Was alle übrigen Netzzugangsstreitigkeiten (also nicht das „Ob," sondern das „Wie") betrifft, insbesondere also Streitigkeiten über die anzuwendenden Bedingungen und Systemnutzungstarife, entscheiden gemäß § 21 Abs 2 ElWOG die Gerichte. Eine Klage kann jedoch erst nach Zustellung eines Bescheides der Elektrizitäts-Control Kommission im Streitschlichtungsverfahren gemäß § 16 Abs 1 Z 5 ECG[42]) eingebracht werden. Dem gerichtlichen Verfahren über Netzzugangsfragen ist somit zwingend ein Schlichtungsverfahren vor der Elektrizitäts-Control Kommission vorgelagert[43]). Deren bescheidmäßige Entscheidung tritt im Falle der Anrufung des Gerichts binnen vier Wochen nach Bescheidzustellung außer Kraft[44]) (sukzessive Kompetenz[45])).

3. Hinwirken auf Änderungen von AGB und Entgelten

Als weitere Rechtsbehelfe bei Streitigkeiten über die Bedingungen des Netzzugangs kommen die Anregung auf ein Tätigwerden der Elektrizitäts-Control Kommission gemäß §§ 24, 31 ElWOG (Vorschreibung von Änderungen von Allgemeinen Bedingungen der betreffenden Netzbetreiber) oder ein Antrag auf die Erlassung oder Änderung von Bescheiden oder Verordnungen über die Systemnutzungstarife gemäß §§ 25, 55 ElWOG in Frage. Bei Zweifeln über die Kostenorientierung der mit Verordnung festgesetzen Systemnutzungstarife bleibt unzureichenderweise lediglich deren Anfechtung vor dem Verfassungsgerichtshof wegen Gesetzwidrigkeit.

4. Wettbewerbsaufsicht der Elektrizitäts-Control GmbH

Alternativ zur Anrufung der Elektrizitäts-Control Kommission[46]) kommt darüber hinaus die Antragstellung an die Elektrizitäts-Control GmbH wegen wettbewerbswidriger Praktiken marktmächtiger Netzbetreiber gemäß § 9 Abs 1 Z 1 ECG in Frage. Abgesehen von dem dort ausdrücklich genannten Fall der Diskriminierung durch Monopolisten wird diese Bestimmung jedoch möglicherweise zu unbestimmt sein, um selbst Grundlage von wettbewerbsbehördlichen Bescheiden sein zu können[47]).

[42]) Auf Grund eines Redaktionsversehens geht die Verweisung des § 21 Abs 2 ElWOG auf Art 8 § 7 Abs 2 und Abs 3 Energieliberalisierungsgesetz ins Leere. Gemeint ist wohl die im Text genannte Bestimmung.

[43]) Die Elektrizitäts-Control Kommission hat gemäß § 20 ECG iVm § 73 AVG längstens binnen sechs Monaten zu entscheiden.

[44]) § 16 Abs 3 ECG.

[45]) Vgl *Feiel/Urbantschitsch* aaO, FN 38; *Raschauer* aaO, FN 33.

[46]) Vgl zur ähnlichen Rechtslage im Telekommunikationsrecht *Lattenmayer*, Rechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten von Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen, ecolex 2001, 486 (488).

[47]) So zB *Wollmann* aaO, 550.

Internationale Streitanhängigkeit: Hoffnungsträger zahlungsunwilliger Schuldner

von RA Dr. **Dietmar Czernich**, LL.M., Innsbruck

I. Einleitung
II. Herbeiführung der Streitanhängigkeit zur Erzielung der Blockadewirkung
1. Keine Überprüfungskompetenz des Gerichts a limine
2. Weiter Streitgegenstandsbegriff
3. Zeitpunkt des Eintretens der Streitanhängigkeit
4. Zwischenzusammenfassung
III. Abwehrmechanismen
1. Überprüfungsbefugnis des Gerichts
2. Missbrauchsvorbehalt
IV. Lösungsvorschlag

Deskriptoren: Forum Shopping; internationale Streitanhängigkeit; Missbrauchsvorbehalt; Streitgegenstandsbegriff; Überprüfung der Zuständigkeit.
EuGVÜ: Art 21; LGVÜ: Art 21; VO der Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen.

I. Einleitung

Das EuGVÜ verleiht einem Kläger in vielen Fällen konkurrierende Wahlgerichtsstände, die neben den Wohnsitzgerichtsstand des Beklagten (Art 2 EuGVÜ) treten. Aus der Mehrzahl von Gerichtsständen resultiert die Möglichkeit von Parallelverfahren in verschiedenen Vertragstaaten, die um denselben Streitgegenstand geführt werden[1]). Da das EuGVÜ von der ipso iure Anerkennung von Urteilen vertragstaatlicher Gerichte ausgeht[2]), musste das EuGVÜ eine Regelung über die (internationale) Streitanhängigkeit treffen, um der Gefahr vorzubeugen, dass das früher rechtskräftig

[1]) *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Rz 1 zu Art 21.

[2]) *Czernich/Tiefenthaler*, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, Rz 1 zu Art 26; *Burgstaller/Ritzberger* in Burgstaller, Internationales Zivilverfahrensrecht, 108.

entschiedene Verfahren das noch laufende in einem anderen Vertragsstaat präjudiziert[3]).

Im Kern verwirklicht das EuGVÜ dieses Regelungsbedürfnis in der Form, dass es das Prioritätsprinzip entscheiden lässt: Das in derselben Sache später angerufene Gericht hat das vor ihm anhängige Verfahren zunächst auszusetzen. Spricht das zuerst angerufene Gericht seine Zuständigkeit aus, um in der Sache selbst zu entscheiden, hat das später angerufene Gericht die Klage zurückzuweisen. Nur wenn das zuerst angerufenene Gericht seinerseits die Klage wegen Unzuständigkeit zurückweist, hat das später angerufene Gericht das Verfahren fortzusetzen.

II. Herbeiführung der Streitanhängigkeit zur Erzielung der Blockadewirkung

Es bedarf keiner ausgeprägten Fantasie, sich ein gezieltes Anwendungsgebiet der internationalen Streitanhängigkeit vorzustellen: Wenn der potenzielle Beklagte in einem anderen Staat mit langsam arbeitenden Gerichten dort zuerst eine negative Feststellungsklage mit dem Begehren einbringt, dass der bald vom Kläger gestellte Anspruch nicht bestehe, kann er dadurch die Leistungsklage auf viele Jahre hindurch blockieren[4]). Ein Schuldner, der langsame Gerichte sucht, wird etwa in Italien fündig. Hier dauert es – je nach Gericht und Landesteil – zwei und mehr Jahre, bis das Gericht über seine (Un-)Zuständigkeit entscheidet, Rechtsmittelverfahren nicht eingerechnet[5]). Hält man sich vor Augen, dass über eine Leistungsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung des italienischen Gerichts über seine (Un-)Zuständigkeit wegen der somit vorliegenden internationalen Streitanhängigkeit nicht entschieden werden kann, verdeutlicht dies, wie das Institut der internationalen Streitanhängigkeit instrumentalisiert werden kann.

Das EuGVÜ enthält mehrere Faktoren, die den Missbrauch der internationalen Streitanhängigkeit zur Blockierung des Leistungsklage begünstigen:

1. Keine Überprüfungskompetenz des Gerichtes a limine

Würde das Gericht seine Zuständigkeit schon bei Einbringung der Klage beurteilen können, so wäre die durch die Initiierung eines Parallelverfahrens gewonnene Blockadezeit gering. Das EuGVÜ sieht allerdings außerhalb der Zwangszuständigkeiten des Art 16 EuGVÜ und vermutlich auch außerhalb Verbrauchersachen[6]) keine amtswegige Prüfung der Zuständigkeit schon bei Klagseinbringung vor. Vielmehr haben die vertragsstaatlichen Gerichte jede Klage anzunehmen und dem Beklagten zuzustellen, auch wenn noch so eindeutig ist, dass keine Zuständigkeit besteht, eine Feststellungsklage unzulässig ist oder der geltend gemachte Anspruch nicht besteht[7]).

Die Prüfung der Zuständigkeit erfolgt nach Art 18 EuGVÜ erst nach Einrede des Beklagten oder amtswegig, wenn er sich nicht auf das Verfahren einlässt[8]). Dies führt zu dem Ergebnis, dass eine Sache trotz ihrer Eigenschaft als reiner Binnensachverhalt vor jedes vertragstaatliche Gericht gebracht werden kann und die Zuständigkeitsentscheidung einige Zeit in Anspruch nimmt. Das ausländische Gericht wird die Klage zwar wegen Unzuständigkeit zurückweisen, soweit der Beklagte sich nicht einlässt oder die Einrede der Unzuständigkeit erhebt, und der Kläger verliert das Verfahren. Jedoch geschieht dies etwa im Falle Italiens regelmäßig erst nach mehreren Jahren und somit zu einem Zeitpunkt, zu dem der vom Kläger intendierte Zweck – Blockierung der Leistungsklage – schon überwiegend erfüllt ist.

2. Weiter Streitgegenstandsbegriff

Zum Zweiten hat der EuGH in Auslegung des Art 21 EuGVÜ durch seine „Kernpunkttheorie"[9]) einen sehr weiten Streitgegenstandsbegriff entwickelt[10]). Demnach liegt Streitanhängigkeit iS Art 21 EuGVÜ immer dann vor, wenn sich beide Verfahren im Kern um dieselbe Frage drehen. Insbesondere hat der EuGH ausgesprochen, dass eine Klage auf Leistung aus einem Vertrag und eine Klage auf Feststellung[11]) der Unwirksamkeit dieses Vertrages dieselbe Sache iS Art 21 EuGVÜ betreffen[12]). Jeder Schuldner, der aus einem Vertrag

[3]) Vgl grundlegend zur internationalen Streitanhängigkeit Epple, Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (1992); *Tiefenthaler*, Die Streitanhängigkeit nach Art 21 Lugano-Übereinkommen, ZfRV 1997, 67; *Gaedke*, Konkurrenz inländischer und ausländischer Verfahren – Tatbestand und Rechtsfolgen der internationalen Streitanhängigkeit, ÖJZ 1997, 286.

[4]) Vgl zu dem daraufhin geprägten Begriff des „Forum running" *Herzog*, Brussels and Lugano, Should you race to the Courthouse or Race for a Judgment, Am.J.Com.L. 1995, 379; *Zeiler*, Forum Shopping in Europa, ecolex 1996, 725; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Rz 31, 32 zu Art 21.

[5]) Vgl dazu *Wolff*, Reform des italienischen Zivilverfahrens, AnwBl 2001, 457.

[6]) OLG Koblenz, 8.3.200 RIW 2000, 636 = IPRax 2001, 334; *Czernich*, EuGVÜ: Die Rückkehr der a-limine Zurückweisung in Verbrauchersachen ÖRZ 2001, 139; AA *Mankowski*, Gerichtsstand der rügelosen Einlassung in europäischen Verbrauchersachen, IPRax 2001, 310.

[7]) OGH 23.2.1998, JBl 1998, 726; OGH 10.12.1998, RdW 1999, 349; *Burgstaller*, Probleme der Prorogation nach dem Lugano-Übereinkommen, JBl 1998, 691, 696; *Mayr*, Das „Europäische Zivilprozessrecht" und Österreich, ÖJZ 1997, 847; *Czernich*, Mahnverfahren und Lugano-Übereinkommen, ÖRZ 1997, 189.

[8]) EuGH Slg 1985, 787, 798 – Spitzley/Sommer.

[9]) Den Begriff hat *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl Rz 7 zu Art 21.

[10]) Der OGH folgt dieser Kernpunkttheorie; siehe OGH 25.2.1999 6 Ob 139/98d.

[11]) Vgl dazu *P. Huber*, Fragen zur Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ – Deutliche Worte des EuGH, JZ 1995, 603.

[12]) EuGH Slg 1987, 4861 – Gumbisch/Palumbo; zuletzt OGH 25.2.1999 6 Ob 139/98d und OGH 22.2.2001 6 Ob 295/00a.

in Anspruch genommen wird, kann somit durch eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit dieses Vertrages den Leistungsanspruch blockieren. Im Falle von Schadenersatzbegehren wird der potenziell Schadenersatzpflichtige eine Klage auf Feststellung einbringen, wonach er für den Schadensfall nicht hafte[13]).

Keine Identität des Streitgegenstands liegt jedoch vor, wenn in einem Staat ein Hauptverfahren geführt wird, in einem anderen jedoch nur ein Sicherungs- oder Provisorialverfahren und die Eilentscheidung im Widerspruchsfall zur Hauptentscheidung zurücktritt[14]). In diesem Fall besteht die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nicht, sodass für die Blockadewirkung des Art 21 EuGVÜ kein Raum bleibt.

3. Zeitpunkt des Eintretens der Streitanhängigkeit

Zum Dritten kommt es bei der Frage der Blockadewirkung alleine auf Prioritätsgesichtspunkte an. Der durchaus nahe liegende Gedanke, der Leistungsklage solle unabhängig von der zeitlichen Priorität Vorrang zukommen, wurde vom EuGH nicht aufgegriffen, obwohl eine Leistungsklage auch über das Feststellungsbegehren abspricht.

Unter Herrschaft des EuGVÜ wird der maßgebliche Zeitpunkt für das Eintreten der Streitanhängigkeit unter Rückgriff auf die lex fori bestimmt[15]): Demnach legt das jeweilige Prozessrecht fest, ob die Streitanhängigkeit bereits mit Einlangen der Klage bei Gericht oder erst bei Zustellung an den Beklagten eintritt. Somit kann ein Beklagter den Kläger „überholen", indem er seine negative Feststellungsklage bei einem Gericht einbringt, nach dessen Verfahrensrecht bereits der Eingang bei Gericht die Streitanhängigkeit auslöst, und nicht wie nach österreichischem Recht erst mit Zustellung an den Beklagten[16]).

Dieser Misstand wird durch die EuGVVO[17]) insoweit etwas entschärft, als dass Art 30 EuGVVO den Zeitpunkt des Eintretens der Streitanhängigkeit vertragsautonom bestimmt und festlegt, dass es grundsätzlich auf das Einlangen der Klage bei Gericht ankommt.

4. Zwischenzusammenfassung

Aus dem dargestellten ergibt sich, dass Art 21 EuGVÜ – zweifellos ungewollt – als Blockademechanismus zur Abwehr von Leistungsklagen instrumentalisiert werden kann. Die Leistungsklage kann zwar nicht endgültig abgewehrt, jedoch lange genug verzögert werden, um die Vergleichswilligkeit des Klägers erheblich zu fördern. Unter diesem Gesichtspunkt investieren potenzielle Beklagte gerne in die Kosten des ausländischen Parallelverfahrens.

III. Abwehrmechanismen

Der Zweck des Art 21 EuGVÜ liegt in der Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen und nicht in der Blockierung von Leistungsklagen[18]). Dies wäre auch mit der Präambel[19]) zum EuGVÜ unvereinbar, wonach der Zweck des Übereinkommens in der Verbesserung des Rechtsschutzes besteht, und nicht etwa in der Verschlechterung desselben durch den Missbrauch der internationalen Streitanhängigkeit. Es fragt sich also, ob die Blockadewirkung des Art 21 EuGVÜ auch dann eintritt, wenn das ausländische Parallelverfahren ausschließlich mit dem offensichtlichen Zweck begonnen wurde, die bevorstehende Leistungsklage zu blockieren.

1. Überprüfungsbefugnis des Gerichts

Die eleganteste Möglichkeit zur Hintanhaltung des Missbrauchs des Art 21 EuGVÜ läge darin, dem hinsichtlich der Leistungsklage angerufenen Gericht die Kompetenz zu geben zu prüfen, ob das zuvor hinsichtlich der negativen Feststellungsklage angerufene Gericht unzuständig ist. Sollte das später angerufene Gericht zur Überzeugung kommen, dass das früher angerufene Gericht unzuständig ist, kann es das Leistungsverfahren ohne die Gefahr fortführen und beenden, dass einander widersprechende Entscheidungen entstehen könnten.

Der EuGH[20]) hat es unter Hinweis auf die Gleichwertigkeit aller mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch abgelehnt, dem später angerufenen Gericht die Kompetenz zuzubilligen, über die Zuständigkeit des früher angerufenen Gerichts zu befinden[21]). Der EuGH ist – nicht ganz unzutreffend – der Auffassung, das früher angerufene Gericht sei durchaus selbst in der Lage, über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Somit darf das später angerufene Gericht das Verfahren auch dann nicht fortführen, wenn es von der Unzuständigkeit des früher angerufenen Gerichts überzeugt ist.

2. Missbrauchsvorbehalt

In den meisten Fällen ist leicht ersichtlich, dass das ausländische Parallelverfahren nur zur Erreichung der Blockadewirkung angestrengt wurde.

[13]) EuGH Slg 1994 I 5439 – Tatry/Maciej.

[14]) *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Rz 37, 38 zu Art 21.

[15]) EuGH Slg 1984, 2397, 2408 – Zelger/Salinitri II; *Czernich/Tiefenthaler*, Die Übereinkomen von Lugano und Brüssel, Art 21 Rz 5.

[16]) § 232 ZPO.

[17]) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2001 Nr L 12, tritt am 1. 3. 2002 in Kraft.

[18]) Ganz hA, vgl *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, Rz 1, 2 vor Art 21; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Rz 1 zu Art 21.

[19]) Vgl den ersten Erwägungsgrund der Präambel: „In dem Bestreben, in ihren Hoheitsgebieten den Rechtsschutz der dort ansässigen Personen zu verstärken . . .".

[20]) EuGH 27.6.1991, IPRax 1993, 21 – Overseas Union/New Hampshire; vgl dazu *Rauscher/Gutknecht*, Teleologische Grenzen des Art 21 EuGVÜ?, IPRax 1993, 21.

[21]) So auch OGH 22.2.2001 6 Ob 295/00a.

Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Sache zu dem Staat, in dem das frühere Verfahren begonnen wurde, keine oder keine maßgeblichen Beziehungen hat. Dem Unterbrechungsantrag könnte somit eine eceptio doli entgegengehalten werden. Die überwiegende Meinung in Deutschland[22]) befürwortet[23]) somit, dass die Missbrauchseinrede „in extremen Fällen" die Blockadewirkung beseitigt.

Dem ist die Rechtsprechung jedoch nicht gefolgt. Zur Frage der Missbrauchseinrede hat das OLG München[24]) im gegenwärtig leading case Stellung genommen: Nach Ansicht des OLG München lässt Art 21 EuGVÜ keinen Raum für eine Missbrauchseinrede. Vielmehr trete die Unterbrechungswirkung auch dann ein, wenn das Parallelverfahren verschleppt wird, weil es auf den Zweck des ausländischen Parallelverfahrens nicht ankommt. Vielmehr verbiete es der dem EuGVÜ immanente Grundsatz der Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte, darauf abzustellen, ob das ausländische Gericht das Verfahren zügig vorantreibe oder ob die Erledigungsfristen dieses Gerichts zumutbar seien oder nicht.

IV. Lösungsvorschlag

Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte ist einer der Grundpfeiler des EuGVÜ, an dem nicht gerüttelt werden darf[25]). Ein anderer Grundpfeiler ist jedoch auch die Verbesserung des Rechtsschutzes bei grenzüberschreitenden Verfahren. Eine Kollision dieser Prinzipien im Hinblick auf die internationale Streitanhängigkeit kann nur vermieden werden, wenn man auf die Parteienabsicht abstellt. Besteht diese ausschließlich darin, durch den früheren Parallelprozess einen Leistungsprozess zu verschleppen, so steht fest, dass es in dem früheren Verfahren zu keinem Urteil kommen wird, weil der Kläger darin gar kein Interesse hat. Somit ist die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen – deren Vermeidung Art 21 EuGVÜ dient – jedoch gebannt. Gleichzeitig wird vermieden, dass das später angerufene Gericht über die Zuständigkeit des frührer angerufenen Gerichts oder dessen Erledigungszeiten zu befinden hat.

Durch das Abstellen auf die Parteienabsicht wird somit sowohl dem Zweck des Art 21 EuGVÜ Genüge getan als auch vermieden, dass ein Gericht über die Effizienz eines anderen Gerichts zu befinden hat. Würde man jegliche subjektiven Elemente außer Betracht lassen, würde dies der Missbrauchsmöglichkeit des Art 21 EuGVÜ weiter Vorschub leisten, zumal die EuGVVO keine legistische Abhilfe des Problems bringt.

[22]) *Zöller/Geimer*, ZPO 20. Aufl. Art 21 EuGVÜ Rz 22; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht² Rz 47 zu Art 21 EuGVÜ; MünchKomm/*Gottwald*, ZPO, Art 21 Rz 12; *Safferling* in Bülow/Böchstiegl/Geimer/Schütze, Rz 16 zu Art 21 EuGVÜ; *Baumbach/Albers*, ZPO 54. Aufl. Art 21 EuGVÜ Rnr 1.

[23]) Anders nur *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl Rz 20 zu Art 21, der die Meinung vertritt, auf Aspekte der Prozessverschleppung komme es „grundsätzlich" nicht an.

[24]) OLG München 2.6.1998 RIW 1998, 631.

[25]) EuGH 27.6.1991, IPRax 1993, 21 – Overseas Union/New Hampshire

Europarecht: Das Neueste auf einen Blick

1. Binnenmarkt
2. Wettbewerb
3. Zusammenschlüsse

1. Binnenmarkt

Unser erster Blick gilt natürlich den Ergebnissen der Ratstagung der Binnenmarktminister vom 27. September:

a) Über eine RL für Nahrungsergänzungen[1])

erzielte der Rat gegen die Stimmen Österreichs, Dänemarks und Griechenlands bei Enthaltung Spaniens eine Grundsatzeinigung.

Unter Nahrungsergänzungen werden Erzeugnisse wie Vitamine oder Mineralstoffe verstanden, zu denen die europäischen Verbraucher greifen, um tatsächliche oder vermeintliche Mängel in ihrer Ernährung zu beseitigen.

Die Kom ortete in den Vorschriften der MS über Nahrungsergänzungen unterschiedliche Vorschriften über Zusammensetzung, Verabreichung, Reinheitsvorschriften, Beschreibung, Kennzeichnung und Genehmigungsverfahren. Die Anwendung der eigenen Vorschriften auf eingeführte Erzeugnisse führte zu Handelshemmnissen, die die Kom zur Einleitung von 27 Vertragsverletzungsverfahren veranlasste, davon 11 gegen Deutschland, 8 gegen Frankreich und 4 gegen Österreich.

Dem soll nun durch eine europäische RL abgeholfen werden, wobei beispielsweise die Beschriftung eingehend geregelt wird, andererseits aber der zulässige Höchst- und Mindestgehalt der Wirkstoffe von den wissenschaftlichen Ausschüssen bewertet werden soll. Die Beschriftung der Vitaminkapseln beispielsweise soll klare Hinweise für den täglichen Gebrauch, Warnungen vor möglichen Gefahren für die Gesundheit bei Über-

[1]) KomVorschlag KOM(2000) 222 = ABl C 311/2000, 207.