

Zeitschrift für

EUROPARECHT 

**INT. PRIVATRECHT &
RECHTSVERGLEICHUNG**

Redaktion **Helmut Ofner** (Chefredakteur), **Alina Lengauer**

Wissenschaftlicher Beirat **Hans Hoyer**, **Michael Schweitzer**,

Willibald Posch, **Manfred Straube**

Begründet von **Fritz Schwind**

Oktober 2013

05

193 – 240

Europarecht

**Akteneinsicht in Kartellrechtssachen:
Abwägung widerstreitender Interessen
durch Gesetzgeber oder Richter?**

Marie-Therese Richter ➔ 196

Union Aktuell *Alina Lengauer* ➔ 202

Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

**Der prozessuale Abwesenheitskurator,
insbesondere im Kontext europäischen
Zivilprozessrechts**

Martin Trenker ➔ 213

Rechtsvergleichung

**Der US-amerikanische
„amicus curiae-brief“**

Johannes Oberlaber ➔ 229

Rechtsprechung

EuGH ➔ 209

Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht ➔ 226

Der prozessuale Abwesenheitskurator, insbesondere im Kontext europäischen Zivilprozessrechts

Der 9. Senat¹⁾ des OGH hatte sich jüngst mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die rügelose Einlassung durch einen prozessualen Abwesenheitskurator (§ 116 ZPO) gem Art 24 EuGVVO die internationale Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts heilen kann. Ebenso wie die Bejahung dieser Frage einen Eingriff in die Verteidigungsrechte des Beklagten bedeuten würde, hätte deren Verneinung eine Einschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes potentieller Kläger zur Folge. Nicht zuletzt wegen der somit vorzunehmenden Abwägung grundrechtlich geschützter Interessen sah sich der OGH veranlasst, die Frage dem EuGH vorzulegen.²⁾ Im vorliegenden Beitrag wird die praktisch durchaus bedeutsame Bestimmung des § 116 ZPO und deren Einbettung in die Systematik der EuGVVO untersucht, um anschließend den Gegenstand der Vorlagefrage umfassend durchleuchten zu können.

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

- A. Anlassfall 9 Ob 15/12 i
- B. Der Abwesenheitskurator nach nationalem Recht
 - 1. Allgemeines
 - 2. Bestellungs Voraussetzungen
 - a) Unbekannte Abgabestelle
 - b) Negativvoraussetzungen gem § 25 ZustellG
 - c) Erforderliche Vornahme einer Prozesshandlung
 - d) Internationale Zuständigkeit
 - 3. Bestellung und Kundmachung in der Ediktsdatei
 - 4. Rechtsschutz des (vermeintlich) Abwesenden
 - a) Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO
 - b) Nichtigkeitsklage gem § 529 Abs 1 Z 2 ZPO
 - c) Erthebungsantrag
 - d) Versagung der Anerkennung/Vollstreckung gem Art 34 Nr 2 iVm Art 45 EuGVVO

- 5. Kompetenzen des Abwesenheitskurators
- 6. Haftung des Abwesenheitskurators
- C. Heilung der internationalen Unzuständigkeit durch rügelose Einlassung des Abwesenheitskurators
 - 1. Prüfungsmaßstab auf Basis der bisherigen EuGH-Judikatur
 - 2. Auswirkungen mangelnder Zurechnung
 - 3. Auswirkungen einer Zurechnung
 - 4. Ergebnis
- D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Anlassfall 9 Ob 15/12 i

Der behauptete Sachverhalt betraf Schadenersatzansprüche mehrerer kasachischer Staatsbürger gegenüber einem

1) OGH 9 Ob 15/12 i wbl 2013/112.

2) Registriert als EuGH C-112/13, *Aljjev*.

ZfRV 2013/28

Art 24 EuGVVO;
Art 47 GRC;
§§ 116, 529 Abs 1
Z 2 ZPO

OGH 17. 12. 2012,
9 Ob 15/12 i

Abwesenheitskurator;
Zustellkurator;
internationale Zuständigkeit;
Heilung mangelnder internationaler Zuständigkeit;
Nichtigkeitsklage

ehemaligen kasachischen Botschafter³⁾ wegen der angeblichen Verschleppung und Ermordung der Ehegatten und Väter der Kläger. Inhaltlich hatte sich der OGH indes nicht näher mit diesen Vorwürfen auseinanderzusetzen, weil bereits die Frage nach der internationalen Zuständigkeit Österreichs zweifelhaft war. Der Beklagte hatte nämlich entgegen dem Vorbringen der Kläger keinen Wohnsitz in Österreich (mehr), sondern diesen nach der Feststellung des Erstgerichts in Malta. Allerdings wurde für den Beklagten auf Antrag der Kläger ein Abwesenheitskurator gem § 116 ZPO bestellt, der die Klagebeantwortung erstattete, ohne die internationale Zuständigkeit zu rügen. Wenig später schritt der Beklagte ein und wandte die internationale Unzuständigkeit ein, was die Frage nach einer bereits eingetretenen Heilung gem Art 24 EuGVVO⁴⁾ aufwarf. Der persönlich-räumliche Anwendungsbereich von Art 24 EuGVVO war im vorliegenden Fall zu bejahen, weil der Beklagte seinen Wohnsitz in Malta, also einem EU-Mitgliedstaat, hatte. Auch wenn der EuGH nämlich dazu noch nicht Stellung bezogen hat, ist unstrittig, dass es ausreicht, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat hat. Strittig ist nur, ob dies auch notwendige Voraussetzung ist⁵⁾ oder es nicht – wie von der (ö)hM⁶⁾ angenommen – ausreicht, dass eine der beiden Parteien in einem Mitgliedstaat lebt. Eine Mindermeinung geht sogar davon aus, dass keine Partei ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten haben müsse.⁷⁾

Die Frage nach der Heilung gem Art 24 EuGVVO veranlasste den 9. Senat letztlich zur Vorlage an den EuGH gem Art 267 AEUV, zumal sowohl deren Bejahung einen Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör des Beklagten als auch deren Verneinung eine Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes des Klägers bedeuten würde. Beides sind aber von Art 47 GRC bzw Art 6 MRK⁸⁾ geschützte Güter, weshalb keinesfalls von einem nicht vorlagebedürftigen *acte clair*⁹⁾ auszugehen war. Die Frage bleibt auch nach der Reform der EuGVVO von Bedeutung, zumal sich die relevanten Bestimmungen nur insoweit geändert haben, als das Ge-

richt vor der Einlassung durch den Beklagten gewisse Belehrungspflichten treffen (Art 26 Abs 2 EuGVVO nF).^{10), 11)}

Zur vollständigen Durchdringung des Vorlagegegenstands ist zuvor die Klärung der Fragen erforderlich, ob und unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Abwesenheitskurator gem § 116 ZPO bestellt werden kann, welcher Rechtsschutz einem vermeintlich Abwesenden zukommt und ob der Kurator nach österreichischem Recht überhaupt die Kompetenz zur rügelosen Einlassung hat. Nur so kann die volle Tragweite der möglichen Folgen einer (Nicht-)Zurechnung der Einlassung des Kurators beurteilt werden. Zugleich soll damit ein Beitrag zur Lösung vieler durchaus praxisrelevanter Streitfragen iZm prozessualen Abwesenheitskuratoren geleistet werden.

B. Der Abwesenheitskurator nach nationalem Recht

1. Allgemeines

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass ein Urteil nicht gegen eine Partei ergehen darf, der das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht zugestellt wurde. Da eine physische Zustellung nicht möglich ist, wenn die Person nicht auffindbar ist, das Verfahren aber auch nicht einfach stillstehen kann, weil dies an Rechtsverweigerung zulasten des Klägers grenzen würde, sieht die ZPO alternative Formen der Zustellung vor. Darunter fällt zunächst die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (§ 25 ZustellG iVm § 115 ZPO). Soweit aber die „Nothwendigkeit besteht, sich bei sonstiger Gefahr eines materiellrechtlichen Präjudizes über das zugestellte Schriftstück zu äußern oder sonst eine Proceszklärung abzugeben“, besteht ausweislich der Materialien¹²⁾ eine größere Schutzbedürftigkeit des Beklagten, welche die Bestellung eines Kurators erfordert. Insofern ist die Bestellung des Kurators gem § 116 ZPO¹³⁾ Ausfluss einer legislativen Interessenabwägung: Dem Kläger soll die grundsätzliche Möglichkeit einer Prozessführung nicht deshalb verwehrt werden, weil eine Zustellung an den Beklagten nicht möglich ist; es soll aber für seine Verteidigung durch eine geeignete Person gesorgt sein. Diese Besserstellung gegenüber einer öffentlichen Zustellung mit anschließendem Versäumungsurteil rechtfertigt es auch, dass die Prozessführung durch den Kurator dem Beklagten voll zuzurechnen ist.¹⁴⁾

3) Diese Information wurde dem Artikel von *Kommedia* in „Die Presse.com“ vom 4. 3. 2013 entnommen: <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1351319/OGH-will-EUGrundrechte-in-seine-Hand-nehmen?from=suche.intern.portal>, abgerufen am 26. 6. 2013.

