



Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Fromhold, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei L\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Reif & Partner Rechtsanwälte OG in Graz, wegen 7.320 EUR sA, über den „Rekurs“ der klagenden Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 12. März 2021, GZ 1 R 49/21h-12, womit das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 30. November 2020, GZ 16 C 199/20m-8, samt dem vorangegangenen Verfahren als nichtig aufgehoben und die Klage zurückgewiesen wurde, den

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

gefasst:

Die Akten werden dem Berufungsgericht mit dem Auftrag zurückgestellt, seine Entscheidung durch einen Ausspruch über die Zulässigkeit des Rechtsmittels an den Obersten Gerichtshof zu ergänzen.

**B e g r ü n d u n g :**

- [1] Der Kläger begehrt von der in der Schweiz ansässigen Beklagten die Rückzahlung eines Betrags von insgesamt 7.320 EUR, den er aufgrund einer zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung (L\*\*\*\*\*-Vereinbarung) für sogenannte Rabattgutscheine an die Beklagte geleistet hat. Die internationale und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts stützte er auf Art 15 Abs 1 lit c iVm Art 16 Abs 1 LGVÜ 2007.
- [2] Das Erstgericht wies mit in das Urteil aufgenommenem Beschluss ua die Einrede der internationalen und örtlichen Unzuständigkeit ab und gab dem Klagebegehren im Übrigen zur Gänze statt.
- [3] Das Berufungsgericht gab der von der Beklagten erhobenen Berufung Folge, hob das angefochtene Urteil und das der Urteilsfällung vorangegangene Verfahren wegen fehlender inländischer Gerichtsbarkeit als nichtig auf und wies die Klage zurück.
- [4] 1. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kommt der „Vollrekurs“ gemäß § 519 Abs 1 Z 1 ZPO (Zurückweisung der Klage durch das Berufungsgericht) dann nicht in Betracht, wenn die Frage des Vorliegens eines bestimmten Prozesshindernisses bereits Gegenstand des erstgerichtlichen Verfahrens und der erstgerichtlichen Entscheidung war. In diesen Fällen wurde das Gericht zweiter Instanz, das sich ebenfalls mit dem Prozesshindernis befasst hat, funktionell als Rekursgericht tätig. Ein Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof unterliegt dann den Beschränkungen des § 528 Abs 2 ZPO (RS0116348; RS0043861 [T2]; zuletzt etwa 2 Ob 107/20d; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 519 Rz 14 mwN). § 519 Abs 1

ZPO ist nur dann analog anzuwenden, wenn ein Rekursgericht erstmals einen Nichtigkeitsgrund aufgreift und die Klage unter Nichtigerklärung des Verfahrens zurückweist (RS0043861 [T4]). Das ist hier nicht der Fall.

[5] 2. Das Berufungsgericht wird daher seine Entscheidung durch einen Ausspruch über die Zulässigkeit des Revisionsrekurses (§ 526 Abs 3, § 500 Abs 2 Z 3 ZPO) zu ergänzen haben. Für den Fall, dass das Berufungsgericht ausspricht, dass der Revisionsrekurs nach § 528 Abs 1 ZPO nicht zulässig ist, ist entweder über die im „Rekurs“ bereits als enthalten anzusehende Zulassungsbeschwerde zu entscheiden oder aber dem Kläger die Möglichkeit zu geben, sein Rechtsmittel durch Ergänzung der an das Gericht zweiter Instanz zu richtenden Zulassungsbeschwerde zu verbessern (§ 528 Abs 2a ZPO; vgl 9 Ob 51/12h ua).

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 3. August 2021  
Dr. K u r a s  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: