

# TE OGH 2001/1/29 30b164/00i

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.01.2001

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Angst als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gottfried Forsthuber, Rechtsanwalt in Baden, gegen die beklagte Partei Ö\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ferdinand Birkner, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 358.380,-- samt Anhang, über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Rekursgericht vom 14. April 2000, GZ 18 R 77/00b-21, womit der Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Ebreichsdorf vom 20. Februar 2000, GZ 8 C 343/00i-15, zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Dem Rekursgericht wird die neuerliche Entscheidung über den Rekurs der beklagten Partei aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekurses sind wie weitere Kosten des Rekursverfahrens zu behandeln.

## **Text**

Begründung:

Die klagende Partei beantragt als Vermieter von der beklagten Partei als Mieter einer Halle die Zahlung der einvernehmlich festgesetzten Gegenleistung für die letzten drei Jahre von insgesamt S 358.380,-- samt Anhang. Die Klage wurde beim Gerichtshof erster Instanz eingebbracht.

In der ihr gemäß § 243 Abs 4 ZPO unmittelbar aufgetragenen Klagebeantwortung erhab die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit, weil Streitigkeiten aus Bestandverhältnissen in die Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichtes fielen. In der ihr gemäß Paragraph 243, Absatz 4, ZPO unmittelbar aufgetragenen Klagebeantwortung erhab die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit, weil Streitigkeiten aus Bestandverhältnissen in die Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichtes fielen.

Nachdem die klagende Partei sich in einem Schriftsatz dieser Unzuständigkeitseinrede unterworfen und die Überweisung der Rechtssache an das offenbar nicht unzuständige Bezirksgericht E\*\*\*\* beantragt hatte, überwies der Gerichtshof die Rechtssache an dieses Bezirksgericht.

Zu Beginn der bei diesem Gericht durchgeführten ersten Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 18. 6. 1999 erhab die beklagte Partei die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit mit der Begründung, auf Grund einer

Gerichtsstandvereinbarung sei das Bezirksgericht W\*\*\*\*\* ausschließlich zuständig. Dem erwiderte die klagende Partei nur, diese Einrede hätte bereits in der Klagebeantwortung vorgebracht werden müssen.

Dem Verhandlungsprotokoll zufolge hatte der Beklagtenvertreter den Mietvertrag in Kopie vorgelegt, der zum Akt genommen und verlesen wurde. Der Klagsvertreter anerkannte die Übereinstimmung mit dem echten Original. Neben Ausführungen zum Ausbleiben von geladenen Zeugen trug der Klagsvertreter zu einer vom Beklagtenvertreter eingelebten Kostennote vor, die Kosten seien verspätet bzw zu Unrecht verzeichnet worden. Schließlich teilte der Erstrichter mit, die Entscheidung über die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit bleibe der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten.

Mit Beschluss vom 19. 8. 1999 (ON 10) sprach das Erstgericht seine sachliche (gemeint aber offenbar: örtliche) Unzuständigkeit aus und verpflichtete die klagende Partei zum Kostenersatz.

Mit ihrem gegen diese Entscheidung erhobenen Rekurs machte die klagende Partei geltend, das Erstgericht habe zu Unrecht seine sachliche Unzuständigkeit ausgesprochen, weil die Rechtsstreitigkeit in die Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichtes falle. Hilfsweise beantragte die klagende Partei, die Klage gemäß § 230a ZPO an das in der Gerichtsstandsvereinbarung genannte Bezirksgericht zu überweisen. Mit ihrem gegen diese Entscheidung erhobenen Rekurs machte die klagende Partei geltend, das Erstgericht habe zu Unrecht seine sachliche Unzuständigkeit ausgesprochen, weil die Rechtsstreitigkeit in die Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichtes falle. Hilfsweise beantragte die klagende Partei, die Klage gemäß Paragraph 230 a, ZPO an das in der Gerichtsstandsvereinbarung genannte Bezirksgericht zu überweisen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs mit der Maßgabe nicht Folge, dass auch die Klage zurückgewiesen werde (ON 14).

In der Folge hob das Erstgericht die Zurückweisung der Klage gemäß § 230a ZPO auf und überwies die Rechtssache gemäß § 261 Abs 6 ZPO an das nicht offenbar unzuständige Bezirksgericht, auf welches sich die Gerichtsstandsvereinbarung bezieht. In der Folge hob das Erstgericht die Zurückweisung der Klage gemäß Paragraph 230 a, ZPO auf und überwies die Rechtssache gemäß Paragraph 261, Absatz 6, ZPO an das nicht offenbar unzuständige Bezirksgericht, auf welches sich die Gerichtsstandsvereinbarung bezieht.

Den gegen diese Entscheidung gerichteten Rekurs wies das Rekursgericht mit dem angefochtenen Beschluss zurück.

Das Rechtsmittel sei nach § 230a ZPO unzulässig. Dies sei immer dann der Fall, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Überweisung nach dieser Bestimmung tatsächlich vorlägen (RIS-Justiz RS0039142; zB SZ 70/161). Das Rechtsmittel sei nach Paragraph 230 a, ZPO unzulässig. Dies sei immer dann der Fall, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Überweisung nach dieser Bestimmung tatsächlich vorlägen (RIS-Justiz RS0039142; zB SZ 70/161).

Nach Lehre und Rechtsprechung bleibe die Möglichkeit zur Stellung eines Überweisungsantrags auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung über die Unzuständigkeitseinrede gewahrt, wenn das Erstgericht gegen die ihm obliegende Anleitungspflicht nach § 182 Abs 2 dritter Satz ZPO verstoßen habe (SZ 68/37; EvBl 1993/100). Diese Pflicht bestehet auch gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei (SZ 68/37 mwN). Die Anleitungspflicht komme nur dann nicht zum Tragen, wenn die Verhandlung ausdrücklich auf die Frage der Zuständigkeit eingeschränkt und nur über die Zuständigkeitsfrage verhandelt werde. In diesem Fall müsse unterstellt werden, dass eine dermaßen grundlegende Norm wie der § 261 Abs 6 ZPO jedem Rechtsanwalt bekannt sei und diese Kenntnis ihn auch in die Lage versetze, entsprechend zu handeln, nämlich im Fall der Erhebung der Einwendung der Unzuständigkeit einen entsprechenden Überweisungsantrag zu stellen (JBl 1995, 183; LG Salzburg 53 R 440/96d = RSA0000008). Wenn wie im vorliegenden Fall die Verhandlung nicht ausdrücklich auf die Frage der Zuständigkeit eingeschränkt werde, könne der Klagevertreter einen rechtzeitigen Überweisungsantrag übersehen, weshalb er zur Stellung eines Überweisungsantrages anzuleiten gewesen wäre. Infolge dieses Verstoßes gehe der klagenden Partei der Rechtsbehelf des Überweisungsantrages nicht verloren. Der Überweisungsantrag sei daher nicht verspätet gewesen. In der Entscheidung EvBl 1993/100 habe der Oberste Gerichtshof auch bei Klagszurückweisung nach einer mündlichen Verhandlung einen Überweisungsantrag gemäß § 230a ZPO für den Fall als zulässig erachtet, dass der Richter die ihm durch § 182 Abs 2 ZPO aufgetragene Vorgangsweise unterließ. Nach dem Regelungszweck der §§ 230a und 180 Abs 2 ZPO fehle die Gelegenheit, einen Überweisungsantrag zu stellen, auch dann, wenn ohne Einschränkung in der Verhandlung auf die Zuständigkeitsfrage der Richter nur bekanntgebe, dass die Entscheidung über die Unzuständigkeitseinrede schriftlich ergehen werde (vgl auch SZ 68/37). Nach Lehre und Rechtsprechung bleibe die Möglichkeit zur Stellung eines Überweisungsantrags auch

