sich auch, über eine *Kostenbelastung des Streitverkünders* für den Zwischenstreit über den Streitbeitritt diesen zur sorgfältigen Prüfung der Sinnhaftigkeit der Streitverkündung zu zwingen und ihm gegebenenfalls auch ein Zurückziehen der Streitverkündung schmackhaft zu machen, sofern der Beitritt aussichtslos erscheint. Dadurch würde auch das zuvor dargestellte Problem gemindert, dass der Beitrittswerber auf eigene Kosten einen von ihm gar nicht wirklich erstrebt und unter Umständen sehr riskanten Streitbeitritt erkämpfen muss. Schließlich könnte man auch andenken, ob im Zwischenstreit der *Untersuchungsgrundsatz* gelten könnte, sodass das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen des Streitbeitritts von Amts wegen zu prüfen hätte.

2. Zum Untersuchungsgrundsatz und zur Kostenbelastung des Streitverkünders

Die letzten beiden Überlegungen können relativ schnell verworfen werden: *Gegen die Annahme der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes* spricht nicht nur die mangelnde gesetzliche Normierung (damit haben freilich auch die anderen Lösungsvarianten zu kämpfen), sondern insbesondere auch, dass *kein gesamtgesellschaftliches Interesse* an der korrekten Ermittlung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Streitbeitritt besteht. Zwar kann die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nach *Konecny* auch dort indiziert sein, „wo es den Parteien an Interesse an der Aufklärung der rechtserheblichen Tatsachen fehlt“,³³⁾ weshalb „insbesondere bei Vielparteienverfahren mit oft ganz unterschiedlich gewichteten Einzelinteressen“³⁴⁾ vieles für den Untersuchungsgrundsatz spreche. Ohne Beteiligung der streitverkündenden Partei ist das Zwischenverfahren aber jedenfalls *kein* „*Vielparteienverfahren*“, und gerade im Anlassfall erscheint es wenig überzeugend, die (wohl auch auf einfachere Art behebbare) suboptimale Interessenabbildung bloß zweier Parteien dadurch in den Griff zu bekommen, auf methodisch mühsamem (weil wohl nur über eine Gesamtrechtsanalogie zu gehenden) Weg die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes herzuleiten. Im Übrigen ist das Gericht selbst bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes in gewissem Ausmaß zumindest *auf Behauptungen der Parteien angewiesen*: So wird etwa zu § 16 AußStrG vertreten, dass die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsforschung dort ende, wo kein Parteivorbringen

vorliege, die Behauptungen trotz richterlicher Anleitung nicht hinreichend konkretisiert würden und auch keine sonstigen Anhaltspunkte für eine weitere Aufklärungsbedürftigkeit bestünden.³⁵⁾ Damit könnte auch die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes die zuvor beschriebenen *Probleme allenfalls abschwächen, aber jedenfalls nicht gänzlich vermeiden*.

Auch die Konstruktion einer *Kostenbelastung des Streitverkünders* kann bei genauerer Betrachtung *wenig überzeugen*. Zwar ließe sich ein entsprechendes Ergebnis unter Umständen aus dem kostenrechtlichen *Verursachungsprinzip*³⁶⁾ ableiten (denn der Streitverkünder verursacht über die Streitverkündung ja mittelbar die Kosten des Zwischenverfahrens). Auch wären die Bedenken in Bezug auf das rechtliche Gehör des Litisdenunzianten zerstreut, weil er das *Zwischenverfahren nun ohne Kostenrisiko* führen könnte. Allerdings erschiene eine solche Kostenbelastung schon deswegen bedenklich, weil der Streitverkünder mangels Verfahrensbeteiligung außer der Zurücknahme der Streitverkündung *keine Einflussmöglichkeiten* auf den Gang des Zwischenverfahrens (und damit die dort entstehenden Kosten) hat. Ein ausgewogenes System – im Licht des Verschuldensprinzips dürfte der Beitrittswerber selbstverschuldete Kosten wohl dennoch nicht erstattet bekommen – müsste zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zumindest hinsichtlich der Kostenentscheidung eine Beteiligung des (kostenbelasteten) Streitverkünders inkludieren, was wiederum eine etwas weit hergeholte Konstruktion erfordern würde. Außerdem ist auch hier zweifelhaft, ob eine bloße Kostenbelastung des Litisdenunzianten *überhaupt geeignet* wäre, die genannten *Probleme zu lösen*: Denn die Verschiebung des Kostenrisikos vom Beitrittswerber zum Streitverkünder kann lediglich bewirken, dass letzterer eine Streitverkündung unterlässt (oder allenfalls zurückzieht), wenn er vom Bestehen eines rechtlichen Interesses nicht hinreichend überzeugt ist. Am potentiell *mangelnden wahren Interesse des Beitrittswerbers* an einem tatsächlichen Beitritt kann sie allerdings auch *nichts ändern*.

3. Lösung: Beteiligung des Streitverkünders im Zwischenstreit

Zu untersuchen bleibt die Option der *Beteiligung des Streitverkünders* im Zwischenverfahren. Dies ist auf den ersten Blick schon deswegen nicht abwegig, weil die den Streit verkündende Hauptpartei ein *rechtliches Interesse* am Ausgang dieses Zwischenverfahrens hat. Dass die Hauptpartei – wie in der Judikatur immer wieder betont wird³⁷⁾ – *kein Recht auf einen Beitritt* des Nebenintervenienten hat, *bedeutet nicht*, dass sie *kein rechtliches*

³³⁾ *Konecny* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ Einleitung Rz 13.

³⁴⁾ *Konecny* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ Einleitung Rz 13 (Fn 24).

³⁵⁾ *Höllwerth* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG (2013) § 16 Rz 37; *Rechberger* in Rechberger, AußStrG² (2013) § 16 Rz 1 aE; OGH 5 Ob 134/94; RIS-Justiz RS0029344.

³⁶⁾ Dazu statt vieler *M. Bydlinski* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ Vor §§ 40 ff ZPO Rz 5.

³⁷⁾ Etwa OGH 2 Ob 72/63; 3 Ob 2022/96s; 4 Ob 193/09z; RIS-Justiz RS0035743; so auch *Schneider* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 29.

Interesse an der korrekten Beurteilung der Beitrittserklärung eines Dritten nach Streitverkündung hat. Die Bindungswirkung der Streitverkündung kann nach der Rsp nämlich nur soweit eintreten, als dem Litisdennunzianten rechtliches Gehör gewährt wurde,³⁸⁾ was bei Verweigerung des Beitritts eben gerade nicht der Fall ist. Eine ungeRechtfertigte Beitrittsversagung stellt daher *einen Eingriff in die Rechte (auch) der Streitverkündenden Hauptpartei* dar.³⁹⁾

Ein *Blick nach Deutschland* – wo die Interventionswirkung explizit in § 74 dZPO normiert ist – zeigt, dass die den Streit verkündende Hauptpartei auch in das Zwischenverfahren eingebunden sein kann. Nach § 71 dZPO ist über den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention „nach mündlicher Verhandlung *unter den Parteien und dem Nebenintervenienten* zu entscheiden“, wobei die deutsche Lehre die konkrete Stellung der den Streit verkündenden Hauptpartei uneinheitlich zu beurteilen scheint: Während etwa nach *Mansel* die Hauptpartei auch Partei des Zurückweisungsverfahrens wird,⁴⁰⁾ sollen nach *Schultes* sowohl die Hauptparteien als auch der Nebenintervenient „Beteiligte“ des Zwischenstreits seien (wobei die dem Beitritt ausdrücklich zustimmende Partei dies „auf Seiten“ des Nebenintervenienten sei).⁴¹⁾ *Jakoby* spricht überhaupt nur davon, dass die Hauptpartei den Beitretenden „unterstützen“ könne.⁴²⁾ Einstimmigkeit besteht allerdings darüber, dass eine Hauptpartei nur dann in das Zwischenverfahren einzubinden ist, wenn sie entweder einen Zurückweisungsantrag gestellt oder die Abweisung eines solchen beantragt hat.⁴³⁾ Verhält sie sich passiv, so soll der Zwischenstreit hingegen nur zwischen dem Nebenintervenienten und der die Zurückweisung beantragenden Partei stattfinden.⁴⁴⁾

Zurück nach Österreich: Bevor weiter über die methodische Machbarkeit einer Beteiligung der Streitverkündenden Partei nachgedacht werden kann, ist zunächst zu überlegen, *welche Beteiligungsformen* dafür überhaupt sinnvollerweise in Frage kommen könnten. Ein *bloßes Rechtsmittelrecht* des Streitverkünders ist mangels hinreichender Einflussmöglichkeiten auf den Verfahrensgang wohl nicht geeignet, eine Torpedierung des Beitrittsverfahrens durch den unwilligen Beitrittswerber zu verhindern. Die Hauptpartei ist vielmehr *am Zwischenstreit zwischen Gegenpartei und Bei-*

trittswerber selbst zu beteiligen. Um eine sinnvolle Interessenabbildung zu ermöglichen, muss die Hauptpartei formelle Versäumnisse des Beitrittswerbers korrigieren und eigenes Vorbringen zum Beitrittsinteresse erstatten können (auch wenn dies über das Vorbringen des Beitrittswerbers hinausgeht oder diesem sogar widerspricht), sie muss eigene Beweisangebote⁴⁵⁾ stellen können und zur selbstständigen Erhebung eines (Revisions-)Rekurses gegen eine Zurückweisungsentscheidung legitimiert sein. Dies macht die Stellung der Hauptpartei im Zwischenstreit um den Beitritt mit der Stellung eines *streitgenössischen Nebenintervenienten* in einem Hauptverfahren vergleichbar. Diese *weitgehenden Rechte der Hauptpartei im Zwischenverfahren* müssen konsequenterweise aber auch mit einer *Kostenersatzpflicht* korrespondieren, wenn zB ein Rekurs der Hauptpartei gegen eine Zurückweisungsentscheidung erfolglos ist (sodass dann die erfolglos rekurrierende Hauptpartei die Rekursbeantwortungskosten zu tragen hat).⁴⁶⁾ Die Hauptpartei könnte insoweit – so die im Folgenden zu prüfende These – im Zwischenstreit als *streitgenössischer Nebenintervenient* des Beitrittswerbers angesehen werden.

Zumindest im Grundsatz ist die Figur der *Streitgenossenschaft kein Fremdkörper* im Zwischenstreit über die Nebenintervention: Denn nach ganz hA können beide Parteien (also auch die Partei, auf deren Seite der Nebenintervenient beitreten möchte) einen Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention stellen.⁴⁷⁾ Wenn beide Hauptparteien dem Beitritt widersprechen, so müssen sie auch beide im Zwischenverfahren (und zwar als Gegner des Beitrittswerbers) Parteistellung genießen, was – wenn man das Zwischenverfahren nicht als Mehrparteienverfahren verstehen will – eigentlich nur unter Zugrundelegung der Figur der gebundenen Streitgenossenschaft denkbar ist. In dieser Situation kämpfen beide Hauptparteien ohne wechselseitige Beschränkung und Bindung selbstständig gegen den Beitrittswerber. Ist aber eine „gebundene Streitgenossenschaft“ auf Seiten der Gegner des Beitrittswerbers technisch möglich, so ist es zumindest *prima facie* nicht abwegig, eine solche Konstruktion *auch auf Seiten des Beitrittswerbers selbst* zuzulassen.

Gegen eine Beteiligung des Litisdennunzianten könnte freilich der *Wortlaut des § 18 Abs 2 ZPO* ins Treffen geführt werden: Demnach ist über Antrag auf Zurückweisung des Nebenintervenienten „nach vorheriger mündlicher Verhandlung zwischen dem Bestreitenden und dem Intervenienten“ durch Beschluss zu entscheiden. Allerdings befindet sich die Bestimmung aus systematischer Sicht bei den Re-

³⁸⁾ OGH 1 Ob 2123/96d.

³⁹⁾ So schon *Schneider* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 21 ZPO Rz 14.

⁴⁰⁾ *Mansel* in Wiczorek/Schütze, ZPO II/1⁴ (2017) § 71 Rz 15.

⁴¹⁾ *Schultes* in Rauscher/Krüger, MünchKomm ZPO I⁵ (2016) § 71 Rz 7.

⁴²⁾ *Jakoby* in Stein/Jonas, ZPO I²³ (2014) § 71 Rz 4.

