

# TE OGH 2009/2/23 3R14/09i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.02.2009

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Jelinek als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Herberger und Mag. Guggenbichler in der Rechtssache der klagenden Partei Alexander M\*\*\*\*\*, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1) B\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, 2) Davul L\*\*\*\*\*, beiden vertreten durch Mag. Christian Malburg, Rechtsanwalt in Wien, wegen Vertragsaufhebung und Zahlung (Streitwert EUR 500.000,- sA) über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 11.12.2008, GZ 35 Cg 17/07z-44, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss gefasst:

## Spruch

1.

Die Rekursbeantwortung wird zurückgewiesen.

2.

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Kläger hat seine Rekurskosten selbst zu tragen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## Text

Begründung:

Klagsgegenständlich ist die Aufhebung eines Kaufvertrages betreffend den Erwerb von Gesellschaftsanteilen und die Rückzahlung des vom Kläger geleisteten Kaufpreises.

Das Erstgericht bestellte die Sachverständige Mag. Dr. Ingrid Deitzer, Wirtschaftsprüferin und Steuerberaterin, mit dem Auftrag, Befund und Gutachten über den Wert des vom Kläger übernommenen Geschäftsanteiles zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrages zu erstatten (ON 12).

Nach schriftlicher Erstattung des Gutachtens (ON 14) und eines Ergänzungsgutachtens (ON 32) lehnte der Kläger die Sachverständige mit Schriftsatz vom 18.9.2008 (ON 37) „wegen offensichtlicher Parteilichkeit sowie fehlender Qualifikation“ im Wesentlichen mit der Begründung ab, das Gutachten weise zahllose Unrichtigkeiten und Widersprüche auf. Mit Schreiben vom selbem Tag brachte der Kläger durch die Klagevertreter der Sachverständigen den Ablehnungsantrag zur Kenntnis und teilte ihr weiters mit, dass er sich für den Fall seines Unterliegens im Gerichtsverfahren auf Grund ihres grob unrichtigen Gutachtens vorbehalte, den gesamten Kapitalsbetrag samt Zinsen und Kosten im Regressweg von ihr geltend zu machen (Beil./V bei ON 37).

Mit Beschluss vom 30.10.2008 (ON 42) wies das Erstgericht den Ablehnungsantrag als unbegründet zurück.

Daraufhin stellte der Kläger mit Schriftsatz vom 25. 11.2008 einen Antrag auf mündliche Erörterung des Gutachtens im Beisein der Sachverständigen und verkündete dieser gleichzeitig den Streit, wobei er sie aufforderte, auf seiner Seite dem Rechtsstreit beizutreten und ihm Vertretung zu leisten. Als Grund für die Streitverkündung führte er an, auf Basis eines von ihm vorgelegten Privatgutachtens sowie der im Ablehnungsantrag dargestellten Gründe erachte er das Sachverständigengutachten der gerichtlich bestellten Sachverständigen als unrichtig. Für den Fall seines Prozessverlustes aufgrund des unrichtigen Gutachtens hafte ihm die Sachverständige aus dem Titel des Schadenersatzes. Er verkünde ihr daher vorsorglich den Streit, falls seine Klage auf Basis ihres unrichtigen Gutachtens abgewiesen werden sollte. Ob und inwieweit die Sachverständige der Meinung sei, trotz der Streitverkündung nach wie vor ein objektives Gutachten erstatten zu können, werde sie selbst zu entscheiden haben. Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht die Streitverkündung als „gesetzlich nicht gedeckt“ zurück. Nicht jedem Dritten könne der Streit verkündet werden, sondern nur jenen Personen, gegen die wegen der Führung des konkreten Rechtsstreites zivilrechtliche Wirkungen begründet werden sollten. Als Dritter komme in Betracht, wer Nebenintervenient sein könne. Der gegenständlichen Rechtsstreit werde nicht deshalb geführt, um gegen die gerichtlich bestellte Sachverständige zivilrechtliche Wirkungen zu begründen, sondern um zivilrechtliche Wirkungen zwischen den Streitparteien herbei zu führen. Die vorliegende Streitverkündung erweise sich damit als unzulässig im Sinn des § 21 ZPO. Sie sei auch missbräuchlich erfolgt, weil sie erkennbar dazu diene, nach dem erfolglosen Ablehnungsantrag auf diesem Weg eine Befangenheit der Sachverständigen herbeizuführen und so die dem Kläger unliebsame Sachverständige los zu werden. Dies zeige sich deutlich in der Formulierung, die Sachverständige werde selbst zu entscheiden haben, ob und inwieweit sie der Meinung sei, trotz der Streitverkündung nach wie vor ein objektives Gutachten erstatten zu können. Die rechtsmissbräuchliche Streitverkündung sei als unzulässig zurückzuweisen, weil gegenüber der gerichtlich bestellten Sachverständigen klar zu stellen sei, dass sie weder formell- noch materiellrechtliche Wirkungen entfalte.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich der Rekurs des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss ersatzlos zu beheben und dem Erstgericht die Zustellung der Streitverkündung an die Sachverständige aufzutragen. Ohne Zustellung einer Gleichschrift des Rekurses an sie durch das Erstgericht erstatteten die Beklagten eine Rekursbeantwortung. Zu deren Zulässigkeit verweisen sie auf höchstgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Rekursverfahren - über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus - immer dann zweiseitig sei, wenn ein Beschluss bekämpft werde, aufgrund welches der Gegner bereits eine gesicherte Rechtsposition erlangt habe, was hier auf die Beklagten zutreffe.