4) VO (EG) 44/2001.

5) So BGH IX ZR 264/95 NJW 1997, 397; ausf Geroldinger in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer* (Hrsg), Internationales Zivilverfahrensrecht I (2009) Art 4 EuGVO Rz 13 ff mwN; Mayr, ebd Art 24 Rz 9; wohl auch idS OGH 4 Ob 13/05 y RdW 2005, 549.

6) OGH 2 Ob 78/02 p SZ 2002/61; 3 Ob 380/97 x JBl 1998, 726; *Simotta in Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen V/1² (2008) Art 24 EuGVVO Rz 5; *Tiefenthaler in Czernich/Tiefenthaler/Kodek* (Hrsg), Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, Kurzkommentar³ (2009) Art 24 Rz 6; *Stadler in Musielak* (Hrsg), ZPO⁸ Art 24 EuGVVO Rz 1; *Gottwald in MüKoZPO III*³ (2008) Art 24 EuGVVO Rz 4 je mwN.

7) *Oberhammer*, Group Josi, Coreck – Roma locuta, causa non finita? IPRax 2004, 264; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht³ (2009) Art 24 Rz 1; *G. Wagner in Stein/Jonas* (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung X²² (2011) Art 24 EuGVO Rz 14; tendenziell wohl auch EuGH 13. 7. 2000, C-412/98, *Group Josi*, Rz 44 ff.

8) Nach jüngster Judikatur des EuGH (15. 11. 2011, C-256/11, *Dereci*, Rz 72 ff) richtet sich im Anwendungsrecht von EU-Recht die Grundrechtprüfung ausschließlich nach den Bestimmungen der GRC.

9) EuGH 6. 10. 1982, 283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Rz 16, 21; 15. 9. 2005, C-495/03, *Intermodal Transports*; *Schima in Mayer/Stöger*, EUV/AEU (2012) Art 267 AEUV Rz 114.

10) VO (EU) 1215/2012.

11) Die Reform tritt gem Art 66 Abs 1 EuGVVO nF mit 10. 1. 2015 in Kraft.

12) Materialien zu den österreichischen Civilprozessgesetzen I (1897) 240.

13) Die Terminologie schwankt von „(prozessualen) Abwesenheits-“, „Zustellkurator“ über „Kurator *ad actum*“ bis zu „Prozesskurator“, vgl nur *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² (2008) § 116 Rz 1. Im Folgenden ist, soweit nicht für das Verständnis das Attribut „prozessual“ erforderlich scheint, lediglich vom Abwesenheitskurator die Rede.

14) In den Materialien I (1897) 240 wird davon gesprochen, dass die öffentliche Bekanntmachung der Bestellung ausreicht, „um die Tätigkeit eines Curators als von der abwesenden Partei genehmigt auffassen zu können“. Dies bedeutet freilich mE nicht, dass es sich um eine (fingierte) Willenserklärung zur Bevollmächtigung durch Unterlassen handelt.

2. Bestellungs Voraussetzungen

a) Unbekannte Abgabestelle

Die Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurator setzt zunächst voraus, dass der Person, der ein Schriftstück zuzustellen ist, wegen Unbekanntheit des Aufenthalts gem § 115 ZPO nur durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt werden könnte.¹⁵⁾ Die Voraussetzungen von § 115 ZPO richten sich aufgrund expliziten Verweises wiederum nach § 25 ZustellG. Zentrales Tatbestandsmerkmal dieser Norm ist, dass die Abgabestelle desjenigen unbekannt ist, dem zugestellt werden soll. Die Vollmacht eines Dritten, welche die konkrete Zustellung, nicht aber notwendigerweise das betreffende Verfahren deckt (zB Postvollmacht, Prokura),¹⁶⁾ steht der Kuratorbestellung indes entgegen.¹⁷⁾

Alternativ ist es ausreichend, dass eine Abgabestelle zwar bekannt, aber die Zustellung – etwa bei einem Aufenthalt in Krisengebieten – nicht möglich ist.¹⁸⁾ Dies kann auch bei einem Auslandsaufenthalt, insb bei fehlendem regelmäßigen Wohnsitz, der Fall sein.¹⁹⁾ Eine Auslandsreise von üblicher Dauer ist aber nicht ausreichend.²⁰⁾ Nach § 121 ZPO kann für eine im Ausland befindliche Person – ihr Aufenthalt muss also bekannt sein²¹⁾ – ein Kurator sogar bestellt werden, wenn eine Zustellung in angemessener Zeit nicht möglich ist, die Zustellversuche vergeblich waren oder die ausländische Behörde die Rechtshilfe verweigert. Im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten wird diese Norm freilich von der EuZustellVO²²⁾ verdrängt. Falls der Aufenthalt des Empfängers indes unbekannt ist, gilt diese nicht (Art 1 Abs 2 EuZustellVO), weshalb die nationale Regelung für die vorliegend zu beurteilenden Fälle sekundärrechtlich nicht verdrängt wird.

Der unbekannt Aufenthalt des Empfängers muss gem § 115 ZPO bescheinigt werden,²³⁾ und zwar regelmäßig vom antragstellenden Prozessgegner, in Einzelfällen auch vom amtswegig tätig werdenden Gericht.²⁴⁾ Wegen der mangelnden Untersuchungspflicht im streitigen Verfahren²⁵⁾ wird § 116 ZPO praktisch idR nur auf Antrag des Gegners zur Anwendung gelangen. Obwohl es sich bei der fehlenden Abgabestelle um ein *Negativum* handelt, ist dessen Beweis/Glaubhaftmachung keineswegs ausgeschlossen.²⁶⁾ Nach allgemeinen Grundsätzen genügt für den Beweis eines *Negativums* die Widerlegung der Umstände, die für das Positive sprechen.²⁷⁾ Wegen der besonderen Bedeutung der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art 6 MRK, Art 47 GRC)²⁸⁾ sind an den Nachweis der unbekannt Abgabestelle mE strengere Anforderungen zu stellen.²⁹⁾ Die Rsp betont zwar, dass die Obliegenheit, umfangreiche Erhebungen anzustellen, nicht in Frage kommen kann.³⁰⁾ Dennoch hält auch die Judikatur ernstliche, an bis zuletzt bekannte Umstände anknüpfende, naheliegende und dem Antragsteller zumutbare Nachforschungen für erforderlich.³¹⁾

Der konkrete Umfang der Ausforschungsobliegenheit hängt selbstverständlich von den Umständen des Einzelfalls ab.³²⁾ In aller Regel³³⁾ ist aber zunächst ein Zustellversuch an der letzten bekannten Abgabestelle zu fordern, ohne dass dessen Fehlschlagen allein ausreichende Bescheinigung wäre.³⁴⁾ Sofern eine (frühere) Abgabestelle bekannt ist, muss auch eine Anfrage an das

polizeiliche Meldeamt gerichtet werden, wenn diese nicht von vornherein aussichtslos erscheint.³⁵⁾ Auch diese ist aber als einzige Erhebung regelmäßig ebenso wenig ausreichend³⁶⁾ wie eine wohl regelmäßig ebenfalls erforderliche, negative Auskunft vom Sozialversicherungsträger.³⁷⁾

Denn zusätzlich zu behördlichen Auskünften ist die Befragung jener Personen geboten, die üblicherweise vom Aufenthalt einer Person Kenntnis haben, sofern der Antragsteller etwa aus dem Akt oder aus den Angaben des Zustellers Anhaltspunkte für deren Existenz hat oder diese sogar kennt.³⁸⁾ Damit ist das soziale Umfeld des Abwesenden angesprochen, insb nahe Angehörige, wozu auch ein Ex-Ehepartner zu zählen ist, (ehemalige) Wohnungsgenossen oder Angestellte,³⁹⁾ Vermieter, Untermieter⁴⁰⁾ oder Hausbesorger⁴¹⁾ ebenso wie (ehemalige) Arbeitskollegen, Arbeitgeber oder auch Rechtsvertreter des vermeintlich Abwesenden.⁴²⁾

Ebenfalls erforderlich können naheliegende Nachforschungen bei ausländischen Behörden sein.⁴³⁾ Gerade in diesem Zusammenhang hat der OGH allerdings ausgesprochen, dass diese nicht erforderlich sind, wenn sie von vornherein wenig aussichtsreich bzw nicht erfolgversprechend sind, etwa weil im betroffenen Staat ein wenig ergiebige Melderecht installiert ist und sehr beschränkte Erhebungsmöglichkeiten bestehen (vgl noch

15) OGH 7 Ob 190/99 p SZ 72/155.

16) Vgl zum Umfang der Passivvertretung *Schopper/Trenker* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB (2013) § 49 Rz 3.