⁴³⁾ *Mansel* in Wiczorek/Schütze, ZPO II/1⁴ § 71 Rz 15; *Schultes* in Rauscher/Krüger, MünchKomm ZPO I⁵ § 71 Rz 7.

⁴⁴⁾ *Schultes* in Rauscher/Krüger, MünchKomm ZPO I⁵ § 71 Rz 7; nach *Mansel* (in Wiczorek/Schütze, ZPO II/1⁴ § 71 Rz 15) sei die Hauptpartei zwar nicht Partei des Zwischenverfahrens, sie sei an diesem aber dennoch „zu beteiligen“.

⁴⁵⁾ Klar ist ohnehin, dass es im Zwischenstreit um den Beitritt in der Regel um Rechtsfragen geht und Tatfragen und damit Beweisangebote bloß untergeordnete Bedeutung haben.

⁴⁶⁾ Vgl auch OGH 9 Ob 64/03g, welche den (streitgenössischen) Nebenintervenienten zum Kostenersatz verpflichtet.

⁴⁷⁾ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 402; *Schneider* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 28.

geln zur „bloßen“ (gemeint: ohne vorherige Streitverkündung erfolgenden) Nebenintervention, was dafür spricht, dass ihre Ausformulierung auf diesen idealtypischen Fall zugeschnitten ist. Überhaupt scheint § 18 Abs 2 ZPO eher darauf abzielen, „positiv“ jenen Personen rechtliches Gehör im Zwischenverfahren zu gewähren, die ein schützenswertes rechtliches Interesse an dessen Ausgang haben, als „negativ“ einen zwingenden Ausschluss anderer als der genannten Personen anzuordnen. Dass der historische Gesetzgeber der ZPO bereits von der in OGH 1 Ob 2123/96d erkannten, insbesondere mit der Entstehungsgeschichte des LGVÜ begründeten Interventionswirkung ausgegangen ist, ist nicht anzunehmen: Zwar hatte sich der österreichische Prozessrechtsgesetzgeber bei Schaffung der Bestimmungen zur Nebenintervention insbesondere auch die deutsche Rechtslage zum Vorbild genommen,⁴⁸⁾ allerdings schien er der Streitverkündung selbst lediglich (potentiell) zivilrechtliche Wirkungen beizumessen.⁴⁹⁾ Damit ist aber die Basis für einen *Analogieschluss* geschaffen: Die den Streit verkündende (und daher für den Beitritt eintretende) Hauptpartei ist zwar vom Wortlaut des § 18 Abs 2 ZPO nicht erfasst, seine Zwecke – nämlich die Beteiligung aller jener Personen im Zwischenstreit, die ein rechtliches Interesse an dessen Ausgang haben – erfordern aber eindeutig ihre Beteiligung am Zwischenstreit. Dem Gesetzgeber dürfte diese Problematik nicht bewusst gewesen sein, weshalb davon auszugehen ist, dass diese *Nichtregelung planwidrig* erfolgt ist. § 18 Abs 2 ZPO ist daher in analogiam auf die den Streit verkündende Hauptpartei anzuwenden. Diese kann dem Zwischenstreit auf Seite des Beitrittswerbers beitreten, wofür unseres Erachtens die oben dargelegten *Regeln der streitgenössischen Nebenintervention* weitgehend Anwendung finden können. Ein Zurückziehen der Beitrittserklärung muss dem Beitrittswerber allerdings auch dann unbenommen bleiben, wenn die auf seiner Seite beigetretene Hauptpartei dem widerspricht.

4. Handhabung im Regressprozess

Fraglich ist nun, wie sich die Beteiligungsmöglichkeit des Litisdennunzianten *auf den Regressprozess auswirkt*. Nachdem dem Streitverkünder nach der hier vertretenen Sichtweise auch im Zwischenverfahren rechtliches Gehör zukommt, ist es – anders als dies in der Entscheidung OGH 6 Ob 140/12z vertreten wurde – *nicht notwendig, die Verantwortung der Bekämpfung einer Zurückweisungsentscheidung auf den Beitrittswerber abzuwälzen*. Ob die Streitverkündende Hauptpartei dem Zwischenstreit *beitritt oder nicht*, ist daher im Ergebnis *ohne Bedeutung*: Wird der Beitritt zugelassen, so ist der Nebenintervenient für den Regressprozess ohnehin an die ihn belastenden Tatsachenfeststellungen des Erstverfahrens gebunden. Wird die Beitrittserklärung hingegen *im Zwischenverfahren rechtskräftig*

zurückgewiesen,⁵⁰⁾ so tritt *keinesfalls Interventionswirkung* ein, und zwar unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Zurückweisung und unabhängig vom tatsächlichen Beitritt der Hauptpartei im Zwischenverfahren. Denn da der Streitverkündenden Hauptpartei durch die Beitrittsmöglichkeit im Zwischenverfahren alle prozessualen Mittel zur Hand gegeben werden, unrichtige Zurückweisungsentscheidungen zu bekämpfen, ist der *Entfall der Interventionswirkung im Regressprozess* im Fall ihrer Säumnis oder Erfolglosigkeit eine adäquate Sanktion. In beiden Fällen bleibt dann im Regressprozess kein Raum mehr für die Behauptung der Unrichtigkeit des Zurückweisungsbeschlusses bzw der mangelhaften Verfahrensführung durch den Beitrittswerber. Das *Regressgericht* hat daher nur mehr zu überprüfen, ob die Nebenintervention im Zwischenverfahren rechtskräftig zurückgewiesen wurde.

III. Sonderproblem: Zurückweisung bereits im Vorprüfungsverfahren

Fraglich ist, ob die „Letztverantwortung“ (praktisch freilich selten) auch dann bei der Streitverkündenden Hauptpartei liegen kann, wenn die Nebenintervention *bereits im Rahmen der gerichtlichen Vorprüfung zurückgewiesen* wird. Dagegen spricht, dass die Hauptparteien in diesem Stadium noch *keine Mitwirkungsmöglichkeiten* haben, zumal ihnen der Beitrittsschriftsatz (vgl § 18 Abs 1 ZPO) erst nach Vorprüfung durch das Gericht zugestellt wird.⁵¹⁾ Mit einer (wenn auch nur für das Vorverfahren beschränkte) „Rückübertragung“ der Letztverantwortung an den Beitrittswerber bestünde die gesamte *Problematik der mangelhaften Interessenabbildung*⁵²⁾ allerdings im Vorverfahren fort. Zumindest hier bliebe die Bekämpfungsobliegenheit weiterhin notwendig und der Regressprozess wäre – je nach Handhabung der Bekämpfungsobliegenheit⁵³⁾ – potentiell wieder mit Erhebungen zur Verletzung prozessualer Diligenzpflichten des Beitrittswerbers sowie zur *Ex-ante*-Aussichtslosigkeit von Rechtsmitteln belastet. Auch aus der mangelhaften Interessenabbildung resultierende *Missbrauchsversuche*⁵⁴⁾ des Beitrittswerbers wären weiterhin möglich; sie würden sich lediglich in das Vorprüfungsverfahren verlagern.

Die nächstliegende Lösung würde wohl darin bestehen, den *Beitrittswerber mit der Bindungswirkung zu belasten*, wenn die Nebenintervention *bereits anlässlich der gerichtlichen Vorprüfung zurückgewiesen* wird. Dem Beitrittswerber ist es wohl – so könnte man auf den ersten Blick meinen – in aller Regel *zumutbar*, eine den *Formalerfordernissen entsprechende* (also etwa mit anwaltlicher Unterschrift versehene) *Beitrittserklärung abzugeben*. Unbehagen bereitet allerdings eine *Zurückweisung*

⁵⁰⁾ Zu den möglichen Entscheidungsvarianten siehe OGH 1 Ob 66/99h bzw 1 Ob 109/16k.

⁵¹⁾ Vgl etwa *Schneider* in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 23.

⁵²⁾ Dazu Abschnitt B.III.

⁵³⁾ Vgl Abschnitte C.I.1. und C.I.2.

⁵⁴⁾ Siehe Abschnitt B.III.

⁴⁸⁾ Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1897) 202.

