

[Österreichische Juristen-Zeitung]

öJZ

Leitsatzkartei**Nr 104 – 113**

- Beiträge** 361 **Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit nach der ZVN 2002**
Peter G. Mayr
- 375 **Probleme des Aufenthalts von Schülern im Schulgebäude vor Beginn der gesetzlichen Aufsichtsphase**
Günther Walchshofer

- Berichte** 380 Richterwahlen in der Schweiz

**Evidenzblatt
Nr 81 – 89**

- 384 Zur Aufrechnungsbefugnis des Treuhänders
- 386 Zum Begriff der Schutzgesetze
- 388 Einordnung des Hotelunterbringungsvertrags im europäischen Gemeinschaftsrecht
- 391 Kein Widerspruch gegen Zuschlag wegen gesetzwidrigen Vadiums
- 395 Unterlassene Bedachtnahme auf eine Vorverurteilung

- MRK** 397 Werbung durch Preisvergleich

Redaktion

Herbert Steininger (Chefredakteur)
Robert Fucik
Herbert Zeizinger

Evidenzblatt

Helmut Gamerith
Gerhard Hager
Erich Kodek

MRK-Entscheidungen

Wolf Okressek

Mai 2004

10

MANZ


Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit nach der ZVN 2002

Durch die ZVN 2002 hat sich das zivilprozessuale Einlassungsverfahren grundlegend geändert. Diese Veränderungen strahlen ihre Wirkungen auch auf die Wahrnehmbarkeit und Heilbarkeit der Unzuständigkeit aus. Diese Fragen soll der folgende Beitrag klären.

Von Peter G. Mayr

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit von Amts wegen
 1. Allgemeines
 2. Prorogable Unzuständigkeit
 3. Unprorogable Unzuständigkeit
 - a) Gerichtshofverfahren
 - b) Bezirksgerichtliches Verfahren
 4. Ergebnis
- C. Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit auf Einrede des Beklagten
 1. Allgemeines
 2. Gerichtshofverfahren
 - a) Allgemeines
 - b) Standardverfahren
 - c) Mahnverfahren
 - d) (Wechsel-)Mandatsverfahren
 - e) Ergebnis
 3. Bezirksgerichtliches Verfahren
 - a) Allgemeines
 - b) „Klassisches“ Verfahren
 - c) Mahnverfahren
 - d) Auftragsverfahren
 - e) Ergebnis
- D. Zusammenfassung
- E. Schlussbetrachtung

A. Einleitung

Die Zivilverfahrens-Novelle (ZVN) 2002¹⁾ hat im Interesse „einer Vereinfachung, Beschleunigung und Effizienzsteigerung des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens“ eine ganze Reihe von teilweise sehr bedeutsamen Änderungen der Zivilprozessgesetze gebracht.²⁾ Obwohl im Zuge dieser umfangreichen Novelle die JN nicht geändert worden ist, hat insb die Umgestaltung des zivilprozessualen Einlassungsverfahrens (indirekt) große Auswirkungen auf die Wahrnehmung der Unzuständigkeit gehabt, die im folgenden Beitrag näher dargestellt werden sollen.

Dabei wird unter „Unzuständigkeit“ nicht nur die sachliche und örtliche Unzuständigkeit, sondern auch die internationale Unzuständigkeit verstanden, obwohl die österr Gesetzgebung³⁾ formal eine solche (eigene) Prozessvoraussetzung (leider) gar nicht kennt, sondern unter der einheitlichen Bezeichnung „inländische Gerichtsbarkeit“ sowohl die (echte) inländische Gerichts-

barkeit (ieS) als auch die internationale Zuständigkeit zusammengefasst wird.⁴⁾ In den Auswirkungen des Mangels der „inländischen Gerichtsbarkeit“ unterscheidet freilich auch der österr Gesetzgeber, um welche Art der fehlenden „inländischen Gerichtsbarkeit“ es sich handelt⁵⁾:

Die „inländische Gerichtsbarkeit“ ieS bildet nämlich eine absolute Prozessvoraussetzung, für die der Grundsatz der *perpetuatio iurisdictionis* nicht gilt (§ 29 JN) und die weder durch eine Vereinbarung nach § 104 JN begründet, noch deren Mangel durch rügelose Einlassung (gem § 104 Abs 3 JN) oder mit der Rechtskraft der Entscheidung heilen würde (§ 42 Abs 2 JN). Von dieser (nur) durch völkerrechtliche Immunitäten beschränkten Befugnis des Staates, Recht zu sprechen, soll hier nicht weiter die Rede sein.

Davon zu unterscheiden ist die (inländische Gerichtsbarkeit iS der) internationale(n) Zuständigkeit, welche die Verteilung der Rechtssachen mit Auslandsbezug auf die verschiedenen Staaten regelt. Diese Prozessvoraussetzung wird seit der WGN 1997⁶⁾ (auch) im autonomen österr Recht grundsätzlich der (unpro-

ÖJZ 2004/22

§§ 41, 43, 104 JN;
§§ 240, 441 ZPO

Prorogable
Unzuständigkeit;
Unprorogable
Unzuständigkeit;
Unzuständig-
keitseinrede

1) BGBl I 2002/76; dazu RV 962 BlgNR 21. GP und JAB 1049 BlgNR 21. GP.

2) Dazu insb *Beran/Klaus/Liebhart/Nigl/Pühringer/Rassl/Roch/Steinhauer*, (Franz) Klein, aber fein, ÖRZ 2002, 258 und ÖRZ 2003, 2; *M. Bydlinki*, Zivilprozessordnung und Jurisdiktionsnorm samt Einführungsgesetzen mit Kommentar zur ZVN 2002 (2002); *Deixler-Hübner*, Fortschritte und Rückschritte durch die Zivilverfahrens-Novelle 2002, in FS Beys I (2003) 209; *Fink*, Auswirkungen der ZVN 2002 auf das Verfahren in Arbeits- und Sozialrechtssachen – Ein Überblick, DRdA 2003, 221; *Frauenberger*, Die ZVN 2002 – Neuerungen im Zivilprozessrecht, ÖJZ 2002, 873; *Klicka*, Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung – ein Vergleich zur deutschen ZPO-Reform 2002, ZZPInt 7 (2002) 179.

3) Auch die RV eines (neuen) Außerstreitgesetzes und eines Außerstreit-Begleitgesetzes (224 und 225 BlgNR 22. GP) sprechen (leider) nur von „inländischer Gerichtsbarkeit“ (§ 56 AuBStrG idF RV; §§ 106, 107, 108 Abs 3 JN idF RV). Das BG über das Internationale Insolvenzrecht (BGBl I 2003/36) verwendet hingegen bereits den Ausdruck „internationale Zuständigkeit“ (Überschrift zu § 244 KO).

4) Etwa *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO² (2000) Rz 1 vor § 27 a JN und Rz 1 zu § 27 a JN und *ders.*, Die Reform des internationalen Zivilprozessrechts in Österreich, JBI 2001, 150f mwN sowie seither *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren³ (2003) Rz 57 a und 376 und *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 61 ff.

5) Siehe die detaillierte Übersicht über die Behandlung der inländischen Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ nach Rz 75.

6) BGBl I 1997/140; zu den international-verfahrensrechtlichen Neuerungen vgl insb *Matscher*, Die Neuregelung der inländischen Gerichtsbarkeit durch die WGN 1997, JBI 1998, 488; *Simotta*, Die Neuregelung der internationalen Zuständigkeit durch die Wertgrenzen-Novelle 1997, in FS Schütze (1999) 831 und *Mayr*, Reform, JBI 2001, 144.

rogablen) sachlichen und örtlichen Zuständigkeit gleichgestellt, sodass sie hier mitbehandelt werden muss. Zu beachten ist allerdings, dass in bestimmten Fällen⁷⁾ die internationale Zuständigkeit Österreichs weder durch eine Vereinbarung der Parteien noch durch eine rügelose Einlassung begründet werden kann (§ 104 Abs 4 JN). Diese unprorogable internationale Unzuständigkeit muss daher bis zur Rechtskraft der Entscheidung jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen wahrgenommen werden und ist (bis zur Rechtskraft) keiner Heilung zugänglich, sodass diese (in der Praxis sehr seltene) Art der internationalen Unzuständigkeit bei den nachfolgenden Ausführungen über die Dauer der Wahrnehmbarkeit der Unzuständigkeit ausgeklammert werden kann.

B. Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit von Amts wegen

1. Allgemeines

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).⁸⁾ Hält sich das angerufene Gericht für unzuständig, so hat es die Klage (sofort) von Amts wegen (a limine litis) zurückzuweisen (§ 43 Abs 1 Satz 1 JN). Dies gilt auch für das Fehlen der internationalen Zuständigkeit⁹⁾ außerhalb des Anwendungsbereichs des „europäischen Zivilprozessrechts“.¹⁰⁾ Nach § 42 Abs 1 JN hat nämlich das angerufene Gericht bei einem (noch nicht geheilten) Mangel der „inländischen Gerichtsbarkeit“ in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit mit Beschluss auszusprechen (vgl auch § 230 Abs 3 ZPO).

„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 Gerichtsbarkeit¹¹⁾ fehlt oder das Gericht nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes¹²⁾ selbst durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien für die betreffende Rechtssache nicht sachlich oder örtlich zuständig gemacht werden kann.“¹³⁾ So lautet der zweite Satz des § 43 Abs 1 JN, der durch die ZVN 2002 (leider) gänzlich unverändert gelassen wurde, tatsächlich aber zumindest¹⁴⁾ in den Zitaten¹⁵⁾ angepasst werden müssen.

2. Prorogable Unzuständigkeit

Diese Anordnung des Gesetzes bedeutet, dass das angerufene Gericht ab den nachfolgend angeführten Zeitpunkten sich nicht mehr wegen einer prorogablen (sachlichen oder örtlichen) Unzuständigkeit von Amts wegen für unzuständig erklären kann:¹⁶⁾

- Wenn es einen bedingten Zahlungsbefehl erlassen hat (im bezirksgerichtlichen oder im Gerichtshofverfahren: §§ 244 ff, 448 ZPO);
- wenn es einen Auftrag zur Klagebeantwortung erteilt hat (im Gerichtshofverfahren: § 230 Abs 1 ZPO);
- wenn es (sofort) eine vorbereitende Tagsatzung anberaumt hat (im bezirksgerichtlichen Verfahren: § 440 Abs 1 ZPO); oder (obwohl es im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird)¹⁷⁾
- wenn es einen (Wechsel-)Zahlungsauftrag im (Wechsel-)Mandatsverfahren oder ein Mandat im Bestandverfahren erlassen hat.

Fraglich ist, ob auch der (in § 43 Abs 1 JN ebenfalls nicht genannte) gerichtliche Auftrag zum Wechsel vorbereitender Schriftsätze an durch Rechtsanwälte vertretene Parteien (gem § 440 Abs 3 ZPO) zum Ausschluss der amtswegigen Wahrnehmbarkeit der prorogablen Unzuständigkeit führt. Diese Frage ist zu bejahen, weil unter der Anordnung des § 43 Abs 1 JN (offenbar) jede prozessleitende Verfügung des Gerichts nach der a limine-Prüfung der Klage zu verstehen ist¹⁸⁾ und auch sonst kein Grund ersichtlich ist, warum dieser gerichtliche Auftrag (an anwaltlich vertretene Parteien) anders behandelt werden sollte als etwa der Auftrag zur Erstattung einer Klagebeantwortung im Gerichtshofverfahren. Die praktische Bedeutung dieser Antwort ist aller-

7) Siehe dazu die detaillierte Aufzählung bei *Mayr*, Reform, JBI 2001, 152f oder *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 71.

8) Siehe dazu und zur umstrittenen Frage des anzulegenden Prüfungsmaßstabs *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 3 zu § 41 JN und *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 519 einerseits und *Ballon* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² I (2000) Rz 5 vor § 41 JN sowie Rz 3 und 5 zu § 41 JN andererseits.

9) *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 4 und 6 zu § 42 JN; *ders*, Reform, JBI 2001, 156f; *Simotta*, Wann darf von einem österreichischen Gericht die Klage a limine wegen internationaler Unzuständigkeit zurückgewiesen werden? in FS Beyerl (2003) 1517f sowie 1 Ob 236/01 i = EvBl 2002/65 = RdW 2002, 414/414 = ZfRV 2002, 197/18. Siehe auch unten FN 33.

10) Zur dortigen Prüfung der internationalen Zuständigkeit s (insb) Art 25f EuGVVO (bzw Art 19f EuGVÜ/LGVÜ); dazu etwa *Mayr/Czerlich*, Das neue europäische Zivilprozessrecht (2002) 100ff oder *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 74.

11) Gemeint ist damit der Mangel der prorogablen internationalen Zuständigkeit, weil eine unprorogable internationale Unzuständigkeit nicht nach § 104 JN heilen kann (§ 104 Abs 4 JN), und die fehlende inländische Gerichtsbarkeit wegen einer (völkerrechtlichen) Immunität überhaupt keiner Heilung nach § 104 JN zugänglich ist (vgl § 42 JN). Siehe dazu bereits oben in der Einleitung (Kapitel A).

12) Diese Einschränkung ist überflüssig und sinnstörend: *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² I Rz 15 zu § 43 JN.

13) Darüber hinaus kann eine Unzuständigkeit ausnahmsweise auch dann nicht mehr wahrgenommen werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts bereits bindend bejaht worden ist (analog zu § 42 Abs 3 JN) oder ein in § 43 Abs 3, §§ 45, 46 Abs 1 JN geregelter Fall vorliegt.

14) Siehe oben FN 11 und 12 sowie zur Unstimmigkeit des § 43 JN nach der WGN 1997 bereits *Mayr*, Jurisdiktionsnorm und Gerichtsorganisationsgesetz nach 100 Jahren, in *Mayr* (Hrsg), 100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze (1998) 53 FN 95.

15) Statt „§ 243 Abs 4 ZPO“ müsste nunmehr § 230 Abs 1 ZPO und statt „§ 448 ZPO“ müssten jetzt §§ 244, 448 ZPO angeführt werden.

16) Siehe (zur Rechtslage vor der ZVN 2002) *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² I Rz 11 zu § 43 JN und *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 4 zu § 43 JN.

17) Dazu kritisch bereits *König*, Bemerkungen zur Regierungsvorlage einer Zivilverfahrens-Novelle, JBI 1982, 407 und *Fucik*, Die Zuständigkeit nach der Zivilverfahrens-Novelle 1983, RZ 1985, 258.

18) Vgl *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 219 und *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren⁹ (1999) Rz 72. Nach *Fucik*, Zuständigkeit, RZ 1985, 258, bewirkt sogar bereits die Zustellung der Klage an den Beklagten (ohne Anberaumung einer Tagsatzung) den Wegfall des Prüfungsrechts.

dings insofern beschränkt, als der Richter (außerhalb der Geltung der absoluten Anwaltpflicht) in diesem frühen Verfahrensstadium nur in Ausnahmefällen wissen wird, ob auch die beklagte Partei von einem Rechtsanwalt vertreten wird, sodass auch ein Auftrag iSd § 440 Abs 3 ZPO (streng genommen) nur selten in Frage kommt. Und selbst wenn beide Parteien von Rechtsanwälten vertreten sind, wird ein (verfahrensökonomisch vorgehender) Richter einen Auftrag zum Schriftsatzwechsel häufig mit der Anberaumung der vorbereitenden Tagsatzung verbinden, wodurch dann die Voraussetzungen des § 43 Abs 1 JN zweifelsfrei erfüllt sind.

Nach der Erlassung einer der genannten Verfügungen kann sich das Gericht nur noch aufgrund einer rechtzeitigen Einrede des Beklagten für unzuständig erklären¹⁹⁾ oder – nach dem Wortlaut der oben zit Z 2 des § 43 Abs 1 JN – wenn (die „inländische Gerichtsbarkeit“ fehlt oder) eine noch nicht geheilte unprorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit vorliegt. Letztere Anordnung des Gesetzes bedarf einer näheren Untersuchung.

3. Unprorogable Unzuständigkeit

Um zu prüfen, wie lange das angerufene Gericht eine unprorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit (bzw eine prorogable internationale Unzuständigkeit) von Amts wegen wahrnehmen kann, müssen die seit der ZVN 2002 bestehenden Varianten des Einlassungsverfahrens vor dem Gerichtshof und vor dem Bezirksgericht einzeln durchgegangen werden:

a) Gerichtshofverfahren

aa) Auftrag zur Klagebeantwortung

Hat ein Gerichtshof dem Beklagten mit Beschluss die Beantwortung der Klage aufgetragen (§ 230 Abs 1 ZPO), so ist er an diesen Beschluss gebunden und kann daher, wenn er später (von sich aus) bemerkt, dass er dafür eigentlich nicht zuständig gewesen ist, nicht mehr seinen Beschluss widerrufen und die Klage zurückweisen. Das Gericht muss jetzt vielmehr abwarten, ob vom Beklagten eine Klagebeantwortung erstattet wird.

Wird eine rechtzeitige Klagebeantwortung eingebracht, in dieser jedoch die Unzuständigkeit nicht geltend gemacht, so ist die Unzuständigkeit (jedenfalls) geheilt²⁰⁾ und kann daher auch vom Gericht im fortgesetzten Verfahren nicht mehr aufgegriffen werden. Wird hingegen in der Klagebeantwortung die Unzuständigkeit gerügt, dann tritt keine Heilung ein²¹⁾ und das Gericht hat nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 261 Abs 1 ZPO) über diese Einrede zu entscheiden.

Wird keine (rechtzeitige) Klagebeantwortung eingebracht²²⁾ und beantragt der Kläger daher die Fällung eines Versäumnungsurteils (§ 396 Abs 1 ZPO), so erhält das Gericht (wieder) die Möglichkeit (und die Pflicht), das Vorliegen der (noch nicht geheilten) Prozessvoraussetzungen zu prüfen (§ 401 Abs 1 ZPO).²³⁾ Hält das angerufene Gericht sich nun (aufgrund dieser neuerlichen Prüfung) für unprorogabel unzuständig,²⁴⁾ so darf es das beantragte Versäumnungsurteil nicht fällen, weil es an einem Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 3 ZPO leiden würde. Es hat vielmehr den Antrag auf Fäl-

lung eines Versäumnungsurteils abzuweisen und die Klage wegen unprorogabler Unzuständigkeit zurückzuweisen. Gegen diesen Beschluss steht dem Kläger freilich (neben einem allfälligen Rekurs)²⁵⁾ ein Überweisantrag nach § 230 a ZPO an das nicht offenbar unzuständige Gericht offen. Wird kein Antrag auf Fällung eines Versäumnungsurteils gestellt, tritt gem § 398 ZPO ein „ruhensähnlicher Zustand“ ein.²⁶⁾

bb) Mahnverfahren

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.²⁷⁾ Wird kein Einspruch erhoben, so wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig und eine allenfalls gegeben gewesene Unzuständigkeit kann nicht mehr aufgegriffen werden. Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, darin die Unzuständigkeit aber nicht eingewendet, so ist die Unzuständigkeit (jedenfalls im Gerichtshofverfahren)²⁸⁾ 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 litis-Prüfung der Klage) ist daher im Mahnverfahren kein Raum.

cc) (Wechsel-)Mandatsverfahren

Das Gleiche gilt für das (Wechsel-)Mandatsverfahren vor einem Gerichtshof: Auch hier kann eine Unzuständigkeit nach Erlassung des Zahlungsauftrags nur noch wahrgenommen werden, wenn sie vom Beklagten in den Einwendungen gerügt worden ist.²⁹⁾

b) Bezirksgerichtliches Verfahren

aa) Anberaumung einer vorbereitenden Tagsatzung

Hat der Richter im bezirksgerichtlichen Verfahren sofort (ohne vorherigen Auftrag zum Schriftsatzwechsel oder die Durchführung eines Mahn- oder Mandats-

19) Dazu eingehend unter C.

20) Siehe unten Kapitel C.2.b.aa).

21) Auch wenn der Beklagte in der Folge zur vorbereitenden Tagsatzung nicht erscheint: Ein Versäumnungsurteil darf gem § 396 Abs 3 ZPO erst nach der Verwerfung der Unzuständigkeitsinrede gefällt werden. Siehe dazu 962 BlgNR 21. GP 39.

22) Nach § 396 Abs 4 ZPO verhindert eine verspätete Klagebeantwortung selbst dann nicht die Fällung eines Versäumnungsurteils, wenn sie noch vor dem Antrag auf Fällung eines Versäumnungsurteils (nachträglich) eingebracht worden ist. Zu Recht kritisch dazu *Deixler-Hübner*, Fortschritte und Rückschritte, in FS Beys I 219f; *Klicka*, Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 2002, 187; *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahrens⁹ Rz 245 und *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 678.

23) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1402; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 684.

24) Eine (bloß) prorogable Unzuständigkeit darf es dagegen nicht mehr wahrnehmen: Siehe oben B.2.

25) Die Kumulationsmöglichkeit wird von der hM bejaht: etwa *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² III Rz 11 zu § 230 a ZPO oder *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 149/1.

26) Kritisch zu dieser Regelung *Beran ua*, (Franz) Klein, aber fein, RZ 2003, 10; *M. Bydlinski*, Zivilprozessordnung 220 ff; *Deixler-Hübner*, Fortschritte und Rückschritte, in FS Beys I 220f; *Klicka*, Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 2002, 186; *Frauenberger*, Die ZVN 2002, ÖJZ 2002, 874; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 682 f.

27) Siehe unten FN 39 für das bezirksgerichtliche Mahnverfahren.

28) Siehe unter C.2.c. Zur strittigen Rechtslage im bezirksgerichtlichen Mahnverfahren s unter C.3.c.

29) Dazu unten Kapitel C.2.d.

verfahrens)³⁰⁾ eine vorbereitende Tagsatzung anberaumt und bemerkt er noch vor der Durchführung dieser Tagsatzung – etwa anlässlich des vorbereitenden Aktenstudiums –, dass das angerufene Gericht unprorogabel unzuständig ist, stellt sich die Frage, ob das Gericht diese Unzuständigkeit noch von Amts wegen wahrnehmen und daher die (anberaumte) Tagsatzung abberäumen und die Klage (sofort) zurückweisen darf. Eine solche Vorgangsweise würde zwar vom Wortlaut des § 43 Abs 1 Z 2 JN gedeckt werden, steht aber im Widerspruch zur Anordnung des § 182 Abs 2 letzter Satz ZPO. Danach hat der Richter bei Bedenken gegen das Vorliegen der („inländischen Gerichtsbarkeit“ oder der) sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit den Parteien vor einer Entscheidung hierüber die Gelegenheit zu einer Heilung nach § 104 JN bzw zu einem Antrag auf Überweisung der Rechtssache an das zuständige Gericht (§ 261 Abs 6 ZPO) zu geben. Diese Bestimmung bezieht sich in ihrem Regelungszusammenhang zwar nur auf Zuständigkeitsbedenken des Gerichts, die im Zuge einer mündlichen Verhandlung auftauchen,³¹⁾ ist mE aber immer schon dann anzuwenden,³²⁾ wenn das Gericht eine mündliche Streitverhandlung anberaumt hat.³³⁾

Das bedeutet, dass das Gericht, nachdem es die vorbereitende Tagsatzung angesetzt hat, nicht plötzlich die Klage wegen (unprorogabler) Unzuständigkeit zurückweisen darf, sondern die vorbereitende Tagsatzung durchführen muss. Dort hat der Richter dann den unvertretenen Beklagten iSd § 104 Abs 3 JN nachweisbar über die (noch nicht geheilte) Unzuständigkeit zu belehren. Erhebt daraufhin der (belehrte) Beklagte die Unzuständigkeitseinrede, muss das Gericht die Zuständigkeit prüfen und gegebenenfalls die Unzuständigkeit aussprechen und die Klage zurückweisen, wobei dem Kläger die Stellung eines Überweisungsantrags nach § 261 Abs 6 ZPO offen bleibt. Erhebt der Beklagte jedoch trotz Belehrung keine Unzuständigkeitseinrede, ist (auch) die (unprorogable) Unzuständigkeit geheilt und kann vom Gericht nicht mehr von Amts wegen aufgegriffen werden. Nur wenn der Beklagte bei der vorbereitenden Tagsatzung nicht erscheint und der anwesende Kläger die Erlassung eines Versäumnungsurteils beantragt (§ 442 Abs 1 ZPO), kann (bzw muss) das Gericht eine vorliegende unprorogable Unzuständigkeit von Amts wegen wahrnehmen und daher den Antrag auf Fällung eines Versäumnungsurteils abweisen und die Klage zurückweisen. Tut es das nicht, ist das Versäumnungsurteil vom (säumigen) Beklagten mit Nichtigkeitsberufung nach § 477 Abs 1 Z 3 ZPO bekämpfbar.³⁴⁾

bb) Schriftsatzwechsel

Wenn gem § 440 Abs 3 ZPO den anwaltlich vertretenen Parteien ein Schriftsatzwechsel aufgetragen und (bereits) gleichzeitig eine vorbereitende Tagsatzung anberaumt worden ist, kann nichts anderes gelten: Der Bezirksrichter darf eine – verspätet bemerkte – Unzuständigkeit nicht mehr von Amts wegen aufgreifen und die Klage zurückweisen, sondern er muss die vorbereitende Tagsatzung durchführen und dort – sofern zwischenzeitlich nicht bereits eine Heilung der Unzuständigkeit eingetreten ist³⁵⁾ – iSd § 182 Abs 2 letzter Satz ZPO vorgehen.

