

TE OGH 2006/10/3 10Ob25/06h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.10.2006

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon. Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der Antragstellerin R***** & A***** Franz Z***** & Co KG, *****, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Antragsgegnerin Dr. Richard V***** KG, *****, vertreten durch Dr. Tassilo Neuwirth, Dr. Alexander Neurauter und Dr. Martin Neuwirth, Rechtsanwälte in Wien, wegen Benützungsregelung, infolge Revisionsrekurses der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 25. Jänner 2006, GZ 43 R 487/05v-27, womit der Beschluss des Bezirksgerichtes Leopoldstadt vom 27. Juni 2005, GZ 6 Nc 14/04b-22, bestätigt wurde, den Beschluss gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichtes wie folgt zu lauten hat:

„Der Antrag, nach billigem Ermessen eine neue Benützungsvereinbarung zu treffen, welche der Antragsgegnerin und der Antragstellerin die Befahrung des ersten Teilstückes der Linie 38A - im Sinne der Auflage zum Betrieb der konzessionierten Teilstrecken im 'Gemeinschaftsverkehr' - zu gleichen Teilen ermöglicht, in eventu die Kündigung der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 zwischen der Antragsgegnerin, der Antragstellerin und den Wiener Linien zu genehmigen und nach billigem Ermessen eine neue Benützungsvereinbarung zu treffen, welche der Antragsgegnerin und der Antragstellerin die Befahrung des ersten Teilstückes der Linie 38A - im Sinne der Auflage zum Betrieb der konzessionierten Teilstrecken im 'Gemeinschaftsverkehr' zu gleichen Teilen ermöglicht, wird abgewiesen.“

Der Antrag auf Zuspruch der Kosten des Rechtsmittelverfahrens wird abgewiesen.

Text

Begründung:

Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung vom 20. 3. 1980 wurde der Antragstellerin die Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie zwischen Wien 19, Grinzing und Bahnhof Heiligenstadt, auf die Dauer von 15 Jahren bis zum 20. 3. 1995 erteilt. Gemäß dem Bescheid ist die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin zu führen, der ebenfalls für dieses Teilstück die Konzession erteilt wurde. In einer zwischen den Parteien am 22. 6. 1982 getroffenen Benützungsvereinbarung wurde festgelegt, dass die Kraftfahrlinie 37A Heiligenstadt in Betriebsgemeinschaft in der Form geführt wird, dass jede der beiden Firmen die Hälfte der Kilometerleistungen erbringt und der Fahrplan im Einvernehmen zwischen den beiden Firmen und den Wiener Stadtwerken

Vertriebsbetrieben erstellt wird. Die Verrechnung der Kilometerleistungen erfolgt einerseits durch die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Tarifgemeinschaftsvertrages mit den Wiener Stadtwerken Verkehrsbetrieben, anderseits erhält die Antragstellerin monatlich für die halb von ihr auf der Linie 37A erbrachte Kilometerleistung von der Antragsgegnerin die Hälfte des von den Wiener Stadtwerken Verkehrsbetrieben für die Linie 37A gezahlten Entgelts. Diese Vereinbarung gilt auf die Dauer der Tarifgemeinschaft für die Linie 37A und auch für Rechtsnachfolger der beiden Firmen. Konzessionsinhaber für das zweite Teilstück der Autobuslinie 37A (von Grinzing zum Kahlenberg) waren die Wiener Stadtwerke Verkehrsbetriebe (nunmehr Wiener Linien GmbH & CO KG - im Folgenden: Wiener Linien). Konzessionsinhaber für das dritte Teilstück dieser Autobuslinie (vom Kahlenberg zum Leopoldsberg) sind wiederum die Antragstellerin und die Antragsgegnerin. Im Rahmen der Umstrukturierung des Verkehrsverbundes Ost-Region GmbH („VOR“) stellten die Wiener Linien im Jahr 1988 einen Antrag auf Konzessionserweiterung auf das erste Teilstück (von Heiligenstadt nach Grinzing). Obwohl der Fahrplan der Linie 37A für das Jahr 1989 die Befahrung durch die beiden Parteien als Konzessionsinhaber vorsah, befuhren tatsächlich die Wiener Linien seit 1. 9. 1988 auch dieses erste Teilstück der Linie - im Zuge der Umstrukturierung der VOR nunmehr - 38A. Vor diesem Hintergrund wurde am 13. 4. 1989 zwischen den Parteien als Konzessionsinhaber einerseits und den Wiener Linien (vormals Wiener Stadtwerke Verkehrsbetriebe) andererseits eine schriftliche Vereinbarung getroffen. In dieser Vereinbarung gaben die Konzessionsinhaber ihr Einverständnis, dass die derzeitige Befahrung des ersten und dritten Teilstückes der Linie 38A durch die Wiener Linien bis zum 20. 3. 1995 (Ablauf der beiden Konzessionsrechte für das Streckenteilstück Grinzing - Heiligenstadt) durchgeführt wird, und die beiden Parteien verpflichteten sich, ihre Zustimmung zur Befahrung der beiden genannten Teilstücke durch die Wiener Linien, solange die beiden Konzessionen für das Streckenteilstück „Grinzing - Heiligenstadt“ aufrecht sind, nicht zu widerrufen. Als Gegenleistung seitens der Wiener Linien wurde vereinbart, dass diese ihren Antrag auf Konzessionserweiterung betreffend das erste Teilstück dieser Linie zurückziehen. Nach Unterfertigung dieser Vereinbarung durch die beiden Parteien als Konzessionsinhaber zogen die Wiener Linien ihren Antrag auf Konzessionserweiterung zurück. In zeitlichem Zusammenhang mit dieser Vereinbarung vom 13. 4. 1989 erhielten die beiden Parteien für ihre beschriebene Einverständniserklärung vom VOR wirtschaftliche Gegenleistungen.

Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung vom 30. 1. 1995 wurde der Antragstellerin neuerlich die Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie zwischen Wien 19, Bahnhof Heiligenstadt - Grinzing/Ort, bis zum 20. 3. 2010 erteilt. Der Antragstellerin wurde neuerlich die Auflage erteilt, die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin, der ebenfalls für dieses Teilstück die Konzession bis zum 20. 3. 2010 verlängert wurde, zu führen. Weiters wurde in dem Bescheid angemerkt, dass die gegenständliche Linie seit längerer Zeit im Einvernehmen mit der Konzessionsinhaberin gemäß § 10 Abs 3 KfLG von den Wiener Linien unter dem Liniensignal 38A geführt wird. Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung vom 30. 1. 1995 wurde der Antragstellerin neuerlich die Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie zwischen Wien 19, Bahnhof Heiligenstadt - Grinzing/Ort, bis zum 20. 3. 2010 erteilt. Der Antragstellerin wurde neuerlich die Auflage erteilt, die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin, der ebenfalls für dieses Teilstück die Konzession bis zum 20. 3. 2010 verlängert wurde, zu führen. Weiters wurde in dem Bescheid angemerkt, dass die gegenständliche Linie seit längerer Zeit im Einvernehmen mit der Konzessionsinhaberin gemäß Paragraph 10, Absatz 3, KfLG von den Wiener Linien unter dem Liniensignal 38A geführt wird.

Im Jahr 2001 erkundigte sich die nunmehrige Geschäftsführerin der Antragstellerin bei den Wiener Linien, auf welcher rechtlichen Grundlage von dieser die Linie 38A geführt werde. Die Wiener Linien vertraten dazu den Standpunkt, dass eine konkludente Verlängerung der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 über das Jahr 1995 hinaus erfolgt sei. Auch die Antragsgegnerin schloss sich dem Standpunkt der Wiener Linien an und vertrat die Auffassung, dass die Vereinbarung vom 13. 4. 1989 infolge konkludenter Verlängerung bis zum 20. 3. 2010 rechtswirksam sei und keine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit bestehe. Da zwischen den Parteien und den Wiener Linien in der Frage des aufrechten Bestandes der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 keine Einigung erzielt werden konnte, kündigte die Antragstellerin diese Vereinbarung mit Schreiben vom 28. 4. 2003 zum 31. 7. 2003 auf. Sie kündigte an, ab 1. 8. 2003 die Teilstrecke Heiligenstadt - Grinzing und Kahlenberg - Leopoldsberg wieder selbst befahren zu wollen. Die Wiener Linien stellten sich demgegenüber weiterhin auf den Standpunkt, dass durch die Verlängerung der Konzession im Jahr 1995 auch die Gültigkeit der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 für diese Dauer verlängert worden sei. Sie boten daher der Antragstellerin lediglich an, sie könne mit ihren Bussen - zusätzlich zum bisherigen Kursangebot der Wiener Linien - „dazwischenfahren“, wenn ein Intervall von mindesten 2 Minuten gewährleistet sei und zusätzliche

Haltestellengenehmigungen seitens der Antragstellerin eingeholt würden. Da dieser Vorschlag auf der Linie 38A einen kürzeren Takt als den U-Bahn-Takt zur Folge gehabt hätte, lehnte die Antragstellerin diesen Vorschlag wegen wirtschaftlicher Unrentabilität ab. Die Antragstellerin stellte nunmehr den aus dem Spruch ersichtlichen Antrag. Sie begründete ihr Begehr im Wesentlichen damit, dass die Bestimmungen über die Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte im Sinne der §§ 825 ff ABGB im vorliegenden Fall analog anzuwenden seien. Die zwischen den Parteien zuletzt getroffene Benützungsvereinbarung vom 13. 4. 1989 sei bis 20. 3. 1995 befristet und daher durch Zeitablauf erloschen. Eine konkludente Verlängerung sei nicht erfolgt, weil die Antragstellerin kein Verhalten gesetzt habe, aus dem unzweifelhaft ableitbar wäre, dass sie einer Verlängerung zugestimmt hätte. Da mit der Antragsgegnerin in der Folge kein Einvernehmen erzielt worden sei, sei ein Antrag auf Benützungsregelung zulässig. Selbst wenn man von einer konkludenten Verlängerung der Benützungsvereinbarung über das Jahr 1995 hinaus ausgehe, stünde der Antragstellerin aus den näher dargelegten Gründen nunmehr ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Im Übrigen würde die Abänderung einer bestehenden Benützungsvereinbarung eine außerordentliche Maßnahme iSd § 834 ABGB darstellen, auf die insbesondere die Bestimmungen der §§ 834 f ABGB anzuwenden wären. Die Antragsgegnerin beantragte die Abweisung des Antrages und wendete insbesondere die Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges ein, weil die Bestimmungen der §§ 825 ff ABGB nicht anzuwenden seien. Der Antrag sei aber auch inhaltlich nicht berechtigt, weil es bereits eine bindende Vereinbarung zwischen den Parteien gebe, wonach das verfahrensgegenständliche Teilstück der Linie 38A von den Wiener Linien als Betriebsführung iSd § 10 Abs 3 KfIG 1952 geführt werde, die Parteien ausdrücklich auf den Widerruf dieser Vereinbarung während der aufrechten Konzession verzichtet hätten, die Konzession bis 20. 3. 2010 erteilt worden sei und eine vorzeitige Kündigung dieses befristeten Schuldverhältnisses zwischen den Parteien und den Wiener Linien nicht vereinbart worden sei. Es bestehe daher zwischen den Parteien und den Wiener Linien eine aufrechte Vertragsbeziehung über die Betriebsführung durch die Wiener Linien auf dem verfahrensgegenständlichen Teilstück. Im Jahr 2001 erkundigte sich die nunmehrige Geschäftsführerin der Antragstellerin bei den Wiener Linien, auf welcher rechtlichen Grundlage von dieser die Linie 38A geführt werde. Die Wiener Linien vertraten dazu den Standpunkt, dass eine konkludente Verlängerung der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 über das Jahr 1995 erfolgt sei. Auch die Antragsgegnerin schloss sich dem Standpunkt der Wiener Linien an und vertrat die Auffassung, dass die Vereinbarung vom 13. 4. 1989 infolge konkludenter Verlängerung bis zum 20. 3. 2010 rechtswirksam sei und keine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit bestehe. Da zwischen den Parteien und den Wiener Linien in der Frage des aufrechten Bestandes der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 keine Einigung erzielt werden konnte, kündigte die Antragstellerin diese Vereinbarung mit Schreiben vom 28. 4. 2003 zum 31. 7. 2003 auf. Sie kündigte an, ab 1. 8. 2003 die Teilstrecke Heiligenstadt - Grinzing und Kahlenberg - Leopoldsberg wieder selbst befahren zu wollen. Die Wiener Linien stellten sich demgegenüber weiterhin auf den Standpunkt, dass durch die Verlängerung der Konzession im Jahr 1995 auch die Gültigkeit der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 für diese Dauer verlängert worden sei. Sie boten daher der Antragstellerin lediglich an, sie könne mit ihren Bussen - zusätzlich zum bisherigen Kursangebot der Wiener Linien - „dazwischenfahren“, wenn ein Intervall von mindesten 2 Minuten gewährleistet sei und zusätzliche Haltestellengenehmigungen seitens der Antragstellerin eingeholt würden. Da dieser Vorschlag auf der Linie 38A einen kürzeren Takt als den U-Bahn-Takt zur Folge gehabt hätte, lehnte die Antragstellerin diesen Vorschlag wegen wirtschaftlicher Unrentabilität ab. Die Antragstellerin stellte nunmehr den aus dem Spruch ersichtlichen Antrag. Sie begründete ihr Begehr im Wesentlichen damit, dass die Bestimmungen über die Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte im Sinne der Paragraphen 825, ff ABGB im vorliegenden Fall analog anzuwenden seien. Die zwischen den Parteien zuletzt getroffene Benützungsvereinbarung vom 13. 4. 1989 sei bis 20. 3. 1995 befristet und daher durch Zeitablauf erloschen. Eine konkludente Verlängerung sei nicht erfolgt, weil die Antragstellerin kein Verhalten gesetzt habe, aus dem unzweifelhaft ableitbar wäre, dass sie einer Verlängerung zugestimmt hätte. Da mit der Antragsgegnerin in der Folge kein Einvernehmen erzielt worden sei, sei ein Antrag auf Benützungsregelung zulässig. Selbst wenn man von einer konkludenten Verlängerung der Benützungsvereinbarung über das Jahr 1995 hinaus ausgehe, stünde der Antragstellerin aus den näher dargelegten Gründen nunmehr ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Im Übrigen würde die Abänderung einer bestehenden Benützungsvereinbarung eine außerordentliche Maßnahme iSd Paragraph 834, ABGB darstellen, auf die insbesondere die Bestimmungen der Paragraphen 834, f ABGB anzuwenden wären. Die Antragsgegnerin beantragte die Abweisung des Antrages und wendete insbesondere die Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges ein, weil die Bestimmungen der Paragraphen 825, ff ABGB nicht anzuwenden seien. Der Antrag sei aber auch inhaltlich nicht berechtigt, weil es bereits

eine bindende Vereinbarung zwischen den Parteien gebe, wonach das verfahrensgegenständliche Teilstück der Linie 38A von den Wiener Linien als Betriebsführung iSd Paragraph 10, Absatz 3, KfLG 1952 geführt werde, die Parteien ausdrücklich auf den Widerruf dieser Vereinbarung während der aufrechten Konzession verzichtet hätten, die Konzession bis 20. 3. 2010 erteilt worden sei und eine vorzeitige Kündigung dieses befristeten Schuldverhältnisses zwischen den Parteien und den Wiener Linien nicht vereinbart worden sei. Es bestehe daher zwischen den Parteien und den Wiener Linien eine aufrechte Vertragsbeziehung über die Betriebsführung durch die Wiener Linien auf dem verfahrensgegenständlichen Teilstück.

