

# Die Nebenintervention im Provisorialverfahren

Im Verfahren auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung (EV) ist die Nebenintervention überhaupt ausgeschlossen. Diese Auffassung vertritt nicht nur der weit überwiegende Teil der Lehre, sondern auch die stRsp.<sup>1)</sup> *Wittgenstein*<sup>2)</sup> folgend – „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen“ – wären die Erörterungen für manche hier beendet. Gleichwohl hinterfragt der folgende Beitrag nicht nur aus einem praktischen Bedürfnis heraus die zwingende Notwendigkeit dieses Dogmas.

Von Clemens Thiele

ÖJZ 2006/54

§§ 17 ff ZPO;  
§§ 378 ff EO

Nebenintervention;  
Einstweilige Verfügung;  
Zulässigkeit;  
Rsp-Entwicklung

## Inhaltsübersicht:

- A. Meinungsstand
  - 1. Die herrschende Zivilverfahrenslehre
  - 2. Die Mindermeinung
  - 3. Die Position der Rechtsprechung
- B. Eigene Stellungnahme
  - 1. Charakteristik der Nebenintervention im Sicherungsverfahren
  - 2. Bisherige Rechtsprechungsfälle
    - a) OGH 11. 11. 1924, 2 Ob 792/24
    - b) LGZ Wien 11. 12. 1929, 44 R 848/29
    - c) OGH 6. 7. 1937, 1 Ob 665/37
    - d) LGZ Wien 13. 11. 1946, 43 R 1324/46
    - e) OGH 23. 2. 1951, 2 Ob 96/51
    - f) OGH 18. 2. 1959, 5 Ob 75/59
    - g) OGH 18. 10. 1994, 4 Ob 93/94
    - h) OGH 11. 4. 1996, 6 Ob 2010/96y
    - i) OGH 14. 5. 1996, 5 Ob 2106/96h
  - 3. Judikaturresümee
  - 4. Kritische Würdigung der herrschenden Lehre
- C. Zusammenfassung

## A. Meinungsstand

### 1. Die herrschende Zivilverfahrenslehre

Im Provisorialverfahren ist der (einfache) Nebenintervenient nicht legitimiert, Anträge zu stellen oder für die Hauptpartei zu handeln. Begründet wird dies ganz allgemein damit, dass die Vorschriften über die Nebenintervention „ihrer ganzen Natur nach lediglich auf das streitige Prozessverfahren zugeschnitten“ sind.<sup>3)</sup> Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 17 ff ZPO im Exekutionsverfahren scheidet eine Nebenintervention gleichwohl im Provisorialverfahren aus. Der einfache Nebenintervenient kann die Hauptpartei bei Erwirkung eines für sie günstigen Urteils nur im Hauptprozess unterstützen.<sup>4)</sup> Bei Sicherungsverfahren handelt es sich um vollkommen selbständige Verfahren, die nicht Bestandteil des Prozessverfahrens sind.<sup>5)</sup>

### 2. Die Mindermeinung

Am begründetsten bejaht *Deixler-Hübner*<sup>6)</sup> die Nebenintervention im Sicherungsverfahren uneingeschränkt.

Das Provisorialverfahren sei weder reines Exekutions- noch reines Erkenntnisverfahren. Wenn dem Nebenintervenienten des Hauptprozesses ein rechtliches Interesse an der Provisorialentscheidung zukomme, impliziere dies ein korrespondierendes Interesse an der Sicherung oder an der Abwehr einer EV.

*König*<sup>7)</sup> und *Konecny*<sup>8)</sup> halten eine Nebenintervention im Sicherungsverfahren ebenfalls für grundsätzlich zulässig. Letzterer betont, dass ein Beitritt – vom Widerspruchsverfahren abgesehen – im Sicherungsverfahren nur in Betracht komme, wenn der Sicherungsgegner vor Erlassung der EV gehört wird, da insoweit die Interventionsmöglichkeit zielführend sei.

### 3. Die Position der Rechtsprechung

Die stRsp<sup>9)</sup> schließt eine Nebenintervention im Verfahren zur Erlassung einer EV generell aus. Der Nebenintervenient ist zur Erhebung von Rechtsmitteln im Sicherungsverfahren nicht legitimiert.<sup>10)</sup>

## B. Eigene Stellungnahme

Den Ausgangspunkt nachstehender Überlegungen bilden zunächst die generellen Voraussetzungen der Nebenintervention im Sicherungsverfahren; daran schließt

