

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A***** AG, *****, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Energie B***** GmbH, *****, vertreten durch MMag. Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in Wien, wegen (zuletzt) 139.814,34 EUR sA, über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 23. Jänner 2014, GZ 3 R 44/13g-18, mit welchem der Beschluss des Landesgerichts Eisenstadt vom 28. März 2013, GZ 3 Cg 24/12i-14, abgeändert wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.241 EUR bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung (darin 373,50 EUR Umsatzsteuer) zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

Die Parteien streiten über die Frage, ob eine negative Feststellungsklage Streitanhängigkeit für eine spätere Leistungsklage begründet.

Die Klägerin ist Übertragungsnetzbetreiberin und gesetzlich bestimmte Regelzonenführerin nach § 23 Abs 1 ElWOG 2010. Mit ihrer am 31. Jänner 2012 beim Landesgericht Eisenstadt eingebrachten Klage begehrt sie von der Beklagten Zahlung von restlichen Systemdienstleistungsentgelten für die Zeit von März 2009 bis Dezember 2009 in Höhe von 139.814,34 EUR samt Zinsen.

Bereits im Mai 2010 hatte die hier Beklagte allerdings beim Handelsgericht Wien die hier klagende Partei (unter anderem) auf Feststellung geklagt, dass sie nicht verpflichtet sei, für die Monate Jänner bis Dezember 2009 und Jänner bis Dezember 2010 die von ihr zurückbehaltenen Systemdienstleistungsentgelte in Höhe von 212.252,95 EUR zu bezahlen. Diese negative Feststellungsklage wurde vor Erhebung der hier zu beurteilenden Leistungsklage streitanhängig. Das Handelsgericht focht einzelne Bestimmungen der dem (bestrittenen) Anspruch zugrunde liegenden Systemnutzungs-Verordnung 2005 (idF 2009) beim Verfassungsgerichtshof an. Dieser hob diese Verordnung aufgrund von Anfechtungen in anderen Verfahren zur Gänze auf (VfGH 27. 9. 2011, V 59/09). Dabei sprach er nach Art 139 Abs 6 B-VG aus, dass die Verordnung auch im Verfahren des Handelsgerichts über die negative Feststellungsklage nicht mehr anzuwenden sei. Dieses Verfahren ist noch in erster Instanz anhängig.

Im vorliegenden Verfahren erhob die nun auf Zahlung in Anspruch genommene Beklagte die Einrede der Streitanhängigkeit. Die mit der Leistungsklage begehrten Systemnutzungsentgelte seien von der negativen Feststellungsklage erfasst. Die Leistungsklage sei das begriffliche Gegenteil dieser Klage. Die Klägerin hält dem entgegen, dass die Leistungsklage ein weitergehendes Rechtsschutzziel verfolge als die negative Feststellungsklage.

Das Erstgericht wies die Klage zurück. Im Verfahren des Handelsgerichts Wien werde abschließend entschieden, ob die Beklagte die von der Klägerin begehrten Systemdienstleistungsentgelte zahlen müsse oder nicht. Dass die spätere Leistungsklage mit der Schaffung eines Exekutionstitels ein weitergehendes Rechtsschutzziel verfolge, sei unerheblich. Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin werde durch die Zurückweisung nicht beeinträchtigt. Erhebe sie nach allfälliger Abweisung der negativen Feststellungsklage eine Leistungsklage, sei sie gegen einen Verjährungseinwand der Beklagten durch die Replik der Arglist geschützt.

Das Rekursgericht verwarf die Einrede der Streitanhängigkeit und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Streitanhängigkeit setze voraus, dass der im zweiten Verfahren geltend gemachte Anspruch mit der rechtskräftigen Entscheidung im Vorprozess abschließend erledigt werde. Das treffe etwa zu, wenn ein Schuldner, gegen den schon eine Leistungsklage anhängig sei, die Feststellung begehre, dass der Anspruch nicht bestehe. Hingegen bewirke eine Feststellungsklage regelmäßig keine Streitanhängigkeit für eine nachfolgende Leistungsklage, weil dem Feststellungsurteil die Vollstreckbarkeit fehle und das

