


 [Österreichische Juristen-Zeitung]
ÖJZ

Leitsatzkartei**Nr. 13-23****Beiträge****41 Anmerkungen zu Art 34 CMR**

Peter Csoklich

**48 Die Bindungswirkung von
Verwaltungsakten im Zivilprozess**

Martin Spitzer

Evidenzblatt**Nr. 8-15****61** Beendigung eines wiederholt verlängerten
Kleingartenpachtvertrags**64** Pflicht des Mit-Liquidators zur Zustimmung
zu Geschäftsführungsmaßnahmen**66** Arbeitsrechtssache zwischen
Wirtschaftstreuhandern**69** Allgemeine Verfügbarkeit von Daten**MRK****72** Fluglärm**Redaktion**

Herbert Steininger (Chefredakteur)

Robert Fucik

Herbert Zeizinger

Evidenzblatt

Helmut Gamerith

Gerhard Hager

Erich Kodek

MRK-Entscheidungen

Wolf Okresek

Jänner 2003

02
MANZ 

Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Zivilprozess

ÖJZ 2003/4

§ 190 ZPO;
§ 68 AVG;
Art 6 MRK

OGH 10. 7. 1991,
9 Ob A 117/91

OGH 22. 10. 1992,
8 Ob 632/92

OGH 13. 4. 1994,
3 Ob 37/94

EGMR 28. 6. 1990,
Obermeier/
Österreich

EGMR 17. 12. 1996,
Terra Woningen
BV/Niederlande

Bindungswirkung,
Vorfrage,
Kompetenz-
konflikt,
Gestaltungswirkung

Der Beitrag behandelt die umstrittene Frage, ob und inwieweit Verwaltungsakte Bindungswirkung im Zivilprozess entfalten. Nach Darstellung der Rechtsprechung und Lehre kommt der Verfasser zum Ergebnis, dass die Bindungswirkung als Folge der materiellen Rechtskraft grundsätzlich jedem rechtskräftigen Bescheid zukommt. Daher entfalten auch die bloß fehlerhaften, von der hM überschießend als „absolut nichtig“ qualifizierten, Verwaltungsakte eine Bindungswirkung. Der Verfasser geht außerdem auf die Probleme ein, die sich durch Art 6 MRK ergeben.

Von Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
 - 1. Bindungskonflikt
 - 2. Abgrenzung zu verwandten Fragen
 - a) Kompetenzkonflikt
 - b) Tatbestands- und Gestaltungswirkung
- B. Meinungsübersicht
 - 1. Rechtsprechung
 - 2. Herrschende Lehre
- C. Stellungnahme
 - 1. § 190 ZPO
 - 2. Materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten
 - 3. Subjektive Grenzen der Bindung
 - 4. Zwischenergebnis
 - 5. Verfassungsrechtliche Grenzen der Bindung nach dem B-VG
 - a) Gewaltenteilung (Art 94 B-VG)
 - b) Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG)
 - c) Umgehung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes (Art 130 und 144 B-VG)
 - d) Bindung an Verordnungen und Gesetze (Art 89 B-VG)
 - e) Unabhängigkeit des Richters (Art 87 B-VG)
 - 6. Verfassungsrechtliche Grenzen der Bindung durch Art 6 MRK
 - 7. Ergebnis
 - 8. Bindung an fehlerhafte Bescheide
- D. Zusammenfassung

A. Problemstellung

1. Bindungskonflikt

Will ein Gericht eine Entscheidung treffen, bedarf es zu meist der Klärung von Vorfragen. Dies ist unproblematisch, wenn die Vorfrage ebenfalls in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt. Hier besteht, wenn über die Vorfrage bereits rechtskräftig entschieden wurde, unbedingte Bindung.¹⁾ Wurde zB rechtskräftig das Bestehen eines Miet-

vertrags festgestellt, ist ein Gericht, das dies als Vorfrage für den Anspruch auf Zahlung des Mietzinses zu beurteilen hat, an die frühere Entscheidung gebunden. Problematischer ist bereits der Fall, dass die Klärung der Vorfrage in die Zuständigkeit der Strafgerichte fällt. Nach Aufhebung des eine Bindung ausdrücklich anordnenden § 268 ZPO durch den VfGH²⁾ ist der OGH in der Entscheidung des verst Senats 17. 10. 1995³⁾ nunmehr jenem Teil der Lehre gefolgt, der eine Feststellungswirkung des strafrechtlichen Schuldspruchs bejaht.⁴⁾ Der Verurteilte kann sich also im Zivilprozess nicht darauf berufen, die Tat gar nicht begangen zu haben. So kann der wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 88 StGB Verurteilte dem Anspruch auf Schmerzensgeld nicht entgegenhalten, die Verletzung gar nicht verursacht zu haben.

Die bei weitem strittigste Frage ist jedoch, ob ein Zivilgericht bei der Entscheidung in der Hauptsache an Verwaltungsakte über verwaltungsrechtliche Vorfragen gebunden ist. Die Frage, ob sich jenes über diese hinwegsetzen kann, die häufig als Bindungskonflikt⁵⁾ bezeichnet wird, stellt sich in zahlreichen Konstellationen. Bekannte historische Beispiele liefern das kanonische Eherecht und das Wohnungsanforderungsgesetz (WAG). So war etwa vor Einführung des EheG 1938 fraglich, ob Gerichte an die gesetzwidrige verwaltungsbehördliche Dispens von Ehe-

Dieser Aufsatz ist eine erweiterte Fassung eines Referats, das der Verfasser am 24. 6. 2002 im Seminar „Der Einfluss des Gemeinschafts- und Verfassungsrechts auf den Zivilprozess“ von Frau Univ.-Prof. Dr. *Ena-Marlis Bajons* und Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Böhm* gehalten hat. Beiden möchte der Verfasser für ihre Gesprächsbereitschaft und Unterstützung sowie zahlreiche Anregungen herzlich danken.

1) Siehe dazu nur *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren⁶⁾ (2000) Rz 710, 698.
2) VfSlg 12.504 = EFSlg 64.089 = AnwBl 1990, 734 (einschr. *Graff*) = *ecolex* 1990, 787 = JBl 1991, 104 = ÖJZ 1992/11 (VfGH) = ZVR 1991/30; vgl dazu auch *Klůcka*, Bindung an Strafurteile vom VfGH aufgehoben! JAP 1990/91, 103.
3) SZ 68/195 = EFSlg 79.219 = *ecolex* 1995, 790 (*Oberhammer*) = AnwBl 1995, 900 (*Strigl*) = EvBl 1996/34 = JBl 1996, 117 = RdW 1996, 15 (*Berger*) = WoBl 1995, 240 (*Hanel*) = ZVR 1996/2; vgl dazu *Böhm*, Die Bindung des Zivilgerichts an (verurteilende) Erkenntnisse des Strafgerichts. Nochmals zu einer missverständlichen Grundsatzentscheidung des OGH, AnwBl 1996, 734; sowie zuletzt *Fuchs*, Zur Bindungswirkung des verurteilenden Straferkenntnisses im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung, ÖJZ 2001, 821 und 880.
4) Siehe dazu nur *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶⁾ Rz 715 mwN.
5) Zurückgehend auf *Petschek*, Indirekter Kompetenzkonflikt und Bindungskonflikt, ZBl 1929, 374.

hindernissen bei Entscheidung über die Gültigkeit der daraufhin geschlossenen Ehe gebunden waren („Sever-Ehen“ oder „Dispensehen“⁶⁾); nach dem Zweiten Weltkrieg stellte sich das Problem, ob rechtswidrige Zuweisungsbeschlüsse von Wohnungen der Entscheidung über die Berechtigung einer Räumungsklage zugrundegelegt werden mussten.⁷⁾ Die Bindungsfrage hat jedoch nicht nur rechtshistorische Bedeutung: So erachtete sich zB ein Gericht bei der Entscheidung über das Erlöschen des Versicherungsschutzes wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis an die gesetzwidrige Unterbrechung des Führerscheintzugs gebunden.⁸⁾ In einem Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Kündigung eines Lehrlings nahm der OGH eine Bindung an den gewerbebehördlichen Erlass der Behaltepflicht an.⁹⁾ Der OGH wies auch unter Berufung auf einen sozialversicherungsrechtlichen Leistungsbescheid den Anspruch des ruhenden Nachlasses gegen den (irrtümlich) durch Sozialversicherungsleistungen Begünstigten auf Zahlung der erhaltenen Leistungen ab.¹⁰⁾ Auch ob ein Grundstück den Grundverkehrsgesetzen unterliegt, wurde nach der Rsp durch Annahme der Bindung an eine grundverkehrsbehördliche Bietgenehmigung präjudiziert,¹¹⁾ ebenso, ob ein Bestandsobjekt bei Vorliegen eines baubehördlichen Abbruchauftrags iSd § 1112 ABGB untergegangen ist.¹²⁾

2. Abgrenzung zu verwandten Fragen

Vom Bindungskonflikt sind verwandte Fragen abzugrenzen, die nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind. Hier soll nur das grundsätzliche Problem der Bindung an Bescheide nach dem AVG behandelt werden.¹³⁾

a) Kompetenzkonflikt

Mit dem Bindungskonflikt darf der Kompetenzkonflikt nicht verwechselt werden. Jener betrifft den Vorfragenbereich, dieser die Hauptsache. Ein Kompetenzkonflikt liegt vor, wenn in derselben Sache die (ausschließliche) Zuständigkeit von Gericht und Verwaltungsbehörde bejaht (positiver Kompetenzkonflikt) oder verneint (negativer Kompetenzkonflikt) wird,¹⁴⁾ wobei dieselbe Sache dann vorliegt, wenn es um die Anwendung derselben generellen Rechtsvorschrift auf denselben Sachverhalt als Hauptfrage geht.¹⁵⁾

Dies hat der VfGH anfangs verkannt: Vor dem Inkraft-Treten des EheG 1938 ging das kanonische Eherecht von der Unauflöslichkeit der Ehe aus. Ehen konnten nur von Tisch und Bett, nicht aber dem Bande nach geschieden werden. Folgerichtig war eine Wiederverheiratung aufgrund des Ehehindernisses des bestehenden Ehebands unmöglich, hätte sie doch zur Bigamie geführt. § 83 ABGB sah aber die Kompetenz des Landeshauptmannes vor, bei Eheschließungen Dispens von Ehehindernissen zu erteilen. Nach hM umfasste diese Befugnis jedoch nicht die Dispens vom Hindernis des bestehenden Ehebands. Dennoch machte der niederösterreichische LH *Albert Sever* auch in solchen Fällen von seiner Dispensbefugnis unter Berufung auf § 83 ABGB großzügig Gebrauch. Die Gerichte hatten nun (zB in Ehenichtigkeitsstreitigkeiten) zu beurteilen, ob aufgrund der gesetzwidrig erteilten Dispens

geschlossene Ehen gültig waren und ob die Gerichte an die verwaltungsrechtliche Dispens gebunden waren.¹⁶⁾ Der VfGH hat ursprünglich irrig einen „indirekten Bindungskonflikt“ angenommen und diesen als Kompetenzkonflikt gem Art 138 B-VG entschieden.¹⁷⁾ Nach Kritik durch Lehre¹⁸⁾ und OGH¹⁹⁾ erkannte der VfGH das Vorliegen eines Bindungskonflikts im Vorfragenbereich und verneinte folgerichtig seine Zuständigkeit.²⁰⁾ Heute nimmt der VfGH die ihm im Rahmen seiner Kompetenzgerichtsbarkeit nach Art 138 Abs 1 lit a B-VG iVm §§ 42 ff VfGG verliehene Entscheidungsbefugnis nur noch in Fällen wahr, in denen die Hauptfrage betroffen ist, also **Identität des Verfahrensgegenstands** besteht.

b) Tatbestands- und Gestaltungswirkung

Es sind grundsätzlich auch Bindungswirkung, Tatbestandswirkung und Gestaltungswirkung²¹⁾ zu trennen. Bei der Tatbestandswirkung wird an das Vorliegen eines Rechtsaktes kraft spezieller gesetzlicher Anordnung eine Rechtsfolge geknüpft, zB der Entfall des nachbarrechtlichen Unterlassungsanspruchs nach § 364 ABGB bei Immissionen aus (gewerbe)behördlich genehmigten Anlagen kraft § 364 a ABGB. Das Gesetz knüpft an das Bestehen der Bewilligung Rechtsfolgen. Bei der Gestaltungswirkung knüpfen Tatbestände an durch Bescheide geschaffene Rechtslagen an,²²⁾ zB in Statussachen, wie der Verleihung der Staatsbürgerschaft oder der Ernennung zum Richter.

Die Unterscheidung zwischen Bindungswirkung einerseits und Tatbestands- und Gestaltungswirkung an-

6) Siehe dazu *Schwind*, Kommentar zum österreichischen Eherecht (1951) § 121 EheG I; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁴ (2001) 78 und sogleich unten.

7) OGH in JBI 1947, 111; EvBl 1947/20; JBI 1948, 214; SZ 22/92; SZ 23/32 = JBI 1951, 462.

8) JBI 1959, 285.

9) EvBl 1959/291.

10) EvBl 1964/185.

11) SZ 43/114.

12) MietSlg 19.305; 20.387; 27.072; 32.659; SZ 41/83 = MietSlg 20.168; SZ 45/56; EvBl 1983/76. Siehe aber unten C.3.

13) Siehe zum Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze zB *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁷ (1999) Rz 57 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht (2000) 68 ff.

14) ZB KI-2/89 (Zuständigkeit der Jagd- und Wildschadenskommission und nicht des Gerichts für die Festsetzung von Ersatzansprüchen durch Wildschäden); KI-1/91 (Zuständigkeit des Magistrats und nicht des Gerichts zur Entscheidung über Einwendungen iSd § 35 EO gegen eine Entscheidung der Schlichtungsstelle); KI-2/99 (Zuständigkeit des Magistrats zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Entfernung von Alttextil-Sammelbehältern).

15) *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz 1480; *Mayer*, B-VG Kommentar³ (2002) Art 138 B-VG I.3 mwN.

16) ZB *Wahle*, Bindung der Gerichte an gesetzwidrig erteilte Ehedispense? JBI 1928, 57 und 111; *Ehrenzweig*, Die Dispense im Kompetenzkonflikt, JBI 1928, 133.

17) VfGH in JBI 1927, 345; Gerichtszeitung 1927, Nr 21/27; JBI 1928, 449, 450, 472; zust *Kelsen*, Der Begriff des Kompetenzkonflikts nach geltendem österreichischen Recht, JBI 1928, 107f; anders noch VfGH 13. 10. 1926, K 4/26 = Slg 726 (Der Antrag auf Entscheidung des bejahenden Kompetenzkonflikts wurde wegen offener Unzuständigkeit des VfGH zurückgewiesen.).

18) Grundlegend *Petschek*, ZBl 1929, 349.

19) SZ 10/51.

20) VfSlg 1341, 1351.

21) SZ 63/4 = JBI 1990, 662 = EvBl 1990/89 = *ecolex* 1990, 214; dazu *Musger*, Verfahrensrechtliche Bindungswirkungen und Art 6 MRK, JBI 1991, 420ff und 499; *P. Strohmayer*, Urteilswirkungen. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (2001) Rz 362 ff.

22) Krit zur Gestaltungswirkung als eigener Kategorie der Bescheid- und Urteilswirkungen *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁷ Rz 476; dazu krit zuletzt *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 221.

dererseits fällt oft schwer. ME lassen sich jedoch manche der hier angestellten Überlegungen durchaus auch für diese verwandten Phänomene fruchtbar machen, so dass die Unterscheidung an Schärfe verliert. Man wird nämlich nicht a priori von einer schrankenlosen Zulässigkeit dieser Wirkungen ausgehen können.²³⁾ Besonders in Fällen der Tatbestandswirkung kann eine die Rechtskraft indirekt erstreckende Anordnung des Gesetzgebers für den Dritten ebenso belastend und unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel ebenso problematisch sein wie die unmittelbare Bindungswirkung.

B. Meinungsübersicht

1. Rechtsprechung

Der OGH hat seine Rsp zur Bindungsproblematik im Zusammenhang mit den Sever-Ehen entwickelt.²⁴⁾ Im Gegensatz zum VfGH erkannte er das Problem richtig als Bindungskonflikt im Vorfragenbereich und entwickelte in zwei Rechtsgutachten²⁵⁾ die die Rsp bis heute bestimmenden Grundsätze der Bindungslehre: „Liegt aber zurzeit, da Gericht oder Verwaltungsbehörde eine Vorfrage zu beantworten haben, die Entscheidung der zuständigen Stelle bereits vor, [...] müssen [sie ...] ihrer eigenen Entscheidung die im fremden Zuständigkeitsbereich getroffene Lösung der Vorfrage zugrunde legen²⁶⁾“. Die Bindung an Staatsakte ergebe sich grundsätzlich aus Art 94 B-VG und für Gerichte auch aus § 190 ZPO.²⁷⁾ Der OGH ist diesen Grundsätzen häufig formelhaft treu geblieben.²⁸⁾

2. Herrschende Lehre

Auch die hL nimmt eine Bindung an Bescheide an: *Kralik* leitet aus § 190 ZPO vor dem historischen Hintergrund der Verfahrensökonomie ab, dass der Gesetzgeber von einer Bindung ausgegangen sei²⁹⁾ Dies sei jedoch nicht hinreichend, weil der unausgesprochene Wille des Gesetzgebers keine Norm sei. Mangels einer ausdrücklichen Norm für das positive Recht ließe sich die Bindungswirkung nur „aus den Gesetzen der Psychologie heraus erklären und beweisen“, auf denen auch das staatliche Denken basiere.³⁰⁾ *Fasching* befürwortete ursprünglich³¹⁾ die Bindung, weil sich aus Gewaltenteilung und verfassungsrechtlicher Zuständigkeitsordnung ergebe, dass beide Gewalten ihre Entscheidungen wechselseitig zu respektieren haben.³²⁾ *Rechberger/Simotta*³³⁾ entnehmen wie *Kralik* dem Grundsatz der Verfahrensökonomie, dass der Richter an rechtskräftige präjudizielle Bescheide gebunden sei. *Bajons*,³⁴⁾ *Fucik*³⁵⁾ und *Ballon*³⁶⁾ referieren Lehre und Rsp, gehen aber nicht näher auf den Ursprung der Bindungswirkung ein. Nach *Fucik* sei die Bindung an präjudizielle Bescheide äußerst umstritten, während sich die Wirkungen zivilrechtlicher Urteile über Vorfragen aus der Rechtskraftlehre ergeben.

C. Stellungnahme

1. § 190 ZPO

Ist die Entscheidung eines Rechtsstreits von einer verwaltungsrechtlichen Vorfrage abhängig, die Gegenstand eines

anhängigen Verwaltungsverfahrens ist, kann gem § 190 ZPO das Verfahren unterbrochen werden, bis eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Ist noch kein Verfahren anhängig, muss das Gericht selbst entscheiden. In § 190 ZPO wird unstrittig eine Unterbrechungsbefugnis bei anhängigem Verfahren normiert, die im pflichtgemäßen Ermessen des Richters steht. Ist die Unterbrechung des Prozesses ökonomischer als die Fortführung und inzidente Lösung der Vorfrage, so ist der Prozess zu unterbrechen.³⁷⁾ Andernfalls kann das Gericht die Vorfrage selbst beurteilen. Die Frage, ob aus § 190 ZPO Anhaltspunkte für die Bindungswirkung bei unterbrochenem Verfahren gewonnen werden können, ist für die gesamte Bindungsproblematik zentral. Geht man nämlich davon aus, dass das Gericht bei Unterbrechung des Verfahrens an den ergehenden Bescheid gebunden ist, muss dies auch für den Fall gelten, dass bei Beurteilung der Vorfrage das Verwaltungsverfahren bereits abgeschlossen ist und ein rechtskräftiger Bescheid vorliegt.

Nach *Fasching* ist von der Frage der **Unterbrechungsbefugnis** streng die Frage zu unterscheiden, ob das Gericht an einen Vorfragenbescheid der Verwaltungsbehörde gebunden ist³⁸⁾ Das Gesetz enthalte keine **Bindungsvorschrift** für den Fall, dass unterbrochen wird.³⁹⁾ Die Unterbrechungsbefugnis des § 190 ZPO bedeute vielmehr nur, dass der Richter die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens seiner Entscheidung unter Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes⁴⁰⁾ als frei zu würdigende Beweise zugrundelegen dürfe.⁴¹⁾ Es ergebe sich „dass eine Bindung der Gerichte an verwaltungsbehördliche Entscheidungen grundsätzlich abzulehnen ist⁴²⁾“.

23) *Rassi*, Das rechtliche Gehör und die Tatbestandswirkung im Zivilprozess (Diss Wien 1995); *Walter*, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige präjudizielle Bescheide nach AVG im Rahmen der Zivilprozessordnung im Vorfragenbereich, ÖJZ 1996, 610; *Czepa*, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige Verwaltungsbescheide (Diss Wien 1996) 140ff; *Thienerl*, Verwaltungsverfahrenrecht 221.

24) Siehe dazu schon oben A.1 und 2.

25) SZ 4/155; SZ 10/51.

26) Ausführlich SZ 10/51; im Ergebnis aber auch schon GIUNF 1747.

27) OGH in JBl 1951, 384; EvBl 1964/185.

28) Vgl etwa JBl 1947, 111; SZ 13/81; SZ 22/92; SZ 23/176 = JBl 1951, 462; MietSlg 5.423; JBl 1959, 285; EvBl 1959/291; MietSlg 15.301; EvBl 1964/185; SZ 40/101; SZ 43/114; SZ 45/17; EvBl 1976/192; SZ 51/64; MietSlg 32.659; JBl 1980, 320; RZ 1986/1 = RdW 1985, 310 = REDOK 7631; StSt 57/6; SZ 57/23 = MietSlg 36.854/3; SZ 64/98; SZ 65/13 = JBl 1992, 392; ecoclex 1993, 305; MietSlg 49.093 = immolex 1997/135;.

29) *Kralik*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953) 103, 152; *ders*, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen der Verwaltungsbehörden (berichtet von *Anderluh*), JBl 1975, 309; vgl auch *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976), 15.

30) *Kralik*, Vorfrage, 109.

31) Siehe zu seiner nunmehrigen Ansicht sogleich unten.

32) *Fasching*, Zivilgerichte und Verwaltungsbehörden, Vorfragebeurteilung und Bindung, JBl 1963, 175 ff.

33) Zivilprozessrecht⁵ Rz 711.

34) Zivilverfahren. Grundlehren des Prozesses und der Exekution (1991) Rz 16.

35) In *Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO² (2000) § 190.

36) Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht. Streitiges Verfahren⁸ (1999) Rz 292.

37) Kriterium der Ermessensausübung ist die Verfahrensökonomie; OGH in JBl 1948, 214; EFSlg 64.056 (OLG Wien).

38) *Fasching*, Lehr- und Handbuch² (1990) Rz 95; aM *Kralik*, Vorfrage 103, 152; *ders*, JBl 1975, 309.

39) AM noch *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II (1962) 922.

40) Ähnlich wie nach § 281a ZPO.

41) *Fasching*, Sind die Gerichte an präjudizielle Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden? Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 190 ZPO, JBl 1976, 562 ff; diesem folgend *Bauerreiss*, Noch ein Wort zur Bindung der Gerichte an verwaltungsbehördliche Bescheide, JBl 1977, 581f.

42) *Fasching*, Lehr- und Handbuch² Rz 96.

Faschings Ablehnung der Bindung ist das Ergebnis einer fundamentalen Abkehr⁴³⁾ von seinem früheren, „bindungsfreundlichen“ Standpunkt,⁴⁴⁾ deren Notwendigkeit er im Bewusstsein einer „dynamisierenden Dialektik“ auf der „Suche nach dem bestmöglichen Rechtsschutz⁴⁵⁾“ sieht. Kritisch bemerkt *Walter*, dass sich auf dieser Suche nur ein Rechtspolitiker befinden könne, der Boden der Rechtsdogmatik damit aber verlassen sei.⁴⁶⁾

ME spricht schon der Wortlaut des Gesetzes gegen *Fasching*⁴⁷⁾: § 190 ZPO sieht die Fortführung des einmal unterbrochenen Verfahrens nicht etwa schon dann vor, wenn der Richter glaubt, genug Stoff aus dem Verwaltungsverfahren verwerten zu können, sondern erst bei seiner **rechtskräftigen Entscheidung**. Wenn die Unterbrechung zur bloßen Erlangung von Beweismitteln gestattet wäre, bestünde hierfür keine Notwendigkeit,⁴⁸⁾ denn frei zu würdigende Beweise bedürfen nicht der Rechtskraft. Außerdem hat *Fasching* den historisch-teleologischen Hintergrund des § 190 ZPO gegen sich: Die Unterbrechungsbefugnis wäre ohne Bindung sinnlos, weil die auf **Verfahrensökonomie** bedachte Prozessreform die Verzögerung, die durch die Unterbrechung entsteht, nicht ohne einen Gewinn an Aufwand gebilligt hätte. Dieser Gewinn kann aber nur durch eine Bindung erreicht werden.⁴⁹⁾ Die Stichhaltigkeit dieser Argumentation wird durch literarische Stellungnahmen kurz nach In-Kraft-Treten der ZPO belegt, in denen kein Zweifel an der Bindung bestand.⁵⁰⁾ **Richtig ist also, dass § 190 ZPO sinnvollerweise nur auf dem Konzept der Bindung basieren kann. Dennoch kann § 190 ZPO me nicht als Grundlage der Bindung herangezogen werden.** Eine Rechtsvorschrift, die nur die fakultative Unterbrechung des Verfahrens bei schon anhängigem Verfahren regelt und den Fall eines bereits vorliegenden rechtskräftigen Bescheids gar nicht behandelt, stellt keine taugliche Grundlage für eine generelle Bindung dar.⁵¹⁾

2. Materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten

Grund und - wie zu zeigen ist - Grenze der Bindung ist die materielle Rechtskraft,⁵²⁾ „jenes zentrale Rechtsinstitut, dem für die Rechtsordnung eine ähnliche Bedeutung zukommt, wie der absoluten Verbindlichkeit der Gesetze⁵³⁾“. Die materielle Rechtskraft ist eine Folge der formellen Rechtskraft, also der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung.⁵⁴⁾ Ihre Wirkungen bestehen in der Unwiderrufbarkeit,⁵⁵⁾ der Unwiederholbarkeit (**ne bis in idem**)⁵⁶⁾ und der Normativität,⁵⁷⁾ also der Verbindlichkeit, des Rechtsaktes. *Morscher* zählt die Verbindlichkeit und die damit verbundene Einheit der Rechtsordnung zum Kernbereich des rechtsstaatlichen Bauprinzip.⁵⁸⁾

Die materielle Rechtskraft ist für Zivilurteile völlig unbestritten. Die Bindung an Strafurteile wird nach Aufhebung des § 268 ZPO durch den VfGH ebenfalls aus der materiellen Rechtskraft begründet.⁵⁹⁾ Auch für Verwaltungsakte ist es heute einhellige Meinung, dass sie mate-

rielle Rechtskraft und damit Bindungswirkung entfalten.⁶⁰⁾ Bindung und materielle Rechtskraft stehen also im Verhältnis der Folge zur Ursache.⁶¹⁾ Der Zusammenhang erhellt auch aus der Miteinbeziehung der in der Diskussion um die Frage der Bindung von Behörden an Entscheidungen anderer Behörden häufig ausgeblendeten unzweifelhaften Bindung der Parteien⁶²⁾: **res iudicata ius facit**. Ist ein Akt in Rechtskraft erwachsen, hat er „der Partei gegenüber Recht erzeugt und es wäre ein Eingriff in deren – durch Rechtskraft unabänderliche – Rechtssphäre, wenn sich ein anderes Organ darüber hinwegsetzen könnte.“⁶³⁾ Dies ist Ausfluss der Verbindlichkeit des Bescheids,⁶⁴⁾ diese wiederum „nichts anderes als eine Auswirkung der materiellen Rechtskraft⁶⁵⁾“.

3. Subjektive Grenzen der Bindung

Ist einmal festgestellt, dass Bescheide, die materielle Rechtskraft entfalten, Verbindlichkeit erlangen, bleibt noch die Frage nach dem Umfang der Bindung, nach ihren subjektiven Grenzen. So meinte *Fasching* ursprünglich, dass der Frage, ob die Parteien des Hauptverfahrens auch Parteien des Präjudizialverfahrens waren, keine Bedeutung zukomme, weil die Bindung aus der allgemeinen Rechtskraftwirkung folge und da, „wo ein amtswegiges Ermittlungsverfahren herrscht, [. . .] die Behörde jede denk-

43) Angekündigt wurde dieser Meinungsschwenk bereits 1968: vgl dazu *Fasching*, Verhandlungen des 3. ÖJT II/1, 105; weiters *ders*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV (1971) 507f; endgültig vollzogen in JBl 1976, 557; vgl nunmehr auch *ders*, Lehr- und Handbuch² Rz 96.

44) *Fasching*, Kommentar II 898 ff.

45) *Fasching*, JBl 1976, 557.

46) *Walter*, ÖJZ 1996, 604.

47) Nach SZ 22/92 ergibt sich die Bindungswirkung „ganz klar aus § 190 ZPO“; OGH in JBl 1947, 111 geht sogar davon aus, dass in § 190 ZPO die Bindung „ausdrücklich festgelegt [wurde]“; EvBl 1964/185.

48) SZ 22/92; *Walter*, ÖJZ 1996, 602.

49) *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I⁴ (1927) 805f ua unter Berufung auf unveröffentlichte Vorträge *Kleins*; *Schima*, Wandlungen in den Beziehungen von Justiz und Verwaltung, ÖJZ 1955, 525; *Kralik*, JBl 1975, 309; *Loebenstein*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, JBl 1978, 300f; SZ 64/98.

50) *Neumann*, Kommentar I⁴ 805f; *Horten*, Österreichische Zivilprozeßordnung I (1908) 754; aM *Ott*, Rechtspflege und Verwaltung. Eine Skizze ihrer gegenseitigen Beziehungen, in FS Klein (1914) 78 ff.

51) So wohl auch *Kralik*, Vorfrage 103f; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 713.

52) GIUNF 4660; *Kralik*, Vorfrage 99; zuletzt *Walter*, ÖJZ 1996, 602 und *Fuchs*, ÖJZ 2001, 823 ff.

53) *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), 92.

54) *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen (1966) III 690; *ders*, Lehr- und Handbuch² Rz 1493; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁷ (1999) Rz 451 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 213.

55) *Fasching*, Kommentar III 693; *ders*, Lehr- und Handbuch² Rz 1471; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁷ Rz 458 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 214.

56) *Fasching*, Kommentar III 693; *ders*, Lehr- und Handbuch² Rz 1499 f; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁷ Rz 462 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 215.

57) *Fasching*, Kommentar III 694; *ders*, Lehr- und Handbuch² Rz 1501; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁷ Rz 465 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 215 f.

58) *Morscher*, JBl 1991, 86 f.

59) Sie dazu schon oben A.1.

60) Grundlegend *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886); *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft; Vgl dazu auch *Kucsko-Stadlmayer*, Merkl's Rechtskraftlehre, in *Walter* (Hrsg), Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit (1990).

61) *Loebenstein*, JBl 1978, 299.

62) So schon *Walter*, Probleme der Bindung an sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen im Zivilprozeß, in FS Schmitz (1967) 463; *Loebenstein*, JBl 1978, 299.

63) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit, 149.

64) *Kralik*, Vorfrage 99.

65) *Walter*, FS Schmitz 463.

bare Erkenntnisquelle auszuschöpfen [hat]⁶⁶“. Auch der OGH nahm eine Bindung *inter omnes* an.⁶⁷ So hat er bei der Entscheidung über die Rechtfertigung der Entlassung eines Lehrers Bindung an einen Bescheid des Landesschulrates an den Rechtsträger der Schule über die Untersagung der weiteren Verwendung angenommen, ohne dass der Lehrer in diesem Verfahren gehört wurde.⁶⁸ Der OGH erachtete sich auch an die verwaltungsbehördliche Genehmigung für den Betrieb eines Flughafens hinsichtlich der Frage gebunden, ob ein durch veraltete Anflugsfeuer auf der Landebahn an einem Flugzeug (dessen Eigentümer im Genehmigungsverfahren natürlich nicht Partei war) verursachter Schaden zu ersetzen ist oder nicht.⁶⁹

Dagegen erhob die Lehre⁷⁰ die Forderung, die Bindungswirkung auf die Parteien des Verwaltungsverfahrens zu beschränken.

Die Antwort auf die Frage der subjektiven Grenzen der Bindung folgt bei konsequenter Betrachtung schon aus ihrem Grund, der materiellen Rechtskraft⁷¹: *res iudicata ius facit inter partes*.⁷² Warum dieser im Zivilprozess einhellig anerkannte Grundsatz für Bescheide immer wieder gelehrt wird, ist nicht einsichtig. Dem OGH wird von der Lehre vorgeworfen, sich diesen Grundsatz noch nicht zu Eigen gemacht zu haben.⁷³

Gegen diesen Vorwurf kann man auch die Entscheidung SZ 67/64⁷⁴ nicht ins Treffen führen. Der OGH kommt darin nur zu einem wünschenswerten Ergebnis, schlägt jedoch einen ganz anderen Weg ein, als sich auf die Grenzen der Rechtskraft zu stützen. Bis zu dieser Entscheidung wurde bei Vorliegen eines Abbruchbescheides der (rechtliche) Untergang des Bestandobjektes gem § 1112 ABGB angenommen,⁷⁵ was ipso iure zur Auflösung des Mietvertrages führt.⁷⁶ Dies hatte jedoch zur Folge, dass die Rechtsgrundlage der Benützung des Bestandobjektes durch den Mieter wegfiel, ohne dass dieser dazu gehört wurde (da der Mieter im baubehördlichen Verfahren keine Parteistellung hatte). Nunmehr wird der Untergang des Bestandobjektes erst angenommen, wenn im Zivilprozess erwiesen wird, dass die Baugebrechen nicht beseitigt werden können oder wegen Unwirtschaftlichkeit der Arbeiten nicht beseitigt werden müssen.⁷⁷ Dieses im Hinblick auf den Rechtsschutz des Mieters an sich begrüßenswerte Ergebnis erzielt der OGH dadurch, dass er den Moment des rechtlichen Untergangs der Sache über die Erlassung des Abbruchbescheids hinauszögert und diesen erst annimmt, wenn die Mängel, die zur Erlassung des Bescheids geführt haben, endgültig nicht mehr behoben werden können. Solange die tatsächliche Wiederherstellung möglich ist, sei das Bestandobjekt auch nicht untergegangen. Erfolgt die Wiederherstellung, könne der Bescheid aber nicht mehr vollstreckt und, weil aus ihm niemandem Rechte erwachsen, nach § 68 Abs 2 AVG aufgehoben werden.⁷⁸

SZ 67/64 spricht also nicht dafür, dass der OGH die Grenzen der Rechtskraft von Verwaltungsakten zur Definition der Reichweite der Bindungswirkung herangezogen hat. Der OGH hat allerdings bereits in SZ 64/98 zum ersten Mal Problembewusstsein dahingehend gezeigt, dass

er „auch aus dem Grund einer mangelnden Parteiidentität keine Bedenken“ gegen die Annahme einer Bindung hegte, „da die Beklagte an dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren beteiligt war“. Kurz darauf hat der OGH dann in seiner leider wenig beachteten⁷⁹ E 8 Ob 632/92⁸⁰ erstmals explizit – wenn auch obiter – festgestellt, dass eine Bindung nicht eintreten kann, wenn die Partei am vorausgegangenen Verwaltungsverfahren nicht beteiligt war. Es ist zu hoffen, dass der OGH diese strenge Linie weiterverfolgt und von seiner früheren Rsp zur *inter omnes*-Wirkung endgültig abgeht.

4. Zwischenergebnis

Zivilgerichte sind an rechtskräftige Verwaltungsakte über Vorfragen gebunden. Grund und Grenze dieser Bindung ist die materielle Rechtskraft. Deshalb kann die Bindungswirkung eines Bescheids nur denjenigen erfassen, der im Verwaltungsverfahren Parteistellung hatte.

5. Verfassungsrechtliche Grenzen der Bindung nach dem B-VG

Da die Annahme der Bindung der „hochheiligen richterlichen Gewalt⁸¹“ an Entscheidungen von weisungsgebundenen Verwaltungsorganen auch Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken gibt, ist dieses Ergebnis nun auf seine Verfassungskonformität zu untersuchen.

Das österr Verfassungsrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Bindungsproblematik. Es kann daher nur versucht werden, anhand der Wertungen der

66) *Fasching*, JBl 1963, 176. *F. Bydliński*, JBl 1971, 251, bezeichnet dieses Vertrauen in die Wahrheitsfindungsgarantien des amtswegigen Verwaltungsverfahrens als beinahe ungläubwürdige Lebensfremdheit. Dem ist nur insofern zuzustimmen, dass die Qualität des Verwaltungsverfahrens keine *inter omnes* Wirkung zu rechtfertigen vermag. Dies ist jedoch kein Spezifikum des Verwaltungsverfahrens. Auch ein noch so gründliches Gerichtsverfahren kann nicht zu einer allgemeinen Bindung führen.

67) SZ 40/101.

68) OGH in JBl 1970, 325 (krit *Walter*) = EvBl 1970/193 = Arb 8696.

69) OGH in JBl 1971, 249 (krit *Bydliński*).

70) *Walter*, Die Bedeutung des § 77 (1) RDG für das Zivil- und Strafverfahren, JBl 1962, 490ff; *ders*, Über die Möglichkeit isoliert zivilprozessualer Betrachtung und den Zusammenhang von Rechtskraft und Bindungswirkung, JBl 1963, 347; *ders*, Glosse OGH in JBl 1970, 325; *Pichler*, Binden Demolierungsbescheide die Gerichte? JBl 1965, 494ff; *ders*, Neues über die Bindungswirkung der Demolierungsbescheide, JBl 1966, 553; *ders*, Der Bindungskonflikt – Stand und Weiterführung der Diskussion (Vortrag), JBl 1978, 267 (berichtet von *Anderlüh*); *Kralik*, JBl 1975, 309; *Loebenstein*, JBl 1978, 298; *Bajons*, Zivilverfahren Rz 16; unter Berufung auf Art 6 MRK auch *Bauerreiss*, JBl 1977, 583, der daraus allerdings auf die Unzulässigkeit der „grundsätzlichen Bindung“ schließt; *Morscher*, JBl 1991, 87f; vgl allgemein *Musger*, JBl 1991, 507; *Ballon*, Einführung Rz 292; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 712; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO² § 190 Rz 5. Der Ansicht, dass Art 6 MRK eine Beschränkung der Bindung fordert, ist voll beizupflichten.

71) *Walter*, JBl 1963, 349f; *Ballon*, ZPP 1983, 446.

72) *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahren⁷ Rz 468; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 215.

73) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 712.

74) SZ 67/64 = JBl 1994, 618 = MietSlg 46.137/9 = ecolex 1994, 460 = WoBl 1994, 114 (zust *Würth*).

75) Mit beachtlichen Argumenten für die alte Rsp *Musger*, JBl 1991, 507.

76) Krit *Würth* in *Rummel*² § 1112 Rz 4.

77) *Würth* in *Rummel*³ § 1112 Rz 3.

78) Im Hinblick auf die hier behandelte Problematik zu Recht krit *Walter*, ÖJZ 1996, 609 FN 49; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 712 FN 114.

79) Siehe aber *Fucik* in *Rechberger*, ZPO² § 190 ZPO Rz 5; *Fuchs*, ÖJZ 2001, 832 FN 144.

80) Missverständlich ecolex 1993, 305 („Die Gerichte sind zwar an rechtskräftige Bescheide gebunden, wenn nicht ein absolut nichtiger Verwaltungsakt vorliegt und eine Partei nicht am Verfahren beteiligt war“).

81) *Wittmayer*, Zu den Voraussetzungen und Grundproblemen der provisorischen Verfassung von Deutschösterreich, ZÖR I (1919) 93.

Bundesverfassung Anhaltspunkte für oder wider die Verfassungskonformität der hier entwickelten Lösung zu gewinnen.

a) Gewaltenteilung (Art 94 B-VG)

Die österr Bundesverfassung basiert auf dem Prinzip der Gewaltentrennung, das sich aus verschiedenen Vorschriften ergibt. Zentral – und für den vorliegenden Fall *prima vista* einschlägig – ist Art 94 B-VG, nach dem die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt ist.⁸²⁾ Tatsächlich lässt sich aus Art 94 B-VG für die Lösung des vorliegenden Problems aber nichts gewinnen,⁸³⁾ weil Art 94 B-VG keinen materiellen Gehalt hat, aus dem sich Anhaltspunkte für die Lösung des Bindungsproblems ableiten ließen, sondern nur eine **formell-organisatorische Trennung der Gewalten** vorsieht,⁸⁴⁾ die etwa Mischbehörden, sowie wechselseitige Weisungszusammenhänge oder Instanzenzüge ausschließt.⁸⁵⁾ Damit bleibt nur der überaus unsichere Weg, Gesichtspunkte aus dem „Wesen der Gewaltentrennung“ zu gewinnen. Wer dies versucht, dem wird in der Literatur jedoch die Zweischneidigkeit einer solchen Argumentation vor Augen geführt⁸⁶⁾: Nach Heim⁸⁷⁾ sei Ausfluss der Gewaltenteilung, dass Behörden gänzlich frei und ohne Bindung auch hinsichtlich Vorfragen entscheiden könnten,⁸⁸⁾ dass die Bindungswirkung daher verfassungswidrig sei.

Nach dem OGH⁸⁹⁾ und der hL,⁹⁰⁾ die allerdings oft verkennen, dass sich ihre Argumentation nicht direkt aus Art 94 B-VG ergibt, folge aus der Leugnung der Bindungswirkung hingegen vielmehr ein Einbruch in fremde Kompetenz,⁹¹⁾ die Missachtung der Rechtsakte der anderen Gewalt und damit eine Anmaßung von anderen Organen übertragenen Entscheidungsbefugnissen,⁹²⁾ woraus sich die Notwendigkeit der Bindung ergebe.

Beide Argumentationen enden jedoch im Zirkelschluss: Ob die Gewaltentrennung Bindung an Vorfragenbescheide verbietet oder nicht, wird letztlich durch die Gewaltentrennung selbst beantwortet, wobei ihr je nach gewünschtem Ergebnis jeweils unterstellt wird, dass Gerichte in verwaltungsrechtlichen Vorfragen unabhängig entscheiden müssten oder eben nicht. Genau dies ist aber doch die Frage. Dass die Gewaltentrennung den Bindungskonflikt nicht löst, illustrieren anschaulich die verschiedenen Systeme der Vorfragenbeurteilung. Nach deutschem Recht sind Vorfragen grundsätzlich von der in der Hauptsache zuständigen Behörde zu entscheiden.⁹³⁾ Wurde bereits über die Vorfrage entschieden, darf das Gericht die Gültigkeit von Verwaltungsakten prüfen, wobei es incidenter als nichtig erkannte Bescheide zu ignorieren, bloß anfechtbare Verwaltungsakte aber jedenfalls zu beachten hat.⁹⁴⁾ Der deutsche Zivilprozess geht also von einer weitgehenden Freiheit bei noch nicht entschiedenen Vorfragen aus. Im französischen Recht hingegen gilt seit jeher⁹⁵⁾ für die Beurteilung einer „*question préjudicielle*“ die strenge „*séparation et indépendance réciproque des pouvoirs*“: Das Gericht muss im Falle der Notwendigkeit, eine fremde Vorfrage zu beurteilen, das Verfahren unterbrechen, bis die zuständige Behörde über die Vorfrage entschieden hat.⁹⁶⁾ Sowohl Frankreich als auch Deutschland

sind freilich gewaltentrennend organisierte Staaten. Dem Wesen der Gewaltentrennung widerspricht ganz offensichtlich keines der beiden Systeme.

b) Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG)

Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Der VfGH interpretiert dieses Recht extensiv: gesetzlicher Richter ist daher jede staatliche Behörde.⁹⁷⁾ Damit ergibt sich aus Art 83 Abs 2 B-VG das verfassungsgesetzlich gewährleisteteste subjektive Recht auf Wahrung der Behördenzuständigkeit, mithin eine (verfassungs)gesetzliche Zuständigkeitsordnung.⁹⁸⁾ Der Schluss liegt nahe, im Rahmen dieser Zuständigkeitsordnung ausschließlich dieser Verwaltungsbehörden über verwaltungsrechtliche Vorfragen entscheiden zu lassen. Wendet man diesen Gedanken auf das Bindungsproblem an, hätte dies jedoch zur Folge, dass Vorfragen aufgrund des Art 83 Abs 2 B-VG – wie in Frankreich – zwingend von der zuständigen Behörde entschieden werden müssten. Dies ließe keinen einfachgesetzlichen Spielraum für die Entscheidung durch die in der Hauptsache entscheidende Behörde. Damit wären jedoch Normen, die die (inzidente) Vorfragenbeurteilung erlauben (§ 190 ZPO, § 38 AVG), verfassungswidrig.⁹⁹⁾ Der VfGH verneint jedoch in solchen Fällen eine Verfassungswidrigkeit, weil die Vorfragenentscheidung nicht in Rechtskraft erwachsen kann, weil sie nicht im

82) Ähnlich auch schon Art 14 StGG über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867, RGBl Nr 144 („die Rechtspflege wird von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt“).

83) Kralk, Vorfrage (1953) 105; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 559; aM SZ 10/51; Fasching, JBl 1963, 175.

84) Pollak, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes² (1932), 30; anders wohl ders, Gegenseitige Bindungen der Gerichte und der Verwaltungsbehörden an ihre Entscheidungen, JBl 1937, 209; Kralk, JBl 1975, 309; Ballon, Der Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht. Österreichischer Landesbericht für den VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht 1983, ZZP 1983, 429; Czepa, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige Verwaltungsbescheide (Diss Wien 1996) 27; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 163; Öhlinger, Verfassungsrecht⁴ (1999) Rz 949; Mayer, B-VG³ Art 94 B-VG I.

85) Kralk, Vorfrage 105; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 556; Mayer, B-VG³ Art 94 B-VG I.

86) Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 28.

87) Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (1912) 240ff.

88) AM Loebenstein, JBl 1978, 232f.

89) SZ 10/51 ohne Begründung: „Sie [die Gerichte] müssen vielmehr ihrer eigenen Entscheidung die im fremden Zuständigkeitsbereich getroffene Lösung der Vorfrage zugrunde legen. Dieser Grundsatz wird aus der Trennung der öffentlichen Gewalten und deren Gleichstellung abgeleitet [...].“; SZ 13/81; OGH in JBl 1947, 111; SZ 40/101; JBl 1971, 249 (krit Bydlinki); 8 Ob 632/92 = ecolex 1993, 305.

90) Sperl, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege (1925) 93; Schima, Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuerer Prozesstheorie, in FS zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898–1948 (1948), 276; so auch noch Fasching, JBl 1963, 175; Loebenstein, JBl 1978, 232f.

91) Schima, ÖJZ 1955, 525.

92) Morscher, Bindung und Bundesverfassung, JBl 1991, 87.

93) Vgl dazu zB Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht¹⁵ (1993), 69ff; siehe auch Kralk, Vorfrage 18ff.

94) Der deutsche Zivilprozess nähert sich dem österreichischen damit an; siehe auch Kralk, Vorfrage 20ff.

95) Vgl schon das Gesetz vom 16.–24. 8. 1790: Sur l'Organisation judiciaire, tit II, art 13.

96) Auch das österr Recht folgt in einigen Sonderfällen diesem strengen System. So ist zB nach § 11 AHG das Amtshaftungsverfahren zwingend zu unterbrechen, wenn die Entscheidung von der Frage der Rechtswidrigkeit des Bescheids einer Verwaltungsbehörde abhängt, über die noch kein Erkenntnis des VfGH oder VwGH vorliegt; vgl auch § 9 OrgHG.

97) Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1405; Mayer, B-VG³ Art 83 B-VG II.1.

98) Fasching, JBl 1963, 177; Loebenstein, JBl 1978, 233.

99) Siehe dazu auch Czepa, Bindung der Zivilgerichte 32.

Spruch erfolgt.¹⁰⁰⁾ Aus der Beurteilung einer verwaltungsrechtlichen Vorfrage durch ein Gericht folgt also keine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter.

c) Umgehung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes (Art 130 und 144 B-VG)

Die Verfassung sieht insb in den Art 130 und 144 B-VG ein umfassendes Rechtsschutzsystem im Bereich des Verwaltungsrechts vor. Bei Gesetzeswidrigkeit eines Bescheides kann der VfGH angerufen werden. Bei Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch einen Bescheid, bei Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrags kann der dadurch in seinen Rechten Verletzte Beschwerde an den VfGH erheben. Setzt sich ein Zivilgericht bei seiner Vorfragenentscheidung über einen Bescheid hinweg, könnte dies eine unzulässige Umgehung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes darstellen, weil damit der ergangene Bescheid auf seine Richtigkeit geprüft und nötigenfalls – wenn auch incidenter – verworfen würde, was die Verfassung den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts vorbehalten hat. Nach *Kralik*¹⁰¹⁾ geht diese Argumentation jedoch ins Leere, weil die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts den Verwaltungsakt aus dem Rechtsbestand beseitigen, ein ordentliches Gericht dies jedoch nicht tun kann;¹⁰²⁾ dieses sage „nur indirekt etwas über die Richtigkeit des Bescheides aus“. ME wird dabei der Wert der Rechtssicherheit zu gering geschätzt. Ein solches Ergebnis, das die Wirkung von Verwaltungsakten zu einem wesentlichen Teil in das Ermessen der Zivilgerichte stellt und das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Vollziehung erschüttert, bedürfte wohl eines tragfähigeren Fundaments als des Umkehrschlusses, dass Art 130 und 144 B-VG die Überprüfung von Bescheiden zwar den Gerichtshöfen öffentlichen Rechtes vorbehalten haben, dass damit aber nur die Kompetenz zur formellen Aufhebung gemeint sei, während die materielle Überprüfung jedem Gericht nach Belieben zustehe.¹⁰³⁾

d) Bindung an Verordnungen und Gesetze (Art 89 B-VG)

Nach Art 89 B-VG dürfen Gerichte die Gültigkeit von Gesetzen und Verordnungen nicht prüfen, sondern haben bei Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung¹⁰⁴⁾ oder die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes¹⁰⁵⁾ einen Prüfungsantrag an den VfGH zu richten.¹⁰⁶⁾ Fraglich ist, ob arg e contrario aus der lückenhaften Aufzählung (keine Prüfbefugnis hinsichtlich Gesetzen und Verordnungen, aber keine Erwähnung von Bescheiden) geschlossen werden kann, dass Bescheide einer Inzidentkontrolle durch Gerichte unterliegen. *Loebenstein*¹⁰⁷⁾ und *Kralik*¹⁰⁸⁾ stehen dem zu Recht kritisch gegenüber. Hier beredtes Schweigen des Verfassungsgesetzgebers anzunehmen, ist verfehlt, weil es bereits am Problembewusstsein des Gesetzgebers gemangelt haben dürfte, wie die Schwierigkeiten des VfGH bei der Unterscheidung zwischen Kompetenzkonflikt und Bindungskonflikt im Zusammenhang mit den Sever-Ehen illustrieren.¹⁰⁹⁾ Art 89 B-VG hatte nicht das Ziel, e contrario der ordentlichen Gerichtsbar-

keit weitgehende Befugnisse zur Überprüfung von Verwaltungsakten einzuräumen, sondern ist primär als Gegensatz zu Art 7 StGG 1867 zu verstehen, nach dem Gerichte über die Gültigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzug incidenter – und damit zwar ohne generelle, rechtsbereinigende Wirkung, aber immerhin mit Wirkung im Einzelfall – entscheiden konnten. Gleichzeitig ist Art 89 B-VG auch als Abgrenzung zur noch heute gängigen Praxis im angloamerikanischen Rechtskreis, wo Gerichten die inzidente Prüfbefugnis von Verordnungen und Gesetzen zugestanden wird, zu verstehen.

e) Unabhängigkeit des Richters (Art 87 B-VG)

Richter sind nach Art 87 Abs 1 B-VG in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig, unabsetzbar und unversetzbar. Die richterliche Unabhängigkeit manifestiert sich in der Abgrenzung zum gem Art 20 B-VG weisungsgebundenen Verwaltungsorgan darin, dass Richter keinen Weisungen unterliegen,¹¹⁰⁾ dass sie also bei ihrer Entscheidung nicht durch interne Akte gebunden werden,¹¹¹⁾ auf deren Erlassung die Parteien kein Recht haben, deren Richtigkeit die Parteien nicht überprüfen und deren Bestand sie nicht bekämpfen können: Entscheidet ein Richter, so hat er „ausschließlich die Rechtsvorschriften anzuwenden, die die Rechtssphäre der Normadressaten gestalten¹¹²⁾“. Ein Bescheid greift jedoch in die Rechtssphäre der Parteien ein, er hat Außenwirkung, ist keine interne, nicht überprüfbare Weisung, sondern ein den Parteien gegenüber rechtskräftig gewordener Rechtsakt.¹¹³⁾ Die richterliche Weisungsfreiheit darf nicht als völlige Ungebundenheit missverstanden werden. Der Richter hat kein Recht auf freie Rechtsschöpfung, er ist selbstverständlich durch die Rechtsordnung gebunden. Dieser gehören aber nicht nur Gesetze und Verordnungen, sondern auch Bescheide und Gerichtsentscheidungen an.¹¹⁴⁾ Ebenso wenig wie daher zB die unbestrittene Bindung von Zivilgerichten an rechtskräftige Zivilurteile oder die Überbindung der

100) VfSlg 1375, 3012, 3290, 3365 („das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf das Verfahren vor dem gesetzlichen Richter [kann] nur durch den Spruch eines Bescheides verletzt werden, niemals aber durch eine Beurteilung der Vorfrage“); VfSlg 4610; für die Verfassungskonformität auch SZ 64/98 = JBl 1992, 664 = RdW 1991, 362 = DRdA 1992, 127 = wbl 1991, 362 = ecolex 1991, 799.

101) JBl 1975, 309.

102) Unstr unzulässig wäre die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides, etwa aufgrund eines Feststellungsbegehrens oder eines Zwischenantrags auf Feststellung über ein „Rechtsverhältnis oder Recht, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung ganz oder zum Teile abhängt“ (§ 236 ZPO).

103) So auch *Morscher*, JBl 1991, 86; diesem folgend 8 Ob 632/92 = ecolex 1993, 305.

104) *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1103 ff; *Mayer*, B-VG³ Art 89 B-VG I.1.

105) *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1151 ff.

106) Keinesfalls zu folgen ist der Ansicht *Kraliks*, JBl 1975, 309, nach dem eine Bindung an gesetzwidrige Verordnungen kraft Art 89 B-VG nicht besteht.

107) JBl 1978, 232.

108) JBl 1975, 309. meint, die Bindung an Verordnungen müsse doch auch für die im Stufenbau unter diesen stehenden Bescheid gelten.

109) Dazu oben A.1 und A.2.a.

110) *Ballon*, ZJP 1983, 441; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 770; *Mayer*, B-VG³ Art 87 B-VG I.

111) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 69; *Mayer*, B-VG³ Art 87 B-VG I.1.

112) *Mayer*, B-VG³ Art 87 B-VG I.1.

113) *Funk*, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem (1978) 44ff; *Thienerl*, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996) 263.

114) *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 181f.

Rechtsansicht einer höheren Instanz auf das Untergericht¹¹⁵⁾ eine verfassungswidrige Verletzung der Unabhängigkeit des gebunden Richters darstellen,¹¹⁶⁾ ist daher die Bindung der Gerichte an Bescheide ein Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit.¹¹⁷⁾

6. Verfassungsrechtliche Grenzen der Bindung durch Art 6 MRK

Bei der Prüfung der Verfassungskonformität der Bindung der Zivilgerichte hat auch Art 6 MRK besondere Bedeutung. Aus der Garantie des fair trial folgt in Zivilsachen der Anspruch auf Entscheidung in billiger Weise durch ein unabhängiges Tribunal. VfGH¹¹⁸⁾ und EGMR¹¹⁹⁾ sehen als Fundament einer Entscheidung in billiger Weise, dass der Betroffene seine Rechte effektiv vertreten können muss, dass er gehört wird. Das rechtliche Gehör stellt im Zusammenhang mit der Bindungswirkung ein zentrales Problem dar, dessen Lösung sich jedoch schon aus den subjektiven Grenzen der Rechtskraft ergibt, so dass nur derjenige von der Bindungswirkung erfasst sein kann, der im Verwaltungsverfahren Parteistellung hatte (siehe oben C.3). Weiter reichen die Rechtskraftwirkungen ohnehin nicht. Zuzustimmen ist den zahlreichen Stimmen der Lehre, die diese Einschränkung unter Berufung auf Art 6 MRK fordern.¹²⁰⁾ Das hier vertretene Ergebnis entspricht aber den diesbezüglichen Anforderungen der MRK.

Hier ist deshalb nur noch auf den in diesem Zusammenhang bisher weniger diskutierten Aspekt des Tribunalerfordernisses einzugehen.¹²¹⁾ Über „civil rights“¹²²⁾ müssen unabhängige „tribunals“¹²³⁾ unter Beachtung des rechtlichen Gehörs entscheiden. Kern der Tribunaleigenschaft ist die Unabhängigkeit der entscheidenden Organe. Diese muss zwar nicht in allen Instanzen gegeben sein, schließlich muss jedoch die Möglichkeit der Anrufung eines mit voller Kognitionsbefugnis ausgestatteten Tribunals offen stehen. Zuerst ist zu klären, wann die Bindung des Gerichts an Verwaltungsakte bei Entscheidung in der Hauptsache (und damit jedenfalls über ein civil right)¹²⁴⁾ konventions- bzw verfassungskonform¹²⁵⁾ ist. Danach ist darauf einzugehen, welche Auswirkungen eine Konventions- bzw Verfassungswidrigkeit hat.

Wurde im präjudiziellen Vorverfahren von einer Verwaltungsbehörde mit Tribunalcharakter entschieden oder war eine solche im Instanzenzug erreichbar, wurde der von der MRK vorgesehene Schutz gewährt, die Bindung ist damit unproblematisch.¹²⁶⁾ Da dies schon gilt, wenn das präjudizielle Recht ein civil right war, muss dies erst recht zutreffen, wenn im Vorverfahren über eine rein verwaltungsrechtliche Angelegenheit abgesprochen wurde, für die Art 6 MRK keine besonderen Garantien vorsieht.

Hat im Vorverfahren kein Tribunal entschieden, muss weiter differenziert werden, ob das Vorverfahren ein civil right zum Gegenstand hatte oder nicht. Wurde konventionswidrig von einem Nicht-Tribunal über ein civil right entschieden, ist bereits die Zuständigkeit in der Hauptsache konventionswidrig. Dies schlägt im Zivilprozess durch: Die Bindung des Zivilgerichts verstößt ebenfalls gegen die MRK.¹²⁷⁾

Ist die Vorfrage hingegen kein civil right, ist ein Konflikt mit der MRK prima facie nicht anzunehmen.¹²⁸⁾ Wenn nämlich über die Vorfrage zulässigerweise ein Nicht-Tribunal entscheiden durfte, scheint die MRK einer Bindung nicht entgegenzustehen,¹²⁹⁾ weil die Vorfrage – wäre sie Hauptfrage – von ihr nicht erfasst ist. Dass Zivilgerichte grundsätzlich nicht an Vorfragenentscheidungen von Nicht-Tribunalen gebunden sein dürfen, ist der MRK mE nicht zu entnehmen. Da nämlich unterschiedliche Systeme über die Vorfragenbindung vorgefunden wurden, hätte „die Entscheidung für das eine oder andere System eine entsprechende Anordnung erfordert“¹³⁰⁾. Diesem Standpunkt steht die E des EGMR **Obermeier gg Österreich**¹³¹⁾ nicht entgegen, weil in dieser Entscheidung ein civil right präjudiziell war: Der OGH nahm bezüglich der Frage der Rechtmäßigkeit einer Kündigung eine Bindung an die Zustimmung des Invalidenausschusses zur Kündigung eines begünstigten Behinderten gem § 8 Abs 2 InvEG an. Die Zustimmung zur Kündigung eines begünstigten Behinderten betrifft jedoch ein civil right. Da der Invalidenausschuss nicht als Tribunal organisiert war, lässt sich aus **Obermeier** nur ableiten, dass die Bindung an Bescheide dann konventionswidrig ist, wenn ein Nicht-Tribunal über ein civil right entschieden hat.¹³²⁾

Fraglich ist aber, inwieweit der EGMR mit seiner Entscheidung **Terra Woningen BV gg Niederlande**¹³³⁾ noch

115) § 499 Abs 2 ZPO.

116) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 69.

117) So auch *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 69; *Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 31 (1980) 16; aM *Fasching*, JBl 1976, 557.

118) VfSlg 10.291, 13.702.

119) EGMR 20. 2. 2996 Vermeulen, ÖJZ 1996, 673; 22. 2. 1996 Bulut, ÖJZ 1996, 430; 25. 3. 1998 Belziuk, ÖJZ 1999, 117.

120) *Bauerreiss*, JBl 1977, 583; *Morscher*, JBl 1991, 87f; vgl allgemein *Musger*, JBl 1991, 507; *Ballon*, Einführung Rz 292; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht² Rz 712; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO² § 190 Rz 5.

121) Siehe aber schon *Morscher*, JBl 1991, 88; *Czepa*, Bindung der Zivilgerichte 38ff.

122) Grundlegend EGMR 16. 7. 1971, Ringelsen, YB 15, 678; siehe zur Ausdehnung auf nach österr Rechtsverständnis traditionell verwaltungsrechtliche Rechtsgebiete etwa EGMR 23. 10. 1985 Benthem, EuGRZ 1986, 299; zum offenen Widerspruch zwischen VfGH und EGMR siehe VfSlg 11.500 = JBl 1988, 302 = REDOK 12.292 = ZfVB 1988/1265 = ÖJZ 1988/23 (VfGH); dazu *Geuder*, Baurecht und Civil Rights, ÖJZ 1990, 265; *Mayer*, Zivilrechtsbegriff und Gerichtszuständigkeit, ZfV 1988, 473; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1472 ff mwN.

123) *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1480 ff.

124) Da das nationale Verständnis von „bürgerlichen Rechtssachen“ iSd § 1 JN jedenfalls enger ist, als die weite civil rights-Rsp des EGMR.

125) Obwohl die MRK in Österreich im Verfassungsrang steht, sind Konventionskonformität und Verfassungskonformität nicht notwendigerweise identisch. Dies ist auf Judikaturdivergenzen zwischen VfGH und EGMR zurückzuführen; vgl zB VfSlg 11.500. Zu den sich mE daraus ergebenden Folgen siehe sogleich unten.

126) *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² (1996) 202f; *Bauerreiss*, JBl 1977, 582 hält die Bindung des Zivilrichters an Strafurteile aufgrund des § 268 aF ZPO für konventionskonform, weil hier im präjudiziellen Verfahren eine gerichtliche Entscheidung getroffen wird. Konsequenterweise muss dies aber auch dann gelten, wenn die Verwaltungsbehörde als Tribunal organisiert ist.

127) *Walter*, ÖJZ 1996, 610; *Czepa*, Bindung der Zivilgerichte 61.

128) *Walter*, ÖJZ 1996, 609; nach *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1475 sind aber auch Vorfragen, die für ein ziviles Recht präjudiziell sind, vom Zivilrechtsbegriff umfasst.

129) *Matscher*, ZÖR 31 (1980) 17.

130) *Walter*, ÖJZ 1996, 609; aM *Bauerreiss*, JBl 1977, 582.

131) EGMR 28. 6. 1990, Nr 6/1989/166/222, *Obermeier gg Österreich*, EuGRZ 1990, 209 = ÖJZ 1991/1 (MRK).

132) So auch *Walter*, ÖJZ 1996, 610; *Czepa*, Bindung der Zivilgerichte 61.

133) EGMR 17. 12. 1996, Nr 49/1995/555/641, *Terra Woningen BV gg Niederlande* = ÖJZ 1998/3 (MRK).

über **Obermeier** hinausgegangen ist. Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung der Höhe eines Mietzinses infolge Mangelhaftigkeit des Bestandobjekts wegen Gesundheitsgefährdung durch Verseuchung des Bodens des Bestandobjekts. Die zuständige Umweltbehörde (kein Tribunal) hatte die Verseuchung festgestellt und eine Reinigung des Grundstücks aufgetragen. Aufgrund der so festgestellten Verseuchung des Bodens und der sich daraus ergebenden Mangelhaftigkeit des Mietobjekts setzte das zuständige Gericht den Mietzins herab. Es hielt im Hinblick auf die Entscheidung der Umweltbehörde die Verunreinigung für erwiesen und lehnte es ab, die Richtigkeit und Begründetheit der Entscheidung der Umweltbehörde zu überprüfen. Der EGMR sprach aus, dass durch das Urteil über die Herabsetzung des Bestandzinses eine Verletzung des Art 6 Abs 1 MRK stattgefunden habe. Ein Tribunal brauche „jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it“. Das Gericht habe sich aber als gebunden erachtet. „In so doing the Schiedam District Court, a ‚tribunal‘ satisfying the requirements of Article 6 para. 1 (as was not contested), deprived itself of jurisdiction to examine facts which were crucial for the determination of the dispute.“

Damit hat der EGMR die Anforderungen an die Befugnisse eines Tribunals wohl überschießend formuliert, weil die Forderung nach voller Kognition in allen Fragen auch das Ende der Bindung an Entscheidungen anderer Tribunale, selbst der Bindung eines Zivilgerichts an rechtskräftige Zivilurteile, bedeuten würde. Dies kann dem EGMR nicht unterstellt werden. War im Verwaltungsverfahren ein Tribunal erreichbar, ist die Bindung daher mE jedenfalls zulässig. Die vom EGMR eingeschlagene Linie kann jedoch zur Unzulässigkeit der Bindung von Zivilgerichten an Entscheidungen von Nicht-Tribunalen auch über Verwaltungsmaterien iSd Art 6 MRK führen, wenn man die Beschränkung der umfassenden Kognitionsbefugnisse eines Tribunals nur durch Bindung an andere Tribunalentscheidungen – gleich in welcher Angelegenheit – zulässt, wozu mE kein Grund besteht.¹³⁴⁾ Damit würde über Art 6 MRK dem bei Art 87 Abs 2 B-VG verworfenen Argument des grundsätzlichen Verbots der Bindung eines Richters an Entscheidungen von Verwaltungsbehörden (freilich nur, sofern sie nicht als Tribunal organisiert sind) Geltung verschafft.

Im Ergebnis ist eine Bindung jedenfalls dann konventionswidrig, wenn im Präjudizialverfahren von einem Nicht-Tribunal über ein ziviles Recht entschieden wurde. ME ist eine Bindung aber immer dann zulässig, wenn das Vorverfahren kein civil right zum Gegenstand hatte, unabhängig davon, ob ein Tribunal entschieden hat oder nicht. Dass Gerichte nie an Entscheidungen von Nicht-Tribunalen gebunden sein dürften, ist der MRK nämlich nicht zu entnehmen.

Überaus problematisch ist aber die an diese Erkenntnis anschließende Frage, was mit einem konventionswidrigen Vorfragenbescheid im Zivilprozess geschehen soll. Da auch ein MRK-widriger Bescheid in Rechtskraft erwächst, scheint es plausibel, das Gericht trotzdem an den Bescheid zu binden. Den dadurch ebenfalls gebundenen Parteien

standen die öffentlich rechtlichen Rechtsschutzeinrichtungen zur Bekämpfung des Bescheids und zur Geltendmachung des Verstoßes gegen das Tribunalerfordernis schließlich offen, sie hätten ihre Rechte nach der MRK geltend machen können.¹³⁵⁾ Trotzdem wäre die Bindung an einen solchen Bescheid konventionswidrig. In der Konsequenz würde die Annahme einer Bindung in solchen Fällen bedeuten, dass das Gericht – womöglich sehenden Auges – eine konventionswidrige Entscheidung zu treffen hätte.

Einziger möglicher Ausweg wäre, den Zivilgerichten eine umfangreiche Prüfbefugnis zuzugestehen. Das Zivilgericht hätte dann incidenter zu beurteilen, ob der Vorfragenbescheid in einem MRK-konformen Verfahren ergangen ist und gegebenenfalls die Bindungswirkung zu verneinen. Entscheidend müsste sein, ob im Vorverfahren ein Tribunal entschieden hat. Folgt man wie hier der Meinung, dass nur die Bindung an Entscheidungen von Nicht-Tribunalen über civil rights konventionswidrig ist, wäre zusätzliches Entscheidungskriterium, ob die im Vorverfahren entschiedene Materie ein civil right zum Gegenstand hatte.¹³⁶⁾

Die Unzulänglichkeit dieser Lösung liegt auf der Hand. Die den Zivilgerichten dadurch eingeräumten Befugnisse würden eine weitgehende Befassung mit dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht erfordern. Soll das BG Neusiedl sich mit der Frage befassen müssen, ob die Vorarlberger Landesregierung ein Tribunal iSd MRK ist oder ob die Erteilung einer Tankstellenkonzession¹³⁷⁾ ein civil right berührt? Es fehlt den Gerichten zur Beurteilung solcher Fragen an allen Mitteln, es gibt kein dafür vorgesehenes Verfahren. Überdies weckt die freie Schaffung einer derartigen Zuständigkeit selbst wieder rechtsstaatliche Bedenken zB im Hinblick auf das Legalitätsprinzip und das Recht auf den gesetzlichen Richter. Im Ergebnis käme man vom MRK-widrigen Regen in die B-VG-widrige Traufe.

Aus der lex lata lässt sich ein verfassungsrechtlich einwandfreies Ergebnis daher nicht ableiten. Wer einer Inzidentkontrolle das Wort redet, mag in der Theorie zu sauberen Ergebnissen kommen, die praktische Anwendung

134) *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1480/1 gehen davon aus, dass „die Behörde und ihr Verfahren“ Art 6 MRK entsprechen müssen.

135) Diese Argumentation ist freilich problematisch. Das „Sparen“ im Vorverfahren kann nämlich ungeahnte Folgen zeitigen. *Fuchs*, ÖJZ 2001, 826, überlegt zur Bindung an strafgerichtliche Erkenntnisse, dass dem Angeklagten bewusst sein müsse, dass ein immerhin strafrechtlich sanktioniertes Verhalten auch Schadenersatzpflichten auslösen kann. Diese Überlegung lässt sich jedoch auf die hier interessierenden Fälle der Bindung an Verwaltungsentscheidungen nur mit Vorsicht ausdehnen. Dem laienhaften Betrüger oder Dieb wird häufig klar sein, dass er bei strafgerichtlicher Verurteilung zivilrechtliche Ansprüche zu gewärtigen hat, im Verwaltungsverfahren wird dies aber häufig nicht so eindeutig sein.

136) Um Widersprüche innerhalb der österr Rechtsordnung zu vermeiden, könnte das Zivilgericht die zu beurteilenden Kriterien nicht dem EGMR folgend autonom auslegen. Es wäre bei der Beantwortung dieser Fragen grundsätzlich auf die Rsp des VfGH und nicht die des EGMR verwiesen. Dieser Einschränkung kommt in Anbetracht der Judikaturdivergenzen zwischen VfGH und EGMR größte Bedeutung zu: Würden die Zivilgerichte ihrer Beurteilung die Rsp des EGMR zugrundelegen, wäre die Konstellation denkbar, dass ein vom VfGH im Hinblick auf Art 6 MRK für verfassungskonform befundener Bescheid von einem Zivilgericht unter Berufung auf den EGMR nicht angewendet würde. Dieses Ergebnis wäre im Lichte der Einheit der Rechtsordnung unerträglich und stellte eine Untergrabung des Prüfungsmonopols des VfGH dar.

137) Siehe EGMR 23. 10. 1985 *Bentham*, EuGRZ 1986, 299.

einer solchen Befugnis scheint jedoch sehr zweifelhaft. De lege ferenda wäre es ratsam, den Zivilgerichten, ähnlich der Anfechtungsbefugnis des Art 89 B-VG oder der Beschwerdemöglichkeit nach § 11 AHG iVm Art 131 Abs 2 B-VG, die Möglichkeit einzuräumen, die Überprüfung eines Vorfragenbescheids bei den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts zu beantragen. Damit könnte man auch den Bedenken der hM gegen eine allzu weite Bindung begegnen. In Ermangelung einer solchen Möglichkeit in der lex lata muss man sich jedoch für eine der beiden unbefriedigenden Lösungen entscheiden, wobei die Annahme einer Bindung mE das kleinere Übel wäre.

7. Ergebnis

Das Bindungsproblem wird weder vom Verfassungssetzgeber noch vom einfachen Gesetzgeber ausdrücklich gelöst. Die Versuche der hL und stRsp, die Bindungswirkung aus Art 94 B-VG abzuleiten, verkennen die Natur dieser Vorschrift; doch auch aus § 190 ZPO allein erklärt sich die Bindung nicht.¹³⁸⁾ Grund und Grenze der Bindung ist die materielle Rechtskraft: Materiell rechtskräftige Bescheide entfalten Bindungswirkung gegenüber den Parteien des Verwaltungsverfahrens. An diesem Grundsatz ändert auch Art 6 MRK nichts. Ein Urteil, das eine Bindung an einen konventionswidrigen Bescheid annimmt, wäre jedoch selbst wieder konventionswidrig. Die prozessuale Bewältigung dieser Situation ist problematisch und verfassungsrechtlich unsicher.

8. Bindung an fehlerhafte Bescheide

Nach der die Bindungswirkung bejahenden hM sind auch mangelhafte und verfehlte Bescheiden verbindlich,¹³⁹⁾ allerdings nicht „absolut nichtige, wirkungslose Verwaltungsakte“¹⁴⁰⁾.

Absolut nichtig sind Verwaltungsakte für den OGH, wenn die Behörde offensichtlich unzuständig war,¹⁴¹⁾ offensichtlich ihren Wirkungskreis überschritten hat¹⁴²⁾ oder der Verwaltungsakt offenkundig unzulässig ist.¹⁴³⁾

Auch *Ballon* verneint eine Bindung an absolut nichtige Verwaltungsakte und referiert die von der Rsp gebildeten Fallgruppen.¹⁴⁴⁾ Für *Fucik* setzt diese Einschränkung der Bindung zumindest „wünschenswerte Grenzen“.¹⁴⁵⁾ *Kralik*¹⁴⁶⁾ zieht die Grenzen der Bindungswirkung beim absolut nichtigen Bescheid.¹⁴⁷⁾ Paradebeispiel ist für ihn der Fall, dass eine Verwaltungsbehörde über eine Sache entscheidet, die an sich in die Zuständigkeit der Gerichte fiel. Ein solcher Bescheid sei absolut nichtig.¹⁴⁸⁾ *Kralik* geht jedoch noch über diesen Ansatz hinaus: Bei fehlerhaften Bescheiden seien Ordnung (Rechtssicherheit) und Richtigkeit im Widerstreit. Der Ordnung gebühre nur dort der Vorzug, wo der Gesetzgeber eine falsche Entscheidung in Kauf zu nehmen bereit ist. Dies sei der Gesetzgeber aber immer dann nicht, wenn nach Eintritt der formellen Rechtskraft ein Bescheid von Amts wegen behoben oder abgeändert werden könne.¹⁴⁹⁾ Gerichte seien daher ausschließlich an Bescheide gebunden, die nach Eintritt der formellen Rechtskraft nur noch auf Parteienantrag, nicht mehr aber amtswegig abgeändert oder behoben werden können (insb § 68 Abs 2 bis 4

AVG). Auch nach *Rechberger/Simotta* kommt eine Bindung nicht in Frage, wenn eine Verwaltungsbehörde eine Zuständigkeit des Gerichts in Anspruch genommen hat, oder wenn, wie in den Fällen des § 68 Abs 2 bis 4 AVG, „nicht einmal die Verwaltungsbehörde selbst an ihre Entscheidung gebunden ist“¹⁵⁰⁾.

Nach überwiegender Lehre besteht also keine Bindung an Bescheide, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist (§ 68 Abs 2 AVG) oder die in Wahrung des öffentlichen Wohles insoweit abgeändert werden können, als dies zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich ist (§ 68 Abs 3 AVG). Dasselbe gilt für fehlerhafte Bescheide, die von einer unzuständigen Behörde oder einer nicht richtig zusammengesetzten Kollegialbehörde erlassen wurden (§ 68 Abs 4 Z 1 AVG), wobei das Gericht hier offenbar nur die ersten drei Jahre nach Zustellung an den Bescheid nicht gebunden wäre, weil danach eine amtswegige Nichtigerklärung unzulässig ist (§ 68 Abs 5 iVm § 63 Abs 5 AVG), darüber hinaus für Bescheide, die einen strafgesetzwidrigen Erfolg herbeiführen würden (§ 68 Abs 4 Z 2 AVG), tatsächlich undurchführbar sind (§ 68 Abs 4 Z 3 AVG) oder an einem ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler leiden (§ 68 Abs 4 Z 4 AVG).

Zuzugeben ist der hM, dass Gerichte nicht an absolut nichtige Verwaltungsakte gebunden sind,¹⁵¹⁾ weil ein absolut nichtiger Bescheid als rechtliches Nichts nicht in Rechtskraft erwachsen kann: Wo nichts ist, kann keine Bindung bestehen. Diese Einschränkung der Bindung bei absolut nichtigen Bescheiden gebietet also schon die Logik, sofern sie im Verwaltungsrecht ansetzt, weil der absolut nichtige Verwaltungsakt nur aus dem Verwaltungsrecht begriffen werden kann.¹⁵²⁾

IDR können nur besonders schwere Fehler zur absoluten Nichtigkeit eines Bescheids führen. Dies wird mit dem

138) So auch *Schima*, FS ZPO 276; *Ballon*, ZJP 1983, 445f; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 711; offen lassend *Walter*, ÖJZ 1996, 605.

139) OGH in JBI 1947, 111; EvBl 1947/820; SZ 24/32 = JBI 1951, 462; OGH in JBI 1959, 285; SZ 23/176; SZ 45/17; SZ 57/23.

140) SZ 10/51; aM SSt 57/6; krit *Mannlicher*, Der verwaltungsbehördliche Bescheid und das gerichtliche Urteil, JBI 1955, 134.

141) OGH in JBI 1947, 111; EvBl 1947/793; EvBl 1964/185 („sofern von der zuständigen Behörde erlassen“); SZ 57/23.

142) *Wahle*, Die Vorfrage der Gültigkeit eines Verwaltungsaktes, ZBI 1930, 9 („Einem Verwaltungsakt ultra vires magistratus kommt keine Wirksamkeit zu“); aM *Fasching*, JBI 1963, 177; EvBl 1947/793 („Grenze der Befugnisse überschritten“); 1 Ob 278/46; EvBl 1947/820 („offenkundig außerhalb ihres Wirkungskreises“); MietSlg 5423; EvBl 1964/185; MietSlg 15.301; SZ 57/23.

143) So schon SZ 4/155 („ob die Dispensbehörde bei Erteilung der Dispens im Rahmen der durch das allgemein verbindliche Bürgerliche Gesetzbuch begrenzten Dispensgewalt gehandelt hat“); OGH in JBI 1947, 111; EvBl 1947/793; SZ 45/17 („jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehrt“); SZ 57/23; aM *Fasching*, JBI 1963, 178.

144) *Ballon*, ZJP 1983, 446; *ders*, Einführung⁸ (1999) Rz 292.

145) *Fucik* in *Rechberger*, ZPO² § 190 ZPO Rz 5.

146) JBI 1975, 309f.

147) aM *Mannlicher*, JBI 1955, 134; *Schima*, ÖJZ 1955, 526, die beide aus § 68 AVG schließen, dass es keine absolut nichtigen Verwaltungsakte geben kann.

148) Vgl auch *Fasching*, JBI 1963, 177.

149) *Kralik*, JBI 1975, 310.

150) Missverständlich *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 713; krit dazu *Walter*, ÖJZ 1996, 604 FN 23; Selbstverständlich sind aber alle Verwaltungsbehörden – mit Ausnahme der zur Aufhebung des Rechtsaktes berechtigten – an den Bescheid gebunden.

151) SZ 10/51.

152) Mit anderer Begrifflichkeit *Schima*, ÖJZ 1955, 525f.

Fehlerkalkül¹⁵³⁾ begründet: Knüpft das Gesetz an bestimmte Fehler bestimmte Rechtsfolgen (zB Aufhebbarkeit), normiert es damit gleichzeitig auch den rechtlichen Bestand des fehlerhaften Aktes, es entscheidet sich mit den Worten *Kraliks* für die Ordnung und gegen die Richtigkeit. „Die Gründe, die nach §§ 68 ff AVG zur Behebung eines Bescheids führen, haben zur logischen Voraussetzung, dass etwas Rechtserhebliches vorliegt, das beseitigt oder behoben werden kann.“¹⁵⁴⁾ Liegt ein Fehler innerhalb des Fehlerkalküls, gehört der mit ihm behaftete Rechtsakt zumindest vorerst zur Rechtsordnung, er kann insb auch rechtskräftig werden und Bindungswirkung entfalten. Bescheide, die mit Mängeln nach § 68 Abs 2 bis 4 AVG behaftet sind, können daher in Rechtskraft erwachsen, weil das AVG ja nur deren relative Nichtigkeit,¹⁵⁵⁾ nicht aber deren Bedeutungslosigkeit anordnet. § 68 AVG kann daher als Richtschnur dienen: Da die Fehler des § 68 Abs 2 bis 4 AVG nicht absolute Nichtigkeit bewirken, führen dazu nur noch schwerere Mängel.¹⁵⁶⁾

War die den Bescheid erlassende Behörde offenkundig unzuständig, so liegt ein Fall des § 68 Abs 4 Z 1 AVG vor. Der Wortlaut des § 68 Abs 4 Satz 1 AVG, der die Nichtigklärung durch die zuständige Oberbehörde vorsieht, und die zeitliche Beschränkung der Geltendmachung der Unzuständigkeit auf drei Jahre nach § 68 Abs 5 AVG lassen keinerlei Zweifel daran, dass es hier um Vernichtbarkeit, nicht aber um absolute Nichtigkeit geht. Die von der Rsp praktizierte Einschränkung ist daher nicht haltbar. Fraglich ist, ob für *Kraliks* Paradebeispiel des absolut nichtigen Verwaltungsakts, also die Inanspruchnahme gerichtlicher Kompetenz durch eine Verwaltungsbehörde, anderes gilt. Auch diese Frage kann nicht dadurch gelöst werden, dass allein auf die Schwere des Mangels abgestellt wird. Dass die Inanspruchnahme gerichtlicher Kompetenzen durch eine Verwaltungsbehörde ein gravierender Verstoß ist, bedarf keiner Erörterung. Doch auch hier muss man das „Fehlerkalkül“ einbeziehen: Liegt der Fehler innerhalb des „Fehlerkalküls“, so ist der Akt gültig, wird rechtskräftig und entfaltet Bindungswirkung. Nur wenn der kompetenzwidrige Bescheid außerhalb des „Fehlerkalküls“ liegt, ist er absolut nichtig.¹⁵⁷⁾ § 68 Abs 4 Z 1 AVG erfasst jedoch nach hM alle Unzuständigkeiten,¹⁵⁸⁾ so dass auch kompetenzwidrige Akte nicht absolut nichtig sind¹⁵⁹⁾ und eine Bindungswirkung entfalten.¹⁶⁰⁾

Für den offensichtlich unzulässigen Verwaltungsakt gilt das zur Unzuständigkeit Gesagte: Bloße – auch offenkundige – Rechtswidrigkeit des Inhalts macht den Bescheid nicht absolut nichtig, sie hindert die Rechtskraft nicht, weil sie – von besonders schweren Fällen wie der Herbeiführung eines strafgesetzwidrigen Erfolgs abgesehen – nicht einmal ein Grund zur Aufhebung nach Eintritt der formellen Rechtskraft ist. Dasselbe gilt für den Akt **ultra-vires-magistratus**, der sowohl an einer Zuständigkeitsverletzung als auch an einer rechtswidrigen Auslegung der Befugnisse bzw des Gesetzes leiden kann. Beide Fälle führen aber, wie dargelegt, nicht zur absoluten Nichtigkeit. Wenn *Kralik* und *Rechberger/Simotta* in allen Fällen des § 68 Abs 2 bis 4 AVG die Bindung ablehnen, wird

die grundsätzlich bejahte Bindung damit de facto wieder aufgegeben. Die Abänderungsgründe des § 68 Abs 3 AVG beziehen sich etwa potenziell auf alle Bescheide, so dass die Gerichte incidenter das verwaltungsbehördliche Ermessen auszuüben hätten, ob der Bescheid in Wahrung des öffentlichen Wohles insoweit abgeändert werden kann, als dies zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich ist.¹⁶¹⁾ Dies zeigt, wie willkürlich die Bindung dadurch würde. Ein zivilprozessualer Eklektizismus hinsichtlich der Bindung von Bescheiden ist aber abzulehnen. Es kann nicht je nach zuständiger Behörde zweierlei Recht geben.¹⁶²⁾ Die Bindungswirkung besteht nicht deshalb, weil das Gericht gebunden sein und einen Bescheid als solchen anerkennen will oder verneint, dass dieser nicht nach § 68 Abs 3 AVG abgeändert werden kann. Dies ist die Fortführung der Begründung der Bindung aus der materiellen Rechtskraft: Was in materielle Rechtskraft erwächst, entfaltet auch Bindungswirkung. Auch wenn man § 190 ZPO als Basis für die Bindung versteht, ist diese Schlussfolgerung konsequent, weil dann nach dem Wortlaut die Bindung an alle rechtskräftigen Bescheide besteht.

D. Zusammenfassung

Im Ergebnis besteht stets als Ausfluss der Rechtskraft eine Bindung von Zivilgerichten an Verwaltungsakte. Die Rechtskraft ist auch die Grenze der Bindung, sodass nur Parteien des Verwaltungsverfahrens gebunden werden können. Grundsätzlich entfalten alle Bescheide Bindungswirkung. Davon ausgenommen sind absolut nichtige Akte. Staatsakte sind jedoch nur dann absolut nichtig, wenn sie mit besonders schweren Fehlern behaftet sind. Normiert die Rechtsordnung ein Fehlerkalkül, also Vorschriften, die an das Bestehen von Fehlern anknüpfen, normiert sie damit gleichzeitig auch den Bestand dieser fehlerhaften Staatsakte. Ist nach dem Fehlerkalkül ein Akt aufgrund eines Fehlers nur vernichtbar, darf daher keine absolute Nichtigkeit angenommen werden. Zu den absolut nichtigen Akten zählen daher insb nicht die von der Rsp und hM angenommenen Fälle der bloß mangelhaften Bescheide iSd § 68 Abs 2 bis 4 AVG. Eine Bindung besteht

153) Zurückgehend auf *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff (1923) 293; vgl auch *Kucsko-Stadlmayer*, Merks Rechtskraftlehre in *Walter* (Hrsg), Adolf J. Merkl 117.

154) *Winkler*, Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt (1956) 129; aM *Herrnritt*, Österreichisches Verwaltungsrecht (1925) 31; *Wahle*, ZBl 1930, 17.

155) Nach heute einhelliger Meinung; statt vieler *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁷ Rz 436; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 223.

156) *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁷ Rz 436; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 222.

157) Vgl zum absolut nichtigen Verwaltungsakt grundlegend *Winkler*, Der Bescheid 40, 45.

158) *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁷ Rz 439.

159) Spiegelbildlich dazu verhält sich der Fall, dass ein Gericht kompetenzwidrig in einer Verwaltungssache entschieden hat. Ein solches Zivilurteil ist gem § 42 JN nicht absolut nichtig.

160) Befürwortet man, um Art 6 MRK zu genügen, die richterliche Befugnis zur Inzidentkontrolle, lässt sich der von *Kralik* geschilderte Fall über diese in den Griff bekommen.

161) Krit *Walter*, ÖJZ 1996, 604 Fn 23.

162) *Schima*, ÖJZ 1955, 526.

auch dann, wenn im Vorverfahren MRK-konform ein Tribunal entschieden hat oder ein Nicht-Tribunal über eine Verwaltungsmaterie entschieden hat. Ob auch dann

eine Bindung besteht, wenn im Vorverfahren konventionwidrig ein Nicht-Tribunal über ein civil right entschieden hat, ist strittig.

→ In Kürze

Gerichte sind im Zivilprozess an Verwaltungsakte gebunden. Geltungsgrund der Bindung ist die materielle Rechtskraft. Die Einschränkung der Bindung für absolut nichtige Bescheide iSd hM kann nicht weiter aufrechterhalten werden.

→ Literatur-Tipp



In Vorbereitung: **Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 6. Aufl., MANZ (2003)**

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455,
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter
www.manz.at!

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Martin Spitzer ist Assistent von o.Univ.-Prof. Dr. *Rudolf Welser* am Institut für Zivilrecht der Universität Wien. Kontaktadresse: Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien. Tel. 01-4277-34844; email: martin.spitzer@univie.ac.at.

Literatur: *Wahle*, Die Vorfrage der Gültigkeit eines Verwaltungsaktes, ZBl 1930, 1; *Kralik*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953); *Fasching*, Zivilgerichte und Verwaltungsbehörden, Vorfragebeurteilung und Bindung, JBl 1963, 173; *Fasching*, Sind die Gerichte an präjudizielle Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden? Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 190 ZPO, JBl 1976, 557; *Morscher*, Bindung und Bundesverfassung, JBl 1991, 86; *Walter*, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige präjudizielle Bescheide nach AVG im Rahmen der Zivilprozeßordnung im Vorfragenbereich, ÖJZ 1996, 601.

