

TE OGH 2008/3/31 1R164/07f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.03.2008

Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Strolz und Mag. Schaller in der Rechtssache der klagenden Partei A* GmbH, B*, C*gasse D*, vertreten durch DDr. Harald Schröckenfuchs, RA in Wien, wider die beklagte Partei E*.F* m.b.H., B*, C*gasse D*, vertreten durch Rohregger Rechtsanwalt GmbH in Wien, und der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei G* B.V., H*, **, vertreten durch Kerres & Diwok Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Nichtigkeitklärung von Generalversammlungsbeschlüssen gem § 41 GmbHG und Unterlassung (Gesamtstreitwert EUR 105.000,--), über die Rekurse der Nebenintervenientin gegen die Beschlüsse des Handelsgerichtes Wien vom 18.5.2007, *-6, und vom 4.9.2007, *-18, in nichtöffentlicher Sitzung den

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Strolz und Mag. Schaller in der Rechtssache der klagenden Partei A* GmbH, B*, C*gasse D*, vertreten durch DDr. Harald Schröckenfuchs, RA in Wien, wider die beklagte Partei E*.F* m.b.H., B*, C*gasse D*, vertreten durch Rohregger Rechtsanwalt GmbH in Wien, und der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei G* B.V., H*, **, vertreten durch Kerres & Diwok Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Nichtigkeitklärung von Generalversammlungsbeschlüssen gem Paragraph 41, GmbHG und Unterlassung (Gesamtstreitwert EUR 105.000,--), über die Rekurse der Nebenintervenientin gegen die Beschlüsse des Handelsgerichtes Wien vom 18.5.2007, *-6, und vom 4.9.2007, *-18, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Aus Anlass der Rekurse der Nebenintervenientin werden die angefochtenen Beschlüsse und das vorangegangene Verfahren ab einschließlich der Zustellung der Klage und des Sicherungsantrages als nichtig aufgehoben.

Die Rechtssache wird zum Versuch der Beseitigung des Mangels der gesetzlichen Vertretung der beklagten Partei an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten der Klägerin, der Beklagten und der Nebenintervenientin betreffend das von der Nichtigkeit betroffene Verfahren werden gegenseitig aufgehoben.

Die Nebenintervenientin wird mit ihren Rekursen auf diese Entscheidung verwiesen.

Der Wert des Streitgegenstandes übersteigt EUR 20.000,--.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

Begründung:

Text

Die Klägerin und die Nebenintervenientin sind - nach dem Firmenbuchstand mit je 50% der Stammanteile - die Gesellschafterinnen der Beklagten. Mag. I* J* ist laut Firmenbuch sowohl einziger Geschäftsführer der Beklagten als auch einziger Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Klägerin.

Am 12.2.2007 fand eine Generalversammlung der Beklagten statt, in welcher mehrere Beschlüsse gefasst wurden. Drei dieser Beschlüsse, nämlich die Änderung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers Mag. J* in eine bloß kollektive Vertretungsbefugnis, die Bestellung von K* zur selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführerin sowie die Abberufung von Mag. J* als Geschäftsführer mit Wirkung ab 12.5.2007, waren Gegenstand des mit Anerkenntnisurteil vom 27.2.2007 rechtskräftig beendeten Verfahrens 40 Cg 19/07f des Handelsgerichts Wien.

Im vorliegenden Verfahren begehrte die Klägerin mit der am 29.3.2007 beim Erstgericht überreichten Klage folgende in der Generalversammlung der Beklagten am 12.2.2007 gefassten Beschlüsse nichtig zu erklären:

- a) dem Geschäftsführer die Weisung zu erteilen, das Schiedsverfahren (die Schiedsklage) namens der Gesellschaft unter Anspruchsverzicht zurückzuziehen und das Verfahren einzustellen;
- b) die Kenntnisnahme der Gesellschafter, dass der Gesellschaftsvertrag in Fassung vom 13. September 1999, richtig: 19. Mai 2000, weiterhin in Geltung ist, insbesondere dies für Punkt 5 Absatz 13 gilt, welcher am 3. Oktober 2006 scheinbar geändert wurde.

In eventu begehrte die Klägerin zu beiden Punkten jeweils festzustellen, dass in der genannten Generalversammlung kein solcher Beschluss gefasst wurde.

Schließlich begehrte die Klägerin mit Punkt c) des Klagebegehrens, die Beklagte zur Unterlassung der Zurückziehung des Schiedsverfahrens (der Schiedsklage) gegen die G* L* BV unter Anspruchsverzicht und der Einstellung des Verfahrens zu verhalten.

Die Klage samt Auftrag zur Erstattung der Klagebeantwortung wurde der Beklagten antragsgemäß durch Gerichtsboten zugestellt und am 2.4.2007 von der Angestellten der Klägerin M* N*, welche im Firmenbuch als Prokuristin sowohl der Klägerin als auch der Beklagten eingetragen ist, übernommen. Auf dem Zustellschein wurde N* als Bevollmächtigte für RSa-Briefe bezeichnet, obwohl sie über keine (rechtsgeschäftliche) Postvollmacht für RSa-Briefe verfügte. Dem Geschäftsführer der Beklagten (gleichzeitig Geschäftsführer der Klägerin), der sich in der Karwoche 2007 auf Urlaub befand, kam die Klage erst nach dem 6.4.2007 zu.

Mit Schriftsatz vom 17.4.2007 gab die Nebenintervenientin ihren Beitritt auf Seiten der Beklagten gemäß 42 Abs 5 GmbHG bekannt. Mit Schriftsatz vom 17.4.2007 gab die Nebenintervenientin ihren Beitritt auf Seiten der Beklagten gemäß Paragraph 42, Absatz 5, GmbHG bekannt.

Mit jeweils am 2.5.2007 zur Post gegebenen bzw. (vorerst) per Fax übermittelten Schriftsätzen erstatteten sowohl die Beklagte als auch die Nebenintervenientin Klagebeantwortungen.

Mit dem in seinem Punkt 2. angefochtenen Beschluss ON 6 wies das Erstgericht (1.) die Klagebeantwortung der Beklagten als verspätet und (2.) jene der Nebenintervenientin als unzulässig zurück. Letzteres wurde damit begründet, dass es sich bei der Klagebeantwortung um einen Rechtsschutzantrag des Beklagten handle.

Gegen Punkt 2. dieses Beschlusses richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Nebenintervenientin ON 9, mit dem dessen ersatzlose Behebung beantragt wird.

Aus Anlass eines Wiedereinsetzungsantrages der Beklagten (ON 10) überprüfte das Erstgericht den Zustellvorgang betreffend die Klage und den Auftrag zur Klagebeantwortung samt Auftrag zur Äußerung zum Sicherungsantrag. Mit Beschluss vom 2.8.2007 (ON 14) stellte das Erstgericht spruchmäßig fest, dass die Zustellung nicht vor dem 3.4.2007 erfolgt sei, erklärte den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten mangels Säumnis für gegenstandslos und stellte weiters fest, dass die Klagebeantwortung der Beklagten rechtzeitig sei.