Rechtsschutzziel der Leistungsklage daher über jenes der Feststellungsklage hinausgehe. Streitanhängigkeit liege nicht schon dann vor, wenn die Gefahr bestehe, dass die im zweiten Prozess begehrte Entscheidung mit einem Urteil im ersten Prozess unvereinbar sein könnte; dem könne durch Unterbrechung nach § 190 ZPO begegnet werden. Der weitere Streitgegenstandsbegriff des Europäischen Zivilprozessrechts sei nicht in das nationale Verfahrensrecht zu übernehmen. Aus der von der Beklagten angeführten Entscheidung 7 Ob 254/03h lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten, weil dort nicht über die Streitanhängigkeit entschieden worden sei; die Entscheidungen 3 Ob 36/99m und 1 Ob 55/99s hätten das Verhältnis zwischen einer negativen und einer späteren positiven Feststellungsklage betroffen und seien daher ebenfalls nicht einschlägig. Der Revisionsrekurs sei zulässig, weil die strittige Frage auch im Hinblick auf die Entscheidung 7 Ob 254/03h einer Klarstellung bedürfe.

In ihrem Revisionsrekurs macht die Beklagte geltend, dass die Gegenstände einer denselben Anspruch betreffenden Leistungs- und negativen Feststellungsklage ident seien; auf die Reihenfolge der Klageerhebung komme es nicht an. Entscheidend sei die Wesengleichheit des materiellen Anspruchs, denn nur dadurch könnten überflüssiger Prozessaufwand und einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden. Zudem sei § 233 ZPO im Einklang mit Art 27 EuGVVO auszulegen; dort habe der EuGH entschieden, dass die negative Feststellungsklage Rechtshängigkeit für eine spätere Leistungsklage begründe. Der Klägerin fehle das Rechtsschutzbedürfnis für die Leistungsklage: Wäre nach Abweisung der negativen Feststellungsklage eine (nun mögliche) Leistungsklage erforderlich, stünde einer allfälligen Verjährungseinrede die

Replik der Arglist entgegen. Die Aufhebung der dem Anspruch zugrunde liegenden Verordnung sei auch in einem Verfahren über eine nach Erledigung des ersten Verfahrens erhobene Leistungsklage zu beachten; der Begriff des Anlassfalls erfasse nämlich nicht nur das vom Verfassungsgerichtshof genannte Verfahren, sondern den gesamten Sachverhalt, der diesem Verfahren zugrunde liege.

Die Klägerin hält dem entgegen, dass das Rechtsschutzziel einer Leistungsklage über jenes einer negativen Feststellungsklage hinausgehe, was die „Nämlichkeit“ des Anspruchs iSv § 233 ZPO ausschließe. Zudem sei Gegenstand der negativen Feststellungsklage nach der Klageerzählung nur das Nichtbestehen der Zahlungspflicht nach der Systemnutzungstarife-Verordnung, während sich die Klägerin im vorliegenden Verfahren auch auf andere Rechtsgründe, insbesondere Vertrag und Bereicherungsrecht, stütze. Ihr Rechtsschutzinteresse ergebe sich auch aus der sonst drohenden Verjährung. Die Anlassfallwirkung der Verordnungsaufhebung erfasse das vorliegende Verfahren nicht; die „Prozesstaktik“ der Beklagten, mit negativer Feststellungsklage eine Aufhebung der Verordnung zu erreichen, sei nicht aufgegangen. Die Wertungen des Art 27 EuGVVO seien nicht auf das nationale Verfahrensrecht zu übertragen.

Der Revisionsrekurs ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Die Entscheidung des Rekursgerichts ist durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gedeckt.

