

TE OGH 2020/4/30 5Ob203/19t

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.04.2020

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. L***** S*****, 2. Mag. R***** S*****, beide vertreten durch DDr. Christoph Schmetterer, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. K***** H*****, 2. S***** H*****; Beschäftigung und Anschrift jeweils unbekannt, wegen Löschung (Streitwert 10.900 EUR), über den Revisionsrekurs der klagenden Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts St. Pölten als Rekursgericht vom 10. Juli 2019, GZ 21 R 148/19a-9, mit dem über Rekurs des zum Kurator nach § 116 ZPO bestellten Dr. Peter Reitschmied, Rechtsanwalt in Neulengbach, der Beschluss des Bezirksgerichts Neulengbach vom 21. Mai 2019, GZ 2 C 340/19y-3, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

I.

Aus Anlass des Revisionsrekurses wird der angefochtene Beschluss insoweit, als das Rekursgericht über den namens der beklagten Parteien erhobenen Rekurs meritorisch entschieden hat, als nichtig aufgehoben.

Der namens der beklagten Parteien erhobene Rekurs wird zurückgewiesen.

Die klagenden Parteien haben die Kosten ihrer Rekursbeantwortung insoweit selbst zu tragen.

II.

1. Die namens der beklagten Parteien erstattete Revisionsrekursbeantwortung wird zurückgewiesen.

2. Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird insoweit, als das Rekursgericht dem namens des zum Kurator bestellten Dr. Peter Reitschmied erhobenen Rekurs Folge gegeben hat, dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Der zum Kurator bestellte Dr. Peter Reitschmied ist schuldig, den klagenden Parteien binnen 14 Tagen die mit 789,37 EUR (darin 131,56 EUR USt) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung sowie die mit 946,38 EUR (darin 157,73 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekurses zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die Kläger begehren, die Beklagten zur Einwilligung in die Löschung eines Pfandrechts zu verpflichten. Die Kläger

hätten von den Beklagten mit Vertrag vom 16. 6. 1978 eine Liegenschaft gekauft. Die Kaufpreisforderung von 150.000 ATS sei durch Einverleibung eines Pfandrechts im Lastenblatt dieser Liegenschaft besichert worden. Die Kläger hätten den Kaufpreis zwar vereinbarungsgemäß gezahlt, aber die Löschung dieses Pfandrechts nicht sofort veranlasst. Seit 1985 hätten die Kläger erfolglos versucht, die Beklagten zu kontaktieren. Deren Aufenthalt sei jedoch unbekannt und könne auch nicht eruiert werden. Die Kläger beantragten daher die Bestellung eines Kurators für die Beklagten.

Das Erstgericht bestellte für die Beklagten einen prozessualen Abwesenheitskurator nach § 116 ZPO. Weder die Kläger noch das Gericht hätten den Aufenthalt der Beklagten ermitteln können. Damit die Klage zugestellt werden könne, sei daher ein solcher Prozesskurator zu bestellen.

