

Streitgegenstand, Konkurrenz und Handelsgerichtsbarkeit

Martin Spitzer, Wien

Zur Festschrift für Andreas Konecny beizutragen, ist Ehrensache und persönliches Anliegen gleichermaßen. Der Jubilar hat den Verfasser an nahezu allen wichtigen Stationen seiner wissenschaftlichen Laufbahn begleitet und war im Verfahrensrecht wie ein akademischer Lehrer prägend.

Andreas Konecny war Mentor für viele junge Wissenschaftler, ist unerreichbares Vorbild in Sachen Akribie und Pflichtbewusstsein und hat es dem Verfasser nie übelgenommen, dass er einen bei ihm „zwischengeparkten“ Assistenten nie wieder zurückgegeben hat.)*

Vor allem ist er aber seit vielen Jahren ein Freund, mit dessen Ruhestand der Verfasser die Hoffnung verbindet, dass mehr Zeit dafür bleibt, gemeinsam die Lokalitäten im 9. Bezirk zu erkunden.

Übersicht:

- I. Ausgangspunkt
- II. Klagsänderung
 - A. Klagsänderung als Streitgegenstandsproblem
 - B. Rechtsgrund ist nicht Klagegrund
 - C. Ergebnis
- III. Zuständigkeit der Handelsgerichte
 - A. Rahmenbedingungen
 - B. Zulässigkeit einer Klagsänderung wegen Kausalzuständigkeit
 - C. Zulässigkeit einer Klagsänderung ohne Kausalzuständigkeit
 - D. Teleologische Absicherung
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Ausgangspunkt

Die Geschichte ist schneller erzählt als rechtlich gelöst, wie der Rechtsgang im konkreten Fall gezeigt hat.¹⁾

Ausgangspunkt ist eine Klage auf Geldleistung. Die Klägerin bringt zu ihrem Leistungsbegehren einen Sachverhalt vor, der sich rechtlich unbefangen als Abschluss eines Kreditvertrages qualifizieren lassen würde. Beide Parteien sind Unternehmer, die Kreditvaluta geht in die hunderten Millionen. Die Klage wird

*) Dabei handelt es sich um *Severin Kietaiabl*, der sich auch Verdienste um diesen Beitrag erworben hat und damit ebenso zum Geburtstag gratuliert.

1) HG Wien 51 Cg 52/15a; OLG Wien 5 R 64/18w; 4 Ob 17/19g. Der Verfasser wurde von der Klägerin um die Erstattung eines Rechtsgutachtens gebeten. Der Beitrag ist die erweiterte Fassung davon.

deshalb beim Handelsgericht eingebracht (§ 51 Abs 1 Z1 JN, Klage gegen einen im Firmenbuch eingetragenen Unternehmer, wenn auf Seiten des Beklagten ein unternehmensbezogenes Geschäft vorliegt). Die Beklagten wenden im Prozess erstmals und durchaus überraschend ein, dass eigentlich gar kein Vertrag zustande gekommen sei. Das ist zivilrechtlich für die Rückzahlung des Geldbetrages unbedeutend, weil die Kreditvaluta dann eben titel- und somit rechtsgrundlos ausbezahlt worden und bereicherungsrechtlich zurückzuzahlen wäre.

Auf Grund dieses Einwandes der Beklagten leitet das Erstgericht die Klägerin aber an, „den dem Klagebegehren zu Grunde liegenden Rechtsgrund auszuweiten.“ Ab hier wird das Terrain prozessual abschüssig und lässt den Fall als ideale Folie für einige Überlegungen zu ewigen Themen des Prozessrechts erscheinen, die sich besser an einem konkreten Fall als abstrakt anstellen lassen.

In Befolgung der richterlichen Anleitung erstatet die Klägerin ergänzendes Vorbringen samt einem Eventualbegehren und beruft sich für den Anspruch auf Rückzahlung hilfsweise auf Bereicherungsrecht, nämlich auf die materiellrechtlich einschlägige *condictio indebiti* (§ 1431 ABGB). Diese Reaktion auf ihren eigenen Einwand des Dissens qualifizieren die Beklagten allerdings als Klagsänderung,²⁾ der sie prompt widersprechen. Bereicherungsansprüche fielen nämlich nicht in die Zuständigkeit des Handelsgerichts.

Das HG Wien geht von einer Klagsänderung aus und weist sie als unzulässig zurück, weil es sich bei dem nun geltend gemachten Bereicherungsanspruch nicht um eine Streitigkeit aus einem unternehmensbezogenen Geschäft iSd § 51 JN handle. Ein solches Rechtsgeschäft sei infolge Dissens ja gerade nicht zustande gekommen, womit das Handelsgericht unzuständig und die Klagsänderung aufgrund des Widerspruchs der Beklagten unzulässig sei (§ 235 Abs 3 ZPO, wonach das Gericht die Klagsänderung gegen den Willen des Beklagten nur zulassen darf, wenn es dadurch nicht unzuständig wird und eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist).

Das OLG Wien geht als Rekursgericht ebenfalls von einer Klagsänderung aus, lässt sie aber zu; ein Widerspruch der Beklagten sei nicht statthaft, weil auch der geltend gemachte Bereicherungsanspruch in die Zuständigkeit der Handelsgerichte falle.

Der OGH weist den vom Rekursgericht zugelassenen Revisionsrekurs der Beklagten zurück, weil nach § 45 JN die Bejahung der sachlichen Zuständigkeit nach Streitanhängigkeit unanfechtbar ist, wozu die Rsp auch die Abgrenzung zwischen allgemeiner und Kausalgerichtsbarkeit zählt.³⁾

II. Klagsänderung

A. Klagsänderung als Streitgegenstandsproblem

Am Beginn aller Überlegungen soll grundsätzlicher Zweifel an der übereinstimmenden Ansicht des Erst- und Rekursgerichts zur Qualifikation des Ganzen als Klagsänderung angemeldet werden. Die Klägerin hat eine Leistungsklage eingebracht und darin von den Vorgängen erzählt, die nach ihrer Auffassung zum

2) Zitiert nach dem Beschluss des OLG Wien 5 R 64/18w: „Die Klägerin habe zum Eventualbegehren neues Vorbringen erstatet, nämlich dass der Kreditvertrag [wegen Dissens] nicht zustande gekommen sei“.

