

Interventionswirkung bei Streitverkündung und Nebenintervention

Seit der Grundsatzentscheidung 1 Ob 2123/96 d eines verstärkten Senats des OGH ist in der Rsp anerkannt, dass sowohl der einfache Nebenintervenient als auch derjenige, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligt hat, an die wesentlichen Elemente der in diesem Verfahren ergangenen Entscheidung gebunden sind. Während sich die Lehre vorwiegend mit der Frage nach der Richtigkeit dieser Auffassung beschäftigt hat, wurden sowohl die Voraussetzungen als auch die exakten Rechtsfolgen dieser Bindung noch kaum erörtert. Der vorliegende Beitrag will nach kurzer einleitender Auseinandersetzung mit der Begründung der „Interventionswirkung“ das Hauptaugenmerk auf die Untersuchung ihrer konkreten Ausgestaltung legen.

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

- A. Zulässigkeit der Annahme einer Interventionswirkung
 1. Rechtliche Ausgangsposition
 2. Auffassung der Rsp seit 1 Ob 2123/96 d (verstSen)
 3. Kritik
- B. Ausgestaltung der Interventionswirkung
 1. Rechtliches Gehör als Grundlage und Schranke der Bindungswirkung
 2. Abgrenzung zur Bindungswirkung der Parteien
 3. Voraussetzungen der Interventionswirkung
 4. Umfang der Bindungswirkung
 5. Prozessuale Behandlung der Bindungswirkung
- C. Zusammenfassung

A. Zulässigkeit der Annahme einer Interventionswirkung

1. Rechtliche Ausgangsposition

Es ist seit jeher umstritten, ob und inwieweit ein Nebenintervenient und jemand, der trotz Streitverkündung am Vorverfahren nicht teilgenommen hat, in einem allfälligen Folgeprozess an das Urteil dieses Vorprozesses gebunden ist. Während die ältere Rsp¹⁾ gestärkt durch das materiellrechtliche Schrifttum²⁾ regelmäßig von einer solchen Bindung ausging, häuften sich Anfang der 1990er Jahre jene Entscheidungen, die eine Bindungswirkung im Anschluss an die praktisch einhellige Kritik der zivilprozessualen Lehre³⁾ verneinten.⁴⁾

Die ablehnende Haltung des prozessualen Schrifttums ist insofern naheliegend, als sich in der ZPO schlicht kein Hinweis auf eine derartige Bindungswirkung findet;⁵⁾ § 21 ZPO spricht zwar von der Begründung „zivilrechtlicher Wirkungen“ durch die Streitverkündung. Es wäre jedoch schon auf den ersten Blick merkwürdig, die Bindung an das Ergebnis eines Zivil-

verfahrens als rein zivilrechtliche Wirkung zu erklären (vgl noch unten 3.a). Dementsprechend ist die wichtigste anerkannte „zivilrechtliche Wirkung“ eine mögliche Auswirkung auf die Verjährung (vgl nur § 933 b Abs 2 ABGB).⁶⁾ Auch der Hinweis in den Materialien⁷⁾, dass der Nebenintervenient vom Prozess „indirekt“

- 1) Statt vieler 1 Ob 668/57 EvBl 1958/318, 44; 1 Ob 691/77 JBl 1978, 382; 5 Ob 588/79; 3 Ob 526/88; 3 Ob 511/94 EvBl 1995/52, 263.
- 2) *Reischauer*, Streitverkündung und Bindungswirkung, ÖJZ 1979, 57 (61); *ders* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) § 931 Rz 2 f; *Ch. Huber*, Die Verjährung von gesetzlichen Rückersatzansprüchen (Teil II), JBl 1985, 467 (472); *Auckenthaler*, Der Regreß bei der Dienstnehmerhaftung (Teil II), ZAS 1981, 208 (212); *Kerschner*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG)² (2004) § 3 Rz 6 ff; *Binder/Olner* in *Schwimmann*, ABGB IV³ (2005) § 931 Rz 3 f; ebenso bereits *Pisko* in *Klang*, ABGB II/2¹ 553; *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² (1968) 528 f.
- 3) *Klicka*, Bindungswirkung bei einfacher Nebenintervention und Streitverkündung, RZ 1990, 2; *ders*, Wirkungen der Streitverkündung und Nebenintervention, *ecolex* 1995, 397; *ders*, Die Bindungswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung – Zur Einführung der §§ 68 und 74 dZPO in Österreich durch den OGH mittels LGVÜ, JBl 1997, 611 f; *Oberhammer*, Richterliche Rechtsgestaltung und rechtliches Gehör (1994) 75; *ders*, JBl 1995, 459 (Anmerkung); *Rechberger/Oberhammer*, Das Recht auf Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art 6 MRK, ZZP 106 (1993) 347 (354); *Rechberger*, Rechtssicherheit, Entscheidungsharmonie und Bindung an Vorfrageentscheidungen. Überlegungen zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft im österreichischen Zivilprozessrecht, in FS Nakamura (1996) 477 (486 ff); *Deixler-Hübner*, Die Nebenintervention im Zivilprozeß (1993) 157 ff; *dies*, JBl 1996, 466 f (Anmerkung); *dies*, Der Nebenintervenient – ein prozessuales Chamäleon? Zak 2009, 46; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 207, 404, 415; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts² (2010) Rz 358; *Chiwit-Oberhammer*, JAP 1997/98, 41 (Anmerkung); vgl auch *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO³ (2006) § 234 Rz 4; *Oberhammer*, JAP 1996/97, 26 (29) (Anmerkung); ebenso bereits *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluss des Exekutionsrechts² (1932) 129; aA allerdings *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I¹ (1927) 471 bei und in FN 7 in offensichtlicher Anlehnung an § 68 dZPO.
- 4) 7 Ob 655/92 EvBl 1993/187, 772; 2 Ob 523/92 JBl 1993, 119; vgl auch 7 Ob 505/91 *ecolex* 1992, 19.
- 5) Statt aller s bereits *Pollak*, System² 129.
- 6) *Schubert* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/1² (2002) § 21 ZPO Rz 7; vgl auch *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB II/3³ (2002) § 1497 Rz 9 a; *Perner* in *Klang*, ABGB³ (2008) § 896 Rz 92.
- 7) Materialien zu den österreichischen Civilprocessgesetzen I (1897) 202.

ÖJZ 2015/18

§§ 17 ff, 21, 411 ZPO;
Art 6 MRK;
§ 931 ABGB;
§§ 3, 4 DHG;
§ 98 EheG;
§ 129 UGB

OGH

1 Ob 2123/96 d;
1 Ob 257/98 w;
4 Ob 72/01 v;
1 Ob 296/04 t;
7 Ob 179/07 v;
5 Ob 68/11 b;
6 Ob 62/13 f

Interventionswirkung;

Bindungswirkung;

materielle Rechtskraft;

Grenzen der Rechtskraftwirkung;

Nebenintervention;

Streitverkündung;

rechtliches Gehör

„durch die eventuelle Rückwirkung auf die eigene Rechtssphäre“ berührt werde, lässt keine gesicherten Rückschlüsse auf allfällige Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zu.⁸⁾ Vielmehr zeigt ein rechtsvergleichender Blick, dass sowohl in Deutschland (§§ 68, 74 Abs 3 dZPO) als auch in der Schweiz (§§ 77, 80 chZPO) eine Bindungswirkung ausdrücklich angeordnet wird, was ebenfalls dafür spricht, dass die österreichische Prozessrechtssystematik schlicht einen anderen Weg eingeschlagen hat.

Die Vertreter einer Bindungswirkung stützen ihre Auffassung jedoch ohnehin auf materiellrechtliche Bestimmungen, namentlich § 931 ABGB sowie die dieser Norm nachempfundenen⁹⁾ § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG. Die genannten Regelungen normieren kurz gesagt, dass die Partei eines Vorprozesses dem potenziell Regresspflichtigen den Streit zu verkünden hat; sofern er dies unterlässt, kann ihm der potenziell Regresspflichtige alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen. Aus dieser Anordnung wird nun im Umkehrschluss gefolgert, dass der Regresspflichtige bei erfolgter Streitverkündung von diesen Einwendungen ausgeschlossen sei, und dieses Ergebnis – methodisch wohl im Wege einer Gesamtanalogie – zumindest auf alle Regressverhältnisse ausgedehnt.¹⁰⁾

2. Auffassung der Rsp seit 1 Ob 2123/96 d (verstSen)

Ein Ende fand der dargelegte Meinungsstreit – zumindest in der Judikatur – durch die Entscheidung eines verstärkten Senats aus 1997¹¹⁾: Darin wurde eine Bindungs- oder Interventionswirkung bejaht, die folgendermaßen gestaltet ist: „Die Wirkungen eines materiell rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils erstrecken sich soweit auf den einfachen Nebenintervenienten und denjenigen, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligte, als diese Personen als Parteien eines als Regressprozess geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorprozesses in Widerspruch stehen. In diesem Rahmen sind sie daher an die ihre Rechtsposition belastenden Tatsachenfeststellungen im Urteil des Vorprozesses gebunden, sofern ihnen in jenem Verfahren soweit unbeschränktes rechtliches Gehör zustand.“ Der OGH führt diese Rsp seither unbeirrt fort.¹²⁾

In seiner überaus sorgfältigen Begründung setzt sich der OGH zwar intensiv mit dem Meinungsstreit zwischen zivilrechtlicher und zivilprozessualer Lehre auseinander, geht aber letztlich neue Wege. Er lässt offen, ob § 931 ABGB und § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG *e contrario* die genannte Bindungswirkung zu entnehmen sei. Vielmehr stützt er sich auf einen unter anderem von Österreich getragenen Vorbehalt mehrerer Staaten (insb auch Deutschland, Schweiz) zu der im Übereinkommen von Lugano (mittlerweile Protokoll I Art II iVm Anhang IX *leg cit*; ähnlich Art 65 EuGVVO) vorgesehenen Interventions- und Gewährleistungsklage (vgl Art 8 Nr 2 EuGVVO) des romanischen Rechtskreises. Mit diesem Vorbehalt wird ausgedrückt, dass in den

den Vorbehalt tragenden Staaten zwar eine Interventionsklage ausgeschlossen sei, Urteile aus anderen Staaten auf dieser Grundlage dennoch anerkannt werden; im Gegenzug anerkennen die anderen Vertragsstaaten die Wirkung, welche der Streitverkündung in Deutschland, Österreich und der Schweiz zukommt. Daraus leitet der OGH – kurz gesagt – implizit die Vorstellung des Gesetzgebers ab, dass die Streitverkündung eine vergleichbare Bindungswirkung wie in Deutschland und der Schweiz mit sich bringe, weil dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen sei, dass er ein dem Ziel der Rechtsvereinheitlichung „zuwiderlaufendes österreichisches Partikularrecht“¹³⁾ beabsichtigt habe.¹⁴⁾ Da in Deutschland (§ 68 iVm § 74 Abs 3 dZPO) und der Schweiz (§ 77 iVm § 80 chZPO) eine Bindung des Nebenintervenienten vorgesehen sei, müsse dies nunmehr auch in Österreich gelten. Wenn *Klicka*¹⁵⁾ dies pointiert als Einführung der §§ 68, 74 dZPO durch den OGH bezeichnet, trifft dies im Ergebnis zu; es kann insoweit auch von einer bislang wohl beispiellosen „grenzüberschreitenden Rechtsfortbildung“ gesprochen werden.

3. Kritik

a) Umkehrschluss aus § 931 ABGB, § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG

Auch wenn der OGH die Frage nach der Zulässigkeit eines Umkehrschlusses aus § 931 ABGB und § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG offen lässt, soll ihrer Berechtigung an dieser Stelle kurz nachgegangen werden. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Erkenntnis, dass die befürwortete Bindung des Nebenintervenienten an Tatsachen und die rechtliche Lösung von Vorfragen viel umfassender als jene der Hauptparteien¹⁶⁾ und insgesamt einzigartig ist. Unabhängig davon, ob das *per se* nicht unbedenkliche¹⁷⁾ *e-contrario*-Argument im gegebenen Zusammenhang nicht bereits im Wege der historischen Interpretation zu entkräften ist,¹⁸⁾ ist ein Umkehrschluss aus einer vereinzelt *lex fugitiva*, die lange vor In-Kraft-Treten der Zivilprozessordnung eingeführt wurde,¹⁹⁾ in deren Konzept aber einen absoluten

8) Ebenso 1 Ob 2123/96 d JBl 1997, 368 (verstSen).

9) ErläutRV 631 BlgNR 10. GP 5.

10) Siehe etwa *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 (61); *Gschnitzer in Klang*, ABGB IV/1² 529.

11) 1 Ob 2123/96 d JBl 1997, 368 (verstSen).

12) RIS-Justiz RS0107338, zB 1 Ob 242/97 p SZ 70/200; 6 Ob 324/97 h SZ 70/241; 1 Ob 256/98 y SZ 71/197; 4 Ob 193/09 z SZ 2009/167; 6 Ob 140/12 z JBl 2013, 52; 6 Ob 62/13 f Zak 2013, 404 uvm.

13) 1 Ob 2123/96 d JBl 1997, 368 (verstSen).

14) Die von der Rsp angenommene Wirkung der Streitverkündung wurde jüngst im Rahmen der nunmehr in Art 65 Abs 3 EuGVVO vorgesehenen Notifikation an die EU-Kommission über die Wirkung der Streitverkündung in Österreich bestärkt (s https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-at-en.do?member=1#1; abgefragt am 13. 1. 2015).

15) JBl 1997, 611.

16) 2 Ob 10/96 SZ 69/54; 5 Ob 12/99 x RZ 1999/52; 9 ObA 186/07 d; 7 Ob 219/13 a; RIS-Justiz RS0102102; ausführlich *Fasching/Klicka in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III² (2004) § 411 ZPO Rz 62.

17) Vgl *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 165, die allerdings mit der Annahme einer Zweifelsregel zugunsten eines Analogieschlusses zu weit geht.

18) So *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 166; *Klicka*, RZ 1990, 2 (6); dagegen *Kerschner*, DHG² § 3 Rz 6.

19) § 931 ABGB wurde zwar mit der 3. Teilnovelle 1916 modifiziert. Die hier interessierende Anordnung findet sich aber fast wortwörtlich

Fremdkörper darstellt, mE unzulässig. Denn dem Gesetzgeber von 1811 konnte noch gar nicht bewusst gewesen sein, welche Grenzen der Bindungswirkung von Urteilen allgemein gesetzt sind; das zeigt sich bereits daran, dass bei konsequenter „Durchführung“ der *e-contrario*-Argumentation § 931 ABGB, § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG auch zu entnehmen wäre, dass derjenige, dem nicht der Streit verkündet wurde, im Folgeprozess an alle vom AG/AN im Vorprozess bereits ausgeführten Einwendungen gebunden wäre, was keinesfalls mit Art 6 MRK vereinbar wäre,²⁰⁾ aber tatsächlich im älteren Schrifttum vertreten wurde.²¹⁾ Ferner sind zahlreiche von der Rsp mittlerweile angenommene und im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör auch gebotene Einschränkungen der Bindungswirkung (unten B.3) nicht aus dem genannten Umkehrschluss abzuleiten. Soweit ein solcher Umkehrschluss den genannten Normen demnach überhaupt zu entnehmen wäre, ist diesem Normgehalt mE durch die Einführung der ZPO zumindest im weiteren Sinne des § 9 ABGB materiell derogiert worden. Auch wenn kein ausdrücklicher Tatbestand geschaffen wurde, in dem der spezielle Gegenstand von § 931 ABGB anders geregelt wurde, verlangt die aus mehreren Stellen der Gesamtkodifikation (§§ 281 a, 236, 259 ZPO *e contrario*²²⁾) abzuleitende enge Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft jedoch, dass die über sie hinausgehende spezielle Anordnung eines älteren Gesetzes außer Kraft zu treten hat.²³⁾ Dass dieselbe Anordnung lange nach In-Kraft-Treten der ZPO im DHG „kopiert“ wurde, ändert mangels erkennbaren Problembewusstseins des Gesetzgebers²⁴⁾ daran nichts.

Auch das mögliche Gegenargument, die Interventionswirkung sei eben bloß eine materiellrechtliche Wirkung und daher von prozessualen Erwägungen der Grenzen der Rechtskraft unabhängig, entpuppt sich bei wertender Betrachtung als bloß begrifflicher Natur, weil die Bindungswirkung von Urteilen eine Frage ist, die systematisch zweifellos Gegenstand prozessualer Überlegungen ist. Das zeigt sich bereits darin, dass deren Missachtung nach Ansicht des OGH einen Nichtigkeitsgrund und keine unrichtige rechtliche Beurteilung darstellt (dazu B.5).

b) Berufung auf Lugano-Übereinkommen

Zutreffend ist freilich, dass Art 6 MRK einer Interventionswirkung bei entsprechender Handhabung (unten B.) nicht zwingend entgegensteht.²⁵⁾ Auch ist die weitgehende Bindung des Nebenintervenienten ausgehend vom Ziel, eine verfahrensökonomische Vereinfachung zu erreichen sowie die Gefahr divergierender Urteile zu vermeiden (Schlagwort: „Entscheidungsharmonie“), nicht unsachlich. Denn eine bloße Rechtskrafterstreckung liefe iaR insofern leer, als die Bindung des Dritten an den Spruch in den allermeisten Fällen nicht präjudiziell für den Folgeprozess ist (vgl allerdings noch unten B.4.e).²⁶⁾ So ist es zB für den gem § 4 DHG potenziell regresspflichtigen Arbeitnehmer irrelevant, dass der Arbeitgeber gegenüber dem geschädigten Dritten haftet; wichtig ist für das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nur die Begründung, dass der Arbeitgeber haftet, weil

ihm das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des betroffenen Arbeitnehmers zuzurechnen ist.