Gegen diesen Bestellungsbeschluss erhob der bestellte Kurator im eigenen und im Namen der Beklagten Rekurs. Das Rekursgericht gab diesem Folge und wies den Antrag auf Bestellung eines Kurators ab. Der Kurator könne gegen seine Bestellung jedenfalls im eigenen Namen rekurrieren. Solange seine Bestellung aufrecht sei, könne er zudem namens der von ihm zu Vertretenden einschreiten. Die hier beantragte Bestellung eines Kurators durch das Prozessgericht sei dem § 116 ZPO zu unterstellen; die Bestellung eines Abwesenheitskurators nach § 270 ABGB [offenbar idF vor dem 2. ErwSchG; nunmehr § 277 ABGB] wäre hingegen dem Pflegschaftsgericht vorbehalten. Die Gegenüberstellung dieser beiden Bestimmungen zeige, dass der prozessuale Abwesenheitskurator nach § 116 ZPO dann bestellt werden könne, wenn die zu vertretende Person grundsätzlich schon, jedoch ihr Aufenthaltsort nicht bekannt sei, während eine Bestellung nach dem § 270 ABGB auch dann vorgenommen werden könne, wenn die Person selbst nicht bekannt sei. Im konkreten Fall seien nur die Namen der Beklagten und der Umstand bekannt, dass sie 1978 einen Kaufvertrag mit den Klägern abgeschlossen hätten. Die Geburtsdaten der Beklagten seien nicht bekannt und es könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Familiennamen geändert haben. Das reiche nicht aus, um eine Prozesspartei im Sinn der ZPO ausreichend bestimmt zu bezeichnen. Im Hinblick auf die Intention des § 235 Abs 5 ZPO solle das Verfahren mit jener Partei geführt werden, die nach dem Inhalt der Klage in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise gemeint gewesen sei. Im vorliegenden Fall, in welchem außer einem Namen, wie er vor mehr als 40 Jahren bestanden habe, weiter nichts über die Person bekannt sei, wäre das Gericht aber darauf angewiesen, dass die Kläger im Rahmen einer Tagsatzung ihre Vertragspartner wie bei einer Gegenüberstellung wiedererkennen. Gerade diese könne aber nicht durchgeführt werden, wenn deren Aufenthaltsort unbekannt sei. Das Gericht wisse also nicht, mit welcher Partei es dieses Verfahren führe. Die Person selbst sei daher nicht ausreichend bestimmt. Für diese Fälle sei § 116 ZPO nicht gedacht. Es liege auch kein Rechtsschutzdefizit vor, das eine großzügigere Interpretation des § 116 ZPO erfordere. Die Kläger könnten schließlich beim Pflegschaftsgericht einen Antrag nach § 270 ABGB stellen, zumal diese Bestimmung eben auch für unbekannte Teilnehmer eines Geschäfts oder Verfahrens Vorsorge treffe. Allenfalls käme auch eine Anregung an das Grundbuchgericht, nach den §§ 132 ff GBG vorzugehen, in Betracht.

Das Rekursgericht ließ den ordentlichen Revisionsrekurs zu. Die Fragen, wie eine natürliche Person bezeichnet werden müsse, um als Prozesspartei behandelt werden zu können, und welche Mindesterfordernisse in Bezug auf die Daten einer Partei vorliegen müssten, um nach § 116 ZPO vorgehen zu können, hätten erhebliche Bedeutung iSd § 528 Abs 1 ZPO.

Gegen diesen Beschluss des Rekursgerichts richtet sich der Revisionsrekurs der Kläger mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.

Der bestellte Kurator erstattete im eigenen und im Namen der Beklagten eine Revisionsrekursbeantwortung mit dem Antrag, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen, in eventu diesem nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Aus Anlass des Revisionsrekurses ist eine dem Beschluss des Rekursgerichts anhaftende Nichtigkeit aufzugreifen. Der Revisionsrekurs gegen den von der Nichtigkeit nicht betroffenen Teil des Beschlusses des Rekursgerichts ist zulässig und berechtigt.

I. Teilnichtigkeit des angefochtenen Beschlusses des Rekursgerichts

1.1. Gemäß § 116 ZPO hat das Gericht für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthalts nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könnte, auf Antrag oder von Amts wegen einen Kurator zu bestellen, wenn diese Personen infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine

Prozesshandlung vorzunehmen hätten und insbesondere, wenn das zuzustellende Schriftstück eine Ladung derselben enthält.

1.2. Die Bestellung eines solchen Kurators ist von Amts wegen durch Edikt bekannt zu machen (§ 117 Abs 1 erster Satz ZPO). Der Inhalt des Edikts ist in die Ediktsdatei aufzunehmen (§ 117 Abs 2 erster Satz ZPO). Die Zustellung gilt mit Aufnahme des Inhalts des Edikts in die Ediktsdatei und der nachfolgenden Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Kurator als vollzogen (§ 118 Abs 1 ZPO). Erfolgt die Zustellung vor der Aufnahme in die Ediktsdatei, besteht nach der Rechtsprechung die Möglichkeit der Heilung. Die nachfolgende Aufnahme stellt die Wirksamkeit der bereits erfolgten Zustellung ex nunc her (Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 118 ZPO Rz 2 mwN; Gitschthaler in Rechberger, ZPO5 §§ 116-119 Rz 6).

1.3. Die Bekanntmachung durch Edikt durch dessen Aufnahme in die Ediktsdatei (früher: durch dessen Anschlag an der Gerichtstafel) ist ebenso Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bestellung wie die Zustellung des Bestellungsbeschlusses an den Kurator (RS0006052; RS0036469). Nur beide Akte zusammen lösen eine wirksame Kuratorbestellung aus und ermöglichen in der Folge weitere wirksame Zustellungen an den Kurator (Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 117 Rz 5, § 118 Rz 1, 3). Vor Rechtswirksamkeit der Bestellung kann der Kurator nicht tätig werden (RS0006013; Gitschthaler in Rechberger, ZPO5 §§ 116-119 Rz 6), er ist insbesondere nicht befugt, den Abwesenden zu vertreten (Rassi, Die Bestellung des Abwesenheitskurators NZ 1998, 321 [326 f]). Dabei wird § 118 Abs 1 ZPO auch auf den Bestellungsbeschluss selbst angewandt. Wenn der Zustellung des Bestellungsbeschlusses die Aufnahme in die Ediktsdatei nachfolgt, wird der Bestellungsbeschluss wirksam, sodass der Kurator seine Vertretungstätigkeit beginnen kann und muss (Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 117 Rz 5).

2.1. Der Bestellungsbeschluss wurde hier entgegen § 117 ZPO bisher nicht in der Ediktsdatei kundgemacht. Die vom Erstgericht allein vorgenommene (ERV-)Zustellung des Bestellungsbeschlusses an den Kurator (und an die Kläger) machte die Kuratorbestellung daher nicht wirksam (vgl 3 Ob 64/19m).

2.2. Der Abwesenheitskurator kann gegen seine Bestellung zwar im eigenen Namen ein Rechtsmittel ergreifen (RS0049230 [T2]). Vor Rechtswirksamkeit des Bestellungsbeschlusses ist dieser aber nicht befugt, den Abwesenden zu vertreten. Ein von ihm im Namen des Abwesenden eingebrachtes Rechtsmittel ist in diesem Fall als unzulässig zurückzuweisen (Rassi, NZ 1998, 321 [326 f]).

2.3. Das Rekursgericht hätte hier daher über den im Namen der Beklagten erhobenen Rekurs nicht meritorisch entscheiden dürfen. Entscheidet ein Gericht zweiter Instanz über einen unzulässigen Rekurs meritorisch, so ist dieser Mangel der funktionellen Zuständigkeit vom Obersten Gerichtshof aus Anlass des Revisionsrekurses als Nichtigkeit, die immer eine erhebliche Rechtsfrage aufwirft, wahrzunehmen und als Folge dessen ist der unzulässige Rekurs gegen den Beschluss erster Instanz zurückzuweisen (RS0121264; RS0115201; RS0042059; RS0043969).

2.4. Der im Namen der Beklagten erhobene Rekurs war daher aus Anlass des Revisionsrekurses als unzulässig zurückzuweisen. Da eine Rekursbeantwortung im Fall der absoluten Unzulässigkeit des Rekurses nicht unstatthaft ist, ist die Rekursbeantwortung nicht wie der Rekurs selbst zurückzuweisen. Kostenersatz für die insoweit erstattete Rekursbeantwortung gebührt hier allerdings nicht, weil in dieser auf die Unzulässigkeit des Rekurses nicht hingewiesen wurde (RS0124565).

II. Abänderung des von der Nichtigkeit nicht betroffenen Teils des Beschlusses des Rekursgerichts

1.1. Der Fall der Bestellung eines Abwesenheitskurators nach der Zivilprozessordnung ist ein Spezialfall einer allgemeinen Abwesenheitskuratorat nach bürgerlichem Recht (RS0049230 [T1]). Mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz (2. ErwSchG), BGBI I 2017/59, wurde das Kuratelrecht vom bisherigen Sachwalterrecht und nunmehrigen Erwachsenenvertretungs- und Vorsorgevollmachtsrecht abgekoppelt und in einem eigenen 7. Hauptstück in den §§ 277 bis 284 NF geregelt (Pfurtscheller in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom4 § 277 Rz 1).

1.2. Nach § 277 Abs 1 ABGB ist für eine Person, die ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann, weil sie abwesend (Z 3) oder unbekannt (Z 4) ist, ein Kurator zu bestellen, wenn diese Angelegenheiten nicht durch einen anderen Vertreter wahrgenommen werden können und hierdurch die Interessen dieser Person gefährdet sind. Der Grundsatz der Subsidiarität der Kuratorenbestellung hat durch die Modernisierung des Kuratorenrechts mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz demnach keine Änderung erfahren. Die Bestellung eines Abwesenheitskurators nach dieser Gesetzesstelle durch das Pflegschaftsgericht ist nach wie vor nicht zulässig, wenn ein (anderer) Vertreter nach

einer speziellen Rechtsgrundlage (etwa nach den Bestimmungen der ZPO oder des AußStrG) bestellt wird. Die Bestellung eines Abwesenheitskurators nach § 277 ABGB durch das Pflegschaftsgericht ist also nicht zulässig, wenn etwa mit einem Zustellkurator nach § 5 Abs 2 Z 1 lit b AußStrG oder nach § 116 ZPO das Auslangen gefunden werden kann. Sie kommt daher nur dann in Betracht, wenn von vornherein feststeht, dass über das konkret zu führende (oder bereits anhängige) Verfahren hinaus weitere Angelegenheiten durch den Kurator zu besorgen sein werden (RV 1461 BlgNR 25. GP 6 [Pkt 4.9], 47; 5 Ob 181/19g).

1.3. Voraussetzung für die Bestellung eines Kurators nach § 116 ZPO ist, dass die Person unbekannten Aufenthalts ist und zuvor erfolglos versucht wurde, den Aufenthalt des Betreffenden zu ermitteln (3 Ob 41/19d; RS0036476 [T7]). Die Vergeblichkeit dieses Versuchs, also seine unverschuldeten Unkenntnis des Aufenthalts, hat der Antragsteller dem Gericht zu bescheinigen. Eine Verpflichtung, umfangreiche Erhebungen anzustellen, kommt dabei regelmäßig jedoch nicht in Betracht (5 Ob 181/19g; RS0036476; RS0049217 [T1]). Sind aufgrund der Sachlage Nachforschungen und Erhebungen von vornherein wenig aussichtsreich oder nicht erfolgversprechend, ist eine Kuratorenbestellung auch ohne diese möglich (RS0049217 [T2]). Welche Erhebungen erforderlich sind, ist jeweils von den konkreten Umständen und Verhältnissen abhängig, sodass deren notwendiges Ausmaß regelmäßig eine Frage des Einzelfalls ist (RS0036476 [T4]).

2.1. Anders als im Fall des Abwesenheitskurators nach § 277 Abs 1 Z 4 ABGB oder auch des § 5 Abs 2 Z 2 lit b AußStrG setzt die Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurators nach § 116 ZPO voraus, dass nur der Aufenthalt – und nicht auch die Person – der Partei unbekannt ist (3 Ob 41/19d = RS0036476 [T9]). Unbekannt sind namentlich nicht bestimmte, aber existierende und noch lebende Personen (4 Ob 227/97d; Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB4 § 270 ABGB Rz 3; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB5 § 277 Rz 13; Hopf in KBB5 § 270 ABGB Rz 1).

2.2. Eine namentlich bekannte Person ist demnach nicht unbekannt iSd § 277 Abs 1 Z 4 ABGB. Entsprechend dem Telos der jeweiligen Bestellungsvoraussetzungen muss (zwar) eine ausreichende Bestimmbarkeit gegeben sein. Dies erfordert grundsätzlich (aber nur) die Nennung eines Vor- und Nachnamens. Eine allfällige Namensänderung schadet nicht, solange die Möglichkeit der Identifizierung des Abwesenden gegeben ist (Mondel, Die Kuratoren im österreichischen Recht² Rz 4/20, 5/4, 5/8).

2.3. Die Vor- und Nachnamen der Beklagten sind bekannt und durchihre Betroffenheit zu der hier zu besorgenden Angelegenheit können sie individualisiert werden. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts erfordert die Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurators nach § 116 ZPO daher nicht die Kenntnis weiterer Identifizierungsmerkmale, wie etwa des Geburtsdatums oder der aktuellen Beschäftigung. Nach § 226 Abs 3 iVm § 75 Z 1 ZPO ist die Prozesspartei in einer Klage zwar – abgesehen vom Wohnort – nicht nur durch Vor- und Zuname, sondern auch durch die Beschäftigung zu bezeichnen und es müssen weitere Kennzeichen, wie zum Beispiel das Geburtsdatum, genannt werden, wenn nur dies eine eindeutige Individualisierung ermöglicht (Konecny/Schneider in Fasching/Konecny3 II/2 § 75 ZPO Rz 4). Das Fehlen oder gar die Unrichtigkeit dieser Angaben schadet aber nicht, soweit – wie hier – nach den in der Klage vorhandenen Informationen die Personen klar und unzweifelhaft festgelegt sind (RS0036471 [T1]; vgl auch RS0035060).

2.4. Der bestellte Kurator machte in seinem Rekurs zwar geltend, dass die Kläger der sie treffenden Behauptungs- und Bescheinigungslast in Bezug auf die vergebliche Ermittlung des Aufenthalts der Beklagten nicht ausreichend nachgekommen seien. Er weist aber selbst darauf hin, dass die Erhebungen, die das Erstgericht auf Basis der Angaben der Kläger durchgeführt hat, umfangreich waren. Anhaltspunkte dafür, dass nicht allen bekannten, naheliegenden oder auf zumutbare Weise zu ermittelnden (erfolgversprechenden) Hinweisen nachgegangen worden wäre, bestehen nicht (vgl Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 116 Rz 43). Gleiches gilt für das vom Rekurswerber in den Raum gestellte, im Bestellungszeitpunkt stets schwer überprüfbare mögliche Ableben der Beklagten (vgl Mondel, Die Kuratoren im österreichischen Recht² Rz 4/10).

3.1. Die Voraussetzungen für eine Bestellung eines Kurators nach § 116 ZPO lagen demnach vor. Dem Revisionsrechts der Kläger war daher Folge zu geben und der erstinstanzliche Beschluss wiederherzustellen.

3.2. Vor Wirksamkeit des Bestellungsbeschlusses ist der bestellte Kurator nicht befugt, den Abwesenden zu vertreten (vgl oben I.1.3.). Die namens der Beklagten erstattete Revisionsrechtsbeantwortung war daher zurückzuweisen.

3.3. Die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelverfahren gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Da in diesem Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Bestellung eines Kurators auf Beklagtenseite nur der Kurator beteiligt war,

beträgt der Streitgenossenzuschlag für die Rechtsmittelschriften der Kläger jeweils (nur) 10 %.

Textnummer

E128706

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2020:0050OB00203.19T.0430.000

Im RIS seit

12.08.2020

Zuletzt aktualisiert am

12.08.2020

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