

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon-Prof. Dr. Gitschthaler als Vorsitzenden, die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny, die Hofrätin Dr. Faber und den Hofrat Mag. Pertmayr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Fromhold, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. L\*\*\*\*\*, 2. L\*\*\*\*\*, beide vertreten durch die Reif und Partner Rechtsanwälte OG in Graz, wegen 5.881,74 EUR sA, über den „Rekurs“ der klagenden Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 6. April 2021, GZ 1 R 1/21z-19, womit das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 27. November 2020, GZ 14 C 139/20y-11, 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 Österreich ansässigen Erstbeklagten und der in der Schweiz ansässigen Zweitbeklagten die Zahlung von 5.881,74 EUR sA zur ungeteilten Hand wegen Nichtigkeit eines mit der Zweitbeklagten abgeschlossenen Vertrags. Die internationale und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts stützte er hinsichtlich der Zweitbeklagten auf Art 6 Nr 1 iVm Art 15 Abs 1 lit c iVm Art 16 Abs 1 iVm Art 60 LGVÜ 2007.

[2] Das Erstgericht wies mit in das Urteil aufgenommenem Beschluss ua die Einrede der internationalen und örtlichen Unzuständigkeit ab, wies das gegen die Erstbeklagte gerichtete Klagebegehren zur Gänze, das gegen die Zweitbeklagte im Betrag von 741,92 EUR sA ab und gab dem Klagebegehren gegen die Zweitbeklagte im Übrigen, somit im Betrag von 5.139,82 EUR sA statt.

[3] Das Berufungsgericht gab der von der Zweitbeklagten erhobenen Berufung Folge, änderte den in das Urteil aufgenommenen Beschluss über die Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs und über die Einrede der mangelnden internationalen und örtlichen Zuständigkeit infolge Berufung der Zweitbeklagten und aus Anlass der Berufung der klagenden Partei dahingehend ab, dass es das Erstgericht für unzuständig erklärte, das erstgerichtliche Urteil und das in der Sache selbst durchgeführte Verfahren wegen fehlender „inländischer Gerichtsbarkeit“ als nichtig aufhob und die Klage zurückwies.

[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 Nichtigklärung 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).

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 6. August 2021  
Dr. G i t s c h t h a l e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: