

# TE OGH 1998/9/29 1Ob239/98y

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.09.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Georg Pachernegg, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei R\*\*\*\*\*, wegen DM 24.245,-- (= öS 170.927,25) sA, infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 6. Mai 1998, GZ 6 R 91/98v-35, womit infolge Rekurses der klagenden Partei der Beschuß des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 6. April 1998, GZ 23 Cg 183/96k-32, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die klagende Partei begehrte von der beklagten Partei die Zahlung von DM 24.245 sA aus dem Titel des Schadenersatzes. Zugleich wurde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei beantragt, wonach der beklagten Partei verboten werde, über die Klagsforderung, die ihr angeblich aufgrund einer Treuhandvereinbarung gegenüber einem Drittschuldner zustehe, zu verfügen, und dem Drittschuldner verboten werde, das aus dem Treuhanderlag Geschuldete nicht zu bezahlen bzw nichts zu unternehmen, was die Exekutionsführung auf die Geldforderung vereiteln oder erheblich erschweren könnte. Die einstweilige Verfügung wurde am 19. 7. 1996 antragsgemäß erlassen und deren Ausfertigung gemeinsam mit dem Auftrag zur Erstattung einer Klagebeantwortung an die beklagte Partei abgefertigt. Der internationale Rückschein, der am 1. 10. 1996 zurücklangte, war nur mit der Unterschrift des Zustellorgans versehen. Auf dieser Grundlage erließ das Erstgericht am 12. 12. 1996 ein klagsstattgebendes Versäumungsurteil und veranlaßte dessen Zustellung mit internationalem Rückschein. Alle Zustellversuche blieben in der Folge erfolglos. Zuletzt übermittelte das Bundesministerium für Justiz am 23. 1. 1998 ein Schreiben des Österreichischen Generalkonsulats in Hongkong vom 9. 1. 1998, in dem mitgeteilt wurde, daß die beklagte Partei in Hongkong "nicht mehr existiere und eine Zustellung deshalb nicht möglich sei". Daraufhin begehrte die klagende Partei die Bestellung eines Zustellkurators "gemäß § 117 ZPO", weil die beklagte Partei derzeit unbekannten Aufenthalts sei. Die klagende Partei begehrte von der beklagten Partei die Zahlung von DM 24.245 sA aus dem Titel des Schadenersatzes. Zugleich wurde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei beantragt, wonach der beklagten Partei verboten werde, über die Klagsforderung, die ihr angeblich aufgrund einer Treuhandvereinbarung gegenüber einem Drittschuldner zustehe, zu

verfügen, und dem Drittschuldner verboten werde, das aus dem Treuhanderlag Geschuldete nicht zu bezahlen bzw nichts zu unternehmen, was die Exekutionsführung auf die Geldforderung vereiteln oder erheblich erschweren könnte. Die einstweilige Verfügung wurde am 19. 7. 1996 antragsgemäß erlassen und deren Ausfertigung gemeinsam mit dem Auftrag zur Erstattung einer Klagebeantwortung an die beklagte Partei abgefertigt. Der internationale Rückschein, der am 1. 10. 1996 zurücklangte, war nur mit der Unterschrift des Zustellorgans versehen. Auf dieser Grundlage erließ das Erstgericht am 12. 12. 1996 ein klagsstattgebendes Versäumungsurteil und veranlaßte dessen Zustellung mit internationalem Rückschein. Alle Zustellversuche blieben in der Folge erfolglos. Zuletzt übermittelte das Bundesministerium für Justiz am 23. 1. 1998 ein Schreiben des Österreichischen Generalkonsulats in Hongkong vom 9. 1. 1998, in dem mitgeteilt wurde, daß die beklagte Partei in Hongkong "nicht mehr existiere und eine Zustellung deshalb nicht möglich sei". Daraufhin begehrte die klagende Partei die Bestellung eines Zustellkurators "gemäß Paragraph 117, ZPO", weil die beklagte Partei derzeit unbekannten Aufenthalts sei.

Das Erstgericht wies diesen Antrag ab. Gemäß §§ 116 ff ZPO sei für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthalts nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könne, ein Kurator zu bestellen, wenn diese Person infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Prozeßhandlung vorzunehmen hätte. Für unbekannte Personen könne aber kein Zustellkurator gemäß § 116 ZPO bestellt werden. Da dem Prozeßgericht für die nicht mehr existente beklagte Partei von der klagenden Partei keine Rechtsnachfolger namhaft gemacht worden und diese somit unbekannt seien, sei der Antrag auf Bestellung eines Zustellkurators abzuweisen. Das Erstgericht wies diesen Antrag ab. Gemäß Paragraphen 116, ff ZPO sei für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthalts nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könne, ein Kurator zu bestellen, wenn diese Person infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Prozeßhandlung vorzunehmen hätte. Für unbekannte Personen könne aber kein Zustellkurator gemäß Paragraph 116, ZPO bestellt werden. Da dem Prozeßgericht für die nicht mehr existente beklagte Partei von der klagenden Partei keine Rechtsnachfolger namhaft gemacht worden und diese somit unbekannt seien, sei der Antrag auf Bestellung eines Zustellkurators abzuweisen.

Das Rekursgericht gab dem von der klagenden Partei erhobenen Rekurs nicht Folge und sprach aus, daß der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig sei. Es sei richtig, daß für postalisch nicht erreichbare Verfahrensbeteiligte nach den §§ 116 ff ZPO ein Zustellkurator bestellt werden könne, nicht aber für unbekannte Personen. Die Löschung einer Kapitalgesellschaft im "Handelsregister" habe nur deklarative Bedeutung und bestehe eine Gesellschaft trotz Löschung noch solange fort und sei solange parteifähig, als - wie hier - Vermögen vorhanden sei und Rechtsbeziehungen zu Gläubigern und Schuldern bestünden. Gemäß § 8 ZPO habe das Gericht auf Antrag einen Kurator zu bestellen, wenn gegen einen Prozeßunfähigen, der eines gesetzlichen Vertreters entbehre, eine Prozeßhandlung vorgenommen werden solle und mit dem Verzug für den Prozeßgegner Gefahr verbunden wäre. Da die klagende Partei Gefahr im Verzug weder behauptet noch bescheinigt habe und sich eine derartige Gefahr auch aus der Aktenlage nicht ergebe, habe das Erstgericht den Antrag auf Bestellung eines Zustellkurators im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses wurde durch die Zitierung von § 528 Abs 2 Z 2 ZPO begründet. Das Rekursgericht gab dem von der klagenden Partei erhobenen Rekurs nicht Folge und sprach aus, daß der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig sei. Es sei richtig, daß für postalisch nicht erreichbare Verfahrensbeteiligte nach den Paragraphen 116, ff ZPO ein Zustellkurator bestellt werden könne, nicht aber für unbekannte Personen. Die Löschung einer Kapitalgesellschaft im "Handelsregister" habe nur deklarative Bedeutung und bestehe eine Gesellschaft trotz Löschung noch solange fort und sei solange parteifähig, als - wie hier - Vermögen vorhanden sei und Rechtsbeziehungen zu Gläubigern und Schuldern bestünden. Gemäß Paragraph 8, ZPO habe das Gericht auf Antrag einen Kurator zu bestellen, wenn gegen einen Prozeßunfähigen, der eines gesetzlichen Vertreters entbehre, eine Prozeßhandlung vorgenommen werden solle und mit dem Verzug für den Prozeßgegner Gefahr verbunden wäre. Da die klagende Partei Gefahr im Verzug weder behauptet noch bescheinigt habe und sich eine derartige Gefahr auch aus der Aktenlage nicht ergebe, habe das Erstgericht den Antrag auf Bestellung eines Zustellkurators im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses wurde durch die Zitierung von Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO begründet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist unzulässig.

Gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, wenn der angefochtene erstrichterliche

Beschluß zur Gänze bestätigt worden ist, es sei denn, daß die Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen worden ist. Eine unter diese Gesetzesstelle zu subsumierende Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung liegt hier vor: Gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, wenn der angefochtene erstrichterliche Beschluß zur Gänze bestätigt worden ist, es sei denn, daß die Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen worden ist. Eine unter diese Gesetzesstelle zu subsumierende Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung liegt hier vor:

Das Erstgericht hat den Antrag der klagenden Partei auf Bestellung eines Zustellkurators gemäß § 117 ZPO mit der Begründung abgewiesen, daß für unbekannte (nicht mehr existente) Personen ein solcher Kurator nicht bestellt werden könne. Das Rekursgericht ging davon aus, daß das Erstgericht den Antrag auf Bestellung eines Zustellkurators zu Recht abgewiesen habe, begründete aber seine Entscheidung damit, daß die klagende Partei die für eine Kuratorbestellung (gemäß § 8 ZPO) erforderliche Behauptung, es wäre mit dem Verzug für den Gegner der prozeßunfähigen Partei Gefahr verbunden, nicht erhoben habe. Daß die Bestätigung des erstinstanzlichen Beschlusses aus anderen Gründen als jenen des Erstgerichts erfolgt ist, ändert nichts an der Unzulässigkeit des Revisionsrekurses, wurde doch von beiden Instanzen die Bestellung eines Zustellkurators abgelehnt. Die vom Gesetz gebotene Erledigungsart stimmt sohin in beiden Instanzen überein, und zwar in dem Sinn, daß beide meritorisch gleichlautend entschieden haben, ohne daß das Rekursgericht eine inhaltliche Änderung des eindeutig erkennbaren Entscheidungswillens des Erstrichters vorgenommen hätte (RZ 1997/62; MR 1992, 165 [167]; 3 Ob 53/94; Kodek in Rechberger ZPO Rz 4 zu § 528 mwN). Das Erstgericht hat den Antrag der klagenden Partei auf Bestellung eines Zustellkurators gemäß Paragraph 117, ZPO mit der Begründung abgewiesen, daß für unbekannte (nicht mehr existente) Personen ein solcher Kurator nicht bestellt werden könne. Das Rekursgericht ging davon aus, daß das Erstgericht den Antrag auf Bestellung eines Zustellkurators zu Recht abgewiesen habe, begründete aber seine Entscheidung damit, daß die klagende Partei die für eine Kuratorbestellung (gemäß Paragraph 8, ZPO) erforderliche Behauptung, es wäre mit dem Verzug für den Gegner der prozeßunfähigen Partei Gefahr verbunden, nicht erhoben habe. Daß die Bestätigung des erstinstanzlichen Beschlusses aus anderen Gründen als jenen des Erstgerichts erfolgt ist, ändert nichts an der Unzulässigkeit des Revisionsrekurses, wurde doch von beiden Instanzen die Bestellung eines Zustellkurators abgelehnt. Die vom Gesetz gebotene Erledigungsart stimmt sohin in beiden Instanzen überein, und zwar in dem Sinn, daß beide meritorisch gleichlautend entschieden haben, ohne daß das Rekursgericht eine inhaltliche Änderung des eindeutig erkennbaren Entscheidungswillens des Erstrichters vorgenommen hätte (RZ 1997/62; MR 1992, 165 [167]; 3 Ob 53/94; Kodek in Rechberger ZPO Rz 4 zu Paragraph 528, mwN).

Der unzulässige Revisionsrekurs ist demnach zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

E51648 01A02398

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0010OB00239.98Y.0929.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980929\_OGH0002\_0010OB00239\_98Y0000\_000

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