- 1) Beginnend mit OGH 11. 11. 1924, 2 Ob 792, SZ 6/355 = ZBI 1925/31; eingehend dazu gleich unten B2.
- 2) *Tractatus logico-philosophicus* (1918), 7. Hauptsatz, zitiert nach der Taschenbuchausgabe, hrsg von *Busch* (1989), 115.
- 3) So *Schubert in Fasching*<sup>2</sup> II § 17 ZPO Rz 10; in der Vorauffage bereits *Fasching*, ZPO Kommentar II, 225.
- 4) *Zechner*, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, Kommentar (2000) Vor § 378 EO Rz 9.
- 5) Vgl *E. Kodek in Angst*, EO (2000) § 378 Rz 22.
- 6) Die Nebenintervention im Zivilprozess (1993) 56 bis 58.
- 7) *Einstweilige Verfügung* (1994) Rz 292; *ders.*, *Einstweilige Verfügungen*<sup>2</sup> (2000) Rz 3/47.
- 8) Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992) 330 FN 86.
- 9) Vgl OGH 11. 11. 1924, 2 Ob 792/24, SZ 6/355 = ZBI 1925/31; 6. 7. 1937, 1 Ob 665/37, RZ 1937, 421; 23. 2. 1951, 2 Ob 96/51, SZ 24/50; 18. 2. 1959, 5 Ob 75/59, RZ 1959, 70; 18. 10. 1994, 4 Ob 93/94 – *Oskar Werner*, MR 1995, 101 (*Walter*) = ÖBI 1995, 131 = SZ 67/172; 14. 5. 1996, 5 Ob 2106/96h, EvBl 1996/124 = RdW 1996, 476; 11. 4. 1996, 6 Ob 2010/96y – *Unseriöser Kaufvertrag*, AnwBl 1997/7415, 747 = MR 1997, 23 (*Korn*); LGZ Wien 11. 12. 1929, 44 R 848/29, ZBI 1930/99 (*Petschek*) 13. 11. 1946, 43 R 1324/46, JBI 1947, 158.
- 10) StRsp OGH 27. 1. 1998, 1 Ob 417/97y, nv.

sich ein Rechtsprechungsüberblick an. Soweit ersichtlich – hat sich *Zechner*<sup>11)</sup> am ausführlichsten mit den Argumenten der Gegenposition auseinandergesetzt, so dass dazu näher Stellung genommen wird, um schließlich *de lege lata* einen gangbaren Weg zur Nebenintervention im Sicherungsverfahren zu skizzieren.

### 1. Charakteristik der Nebenintervention im Sicherungsverfahren

Die provisoriale Nebenintervention ist der Beitritt eines Dritten in einem zwischen anderen Personen anhängigen Sicherungsverfahren zur Unterstützung einer Partei (als Streithelfer), an deren Obsiegen der Dritte ein rechtliches Interesse hat.<sup>12)</sup> Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der provisorialen Nebenintervention sind wie bei der allgemeinen Nebenintervention gem den §§ 17 ff ZPO nach dem Zeitpunkt der Beschlussfassung zu beurteilen.<sup>13)</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Nebenintervention:<sup>14)</sup>

- Partei- u Prozessfähigkeit des Nebenintervenienten,
- anhängiger Rechtsstreit<sup>15)</sup>
- zwischen anderen Personen,<sup>16)</sup>
- rechtliches Interesse des Nebenintervenienten am Obsiegen einer Partei  
gesellt sich mE noch ein weiteres
- besonderes rechtliches Sicherungsinteresse des Nebenintervenienten,

das tatbestandsmäßig durchaus im rechtlichen Interesse eingebettet ist. Dieses ist nämlich erst dann gegeben, wenn die Provisorialentscheidung (Erlassung der EV oder Abweisung des Sicherungsantrags) unmittelbar oder mittelbar auf die privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des Nebenintervenienten günstig oder ungünstig einwirkt. Bloß wirtschaftliche Interessen reichen nicht für dieses **Sicherungsinteresse des Nebenintervenienten** aus. Vielmehr ist die Raschheit der Entscheidung, die nur im summarischen Verfahren erreicht werden kann, für ihn wesentliche Voraussetzung. Das rechtliche Interesse iW des Nebenintervenienten im Provisorialverfahren ist also ein **doppeltes**: einerseits am klägerischen Hauptanspruch an sich und andererseits an der Raschheit der klägerischen Rechtsdurchsetzung,<sup>17)</sup> maW ein rechtliches Interesse an der vorläufigen Sicherung des Anspruchs oder an der Abwendung einer solchen Sicherungsmaßnahme.

Das Praxisbedürfnis besteht mE gerade in jenen Fällen, wo ein Dritter sinnvollerweise bereits dem Sicherungsverfahren als Nebenintervenient beizuziehen wäre, weil zB der im Markenverletzungsprozess Beklagte die Sittenwidrigkeit des klägerischen Markenerwerbs gegenüber dem ausländischen Hersteller (Dritter) einwendet.<sup>18)</sup>

Gerade auf diese Fallkonstellation untersucht der folgende Überblick die bislang ergangenen Entscheidungen, die stets eine Legitimation des Nebenintervenienten verneint haben.