Allein es fehlt an einer validen gesetzlichen Grundlage für die ausgesprochene Interventionswirkung, wie sie § 68 iVm § 74 Abs 3 dZPO und § 77 iVm § 80 chZPO kennen. Der OGH umschiffte dieses Problem, indem er davon ausgeht, der Gesetzgeber habe mit seinem Vorbehalt zum Lugano-Übereinkommen unter der Wirkung der Streitverkündung, welche auch in anderen Vertragsstaaten anzuerkennen ist, eine mit ebenjenen Bestimmungen aus Deutschland und der Schweiz vergleichbare Interventionswirkung verstanden. Allerdings reduziert sich dieser Schluss auf eine bloße Behauptung, weil dem Gesetzgeber unterstellt wird, er hätte eine möglichst weitgehende Harmonisierung mit anderen Rechtsordnungen angestrebt.²⁷⁾ Für diese Ansicht könnte allenfalls ein Hinweis in den Materialien anlässlich der Ratifizierung des LGVÜ²⁸⁾ herangezogen werden. Dieser legt aber erstens nur nahe, dass der Streitverkündung irgendeine Wirkung zukommt. Zweitens sind Hinweise in Materialien keine authentische Interpretation iSd § 8 ABGB²⁹⁾ und daher allenfalls als ein Auslegungskriterium beachtlich, das vorliegend mE der eindeutigen systematischen Interpretation weichen hätte müssen.

Selbst unter Zugrundelegung der Prämisse der Rsp, dem Gesetzgeber wäre vorliegend ein entsprechender Wille zu entnehmen gewesen, sprechen die besseren Gründe gegen eine Bindungswirkung. Es ist zwar zutreffend, dass auch völkerrechtliche Verträge zur Auslegung von Rechtsnormen herangezogen werden können.³⁰⁾ Wiederum handelt es sich beim vorliegenden Vorbehalt zu einer völkerrechtlichen Übereinkunft aber weder um eine authentische Interpretation iSd § 8 ABGB noch um ein zwingendes Auslegungskriterium. Jedenfalls bleibt unverständlich, warum diese vermeintliche Anpassungsbestrebung des Gesetzgebers nicht auf den unmittelbaren Anwendungsbereich des LGVÜ beschränkt bleiben soll.³¹⁾ Dies gilt umso mehr, als diese wie mehrfach betont einen beispiellosen Fremdkörper im geltenden innerstaatlichen System darstellt.³²⁾ Zusammengefasst bestehen daher keine ausreichenden Argumente für die von der Rsp im Er-

bereits in der Fassung von § 931 ABGB (zur einzigen Änderung 78 BlgHH 21. Session 173).

20) Zutreffend *Klicka*, RZ 1990, 2 (6).

21) So *Pisko in Klang*, ABGB II/2' 553; *Gschnitzer in Klang*, ABGB IV/1' 528.

22) Siehe dazu die Nachweise in FN 16. Siehe auch § 428 RV Civilproceßordnung (Materialien zu den österreichischen Civilprocessgesetzen [1897] I 158).

23) Allgemein RIS-Justiz RS0008900, zB 1 Ob 36/79 JBI 1980, 539 (*Kozio*); 8 ObA 76/12b wbl 2013/119, 331 (*Grillberger*); vgl auch *F. Bydliński in Rummel*, ABGB I³ § 9 Rz 2 aE; *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} (2013) § 9 Rz 5.

24) Vgl ErläutRV 631 BlgNR 10. GP 5.

25) Vgl *Kerschner*, Art 6 MRK und Zivilrecht, JBI 1999, 689 (699).

26) Vgl *Oberhammer*, JBI 1995, 459 (460).

27) *Klicka*, JBI 1997, 611; *Kerschner*, DHG² § 3 Rz 6.

28) ErläutRV 34 BlgNR 20. GP 32.

29) Konkret *Klicka*, JBI 1997, 611f mwN; allgemein RIS-Justiz RS0008905 (T 3); 1 Ob 222/05m; 4 Ob 111/54 SZ 27/198; *F. Bydliński in Rummel*, ABGB I³ § 8 Rz 1.

30) Vgl auch BGH XI ZR 206/90 NJW 1991, 3092.

31) Ebenso 5 Ob 12/99x RdW 1999, 414; *Klicka*, JBI 1997, 611f; *Chiwitt-Oberhammer*, JAP 1997/98, 41 (46) (Anmerkung).

32) Ebenso *Klicka*, JBI 1997, 611; krit auch 5 Ob 12/99x RdW 1999, 414.

gebnis vorgenommene „rechtsvergleichende Rechtsfortbildung“.

B. Ausgestaltung der Interventionswirkung

1. Rechtliches Gehör als Grundlage und Schranke der Bindungswirkung

Knapp 15 Jahre und zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen später ist ein Abgehen von der bisherigen Rsp-Linie allerdings mehr als unwahrscheinlich – *Roma locuta, causa finita*. Es scheint demnach zweckmäßig, den grundsätzlichen Bestand der Bindungswirkung im Folgenden als gegeben zu akzeptieren und deren nähere Ausgestaltung zu untersuchen, was bislang in der Lehre nur sehr eingeschränkt geschehen ist.³³⁾ Dabei drängen sich rechtsvergleichende Erkenntnisse aus der offenbar als „Vorbildbestimmung“ anerkannten Norm des § 68 dZPO geradezu auf.³⁴⁾ Bei jeder Interpretationsfrage ist ferner iS einer verfassungskonformen Auslegung Art 6 MRK zu beachten, zumal die Interventionswirkung ihre Berechtigung aus der Gewährung rechtlichen Gehörs zieht, dadurch aber zugleich deren Grenzen gesteckt werden.³⁵⁾

Trotz der Möglichkeit „rechtsvergleichender Erkenntnisgewinnung“ ist der Gesetzgeber mE zum Handeln aufgefordert, um erstens die Diskussion über die methodische Zulässigkeit ein für alle Mal zu beenden und zweitens dem Rechtsanwender klare Richtlinien in die Hand zu geben. Ob dabei auf die bewährten Vorbilder aus Deutschland oder der Schweiz zurückgegriffen wird, ist letztlich von untergeordneter Bedeutung. Es sei aber der Hinweis erlaubt, dass die nachfolgenden Einschränkungen zeigen, dass der von der Interventionswirkung offenbar bezweckte Effekt von Prozessökonomie und Entscheidungsharmonie wegen zahlreicher Einschränkungen, die im Folgeprozess zu überprüfen sind, nicht überbewertet werden sollte. Auch die Option eines Ausschlusses der Bindungswirkung sollte daher *de lege ferenda* nicht von vornherein verworfen werden.

2. Abgrenzung zur Bindungswirkung der Parteien

Dogmatisch sollte die vorliegende Bindungswirkung der Streitverkündung bzw der Nebenintervention nicht als Aspekt oder besondere Ausprägung der materiellen Rechtskraft erklärt werden.³⁶⁾ Es handelt sich vielmehr um eine eigenständige Wirkung.³⁷⁾ Dies muss jedenfalls gelten, sofern man nicht bereit ist, die allgemein anerkannte Beschränkung der Bindungswirkung auf das im Spruch Verfügte auch gegenüber den Parteien des Rechtsstreits zu durchbrechen, wofür mE weder eine Veranlassung noch eine rechtliche Grundlage besteht. Auch aus der bisherigen Judikatur ergeben sich keine Hinweise auf ein solches Verständnis. Richtigerweise ist schlicht davon auszugehen, dass die Bindung gegenüber dem Dritten weiter reicht als die Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft gegenüber den Parteien. Das scheint zwar auf den ersten Blick befremdend; nicht zuletzt der rechtsvergleichende Blick zeigt freilich, dass dies notwendige Konsequenz einer

(offenbar gewünschten) Bindung des Nebenintervenienten ist, weil eine Bindung an den Spruch zumeist einfach sinnlos wäre (oben A.3.b), betrifft dieser doch nur das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und kann daher regelmäßig keine Auswirkungen auf den Nebenintervenienten haben.³⁸⁾ Die Differenzierung zwischen der Bindung der Partei und des Nebenintervenienten feilt ferner vor voreiliegen Rückschlüssen, etwa im Rechtsmittelrecht (unten 5.). Es sollte daher ein eigener Begriff gefunden werden, wofür sich jener der Interventionswirkung regelrecht anbietet.

3. Voraussetzungen der Interventionswirkung

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs ist nochmals hervorzuheben, dass die Interventionswirkung nicht nur denjenigen trifft, dem der Streit verkündet wurde, sondern auch denjenigen, der sich aus eigenen Stücken am Verfahren als Nebenintervenient beteiligte. Die Rsp nimmt eine Bindungswirkung sogar demjenigen gegenüber an, dessen Antrag auf Nebenintervention zurückgewiesen wurde, der dies aber unbekämpft ließ.³⁹⁾ Dies kann allerdings nur gelten, wenn das Gericht im Folgeprozess zur Auffassung kommt, dass die Nebenintervention zu Unrecht zurückgewiesen wurde, weil von niemandem verlangt werden kann, unnötige Rechtsmittel zu erheben.⁴⁰⁾ Der Interventionswirkung steht umgekehrt nicht entgegen, dass die Nebenintervention zu Unrecht zugelassen wurde.⁴¹⁾ Die Zurücknahme der Nebenintervention schadet der Interventionswirkung ebenso wenig.⁴²⁾ Bloße Kenntnis vom Vorverfahren begründet die Interventionswirkung dagegen selbstverständlich nicht.⁴³⁾

Bislang in der Rsp noch nicht erörtert wurde, ob die Bindungswirkung auch den streitgenössischen Nebenintervenienten (§ 20 ZPO) erfasst. Der naheliegende Größenschluss, dass der streitgenössische Nebenintervenient erst recht erfasst sein müsse, wenn dies auch für den einfachen gelte, vernachlässigt, dass die Interventionswirkung wie gezeigt (oben B.2) sogar weiter reicht als die Bindung der Partei. Da dem streitgenössischen Nebenintervenienten gem § 20 ZPO auch sonst die Stellung eines Streitgenossen, also einer Par-

33) Aus jüngerer Zeit beschäftigen sich soweit ersichtlich nur *Bielesz/Beham*, Bindungswirkung der Streitverkündung, *ecolex* 2013, 876, und *B. Schneider*, Bindungswirkung bei Streitverkündung und Beitritt „auf der anderen Seite“, *JAP* 2013/2014, 166, damit.

34) Vgl *Oberhammer*, *ecolex* 1997, 422 (423) (Anmerkung).

35) So bereits *Reischauer*, *ÖJZ* 1979, 57 (58).

36) Zutreffend die deutsche hL, zB *Bork* in *Jonas/Stein*, Kommentar zur Zivilprozessordnung II²² (2004) § 68 Rz 1, 5; *Weth* in *Musielak*, Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO)¹¹ (2014) § 68 Rz 3; s auch *Burgstaller/Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (3. Lfg; 2000) § 308 Rz 21.

37) *Oberhammer*, *ecolex* 1997, 422 (423) (Anmerkung); vgl allerdings noch *dens*, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten (1992) 169 mwN.

38) Vgl *Oberhammer*, *JB1* 1995, 459 (460) (Anmerkung). Anderes gilt lediglich, wenn das im Spruch Verfügte eine präjudizielle Vorfrage für den Folgeprozess wäre.

39) 6 Ob 140/12z *JB1* 2013, 52.

40) Vgl in anderem Zusammenhang 4 Ob 72/01 v *EvBl* 2001/183, 807.

41) Ebenso *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ (2010) § 50 Rz 55; *Bork* in *Jonas/Stein*, ZPO II²² § 68 Rz 4.

42) Statt vieler *Th. Putzo*, Zivilprozessordnung (ZPO)³⁵ (2014) § 68 Rz 3.

43) 1 Ob 256/98y *SZ* 71/197.

tei zukommt,⁴⁴⁾ ist es mE nur konsequent, ihn wie diese nach allgemeinen Grundsätzen nur an den Spruch der Entscheidung zu binden.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich ist die Interventionswirkung jedenfalls für Regressansprüche anerkannt, wobei Identität des in beiden Fällen präjudiziellen Rechtsverhältnisses nicht erforderlich ist.⁴⁵⁾ Nach der Judikatur sind ferner zumindest materiellrechtliche Alternativverhältnisse, die einander gegenseitig ausschließend bedingen,⁴⁶⁾ sowie „Sonderrechtsverhältnisse“⁴⁷⁾ erfasst.⁴⁸⁾

Ausgehend von der Ansicht der Rsp, dass der Gesetzgeber mit seinem Vorbehalt zum LGVÜ zu verstehen gegeben hat, eine der Interventionsklage zumindest funktionell vergleichbare Wirkung entfalten zu wollen, und dem Anliegen, möglichst weitgehende Entscheidungsharmonie herzustellen, ist mE eine weitere Abgrenzung vorzugswürdig: Die Interventionswirkung kann immer eingreifen, wenn die beiden streitgegenständlichen Rechtsverhältnisse materiellrechtlich so beschaffen sind, dass einzelne Fragen in beiden Verfahren entscheidungserheblich sind.⁴⁹⁾ Dies ist insb der Fall, wenn für beide geltend gemachten Ansprüche zumindest ein Tatbestandsmerkmal identisch ist oder das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals in einem Verfahren logisch dem Anspruch in einem möglichen zweiten Prozess entgegensteht. Es ist auch kein zwingendes Unterscheidungskriterium auszumachen, das die Einschränkung der Interventionswirkung nur auf gewisse Rechtsverhältnisse in Abweichung von § 68 dZPO⁵⁰⁾ und § 77 chZPO rechtfertigen würde. Der in Deutschland vertretenen Gegenansicht von Häsemeyer⁵¹⁾ ist zwar zuzugestehen, dass die herausgearbeitete Beschränkung auf Konstellationen, in denen ein besonderes Schutzbedürfnis der Hauptpartei nach „Entscheidungsharmonie“ besteht, sachlich begründet ist. Eine ausreichende Veranlassung für eine teleologische Reduktion von § 68 dZPO in anderen Fällen ist darin jedoch mE nicht zu erblicken. Dieser Befund wirkt sich wohl indirekt auch auf die österreichische Rechtslage aus.

c) Uneingeschränktes rechtliches Gehör

Die wichtigste Voraussetzung der Interpretationswirkung ist wegen Art 6 MRK schließlich, dass dem von der Interventionswirkung Erfassten volles rechtliches Gehör zustand (vgl oben B.1).⁵²⁾ Das bedeutet, dass nur hinsichtlich jener Entscheidungselemente eine Bindung eintreten kann, hinsichtlich derer der Nebenintervenient alle Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorbringen konnte (dazu noch B.4.d). Sein rechtliches Gehör darf also nicht wegen verspäteter Streitverkündung und dementsprechend verspäteter Beteiligung als Nebenintervenient (§ 19 ZPO; vgl § 179 Satz 2 ZPO) oder wegen Widerspruchs zum Vorbringen der Hauptpartei (§ 19 Abs 1 letzter Satz ZPO) unbeachtlich geblieben sein.⁵³⁾ Dasselbe gilt dementsprechend selbstverständlich, wenn die Hauptpartei dem Nebenintervenienten diese Möglichkeit durch Disposition über den Streitgegenstand (Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich) oder Zurücknahme seines Rechtsmittels⁵⁴⁾ nimmt.

Fraglich ist, ob die Interventionswirkung bei Anerkenntnis, Verzicht odgl nur gegenüber einem beteiligten Nebenintervenienten entfällt oder auch gegenüber demjenigen, der sich trotz Streitverkündung nicht beteiligt hat. Zweckmäßig ist in diesem Fall die Ansicht Reischauers⁵⁵⁾, dass die Bindungswirkung nur dann entfällt, wenn der Regresspflichtige das Gericht überzeugen kann (vgl unten B.5.a), dass ihn die Hauptpartei an seinem Vorbringen gehindert hätte. Dies dürfte ihm oftmals wohl nur bei Anerkenntnis- und Verzichtsurteilen gelingen, in diesen Fällen aber sogar *prima facie* zu vermuten sein. Bei Versäumungsurteilen kann sich derjenige, dem der Streit vor der vorbereitenden Tagsatzung verkündet wurde, allerdings konsequenterweise nicht auf die fehlende Bindungswirkung berufen.⁵⁶⁾ Das gilt jedenfalls, wenn man mit der nicht unbedenklichen hM davon ausgeht, dass auch der Nebenintervenient die Säumnis der Hauptpartei abwendet.⁵⁷⁾ Allerdings wird in diesen Fällen praktisch zumeist ohnehin keine ordnungsgemäße Streitverkündung vorliegen, weil es sehr unwahrscheinlich ist, dass die Hauptpartei zwar Veranlassung für eine Streitverkündung, nicht aber für eine Streiteinlassung sieht. Schiedssprüche entfalten nach der Rsp generell keine Interventionswirkung, wenn und weil der Dritte keinen Einfluss auf die Besetzung des Schiedsgerichts hatte.⁵⁸⁾

4. Umfang der Bindungswirkung

a) Entscheidungserhebliche Tatsachen und rechtliche Beurteilung

Die Interventionswirkung bezieht sich auf die notwendigen Elemente der Entscheidung des Vorprozesses. Damit sind in erster Linie die festgestellten Tatsachen bindend.⁵⁹⁾ Eine Bindungswirkung tritt mE aber auch

44) Ausführlich Schubert in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze II/2² § 20 ZPO Rz 9ff mwN.

45) 1 Ob 242/97 p SZ 70/200.

46) 5 Ob 68/11 b Zak 2012, 119; 7 Ob 43/02 b RdW 2002, 657.

47) Dazu zu Recht krit Bielez/Beham, eolex 2013, 876 (877).

48) 7 Ob 43/02 b RdW 2002, 657.

49) AA Kerschner, JBl 1999, 689 (699); 6 Ob 88/99f JBl 2000, 736, wo freilich eine Bindungswirkung ohnehin nicht in Betracht kam, weil die Beklagte im Vorprozess nicht auf Seiten des Klägers des Folgeprozesses aufgetreten ist (unten B.4.e); insoweit unzutreffend auch 5 Ob 68/11 b Zak 2012, 119.

50) Die hM in Deutschland verneint eine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs, s zB Mansel in Wiczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar I/2³ (1994) § 68 Rz 84; Bork in Jonas/Stein, ZPO II² § 68 Rz 9 mwN.

51) Häsemeyer, Die Interventionswirkung im Zivilprozess – prozessuale Sicherung materiell-rechtlicher Alternativverhältnisse, ZZP 84 (1971) 184 (187); zust Oberhammer, Auftragsverfahren 169ff. Im Ergebnis dürften sich die Abweichungen von der hier vertretenen Ansicht ohnehin in Grenzen halten.

52) So bereits 1 Ob 2123/96 d JBl 1997, 368 (verstSen); RIS-Justiz RS0107338.

53) RIS-Justiz RS0107338 (T 18); RS0122420; 6 Ob 62/13f Zak 2013, 404; 4 Ob 137/11 t Zak 2012, 134; 4 Ob 111/07 p eolex 2008/38, 131; 1 Ob 257/98 w; Reischauer, ÖJZ 1979, 57 (61f); Kerschner, DHG² § 3 Rz 7; Bielez/Beham, eolex 2013, 876 (878f).

54) Dazu zB 7 Ob 681/89 JBl 1990, 189.

55) Reischauer, ÖJZ 1979, 57 (62); ebenso Kerschner, DHG² § 3 Rz 9.

56) Ebenso Reischauer, ÖJZ 1979, 57 (63f); aA Kerschner, DHG² § 3 Rz 9.

57) OGH Nr 6074, 6075 GIUNF 3027; Fucik in Rechberger, ZPO³ § 19 Rz 1.

58) 6 Ob 170/08 f RdW 2009, 345.

59) So bereits Oberhammer, JAP 1996/97, 26 (29) (Anmerkung).

hinsichtlich der rechtlichen Würdigung ein.⁶⁰⁾ Bisweilen gegenteilige Äußerungen der Rsp⁶¹⁾ verkennen, dass ohne Bindung an die rechtliche Beurteilung der Zweck der Interventionswirkung, nämlich die Gewährleistung von Entscheidungsharmonie, konterkariert würde. Denn die bloße Bindung daran, dass der Frachtführer bei dieser oder jener Geschwindigkeit von der Fahrbahn abgekommen war, gewährleistet keine gleichförmige Beurteilung der eigentlich entscheidungswesentlichen Frage, ob dieses Verhalten auch sorgfaltswidrig war.

Die Bindung gilt allerdings nur soweit, als die tatsächlichen und rechtlichen Elemente für die Entscheidung im Vorprozess notwendig waren. Als Maßstab der Notwendigkeit ist aber nicht die konkrete rechtliche Beurteilung des Gerichts im Vorprozess, sondern die „objektiv richtige Beurteilung“ heranzuziehen.⁶²⁾ Daraus ergibt sich, dass eine abweichende Rechtsansicht im Folgeprozess dann zulässig ist, wenn sie – nach der Beurteilung durch das Gericht im Folgeprozess – zu keiner Änderung des Ergebnisses im Vorprozess geführt hätte.⁶³⁾

b) Bindung im Rahmen objektiver Grenzen der Rechtskraft

Zu betonen ist ferner, dass auch für den Dritten die Grenzen der objektiven Rechtskraft gelten müssen. Er kann also nur hinsichtlich solcher Einwendungen präkludiert sein, die vom Streitgegenstand im Vorprozess erfasst waren. Damit bleiben ihm insb Einwendungen seines Verhältnisses zur Hauptpartei erhalten (vgl § 98 Abs 3 EheG).⁶⁴⁾ So wäre zB in Haftpflichtprozessen der Einwand möglich, dass zwischen dem Dritten und „seiner“ Partei ein anderer Sorgfaltsmaßstab gilt, was insb in Dienstnehmerhaftpflichtprozessen denkbar ist.⁶⁵⁾ Aber auch *nova producta* können im Folgeprozess selbstverständlich geltend gemacht werden (vgl wiederum § 98 Abs 3 EheG).

c) Nova reperta und schuldlose Unterlassung der Nebenintervention

Fraglich ist dagegen, was für Einwendungen gilt, die dem Nebenintervenienten im Vorprozess schuldlos nicht bekannt waren (*nova reperta*). Da nach hM auch ein Nebenintervenient Wiederaufnahmsklage erheben kann,⁶⁶⁾ müsste er wohl den Vorprozess gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bekämpfen; dies dürfte aber nur möglich sein, wenn das neue Tatsachensubstrat auch der Hauptpartei im Vorprozess schuldlos unbekannt war, weil das gegenteilige Ergebnis eine sachwidrige Belastung des Dritten darstellt.⁶⁷⁾ Ist die Wiederaufnahmsklage dagegen unzulässig (oder wird sie von der Hauptpartei zurückgezogen⁶⁸⁾), weil die Hauptpartei im Vorprozess ihr bekannte Einwendungen nicht erhoben hat, muss auch die Bindungswirkung entfallen (vgl auch § 68 letzter HS dZPO; § 77 lit b chZPO).

Schließlich muss die Frage geklärt werden, was zu geschehen hat, wenn sich der Dritte trotz Streitverkündung schuldlos nicht am Vorprozess beteiligt hat. Da nicht einzusehen ist, dass der Nebenintervenient zwar einer ähnlichen Bindungswirkung ausgesetzt ist wie eine unterlegene Partei, ohne dass ihm ein gleichwertiger

Rechtsschutz gegen schuldlose Säumnis ermöglicht würde, ist mE eine analoge Anwendung von § 146 ZPO geboten. Kann der Dritte daher im Folgeprozess ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis glaubhaft machen, ist die Bindungswirkung insofern auszuschließen, als er versäumtes Vorbringen nachholen kann.⁶⁹⁾

d) Einschränkung der Bindung wegen fehlenden rechtlichen Gehörs

Bereits thematisiert wurde (oben B.3.c), dass die Bindung nur hinsichtlich jener Entscheidungselemente greifen kann, hinsichtlich derer der Nebenintervenient volles rechtliches Gehör hatte (bzw gehabt hätte). Das bedeutet aber, dass bezüglich des jeweiligen Entscheidungselements konkret beurteilt werden muss, ob der Nebenintervenient an allfälligem Vorbringen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht gehindert wurde. Es ist dementsprechend denkbar, dass die Interventionswirkung nur hinsichtlich einzelner Tatsachen oder rechtlicher Würdigungen eintritt, der Nebenintervenient aber an andere, wenn auch notwendige Entscheidungselemente nicht gebunden ist. Zwangsläufig vollumfänglich ausgeschlossen ist eine Bindung freilich, soweit eine Disposition über den Streitgegenstand getätigt oder der Nebenintervenient an der Erhebung eines Rechtsmittels gehindert wurde.

Fraglich ist ferner aber, ob noch weiterer Differenzierungsbedarf besteht: Es wäre nämlich durchaus vertretbar, dass der Nebenintervenient im Folgeprozess Vorbringen hinsichtlich des jeweiligen Entscheidungselements nur soweit nachholen kann, als es im Vorprozess nicht beachtet wurde. Das würde also bedeuten, dass eine Bindung trotz Gehörentzugs sogar soweit greift, als er keine neuen Argumente im Vergleich zum Prozessstandpunkt der Hauptpartei liefert. Wurde dem Subunternehmer zB im Vorprozess nur ein bestimmter Einwand gegen die Annahme einer Pflichtwidrigkeit seines Handelns verwehrt, könnte er auch nur diesen im Folgeprozess nachholen. Eine solchermaßen übermäßig differenzierte Sichtweise beschränkt indes das rechtliche Gehör allzu weitreichend, ohne dass damit ein wesentlicher prozessökonomischer Vorteil einherginge. Ganz im Gegenteil würde dies den Richter sogar zum exakten Studium des Akts im Vorprozess zwingen, um zu eruieren, was Hauptpartei und Nebenintervenient bereits im Detail für ihren

60) Zutr BGH III ZR 72/52 NJW 1953, 420; I ZR 105/53 NJW 1955, 625; VI ZR 293/79 NJW 1983, 820; *Mansel* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO I/2³ § 68 Rz 91, 133; *Vollkommer* in *Zöller*, ZPO³⁰ (2014) § 68 Rz 9.

61) OGH 1 Ob 296/04t; *Bielez/Beham*, *ecolex* 2013, 876 (878) mwN aus der mE allerdings teilweise missverstandenen Rsp; ebenso die Notifikation Österreichs iSd Art 65 Abs 3 EuGVVO (FN 14) (https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-at-en.do?member=1#1; abgefragt am 13. 1. 2015).

62) RIS-Justiz RS0115239; 4 Ob 72/01 v EvBl 2001/183, 807; 7 Ob 191/10 d RdW 2011, 283 uam.

63) So wohl 4 Ob 72/01 v EvBl 2001/183, 807; 3 Ob 127/09m.

64) 1 Ob 296/04t.

65) Im Ergebnis auch *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 (59); *Kerschner*, DHG² § 4 Rz 6.

66) 1 Ob 436/51 SZ 24/216; *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 2035.

67) So bereits *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 (64).

68) Vgl *Jelinek* in *Fasching/Konecny*, *Zivilprozessgesetze IV/1²* (2005) Vor §§ 529ff ZPO Rz 22.

69) *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 (63).