Mit Schriftsatz vom 7.8.2007 beantragte die Nebenintervenientin die Bestellung eines Prozesskurators gemäß 8 ZPO, in eventu eines Notgeschäftsführers gemäß § 15a ZPO für die Beklagte wegen einer Interessens kollision bei deren Geschäftsführer. Bereits im rechtskräftig entschiedenen Verfahren 40 Cg 19/07f des Handelsgerichtes Wien - und auch im Verfahren 19 Cg 30/07v betreffend die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der E*.O*. P*, an welcher ebenfalls die Klägerin und die Nebenintervenientin je zur Hälfte beteiligt seien - habe sich Mag. J* seine Doppelfunktion als Vertreter beider Parteien zu Nutze gemacht, indem er als Geschäftsführer der Klägerin

Beschlussanfechtungsklagen eingebracht, als Geschäftsführer der Beklagten den Beklagtenvertreter mit deren Vertretung beauftragt und diesen sodann offenbar instruiert habe, Anerkenntnisse abzugeben. Durch diese prozessualen In-Sich-Geschäfte sei es ihm gelungen, die genannten Verfahren, von denen die Nebenintervenientin keine Kenntnis gehabt habe, in nur 11 Tagen rechtskräftig zu beenden. In einem weiteren Anfechtungsverfahren betreffend die E*.O*. Q* GmbH, nämlich 40 Cg 36/07f des Handelsgerichtes Wien, sei die Interessenkollision bereits erkannt und beschlussmäßig ausgesprochen worden, dass aufgrund der evidenten Interessenkollision ein Vertretungsmangel bei der Beklagten vorliege. Dies zeige, dass auch im vorliegenden Verfahren die Interessen der Beklagten nicht objektiv wahrgenommen würden und daher ein faires Verfahren nicht gewährleistet sei. Mag. J* könne keinen Rechtsvertreter der Beklagten gültig beauftragen. Eine trotzdem erteilte Vollmacht sei mit einem Mangel behaftet, der zur Nichtigkeit des Verfahrens führe. Es bedürfe eines unabhängigen rechtsfreundlichen Vertreters für die Beklagte. Deshalb sei die Bestellung eines Prozesskurators gem § 8 ZPO von Nöten. Der Antrag werde hier zwar von der Nebenintervenientin und nicht - wie im Gesetz vorgesehen - vom Prozessgegner gestellt; der Gegner der Beklagten, nämlich die Klägerin, sei hier aber gar nicht an einer ordnungsgemäßen Vertretung der Beklagten interessiert. Da die Nebenintervenientin eine streitgenössische Nebenintervenientin nach § 20 ZPO sei, ihr also die Stellung einer einheitlichen Streitpartei zukomme, die den Rechtsstreit auch gegen den Willen der Hauptpartei führen könne, sei sie in der hier vorliegenden speziellen Konstellation als "Gegner" der Beklagten iSd § 8 ZPO anzusehen. Für den Fall der Unanwendbarkeit des § 8 ZPO werde die Einsetzung eines Notgeschäftsführers gem § 15a GmbHG beantragt. Mit Schriftsatz vom 7.8.2007 beantragte die Nebenintervenientin die Bestellung eines Prozesskurators gem Paragraph 8, ZPO, in eventu eines Notgeschäftsführers gem Paragraph 15 a, ZPO für die Beklagte wegen einer Interessenskollision bei deren Geschäftsführer. Bereits im rechtskräftig entschiedenen Verfahren 40 Cg 19/07f des Handelsgerichtes Wien - und auch im Verfahren 19 Cg 30/07v betreffend die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der E*.O*. P*, an welcher ebenfalls die Klägerin und die Nebenintervenientin je zur Hälfte beteiligt seien - habe sich Mag. J* seine Doppelfunktion als Vertreter beider Parteien zu Nutze gemacht, indem er als Geschäftsführer der Klägerin Beschlussanfechtungsklagen eingebracht, als Geschäftsführer der Beklagten den Beklagtenvertreter mit deren Vertretung beauftragt und diesen sodann offenbar instruiert habe, Anerkenntnisse abzugeben. Durch diese prozessualen In-Sich-Geschäfte sei es ihm gelungen, die genannten Verfahren, von denen die Nebenintervenientin keine Kenntnis gehabt habe, in nur 11 Tagen rechtskräftig zu beenden. In einem weiteren Anfechtungsverfahren betreffend die E*.O*. Q* GmbH, nämlich 40 Cg 36/07f des Handelsgerichtes Wien, sei die Interessenkollision bereits erkannt und beschlussmäßig ausgesprochen worden, dass aufgrund der evidenten Interessenkollision ein Vertretungsmangel bei der Beklagten vorliege. Dies zeige, dass auch im vorliegenden Verfahren die Interessen der Beklagten nicht objektiv wahrgenommen würden und daher ein faires Verfahren nicht gewährleistet sei. Mag. J* könne keinen Rechtsvertreter der Beklagten gültig beauftragen. Eine trotzdem erteilte Vollmacht sei mit einem Mangel behaftet, der zur Nichtigkeit des Verfahrens führe. Es bedürfe eines unabhängigen rechtsfreundlichen Vertreters für die Beklagte. Deshalb sei die Bestellung eines Prozesskurators gem Paragraph 8, ZPO von Nöten. Der Antrag werde hier zwar von der Nebenintervenientin und nicht - wie im Gesetz vorgesehen - vom Prozessgegner gestellt; der Gegner der Beklagten, nämlich die Klägerin, sei hier aber gar nicht an einer ordnungsgemäßen Vertretung der Beklagten interessiert. Da die Nebenintervenientin eine streitgenössische Nebenintervenientin nach Paragraph 20, ZPO sei, ihr also die Stellung einer einheitlichen Streitpartei zukomme, die den Rechtsstreit auch gegen den Willen der Hauptpartei führen könne, sei sie in der hier vorliegenden speziellen Konstellation als "Gegner" der Beklagten iSd Paragraph 8, ZPO anzusehen. Für den Fall der Unanwendbarkeit des Paragraph 8, ZPO werde die Einsetzung eines Notgeschäftsführers gem Paragraph 15 a, GmbHG beantragt.

Dazu äußerte sich die Beklagtenvertreterin (im eigenen Namen) zusammengefasst dahin, dass sie von der Beklagten bereits am 20.11.2006 zum Einschreiten in allen gerichtlichen Verfahren bevollmächtigt und ermächtigt worden sei. Eine solche im Namen einer juristischen Person erteilte Bevollmächtigung emanzipiere sich im Moment ihrer Erteilung von jenem organschaftlichen Vertreter, der für diese gehandelt habe. Sie bestehe unabhängig von Veränderungen im Bereich der organschaftlichen Vertreter weiter. Es spiele daher für die aufrechte Vollmacht der Beklagtenvertreterin keine Rolle, ob Mag. J* als Geschäftsführer der Beklagten ausscheide oder ob er seine Handlungsfähigkeit für die Beklagte in bestimmten Fällen verloren habe. Selbst wenn Mag. J* gem § 42 Abs 1 Satz 2 GmbHG von einer Vertretung der Beklagten im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen sein sollte, habe dies also auf den Bestand der von der Beklagten an die Beklagtenvertreterin am 20.11.2006 erteilte Vollmacht keinen Einfluss. Eine allenfalls fehlende Vertretungsbefugnis von Mag. J* in dieser Angelegenheit habe nur zur Konsequenz, dass er der Beklagtenvertreterin