### 2. Bisherige Rechtsprechungsfälle

#### a) OGH 11. 11. 1924, 2 Ob 792/24<sup>19)</sup>

Die von der Klägerin als gefährdeter Partei beantragte einstweilige Verfügung wurde vom Prozessgericht be-

willigt, vom Rekursgericht dagegen verweigert. Dabei hat es die Klägerin belassen. Der Revisionsrekurs gegen den Beschluss des Rekursgerichts wurde nur von der klägerischen Nebenintervenientin ergriffen, welche die Wiederherstellung des Beschlusses erster Instanz beantragte, ua mit der Begründung, es ergäbe sich schon aus der ganzen Prozesslage ihr eminentes Interesse an einem Ausspruch der dritten Instanz über den Erwerb des Sicherungseigentums der Klägerin, denn es läge im Interesse aller Beteiligten, die Ansicht des Höchstgerichts über diese „rein abstrakte Frage“ zu erfahren.

Der OGH sprach aus, dass das Verfahren über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein den Sondervorschriften der EO unterworfenes, durchaus selbständiges Verfahren sei, das „neben dem Prozess einher läuft,“ und wies den Revisionsrekurs mangels Rekurslegitimation der Beschwerdeführerin zurück.

#### b) LGZ Wien 11. 12. 1929, 44 R 848/29<sup>20)</sup>

A brachte gegen eine vom BG Neubau wider B erlassene einstweilige Verfügung einen Rekurs ein, in dem er sein rechtliches Interesse an dem Obsiegen des B im Rechtsstreit sowie an dem Unterbleiben der EV erklärte, und trat dem Verfahren als Nebenintervenient bei. Das Rekursgericht verwarf den Rekurs des A, weil das Rechtsmittel des Rekurses grundsätzlich nur den Parteien zustünde.

*Petschek*<sup>21)</sup> bemerkte dazu in seiner Glosse zutreffend, dass die Nebenintervention nicht etwa mangels Verweises auf § 17 ZPO in den §§ 78, 402 EO, sondern weil „nur eine zu gewärtigende Urteilswirkung Interventionsgrund sein“ könnte, erfolglos bleiben musste. Darüber hinaus erwähnte er die gegenteilige Ansicht *Pol-laks*,<sup>22)</sup> die eine Nebenintervention im Exekutionsverfahren zuließ und sogar an eine Exekutionsführung durch den Intervenienten aus dem Hauptprozess dachte.

#### c) OGH 6. 7. 1937, 1 Ob 665/37<sup>23)</sup>

Der Kläger und zugleich Antragsteller des Sicherungsverfahrens beschwerte sich wegen Erledigung des Rekurses des Nebenintervenienten, des widerspruchlos im Hauptverfahren auf Seiten des Beklagten beigetretenen Masseverwalters.

Unter Heranziehung von Vorjudikatur<sup>24)</sup> gab der OGH statt und führte aus, dass sich die Befugnis des

11) Kommentar, Vor § 378 Rz 9.

12) Vgl dazu *Fucik* in *Rechberger*<sup>2</sup> § 17 ZPO Rz 1 unter Übernahme der dogmatischen Struktur im Folgenden.

13) EvBl 1963/410 = RZ 1963, 157 = ZVR 1964/23 ua; ähnlich auch *Konecny*, Anwendungsbereich 330 FN 86.

14) Siehe im Folgenden *Fucik* in *Rechberger*<sup>2</sup> § 17 ZPO Rz 2 unter Übernahme der dogmatischen Struktur.

15) Hier: anhängiges Sicherungsverfahren.

16) Die Prozesspartei kann nicht zugleich Nebenintervenient des Sicherungsverfahrens sein.

17) Im Fall der Nebenintervention auf Seiten des Sicherungsgegners mutatis mutandis an der Abwehr der Sicherungsmaßnahme.

18) Vgl zum Sachverhalt OGH 14. 6. 2005, 4 Ob 56/05x – *INWA I*, wbl 2005/285, 539 mit Aufhebung und Zurückverweisung.

19) SZ 6/355 = ZBl 1925/31.

20) ZBl 1930/99 (*Petschek*).

21) Entscheidungsanmerkung, ZBl 1930, 227.

22) System des österreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluß des Exekutionsrechts. Erster Teil (1903), 143 ff.

23) RZ 1937, 421.

24) OGH 11. 11. 1924, 2 Ob 792/24, SZ 6/355 = ZBl 1925/31; LGZ Wien 11. 12. 1929, 44 R 848/29, ZBl 1930/99 (*Petschek*).

Nebenintervenienten nicht auf die Bekämpfung der EV erstreckte, weil diese nicht den Sieg im Hauptstreit beeinflussen. Das Höchstgericht schloss sich der Meinung *Petscheks*<sup>25)</sup> an, wonach die Nebenintervention im Exekutionsverfahren unzulässig wäre, weil der Interventionsgrund nur eine zu „gewärtigende Urteilswirkung“ sein könnte. Der OGH räumte allerdings ein, dass § 78 EO eine Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 17 ff ZPO für das Exekutionsverfahren ausspreche, jedoch mit dem Vorbehalt der anderen Bestimmungen in der EO. Es gelange daher § 19 ZPO im Exekutions (Sicherungs)verfahren nur nach Maßgabe ihrer sinnge- mäßen Anwendbarkeit zur Anwendung. Ob das Obsiegen der gegnerischen Partei, welcher der Nebenintervenient beigetreten war, materiell von Bedeutung sein könne, sei nicht relevant, weil die Nebenintervention ein rechtliches und nicht bloß ein tatsächliches Interesse voraussetze. Der Rekurs des Nebenintervenienten wäre daher gem § 526 (§ 472) ZPO zurückzuweisen gewesen.

**d) LGZ Wien 13. 11. 1946, 43 R 1324/46<sup>26)</sup>**

Im zugrundeliegenden, als Hauptverfahren geführten, Rechtsstreit stellte der auf Seiten des Klägers beigetretene Streithelfer einen Antrag auf Erlassung einer EV. Das Rekursgericht bestätigte die Abweisung durch das Erstgericht<sup>27)</sup> und hielt fest, dass der Antrag auf EV zu einem den Sondervorschriften der EO unterworfenen, durchaus selbständigen, aber für den Prozess Erfolg bedeutungslosen, Verfahren führen würde. Die darin gestellten Anträge und Rechtsmittel zielten auf die Sicherung künftiger Zwangsvollstreckung ab und seien nicht als zulässige Prozesshandlungen des Nebenintervenienten iSd § 19 Abs 1 ZPO anzusehen.

**e) OGH 23. 2. 1951, 2 Ob 96/51<sup>28)</sup>**

Das Prozessgericht erließ auf Grund des Antrags der klagenden Partei eine einstweilige Verfügung. Das Rekursgericht wies den Rekurs der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei zurück. Der OGH bestätigte den Beschluss des Rekursgerichtes mit der Begründung, dass das durch den Antrag auf Erlassung einer EV ausgelöste Sicherungsverfahren ein vollkommen selbständiges, neben dem Prozess einher laufendes Verfahren und nicht etwa ein Bestandteil dieses Prozesses sei, dieses Sicherungsverfahren mit dem Interesse des Nebenintervenienten am Sieg seiner Hauptpartei an „einer zu gewärtigenden Urteilswirkung“ nichts zu tun habe und deshalb in der Erhebung eines solchen Rechtsmittels keine der dem Interventionsnach § 19 Abs 1 ZPO zustehenden Prozesshandlungen erblickt werden könne.

**f) OGH 18. 2. 1959, 5 Ob 75/59<sup>29)</sup>**

Das Erstgericht bewilligte auf Antrag der Klägerin zur Sicherung ihres Anspruchs auf Herausgabe einer gegen Eigentumsvorbehalt gekauften Maschine deren Verwahrung. Es ermächtigte die Klägerin, die Maschine durch ihre Fachkräfte zu demontieren sowie abzutransportieren, und bestellte einen Verwahrer. Die EV wurde für die Dauer des anhängigen Rechtsstreits, in dem die Klägerin die Herausgabe der Maschine begehrte, bewilligt. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Klägerin

nicht Folge und wies den Rekurs der Nebenintervenientin zurück. Zum Rekurs der Nebenintervenientin hielt der OGH unter Hinweis auf die Vorjudikatur<sup>30)</sup> fest, dass er keinen Anlass fände, von seinem bisher eingenommenen Standpunkt abzugehen, dass für die Nebenintervention nur im Rahmen eines Prozesses Platz wäre; weiter dann wörtlich:

„Nun meint allerdings die Nebenintervenientin, offenbar angeregt durch die Glosse *Petscheks* zur Entscheidung ZBl 1930 Nr. 99, die Nebenintervention im Sicherungsverfahren müsse dann für zulässig erachtet werden, wenn die einstweilige Verfügung sich nicht darauf beschränke, die künftige Exekutionsmöglichkeit zu sichern, sondern die materielle Rechtslage zugunsten der klagenden Partei verschiebe. Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor. Denn die Lösung des Zubehörverhältnisses wird durch die vom Gerichte bewilligte Verwahrung der Sache ebensowenig aufgehoben wie durch die vorübergehende Verleihung einer Zubehörsache oder die Unterbringung des zum Gutsinventar gehörigen Kraftwagens in einer fremden Garage (siehe *Klang* 2. Aufl., II. Bd, Seite 21 f.). Der Oberste Gerichtshof ist daher nicht in der Lage, die Frage zu erörtern, ob die Anordnung einer einstweiligen Verfügung durch Verwahrung einer Sache überhaupt zulässig ist, solange diese Sache als Zubehör einer unbeweglichen Sache gilt.“<sup>31)</sup>

Der OGH sprach schließlich aus, dass im Verfahren über den Antrag auf Erlassung einer EV eine Nebenintervention ausgeschlossen wäre. Diese Auffassung fand ausgehend von dieser E letztlich als Leitsatz<sup>32)</sup> Eingang in das RIS.<sup>33)</sup>

**g) OGH 18. 10. 1994, 4 Ob 93/94<sup>34)</sup>**

Die beiden Kläger waren die eingetragenen Erben nach ihrem am 23. 10. 1984 verstorbenen Vater, dem Schauspieler *Oskar Werner*. Der beklagte Verein war Veranstalter der jährlich stattfindenden „Österreichischen Filmtage Wels“, die der jeweils aktuellen Jahresschau der österr Filmproduktion dienten. Der Nebenintervenient war Regisseur und Filmproduzent; er war mit *Oskar Werner* in jahrelanger Freundschaft verbunden.

Im Rahmen der für 1993 geplanten „Oskar Werner-Retrospektive“ kündigte der beklagte Verein für den 12. 6. 1993 die Aufführung des Films „Oskar Werner: Ich durfte am Tisch der Götter sitzen“ an. Dieser Film war vom Nebenintervenienten mit der Erklärung angemeldet worden, dass er der Produzent und Inhaber aller Rechte wäre. Der Film wurde auch am 12. 6. 1993 im Kino „Zentral 1“ in Wels öffentlich ausgeführt. Zu diesem Zweck brachte der Nebenintervenient die Filmrol-

25) Entscheidungsanmerkung zu ZBl 1930/99; ebenso *Neumann/Lichtblau*, Exekutionsordnung (1928) 314.

26) JBl 1947, 158

27) BG Floridsdorf 4 C 652/46.

28) SZ 24/50.

29) EvBl 1959/129 = JBl 1959, 322 = RZ 1959, 70.

30) OGH 11. 11. 1924, 2 Ob 792/24, SZ 6/355 = ZBl 1925/31; LGZ Wien 11. 12. 1929, 44 R 848/29, ZBl 1930/99 (*Petschek*).

31) Siehe die E OGH 7 Ob 523/56, EvBl 1957/23 = JBl 1957, 218, und § 382 Abs 1 Z 1 EO, der nur von der Verwahrung beweglicher Sachen spricht.

32) Nicht wie fälschlich als „Rechtssatz“ bezeichnet (vgl § 12 ABGB).

33) RIS-Justiz RS004899; OGH 25. 3. 1999, 6 Ob 314/981, nv, ergänzte diesen Leitsatz um den Beisatz: Ein Nebenintervenient des Hauptverfahrens ist kein Beteiligter der Partei im Sicherungsverfahren.

34) MR 1995, 101 (*Waizer*) = ÖBl 1995, 131 = SZ 67/172 – *Oskar Werner*.

len selbst mit; diese wurden ihm nach der Aufführung wieder retourniert. Der beklagte Verein besaß keine Filmkopie. Die von den Klägern beantragte EV, dem Beklagten jegliche Nutzung oder Verwertung des Filmmaterials zu untersagen, wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

Der OGH wies die vom Nebenintervenienten erstattete Revisionsrekursbeantwortung zurück und betonte, dass ein erst dem Hauptverfahren beigetretener Nebenintervenient im Sicherungsverfahren weder Anträge stellen noch für die Hauptpartei handeln oder Rechtsmittel ergreifen oder beantworten könne.

**h) OGH 11. 4. 1996, 6 Ob 2010/96y<sup>35)</sup>**

Der Kläger war öffentlicher Notar und wurde 1994 von einem Dritten beauftragt, dessen Liegenschaften zu verkaufen. Ein Notariatssubstitut des Klägers verfasste einen Übergabsvertrag mit der Stadt I als Käuferin. Über den Grundankauf der Stadtgemeinde I erschienen in der regionalen Zeitung zwei Artikel und in einem Bezirksblatt ein Artikel. Die Publikationen stützten sich auf Äußerungen des Beklagten, wonach „ein begründeter Verdacht vorläge, dass der Notar seinen Klienten um die Hälfte des Kaufpreises geprellt hätte“. Der Kläger begehrt mit Klage und Sicherungsantrag die Unterlassung der ehrenrührigen bzw kreditschädigenden Äußerungen. Nach Erlassung der einstweiligen Verfügung gab der Beklagte die Bevollmächtigung eines anderen Rechtsanwalts bekannt. Der zuvor eingeschrittene Rechtsvertreter des Beklagten erklärte am 1. 12. 1995 seinen Beitritt als Nebenintervenient im Prozess auf Seiten des Beklagten.

Der OGH wies den außerordentlichen Rekurs des Nebenintervenienten unter Hinweis auf Vorjudikatur<sup>36)</sup> als unzulässig zurück. Der dem Hauptverfahren beigetretene Nebenintervenient sei im Sicherungsverfahren weder Partei noch Nebenintervenient. Gegenüber einer Nichtpartei bestehe grundsätzlich kein auf die prozessualen Bestimmungen über den Kostenersatz zu stützender Kostenersatzanspruch.

**i) OGH 14. 5. 1996, 5 Ob 2106/96h<sup>37)</sup>**

Die klagende Verlassenschaft nach *Egon O* beehrte (im Hauptverfahren) die Feststellung der Nichtigkeit eines zwischen *Egon O* und der Beklagten abgeschlossenen Übergabsvertrags. Der Notar *Dr. Z* trat als Verfasser des Übergabsvertrags auf Seite der Beklagten als Nebenintervenient mit der Begründung bei, er müsste im Fall eines Prozesserfolgs der Klägerin mit Regressansprüchen der Beklagten gegen ihn rechnen. Gleichzeitig beantragte er die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der klagenden Partei iW die Verfügung über ein Bankguthaben für die Dauer des Rechtsstreits untersagt werden sollte.

Der OGH führte aus, dass die hier maßgebende Rechtslage nach Lehre und Rsp aus folgenden Gründen geklärt sei: „Der Nebenintervenient, dem sein eigenes Interesse am Ausgang eines zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreites die Befugnis zum Eintritt in diesen auf Seite einer Partei gewährt, kann diese zufolge § 19 ZPO nur insoweit unterstützen, als er Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, Beweise anbieten und alle sonstigen Prozesshandlungen vorneh-

men darf. Die Grenze für seine Intervention ist damit durch den Rahmen des Prozesses gegeben; nur in diesem kann er für und namens der Hauptpartei und nur zu dem Zwecke handeln, damit diese in dem Rechtsstreit obsiege. Seine Tätigkeit kann daher nur auf die Erlassung eines seiner Hauptpartei günstigen Urteiles gerichtet sein. Jenseits dieses Rahmens hört seine Interventionsbefugnis auf. Darüber hinaus begegnet es wohl auch keinem Zweifel, dass der Nebenintervenient nicht berechtigt ist, an Stelle des künftigen Klägers – auf dessen Seite er im Prozeß dann beizutreten beabsichtigt – eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Es steht ihm daher ein solches Recht auch nicht im Prozess zu.<sup>38)</sup> Der Nebenintervenient kann also im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung weder Anträge stellen noch für die Hauptpartei handeln.<sup>39)</sup> Daraus folgt weiters, dass der Nebenintervenient die Sicherung eigener Ansprüche erst recht nicht aus einer Stellung als Nebenintervenient heraus betreiben kann.“

**3. Judikaturesumme**

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die gesichteten Judikaturfälle entweder die Rechtsmittellegitimation des bloß im Hauptverfahren beigetretenen Nebenintervenienten betrafen oder der Nebenintervenienten erst im Rechtsmittelstadium des Sicherungsverfahrens beitreten wollte. Dennoch beharrt die jüngste Rsp<sup>40)</sup> auf der ausnahmslosen Unzulässigkeit der Nebenintervention im Sicherungsverfahren.

Die höchstgerichtliche Rsp hatte – soweit ersichtlich – bislang nicht den Fall eines wohl begründeten Beitritts des Nebenintervenienten in erster Instanz eines Sicherungsverfahrens zu behandeln. Wohl auch deshalb, weil Konformatsbeschlüsse der Unterinstanzen zur Unzulässigkeit eines Streithelfers der Kognition des OGH nach § 528 Abs 2 Z 2 ZPO iVm § 402 Abs 2 EO entzogen sind.