Standpunkt vorgebracht haben. Dies wird aber letztlich uU einen größeren Aufwand als die nochmalige Erörterung des Vorbringens und der Einwände des Nebenintervenienten mit sich bringen. Es ist daher insgesamt vorzugswürdig, zwar zwischen den einzelnen Elementen der Entscheidung zu unterscheiden; wurde dem Nebenintervenienten aber hinsichtlich einzelner Elemente nicht uneingeschränktes rechtliches Gehör gewährt, kann dieses Entscheidungselement im Folgeprozess aufgrund welcher Argumente auch immer neu beurteilt werden.

e) Bindung gegenüber der Hauptpartei

Die Bindungswirkung tritt nach hM nur im Verhältnis zur unterstützten Partei (= Hauptpartei) ein, weil der Nebenintervenient ja gar keine Möglichkeit hat, Vorbringen zugunsten der Gegenpartei zu erstatten, daher auch nicht an ein ihr nachteiliges Prozessergebnis gebunden sein kann.⁷⁰⁾ Die Bindungswirkung entfällt dementsprechend auch, wenn dem Dritten zwar von einer Partei der Streit verkündet wurde, diese sich dem Verfahren aber zu Recht auf Seiten der anderen Partei angeschlossen hat.⁷¹⁾ Nach Ansicht des OGH gilt dies allerdings dann nicht, wenn sich der Nebenintervenient im Vorprozess willkürlich auf die Seite des Gegners geschlagen habe.⁷²⁾ Sofern das Gericht im Vorprozess nach einem Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention ein rechtliches Interesse bejaht, ist eine willkürliche Nebenintervention allerdings mE nicht mehr denkbar. Lediglich wenn kein Antrag auf Zurückweisung gestellt wird und daher auch kein bindender Beschluss über die Zulässigkeit gefällt wird, wäre eine willkürliche Beteiligung auf der „falschen“ Seite denkbar. Jedenfalls ist der Nebenintervenient konsequenterweise in einem allfälligen Folgeprozess gegenüber der Partei gebunden, auf deren Seite er beigetreten ist, auch wenn ihm seitens der anderen der Streit verkündet wurde.⁷³⁾

Diese Einschränkung der Bindung steht aber zumindest auf den ersten Blick in gewissem Widerspruch zu § 98 Abs 3 EheG. Danach kann ein (Ehegatten-) Ausfallsbürge, dem rechtzeitig der Streit über den Prozess zwischen Gläubiger und Hauptschuldner verkündet wurde, dem Gläubiger im Folgeprozess Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur noch entgegenhalten, soweit dies auch der Hauptschuldner könnte. Es tritt also eine Bindung gegenüber dem Gläubiger ein, der zwangsläufig „Gegenpartei“ sein muss, weil der Ausfallsbürge an deren Obsiegen sicherlich kein rechtliches Interesse hat. Ausweislich der Mat⁷⁴⁾ ist § 98 EheG der Rechtskrafterstreckung⁷⁵⁾ von Urteilen gegenüber der OG/KG auf ihre Gesellschafter nachempfinden. Bereits daran zeigt sich deutlich, dass § 98 Abs 3 EheG einen Fall echter Rechtskrafterstreckung⁷⁶⁾ und nicht der Interventionswirkung (vgl oben B.2) betrifft, wenngleich dieser an die Voraussetzung der Streitverkündung anknüpft. Es geht nicht um die Erstreckung notwendiger Elemente der Begründung, sondern des im Vorprozess festgestellten Spruchs, dass der Ehegatte des Nebenintervenienten als Hauptschuldner haftet. Daher können aus § 98 Abs 3 EheG auch keine zwingenden Rückschlüsse auf die Reich-

weite der allgemeinen Interventionswirkung induziert werden.^{77), 78)}

Auch steht die Einschränkung der Bindung auf das Verhältnis zur Hauptpartei grundsätzlich mit § 68 dZPO und § 77 chZPO im Einklang, die ausdrücklich nur von den Wirkungen gegenüber der Hauptpartei sprechen. Allerdings wird wegen § 74 dZPO von der deutschen hM vertreten, dass bei Beteiligung auf der Seite jener Partei, die dem Dritten nicht den Streit verkündet hat, eine Bindung zur streitverkündenden Gegenpartei eintritt, weil die Beteiligung auf der Gegenseite einem Nichtbeitritt gleichkommt.⁷⁹⁾ Mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist dies freilich nur vereinbar, wenn man die Bindung auf für die Gegenpartei günstige Entscheidungselemente beschränken würde, die für die Hauptpartei im Vorprozess ungünstig waren.⁸⁰⁾ Denn nur diese konnte der Nebenintervenient ja überhaupt bekämpfen (§ 19 Satz 2 ZPO; unten B.4.f). Umgekehrt müsste wegen des Grundsatzes der Waffengleichheit auch die Gegenpartei an die für sie ungünstigen, für den Nebenintervenienten aber günstigen Elemente gebunden werden. Für diese Auffassung spricht, dass sie den bereits mehrfach erwähnten Zwecken der Prozessökonomisierung und der Gewährleistung von Entscheidungsharmonie optimal Rechnung trägt, ohne gegen Art 6 MRK zu verstoßen.

Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen der Bindung sprechen mE aber auch keine zwingenden Gründe dagegen, eine Bindung zwischen Nebenintervenient und Gegenpartei in jedem Fall der Nebenintervention und nicht nur bei entsprechender Streitverkündung seitens der Gegenpartei anzunehmen, somit dem Nebenintervenienten im Vorprozess volles rechtliches Gehör gewährt wurde. Eine ausdrückliche gesetzliche Beschränkung der Bindung auf das Verhältnis

70) RIS-Justiz RS0107338 (T 15); OGH 6 Ob 62/13f Zak 2013, 404; 10 Ob 144/05g Zak 2006, 319; ausführlich BGH VI ZR 293/79 NJW 1983, 820.

71) 6 Ob 62/13f Zak 2013, 404; ausf dazu B. Schneider, JAP 2013/2014, 166 (167 ff).

72) 6 Ob 62/13f Zak 2013, 404.

73) 7 Ob 159/07v JBl 2008, 458; 10 Ob 79/05y ecollex 2007/142, 344; RIS-Justiz RS0122987; RS0107338 (T 16, T 20).

74) AB 729 BlgNR 26. GP 4 freilich mit dem irrtümlichen Hinweis auf § 128 anstatt § 129 HGB.

75) Zum Charakter der Norm zutr Oberhammer, Die OHG im Zivilprozess (1998) 57 ff mwN; offenlassend zB BGH VIII ZR 230/68 NJW 1970, 1740; K. Schmidt in MüKoHGB II⁹ (2011) § 129 Rz 13; zur Wirkung s bereits Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes (1897) 94.

76) Vgl Stabentheiner in Rummel, ABGB II/2³ (2002) § 98 EheG Rz 9.

77) Anzudenken ist mit Gamerith (Kreditmhaftung geschiedener Ehegatten nach § 98 EheG, RdW 1987, 183 [192]) allerdings eine analoge Anwendung von § 98 EheG auf jede Form der Ausfallsbürgschaft.

78) Ein anderes Problem ist, dass die Bindungswirkung gem § 98 EheG in verfassungskonformer Auslegung (Art 6 MRK) wohl ebenfalls nur soweit eintreten kann, als dem Ausfallsbürgen ausreichend rechtliches Gehör gewährt wurde (insoweit unkrit Musger, Verfahrensrechtliche Bindungswirkungen und Art 6 MRK [Teil II], JBl 1991, 499 [504]). Naheliegender ist es, dem Ausfallsbürgen die Stellung eines (wirkungsgebundenen) streitgenössischen Nebenintervenienten zuzugestehen. Dafür sprechen bereits die Materialien (zu den österreichischen Civilprocessgesetzen I 203), die eine streitgenössische Nebenintervention annehmen, wenn „eine Entscheidung in Aussicht steht, die zugleich für das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Prozessgegner der Partei maßgebend ist“.

79) BGH VI ZR 293/79 NJW 1983, 820; Weth in Musielak, ZPO¹¹ § 74 Rz 3.

80) Diese denkbare Einschränkung erörtert B. Schneider, JAP 2013/2014, 166 (168 ff), nicht.

zur Hauptpartei oder zum „Streitverkünder“ besteht in Österreich jedenfalls nicht (anders § 68 dZPO; § 77 chZPO). Insgesamt offenbart dieses Problem erneut die Schwierigkeiten, vor welche der Rechtsanwender bei einer solchen Rechtsfortbildung ohne konkrete, gesetzliche Anhaltspunkte gestellt wird, und verleiht dem Ruf nach dem Gesetzgeber noch größeren Nachdruck (s bereits oben B.1).

f) Keine Bindung an günstige Feststellungen und bei vollständigem Obsiegen

Aus dem Erfordernis vollen rechtlichen Gehörs ergibt sich die weitere Einschränkung, dass der Nebenintervenient nur an Feststellungen und rechtliche Würdigungen gebunden ist, die für die Hauptpartei im Vorprozess ungünstig waren,⁸¹⁾ denn gegen ihre günstigen Feststellungen konnte er nichts unternehmen (§ 19 Satz 2 ZPO). Die Bindung wird aber von der Rsp noch weiter dahin eingeschränkt, dass die Feststellung zusätzlich auch für den Nebenintervenienten ungünstig sein müsse.⁸²⁾ Dies ist bei sogenannten „interessenwiderstrebenden Feststellungen“⁸³⁾ nicht der Fall, die sich dadurch kennzeichnen, dass sie zwar für den Nebenintervenienten günstig, für die Hauptpartei aber ungünstig sind. So ist es in einem Haftpflichtprozess gegen einen Unternehmer für diesen als Hauptpartei nachteilig, wenn Verschulden eines seiner Repräsentanten angenommen wird. Für den vermeintlich schadensstiftenden Dienstnehmer ist dies dagegen günstig, weil er im möglichen Regressprozess jedenfalls einen Mitverschuldenseinwand gegen seinen Arbeitgeber hat, dem die Sorglosigkeit seines Repräsentanten zuzurechnen ist.⁸⁴⁾ Aus Gründen der Waffengleichheit sollte aber mE in diesen Fällen eine Bindung bejaht werden. Denn es ist nicht einzusehen, warum nicht ausnahmsweise auch die Hauptpartei an negative Entscheidungselemente gebunden sein soll, zumal ihr ohnehin volles rechtliches Gehör zukam.⁸⁵⁾ Ferner wird nur dadurch der Zweck, widersprüchliche Entscheidungen zu verhindern, bestmöglich verwirklicht.