Das Erstgericht traf eine Benützungsregelung in der Form, dass die Linie 38A im ersten Teilstück Heiligenstadt - Grinzing entsprechend der Beilage U im Gemeinschaftsverkehr von beiden Parteien zu gleichen Teilen zu befahren sei, wobei es die Kurse zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin aufteilte. Es vertrat in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen die Auffassung, dass die Bestimmungen der §§ 825 ff ABGB analog anzuwenden seien und daher der außerstreitige Rechtsweg zulässig sei. Die zwischen den Parteien getroffene Benützungsvereinbarung vom 13. 4. 1989 sei mit 20. 3. 1995 abgelaufen, eine konkludente Verlängerung habe nicht stattgefunden. Es sei daher nunmehr vom Gericht eine neue Benützungsregelung in Form einer den Interessen beider Parteien Rechnung tragenden und wirtschaftlich vernünftigen Nutzung der Konzession zu gleichen Teilen festzusetzen gewesen. Das Erstgericht traf eine Benützungsregelung in der Form, dass die Linie 38A im ersten Teilstück Heiligenstadt - Grinzing entsprechend der Beilage U im Gemeinschaftsverkehr von beiden Parteien zu gleichen Teilen zu befahren sei, wobei es die Kurse zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin aufteilte. Es vertrat in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen die Auffassung, dass die Bestimmungen der Paragraphen 825, ff ABGB analog anzuwenden seien und daher der außerstreitige Rechtsweg zulässig sei. Die zwischen den Parteien getroffene Benützungsvereinbarung vom 13. 4. 1989 sei mit 20. 3. 1995 abgelaufen, eine konkludente Verlängerung habe nicht stattgefunden. Es sei daher nunmehr vom Gericht eine neue Benützungsregelung in Form einer den Interessen beider Parteien Rechnung tragenden und wirtschaftlich vernünftigen Nutzung der Konzession zu gleichen Teilen festzusetzen gewesen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Antragsgegnerin keine Folge. Es vertrat im Wesentlichen die Auffassung, dass die interne Ausgestaltung der zwischen den Parteien bestehenden Betriebsgemeinschaft keine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit begründe, sondern im außerstreitigen Verfahren entsprechend den Bestimmungen der §§ 825 ff ABGB zu erfolgen habe. Dabei sei nur das Verhältnis zwischen den beiden Parteien als Konzessionsinhaber zu beurteilen. Die Frage, ob die von den beiden Parteien mit den Wiener Linien getroffene Vereinbarung vom 13. 4. 1989 weiterhin aufrecht sei, könne nicht im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens geprüft werden. Die vom Erstgericht getroffene Benützungsregelung sei sachgerecht. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Antragsgegnerin keine Folge. Es vertrat im Wesentlichen die Auffassung, dass die interne Ausgestaltung der zwischen den Parteien bestehenden Betriebsgemeinschaft keine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit begründe, sondern im außerstreitigen Verfahren entsprechend den Bestimmungen der Paragraphen 825, ff ABGB zu erfolgen habe. Dabei sei nur das Verhältnis zwischen den beiden Parteien als Konzessionsinhaber zu beurteilen. Die Frage, ob die von den beiden Parteien mit den Wiener Linien getroffene Vereinbarung vom 13. 4. 1989 weiterhin aufrecht sei, könne nicht im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens geprüft werden. Die vom Erstgericht getroffene Benützungsregelung sei sachgerecht.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil den hier zu beurteilenden Rechtsfragen eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung zukomme und dazu keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vorliege. Gegen den Beschluss des Rekursgerichtes wendet sich der Revisionsrekurs der Antragsgegnerin wegen Nichtigkeit, Mängelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss im Sinne einer Abweisung bzw Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin auf Benützungsregelung abzuändern. Hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Antragstellerin beantragt in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen bzw ihm keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, zulässig und im Sinn einer Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Benützungsregelung auch berechtigt. Die Antragsgegnerin macht in ihrem Rechtsmittel zunächst Nichtigkeit wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, insbesondere Unzulässigkeit des

außerstreitigen Rechtsweges geltend.

Da das Datum der Entscheidung erster Instanz nach dem 31. 12. 2004 liegt, ist auf den Revisionsrekurs bereits das AußStrG 2005 anzuwenden (§ 203 Abs 7 AußStrG). Nach § 66 Abs 1 Z 1 iVm § 56 AußStrG kann in einem Revisionsrekurs unter anderem die Unzulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges geltend gemacht werden. Es ist allerdings zu prüfen, ob das auch dann gilt, wenn das Rekursgericht die Zulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges bereits ausdrücklich bejaht hat. Da das Datum der Entscheidung erster Instanz nach dem 31. 12. 2004 liegt, ist auf den Revisionsrekurs bereits das AußStrG 2005 anzuwenden (Paragraph 203, Absatz 7, AußStrG). Nach Paragraph 66, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 56, AußStrG kann in einem Revisionsrekurs unter anderem die Unzulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges geltend gemacht werden. Es ist allerdings zu prüfen, ob das auch dann gilt, wenn das Rekursgericht die Zulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges bereits ausdrücklich bejaht hat.

Wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 12/06b vom 14. 3. 2006 bereits näher dargelegt hat, wird für entsprechende Fallgestaltungen im streitigen Verfahren die absolute Unzulässigkeit des Revisionsrekurses angenommen, wobei dies mit einer Analogie zu den Anfechtungsbeschränkungen des § 519 Abs 1 Z 1 ZPO begründet wird. Im Außerstreichverfahren konnte eine Nichtigkeit („Nullität“) des Verfahrens ursprünglich auch bei konformen Entscheidungen mit Rekurs an den Obersten Gerichtshof geltend gemacht werden (§ 16 AußStrG idF RGBI 1854/208). Mit der Erweiterten Wertgrenzennovelle 1989 (BGBl 1989/162) wurde allerdings das Revisionsrekursrecht des Außerstreichgesetzes nach dem Vorbild der Zivilprozeßordnung neu geregelt. Dies führte zur ständigen Rechtsprechung, dass Nichtigkeiten des Verfahrens erster Instanz, die in zweiter Instanz verneint worden sind, auch in Außerstreichsachen nicht mehr geltend gemacht werden können (SZ 65/84 ua; RIS-Justiz RS0007232, RS0107248 mwN). Wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 12/06b vom 14. 3. 2006 bereits näher dargelegt hat, wird für entsprechende Fallgestaltungen im streitigen Verfahren die absolute Unzulässigkeit des Revisionsrekurses angenommen, wobei dies mit einer Analogie zu den Anfechtungsbeschränkungen des Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO begründet wird. Im Außerstreichverfahren konnte eine Nichtigkeit („Nullität“) des Verfahrens ursprünglich auch bei konformen Entscheidungen mit Rekurs an den Obersten Gerichtshof geltend gemacht werden (Paragraph 16, AußStrG in der Fassung RGBI 1854/208). Mit der Erweiterten Wertgrenzennovelle 1989 (BGBl 1989/162) wurde allerdings das Revisionsrekursrecht des Außerstreichgesetzes nach dem Vorbild der Zivilprozeßordnung neu geregelt. Dies führte zur ständigen Rechtsprechung, dass Nichtigkeiten des Verfahrens erster Instanz, die in zweiter Instanz verneint worden sind, auch in Außerstreichsachen nicht mehr geltend gemacht werden können (SZ 65/84 ua; RIS-Justiz RS0007232, RS0107248 mwN).

Im neuen Außerstreichverfahren wurden die mit Revisionsrekurs aufgreifbaren Nichtigkeitsgründe reduziert (Fucik/Kloiber, AußStrG § 66 Rz 1). Darunter fallen nur mehr die von § 66 Abs 1 Z 1 AußStrG iVm §§ 56, 57 und 58 AußStrG erfassten Mängel. Dazu gehört allerdings weiterhin auch die Unzulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges (§ 56 Abs 1 AußStrG). Die Frage, ob auch vom Rekursgericht verneinte Nichtigkeiten mit Revisionsrekurs geltend gemacht werden können, ist nicht ausdrücklich geregelt (4 Ob 12/06b). Im neuen Außerstreichverfahren wurden die mit Revisionsrekurs aufgreifbaren Nichtigkeitsgründe reduziert (Fucik/Kloiber, AußStrG Paragraph 66, Rz 1). Darunter fallen nur mehr die von Paragraph 66, Absatz eins, Ziffer eins, AußStrG in Verbindung mit Paragraphen 56, 57 und 58 AußStrG erfassten Mängel. Dazu gehört allerdings weiterhin auch die Unzulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges (Paragraph 56, Absatz eins, AußStrG). Die Frage, ob auch vom Rekursgericht verneinte Nichtigkeiten mit Revisionsrekurs geltend gemacht werden können, ist nicht ausdrücklich geregelt (4 Ob 12/06b).

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die in § 66 Abs 1 Z 1 AußStrG genannten Mängel auch dann in einem Revisionsrekurs geltend gemacht werden können, wenn sie vom Rekursgericht verneint worden sind. Wegen der ausdrücklichen Anordnung in § 66 Abs 1 AußStrG und des Fehlens einer § 519 ZPO vergleichbaren Bestimmung gebe es keine Grundlage für die Annahme einer diesbezüglichen Rechtsmittelbeschränkung (Zechner in Fasching/Konecny2 IV/2, § 503 Rz 76; Fucik/Kloiber aaO § 66 Rz 2). Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die in Paragraph 66, Absatz eins, Ziffer eins, AußStrG genannten Mängel auch dann in einem Revisionsrekurs geltend gemacht werden können, wenn sie vom Rekursgericht verneint worden sind. Wegen der ausdrücklichen Anordnung in Paragraph 66, Absatz eins, AußStrG und des Fehlens einer Paragraph 519, ZPO vergleichbaren Bestimmung gebe es keine Grundlage für die Annahme einer diesbezüglichen Rechtsmittelbeschränkung (Zechner in Fasching/Konecny2 IV/2, Paragraph 503, Rz 76; Fucik/Kloiber aaO Paragraph 66, Rz 2).

In der Entscheidung 4 Ob 12/06b wurde näher dargelegt, dass der Oberste Gerichtshof zu dieser Problematik bisher

noch nicht Stellung genommen hat. Es konnte diese Frage auch in dieser Entscheidung letztlich dahingestellt bleiben, weil die Zulässigkeit des Revisionsrekurses mit dem Argument bejaht wurde, dass keine übereinstimmenden Entscheidungen der Vorinstanzen vorlagen. Im gegenständlichen Fall wurden die Zulässigkeit des Rechtsweges vom Rekursgericht und die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges übereinstimmend von beiden Vorinstanzen in der Begründung ihrer Entscheidungen ausdrücklich bejaht. Der erkennende Senat schließt sich den zitierten Lehrmeinungen von Zechner und Fucik/Kloiber aaO an, wonach auch in diesem Fall im Hinblick auf die durch die hier bereits anwendbaren Bestimmungen des Außerstreichgesetzes nF (BGBl I 2003/111) geänderte Rechtslage im Revisionsrekurs gemäß § 66 Abs 1 Z 1 AußStrG wiederum die Unzulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges geltend gemacht werden kann. In der Entscheidung 4 Ob 12/06b wurde näher dargelegt, dass der Oberste Gerichtshof zu dieser Problematik bisher noch nicht Stellung genommen hat. Es konnte diese Frage auch in dieser Entscheidung letztlich dahingestellt bleiben, weil die Zulässigkeit des Revisionsrekurses mit dem Argument bejaht wurde, dass keine übereinstimmenden Entscheidungen der Vorinstanzen vorlagen. Im gegenständlichen Fall wurden die Zulässigkeit des Rechtsweges vom Rekursgericht und die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges übereinstimmend von beiden Vorinstanzen in der Begründung ihrer Entscheidungen ausdrücklich bejaht. Der erkennende Senat schließt sich den zitierten Lehrmeinungen von Zechner und Fucik/Kloiber aaO an, wonach auch in diesem Fall im Hinblick auf die durch die hier bereits anwendbaren Bestimmungen des Außerstreichgesetzes nF (BGBl römisch eins 2003/111) geänderte Rechtslage im Revisionsrekurs gemäß Paragraph 66, Absatz eins, Ziffer eins, AußStrG wiederum die Unzulässigkeit des (außerstreitigen) Rechtsweges geltend gemacht werden kann.

Die Antragsgegnerin begründet ihren Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges im Wesentlichen damit, dass die Frage, in welcher Art und Weise eine Kraftfahrlinie betrieben werden solle, in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsbehörde (Landeshauptmann) falle. So komme gemäß § 16 Abs 2 Z 8 KfLG 2000 als Auflage insbesondere auch die Fahrplanabsprache mit konkurrierenden Verkehrsunternehmen des öffentlichen Personenverkehrs in Betracht. Im vorliegenden Fall sei der Antragstellerin im Bescheid ausdrücklich vorgeschrieben worden, die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin zu führen. Durch die eindeutige Zuteilung der Sache in eine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit könne das Gericht nicht in die Belange des Landeshauptmannes bzw der Landesregierung eingreifen und im Rahmen einer außerstreitigen Benützungsregelung den Fahrplan für die verfahrensgegenständliche Linie bestimmen. Die Antragsgegnerin begründet ihren Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges im Wesentlichen damit, dass die Frage, in welcher Art und Weise eine Kraftfahrlinie betrieben werden solle, in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsbehörde (Landeshauptmann) falle. So komme gemäß Paragraph 16, Absatz 2, Ziffer 8, KfLG 2000 als Auflage insbesondere auch die Fahrplanabsprache mit konkurrierenden Verkehrsunternehmen des öffentlichen Personenverkehrs in Betracht. Im vorliegenden Fall sei der Antragstellerin im Bescheid ausdrücklich vorgeschrieben worden, die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin zu führen. Durch die eindeutige Zuteilung der Sache in eine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit könne das Gericht nicht in die Belange des Landeshauptmannes bzw der Landesregierung eingreifen und im Rahmen einer außerstreitigen Benützungsregelung den Fahrplan für die verfahrensgegenständliche Linie bestimmen.

Hiezu wurde erwogen:

Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges sind in erster Linie der Wortlaut des Klagebegehrens (bzw des Antrags) und der behauptete Sachverhalt in der Klage (Klagserzählung, Klagsgrund) bzw im Antrag maßgebend (Ballon in Fasching2 I § 1 JN Rz 72 mwN). Es kommt somit auf die Natur, das Wesen des geltend gemachten Anspruchs an, wofür wiederum der geltend gemachte Rechtsgrund von ausschlaggebender Bedeutung ist. Danach ist zu beurteilen, ob ein privatrechtlicher Anspruch iSd § 1 JN erhoben wurde, über den die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben (SZ 68/220 ua; RIS-Justiz RS0045584). In diesem Verfahrensstadium ist auch unerheblich, ob der behauptete Anspruch auch berechtigt ist, weil hierüber erst in der Sachentscheidung abzusprechen ist (Mayr in Rechberger, ZPO2 Vor § 1 JN Rz 6 mwN). Ob die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen sind, ob also der Rechtsweg (= Gerichtsweg) gegeben ist, hängt somit davon ab, ob es sich um eine bürgerliche Rechtssache handelt und, falls ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, ob dieser nicht durch Gesetz ausdrücklich vor eine andere Behörde verwiesen wird (Ballon aaO § 1 JN Rz 61 mwN). Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges sind in erster Linie der Wortlaut des Klagebegehrens (bzw des Antrags) und der behauptete Sachverhalt in der Klage (Klagserzählung, Klagsgrund) bzw im Antrag maßgebend (Ballon in Fasching2 römisch eins Paragraph eins, JN Rz 72 mwN). Es kommt somit auf die Natur, das Wesen des geltend gemachten Anspruchs an, wofür wiederum der geltend

gemachte Rechtsgrund von ausschlaggebender Bedeutung ist. Danach ist zu beurteilen, ob ein privatrechtlicher Anspruch iSd Paragraph eins, JN erhoben wurde, über den die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben (SZ 68/220 ua; RIS-Justiz RS0045584). In diesem Verfahrensstadium ist auch unerheblich, ob der behauptete Anspruch auch berechtigt ist, weil hierüber erst in der Sachentscheidung abzusprechen ist (Mayr in Rechberger, ZPO2 Vor Paragraph eins, JN Rz 6 mwN). Ob die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen sind, ob also der Rechtsweg (= Gerichtsweg) gegeben ist, hängt somit davon ab, ob es sich um eine bürgerliche Rechtssache handelt und, falls ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, ob dieser nicht durch Gesetz ausdrücklich vor eine andere Behörde verwiesen wird (Ballon aaO Paragraph eins, JN Rz 61 mwN).

Nach § 6 Abs 3 KfIG 1952 (BGBI 1952/84) konnten im Konzessionsbescheid aus öffentlichen Rücksichten bestimmte Auflagen vorgeschrieben werden (vgl in diesem Sinne auch § 16 Abs 3 KfIG 2000, BGBI I 1999/203). Der Antragstellerin wurde in den beiden Konzessionsbescheiden vom 20. 3. 1980 und 30. 1. 1995 im Sinne der Bestimmung des § 6 Abs 3 KfIG 1952 jeweils die Auflage erteilt, die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin zu führen. Nach § 12 KfIG 1952 bedurften die Beförderungspreise und die Beförderungsbedingungen sowie die Fahrpläne der Genehmigung der Konzessionsbehörde. Nach § 9 Abs 2 der 1. Durchführungsverordnung zum KfIG 1952, BGBI 1954/206, waren die Fahrplanentwürfe der Konzessionsbehörde für jede Fahrplanperiode zeitgerecht zur Genehmigung vorzulegen. Auch nach § 36 Abs 2 KfIG 2000 sind die Fahrplanentwürfe der Aufsichtsbehörde für jede Fahrplanperiode zeitgerecht vorzulegen. Nach Paragraph 6, Absatz 3, KfIG 1952 (BGBI 1952/84) konnten im Konzessionsbescheid aus öffentlichen Rücksichten bestimmte Auflagen vorgeschrieben werden vergleiche in diesem Sinne auch Paragraph 16, Absatz 3, KfIG 2000, BGBI römisch eins 1999/203). Der Antragstellerin wurde in den beiden Konzessionsbescheiden vom 20. 3. 1980 und 30. 1. 1995 im Sinne der Bestimmung des Paragraph 6, Absatz 3, KfIG 1952 jeweils die Auflage erteilt, die Kraftfahrlinie in Betriebsgemeinschaft mit der Antragsgegnerin zu führen. Nach Paragraph 12, KfIG 1952 bedurften die Beförderungspreise und die Beförderungsbedingungen sowie die Fahrpläne der Genehmigung der Konzessionsbehörde. Nach Paragraph 9, Absatz 2, der 1. Durchführungsverordnung zum KfIG 1952, BGBI 1954/206, waren die Fahrplanentwürfe der Konzessionsbehörde für jede Fahrplanperiode zeitgerecht zur Genehmigung vorzulegen. Auch nach Paragraph 36, Absatz 2, KfIG 2000 sind die Fahrplanentwürfe der Aufsichtsbehörde für jede Fahrplanperiode zeitgerecht vorzulegen.

Die Antragstellerin begeht im vorliegenden Fall keine Änderung des bestehenden Fahrplanes einer Kraftfahrlinie, deren Beurteilung zweifellos in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde fallen würde, sondern die Festsetzung einer (neuen) Benützungsregelung über die von den beiden Parteien im Rahmen der bestehenden Fahrpläne in einer Betriebsgemeinschaft zu führende Kraftfahrlinie. Darüber haben die Parteien bereits privatrechtliche Vereinbarungen vom 22. 6. 1982 und 13. 4. 1989 getroffen. Der privatrechtliche Charakter dieser Vereinbarungen wird auch nicht dadurch berührt, dass sie im Zusammenhang mit den bei der Konzessionsbehörde anhängig gewesenen Verfahren zustandegekommen sind (vgl VwGH, ZI 89/03/0198 vom 20. 9. 1989). Von der Antragstellerin wird daher ein Anspruch geltend gemacht, der nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist und somit in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte fällt. Zutreffend ist daher das Rekursgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Rechtsweg (= Gerichtsweg) für das erhobene Begehren offensteht. Die Antragsgegnerin vertritt in ihren Rechtsmittelausführungen weiters die Ansicht, für das von der Antragstellerin erhobene Begehren sei der außerstreitige Rechtsweg unzulässig und die Sache müsste im streitigen Rechtsweg entschieden werden. Die Bestimmungen der §§ 825 ff ABGB seien nur auf die Verwaltung gemeinschaftlicher dinglicher Rechte anzuwenden. Für die Frage der Art und Weise der Benützung einer Kraftfahrlinenkonzession seien diese Bestimmungen jedenfalls nicht heranzuziehen. Die Antragstellerin begeht im vorliegenden Fall keine Änderung des bestehenden Fahrplanes einer Kraftfahrlinie, deren Beurteilung zweifellos in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde fallen würde, sondern die Festsetzung einer (neuen) Benützungsregelung über die von den beiden Parteien im Rahmen der bestehenden Fahrpläne in einer Betriebsgemeinschaft zu führende Kraftfahrlinie. Darüber haben die Parteien bereits privatrechtliche Vereinbarungen vom 22. 6. 1982 und 13. 4. 1989 getroffen. Der privatrechtliche Charakter dieser Vereinbarungen wird auch nicht dadurch berührt, dass sie im Zusammenhang mit den bei der Konzessionsbehörde anhängig gewesenen Verfahren zustandegekommen sind vergleiche VwGH, ZI 89/03/0198 vom 20. 9. 1989). Von der Antragstellerin wird daher ein Anspruch geltend gemacht, der nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist und somit in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte fällt. Zutreffend ist daher das Rekursgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Rechtsweg (= Gerichtsweg) für das erhobene Begehren offensteht. Die Antragsgegnerin vertritt in ihren Rechtsmittelausführungen weiters die Ansicht, für das von der Antragstellerin erhobene Begehren sei der außerstreitige Rechtsweg unzulässig und die Sache

müsste im streitigen Rechtsweg entschieden werden. Die Bestimmungen der Paragraphen 825, ff ABGB seien nur auf die Verwaltung gemeinschaftlicher dinglicher Rechte anzuwenden. Für die Frage der Art und Weise der Benützung einer Kraftfahrlinienkonzession seien diese Bestimmungen jedenfalls nicht heranzuziehen.

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass die Bestimmungen des 16. Hauptstückes des ABGB (§§ 825 - 858) nach seiner Überschrift zwar die Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte zum Inhalt haben; es sind jedoch die §§ 825 ff ABGB nach herrschender Rechtsprechung und Lehre subsidiär in allen Gemeinschaftsfällen heranzuziehen, soweit diese weder durch Gesetz noch durch Vertrag besonders geregelt sind, wie beispielsweise die Gütergemeinschaft unter Lebenden und die Wohnungseigentumsgemeinschaft. Darüber hinaus sind sie auch auf nicht dingliche Gemeinschaften analog anzuwenden, insbesondere auf das Verhältnis mehrerer Mitmieter und obligatorisch Wohnungsberichtigter (vgl Sailer in KBB § 825 Rz 6 f; Eggelmeier/Gruber/Sprohar in Schwimann, ABGB3 § 825 Rz 16 f; Gamerith in Rummel, ABGB3 § 825 Rz 8 f jeweils mwN; RIS-Justiz RS0013155 ua). So wurde in der Rechtsprechung beispielsweise die Anwendung der §§ 825 ff ABGB auf das Verhältnis der Mitglieder einer Landtagsfraktion in Ansehung der Fraktion vom Land zugewiesenen Geldmittel (SZ 63/96) oder auf die Beziehungen mehrerer Miterfinder (OLG Wien ÖBI 1996, 153) ausdrücklich bejaht. Die Vorschriften des 16. Hauptstückes des ABGB regeln vor allem das Innenverhältnis der Gemeinschaft. Unter „Gemeinschaft“ ist dabei das Rechtsverhältnis zwischen jenen Personen zu verstehen, denen ein Recht gemeinsam zusteht, sodass sie alle zusammen Inhaber jener Rechtsmacht sind, die den Inhalt eben dieses Rechtes bildet. Eine solche Gemeinschaft kann auch in Ansehung der Antragstellerin und der Antragsgegnerin, die beide eine Konzession nach dem Kraftfahrliniengesetz zum Betrieb einer Kraftfahrlinie auf dem ersten Teilstück der Linie 38A besitzen und aufgrund der Auflage zum Betrieb der Teilstrecke in Betriebsgemeinschaft als Mitkonzessionäre verpflichtet sind, bestehen. Eine analoge Anwendung der §§ 825 ff ABGB auch auf die Rechtsbeziehung zwischen Mitkonzessionären, die weder durch Gesetz noch durch Vertrag besonders geregelt ist, erscheint daher gerechtfertigt. Geht man aber davon aus, dass die Grundsätze der Eigentumsgemeinschaft auch auf diese Rechtsgemeinschaft anzuwenden sind, hat die Regelung des Benützungsrechtes zwischen den beiden Mitkonzessionären im Außerstreitverfahren zu erfolgen (JBI 1968, 35 mwN). Die Antragsgegnerin macht gegen die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges auch geltend, es sei vom Gericht als Vorfrage vorerst abzuklären, ob eine bereits bestehende Benützungsregelung vorliege oder nicht. Wenn nämlich die Entscheidung von der Klärung streitiger Tatumsände abhänge und es wie hier fraglich sei, ob ein Vertrag zwischen den Parteien vorliege oder nicht, sei jedenfalls das streitige Verfahren anzuwenden. Es sei im vorliegenden Fall unstrittig, dass es zwischen den Parteien und den Wiener Linien eine bindende vertragliche Benützungsregelung gegeben habe. Während die Antragstellerin der Ansicht sei, diese Benützungsregelung sei schon ausgelaufen, sei die Antragsgegnerin der Ansicht, diese Regelung sei noch aufrecht, weil sie für die Dauer der erteilten Konzession abgeschlossen und die Konzession im Jahr 1995 verlängert worden sei. Bevor somit ein Gericht im Rahmen eines außerstreitigen Verfahrens entscheiden könne, ob und in welcher Art und Weise eine Benützungsregelung getroffen werde, müsse sich das Gericht zunächst im streitigen Verfahren mit der Frage auseinandersetzen, ob bereits eine aufrechte Vereinbarung vorliege oder nicht. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass die Bestimmungen des 16. Hauptstückes des ABGB (Paragraphen 825, - 858) nach seiner Überschrift zwar die Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte zum Inhalt haben; es sind jedoch die Paragraphen 825, ff ABGB nach herrschender Rechtsprechung und Lehre subsidiär in allen Gemeinschaftsfällen heranzuziehen, soweit diese weder durch Gesetz noch durch Vertrag besonders geregelt sind, wie beispielsweise die Gütergemeinschaft unter Lebenden und die Wohnungseigentumsgemeinschaft. Darüber hinaus sind sie auch auf nicht dingliche Gemeinschaften analog anzuwenden, insbesondere auf das Verhältnis mehrerer Mitmieter und obligatorisch Wohnungsberichtigter vergleiche Sailer in KBB Paragraph 825, Rz 6 f; Eggelmeier/Gruber/Sprohar in Schwimann, ABGB3 Paragraph 825, Rz 16 f; Gamerith in Rummel, ABGB3 Paragraph 825, Rz 8 f jeweils mwN; RIS-Justiz RS0013155 ua). So wurde in der Rechtsprechung beispielsweise die Anwendung der Paragraphen 825, ff ABGB auf das Verhältnis der Mitglieder einer Landtagsfraktion in Ansehung der Fraktion vom Land zugewiesenen Geldmittel (SZ 63/96) oder auf die Beziehungen mehrerer Miterfinder (OLG Wien ÖBI 1996, 153) ausdrücklich bejaht. Die Vorschriften des 16. Hauptstückes des ABGB regeln vor allem das Innenverhältnis der Gemeinschaft. Unter „Gemeinschaft“ ist dabei das Rechtsverhältnis zwischen jenen Personen zu verstehen, denen ein Recht gemeinsam zusteht, sodass sie alle zusammen Inhaber jener Rechtsmacht sind, die den Inhalt eben dieses Rechtes bildet. Eine solche Gemeinschaft kann auch in Ansehung der Antragstellerin und der Antragsgegnerin, die beide eine Konzession nach dem Kraftfahrliniengesetz zum Betrieb einer Kraftfahrlinie auf dem ersten Teilstück der Linie 38A besitzen und aufgrund der Auflage zum Betrieb der Teilstrecke in Betriebsgemeinschaft als Mitkonzessionäre

verpflichtet sind, bestehen. Eine analoge Anwendung der Paragraphen 825, ff ABGB auch auf die Rechtsbeziehung zwischen Mitkonzessionären, die weder durch Gesetz noch durch Vertrag besonders geregelt ist, erscheint daher gerechtfertigt. Geht man aber davon aus, dass die Grundsätze der Eigentumsgemeinschaft auch auf diese Rechtsgemeinschaft anzuwenden sind, hat die Regelung des Benützungsrechtes zwischen den beiden Mitkonzessionären im Außerstreitverfahren zu erfolgen (JBl 1968, 35 mwN). Die Antragsgegnerin macht gegen die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges auch geltend, es sei vom Gericht als Vorfrage vorerst abzuklären, ob eine bereits bestehende Benützungsregelung vorliege oder nicht. Wenn nämlich die Entscheidung von der Klärung streitiger Tatumsände abhänge und es wie hier fraglich sei, ob ein Vertrag zwischen den Parteien vorliege oder nicht, sei jedenfalls das streitige Verfahren anzuwenden. Es sei im vorliegenden Fall unstrittig, dass es zwischen den Parteien und den Wiener Linien eine bindende vertragliche Benützungsregelung gegeben habe. Während die Antragstellerin der Ansicht sei, diese Benützungsregelung sei schon ausgelaufen, sei die Antragsgegnerin der Ansicht, diese Regelung sei noch aufrecht, weil sie für die Dauer der erteilten Konzession abgeschlossen und die Konzession im Jahr 1995 verlängert worden sei. Bevor somit ein Gericht im Rahmen eines außerstreitigen Verfahrens entscheiden könne, ob und in welcher Art und Weise eine Benützungsregelung getroffen werde, müsse sich das Gericht zunächst im streitigen Verfahren mit der Frage auseinandersetzen, ob bereits eine aufrechte Vereinbarung vorliege oder nicht.

Zu diesen Ausführungen ist zunächst zu bemerken, dass für die Beurteilung der Frage, ob eine Rechtssache im streitigen oder außerstreitigen Verfahren zu behandeln ist, ausschließlich der Inhalt des Begehrens und des Vorbringens des Antragstellers maßgebend ist (Ballon aaO § 1 JN Rz 266; RZ 2001/14; JBl 1999, 657 mwN ua). Es ist von den Behauptungen des Antragstellers, nicht aber von den Einwendungen des Antragsgegners oder den Feststellungen auszugehen, die das Gericht aufgrund der aufgenommenen Beweise trifft (RIS-Justiz RS0013639 T8 und T9). Auch bei der Prüfung der Frage, ob eine Benützungsregelung im Verfahren außer Streitsachen erfolgen kann, ist stets von den Behauptungen des Antragstellers auszugehen, nicht jedoch von den Einwendungen des Antragsgegners. Verlangt der Antragsteller eine rechtsgestaltende Regelung der Benützung der gemeinsamen Sache, dann hat der Außerstreitrichter zu entscheiden; verlangt er hingegen die Zuhaltung einer Vereinbarung oder die Beseitigung einer eigenmächtigen widerrechtlichen Maßnahme des anderen Miteigentümers, dann muss er diesen Anspruch mit Klage im streitigen Verfahren geltend machen (MietSlg 36.720). Sollte sich im Verfahren ergeben, dass entgegen den Behauptungen des Antragstellers eine bindende Benützungsregelung getroffen wurde, die auch weiterhin wirksam ist, ist deshalb der Antrag nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen, sondern abzuweisen (Gamerith aaO § 835 Rz 11 mwN; MietSlg 48.051 mwN; RIS-Justiz RS0013570). Zu diesen Ausführungen ist zunächst zu bemerken, dass für die Beurteilung der Frage, ob eine Rechtssache im streitigen oder außerstreitigen Verfahren zu behandeln ist, ausschließlich der Inhalt des Begehrens und des Vorbringens des Antragstellers maßgebend ist (Ballon aaO Paragraph eins, JN Rz 266; RZ 2001/14; JBl 1999, 657 mwN ua). Es ist von den Behauptungen des Antragstellers, nicht aber von den Einwendungen des Antragsgegners oder den Feststellungen auszugehen, die das Gericht aufgrund der aufgenommenen Beweise trifft (RIS-Justiz RS0013639 T8 und T9). Auch bei der Prüfung der Frage, ob eine Benützungsregelung im Verfahren außer Streitsachen erfolgen kann, ist stets von den Behauptungen des Antragstellers auszugehen, nicht jedoch von den Einwendungen des Antragsgegners. Verlangt der Antragsteller eine rechtsgestaltende Regelung der Benützung der gemeinsamen Sache, dann hat der Außerstreitrichter zu entscheiden; verlangt er hingegen die Zuhaltung einer Vereinbarung oder die Beseitigung einer eigenmächtigen widerrechtlichen Maßnahme des anderen Miteigentümers, dann muss er diesen Anspruch mit Klage im streitigen Verfahren geltend machen (MietSlg 36.720). Sollte sich im Verfahren ergeben, dass entgegen den Behauptungen des Antragstellers eine bindende Benützungsregelung getroffen wurde, die auch weiterhin wirksam ist, ist deshalb der Antrag nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen, sondern abzuweisen (Gamerith aaO Paragraph 835, Rz 11 mwN; MietSlg 48.051 mwN; RIS-Justiz RS0013570).

Im vorliegenden Antrag behauptet die Antragstellerin das Fehlen einer bindenden vertraglichen Benützungsregelung und begeht deshalb eine rechtsgestaltende Regelung der Benützung der gemeinsamen Sache, sodass über ihr Begehr im Außerstreitverfahren zu entscheiden ist. Im Übrigen erblickt die neuere Rechtsprechung in einer außergerichtlichen Benützungsregelung ein Dauerrechtsverhältnis, das aus wichtigen Gründen jederzeit formlos gelöst werden kann, wodurch einer Rechtsgestaltung durch den Außerstreitrichter nichts mehr im Wege steht. Im Zweifel ist schon im Antrag an den Außerstreitrichter auf Benützungsregelung eine außerordentliche Kündigung der allenfalls bestehenden Benützungsvereinbarung zu erblicken (Eggelmeier/Gruber/Sprohar aaO § 835 Rz 20; Gamerith aaO § 835 Rz 5 mwN; MietSlg 37.057; SZ 53/24; RIS-Justiz RS0013576), sodass selbst bei Vorliegen einer wie von der

Antragsgegnerin behaupteten schlüssigen Verlängerung der zwischen den Parteien getroffenen Benützungsregelung für die Dauer der im Jahr 1995 neuerlich erteilten Konzession der Weg der Anrufung des Außerstreitrichters zulässig wäre. Für das von der Antragstellerin geltend gemachte Begehren ist daher ungeachtet einer allenfalls aufrechten Benützungsvereinbarung zwischen den Parteien die Zuständigkeit des Außerstreitrichters gegeben. Im vorliegenden Antrag behauptet die Antragstellerin das Fehlen einer bindenden vertraglichen Benützungsregelung und begeht deshalb eine rechtsgestaltende Regelung der Benützung der gemeinsamen Sache, sodass über ihr Begehren im Außerstreitverfahren zu entscheiden ist. Im Übrigen erblickt die neuere Rechtsprechung in einer außergerichtlichen Benützungsregelung ein Dauerrechtsverhältnis, das aus wichtigen Gründen jederzeit formlos gelöst werden kann, wodurch einer Rechtsgestaltung durch den Außerstreitrichter nichts mehr im Wege steht. Im Zweifel ist schon im Antrag an den Außerstreitrichter auf Benützungsregelung eine außerordentliche Kündigung der allenfalls bestehenden Benützungsvereinbarung zu erblicken (Eggelmeier/Gruber/Sprohar aaO Paragraph 835, Rz 20; Gamerith aaO Paragraph 835, Rz 5 mwN; MietSlg 37.057; SZ 53/24; RIS-Justiz RS0013576), sodass selbst bei Vorliegen einer wie von der Antragsgegnerin behaupteten schlüssigen Verlängerung der zwischen den Parteien getroffenen Benützungsregelung für die Dauer der im Jahr 1995 neuerlich erteilten Konzession der Weg der Anrufung des Außerstreitrichters zulässig wäre. Für das von der Antragstellerin geltend gemachte Begehren ist daher ungeachtet einer allenfalls aufrechten Benützungsvereinbarung zwischen den Parteien die Zuständigkeit des Außerstreitrichters gegeben.

Über die Frage, ob die zwischen den Parteien getroffene Benützungsvereinbarung unwirksam geworden ist oder aufrecht besteht, kann allerdings nur im streitigen Verfahren entschieden werden. Erst wenn im streitigen Verfahren die wirkliche Sachlage als materielle Rechtslage rechtskräftig feststeht, kann - unter Bedachtnahme darauf als Vorfrage - im außerstreitigen Verfahren über einen der Rechtslage entsprechenden Antrag auf Festlegung einer Benützungsregelung entschieden werden (4 Ob 19/03b ua; RIS-Justiz RS0013554). Wie die Antragsgegnerin zutreffend geltend macht, stellt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht nur die im streitigen Verfahren zu beantwortende Vorfrage des aufrechten Bestandes einer Benützungsvereinbarung zwischen den Parteien, sondern es ist zwischen den Beteiligten auch die weitere Frage strittig, ob die von beiden Parteien als Konzessionsinhaber den Wiener Linien in der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 eingeräumte Befugnis zur weiteren Befahrung des ersten Teilstückes der Linie 38A weiterhin aufrecht ist. Während die Wiener Linien und die Antragsgegnerin der Auffassung sind, dass eine konkludente Verlängerung dieser Vereinbarung über das Jahr 1995 hinaus wirksam erfolgt sei und die Wiener Linien daher dieses Teilstück derzeit aufgrund eines weiterhin gültigen Rechtstitels befahren, vertritt die Antragstellerin demgegenüber die Ansicht, dass diese Vereinbarung mit 20. 3. 1995 durch Zeitablauf erloschen sei. Voraussetzung einer Benützungsregelung über eine gemeinsame Sache ist jedoch unter anderem deren rechtliche Verfügbarkeit. Die Einräumung der Benützungsbefugnis an einen Dritten hindert eine Benützungsregelung unter den Miteigentümern (Gamerith aaO § 835 Rz 5; Eggelmeier/Gruber/Sprohar aaO § 835 Rz 18 mwN; RIS-Justiz RS0013206). Die Rechtsgültigkeit eines allfälligen Benützungsrechtes eines Dritten ist nicht im Verfahren über die Benützungsregelung, sondern im Prozessweg zu klären. Der eine Benützungsregelung anstrebende Miteigentümer hat daher zunächst die Verfügbarkeit des Objektes herbeizuführen und dann das Verfahren wegen Benützungsregelung einzuleiten, zumal die Abweisung des Antrages wegen Fehlens der Verfügbarkeit einer Wiederholung des Antrages nach Bewirkung der Verfügbarkeit nicht im Wege steht (MietSlg 48.058 mwN; RIS-Justiz RS0013206 T2). Aus diesen Gründen ist es daher erforderlich, dass von der Antragstellerin vor Einleitung eines Verfahrens wegen Benützungsregelung die strittige Frage einer aufrechten Benützungsbefugnis der Wiener Linien gemäß der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 im Prozessweg einer Klärung zugeführt wird, insbesondere ob die Wiener Linien verpflichtet sind, die von ihr derzeit unter Berufung auf diese Vereinbarung befahrene erste Teilstrecke der Linie 38A für eine Ausübung der Konzession durch die Antragstellerin selbst wieder verfügbar zu machen. Soweit die Antragstellerin demgegenüber die Ansicht vertritt, diese Teilstrecke sei „verfügbar“, weil ihr die Antragsgegnerin (als Mitkonkurrenzärin) und die Wiener Linien vorgeschlagen haben, dass diese mit ihren Bussen „dazwischenfahre“ und auf diese Weise ihre Konzession ausüben könne, ist ihr entgegenzuhalten, dass dieses Angebot nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin nicht die Möglichkeit der Konzessionsausübung im Rahmen der getroffenen Vereinbarung vom 13. 4. 1989 und des in diesem Zusammenhang bestehenden Fahrplanes sondern lediglich die Möglichkeit der Durchführung zusätzlicher Fahrten zu dem bereits bestehenden Kursangebot umfasste. Eine „Verfügbarkeit“ des aufgrund der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 bestehenden Kursangebotes ist daher nicht gegeben. Dieses Angebot wurde von der Antragstellerin daher auch wegen offenkundiger wirtschaftlicher Unrentabilität einer solchen Konzessionsausübung abgelehnt. Über die Frage, ob die zwischen den Parteien getroffene Benützungsvereinbarung unwirksam geworden ist oder aufrecht besteht, kann

allerdings nur im streitigen Verfahren entschieden werden. Erst wenn im streitigen Verfahren die wirkliche Sachlage als materielle Rechtslage rechtskräftig feststeht, kann - unter Bedachtnahme darauf als Vorfrage - im außerstreitigen Verfahren über einen der Rechtslage entsprechenden Antrag auf Festlegung einer Benützungsregelung entschieden werden (4 Ob 19/03b ua; RIS-Justiz RS0013554). Wie die Antragsgegnerin zutreffend geltend macht, stellt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht nur die im streitigen Verfahren zu beantwortende Vorfrage des aufrechten Bestandes einer Benützungsvereinbarung zwischen den Parteien, sondern es ist zwischen den Beteiligten auch die weitere Frage strittig, ob die von beiden Parteien als Konzessionsinhaber den Wiener Linien in der Vereinbarung vom 13. 4. 1989 eingeräumte Befugnis zur weiteren Befahrung des ersten Teilstückes der Linie 38A weiterhin aufrecht ist. Während die Wiener Linien und die Antragsgegnerin der Auffassung sind, dass eine konkludente Verlängerung dieser Vereinbarung über das Jahr 1995 hinaus wirksam erfolgt sei und die Wiener Linien daher dieses Teilstück derzeit aufgrund eines weiterhin gültigen Rechtstitels befahren, vertritt die Antragstellerin demgegenüber die Ansicht, dass diese Vereinbarung mit 20. 3. 1995 durch Zeitablauf erloschen sei. Voraussetzung einer Benützungsregelung über eine gemeinsame Sache ist jedoch unter anderem deren rechtliche Verfügbarkeit. Die Einräumung der Benützungsbefugnis an einen Dritten hindert eine Benützungsregelung unter den Miteigentümern (Gamerith aaO Paragraph 835, Rz 5; Egglmeier/Gruber/Spojar aaO Paragraph 835, Rz 18 mwN; RIS-Justiz RS0013206). Die Rechtsgültigkeit eines allfälligen Benützungsrechtes eines Dritten ist nicht im Verfahren über die Benützungsregelung, sondern im Prozessweg zu klären. Der eine Benützungsregelung anstrebbende Miteigentümer hat daher zunächst die Verfügbarkeit des Objektes herbeizuführen und dann das Verfahren wegen Benützungsregelung einzuleiten, zumal die Abweisung des Antrages wegen Fehlens der Verfügbarkeit einer Wiederholung des Antrages nach Bewirkung der Verfügbarkeit nicht im Wege steht (MietSlg 48.058 mwN; RIS-Justiz RS0013206 T2). Aus diesen Gründen ist es daher erforderlich, dass von der Antragstellerin vor Einleitung eines Verfahrens wegen Benützungsregelung die strittige Frage einer aufrechten Benützungsbefugnis der Wiener Lin

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at