

## Fall 1: Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs

### A. Grundlagen

Die ordentlichen Gerichte, die nach § 1 JN die Zivilgerichtsbarkeit ausüben, können und dürfen nur innerhalb ihrer jeweiligen vom Gesetz angeordneten Zuständigkeit entscheiden. Genau an diese Frage knüpft die Beurteilung der **Zulässigkeit des Rechtswegs** an.<sup>1</sup>

Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist eine absolute, in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung, auch im Stadium des Rechtsmittelverfahrens, **von Amts wegen wahrzunehmende Prozessvoraussetzung**.<sup>2</sup> Eine Besonderheit in diesem Zusammenhang ist, dass die Unzulässigkeit des Rechtswegs grundsätzlich auch durch eine rechtskräftige Entscheidung nicht geheilt wird (vgl § 42 JN).<sup>3</sup> Auch der Grundsatz des § 29 JN (*perpetuatio fori*), wonach ein Gericht nach Streitanhängigkeit zuständig bleibt, auch wenn sich die eine Zuständigkeit begründenden Umstände geändert haben, gilt nur für die Zuständigkeit, nicht aber für die Zulässigkeit des Rechtswegs.<sup>4</sup>

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs wird gemäß § 42 JN iW nach **drei Entscheidungsbereichen** unterschieden: 1. Gerichte vs. Verwaltungsbehörden (Beurteilung, ob die Materie dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist), 2. Gerichte vs. Sondergerichte und 3. Abgrenzungen innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit (Abgrenzung zum außerstreitigen Verfahren). Eine **mehrfache Zulässigkeit des Rechtswegs** für denselben Rechtsstreit und -anspruch ist dabei **ausgeschlossen**.<sup>5</sup> Für die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs ergibt sich demnach folgendes Prüfschema:

**1. Ist der Rechtsstreit dem bürgerlichen Recht zuzuordnen?**

Wenn ja

**2. Ist die Zuständigkeit eines Sondergerichtes vorgesehen?**

Wenn nein

**3. Ist der Anspruch im streitigen Rechtsweg durchsetzbar?**

1 RIS-Justiz RS0131400.

2 RIS-Justiz RS0124348.

3 Damit handelt es sich um einen Fall, in dem die Rechtskraftwirkung ausnahmsweise durchbrochen wird (siehe hierzu näher Fall 24: Gerichtliche Entscheidungen).

4 RIS-Justiz RS0046060.

5 RIS-Justiz RS0124348; RIS-Justiz RS0045438.

## 1. Rechtsstreit des bürgerlichen Rechts oder Zuweisung an die ordentlichen Gerichte

Für die Abgrenzung von ordentlicher Gerichtsbarkeit und dem Verwaltungsweg ist zunächst ausschlaggebend, ob der Gesetzgeber die Entscheidungsmacht in einer Rechtssache konkret zugewiesen bzw einen Rechtsweg für unzulässig erklärt hat. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob die zur Anwendung gelangenden Bestimmungen dem Öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuweisen sind.

### Exkurs – Zuständigkeitskonflikt

Für den Fall, dass sowohl ein ordentliches Gericht als auch eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht eine Zuständigkeit für sich beansprucht (positiver Kompetenzkonflikt), ist der Verfassungsgerichtshof anzurufen (Art 138 Abs 1 Z 1 und 2 B-VG); durch die Mitteilung, dass ein Antrag auf Entscheidung über den Kompetenzkonflikt beim VfGH gestellt wurde, wird ein bereits anhängiges Gerichtsverfahren ex lege unterbrochen (§ 42 Abs 5 VfGG).

Bei der Beurteilung der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist in erster Linie der **Wortlaut des Klagebegehrens** und darüber hinaus der Klagssachverhalt (die **Klagebehauptungen**) maßgebend. Entscheidend ist die Natur, also das **Wesen des geltend gemachten Anspruchs**, wofür wiederum der geltend gemachte Rechtsgrund von ausschlaggebender Bedeutung ist. Darauf, ob der Anspruch begründet ist, kommt es jedenfalls nicht an.<sup>6</sup> Die Zulässigkeit des Rechtswegs richtet sich ausschließlich nach der Hauptforderung; Nebenforderungen (zB als Nebenforderung geltend gemachte Zinsen) bleiben demnach unberücksichtigt und folgen dem Schicksal der Hauptforderung.<sup>7</sup>

Auch das **Prozessvorbringen des Beklagten** kann eine erweiterte Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs bilden.<sup>8</sup> Dies gilt dann, wenn sich aus dem Begehren und dem vorgetragenen Sachverhalt durch die klagende Partei die Natur des Anspruchs nicht eindeutig erschließen lässt.<sup>9</sup>

Privatrechtliche Ansprüche sind dadurch gekennzeichnet, dass sich **gleichberechtigte Rechtssubjekte** gegenüberstehen, während im Öffentlichen Recht ein übergeordnetes Rechtssubjekt einseitige Gestaltungsakte setzen kann, denen das untergeordnete Rechtssubjekt unterworfen ist (**Unterordnungsverhältnis**). Zum Öffentlichen Recht gehören aber auch Ansprüche, denen zwar das Charakteristikum der einseitigen Rechtsunterworfenheit fehlt, die aber mit typisch öffentlich-rechtlichen Ansprüchen in so untrennbarem Zu-

---

6 RIS-Justiz RS0045584.

7 RIS-Justiz RS0085467.

8 RIS-Justiz RS0045481.

9 RIS-Justiz RS0045560.

sammenhang stehen, dass auch sie dem Öffentlichen Recht zugewiesen werden müssen.<sup>10</sup> Im Zweifel ist eher von einem Rechtsstreit des bürgerlichen Rechts auszugehen.

Im Gegensatz zur Abgrenzung von Materien des bürgerlichen Rechts zum Öffentlichen Recht, erweist sich die Zuweisung zu (Verwaltungs-)Strafverfahren verhältnismäßig einfach. Das Strafverfahren unterscheidet sich vom Zivilprozess bereits in seiner Zielrichtung dadurch, dass in diesem die Entscheidung über Strafanträge und damit eine Strafe (eines Rechtssubjekts durch den Staat selbst) im Vordergrund steht (vgl dazu etwa die §§ 1 ff StPO).

## 2. Sondergerichte

Ist eine Materie zwar dem bürgerlichen Recht zuzuordnen, ist der ordentliche Rechtsweg dennoch nicht zulässig, wenn der Gesetzgeber die Entscheidung über diese ausdrücklich **an andere Behörden oder Organe verwiesen** hat; sie fungieren in diesen Fällen als Sondergerichte für Ansprüche bürgerlich-rechtlicher Natur (vgl § 1 JN). Als derartige Sondergerichte kommen insbesondere die Gerichte des Öffentlichen Rechts und Schiedsgerichte in Betracht.

### Beispiele – Zuweisung an Sondergerichte

Nach Art 137 B-VG erkennt der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche gegen öffentliche Rechtsträger, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind. Parteien können zudem Schiedsvereinbarungen treffen, die die Zuständigkeit für einen Rechtsstreit an ein Schiedsgericht verweisen (vgl die §§ 581 ff ZPO).

## 3. Zulässigkeit des (streitigen) Rechtswegs

Das Außerstreitverfahren ist nach § 1 Abs 2 AußStrG für jene Verfahren vorgesehen, für die dies im Gesetz angeordnet ist. Diese Bestimmung sieht somit eine **Generalklausel für das streitige Verfahren** vor, die eine explizite Zuweisung des Gesetzgebers in das außerstreitige Verfahren erfordert.

Ob eine Rechtssache im streitigen Verfahren zu behandeln ist, richtet sich nicht nach der Bezeichnung durch die Partei, sondern nach dem **Inhalt des Begehrens und des Vorbringens** der Partei. Ist zweifelhaft, welches Verfahren anzuwenden ist, so hat das Gericht darüber zu entscheiden, wobei ein diesbezüglicher Beschluss bekämpft werden kann (vgl § 40a JN).<sup>11</sup>

10 RIS-Justiz RS0045438.

11 Siehe zur Überweisung der Rechtssache an das zuständige Gericht auch § 44 JN.

## B. Beispielfall<sup>12</sup>

### a. Sachverhalt

Der Beklagte (B) ist Alleineigentümer eines Grundstücks, über das ein Gehweg zum Ufer eines nahegelegenen Flusses führt. Dieser Weg wurde 60 Jahre lang von zahlreichen Bewohnern der Gemeinde benutzt und diese betreute auch den Gehweg. Diese Nutzung wurde von B bislang zwar geduldet, jedoch ließ er den Weg nunmehr mit einem Eisengitter sperren. Daraufhin begehrt der Kläger (K), ein Bewohner der Gemeinde, die Feststellung des Wegerechts zugunsten der Allgemeinheit und die Beseitigung des Eisengitters. B wandte in seiner Klagebeantwortung ein, dass K ein fremdes Recht geltend mache, weshalb die Klage abzuweisen sei.

Beurteilen Sie die Zulässigkeit des Rechtswegs für das gegenständliche Begehren von K. Ist der gegenständliche Rechtsstreit vor den ordentlichen (Zivil-) Gerichten auszutragen?

**Variante:** K benutzt den Gehweg regelmäßig, um mit seinem Sohn am Ufer des Flusses zu fischen. Da er dies nicht mehr machen kann, möchte er nun – statt gegen B – gegen die Gemeinde vorgehen und begehrt von dieser Schadenersatz. Er bringt in seiner Klage vor, dass Organe der Gemeinde es unterlassen hätten, hoheitliche Maßnahmen zu treffen, damit er und sein Sohn den Gehweg benutzen könnten. Daraus sei ihm ein Schaden entstanden, weil er keine gemeinsamen Erinnerungen mit seinem Sohn sammeln könne. Wäre für einen Rechtsstreit zwischen K und der Gemeinde der streitige Rechtsweg zulässig?

### b. Musterlösung

#### 1. Ist der Rechtsstreit dem bürgerlichen Recht zuzuordnen?

Wie bereits dargestellt, ist für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs in erster Linie der Wortlaut des Klagebegehrens maßgeblich. Im vorliegenden Fall begehrt K in seiner Klage die Feststellung eines Wegerechts zugunsten der Allgemeinheit.

Das Feststellungsbegehren des K ist seinem Wortlaut nach auf die **Feststellung eines Gemeindegebrauchs gerichtet**, der jedermann unter gleichen Bedingungen und ohne besondere behördliche Bewilligungen zukommen soll.

Bei einem Gemeindegebrauch handelt es sich nicht um ein bürgerlich-rechtlich entstandenes Recht, sondern um eine Art **öffentlich-rechtlicher Dienstbar-**

---

<sup>12</sup> Siehe zu diesem Fall auch: OGH 21.7.2020, 5 Ob 46/20f.

keit, die aufgrund ausdrücklicher Widmung durch Gesetz, Verordnung, Erklärung einer Verwaltungsbehörde oder eine Ersitzung durch entsprechend lang andauernde Benützung entsteht. Das Bestehen dieses Rechts würde bedeuten, dass B keine Maßnahmen ergreifen könnte, die die Nutzung des Flusswegs beeinträchtigen könnten.

Der Gemeingebrauch belastet zwar ein Grundstück in ähnlicher Weise wie eine privatrechtliche Servitut; der einzelne, der in der Ausübung des Gemeingebrauches gestört wird, kann aber auch dann, wenn die Störung von einem Privaten ausgeht, Abhilfe nur von der zuständigen Verwaltungsbehörde verlangen, weil sein Anspruch aus einem öffentlichen Recht auf Benützung einer dem Gemeingebrauch gewidmeten Sache abgeleitet wird.<sup>13</sup>

Ein Gemeingebrauch schließt nicht aus, dass eine Dienstbarkeit gleichzeitig auf privatrechtlichem Wege ersessen werden kann.<sup>14</sup> Darauf stützt sich K aber im vorliegenden Fall nicht und er bringt gar nicht vor, dass er (aufgrund seiner persönlichen Nutzung) ein Wegerecht ersessen habe.<sup>15</sup>

Das Vorbringen von B, es handle sich um eine unzulässige gewillkürte Prozessstandschaft, ist in diesem Fall nicht maßgeblich, weil sich bereits aus dem Wortlaut des Klagebegehrens zweifelsfrei ergibt, dass der Rechtsstreit nicht dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist (siehe näher zur Prozessstandschaft Fall 7: Parteiwechsel und Prozessstandschaft).

#### Ergebnis

Da das Klagebegehren seinem Wesen nach nicht bürgerlich-rechtlicher Natur ist, ist der **Rechtsweg nicht zulässig**.

#### Variante:

##### 1. Ist der Rechtsstreit dem bürgerlichen Recht zuzuordnen?

K möchte einen Schaden ersetzt bekommen; bei diesem Begehren handelt es sich seinem Wesen nach um einen **bürgerlich-rechtlichen Anspruch** (vgl § 1295 Abs 1 ABGB). Die Besonderheit in diesem Fall ist natürlich, dass K seinen Schadenersatz mit einem hoheitlichen Fehlverhalten von Organen der Gemeinde begründet. Dieses hoheitliche Auftreten spricht grundsätzlich für das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses.

13 RIS-Justiz RS0009811.

14 RIS-Justiz RS0009777; RIS-Justiz RS0009811.

15 Vgl etwa auch RIS-Justiz RS0033021 (T1).