3) Vgl etwa 8 Ob 9/18h.

Abschluss eines Kreditvertrages geführt haben. Wenn die eingebrachte Klage der Kreditvaluta sich auch auf den Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung stützen soll, hat das mit einer Klagsänderung an sich nichts zu tun. Dazu bedürfte es einer Änderung des Streitgegenstandes und der Streitgegenstand ergibt sich nach hA aus dem Begehren (Zahlung) und dem Tatsachen(!)substrat, aber gerade nicht aus der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage (Kreditvertrag oder Leistungskondition).⁴⁾

Eine Änderung des Klagebegehrens scheidet – wie auch das Handelsgericht ausgeführt hat – aus, weil weder eine quantitative Erweiterung noch eine inhaltliche Änderung des Begehrens vorlag. Das im konkreten Fall gestellte Eventualbegehren war gegenüber dem Hauptbegehren ein unbeachtliches Minus.⁵⁾

Da es keine Änderung des Klagebegehrens gegeben hat, kommt als Anknüpfung für eine Klagsänderung nur mehr eine Änderung des Tatsachenvorbringens in Betracht, das auch als Klagegrund bezeichnet wird. Darunter versteht man jene Tatsachen, aus denen der Kläger seinen Anspruch ableitet.⁶⁾ Was genau dazu zu zählen ist, ist freilich strittig und eines der schwierigeren Streitgegenstandsprobleme.⁷⁾

Der Streitgegenstand ist zwar omnipräsent, aber dennoch eines der großen Rätsel des Zivilprozessrechts. Paulus weist für Deutschland darauf hin, dass das Thema „schon seit Langem mit einer bemerkenswerten, am praktischen Nutzwert gemessen nicht unbedingt immer gerechtfertigten Intensität diskutiert“ werde,⁸⁾ Geroldinger konstatiert in seiner umfassenden Synopse eine „Buntheit des Theorienstraußes“,⁹⁾ der nach Böhm aber gebunden wurde, ohne dadurch „den objektiven Erklärungswert zu erhöhen“.¹⁰⁾

Tatsächlich hantiert die Lehre mit einer Vielzahl von Streitgegenstandsbegriffen und auch die Rsp operiert, wenn sie zum von ihr zugrunde gelegten zweigliedrigen Streitgegenstand von Begehren und Tatsachensubstrat greift, mit zumindest zwei, bei näherem Hinsehen eigentlich drei verschiedenen Zugängen.¹¹⁾ Es lassen sich nämlich verschiedene Spielarten unterscheiden, wenn es um das Tatsachensubstrat geht: Nach der Lehre vom rechtserzeugenden Sachverhalt soll es auf jene Tatsachen ankommen, die zur Ausfüllung des in Anspruch genommenen gesetzlichen Tatbestands erforderlich sind. Demgegenüber ist die aus Deutschland importierte Theorie vom Lebenssachverhalt weiter, weil danach alle Tatsachen als identischer Sachverhalt anzusehen sind, die nach der Verkehrsauf-

4) Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 440.

5) Dass ein eigenes Eventualbegehren bei einem Zahlungsbegehren nicht unbedingt erforderlich ist, kann hier dahinstehen.

6) Klicka in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/1³ (2017) § 235 ZPO Rz 25; Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO Taschenkommentar (2019) § 235 Rz 5 f.

7) Dementsprechend ist die Klagsänderung auch für die Befürworter eines relativen und damit situationselastischen Streitgegenstandes ein Fall für eine Ausdehnung des Streitgegenstandes, vgl Baumgärtel, Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, 69 (74) im Anschluss an Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1954) 112.

8) Paulus, Zivilprozessrecht⁶ (2017) Rz 150.

9) Geroldinger in Fasching/Konecny III/1³ Vor § 226 ZPO Rz 22.

10) Böhm, Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel, in FS Kralik (1986) 83 (84).

11) Vgl Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, Kommentar zur ZPO⁵ (2019) § 235 Rz 3. Auch ein dreigliedriger Streitgegenstand kommt in Betracht.

fassung und bei „natürlicher Betrachtung“ eine Einheit bilden.¹²⁾ Die Grenzen sind evident fließend.

Die Rsp geht zwar herrschend vom rechtserzeugenden Sachverhalt aus, ist aber insgesamt uneinheitlich¹³⁾ und lässt immer wieder eine gewisse Sympathie für die Theorie vom Lebenssachverhalt erkennen.¹⁴⁾ In jüngerer Zeit liebäugelt der OGH zuweilen sogar mit der sog Kerntheorie und damit einem noch weiteren Streitgegenstand, der schon im Wesentlichen gleiches Vorbringen genügen lässt.¹⁵⁾ Die Verwirrung im Allgemeinen hat sichtlich auch zur Verwirrung im konkreten Fall beigetragen.

Vorweg ist deshalb festzuhalten, dass eine Änderung des Klagegrunds nicht vorliegt, wenn man den Streitgegenstand nach dem Lebenssachverhalt oder der Kerntheorie bestimmt. Bei der Kerntheorie kommt es schon nicht auf die Identität der Tatsachen an. Bei der Anknüpfung an den Lebenssachverhalt ist das zwar sehr wohl der Fall, die Frage nach Vertragsabschluss oder Dissens aufgrund Diskrepanz der Erklärungen ist nach der Verkehrsauffassung aber ein einheitlicher Lebenssachverhalt,¹⁶⁾ wie *Musielak* zum ähnlichen Werkleistungs-Fall¹⁷⁾ bestätigt: Es gehe in beiden Verfahren „um den Einbau der Türen und Fenster durch den Kläger im Haus des Beklagten. Im ersten Prozess machte der Kläger eine Werklohnforderung geltend, weil er davon ausging, dass ein Werkvertrag zwischen ihm und dem Beklagten zu Stande gekommen sei. Im zweiten Verfahren begründete er seine Klageforderung mit einer ungerechtfertigten Bereicherung des Beklagten durch den Einbau der Fenster und Türen. Ein Unterschied ergibt sich lediglich aus einer vom Gericht vorzunehmenden rechtlichen Bewertung des vorgetragenen Tatsachenstoffs.“¹⁸⁾ Das Vorbringen „lässt sich nicht auf zwei selbständige und voneinander abgrenzbare Geschehnisabläufe aufteilen“.