1.1. Nach § 233 Abs 1 ZPO hat die Streitanhängigkeit die Wirkung,

„dass während ihrer Dauer über den geltend gemachten Anspruch weder bei demselben noch bei einem anderen Gerichte ein Rechtsstreit

durchgeführt werden darf. Eine während der Streitanhängigkeit wegen des nämlichen Anspruches angebrachte Klage ist auf Antrag oder von amtswegen zurückzuweisen.“

1.2. Derselbe („nämliche“) Anspruch liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn nicht nur die Parteien ident sind, sondern der in der neuen Klage geltend gemachte prozessuale Anspruch sowohl im Begehren als auch im rechtserzeugenden Sachverhalt mit jenem des Vorprozesses übereinstimmt (1 Ob 217/75 = SZ 48/113; RIS-Justiz RS0039347; zuletzt etwa 7 Ob 116/11a = ecolex 2012, 223). Der zugrundeliegende materielle Anspruch ist als solcher unerheblich. Denn das Gericht entscheidet im Prozess nicht über das Privatrechtsverhältnis als solches, sondern über ein daraus abgeleitetes Begehren. Der prozessuale Begriff des Streitgegenstands wird durch das Klagebegehren und den rechtserzeugenden Sachverhalt bestimmt (1 Ob 217/75 = SZ 48/113; RIS-Justiz RS0037419; zuletzt etwa 4 Ob 198/12i = ecolex 2013, 701).

1.3. Streitanhängigkeit besteht nach der Rechtsprechung allerdings auch dann, wenn die Begehren zwar nicht ident sind, aber - regelmäßig bei vertauschten Parteirollen - eines das begriffliche Gegenteil des anderen ist (RIS-Justiz RS0039246).

(a) Eine solche Fallgestaltung liegt vor, wenn nach einer negativen Feststellungsklage zum selben (materiellen) Anspruch oder Rechtsverhältnis eine positive Feststellungsklage erhoben wird, etwa wenn in der ersten Klage die Feststellung des Nichtbestehens eines Mietvertrags und in der zweiten die Feststellung des Bestehens desselben Mietvertrags begehrt wird (4 Ob 563/94 = MietSlg 46.645), wenn zunächst eine *actio negatoria* und dann wegen derselben Eigentumsbeschränkung eine *actio confessoria* erhoben wird

(1 Ob 60/97y = SZ 70/261), oder wenn nach einer Klage auf Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen aus einem Unfall eine Klage auf Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden aus demselben Unfall erhoben wird (1 Ob 55/99s = EvBl 1999/145). Diesen Konstellationen ist gemeinsam, dass die Entscheidung über die erste Klage auch das zweite Verfahren vollständig erledigt. Das ist offenkundig, wenn der negativen Feststellungsklage stattgegeben wird, gilt aber auch bei Abweisung der zuerst erhobenen negativen Feststellungsklage. Denn damit steht - durch die doppelte Negation - auch rechtskräftig fest, dass der strittige Anspruch oder das strittige Rechtsverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0039157).

(b) Mehr als eine solche Feststellung könnte der Gläubiger auch im zweiten Verfahren (Klage auf Feststellung des Bestehens des Anspruchs oder Rechtsverhältnisses) nicht erreichen. Daraus folgt, dass die Abweisung einer negativen Feststellungsklage in einem späteren Verfahren über eine positive Feststellungsklage nicht etwa - wie nach der älteren Rechtsprechung (3 Ob 392/51 = SZ 24/263; RIS-Justiz RS0039157) - Bindungswirkung dahin entfaltet, dass der späteren Klage stattzugeben wäre. Vielmehr steht der späteren Klage die Einmaligkeitswirkung der Rechtskraft entgegen (1 Ob 60/97y = SZ 70/261, RIS-Justiz RS0013459, RS0039157 [T2]).

1.4. Diese Entscheidungen zeigen den wesentlichen Zusammenhang zwischen Streitanhängigkeit und Rechtskraft. Die Streitanhängigkeit ist die Vorläuferin der Einmaligkeitswirkung und deckt sich in ihren Auswirkungen vollständig mit dieser (1 Ob 60/97y = SZ 70/261; RIS-Justiz RS0109015; zuletzt etwa 5 Ob 50/13h = immolex 2013, 301 [Klein] = wobl 2013, 303 [Klicka]). Wenn nach Abschluss des

