

# TE OGH 2007/7/30 12R128/07t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.07.2007

## **Kopf**

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Taucher als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Hackl-Miheljak und Dr.Seeliger in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Tramposch & Partner, Rechtsanwälte in Eisenstadt, wider die beklagten Parteien 1.) Klara F\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , 2.) D\*\*\*\*\* , wegen EUR 15.184,60 s.A., über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Eisenstadt vom 11.6.2007, 2 Cg 55/07h-7, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Rekurs wird Folge gegeben, der angefochtene Beschluss in seinem Punkt 2.) (Klagszurückweisung) ersetztlos behoben und in seinem Punkt

1.) dahingehend abgeändert, dass er wie folgt zu lauten hat:

„Der Antrag auf neuerliche Zustellung der Klage an die Erstbeklagte unter der neuen Adresse \*\*\*\*\* Linz, \*\*\*\*\* wird bewilligt. Die erstbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei, z.H. der Klagevertreter die mit EUR 66,06 bestimmten Kosten dieses Antrags (darin enthalten EUR 11,01 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Kosten des Rekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten. Der Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

## **Text**

Begründung:

Mit der am 25.5.2007 elektronisch beim Landesgericht Eisenstadt eingebrachten Mahnklage begeht die klagende Partei EUR 15.184,60 an offenen Leasingraten für den von der Beklagten geleasten Mazda RX-8. Nach den Klagsangaben wohnten beide Beklagten in \*\*\*\*\* Neusiedl, \*\*\*\*\*. Das Erstgericht erließ den Zahlungsbefehl laut Klage und bestimmte die Kosten antragsgemäß (Beschluss vom 29.5.2007, ON 2). Die Zahlungsbefehle konnten den Beklagten nicht zugestellt werden, weil sie mit dem Vermerk „verzogen“ an das Erstgericht zurücklangten. Am 6.6.2007 stellte die klagende Partei daraufhin den Antrag auf neuerliche Zustellung der Klage an die erstbeklagte Partei Klara F\*\*\*\*\*.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Antrag auf neuerliche Zustellung der Klage an die Erstbeklagte ab und die Klage hinsichtlich beider Beklagten wegen örtlicher Unzuständigkeit zurück.

Es argumentierte rechtlich, dass ein Verbraucher nur vor dem Gericht seines Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthaltes oder Ort der Beschäftigung geklagt werden könne. Aus dem Zustellantrag ergebe sich die Anschrift der Erstbeklagten in \*\*\*\*\* Linz, \*\*\*\*\*. Aus der ex offo beigeschafften ZMR-Anfrage hinsichtlich des Zweitbeklagten ergebe sich aber, dass der Hauptwohnsitz des Zweitbeklagten an der ursprünglichen Adresse nur im Zeitraum vom 7.9.2005 bis

15.3.2006 gegeben gewesen sei. Der Zweitbeklagte sei ab 18.12.2006 an der neuen Adresse \*\*\*\*\* Linz, \*\*\*\*\* ebenso wie die Erstbeklagte mit Hauptwohnsitz gemeldet. Hinsichtlich eines Konsumenten habe daher am 25.5.2007 die Zuständigkeit des Landesgerichtes Eisenstadt nicht begründet werden können, sodass keine perpetuatio fori eingetreten sei (§ 29 JN). Die Klage sei daher ebenso zurückzuweisen wie der Antrag auf neuerliche Zustellung der Klage. Es argumentierte rechtlich, dass ein Verbraucher nur vor dem Gericht seines Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthaltes oder Ort der Beschäftigung geklagt werden könne. Aus dem Zustellantrag ergebe sich die Anschrift der Erstbeklagten in \*\*\*\*\* Linz, \*\*\*\*\*. Aus der ex offo beigeschafften ZMR-Anfrage hinsichtlich des Zweitbeklagten ergebe sich aber, dass der Hauptwohnsitz des Zweitbeklagten an der ursprünglichen Adresse nur im Zeitraum vom 7.9.2005 bis 15.3.2006 gegeben gewesen sei. Der Zweitbeklagte sei ab 18.12.2006 an der neuen Adresse \*\*\*\*\* Linz, \*\*\*\*\* ebenso wie die Erstbeklagte mit Hauptwohnsitz gemeldet. Hinsichtlich eines Konsumenten habe daher am 25.5.2007 die Zuständigkeit des Landesgerichtes Eisenstadt nicht begründet werden können, sodass keine perpetuatio fori eingetreten sei (Paragraph 29, JN). Die Klage sei daher ebenso zurückzuweisen wie der Antrag auf neuerliche Zustellung der Klage.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der klagenden Partei mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss ersatzlos aufzuheben und dem Antrag der klagenden Partei auf neuerliche Zustellung des bedingten Zahlungsbefehls statzugeben und den beklagten Parteien die Kosten des Rekursverfahrens aufzuerlegen.