**4. Kritische Würdigung der herrschenden Lehre**

Zunächst ist den zutreffenden Ausführungen *E. Kodeks*<sup>41)</sup> zu folgen, wonach das Sicherungsverfahren ein vollkommen selbständiges Verfahren darstellt und nicht Bestandteil des Hauptprozesses ist.<sup>42)</sup> Dennoch ist damit für eine ausnahmslose Ablehnung der Nebenintervention im Sicherungsverfahren noch nichts entschieden. Der Streitgegenstand des Sicherungsverfahrens unter-

35) AnwBl 1997/7415, 747 = MR 1997, 23 (Korn) – *Unseriöser Kaufvertrag*.

36) OGH 7. 11. 1972, 4 Ob 348/72 – *Stahlrohrgerüste*, ÖBl 1973, 53: Der dem Prozessverfahren über die Hauptsache beigetretene Nebenintervenient hat im Sicherungsverfahren weder eine Rekurs- noch eine sonstige Antragslegitimation (unter Hinweis auf SZ 6/355, SZ 24/50 und Rz 1959, 70).

37) EvBl 1996/124 = RdW 1996, 476.

38) SZ 6/355, die später auch von *Heller/Berger/Stix*, EO III\* (1969–76) 2700, gebilligt wurde.

39) *Fasching*, ZPO II 225f; OGH 18. 10. 1994, 4 Ob 93/94 – *Oskar Werner*, MR 1995, 101 (*Walter*) = ÖBl 1995, 131 = SZ 67/172.

40) OGH 27. 4. 2005, 3 Ob 251/04i – *EV im Vergabeverfahren*, nv, mit Beitritt des Nebenintervenienten im Hauptverfahren.

41) In *Angst*, EO § 378 Rz 22.

42) Ebenso OGH 27. 1. 1998, 1 Ob 417/97y, nv, mit verspätetem Revisionsrekurs der Nebenintervenienten; 2. 4. 1997, 7 Ob 2359/96d, nv, mit Beitrittsklärung der Nebenintervenienten nach Erlassung der einstweiligen Verfügung.

scheidet sich durchaus von jenem des idR folgenden Erkenntnisverfahrens (Hauptprozesses). Der Auffassung *Zechners*,<sup>43)</sup> dass die Abwehr eines nur gegen die Hauptpartei gerichteten Sicherungsantrags die rechtlichen Interessen des Nebenintervenienten unberührt lasse, kann nicht gefolgt werden. Es sind nämlich durchaus Fälle denkbar, in denen dem raschen Rechtsschutz für die Hauptpartei auch aus Sicht des Nebenintervenienten eine solche Bedeutung zukommt, die ein besonderes rechtliches Interesse im oben dargelegten Sinne rechtfertigt.<sup>44)</sup>

Derartige beschreibt *Deixel-Hübner*<sup>45)</sup> treffend, indem sie ausführt, dass „*der Nebenintervenient, der ein derartiges rechtliches Interesse am Ausgang des Verfügungsverfahrens anzugeben und allenfalls nachzuweisen vermag, sowohl auf Seite der gefährdeten Partei einschreiten [kann], indem er Verfügungsgrund und Gefährdung bescheinigt und so jener zur Durchsetzung ihres Sicherungsanspruchs verhilft, als auch auf Seite des Gegners der gefährdeten Partei, indem er gleichzeitig mit der Äußerung zur beantragten einstweiligen Verfügung oder mit dem Erheben des Widerspruchs oder Rekurses in das Verfahren eintritt, um den Sicherungsanspruch zu entkräften. Das dringende Interesse, schon dem Verfügungsverfahren beizutreten, ist mitunter besonders augenfällig*“, wie zB bei Unterlassungsverfügungen wie der Untersagung einer nichtgenehmigten oder urheberrechtswidrigen Auf-führung.<sup>46)</sup>

Aufgrund der – offenbar auch von der Rsp<sup>47)</sup> anerkannten – Ansicht, das Provisorialverfahren stelle ein eigenes, vom Hauptverfahren selbständiges Anlassverfahren iSd § 17 Abs 1 ZPO dar, gelangt *Deixel-Hübner*<sup>48)</sup> zur logischen Schlussfolgerung, dass „*ein Dritter auch dem Verfügungsverfahren beitreten kann, er im Hauptverfahren nicht eo ipso als Nebenintervenient [gilt]. Seine Nebenintervention erlischt mit Beendigung des Sicherungsverfahrens. Will er sich gleichfalls „am Hauptverfahren beteiligen, so muss er dort einen eigenen Beitrittschriftsatz einbringen, der selbst die bestimmte Angabe des rechtlichen Interesses am Prozesssieg seiner Partei enthalten*“ muss.<sup>49)</sup> Schließlich ist zu beachten, dass nach jüngster Rsp<sup>50)</sup> selbst im Mahnverfahren eine Nebenintervention möglich ist.

Es kommt mE darauf an, ob (bereits) die im Sicherungsverfahren ergehende Entscheidung die Rechtslage des Nebenintervenienten rechtlich beeinflussen kann. Ist dies der Fall, so muss auch in diesem Stadium eine Nebenintervention zulässig sein. An diesem besonderen rechtlichen Interesse fehlt es idR, wenn das Unterliegen der Sicherungspartei dem Nebenintervenienten keinen Nachteil, der Sieg aber einen Vorteil bringt.

Darüber hinaus hat der einstweilige Rechtsschutz zunehmend an Bedeutung erlangt, weil die Parteien

von einem Hauptverfahren idR dann Abstand nehmen, wenn die Befassung des OGH im Provisorialverfahren erfolgte. Im Sinne einer Gerichtsentlastung „honoriert“ dies auch der Gesetzgeber.<sup>51)</sup> Das Verfahren zur Erlassung einer EV stellt ein summarisches Erkenntnisverfahren dar, das sich iSd § 274 ZPO mit der Bescheinigung der Verfahrensgrundlagen begnügt. Es dient dabei der Durchsetzung eines prozessualen Anspruchs, der vorläufig Rechtsverfolgung und Rechtsverwirklichung schützen soll.<sup>52)</sup> Genau an diesem Verfahrenszweck kann und ist – bei entsprechender Bescheinigung – mE der Streithelfer zu beteiligen. Wer sich in seinen Rechten verletzt fühlt, beansprucht nämlich Rechtsschutz „hier und jetzt“. Er beantragt eine einstweilige Verfügung oder tritt diesem Verfahren bei, um wirklich oder vermeintlich unbotmäßigen Rechtsgenossen rasch, wenngleich auch „einstweilen“ Einhalt gebieten zu können.

### C. Zusammenfassung

Entgegen der stRsp und der noch hL ist nach der hier vertretenen Auffassung der Beitritt eines Nebenintervenienten auf Seiten der gefährdeten Partei oder ihres Gegners in erster Instanz des Sicherungsverfahrens keineswegs a priori ausgeschlossen. In der Praxis immer wieder auftretende Fallkonstellationen machen das dringende Interesse schon am Ausgang und der Beteiligung am Verfügungsverfahren oftmals augenscheinlich. Entgegen so mancher Annahme hatte die oberstgerichtliche Rsp noch nie derartige Sachverhaltsituationen zu behandeln, sondern lässt durchaus Raum für die Nebenintervention im Sicherungsverfahren. Zu fordern ist dabei allerdings ein doppeltes rechtliches Interesse des potenziellen Streithelfers iS eines besonderen „Interventionsgrundes“ schon für die Provisorialentscheidung. Es ist also Zeit, von einem lieb gewordenen Dogma Abschied zu nehmen.

43) Kommentar, Vor § 378 EO Rz 9 aE.

44) So auch *König*, Rz 292; *Konecny*, Anwendungsbereich 330 FN 86.

45) Nebenintervention 57.

46) Vgl auch den Fall einer einstweiligen Verfügung gegen den Ausschluss eines dopingverdächtigen Rennpferdes von weiteren Trabrennen (OGH 9. 1. 1992, 6 Ob 642/91, nv).

47) Deutlich OGH 27. 1. 1998, 1 Ob 417/97y, nv.

48) Nebenintervention 58.

49) Vgl *Deixel-Hübner*, Nebenintervention 58.

50) OGH 30. 6. 2005, 3 Ob 51/05d, RdW 2005/767; vgl auch 20. 10. 2005, 3 Ob 85/05d, nv, zur „Heilung“ eines Mangels des für den Nebenintervenienten erforderlichen rechtlichen Interesses.

51) Der JA (780 BlgNR 18. GP 2) begründet die Erweiterung des Rechtsmittelzugangs durch § 402 Abs 1 letzter Satz EO idF BGBl 1992/756 auch damit, dass „diesen Entscheidungen [über EV] wiederholt richtungsweisende Bedeutung zukommt“.

52) Siehe *König*, Einstweilige Verfügungen<sup>2</sup> Rz 1/6 mwN.

#### → In Kürze

Entgegen der hM ist eine Nebenintervention im Provisorialverfahren nach der hier vertretenen Auffassung möglich, wenn der Beitretende ein besonderes rechtliches Sicherungsinteresse hat.

#### → Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), ist Rechtsanwalt und Gründer der Kanzlei EUROLAWYER © Salzburg.  
Kontaktadresse: Dr. Franz-Rehr-Platz 7, A-5020 Salzburg.  
E-Mail: anwalt.thiele@eurolawyer.at →