nach Schluss der mündlichen Verhandlung über die Unzuständigkeitseinrede gewahrt, wenn das Erstgericht gegen die ihm obliegende Anleitungspflicht nach Paragraph 182, Absatz 2, dritter Satz ZPO verstößen habe (SZ 68/37; EvBl 1993/100). Diese Pflicht bestehe auch gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei (SZ 68/37 mwN). Die Anleitungspflicht komme nur dann nicht zum Tragen, wenn die Verhandlung ausdrücklich auf die Frage der Zuständigkeit eingeschränkt und nur über die Zuständigkeitsfrage verhandelt werde. In diesem Fall müsse unterstellt werden, dass eine dermaßen grundlegende Norm wie der Paragraph 261, Absatz 6, ZPO jedem Rechtsanwalt bekannt sei und diese Kenntnis ihn auch in die Lage versetze, entsprechend zu handeln, nämlich im Fall der Erhebung der Einwendung der Unzuständigkeit einen entsprechenden Überweisungsantrag zu stellen (JBl 1995, 183; LG Salzburg 53 R 440/96d = RSA 0000008). Wenn wie im vorliegenden Fall die Verhandlung nicht ausdrücklich auf die Frage der Zuständigkeit eingeschränkt werde, könne der Klagevertreter einen rechtzeitigen Überweisungsantrag übersehen, weshalb er zur Stellung eines Überweisungsantrages anzuleiten gewesen wäre. Infolge dieses Verstoßes gehe der klagenden Partei der Rechtsbehelf des Überweisungsantrages nicht verloren. Der Überweisungsantrag sei daher nicht verspätet gewesen. In der Entscheidung EvBl 1993/100 habe der Oberste Gerichtshof auch bei Klagszurückweisung nach einer mündlichen Verhandlung einen Überweisungsantrag gemäß Paragraph 230 a, ZPO für den Fall als zulässig erachtet, dass der Richter die ihm durch Paragraph 182, Absatz 2, ZPO aufgetragene Vorgangsweise unterließ. Nach dem Regelungszweck der Paragraphen 230 a und 180 Absatz 2, ZPO fehle die Gelegenheit, einen Überweisungsantrag zu stellen, auch dann, wenn ohne Einschränkung in der Verhandlung auf die Zuständigkeitsfrage der Richter nur bekanntgebe, dass die Entscheidung über die Unzuständigkeitseinrede schriftlich ergehen werde vergleiche auch SZ 68/37).

Das Rekursgericht erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs mit der Begründung für zulässig, dass zur Frage der Kumlierung von Rekurs und Überweisungsantrag nach § 230a ZPO bei Klagszurückweisung nach mündlicher Verhandlung eine gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle. Insbesondere habe er auch in der Entscheidung EvBl 1993/100 zu den beachtenswerten Argumenten von Simotta (JBl 1988, 423 Punkt 12.) nicht Stellung bezogen. Das Rekursgericht erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs mit der Begründung für zulässig, dass zur Frage der Kumlierung von Rekurs und Überweisungsantrag nach Paragraph 230 a, ZPO bei Klagszurückweisung nach mündlicher Verhandlung eine gefestigte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle. Insbesondere habe er auch in der Entscheidung EvBl 1993/100 zu den beachtenswerten Argumenten von Simotta (JBl 1988, 423 Punkt 12.) nicht Stellung bezogen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der gegen diese Entscheidung gerichtete Revisionsrekurs der beklagten Partei ist im Sinne seines vom gestellten Abänderungsantrag umfassten Aufhebungsantrages berechtigt.

Nach einhelliger Rechtsprechung sind bei einer a limine erfolgten Zurückweisung der Klage ein Rekurs gegen den Zurückweisungsbeschluss und ein Überweisungsantrag nach § 230a ZPO nebeneinander möglich (Entscheidungen zu RIS-Justiz RS0039108; zuletzt SZ 70/161; aus der Lehre ebenso Simotta, Der Überweisungsantrag nach § 230a ZPO, JBl 1988, 359 ff, 423 ff, Punkt 12. [424 f] mwN aus der Lehre in FN 94). Dagegen hat der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass durch § 230a ZPO keinesfalls die Möglichkeit geboten werden sollte, auch noch nach Zurückweisung einer Klage nach mündlicher Verhandlung die Überweisung der Rechtssache zu begehrn (7 Ob 614/84; EvBl). Nach einhelliger Rechtsprechung sind bei einer a limine erfolgten Zurückweisung der Klage ein Rekurs gegen den Zurückweisungsbeschluss und ein Überweisungsantrag nach Paragraph 230 a, ZPO nebeneinander möglich (Entscheidungen zu RIS-Justiz RS0039108; zuletzt SZ 70/161; aus der Lehre ebenso Simotta, Der Überweisungsantrag nach Paragraph 230 a, ZPO, JBl 1988, 359 ff, 423 ff, Punkt 12. [424 f] mwN aus der Lehre in FN 94). Dagegen hat der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass durch Paragraph 230 a, ZPO keinesfalls die Möglichkeit geboten werden sollte, auch noch nach Zurückweisung einer Klage nach mündlicher Verhandlung die Überweisung der Rechtssache zu begehrn (7 Ob 614/84; EvBl

1987/69 = JBl 1986, 529 = RZ 1986/61, 218; 7 Ob 583/94). Dagegen

wurde die Kumulierungsmöglichkeit in der Entscheidung 7 Ob 652/92 =

EvBl 1993/100 für den Fall ausdrücklich bejaht, dass der Richter die ihm durch § 182 Abs 2 Satz 2 (gemeint offenbar: Satz 3) ZPO aufgetragene Vorgangsweise unterlassen habe. Damit folgte der 7. Senat (im Gegensatz zu seinen Entscheidungen 7 Ob 615/84 und 7 Ob 583/94) der einhellen Lehre (Fasching, ZPR2 Rz 266, Fucik, RZ 1985, 261;

Rechberger/Simotta, ZPR3 Rz 434; Simotta in JBI 1988, 361; Ballon in FS-Fasching 60). Deren Auffassung sei jedenfalls für den Fall zu folgen, dass der Richter nach rechtzeitiger Erhebung der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit auf diese Frage überhaupt nicht eingegangen sei und die Verhandlung zur Fassung eines Beweisbeschlusses erstreckt habe, dann jedoch - überraschend für die Parteien - die sachliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ausspreche. Schon dem Wortlaut nach sei § 230a ZPO nicht auf den Fall einer a-limine-Zurückweisung der Klage beschränkt. Eine solche Beschränkung sei offensichtlich auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen (vgl Simotta aaO 361). Das Fehlen der Gelegenheit für den Kläger, einen Überweisungsantrag nach § 261 Abs 6 ZPO zu stellen, müsse nach dem Regelungszweck der §§ 230a und [richtig] 182 Abs 2 Satz 3 ZPO, nämlich der Wahrung des Rechtsschutzes für den Kläger unter Vermeidung frustrierten Prozessaufwandes, auch in diesem Fall als verwirklicht angesehen werden. EvBl 1993/100 für den Fall ausdrücklich bejaht, dass der Richter die ihm durch Paragraph 182, Absatz 2, Satz 2 (gemeint offenbar: Satz 3) ZPO aufgetragene Vorgangsweise unterlassen habe. Damit folgte der 7. Senat (im Gegensatz zu seinen Entscheidungen 7 Ob 615/84 und 7 Ob 583/94) der einhellen Lehre (Fasching, ZPR2 Rz 266, Fucik, RZ 1985, 261; Rechberger/Simotta, ZPR3 Rz 434; Simotta in JBI 1988, 361; Ballon in FS-Fasching 60). Deren Auffassung sei jedenfalls für den Fall zu folgen, dass der Richter nach rechtzeitiger Erhebung der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit auf diese Frage überhaupt nicht eingegangen sei und die Verhandlung zur Fassung eines Beweisbeschlusses erstreckt habe, dann jedoch - überraschend für die Parteien - die sachliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ausspreche. Schon dem Wortlaut nach sei Paragraph 230 a, ZPO nicht auf den Fall einer a-limine-Zurückweisung der Klage beschränkt. Eine solche Beschränkung sei offensichtlich auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen vergleiche Simotta aaO 361). Das Fehlen der Gelegenheit für den Kläger, einen Überweisungsantrag nach Paragraph 261, Absatz 6, ZPO zu stellen, müsse nach dem Regelungszweck der Paragraphen 230 a und [richtig] 182 Absatz 2, Satz 3 ZPO, nämlich der Wahrung des Rechtsschutzes für den Kläger unter Vermeidung frustrierten Prozessaufwandes, auch in diesem Fall als verwirklicht angesehen werden.

Soweit ersichtlich handelt es sich hiebei um die einzige Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, in der über die Zulässigkeit eines Überweisungsantrages nach § 230a ZPO als Eventualantrag zu einem Rekurs gegen die Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit abgesprochen wurde. Soweit ersichtlich handelt es sich hiebei um die einzige Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, in der über die Zulässigkeit eines Überweisungsantrages nach Paragraph 230 a, ZPO als Eventualantrag zu einem Rekurs gegen die Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit abgesprochen wurde.