Generell kann die Interventionswirkung nur eintreten, wenn die Hauptpartei im Vorprozess (zumindest teilweise) unterlegen ist.⁸⁶⁾ Sofern trotz vollständigen Obsiegens vereinzelte Feststellungen negativ sind, fehlt es nämlich am Bedürfnis (und mangels Beschwer an der Möglichkeit), nachteilige Elemente der Entscheidung zu bekämpfen (vgl nur § 473 a Abs 1 ZPO). Diesfalls ist ein Folgeprozess freilich aber ohnehin unwahrscheinlich.

g) Non-liquet-Feststellungen

Auf den ersten Blick problematisch ist schließlich, dass der Nebenintervenient nicht dadurch schlechter gestellt werden darf, dass im Vorprozess aus seiner Sicht eine andere Beweislastverteilung gegeben war.⁸⁷⁾ ZB kann den Arbeitgeber (damit auch den beitretenden Arbeitnehmer) etwa im Vorprozess gem § 1298 ABGB die Beweislast für mangelnde Sorgfaltswidrigkeit treffen, während er im Folgeprozess nach zutr Ansicht⁸⁸⁾ gegenüber dem Arbeitnehmer dafür beweispflichtig ist, dass dieser sorgfaltswidrig gehandelt hat. Beschränkt man hier im Falle einer *non-liquet*-Feststellung

die Bindung richtigerweise bloß darauf, dass der Arbeitgeber nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beweisen konnte, dass der ihm zuzurechnende Arbeitnehmer nicht sorgfaltswidrig gehandelt hat und er deshalb haftet, und geht nicht vom Vorliegen sorgfaltswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers aus,⁸⁹⁾ ergeben sich freilich keine Probleme.⁹⁰⁾

5. Prozessuale Behandlung der Bindungswirkung

a) Amtswegige Wahrnehmung – Beweislast

Die Interventionswirkung ist nach hM in Deutschland von Amts wegen wahrzunehmen.⁹¹⁾ Auch in Österreich ist nicht einsichtig, warum bei der Prüfung einer Interventionswirkung eine Ausnahme vom (abgeschwächten) Untersuchungsgrundsatz gemacht werden soll. Wie sonst ist das Gericht freilich faktisch uU auf entsprechendes Vorbringen der Parteien angewiesen.

Damit ist allerdings noch nicht geklärt, wie die objektive Beweislast für die Interventionswirkung verteilt ist, also zu wessen Lasten eine allfällige *non-liquet*-Feststellung geht.⁹²⁾ Wiederum ist eine Abweichung von der allgemeinen Beweislastregel⁹³⁾ nicht geboten, sodass die Hauptpartei die „bindungsbe gründenden“, der vermeintlich gebundene Dritte die „bindungsver nichtenden“ Umstände zu beweisen hat. Das bedeutet jedenfalls, dass die Hauptpartei die Beweislast für die Nebenintervention im Vorprozess bzw die ordnungsgemäße Streitverkündung trifft. Hinsichtlich des Negativums, dass der Dritte nicht in seinem rechtlichen Gehör beschränkt wurde, sollte nach den Grundsätzen

81) 7 Ob 159/07 v JBI 2008, 458; aA aber *B. Schneider*, JAP 2013/2014, 166.
 82) 10 Ob 79/05 y ecolex 2007/142, 344.
 83) Ausführlich dazu *Mansel* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO I/2³ § 68 Rz 117 ff mwN; im Ergebnis auch *Häsemeyer*, ZJP 84 (1971) 179.
 84) Während die Zurechnung der Sorglosigkeit von Gehilfen als Mitverschulden insgesamt umstritten ist (statt vieler *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten [1991] passim; *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ [1997] Rz 12/64 ff), ist die Zurechnung von Repräsentantenverhalten weitestgehend unstrittig, s zB 9 ObA 320/97t SZ 71/63; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB I³ § 1304 Rz 7 a.
 85) *Zutr B. Schneider*, JAP 2013/2014, 166; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 50 Rz 57; *Bork* in *Jonas/Stein*, ZPO II²² § 68 Rz 20 mwN; anders die deutsche Rsp (zB BGH VII ZR 122/86 NJW 1987, 1894), die freilich durch die Annahme der Unteilbarkeit der Interventionswirkung (BGH IX ZR 83/88 NJW-RR 1989, 766 uvm) vergleichbare Ergebnisse erzielt.
 86) 10 Ob 79/05 y ecolex 2007/142, 344; 7 Ob 159/07 v JBI 2008, 458.
 87) *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 (60); *Mansel* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO I/2³ § 68 Rz 115.
 88) § 1298 ABGB ist nach zutr Ansicht nur auf Erfolgsverbindlichkeiten anzuwenden: Grundlegend *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB). Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörung mit rechtsvergleichenden Bezügen (1975) passim; zust *Kerschner*, DHG² § 2 Rz 24; *Oberhofer/Trenker* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI⁴ (erscheint 2015) § 2 DHG Rz 37, je mwN.
 89) hM in Deutschland, zB BGH VI ZR 293/79 NJW 1983, 820; *Bork* in *Jonas/Stein*, ZPO II²² § 68 Rz 10; *Schultes* in *MüKoZPO I⁴* (2013) § 68 Rz 16.
 90) Im Ergebnis auch *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 (60f); *Kerschner*, DHG² § 4 Rz 6.
 91) BGH I ZR 105/53 NJW 1955, 625; VII ZR 122/86 NJW 1987, 1894; *Mansel* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO I/2³ § 68 Rz 163.
 92) Allgemein *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 759.
 93) Dazu zB *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III² Vor § 266 ZPO Rz 31 f; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 760.

über die Beweislast für Negativa⁹⁴⁾ dessen bloße Behauptung ausreichen. Dem Dritten obliegt es anschließend, den Richter von der Wahrscheinlichkeit jener Umstände zu überzeugen, die eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs bedeuten.⁹⁵⁾ Praktisch sollte die Problematik nicht überbewertet werden, weil das Verhandlungsprotokoll des Vorprozesses zumindest als öffentliche Urkunde zu betrachten ist (§ 292 ZPO). Auch wenn § 215 Abs 1 ZPO dagegen im Folgeprozess wohl nicht (analog) anwendbar ist, sind somit *non-liquet*-Feststellungen kaum denkbar. Anderes gilt nur, wenn der Dritte dem Prozess trotz Streitverkündung gar nicht beigetreten ist (vgl dazu bereits oben B.3.c).

b) Rechtsmittelgrund

Eine Missachtung der Interventionswirkung begründet nach der Rsp einen Nichtigkeitsgrund.⁹⁶⁾ Damit wird sie auf eine Ebene mit einem Verstoß gegen die Einmaligkeits- und Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft gestellt (§ 411 Abs 2 iVm § 230 Abs 3 ZPO). Konsequenterweise wäre anzudenken, dass die Missachtung der Interventionswirkung demnach analog § 530 Abs 1 Z 6 ZPO auch einen Wiederaufnahmegrund begründet. Umgekehrt ist fraglich, welcher Rechtsmittelgrund bei einer zu Unrecht angenommenen Bindungswirkung erfüllt ist.

Dass die Hauptpartei eine Bindungswirkung einfach dadurch vermeiden kann, dass sie dem Dritten den Streit nicht verkündet, zeigt deutlich, dass ein vergleichbares öffentliches Interesse an der Einhaltung der Interventionswirkung anders als bei der Einmaligkeits- und Bindungswirkung nicht besteht. Es bedarf daher mE weder einer amtswegigen Wahrnehmung des Rechtsmittelgrundes noch einer insofern überschießenden Wiederaufnahmemöglichkeit.⁹⁷⁾ Die Annahme eines wesentlichen Verfahrensmangels wird dem Charakter der Interventionswirkung folglich besser gerecht, und zwar sowohl für den Fall der unrichtigen Missachtung als auch der fehlerhaften Annahme einer Bindungswirkung.

Da die Interventionswirkung von der Streitverkündung oder „Initiativbeteiligung“ als Nebenintervenient abhängt, also nicht zwingend ist, muss – wie von der hM in Deutschland angenommen⁹⁸⁾ – auch ein Verzicht der Parteien auf die Interventionswirkung im Nachhinein möglich sein. Dies hat wiederum zur Folge, dass die Wahrnehmung des wesentlichen Ver-

fahrensmangels auch die Befolgung der Rügepflicht gem § 196 Abs 1 ZPO voraussetzt (arg: Abs 2).

C. Zusammenfassung

Weder der Umkehrschluss aus § 931 ABGB, § 3 Abs 4, § 4 Abs 4 DHG noch der Vorbehalt Österreichs zum Lugano-Übereinkommen (nunmehr Protokoll I Art II iVm Anhang IX leg cit) bietet eine ausreichende rechtliche Grundlage für eine Bindung des Nebenintervenienten und desjenigen, dem der Streit verkündet wurde, an die wesentlichen Entscheidungselemente des Vorprozesses. Soweit man mit der gefestigten Rsp dennoch eine solche bejaht, sollte diese Interventionswirkung streng von der Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft getrennt werden. Insb bezieht sie sich nicht nur auf das im Spruch Verfügte, sondern umfasst sowohl die notwendigen Tatsachenfeststellungen als auch ihre rechtliche Würdigung.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Interventionswirkung setzt Art 6 MRK zwingende Schranken: So tritt sie nur hinsichtlich jener Entscheidungselemente ein, zu denen dem Nebenintervenienten volles rechtliches Gehör gewährt wurde. Auch wird eine Bindung nur im Verhältnis zur Hauptpartei bejaht und tritt konsequenterweise nur für jene Elemente ein, die für die Hauptpartei ungünstig sind. Unschädlich ist dagegen mE, dass diese ausnahmsweise für den Nebenintervenienten günstig sind („interessenwiderstreitende Feststellung“). Weitere Voraussetzung ist, dass die Hauptpartei im Vorprozess nicht vollständig obsiegt hat. Die Missachtung der Bindungswirkung erfüllt entgegen der Rsp keinen Nichtigkeitsgrund, sondern ist als rügepflichtiger, wesentlicher Verfahrensmangel zu behandeln.

94) 4 Ob 29/00v EvBl 2000/123, 560; *Rechberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III² Vor § 266 ZPO Rz 36; *Rosenberg*, Die Beweislast⁵ (1965) 331.

95) Insofern kommt dies der Erforderlichkeit des Einwands der *exceptio male gestj processus* (dafür wohl *Reischauer*, ÖJZ 1979, 57 [62]; aA *Oberhammer*, Auftragsverfahren 169, der freilich die rechtsvergleichende Argumentation der Rsp noch nicht berücksichtigen konnte) nahe.

96) RIS-Justiz RS0107339; 1 Ob 2123/96 d JBl 1997, 368 (verstSen); *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 358.

97) Insofern gleicher Ansicht *Mansel in Wieczorek/Schütze*, ZPO I/2³ § 68 Rz 170.

98) *Vollkommer in Zöller*, ZPO³⁰ § 68 Rz 14; *Mansel in Wieczorek/Schütze*, ZPO I/2³ § 68 Rz 166, 168; *Schultes in MüKoZPO I⁴* § 68 Rz 24; *Weth in Musielak*, ZPO¹¹ § 68 Rz 3; aA *Bork in Jonas/Stein*, ZPO II²² § 68 Rz 9.

→ In Kürze

Der Autor nimmt zunächst eine kritische Überprüfung der Annahme einer Bindungswirkung als Folge der Nebenintervention und der Streitverkündung vor, ehe deren Voraussetzungen und ihr konkreter Umfang insb im Hinblick auf das erforderliche rechtliche Gehör (Art 6 MRK) untersucht werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Ass. MMag. Dr. Martin Trenker ist Universitätsassistent am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität

Innsbruck. Kontaktadresse: Universität Innsbruck, Innrain 52 d, 6020 Innsbruck.
Tel: +43 (0)512 507 83 65, E-Mail: martin.trenker@uibk.ac.at
Internet: www.uibk.ac.at/unternehmensrecht

Vom selben Autor erschienen:

Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012); Verfahrenshilfe für die Insolvenzmasse unter besonderer Berücksichtigung von Art 6 MRK, Art 47 Abs 3 GRC, ZIK 2014/10, 13; Der prozessuale Abwesenheitskurator, insbesondere im Kontext europäischen Zivilprozessrechts, ZfRV 2013/28, 213; Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (gemeinsam mit U. Torggler). →





Literatur:

B. Schneider, Bindungswirkung bei Streitverkündung und Beitritt „auf der anderen Seite“, JAP 2013/2014, 166; Bielez/Beham, Bindungswirkung der Streitverkündung, eoclex 2013, 876; Deixler-Hübner, Die Nebenintervention im Zivilprozeß (1993) 157 ff; Klicka, Bindungswirkung bei einfacher Nebenintervention und Streitverkündung, RZ 1990, 2;

ders, Wirkungen der Streitverkündung und Nebenintervention, eoclex 1995, 397; ders, Die Bindungswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung – Zur Einführung der §§ 68 und 74 dZPO in Österreich durch den OGH mittels LGVÜ, JBI 1997, 611; Oberhammer, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten (1992) 167 ff.

Cyberstrafrecht im Wandel^{*)}

Die kriminellen Erscheinungsformen im Zusammenhang mit Computer- und Internettechnologie haben sich rasant weiterentwickelt. Neben die klassischen Angriffe gegen fremdes Vermögen ist eine Unzahl an anderen Szenarien getreten, in denen die Täter gezielt vor allem auch die Privatsphäre und Persönlichkeitsrechte anderer verletzen. Der Beitrag gibt einen Überblick über aktuelle Cyber-Phänomene, zeigt Lücken im strafrechtlichen Schutz auf und unterbreitet Möglichkeiten zur Behebung dieser Defizite.

Von **Susanne Reindl-Krauskopf**

Inhaltsübersicht:

- A. Digitale Erpressung
 - 1. Faktischer Ablauf
 - 2. Rechtliche Beurteilung
 - a) Kapern des PC
 - b) Geldforderung
 - c) Conclusio
- B. Botnetzwerke
 - 1. Begriff und Nutzungsmöglichkeiten
 - 2. Rechtliche Beurteilung
- C. Identitätsdiebstahl
 - 1. Phänomen
 - 2. Rechtliche Beurteilung
- D. Happy Slapping und Bildnisschutz
 - 1. Happy Slapping
 - 2. Schutz vor Bildaufnahmen im Allgemeinen
- E. Cybermobbing
 - 1. Beschreibung des Phänomens
 - 2. Rechtliche Beurteilung
- F. Fazit

„Bankomatkarte gestohlen, Konto leer!“ So stellte man sich in den 1980er-Jahren noch Computerkriminalität vor: Im Zentrum stand der Täter, der EDV-Anlagen – in diesem Fall einen Bankomaten – ausnützt, um zu einem Vermögensvorteil zu gelangen. Zu diesem Zweck musste er aber noch Vorbereitungs-handlungen bzw Vortaten in der realen Welt setzen, sprich sich die Bankomatkarte eines anderen verschaffen oder eine Karte fälschen. Und letztlich spielte sich auch der Angriff nicht online, sondern dadurch ab, dass der Täter zum Bankomaten ging und dort versuchte, Geld zu beheben.¹⁾

Natürlich gibt es auch heute noch solche Taten. Wenn man aber von Computerkriminalität oder von

Cybercrime spricht, dann sind mittlerweile ganz andere Phänomene im Zentrum der Betrachtung.²⁾ Die Kriminellen haben nämlich die Möglichkeiten der Cyber-Welt erkannt und nutzen sie in vielfältiger Weise.³⁾ Im Folgenden möchte ich dies anhand einiger ausgewählter Beispiele zeigen. Dabei wird auch zu untersuchen sein, ob sich das Cyberstrafrecht ebenso gewandelt hat wie die Cyberkriminalität und für veränderte kriminelle Erscheinungsformen adäquate Antworten bereithält.

A. Digitale Erpressung

1. Faktischer Ablauf

Das erste Beispiel, das ich ansprechen möchte, ist die digitale Erpressung durch Einsatz des sogenannten „Polizei-Virus“. Dabei wird der PC des Opfers zunächst mit einem Schadprogramm infiziert. Fährt das

^{*)} Es handelt sich bei diesem Beitrag um eine um wenige Fußnoten ergänzte Fassung des Referats, das die Autorin anlässlich der ALES-Tagung 2014 am 16. 6. 2014 im Bundesministerium für Justiz gehalten hat. Dieser Beitrag wird auch im Tagungsband zur Dokumentation der 3. ALES-Tagung in der Schriftenreihe „Kriminalwissenschaften in Theorie und Praxis“ erscheinen.

1) Siehe dazu ua JAB StRÄG 1987, 359 BlgNR 17. GP 17 f.
 2) Zu den Phänomenen ua *Reindl-Krauskopf*, E-Commerce und Strafrecht (2003); *dies*, Computerstrafrecht im Überblick² (2010); *Schmölzer*, Straftaten im Internet: eine materiell-rechtliche Betrachtung, ZStW 2011, 709; *Bergauer/Schmölzer* in *Jahnel/Mader/Stauddegger* (Hrsg), IT-Recht 635 ff; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht² (2012); *Sieber*, Straftaten und Strafverfolgung im Internet, NJW-Beil 2012, 86.

3) Dazu näher auch Cybercrime-Reporte des österreichischen Bundeskriminalamts 2012 und 2011, www.bmi.gv.at/cms/BK/publikationen/files/Cybercrime_Report2012_Web.pdf und www.bmi.gv.at/cms/BK/publikationen/files/CybercrimeReport2011web.pdf (abgefragt am 8. 8. 2014); sowie die Bundeslagebilder Cybercrime 2011 und 2012 des deutschen Bundeskriminalamts, www.bka.de/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrime_node.html?__nnn=true (abgefragt am 8. 8. 2014).