im vorliegenden Verfahren keine Anweisungen erteilen dürfe. Solche Anweisungen seien aber gar nicht erforderlich, weil die Vollmacht vom 20.11.2006 vorsehe, dass die Beklagtenvertreterin nach eigenem Ermessen selbständig für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln habe. Dabei habe sie gem § 9 Abs 1 RAO und § 10 RL-BA die Interessen der Beklagten zu wahren, was im vorliegenden Verfahren auch geschehen sei. Die Bestellung eines Prozesskurators sei unzulässig, weil dies einen Antrag des Gegners der behauptetermaßen prozessunfähigen Partei voraussetzen würde, während der vorliegende Antrag vom Streithelfer der Beklagten stamme. Außerdem habe der Gesetzgeber für Fälle einer möglichen Interessenskollision bei Anfechtungsklagen in § 42 Abs 1 Satz 2 und 3 GmbHG eine Regelung getroffen, die als *lex specialis* zu § 8 ZPO zu sehen sei. Hier stamme die Anfechtungsklage allerdings nicht vom Geschäftsführer, sondern von der Gesellschafterin. Die Judikatur habe noch nicht ausreichend geklärt, ob § 42 GmbHG auch dann anwendbar sei, wenn die klagende Gesellschafterin wirtschaftlich dem Geschäftsführer zuzurechnen sei. Dies könne hier aber letztlich dahingestellt bleiben, weil jedenfalls nur dann ein Kurator zu ernennen sei, wenn ein anderer Vertreter der Gesellschaft nicht vorhanden sei. Im vorliegenden Verfahren sei aber ohnehin die Beklagtenvertreterin bevollmächtigt und ermächtigt, losgelöst von den Anweisungen des Geschäftsführers für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln. Ungeachtet ihrer Unzulässigkeit könne die Bestellung eines Kurators aber zweckmäßig sein, weil eine möglichst rasche Durchführung des Anfechtungsverfahrens im Interesse der Beklagten liege und formale Auseinandersetzungen über die Vertretungsbefugnis zu einer Verzögerung führten. Dazu äußerte sich die Beklagtenvertreterin (im eigenen Namen) zusammengefasst dahin, dass sie von der Beklagten bereits am 20.11.2006 zum Einschreiten in allen gerichtlichen Verfahren bevollmächtigt und ermächtigt worden sei. Eine solche im Namen einer juristischen Person erteilte Bevollmächtigung emanzipiere sich im Moment ihrer Erteilung von jenem organschaftlichen Vertreter, der für diese gehandelt habe. Sie bestehe unabhängig von Veränderungen im Bereich der organschaftlichen Vertreter weiter. Es spiele daher für die aufrechte Vollmacht der Beklagtenvertreterin keine Rolle, ob Mag. J* als Geschäftsführer der Beklagten ausscheide oder ob er seine Handlungsfähigkeit für die Beklagte in bestimmten Fällen verloren habe. Selbst wenn Mag. J* gem Paragraph 42, Absatz eins, Satz 2 GmbHG von einer Vertretung der Beklagten im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen sein sollte, habe dies also auf den Bestand der von der Beklagten an die Beklagtenvertreterin am 20.11.2006 erteilte Vollmacht keinen Einfluss. Eine allenfalls fehlende Vertretungsbefugnis von Mag. J* in dieser Angelegenheit habe nur zur Konsequenz, dass er der Beklagtenvertreterin im vorliegenden Verfahren keine Anweisungen erteilen dürfe. Solche Anweisungen seien aber gar nicht erforderlich, weil die Vollmacht vom 20.11.2006 vorsehe, dass die Beklagtenvertreterin nach eigenem Ermessen selbständig für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln habe. Dabei habe sie gem Paragraph 9, Absatz eins, RAO und Paragraph 10, RL-BA die Interessen der Beklagten zu wahren, was im vorliegenden Verfahren auch geschehen sei. Die Bestellung eines Prozesskurators sei unzulässig, weil dies einen Antrag des Gegners der behauptetermaßen prozessunfähigen Partei voraussetzen würde, während der vorliegende Antrag vom Streithelfer der Beklagten stamme. Außerdem habe der Gesetzgeber für Fälle einer möglichen Interessenskollision bei Anfechtungsklagen in Paragraph 42, Absatz eins, Satz 2 und 3 GmbHG eine Regelung getroffen, die als *lex specialis* zu Paragraph 8, ZPO zu sehen sei. Hier stamme die Anfechtungsklage allerdings nicht vom Geschäftsführer, sondern von der Gesellschafterin. Die Judikatur habe noch nicht ausreichend geklärt, ob Paragraph 42, GmbHG auch dann anwendbar sei, wenn die klagende Gesellschafterin wirtschaftlich dem Geschäftsführer zuzurechnen sei. Dies könne hier aber letztlich dahingestellt bleiben, weil jedenfalls nur dann ein Kurator zu ernennen sei, wenn ein anderer Vertreter der Gesellschaft nicht vorhanden sei. Im vorliegenden Verfahren sei aber ohnehin die Beklagtenvertreterin bevollmächtigt und ermächtigt, losgelöst von den Anweisungen des Geschäftsführers für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln. Ungeachtet ihrer Unzulässigkeit könne die Bestellung eines Kurators aber zweckmäßig sein, weil eine möglichst rasche Durchführung des Anfechtungsverfahrens im Interesse der Beklagten liege und formale Auseinandersetzungen über die Vertretungsbefugnis zu einer Verzögerung führten.

Auch die Klägerin äußerte - mit den im wesentlichen gleichen Argumenten wie die Beklagtenvertreterin - Bedenken, ob die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung vorliegen würden. Sie stimme aber im Sinne einer effizienten Prozessführung und materiell richtigen Rechtslösung der Bestellung eines Kurators unter der Voraussetzung zu, dass ein GmbH-Spezialist, namentlich etwa Prof. Dr. R* oder S*. Dr. T*, als Kurator bestellt werde. Nur auf diese Weise sei gewährleistet, dass die Position, die der Kurator einnehme, den materiellen Interessen der Beklagten gemessen am GmbH-Recht entspreche. Bei einem nicht auf Gesellschaftsrecht spezialisierten Kurator bestehe die Gefahr, dass er aus anwaltlicher Vorsicht den Prozess fortführe, obwohl aufgrund der - für einen gesellschaftsrechtlichen Spezialisten - klaren Rechtslage ein Anerkenntnis eher den materiellen Interessen der Beklagten entspreche. Für den Fall der

Bestellung eines solchen Spezialisten sei die Klägerin auch bereit, sich an den Kosten zu beteiligen. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers nach § 15a GmbHG werde jedenfalls abgelehnt. Auch die Klägerin äußerte - mit den im wesentlichen gleichen Argumenten wie die Beklagtenvertreterin - Bedenken, ob die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung vorliegen würden. Sie stimme aber im Sinne einer effizienten Prozessführung und materiell richtigen Rechtslösung der Bestellung eines Kurators unter der Voraussetzung zu, dass ein GmbH-Spezialist, namentlich etwa Prof. Dr. R* oder S*. Dr. T*, als Kurator bestellt werde. Nur auf diese Weise sei gewährleistet, dass die Position, die der Kurator einnehme, den materiellen Interessen der Beklagten gemessen am GmbH-Recht entspreche. Bei einem nicht auf Gesellschaftsrecht spezialisierten Kurator bestehe die Gefahr, dass er aus anwaltlicher Vorsicht den Prozess fortführe, obwohl aufgrund der - für einen gesellschaftsrechtlichen Spezialisten - klaren Rechtslage ein Anerkenntnis eher den materiellen Interessen der Beklagten entspreche. Für den Fall der Bestellung eines solchen Spezialisten sei die Klägerin auch bereit, sich an den Kosten zu beteiligen. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers nach Paragraph 15 a, GmbHG werde jedenfalls abgelehnt.

Mit dem weiters angefochtenen Beschluss ON 18 wies das Erstgericht den Antrag der Nebenintervenientin auf Bestellung eines Prozesskurators gem § 8 ZPO als unzulässig zurück, sprach aus, dass über den Eventual-antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gem § 15a GmbHG im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden sei und trat diesen an das Handelsgericht Wien als Firmenbuchgericht ab. Zur Begründung führte das Erstgericht im wesentlichen aus, die streitgenössische Nebenintervenientin sei auf der Seite der Beklagten in das Verfahren eingetreten und daher nicht deren "Gegner" iSd § 8 ZPO. Auch der Umstand, dass ein streitgenössischer Nebenintervenient einen Rechtsstreit gegen den Willen der Hauptpartei fortführen könne, qualifiziere ihn nicht zu deren "Gegner". Gegner der Nebenintervenientin sei vielmehr die Klägerin. Da die Bestellung des Kurators einen ausdrücklichen Antrag des Gegners voraussetze und es hier schon an der Voraussetzung der Gegnerschaft der Antragstellerin mangle, sei auf das übrige Vorbringen der Streitteile betreffend die behauptete Interessenkollision des Mag. J* nicht weiter einzugehen. Über den Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gem § 15a GmbHG sei vom Firmenbuchrichter im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden, an den der Antrag gem § 17 Abs 7 Geo abzutreten sei. Mit dem weiters angefochtenen Beschluss ON 18 wies das Erstgericht den Antrag der Nebenintervenientin auf Bestellung eines Prozesskurators gem Paragraph 8, ZPO als unzulässig zurück, sprach aus, dass über den Eventual-antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gem Paragraph 15 a, GmbHG im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden sei und trat diesen an das Handelsgericht Wien als Firmenbuchgericht ab. Zur Begründung führte das Erstgericht im wesentlichen aus, die streitgenössische Nebenintervenientin sei auf der Seite der Beklagten in das Verfahren eingetreten und daher nicht deren "Gegner" iSd Paragraph 8, ZPO. Auch der Umstand, dass ein streitgenössischer Nebenintervenient einen Rechtsstreit gegen den Willen der Hauptpartei fortführen könne, qualifiziere ihn nicht zu deren "Gegner". Gegner der Nebenintervenientin sei vielmehr die Klägerin. Da die Bestellung des Kurators einen ausdrücklichen Antrag des Gegners voraussetze und es hier schon an der Voraussetzung der Gegnerschaft der Antragstellerin mangle, sei auf das übrige Vorbringen der Streitteile betreffend die behauptete Interessenkollision des Mag. J* nicht weiter einzugehen. Über den Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gem Paragraph 15 a, GmbHG sei vom Firmenbuchrichter im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden, an den der Antrag gem Paragraph 17, Absatz 7, Geo abzutreten sei.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Nebenintervenientin ON 19, mit welchem die Abänderung im Sinne einer Bestellung eines Prozesskurators nach § 8 ZPO beantragt wird; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt. Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Nebenintervenientin ON 19, mit welchem die Abänderung im Sinne einer Bestellung eines Prozesskurators nach Paragraph 8, ZPO beantragt wird; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Rechtliche Beurteilung

Aus Anlass der zulässigen Rekurse der Nebenintervenientin war vom Rekursgericht der bereits bei Einbringung der Klage bestehende Mangel der gesetzlichen Vertretung der Beklagten von Amts wegen wahrzunehmen:

Festzuhalten ist zunächst, dass nach den vom Rekursgericht gepflogenen Erhebungen für die Beklagte vom Firmenbuchgericht bisher kein Notgeschäftsführer nach § 15a ZPO bestellt wurde (s AV v. 20.3.2008). Festzuhalten ist zunächst, dass nach den vom Rekursgericht gepflogenen Erhebungen für die Beklagte vom Firmenbuchgericht bisher kein Notgeschäftsführer nach Paragraph 15 a, ZPO bestellt wurde (s AV v. 20.3.2008).

Weiters wird festgestellt, dass Mag. J* die Beklagtenvertreterin mit "Vollmacht und Ermächtigung" vom 20.11.2006 namens der Beklagten zur Vertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren und Belangen bevollmächtigte und ermächtigte. Nach dem Inhalt dieser Urkunde ist die Beklagtenvertreterin ermächtigt, nach eigenem Ermessen selbständig für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln. Weiters ist festgehalten, dass die Vollmacht auch eine Prozessvollmacht gemäß § 31 ZPO umfasst und sich Vollmacht und Ermächtigung insbesondere auf das vor dem Handelsgericht Wien zu 10 Cg 176/06x bereits anhängige Verfahren einschließlich des Provisorialverfahrens sowie auf alle sonstigen, auch zukünftigen, gesellschaftsrechtlichen, firmenbuchrechtlichen und sonstigen Verfahren bezieht (Beilage ./1 zu ON 16). Weiters wird festgestellt, dass Mag. J* die Beklagtenvertreterin mit "Vollmacht und Ermächtigung" vom 20.11.2006 namens der Beklagten zur Vertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren und Belangen bevollmächtigte und ermächtigte. Nach dem Inhalt dieser Urkunde ist die Beklagtenvertreterin ermächtigt, nach eigenem Ermessen selbständig für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln. Weiters ist festgehalten, dass die Vollmacht auch eine Prozessvollmacht gemäß Paragraph 31, ZPO umfasst und sich Vollmacht und Ermächtigung insbesondere auf das vor dem Handelsgericht Wien zu 10 Cg 176/06x bereits anhängige Verfahren einschließlich des Provisorialverfahrens sowie auf alle sonstigen, auch zukünftigen, gesellschaftsrechtlichen, firmenbuchrechtlichen und sonstigen Verfahren bezieht (Beilage ./1 zu ON 16).

Gem § 42 Abs 1 GmbHG ist die Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses der Gesellschaft gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer, wenn jedoch die Geschäftsführer selbst klagen, durch den Aufsichtsrat vertreten. Wenn sowohl Geschäftsführer als auch Mitglieder des Aufsichtsrates klagen oder wenn kein Aufsichtsrat besteht und ein anderer Vertreter der Gesellschaft nicht vorhanden ist, hat das Gericht einen Kurator zu ernennen. Gem Paragraph 42, Absatz eins, GmbHG ist die Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses der Gesellschaft gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer, wenn jedoch die Geschäftsführer selbst klagen, durch den Aufsichtsrat vertreten. Wenn sowohl Geschäftsführer als auch Mitglieder des Aufsichtsrates klagen oder wenn kein Aufsichtsrat besteht und ein anderer Vertreter der Gesellschaft nicht vorhanden ist, hat das Gericht einen Kurator zu ernennen.

Nach dem Registerstand ist Mag. J* einziger Geschäftsführer der Beklagten. Gleichzeitig ist er einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin. Zwar ist M* N* als Prokuristin für die Beklagte eingetragen; sie kann aber nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem weiteren Prokuristen vertreten. Da auch ein weiterer Prokurist nicht vorhanden ist, bedeutet dies, dass bei der Beklagten niemand in der Lage ist, ohne Mag. J* (aktive) Vertretungshandlungen zu setzen.

Im vorliegenden Fall ist also die Konstellation jener ähnlich, welcher der Regelung des § 42 Abs 1 letzter Satz GmbHG zu Grunde liegt. Letztlich muss aber nicht geklärt werden, ob diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall direkt anwendbar ist. Sie konkretisiert nämlich ohnehin nur den allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, wonach eine Partei nicht nur dann eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, wenn für sie kein solcher bestellt ist, sondern auch dann, wenn der berufene gesetzliche Vertreter im Einzelfall durch eine Interessenkollision materiell von der Vertretung ausgeschlossen ist (Schubert in Fasching/Konecny² § 8 ZPO Rz 4). Im vorliegenden Fall ist also die Konstellation jener ähnlich, welcher der Regelung des Paragraph 42, Absatz eins, letzter Satz GmbHG zu Grunde liegt. Letztlich muss aber nicht geklärt werden, ob diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall direkt anwendbar ist. Sie konkretisiert nämlich ohnehin nur den allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, wonach eine Partei nicht nur dann eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, wenn für sie kein solcher bestellt ist, sondern auch dann, wenn der berufene gesetzliche Vertreter im Einzelfall durch eine Interessenkollision materiell von der Vertretung ausgeschlossen ist (Schubert in Fasching/Konecny² Paragraph 8, ZPO Rz 4).

Dass angesichts der Doppelstellung des Mag. J* als geschäftsführender Alleingesellschafter der Klägerin und einziger Geschäftsführer der Beklagten eine solche Interessenkollision vorliegt, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden und wird letztlich auch von der Klägerin und der Beklagtenvertreterin nicht in Abrede gestellt. Diese meinen aber zusammengefasst, durch die der Beklagtenvertreterin schon vor Eintritt des Kollisionsfalles erteilte (allgemeine) Prozessvollmacht mit der Ermächtigung, nach eigenem Ermessen für die Beklagte einzuschreiten und zu handeln, sei dennoch für eine die objektiven Interessen der Beklagten wahrende Vertretung gesorgt.

Dem kann nicht beigeprägt werden. Zunächst ist der von der Beklagtenvertreterin zur Stützung ihrer Argumentation gebrauchte Größenschluss, wenn der gänzliche Wegfall eines gesetzlichen Vertreters auf die erteilte Vollmacht keinen Einfluss habe, müsse dies um so mehr für den Fall gelten, in dem "nur" eine Interessenkollision

vorliege, nicht zulässig. Vielmehr scheint bei gänzlichem Wegfall des gesetzlichen Vertreters die objektive Wahrung der Interessen der Partei durch eine schon vorher bevollmächtigte Person weniger gefährdet als dann, wenn ein gesetzlicher Vertreter weiterhin vorhanden ist, dieser aber andere - möglicherweise gegenteilige - Interessen verfolgt.

Letztlich können solche auf den speziellen Fall des Interessenskonfliktes abgestellten Erwägungen aber dahingesetzt bleiben, weshalb auch der Widerspruch zwischen den Behauptungen der Beklagtenvertreterin über die völlige Unabhängigkeit ihrer Vertretungstätigkeit vom Geschäftsführer der Beklagten zu ihren eigenen Ausführungen im Wiedereinsetzungsantrag ON 10, wonach die Zurückweisung ihrer Klagebeantwortung als verspätet auf unrichtige Informationen durch den Geschäftsführer zurückzuführen ist, nicht ins Gewicht fällt. Der den Ausführungen der Beklagtenvertreterin zugrunde liegende Gedanke der "Emanzipation" der erteilten Prozessvollmacht von der Person, welche sie erteilt hat, ist nämlich in der Zivilprozessordnung ohnehin verankert:

Gem §§ 155, 158 ZPO ist das Verfahren trotz des Todes einer Partei oder des Todes oder des Verlustes der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters einer Partei dann nicht zu unterbrechen, wenn die Partei durch einen Rechtsanwalt oder einen Prozessbevollmächtigten vertreten ist. Diese Bestimmungen über die Fortsetzung eines bereits anhängigen Verfahrens trotz Verlustes der Prozessfähigkeit oder Eintrittes des Mangels der gesetzlichen Vertretung sind aber nicht auf den Fall anzuwenden, in dem das Verfahren gegen eine bereits prozessunfähige oder gesetzlich nicht ordnungsgemäß vertretene Partei eingeleitet wurde (s Klauser/Kodek ZPO16 § 158 ZPO E 4). Die Frage des Mangels der Prozessfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung beim Kläger vor Überreichung, beim Beklagten vor Zustellung der Klage ist nach den §§ 6, 7 ZPO zu beurteilen (s Stohanzl MTK ZPO9 Anm zu § 158 ZPO). Gem Paragraphen 155, 158, ZPO ist das Verfahren trotz des Todes einer Partei oder des Todes oder des Verlustes der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters einer Partei dann nicht zu unterbrechen, wenn die Partei durch einen Rechtsanwalt oder einen Prozessbevollmächtigten vertreten ist. Diese Bestimmungen über die Fortsetzung eines bereits anhängigen Verfahrens trotz Verlustes der Prozessfähigkeit oder Eintrittes des Mangels der gesetzlichen Vertretung sind aber nicht auf den Fall anzuwenden, in dem das Verfahren gegen eine bereits prozessunfähige oder gesetzlich nicht ordnungsgemäß vertretene Partei eingeleitet wurde (s Klauser/Kodek ZPO16 Paragraph 158, ZPO E 4). Die Frage des Mangels der Prozessfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung beim Kläger vor Überreichung, beim Beklagten vor Zustellung der Klage ist nach den Paragraphen 6, 7, ZPO zu beurteilen (s Stohanzl MTK ZPO9 Anmerkung zu Paragraph 158, ZPO).

Auch auf § 35 Abs 1 ZPO kann die Ansicht, die Beklagte sei durch die oben festgestellte (allgemeine) Prozessvollmacht für die Beklagtenvertreterin im vorliegenden Verfahren ordnungsgemäß vertreten, nicht gestützt werden. Demnach wird die Prozessvollmacht weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozessfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben. Auch diese Bestimmung kommt aber bei Tod des Vollmachtgebers vor Einleitung des Rechtsstreits nicht zur Anwendung (8 Ob 41/06x; Fucik in Rechberger³ § 35 Rz 1), wobei das Gesetz keinen Anhaltspunkt für die Annahme bietet, beim Eintritt des Mangels der gesetzlichen Vertretung vor Einleitung des Rechtsstreites solle anderes gelten. Dabei verkennt das Rekursgericht nicht, dass der OGH - zum Teil im Gegensatz zu davor und danach ergangenen oberstgerichtlichen Erkenntnissen - auch schon ausgesprochen hat, die erteilte Prozessvollmacht erlösche nicht deshalb, weil über das Vermögen des Machtgebers noch vor Klagsanbringung der Konkurs eröffnet worden sei (SZ 70/33); dort ging es aber um eine auf einen konkreten Rechtsstreit bezogene Prozessvollmacht samt Auftrag zur Klagsführung. Für solche, auf einen genau bestimmten (wenn auch noch nicht gerichtsanhängigen) Rechtsstreit bezogene Prozessvollmachten wird auch von einem Teil der Lehre die Ansicht vertreten, dass § 35 ZPO - im Gegensatz zu § 155 ZPO - nicht nur ein bereits im Gang befindliches Verfahren schützen solle (s Zib in Fasching/Konecny² § 35 Rz 17). Auch auf Paragraph 35, Absatz eins, ZPO kann die Ansicht, die Beklagte sei durch die oben festgestellte (allgemeine) Prozessvollmacht für die Beklagtenvertreterin im vorliegenden Verfahren ordnungsgemäß vertreten, nicht gestützt werden. Demnach wird die Prozessvollmacht weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozessfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben. Auch diese Bestimmung kommt aber bei Tod des Vollmachtgebers vor Einleitung des Rechtsstreits nicht zur Anwendung (8 Ob 41/06x; Fucik in Rechberger³ Paragraph 35, Rz 1), wobei das Gesetz keinen Anhaltspunkt für die Annahme bietet, beim Eintritt des Mangels der gesetzlichen Vertretung vor Einleitung des Rechtsstreites solle anderes gelten. Dabei verkennt das Rekursgericht nicht, dass der OGH - zum Teil im Gegensatz zu davor und danach ergangenen oberstgerichtlichen Erkenntnissen - auch schon ausgesprochen hat, die erteilte Prozessvollmacht erlösche nicht deshalb, weil über das Vermögen des Machtgebers noch vor Klagsanbringung der

Konkurs eröffnet worden sei (SZ 70/33); dort ging es aber um eine auf einen konkreten Rechtsstreit bezogene Prozessvollmacht samt Auftrag zur Klagsführung. Für solche, auf einen genau bestimmten (wenn auch noch nicht gerichtsanhängigen) Rechtsstreit bezogene Prozessvollmachten wird auch von einem Teil der Lehre die Ansicht vertreten, dass Paragraph 35, ZPO - im Gegensatz zu Paragraph 155, ZPO - nicht nur ein bereits im Gang befindliches Verfahren schützen solle (s Zib in Fasching/Konecny² Paragraph 35, Rz 17).

Hier beruft sich die Beklagtenvertreterin aber auf eine allgemeine Prozessvollmacht, die anlässlich eines anderen Gerichtsverfahrens zu einem Zeitpunkt erteilt wurde, als noch gar nicht absehbar war, dass der vorliegende Rechtsstreit überhaupt entstehen könnte. Auf eine solche vor Einleitung des Rechtsstreites erteilte "Generalprozessvollmacht" will auch Zib (aaO Rz 19) § 35 ZPO nicht angewendet wissen. Hier beruft sich die Beklagtenvertreterin aber auf eine allgemeine Prozessvollmacht, die anlässlich eines anderen Gerichtsverfahrens zu einem Zeitpunkt erteilt wurde, als noch gar nicht absehbar war, dass der vorliegende Rechtsstreit überhaupt entstehen könnte. Auf eine solche vor Einleitung des Rechtsstreites erteilte "Generalprozessvollmacht" will auch Zib (aaO Rz 19) Paragraph 35, ZPO nicht angewendet wissen.

Da gem § 6 Abs 1 ZPO der Mangel der gesetzlichen Vertretung in jeder Lage des Rechtsstreits von Amts wegen zu berücksichtigen ist, hätte der Beklagten wegen des bei ihrem einzigen Geschäftsführer bestehenden Interessenskonfliktes - unabhängig davon, ob § 42 Abs 1 GmbHG auf den vorliegenden Fall angewendet wird - schon die Klage nicht zugestellt werden dürfen. Daran vermag infolge der Unanwendbarkeit der §§ 35 Abs 1, 158 ZPO (s oben) auch der Umstand, dass die Beklagte schon vor Eintritt des Interessenskonfliktes einem Rechtsanwalt eine allgemeine Prozessvollmacht erteilt hatte, nichts zu ändern. Da gem Paragraph 6, Absatz eins, ZPO der Mangel der gesetzlichen Vertretung in jeder Lage des Rechtsstreits von Amts wegen zu berücksichtigen ist, hätte der Beklagten wegen des bei ihrem einzigen Geschäftsführer bestehenden Interessenskonfliktes - unabhängig davon, ob Paragraph 42, Absatz eins, GmbHG auf den vorliegenden Fall angewendet wird - schon die Klage nicht zugestellt werden dürfen. Daran vermag infolge der Unanwendbarkeit der Paragraphen 35, Absatz eins, 158, ZPO (s oben) auch der Umstand, dass die Beklagte schon vor Eintritt des Interessenskonfliktes einem Rechtsanwalt eine allgemeine Prozessvollmacht erteilt hatte, nichts zu ändern.

Der häufigste Anwendungsfall des § 8 ZPO ist dann gegeben, wenn die Klage an eine prozessunfähige Partei zugestellt werden soll. Hier ermöglicht erst der Antrag nach § 8 ZPO und die Bestellung eines Kurators die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens (Schubert in Fasching/Konecny² § 8 ZPO Rz 6). Die Kuratorbestellung nach § 8 ZPO obliegt dem Prozessgericht (aaO Rz 8). Sie setzt aber einen ausdrücklichen Antrag des Gegners voraus; ein von Amts wegen gefasster Bestellungsbeschluss ist nichtig (aaO Rz 12). Der häufigste Anwendungsfall des Paragraph 8, ZPO ist dann gegeben, wenn die Klage an eine prozessunfähige Partei zugestellt werden soll. Hier ermöglicht erst der Antrag nach Paragraph 8, ZPO und die Bestellung eines Kurators die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens (Schubert in Fasching/Konecny² Paragraph 8, ZPO Rz 6). Die Kuratorbestellung nach Paragraph 8, ZPO obliegt dem Prozessgericht (aaO Rz 8). Sie setzt aber einen ausdrücklichen Antrag des Gegners voraus; ein von Amts wegen gefasster Bestellungsbeschluss ist nichtig (aaO Rz 12).

Gem § 9 Abs 3 ZPO gelten die Regeln für die Kuratorbestellung nach §§ 8 ff ZPO auch in allen anderen Fällen, in welchen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder der ZPO durch das Prozessgericht für eine Partei in bürgerlichen Streitsachen ein Kurator zu bestellen ist. § 42 Abs 1 Satz 2 GmbHG ist nur ein Sonderfall der Kuratorenbestellung durch das Prozessgericht. Obwohl das GmbHG nicht ausdrücklich einen Bestellungsantrag fordert, ergibt sich ein solches Erfordernis schon aus § 9 Abs 3 ZPO. Gleiches muss in allen jenen Fällen gelten, in denen juristische Personen im Rechtsstreit infolge einer Kollision der gesetzlichen Vertretung entbehren (aaO § 9 Rz 10). Gem Paragraph 9, Absatz 3, ZPO gelten die Regeln für die Kuratorbestellung nach Paragraphen 8, ff ZPO auch in allen anderen Fällen, in welchen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder der ZPO durch das Prozessgericht für eine Partei in bürgerlichen Streitsachen ein Kurator zu bestellen ist. Paragraph 42, Absatz eins, Satz 2 GmbHG ist nur ein Sonderfall der Kuratorenbestellung durch das Prozessgericht. Obwohl das GmbHG nicht ausdrücklich einen Bestellungsantrag fordert, ergibt sich ein solches Erfordernis schon aus Paragraph 9, Absatz 3, ZPO. Gleiches muss in allen jenen Fällen gelten, in denen juristische Personen im Rechtsstreit infolge einer Kollision der gesetzlichen Vertretung entbehren (aaO Paragraph 9, Rz 10).

Der Gegner der vom Vertretungsmangel betroffenen Partei hat im Falle der Prozessunfähigkeit der anderen Partei bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 ZPO wohl das Recht, nicht aber die Pflicht, vorher bei anderen zuständigen

Stellen auf die Bestellung einer gesetzlichen Vertretung für den Prozessunfähigen hinzuwirken (aaO § 8 Rz 12). Im vorliegenden Fall käme außer dem Antrag auf Bestellung eines Kurators wohl vor allem der Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gem § 15a GmbHG an das Firmenbuchgericht in Frage, zumal die Bestellung eines Vertreters zur Prozessführung durch Beschlussfassung der Gesellschafter nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (s Koppensteiner/Rüffler GmbHG-Kommentar³ § 42 Rz 4) wohl nicht aussichtsreich erscheint. Der Gegner der vom Vertretungsmangel betroffenen Partei hat im Falle der Prozessunfähigkeit der anderen Partei bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 8, ZPO wohl das Recht, nicht aber die Pflicht, vorher bei anderen zuständigen Stellen auf die Bestellung einer gesetzlichen Vertretung für den Prozessunfähigen hinzuwirken (aaO Paragraph 8, Rz 12). Im vorliegenden Fall käme außer dem Antrag auf Bestellung eines Kurators wohl vor allem der Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gem Paragraph 15 a, GmbHG an das Firmenbuchgericht in Frage, zumal die Bestellung eines Vertreters zur Prozessführung durch Beschlussfassung der Gesellschafter nach Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 6, GmbHG (s Koppensteiner/Rüffler GmbHG-Kommentar³ Paragraph 42, Rz 4) wohl nicht aussichtsreich erscheint.

Wegen des von Anfang an bestehenden Mangels der gesetzlichen Vertretung der Beklagten (§ 477 Abs 1 Z 5 ZPO) war das Verfahren vom Rekursgericht aus Anlass der zulässigen und rechtzeitigen Rekurse der Nebenintervenientin als nichtig zu beheben. Eine Zurückweisung der Klage war aber nicht auszusprechen, weil der Mangel durch entsprechende (oben genannte) Schritte der Klägerin, welche ihr das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren gem § 6 Abs 2 ZPO unter Fristsetzung zu ermöglichen haben wird, noch sanierbar erscheint. Wegen des von Anfang an bestehenden Mangels der gesetzlichen Vertretung der Beklagten (Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 5, ZPO) war das Verfahren vom Rekursgericht aus Anlass der zulässigen und rechtzeitigen Rekurse der Nebenintervenientin als nichtig zu beheben. Eine Zurückweisung der Klage war aber nicht auszusprechen, weil der Mangel durch entsprechende (oben genannte) Schritte der Klägerin, welche ihr das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren gem Paragraph 6, Absatz 2, ZPO unter Fristsetzung zu ermöglichen haben wird, noch sanierbar erscheint.

Auf Grund der Nichtigerklärung des vorangegangenen Verfahrens ab einschließlich der Klagszustellung ist auf die Rekurse der Nebenintervenientin inhaltlich nicht mehr einzugehen. Auch der Frage, wie der Widerspruch zwischen der Rechtskraft des Beschlusses über die Zurückweisung der Klagebeantwortung der Beklagten mit jenem Beschluss zu lösen ist, mit dem nachträglich - ohne Bewilligung der Wiedereinsetzung - die Klagebeantwortung (deklarativ) als rechtzeitig zur Kenntnis genommen wurde, muss nicht mehr nachgegangen werden.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 51 Abs 3 ZPO. Zwar trifft die Klägerin ein Verschulden an der Einleitung des Verfahrens gegen die gesetzlich nicht ordnungsgemäß vertretene Beklagte; allerdings haben die Beklagte und die Nebenintervenientin das Verfahren zunächst fortgeführt, ohne sich auf dessen Nichtigkeit zu berufen. Die Frage, ob der Beklagten mangels gesetzlicher Vertretung in diesem Verfahren ein eigenes Verschulden an der Fortführung zugerechnet werden kann, stellt sich hier deshalb nicht, weil der streitgenössischen Nebenintervenientin nach § 42 Abs 6 GmbHG iVm § 20 ZPO die Stellung einer einheitlichen Streitpartei iSd § 14 ZPO zukommt, sodass auch für sie die für Parteien geltenden Kostenersatzregeln gelten und auch § 46 Abs 2 ZPO, welcher die solidarische Kostenersatzpflicht der unterlegenen Streitgenossen anordnet, anzuwenden ist (s RIS-Justiz RS0117804; Bydlinski in Fasching/Konecny² § 41 ZPO Rz 14 u § 46 Rz 6 mwN; Obermaier, Das Kostenhandbuch, Rz 262). Diesen Grundsätzen folgend sind im vorliegenden Fall bis zu jenem Zeitpunkt, in dem die Nebenintervenientin auf die Nichtigkeit des vorliegenden Verfahrens und die Notwendigkeit der Bestellung eines Kurators hinwies, nicht nur die Kosten im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin aufzuheben. Vielmehr ergibt sich aus der genannten Solidarhaftung auch, dass sich die Beklagte das Verschulden des auf ihrer Seite beigetretenen streitgenössischen Nebenintervenienten an der Fortführung des Verfahrens zurechnen lassen muss. Die Kostenentscheidung gründet auf Paragraph 51, Absatz 3, ZPO. Zwar trifft die Klägerin ein Verschulden an der Einleitung des Verfahrens gegen die gesetzlich nicht ordnungsgemäß vertretene Beklagte; allerdings haben die Beklagte und die Nebenintervenientin das Verfahren zunächst fortgeführt, ohne sich auf dessen Nichtigkeit zu berufen. Die Frage, ob der Beklagten mangels gesetzlicher Vertretung in diesem Verfahren ein eigenes Verschulden an der Fortführung zugerechnet werden kann, stellt sich hier deshalb nicht, weil der streitgenössischen Nebenintervenientin nach Paragraph 42, Absatz 6, GmbHG in Verbindung mit Paragraph 20, ZPO die Stellung einer einheitlichen Streitpartei iSd Paragraph 14, ZPO zukommt, sodass auch für sie die für Parteien geltenden Kostenersatzregeln gelten und auch Paragraph 46, Absatz 2, ZPO, welcher die solidarische Kostenersatzpflicht der unterlegenen Streitgenossen anordnet, anzuwenden ist (s RIS-Justiz RS0117804; Bydlinski in Fasching/Konecny² Paragraph 41, ZPO Rz 14 u Paragraph 46, Rz 6 mwN; Obermaier, Das Kostenhandbuch, Rz 262).

Diesen Grundsätzen folgend sind im vorliegenden Fall bis zu jenem Zeitpunkt, in dem die Nebenintervenientin auf die Nichtigkeit des vorliegenden Verfahrens und die Notwendigkeit der Bestellung eines Kurators hinwies, nicht nur die Kosten im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin aufzuheben. Vielmehr ergibt sich aus der genannten Solidarhaftung auch, dass sich die Beklagte das Verschulden des auf ihrer Seite beigetretenen streitgenössischen Nebenintervenienten an der Fortführung des Verfahrens zurechnen lassen muss.

In ihrem Antrag auf Bestellung eines Prozesskurators wies die Nebenintervenientin zwar zutreffend auf die vorliegende Nichtigkeit hin, sodass ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich ein Zuspruch von Prozesskosten in Frage kommen würde. Der genannte Antrag wurde aber vom Erstgericht richtigerweise mangels Antragslegitimation der Nebenintervenientin zurückgewiesen. Wie oben bereits erwähnt, setzt die Kuratorbestellung nach § 8 ZPO nämlich einen ausdrücklichen Antrag des Gegners voraus (Schubert in Fasching/Konecny² § 8 Rz 12); dies gilt gem § 9 Abs 3 ZPO auch für den Kurator nach § 42 Abs 1 GmbHG. Ein diesbezügliches Antragsrecht der Nebenintervenientin ist auch aus den Bestimmungen der §§ 20 iVm 14 ZPO nicht abzuleiten. Die Mitglieder einer einheitlichen Streitpartei sind nämlich als einheitliches Parteisubjekt anzusehen (Schubert aaO § 14 Rz 28) und können daher nie Prozessgegner sein. In ihrem Antrag auf Bestellung eines Prozesskurators wies die Nebenintervenientin zwar zutreffend auf die vorliegende Nichtigkeit hin, sodass ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich ein Zuspruch von Prozesskosten in Frage kommen würde. Der genannte Antrag wurde aber vom Erstgericht richtigerweise mangels Antragslegitimation der Nebenintervenientin zurückgewiesen. Wie oben bereits erwähnt, setzt die Kuratorbestellung nach Paragraph 8, ZPO nämlich einen ausdrücklichen Antrag des Gegners voraus (Schubert in Fasching/Konecny² Paragraph 8, Rz 12); dies gilt gem Paragraph 9, Absatz 3, ZPO auch für den Kurator nach Paragraph 42, Absatz eins, GmbHG. Ein diesbezügliches Antragsrecht der Nebenintervenientin ist auch aus den Bestimmungen der Paragraphen 20, in Verbindung mit 14 ZPO nicht abzuleiten. Die Mitglieder einer einheitlichen Streitpartei sind nämlich als einheitliches Parteisubjekt anzusehen (Schubert aaO Paragraph 14, Rz 28) und können daher nie Prozessgegner sein.

Diese Sichtweise ist nicht - wie die Nebenintervenientin meint - formalistisch, sondern sachgerecht. Mit ihrer gegenteiligen Ansicht übersieht die Nebenintervenientin offenbar, dass der Zweck des Antrages auf Bestellung eines Kurators letztlich in der Ermöglichung der Klagsführung bzw in der Verhinderung der Zurückweisung der Klage liegt. Weshalb ein Streitgenosse der Beklagten zu diesem den Interessen der Klägerin dienenden Antrag legitimiert sein sollte, vermag die Nebenintervenientin nicht schlüssig darzulegen. Der aus diesem Grund richtigerweise zurückgewiesene und daher nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung iSd § 41 ZPO notwendige Antrag der Beklagten auf Bestellung eines Kurators ist somit nicht zu honorieren. Diese Sichtweise ist nicht - wie die Nebenintervenientin meint - formalistisch, sondern sachgerecht. Mit ihrer gegenteiligen Ansicht übersieht die Nebenintervenientin offenbar, dass der Zweck des Antrages auf Bestellung eines Kurators letztlich in der Ermöglichung der Klagsführung bzw in der Verhinderung der Zurückweisung der Klage liegt. Weshalb ein Streitgenosse der Beklagten zu diesem den Interessen der Klägerin dienenden Antrag legitimiert sein sollte, vermag die Nebenintervenientin nicht schlüssig darzulegen. Der aus diesem Grund richtigerweise zurückgewiesene und daher nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung iSd Paragraph 41, ZPO notwendige Antrag der Beklagten auf Bestellung eines Kurators ist somit nicht zu honorieren.

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes des Rekursgerichtes folgt der Bewertung durch die Klägerin, von der abzugehen kein Anlass besteht.

Die Nichtigkeitsklärung des Verfahrens ohne Zurückweisung der Klage im Rekursverfahren ist eine Entscheidung, deren Anfechtbarkeit nach § 528 ZPO zu beurteilen ist (Zechner in Fasching/Konecny² § 519 Rz 18; s auch RIS-Justiz RS0113736). Die Nichtigkeitsklärung des Verfahrens ohne Zurückweisung der Klage im Rekursverfahren ist eine Entscheidung, deren Anfechtbarkeit nach Paragraph 528, ZPO zu beurteilen ist (Zechner in Fasching/Konecny² Paragraph 519, Rz 18; s auch RIS-Justiz RS0113736).

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig. Wie oben dargelegt bestehen zwar in Judikatur und Lehre divergierende Ansichten über die Reichweite des § 35 Abs 1 ZPO. Einigkeit besteht aber darüber, dass diese Bestimmung auf eine vor dem Tod der Partei bzw dem Eintritt der Prozessunfähigkeit oder des Mangels der gesetzlichen Vertretung erteilte "Generalprozessvollmacht", wie sie der Beklagtenvertreterin im vorliegenden Fall erteilt wurde, jedenfalls nicht anwendbar ist. Es war somit keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 528 Abs 1 ZPO zu lösen. Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig. Wie oben dargelegt bestehen zwar in Judikatur und Lehre divergierende Ansichten über die Reichweite des Paragraph 35, Absatz eins, ZPO. Einigkeit besteht aber darüber, dass diese

Bestimmung auf eine vor dem Tod der Partei bzw dem Eintritt der Prozessunfähigkeit oder des Mangels der gesetzlichen Vertretung erteilte "Generalprozessvollmacht", wie sie der Beklagtenvertreterin im vorliegenden Fall erteilt wurde, jedenfalls nicht anwendbar ist. Es war somit keine erhebliche Rechtsfrage iSd Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zu lösen.

Textnummer

EW8104

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OLG0009:2008:00100R00164.07F.0331.000

Im RIS seit

03.06.2026

Zuletzt aktualisiert am

03.06.2026

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