Richtig ist, dass nach der - aus Anlass einer Entscheidung des EGMR (ÖJZ 2001/16) in Zusammenhang mit einem Kostenrekursverfahren entwickelten - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in der Aufhebung einer bereits endgültigen Entscheidung ein Eingriff in die als „civil rights“ im Sinne des Art 6 MRK zu qualifizierende Rechtsstellung der obsiegenden Partei liegen kann, was es erfordern kann, dem Obsiegenden die Verteidigung seiner Rechtsposition durch Erstattung einer Rekursbeantwortung zu ermöglichen (6 Ob 99/07p). So wird etwa bei einem Rekurs gegen die Abweisung eines Antrages auf Aufhebung der Vollstreckbarkeitsbestätigung, die Zweiseitigkeit des Rechtsmittelverfahrens bejaht (3 Ob 168/07p, 10 Ob 107/07v ua). In diesen Fällen hat der Kläger in Form eines vollstreckbaren Zahlungsbefehles oder Versäumungsurteiles bereits eine (vermeintlich) gesicherte Rechtsposition erlangt, die von der RSpr als „civil right“ iSd Art 6 MRK beurteilt wird.

Bei der (in der Rekursbeantwortung zitierten) Entscheidung 6 Ob 99/07p zugrundegelegenen Konstellation wies das Erstgericht den Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl als verspätet zurück. Das Rekursgericht änderte diesen Beschluss dahin ab, dass es die Bestätigung der Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehles aufhob und dem Erstgericht die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens über den Einspruch auftrag. Über ordentlichen Revisionsrekurs des Klägers änderte der Oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz dahin ab, dass der Antrag des Beklagten auf Aufhebung der Vollstreckbarkeitsbestätigung abgewiesen wurde. Soweit aus der Entscheidung ersichtlich, wurde der ordentliche Revisionsrekurs vom Gericht dem Beklagten nicht zugestellt. Dieser erstattete jedoch - wie im gegenständlichen Fall - trotzdem eine Rechtsmittelbeantwortung. Der Oberste Gerichtshof erachtete in diesem Fall Art 6 MRK für die Frage der Zweiseitigkeit des Revisionsrekursverfahrens als unanwendbar. Damit beurteilte er die Position, die der Beklagte durch die zweitinstanzlich Entscheidung erreicht hatte, nämlich die Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehles und die Rechtzeitigkeit seines Einspruchs, offenbar nicht als „civil right“ im Sinn

dieser Bestimmung. Dennoch erachtete er die erstattete Revisionsrekursbeantwortung als zulässig. Wenngleich in der ZPO eine § 52 Abs 1 AußStrG vergleichbare Bestimmung fehle, entspreche es der Absicht des historischen Gesetzgebers, über die Fälle der ausdrücklich angeordneten Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens hinaus, „in einzelnen Fällen des Bedürfnisses einer weiteren Information für das Rekursgericht" vom Rekursgegner eine schriftliche Äußerung abzufordern. Biete somit das Gesetz für die Einholung einer Äußerung durch das Rekursgericht Raum, so wäre es wertungswidersprüchlich, eine von der Partei von sich aus erstattete Äußerung zurückzuweisen, wenn diese sich im Hinblick auf die Komplexität der Rechtslage und die Bedeutung der Entscheidung für die Parteien im Einzelfall zur umfassenden Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als zweckmäßig erweise.

Entgegen der Ansicht der Beklagten, ist der der genannten Entscheidung<sup>6</sup> Ob 99/07p zugrundegelegene Sachverhalt mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Dort ging es um die Verteidigung der Rechtsposition des Beklagten, die immerhin darin bestand, dass nach Zurückweisung seines gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Einspruchs durch das Erstgericht mit der Entscheidung der zweiten Instanz (über die dann der vom Kläger angerufene Oberste Gerichtshof zu befinden hatte) der gegen ihn erlassene, mit Vollstreckbarkeitsbestätigung versehene, Zahlungsbefehl beseitigt und ihm die Rechtsverteidigung im ordentlichen Verfahren ermöglicht wurde. Der Beklagte hatte zu befürchten, für den Fall, dass der Oberste Gerichtshof dem Revisionsrekurs des Klägers Folge geben würde (was in der Folge auch geschah), wiederum mit einem gegen ihn gerichteten, vollstreckbaren Exekutionstitel konfrontiert zu sein, ohne den diesem zugrundeliegenden, vom Kläger behaupteten materiellen Anspruch noch bestreiten zu können.

Dem gegenüber kann hier in Zusammenhang mit der Frage, ob die vom Kläger vorgenommene Streitverkündung an die Sachverständige zulässig ist, weder von einer gesicherten Rechtsposition der beklagten Parteien noch von einer sonst vergleichbaren Interessenlage im Sinne eines Rechtsschutzanspruches ausgegangen werden.

G. Kodek (in ÖJZ 2004/37) befürwortet unter dem Blickwinkel der MRK bei der Frage der Zulässigkeit der Nebenintervention die Zweiseitigkeit des Rechtsmittelverfahrens grundsätzlich nur dann, wenn das Erstgericht den Beitritt bewilligt hat und eine Partei diese Entscheidung bekämpft, weil der Nebenintervenient nur auf diese Weise sein Gehör in einem nach der RSpr auch ihn bindenden Verfahren sicherstellen könne. Ansonsten sei die Zulässigkeit der Nebenintervention aus Sicht der MRK eine rein prozessuale Frage, sodass die Garantien des Art 6 MRK hierauf nicht anzuwenden seien. Dies muss umso mehr für die hier zu beurteilende Frage gelten, ob die Streitverkündung rechtsmissbräuchlich erfolgte und aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen ist.

Da somit kein Fall einer Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens vorliegt, war die Rekursbeantwortung zurückzuweisen. Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Der Rekurswerber macht geltend, § 21 ZPO schränke das Recht, jemandem den Streit zu verkünden, in keiner Weise ein. Dem Gericht sei es verwehrt, irgendwelche Aussagen dazu zu treffen, ob eine Streitverkündung zu Recht erfolge oder nicht. Vielmehr sei die Streitverkündung dem Adressaten ohne Prüfung einer Berechtigung hiezu zuzustellen. Im Lichte möglicher Regressansprüche müsse es dem Kläger frei stehen, durch eine Streitverkündung „Jedermann" auf mögliche Regressansprüche aufmerksam zu machen. Dies habe mit Missbrauch nichts zu tun. Dass die Streitverkündung möglicherweise dazu führe, dass die gerichtlich bestellte Sachverständige nicht mehr tätig werden könne, sei „ein anderes Thema", das im Rahmen der Streitverkündung nicht zu beurteilen sei. Es stehe jedem potenziellen Nebenintervenienten frei, sich aufgrund einer Streitverkündung einem Verfahren anzuschließen oder nicht. Es sei nicht Sache des Gerichtes zu entscheiden, ob eine Streitverkündung zulässig sei. Diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen.

§ 21 ZPO lautet (auszugsweise):

„Streitverkündung

§ 21 (1) Wer behufs Begründung zivilrechtlicher Wirkungen einen Dritten von einem Rechtsstreite zu benachrichtigen hat (Streitverkündung), kann dies durch Zustellung eines Schriftsatzes bewirken, in welchem auch der Grund der Benachrichtigung anzugeben und die Lage des Rechtsstreites [...] kurz zu bezeichnen ist.

(2) Mit einer solchen Benachrichtigung kann eine in den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes begründete Aufforderung zur Leistung der Vertretung im [...] Rechtsstreite (Nebenintervention) verbunden werden.

[...]"

Die Streitverkündung ist die förmliche Benachrichtigung eines Dritten von einem bevorstehenden oder bereits

anhängigen Rechtsstreit durch eine Partei dieses Rechtsstreites. Der als Schuldner eines Ersatzanspruchs in Betracht kommende soll dadurch darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Partei des Verfahrens dieses auch im Interesse des Ersatzpflichtigen zu führen beabsichtige (Schubert in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/1 § 21 ZPO Rz 1). Als Dritter im Sinn des § 21 ZPO kommt in Betracht, wer Nebenintervenient sein kann (Schubert Rz 3 aaO). Nebenintervenient ist jeder Dritte, der sich an einem zwischen anderen Parteien anhängigen Rechtsstreit zur Unterstützung der Partei beteiligt, an deren Obsiegen er ein rechtliches Interesse hat (Schubert in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/1 vor §§ 17 ff ZPO Rz 1). Der im Prozess bestellte Sachverständige ist einerseits Beweismittel, andererseits Gehilfe bzw Mitarbeiter des Gerichts. Die wesentlichen Kriterien seiner Stellung im Prozess liegen dabei in seiner Unabhängigkeit und Neutralität. Er hat als objektiver und neutraler Dritter an der Seite des Richters an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken. Seine Stellung ist in gewissem Umfang jener des Richters angenähert: So kann er gemäß § 355 ZPO wie ein Richter abgelehnt werden; gemäß § 362 ZPO trifft ihn die Pflicht zur Begründung seines Gutachtens (Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III Vor §§ 351 ff ZPO Rz 3).

Richtig ist, dass das Gericht den die Streitverkündung enthaltenden Schriftsatz grundsätzlich nur im Rahmen der §§ 74 bis 86 ZPO bezüglich der Einhaltung der Formvorschriften zu überprüfen und ihn ansonsten ohne weiteren Beschluss dem Adressaten zuzustellen hat (Schubert in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/1 § 21 ZPO Rz 12 mwN). Weiters trifft auch zu, dass der im Prozess bestellte Sachverständige den Parteien unmittelbar für einen allfälligen Schaden aufgrund eines unrichtigen Gutachtens nach den Regeln des Schadenersatzrechtes (§ 1299 ABGB) haftet, weil er nach herrschender Meinung kein Organ im Sinn des AHG ist (Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III Vor §§ 351 ff ZPO Rz 5 mwN).

Aufgrund seiner Verpflichtung zur Objektivität kommt jedoch ein Beitritt des Sachverständigen als Nebenintervenient in dem Prozess, in dem er zum Sachverständigen bestellt wurde, nicht in Betracht. Die vom Kläger vorgenommene Streitverkündung an die Sachverständige mit der Aufforderung, auf seiner Seite dem Rechtsstreit beizutreten und ihm Vertretung zu leisten, erweist sich daher als von vornherein sinnlos und mit dem Wesen der Streitverkündung unvereinbar. Ihr einziger erkennbarer (und vom Kläger auch angedeuteter) Zweck kann nur darin bestehen, nach dem erfolglosen Ablehnungsantrag auf die dem Kläger nicht genehme Sachverständige Druck auszuüben und durch Provokation einer Befangenheitserklärung zu versuchen, sie auf diese Weise aus dem Prozess zu eliminieren. Diese Vorgangsweise ist aber mit dem Wesen des Gerichtsverfahrens unvereinbar (vgl 8 Ob 69/08t) und wurde vom Erstgericht zu Recht als rechtsmissbräuchlich beurteilt. Das Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege gebietet die Ausnehmung des im Prozess bestellten Sachverständigen von den Bestimmungen des § 21 ZPO (vgl 7 Ob 588/83 in SZ 56/74 zur Ausnehmung des Sachverständigen von Unterlassungsanprüchen begründenden gesetzlichen Bestimmungen in Zusammenhang mit seiner gerichtlichen Tätigkeit). Dieser kommt daher als „Dritter“ im Sinn dieser Bestimmung, dem der Streit verkündet werden kann, von vornherein nicht in Betracht. Das Erstgericht hat die Streitverkündung daher zu Recht zurückgewiesen.

Dem Rekurs war daher nicht Folge zu geben.

Aufgrund der Erfolglosigkeit seines Rechtsmittels hat der Kläger sein

Rekurskosten selbst zu tragen.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses gründet sich auf § 528 Abs 2 Z 2 ZPO.

#### **Anmerkung**

EW006733R14.09i

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2009:00300R00014.09I.0223.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

05.05.2009

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

© 2024 JUSLINE

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

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