B. Rechtsgrund ist nicht Klagegrund

Selbst wenn man dem engeren Verständnis des rechtserzeugenden Sachverhalts folgt, bei dem sich eine rechtliche Färbung des Tatsachensubstrats nicht vermeiden lässt,¹⁹⁾ sprechen die besseren Argumente aber gegen die Annahme einer Änderung des Klagegrunds. Wie das Handelsgericht nämlich zunächst noch zutreffend ausführt, ist die Frage, ob der Kreditvertrag zustande gekommen ist, doch nur „in rechtlicher Beurteilung der zu treffenden Feststellungen zu beantworten“,

12) Ausf *Musielak*, Der rechtskräftig entschiedene Lebenssachverhalt. Versuch einer Abgrenzung, NJW 2000, 3593 (3594 f); aus österr Perspektive vgl *Geroldinger* in *Fasching/Konecny* III/1³ Vor § 226 ZPO Rz 50 ff; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 545, 573; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 441 f.

13) Vgl *Geroldinger* in *Fasching/Konecny* III/1³ Vor § 226 ZPO Rz 73 ff mwN.

14) *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 573 mwN.

15) Vgl RS0039423; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny* III/1³ Vor § 226 ZPO Rz 79 ff; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 442; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 226 Rz 6.

16) Siehe aber BGH NJW 1990, 179.

17) Beim „Baufall“ geht es zunächst um den Anspruch auf Werklohnzahlung aus einem Werkvertrag und dann um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Unwirksamkeit des Werkvertrages, vgl *Musielak*, NJW 2000, 3593 (3594, 3598 f).

18) *Musielak*, NJW 2000, 3593 (3598).

19) Vgl etwa *Fasching*, Lehr- und Handbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 1157 („Diese Abgrenzungsregel schlägt vom Prozessrecht her die Brücke zum materiellen Recht“); *Konecny*, ZfRV 1984, 150 (Entscheidungsanmerkung).

was an *Musielak* erinnert, der darin das entscheidende Argument für einen Streitgegenstand sieht.

Zweifel am demnach einheitlichen Streitgegenstand im Fall der (Ideal-)Konkurrenz von vertraglichem Erfüllungsanspruch und bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung verursacht *prima facie* allerdings das Schulbeispiel des Wein-Falls, bei dem das Zahlungsbegehren zuerst auf einen Kaufpreisanspruch und danach auf einen Bereicherungsanspruch wegen unwirksamen Vertrages gestützt wird. Dem Wein-Fall wird nämlich attestiert, bei einem Abstellen auf den rechts-erzeugenden Sachverhalt zu mehreren Streitgegenständen zu führen,²⁰⁾ wobei das Argument einer verschiedenen rechtlichen Qualifikation der Tatsachen²¹⁾ einen großen Schritt in Richtung eines dreigliedrigen Streitgegenstands macht, der die Rechtsgrundlage unmittelbar miteinander bezieht.

Doch selbst wenn man im Wein-Fall bei einem Anknüpfen an den rechts-erzeugenden Sachverhalt zwei Streitgegenstände erblicken will, wird dadurch die Lösung des vorliegenden Falles nicht präjudiziert: Wer 1000 als Kaufpreis für Wein verlangt oder 1000 als Bereicherung aufgrund eines unwirksamen Weinkaufes, muss für den jeweiligen Anspruch nämlich aus materiellrechtlichen Gründen tatsächlich jeweils einen anderen (zusätzlichen) Sachverhalt vorbringen. Bereicherungsrechtlich ist nämlich primär Rückgabe der geleisteten Sache in natura geschuldet,²²⁾ was eigentlich zu einem anderen Klagebegehren (Herausgabe statt Zahlung) führen müsste. Ein Zahlungsbegehren setzt demgegenüber voraus, dass die Rückgabe in natura nicht möglich oder nicht tunlich ist, etwa weil der Wein bereits ausgetrunken ist.²³⁾

Das ist im Ausgangsfall markant anders. Die zugezählte Geldsumme ist so oder so zurückzuzahlen, der bereicherungsrechtliche Anspruch folgt aus denselben Tatsachen wie der vertragliche Anspruch. Den rechtserzeugenden Sachverhalt bilden neben der Zuzählung der Kreditsumme somit die abgegebenen Erklärungen und nicht die Frage nach dem Vertragsabschluss. Ob der Vertrag gültig zustande gekommen ist, ist ja gerade, aber auch gerade nur die zu beantwortende Rechtsfrage.²⁴⁾

Im Ausgangsfall sind Rechts- und Tatfragen hingegen verschwommen, was sich schon daran zeigt, dass das Erstgericht die Klägerin dazu angeleitet hat, „den dem Klagebegehren zu Grunde liegenden Rechtsgrund auszuweiten“. Das ist aber nie erforderlich, weil die Angabe eines Rechtsgrundes nicht zum Klagebegehren gehört, wie sich aus § 226 ZPO zwanglos ergibt.²⁵⁾

20) Geroldinger in *Fasching/Konecny* III/1³ Vor § 226 ZPO Rz 94 mwN; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 584; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 451 f.

21) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 451 f.

22) Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ (2019) 401; *Koziol/Spitzer in Koziol/P. Bydliniski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020) § 1431 Rz 6.

23) Darauf weist auch *Musielak*, NJW 2000, 3593 (3599) hin.

24) Daran ändert auch die Ansicht des Rekursgerichts nichts, dass die Tatsachengrundlage für ein ordnungsgemäß zustande gekommenes Rechtsgeschäft einerseits und Dissens andererseits nicht deckungsgleich seien. Der dazu gemachte Verweis auf die E 9 ObA 39/98w hilft dabei nichts, da das Hauptbegehren eine Kündigungsanfechtung nach § 105 ArbVG war, während das spätere Eventualbegehren den Bestand des Dienstverhältnisses wegen eines Kündigungsverzichts feststellen sollte. Dabei lag tatsächlich ein anderer Klagegrund vor.

25) *Geroldinger in Fasching/Konecny* III/1³ § 226 ZPO Rz 181; *Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 226 Rz 36. Der vorliegende Fall ist auch mangels eindeutiger Ein-

C. Ergebnis

Die Frage der rechtlichen Beurteilung ist daher irrelevant, eine Klagsänderung liegt schon deshalb nicht vor. Damit gibt es allerdings auch nichts, was das Erstgericht eigens zuzulassen hätte oder dem die Beklagten widersprechen könnten.

Dass Erst- und Rekursgericht dennoch übereinstimmend von einer Klagsänderung ausgehen, mag daran liegen, dass die Rsp „Streitigkeiten aus unternehmensbezogenen Geschäften“ (§ 51 Abs 1 Z 1 JN) weniger funktional-teleologisch versteht, sondern – wie noch zu zeigen ist – sich mit der Zeit sehr auf Anspruchsgrundlagen versteift hat. Dann wird der für die Zuständigkeit benötigte zweigliedrige Streitgegenstand aber durch eine Rechtsgrundlage aufgeladen, die ihm eigentlich fremd ist.

III. Zuständigkeit der Handelsgerichte

A. Rahmenbedingungen

Die im Verfahren behandelten Fragen hätten sich daher mE gar nicht gestellt. Weil sie interessant sind und in anderen Fällen tatsächlich entscheidungserheblich sein können, werden sie hier unter der hypothetischen Annahme einer Klagsänderung trotzdem behandelt. Dabei lässt die parallele Beurteilung von vertraglichem und bereicherungsrechtlichem Rückforderungsanspruch nicht nur keine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung erwarten (§ 235 Abs 3 ZPO aE), es ist gar keine Erschwerung oder Verzögerung zu erwarten, weil das Bestehen eines bereicherungsrechtlichen Anspruches nur das Spiegelbild der Entscheidung über das Bestehen eines vertraglichen Anspruches wäre. Ist es nicht das eine, ist es das andere. Die Antwort auf die materiellrechtlich vorrangige Frage nach einem Konsens zwischen den Parteien gibt daher gleichzeitig Auskunft über das Bestehen eines Bereicherungsanspruches.

Was sich so unproblematisch in einem Aufwasch erledigen lässt, kann und soll auch so erledigt werden, weshalb das Gericht eine Klagsänderung sogar gegen den Willen des Gegners zulassen kann. Welchen Zweck hätte es auch, einen weiteren Richter mit den Feinheiten dieses Falles zu beschäftigen, wenn das erkennende Gericht bereits alles in der Hand hat, was es zur endgültigen Entscheidung braucht? Anders ist das nur, wenn sich die Zuständigkeit ändern würde. Dem Gegner darf gegen seinen Willen (§ 235 Abs 2 ZPO) ja nicht „sein“ Richter entzogen werden. Mit Blick auf die Handelsgerichtsbarkeit ist dieser Schutz des Beklagten aber eigentlich vernachlässigbar:

*„Den Parteien wird kein berechtigtes Interesse daran zugebilligt, ob der Einzelrichter des angerufenen oder eines anderen Gerichtshofs sachlich zur Entscheidung berufen ist.“*²⁶⁾ Diese fehlende Schutzwürdigkeit findet durch die Einschränkung der Einnahme der Unzuständigkeit in § 43 Abs 3 JN ihren Ausdruck: Der Beklagte soll beim HG-Einzelrichter nämlich gerade nicht geltend machen können, dass der Einzelrichter eines allgemeinen LG sachlich zuständig wäre. Dabei handelt es sich teleologisch nicht um eine bloße Randnotiz, wenn man den Wunsch des Gesetzgebers,

schränkung auf eine Rechtsgrundlage – ungeachtet dessen ohnehin unsicherer Berechtigung – kein Fall des dreigliedrigen Streitgegenstandes.

26) *Scheuer in Fasching/Konecny I*³ (2013) § 43 JN Rz 43.

Klagsänderungen möglichst zuzulassen, mit der Absage des Gesetzgebers an ein fruchtloses Zuständigkeits-Hin-und-Her zwischen allgemeiner und Handelsgerichtsbarkeit kombiniert.

Dennoch wurde im Ausgangsfall zusätzlich zur Klagsänderung auch ein Widerspruchsrecht der Beklagten angenommen und daher die Frage gestellt, ob das Handelsgericht auch für den Bereicherungsanspruch zuständig ist.

B. Zulässigkeit einer Klagsänderung wegen Kausalzuständigkeit

1. Bereicherungsansprüche als Handelssachen

Obwohl vertraglicher und bereicherungsrechtlicher Anspruch zwei Seiten eines Sachverhalts sind, die sich nur durch die rechtliche Beurteilung unterscheiden, konnten sich die Beklagten zunächst erfolgreich auf eine Unzuständigkeit des Handelsgerichts für den „spiegelbildlichen Anspruch“ berufen, weil nach einem altherwürdigen Rechtssatz Bereicherungsansprüche²⁷⁾ – und erst recht die *condictio indebiti* nach § 1431 ABGB, deren Tatbestandsvoraussetzung das Fehlen eines gültigen Schuldverhältnisses ist – keine „Streitigkeiten aus unternehmensbezogenen Geschäften“ iSd § 51 Abs 1 Z 1 JN sein können.²⁸⁾

Diese auch in der Lehre breit vertretene Ansicht – die immerhin, aber immerhin auch nur den eng verstandenen Wortlaut von § 51 Abs 1 Z 1 JN für sich hat – war immer schon schwer nachvollziehbar. Die in den letzten Jahren fortschreitende Erosion dieser Ansicht ist daher begrüßenswert. Folgt daraus schon etwas für den vorliegenden Fall?

2. Neuere Rechtsprechung

Der OGH bejaht seit der E 2 Ob 67/08d die Zuständigkeit der Handelsgerichte nach § 51 Abs 1 Z 1 JN für Ansprüche auf Rückabwicklung eines durch Rücktritt vom Vertrag aufgelösten Rechtsgeschäfts und deckt auf, dass sich die bisherige Ansicht meist recht unreflektiert auf *obiter dicta* gestützt hat.²⁹⁾ Die E 2 Ob 67/08d ist allerdings zur Kondiktion nach § 1435 ABGB ergangen, sodass bei rein begrifflichem Verständnis der Einwand vorhersehbar wäre, dass bei dieser *condictio causa finita* zumindest einmal eine *causa* vorhanden war, die sich unter § 51 Abs 1 Z 1 JN subsumieren lässt.

Gerade das Vorliegen einer *causa* wird bei einem Dissens ja aber bestritten. Wozu würde das führen? Hat ein Kläger eine mangelhafte Sache gekauft und wandelt er den Vertrag, gehört die Rückforderung nach § 1435 ABGB vor das Handelsgericht. Ficht er den Vertrag wegen des Eigenschaftsirrturns über die Sache an, was zur Aufhebung *ex tunc* führt und damit zu einem Wurzelmangel wie bei Dissens, soll die Rechtslage anders sein? Das wäre bei einer solchen Konkurrenz ebensowenig überzeugend, wie wenn zwischen Unwirksamkeit von Anfang an (Dissens) und Unwirksamkeit *ex tunc* (Irrtumsanfechtung) unterschieden würde.

Das zeigt, dass die neue Rsp des OGH auch für den vorliegenden Fall interessant sein muss, weil sie tradierte Grundsätze als Missverständnisse entlarvt und zu einem funktionalen Verständnis des unternehmerischen Geschäfts ermuntert.

27) Vgl – wenn auch *obiter* – 2 Ob 599/89; 1 Ob 543/93; 10 Ob 2/04y; vgl aber schon 5 Ob 217/72.

28) Vgl *Pesendorfer* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 51 JN Rz 7 f.

29) 2 Ob 67/08d; 5 Ob 248/11y.

Legt man ein solches Verständnis zugrunde, sind Bereicherungsansprüche weder grundsätzlich ein Fall für die Handelsgerichte noch sind sie es grundsätzlich nicht. Es kommt vielmehr darauf an.

So sehr es etwa zutrifft, die Rückabwicklung nach § 1435 ABGB der Kausalgerichtsbarkeit zu unterstellen, so sehr trifft es auch zu, den Anspruch auf ein Benützungsentgelt für die von Anfang an titellose Benützung einer Liegenschaft den allgemeinen Zivilgerichten zuzuweisen.³⁰⁾ In diesem Fall ist ein Vorteil der Handelsgerichtsbarkeit nicht zu sehen, weil die spezifische Unternehmensbezogenheit völlig fehlt.

Was gilt dann aber für die Rückabwicklung einer fehlgeschlagenen Leistung, die gerade als Erfüllung eines Handelsgeschäfts gedacht war und als solche entgegengenommen wurde? Denkt man den Ansatz des OGH fort, liegt die Antwort eigentlich auf der Hand. Sie wird auch seit langem im Schrifttum postuliert, so wenn *Kramer*³¹⁾ stets eine Unterscheidung danach angeregt hat, ob es sich um „*ausschließlich gesetzlich begründete Konditionen*“ handelt, womit das Fehlen eines Bezugs auf ein (zumindes versucht) Handelsgeschäft gemeint ist. Dementsprechend ist es mE kritisch zu sehen, wenn der 7. Senat einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nicht der Handelsgerichtsbarkeit unterstellt, wenn der Unternehmer illegales und damit nach § 879 ABGB nichtiges Glücksspiel betrieben habe.³²⁾ Das Argument, der Anspruch beruhe „*gerade nicht auf der Verletzung der durch das unternehmensbezogene Geschäft selbst begründeten Rechte und Pflichten*“, erscheint dabei sehr formal.³³⁾

Gibt es keinen Bezug zu einem potentiellen Handelsgeschäft, sondern gründet sich der Anspruch im Sinne von *Kramer* „*ausschließlich auf Gesetz*“, wie das etwa bei einer von Anfang an titellosen Benützung einer Liegenschaft der Fall wäre, ist tatsächlich keine Rechtfertigung dafür zu sehen, die Kausalgerichtsbarkeit zu aktivieren. Bei einer Leistung, die zur Erfüllung eines Handelsgeschäfts erbracht wird, ist das evident anders. Legt man mit dem OGH einen teleologischen Maßstab an, erscheint eine grundsätzliche Ablehnung der Kausalgerichtsbarkeit für Ansprüche nach § 1431 ABGB³⁴⁾ daher überholt.

3. Ergebnis

Ordnet man die Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Handelsgeschäfts in diesem Lichte ebenso der Zuständigkeit der Handelsgerichte zu wie vertragliche Ansprüche aus einem Handelsgeschäft, ergibt sich für den konkreten Fall, dass selbst wenn eine Klagsänderung vorläge, die Beklagten gegen die Klagsänderung kein Veto hätten, weil das HG Wien sogar für eine selbständige Klage auf Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Handelsgeschäfts zuständig wäre. Da

30) Darum ging es in 2 Ob 599/89.

31) Zuletzt *Kramer/Rauter* in *Straube*, Wiener Kommentar zum UGB (31. Lfg; 2011) §§ 343, 344 Rz 86; nunmehr *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum UGB⁴ (2016) § 344 Rz 86.

32) 7 Ob 173/19w.

33) In 6 Ob 16/20a hatte der OGH Gelegenheit, sich mit der Zuständigkeit aus § 51 Abs 1 Z 4 JN zu beschäftigen und kam dort zum Ergebnis, dass eine geltend gemachte Irrtumsanpassung samt daraus resultierendem Rückforderungsanspruch sehr wohl vor die Handelsgerichte gehört.

