

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, Hon.-Prof. Dr. Kuras, Mag. Ziegelbauer und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. S\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, 2. mj T\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, 3. A\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, 1. bis 3. wohnhaft in \*\*\*\*\*, 4. A\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, 5. mj S\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, 6. mj A\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, 7. mj. Z\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, 5. bis 7. wohnhaft in \*\*\*\*\*, alle vertreten durch Lansky Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei R\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\*, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 315.364,36 EUR sA, im Verfahren über den Revisionsrekurs des Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 26. Jänner 2012, GZ 12 R 160/11d-55, mit dem der Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 30. August 2011, GZ 23 Cg 122/09v-49, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

A. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

I. Ist aus dem europarechtlichen „Äquivalenzprinzip“ bei der Durchsetzung des Rechts der Europäischen Union für ein Verfahrenssystem, in dem die zur Sachentscheidung berufenen ordentlichen Gerichte zwar auch die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen zu prüfen haben, ihnen aber die generelle Aufhebung der Gesetze verwehrt ist, sondern einem in besonderer Weise organisierten Verfassungsgerichtshof vorbehalten wurde, abzuleiten, dass die ordentlichen Gerichte beim Verstoß eines Gesetzes gegen Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), während des Verfahrens auch den Verfassungsgerichtshof zur allgemeinen Aufhebung des Gesetzes anrufen müssen und nicht bloß das Gesetz im konkreten Fall unangewendet lassen können?

II. Ist Art 47 GRC dahin auszulegen, dass er einer Verfahrensbestimmung entgegensteht, wonach ein international unzuständiges Gericht einen Abwesenheitskurator für eine Partei, deren Aufenthalt nicht festgestellt werden kann, bestellt und dieser dann durch seine „Einlassung“ verbindlich die internationale Zuständigkeit bewirken kann?

III. Ist Art 24 der Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) dahin auszulegen, dass nur dann eine „Einlassung des Beklagten“ im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, wenn die entsprechende Prozesshandlung durch den Beklagten selbst oder einen von ihm bevollmächtigten Rechtsvertreter gesetzt wurde oder gilt dies ohne Einschränkung auch bei einem nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates bestellten Abwesenheitskurator?

B. Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgesetzt.

### **B e g r ü n d u n g :**

#### **Sachverhalt und bisheriges Verfahren:**

1.1. Mit ihrer Klage begehren die Klägerinnen als Ehegattinnen bzw Kinder vom Beklagten Schadenersatz (Unterhalt, Schockschaden, Feststellungsbegehren) mit der Klagsbehauptung, dieser habe in Kasachstan deren Ehemänner bzw Väter entführt und verschleppt. Zur Zuständigkeit der österreichischen Gerichte machen sie geltend, dass der Beklagte seinen ordentlichen Wohnsitz im Sprengel des angerufenen Gerichts habe. Nachdem sich bei Zustellungsversuchen ergab, dass der Beklagte an den Zustelladressen keinen Wohnsitz mehr hat, wurde nach verschiedenen Zwischenschritten über Antrag der Kläger mit Beschluss vom 27. 8. 2010 ein Abwesenheitskurator nach § 116 der österreichischen Zivilprozessordnung (ZPO) bestellt. Dieser Abwesenheitskurator erstattete nach Zustellung der Klage eine Klagebeantwortung, in der er die Abweisung der Klage beantragte und zahlreiche inhaltliche Einwendungen erhob. Daraufhin gab der Beklagte bekannt, die nunmehr vertretende Rechtsanwaltskanzlei bevollmächtigt zu haben und ersuchte, in Zukunft alle Zustellungen an diese vorzunehmen. Nun wendete er auch die internationale Unzuständigkeit der österreichischen Gerichte ein. Der maßgebliche Sachverhalt habe sich in Kasachstan ereignet. Eine Heilung dieser Unzuständigkeit sei nicht eingetreten. Der Abwesenheitskurator habe mit ihm keinen Kontakt gehabt und habe auch keine Kenntnis von den maßgeblichen Umständen. Seinen Wohnsitz müsse der Beklagte wegen der

Gefahr für sein Leben geheim halten. Er habe Österreich lange vor Klageeinbringung auf Dauer verlassen.

1.2. Das **Erstgericht** erklärte sich als international unzuständig und wies die Klage zurück. Es erachtete als bescheinigt, dass sich der Beklagte im Territorium der Republik Malta aufhält. Die Einlassung des Abwesenheitskurators stelle keine Streiteinlassung im Sinne des Art 24 EuGVVO dar.