17) *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 9; *Frauenberger* in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Saner/Wessely* (Hrsg), Österreichisches Zustellrecht² (2011) § 116 Rz 2.

18) OGH 6 Ob 592/85; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ErgBd² § 25 ZustG Rz 9; vgl auch *Mondel*, Kuratoren im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2007, 289 (293).

19) OLG Wien 4 R 371 EvBl 1937/611.

20) OGH 3 Ob 84/88 JBl 1989, 187.

21) *ZB Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 121 Rz 6.

22) VO (EG) 1393/2007.

23) Statt aller RIS-Justiz RS0036482, zB OGH 6 Ob 85/65 SZ 38/45; *Frauenberger* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 Rz 2.

24) *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO³ §§ 116 – 119 Rz 2.

25) Im Außerstreitverfahren hat für die Bestellung gem § 5 Abs 2 Z 1 lit b AußStrG aufgrund des umfassenden Untersuchungsgrundsatzes (§ 13 AußStrG) anderes zu gelten (RIS-Justiz RS0036476 mit Beisatz T 5, OGH 1 Ob 244/05 x Zak 2006, 158).

26) *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995) 55 f; *Rechberger* in *Fasching/Konecny III*² (2004) Vor § 266 Rz 36.

27) *Rosenberg*, Die Beweislast⁵ (1965) 331; *Rechberger* in *Fasching/Konecny III*² Vor § 266 Rz 36; OGH 4 Ob 29/00 v EvBl 2000/123.

28) Zu den vom EuGH abgeleiteten, europarechtlichen Vorgaben siehe unten C.1.

29) *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO³ §§ 116 – 119 Rz 3; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ErgBd² § 25 ZustellG Rz 7; vgl *Feil*, Zustellwesen⁵ (2006) § 115 ZPO Rz 4.

30) OGH 1 Ob 2/52 SZ 25/10; 6 Ob 592/85 EFSlg 49.359.

31) OGH 3 Ob 187, 188/94 RdW 1995, 427; vgl auch 6 Ob 584/79 JBl 1980, 267.

32) OGH 1 Ob 244/05 x Zak 2006, 158.

33) Insoweit zu weit gehend LGZ Wien 41 R 664/82 MietSlg 34.713; zutr dagegen *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 13.

34) *Walter/Mayer*, Das österreichische Zustellrecht (1983) § 25 ZustG Anm 4; vgl OGH 4 Ob 347/60; 6 Ob 85/65 JBl 1966, 90.

35) Vgl OGH 1 Ob 2/52 SZ 25/10; wN zur VwGH-Judikatur bei *Walter/Mayer*, Zustellrecht § 25 ZustG Anm 4.

36) LGZ Wien 43 R 302/94 EFSlg 76.047; aA OGH 1 Ob 2/52 SZ 25/10.

37) LGZ Wien 44 R 604/04 f EFSlg 108.933.

38) OGH 1 Ob 301/04 b SZ 2005/56.

39) RIS-Justiz RS0036476.

40) OGH 1 Ob 2/52 SZ 25/10.

41) OGH 3 Ob 106, 107/85 MietSlg 37.737.

42) OGH 4 Ob 347/60.

43) OGH 1 Ob 301/04 b SZ 2005/56.

unten C.1.).⁴⁴⁾ Bei Zustellungen im EU-Raum dürfte dies allerdings nicht anzunehmen sein.

Obwohl der OGH stets betont, dass die Obliegenheiten des Bescheinigungspflichtigen nicht überspannt werden dürfen, zeigt sich insgesamt, dass die Anforderungen an den Antragsteller – abhängig von den vorhandenen Anhaltspunkten – mitunter beträchtlich sein können.

b) Negativvoraussetzungen gem § 25 ZustellG

Zusätzlich sind gem § 25 ZustellG drei Negativvoraussetzungen zu beachten: Erstens darf es sich – was im Anwendungsbereich der ZPO ohnehin selbstverständlich ist – um kein Strafverfahren handeln. Zweitens darf kein Zustellbevollmächtigter⁴⁵⁾ (bekanntes Aufenthalts)⁴⁶⁾ bestellt sein (vgl oben B.2.a). Schließlich darf drittens nicht der Anwendungsbereich der vorrangigen Bestimmung des § 8 Abs 2 ZustellG eröffnet sein.⁴⁷⁾ Nach dieser Norm ist bei Nichtbekanntgabe der Änderung des Wohnsitzes während eines laufenden Verfahrens, von dem der Beklagte Kenntnis hat, also nach Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes,⁴⁸⁾ einfach durch Hinterlegung zuzustellen. § 116 ZPO ist daher, soweit nicht der Streitgegenstand nach Klagszustellung geändert wird,⁴⁹⁾ grundsätzlich nur vor Eintritt der Streitanhängigkeit anwendbar.

Der Einschränkung der hL, dass die Verletzung von § 8 Abs 1 ZustellG Verschulden voraussetzt⁵⁰⁾ bzw die unverzügliche Mitteilungspflicht nur bei subjektivem Verzug verletzt wird⁵¹⁾ und § 116 ZPO daher auch bei unverschuldeter Unterlassung der Meldung gem § 8 ZustellG nach Streitanhängigkeit zur Anwendung gelangt,⁵²⁾ ist mE nicht zu folgen. Aus dem Wortlaut ist zunächst nicht zwingend ableitbar, ob fehlende Unverzüglichkeit nur bei subjektivem oder auch objektivem Verzug gegeben ist. Indes mutet es aus systematischer Sicht bedenklich an, die Zulässigkeit der Vorgehensweise nach § 8 ZustellG oder der Bestellung gem § 116 ZPO von subjektiven Umständen abhängig zu machen, die weder das Gericht noch die Gegenpartei im relevanten Zeitpunkt beurteilen können. Dem Gesetzgeber sollte im Zweifel nämlich nicht unterstellt werden, dem Gericht eine Entscheidung aufzutragen, für die ihm die erforderliche Entscheidungsbasis fehlt – noch dazu, wo eine Fehlentscheidung die schwerwiegende Konsequenz der Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO (unten B.4.a) mit sich bringt. Aus dieser Ansicht ergibt sich auch kein Rechtsschutzdefizit für denjenigen, der die Mitteilung schuldlos unterlässt: Denn die Anwendung von § 146 ZPO bleibt unbenommen. Die Mitteilung über den Wohnsitzwechsel stellt zwar wohl keine restituierbare, befristete Prozesshandlung, sondern eine bloße Wissensmitteilung⁵³⁾ dar; der Säumige kann aber zumindest Wiedereinsetzung für die aufgrund der mangelnden Kenntnis von der Zustellung erste versäumte, befristete Prozesshandlung begehren. Als unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis kann er in der zu beurteilenden Konstellation anführen, dass er „von einer Zustellung ohne [sein] Verschulden keine Kenntnis erlangt hat“ (§ 146 Abs 1 ZPO). Denn trifft den Säumigen an der Nichtbekanntgabe seiner Wohnsitzänderung kein Verschulden, so gilt dies auch für die daraus resultierende mangelnde Kenntnisnahme

der fiktiven Zustellung. Gerade die Erwähnung der schuldlosen⁵⁴⁾ Unkenntnis von einer Zustellung in § 146 ZPO spricht besonders dafür, dass fehlendes Verschulden über diese Bestimmung und nicht bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Zustellung zu berücksichtigen ist. Diese Lösung führt überdies zur Tragung der bisherigen Verfahrenskosten durch den Säumigen (§ 154 ZPO), was sachgerecht ist, zumal die Frustration der angefallenen Verfahrenskosten allein seiner Sphäre zuzurechnen ist.

c) Erforderliche Vornahme einer Prozesshandlung

Drittens ist erforderlich, dass der Abwesende zur Wahrnehmung seiner Rechte eine Prozesshandlung vorzunehmen hat. Besonders erwähnt wird vom Gesetz der Fall der Befolgung einer Ladung,⁵⁵⁾ bei welcher der rechtliche Nachteil in der Präklusionsfolge der Säumnis besteht. Besonders heikel ist dies wegen der Möglichkeit eines Versäumnisurteils beim Nichterscheinen zur vorbereitenden Tagsatzung. Dem gleichzustellen dürfte die Aufforderung zur schriftlichen Äußerung sein (zB § 22 Abs 1 ZPO).⁵⁶⁾ Wichtigste Anwendungsfälle sind die Zustellung der Klage, des Zahlungsauftrags im Wechselmandatsverfahren, die Aufkündigung, ein Übergabe- oder Übernahmemauftrag im Bestandverfahren, ein Exekutionsantrag oder ein Antrag auf Erlassung einstweiliger Verfügungen.⁵⁷⁾ Generell ist aber nach zutr hM die Zustellung jeder anfechtbaren Entscheidung unter § 116 ZPO zu subsumieren.⁵⁸⁾

d) Internationale Zuständigkeit

Im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Relevanz ist die Frage nach der internationalen Zuständigkeit. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass § 116 ZPO nicht auf reine Inlandsfälle beschränkt ist.⁵⁹⁾ Dennoch muss auch für die Bestellung des Abwesenheitskurators

44) OGH 7 Ob 142/05 s EFSlg 112.074.

45) Diesfalls fehlt es aber ohnehin an einer unbekanntes Abgabestelle, vgl oben B.2.a).

46) Zutr wird darauf hingewiesen, dass der Zustellbevollmächtigte nicht selbst unbekanntes Aufenthalts sein darf, *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 25 ZustG Rz 8; *Walter/Mayer*, Zustellrecht § 25 ZustG Anm 10.

47) ZB OGH 7 Ob 190/99 p SZ 72/155; 10 Ob 2148/96 x; OLG Wien 1 R 55/74 ZfRV 1975, 43 (*Bajons*); LGZ Wien 44 R 319/01 i EFSlg 98.183.

48) OGH 9 Ob 296/00 w EvBl 2001/168; 4 Ob 174/01 v EvBl 2002/28.

49) Ausf *Bajons*, ZfRV 1975, 44 ff (Anm) mwN; *Rassi*, Der prozessuale Abwesenheitskurator, RZ 1996, 215 (217 f); vgl auch *Raschauer/Riesz in Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 8 ZustellG Rz 3 c.

50) *Rassi*, RZ 1996, 215 (217).

51) *Raschauer/Riesz in Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 8 ZustellG Rz 7; *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 8 ZustG Rz 7.

52) So *Rassi*, RZ 1996, 215 (217).

53) *Deixler-Hübner in Fasching/Konecny II/2²* (2003) § 146 Rz 35; vgl auch *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 747.

54) Auch idZ ist nach hM richtigerweise ein „mindere[r] Grad des Verschuldens“, dh leichte Fahrlässigkeit (OGH 9 ObA 223/88 uam) unschädlich, zB *B. Fink*, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozessrecht (1994) 78; *A. Frauenberger*, Wiedereinsetzung nach der ZPO bei verschuldeter Säumnis, ÖJZ 1992, 113 (114).

55) ZB OGH 7 Ob 190/99 p SZ 72/155.

56) *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 23.

57) Statt vieler OGH 1 Ob 301/04 b SZ 2005/56; *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 21.

58) RIS-Justiz RS0119985, OGH 9 Ob 154/04 v; 1 Ob 301/04 b SZ 2005/56; 7 Ob 142/05 s EFSlg 112.074; aA 3 Ob 84/88 JBl 1989, 187.

59) Vgl RIS-Justiz RS0049435, OGH 2 Ob 230/50; 6 Ob 592/85, EFSlg 49.359.

internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte gegeben sein. Obwohl § 110 JN die „inländische Gerichtsbarkeit“ (internationale Zuständigkeit) für die Kuratel regelt, ist die Norm nicht einschlägig, weil sie nur im Anwendungsbereich von § 109 JN gilt. Für § 116 ZPO ist indes die spezielle Vorschrift des § 112 Abs 1 JN für die Bestellung von Kuratoren für einzelne Streitsachen oder Geschäfte einschlägig,⁶⁰ die hinsichtlich der Zuständigkeit auf die einschlägigen besonderen Normen verweist, aber keine Regelung der internationalen Zuständigkeit enthält.⁶¹ Die internationale Zuständigkeit zur Bestellung des prozessualen Abwesenheitskurators ist folglich gem § 116 ZPO iVm § 27 a JN von der internationalen Zuständigkeit für den konkreten Prozessgegenstand mitumfasst.⁶²

Ausgehend von dieser Rechtslage bereitet der vorliegende Fall insoweit Schwierigkeiten, als die wirksame Bestellung des Kurators und dessen Handlungen für die internationale Zuständigkeit im Prozess entscheidend sein könnten. Dies ist der Fall, wenn man die Möglichkeit der Heilung des Zuständigkeitsmangels durch rügelose Einlassung bejaht. Denn unter dieser Voraussetzung kann das Gericht die für die Kuratorenbestellung erforderliche internationale Zuständigkeit nicht verneinen, bevor klar ist, ob sich der Beklagte in den Prozess einlässt und den Mangel der internationalen Zuständigkeit rügt oder nicht.⁶³ Das Gericht muss den Kurator daher mE zunächst bestellen, auch wenn es davon ausgeht, dass es für den Rechtsstreit an sich nicht international zuständig wäre. Denn ein angerufenes Gericht darf seine mangelnde internationale Zuständigkeit – vorbehaltlich einer Zwangszuständigkeit gem Art 22 EuGVVO – von Amts wegen nur bei Nichteinlassung des Beklagten oder entsprechender Rüge überprüfen (Art 24 ff EuGVVO). Dem Beklagten ist also stets die Möglichkeit zur rügelosen Einlassung zu geben.⁶⁴ Das birgt freilich die Gefahr, dass durch rügelose Einlassung des Kurators eine an sich nicht gegebene internationale Zuständigkeit begründet wird, ohne dass der Beklagte in irgendeiner Weise – sei es durch unterlassene Rüge – dazu beigetragen hätte.

Nach nationalem Recht besteht dieses Problem nicht. Denn wegen der amtswegigen Prüfpflicht der internationalen Zuständigkeit durch das Prozessgericht (§ 42 Abs 1 JN)⁶⁵ kann es die Klage einfach *a limine litis* zurückweisen. Die internationale Zuständigkeit für den Prozess hängt daher nicht zwangsläufig von der rügelosen Einlassung oder Nichteinlassung des Beklagten ab. Die im nationalen Recht vorgesehene Möglichkeit der Heilung der prorogablen internationalen Unzuständigkeit nach § 104 Abs 3 JN sowie die den Parteien gem § 182 Abs 2 Satz 3 ZPO zu gewährende Möglichkeit, sich vor der Zurückweisung gem § 104 Abs 3 JN ins Verfahren einzulassen,⁶⁶ greift nämlich nur, sofern das Gericht die Klage nicht bereits vor der Zustellung an den Beklagten zurückweist.⁶⁷

3. Bestellung und Kundmachung in der Ediktsdatei

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, hat das Gericht, bei dem der betroffene Rechtsstreit anhängig ist,

entweder von Amts wegen oder auf Antrag die Bestellung des Abwesenheitskurators mit Beschluss vorzunehmen. Das Gericht verfügt dabei über kein Ermessen, ob es nach § 116 ZPO vorgeht oder die Zustellung gem § 115 ZPO bekannt macht.⁶⁸ Die Bestellung des Abwesenheitskurators geht vielmehr zwingend vor. Wird unrichtigerweise nach § 115 ZPO vorgegangen, ist das Verfahren mE mit dem Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 5 ZPO behaftet, weil dem Abwesenden der erforderliche gesetzliche Vertreter vorenthalten wurde.

Die Bestellung ist in der Ediktsdatei (vgl § 89 j Abs 1 GOG) unter Angabe von Prozessgericht, Streitgegenstand, Name und Wohnort des Kurators sowie kurzer Angabe des Inhalts des zuzustellenden Schriftstücks bekannt zu machen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der Kurator den Abwesenden bis zu dessen Auftreten bzw Namhaftmachung eines Bevollmächtigten vertritt.

Gelingt die erforderliche Bescheinigung dagegen nicht, kommt es selbstverständlich auch nicht zur öffentlichen Zustellung, sondern – wie *Rassi*⁶⁹ überzeugend dargelegt hat – zum faktischen Verfahrensstillstand, wie bei Zustellanstand (vgl § 391 Abs 1 Z 7 lit b Geo⁷⁰).⁷¹

4. Rechtsschutz des (vermeintlich) Abwesenden

a) Nichtigkeit gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO

Von vornherein ist zwischen jenen Fällen zu unterscheiden, in denen eine Bestellung ursprünglich zulässigerweise erfolgte, und jenen Konstellationen, in denen die erforderlichen Voraussetzungen fehlten. War der Bestellungsbeschluss zwar mangelfrei, schreitet der Abwesende (oder ein bevollmächtigter Vertreter) aber anschließend ins Verfahren ein, ist der Kurator von Amts wegen oder auf Antrag des Kuranden zu entheben.⁷² Die Enthebung entfaltet bereits mit Zustellung Wirkung,⁷³ gilt aber freilich nur *ex nunc*. →

60) *Fucik in Fasching/Konecny I*² (2000) § 112 JN Rz 2.

61) *Mayr in Rechberger*, ZPO³ § 112 JN Rz 2.

62) *Fucik in Fasching/Konecny I*² § 112 JN Rz 4; *Mayr in Rechberger*, ZPO³ § 112 JN Rz 2.

63) Vgl *Mayr in Burgstaller ua*, IZVR I (2011) Art 24 EuGVO Rz 6, wonach bei rügeloser Einlassung nicht mehr zu prüfen ist, ob das Gericht auch aus anderen Gründen zuständig ist.

64) Ausdrücklich RIS-Justiz RS0111247; *Mayr*, Europäisches Zivilprozessrecht (2011) Rz II/171; *Schoibl in Fasching/Konecny V*^{1/2} Art 26 EuGVVO Rz 38; *Simotta*, ebendort Art 24 EuGVVO Rz 70; *Mankowski in Rauscher* (Hrsg), EuZPR/EuIPR (2011) Art 26 Brüssel I-VO Rz 2 je mwN.

65) Vgl allgemein *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ (2010) Rz 512.

66) *Simotta in Fasching/Konecny I*² § 104 JN Rz 208; *Mayr in Rechberger*, ZPO³ § 104 JN Rz 21.

67) Vgl *Ballon in Fasching/Konecny I*² § 43 JN Rz 12; *Mayr in Rechberger*, ZPO³ § 104 JN Rz 21.

68) *Walter/Mayer*, Zustellrecht § 116 ZPO Anm 2; vgl auch *Sturmvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 19; *Frauenberger-Pfeiler in Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 ZPO Rz 1.

69) *Rassi*, RZ 1996, 215 (219).

70) Die Bestimmung ist mittlerweile freilich gegenstandslos, siehe *Danzl*, Kommentar zur Gerichtsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz, CD-ROM (2013) § 391 a).

71) Vgl auch hL zu § 279 ZPO, zB *Rechberger in Fasching/Konecny III*² § 279 Rz 12.

72) RIS-Justiz RS0036504, zB OGH 2 Ob 583/53 SZ 26/198; *Knell*, Die Kuratoren im österreichischen Recht (1974) 80; *Rassi*, RZ 1996, 215 (219); *Feil*, Zustellwesen⁵ § 116 ZPO Rz 7.

73) RIS-Justiz RS0102031, zB OGH 10 Ob 2148/96 x.

Fehlten dagegen bereits ursprünglich die Bestel­lungsvoraussetzungen, ist der Beschluss sowie das ge­führte Verfahren nichtig gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO.⁷⁴⁾ Die Bestellung ist praktisch insb dann anfecht­bar, wenn unzulässigerweise nicht gem § 8 ZustellG vorgegangen wurde (oben B.2.b) oder der Kurand nicht unbekanntem Aufenthalts iSd § 25 ZustellG (oben B.2. a) war. Das Fehlen der erforderlichen Bescheinigung schadet allerdings nur, wenn die gesetzlichen Voraus­setzungen auch tatsächlich nicht vorgelegen haben.⁷⁵⁾ Umgekehrt ist Nichtigkeit gegeben, wenn sich im Nachhinein trotz ausreichender Bescheinigung aus­nahmsweise herausstellt, dass der Kurand eigentlich nicht abwesend gewesen wäre.⁷⁶⁾ Dies gilt aber dann nicht, wenn der vermeintlich Abwesende eine Zustel­lung rechtmisbräuchlich oder wider Treu und Glauben vereitelte, indem er seine Anwesenheit verschleierte.⁷⁷⁾ *Frauenberger-Pfeiler*⁷⁸⁾ lehnt sogar die Annahme von Nichtigkeit ab, „wenn der Kurand den Anschein seiner Abwesenheit zu vertreten hat“.

Die Unzulässigkeit kann zunächst mittels Rekurses gegen den Bestel­lungsbeschluss geltend gemacht werden. Dieser ist nach zutr Ansicht trotz § 87 Abs 2 ZPO gesondert anfechtbar,⁷⁹⁾ weil Beschlüsse nach § 116 ZPO erstens wegen ihrer über die bloße Zustel­lung hinausreichenden Auswirkungen nicht mit sonstigen Zustellanordnungen gleichzusetzen sind. Zwei­ten wäre es völlig unökonomisch, uU die Prozess­beendigung mit einem unzulässigerweise bestellten Kurator abwarten zu müssen, um zur Anfechtung zu schreiten. Bei Verweigerung der Bestellung wäre der Gegner der abwesenden Partei sogar gänzlich schutz­los, weil es ohne Kuratorbestellung idR zu keinen wei­teren Entscheidungen kommt, mit denen die Verwei­gerung gemeinsam angefochten werden könnte.⁸⁰⁾ Drittens legt aus systematischer Sicht auch der Verweis auf § 9 ZPO das Verständnis nahe, dass § 116 ZPO nicht mit sonstigen Zustellanordnungen vergleichbar ist. Anders als gem § 87 Abs 3 ZPO ist gem § 9 ZPO nämlich nicht jedenfalls der Senatsvorsitzende allein zur Entscheidung zuständig.⁸¹⁾ Gegen die Bestellung kann die unmittelbar betroffene Partei⁸²⁾ und der Ku­rator – sowohl im eigenen⁸³⁾ als auch im Namen des vertretenen Abwesenden⁸⁴⁾ – Rekurs erheben, gegen die Verweigerung die antragstellende Gegenpartei. Da­neben steht auch die Möglichkeit offen, die Entschei­dung in der Sache mittels Berufung wegen Nichtigkeit zu bekämpfen.

b) Nichtigkeitsklage gem § 529 Abs 1 Z 2 ZPO

Problematisch ist allerdings, wann die Rekursfrist bzw ganz allgemein die Rechtsmittelfrist für die Bekämp­fung des Urteils für den Kuranden zu laufen beginnt. Von der hL⁸⁵⁾ wird entgegen einer älteren OGH-Ent­schcheidung⁸⁶⁾ angenommen, dass diese auch für den Ab­wesenden bereits mit Zustellung des Beschlusses an den (unzulässigerweise bestellten) Kurator ausgelöst wird.⁸⁷⁾ Sie beruft sich dafür auf die E 1 Ob 6/01 s⁸⁸⁾ eines verstärkten Senats, wonach formelle Rechtskraft iSd § 529 Abs 1 Z 2, Abs 2 und § 534 Abs 2 Z 2, § 534 Abs 3 ZPO auch durch Zustellung an eine prozessunfä­hige Person eintritt. Damit würde der vermeintlich Ab­wesende *de facto* in aller Regel auf die Möglichkeit einer

Nichtigkeitsklage gem § 529 Abs 1 Z 2 ZPO beschränkt, sofern er nicht zufällig rechtzeitig vom Verfahren er­fährt.

Das Judikat des verstärkten Senats ist indes in der Folge – abgesehen von bisweilen geübter Kritik in der Lehre⁸⁹⁾ – von unterschiedlichen Senaten des OGH überaus restriktiv interpretiert worden. Dem­nach trete formelle Rechtskraft nur bei fehlender er­forderlicher gesetzlicher Vertretung (§ 529 Abs 1 Z 2 Fall 1 ZPO), nicht aber bei Nichtigkeit infolge unwirk­same Zustellung (*leg cit* Fall 2) wegen Ortsabwesen­heit (§ 17 Abs 3 ZustellG) ein.⁹⁰⁾ Jüngst verneinte der 2. Senat sogar die formelle Rechtskraft einer Entschei­dung bei Zustellung an den Prozessunfähigen, wenn anders als in 1 Ob 6/01 s (verst Senat) im Zustellungs­zeitpunkt bereits ein Sachwalter bestellt war.⁹¹⁾ Letztere Differenzierung lässt sich mE nur damit erklären, dass der relevante Entscheidungsgegenstand, nämlich die Prozessfähigkeit, in dieser Konstellation nicht mehr streitig bzw einfach aus den Akten ersichtlich ist und daher das kontradiktorische Verfahren der Nichtig­keitsklage kaum Vorteile bringt. Dies war auch das tra­gende Argument in 2 Ob 37/08 t,⁹²⁾ wo die formelle Rechtskraft einer Zustellung an den Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung verneint wurde. Der OGH nähert sich somit doch der Theorie von der Scheinrechts-

74) OGH 1 Ob 714/84 EFSlg 49.704; 6 Ob 601/86; 8 Ob 48/03 x EFSlg 106.521; *Knell*, Kuratoren 79; *Raschauer/Ries* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, *Zustellrecht*² § 8 *ZustellG* Rz 9; *Walter/Mayer*, *Zustellrecht* § 116 ZPO Anm 1.

75) RIS-Justiz RS0036489, zB OGH 1 Ob 405/51 EvBl 1951/403; 6 Ob 592/85 EFSlg 49.359.

76) OGH 3 Ob 187, 188/94 RdW 1995, 427; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, *ErgBd*² § 115 Rz 5; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO³ §§ 116 – 119 Rz 7 aE.

77) *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, *ErgBd*² § 116 Rz 53: „Verhalten wider Treu und Glauben“; offenlassend OGH 3 Ob 84/88 JBl 1989, 187.

78) *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, *Zustellrecht*² § 116 ZPO Rz 4.

79) *Ausf Rassi*, RZ 1996, 215 (218 f); *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, *Zustellrecht*² § 116 ZPO Rz 5; aA *Feil*, *Zustellwesen*² (1999) § 116 ZPO Rz 4 (in der aktuellen Auflage weggefallen).

80) Vgl *Rassi*, RZ 1996, 215 (219).

81) *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, *Zustellrecht*² § 116 ZPO Rz 5; vgl *Rassi*, RZ 1996, 215 (218).

82) OGH 1 Ob 714/84 EFSlg 49.704; LGZ Wien 42 R 820/03 d EFSlg 105.752; *Dokalk/Trauner*, Die Nichtigkeitsklage – vom Mauerblümchen zum Massenverfahren? RZ 2005, 206 (215); *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, *ErgBd*² § 116 Rz 43.

83) RIS-Justiz RS0049230, zB OGH 1 Ob 372/48 JBl 1949, 553.

84) OGH 4 Ob 2351/96 f immolex 1997/112 (*Pfeil*); *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, *ErgBd*² § 116 Rz 26; aA LGZ Wien 43 R 499/85 EFSlg 49.751.

85) *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, *Zustellrecht*² § 116 ZPO Rz 5; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO³ §§ 116 – 119 Rz 8; vgl auch *Dokalk/Trauner*, RZ 2005, 206 (215); *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, *ErgBd*² § 116 Rz 43, der allerdings eine Einschränkung der formellen Rechtskraft für evidente Zustellmängel, insb bei Verstoß gegen § 8 Abs 2 ZustellG, erwägt (vgl aaO Rz 39 aE).

86) OGH 1 Ob 714/84 EFSlg 49.704.

87) Vorauszusetzen ist aber wohl zusätzlich die Aufnahme des Bestel­lungsbeschlusses in die Ediktsdatei, was aber regelmäßig keine Pro­bleme bereiten dürfte.

88) OGH 1 Ob 6/01 s (verst Senat) JBl 2002, 320.

89) Siehe insb *Jelinek* in *Fasching/Konecny* IV/1² (2005) § 529 Rz 89 ff mwN.

90) OGH 5 Ob 261/05 a JBl 2007, 119; 4 Ob 182/06 b EvBl 2007/29; 1 Ob 71/10 p Zak 2010, 359; RIS-Justiz RS0116036 mit Beisatz T 5; RS0116039 mit Beisatz T 3; ebenso *Dokalk/Trauner*, RZ 2005, 206 (210 ff); *E. Kodek* in *Rechberger*, ZPO³ § 529 Rz 7; aA OGH 6 Ob 127/03 z RdW 2004, 222.

91) OGH 2 Ob 128/12 f Zak 2013, 22; ähnlich 2 Ob 37/08 RdW 2008, 784.

92) OGH 2 Ob 37/08 t RdW 2008, 784.

kraft⁹³⁾ an, freilich mit der Abweichung, dass ein Wahlrecht zwischen Nichtigkeitsklage einerseits und Zustellungsantrag mit dem damit verbundenen ordentlichen Rechtsmittel andererseits offenbar nicht in Betracht kommt.

Insoweit unterscheidet sich aber die Behauptung der unrechtmäßigen Bestellung eines Abwesenheitskurators von den jüngeren Judikaten. Denn deren Rechtmäßigkeit ist nicht wie die Bestellung eines Sachwalters oder der Konkurseröffnungsbeschluss aus den Akten einfach ersichtlich, sondern kann ähnlich wie die Beurteilung der Prozessfähigkeit erhebliche Streitfragen aufwerfen. Somit erweist sich das der Nichtigkeitsklage zu Grunde liegende Verfahren als geeigneter.⁹⁴⁾ Hinzu kommt das vom verst Senat angeführte Argument, dass die gegenteilige Lösung der Ausnahme gem § 534 Abs 3 ZPO, wonach die Nichtigkeitsklage für die vorliegenden Fälle gerade nicht der absoluten zehnjährigen Präklusivfrist ab Eintritt der Rechtskraft unterliegt, jeden Anwendungsbereich entzieht. Dieses Argument ist zwar auch in den sonstigen aktuellen Entscheidungen des OGH unbeachtet geblieben. Aus den angeführten Gründen sprechen die besseren Gründe dennoch für die hM.⁹⁵⁾ Eine unwirksame Bestellung nach Zustellung an den Kurator löst den Lauf der Rechtsmittelfrist aus und kann nach deren Ablauf nur mehr im Wege der Nichtigkeitsklage – dies freilich unbefristet – geltend gemacht werden.

c) Enthebungsantrag

Neben dem Rekurs kann sowohl vom Kurator, Kuranden als auch vom Gegner des (vermeintlich) Abwesenden⁹⁶⁾ jederzeit ein Enthebungsantrag gestellt werden. Fraglich ist, ob dieser auf neue Tatsachen gestützt werden muss oder das Vorbringen genügt, dass die Voraussetzungen für den seinerzeitigen Beschluss nicht vorliegen. Letzteres würde sinnvollerweise zusätzlich voraussetzen, dass die Enthebung *ex nunc* wirkt, also das bisherige Verfahren für nichtig erklärt würde. Dafür spricht zwar auf den ersten Blick, dass das Fehlen von Prozessvoraussetzungen in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmen ist (§ 42 Abs 1 JN)⁹⁷⁾ und es sich gerade um einen solchen Fall handelt, weil die Vertretung durch einen unzulässigerweise bestellen Kurator nicht anders zu behandeln sein kann als jene durch einen nicht (ausreichend) bevollmächtigten gewillkürten Stellvertreter.⁹⁸⁾ Andererseits kann das Gericht aber nach Eintritt der Bindungswirkung gem § 416 Abs 2 ZPO, die auch für Beschlüsse nicht bloß verfahrensleitender Natur gilt (§ 425 Abs 2 ZPO),⁹⁹⁾ allfällige Nichtigkeitsgründe nur mehr aufgrund eines zulässigen Rechtsmittels aufgreifen.¹⁰⁰⁾ Eine amtswegige Enthebung wegen ursprünglich unzulässiger Bestellung scheidet daher nach Übergabe der Beschlussausfertigung an die Geschäftsstelle jedenfalls aus. Dagegen sollte ein Enthebungsantrag einer Partei ausreichender Anlass für die Wahrnehmung der Nichtigkeit sein. Das gegenteilige Ergebnis widerspricht jeglichem Verständnis von prozessökonomischer Verfahrensführung, weil das Gericht und die Parteien diesfalls trotz Kenntnis des Nichtigkeitsgrunds das Ende des Prozesses abwarten müssten, nur um diesen anschließend anfechten bzw für nichtig erklären zu können.¹⁰¹⁾ Obwohl der Beschluss mit Ablauf der Rekursfrist in Rechtskraft erwächst, steht einer allfälligen Nicht-

tigerklärung mE auch § 7 Abs 2 ZPO (analog) nicht entgegen. Da der Bestellungsbeschluss nämlich ohne Gewährung rechtlichen Gehörs ergangen ist und auch die Rekursfrist bereits mit Zustellung an den Kurator beginnt, ergibt sich mE aus Art 6 MRK, Art 47 GRC, dass insoweit keine endgültige Bindungswirkung eintreten kann.

d) Versagung der Anerkennung/Vollstreckung gem Art 34 Nr 2 iVm Art 45 EuGVVO

Im Kontext der EuGVVO könnte eine unzulässige Kuratorenbestellung auch dazu führen, dass die Entscheidung eines Mitgliedstaats in einem anderen Staat nicht anzuerkennen ist (Art 34 Nr 2 EuGVVO) bzw die Vollstreckbarerklärung aufgrund entsprechenden Rechtsbehelfs des Kuranden aufzuheben ist (Art 45 iVm Art 34 Nr 2 EuGVVO). Denn weder hat sich der Beklagte wirksam eingelassen, weil ihm die Handlungen des Prozesskurators wegen dessen Nichtigkeit nicht zugerechnet werden können, noch wurde das verfahrenseinleitende Schriftstück „so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt, dass er sich verteidigen konnte“ (Art 34 Nr 2 EuGVVO).¹⁰²⁾ Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Beklagte einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung einlegen hätte können, dies aber unterließ, obwohl er – insb durch rechtzeitige Zustellung – Kenntnis vom Inhalt der Entscheidung erlangt hat.¹⁰³⁾ Ist letztere Voraussetzung aber gegeben, hat der Beklagte regelmäßig die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage (oben B.4.b), sodass er nicht nach Art 34 Nr 2 EuGVVO vorgehen kann. Denn auch die Nichtigkeitsklage ist wohl entgegen bisweilen geäußerten Zweifel¹⁰⁴⁾ als außerordentlicher Rechtsbehelf von Art 34 Nr 2 EuGVVO erfasst. Sowohl Wortlaut, der systematische Vergleich mit den ausdrücklich auf ordentliche Rechtsbehelfe eingeschränkten Art 37, 46 EuGVVO, als auch das *telos*, den Rechtsschutz möglichst umfassend vom Zweit- in den Erststaat zu verlagern, sprechen für die Miteinbeziehung von außerordentlichen Rechtsbehelfen, sofern dadurch eine umfassende Bekämpfung des Mangels des rechtli-

93) Dafür OGH 7 Ob 619/95 JBl 1996, 743; 8 Ob 2185/96 y SZ 71/97; 8 Ob 104/97 w SZ 71/113; 8 Ob 102/01 k MietSlg 53.821; RS0078895; *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 2044; ausf zum Meinungsstand *Jelinek* in *Fasching/Konecny* IV/1² § 529 Rz 77 ff, insb 84 ff; anders noch RIS-Justiz RS0044396, zB OGH 5 Ob 576/79 JBl 1980, 161; ebenso *Domej*, wobl 2001, 299 (301) (Anm).

94) *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 ZPO Rz 5.

95) Oben bei und in FN 85.

96) Zutr *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 40.

97) *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht Rz 367; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 512.

98) Vgl dazu *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 373, 502.

99) OGH 1 Ob 914/26 SZ 8/352; *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny* III² § 416 Rz 6 mwN.

100) Vgl nur das Beispiel bei *Neumayr*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren 2⁵ (Rechtsskriptum) (2010) 89.

101) Zutr *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 ZPO Rz 5.

102) Vgl EuGH 10. 10. 1986, C-78/95, *Hendrikman und Feyen*, Rz 18, wo die Anerkennung wegen Vertretung durch einen nicht vom Beklagten bestellten Vertreter versagt wurde.

103) EuGH 14. 12. 2006, C-283/05, *ASML Netherlands BV/SEMIS*, Rz 34 ff; *G. Kodek* in *Czernich/Tiefenthaler/G. Kodek*, EuGVVO³ Art 34 Rz 30; *Gottwald* in *MünchKommZPO* III³ Art 34 EuGVO Rz 33; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht³ Art 34 – 36 Rz 19; *Leible* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR Art 34 Brüssel I-VO Rz 39 a.

104) So *Burgstaller/Neumayr* in *Burgstaller ua*, IZVR I (2002) Art 34 EuGVO Rz 39; offenlassend *Rassi* in *Fasching/Konecny* V/1² Art 34 EuGVVO Rz 63.

chen Gehörs möglich ist.¹⁰⁵⁾ *De lege ferenda* bedenklich ist freilich die fehlende Aussetzungsmöglichkeit gem Art 37, 46 EuGVVO in diesen Fällen.

5. Kompetenzen des Abwesenheitskurators

§ 117 Abs 1 S 2 ZPO stellt klar, dass der Abwesenheitskurator keinesfalls bloß für die Entgegennahme der Zustellung, sondern grundsätzlich für die Vornahme aller Prozesshandlungen im konkreten Verfahren zuständig ist. Das Verhalten des Kurators ist dem Abwesenden voll zurechenbar, bspw auch dessen Säumnis. Zugleich ergibt sich, dass die Kompetenz des Kurators jedenfalls mit dem Erkenntnisverfahren endet; für ein allfälliges Exekutionsverfahren ist eine neuerliche Bestellung erforderlich.¹⁰⁶⁾

Wegen der Beschränkung auf den konkreten Prozess ist er ferner zu darüber hinausreichenden privatrechtlichen Handlungen nicht befugt, wie etwa zur Entgegennahme einer Mahnung,¹⁰⁷⁾ einer Vertragsaufhebungserklärung¹⁰⁸⁾ oder der Leistung einer Zahlung.¹⁰⁹⁾ Das wirft freilich die Frage auf, was für sog doppel funktionelle Prozesshandlungen zu gelten hat. Tatsächlich hat dieses Problem bereits den k.k. Obersten Gerichtshof 1907 beschäftigt, der in einem diesbezüglichen Gutachten ausführte, dass Abwesenheitskuratoren gem §§ 116, 119 aF ZPO zur Vornahme von Verzicht, Vergleich und Anerkenntnis der gerichtlichen Genehmigung gem §§ 233, 282 aF¹¹⁰⁾ ABGB bedürfen.¹¹¹⁾ In der Lehre wird dieses Genehmigungserfordernis (ohne nähere Begründung) bisweilen auf den Kurator gem § 270 ABGB eingeschränkt,¹¹²⁾ nach einer von *Gitschthaler*¹¹³⁾ zitierten E des LGZ Wien¹¹⁴⁾ sei der Vergleichsabschluss durch den prozessualen Abwesenheitskurator im Gegenteil sogar gänzlich unzulässig. *Frauenberger-Pfeiler*¹¹⁵⁾ vertritt einerseits die Meinung, dass eine Genehmigung erforderlich sei, aber auch ohne diese das Auslangen gefunden werden könne. Ausgehend von dieser (unsicheren) Rechtslage ist zu erwägen, ob ein rügeloses Einlassen gem Art 24 EuGVVO ebenfalls der Zustimmung des Gerichts gem § 167 Abs 3 ABGB bedarf oder gar die Kompetenzen des Kurators überschreitet; dies gilt umso mehr, als es sich dabei nach umstrittener Ansicht des EuGH um eine stillschweigende Prorogation handelt,¹¹⁶⁾ womit zumindest (auch) ein außerprozessualer Konnex impliziert wird.¹¹⁷⁾

ME gilt Folgendes: Trotz ihrer privatrechtlichen Wirkungen sind doppel funktionelle Prozesshandlungen nicht *per se* vom Vertretungsumfang des Kurators gem § 116 ZPO ausgenommen. Es kann nämlich durchaus ein legitimes Bedürfnis dafür bestehen und es ist nicht einzusehen, warum Abwesenden die damit verbundenen Vorteile gänzlich vorenthalten werden sollten. Die Alternative der notwendigen zusätzlichen Bestellung eines Kurators gem § 270 ABGB für den Fall, dass eine derartige Handlung erforderlich sein könnte, grenzt – wie *Frauenberger-Pfeiler* zu Recht bemerkt – an prozessökonomischen Unsinn und beließe § 116 ZPO kaum mehr einen vernünftigen Anwendungsbe reich; denn es müsste praktisch immer mit der Vornahme derartiger Prozesshandlungen gerechnet werden. Einzig doppel funktionelle Handlungen, die den Prozessgegenstand überschreiten, sind mE nicht von § 116 ZPO gedeckt, weil der prozessuale Abwesenheits-

kurator den Abwesenden nur in Bezug auf den Streitgegenstand vertreten soll. Daher kann der Kurator keine Aufrechnungseinwendung (§ 391 Abs 3 ZPO) erheben und wohl auch nicht einer Klags erweiterung gem § 235 Abs 2 ZPO zustimmen.¹¹⁸⁾

Aus § 167 Abs 3 ABGB ergibt sich allerdings, dass Verzicht, Vergleich und Anerkenntnis als Verfügungen, „die den Verfahrensgegenstand an sich betreffen“, genehmigungspflichtig sind. Da der prozessuale Abwesenheitskurator nach hM¹¹⁹⁾ ein Unterfall des Abwesenheitskurators gem § 270 ABGB ist und keine Gründe für eine Differenzierung ersichtlich sind, ist es naheliegender, dass diese Einschränkung für beide Typen gilt. Insbesondere ist wegen der vergleichbaren Gefahren für den Kuranden die Wertung von § 167 ABGB eher einschlägig als jene der umfassenden Vertretungsmacht gem § 31 Abs 1 Z 2 ZPO, die mit der Bevollmächtigung eine bewusste Entscheidung des Vertretenen voraussetzt. Dies gilt umso mehr, als § 64 ZPO festlegt, dass sogar ein auf Antrag der Partei bestellter Verfahrenshilfsanwalt für einen Vergleich, Verzicht oder ein Anerkenntnis deren Zustimmung benötigt. Damit wird deutlich belegt, dass der Gesetzgeber für diese Handlungen ein besonderes Schutzbedürfnis des Vertretenen anerkennt (vgl auch § 32 ZPO).

Zuständig zur Genehmigung wäre nach § 112 JN iVm § 116 ZPO grundsätzlich das Prozessgericht.¹²⁰⁾

105) Vgl *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht⁹ (2011) Art 34 EuGVVO Rz 43; *G. Kodek in Czerlich/Tiefenthaler/G. Kodek*, EuGWO³ Art 34 Rz 30; *Leible in Rauscher*, EuZPR/EuIPR Art 34 Brüssel I-VO Rz 40.

106) OGH 1 Ob 140/47 EvBl 1947/513; vgl RIS-Justiz RS0049275.

107) LGZ Wien 39 R 417/02 s MietSig 55.172; *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 Rz 5; *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO³ §§ 116–119 Rz 1; vgl auch OGH 1 Ob 552/84 JBl 1985, 235 (zu § 8 ZPO).

108) OGH 9 Ob 16/10 h Zak 2010, 215.

109) RIS-Justiz RS0021322; OGH 1 Ob 552/84 JBl 1985, 235.