ersten Verfahrens ein bestimmtes weiteres Verfahren wegen der Einmaligkeitswirkung der ersten Entscheidung nicht geführt werden dürfte, gibt es keinen Grund, dieses weitere Verfahren während der Anhängigkeit des ersten Verfahrens zuzulassen. Streitanhängigkeit liegt daher vor, wenn der später geltend gemachte (prozessuale) Anspruch durch die rechtskräftige Entscheidung des Vorprozesses ebenfalls abschließend rechtskräftig erledigt wird (3 Ob 501/85; 7 Ob 112/00x = ZfRV 2001, 30; 1 Ob 281/01g = MietSlg 53.730; RIS-Justiz RS0039196 [T10]). Demgegenüber genügt die potentielle Bindungswirkung der im ersten Verfahren ergehenden Entscheidung für die Annahme von Streitanhängigkeit nicht (5 Ob 671/82 = EFSlg 41.688). So hindert etwa eine Oppositionsklage trotz zweifellos bestehender Präjudizialität nicht das Erheben einer weiteren Klage auf Rückzahlung der vom Beklagten exekutiv hereingebrachten Beträge (3 Ob 172/82 = RpflSlg E 1983/117; RIS-Justiz RS0112767).

1.5. Genau darin liegt aber der Unterschied zwischen einer Streitanhängigkeit im Sinn der ständigen Rechtsprechung und der hier zu beurteilenden Situation: Eine abweisende Entscheidung im Verfahren über die negative Feststellungsklage führt im vorliegenden Fall gerade nicht dazu, dass ein vollstreckbarer Titel über den Zahlungsanspruch der Klägerin entstände. Eine spätere Leistungsklage würde daher nicht an der Einmaligkeitswirkung der Rechtskraft scheitern, denn die Klägerin kann nur durch eine solche Klage einen Leistungsbefehl gegen die Beklagte erwirken. Im Folgeverfahren wäre daher nicht die Einmaligkeitswirkung, sondern (nur) die Bindungswirkung der Vorentscheidung zu

beachten. Das schließt aber nach der dargestellten Rechtsprechung die Annahme von Streitanhängigkeit aus.

1.6. Die umgekehrte Situation - zuerst Leistungsklage, dann Klage auf Feststellung, dass dieselbe Forderung nicht besteht - ist zwar nach der Rechtsprechung anders zu beurteilen; hat die spätere Feststellungsklage kein weitergehendes Rechtsschutzziel als die Abwehr des Anspruchs, so liegt danach Streitanhängigkeit vor (3 Ob 519/53 = SZ 26/204; 6 Ob 672/90 = Jus-Extra OGH-Z 727; vgl auch 3 Ob 185/08i = SZ 2008/170). Das folgt aber daraus, dass die Abweisung der Leistungsklage in einem solchen Fall auch die negative Feststellungsklage abschließend erledigt. Insofern kommt es daher sehr wohl auf die Reihenfolge der Klagen an. Zwar wäre es denkbar, in einem solchen Fall nicht Streitanhängigkeit, sondern nur fehlendes rechtliches Interesse iSv § 228 ZPO anzunehmen, was nicht zur Zurück-, sondern zur Abweisung führte. Für die Entscheidung des vorliegenden Falls ist das aber unerheblich.

1.7. Aus der vom Berufungsgericht und der Rechtsmittelwerberin zitierten Entscheidung 7 Ob 254/03h (= SZ 2003/149) ergibt sich nichts anderes. Dort ging es nicht um das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit, sondern der Oberste Gerichtshof stellte lediglich unter Hinweis auf Vorjudikatur (3 Ob 36/99m = RdW 2000, 347 und 1 Ob 55/99s = EvBl 1999/145) klar, dass bei Erheben einer Leistungsklage erst nach einer abweisenden Entscheidung über die negative Feststellungsklage ein Verjährungseinwand des Schuldners an der Replik der Arglist scheitern müsste. Das bedeutet aber nicht, dass eine solche Leistungsklage nach Ansicht des dort erkennenden Senats vor rechtskräftiger Erledigung des Vorprozesses nicht zulässig wäre.

2. Die bisherige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs führt daher für die hier zu beurteilende Fallgestaltung geradezu zwingend zur Verneinung der Streitanhängigkeit. Der Senat sieht keinen Grund, von dieser Rechtsprechung abzugehen.