⁴⁹⁾ Mat I 204.

mangels rechtlichen Interesses: Das rechtliche Interesse hat der Beitrittswerber zwar nur schlüssig zu behaupten,⁵⁵⁾ außerdem ist nach der Rsp bei der Überprüfung des rechtlichen Interesses „kein strenger Maßstab anzulegen“.⁵⁶⁾ Dennoch könnte diese Lösung in Grenzfällen zu unbilligen Ergebnissen führen: Zwar kann der zurückgewiesene Beitrittswerber im Regressprozess einwenden, dass überhaupt kein Regressverhältnis (im weiteren Sinn⁵⁷⁾ besteht (andernfalls wäre er mit seiner Behauptung im Vorprüfungsverfahren in aller Regel durchgedrungen), weshalb ihn auch keine Interventionswirkung treffe.⁵⁸⁾ Mangels Bindungswirkung der Zurückweisungsentscheidung im Regressprozess (der Litisdenunziant wurde im Vorverfahren ja nicht gehört) wäre der Beitrittswerber aber nicht davor gefeit, dass das Regressgericht sehr wohl das Vorliegen eines Regressverhältnisses annimmt. Ist das Erstgericht nun im Vorprüfungsverfahren der Ansicht, dass kein rechtliches Interesse am Beitritt besteht (und hat diese Entscheidung auch im Rechtsmittelverfahren Bestand), geht aber das Regressgericht sehr wohl vom Vorliegen eines Regressverhältnisses und damit von einer Bindung an die Tatsachenfeststellungen des Erstverfahrens aus, so wäre der Adressat der Streitverkündung um sein rechtliches Gehör gebracht. Verneint man hingegen die Interventionswirkung nach erfolglosem Durchschreiten des verfügbaren Instanzenzugs, so gelangt man im Ergebnis wieder zu einer Bekämpfungsobliegenheit iS der Entscheidung OGH 6 Ob 140/12z (mit all den in Abschnitt B.III. dargelegten Folgeproblemen).

Auch diese Probleme lassen sich dadurch vermeiden, dass man dem Streitverkünder eine gewisse Obliegenheit der „Mithilfe“ aufbürdet. Dies wäre theoretisch wiederum über eine Parteistellung oder parteiähnliche Stellung im Vorprüfungsverfahren denkbar, was hier aber systematisch wenig überzeugt: So müsste eine Zustellung an den Litisdenunzianten dann etwa schon vor der Vorprüfung erfolgen, damit dieser vom Vorprüfungsverfahren rechtzeitig Kenntnis erlangen kann. Unklar wäre auch, welche Befugnisse zur Stellung oder Verbesserung der formellen Beitrittserklärung der dem Vorprüfungsverfahren beitretenden Hauptpartei zukämen.

Eine befriedigende Lösung lässt sich aber auf viel einfacherem Weg erzielen: Gemäß § 21 Abs 1 ZPO hat die den Streit verkündende Partei in ihrem Schriftsatz auch den Grund der Benachrichtigung anzugeben. Dabei sind nach hA insbesondere all jene Tatsachen anzuführen, die beim Beitritt des Dritten als Nebenintervenient dessen rechtliches Interesse begründen.⁵⁹⁾ Auf diese Weise soll sich der

Litisdenunziant ein Bild davon machen können, worum es im anhängigen Rechtsstreit geht und ob ein Beitritt als Nebenintervenient aus seiner Sicht sinnvoll ist.⁶⁰⁾

Nun vertritt die hA zwar (gestützt auf § 25 ZPO), dass das Gericht keine inhaltliche Überprüfung des Streitverkündungsschriftsatzes vorzunehmen habe.⁶¹⁾ Allerdings hat das OLG Wien in seiner Entscheidung 3 R 14/09i die Zurückweisung der Streitverkündung für zulässig erachtet, weil diese im Anlassfall rechtsmissbräuchlich (weil gegen den im Verfahren tätigen gerichtlichen Sachverständigen gerichtet) war.⁶²⁾ Ob man § 25 ZPO tatsächlich entnehmen kann, dass das Gericht bei Einlangen eines Streitverkündungsschriftsatzes keinerlei Prüfpflichten hat, ist uE durchaus zweifelhaft. Vielmehr wollte der Gesetzgeber damit wohl lediglich eine abgesonderte Bekämpfbarkeit der Streitverkündung und damit eine Verfahrensverzögerung verhindern,⁶³⁾ zumal das Vorliegen eines rechtlichen Interesses ohnehin im Zwischenstreit nach § 18 Abs 2 ZPO zu klären ist. Geht man daher – mit dem OLG Wien – davon aus, dass der Zustellung der Streitverkündung sehr wohl eine gewisse inhaltliche Prüfung des Streitverkündungsschriftsatzes vorangehen kann, dann ist es nur mehr ein kleiner Schritt, aus dem Wortlaut des § 21 Abs 1 ZPO eine Schlüssigkeitsprüfung der Streitverkündung durch das Gericht abzuleiten. Auf diese Weise würde der Streitverkünder die Last tragen, das Beitrittsinteresse schlüssig zu behaupten, sodass sich die Schlüssigkeit des Beitritts reflexartig aus der Streitverkündung ergäbe.

Dafür sprechen – neben dem Wortlaut des § 21 Abs 1 ZPO – aber durchaus auch systematische Argumente: Denn die Gegenposition müsste faktisch auch eine „leere“ Streitverkündung an den Litisdenunzianten zulassen, der im schlimmsten Fall (mangels jeglicher inhaltlicher Ausführungen im ihm zugestellten Schriftsatz) nicht einmal weiß, worum es im anhängigen Verfahren überhaupt geht (was auch das Auslösen einer Interventionswirkung im Fall des Nichtbeitritts problematisch erscheinen ließe).⁶⁴⁾ Lehnte man dies ab, so wäre zu klären, ab welchem Grad der Bestimmtheit und Schlüssigkeit die Interventionswirkung eintritt und ob die Zustellung einer leeren Streitverkündung eine Art „Nachforschungspflicht“ des Adressaten auslösen kann. Die diesen Rechtsfragen zugrundeliegenden Tatsachenerhebungen wären – der eigentlich intendierten Prozessökonomie abträglich – wiederum im Regressprozess zu untersuchen, wenn der

⁵⁵⁾ Fucik in Rechberger, ZPO⁴ § 18 Rz 2; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 18 ZPO Rz 19.

⁵⁶⁾ OGH 6 Ob 140/12z.

⁵⁷⁾ Näheres zur Definition eines „Regressprozesses“ in OGH 1 Ob 242/97p.

⁵⁸⁾ OGH 6 Ob 88/99f; Bielez/Beham, Bindungswirkung der Streitverkündung, eolex 2013, 876 (877).

⁵⁹⁾ So etwa Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozess (1963) 309; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG

II/1³ § 21 ZPO Rz 8; Sperl, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I (1930) 177; aA wohl Fasching, Lehrbuch² Rz 415.

⁶⁰⁾ Dazu jüngst OGH 10 Ob 4/18p.

⁶¹⁾ Etwa Fucik in Rechberger, ZPO⁴ § 21 Rz 2; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 21 ZPO Rz 12.

⁶²⁾ OLG Wien 3 R 14/09i; dies wohl billigend Schneider in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ § 21 ZPO Rz 12.

⁶³⁾ Vgl dazu die Ausführungen zu § 21 ZPO in Mat I 204.

⁶⁴⁾ So jüngst auch OGH 10 Ob 4/18p, wonach die Nichterstattung des nach § 21 ZPO vorgesehenen Vorbringens in der Streitverkündung keine Bindungswirkung entstehen lässt.

Litisdenuziat behauptet, dass keine Interventionswirkung eingetreten sei.

Vorzugswürdig ist demgegenüber die Sichtweise, wonach das Gericht bereits bei Einlagen des Streitverkündungsschriftsatzes die *Schlüssigkeit des behaupteten rechtlichen Interesses* (mit anderen Worten: den „Grund der Benachrichtigung“ iS des § 21 Abs 1 ZPO) zu überprüfen und dem Streitverkünder mangels Schlüssigkeit schon vor Zustellung an den Adressaten der Streitverkündung einen Verbesserungsauftrag zu erteilen hat. Der Beitrittswerber kann sich – sofern ihm der Streit verkündet wurde – in seinem Beitrittsschriftsatz darauf beschränken, sein *rechtliches Interesse am Beitritt übereinstimmend mit der schlüssigen Streitverkündung* zu behaupten. Befürchtungen einer Überfrachtung des Verfahrens sind dabei nicht angebracht: Das Gericht hat zwar vor Zustellung der Streitverkündung die schlüssige Behauptung des rechtlichen Interesses zu prüfen, erspart sich dafür aber bei einem darauf gestützten Beitritt des Litisdenunzianten im Vorprüfungsverfahren⁶⁵⁾ die erneute Prüfung des bereits als schlüssig beurteilten Vorbringens.

Auf diese Weise wird – gedeckt durch den Wortlaut des § 21 Abs 1 ZPO sowie gestützt durch gewichtige systematische Erwägungen – die Interessenlagen der einzelnen Beteiligten auch im Vorprüfungsverfahren korrekt abgebildet und insgesamt eine sinnvolle Handhabung des Eintritts der Interventionswirkung ermöglicht. Für die in mehrerlei Hinsicht bedenkliche *Bekämpfungsobliegenheit* des Beitrittswerbers besteht nach dieser Sichtweise *keine Notwendigkeit mehr*.

IV. Endergebnis

Zusammengefasst gelangt man unter Zugrundelegung der obigen Überlegungen zu folgendem *Endergebnis*:

1. Der *Litisdenuziant* hat bereits in seinem Streitverkündungsschriftsatz das *rechtliche Interesse des Dritten schlüssig zu behaupten*. Tut er das (allenfalls nach Erteilung eines Verbesserungsauftrags) nicht, so ist die Streitverkündung gar nicht zuzustellen und den gewünschten Adressa-

ten der Streitverkündung kann auch keine Interventionswirkung treffen.

2. Nach Erhalt der Streitverkündung kann der Litisdenunziat seinen *Streitbeitritt erklären*. Sein *rechtliches Interesse am Beitritt* kann er dabei *übereinstimmend mit der schlüssigen Streitverkündung* behaupten.
3. Nach Zustellung der Beitrittserklärung an die Parteien ist auf Zurückweisungsantrag des Gegners der streitverkündenden Partei ein Zwischenverfahren zwischen Litisdenunziat und der die Zurückweisung beantragenden Partei durchzuführen. Diesem Zwischenverfahren kann der *Streitverkünder auf Seiten des Beitrittswerbers als „streitgenössischer Nebenintervenient“* beitreten. Wird die Nebenintervention zurückgewiesen, so entfaltet das Urteil dieses Verfahrens *keine Interventionswirkung* im Regressprozess, weil dem Streitverkünder im Zwischenverfahren (unabhängig von seinem tatsächlichen Beitritt) *volles rechtliches Gehör* zukam.

D. Zusammenschau

Nach der Judikatur trifft den Adressaten einer Streitverkündung bei sonstiger Interventionswirkung die *Obliegenheit der Bekämpfung einer Zurückweisung der Nebenintervention*. Das führt – zumal der Beitrittswerber nicht immer ein faktisches Interesse am Beitritt hat – zu systematischen Problemstellungen und unbilligen Folgewirkungen: So könnte den Beitrittswerber (je nach Handhabung der Vorgaben der Rsp) auch dann ein Kostenrisiko für das Zwischenverfahren treffen, wenn der Beitritt von vorneherein aussichtslos ist. In jedem Fall könnte der Regressprozess mit Erörterungen des ordnungsgemäßen Bemühens des Beitrittswerbers um die Zulassung der Nebenintervention belastet werden. All dies lässt sich dadurch vermeiden, dass der Streitverkünder bereits bei Streitverkündung das *Beitrittsinteresse schlüssig behaupten muss und ihm im Zwischenverfahren umfassendes rechtliches Gehör* gewährt wird. Für die Bekämpfungsobliegenheit und allfällige Erörterungen im Regressprozess besteht dann keine Notwendigkeit mehr.

Korrespondenz: Ass.-Prof. MMMag. Dr. *Philipp Anzenberger*, Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht, Universität Graz, Universitätsstraße 15, 8010 Graz, Österreich; E-Mail: philipp.anzenberger@uni-graz.at.

RA Dr. *Konstantin Pochmarski*, Hohenberg Strauss Buchbauer Rechtsanwälte, Hartenaugasse 6, 8010 Graz, Österreich; E-Mail: konstantin.pochmarski@hohenberg.at.

⁶⁵⁾ Nach einem Zurückweisungsantrag hat natürlich eine umfassendere Prüfung des rechtlichen Interesses zu erfolgen.