

# TE OGH 1999/2/5 4R7/99f

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.02.1999

## Norm

ZPO §261 Abs6

RATG §23 Abs5

1. ZPO § 261 heute
2. ZPO § 261 gültig ab 04.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2015
3. ZPO § 261 gültig von 01.01.2003 bis 03.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 76/2002
4. ZPO § 261 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/1997
5. ZPO § 261 gültig von 01.05.1983 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 135/1983
  
1. RATG § 23 heute
2. RATG § 23 gültig ab 01.01.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2017
3. RATG § 23 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2007
4. RATG § 23 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2004
5. RATG § 23 gültig von 01.01.2005 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2003
6. RATG § 23 gültig von 01.12.2004 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2004
7. RATG § 23 gültig von 29.10.2003 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 93/2003
8. RATG § 23 gültig von 01.01.2002 bis 28.10.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2001
9. RATG § 23 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/1997

## Kopf

Beschluss

Das Landesgericht Feldkirch als Rekursgericht hat durch die Richter des Landesgerichtes Dr. Fußenegger als Vorsitzenden sowie Dr. Kempf und Dr. Höfle als weitere Senatsmitglieder in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Gerald Hauska und Dr. Herbert Matzunski, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagten Parteien 1. B\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\* und 2. Dkfm Erich P\*\*\*\* ebendort, beide vertreten durch Dr. Robert Langer-Hansel, Rechtsanwalt in Wien, wegen ATS 276.685,42 sA, infolge Kostenrekurses der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Bezirksgespräches Feldkirch vom 8.1.1999, 3 C 1096/98 b-7, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen:

## Spruch

1. Soweit der Rekurs vom Zweitbeklagten erhoben wurde, wird er als unzulässig zurückgewiesen.
2. Dem Rekurs der erstbeklagten Partei wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Beschluss, der im Übrigen als unangefochten aufrecht bleibt, dahin geändert, dass dessen Pkt 3. lautet:

"Die klagende Partei ist schuldig, der erstbeklagten Partei binnen 14 Tagen die mit ATS 2.879,40 (darin enthalten an USt ATS 479,90) bestimmten Kosten zu ersetzen.

Die übrigen bisher aufgelaufenen Kosten sind als weitere Verfahrenskosten zu behandeln."

3. Die klagende Partei ist schuldig, der erstbeklagten Partei binnen 14 Tagen die mit ATS 1.355,52 (darin enthalten an USt ATS 225,92) bestimmten Rekurskosten zu ersetzen.

4. Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## **Text**

Begründung:

Die klagende Partei machte in ihrer beim Erstgericht am 12.10.1998 überreichten Klage gegen die beiden beklagten Parteien einen Betrag von insgesamt ATS 276.685,42 sA geltend und verwies zur Zuständigkeit auf die Bestimmungen der §§ 87, 88 JN. Die Klage samt der Ladung zu der auf den 21.10.1998 anberaumten Tagsatzung wurde dem Zweitbeklagten durch postamtliche Hinterlegung zugestellt. Gegen den Zweitbeklagten wurde sodann ein Versäumungsurteil erlassen, das inzwischen rechtskräftig geworden ist. Die klagende Partei machte in ihrer beim Erstgericht am 12.10.1998 überreichten Klage gegen die beiden beklagten Parteien einen Betrag von insgesamt ATS 276.685,42 sA geltend und verwies zur Zuständigkeit auf die Bestimmungen der Paragraphen 87., 88 JN. Die Klage samt der Ladung zu der auf den 21.10.1998 anberaumten Tagsatzung wurde dem Zweitbeklagten durch postamtliche Hinterlegung zugestellt. Gegen den Zweitbeklagten wurde sodann ein Versäumungsurteil erlassen, das inzwischen rechtskräftig geworden ist.

Bei der Tagsatzung vom 14.12.1998 erhob die erstbeklagte Partei zunächst die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit und legte Kostennote über ATS 12.669,36. Im Übrigen bestritt sie das Klagebegehren und wendete ein, die von der klagenden Partei gelieferten Waren seien mangelhaft gewesen. Trotz entsprechender Rüge seien die Mängel nach wie vor nicht behoben. Hierauf fasste das Erstgericht sowohl zur Frage der Zuständigkeit als auch der Mängelhaftigkeit der Warenlieferungen einen Beweisbeschluss. Beweis wurde zugelassen durch Urkunden und Parteieneinvernahme. Die klagende Partei erklärte, die für die Parteienvornehmung in Frage kommende Person bzw den entsprechenden Zeugen zur nächsten Tagsatzung stellig zu machen. Sodann wurde die Tagsatzung auf den 8.10.1999 erstreckt. Das Erstgericht schränkte den Verfahrensgegenstand nicht auf die Frage der örtlichen Unzuständigkeit ein.

Mit Schriftsatz vom 28.12.1998 unterwarf sich die klagende Partei der Unzuständigkeitseinrede und beantragte die Überweisung der Rechtssache an das nicht offenbar unzuständige Bezirksgericht für Handelssachen Wien.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss erklärte sich das Erstgericht für örtlich unzuständig, überwies die Rechtssache gemäß § 261 Abs 6 ZPO an das nicht offenbar unzuständige Bezirksgericht für Handelssachen Wien und wies den Antrag der beklagten Partei auf Zuspruch der Kosten in Höhe von ATS 12.669,36 ab. Der Kostenspruch wurde damit begründet, dass in der Tagsatzung vom 14.12.1998 auch in der Sache selbst verhandelt und ein Beweisbeschluss gefasst worden sei. Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss erklärte sich das Erstgericht für örtlich unzuständig, überwies die Rechtssache gemäß Paragraph 261, Absatz 6, ZPO an das nicht offenbar unzuständige Bezirksgericht für Handelssachen Wien und wies den Antrag der beklagten Partei auf Zuspruch der Kosten in Höhe von ATS 12.669,36 ab. Der Kostenspruch wurde damit begründet, dass in der Tagsatzung vom 14.12.1998 auch in der Sache selbst verhandelt und ein Beweisbeschluss gefasst worden sei.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der fristgerecht erhobene Kostenrekurs der beklagten Parteien mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass ihnen der "Kostenanspruch von ATS 12.669,36 zugesprochen" werde.

Obwohl gegen den Zweitbeklagten ein rechtskräftiges Versäumungsurteil ergangen ist, wird er im Rechtsmittel nach wie vor als Rekurswerber angeführt. Der angefochtene Beschluss hingegen wurde nur in Bezug auf die erstbeklagte Partei erlassen, sodass dem Zweitbeklagten die Beschwer und somit hier auch die Rechtsmittellegitimation fehlt. Deshalb ist der Rekurs, soweit er vom Zweitbeklagten ergriffen worden ist, als unzulässig zurückzuweisen.

Der Rekurs der erstbeklagten Partei hingegen ist zulässig und teilweise auch berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

Ausgangspunkt für die hier zu fällende Kostenentscheidung ist, dass aus § 261 Abs 6 Satz 5 ZPO iVm§ 52 ZPO abzuleiten ist, dass der Streit über die Zuständigkeit ein Zwischenstreit sein kann, für den der Gesetzgeber eine von der Hauptsache unabhängige Kostenentscheidung vorgesehen hat. Diese Kostenentscheidung kann sich nur daran orientieren, wer im Zwischenstreit erfolgreich war. Unterliegt also der Kläger, dann wird er hiefür kostenersatzpflichtig.

Das hat auch für den Fall zu gelten, dass eine Überweisung stattfindet, weil auch diesfalls der Kläger als Unterliegender im Zuständigkeitsstreit zu betrachten ist und damit der Beklagte Anspruch auf Kostenersatz hat (Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozess 357 f). Ausgangspunkt für die hier zu fällende Kostenentscheidung ist, dass aus Paragraph 261, Absatz 6, Satz 5 ZPO in Verbindung mit Paragraph 52, ZPO abzuleiten ist, dass der Streit über die Zuständigkeit ein Zwischenstreit sein kann, für den der Gesetzgeber eine von der Hauptsache unabhängige Kostenentscheidung vorgesehen hat. Diese Kostenentscheidung kann sich nur daran orientieren, wer im Zwischenstreit erfolgreich war. Unterliegt also der Kläger, dann wird er hiefür kostenersatzpflichtig. Das hat auch für den Fall zu gelten, dass eine Überweisung stattfindet, weil auch diesfalls der Kläger als Unterliegender im Zuständigkeitsstreit zu betrachten ist und damit der Beklagte Anspruch auf Kostenersatz hat (Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozess 357 f).

Wenn nun aber die Pflicht zum Kostenersatz feststeht, ist die weitere Frage nach dem Umfang der Kostenersatzpflicht zu stellen. Dabei kommt es darauf an, wie weit durch eine Unzuständigkeitseinrede und die Überweisung tatsächlich abgesonderte Kosten entstanden sind. Es muss berücksichtigt werden, ob und wie weit die vor dem ursprünglich angerufenen Gericht gesetzten Verfahrenshandlungen prozesserheblich bleiben. Da das Verfahren vor dem ursprünglich angerufenen und dem schließlich zuständigen Gericht als Einheit zu sehen ist, werden regelmäßig all jene Prozesshandlungen und Beweisaufnahmen verwertbar sein, die sich auf die Hauptsache beziehen. Wurde über die Zuständigkeit zugleich mit der Hauptsache verhandelt, dann hat das Gericht darüber zu befinden, ob bzw in welcher Höhe zusätzliche Kosten durch den Zuständigkeitsstreit entstanden sind. Insoweit ist auch § 48 ZPO zu beachten (Bydlinski aaO 362). Wenn nun aber die Pflicht zum Kostenersatz feststeht, ist die weitere Frage nach dem Umfang der Kostenersatzpflicht zu stellen. Dabei kommt es darauf an, wie weit durch eine Unzuständigkeitseinrede und die Überweisung tatsächlich abgesonderte Kosten entstanden sind. Es muss berücksichtigt werden, ob und wie weit die vor dem ursprünglich angerufenen Gericht gesetzten Verfahrenshandlungen prozesserheblich bleiben. Da das Verfahren vor dem ursprünglich angerufenen und dem schließlich zuständigen Gericht als Einheit zu sehen ist, werden regelmäßig all jene Prozesshandlungen und Beweisaufnahmen verwertbar sein, die sich auf die Hauptsache beziehen. Wurde über die Zuständigkeit zugleich mit der Hauptsache verhandelt, dann hat das Gericht darüber zu befinden, ob bzw in welcher Höhe zusätzliche Kosten durch den Zuständigkeitsstreit entstanden sind. Insoweit ist auch Paragraph 48, ZPO zu beachten (Bydlinski aaO 362).

Daher sind auch bei Entscheidungen gemäß § 52 Abs 1 Satz 2 ZPO jene Umstände zu berücksichtigen, die iS des § 48 Abs 1 ZPO eine Kostenseparation rechtfertigen könnten. Abgesehen von der Verwertbarkeit oder Nichtverwertbarkeit des bisherigen Verfahrensaufwandes kann daher eine separate Kostenersatzpflicht des Klägers, der unrichtigerweise ein unzuständiges Gericht angerufen hat, zum Tragen kommen. Dieser Umstand hat an sich mit dem Ausgang des Hauptverfahrens nichts zu tun, weil sich die zu beurteilende Situation bis zum Ende des Verfahrens insoweit nicht (mehr) ändern kann. Eine konkrete Einschätzung der Mehrverfahrenskosten ist daher durchaus möglich. In diesem Sinne wurden auch in der bisherigen Rechtsprechung die Kosten für eine Klagebeantwortung zuerkannt, wenn sie nur durch den Unzuständigkeitsstreit oder die Anrufung des unzuständigen Gerichtes veranlasst wurde, wie es auch bei den Kosten hinsichtlich einer I. Tagsatzung darauf ankommt, ob die Kosten beim überweisenden Gericht auch dann aufgelaufen wären, wenn es zuständig geblieben wäre (Fasching, III 219). Bei einer Überweisung nach § 261 Abs 6 ZPO hat das Gericht, an das überwiesen wurde, die bisherigen Verfahrensergebnisse gemäß § 138 ZPO zu verwerten und die Verhandlung nicht wie bei Richterwechsel gemäß § 412 ZPO neu durchzuführen (Fasching, Lehrbuch2 Rz 225; JBl 1958, 312 ua). Damit bleiben alle Kosten jener Prozesshandlungen von der Entscheidung im Zuständigkeitsstreit ausgenommen, die im vor dem zuständigen Gericht fortgesetzten Verfahren über die Hauptsache verwertbar sind. Diese brauchen nämlich nicht wiederholt zu werden. Es wird an sie lediglich gemäß § 138 ZPO angeknüpft. Daher sind auch bei Entscheidungen gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Satz 2 ZPO jene Umstände zu berücksichtigen, die iS des Paragraph 48, Absatz eins, ZPO eine Kostenseparation rechtfertigen könnten. Abgesehen von der Verwertbarkeit oder Nichtverwertbarkeit des bisherigen Verfahrensaufwandes kann daher eine separate Kostenersatzpflicht des Klägers, der unrichtigerweise ein unzuständiges Gericht angerufen hat, zum Tragen kommen. Dieser Umstand hat an sich mit dem Ausgang des Hauptverfahrens nichts zu tun, weil sich die zu beurteilende Situation bis zum Ende des Verfahrens insoweit nicht (mehr) ändern kann. Eine konkrete Einschätzung der Mehrverfahrenskosten ist daher durchaus möglich. In diesem Sinne wurden auch in der bisherigen Rechtsprechung die Kosten für eine Klagebeantwortung zuerkannt, wenn sie nur durch den Unzuständigkeitsstreit oder die Anrufung des unzuständigen Gerichtes veranlasst wurde, wie es auch bei den Kosten hinsichtlich einer römisch eins. Tagsatzung darauf ankommt, ob die Kosten beim überweisenden Gericht auch dann aufgelaufen wären, wenn es zuständig geblieben wäre (Fasching, römisch III 219).

Bei einer Überweisung nach Paragraph 261, Absatz 6, ZPO hat das Gericht, an das überwiesen wurde, die bisherigen Verfahrensergebnisse gemäß Paragraph 138, ZPO zu verwerten und die Verhandlung nicht wie bei Richterwechsel gemäß Paragraph 412, ZPO neu durchzuführen (Fasching, Lehrbuch2 Rz 225; JBl 1958, 312 ua). Damit bleiben alle Kosten jener Prozesshandlungen von der Entscheidung im Zuständigkeitsstreit ausgenommen, die im vor dem zuständigen Gericht fortgesetzten Verfahren über die Hauptsache verwertbar sind. Diese brauchen nämlich nicht wiederholt zu werden. Es wird an sie lediglich gemäß Paragraph 138, ZPO angeknüpft.

Entgegen der Ansicht der Rekurswerberin wurde hier die Unzuständigkeitseinrede gemeinsam mit der Hauptsache erörtert. Die erstbeklagte Partei hat den Klagsanspruch auch dem Grunde nach bestritten, dazu Einwendungen erhoben und Beweise angeboten. Der Beweisbeschluss bezog sich nicht nur auf die Frage der Zuständigkeit, zumal keine Einschränkung auf die Verhandlung über die Prozesseinrede angeordnet worden ist. Die erstbeklagte Partei hat sich auch nicht gegen die Vorgangsweise des Erstgerichtes ausgesprochen, sodass keine Rede davon sein kann, es handle sich nur um einen "rudimentären" Beweisbeschluss. Damit kann aber ungeachtet einer allfälligen Neuaufnahme der Beweise der Prozessstoff der Tagsatzung vom 14.12.1998 nicht vom Verfahren über den Zuständigkeitsstreit getrennt werden. Er ist für die weitere Verhandlung jedenfalls förderlich (EvBl 1994/76). Eine Zuerkennung der gesamten Kosten der Tagsatzung vom 14.12.1998 kommt entgegen der Ansicht der erstbeklagten Partei also nicht in Betracht.

Im Rahmen der rechtlichen Prüfung der Kostenentscheidung in alle Richtungen ist allerdings - von der Rekurswerberin nicht aufgegriffen - zu berücksichtigen, dass die erwähnte Tagsatzung nur deswegen vor dem Erstgericht und nicht, wie rechtens, vor dem Bezirksgericht für Handelssachen Wien stattgefunden hat, weil die klagende Partei zu Unrecht das Erstgericht angerufen hatte. Im Hinblick auf die Unzuständigkeitsentscheidung des Erstgerichtes und den Überweisungsbeschluss ist unwiderlegt von einem Unterliegen der klagenden Partei und, damit zusammenhängend, von einer grundsätzlichen Kostenersatzpflicht auszugehen. Daher war, bezogen auf diese Tagsatzung, die Differenz zwischen dem einfachen und dem doppelten Einheitssatz zuzüglich USt zuzugestehen. Wäre die Klage von vornherein beim zuständigen Gericht überreicht worden, hätte die erstbeklagte Partei lediglich für den einfachen Einheitssatz ihres Vertreters aufkommen müssen. Somit ist die klagende Partei verpflichtet, der erstbeklagten Partei ATS 2.399,50 (einfacher Einheitssatz) zuzüglich 20 % USt von ATS 479,90, gesamt ATS 2.879,40 zu bezahlen. Der verzeichnete 10%ige Streitgenossenzuschlag ist nicht zuzerkennen, da schon in der erwähnten Tagsatzung der ursprünglich Zweitbeklagte nicht mehr am Verfahren beteiligt war.

Hinsichtlich der weiteren Kosten wird sodann vom nunmehr zuständigen Gericht im Rahmen der Hauptsachenentscheidung zu befinden sein.

Entgegen der Verzeichnung im Rechtsmittelschriftsatz der erstbeklagten Partei sind Kostenreklame nur nach TP 3 A und nicht nach TP 3 B RATG zu honorieren. Als Bemessungsgrundlage gegenüber dem Gegner dient der Kostenbetrag, dessen Zuspruch oder Aberkennung erteilt wird. Somit stehen der erstbeklagten Partei Rekurskosten von lediglich ATS 1.355,52 gemäß §§ 43 Abs 1, 50 ZPO iVm § 11 RATG zu. Entgegen der Verzeichnung im Rechtsmittelschriftsatz der erstbeklagten Partei sind Kostenreklame nur nach TP 3 A und nicht nach TP 3 B RATG zu honorieren. Als Bemessungsgrundlage gegenüber dem Gegner dient der Kostenbetrag, dessen Zuspruch oder Aberkennung erteilt wird. Somit stehen der erstbeklagten Partei Rekurskosten von lediglich ATS 1.355,52 gemäß Paragraphen 43, Absatz eins, 50 ZPO in Verbindung mit Paragraph 11, RATG zu.

Gemäß § 528 Abs 2 Z 3 ZPO ist der Revisionsreklame jedenfalls unzulässig. Gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 3, ZPO ist der Revisionsreklame jedenfalls unzulässig.

## **Anmerkung**

EEF00032 04R00079

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

ECLI:AT:LG00929:1999:00400R00007.99F.0205.000

## **Dokumentnummer**

JJT\_19990205\_LG00929\_00400R00007\_99F0000\_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)