2.1. Nach einhelliger Lehre steht eine Feststellungsklage einer späteren Leistungsklage mangels Identität der Begehren nicht entgegen (*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² [1990] Rz 1187; *Mayr* in *Fasching/Konecny*² § 233 ZPO Rz 9; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*³ §§ 232-233 ZPO Rz 10; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ [2010] Rz 716). Diese Ausführungen beziehen sich zwar offenkundig in erster Linie auf das Verhältnis zwischen positiver Feststellungsklage und Leistungsklage; ein Grund für eine andere Beurteilung der hier strittigen Konstellation ist aber nicht erkennbar.

2.2. Auch die deutsche Rechtsprechung verneint - bei im Kern gleicher Rechtslage - für die hier strittige Fallgestaltung die Streitanhängigkeit, sondern nimmt ganz im Gegenteil an, dass die spätere Leistungsklage das rechtliche Interesse an der negativen Feststellungsklage wegfallen lasse (I ZR 230/85 = BGHZ 99, 340; I ZR 30/92 = NJW 1994, 3107; X ZR 17/03 = BGHZ 165, 301 [309]; anders wegen Art 27 EuGVVO [früher Art 21 EuGVÜ] bei späterer Leistungsklage in einem anderen Mitgliedstaat der EU VIII ZR 54/95 = BGHZ 134/201; VIII ZR 135/08 = NJW 2010, 3452 mwN; Nachweise bei *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴ § 256 Rz 251 und § 261 Rz 95 mwN). An diesem Ergebnis wird allerdings im deutschen Schrifttum - vor allem aus prozessökonomischen Gründen und unter Hinweis auf den weiteren Streitgegenstandsbegriff des

EuGH (dazu unten 2.3.) - Kritik geübt (*Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴ § 256 Rz 255; *Becker/Eberhard* in *MüKo ZPO⁴ § 256 Rz 61 f, 67, und § 261 Rz 65*; *H. Roth* in *Stein/Jonas*²² § 256 Rz 97 und § 261 Rz 31; alle mwN; ausführlich *Gruber*, Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozess - Plädoyer für eine Neubewertung, ZZP 117 [2004] 133). Dabei werden zwei Lösungen vorgeschlagen: Einerseits das Bestehenbleiben des rechtlichen Interesses für die Feststellungsklage mit (möglicher) Aussetzung des später eingeleiteten Verfahrens über die Leistungsklage (*Assmann* aaO § 256 Rz 255), andererseits - mehrheitlich - die Annahme von Streitanhängigkeit, wenn die Leistungsklage nicht beim Gericht des Vorprozesses erhoben wird (*H. Roth* aaO § 256 Rz 96, *Becker/Eberhard* aaO § 261 Rz 65; *Gruber*, ZZP 117 [2004] 154 ff mwN). Nach der letztgenannten Ansicht bleibt daher die Widerklage beim Gericht des zuerst eingeleiteten Verfahrens zulässig; die Verfahren seien dort zu verbinden.

2.3. Die letztgenannte Auffassung führt im Ergebnis dazu, dass die Zulässigkeit des zweiten Verfahrens in rein nationalen Fällen gleich beurteilt würde wie bei Verfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

(a) Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht, so setzt das später angerufene Gericht nach Art 27 EuGVVO sein Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht; sobald die Zuständigkeit feststeht, „erklärt sich das später angerufene Gericht zugunsten dieses Gerichts für unzuständig“. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liegt „derselbe Anspruch“ auch dann vor, wenn

eine Leistungsklage - wie hier - der negativen Feststellungsklage folgt (C-406/92, *Tatry*, Slg 1994 I-05439; vgl dazu etwa *Kropholler/Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹ [2011] Art 27 Rz 10; *Mayr* in *Fasching/Konecny*² Art 27 EuGVVO Rz 16; *McGuire*, Verfahrenscoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht [2004] 78 ff).

(b) Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass sich das (später) mit der Leistungsklage befasste Gericht nach Feststehen der Zuständigkeit des erstangerufenen Gerichts zu dessen Gunsten „für unzuständig erklären muss“. Der Gläubiger ist daher auf die Leistungswiderklage beim - dafür regelmäßig nach Art 6 Nr 3 EuGVVO zuständigen - erstangerufenen Gericht verwiesen (*Kropholler/Hein* aaO; BGH X ZR 17/03 = BGHZ 165, 301). Dort können die Verfahren verbunden werden, was einander widersprechende Entscheidungen verhindert. Bei genauer Betrachtung begründet Art 27 EuGVVO daher gerade nicht ein europaweit zu beachtendes Prozesshindernis der Streitanhängigkeit im Sinn des österreichischen oder deutschen Zivilprozessrechts. Vielmehr konzentriert diese Bestimmung die Zuständigkeit für die Entscheidung über den - weit verstandenen - „selben Anspruch“ beim erstangerufenen Gericht.

2.4. Diese Lösung hat rechtspolitisch viel für sich. Im österreichischen Prozessrecht steht ihr allerdings die ausdrückliche Anordnung in § 233 Abs 1 ZPO entgegen, wonach „über den geltend gemachten Anspruch weder bei demselben noch bei einem anderen Gerichte ein Rechtsstreit durchgeführt werden darf.“ Danach besteht entweder Streitanhängigkeit, oder sie besteht nicht; eine Mittellösung, wonach das Prozesshindernis nur bei anderen Gerichten als

bei jenem des zuerst eingeleiteten Verfahrens besteht, ist mit diesem Wortlaut unvereinbar. Eine nachträglich entstandene Gesetzeslücke, die durch analoge Anwendung von Art 27 EuGVVO zu füllen wäre, liegt nach Ansicht des Senats nicht vor: Die europäische Bestimmung dient der Koordination von Verfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten. Mangels einheitlichen Prozessrechts kann diese Koordination nur dadurch erfolgen, dass die Zuständigkeit bei einem der Gerichte konzentriert wird, das dann nach seinem Verfahrensrecht dafür sorgt, dass keine einander widersprechenden Entscheidungen ergehen. Diese Problematik besteht in rein nationalen Fällen nicht, wenn das bei beiden betroffenen Gerichten anwendbare Verfahrensrecht andere Mechanismen vorsieht, um eine Entscheidungsdivergenz und unnötigen Prozessaufwand zu verhindern. In Österreich wäre das - wie schon das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat - die Unterbrechung eines der beiden Verfahren nach § 190 ZPO (vgl 5 Ob 671/82); denkbar wäre auch eine Delegation des zweiten Verfahrens zum erstangerufenen Gericht (§ 31 JN), die eine Verbindung der Verfahren ermöglichte. Damit besteht aber keine zwingende Notwendigkeit, von vornherein eine im System der ZPO nicht vorgesehene Konzentration der Zuständigkeit beim erstangerufenen Gericht anzunehmen. Hingegen werden es prozessökonomische Erwägungen rechtfertigen, dass das Einbringen der Leistungsklage - anders als nach der deutschen Rechtsprechung (oben 2.2.) - das rechtliche Interesse (§ 228 ZPO) für die früher erhobene negative Feststellungsklage jedenfalls dann nicht wegfallen lässt, wenn dort bereits mit der Beweisaufnahme begonnen wurde.

3. Zur Klarstellung ist zu der zwischen den Parteien strittigen Frage Stellung zu nehmen, ob die

Aufhebung der SNT-VO 2005 (idF 2009) auch im vorliegenden Verfahren zu beachten ist.

3.1. Nach Art 139 Abs 6 B-VG sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an die Aufhebung einer Verordnung durch den Verfassungsgerichtshof gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist die Verordnung aber weiterhin anzuwenden, „sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht“. Eine entsprechende Bestimmung enthält Art 140 Abs 7 B-VG für die Aufhebung eines Gesetzes. Im vorliegenden Fall war das Verfahren über die negative Feststellungsklage zwar nicht Anlassfall der Aufhebung, wohl aber hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Verordnung auch in diesem Verfahren nicht anzuwenden sei. Fraglich ist, ob das auch im Verfahren über die Leistungsklage gilt.

3.2. Der Begriff „Anlassfall“ wird in der Lehre unterschiedlich definiert. Nach einer Ansicht handelt es sich um den „Sachverhalt“, der im Anlassverfahren zur Beurteilung ansteht (*Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 140 B-VG Rz 321; *Ruppe*, Der Anlassfall, in *Holoubek/Lang*, Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen [2010] 175 [184]), andere Autoren beziehen den Begriff unmittelbar auf die „konkrete Rechtssache“ oder das „anhängige Verfahren“, das zur Aufhebung der Norm geführt habe (*Schäffer/Kneih*s in *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 140 Rz 92*; *Aichlreiter* in *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 139 Rz 32*). Diese Definitionen wird man auch für die hier erfolgte Anlassfallerstreckung auf ein weiteres Verfahren heranziehen können. Sie unterscheiden sich - möglicherweise ohne dass die Autoren das beabsichtigt

hätten - im hier entscheidenden Punkt: Ist der Sachverhalt des Anlassverfahrens der „Anlassfall“, dann ist die Wirkung der Aufhebung nicht auf dieses Verfahren beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf weitere Verfahren, in denen derselbe rechtserzeugende Sachverhalt nach derselben aufgehobenen Norm zu prüfen wäre. Ist hingegen nur das Anlassverfahren erfasst, so wäre derselbe Sachverhalt in allenfalls später anhängig werdenden Verfahren wieder nach der aufgehobenen Norm zu beurteilen.

3.3. Nach Auffassung des Senats kann dem Verfassungsgesetzgeber nur die erstgenannte Interpretation unterstellt werden. Denn eine Anknüpfung ausschließlich an das Anlassverfahren führte dazu, dass in einem - aus welchem Grund auch immer notwendig werdenden - weiteren Verfahren, das dieselbe Rechtsfrage zum selben Sachverhalt betrifft, auf anderer rechtlicher Grundlage und damit regelmäßig auch im Ergebnis anders entschieden würde als im ersten Verfahren. Eine sachliche Rechtfertigung für ein solches Schaffen einander widersprechender Entscheidungen ist aber nicht einmal ansatzweise zu erkennen. Besonders deutlich wird das im vorliegenden Fall: Es wäre geradezu absurd, wenn zwei Verfahren über den Bestand derselben Forderung auf unterschiedlicher rechtlicher Grundlage zu führen wären, was wohl auch eine Rechtskraftwirkung der Entscheidung im ersten Verfahren für das zweite Verfahren ausschliesse. Das zweitangerufene Gericht müsste daher möglicherweise sehenden Auges eine mit den Ergebnissen des Vorverfahrens unvereinbare Entscheidung treffen. Ein solches Ergebnis verstieße gegen den Grundsatz der Einheit und Nichtwidersprüchlichkeit der Rechtsordnung (6 Ob 229/09h mwN; vgl RIS-Justiz RS0008856, RS0116996, RS0116275). Der Ausspruch des Verfassungsgerichtshofs, die aufgehobene

Norm sei im Verfahren über die negative Feststellungsklage nicht anzuwenden, muss daher auch das später eingeleitete Leistungsverfahren erfassen.

4. Aus diesen Gründen muss der Revisionsrekurs der Beklagten scheitern. Im fortgesetzten Verfahren ist die vom Verfassungsgerichtshof aufgehobene Verordnung nicht anzuwenden. Ob das Verfahren bis zur Erledigung der negativen Feststellungsklage zu unterbrechen ist, haben die Vorinstanzen zu beurteilen. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Die Anhängigkeit des Streits über eine Klage auf Feststellung, dass ein bestimmter Anspruch nicht bestehe, steht einer Klage auf Erfüllung dieses Anspruchs nicht entgegen.

Hat der Verfassungsgerichtshof die Anlassfallwirkung eines normaufhebenden Erkenntnisses auf ein Verfahren über eine negative Feststellungsklage erstreckt, so ist die aufgehobene Norm auch in einem späteren Verfahren über eine denselben rechtserzeugenden Sachverhalt betreffende Leistungsklage nicht anzuwenden.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Die Beklagte ist im Zwischenstreit über das Prozesshindernis der Streitabhängigkeit unterlegen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 23. April 2014
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: