

TE OGH 2003/5/26 13R127/03d

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.05.2003

Kopf

Das Landesgericht Eisenstadt als Berufungsgericht hat durch die Richter Mag. Claudia Gradwohl-Klein als Vorsitzende sowie Mag. Manfred Zechmeister und Dr. Jürgen Rassi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R******, reg GenmbH, *****, vertreten durch Dr. Johann Köll, Rechtsanwalt in 7350 Oberpullendorf, wider die beklagte Partei Dieter D*****, geb. 01.11.1950, D-08280 Aue, Auerhammerstraße 44, vertreten durch Dr. Werner Schwarz, KEG, Rechtsanwälte in 7350 Oberpullendorf, wegen Euro 4.342,79 s.A., über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Oberpullendorf vom 28.01.1997, GZ 2 C 29/96 t-20, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Berufung wird F o l g e gegeben.

Das angefochtene Urteil und das vorangegangene Verfahren werden als nichtig aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der am 05.01.1996 erlassene Wechselzahlungsauftrag konnte dem Beklagten Dieter D***** zunächst an der Anschrift 1140 Wien,L*****straße *****-, nicht zugestellt werden. Aufgrund eines Nachsendeauftrages übermittelte das Postamt 1140 Wien den Wechselzahlungsauftrag an das Postamt 7041 Wulkaprodersdorf, welches das Schriftstück als unzustellbar retournierte, weil am Postamt Wulkaprodersdorf lediglich ein Postfach für den Beklagten bestand. Daraufhin beantragte die klagende Partei die Zustellung im Rechtshilfeweg an der Anschrift 9494 Sopron, *****. Das Justizministerium in Budapest übermittelte mit Note vom 17.04.1996 die Erledigungsakten mit folgender Äußerung: "Die Zustellung an Dieter D***** konnte nicht durchgeführt werden, da sich der Zustellungsempfänger unter der angegebenen Adresse nicht aufhält, er hat dort gelegentlich seine Bekannte, Henrietta H*****-, besucht. Da die Dame nach Budapest gezogen ist, muss man davon ausgehen, dass Dieter D***** künftig unter der Adresse in Balf nicht mehr erscheinen wird. Die Budapester Adresse von Frau H***** ist noch nicht bekannt."

Deshalb beantragte die klagende Partei mit der Behauptung, dass trotz durchgeföhrter Erhebungen in Ungarn und in der Bundesrepublik Deutschland der Aufenthalt des Beklagten weiterhin unbekannt sei, die Bestellung eines Prozesskurator gemäß § 116 ZPO.Deshalb beantragte die klagende Partei mit der Behauptung, dass trotz durchgeföhrter Erhebungen in Ungarn und in der Bundesrepublik Deutschland der Aufenthalt des Beklagten weiterhin unbekannt sei, die Bestellung eines Prozesskurator gemäß Paragraph 116, ZPO.

Mit Beschluss des Erstgerichtes vom 28.10.1996 wurde Rechtsanwalt Dr. Rudolf Schaller zum Kurator des Beklagten bestellt. Das Edikt über die Kuratorenbestellung wurde am 04.11.1996 an der Gerichtstafel angeschlagen, in der Wiener Zeitung veröffentlicht und an den Zustellkurator (samt Wechselzahlungsauftrag) zugestellt. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht ausgesprochen, dass der Wechselzahlungsauftrag aufrecht erhalten bleibe und den Beklagten zur Zahlung der Wechselsumme von S 59.758,12 s.A. verurteilt. Dagegen richtet sich die am 14.03.2001 vom Verfahrenshelfer des Beklagten eingebrachte Berufung mit dem wesentlichen Vorbringen, dass für den Beklagten zu Unrecht ein Abwesenheitskurator bestellt worden sei, obwohl der Beklagte zum Zustellzeitpunkt an der in der Wechselklage angegebenen Anschrift in H-9494 Sopron, ***** aufhältig und wohnhaft gewesen sei.

Die klagende Partei beantragt der Berufung keine Folge zu geben. Die Berufung ist im Sinne der angezogenen Nichtigkeit berechtigt. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurators nach § 116 ZPO zu prüfen. Demnach hat das Gericht für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthalts nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könnte, einen Kurator zu bestellen, wenn diese Personen infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Prozesshandlung vorzunehmen hätten. Eine Kuratorbestellung kommt nur in Betracht, wenn nicht gemäß § 8 ZustellG vorzugehen ist, kein Zustellbevollmächtigter bestellt ist (vgl. § 25 ZustellG) und das Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen, insbesondere die Unbekanntheit des Aufenthaltsorts, glaubhaft gemacht wird (§§ 115 iVm 116 ZPO). Die Abwesenheit muss somit nicht bewiesen werden, es genügt wenn sie glaubhaft gemacht wird (Fasching, ZPO II 621). Dabei muss vom Antragsteller aber verlangt werden, dass er die ihm zumutbaren, wenn auch nicht sehr umfangreichen Nachforschungen über den Wohnort des Abwesenden vornimmt und die Abwesenheit durch parate Bescheinigungsmittel in diesem Sinn glaubhaft macht (LGZ Wien EFSIg 69.832, 72.934). Die klagende Partei beantragt der Berufung keine Folge zu geben. Die Berufung ist im Sinne der angezogenen Nichtigkeit berechtigt. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurators nach Paragraph 116, ZPO zu prüfen. Demnach hat das Gericht für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthalts nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könnte, einen Kurator zu bestellen, wenn diese Personen infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Prozesshandlung vorzunehmen hätten. Eine Kuratorbestellung kommt nur in Betracht, wenn nicht gemäß Paragraph 8, ZustellG vorzugehen ist, kein Zustellbevollmächtigter bestellt ist (vgl. § 25, ZustellG) und das Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen, insbesondere die Unbekanntheit des Aufenthaltsorts, glaubhaft gemacht wird (Paragraphen 115, in Verbindung mit 116 ZPO). Die Abwesenheit muss somit nicht bewiesen werden, es genügt wenn sie glaubhaft gemacht wird (Fasching, ZPO römisch II 621). Dabei muss vom Antragsteller aber verlangt werden, dass er die ihm zumutbaren, wenn auch nicht sehr umfangreichen Nachforschungen über den Wohnort des Abwesenden vornimmt und die Abwesenheit durch parate Bescheinigungsmittel in diesem Sinn glaubhaft macht (LGZ Wien EFSIg 69.832, 72.934).

Die Abwesenheit ist erst dann üblicherweise ausreichend bescheinigt, wenn der Aufenthalt des Abwesenden dem Kreis der Personen, die vom Aufenthalt in der Regel Kenntnis haben, unbekannt ist. Dies kann durch eine ergebnislose Anfrage bei der zuständigen Meldebehörde oder einen Postfehlbericht nicht ersetzt werden (LGZ Graz EFSIg 66.979; hg. 13 R 194/02 f; Knell, Kuratoren 67 f). Jedenfalls ist durch einen bloßen Postfehlbericht die Abwesenheit nicht ausreichend bescheinigt (RdW 1998, 676; Gitschthaler in Rechberger, ZPO² Rz 4 zu § 115 mwN), weil daraus lediglich hervorgeht, dass an der angegebenen Stelle eine Sendung nicht zugestellt werden kann. Zudem bedeutet Abwesenheit im Sinne des § 116 ZPO, dass eine Person (überhaupt) postalisch nicht erreichbar ist. Es ist aber nicht hinreichend, dass die Zustellung an einer bestimmten Adresse unmöglich ist. Vorliegend hat das Erstgericht die Auskunft des Justizministeriums in Budapest, wonach sich der Beklagte an der ungarischen Adresse nicht aufhält, zum Anlass genommen, einen prozessualen Abwesenheitskurator für den Beklagten zu bestellen, ohne weitere Erhebungen durchzuführen. Damit sind die geforderten Nachforschungen nicht getätigten worden. Da jedoch jede Bestellung eines Kurators mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs des (angeblich) Abwesenden in Einklang gebracht werden muss, ist ein Bestellungsbeschluss, der ohne ausreichende Nachforschungen über den Aufenthaltsort erfolgte, und das mit dem Kurator durchgeführte Verfahren mit dem Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 477 Abs. 1 Z 4 ZPO bedroht (hg. 13 R 194/02 f; Rassi, Die Bestellung des Abwesenheitskurators, NZ 1998, 321 mwN). Im konkreten Fall bedeutet dies, wie bereits schon in der hg. Entscheidung vom 09.04.2003 (ON 96) ausgeführt, dass aufgrund der fehlerhaften Zustellung des Wechselzahlungsauftrages und in der Folge aufgrund der Durchführung des Verfahrens mit dem vom Erstgericht bestellten Kurator entgegen der Vorschriften der §§ 116, 121 ZPO, sowohl die Kuratorenbestellung als auch das mit dem Kurator durchgeführte Verfahren nichtig ist (vgl. Stohanzl, §§ 115 ZPO, E 14 mwN). Die Abwesenheit ist erst dann

üblicherweise ausreichend bescheinigt, wenn der Aufenthalt des Abwesenden dem Kreis der Personen, die vom Aufenthalt in der Regel Kenntnis haben, unbekannt ist. Dies kann durch eine ergebnislose Anfrage bei der zuständigen Meldebehörde oder einen Postfehlbericht nicht ersetzt werden (LGZ Graz EFSIg 66.979; hg. 13 R 194/02 f; Knell, Kuratoren 67 f). Jedenfalls ist durch einen bloßen Postfehlbericht die Abwesenheit nicht ausreichend bescheinigt (RdW 1998, 676; Gitschthaler in Rechberger, ZPO² Rz 4 zu Paragraph 115, mwN), weil daraus lediglich hervorgeht, dass an der angegebenen Stelle eine Sendung nicht zugestellt werden kann. Zudem bedeutet Abwesenheit im Sinne des Paragraph 116, ZPO, dass eine Person (überhaupt) postalisch nicht erreichbar ist. Es ist aber nicht hinreichend, dass die Zustellung an einer bestimmten Adresse unmöglich ist. Vorliegend hat das Erstgericht die Auskunft des Justizministeriums in Budapest, wonach sich der Beklagte an der ungarischen Adresse nicht aufhält, zum Anlass genommen, einen prozessualen Abwesenheitskurator für den Beklagten zu bestellen, ohne weitere Erhebungen durchzuführen. Damit sind die geforderten Nachforschungen nicht getätigten worden. Da jedoch jede Bestellung eines Kurators mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs des (angeblich) Abwesenden in Einklang gebracht werden muss, ist ein Bestellungsbeschluss, der ohne ausreichende Nachforschungen über den Aufenthaltsort erfolgte, und das mit dem Kurator durchgeführte Verfahren mit dem Nichtigkeitsgrund im Sinne des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 4, ZPO bedroht (hg. 13 R 194/02 f; Rassi, Die Bestellung des Abwesenheitskurators, NZ 1998, 321 mwN). Im konkreten Fall bedeutet dies, wie bereits schon in der hg. Entscheidung vom 09.04.2003 (ON 96) ausgeführt, dass aufgrund der fehlerhaften Zustellung des Wechselzahlungsauftrages und in der Folge aufgrund der Durchführung des Verfahrens mit dem vom Erstgericht bestellten Kurator entgegen der Vorschriften der Paragraphen 116., 121 ZPO, sowohl die Kuratorenbestellung als auch das mit dem Kurator durchgeführte Verfahren nichtig ist vergleiche Stohanzl, Paragraphen 115, ZPO, E 14 mwN).

Rechtliche Beurteilung

Entgegen den Ausführungen der Berufungsbeantwortung liegen vorliegend auch nicht die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nach § 121 Abs. 2 ZPO iVm § 116 ZPO vor. § 121 ZPO ergänzt § 116 ZPO für jene Fälle, in denen die Abgabestellung im Ausland zwar bekannt, eine Zustellung samt Einlangen des Zustellnachweises in angemessener Zeit jedoch nicht möglich ist, die Zustellung vergeblich versucht wurde oder die ausländische Behörde die Rechtshilfe verweigert hat (Gitschthaler in Rechberger, ZPO² Rz 2 zu § 121 mwN). Diese Bestimmung setzt somit voraus, dass der Aufenthalt der Partei im Ausland bekannt ist (LG Salzburg 21a R 33/94). Dies war jedoch im Zeitpunkt der Kuratorbestellung nicht der Fall. Ein Kurator wurde ausdrücklich mit dem Hinweis bestellt, dass der Beklagte unbekannt ist. Die ungarische Adresse wurde im Edikt als letzte und nicht aktuelle Adresse angegeben. Auch die klagende Partei selbst hat im Antrag auf Kuratorbestellung damit argumentiert, dass der Aufenthalt unbekannt ist. Es ist unbeachtlich, ob sich im Zuge des laufenden Verfahren herausstellt, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der Kuratorbestellung an der ungarischen Adresse gewohnt hat. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Berufung jedenfalls rechtzeitig ist, weil eine Zustellung des Urteiles erstmals an den Verfahrenshelfer erfolgte und innerhalb der 4 Wochen-Frist daraufhin die Berufung eingegangen ist. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf § 52 ZPO. Wohl bestimmt § 51 Abs. 2 ZPO die Aufhebung der Kosten für den Fall, dass ein Verfahren infolge eines Rechtsmittels aufgehoben oder dass Nichtigkeit ausgesprochen wird, ohne dass eine der Parteien daran ein Verschulden trifft. Die Bestimmung des § 51 Abs. 2 ZPO ist aber einschränkend auszulegen; sie ist dann nicht anzuwenden, wenn nach Aufhebung das Verfahren oder auch nur die Entscheidung des Verfahrens nicht beendet ist, sondern es zu einer Fortsetzung kommt. In einem solchen Fall ist die Kostenentscheidung der Endentscheidung vorzubehalten (Fasching Lehrbuch², RZ 467; vgl. auf Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozess 397 f, 383; hg. 13 R 223/02 w). Entgegen den Ausführungen der Berufungsbeantwortung liegen vorliegend auch nicht die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nach Paragraph 121, Absatz 2, ZPO in Verbindung mit Paragraph 116, ZPO vor. Paragraph 121, ZPO ergänzt Paragraph 116, ZPO für jene Fälle, in denen die Abgabestellung im Ausland zwar bekannt, eine Zustellung samt Einlangen des Zustellnachweises in angemessener Zeit jedoch nicht möglich ist, die Zustellung vergeblich versucht wurde oder die ausländische Behörde die Rechtshilfe verweigert hat (Gitschthaler in Rechberger, ZPO² Rz 2 zu Paragraph 121, mwN). Diese Bestimmung setzt somit voraus, dass der Aufenthalt der Partei im Ausland bekannt ist (LG Salzburg 21a R 33/94). Dies war jedoch im Zeitpunkt der Kuratorbestellung nicht der Fall. Ein Kurator wurde ausdrücklich mit dem Hinweis bestellt, dass der Beklagte unbekannt ist. Die ungarische Adresse wurde im Edikt als letzte und nicht aktuelle Adresse angegeben. Auch die klagende Partei selbst hat im Antrag auf Kuratorbestellung damit argumentiert, dass der Aufenthalt unbekannt ist. Es ist unbeachtlich, ob sich im Zuge des laufenden Verfahren herausstellt, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der Kuratorbestellung an der ungarischen Adresse

gewohnt hat. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Berufung jedenfalls rechtzeitig ist, weil eine Zustellung des Urteiles erstmals an den Verfahrenshelfer erfolgte und innerhalb der 4 Wochen-Frist daraufhin die Berufung eingebbracht wurde. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf Paragraph 52, ZPO. Wohl bestimmt Paragraph 51, Absatz 2, ZPO die Aufhebung der Kosten für den Fall, dass ein Verfahren infolge eines Rechtsmittels aufgehoben oder dass Nichtigkeit ausgesprochen wird, ohne dass eine der Parteien daran ein Verschulden trifft. Die Bestimmung des Paragraph 51, Absatz 2, ZPO ist aber einschränkend auszulegen; sie ist dann nicht anzuwenden, wenn nach Aufhebung das Verfahren oder auch nur die Entscheidung des Verfahrens nicht beendet ist, sondern es zu einer Fortsetzung kommt. In einem solchen Fall ist die Kostenentscheidung der Endentscheidung vorzubehalten (Fasching Lehrbuch², RZ 467; vergleiche auf Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozess 397 f, 383; hg. 13 R 223/02 w).

Landesgericht Eisenstadt

Anmerkung

EES00002 13R127.03d

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LG00309:2003:01300R00127.03D.0526.000

Dokumentnummer

JJT_20030526_LG00309_01300R00127_03D0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at