1.3. Das **Rekursgericht** gab dem gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs der Kläger Folge und verwarf die Einrede der mangelnden internationalen Zuständigkeit. Im Ergebnis habe das Erstgericht als einzigen bekannten Aufenthaltsort die Republik Malta festgestellt (auch im Zeitpunkt der Gerichtsanhängigkeit). Die EuGVVO sehe eine Prüfpflicht des Gerichts nur bei Nichtteilnahme des Beklagten nach Art 26 EuGVVO vor. Im Übrigen sei die internationale Zuständigkeit nur über Einrede des Beklagten zu prüfen. Der Begriff der „Einlassung“ in Art 24 EuGVVO sei gemeinschaftsrechtlich autonom auszulegen. Innerhalb dieses Rahmens sei der Begriff aber durch das österreichische Zivilprozessrecht aufzufüllen. Der Prozesshandlung des zur Interessenwahrung verpflichteten Abwesenheitskurators komme nach österreichischem Recht dieselbe Rechtswirkung zu wie jener eines rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten.

### **Rechtsmittel und Rechtsmittelbeantwortungen:**

2.1. Gegen diesen Beschluss richtet sich der zulässige (vgl etwa das Rechtsinformationssystem des Bundes, abrufbar unter <http://193.58.211.1/Jus> oder <http://www.ris.bka.gv.at/Jus>; RIS-Justiz RS0121604 mwN) **Revisionsrekurs** des **Beklagten**. Der Beklagte releviert zusammengefasst, dass es der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union widerspreche, einem Beklagten, der keine Kenntnis von einem Verfahren habe, seine Verteidigungsrechte zu nehmen. Die Entscheidung

verstoße gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art 6 der Europäischen Konvention für Menschenrechte (MRK) und Art 47 GRC.

2.2. Die **Kläger** stützen sich in ihrer Revisionsrekurs**beantwortung** zusammengefasst darauf, dass der Kurator nach § 116 der österreichischen Zivilprozessordnung jede Handlung setzen könne, andernfalls dessen Bestellung sinnlos wäre. Den Ausführungen des Beklagten zu Art 6 MRK/Art 47 der GRC halten die Kläger den Grundrechtsschutz auf ein effektives Gerichtsverfahren nach diesen Bestimmungen entgegen. Die Bestellung eines Abwesenheitskurators stelle insoweit ein grundrechtliches Erfordernis dar.

#### **Zur österreichischen Rechtslage:**

Im Sinne der Empfehlungen des Gerichtshofs der Europäischen Union wird von einer umfassenden Darstellung der äußerst umfangreichen Literatur Abstand genommen.

3.1. Nach § 230 der österreichischen Zivilprozessordnung (im Folgenden ZPO) hat das Gericht vorweg auch zu prüfen, ob es international zuständig ist. Im Falle der Verneinung hat das Erstgericht die Klage von Amts wegen - mangels Heilung allenfalls auch später - zurückzuweisen, sonst hat es die Klage zur Beantwortung an den Beklagten zuzustellen.

3.2. § 115 ZPO sieht grundsätzlich vor, dass an Personen, deren Abgabestelle unbekannt ist, durch öffentliche Bekanntmachung zuzustellen ist. Die Aufnahme in eine Ediktsdatei ist festgelegt.

3.3. Der hier maßgebliche § 116 ZPO ordnet Folgendes an:

„Für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthaltes nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könnte, hat das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen einen Kurator zu bestellen (§ 9), wenn diese Personen infolge der an sie zu bewirkenden

Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Prozesshandlung vorzunehmen hätten und insbesondere, wenn das zuzustellende Schriftstück eine Ladung derselben enthält.“

Dieser Kurator hat eine umfassende Vertretungsbefugnis zur Erhebung von Einwendungen.

Die Kuratorbestellung ist mit Edikt kundzumachen (§ 117 ZPO sowie § 89j Gerichtsorganisationsgesetz [GOG] über die „Ediktsdatei“, in die jedermann mittels automationsunterstützter Datenübermittlung Einsicht nehmen kann - § 89k GOG).

3.4. Nach Art 92 der österreichischen Bundesverfassung (B-VG) ist der Oberste Gerichtshof (OGH) die oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen. In diesen Rechtssachen hat der OGH nicht nur das österreichische Recht einschließlich des Verfassungsrechts umfassend zu prüfen, sondern auch das Recht der Europäischen Union anzuwenden. Allerdings ist den ordentlichen Gerichten insgesamt und auch dem OGH die Aufhebung von einfachen Gesetzen wegen Verstoßes gegen die Verfassung verwehrt (Art 89 B-VG). Sie haben, wenn sie ein einfaches Gesetz für verfassungswidrig erachten, einen Antrag an den in besonderer Weise organisierten Verfassungsgerichtshof (VfGH) zu stellen (Art 89, 140 B-VG). Die Aufhebung eines Gesetzes durch den VfGH wirkt allgemein und bindet die ordentlichen Gerichte.

3.5. Der OGH hat nun in ständiger Rechtsprechung, der Rechtsprechung des EuGH folgend, auch ohne Befassung des VfGH solche Gesetzesbestimmungen, die gegen unmittelbar anwendbares EU-Recht verstoßen, in dem jeweiligen Fall unangewendet gelassen (Vorrangprinzip; vgl. RIS-Justiz RS0109951 und viele andere) und keinen Aufhebungsantrag an den VfGH gestellt.

3.6. Der VfGH hat bisher ebenfalls in ständiger Rechtsprechung in Übereinstimmung mit dem OGH ausgesprochen, dass ein allfälliger Widerspruch eines österreichischen Gesetzes gegen unmittelbar wirksames

EU-Recht durch das Vorrangprinzip zu lösen ist, also nicht zur Aufhebung des Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit im Sinne des Art 140 B-VG führt (allgemein etwa Sammlung der Entscheidungen des VfGH 15.215; 15.810 und viele andere).

3.7. In einer ausführlich begründeten Entscheidung vom 14. 3. 2012 zu U 466/11 hat der VfGH in Abkehr von seiner Rechtsprechung Folgendes ausgeführt (Hervorhebung nicht im Original):

„Dieses, später Gleichwertigkeits- bzw. Äquivalenzgrundsatz genannte Prinzip hat der Gerichtshof der Europäischen Union etwa in der Rechtssache Levez (EuGH 1. 12. 1998, Rs. C-326/96, Levez, Slg. 1998, I-7835 [Rz 18]) folgendermaßen zusammengefasst: ...

Die EMRK ist in Österreich unmittelbar anwendbar und steht im Verfassungsrang (vgl. BGBl. 59/1964). Die von ihr gewährleisteten Rechte sind verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ...

5.4. Vor dem Hintergrund des Äquivalenzgrundsatzes ist daher zu prüfen, auf welche Weise und in welchem Verfahren Rechte der Grundrechte-Charta auf Grund der innerstaatlichen Rechtslage geltend gemacht werden können.

5.5. ... Das Rechtsschutzsystem des B-VG beruht darauf, dass ... der Verfassungsgerichtshof ... als einzige Instanz über Verletzungen durch generelle Normen, nämlich Gesetze und Verordnungen, absprechen soll und als einzige Instanz die Befugnis zur Aufhebung solcher Normen hat ...

Der Verfassungsgerichtshof kommt daher zum Ergebnis, dass auf Grund der innerstaatlichen Rechtslage der Äquivalenzgrundsatz zur Folge hat, dass auch die von der **Grundrechte-Charta** garantierten Recht ... im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta einen Prüfungsmaßstab in **Verfahren der generellen Normenkontrolle**, insbesondere nach Art 139 und **Art 140 B-VG** bilden.

Das könnte bedeuten, dass bei jedem Verstoß eines österreichischen Gesetzes gegen EU-Recht - die GRC - dieser nicht allein unmittelbar im Verfahren durch das Vorrangprinzip bereinigt werden kann, sondern die Gerichte - unbeschadet der Möglichkeit zur Einholung von Vorabentscheidungsverfahren - aus dem „Äquivalenzprinzip“ auch zur Antragstellung an den VfGH verhalten werden sollen (Art 89 B-VG).

Der VfGH hat ferner ausgeführt:

5.9. Zu betonen bleibt, dass dann **keine Vorlagepflicht** an den Gerichtshof der Europäischen Union besteht, wenn eine Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich ist (vgl. EuGH 6. 10. 1982, Rs. 283/81, Cilfit, Slg. 1982, 3415; 15. 9. 2005, Rs. C-495/03, Intermodal, Slg. 2005, I-8151), das heißt, wenn die Antwort auf diese Frage, wie auch immer sie ausfällt, keinerlei Einfluss auf die Entscheidung des Rechtstreits haben kann. Dies ist im Bereich der Grundrechte-Charta dann der Fall, **wenn** ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, insbesondere ein Recht der **EMRK**, den gleichen Anwendungsbereich wie ein Recht der Grundrechte-Charta hat. In diesem Fall erfolgt die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs daher auf Grund der österreichischen Verfassungslage, ohne dass eine Vorabentscheidung im Sinne des Art 267 AEUV einzuholen wäre.

### **Zum Recht der Europäischen Union:**

4.1. Nach Art 1 der Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) ist diese Verordnung auf alle Zivil- und Handelssachen anzuwenden; soweit nicht im Einzelnen genannte Bereiche - die hier nicht vorliegen - ausgenommen sind. Art 2 EuGVVO bestimmt, dass vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen sind. In einem anderen Mitgliedstaat können sie nur entsprechend den Abschnitten 2 bis 7 im Kapitel II über die „Zuständigkeit“ verklagt werden (Art 3 EuGVVO).

4.2. Art 24 EuGVVO (Abschnitt 7) sieht vor:

„Sofern das Gericht eines Mitgliedstaates nicht bereits nach anderen Vorschriften dieser Verordnung zuständig ist, wird es zuständig, wenn sich der Beklagte vor ihm auf das Verfahren einlässt. Dies gilt nicht, wenn der Beklagte sich einlässt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen oder ein anderes Gericht aufgrund des Art 22 ausschließlich zuständig ist.“

4.3. Nach Art 26 EuGVVO hat das Gericht erst dann, wenn sich der Beklagte, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, auf das Verfahren nicht einlässt, von Amts wegen seine Unzuständigkeit zu erklären, wenn seine Zuständigkeit nicht nach der Verordnung begründet ist. Dabei hat das Gericht das Verfahren solange auszusetzen, bis festgestellt ist, dass es dem Beklagten möglich war, das verfahrenseinleitende Schriftstück so rechtzeitig zu empfangen, dass er sich verteidigen konnte.

Die in diesem Artikel genannten europarechtlichen Verordnungen betreffend die Zustellung kommen auf Zustellungen wegen unbekanntem Aufenthalts nicht zur Anwendung (EuGH 15. 3. 2012, *Visser* C-292/10, Rn 54).

4.4. Art 59 EuGVVO verweist zur Frage der Begründung eines Wohnsitzes auf das Recht des jeweiligen Mitgliedstaats.

4.5. Regelungen zu allfälligen Prozess-Abwesenheitskuratoren findet sich in der EuGVVO nicht.

4.6. Nach Art 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist der Gerichtshof der Europäischen Union unter anderem zuständig, im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge, aber auch von Verordnungen der EU über entsprechende Fragen eines Gerichts der Mitgliedstaaten zu entscheiden.

### **Zu den Vorabentscheidungsfragen:**

#### **Zur Anwendbarkeit:**

5.1. Hier geht es um eine Zivil- und Handelssache, die entsprechend Art 1 der EuGVVO deren Regelungen unterliegt (vgl etwa RIS-Justiz RS0122818 uva).

5.2. Es ist hier zugrundezulegen, dass der Beklagte in Malta einen Wohnsitz nach dem maßgeblichen Recht begründet hat und entsprechend den Ausführungen der

Vorinstanzen und des Beklagten auch im Zeitpunkt der Klageeinbringung schon begründet hatte. Damit wird eine Frage der internationalen Zuständigkeit der österreichischen Gerichte aufgeworfen, zu deren Lösung die EuGVVO zur Anwendung gelangt (EuGH 1. 3. 2005, *Owusu* C-281/02, Rn 26). Für einen Wohnsitz außerhalb der Mitgliedstaaten bestehen keine Anhaltspunkte.

5.3. Der Oberste Gerichtshof geht ferner davon aus, dass das Vorbringen des Abwesenheitskurators keine Einwendungen hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit enthält, wohl aber der erste von einem vom Beklagten beauftragten Rechtsvertreter eingebrachte Schriftsatz (zur Zulässigkeit der gleichzeitigen Geltendmachung EuGH 24. 6. 1981, *Elefanten Schuh* Rs 150/80; Slg 1981, 1671; RIS-Justiz RS0111191).

5.4. Entscheidend ist damit die Frage, ob die vom Abwesenheitskurator nach § 116 ZPO eingebrachte Klagebeantwortung dem Beklagten zuzurechnen ist und ein „Einlassen des Beklagten“ in das Verfahren im Sinne des Art 24 EuGVVO bedeutet. § 116 ZPO sieht insoweit eine umfassende Vertretungsbefugnis vor. Dies kann zur Wahrung des Grundrechts der Kläger zur Gewährung eines angemessenen und effektiven Rechtsbehelfs (Art 47 GRC; Art 6 EMRK) geboten, aber auch zur Wahrung des Grundrechts des Beklagten auf rechtliches Gehör (ebenfalls Art 47 GRC; Art 6 EMRK) unzulässig sein.

5.5. Die Frage, ob der unterschiedslos auch auf Verfahren im System der EuGVVO anzuwendende § 116 ZPO gegen den im Verfassungsrang stehenden Art 6 MRK bzw gegen Art 47 GRC verstößt, könnte bei Anwendung der in der Entscheidung des VfGH U 466/11 vorgenommenen Auslegung des europarechtlichen Äquivalenzprinzips dem VfGH vorzulegen sein.

6.1. Die viel beachtete Entscheidung des VfGH U 466/11 wurde in der österreichischen **Lehre** unter

europarechtlichen Aspekten mehrfach **kritisiert** (etwa *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, Zeitschrift für Öffentliches Recht 2012, 587; *Merlin* Umleitung der Rechtsgeschichte, Journal für Rechtspolitik, 2012, 355 ff; *Potacs*, Juristische Blätter 2012, 509; dazu, dass sich aus der Rechtsprechung des EuGH Anhaltspunkte dafür ergeben, dass im Anwendungsbereich des Art 47 GRC dieser den maßgeblichen Prüfungsmaßstab darstellt und nicht Art 6 MRK etwa EuGH 15. 11. 2011, *Dereci* C-256/11 Rn 72).

6.2. Das sich aus dem Erkenntnis des VfGH **ergebende System unterscheidet** sich von dem französischen Prüfungssystem, das der Entscheidung des EuGH *Melki und Abdeli* (EuGH 22. 6. 2012, C-188/10 und 189/10) zugrunde lag, auf die der VfGH seine Rechtsansicht stützt, zumindest in **dreifacher Weise**. Erstens hat der französische Verfassungsgesetzgeber dieses verfassungsgerichtliche „Zwischenverfahren“ ausdrücklich vorgesehen. In Österreich fehlt es hinsichtlich des allfälligen Widerspruchs von Gesetzen gegen das EU-Recht an einer solchen Übertragung der Bereinigungskompetenz vom Parlament auf den VfGH, sondern hat das VfGH-Erkenntnis diese Kompetenz aus dem europarechtlichen „**Äquivalenzprinzip**“ abgeleitet (siehe unten). Zweitens wurde das französische „Zwischenverfahren“ auf die Prüfung der innerstaatlichen **verfassungsrechtlichen Fragen beschränkt**, während hier der VfGH in seinem Erkenntnis die GRC als Prüfungsmaßstab im Gesetzesprüfungsverfahren heranzieht. Drittens wurde damals **kein Entfall der Vorlagepflicht** für den Fall angenommen, dass das französische Verfassungsgericht die Frage bereits nach Art 6 MRK entscheidet.

6.3. In dem Modell, das offenbar der Entscheidung des VfGH hinsichtlich der Annahme des Entfalls der Vorlagepflicht zugrunde gelegt wurde, soll jeder zusätzliche Grundrechtsschutz eine zusätzliche Verbesserung für eine Partei bedeuten. Dies ist zwar wohl regelmäßig im

Verwaltungsrecht als zusätzlicher Schutz zugunsten des Bürgers gegen den Staat denkbar. Für das zivilgerichtliche Verfahren zeigt sich etwa im vorliegenden Fall, in dem sich sowohl die Kläger als auch der Beklagte auf die Garantien nach den Art 6 EMRK und Art 47 GRC stützen, dass **jede Entscheidung zugunsten der einen Partei** gleichzeitig auch den grundrechtlich verbürgten Anspruch der **anderen Partei beeinträchtigen** kann. Eine allfällige Aufhebung des § 116 ZPO durch den VfGH wäre in dem konkreten Verfahren zu beachten und würde die Rechtsdurchsetzung verhindern. Dies könnte das Recht der Kläger auf einen angemessenen und effektiven Rechtsbehelf nach Art 47 GRC, dem auch die EuGVVO dienen soll (EuGH 17. 11. 2011, *Hypoteční banka* C-327/10, Rn 44; EuGH 25. 10. 2012, *Folien Fischer AG* C-133/11, Rn 33), beeinträchtigen.

6.4. Bei der Entscheidung des VfGH könnte - wie bei jedem aus der Tradition bloß eines Mitgliedstaats kommenden und aus diesem besetzten Gericht - auch nicht gesichert werden, dass dessen Einschätzung von Grundrechtspositionen nicht von jener des EuGH **abweicht** (vgl etwa VfGH 24. 9. 2009 G 187/08; anders EuGH 20. 10. 2011, *Brachner* C-123/10) oder in Verpflichtungen zur Umsetzung von Richtlinien eingreift. Vor allem könnte das zentrale Ziel der EuGVVO, für die Frage der internationalen Zuständigkeit der Gerichte aller Mitgliedstaaten ein einheitliches konsistentes System zu schaffen, verfehlt werden. Ist doch in **keiner Weise gewährleistet**, dass die in anderen Mitgliedstaaten zuständigen Gerichte die Auslegung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs - genauso wie jene des OGH - für **maßgeblich** erachten.

6.5. Der OGH geht daher davon aus, dass sich für den VfGH nur noch nicht die Möglichkeit eröffnet hat, seine im Rahmen der Überprüfung eines Verwaltungsverfahrens entwickelte Rechtsprechung zur mangelnden Vorlageverpflichtung für den Bereich des Zivilverfahrens zu

präzisieren. Jedenfalls in zivilgerichtlichen Verfahren, in denen die Grundrechtspositionen beider Parteien betroffen sind, ist zur Auslegung von Art 47 GRC ein Vorabentscheidungsverfahren einzuholen.

### **Zu I.:**

7.1. Auf die Ausführungen zu 6.1. und die darin dargestellte kritische Lehre ist zu verweisen.

In seinem - ein - - Verfahrensverfahren betreffenden - Erkenntnis hat der VfGH im Ergebnis aus dem **europarechtlichen Äquivalenzprinzip** abgeleitet, dass es bei Verstoß eines Gesetzes gegen die GRC nicht nur beim Anwendungsvorrang im konkreten gerichtlichen Verfahren bleiben kann, sondern es zur - sonst dem Parlament vorbehaltenen - **generellen Rechtsbereinigung** durch Aufhebung des Gesetzes auch eines zusätzlichen Verfahrens nach Art 140 B-VG beim VfGH bedarf. Die herangezogenen Entscheidungen des EuGH (insb EuGH 1. 12. 1998, Rs C-326/96, *Levez*, Slg 1998, I-7835 [Rz 18]; EuGH 19. 6. 2003, Rs C-34/02, *Pasquini*, Slg 2003, I-6515; EuGH 29. 10. 2009, Rs C-63/08, *Pontin*, Slg 2009, I-10.467 [Rz 45]) beziehen sich auf den Rechtsschutz zugunsten der jeweiligen Verfahrenspartei. Sie lassen daher nach Ansicht des OGH nach dem derzeitigen Stand der Entwicklung des Europarechts auch bei entsprechender Würdigung der ausführlichen Begründung des VfGH jedenfalls für das zivilgerichtliche Verfahren einen dahingehenden Schluss noch nicht in einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Weise (EuGH 6. 10. 1982, *Cilfit* Rs 283/81, Slg 1982, 3415) zu. Die Rechtsdurchsetzung der einzelnen Verfahrenspartei würde durch eine europarechtliche Vorgabe einer in dem konkreten Verfahren vorzunehmenden **allgemeinen** Rechtsbereinigung mit kostenintensiven und erhebliche Zeit beanspruchenden zusätzlichen Verfahren belastet ohne dass es für die einzelne Verfahrenspartei gegenüber dem bloßen Anwendungsvorrang

zu einem Mehrwert käme. Die allgemeine Rechtsbereinigung kann auch nach Abschluss des Verfahrens durchgeführt werden.

Hinzu kommt, dass die im Erkenntnis des VfGH angenommene **Trennung** zwischen den **Grundrechten** der GRC als Prüfungsmaßstab des VfGH und den anderen - **sekundären - EU-Rechtsakten** - hier etwa auch der EuGVVO -, für die dies nicht gelten soll, jedenfalls im Zivilrecht schwer konsistent verwirklichtbar scheint. Aus der Rechtsprechung des EuGH ist eher abzuleiten, dass auch sekundäre Rechtsakte mit in die Prüfung einbezogen werden (etwa zu Art 21 GRC EuGH 19. 1. 2010, *Küçükdeveci* C-555/07, Rn 22 ff; insbesondere auch zur zeitlichen Wirkung EuGH 17. 5. 1990, *Barber* C-262/88). Hier gestaltet nun die EuGVVO in Teilaspekten ein System zur Koordinierung der nationalen Verfahrenssysteme. Dieses System der EuGVVO - soweit es nicht selbst gegen die GRC verstößt - bietet den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Prüfung. Dabei fällt ins Gewicht, dass **das System des sekundären EU-Rechts** regelmäßig wesentlich **konkreter** und detaillierter ist **als** die regelmäßig sehr allgemein gehaltenen **Verfassungsgrundrechte**, und trotzdem diesem Verfassungsrecht als höherrangiges EU-Recht vorgeht (so schon EuGH 9. 3. 1978, *Simmenthal* Rs 106/77; Slg 1978, 629; VfSlg 15.427). Es bietet sich an, in diesem höherrangigen konkreteren EU-Rechtssystem durch ergänzende nationale Verfahrensregeln bewirkte allfällige Verstöße gegen Art 47 GRC durch die mangelnde Anwendung dieser - im Übrigen unbedenklichen - Regeln des nationalen Verfahrensrechts in dem konkreten Zusammenspiel zu beseitigen. Aus diesem komplexen **Zusammenspiel** von nationalem Recht und EU-Recht ergibt sich dann die **Gesamtrechtsordnung**.

7.2. Praktische Überlegungen sprechen dagegen, zur Prüfung einer generellen Aufhebung der Norm im Rahmen

eines zusätzlichen Verfassungsgerichtshofverfahrens zu zwingen. Im Ergebnis bedeutete dies im Vergleich zwischen Verfahren zur Durchsetzung innerstaatlicher Rechtsansprüche und solcher zur Durchsetzung von EU-Recht eine **Verschlechterung** des „Äquivalenzverhältnisses“. Reichen doch zur Durchsetzung von **innerstaatlichen** Verfassungsverstößen von Gesetzen **vier** staatliche Gerichte (drei der ordentlichen Gerichtsbarkeit und ein Zwischenverfahren beim VfGH). Hingegen wäre bei Abklärung von Verstößen gegen **EU-Recht** - wenn man das Auslegungsmonopol des EuGH aufrecht erhalten will - insgesamt die Befassung von **fünf** Gerichtsinstanzen (drei ordentliche Gerichte, EuGH, Zwischenverfahren beim VfGH zur allfälligen „Rechtsbereinigung“) erforderlich, obwohl die europarechtliche Beurteilung eines Gesetzes durch den VfGH für die ordentlichen Gerichte keine Bindung entfalten kann (EuGH 9. 3. 1978, *Simmenthal* Rs 106/77; Slg 1978, 629; EuGH 22. 6. 2012, *Melki und Abdeli* C-188/10 und 189/10, Rn 57). Mit dem zusätzlichen Zwischenverfahren sind regelmäßig **zusätzliche Verfahrenskosten** verbunden und wird die Durchsetzbarkeit (Exekution, endgültige Klärung) erheblich **hinausgeschoben**. Diese Verzögerungseffekte können in einem Zivilverfahren auch mehrfach auftreten, weil - um für die Parteien überflüssige Verfahren zu vermeiden - **wiederholt** gesonderte Entscheidungen ergehen können (Zuständigkeit; Berichtigung der Parteibezeichnung, Verfahrenshilfe ...). Insgesamt könnte die - allenfalls mehrfache - Erforderlichkeit von fünf Gerichtsverfahren einen Verstoß gegen das Gebot der Effektivität im Verfahrensrecht bedeuten.

7.3. Auch kann die Gefahr nicht verleugnet werden, dass die Aufhebung des Gesetzes durch den VfGH **selbst wieder** eine **Beeinträchtigung** der durch die GRC verbürgten Rechtspositionen der **anderen Verfahrenspartei**

auf ein effektives Verfahren (EuGH 17. 11. 2011, *Hypoteční banka* C-327/10, Rn 44) bewirken könnte.

### **Zu II.:**

8.1. Die vorweg fehlende internationale Zuständigkeit kann im Anwendungsbereich der EuGVVO vor der Zustellung an den Beklagten grundsätzlich - sieht man von Art 22 EuGVVO ab - zu keiner amtswegigen Zurückweisung führen. Vielmehr hat das Gericht dem Beklagten die Möglichkeit zu geben, sich in den Prozess „einzulassen“ (RIS-Justiz RS0111247). Erst wenn keine „Einlassung“ erfolgt, findet eine amtswegige Prüfung durch das Gericht statt (Art 26 EuGVVO).

Im übrigen Bereich der ZPO hingegen hat das Gericht vorweg, also vor Zustellung der Klage an den Beklagten, seine - internationale - Zuständigkeit zu prüfen.

8.2. Das EuGVVO-System trifft nun auf die Regelungen des österreichischen Zivilprozessrechts über den „Abwesenheitskurator“. Mangels eigener Regelungen der EuGVVO zur Vertretung der Beklagten im Falle der Abwesenheit werden diese wohl beachtlich sein (vgl zu ähnlichen Fragestellungen einer bloß partiellen Regelung durch die EuGVVO etwa RIS-Justiz RS0118240; RS0109437 uva; EuGH 17. 11. 2011, *Hypoteční banka* C-327/10, Rn 37; 11. 6. 1985, *Debaecker* und *Plouvier* Rs 49/84, Slg 1985, 1779, Rn 10 ff).

Grundsätzlich kommt dem ordnungsgemäß bestellten Abwesenheitskurator nach § 116 ZPO eine umfassende Vertretungsbefugnis im jeweiligen Verfahren zu (RIS-Justiz RS0107115) und damit auch die „Einlassung“ in das Verfahren im Sinne des Art 24 EuGVVO. Damit könnte die Bestimmung des Abwesenheitskurators hier dazu führen, dass bei dessen Einlassung eine amtswegige Überprüfung der internationalen Zuständigkeit durch das Gericht nie zu erfolgen hat, sondern nur durch den Abwesenheitskurator, für

dessen Verhalten das Gericht nicht einzustehen hat. Anders als sonst kann sich der Beklagte, der nicht selbst aktiv wird, nicht darauf verlassen, dass letztlich das Gericht seine internationale Zuständigkeit prüft.

8.3. Inwieweit nun auch die „Einlassung“ eines vom unzuständigen Gericht bestellten Abwesenheitskurators, der nach § 116 ZPO unbeschränkte Vertretungsbefugnis hat und damit eine Einlassung im Sinne des Art 24 EuGVVO ohne unmittelbare Befassung des Beklagten bewirkt, unter Beachtung der Art 47 GRC (Art 6 EMRK) zulässig oder geboten ist, kann noch nicht als geklärt erachtet werden.

### **Zu III.:**

9.1. Auch die Auslegung von Art 24 EuGVVO (zur autonomen Auslegung zuletzt etwa EuGH 25. 10. 2012, *Folien Fischer AG* C-133/11, Rn 30) wurde insoweit noch nicht ausreichend geklärt.

9.2. In der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Hendrikman* vom 10. 10. 1996 (C-78/95, Slg 1996 I-04943) hat der Gerichtshof (noch zu Art 27 des Brüsseler Übereinkommens - dazu, dass diese Auslegung weiter maßgeblich ist: EuGH 17. 11. 2011, *Hypoteční banka* C-327/10, Rn 29) festgehalten, dass ein Beklagter, der von dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren keine Kenntnis hat und für den ein Anwalt erscheint, der nicht Beauftragter und völlig außer Stande ist, ihn zu verteidigen, sich nicht in das Verfahren „eingelassen“ hat (Rn 18). Die Möglichkeit der Erhebung einer Nichtigkeitsklage wurde nicht als ausreichend erachtet (Rn 20).

9.3. In der Entscheidung *Hypoteční banka* (EuGH 17. 11. 2011 C-327/10) ging es um einen „Prozesspfleger wegen unbekanntem Aufenthalts“ nach der tschechischen Zivilprozessordnung. Dieser hatte ebenfalls nur „Sacheinwände“ erhoben. Der EuGH hat die Frage, inwieweit die Verordnung der Anwendung der Bestimmungen betreffend

den Prozesskurator bei unbekanntem Aufenthalt entgegensteht und inwieweit dessen Stellungnahme als zuständigkeitsbegründend im Sinne des Art 24 der EuGVVO anzusehen ist, nicht beantwortet. Schon aus Art 16 Abs 2 EuGVVO war abzuleiten, dass die Klage nur vor dem Gerichtsstand des Mitgliedstaats erhoben werden kann, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat (Rn 39), was auf den letzten bekannten Wohnsitz - ein solcher im Inland wurde hier nicht konkret festgestellt - des Verbrauchers erstreckt wurde (Rn 42). Der EuGH hat dabei auch auf die Bedeutung der Effizienz der gerichtlichen Verfahren und der Möglichkeit, ein zuständiges Gericht festzulegen, verwiesen (Rn 45). Diese wurde mit den Erfordernissen der Wahrung der Verteidigungsrechte entsprechend Art 47 GRC abgewogen (Rn 49; zur Vermeidung der „Justizverweigerung“ Rn 51; ähnlich auch EuGH 15. 3. 2012, *Visser* C-292/10, Rn 56).

9.4. In der Entscheidung des EuGH *Visser* (15. 3. 2012, C-292/10) hat sich der EuGH bereits mit der Zulässigkeit von öffentlichen Zustellungen an Personen, deren Aufenthalt nicht ermittelbar ist, aber auch nicht nachgewiesener Maßen außerhalb der Mitgliedstaaten liegt, auseinandergesetzt. Allerdings ging es dort nicht um die Begründung der internationalen Zuständigkeit durch Einlassung nach Art 24 EuGVVO, sondern war Art 5 Nr 3 der EuGVVO (Schadenseintritt) relevant.

9.5. Daraus ergibt sich die konkrete Frage, inwieweit es auch unter Abwägung des Justizgewährungsanspruchs mit dem Recht auf eine angemessene Verteidigung und rechtliches Gehör im Sinne des Art 47 GRC eine Einlassung im Sinne des Art 24 der EuGVVO darstellt, wenn sich bei dem Kläger unbekanntem Aufenthalt eines Beklagten, dessen tatsächlicher Aufenthalt aber in einem anderen Mitgliedstaat liegt, ein „Abwesenheitskurator einlässt“ beziehungsweise, ob dies nur

unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen bei der Bestellung des Abwesenheitskurators zutrifft.

10. Die Beantwortung all dieser Fragen ist jedenfalls nicht so eindeutig, dass kein Raum für einen vernünftigen Zweifel bliebe (EuGH 6. 10. 1982, *Cilfit* Rs 83/81, Slg 1982, 3415). Ohne die Absicherung einer verbindlichen Antwort für alle Mitgliedstaaten könnte kein widerspruchsfreies Zuständigkeitssystem im Rahmen der EuGVVO gewährleistet werden.

11. Die Aussetzung des Verfahrens stützt sich auf § 90a GOG.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 17. Dezember 2012  
Dr. R o h r e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: