

*Herausgeber:*

Georg E. Kodek  
Matthias Neumayr

## *Thema*

Martin Spitzer:

**§ 99 JN als „Botschaftsgerichtsstand“?**

Astrid Hauser:

**Die neue Europäische Zustellungsverordnung – Tatsächliche Verbesserungen im Europäischen Zustellungssystem?**

## *Gesetzgebung*

Aktuelle Gesetzesvorhaben

## *Rechtsprechung*

Verjährung von Forderungen aus einer Garantie

Mietzinsanhebung wegen Machtwechsels –  
Schadenersatz wegen Verletzung der Anzeigepflicht

Keine Aufklärungspflicht des Arztes über die Anzahl der durchgeführten Operationen

# Thema

Univ.-Ass. Dr. Martin Spitzer

■ Zak 2009/159, 103

## § 99 JN als „Botschaftsgerichtsstand“?

### Anmerkungen zu 2 Ob 32/08g = Zak 2009/194, 119

Befindet sich auf Beklagtenseite ein fremder Staat, macht dies die Rechtsverfolgung in vielerlei Hinsicht schwierig. Der Beitrag untersucht, inwiefern schon die Verfahrenseinleitung an der internationalen Gerichtsbarkeit scheitert, und befürwortet nach § 99 Abs 3 JN einen „Botschaftsgerichtsstand“ für botschaftsbezogene Ansprüche.

#### 1. Sachverhalt

Die Klägerin beehrte ihre Provision als Immobilienmaklerin. Sie hatte der beklagten Republik Tunesien Liegenschaften für ein Botschaftsgebäude vermittelt. Die Beklagte wendete die fehlende inländische Gerichtsbarkeit und die örtliche Unzuständigkeit des am Botschaftssitz angerufenen Gerichts (LGZ Wien) ein. Alle drei Instanzen haben die inländische Gerichtsbarkeit bejaht, aber einen Gerichtsstand in Österreich verneint.

#### 2. Inländische Gerichtsbarkeit

Der Bejahung der inländischen Gerichtsbarkeit ist vorbehaltlos zuzustimmen. Ausländische Staaten genießen zwar Immunität, dies aber nach gefestigtem Völkerrecht anders als zur Zeit der Schaffung der ZPO nur (mehr) für *acta iure imperii*, also Hoheitsakte. *Acta iure gestionis* genießen keinen Schutz (ausführlich *Matscher* in Fasching I<sup>2</sup> [2000] Art IX EGJN Rz 203 ff; *Schreuer*, Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen ausländische Staaten, ÖJZ 1991, 46 ff; jüngst *Spitzer*, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität, ÖJZ 2008, 872 f mwN). Der Anspruch auf eine Maklerprovision rührt unzweifelhaft aus einem solchen privatwirtschaftlichen Rechtsverhältnis, einer Sachentscheidung durch ein österreichisches Gericht stand also kein völkerrechtliches Hindernis entgegen, die inländische Gerichtsbarkeit war gegeben.

#### 3. Internationale Zuständigkeit

Man könnte vermuten, dass die Klägerin damit die schwierigste Hürde genommen hat und dass sich, wo es inländische Gerichtsbarkeit gibt, auch ein zuständiges Gericht

finden lässt. Tatsächlich ist das nicht zwangsläufig so, dazu bedarf es zusätzlich der internationalen Zuständigkeit, im konkreten Fall also des Willens des Staates, von seiner nach Völkerrecht nicht beschränkten Jurisdiktion über den Provisionsanspruch auch wirklich Gebrauch zu machen (*Rechberger/Simotta*, ZPR<sup>7</sup> [2009] Rz 79 ff) und die Sache von einem österr Gericht entscheiden zu lassen (*Mayr*, Die Reform des internationalen Zivilprozessrechts in Österreich, JBL 2001, 151).

Die internationale Zuständigkeit kann sich ergeben aus:

1. direkten Anordnungen, die zahlreich und in verschiedensten Rechtsschichten zu finden sind, nämlich im
  - a) EG-Recht (zB EuGVVO),
  - b) Völkerrecht (zB LGVÜ, CMR),
  - c) autonomen nationalen Recht (zB § 76 Abs 2 JN);
2. dem Bestehen eines österreichischen Gerichtsstandes, weil dann nach § 27a JN auch die internationale Zuständigkeit gegeben ist (vgl aber § 27a Abs 2 JN);
3. einer Prorogation „nach Österreich“ (§ 104 Abs 1 Z 1 JN; dieser muss innerstaatlich dann eine Ordination folgen, vgl § 28 Abs 1 Z 3 JN; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> [2006] § 104 JN Rz 13; *Matscher* in Fasching I<sup>2</sup> § 28 JN Rz 121 ff; zur Vereinbarung eines bestimmten österreichischen Gerichts als Fall des § 27a JN *Mayr*, JBL 2001, 152);
4. einer Ordination (§ 28 JN).

Im vorliegenden Fall gab es keine direkte Begründung der internationalen Zuständigkeit (1.) und keine Prorogation (3.). Die Klägerin versuchte ihr Glück daher nach § 27a und § 28 JN, ist damit aber gescheitert.

##### 3.1. § 28 JN

Wenngleich die Ordination logisch nach § 27a JN zu prüfen wäre, sei hier vorausgeschickt, dass der Ordinationsantrag jedenfalls erfolglos bleiben musste, da die Rechtsverfolgung nicht unmöglich oder unzumutbar war (vgl *Matscher* in Fasching I<sup>2</sup> § 28 JN Rz 69 ff; *Mayr* in *Rechberger*<sup>3</sup> § 28 JN Rz 4). Dies wird insbesondere dann bejaht, wenn die ausländische Entscheidung in Österreich nicht anerkannt oder vollstreckt würde. Mit Tunesien besteht aber nicht nur ein Staatsvertrag über Rechtshilfe, sondern auch über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen. Eine Ordination war daher nicht zulässig, damit kann der Blick auf die eigentlich interessante Frage der internationalen Zuständigkeit nach § 27a JN gelenkt werden.

### 3.2. Internationale Zuständigkeit durch nationalen Gerichtsstand (§ 27a JN)

§ 27a JN verknüpft die internationale Zuständigkeit (das Gesetz spricht nach wie vor von der „inländischen Gerichtsbarkeit“) und die örtliche Zuständigkeit und ver-

leiht den Gerichtsständen damit „Doppelfunktionalität“ (vgl zur parallelen Rechtslage in Deutschland BGH in NJW 1997, 2245); sie eröffnen nicht erst ein bestimmtes Forum, sondern begründen gleichzeitig schon die vorgelagerte internationale Zuständigkeit: Wo es einen Gerichtsstand gibt, kann auch geklagt werden. Besonderer Voraussetzungen bedarf es dazu nicht, insbesondere ist keine „Nahebeziehung“ zu

Österreich notwendig, wie sie früher die Indikationentheorie gefordert hat (vgl *Matscher*, Die Indikationentheorie an der Schwelle der Integration des österreichischen in das europäische Zivilprozeßrecht, JBL 1996, 277; *ders* in Fasching I<sup>2</sup> Vor Art IX EGJN Rz 25 ff).

Viele Anknüpfungspunkte kamen für die Klägerin nicht infrage. Der Gerichtsstand der Niederlassung schied aus, da die Subsumtion der Botschaft als „ein Bergwerk, eine Fabrik, eine Handelsniederlassung oder eine sonstige Betriebsstätte“ außerhalb des Sitzes einer Person schwerfällt (§ 87 JN). Auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes war nicht relevant, da § 88 Abs 1 JN den urkundlichen Nachweis der Vereinbarung des Erfüllungsortes verlangt, der offenbar nicht gegeben war. Es blieb § 99 JN, der doppelt interessant ist:

Abs 1 bestimmt, dass gegen Personen, die im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand haben, vermögensrechtliche Ansprüche vor jedem Gericht geltend gemacht werden können, in dessen Sprengel sich Vermögen dieser Person befindet.

Nach Abs 3 können „ausländische Anstalten, Vermögensmassen, Gesellschaften, Genossenschaften und andere Personenvereine“ auch am Ort ihrer ständigen Vertretung im Inland geklagt werden.

Nach ganz hA sind von Abs 1 auch ausländische Staaten erfasst (*Matscher* in Fasching I<sup>2</sup> Art IX EGJN Rz 218). Der Haken am Vermögensgerichtsstand ist jedoch, dass er nach hA nur durch exekutionsunterworfenen Vermögen begründet wird, bei Staaten aber all jene Vermögenswerte exekutionsfrei sind, die hoheitlichen Zwecken dienen. Es gilt *ne impediatur legatio* (*Spitzer*, ÖJZ 2008, 880 bei und in FN 116), die Amtsgeschäfte der Botschaft dürfen nicht gefährdet werden, sodass etwa der Dienstwagen des Botschafters kein „Vermögen“ iSd § 99 Abs 1 JN ist (dazu und zu praktisch bedeutsamen Bankkonten *Matscher* in Fasching I<sup>2</sup> Art IX EGJN Rz 219; *Simotta* in Fasching I<sup>2</sup> § 99 Rz 27; *Mayr* in Rechberger<sup>3</sup> § 99 Rz 5). Damit fällt

der Nachweis eines Vermögensgerichtsstandes freilich oft schwer.

Vielleicht hat die Klägerin deshalb ihre ganze Hoffnung auf § 99 Abs 3 JN gesetzt. Anders als bei Abs 1 hat der OGH die Anwendung des Abs 3 auf Staaten aber verneint. Dagegen sprächen die historische und teleologische Interpretation, auch eine planwidrige Lücke liege nicht vor.

Der Versuch der Klägerin, durch historische Interpretation zu einem positiven Ergebnis zu kommen, war tatsächlich zum Scheitern verurteilt. Zur Zeit der Schaffung des § 99 JN wäre ihre Rechtsverfolgung schon wegen mangelnder inländischer Gerichtsbarkeit fehlgeschlagen, weil damals von absoluter Staatenimmunität ausgegangen wurde (ausführlich *Spitzer*, ÖJZ 2008, 872 ff) und Abs 3 historisch daher keinesfalls einen Gerichtsstand für ausländische Staaten schaffen wollte.

Dieses Argument ist freilich zweischneidig: Abs 1 sollte nämlich aufgrund des damaligen Immunitätsverständnisses ebenso wenig für ausländische Staaten gelten. Dass er heute selbstverständlich als Gerichtsstand für sie akzeptiert wird, ist nur dadurch zu erklären, dass aufgrund des geänderten Normenumfelds die graue Theorie der Jurisdiktion über *acta iure gestionis* auch praktisch belebt werden musste. § 99 Abs 1 JN wurde daher aufgrund geänderter Umstände extensiv interpretiert und so auf Staaten ausgedehnt.

Warum soll das nur für Abs 1, nicht aber für Abs 3 gelten? Ein Argument könnte sein, dass die Beklagtendefinition („Personen“) in Abs 1 eine Ausdehnung auf Staaten eher möglich macht als jene in Abs 3. Das wäre allerdings kaum ein unüberwindliches Hindernis, wenn Abs 1 aus teleologischen Gründen extensiv ausgelegt wird, könnte man Abs 3 aus denselben Gründen analog anwenden.

Der OGH erkennt schließlich als Normzweck des § 99 JN auch den Schutz inländischer Gläubiger bei der Rechtsverfolgung, lehnt die Anwendung von Abs 3 auf Staaten aber dennoch ab, da sie der Schaffung eines allgemeinen Gerichtsstandes ausländischer Staaten am Sitz ihrer Botschaft gleichkäme, was „in völkerrechtswidriger Weise zu einem Eingriff in die Souveränität fremder Staaten führen“ würde.

Dem ist mE im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu folgen. Die Staatensouveränität wird durch das Völkerrecht geschützt, ohne entgegenstehende völkerrechtliche Vorgaben, die der OGH nicht behauptet, sind Souveränitätsbedenken nicht zu teilen. Im Ergebnis bezweifelt der OGH aber wohl zu Recht, dass die JN einen Zuständigkeitstatbestand für ausländische Staaten schaffen will, der so weit ist, dass er einen „allgemeinen Gerichtsstand“ begründen würde.

Die Klägerin hat deshalb als „mildere Lösung“ vorgeschlagen, § 99 Abs 3 JN nur auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die durch die jeweilige diplomatische Vertretung abgeschlossen wurden.

Der OGH meint, dass nach § 99 JN keine solche „Botschaftsbezogenheit“ verlangt werden könne. Schon das ist nicht unumstritten, wie die E 3 Ob 514/94 zeigt, in der die Betriebsbezogenheit und „somit eine ausreichende inländische Nahebeziehung“ verlangt wurde. Zwar kann die Nahebeziehung nach dem Abgehen von der Indikationentheorie nicht mehr maßgebend sein; ob damit aber auch

Der Autor:

**Dr. Martin Spitzer**

ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.



**Kontakt:** martin.spitzer@univie.ac.at

**Publikationen:** Ein Bruderzwist im Fürstenhaus, ÖJZ 2009 (in Druck); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2008); Spartenübergreifende Wissenszurechnung bei Versicherern? VR Heft 12/08, 20-26.

die anderen Argumente an Tragfähigkeit verloren haben (so wohl 8 Ob 105/99w), scheint nicht abschließend geklärt: „Der zufällige Umstand allein, dass eine inländische Niederlassung im Sinn des § 99 Abs 3 JN [besteht], die selbst dann bejaht wird, wenn die ausländische juristische Person nur den Eindruck erweckt, sie habe im Inland eine entsprechende ständige Vertretung, kann daher für sich allein noch nicht die inländische Gerichtsbarkeit begründen. Diese Auslegung entspricht auch den Wertungen des Art 5 Z 5 EuGVÜ [heute: Art 5 Z 5 EuGVVO]. Danach wäre dieser besondere Gerichtsstand nur dann gegeben, wenn das Begehren auf die Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung betriebsbezogen wäre.“

Unabhängig davon, ob man bei § 99 Abs 3 JN die Betriebsbezogenheit grundsätzlich verlangen will oder nicht, lässt sich für den vorliegenden Fall in § 87 Abs 2 JN durchaus ein Vorbild für die Einschränkung von Zuständigkeiten auf „Rechtssachen, die sich auf [bestimmte] Niederlassungen beziehen“, finden. Eine analoge Anwendung des § 99 Abs 3 und eine Einschränkung nach dem Vorbild des § 87 Abs 2 JN erscheint daher überlegenswert.

#### 4. Zusammenfassung

Ansprüche gegen ausländische Staaten sind der österreichischen Gerichtsbarkeit nur dann entzogen, wenn sie qua Immunität der „inländischen Gerichtsbarkeit“ entzogen sind. Das ist nur bei Ansprüchen aus Hoheitsakten der Fall (Art IX EGJN).

Bei Vorliegen der inländischen Gerichtsbarkeit ist die internationale Zuständigkeit eine unabhängig zu prüfende Voraussetzung einer Klagsführung vor österreichischen Gerichten. Dabei gibt es nach Auffassung des OGH nach § 99 Abs 3 JN keinen „Botschaftsgerichtsstand“. Eine analoge Anwendung von § 99 Abs 3 und § 87 Abs 2 JN für „botschaftsbezogene Angelegenheiten“ wäre mE überlegenswert.

Die Klägerin hätte jedenfalls eine Gerichtsstandsvereinbarung abschließen sollen. Dabei hätte eine Vereinbarung der Zuständigkeit österreichischer Gerichte gereicht (§ 104 Abs 1 Z 1 iVm § 28 JN). Durch die Vereinbarung eines Erfüllungsortes wäre eine „Prorogation durch die Hintertür“ möglich gewesen (§ 27a iVm § 88 JN).

#### Hinweise & Anmerkungen

**Lit:** Matscher in Fasching I<sup>2</sup> § 27a JN; Mayr, Die Reform des internationalen Zivilprozessrechts in Österreich, JBl 2001, 144; Mayr in Rechberger<sup>3</sup> § 28 JN; Spitzer, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität, ÖJZ 2008, 871.

MMag. Dr. Astrid Hauser

■ Zak 2009/160, 105

## Die neue Europäische Zustellungsverordnung – Tatsächliche Verbesserungen im Europäischen Zustellungssystem?

Mit Inkrafttreten der neuen Europäischen Zustellungsverordnung (EuZVO) am 13. 11. 2008 sollte die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen gegenüber dem alten Regelungssystem entscheidend verbessert werden. Der folgende Beitrag gibt einen systematischen **Überblick über die sachgemäße Behandlung von Zustellungen innerhalb der Europäischen Union**, stellt die wesentlichen Änderungen **durch das neue Rechtsinstrument** dar und zeigt auf, dass trotz positiv zu bewertender Neuheiten zahlreiche Fragen offenbleiben.

### I. Einleitung

Innerhalb der Europäischen Union erfolgte seit dem 31. 5. 2001 die grenzüberschreitende Zustellung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken in Zivil- und Handelssachen nach der Europäischen Zustellungsverordnung (EuZVO aF, Verordnung [EG] 1348/2000, ABl 2000 L 160, 37). Im Sinne eines reibungslosen Funktionierens des europäischen Binnenmarkts sollte das europäische Zustellungswesen im zivilgerichtlichen Bereich vereinfacht und beschleunigt werden (Erwägungsgrund 2 der EuZVO aF sowie nF). Vertreter der Praxis wiesen jedoch bald auf zahlreiche Anwendungsprobleme<sup>1</sup> (bspw Nichtverwendung der Standardformulare und Missverständnisse im Zusammenhang mit der Sprachenregelung) hin (KOM[2005] 305, 2). Weitere Probleme, wie zB die Zustellungskosten oder die in den einzelnen Mitgliedstaaten geltende unterschiedliche