Wird (ohne gleichzeitige Anberaumung einer vorbereitenden Tagsatzung) vom Bezirksgericht ein Schriftsatzwechsel aufgetragen, ist die Rechtslage (noch) diffizil: Für den äußerst unwahrscheinlichen Fall, dass der anwaltlich vertretene Beklagte – trotz eines entsprechenden richterlichen Auftrags – keinen vorbereitenden Schriftsatz einbringt oder er im eingebrachten Schriftsatz nicht zur Sache vorbringt,³⁶⁾ ist fraglich, ob der Richter jetzt – vor der Anberaumung der mündlichen Streitverhandlung – die (noch nicht geheilte) unprorogable sachliche oder örtliche (oder prorogable internationale) Unzuständigkeit noch von Amts wegen wahrnehmen kann. Diese Frage muss wohl bejaht werden, weil die GMat zur ZVN 1983 ausdrücklich betont haben, dass die (neu eingefügte) Regelung des § 182 Abs 2 ZPO nur bei einer ohnedies stattfindenden Verhandlung zur Anwendung kommen solle. Um die erwähnte Heilungs- bzw Überweisungsmöglichkeit zu bieten, müsse aber nicht eigens eine mündliche Verhandlung anberaumt oder in anderer Form Kontakt zu den Parteien gesucht werden.³⁷⁾ Ist die vorbereitende Tagsatzung aber einmal ausgeschrieben worden, so ist mE³⁸⁾ eine amtswegige Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit nicht mehr möglich, sondern es muss die Streitverhandlung durchgeführt und § 182 Abs 2 ZPO angewendet werden.

cc) Mahnverfahren

Wenn das Bezirksgericht einen Zahlungsbefehl erlassen hat, so ist es grundsätzlich daran gebunden und kann eine (später bemerkte) Unzuständigkeit nicht mehr von Amts wegen aufgreifen.³⁹⁾ Nur dann, wenn der (rechtzeitig erhobene) Einspruch keine Unzuständigkeitseinrede enthält und dennoch noch keine Heilung der Unzuständigkeit eingetreten ist,⁴⁰⁾ kann das Gericht – unter Berücksichtigung der oben (FN 37) wiedergegebenen Ansicht der GMat – eine unprorogable

30) Siehe dazu unten bb) bis dd).

31) Da die Unzuständigkeit häufig bereits vor der Durchführung der mündlichen Streitverhandlung (durch schriftliches Sachvorbringen des vertretenen Beklagten) geheilt ist (s unter C.3), hat diese Regelung allerdings überhaupt nur einen schmalen Anwendungsbereich.

32) Ebenso *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² I Rz 6 vor § 41 JN und Rz 12 zu § 43 JN. Vgl auch die unten (FN 37) zit Aussage der GMat zur ZVN 1983.

33) Daher berührt diese Bestimmung die Pflicht des Gerichts zur a limine-Zurückweisung nicht; anders *Burgstaller*, Probleme der Prorogation nach dem Lugano-Übereinkommen, JBl 1998, 696, 697 f, hinsichtlich der (autonom geregelten) internationalen Unzuständigkeit; dagegen *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 4 und 6 zu § 42 JN und *ders*, Reform, JBl 2001, 156 f sowie 1 Ob 236/011 = EvBl 2002/65 = RdW 2002, 414/414 = ZfRV 2002, 197/18; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² II/2 Rz 19 zu §§ 182, 182 a ZPO. Siehe auch schon oben FN 9.

34) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 152; vgl auch schon oben bei FN 23.

35) Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig der Fall, weil mit dem (auftragsgemäß erstatteten) Schriftsatz der durch einen Anwalt vertretene Beklagte (arg § 440 Abs 3 ZPO) zur Sache vorgebracht hat: Siehe unter C.3.b.cc).

36) Nur dann ist nämlich die Unzuständigkeit noch nicht geheilt: Siehe unten Kapitel C.3.b.cc).

37) 669 BlgNR 15. GP 50.

38) Siehe schon oben bei FN 32.

39) Etwa G. *Kodek*, Aufhebung des Zahlungsbefehls wegen Unzuständigkeit? Rz 1998, 154 und *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 4 zu § 43 JN.

40) Dies ist nach der hier vertretenen Meinung (unter C.3.c) dann der Fall, wenn ein qualifiziert vertretener Beklagter einen „leeren“ Einspruch (ohne Sachvorbringen) oder ein unvertreter Beklagter einen Einspruch (mit oder ohne Sachvorbringen) eingebracht hat.

gale Unzuständigkeit solange noch von Amts wegen wahrnehmen, als es noch keine mündliche Verhandlung (gem § 448 Z 4 ZPO) anberaumt hat.⁴¹⁾ Hat das Gericht hingegen einmal eine vorbereitende Tagsatzung anberaumt, so ist diese mE durchzuführen. In der mündlichen Streitverhandlung hat der Richter dann den unvertretenen Beklagten iSd § 104 Abs 3 JN und § 182 Abs 2 ZPO über die (noch nicht geheilte) unprorogable Unzuständigkeit zu belehren.

dd) Auftragsverfahren

Wird das bezirksgerichtliche Verfahren mit einem Auftragsverfahren eingeleitet, so gelten die gleichen Regeln wie im Mahnverfahren. Nach Erlassung des (Wechsel-)Zahlungsauftrags, des Übernahme- bzw. Übergabeauftrags oder der gerichtlichen Aufkündigung darf das Gericht eine unprorogable Unzuständigkeit also nur noch dann von Amts wegen wahrnehmen, wenn einerseits durch die (rügelosen) Einwendungen noch keine Unzuständigkeitsheilung eingetreten ist⁴²⁾ und es andererseits auch noch keine mündliche Streitverhandlung anberaumt hat. Diese Konstellation wird sich in der Praxis nur äußerst selten ergeben.

4. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich somit, dass hinsichtlich der amtswegigen Wahrnehmung der Unzuständigkeit zwischen einer prorogablen und einer unprorogablen sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit (bzw der prorogablen internationalen Unzuständigkeit) keine wesentlichen Unterschiede bestehen: Die Unzuständigkeit kann von Amts wegen regelmäßig nur bis zur Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines ([Wechsel-]Zahlungs-)Auftrags (im Bezirksgerichts- und Gerichtshofverfahren) oder eines Auftrags zur Erstattung einer Klagebeantwortung (im Gerichtshofverfahren) oder der Anberaumung einer vorbereitenden Tagsatzung oder der Auftragserteilung zu einem Schriftsatzwechsel (im bezirksgerichtlichen Verfahren) wahrgenommen werden.

Mehr theoretische denn praktische Unterschiede zwischen prorogabler und unprorogabler Unzuständigkeit bestehen lediglich insofern, als ein Bezirksgericht, dessen (unprorogable) Unzuständigkeit trotz der Einbringung eines vorbereitenden Schriftsatzes, eines Einspruchs oder von Einwendungen noch nicht geheilt ist,⁴³⁾ bis zur Anberaumung der mündlichen Streitverhandlung diese unprorogable Unzuständigkeit noch von Amts wegen wahrnehmen könnte. Weiters darf (nur) bei Vorliegen einer unprorogablen Unzuständigkeit im Falle der Säumnis des Beklagten kein Versäumnisurteil gefällt werden, sondern das Bezirksgericht oder der Gerichtshof müsste die (unprorogable) Unzuständigkeit noch von Amts wegen wahrnehmen, weil andernfalls das gefällte Versäumnisurteil an einem Nichtigkeitsgrund leiden würde (§ 477 Abs 1 Z 3 ZPO). In allen anderen Fällen kann nach den genannten Zeitpunkten eine Unzuständigkeit nicht mehr von Amts wegen aufgegriffen und die Klage zurückgewiesen werden, jedoch besteht bei einer (noch nicht geheilten) Unzuständigkeit für das Bezirksgericht die Pflicht, die nicht durch einen Rechtsanwalt (oder einen Notar) vertretene Partei über die Möglichkeit einer Unzuständigkeitseinrede zu belehren, widrigenfalls keine Heilung

der unprorogablen Unzuständigkeit eintreten kann (§ 104 Abs 3 JN). Im Fall einer prorogablen Unzuständigkeit kann diese Belehrung allerdings nur ganz am Beginn der mündlichen Streitverhandlung erfolgen,⁴⁴⁾ weil nach der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache diese Art der Unzuständigkeit geheilt ist.

C. Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit auf Einrede des Beklagten

1. Allgemeines

Gem § 104 Abs 3 JN wird ein an sich unzuständiges Gericht auch dadurch zuständig, dass der Beklagte zur Sache vorbringt (§ 74 ZPO) oder mündlich verhandelt,⁴⁵⁾ ohne die Unzuständigkeitseinrede zu erheben, sofern er dabei durch einen Rechtsanwalt oder einen Notar vertreten ist oder sofern er vorher durch den Richter über die Möglichkeit einer derartigen Einrede und deren Wirkung belehrt und diese Belehrung im Verhandlungsprotokoll beurkundet worden ist. Bereits zur RV der ZVN 1983 hat *König* darauf hingewiesen, dass diese Fassung des Gesetzes irreführend ist, weil sie keine Unterscheidung zwischen prorogabler und unprorogabler Unzuständigkeit treffe.⁴⁶⁾ Aus den einschlägigen GMat⁴⁷⁾ und anderen Normen (§ 43 Abs 1 JN; §§ 240, 477 Abs 1 Z 3 ZPO) ergab sich jedoch (bisher) die Notwendigkeit, (oftmals) zwischen diesen Formen der Unzuständigkeit zu unterscheiden.⁴⁸⁾ Inwieweit dies noch weiterhin gilt, soll im Folgenden anhand der verschiedenen Varianten des Einlassungsverfahrens geprüft werden.

2. Gerichtshofverfahren

a) Allgemeines

Nach § 239 Abs 3 Z 1 ZPO dient die Klagebeantwortung ua zur „Anmeldung“⁴⁹⁾ der Einreden der „inländischen Gerichtsbarkeit“ und der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit. „Wird die Einrede der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts nicht in der Klagebeantwortung geltend gemacht, so kann deren Fehlen nur noch berücksichtigt werden, wenn das Gericht auch durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zuständig gemacht werden könnte und

41) So (offenbar) auch G. *Kodek*, Aufhebung des Zahlungsbefehls, RZ 1998, 155 f, wenn er schreibt, dass eine unprorogable Unzuständigkeit nach einem Einspruch (ohne Unzuständigkeitseinrede) wieder unbeschränkt von Amts wegen wahrgenommen werden könne.

42) Näheres dazu unter C.3.d).

43) Diese Möglichkeit gibt es im Gerichtshofverfahren nicht, weil dort jede Unzuständigkeit durch die rügelose Einbringung einer Klagebeantwortung, eines Einspruchs oder von Einwendungen geheilt wird (s C.2).

44) Siehe dazu unter C.3.b.aa).

45) Die selbe Formulierung verwendet der Gesetzgeber jetzt auch in § 59 Abs 1 ZPO (idF ZVN 2002), wozu die GMat Folgendes ausführen (962 BlgNR 21. GP 22): „Wie bisher hat der Antragsteller die Prozesskostensicherheitsleistung durch den Kläger vor Einlassung in die Hauptsache (vor dem Gerichtshof in der Klagebeantwortung beziehungsweise im Einspruch oder in den Einwendungen, vor dem Bezirksgericht am Beginn der mündlichen Streitverhandlung) zu beantragen.“ Zum Begriff der Streiteinlassung s unten FN 51.

46) *König*, Bemerkungen, JBl 1982, 410.

47) RV 669 BlgNR 15. GP 31 f, 40 und JAB 1337 BlgNR 15. GP 6.

48) *Fucik*, Zuständigkeit, RZ 1985, 258.

49) Tatsächlich muss die Einrede nicht nur „angemeldet“, sondern auch ausgeführt werden; s *Mayr* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² III RZ 28 zu § 239 ZPO.

die Unzuständigkeit noch nicht geheilt ist (§ 104 JN).“ Dies bestimmt der neu gefasste § 240 ZPO. Die GMat geben dazu an,⁵⁰⁾ dass die vorgenommene Änderung „lediglich eine Folge des Entfalls der ersten Tagsatzung“ darstelle und führen anschließend weiter aus, dass der Einredeausschluss in Ansehung der Bestreitung der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit nunmehr an den Zeitpunkt der Erstattung der Klagebeantwortung („als den nunmehrigen Zeitpunkt der Streiteinlassung des Beklagten“)⁵¹⁾ geknüpft werde. Gleiches gelte für die Einbringung des Einspruchs gegen den Zahlungsbefehl. Amtswegig wahrzunehmende Mängel dieser Prozessvoraussetzungen („etwa im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben“)⁵²⁾ blieben davon jedoch unberührt.⁵³⁾

Schon auf den ersten Blick ist ersichtlich, dass hier Gesetzestext und Erläut nicht harmonieren. Was hat nun tatsächlich zu gelten?

b) Standardverfahren

aa) Klagebeantwortung

Ist vom Gerichtshof ein Auftrag zur Klagebeantwortung erteilt worden (§ 230 Abs 1 ZPO), so hat der Beklagte in der Klagebeantwortung die Einrede der sachlichen oder örtlichen (oder der prorogablen internationalen) Unzuständigkeit zu erheben,⁵³⁾ wobei die Reihung von Einwendungen in der Hauptsache und Prozesseinreden keine Rolle spielt.⁵⁴⁾ Tut er das nicht, so ist jede Art der Unzuständigkeit (ausgenommen die unprorogable internationale Unzuständigkeit) geheilt und kann nicht mehr wahrgenommen werden. Dies war schon bisher völlig hM⁵⁵⁾ und ergibt sich daraus, dass für die Klagebeantwortung absolute Anwaltpflicht herrscht und in ihr der Beklagte zwingend zur Sache vorbringen muss (§ 239 Abs 1 ZPO), sodass die Voraussetzungen des § 104 Abs 3 JN erfüllt sind.

Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Beklagte gesetzwidrigerweise eine „leere“ Klagebeantwortung ohne (relevantes) Sachvorbringen⁵⁶⁾ einbringt, denn der Beklagte darf für sein gesetzwidriges Verhalten nicht auch noch belohnt werden.⁵⁷⁾ ME sollte überhaupt eine „leere“ Klagebeantwortung, die trotz Durchführung eines Verbesserungsverfahrens nicht den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt des § 239 Abs 1 ZPO aufweist, zurückgewiesen werden und daher die Fällung eines Versäumungsurteils nicht verhindern können.⁵⁸⁾ Aber auch wenn man hier eine großzügigere Ansicht vertritt und mehr oder weniger inhaltsleere Klagebeantwortungen akzeptiert, kann dies niemals dazu führen, dass der Beklagte eine in der „leeren“ Klagebeantwortung nicht erhobene Unzuständigkeitseinrede später mit der Begründung nachtragen kann, er habe in der Klagebeantwortung eigentlich noch gar nicht zur Sache vorgebracht, sodass auch keine Heilung nach § 104 Abs 3 JN eintreten können. Wenn die Klagebeantwortung ausreichend ist, um ein Versäumungsurteil zu verhindern, muss sie auch eine Unzuständigkeitseinrede enthalten.

Die vorhin erwähnte Regelung des § 240 ZPO, wonach eine Unzuständigkeit auch noch nach einer rügelos erhobenen Klagebeantwortung berücksichtigt werden kann, wenn das Gericht unprorogabel unzuständig ist und diese Unzuständigkeit noch nicht geheilt ist, hat

somit (insofern) keinen Anwendungsbereich. Nur wenn überhaupt keine (rechtzeitige) Klagebeantwortung eingebracht wird, kann (und muss) bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Erlassung eines Versäumungsurteils noch die unprorogable Unzuständigkeit wahrgenommen werden.⁵⁹⁾

Hinzuweisen ist, dass der Beklagte, auch wenn er in seiner Klagebeantwortung eine Unzuständigkeitseinrede erhoben hat, dennoch zur vorbereitenden Tagsatzung erscheinen und sich mündlich in den Streit einlassen muss, andernfalls riskiert er, dass gegen ihn, falls er mit seiner Unzuständigkeitseinrede keinen Erfolg hat, ein Versäumungsurteil gefällt wird (§ 260 Abs 1, § 396 Abs 3 ZPO).⁶⁰⁾

bb) Versäumung der Klagebeantwortung

Erstattet der Beklagte die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig und wird dann auf Antrag des Klägers ein Versäumungsurteil gefällt (§ 396 Abs 1 ZPO), so kann der Beklagte dieses Urteil wegen einer noch nicht geheilten unprorogablen Unzuständigkeit mit einer Nichtigkeitsberufung nach § 477 Abs 1 Z 3 ZPO bekämpfen. Gegen das Versäumungsurteil kann der Säumige aber auch (binnen 14 Tagen) einen Widerspruch erheben (§ 397 a ZPO), sodass sich die Frage stellt, ob im Widerspruch gegen das Versäumungsurteil noch die Unzuständigkeit eingewendet werden kann. Hier wurde vor der ZVN 2002 in Lehre und Rsp die Ansicht vertreten, dass nur noch die unprorogable Unzuständigkeit geltend gemacht werden könne, die Einrede einer prorogablen Unzuständigkeit im Widerspruch jedoch verspä-

50) 962 BlgNR 21. GP 29.
 51) Dies ist allerdings nicht ganz richtig: Die Streiteinlassung ist (im Gerichtshofverfahren) erst dann vollständig erfolgt, wenn sich der Beklagte durch mündliches Vorbringen zur Sache (auch mündlich) in den Streit eingelassen hat, erst dann kann nämlich kein Versäumungsurteil mehr ergehen (vgl § 396 Abs 2 ZPO). Die (bloß) schriftliche Streiteinlassung (durch Einbringung einer Klagebeantwortung, eines Einspruchs oder von Einwendungen) hat also für die Erlassung eines Versäumungsurteils keine Bedeutung mehr (so auch 962 BlgNR 21. GP 41). Siehe näher *Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 6f* zu § 239 ZPO und *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ Rz 557f*.
 52) Zu dieser unklaren bzw irreführenden Erläut vgl *Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 5* zu § 240 ZPO.
 53) *Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 28ff* zu § 239 ZPO; *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ „Überblick“* nach Rz 148 oder *Klicka, Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 2002, 182*.
 54) *Ballon in Fasching, Kommentar² I Rz 11* zu § 43 JN; *Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 30* zu § 239 ZPO; *ders in Rechberger, Kommentar² Rz 5* zu § 43 JN und Rz 15 zu § 104 JN; 8 Ob 559/91 = EvBl 1991/182 = RZ 1993/20; vgl auch 2 Ob 22/99w = ZfRV 1999, 148/39; 7 Ob 191/99k = RdW 2000, 158/132 = ZfRV 2000, 112/29 und 1 Ob 55/00w = ZfRV 2000, 187/75 für die Einrede der internationalen Unzuständigkeit.
 55) Etwa *Ballon in Fasching, Kommentar² I Rz 11* und 13 zu § 43 JN und *Simotta in Fasching, Kommentar² I Rz 190* zu § 104 JN sowie *Mayr in Rechberger, Kommentar² Rz 5* zu § 43 JN und Rz 15 zu § 104 JN. Nur die prorogable Unzuständigkeit musste bisher – sofern eine solche stattfand – in der ersten Tagsatzung angemeldet werden.
 56) Zu den sog „leeren“ Klagebeantwortungen und deren Bekämpfung s *Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 19f* zu § 239 ZPO oder *Beran ua, (Franz) Klein, aber fein, RZ 2002, 260* und *M. Bydlin-ski, Zivilprozessordnung 139f*.
 57) *Mayr in Rechberger, Kommentar² Rz 15* zu § 104 JN und *ders in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 2* zu § 240 ZPO; anders *Frauenberger, Die ZVN 2002, ÖJZ 2002, 874 FN 4*, der dieses „etwas eigenartige Ergebnis“ angesichts der Regelung des § 240 ZPO für unvermeidbar hält.
 58) *Mayr in Fasching/Konecny, Kommentar² III Rz 22f* zu § 239 ZPO; ebenso *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ Rz 562f*; vgl aber auch *G. Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² II/2 Rz 159f* zu §§ 84, 85 ZPO.
 59) Siehe oben B.3.a.aa).
 60) 962 BlgNR 21. GP 39.

tet sei.⁶¹⁾ Dies ließ sich mit der bisherigen Fassung des § 397 a Abs 1 ZPO begründen, nach dessen letztem Satz der Widerspruch auch „weiteres Anbringen“ enthalten kann, soweit es nicht – wie eben die Einrede der prorogablen Unzuständigkeit – bei sonstigem Ausschluss der ersten Tagsatzung vorbehalten war.⁶²⁾ Diese Wendung ist jedoch durch die ZVN 2002 im Zusammenhang mit der Beseitigung der ersten Tagsatzung gestrichen worden und auch sonst gibt das Gesetz über die Zulässigkeit einer Unzuständigkeitseinrede im Widerspruch gegen das Versäumnisurteil (leider) keine eindeutige Auskunft:

§ 240 ZPO geht davon aus, dass eine Klagebeantwortung (ohne Unzuständigkeitseinrede) eingebracht worden ist, kann daher für einen Widerspruch gegen ein Versäumnisurteil wegen nicht rechtzeitig erstatteter Klagebeantwortung nicht herangezogen werden. Außerdem hatte § 240 ZPO bereits in der RV der ZVN 2002⁶³⁾ denselben Wortlaut aufgewiesen, obwohl zu diesem Zeitpunkt ein Widerspruch gegen das Versäumnisurteil (noch) gar nicht vorgesehen war.⁶⁴⁾

Im § 397 a Abs 1 ZPO heißt es nur, dass der Widerspruch das zu enthalten habe, was als Inhalt der Klagebeantwortung vorgeschrieben ist. Das bedeutet aber nicht, dass auch eine Einrede (oder ein Antrag) nachgeholt werden kann, für deren Erhebung das Gesetz – wie für die Unzuständigkeitseinrede – ausschließlich die Klagebeantwortung vorsieht.⁶⁵⁾ Die Versäumung einer Prozesshandlung hat nämlich regelmäßig zur Folge, dass die Partei von der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen ist (§ 144 ZPO).⁶⁶⁾ Nach einem (rechtzeitigen) Widerspruch wird zwar das ergangene Versäumnisurteil aufgehoben (§ 397 a Abs 3 ZPO), sonstige Versäumnisfolgen bleiben jedoch bestehen. Es ist daher davon auszugehen, dass im Widerspruch gegen ein Versäumnisurteil keine Art der Unzuständigkeit (ausgenommen eine unprorogable internationale Unzuständigkeit) mehr geltend gemacht werden kann.⁶⁷⁾ Dieses Ergebnis steht mE auch im Einklang mit den Intentionen des Gesetzgebers, wenn man berücksichtigt, dass die RV der ZVN 2002 (im Interesse der Verfahrensverzögerungen)⁶⁸⁾ den Widerspruch gegen das Versäumnisurteil überhaupt abschaffen wollte und diese geplante Maßnahme erst vom JA als „zu weitgehend“ und „aus Rechtsschutzgründen“ teilweise zurückgenommen worden ist.⁶⁹⁾ Dem Gesetzgeber ging es also offenbar nur darum, dass ein Versäumnisurteil in bestimmten schwerwiegenden Fällen noch auf einfache Art beseitigt werden kann, es lag aber nicht in seiner Absicht, der säumigen Partei noch den Nachtrag von versäumten Einreden zu ermöglichen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass einer Partei, die durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne grobes Verschulden die Klagebeantwortungsfrist versäumt hat, ohnehin noch ein Wiedereinsetzungsantrag zur Verfügung steht (§ 146 Abs 1 ZPO), mit dem sie die Klagebeantwortung samt einer allfälligen Unzuständigkeitseinrede nachholen kann (§ 149 Abs 1 ZPO).

c) Mahnverfahren

Da der Einspruch im Mahnverfahren vor dem Gerichtshof (ausgenommen in Arbeitsrechtssachen)⁷⁰⁾ den In-

halt einer Klagebeantwortung aufweisen und von einem Rechtsanwalt eingebracht werden muss (§ 246 Z 4, § 248 Abs 1 ZPO), muss im Einspruch auch die Einrede der (prorogablen oder unprorogablen) sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit⁷¹⁾ erhoben werden.⁷²⁾ Eine Unzuständigkeitseinrede (erst) am Beginn der vorbereitenden Tagsatzung ist somit verspätet.

d) (Wechsel-)Mandatsverfahren

Da die Einwendungen gegen einen (Wechsel-)Zahlungsauftrag im Gerichtshofverfahren die Funktion der Klagebeantwortung haben,⁷³⁾ muss in ihnen (ebenso wie in der Klagebeantwortung und im Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl) durch einen Rechtsanwalt zur Sache vorgebracht werden.⁷⁴⁾ In den Einwendungen muss daher auch bei sonstigem Ausschluss die Einrede der (prorogablen oder unprorogablen) sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit erhoben werden.⁷⁵⁾

e) Ergebnis

Im Gerichtshofverfahren besteht kein Grund mehr, zwischen einer prorogablen und einer unprorogablen sachlichen oder örtlichen (bzw einer prorogablen internationalen) Unzuständigkeit zu unterscheiden. Alle Unzuständigkeiten (ausgenommen die unprorogable internationale Unzuständigkeit) heilen mit der rücklosen Erhebung der Klagebeantwortung, eines Einspruchs im Mahnverfahren und von Einwendungen im (Wech-

61) *Ballon in Fasching*, Kommentar² I Rz 11 und Rz 13 zu § 43 JN; *Mayr in Rechberger*, Kommentar² Rz 5 zu § 43 JN; 1 Ob 136/98 a = JBl 1999, 255; 5 Ob 753/82 = EvBl 1983/35.

62) Siehe auch *Rechberger in Rechberger*, Kommentar² Rz 4 zu § 397 a ZPO.

63) 962 BlgNR 21. GP 4 und 29.

64) Der Widerspruch gegen gewisse Versäumnisurteile wurde erst aufgrund des Vorschlags des JA (1049 BlgNR 21. GP) teilweise wieder eingeführt.

65) AM offenbar (vgl hingegen unten FN 67) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ „Überblick“ nach Rz 148, wo ausgeführt wird, die Einrede müsse erst im Widerspruch erfolgen, weil dieser „Klagebeantwortungsfunktion“ habe bzw den Inhalt einer Klagebeantwortung aufweisen müsse.

66) Vgl auch § 396 Abs 4 ZPO idF ZVN 2002 und die Erläut dazu (962 BlgNR 21. GP 39).

67) Ebenso *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 504 und die „Gegenüberstellung“ nach Rz 510 (anders aber im „Überblick“ nach Rz 148) und *Rechberger in Rechberger*, Kommentar² Rz 4 zu § 397 a ZPO (für den vergleichbaren Fall eines Versäumnisurteils nach § 398 ZPO aF); ferner *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren³ Rz 248 und Rz 71.

68) 962 BlgNR 21. GP 19, 40.

69) 1049 BlgNR 21. GP 2; dazu (zu Recht) kritisch *Deixler-Hübner*, Fortschritte und Rückschritte, in FS Beys 1216f.

70) In Arbeitsrechtssachen sind gem § 56 ASGG die Bestimmungen über das bezirksgerichtliche Mahnverfahren anzuwenden. Siehe daher unter C.3.c).

71) Wenn der Beklagte seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz im Ausland hat, darf kein Zahlungsbefehl (und kein Zahlungsauftrag) erlassen werden: (§ 244 Abs 2 Z 3 ZPO [§ 550 Abs 1 a ZPO]), eine Einrede der internationalen Unzuständigkeit wird daher regelmäßig nicht vorkommen.

72) So auch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 147f und *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren³ Rz 71f.

73) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1264, 2120; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 559, 928, 929.

74) In dem praktisch sehr unwahrscheinlichen Fall, dass Einwendungen trotz der Durchführung eines Verbesserungsverfahrens „leer“ bleiben, sind sie mangels erforderlichen Inhalts zurückzuweisen: So zu treffend *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2121.

75) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ „Überblick“ nach Rz 148; vgl auch *Ballon in Fasching*, Kommentar² I Rz 11 und Rz 13 zu § 43 JN; *Simotta in Fasching*, Kommentar² I Rz 188 zu § 104 JN; *Mayr in Rechberger*, Kommentar² Rz 5 zu § 43 JN und Rz 15 zu § 104 JN.

sel-)Mandatsverfahren durch den (zwingend durch einen Rechtsanwalt vertretenen) Beklagten.

3. Bezirksgerichtliches Verfahren

a) Allgemeines

Von der Unzuständigkeitseinrede im bezirksgerichtlichen Verfahren handelt der § 441 ZPO, der (seit der ZVN 2002) folgenden Wortlaut hat:⁷⁶⁾ „Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes hat der Beklagte vorzubringen, bevor er sich in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt. Nach Einlassung des Beklagten zur Hauptsache kann die Unzuständigkeit des Gerichtes nur unter den Voraussetzungen des § 240 berücksichtigt werden.“ Letzterer Verweis bedeutet, dass nach Einlassung des Beklagten zur Hauptsache nur noch eine nicht geheilte unprorogable Unzuständigkeit berücksichtigt werden kann. Die GMat führen zur Neufassung des § 441 ZPO lediglich aus,⁷⁷⁾ dass es sich dabei bloß um eine redaktionelle Anpassung an den Entfall der ersten Tagsatzung handle. Diese Erläuterung entspricht den Tatsachen, zeigt jedoch auf, dass der Gesetzgeber das wahre Problem des § 441 ZPO nicht erkannt hat, sondern eben nur die bisherige Regelung mit formalen Anpassungen fortgeschrieben hat. Die grundlegende Problematik liegt aber im ungeklärten Verhältnis des § 441 ZPO zu § 104 Abs 3 JN. Hier wird nämlich generell angeordnet, dass eine Heilung der (prorogablen internationalen sowie der sachlichen oder örtlichen) Unzuständigkeit immer (schon) dann eintritt, wenn der (vertretene) Beklagte schriftlich oder mündlich zur Sache vorbringt, während der historische Gesetzgeber bei der Formulierung des § 441 ZPO offenbar nur den „klassischen“ Fall einer bloß mündlichen Streiteinlassung des (unvertretene) Beklagten im Auge gehabt hat. Nicht bedacht und nicht geregelt hat der Novellengesetzgeber hingegen jene – zwischenzeitlich sehr häufig gewordene – Konstellation, dass der (vertretene) Beklagte schon vor der mündlichen Streiteinlassung (durch einen vorbereitenden Schriftsatz, durch einen Einspruch oder durch Einwendungen) schriftlich zur Sache vorbringt. Es stellt sich somit die Frage, wie die Regelung des § 441 ZPO mit jener des § 104 Abs 3 JN im Einklang zu bringen ist. Die Beantwortung dieser Frage hat schon bisher Lehre und Rsp einige Schwierigkeiten bereitet; nach den Veränderungen des legislativen Umfelds durch die ZVN 2002 muss die Rechtslage nunmehr neu beurteilt werden.

b) „Klassisches“ Verfahren

aa) Anberaumung einer vorbereitenden Tagsatzung

Wird nach Einbringung der Klage vom Richter (weil kein Mahn- oder Auftragsverfahren durchzuführen ist)⁷⁸⁾ sofort eine vorbereitende Tagsatzung (mit vollem oder eingeschränktem Programm nach § 440 Abs 1 Satz 2 ZPO) anberaumt (und wird vor dieser Verhandlung vom Beklagten auch kein vorbereitender Schriftsatz eingebracht),⁷⁹⁾ so hat der Beklagte am Beginn der mündlichen Streitverhandlung, bevor er zur Sache vorbringt, die Unzuständigkeit einzuwenden.⁸⁰⁾ Diesen klassischen Fall regelt der 1. Satz des § 441 ZPO.

Nach diesem Zeitpunkt kann infolge des Verweises von Satz 2 des § 441 ZPO auf § 240 ZPO eine Unzu-

ständigkeit nur noch dann berücksichtigt werden, wenn es sich um eine unprorogable Unzuständigkeit handelt, die noch nicht nach § 104 JN geheilt ist. Das bedeutet, dass eine prorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit durch die mündliche Streiteinlassung des (vertretenen oder unvertretene) Beklagten jedenfalls heilt.

Eine spezielle Belehrung des unvertretene Beklagten über eine allfällige prorogable Unzuständigkeit ist nicht vorgesehen. Aufgrund der allgemeinen Manuduktionspflicht des Bezirksrichters nach § 432 ZPO⁸¹⁾ und der Regelung des § 182 Abs 2 ZPO (die nicht zwischen prorogabler und unprorogabler Unzuständigkeit unterscheidet) ist der Richter mE jedoch dennoch verpflichtet, den unvertretene Beklagten am Beginn der vorbereitenden Tagsatzung, noch bevor er sich in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt, (auch) über eine noch nicht geheilte prorogable Unzuständigkeit,⁸²⁾ die dem Gericht in der Zwischenzeit (nach der a limine-Prüfung der Klage) aufgefallen ist, zu belehren.⁸³⁾ Wenn der Richter diese Belehrung (mangels Kenntnis einer allfälligen Unzuständigkeit) unterlassen und sich der Beklagte (ohne Belehrung) in die Verhandlung über die Hauptsache eingelassen hat oder wenn sich der Beklagte trotz einer richterlichen Belehrung rügelos eingelassen hat, ist die prorogable Unzuständigkeit aber geheilt und kann später nicht mehr aufgegriffen werden.⁸⁴⁾ Durch § 104 Abs 3 JN und § 441 ZPO wird somit mE die Manuduktionspflicht des Gerichts zwar nicht grundsätzlich beseitigt, die Möglichkeit der Ausübung dieser Anleitungspflicht hinsichtlich der prorogablen Unzuständigkeit aber auf einen kurzen Zeitpunkt – Beginn der mündlichen Streitverhandlung vor der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache – beschränkt.

Wenn der Beklagte durch einen Rechtsanwalt (sanwörter) oder durch einen Notar „qualifiziert“ vertreten wird,⁸⁵⁾ so heilt mit dem mündlichen Verhandeln zur Sache auch eine unprorogable (sachliche oder örtliche sowie eine prorogable internationale) Unzuständigkeit.

Ist die beklagte Partei nicht (durch einen Rechtsanwalt oder Notar) vertreten (oder persönlich befreit), so heilt die unprorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit (und die prorogable internationale Unzuständigkeit) jedoch erst, wenn der unvertretene Beklagte trotz einer im Verhandlungsprotokoll beurkun-

76) Die Regelung des § 441 ZPO ist auch im Verfahren in Arbeitsrechts-sachen anzuwenden: § 59 Abs 1 Z 3 ASGG.

77) 962 BlgNR 21. GP 43.

78) Dazu unten Kapitel C.3.c) und d).

79) Dazu unten Kapitel C.3.b) cc).

80) Bloß wegen einer nicht exakten Reihung der Worte im Vorbringen tritt jedoch keine Präklusion ein: *Mayr in Rechberger*, Kommentar² Rz 15 zu § 104 JN und *ders*, Praxisprobleme der Zuständigkeit und der inländischen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 1995, 333 sowie *Simotta in Fashing*, Kommentar² I Rz 184 zu § 104 JN.

81) Dazu insb *Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten (2000) 63 ff.

82) Eine Belehrung über eine unprorogable Unzuständigkeit muss hingegen auch noch später – solange noch keine Heilung nach § 104 Abs 3 JN eingetreten ist – vorgenommen werden.

83) Eine amtswegige Unzuständigkeitserklärung des Gerichts ist hingegen nicht mehr möglich (oben B.2).

84) Auch nicht mit einer Berufung gegen die Sachentscheidung wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens (Verletzung der Manuduktionspflicht).

85) Oder sie im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren durch eine qualifizierte Person iSd § 40 ASGG vertreten wird oder sie nach § 28 Abs 1 ZPO persönlich von der Anwaltpflicht befreit ist.

deten Belehrung durch den Richter mündlich (oder schriftlich) zur Sache vorbringt. So lange dies nicht der Fall war, kann diese Art der Unzuständigkeit vom Beklagten noch eingewendet bzw vom Gericht unter Berücksichtigung des § 182 Abs 2 ZPO von Amts wegen aufgegriffen werden. Wenn im gesamten erstinstanzlichen Verfahren mangels qualifizierter Vertretung und (wirksamer) Belehrung durch den Richter keine Heilung der Unzuständigkeit erfolgt ist, kann das Urteil noch mit einer Nichtigkeitsberufung nach § 477 Abs 1 Z 3 ZPO angefochten werden. Bringt allerdings ein (nunmehr im Rechtsmittelverfahren einschreitender) Rechtsanwalt eine Berufung ein, ohne darin die (noch nicht geheilte) Unzuständigkeit des Erstgerichts zu rügen, ist die Unzuständigkeit geheilt, weil mit der Berufungsschrift der anwaltlich vertretene Beklagte schriftlich zur Sache vorgebracht hat.

bb) Versäumung der vorbereitenden Tagsatzung

Erscheint die beklagte Partei nicht zur vorbereitenden Tagsatzung, so ist gegen sie auf Antrag der erschienenen Partei ein Versäumungsurteil zu fällen (§ 442 Abs 1 ZPO). War das entscheidende Gericht unprorogabel sachlich oder örtlich (oder prorogabel oder unprorogabel international) unzuständig, so kann das Versäumungsurteil noch mit Nichtigkeitsberufung nach § 477 Abs 1 Z 3 ZPO angefochten werden. Darüber hinaus kann dieses Versäumungsurteil auch mit einem Widerspruch bekämpft werden (§ 442a Abs 1 ZPO). Wie schon im Gerichtshofverfahren ist fraglich, ob in einem Widerspruch noch die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend gemacht werden kann. Wenn auch der bloße Wortlaut des § 441 ZPO dies zu ermöglichen scheint,⁸⁶⁾ scheidet aber mE aus den gleichen Gründen wie im Gerichtshofverfahren⁸⁷⁾ die Erhebung der Einrede sowohl der prorogablen⁸⁸⁾ als auch der unprorogablen (sachlichen oder örtlichen) Unzuständigkeit im Widerspruch aus.⁸⁹⁾ Die Unzuständigkeitsinrede ist durch die Säumnis des Beklagten in der vorbereitenden Tagsatzung präkludiert. Eine andere Lösung erscheint auch rechtspolitisch nicht notwendig: Ist das Gericht, welches das Versäumungsurteil erlassen hat, unprorogabel unzuständig, kann dessen Entscheidung ohnehin noch – wie soeben erwähnt – mit einer Nichtigkeitsberufung angefochten werden. Hat die beklagte Partei die vorbereitende Tagsatzung wegen eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses ohne grobes Verschulden versäumt, so kann sie noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen (§§ 146 ff ZPO) und dann die Einrede der prorogablen oder unprorogablen Unzuständigkeit nachholen.

cc) Schriftsatzwechsel vor der vorbereitenden Tagsatzung

Nicht geklärt ist die Frage, ob durch einen Schriftsatz mit Sachvorbringen, den die beklagte Partei vor dem Beginn der mündlichen Streitverhandlung einbringt, eine Heilung der Unzuständigkeit eintreten kann.⁹⁰⁾ Die Rsp hat bisher die Auffassung vertreten, dass eine Heilung der Unzuständigkeit im bezirksgerichtlichen Verfahren erst durch eine qualifizierte Sacheinlassung des Beklagten bei der ersten mündlichen Streitverhandlung oder „in einem vorher aufgetragenen vorbereitenden Schriftsatz“ eintrete.⁹¹⁾ Diese Haltung beruht auf einer wortgleichen Aussage von *Fasching*,⁹²⁾ welche dieser da-

mit begründet hat, dass nach § 397 Abs 1 ZPO aF auf „schriftliche Aufsätze“ einer nicht erschienenen Partei kein Bedacht zu nehmen ist, solche Schriftsätze also die Fällung eines (echten) Versäumungsurteils nicht verhindern können.⁹³⁾ Eine Begründung für die Meinung, dass (nur?) in einem „aufgetragenen“ Schriftsatz eine Heilung der (unprorogablen) Unzuständigkeit eintreten könne, gibt *Fasching* allerdings nicht.

In letzter Zeit hat der OGH in der E 3 Ob 117/99⁹⁴⁾ dann sogar (ohne weitere Begründung) ausgesprochen, dass „kein Zweifel“ daran bestehen könne, dass die Sacheinlassung „jedenfalls mit einem vor der mündlichen Streitverhandlung aufgetragenen vorbereitenden Schriftsatz“ eintrete. Darunter sei auch ein Schriftsatz zu verstehen, dessen Einbringung dem Beklagten zur Beantwortung eines dem Kläger aufgetragenen Schriftsatzes (iSd § 440 Abs 3 ZPO) bloß „freigestellt“ wurde. Der OGH räumte allerdings ein, dass in § 104 Abs 3 JN keineswegs von einem aufgetragenen vorbereitenden Schriftsatz die Rede sei, vielmehr ergäbe sich aus der Zitierung des § 74 ZPO im Zusammenhang mit dem Vorbringen zur Sache, dass es nicht auf das Vorbringen in der mündlichen Streitverhandlung ankommen könne.

In der nachfolgenden E 3 Ob 187/00⁹⁵⁾ sah der OGH – nach einer Darstellung der uneinheitlichen Lehrmeinungen – keine Veranlassung, von seiner bisherigen Rsp abzugehen. Der OGH habe immer darauf abgestellt, ob der vorbereitende Schriftsatz aufgetragen oder doch zur Beantwortung eines aufgetragenen Schriftsatzes „freigestellt“ worden sei. Dafür, auch einem nicht aufgetragenen vorbereitenden Schriftsatz des Beklagten, der Sachvorbringen enthält, Präklusionswirkung zuzuerkennen, bestehe keine Notwendigkeit. Eine derartige Auslegung des § 104 Abs 3 JN, dass auch durch Vorbringen zur Sache in einem weder aufgetragenen noch freigestellten Schriftsatz im bezirksgerichtlichen Verfahren eine Heilung der Unzuständigkeit erfol-

86) § 441 ZPO spricht von der Einlassung in die Verhandlung über die Hauptsache, die im Säumnisfall eben noch nicht erfolgt ist.

87) Siehe oben C.2.b) bb).

88) Ebenso (für die prorogable Unzuständigkeit) *M. Bydlinski*, Zivilprozessordnung 250 und *Klicka*, Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 2002, 188; unklar *Deixler-Hübner*, Fortschritte und Rückschritte, in FS Beys I 223.

89) So auch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 504 (anders aber in der „Übersicht“ nach Rz 148); vgl ferner *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren³ Rz 248 und Rz 71.

90) *M. Bydlinski*, Zivilprozessordnung 250, bezeichnet die Frage, ob bei anwaltlicher Vertretung des Beklagten die Unzuständigkeitsinrede schon in einem vor der mündlichen Streitverhandlung erstatteten Schriftsatz, insb im Einspruch bzw den Einwendungen, enthalten sein muss, oder auch in diesen Fällen noch in der vorbereitenden Tagsatzung – vor dem Vortrag des Schriftsatzes – erhoben werden kann, ausdrücklich als „offen“.

91) 6 Ob 557/91 = EvBl 1992/8 = JBl 1992, 331; 9 Ob 246/97 k = JBl 1998, 518 (*König*) = *ecolex* 1998, 695 = RdW 1998, 615 = ZfRV 2000, 147/49.

92) Lehrbuch² Rz 1642 und Rz 203.

93) Die genannte Bestimmung besteht zwar seit der ZVN 2002 nicht mehr, sie wurde jedoch nur deshalb als überflüssig beseitigt (962 BlgNR 21. GP 40), weil nunmehr durch § 396 Abs 2 ZPO (und § 442 Abs 1 ZPO) ohnehin klar ist, dass ein Versäumungsurteil immer (schon) dann ergehen kann, wenn der Beklagte (ungeachtet etwa eingebrachter Schriftsätze) von einer Tagsatzung ausbleibt, bevor er sich durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat.

94) SZ 72/193 = *ecolex* 2001/13 = RdW 2000, 284/253 = ZfRV 2000, 197.

95) Auszugsweise abgedruckt in JBl 2001, 327; ihr folgend *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ „Übersicht“ nach Rz 148 und 6 Ob 41/03 b (für die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit).

gen sollte, würde eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung des Beklagten bewirken, der sein Vorbringen nicht erst in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung selbst, sondern zu deren besseren Vorbereitung bereits zuvor mit Schriftsatz erstattet.

Dieser Auffassung vermag ich nicht zu folgen⁹⁶⁾: Für die vom OGH (und [offenbar] von *Fasching* begründungslos) vorgenommene Differenzierung zwischen „aufgetragenen“ und „freigestellten“ Schriftsätzen einerseits und freiwillig erstatteten vorbereitenden Schriftsätzen andererseits gibt es im Gesetz keinerlei Anhaltspunkt: Insb hat es (von Kostenfolgen abgesehen) keinerlei Säumnis- oder Präklusionsfolgen,⁹⁷⁾ wenn eine Partei einem Auftrag zur Einbringung eines Schriftsatzes (oder der „Freistellung“ eines solchen Schriftsatzes) nicht nachkommt,⁹⁸⁾ ebenso wie es umgekehrt auch keine Rechtsfolgen hat, wenn die Partei einen „aufgetragenen“, „freigestellten“ oder aus eigener Initiative heraus einen vorbereitenden Schriftsatz einbringt: Bleibt die Partei anschließend von der vorbereitenden Tagsatzung aus, wird gegen sie auf Antrag der erschienen Partei dennoch ein Versäumnisurteil gefällt (§ 442 Abs 1 ZPO).

Auch der Hinweis des OGH auf die drohende „Schlechterstellung“ des „aktiven Beklagten“ überzeugt nicht: Dreht man nämlich die Argumentation des OGH um, so muss man sich unwillkürlich fragen, womit jene Beklagten, denen (aufgrund einer Ermessensentscheidung des Gerichts) ein vorbereitender Schriftsatz aufgetragen oder „freigestellt“ worden ist, die „Schlechterstellung“ verdient haben, dass sie die Unzuständigkeitsinrede (bereits) in dem vorbereitenden Schriftsatz (und nicht erst in der mündlichen Streitverhandlung) erheben müssen. Eine Differenzierung zwischen Schriftsätzen je nachdem, ob sie aufgetragen worden sind oder nicht, scheidet daher mE aus.

Es bleiben somit zwei Lösungsmöglichkeiten: Entweder man folgt der Regelung des § 104 Abs 3 JN, wonach mit jedem („aufgetragenen“, „freigestellten“ oder freiwillig eingebrachten) Schriftsatz, mit dem ein Rechtsanwalt (oder Notar) vor der ersten mündlichen Streitverhandlung (schriftlich) zur Sache vorbringt, eine Heilung der Unzuständigkeit eintritt,⁹⁹⁾ oder man ignoriert § 104 Abs 3 JN und vertritt die Meinung, dass es nach § 441 ZPO (unabhängig von einem allenfalls eingebrachten vorbereitenden Schriftsatz) ausreichend ist, dass die Unzuständigkeitsrüge (spätestens) am Beginn der mündlichen Streitverhandlung vor der Einlassung in die Hauptsache erhoben wird.

Ich habe bisher die letztere Auffassung vertreten,¹⁰⁰⁾ muss jedoch jetzt einräumen, dass seit der ZVN 2002 ein wesentliches Argument für diese Meinung weggefallen ist. Konnte man nämlich bisher damit argumentieren, dass ein vorbereitender Schriftsatz im bezirksgerichtlichen Verfahren (im Gegensatz zur Klagebeantwortung des Gerichtshofverfahrens) keine unzuständigkeitsheilende Wirkung haben kann, weil er im Fall der späteren Säumnis des Beklagten nicht geeignet ist, ein Versäumnisurteil zu verhindern, so gilt dies zwar immer noch, jedoch stellt dies jetzt keine Besonderheit mehr dar: Auch im Gerichtshofverfahren verhindert seit der ZVN 2002 die fristgerechte Einbringung einer Klagebeantwortung (oder von Einwendungen oder eines Einspruchs) im Fall der späteren Säumnis bei der vor-

bereitenden Tagsatzung nicht mehr die Fällung eines Versäumnisurteils (§ 396 Abs 2, § 552 Abs 6 ZPO). Dennoch müsse nach völlig hM¹⁰¹⁾ bereits in der Klagebeantwortung (bzw in den Einwendungen oder im Einspruch) die Unzuständigkeitseinrede erhoben werden.

Man muss sich daher fragen, aus welchem Grund ein schriftliches Sachvorbringen eines qualifiziert vertretenen Beklagten im bezirksgerichtlichen Verfahren anders behandelt werden sollte als im Gerichtshofverfahren. Dafür ließe sich mE nur noch ein Ansatzpunkt anführen, nämlich dass es sich bei einem vorbereitenden Schriftsatz im bezirksgerichtlichen Verfahren – auch wenn er vom Gericht aufgetragen wurde – eben doch nicht um eine (echte) Klagebeantwortung handelt, die eingebracht werden muss, um Säumnisfolgen zu verhindern, sondern um einen (letztlich) freiwillig erstatteten vorbereitenden Schriftsatz. Dies sagt jedoch in Wahrheit nichts darüber aus, ob in einem – aus welchen Gründen auch immer – erstatteten Schriftsatz die Unzuständigkeitseinrede erhoben werden muss, weil in § 104 Abs 3 JN dieses Kriterium keine Rolle spielt, sondern dort jedes Sachvorbringen gleich behandelt wird. Dieser Unterschied hat außerdem auch bisher die Rsp nicht daran gehindert, einem aufgetragenen (oder „freigestellten“) Schriftsatz eine die Unzuständigkeit heilende Wirkung zuzumessen. Einen Schriftsatz, den ein qualifizierter Parteienvertreter aus eigenem Antrieb (gänzlich) freiwillig erstattet, anders zu behandeln, halte ich – wie oben ausgeführt – nicht für gerechtfertigt: Ein Rechtsanwalt muss die Regelung des § 104 Abs 3 JN kennen und auch vom Gerichtshofverfahren her gewohnt sein, dass er, wenn er erstmals schriftlich zur Sache vorbringt, die Unzuständigkeit einwenden muss. Es gibt keinen Anhaltspunkt, warum § 441 ZPO als eine Privilegierung in dem Sinn verstanden werden sollte, dass im bezirksgerichtlichen Verfahren der anwaltlich vertretene Beklagte trotz Sachvorbringens in einem vorbereitenden Schriftsatz die Unzuständigkeitseinrede noch in der mündlichen Verhandlung nachholen könnte.¹⁰²⁾

Bei der Beantwortung der behandelten Frage sind selbstverständlich auch die Zielsetzungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen: Ein wesentliches Anliegen der ZVN 1983 war die Verminderung von Zuständigkeitsstreitigkeiten und Leerläufen infolge Unzuständigkeit,¹⁰³⁾ sodass generell die Unzuständigkeit zu einem möglichst frühen Zeitpunkt heilen sollte. Durch die Neuerungen der ZVN 2002 sollten „der Grundsatz der Verfahrenskonzentration im Zivilprozess verstärkt, Prozessverschleppungen hintangehalten und so erhebliche Beschleunigungseffekte erzielt werden.“¹⁰⁴⁾ In diesem Sinne wurde daher ua ausdrücklich eine generelle

96) Siehe bereits *Mayr*, Praxisprobleme, ÖJZ 1995, 332f.

97) So auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1621 zur Rechtslage vor der ZVN 2002. Durch die Anpassung des § 440 Abs 3 ZPO an die „tatsächlichen Gegebenheiten“ (so 962 BlgNR 21. GP 43) hat sich insofern keine Änderung ergeben.

98) Insb kann deshalb kein Versäumnisurteil gefällt werden.

99) So *Simotta* in *Fasching*, Kommentar² I Rz 186 zu § 104 JN.

100) Siehe *Mayr*, Praxisprobleme, ÖJZ 1995, 332f mwN und *ders* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 15 zu § 104 JN.

101) Siehe oben Kapitel C.2.

102) Vgl *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren³ Rz 71 a.

103) 669 BlgNR 15. GP 26 oder 31 sowie 1337 BlgNR 15. GP 5.

104) 1049 BlgNR 21. GP 1; s auch oben FN 1 und 2.

Prozessförderungspflicht eingeführt, welche die Parteien verpflichtet, ihre „Vorträge“ so zeitgerecht und vollständig zu erstatten, dass das Verfahren möglichst rasch durchgeführt werden kann (§ 178 Abs 2 ZPO). Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die vorbereitende Tagsatzung (auch im bezirksgerichtlichen Verfahren: § 440 Abs 1 ZPO) ua der Entscheidung über die Prozesseinreden dient (§ 258 Abs 1 Z 1 ZPO), was nur dann realistisch erscheint, wenn diese Einreden (von einer fachkundigen Person) möglichst schon im Vorfeld erhoben werden müssen.¹⁰⁵⁾

Noch etwas sollte nicht außer Acht gelassen werden: § 104 Abs 3 JN gilt auch für das Fehlen der „inländischen Gerichtsbarkeit“ (iSd prorogablen internationalen Zuständigkeit). Im Bereich des „europäischen Zivilprozessrechts“ heilt eine (internationale) Unzuständigkeit bereits, wenn sich der Beklagte vor dem unzuständigen Gericht (rügelos) „auf das Verfahren einlässt“ (Art 24 EuGVVO, Art 18 EuGVÜ/LGVÜ). Dass dieses Kriterium erfüllt ist, wenn der Beklagte einen („aufgetragenen“ oder „freiwilligen“) Schriftsatz einbringt, mit dem er (ohne Unzuständigkeitsrüge) ein Verteidigungsvorbringen erstattet, unterliegt wohl keinem Zweifel.¹⁰⁶⁾ Es wäre nicht sinnvoll, würde man – ohne zwingenden Grund – zwischen der „europäischen“ und der autonomen österr Rechtslage unterscheiden.

Insgesamt sprechen daher mE¹⁰⁷⁾ jetzt (seit der ZVN 2002) mehr Gründe für die Ansicht, dass die prorogable und die unprorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit (und die prorogable internationale Unzuständigkeit) schon dann heilt, wenn der qualifiziert vertretene Beklagte in einem (aufgetragenen oder freiwillig erstatteten) vorbereitenden Schriftsatz zur Sache vorbringt.

Es bleibt die Frage zu klären, was zu gelten hat, wenn die beklagte Partei nicht qualifiziert vertreten ist und (dennoch)¹⁰⁸⁾ in einem vorbereitenden Schriftsatz (vor der mündlichen Streitverhandlung) zur Sache vorbringt. Eindeutig ist, dass eine unprorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit (und die prorogable internationale Unzuständigkeit) nicht durch einen solchen Schriftsatz heilen kann, weil die Heilung der unprorogablen Unzuständigkeit erst nach einer entsprechenden richterlichen Belehrung in der mündlichen Verhandlung möglich ist (§ 104 Abs 3 JN). Im Falle einer prorogablen Unzuständigkeit hat wohl das zu gelten, was schon oben ausgeführt worden ist, nämlich dass es gem § 441 Satz 1 ZPO ausreichend ist, wenn der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede vor Einlassung in die Verhandlung über die Hauptsache vorbringt. Dies gibt dem Richter noch die (kurze) Möglichkeit, den unvertretenen Beklagten iSd § 432 ZPO zu einer Unzuständigkeitseinrede anzuleiten.

c) Mahnverfahren

Wird das bezirksgerichtliche Verfahren mit einem Mahnverfahren eingeleitet,¹⁰⁹⁾ so stellt sich die Frage, ob die Unzuständigkeit bereits im Einspruch gegen den Zahlungsbefehl eingewendet werden muss oder ob die Einredeerhebung am Beginn der mündlichen Streitverhandlung noch rechtzeitig ist. Der Gesetzgeber der ZVN 2002 hat in dieser bislang nicht eindeutig geklärten Frage¹¹⁰⁾ leider keine Klarstellung, sondern – im

Gegenteil – durch Änderungen des legistischen Umfelds eher eine weitere Verwirrung gebracht:

Klar erscheint die Rechtslage nur, wenn es sich um eine unprorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit handelt und die beklagte Partei nicht durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertreten ist: Diese Unzuständigkeit kann mit einem rügelosen Einspruch keinesfalls heilen, weil nach § 104 Abs 3 JN die Unzuständigkeit erst nach einer entsprechenden Belehrung durch den Richter heilt oder wenn der späterhin vertretene Beklagte¹¹¹⁾ schriftlich oder mündlich zur Sache vorbringt.

Strittig ist jedoch insb jene Konstellation, dass der qualifiziert vertretene Beklagte einen begründeten Einspruch ohne Unzuständigkeitsrüge einbringt. Obwohl hier der vertretene Beklagte zweifellos schriftlich zur Sache vorbringt, vertrat die stRsp¹¹²⁾ und die hL¹¹³⁾ bisher die Auffassung, dass eine Heilung der Unzuständigkeit (nicht mit dem rügelosen Einspruch, sondern) erst am Beginn der mündlichen Streitverhandlung eintritt. Dies deshalb, weil selbst im Fall eines Einspruchs mit Sachvorbringen bei Versäumung der anschließenden Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung durch den Beklagten noch ein „echtes“ Versäumungsurteil (nach § 442 Abs 1 ZPO aF) ergehen könne. Letztere – in der Lehre nicht unbestritten gewesene – Ansicht¹¹⁴⁾ ist jetzt zwar durch die Neufassung des § 442 ZPO mit der ZVN 2002 gesetzlich bestätigt worden, andererseits ist dieses Argument jedoch generell dadurch entwertet worden, dass jetzt im Gerichtshofverfahren nach völlig hM¹¹⁵⁾ bereits im (notwendigerweise „gesattelten“) Einspruch

105) Die GMat (962 BlgNR 21. GP 17) halten dazu fest: „Die Prozesseinreden werden sämtlichen Verfahrensbeteiligten bereits im Vorfeld der abgesonderten Verhandlung oder vorbereitenden Tagsatzung in Schriftform bekannt, sodass ein Plus an Vorbereitung und Gehör und damit ein Plus an Qualität in der Verhandlung möglich wird.“

106) Siehe nur *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller* (Hrsg), Internationales Zivilverfahrensrecht Rz 7 ff zu Art 24 EuGVVO; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht² (2003) Rz 10 zu Art 24 EuGVVO oder *Mayr in Rechberger*, Kommentar² Rz 20 zu § 104 JN.

107) *AM Frauenberger*, Die ZVN 2002, ÖJZ 2002, 878 FN 56. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶, „Übersicht“ nach Rz 148, folgen offenbar (nunmehr) der bisherigen Rsp.

108) Dies kann nur aus eigenem Antrieb, (völlig) freiwillig erfolgen, weil ein Auftrag zum Wechsel vorbereitender Schriftsätze an nicht durch Rechtsanwälte vertretene Parteien im Gesetz nicht vorgesehen ist (§ 440 Abs 3 ZPO).

109) Die Bestimmungen über das bezirksgerichtliche Mahnverfahren sind auch im Verfahren in Arbeitsrechtssachen anzuwenden (§ 56 ASGG), insb muss also der Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl keine Begründung enthalten.

110) Die – nicht einheitlichen – Meinungen der (früheren) Lehre sind in der Entscheidungsbesprechung von *König*, JBl 1998, 519 FN 4, angeführt.

111) Für die Erhebung eines Einspruchs bedarf der Beklagte im bezirksgerichtlichen Mahnverfahren keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt: § 448 Z 1 ZPO.

112) 1 Ob 173/98t = SZ 71/129 = EvBl 1999/14 = ZfRv 1999, 22/4; 9 Ob 246/97k = JBl 1998, 518 (*König*) = eclex 1998, 695 = RdW 1998, 615 = ZfRv 2000, 147/49; 6 Ob 557/91 = EvBl 1992/8 = JBl 1992, 332 (*Pfersmann*); LG Feldkirch 1 R 123/97i = AnwBl 1997, 653 (*Kinz*); vgl 3 Ob 117/99y = SZ 72/193 = eclex 2001/13 = RdW 2000, 284/253 = ZfRv 2000, 197 und 8 ObA 154/98z = SZ 71/207 = DRdA 1999, 467/56 (*Burgstaller*).

113) *Ballon*, Einführung⁹ Rz 73 und 423; *ders in Fasching*, Kommentar² I Rz 13 zu § 43 JN; *Fucik in Rechberger*, Kommentar² Rz 6 zu § 452 ZPO; *Mayr*, Praxisprobleme, ÖJZ 1995, 330 f; *ders in Rechberger*, Kommentar² Rz 15 zu § 104 JN; *Simotta in Fasching*, Kommentar² I Rz 185 zu § 104 JN.

114) Vgl *Klicka*, Wann ist ein „echtes“ und wann ein „unechtes“ Versäumungsurteil zu fällen? JBl 1990, 434 und *Ballon*, Einführung⁹ Rz 423.

115) Siehe oben Kapitel C.2.c.

die Unzuständigkeit gerügt werden muss, obwohl auch dort bei Säumnis des Beklagten in der nachfolgenden vorbereitenden Tagsatzung noch ein Versäumnisurteil ergehen kann, insoweit der Einspruch also auch im Gerichtshofverfahren keine „qualifizierte Streiteinlassung“ darstellt. Es stellt sich daher (auch hier) die Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung des Einspruchs im Gerichtshofverfahren und im bezirksgerichtlichen Verfahren gerechtfertigt werden kann.

Die einzige Begründung, die sich dafür angeben lässt, ist jene, dass – im Unterschied zum Gerichtshofverfahren (§ 248 Abs 1 ZPO) – im bezirksgerichtlichen Mahnverfahren der Einspruch kein Sachvorbringen enthalten muss, sondern es vielmehr genügt, dass „aus dem Schriftstück die Absicht, Einspruch zu erheben, deutlich hervorgeht“ (§ 448 Z 1 ZPO). Genau betrachtet bedeutet dies aber nur, dass dann, wenn der Beklagte zulässigerweise einen „leeren“ Einspruch einbringt, mit diesem auch noch keine Heilung der Unzuständigkeit eintreten kann, weil der Beklagte (zulässigerweise) eben noch nicht iSd § 104 Abs 3 JN schriftlich zur Sache vorgebracht hat.¹¹⁶⁾ Es bleibt das Argument, dass ein Rechtsanwalt, der freiwillig – aber iSd Prozessökonomie erwünscht – im Einspruch zur Sache vorbringt, gleichsam „bestraft“ werden würde, wenn er dann die Einrede nicht mehr am Beginn der mündlichen Streitverhandlung nachholen könnte. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein Rechtsanwalt (nunmehr) vom Gerichtshofverfahren gewohnt sein muss, dass er im Einspruch (wie überhaupt bei einem schriftlichen Sachvorbringen) auch die Unzuständigkeitseinrede erheben muss und es geradezu widersinnig wäre, wenn die Unzuständigkeit im Gerichtshofverfahren (mit seinen höheren Streitwerten) zu einem früheren Zeitpunkt heilen würde als im bezirksgerichtlichen Verfahren. Der Sinn jener Bestimmung, dass der Einspruch im bezirksgerichtlichen Mahnverfahren kein Sachvorbringen enthalten muss, liegt zweifellos darin, dass der unvertretene Beklagte nicht überfordert werden soll, sicherlich aber nicht darin, dass einer durch einen Fachmann vertretenen Partei (entgegen der allgemeinen Prozessförderungs-pflicht) ermöglicht werden soll, eine Unzuständigkeits-einrede noch zu einem späteren Zeitpunkt zu erheben.

Zu berücksichtigen sind außerdem auch hier die bereits oben (im Kapitel C.3.b) angesprochenen Zielsetzungen des (Novellen-)Gesetzgebers und ein Vergleich mit der Rechtslage nach dem „europäischen Zivilprozessrecht“.¹¹⁷⁾

Aufgrund einer neuerlichen Prüfung der Rechtslage nach den Änderungen durch die ZVN 2002 komme ich daher (nunmehr) zum Ergebnis, dass ein Rechtsanwalt (oder Notar), der in einem „gesattelten“ Einspruch schriftlich zur Sache vorbringt, auch im bezirksgerichtlichen Mahnverfahren in diesem Einspruch die (prorogable und die unprorogable) Unzuständigkeit bei sonstiger Heilung einwenden muss.¹¹⁸⁾

Offen bleibt damit aber die Frage, ob auch ein nicht qualifiziert verteilter Beklagter die prorogable sachliche oder örtliche Unzuständigkeit bereits in einem Einspruch einwenden muss, wenn er ihn (freiwillig) mit einem Sachvorbringen versehen hat. ME spricht der Sinn der (unklaren) gesetzlichen Regelungen eher dafür, dass es iSd § 441 ZPO dabei verbleibt, dass der (unvertre-

tene) Beklagte noch am Beginn der mündlichen Streitverhandlung, bevor er sich in die Verhandlung zur Hauptsache einlässt, die Unzuständigkeitseinrede nachholen kann.¹¹⁹⁾

d) Auftragsverfahren

In der Literatur¹²⁰⁾ wurde bisher undifferenziert die Meinung vertreten, dass im (Wechsel-)Mandatsverfahren (sowohl vor dem Gerichtshof¹²¹⁾ als auch vor dem Bezirksgericht) und im Bestandverfahren die Einrede der Unzuständigkeit bei sonstiger Heilung (jedenfalls) in den Einwendungen gegen den (Wechsel-)Zahlungsauftrag oder gegen die gerichtliche Aufkündigung bzw den Übergabe- bzw Übernahmearauftrag zu erheben ist. Eine Einschränkung ist nur für die unprorogable (sachliche oder örtliche) Unzuständigkeit¹²²⁾ zu machen, wenn der Beklagte nicht durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertreten wird: In diesem Fall kann die Unzuständigkeit erst nach einer richterlichen Belehrung in der mündlichen Streitverhandlung heilen. Während diese Ausnahme infolge von § 104 Abs 3 JN unproblematisch ist, ist im Übrigen allerdings eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht, die mit den vorhin entwickelten Lösungsvorschlägen im Einklang steht. Das bedeutet grundsätzlich, dass dann, wenn der vertretene Beklagte in den Einwendungen zur Sache vorbringt, er dort auch die Unzuständigkeit einwenden muss. Enthalten die Einwendungen hingegen (zulässigerweise) kein Sachvorbringen, kann mit ihnen auch die Unzuständigkeit noch nicht heilen. Im Einzelnen bedeutet dies:

Nach hM¹²³⁾ haben die Einwendungen gegen einen (Wechsel-)Zahlungsauftrag auch im bezirksgerichtlichen Verfahren die Funktion einer Klagebeantwortung und müssen daher ein Sachvorbringen enthalten. Sind sie inhaltsleer, ist ein Verbesserungsverfahren einzuleiten.¹²⁴⁾ In dem – kaum praktischen – Fall, dass dieses er-

116) Bringt allerdings eine durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei einen inhaltsleeren Einspruch ein, so wird ihr freilich vom Gericht regelmäßig die Einbringung eines vorbereitenden Schriftsatzes aufgetragen werden (§ 440 Abs 3 ZPO), in dem sie dann nach der hier vertretenen Meinung (s oben C.3.b.cc) eine allfällige Unzuständigkeit rügen muss.

117) Entgegen der Rsp (1 Ob 173/98t = SZ 71/129 = EvBl 1999/14 = ZfRV 1999, 22/4; 9 Ob 246/97k = JBl 1998, 518 ua) vertritt hier die einhellige Lehre die Auffassung, dass mit einem „gesattelten“ Einspruch eine Heilung der Unzuständigkeit eintritt: Siehe außer den in FN 106 zit Autoren etwa König, JBl 1998, 519f (Entscheidungsbesprechung); Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ Rz 72/1; Simotta in Fasching, Kommentar² I Rz 349 zu § 104 JN.

118) Ebenso Deixler-Hübner, Fortschritte und Rückschritte, in FS Beys I 224 und Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren³ Rz 71 und 71a; aM Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ Rz 748 und „Übersicht“ nach Rz 148.

119) Dies entspricht auch der bisher hM: Ballon, Einführung⁹ Rz 72; ders in Fasching, Kommentar² I Rz 11 zu § 43 JN; Mayr, Praxisprobleme, ÖJZ 1995, 331f; ders in Rechberger, Kommentar² Rz 5 zu § 43 JN.

120) Ballon, Einführung⁹ Rz 73; ders in Fasching, Kommentar² I Rz 11 und Rz 13 zu § 43 JN; Fasching, Lehrbuch² Rz 203; Mayr in Rechberger, Kommentar² Rz 5 zu § 43 JN und Rz 15 zu § 104 JN; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ „Überblick“ nach Rz 148; Simotta in Fasching, Kommentar² I Rz 188 zu § 104 JN.

121) Siehe oben C.2.d).

122) Bzw die prorogable internationale Unzuständigkeit. Allerdings darf ein Zahlungsauftrag nicht erlassen werden, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz im Ausland hat (§ 550 Abs 1 a ZPO).

123) Ballon, Einführung⁹ Rz 474 oder Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ Rz 559, 928, 929.

124) AM allerdings jüngst G. Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² II/2 Rz 161 zu §§ 84, 85 ZPO.

folglos bleibt, sind leere Einwendungen zurückzuweisen.¹²⁵⁾ In den Einwendungen gegen einen (Wechsel-) Zahlungsauftrag hat daher der durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertretene Beklagte die (prorogable oder unprorogable) Unzuständigkeit einzuwenden. Ist der Beklagte nicht (qualifiziert) vertreten, ist unstrittig, dass die unprorogable Unzuständigkeit erst nach einer richterlichen Belehrung heilen kann. Im Falle einer bloß prorogablen Unzuständigkeit ist jedoch unklar, was zu gelten hat. ME ist es (auch hier) als ausreichend anzusehen, wenn der unvertretene Beklagte am Beginn der mündlichen Streitverhandlung vor der Einlassung auf das Verfahren über die Hauptsache die Unzuständigkeit einwendet.

Die Einwendungen gegen eine gerichtliche Aufkündigung können hingegen nach überwiegender Meinung auch „leer“ sein.¹²⁶⁾ Das bedeutet, dass die Rechtslage mit der vorhin (zu C.3.c) dargestellten Situation im bezirksgerichtlichen Mahnverfahren zu vergleichen ist. Dies hat zur Konsequenz, dass die Unzuständigkeitseinrede in den Einwendungen grundsätzlich noch nicht erhoben werden muss. Nur wenn eine durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertretene Partei in den Einwendungen auch zur Sache vorbringt, hat sie in den Einwendungen auch die Unzuständigkeitseinrede zu erheben.

e) Ergebnis

Als Ergebnis der vorstehenden Überlegungen kann somit festgehalten werden, dass im bezirksgerichtlichen Verfahren die Unzuständigkeitseinrede vom Beklagten grundsätzlich spätestens am Beginn der mündlichen Streitverhandlung (vorbereitenden Tagsatzung) vor der Einlassung in die Verhandlung über die Hauptsache erhoben werden muss. Nach diesem Zeitpunkt kann nur noch die unprorogable (sachliche oder örtliche oder die prorogable internationale) Unzuständigkeit von einem unvertretenen Beklagten eingewendet werden, usw so lange, bis er nach einer einschlägigen Belehrung durch den Richter rügelos zur Sache vorgebracht hat. Wird die beklagte Partei allerdings durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertreten, so hat dieser die Einrede der (prorogablen und unprorogablen) Unzuständigkeit bereits dann zu erheben, wenn er (vor der mündlichen Streitverhandlung) in einem (aufgetragenen oder freiwillig erstatteten) vorbereitenden Schriftsatz, im Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl oder in den Einwendungen gegen einen gerichtlichen Auftrag schriftlich zur Sache vorbringt.

D. Zusammenfassung

1. Im Gerichtshofverfahren kann eine Unzuständigkeit von Amts wegen wahrgenommen werden bis zum Auftrag zur Erstattung einer Klagebeantwortung oder bis zur Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines (Wechsel-)Zahlungsauftrags. Lediglich im Fall, dass der Beklagte keine (rechtzeitige) Klagebeantwortung einbringt und der Kläger die Erlassung eines Versäumnungsurteils beantragt, darf (bzw muss) das Gericht im Zuge der Prüfung der Voraussetzungen für die Erlassung des Versäumnungsurteils noch die unprorogable Unzuständigkeit wahrnehmen.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren kann eine Unzuständigkeit von Amts wegen wahrgenommen werden bis zur Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines (Zahlungs-)Auftrags im (Wechsel-)Mandatsverfahren und im Bestandverfahren, bis zur Erteilung eines Auftrags zum Wechsel vorbereitender Schriftsätze oder bis zur Anberaumung der ersten mündlichen Streitverhandlung. Danach kann das Bezirksgericht nur noch die unprorogable Unzuständigkeit wahrnehmen, usw einerseits dann, wenn trotz der Einbringung eines vorbereitenden Schriftsatzes, eines Einspruchs oder von Einwendungen die (unprorogable) Unzuständigkeit noch nicht geheilt ist, bis zur Anberaumung der vorbereitenden Tagsatzung und andererseits dann, wenn der Beklagte in der vorbereitenden Tagsatzung säumig ist und der Kläger die Erlassung eines Versäumnungsurteils beantragt, bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Erlassung des Versäumnungsurteils. Abgesehen von diesem letzten Fall darf das Bezirksgericht nach Anberaumung einer vorbereitenden Tagsatzung seine unprorogable Unzuständigkeit zwar nicht mehr in der Form wahrnehmen, dass es die Klage (sofort) von Amts wegen zurückweisen dürfte, es hat jedoch den nicht durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertretenen Beklagten über die Möglichkeit der Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede zu belehren und kann dann, nach der Erhebung einer (berechtigten) Unzuständigkeitseinrede, die Klage zurückweisen.

2. Im Gerichtshofverfahren muss die Unzuständigkeit von dem (zwingend durch einen Rechtsanwalt vertretenen) Beklagten spätestens eingewendet werden

→ in der Klagebeantwortung¹²⁷⁾

→ im Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl

→ in den Einwendungen gegen einen (Wechsel-)Zahlungsauftrag.

Ob es sich dabei um eine prorogable (sachliche oder örtliche) oder um eine unprorogable (sachliche oder örtliche bzw um eine prorogable internationale) Unzuständigkeit handelt, spielt keine Rolle.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren bedarf es einer Differenzierung je nachdem, ob der Beklagte qualifiziert vertreten ist oder nicht:

a) Die prorogable Unzuständigkeit muss von einem nicht durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertretenen Beklagten spätestens eingewendet werden

→ am Beginn der mündlichen Streitverhandlung (vorbereitenden Tagsatzung) bevor er sich in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt.

Die unprorogable Unzuständigkeit muss von einem nicht durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertretenen Beklagten spätestens eingewendet werden

→ bevor er nach einer einschlägigen Belehrung durch den Richter schriftlich oder mündlich zur Sache vorbringt.

125) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2121.

126) *Frauenberger* in *Rechberger*, Kommentar² Rz 3 zu § 564 ZPO; *Palten*, Bestandverfahren (1991) Rz 80; vgl auch *Oberhammer*, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten (1992) 88; aM *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2150 und *Ballon*, Einführung³ Rz 481.

127) Im Widerspruch gegen ein Versäumnungsurteil ist die Einrede der (prorogablen oder unprorogablen) Unzuständigkeit verspätet.

b) Wird der Beklagte durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertreten, so muss die Unzuständigkeit spätestens eingewendet werden

- in einem (aufgetragenen oder freiwillig erstatteten) vorbereitenden Schriftsatz, in dem vor der mündlichen Streitverhandlung zur Sache vorgebracht wird;
- in einem Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl, wenn darin zur Sache vorgebracht wird;
- in den Einwendungen gegen einen (Wechsel-)Zahlungsauftrag;
- in den Einwendungen gegen einen Übergabe- oder Übernahmearauftrag oder gegen eine gerichtliche Aufkündigung, wenn darin zur Sache vorgebracht wird;
- in allen anderen Fällen am Beginn der mündlichen Streitverhandlung bevor er sich in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt.¹²⁸⁾

Ob es sich dabei um eine prorogable (sachliche oder örtliche) oder um eine unprorogable (sachliche oder örtliche bzw um eine prorogable internationale) Unzuständigkeit handelt, spielt bei einem qualifiziert vertretenen Beklagten keine Rolle.

E. Schlussbetrachtung

Es ist bereits wiederholt kritisiert worden,¹²⁹⁾ dass die Regelungen über die Wahrnehmung der Unzuständigkeit im österr Zivilverfahrensrecht auf eine ganze Reihe von (wenig koordinierten) gesetzlichen Bestimmungen verstreut und insgesamt sehr kompliziert sind. Der Ge-

setzgeber der ZVN 2002 hat dieser Problematik (leider) keinerlei Augenmerk beigemessen, insb die Anordnungen der §§ 240 und 441 ZPO müssen als missglückt bezeichnet werden.¹³⁰⁾ Allerdings hat der Novellengesetzgeber durch andere legistische Änderungen (insb die Abschaffung der ersten Tagsatzung) unbeabsichtigt zu einer Vereinfachung der Rechtslage beigetragen, weil nunmehr in vielen Fällen nicht mehr zwischen einer prorogablen und einer unprorogablen Unzuständigkeit unterschieden werden muss.¹³¹⁾ Dieses Ergebnis lässt sich allerdings erst aufgrund von aufwändigen und komplizierten Überlegungen gewinnen, sodass der Wunsch an den Gesetzgeber aufrecht bleibt, er möge möglichst bald eine umfassende (und vereinfachende!) Reform des gesamten österr Zuständigkeitsrechts vornehmen.¹³²⁾ Dies würde auch nicht unwesentlich zu einer – derzeit politisch so erwünschten – Beschleunigung der Zivilverfahren beitragen.

128) Im Widerspruch gegen ein Versäumungsurteil ist die Einrede der (prorogablen oder unprorogablen) Unzuständigkeit verspätet.

129) Etwa *Fucik*, Zuständigkeit, RZ 1985, 260 oder *Mayr*, Jurisdiktionsnorm und Gerichtsorganisationsgesetz nach 100 Jahren, in *Mayr*, 100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze (1998) 49.

130) *Klicka*, Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 2002, 188, bezeichnet die Regelung des § 441 ZPO als „echtes Redaktionsversehen“.

131) Vgl *Klicka*, Zivilverfahrens-Novelle 2002, ZZPInt 2002, 182. Die Unterscheidung zwischen prorogabler und unprorogabler Unzuständigkeit hat etwa bereits *Fasching*, Lehrbuch² Rz 216, als überflüssig und unnötig verkomplizierend bezeichnet.

132) Siehe etwa auch *Mayr*, Reform, JBl 2001, 160f.

→ In Kürze

Die ZVN 2002 hat durch die Neuregelung des Einlassungsverfahrens schwierige Fragen über die Dauer der Wahrnehmung und Heilung der Unzuständigkeit aufgeworfen. Die wichtigsten Ergebnisse: Im Gerichtshofverfahren heilt die (sachliche, örtliche und prorogable internationale) Unzuständigkeit mit der rügelosen Einbringung einer Klagebeantwortung, eines Einspruchs oder von Einwendungen. Im bezirksgerichtlichen Verfahren heilt die Unzuständigkeit, wenn der durch einen Rechtsanwalt (oder Notar) vertretene Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatz, im Einspruch oder in den Einwendungen rügelos zur Sache vorbringt. Im Widerspruch gegen ein Versäumungsurteil ist die Unzuständigeinrede verspätet.

→ Literatur-Tipp



Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶, Manz (2003)

MANZ Bestellservice:
Tel.: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Peter G. Mayr ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Innrain 52, A-6020 Innsbruck. E-Mail: peter.g.mayr@uibk.ac.at. Internet: www.uibk.ac.at/zivilverfahren

Vom selben Autor erschienen:

Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002); Das neue europäische Zivilprozessrecht (gemeinsam mit *Czernich*) (2002); EuGVÜ und LGVÜ (2001); Verfahren außer Streitsachen² (gemeinsam mit *Fucik*) (2000); Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten (1999); 100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze (1998); Die österreichische Juristenausbildung² (1998); Das Übereinkommen von Lugano (gemeinsam mit *Lechner*) (1996); Rechtsschutzalternativen in der österreichischen Rechtsentwicklung (1995).

Literatur:

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003); *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren³ (2003).