Der Rekurs ist berechtigt.

Nach § 41 Abs.1 JN hat jedes Gericht, sobald eine Rechtssache bei ihm anhängig gemacht wird, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Im streitigen Verfahren erfolgt diese Zuständigkeitsprüfung (grundsätzlich) aufgrund der Angaben des Klägers (§ 41 Abs.2 JN). Sobald jedoch über die Klage die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung bestimmt, die Beantwortung der Klage aufgetragen (§ 243 Abs.4 ZPO) oder ein bedingter Zahlungsbefehl (§ 448 ZPO) erlassen worden ist, kann sich das Gericht nur dann für unzuständig erklären, wenn 1.) der Beklagte rechtzeitig die Einrede des Fehlens der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit erhebt; 2.) der Umstand noch nicht geheilt ist (§ 104), dass entweder die inländische Gerichtsbarkeit fehlt oder das Gericht nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes selbst durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien für die betreffende Rechtssache nicht sachlich oder örtlich zuständig gemacht werden kann (§ 43 Abs.1 JN). Hat ein Gerichtshof einen Zahlungsbefehl erlassen, so ist er selbstverständlich an diese Entscheidung gebunden und kann eine allenfalls vorliegende (zu spät bemerkte) Unzuständigkeit nicht mehr von Amts wegen wahrnehmen (Georg Kodek, Aufhebung des Zahlungsbefehls wegen Unzuständigkeit, RZ 1998, 154; Mayr in Rechberger ZPO3 Rz 4 zu § 43 JN; Ballon in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 43 JN Rz 11 - 14 und 19 mwN). Wird kein Einspruch erhoben, so wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig und eine allenfalls gegeben gewesene Unzuständigkeit (auch eine unprorogable Unzuständigkeit) kann nicht mehr aufgegriffen werden. Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, darin die Unzuständigkeit aber nicht eingewendet, so ist die Unzuständigkeit (jedenfalls im Gerichtshofverfahren, weil der Einspruch im Mahnverfahren vor dem Gerichtshof ausgenommen in Arbeitsrechtssachen den Inhalt einer Klagebeantwortung aufweisen und von einem Rechtsanwalt eingebracht werden muss (§ 346 Z 4, § 248 Abs.1 ZPO), und daher im Einspruch die Einrede der prorogablen oder unprorogablen sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit erhoben werden muss, weshalb eine Unzuständigkeitseinrede erst am Beginn der vorbereitenden Tagsatzung verspätet ist) geheilt und kann ebenfalls nicht mehr aufgegriffen werden. Wird die Unzuständigkeit eingewendet, so ist darüber mündlich zu verhandeln und zu entscheiden. Für eine (spätere) amtswegige Wahrnehmung der Unzuständigkeit (nach der a limine - Prüfung der Klage) ist daher im Mahnverfahren kein Raum (siehe dazu ausführlich Mayr, Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit nach der ZVN 2002, ÖJZ 2004, 361ff). Dem berechtigten Rekurs war daher Folge zu geben, PunktNach Paragraph 41, Absatz , JN hat jedes Gericht, sobald eine Rechtssache bei ihm anhängig gemacht wird, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Im streitigen Verfahren erfolgt diese Zuständigkeitsprüfung (grundsätzlich) aufgrund der Angaben des Klägers (Paragraph 41, Absatz , JN). Sobald jedoch über die Klage die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung bestimmt, die Beantwortung der Klage aufgetragen (Paragraph 243, Absatz , ZPO) oder ein bedingter Zahlungsbefehl (Paragraph 448, ZPO) erlassen worden ist, kann sich das Gericht nur dann für unzuständig erklären, wenn 1.) der Beklagte rechtzeitig die Einrede des Fehlens der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit erhebt; 2.) der Umstand noch nicht geheilt ist (Paragraph 104,), dass entweder die inländische Gerichtsbarkeit fehlt oder das Gericht nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes selbst durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien für die betreffende Rechtssache nicht sachlich oder örtlich

zuständig gemacht werden kann (Paragraph 43, Absatz , JN). Hat ein Gerichtshof einen Zahlungsbefehl erlassen, so ist er selbstverständlich an diese Entscheidung gebunden und kann eine allenfalls vorliegende (zu spät bemerkte) Unzuständigkeit nicht mehr von Amts wegen wahrnehmen (Georg Kodek, Aufhebung des Zahlungsbefehls wegen Unzuständigkeit, RZ 1998, 154; Mayr in Rechberger ZPO3 Rz 4 zu Paragraph 43, JN; Ballon in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Paragraph 43, JN Rz 11 - 14 und 19 mwN). Wird kein Einspruch erhoben, so wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig und eine allenfalls gegeben gewesene Unzuständigkeit (auch eine unprorogable Unzuständigkeit) kann nicht mehr aufgegriffen werden. Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, darin die Unzuständigkeit aber nicht eingewendet, so ist die Unzuständigkeit (jedenfalls im Gerichtshofverfahren, weil der Einspruch im Mahnverfahren vor dem Gerichtshof ausgenommen in Arbeitsrechtssachen den Inhalt einer Klagebeantwortung aufweisen und von einem Rechtsanwalt eingebracht werden muss (Paragraph 346, Ziffer 4., Paragraph 248, Absatz , ZPO), und daher im Einspruch die Einrede der prorogablen oder unprorogablen sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit erhoben werden muss, weshalb eine Unzuständigkeitseinrede erst am Beginn der vorbereitenden Tagsatzung verspätet ist) geheilt und kann ebenfalls nicht mehr aufgegriffen werden. Wird die Unzuständigkeit eingewendet, so ist darüber mündlich zu verhandeln und zu entscheiden. Für eine (spätere) amtswegige Wahrnehmung der Unzuständigkeit (nach der a limine - Prüfung der Klage) ist daher im Mahnverfahren kein Raum (siehe dazu ausführlich Mayr, Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit nach der ZVN 2002, ÖJZ 2004, 361ff). Dem berechtigten Rekurs war daher Folge zu geben, Punkt

2.) des angefochtenen Beschlusses ersatzlos zu beheben und auszusprechen, dass der Antrag auf neuerliche Zustellung in Ansehung der Erstbeklagten bewilligt wird.

Der Kostenvorbehalt gründet auf § 52 ZPO. Es liegt kein Zwischenstreit vor. Ein Zwischenstreit erfordert, dass eine Partei einen Antrag stellt, dem die andere entgegentritt, wodurch eine Beschlussfassung des Gerichtes ausgelöst wird (M.Bydlinski, Kostenersatz 358). Trotz eines Rekurerfolgs sind auch die Rekurskosten als weitere Verfahrenskosten zu behandeln, da durch die Rekursentscheidung nicht ein Zwischenstreit zwischen den Parteien, sondern eine einseitige Auseinandersetzung einer Partei mit dem Gericht beendet wird (Obermayer, Kostenhandbuch Rz 204). Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des weiteren Rechtszuges gründet auf § 528 Abs.1 ZPO, weil Fragen in der dort umschriebenen Qualität vom Rekursgericht nicht zu klären waren. Der Kostenvorbehalt gründet auf Paragraph 52, ZPO. Es liegt kein Zwischenstreit vor. Ein Zwischenstreit erfordert, dass eine Partei einen Antrag stellt, dem die andere entgegentritt, wodurch eine Beschlussfassung des Gerichtes ausgelöst wird (M.Bydlinski, Kostenersatz 358). Trotz eines Rekurerfolgs sind auch die Rekurskosten als weitere Verfahrenskosten zu behandeln, da durch die Rekursentscheidung nicht ein Zwischenstreit zwischen den Parteien, sondern eine einseitige Auseinandersetzung einer Partei mit dem Gericht beendet wird (Obermayer, Kostenhandbuch Rz 204). Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des weiteren Rechtszuges gründet auf Paragraph 528, Absatz , ZPO, weil Fragen in der dort umschriebenen Qualität vom Rekursgericht nicht zu klären waren.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00620 12R128.07t

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2007:01200R00128.07T.0730.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20070730\_OLG0009\_01200R00128\_07T0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>