34) *Simotta* in *Fasching/Konecny* I³ § 51 JN Rz 67; aA seit jeher *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 51 JN Rz 5.

sich schon gezeigt hat, dass alle sonstigen Voraussetzungen für die Zulassung einer solchen Klagsänderung vorliegen, wäre sie daher zuzulassen.

C. Zulässigkeit einer Klagsänderung ohne Kausalzuständigkeit

1. Ausgangspunkt

Es liegt also schon keine Klagsänderung vor (s oben II.) und wollte man sie doch annehmen, wäre sie unschädlich (s oben III.A. und B.).

Da das Erstgericht die Klagsänderung dennoch zurückgewiesen hat, ist nun zu untersuchen, was zu gelten hätte, wenn man einerseits die Miteinbeziehung von Bereicherungsansprüchen für eine Klagsänderung hielte, andererseits das Handelsgericht für Bereicherungsansprüche nach § 1431 ABGB unzuständig wäre und die Beklagten daher ein Widerspruchsrecht hätten.

2. Prozessuale Konsequenzen von Sachzusammenhängen

Das Gericht hat dann eine Klage vor sich, die auf einem von zwei Wegen (Vertrag oder ungerechtfertigte Bereicherung) zum Ziel führt. Wer jetzt verlangt, dass nur die vertragliche Anspruchsgrundlage, nicht aber Bereicherungsrecht geprüft wird, der ignoriert, dass hier ein Sachzusammenhang besteht, der so eng ist, dass es sich verbietet, Scheuklappen aufzusetzen.

Fasching schließt daraus lebensnah: „Werden für ein identisches Begehren ‚mehrere Klagsgründe‘ genannt, dann ist das Gericht zur Entscheidung über ‚alle Klagsgründe‘ zuständig, sobald es zur Erledigung auch nur eines ‚Klagsgrundes‘ zuständig ist“.³⁵) Das gilt – es geht *Fasching* ja um die Klagsgründe – also sogar dann, wenn keine identischen Sachverhalte vorliegen, während es hier nur um einen anderen Rechtsgrund geht. Dadurch wird einerseits bestätigt, dass im vorliegenden Fall ein einheitlicher Streitgegenstand vorliegt, andererseits zeigt sich, dass sogar weit darüber hinaus die Zuständigkeit begründet wird.

Das von *Fasching* in diesem Zusammenhang gegebene Beispiel ist überaus illustrativ: „Der Kläger führt Klage gegen den Erwerber eines Unternehmens auf Zahlung einer Forderung, die ihm gegen den Vormann zustand. Er stützt die Klage nicht nur auf den Unternehmensübergang, sondern auch auf die Anfechtungsordnung, weil die Unternehmensüberlassung zur Gläubigerbenachteiligung erfolgte. Das angerufene Gericht muß beide Gründe untersuchen, gleichgültig, ob der eine, selbständig gesehen, sachlich vor ein anderes Gericht gehören würde (zB vor das Handelsgericht usw)“.³⁶)

Dass in diesem Beispiel schon von Anfang an zwei „Klagsgründe“ behauptet wurden, im Ausgangsfall aber erst nachträglich eine zweite Rechtsgrundlage ins Spiel gebracht wurde, ist irrelevant, weil für die Zuständigkeit eine Symmetrie gelten muss.

35) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1139; für Deutschland *Baur*, Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang? in FS Hippel (1967) 1 (15 ff); *Gravenhorst*, Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen (1972) 104 ff; *Spellenberg*, Zuständigkeit bei Anspruchskonkurrenz und kraft Sachzusammenhangs, ZZZP 95 (1982) 17 (39 ff).

36) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1139.

3. Selbstverständliche Berücksichtigung von Sachzusammenhängen

Das alles ist nichts Neues und wird ständig so praktiziert. Zwar kennt die JN keine allgemeine Zuständigkeit des Sachzusammenhangs, aber sie kennt zahlreiche Fälle, in denen eine Zuständigkeit sich gerade durch den Sachzusammenhang rechtfertigt.³⁷⁾ Darauf muss hier nicht im Detail eingegangen werden (vgl zB §§ 76a, 89, 91 JN), es reichen zwei Hinweise:

Unter Zugrundelegung des Standpunkts der Beklagten und des erstinstanzlichen Gerichts müsste es wegen Unzuständigkeit des Handelsgerichts unerklärlich sein, dass in einem handelsgerichtlichen Verfahren auf Beklagtenseite Streitgenossen beteiligt sein können, die keine Unternehmer sind. Das ist indes nach § 93 JN ohne Zweifel zulässig.³⁸⁾ Die JN erlaubt also sogar viel mehr als das, worum es im Ausgangsfall geht.

Besonders deutlich wird das bei der Widerklage. Es dürfte sonst wegen Unzuständigkeit des Handelsgerichts nämlich auch keinen Fall geben, bei dem eine Widerklage gegen einen Nicht-Unternehmer vor dem Handelsgericht oder umgekehrt eine Widerklage gegen einen Unternehmer vor dem Zivilgericht stattfindet. § 96 JN lässt die Widerklage aber außer in Fällen unprorogabler Unzuständigkeit zu, was unstreitig dazu führt, dass das Handelsgericht über einen Prozess entscheiden muss, der nicht der Kausalgerichtsbarkeit unterliegt.³⁹⁾

Das geringere Bedürfnis für eine solche Widerklage lässt sich mit dem evidenten Bedürfnis für eine Entscheidung im vorliegenden Fall aber nicht vergleichen. Dass sogar bei der Widerklage, die in Österreich bei rechtsvergleichender Betrachtung unter sehr liberalen Voraussetzungen zulässig ist, solche Großzügigkeit herrscht, legt aber eine vitale Basiswertung der österr Zuständigkeitsordnung für die Frage frei, welche Auswirkung ein enger Sachzusammenhang bei der Abgrenzung zwischen Kausalgerichtsbarkeit und Zivilgerichtsbarkeit hat.⁴⁰⁾ Es gibt dementsprechend keinen Grund für das Handelsgericht, seine Augen vor dem Bereicherungsrecht zu verschließen, wenn es zur Prüfung eines Begehrens an sich zuständig ist.

4. Höchstgerichtliche Bejahung des Sachzusammenhangs (3 Ob 232/17i)

Die Bedeutung des Sachzusammenhangs bestätigt eindrucksvoll eine rezente Entscheidung des OGH. In 3 Ob 232/17i ging es um die Zuständigkeit für eine Klage auf ein Benützungsentgelt von über € 15.000,- und die Räumung eines

37) Vgl zum dt Recht *Baur* in FS Hippel 1 (18 ff); *Spellenberg*, ZZZ 95, 17 (26, 29 ff).

38) 6 Ob 316/02t („Die sachliche Unzuständigkeit wegen Vorliegens der Handelsgerichtsbarkeit für einen oder mehrere der Beklagten steht der gemeinschaftlichen Einklagung nicht im Weg; umgekehrt können Nichtkaufleute mit Kaufleuten vor dem Kausalgericht geklagt werden“); 9 ObA 120/09a; 1 Ob 105/13t; *Braun* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 93 JN Rz 8; *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 93 JN Rz 3; *Simotta* in *Fasching/Konecny* I³ § 93 JN Rz 7.

39) *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 259; *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 96 JN Rz 3.

40) Eine strengere Linie gibt der EuGH zur internationalen Zuständigkeit nach der EuGVVO vor. Danach dürfen vertragliche Ansprüche nicht am Deliktsgerichtsstand mitbehandelt werden: EuGH 27. 9. 1988, C-189/87, *Kalfelis* Rz 19; zu den daraus folgenden Abgrenzungsfragen zuletzt EuGH 24. 11. 2020, C-59/19, *Wikingerhof* Rz 19 ff; näher etwa *Kern/Uhlmann*, Vertrags- und Deliktsgerichtsstand revisited – von Kalfelis bis Brogssitter zu Wikingerhof, GPR 2021, 50 (54 f); *Rieländer*, Zur Qualifikation außervertraglicher Ansprüche zwischen Vertragsparteien im europäischen IZVR und IPR, RIW 2021, 103 (106 ff); jeweils mwN.

Geschäftslokals. Die Klage stützte sich auf eine von Anfang an titellose Benützung, sodass mangels bestandrechtlicher Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichts das BG Dornbirn als Erstgericht unzuständig gewesen wäre. Spiegelverkehrt zum vorliegenden Fall brachte die Beklagte aber vor, dass ein Bestandvertrag abgeschlossen worden sei, sodass der Kläger ein Eventualbegehren auf Zahlung des Benützungsentgelts und Räumung nach § 1118 ABGB stellte. Erst- und Rekursgericht wiesen die Klage mangels Zuständigkeit für das Hauptbegehren zurück, der OGH bestätigte dann aber die Zuständigkeit. Unter Berücksichtigung des Eventualbegehrens (bestandvertragliche Ansprüche) liege auch für das unstreitig nicht bestandvertragliche Hauptbegehren eine Bestandstreitigkeit vor.

Der OGH trifft in dieser Entscheidung zwei wesentliche Aussagen:

Wenn ein einheitlicher Lebenssachverhalt *„verschiedenen Gesetzesnormen unterstellt werden kann, ist das angerufene Gericht zuständig, wenn es seine Zuständigkeit auch nur hinsichtlich einer der anzuwendenden konkurrierenden Normen besitzt; es genügt also, dass das angerufene Gericht bloß aufgrund eines der sich aus dem vorgetragenen Sachverhalt ableitbaren Rechtsgründe“* zuständig ist. Diese Aussage entscheidet den vorliegenden Fall.

Der OGH geht aber noch erheblich weiter: Wenn der Kläger sein *„Haupt- und sein Eventualbegehren zwar nicht aus einem einheitlichen Sachverhalt ab[leitet]“*, aber *„in beiden Varianten ein und dasselbe Begehren“* stellt, ist *„bei der Zuständigkeit auch das nur eventualiter erhobene Vorbringen zu berücksichtigen“*. Das Handelsgericht wäre also zuständig. Dazu müsste nicht einmal das Eventualbegehren berücksichtigt, sondern nur aufs Hauptbegehren geschaut werden.

5. Ergebnis

Selbst wenn eine Klagsänderung vorläge und selbst wenn das Handelsgericht nicht ohnedies für den geltend gemachten Bereicherungsanspruch zuständig wäre, wäre seine Zuständigkeit im konkreten Fall daher gegeben.

D. Teleologische Absicherung

1. Ausgangspunkt

Die Aufgabe der Zuständigkeitsordnung ist die Verteilung des Arbeitsanfalls zwischen den Gerichten. Diese Verteilungsfunktion, die mit Blick auf das verfassungsgesetzlich geschützte Recht auf den gesetzlichen Richter auch eine rechtsstaatliche Aufgabe ist,⁴¹⁾ wird dadurch erfüllt, dass für jeden Fall das möglichst passende Gericht ermittelt werden kann. Dabei orientieren sich die gesetzlichen Regelungen einerseits an einer sachgerechten Verteilung der Lasten der Parteien und andererseits an der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, wofür auch die Sachnähe des Gerichts eine Rolle spielt.⁴²⁾

Diese Sachnähe kann, wie ein Blick etwa auf den Gerichtsstand der Schadenszufügung (§ 92a JN) zeigt, eine geographische Nähe sein; die Sachnähe kann aber auch inhaltlicher Natur sein, woraus die Kausalgerichtsbarkeit resultiert.

41) Baur in FS Hippel 1 (13); Muzak, B-VG⁶ (2020) Art 83 Rz 2 ff.

42) Baur in FS Hippel 1 (16 f); Fasching, Verfassungskonforme Gerichtsorganisation, in 10. ÖJT I/3 (1988) 20; Gravenhorst, Gerichtszuständigkeit 7 (12); vgl auch Spellenberg, ZZP 95, 17 (24).

Die Rechtfertigung der Handelsgerichtsbarkeit liegt daher evident in der besonderen inhaltlichen Sachnähe, sodass die Weiche zwischen allgemeiner Zivilgerichtsbarkeit und Handelsgerichtsbarkeit dadurch gestellt wird.⁴³⁾ Die positiviertete Ausprägung dieses Gedankens ist § 51 JN. Vor diesem Hintergrund wäre es ein geradezu singuläres Versagen der Zuständigkeitsordnung, die Weiche für einen Fall (womit nicht zufällig auf den Sachverhalt, also den Klagsgrund zurückgekommen wird) nicht in die eine oder andere Richtung zu stellen, sondern einen einheitlichen Sachverhalt auf zwei verschiedene Gleise zu zwingen. Wenn man mit dem zweigliedrigen Streitgegenstand Begehren (Zahlung) und Tatsachen-substrat für maßgebend hält, dann besteht zwischen den beiden Klagen, die sich die Beklagten vorstellen, das Hindernis der Streitanhängigkeit. Wer einen solchen Fall auf zwei Gleise lenken will, ignoriert, dass das prozessual voraussetzen würde, dass der Rechtsgrund Teil des Anspruches ist, was in den dreigliedrigen Streitgegenstand mündete.⁴⁴⁾

Der Ansicht, die hier zur Klagsänderung geführt hätte, liegt in Wirklichkeit notwendig ein allgemeines Problem zugrunde, wendet sie doch mit der Unzuständigkeit für den bereicherungsrechtlichen Anspruch eine allgemeine Voraussetzung ein, die kein Spezifikum des § 235 ZPO ist. Folgte man dieser These, wäre also von vornherein die Einbringung einer Leistungsklage, die sich primär auf Vertrag und subsidiär auf Bereicherung stützt, unzulässig. Es müsste immer die eine Klage beim Handelsgericht und die andere beim Zivilgericht eingebracht werden.⁴⁵⁾

2. Zweigleisigkeit aus prozessualer und verfassungsrechtlicher Perspektive

Wie darf man sich bei einer solchen Zweigleisigkeit das weitere Prozedere vorstellen? Wäre die Klägerin genötigt, eine zweite Klage einzubringen, würde das zweite Gericht mit seinem bereicherungsrechtlichen Verfahren höchstwahrscheinlich zuwarten. Und würde es doch aktiv, müssten zwei identische Verfahren durchgeführt werden, was dazu führte, dass in zwei Verfahren das Bestehen des Kreditvertrages als bloße Vorfrage zu lösen wäre, die jeweils nicht der Rechtskraft teilhaftig würde.

Das Risiko widersprechender Entscheidungen liegt ebenso auf der Hand wie der daraus resultierende Koordinationsaufwand. Warum aber zuerst auf zwei Gleise lenken, was anschließend intensiv koordiniert werden oder vorübergehend stillgelegt werden muss? Nimmt man diese Ansicht beim Wort, wäre das Ergebnis nämlich maximale Ineffizienz mit potentiell widersprechenden Entscheidungen. Dafür wäre die ganze Sache aber immerhin auch sehr teuer: Die Vision doppelter Prozesse hätte ja eine zusätzliche Auswirkung: doppelte Gerichtsgebühren.⁴⁶⁾ Im konkreten Fall wären das mehrere Millionen Euro gewesen.

Ein solches Ergebnis stünde in mehrfacher Hinsicht in einem Spannungsverhältnis zu verfassungsrechtlichen Garantien.

43) Diese Weichenstellung verliert allerdings wie bereits gezeigt wurde durch § 43 Abs 3 JN im Verfahren vor dem Einzelrichter erheblich an Bedeutung, oben III.A.

44) Das führt zur Erkenntnis zurück (s schon oben II.), dass eine Klagsänderung nicht vorliegt, weil der Streitgegenstand unverändert bleibt.

45) Vgl auch *Gravenhorst*, Gerichtszuständigkeit 94.

46) Vgl *Spellenberg*, ZZZ 95, 17 (25).

Die sachliche Rechtfertigung im Sinne des Gleichheitssatzes schiene von vornherein zweifelhaft, weil bei Klagen zwischen Privaten eine solche Zweigleisigkeit ebenso wenig notwendig wäre wie bei Klagen eines Unternehmers gegen einen Privaten. Dort könnte alles vor einem Gericht – nämlich dem Zivilgericht – abgehandelt werden. Nur bei Klagen gegen Unternehmer käme es nach Fassung der Beklagten zur zwingenden Aufspaltung auf Handels- und Zivilgericht.

Aber auch ein Spannungsverhältnis zu Art 6 EMRK ist greifbar. Zwar hat der EGMR judiziert, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Gebühren an die Zivilgerichte grundsätzlich nicht unvereinbar mit der EMRK sei,⁴⁷⁾ weil es kein Recht auf einen kostenlosen Zugang zu Gericht gebe.⁴⁸⁾ Aus der Auferlegung erheblicher Gebühren mit abschreckendem Charakter könne sich aber natürlich eine Grundrechtswidrigkeit ergeben. Was das für eine Konstellation bedeuten würde, in der ein Lebenssachverhalt zweigleisig in einer Weise ausgetragen werden müsste, in der immer eine Gebührenzahlung verfällt, ist leicht zu prognostizieren.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der Anspruch auf Rückzahlung der hingegebenen Kreditvaluta *ex contractu* und der Anspruch auf Rückzahlung dieser Valuta als ungerechtfertigte Bereicherung bei unwirksamem Kreditvertrag sind derselbe Streitgegenstand.

2. Auch Bereicherungsansprüche nach § 1431 ABGB können ein Fall für die Handelsgerichtsbarkeit sein, wenn damit ein unwirksames Handelsgeschäft rückabgewickelt werden soll.

3. Der Sachzusammenhang zwischen mehreren Begehren kann dazu führen, dass ein Gericht, das für ein Begehren isoliert nicht zuständig wäre, aufgrund der Verbindung mit einem Begehren, für das die Zuständigkeit besteht, für alle geltend gemachten Begehren zuständig ist.

47) EGMR 35123/05, *Urbanek/Österreich*.

48) EGMR 28249/95, *Kreuz/Polen*; EGMR 73547/01, *Jedamski und Jedamska/Polen*; EGMR 63945/00, *Weissman/Rumänien*.