

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* **Gerhard Hopf**

*Redaktion* **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**

*Evidenzblatt* **Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**

*Anmerkungen* **Andreas Konecny, Martin Spitzer**

Oktober 2014

20

893 – 940

## Aktuelles

**StGB 2015 – Steht uns eine „große“ Reform  
des StGB 1975 bevor?** ➔ 893

## Beiträge

**Mobbingverbot – was nun?**

*Herbert Hopf* ➔ 897

**VwGH-Rechtsprechung zum Baurecht 2013** *Reinhold Moritz* ➔ 904

## Evidenzblatt

**Rechtskraft eines Beschlusses trotz Zustellung an einen gesetzwidrig  
bestellten Zustellkurator** *Wolfgang Jelinek* ➔ 913

**Transnationaler Formwechsel einer Personengesellschaft**

*Roman A. Rauter* ➔ 917

**Tätigkeit von SV in parallel geführten Zivilverfahren** ➔ 926

## Forum

**Rechtsschutz bei fehlerhafter Bestellung eines Abwesenheitskurators**

*Martin Trenker* ➔ 936

**Gesellschafterbeschlüsse und Untreue** *Johannes Zollner* ➔ 938

## Rechtsschutz bei fehlerhafter Bestellung eines Abwesenheitskurators

ÖJZ 2014/139

### Problemaufriss und Sachverhalt von 8 ObA 4/14 t

Die E 8 ObA 4/14 t ist in zweifacher Hinsicht von großer Bedeutung: Erstens werden die Voraussetzungen der in der Praxis häufig thematisierten Heilung eines Zustellmangels behandelt. Zweitens widmet sich die Entscheidung einmal mehr (zB 5 Ob 261/05 a JBl 2007, 119; 1 Ob 71/10 p Zak 2010, 359; RIS-Justiz RS0116036 mit Beisatz T 5; RS0116039 mit Beisatz T 3) der Frage, ob bzw wann trotz mangelhafter Zustellung eines Urteils die entsprechenden Rechtsmittelfristen ausgelöst werden und folglich formelle Rechtskraft eintreten kann. Zugleich liegt in der Beantwortung dieser Frage die praktisch gebotene Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich für eine Berufung gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO und einer Nichtigkeitsklage gem § 529 Abs 1 Z 2 ZPO.

Gegenstand des Verfahrens war eine Berufung der Bekl gegen ein Urteil, in dem sie durch einen unzulässig bestellten Abwesenheitskurator vertreten worden war. Mehrere Monate nach Zustellung des Urteils an den Kl und den Kurator hatte die Bekl – allerdings ohne anwaltliche Vertretung – bereits einen offenbar unsubstanzierten Wiedereinsatzantrag (§ 146 ZPO) gestellt, ehe sie etwas mehr als einen Monat nach Abweisung dieses Antrags die vorliegende Berufung wegen Nichtigkeit, wesentlichen Verfahrensmangels und unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhob.

### Nichtigkeit bei fehlerhafter Kuratorbestellung

Unzweifelhaft ist, dass ein Verfahren, das mit einem unzulässigerweise bestellten Abwesenheitskurator geführt wurde, nichtig gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO ist (1 Ob 714/84 EFSlg 49.704; 6 Ob 601/86; 8 Ob 48/03x EFSlg 106.521). Im vorliegenden Fall war offenbar unstrittig, dass die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung gem § 116 ZPO (dazu ausf *Trenker*, Der prozessuale Abwesenheitskurator, insbesondere im Kontext europäischen Zivilprozessrechts, ZfRV 2013, 213 [215 ff]) nicht gegeben waren. Nicht ganz klar ist allerdings, ob der OGH mit der Bemerkung (Punkt 3.1.), dass die Unzulässigkeit zufolge der Nichtbescheinigung naheliegender Erhebungen des Kl über die Zustelladresse geltend gemacht wurde, den Standpunkt vertritt, dass die fehlende Bescheinigung unabhängig vom Vorliegen einer tatsächlichen Abwesenheit des Betroffenen zur Nichtigkeit der Bestellung führt. Tatsächlich dürfte dieses Verständnis auch einer jüngeren E des 6. Senats des OGH zugrunde liegen (6 Ob 16/14t; ebenso LGZ Wien 42 R 820/03d EFSlg 105.751). Allerdings setzt sich dieser nicht mit jener älteren Rsp auseinander, wonach eine Nichtigkeit des Verfahrens trotz unterbliebener Bescheinigung der Abwesenheit iSd § 116 ZPO iVm § 115 ZPO iVm § 25 ZustellG nur anzunehmen ist, wenn die Abwesenheit auch tatsächlich nicht vorgele-

gen hat (RIS-Justiz RS0036489, zB 1 Ob 405/51 EvBl 1951/403, 486). Letzterer Auffassung ist mE aber der Vorzug zu geben, weil es systeminkonsistent wäre (vgl nur § 496 Abs 1 Z 2 ZPO), dass ein Mangel bei der Stoffsammlung zur Aufhebung der Kuratorbestellung (und zur Nichtigkeit eines gesamten Verfahrens) führt, obwohl feststeht, dass die gewählte Vorgehensweise trotz des Verfahrensmangels inhaltlich richtig war. Es bleibt daher zu hoffen, dass der OGH in Zukunft zu seiner älteren Judikaturlinie zurückkehren wird.