Selbst wenn man allerdings die Zulässigkeit eines (zumindest eines hilfsweise gestellten) Überweisungsantrages nach § 230a ZPO neben einem Rekurs gegen die Zurückweisung der Klage bejaht, folgt daraus noch nicht, dass dieser Antrag auch in allen Fällen zu bewilligen ist. Voraussetzung eines solchen Antrages ist ja stets, dass der Kläger keine Gelegenheit hatte, einen Überweisungsantrag nach § 261 Abs 6 ZPO zu stellen. Soweit diese Voraussetzung in der Entscheidung EvBl 1993/100 in einem Fall bejaht wurde, in dem der Beklagte in der Klagebeantwortung die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes erhoben hatte, allerdings in der mündlichen Streitverhandlung lediglich die Schriftsätze vorgetragen und vom Kläger das Klagebegehren modifiziert wurde und daraufhin der Richter den Beweisbeschluss der schriftlichen Ausfertigung vorbehalt und die Tagsatzung auf unbestimmte Zeit erstreckte, danach jedoch ohne weitere Verhandlung mit Beschluss die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes aussprach und die Klage zurückwies, kann ihr jedoch nicht gefolgt werden. Da § 261 Abs 6 ZPO jedem Rechtsanwalt bekannt sein muss (JBI 1995, 183), wird man eine Belehrungspflicht, wie in der zitierten Entscheidung angenommen, einem anwaltlich vertretenen Kläger gegenüber, der Kenntnis von der Einrede der Unzuständigkeit hat und überdies (wie aus dem Volltext der Entscheidung hervorgeht) Gelegenheit hatte, in der mündlichen Streitverhandlung seine Schriftsätze vorzutragen (und überdies das Klagebegehren zu "modifizieren"), verneinen müssen (wie noch näher darzulegen sein wird). Selbst bei Bejahung der eine Überraschung annehmenden Erwägungen in EvBl 1993/100 muss die Lösung jenes Falles keinesfalls auch für den vorliegenden Fall gelten. Selbst wenn man allerdings die Zulässigkeit eines (zumindest eines hilfsweise gestellten) Überweisungsantrages nach Paragraph 230 a, ZPO neben einem Rekurs gegen die Zurückweisung der Klage bejaht, folgt daraus noch nicht, dass dieser Antrag auch in allen Fällen zu bewilligen ist. Voraussetzung eines solchen Antrages ist ja stets, dass der Kläger keine Gelegenheit hatte, einen Überweisungsantrag nach Paragraph 261, Absatz 6, ZPO zu stellen. Soweit diese Voraussetzung in der Entscheidung EvBl 1993/100 in einem Fall bejaht wurde, in dem der Beklagte in der Klagebeantwortung die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes erhoben hatte, allerdings in der mündlichen Streitverhandlung lediglich die Schriftsätze vorgetragen und vom Kläger das Klagebegehren modifiziert wurde und daraufhin der Richter den Beweisbeschluss der schriftlichen

Ausfertigung vorbehielt und die Tagsatzung auf unbestimmte Zeit erstreckte, danach jedoch ohne weitere Verhandlung mit Beschluss die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes aussprach und die Klage zurückwies, kann ihr jedoch nicht gefolgt werden. Da Paragraph 261, Absatz 6, ZPO jedem Rechtsanwalt bekannt sein muss (JBl 1995, 183), wird man eine Belehrungspflicht, wie in der zitierten Entscheidung angenommen, einem anwaltlich vertretenen Kläger gegenüber, der Kenntnis von der Einrede der Unzuständigkeit hat und überdies (wie aus dem Volltext der Entscheidung hervorgeht) Gelegenheit hatte, in der mündlichen Streitverhandlung seine Schriftsätze vorzutragen (und überdies das Klagebegehren zu "modifizieren"), verneinen müssen (wie noch näher darzulegen sein wird). Selbst bei Bejahung der eine Überraschung annehmenden Erwägungen in EvBl 1993/100 muss die Lösung jenes Falles keinesfalls auch für den vorliegenden Fall gelten.

Der Verfahrensverlauf unterscheidet sich im vorliegenden Fall zudem wesentlich von dem zuletzt geschilderten. Abgesehen davon, dass die anwaltlich vertretene klagende Partei bereits vor dem zunächst angerufenen Gericht einen (schriftlichen, nicht auf eine bestimmte gesetzliche Bestimmung gestützten) Überweisungsantrag gestellt hat, woraus hervorgeht, dass ihr ein solcher keineswegs unbekannt war (vgl dazu auch die Ausführungen in JBl 1995, 183, wonach die Kenntnis der grundlegenden Norm des § 261 Abs 6 ZPO jedem Rechtsanwalt unterstellt werden müsse). Auch wenn hier (anders als in dem JBl 1995, 183 zugrunde liegenden Fall) keine Einschränkung der Verhandlung auf den Zuständigkeitsstreit erfolgt war, hatte (anders als im Fall der Entscheidung EvBl 1993/100) der Beklagtenvertreter erst in der nach § 261 Abs 6 ZPO fortgesetzten mündlichen Streitverhandlung ausdrücklich unter Hinweis auf eine gleichzeitig vorgelegte, verlesene und zum Akt genommene Urkunde die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben. Obwohl das Protokoll keinen Hinweis auf eine ausdrückliche Erörterung seitens des Erstrichters enthält, war diese Unzuständigkeitseinrede eindeutig Gegenstand der Verhandlung, hatte doch der Klagsvertreter darauf repliziert, diese hätte bereits in der Klagebeantwortung vorgetragen werden müssen. Damit wurde ihm aber auch zweifellos im Sinn des § 182 Abs 2 ZPO Gelegenheit gegeben, einen Überweisungsantrag zu stellen, bzw hatte er diese Gelegenheit iSd geringfügig anderen Wortlauts des § 230a ZPO. Es wäre somit auch ein in diesem Verfahren nie geltend gemachter Verfahrensmangel zu verneinen. Schließlich wurde die Entscheidung über die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten. Daher konnte die Unzuständigkeitsentscheidung des Erstgerichts die klagende Partei keinesfalls in gleicher Weise überraschen, wie wenn die Tagsatzung zur Fassung eines Beweisbeschlusses auf unbestimmte Zeit erstreckt worden wäre. Demnach kann dem Erstgericht eine Verletzung des § 182 Abs 2 Satz 3 ZPO nicht vorgeworfen werden. Eine Partei, die Gelegenheit hatte, Anträge zu stellen, hatte auch Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn ihr die Stellung eines solchen Antrages durch überraschende Aktionen des Gerichtes abgeschnitten würde. Der Verfahrensverlauf unterscheidet sich im vorliegenden Fall zudem wesentlich von dem zuletzt geschilderten. Abgesehen davon, dass die anwaltlich vertretene klagende Partei bereits vor dem zunächst angerufenen Gericht einen (schriftlichen, nicht auf eine bestimmte gesetzliche Bestimmung gestützten) Überweisungsantrag gestellt hat, woraus hervorgeht, dass ihr ein solcher keineswegs unbekannt war vergleiche dazu auch die Ausführungen in JBl 1995, 183, wonach die Kenntnis der grundlegenden Norm des Paragraph 261, Absatz 6, ZPO jedem Rechtsanwalt unterstellt werden müsse). Auch wenn hier (anders als in dem JBl 1995, 183 zugrunde liegenden Fall) keine Einschränkung der Verhandlung auf den Zuständigkeitsstreit erfolgt war, hatte (anders als im Fall der Entscheidung EvBl 1993/100) der Beklagtenvertreter erst in der nach Paragraph 261, Absatz 6, ZPO fortgesetzten mündlichen Streitverhandlung ausdrücklich unter Hinweis auf eine gleichzeitig vorgelegte, verlesene und zum Akt genommene Urkunde die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben. Obwohl das Protokoll keinen Hinweis auf eine ausdrückliche Erörterung seitens des Erstrichters enthält, war diese Unzuständigkeitseinrede eindeutig Gegenstand der Verhandlung, hatte doch der Klagsvertreter darauf repliziert, diese hätte bereits in der Klagebeantwortung vorgetragen werden müssen. Damit wurde ihm aber auch zweifellos im Sinn des Paragraph 182, Absatz 2, ZPO Gelegenheit gegeben, einen Überweisungsantrag zu stellen, bzw hatte er diese Gelegenheit iSd geringfügig anderen Wortlauts des Paragraph 230 a, ZPO. Es wäre somit auch ein in diesem Verfahren nie geltend gemachter Verfahrensmangel zu verneinen. Schließlich wurde die Entscheidung über die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten. Daher konnte die Unzuständigkeitsentscheidung des Erstgerichts die klagende Partei keinesfalls in gleicher Weise überraschen, wie wenn die Tagsatzung zur Fassung eines Beweisbeschlusses auf unbestimmte Zeit erstreckt worden wäre. Demnach kann dem Erstgericht eine Verletzung des Paragraph 182, Absatz 2, Satz 3 ZPO nicht vorgeworfen werden. Eine Partei, die Gelegenheit hatte, Anträge zu stellen, hatte auch Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn ihr die Stellung eines solchen Antrages durch überraschende Aktionen des Gerichtes abgeschnitten würde.

Auch Fasching (Lehrbuch2 Rz 226), der eine Wahrnehmbarkeit der Verletzung der Verpflichtung des § 182 Abs 2 ZPO durch das Rekursgericht im Hinblick auf § 230a ZPO verneint, sieht den Zweck der erstgenannten Bestimmung darin, die Überraschung der Parteien mit einer amtswegigen Unzuständigkeitserklärung des Richters auszuschließen. Er differenziert (aaO Rz 782) die Anleitungspflicht auch im Hinblick darauf, ob die Parteien durch Anwälte vertreten sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, tritt er für eine Belehrung im Sinn des § 182 Abs 2 letzter Satz ZPO ein. Wenn er allerdings bei Bedenken des Richters gegen die Zuständigkeit seines Gerichtes die Verpflichtung annimmt, die Parteien auch im Anwaltsprozess darauf hinzuweisen, kann dies nach Auffassung des erkennenden Senates jedenfalls dann nicht gelten, wenn (wie im vorliegenden Fall) die klagende Partei durch eine Unzuständigkeitseinrede der beklagten Partei in der Verhandlung (oder in einem Schriftsatz) auf die Gefahr einer negativen Zuständigkeitsentscheidung unmissverständlich hingewiesen wird und eine mündliche Verhandlung stattfindet. Eine Verpflichtung des Prozessgerichts, den Umstand, dass dem Kläger die Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag nach § 261 Abs 6 ZPO eingeräumt wird, dieser davon aber nicht Gebrauch macht, zu protokollieren, wie es Simotta (JBl 1988, 363) verlangt, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Auch Simotta (aaO 361) hält grundsätzlich einen nachträglichen Überweisungsantrag nach § 230a ZPO nur dann für zulässig, wenn der Richter den Kläger mit der Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit überrascht hat. Wenn in der Folge wiederum davon die Rede ist, dies sei der Fall, wenn er trotz Bedenken gegen die Zuständigkeit des Gerichts dem Kläger keine Gelegenheit zu einem Antrag auf Überweisung gegeben habe, womit, wie sich aus dem Zusammenhang der Ausführungen ergibt, ein ausdrücklicher Hinweis auf diese Möglichkeit gemeint ist, wird dabei wohl nicht beachtet, dass von einer Überraschung etwa in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem (noch dazu erst zu Beginn der mündlichen Streitverhandlung) die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben wird und der Klagsvertreter dazu Stellung nehmen kann, keine Rede sein kann. Auch Fasching (Lehrbuch2 Rz 226), der eine Wahrnehmbarkeit der Verletzung der Verpflichtung des Paragraph 182, Absatz 2, ZPO durch das Rekursgericht im Hinblick auf Paragraph 230 a, ZPO verneint, sieht den Zweck der erstgenannten Bestimmung darin, die Überraschung der Parteien mit einer amtswegigen Unzuständigkeitserklärung des Richters auszuschließen. Er differenziert (aaO Rz 782) die Anleitungspflicht auch im Hinblick darauf, ob die Parteien durch Anwälte vertreten sind. Nur wenn dies nicht der Fall ist, tritt er für eine Belehrung im Sinn des Paragraph 182, Absatz 2, letzter Satz ZPO ein. Wenn er allerdings bei Bedenken des Richters gegen die Zuständigkeit seines Gerichtes die Verpflichtung annimmt, die Parteien auch im Anwaltsprozess darauf hinzuweisen, kann dies nach Auffassung des erkennenden Senates jedenfalls dann nicht gelten, wenn (wie im vorliegenden Fall) die klagende Partei durch eine Unzuständigkeitseinrede der beklagten Partei in der Verhandlung (oder in einem Schriftsatz) auf die Gefahr einer negativen Zuständigkeitsentscheidung unmissverständlich hingewiesen wird und eine mündliche Verhandlung stattfindet. Eine Verpflichtung des Prozessgerichts, den Umstand, dass dem Kläger die Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag nach Paragraph 261, Absatz 6, ZPO eingeräumt wird, dieser davon aber nicht Gebrauch macht, zu protokollieren, wie es Simotta (JBl 1988, 363) verlangt, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Auch Simotta (aaO 361) hält grundsätzlich einen nachträglichen Überweisungsantrag nach Paragraph 230 a, ZPO nur dann für zulässig, wenn der Richter den Kläger mit der Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit überrascht hat. Wenn in der Folge wiederum davon die Rede ist, dies sei der Fall, wenn er trotz Bedenken gegen die Zuständigkeit des Gerichts dem Kläger keine Gelegenheit zu einem Antrag auf Überweisung gegeben habe, womit, wie sich aus dem Zusammenhang der Ausführungen ergibt, ein ausdrücklicher Hinweis auf diese Möglichkeit gemeint ist, wird dabei wohl nicht beachtet, dass von einer Überraschung etwa in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem (noch dazu erst zu Beginn der mündlichen Streitverhandlung) die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben wird und der Klagsvertreter dazu Stellung nehmen kann, keine Rede sein kann.

Überdies verlangt auch Simotta (aaO 364 unter Punkt 5.), dass der Kläger behauptet, er habe keine Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag nach § 261 Abs 6 ZPO gehabt, und erforderlichenfalls die entsprechenden Beweismittel angibt. Im vorliegenden Fall hat aber die klagende Partei nicht einmal behauptet, sie habe keine Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag gehabt. Überdies verlangt auch Simotta (aaO 364 unter Punkt 5.), dass der Kläger behauptet, er habe keine Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag nach Paragraph 261, Absatz 6, ZPO gehabt, und erforderlichenfalls die entsprechenden Beweismittel angibt. Im vorliegenden Fall hat aber die klagende Partei nicht einmal behauptet, sie habe keine Gelegenheit zu einem Überweisungsantrag gehabt.

Daraus folgt jedoch, dass entgegen der Ansicht des Rekursgerichts der Rechtsmittelausschluss des § 230a Satz 2 ZPO nicht zum Tragen kommt, weil dieser (ebenso wie die Parallelbestimmung des § 261 Abs 6 Satz 4 ZPO: Nachweise bei Rechberger/Frauenberger in Rechberger, ZPO2 Rz 11) nicht gilt, wenn die Überweisung ohne gesetzliche Grundlage

erfolgt ist, etwa dann, wenn der Kläger gar keinen wirksamen Überweisungsantrag gestellt hat (RIS-Justiz RS0039142, darunter RZ 1985/72, 193 und SZ 70/161; ebenso Simotta, aaO 365 zu 7.a). Daraus folgt jedoch, dass entgegen der Ansicht des Rekursgerichts der Rechtsmittelausschluss des Paragraph 230 a, Satz 2 ZPO nicht zum Tragen kommt, weil dieser (ebenso wie die Parallelbestimmung des Paragraph 261, Absatz 6, Satz 4 ZPO: Nachweise bei Rechberger/Frauenberger in Rechberger, ZPO2 Rz 11) nicht gilt, wenn die Überweisung ohne gesetzliche Grundlage erfolgt ist, etwa dann, wenn der Kläger gar keinen wirksamen Überweisungsantrag gestellt hat (RIS-Justiz RS0039142, darunter RZ 1985/72, 193 und SZ 70/161; ebenso Simotta, aaO 365 zu 7.a).

Demnach ist dem Revisionsrekurs Folge zu geben. Das Rekursgericht wird erneut, ohne Rücksicht auf den von ihm angenommenen Zurückweisungsgrund, über den Rekurs der beklagten Partei zu entscheiden haben.

Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Der Kostenvorbehalt stützt sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E60683 03A01640

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0030OB00164.001.0129.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010129\_OGH0002\_0030OB00164\_0010000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)