

# TE OGH 2010/10/20 1Ob117/10b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.10.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Bydlinski als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Ing. Anton P\*\*\*\*\*, 2. Christiane M\*\*\*\*\*, 3. Maria L\*\*\*\*\*, 4. Josef M\*\*\*\*\*, 5. DI Michael S\*\*\*\*\*, 6. Thomas A\*\*\*\*\*, 7. Monika T\*\*\*\*\*, 8. Ingeborg S\*\*\*\*\*, 9. Georg M\*\*\*\*\*, 10. Erwin F\*\*\*\*\*, 11. Franz A\*\*\*\*\*, 12. Maria A\*\*\*\*\*, 13. Josef K\*\*\*\*\*, 14. Herbert G\*\*\*\*\*, 15. Christa G\*\*\*\*\*, 16. DI Christian A\*\*\*\*\*, 17. Doz. Prim. Dr. Peter Hans C\*\*\*\*\*, 18. Wolfgang S\*\*\*\*\*, 19. Leopold R\*\*\*\*\*, 20. Elisabeth K\*\*\*\*\*, 21. Mag. Josef L\*\*\*\*\*, 22. Josef S\*\*\*\*\*, 23. Angela S\*\*\*\*\*, 24. Josef T\*\*\*\*\*, z.Hd. der Abwesenheitskuratorin (6 P 59/06s BG Gmunden) Krista T\*\*\*\*\*, 25. Martina H\*\*\*\*\*, 26. Dr. Ulrich C\*\*\*\*\*, 27. Ferdinand N\*\*\*\*\*, 28. Karoline N\*\*\*\*\*, 29. P\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\*, 30. G\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\*, 31. Wolfgang K\*\*\*\*\*, 32. Sylvia S\*\*\*\*\*, und 33. DI Gerhard S\*\*\*\*\*, alle vertreten durch Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, gegen die beklagten Parteien 1. Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, 2. Dr. Götz S\*\*\*\*\*, 3. Anton G\*\*\*\*\*, 4. Ilse L\*\*\*\*\*, 5. S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 6. Ing. Peter L\*\*\*\*\*, 7. Maria S\*\*\*\*\*, 8. Josef K\*\*\*\*\*, 9. Margarete R\*\*\*\*\*, zweit- bis neuntbeklagte Parteien vertreten durch Wetzl & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, und 10. Ö\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, sowie des Nebenintervenienten auf Seiten der erstbeklagten Partei Fischerverein T\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Johannes Hochleitner, Rechtsanwalt in Eferding, wegen Feststellung (Streitwert 60.000 EUR), Duldung (Streitwert 4.000 EUR), in eventu Unterlassung und Duldung (Streitwert jeweils 4.000 EUR), infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 31. März 2010, GZ 2 R 178/09y-23, womit das Urteil des Landesgerichts Wels vom 25. August 2009, GZ 5 Cg 84/07p-18 bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das durchgeführte Verfahren über Pkt 1.) und 2.) des Klagebegehrens wird einschließlich der darüber ergangenen Entscheidungen als nichtig aufgehoben.

Der Antrag auf Feststellung,

1.) der erstbeklagten Partei stehe kein übergeordnetes, originäres, uneingeschränktes Fischereirecht am ganzen Traunsee zu, welches

a) ausschließlich die erstbeklagte Partei ermächtigt, Sportfischereilizenzen auszugeben, und/oder

b) die erstbeklagte Partei berechtige, von den Koppelfischereiberechtigten am Traunsee Beschränkungen bei der

Ausübung der Fischerei mit Netzen, insbesondere solcher Art zu fordern, dass die Fischerei mit Netzen ab 7. Dezember 2007 nur mehr in der Zeit von 2 Stunden vor Sonnenuntergang bis 2 Stunden nach Sonnenaufgang durchgeführt werden dürfe,

2.) die Rechtswirkung der zu Pkt 1.) getroffenen Feststellungen erstrecke sich auch auf die zweit- bis zehntbeklagten Parteien und sei von diesen zu dulden,

ist im außerstreitigen Verfahren zu behandeln und zu erledigen

Die als verfahrenseinleitender Antrag im Außerstreitverfahren zu behandelnde Klage über Pkt 1.) und 2.) des Klagebegehrens wird an das Bezirksgericht Gmunden überwiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

### **Text**

Begründung:

Die Erstbeklagte ist grundbücherliche Eigentümerin der die Bodenflächen des Traunsees bildenden Grundparzellen, für die das Fischereirecht an den Seeflächen der betreffenden Grundstücke ersichtlich gemacht ist. Die Kläger sowie alle Beklagten (auch die Erstbeklagte) sind als Koppelfischereiberechtigte für den Traunsee im Fischereikataster der Bezirkshauptmannschaft Gmunden eingetragen. Sämtliche Fischereirechte erstrecken sich (mit näher bezeichneten Ausnahmen) auf den ganzen Traunsee. Die Kläger bringen vor, es bestehe zwischen ihnen und der Erstbeklagten Streit darüber, ob der Erstbeklagten ein den Koppelfischereirechten der übrigen Fischereiberechtigten übergeordnetes, originäres Fischereirecht („Ursprungsrecht“) zustehe. Nach Auffassung der Kläger könne die Erstbeklagte jedoch weder aus der historischen Nachfolge nach der Herrschaft Orth noch aus ihrem Eigentum an der Bodenfläche des Traunsees oder aus dem Rechtstitel der Ersitzung ein umfangreicheres Fischereirecht als das im Fischereibuch für sie eingetragene Koppelfischereirecht ableiten, weshalb sie die aus Pkt 1.) des Spruchs ersichtliche Feststellung begehren. Nach Klageausdehnung in der mündlichen Streitverhandlung vom 21. April 2009 beehrten die Kläger weiters die Erlassung des Urteils, die Rechtswirkungen der zu Pkt 1.) getroffenen Feststellungen erstrecke sich auch auf die Zweit- bis Zehntbeklagten und sei von diesen zu dulden (Pkt 2.) des Klagebegehrens). Unter einem erhoben die Kläger in dieser Streitverhandlung ein Eventualbegehren.

Die Prozessparteien umfassten alle im Fischereibuch für den politischen Bezirk Gmunden eingetragenen Fischereiberechtigten des Traunsees. Als solche bildeten sie eine Rechtsgemeinschaft, für welche die Regeln der §§ 825 ff ABGB gelten. Es solle die grundsätzliche Rechtsposition der Fischereiberechtigten am Traunsee zueinander, insbesondere der Berechtigungsinhalt des Fischereirechts der Erstbeklagten urteilsmäßig festgestellt und bindend für alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft der Fischereiberechtigten geklärt werden. Aus diesem Grund seien auch jene Fischereiberechtigten als Beklagte in das Prozessrechtsverhältnis einbezogen worden, die sich nicht als Kläger am Verfahren haben beteiligen wollen. Diese Vorgangsweise sei gewählt worden, um zu vermeiden, dass nur ein Teil der Rechtsgenossen auf Klagsseite auftrete und diesem Teil die Klagslegitimation fehle. Trotz mehrerer Vorverfahren sei die Rechtslage nach wie vor strittig. Die materielle Berechtigung des Feststellungsbegehrens ergebe sich aus dem Oö. Fischereigesetz sowie aus der von der Oö. Landesregierung erlassenen „Traunsee-Fischerei-ordnung“. Nach den §§ 16 ff des Oö. Fischereigesetzes seien alle Fischereiberechtigten am Traunsee zur Ausgabe von Fischereilizenzen berechtigt. Die „Traunsee-Fischereiordnung“ enthalte für das Fischen mit Netzen keine tageszeitliche Begrenzung.

Die Erstbeklagte bestritt die Klagebegehren und legte ihren Standpunkt dar, ihr stehe aufgrund ihres Eigentums an den Bodenflächen des Traunsees und aufgrund der historischen Gegebenheiten das „originäre“ Fischereirecht („Ursprungsrecht“) zu, während sich die Fischereirechte der Kläger lediglich als Dienstbarkeiten darstellten. Ihr komme deshalb das alleinige Recht zur Ausstellung von Sportfischereilizenzen sowie das Recht zu, das Fischen außerhalb der in Pkt 1.b) des Urteilsbegehrens genannten Zeiten zu untersagen. Außerdem würden zwei im Fischereibuch eingetragene Berechtigte weder auf Klags- noch auf Beklagtenseite aufscheinen, sodass die Klage abzuweisen sei, selbst wenn man der Argumentation der Kläger folgen wollte, diejenigen Fischereiberechtigten, die sich nicht als Kläger am Verfahren hätten beteiligen wollen, seien als Beklagte in das Prozessrechtsverhältnis einzubeziehen. Einige der Beklagten hätten das Recht der Erstbeklagten zur ausschließlichen Ausgabe von Sportfischereiberechtigungen zudem schon außergerichtlich anerkannt. Hinsichtlich der Zweitklägerin, dem Neunt- und dem Siebzehntkläger liege im Hinblick auf diverse Vorverfahren entschiedene Streitsache vor.

Die Zweit- bis Neuntbeklagten wendeten ein, die Klageführung stelle eine außerordentliche Verwaltungsmaßnahme bzw wichtige Veränderung dar, sodass eine darauf gerichtete Beschlussfassung nur einstimmig oder mit rechtsgestaltender Entscheidung des Außerstreitrichters wirksam zustande kommen hätte können. Habe vor Klageeinbringung keine Einigkeit unter den Koppelfischereiberechtigten über die Erhebung der Klage geherrscht, so handle es sich um eine Streitigkeit der Koppelfischereiberechtigten untereinander über die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache. Es hätte eine Entscheidung des Außerstreitrichters über die Klageführung erwirkt werden müssen. Erst nach Vorliegen einer im außerstreitigen Rechtsweg erwirkten positiven Entscheidung, hätten sämtliche Koppelfischereiberechtigte auf Klagsseite auftreten können. Gemäß § 838a ABGB seien Streitigkeiten zwischen Teilhabern über die mit der Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden. Die im streitigen Verfahren erhobene Feststellungsklage sei daher nicht zulässig. Im Hinblick auf die für die Zweit- bis Neuntbeklagten jeweils ungünstigen Ergebnisse der Vorverfahren und das Kostenrisiko sei die Klageführung außerdem sittenwidrig. Den Klägern fehle überdies die Aktivlegitimation. Da Koppelfischereiberechtigte notwendige Streitgenossen seien, genüge es nicht, alle jene Koppelfischereiberechtigten als Beklagte in einen Prozess einzubeziehen, die sich nicht als Kläger am Prozessverfahren beteiligen wollten. Die übrigen Beklagten sähen sich aufgrund der einschlägigen, für die Koppelfischereiberechtigten schon ergangenen negativen Urteile nicht in der Lage, sich am Verfahren als Kläger zu beteiligen. Hinsichtlich des Klagebegehrens zu Pkt 1.b) hätten die Kläger die Zweit- bis Neuntbeklagten nicht einmal von der beabsichtigten Klageführung informiert. In diesem Punkt teilten die Zweit- bis Neuntbeklagten die Ansicht der Kläger, die Erstbeklagte dürfe den Koppelfischereiberechtigten keine zeitliche Beschränkung der Fischerei mit Netzen auferlegen. In Ansehung der Zweitklägerin und des Neuntklägers lägen im Hinblick auf das in einem Verfahren des Landesgerichts Wels zu Gunsten der Erstbeklagten ergangene rechtskräftige Feststellungs- und Unterlassungsurteil entschiedene Rechtssache vor.

Die von der Zehntbeklagten erhobenen Einwendungen sind inhaltsgleich mit jenen der Erstbeklagten.

Die Kläger replizierten zu Pkt 1.) des Klagebegehrens, dem gegenständlichen Rechtsstreit liege keine Verwaltungsangelegenheit einer Rechtsgemeinschaft oder ein Rechtsstreit innerhalb einer Rechtsgemeinschaft über Art und Umfang der Ausübung der einzelnen, dem Grund nach unstrittigen Mitgliedschaftsrechte zu Grunde, für welche das Außerstreitgericht zuständig wäre. Infolge der störenden Beeinträchtigung der Fischereirechte der Kläger durch die Erstbeklagte, die sich Rechte anmaße und diese wirtschaftlich ausnutze, komme dieser die Position eines „nicht-fischereiberechtigten Dritten“ zu, welcher in die Koppelfischereirechte eingreife. Alle Koppelfischereiberechtigten - auch die Zweit- bis Zehntbeklagten - seien der Beschlussfassung über die Klageeinbringung beigezogen und eingeladen worden, sich an der Klageführung auf Seiten der Kläger zu beteiligen, was sie jedoch aus verschiedenen persönlichen Gründen abgelehnt hätten. So wäre etwa die (von der Finanzprokurator vertretenen) zehntbeklagte Aktiengesellschaft der Republik Österreich zuzuordnen, sodass von ihr kein Auftreten als Klägerin erwartet werden könne. Sollte man der von den Beklagten vertretenen Rechtsauffassung zur Aktivlegitimation folgen, wäre eine Klarstellung des Rechtsverhältnisses mittels (negativer) Feststellungsklage unmöglich, obwohl die Feststellungsklage für Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft grundsätzlich ein tauglicher Rechtsbehelf zur Klärung ihrer Rechtspositionen zueinander sei. Eine Auslegung der Prozessstandschaft, wie sie die Beklagten vornehmen, führe praktisch zu einer Rechtsverweigerung. Den in den Vorprozessen ergangenen Entscheidungen komme keine präjudizielle Wirkung zu, weil Prozessgegenstand dort nicht die grundsätzliche Rechtsposition der Fischereiberechtigten zueinander sowie zur Erstbeklagten gewesen sei, sondern die Berechtigung der jeweiligen Kläger bzw Beklagten zur Ausstellung von Fischereilizenzen. Die von einigen Beklagten abgegebenen Anerkenntnisse seien lediglich deklarativer Natur.

Das Erstgericht wies das zu Pkt 2.) erhobene Feststellungs-(Duldungs-)begehren sowie das Eventualbegehren mit in der mündlichen Streitverhandlung vom 21. April 2009 verkündetem Beschluss als „verspätet“ zurück. Das zu Pkt 1.) erhobene Klagebegehren wies es mit Urteil ab. Rechtlich ging es davon aus, dass mehrere gekoppelt Fischereiberechtigte eine einfache (schlichte) Rechtsgemeinschaft bildeten. Die Feststellung des Bestehens eines dieser Rechtsgemeinschaft zustehenden Fischereirechts könne nur von allen gekoppelt Fischereiberechtigten begehrt werden; diese seien notwendige Streitgenossen. Da nicht alle gekoppelt Fischereiberechtigten gegenüber der Erstbeklagten als Kläger aufgetreten seien und deshalb der Gefahr unlösbarer Verwicklungen bei Ergehen isolierter

Entscheidungen nicht vorgebeugt werden könne, fehle es an der Aktivlegitimation, weshalb das Klagebegehren abzuweisen sei. Bei einer einheitlichen Streitpartei entbinde die außergerichtliche Anerkennung des Klageanspruchs nicht davon, dass dennoch alle Rechtsgenossen zu klagen seien bzw klagen müssten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger nicht Folge. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Hingegen gab es dem insoweit als Rekurs aufzufassenden Rechtsmittel der Kläger gegen die Zurückweisung des Duldungs- sowie des Eventualbegehrens Folge und änderte diesen Beschluss dahin ab, dass die Klageänderung zugelassen werde. Das Berufungsgericht billigte die vom Erstgericht vertretene Rechtsansicht zur mangelnden Aktivlegitimation. Da nicht alle am Traunsee Fischereiberechtigten als Kläger aufgetreten seien, dürfte die Erstbeklagte bei einem Erfolg einzelner Kläger das bestrittene Recht diesen gegenüber nicht, den übrigen Koppelfischereiberechtigten gegenüber aber sehr wohl ausüben. Es käme zu einer unlösbaren Konfliktsituation, der durch die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft aller Koppelfischereiberechtigten - und zwar auf Klagsseite - vorgebeugt werde. Notwendigerweise müssten deshalb alle Koppelfischereiberechtigten (mit Ausnahme der Erstbeklagten) auf Klagsseite auftreten. Nicht ausreichend sei es, jene Koppelfischereiberechtigten, die sich an der Klageführung nicht beteiligen wollten, als Beklagte in das Verfahren einzubeziehen. Die in der Entscheidung des verstärkten Senats zu 1 Ob 40/01s gewonnenen rechtlichen Leitlinien seien auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. In dieser Entscheidung sei ausgesprochen worden, dass die für Gestaltungsprozesse nach den §§ 117, 127 und 114 (nunmehr) UGB erforderliche Beteiligung aller Gesellschafter so herbeigeführt werden könne, dass jene Gesellschafter, die nicht als Mitkläger auftreten wollten, aus der Gesellschaft aber auch nicht ausgeschlossen werden sollten, als Mitbeklagte in das Prozessrechtsverhältnis einzubeziehen und auf Duldung der geltend gemachten Rechtsgestaltung in Anspruch zu nehmen seien. Im vorliegenden Fall sei aber eine Gemeinschaft von Koppelfischereiberechtigten gegeben, die nur eine schlichte Rechtsgemeinschaft darstelle. Zum Unterschied zur Personenhandelsgesellschaft würden keine besonderen Verpflichtungen für die Teilhaber gelten, wie etwa eine aus der Treuebindung der Gesellschafter ableitbare Mitwirkungspflicht, nach der jeder Gesellschafter seine rein persönlichen Interessen dem Gesellschaftszweck unterzuordnen habe. Der von den Klägern eingeschlagene Weg, in Anlehnung an die Entscheidung 1 Ob 40/01s weitere Koppelfischereiberechtigte als Beklagte in das Prozessrechtsverhältnis einzubeziehen, sei deshalb nicht gangbar. Der in der Streitverhandlung vom 21. April 2009 verkündete (schriftlich nicht ausgefertigte und von den Klägern in der Berufung dennoch bekämpfte) Beschluss sei als Beschluss auf Nichtzulassung der Klageänderung zu verstehen. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts sei die Klageänderung aber zuzulassen, sodass das Erstgericht das Verfahren über das Eventualklagebegehren fortzusetzen haben werde.

Mit der Frage der Zulässigkeit des (streitigen) Rechtswegs befassten sich das Erstgericht und auch das Berufungsgericht nicht.

In ihrer Revision fechten die Kläger das Urteil des Berufungsgerichts insofern an, als das klageabweisende Urteil des Erstgerichts (in modifizierter Form) bestätigt wurde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die von den Klägern erhobene Revision ist zulässig und im Ergebnis insofern berechtigt, als die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben sind. Aus Anlass des Revisionsverfahrens ist darüber hinaus das Verfahren über das Hauptklagebegehren für nichtig zu erklären und dieses Begehren in das außerstreitige Verfahren zu überweisen.

1. Das Fischereirecht an Privatgewässern ist grundsätzlich Ausfluss des Eigentums am Gewässer (1 Ob 44/95 = SZ 69/144). Das Fischereirecht kann aber auch ein selbstständiges dingliches Recht an einem fremden Gewässer sein. Ist es im letzteren Fall mit dem Eigentum an einer Liegenschaft verbunden, ist es eine Grunddienstbarkeit (RIS-Justiz RS0010970). Tritt das Fischereirecht vom Eigentum abgesondert in Erscheinung, ist es ein selbstständiges dingliches Recht gleich einer Dienstbarkeit und wird als unregelmäßige, veräußerliche und vererbliche Dienstbarkeit angesehen (1 Ob 44/95 = SZ 69/144). Grunddienstbarkeiten können - sofern sie miteinander vereinbar sind - selbstständig nebeneinander gelten und berechtigen jeden von mehreren Grunddienstbarkeitsberechtigten, die Dienstbarkeit im Rahmen von Vertrag und Gesetz selbstständig auszuüben. Ebenso können mehrere (selbstständige) Fischereirechte nicht nur an verschiedenen Revieren (Strecken) eines Fischwassers ausgeübt werden, sondern auch an einem Fischwasser nebeneinander bestehen (sogenanntes „Koppelfischereirecht“ gemäß § 5 Abs 1 Oö. Fischereigesetz).

2. Die Bestimmungen des 16. Hauptstücks des ABGB (§§ 825 - 858) haben nach seiner Überschrift zwar die

Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte zum Inhalt. Die §§ 825 ff ABGB sind jedoch nach herrschender Rechtsprechung und Lehre subsidiär in anderen Gemeinschaftsfällen heranzuziehen, soweit diese weder durch Gesetz noch durch Vertrag besonders geregelt sind, wie beispielsweise die Gütergemeinschaft unter Lebenden, ferner bei Grunddienstbarkeiten, wenn das herrschende Grundstück im Miteigentum steht oder geteilt wurde (RIS-Justiz RS0013155; Sailer in KBB § 825 Rz 6 f; Eglmeier/Gruber/Sprohar in Schwimann, ABGB3 III, § 825 Rz 16 f; Gamerith in Rummel3 § 825 Rz 8 f jeweils mwN ua).

Die Anwendung der Regelungen über das Miteigentum nach den §§ 825 ff ABGB wurde ua auch dort bejaht, wo mehrere voneinander unabhängige Fischereirechte im selben Revier bestehen (RIS-Justiz RS0041447; RS0010975; 1 Ob 30/94 = SZ 68/41; Gamerith in Rummel3 § 825 Rz 7). Nach dieser Rechtsprechung ist die Gemeinschaft aller „gekoppelt“ Fischereiberechtigten nicht nur eine Gruppe voneinander unabhängiger (unregelmäßiger) Servitutsberechtigter am selben Fischwasser, sondern eine einfache schlichte Rechtsgemeinschaft, wie sie auch bei Grunddienstbarkeiten vorliegt, wenn das herrschende Grundstück im Miteigentum steht oder geteilt wurde. Es wurde ausgesprochen, dass - ungeachtet der Tatsache, dass nicht feststehe, wie diese Gemeinschaften entstanden seien - die §§ 825 ff ABGB für die Gemeinschaft der Fischereiberechtigten und deren Rechtsbeziehungen zueinander gelten.

3. Zu diesen Bestimmungen (dem 16. Hauptstück des ABGB) zählt auch der am 1. Mai 2005 in Kraft getretene § 838a ABGB. Darin wird erstmals ausdrücklich geregelt, dass über alle Streitigkeiten zwischen Miteigentümern über die mit der Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden ist.

Die Gesetzesmaterialien (Erläuterung RV 471 BlgNR 22. GP 33) führen dazu aus:

„Bei Miteigentumsangelegenheiten wird in der Frage, ob ein Anspruch im streitigen oder außerstreitigen Verfahren durchzusetzen ist, bisher relativ unklar und wenig einsichtig differenziert. ... Es empfiehlt sich daher, solche Unwägbarkeiten durch eine eindeutige, Zuständigkeits- und Rechtswegstreitigkeiten nicht provozierende Regel möglichst auszuräumen. Einige der Miteigentümerstreitigkeiten passen nicht recht in den Zivilprozess mit seinem strikten Zwei-Parteien-System. Zudem können in diesen Angelegenheiten rechtsvorsorgende und rechtsgestaltende Mehrparteienverfahren vorkommen. Darüber hinaus ermöglicht das neue Außerstreitverfahren auch kontradiktorische Entscheidungen. Aus diesen Gründen ist es für die hier in Frage stehenden Auseinandersetzungen besser geeignet als der Zivilprozess. Mit § 838a ABGB werden daher Streitigkeiten zwischen den Teilhabern einer Miteigentumsgemeinschaft über die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache in das Außerstreitverfahren verwiesen. Das gilt für Streitigkeiten zwischen den Miteigentümern, nicht aber für Streitigkeiten mit Dritten. ... In das Außerstreitverfahren fallen die mit der Verwaltung und Benutzung unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten der Teilhaber. Das betrifft jedenfalls die dem Richter nach den §§ 833 bis 838 ABGB zukommenden Aufgaben, aber auch Streitigkeiten aus einer Benützungsbefugnis, den Anspruch auf Rechnungslegung und auf die Verteilung des Erlöses zwischen den Miteigentümern (§ 830 Satz 1 ABGB) sowie die Verteilung des Nutzens und des Aufwandes unter ihnen (§ 839 ABGB). Damit macht es keinen Unterschied, ob der Auseinandersetzung der Teilhaber eine Vereinbarung zugrunde liegt oder nicht. In beiden Fällen ist der Außerstreitrichter zur Verhandlung und Entscheidung berufen. Die Verweisung in das Außerstreitverfahren erstreckt sich aber nur auf die mit der Verwaltung und Benutzung unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten. Ansprüche, die nicht nur auf das Miteigentumsverhältnis, sondern darüber hinaus auch noch auf weitere Rechtsgrundlagen gestützt werden (etwa ein Besitzstörungsanspruch, ein Schadenersatzanspruch, ein Bereicherungsanspruch oder ein auf das Nachbarrecht gestützter Unterlassungsanspruch zwischen Miteigentümern), sind weiterhin im streitigen Verfahren geltend zu machen.“

4. Ist zweifelhaft, in welchem Verfahren eine Rechtssache zu behandeln und zu erledigen ist, so hat das Gericht darüber zu entscheiden. Ob ein Begehren im außerstreitigen Verfahren oder im Prozess zu entscheiden ist, richtet sich nicht nach der Bezeichnung durch die Partei, sondern nach dem Inhalt des Begehrens und dem Parteivorbringen (§ 40a JN). Es sind der Wortlaut des Entscheidungsbegehrens und die zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen maßgebend, nicht aber die Einwendungen des Gegners. Dabei ist vor allem der innere Sachzusammenhang des jeweils geltend gemachten Anspruchs mit einer entweder in die Streitige oder in die außerstreitige Gerichtsbarkeit verwiesenen Materie von Bedeutung (RIS-Justiz RS0013639 [T8, T16 und T17]).

5. Nach ihrem maßgeblichen Vorbringen wollen die Kläger - die im Grundsatz selbst davon ausgehen, dass sämtliche

Prozessparteien eine Rechtsgemeinschaft bilden, auf die die Regeln der §§ 825 ff ABGB anzuwenden sind - mit ihrem Hauptbegehren die „endgültige“ Klärung der Rechtslage zwischen sämtlichen Fischereiberechtigten am Traunsee erreichen; insbesondere soll für sämtliche Fischereiberechtigte bindend über die Art bzw den Umfang des der Erstbeklagten an diesem Gewässer zustehenden Fischereirechts entschieden werden. Gegenstand des Verfahrens über das Hauptbegehren ist demnach ein Konflikt zwischen Koppelfischereiberechtigten über die Nutzung des gemeinsamen Fischwassers und die damit zusammenhängenden Rechte. Es geht den Klägern darum, unter Berufung auf das Oö. Fischereigesetz und die „Traunsee- Fischereiordnung“ die Feststellung zu erreichen, dass auch der Erstbeklagten inhaltlich kein (andersartiges und) weiterreichendes Fischereirecht zustehe, als sämtlichen anderen Koppelfischereiberechtigten. Der geltend gemachte Anspruch steht somit in einem engen inneren Zusammenhang mit einem Streit über die mit der Benützung einer gemeinschaftlichen Sache „unmittelbar“ zusammenhängenden Rechte und Pflichten iSd § 838a ABGB, die in das Außerstreitverfahren verwiesen ist. Dass der Erstbeklagten, obwohl sie zur Rechtsgemeinschaft der Fischereiberechtigten zählt, allein infolge ihrer - von den Klägern bestrittenen - Behauptung weiterreichender Rechte die Stellung eines außenstehenden „Dritten“ zukommen sollte (woraus sich nach Ansicht der Kläger doch die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs ergeben soll), ist nicht nachvollziehbar, kommt es doch auf die Behauptungen der Antragsteller an, die eben von der Gleichberechtigung aller Mitglieder der Rechtsgemeinschaft ausgehen.

Das (Haupt-)Begehren zu Pkt 1.) und 2.) hätten die Kläger daher statt mit einer Klage mit einem entsprechenden Antrag im Außerstreitverfahren geltend zu machen gehabt. Ein als Klage falsch bezeichneter Rechtsschutzantrag soll jedoch nicht zurückgewiesen, sondern im richtigen Verfahren behandelt werden. Der verfahrenseinleitende Akt wird von der Nichtigkeit eines nicht in der richtigen Verfahrensart abgewickelten Verfahrens nicht erfasst; die Klage (einschließlich allenfalls später vorgenommener Änderungen des Begehrens) ist in einen verfahrenseinleitenden Antrag umzudeuten (1 Ob 137/02g; RIS-Justiz RS0116390). § 40a JN ist auch dann anzuwenden, wenn sich die Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs erst im Rechtsmittelverfahren herausstellt (RIS-Justiz RS0046245). Voraussetzung der Wahrnehmung des Mangels der Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs ist aber, dass keine bindende Gerichtsentscheidung (auch eines Gerichts erster oder zweiter Instanz) über diese Voraussetzung erfolgt ist und sich die Vorinstanzen auch nicht in den Entscheidungsgründen mit dem Vorliegen der Prozessvoraussetzung befasst haben (§ 42 Abs 3 JN; Mayr in Rechberger3 § 42 JN Rz 11 mwN). Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Es ist deshalb nach § 40a JN auszusprechen, dass die Klage über das Hauptbegehren als Antrag im außerstreitigen Verfahren zu behandeln und darüber zu entscheiden ist. Gemäß § 104a JN ist sachlich das Bezirksgericht zuständig. Örtlich ergibt sich die Zuständigkeit des Bezirksgerichts der gelegenen Sache (§ 117 JN).

Zu dem im außerstreitigen Rechtsweg abzuführenden Verfahren ist vorerst klarzustellen, dass dessen Gegenstand die Entscheidung über den von den Klägern erhobenen Rechtsschutzantrag (und nicht nur über die Verteilung der Parteirollen zwecks „Vorbereitung“ eines streitigen Verfahrens) sein wird. Zu diesem Verfahren ist weiters auszuführen:

Während der Zivilprozess durch das Zwei-Parteien-System gekennzeichnet ist und dieses System auch beibehalten wird, wenn sich mehrere Personen beteiligen, bedarf es im außerstreitigen Verfahren keiner Bildung von „Verfahrensgenossenschaften“, weil jeder, der Parteistellung genießt, im Verfahren jederzeit als Partei auftreten kann und nicht von Anfang an in der Rolle als Kläger oder als Beklagter am Verfahren teilnehmen muss (siehe § 3 AußStrG; Klicka/Oberhammer/Domej, Außerstreitverfahren Rz 94 f). Es gilt die Grundregel, dass jeder Beteiligte selbstständige Partei bleibt und die Parteien nicht übereinstimmend handeln müssen (§ 3 Abs 1 AußStrG). In einem außerstreitigen Mehrparteienverfahren kann eine Partei demnach allein verfahrensrechtliche Verfügungen vornehmen; im Verfahren nach § 838a ABGB kann auch nur ein Miteigentümer etwa den Antrag auf Benutzungsregelung einbringen (Rechberger, AußStrG § 3 Rz 4). Auch im Außerstreitverfahren muss sich aber nach den Regeln des materiellen Rechts in manchen Konstellationen die Entscheidung zwangsläufig auf alle Parteien erstrecken, weil eine unterschiedliche Beurteilung der Sache im Hinblick auf einzelne Parteien nicht möglich ist oder das Gesetz ausdrücklich anordnet, dass sich die Wirkungen einer Entscheidung auch auf eine andere Partei beziehen, welche Fälle im (streitigen) Erkenntnisverfahren als anspruch- und wirkungsgebundene Streitgenossenschaft bezeichnet werden. Wenngleich es im außerstreitigen Verfahren keine terminologische Entsprechung für diese Rechtsfigur gibt, stellt sich dasselbe Ordnungsproblem etwa bei einer Benutzungsregelung unter Miteigentümern (ErlRV zu § 3 AußStrG 2005 abgedruckt in Maurer/Schrott/Schütz, Außerstreitgesetz, § 3 Rz 5). Besonders zu beachten wird im fortzusetzenden außerstreitigen Verfahren deshalb sein,

dass alle Fischereiberechtigten (als notwendige „Streitgenossen“) dem Verfahren beizuziehen sind und die Entscheidung nur allen gegenüber einheitlich rechtskräftig werden kann (§ 43 Abs 2 AußStrG; Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup>, Rz 689).

Zur Formulierung des Rechtsschutzantrags als Feststellungsbegehren ist festzuhalten, dass auch im Außerstreitverfahren ein Feststellungsbegehren möglich ist, sofern dies in der materiellen Rechtslage angelegt ist (ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 29; Rechberger aaO § 9 Rz 7; siehe schon 5 Ob 32/02w).

6. Mit der Überweisung des Hauptbegehrens in das außerstreitige Verfahren ist das besondere Prozessrechtsverhältnis nach der ZPO in diesem Umfang formell beendet und die Überweisung insoweit einer Klagezurückweisung gleichzuhalten (Mayr in Rechberger<sup>3</sup> § 40a JN Rz 6). Das Eventualbegehren ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens.

7. Die Kostenentscheidung, die sich nach der durch den verfahrenseinleitenden Antrag bestimmten Verfahrensart richtet (vgl nur 1 Ob 137/02g mwN), beruht auf § 52 Abs 2 ZPO. Da es wegen (objektiver) Unklarheit der Rechtslage keiner der Parteien zum Verschulden zugerechnet werden kann, dass das Verfahren trotz des vorhandenen Nichtigkeitsgrundes eingeleitet und fortgeführt wurde, hat jede Partei ihre Kosten selbst zu tragen.

**Textnummer**

E95688

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0010OB00117.10B.1020.000

**Im RIS seit**

14.12.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

24.02.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)