### Rechtsschutz: keine formelle Rechtskraft bei offensichtlichem Mangel

Mit noch größeren Unsicherheiten behaftet ist ferner die Frage, ob bzw wann formelle Rechtskraft trotz eines Zustellmangels im weitesten Sinn eintritt. Dies ist deshalb bedeutsam, weil nach Eintritt der Rechtskraft keine Berufung mehr, sondern nur noch eine Nichtigkeitsklage eingebracht werden kann, für die formelle Rechtskraft aber Voraussetzung ist (ausf zum Problem *Jelinek* in *Fasching/Konecny* [Hrsg], Zivilprozessgesetze IV/1<sup>2</sup> [2005] § 529 Rz 77 ff mwN). Ausgehend von der Entscheidung eines verstSen (1 Ob 6/01 s JBl 2002, 320), wonach formelle Rechtskraft iSd § 529 Abs 1 Z 2 ZPO auch eintritt, wenn das Urteil einer prozessunfähigen Person zugestellt wird, geht die überwiegende L (*Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Saner/Wessely* [Hrsg], Österreichisches Zustellrecht<sup>2</sup> [2011] § 116 ZPO Rz 5; *Gitschthaler* in *Rechberger* [Hrsg], ZPO<sup>4</sup> [2014] §§ 116 – 119 Rz 8; *Trenker*, ZfRV 2013, 213 [218 f mwN]; aA noch 1 Ob 714/84 EFSlg 49.704) grundsätzlich davon aus, dass der Lauf der Rechtsmittelfristen auch bei Zustellung an einen unzulässigerweise bestellten Abwesenheitskurator ausgelöst wird. Auch der 1. Senat (1 Ob 155/10 s EvBl 2011/44, 314 [*Jelinek*]) und der 6. Senat (6 Ob 16/14 t) – dieser allerdings erst kurz nach Erlass der gegenständlichen Entscheidung – sind dieser Auffassung für das Außerstreitverfahren beigetreten.

Der 8. Senat verneint den Eintritt der Rechtskraft dagegen, wenn und weil der Mangel der Bestellung des Kurators offensichtlich sei (ebenso *Stumvoll* in *Fasching/Konecny* ErgBd<sup>2</sup> [2008] § 116 ZPO Rz 39 aE). Auch dafür findet sich ein Vorbild in der neueren Rsp zur Zustellung an einen Prozessunfähigen, wonach formelle Rechtskraft nicht eintreten könne, wenn die Prozessunfähigkeit bereits den Akten zu entnehmen sei. IdS wurde das angesprochene Judikat des verstSen (1 Ob 6/01 s JBl 2002, 320) insofern eingeschränkt, als die Urteilszustellung an einen Prozessunfähigen nicht zum Eintritt formeller Rechtskraft führen könne, wenn bereits ein Sachwalter bestellt worden sei (2 Ob 128/12 f Zak 2013, 22). Auch die Zustellung an einen Schuldner, über den das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, löst dementsprechend keine Rechtsmittelfrist aus (2 Ob 37/08 t RdW 2008, 784).

Diese Auffassung hat im Ergebnis für sich, dass die Partei nur dann auf den aufwendigeren Rechtsschutz via Nichtigkeitsklage verwiesen wird, wenn der Zustellmangel nicht aktenkundig oder offensichtlich ist und dementsprechend umfassende tatsächliche Erhebungen erforderlich sein können. Denn hierfür eignet sich das Erkenntnisverfahren im Rahmen der Nichtigkeitsklage besser (vgl *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> [1990] Rz 2044; *Trenker*, ZfRV 2013, 213 [218]). War der Mangel dagegen offensichtlich, so ist ggf nach einem Antrag auf neuerliche Zustellung mit einer Berufung gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO bzw gegen eine bereits eingeleitete Exekutionsführung mit einem Antrag auf Aufhebung der Vollstreckbarkeit (§ 7 Abs 3 EO) iVm einem Aufschiebungsantrag gem § 42 Abs 1 Z 9 EO (§ 7 Abs 5 EO) vorzugehen. Insgesamt ist zu konstatieren, dass sich der OGH somit im Ergebnis weitestgehend der Lehre von der Scheinrechtskraft

(vgl 1 Ob 155/10 s EvBl 2011/44, 314 [*Jelinek*]; so bereits früher 8 Ob 104/97 w SZ 71/113; 8 Ob 102/01 k MietSlg 53.821; RIS-Justiz RS0078895; ausf *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 2044) angenähert hat.

Als einziger Unterschied zur Scheinrechtskrafttheorie dürfte von der besagten Entscheidung des verstSen (1 Ob 6/01 s JBl 2002, 320) bleiben, dass nach neuerer Rsp auch bei nicht offenkundigen Mängeln kein Wahlrecht zwischen der Nichtigkeitsklage und einem Zustellungsantrag iVm einer Berufung besteht (s dagegen *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 2044 aE). Dies stellt den Betroffenen freilich vor das Problem, dass er zwischen evidenten und anderen Mängeln differenzieren muss, obwohl überaus fraglich ist, ob diese Abgrenzung stets eindeutig gezogen werden kann. Die bedenkliche Konsequenz der Wahl des falschen Rechtsmittels ist wegen der jeweils vierwöchigen (Not-)Befristung (§ 464 Abs 1; § 534 Abs 1 Z 2 ZPO), dass die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann. Praktisch kann diesem Problem zumindest durch eine Kumulation beider Rechtsbehelfe begegnet werden. Gegen die Zulässigkeit dieser Kumulation bestehen wohl keine Bedenken (so bereits früher 8 Ob 102/01 k MietSlg 53.821; 1 Ob 111/99 a MietSlg 51.761; 6 Ob 1/99 m), sofern man eine solche mit der hM (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> [2011] Rz 684 mwN; vgl auch 7 Ob 506/87 EvBl 1984/84, 325; aA *Sprung*, Konkurrenz von Rechtsbehelfen im zivilgerichtlichen Verfahren [1966] 53) allgemein bereits für gegeben erachtet, wenn die Kumulierung vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Bedenklich ist daher letztlich wohl nur, dass die Partei auf ihren (Anwalts-)Kosten sitzen bleibt, weil die Kosten für den konkret als unrichtig eingestuften Behelf mangels Notwendigkeit (§ 41 Abs 1 ZPO) sicherlich nicht ersatzfähig sind.

Auf eine zunehmende Konkretisierung des Tatbestands der Offenkundigkeit in der Rsp ist daher zu hoffen. Im Regelfall ist ein offenkundiger Mangel bei einer unzutreffenden Kuratorenbestellung mE freilich nicht anzunehmen (im Ergebnis wohl auch 1 Ob 155/10 s EvBl 2011/44, 314 [*Jelinek*]; 6 Ob 16/14 t). Jedenfalls wünschenswert ist, dass die „Weiterentwicklung“ der Entscheidung des verstSen (1 Ob 6/01 s JBl 2002, 320) nunmehr im Interesse der Rechtssicherheit ein Ende gefunden hat und zumindest rechtsdogmatisch Klarheit herrscht.

### Heilung des Zustellmangels?

Entscheidungswesentlich war aber auch unter Zugrundelegung der referierten Ansicht des OGH die Frage, ob die Berufungsfrist im vorliegenden Fall nicht ohnehin bereits abgelaufen war. Denn nach Ansicht des Kl wurde die mangelhafte Zustellung schon mehr als vier Wochen vor Einbringung der Berufung geheilt. Die Bekl hatte nämlich über einen Monat vor der Berufung einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 146 ZPO) eingebracht. Es ist daher in tatsächlicher Hinsicht unzweifelhaft, dass die Bekl schon wesentlich früher von der Existenz des Urteils Kenntnis erlangt hat.

In rechtlicher Hinsicht ist freilich ebenso unumstritten, dass bloße Kenntnis des zuzustellenden Schriftstücks einen Zustellmangel nicht heilt (RIS-Justiz RS0083733). Auch eine Anwendung von § 7 ZustellG, wonach ein Schriftstück trotz allfälliger Mängel als zugestellt gilt, sobald es dem Empfänger tatsächlich zukommt, wurde zu Recht verneint. Ausgehend von der hM, dass eine Heilung durch tatsächliches Erlangen des Schriftstücks nur in Betracht kommt, wenn derjenige auch als Zustellempfänger genannt ist, gegenüber welchem die fehlerhafte Zustellung wirksam werden soll (RIS-Justiz RS0106442; RS0083644 mit Beisatz T 1), ist § 7 ZustellG bei unzulässiger Kuratorenbestellung nämlich zwangsläufig unanwendbar. Denn die Angabe des Abwesenheitskurators als Zu-

stellempfänger ist gerade eine der zentralen Folgen seiner Bestellung; nicht ohne Grund wird er häufig auch als „Zustellkurator“ bezeichnet (dazu *Trenker*, ZfRV 2013, 213 [214 FN 13]). Im Übrigen verfügte die Bekl nur über eine Kopie des Urteils (P 2.2), was nach der Rsp ebenfalls nicht für eine Heilung gem § 7 ZustellG ausreicht (9 ObA 321/00 x; 8 Ob 50/12 t ZIK 2013, 29).

Sehr großzügig war der 8. Senat aber mit der Anwendung eines von der Judikatur aus allgemeinen Verfahrensgrundsätzen entwickelten weiteren Heilungsgrundes: Nach stRsp kann ein Zustellmangel nicht mehr geltend gemacht werden, sobald der Betroffene dem „Zustellinhalt gemäß reagiert hat“ (10 Ob 47/03 i MietSlg 55.783; 8 Ob 69/07 s MietSlg 59.706; RS0083731 mit Beisatz T 6, 7). Vorliegend sah der OGH im Antrag auf Wiedereinsetzung keine solche Reaktion, weil darin nicht angegeben wurde, auf welche Frist sich das Wiedereinsetzungsbegehren bezog (P 2.2). Ohne Kenntnis vom konkreten Wiedereinsetzungsantrag ist die Richtigkeit dieser Ansicht zwar schwer zu überprüfen. Es ist aber sehr unwahrscheinlich, dass die Bekl tatsächlich etwas anderes als eine Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist angestrebt hat; sie hat zumindest aus ihrer Warte jenen Rechtsbehelf erhoben, der ihr als Reaktion auf das Urteil angemessen erschien, wenngleich sie sich für die falsche Vorgehensweise entschied. Der der Heilung durch „zustellinhaltsgemäße Reaktion“ zugrundeliegende allgemeine verfahrensrechtliche Grundsatz, wonach sich eine Person nicht in Widerspruch zu ihren bereits gesetzten Prozesshandlungen setzen darf (*venire contra factum proprium*) (10 Ob 47/03 i MietSlg 55.783; ausf *Stumvoll* in *Fasching/Konecny* ErgBd<sup>2</sup> § 7 ZustellG Rz 23), wäre daher vorliegend mE zum Tragen gekommen. In 1 Ob 190/99 v (RdW 2000, 158) hatte dem OGH zB sogar die Berufung auf ein falsch zugestelltes Urteil bzw dessen Rechtskraft ausgereicht, um eine Heilung zu bejahen.

Im Ergebnis ist das Bemühen des OGH dennoch verständlich, der zu Unrecht von einem Abwesenheitskurator vertretenen Bekl zu effektivem Rechtsschutz zu verhelfen. Dogmatisch einwandfrei wäre dafür aber wohl von jener Rsp abzugehen gewesen, wonach „zustellinhaltsgemäßes Verhalten“ überhaupt die Heilung eines Zustellmangels bewirkt. Dafür spräche etwa, dass diese Auffassung einer gesetzlichen Grundlage entbehrt und in merkwürdigem Spannungsverhältnis zur sehr restriktiven Auslegung des explizit normierten Heilungsgrundes gem § 7 ZustellG steht (krit auch *Brenn*, Europäischer Zivilprozess [2005] Rz 256).

Es erscheint mir aber selbst aus Billigkeitsaspekten nicht unvertretbar, wenn die Berufung der Bekl als verspätetet zurückgewiesen worden wäre. Der Umstand, dass die Bekl bei ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung unvertreten war, bereitet zwar gewisses Unbehagen. Hätte sie aber im Zuge ihres Wiedereinsetzungsantrags nicht nur Verfahrenshilfe gem § 64 Abs 1 Z 1 lit a ZPO, also nicht nur Befreiung von den Gerichtsgebühren, sondern auch die Beigabe eines Rechtsanwalts (§ 64 Abs 1 Z 3 ZPO) beantragt (8 Ob 48/97 k), wäre die Berufung mE trotz Annahme einer Heilung aufgrund des Wiedereinsetzungsantrags rechtzeitig gewesen. Denn in analoger Anwendung von § 464 Abs 3 ZPO (dazu jüngst *G. Kodek*, Verfahrenshilfeantrag und Rechtsmittelfristen, Zak 2014, 143) hätte diesfalls die Berufungsfrist mit Rechtskraft der Abweisung des Verfahrenshilfeantrags neu zu laufen begonnen. Da die Bekl aber weder die Beauftragung eines Anwalts mit ihren eigenen Mitteln noch im Wege der Verfahrenshilfe für erforderlich hielt, spricht vieles dafür, dass sie sich auch mit den Konsequenzen ihres eigenen „juristischen Kunstfehlers“ abfinden muss.

*Martin Trenker,  
Universität Innsbruck*