110) Nunmehr hat ein Kurator (nach ABGB) für die Angelegenheiten des § 167 Abs 3 ABGB die Zustimmung des Pflegschaftsgerichts einzuholen, auch wenn ein ausdrücklicher Verweis in § 275 ABGB fehlt, zB *Tschugguel in Kletečka-Schauer* (Hrsg), ABGB-ON¹ (2012) § 275 Rz 2.

111) OGH Plenissimarbeschluss vom 12. 6. 1907, JB 1980 = JBl 1907, 429.

112) *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO³ §§ 116–119 Rz 10; *offenlassend ders in Rechberger*, ZPO² (2000) §§ 116–118 Rz 17; *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 ZPO Rz 8; aA *Knell*, Kuratoren 80.

113) *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO³ §§ 116–119 Rz 10.

114) LGZ Wien 42 R 916/03 x.

115) *Frauenberger-Pfeiler in Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 ZPO Rz 1.

116) EuGH 7. 3. 1985, 48/84, *Spitzley/Sommer*, Rz 15; 24. 6. 1981, 150/80, *Elefanten Schuh/Jacqmain*, Rz 8; aus der Lehre zB *Stadler in Musielak*, ZPO³ Art 24 EuGVVO Rz 1; aA statt vieler *Simotta in Fasching/Konecny V/1²* Art 24 EuGVVO Rz 1; *Gottwald* in Münch-KommZPO III³ Art 24 EuGVO Rz 1 je mwN.

117) Die Prorogation wird bisweilen als außergerichtliche Prozesshandlung qualifiziert, zB *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht (2011) Rz 469; vgl dazu auch *Fasching*, Zivilprozessrecht² Rz 772. Für die vorliegende stillschweigende Prorogation in einem konkreten Rechtsstreit kann dies freilich nicht gelten.

118) Zu bedenken ist, dass nur der ursprüngliche Streitgegenstand in der Ediktsdatei veröffentlicht wurde, weshalb eine Klags erweiterung im Widerspruch zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs stünde. Die Zustimmung kann daher mE entgegen § 235 Abs 3 ZPO auch nicht vom Gericht substituiert werden; der Kläger muss vielmehr ein erneutes Verfahren anstrengen.

119) RIS-Justiz RS0049230, zB OGH 7 Ob 190/99 p SZ 72/155; 6 Ob 610/91; *Knell*, Kuratoren 79; *Rassi*, RZ 1996, 215 (216); *Feil*, Zustellwesen⁵ § 116 ZPO Rz 3; *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 ZPO Rz 7.

120) So auch *Knell*, Kuratoren 80; *Stumvoll in Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 ZPO Rz 8.

Dies ist jedoch mehr als problematisch, weil der Richter gewissermaßen eine Vorbeurteilung des Prozessausgangs vornehmen müsste, was in weiterer Folge – nicht zuletzt in Anbetracht der möglichen Folgen eines Amtshaftungsanspruchs (unten B.6.) – dessen Unparteilichkeit beeinflussen könnte.¹²¹⁾ Man denke etwa daran, dass er einem Vergleich die Zustimmung mit der Begründung versagt, dass die Klage gegen den Kuranden voraussichtlich vollinhaltlich abgewiesen würde, sich dieser Standpunkt aber in der Folge des Verfahrens als unrichtig herausstellt. Die Zuständigkeit des Prozessgerichts in § 116 ZPO kann sich daher mE aufgrund teleologischer Reduktion nicht auf die Erteilung der Genehmigung gem § 167 Abs 3 ABGB beziehen. Da es somit an einer *lex specialis* fehlt, gilt auch für den prozessualen Abwesenheitskurator § 167 Abs 3 ABGB iVm § 109 JN. Dies hat zur Folge, dass das Pflegschaftsgericht die Zustimmung zu erteilen hat. Da ein (gewöhnlicher) Aufenthalt (§ 109 Abs 1 JN) des Abwesenden nicht feststellbar sein wird, ist das Außerstreitgericht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts im Inland oder subsidiär das BG Innere Stadt Wien zuständig (§ 109 Abs 2 JN).¹²²⁾

Das bisher Gesagte ist allerdings nicht auf die „Prozesshandlung“ der rügelosen Einlassung übertragbar. Es ist zwar evident, dass ein Abwesenheitskurator wegen der Beschränkung auf das konkrete Verfahren keine Gerichtsstandsvereinbarung über sonstige (zukünftige) Streitigkeiten abschließen kann. Die vom EuGH als stillschweigende Prorogation qualifizierte Einlassung in einem anhängigen Verfahren stellt aber – trotz der mitunter gravierenden Auswirkungen – keine Verfügung über den Streitgegenstand „an sich“ dar, sondern hat allenfalls mittelbare Wirkungen. Würde man auch mittelbare Konsequenzen einer Handlung der Genehmigungspflicht unterwerfen, wäre eine eindeutige Abgrenzung nicht mehr möglich, was mit der erforderlichen Rechtssicherheit für den Prozessgegner schlicht unvereinbar wäre. Denn praktisch jede Prozesshandlung zeitigt derartige Folgen auf den Prozessausgang und damit auch auf den „Verfahrensgegenstand“. Zu Recht ist dementsprechend anerkannt, dass bspw Außerstreitstellungen von Tatsachen nicht unter § 167 Abs 3 ABGB fallen.¹²³⁾

Es handelt sich daher um keine verfahrensrechtliche Verfügung, die den Streitgegenstand an sich betrifft. Es liegt aber auch keine sonstige Handlung vor, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb iSd § 167 Abs 3 ABGB zählt, wofür bereits ein *E-contrario*-Schluss aus der Erwähnung nur gewisser Prozesshandlungen in dieser Bestimmung spricht. Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Erhebung von Unzuständigkeitseinreden unterliegt demnach allein dem Abwesenheitskurator. Gerade wenn dieser vom Obsiegen „seiner“ Partei überzeugt ist, kann es mitunter sinnvoll sein, die (erhoffte) Klagsabweisung auch vor einem eigentlich unzuständigen Gericht zu erreichen und die Streitigkeit somit endgültig zu erledigen.

6. Haftung des Abwesenheitskurators

Die Anordnung von § 117 Abs 1 ZPO, dass der Abwesenheitskurator auf „Gefahr“ des Abwesenden bestellt wird, bedeutet nicht, dass der Kurand im Verhältnis

zum Kurator völlig schutzlos gestellt würde. Verursacht der Abwesenheitskurator durch sein pflichtwidriges Verhalten einen Schaden des Kuranden, löst dies Schadenersatzansprüche aus. Zu beachten ist, dass sich die Pflichtwidrigkeit aus einer *Ex-ante*-Beurteilung ergeben muss. Freilich ist der Sorgfaltsmaßstab gem § 1299 ABGB anzulegen (vgl § 141 Abs 5 EO). Klarzustellen ist ferner, dass der Abwesenheitskurator gem § 277 ABGB persönlich haftet¹²⁴⁾ und sein Fehlverhalten nach der Rsp nur insoweit Amtshaftungsansprüche gegen die Republik auslöst, als er in Befolgung von gerichtlichen Weisungen handelt.¹²⁵⁾ Wenn der Kurator bloß die gerichtliche Genehmigung gem § 167 Abs 3 ABGB (vgl oben B.5.) einholt, ist dies aber mE nicht der Fall. Denn die Initiative geht anders als bei einer Weisung vom Verwalter aus. Das bedeutet aber nicht, dass nicht zusätzlich (§ 1302 ABGB) Amtshaftungsansprüche wegen einer (*ex ante*) unvertretbaren Entscheidung des Gerichts denkbar sind. Hinzuweisen ist iZm der Haftung des Abwesenheitskurators auch auf das Mäßigungsrecht gem § 277 ABGB, das allerdings für die vorliegend regelmäßig einschlägige Bestellung von Rechtsanwälten ausweislich der Materialien kaum zur Anwendung gelangen dürfte.¹²⁶⁾

Zu bedenken ist schließlich, dass bei Verfehlungen des prozessualen Abwesenheitskurators idR nur reine Vermögensschäden entstehen und diese nur eingeschränkt ersatzfähig sind.¹²⁷⁾ Da es sich bei den Anwendungsfällen von § 277 ABGB jedoch typischerweise um solche Schäden handelt und nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber diesen Hauptanwendungsfall ausklammern wollte, ist § 277 ABGB mE – ähnlich wie § 1300 ABGB¹²⁸⁾ – als Verhaltenspflicht einzuordnen, die (gerade) dem Schutz des bloßen Vermögens dient.¹²⁹⁾ Es ist auch keine Rechtfertigung für eine Privilegierung des gerichtlich bestellten Bevollmächtigten (§ 1034 iVm § 1012 HS 1 ABGB) gegenüber rechtsgeschäftlichen Vertretern ersichtlich. Die Schutzwürdigkeit des Kuranden ist im Gegenteil sogar noch höher einzustufen, weil er sich seinen Vertreter nicht selbst ausgewählt hat. Auch bloße Vermögensschäden sind daher ersatzfähig. →

121) *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 ZPO Rz 1.

122) So wohl auch *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler ua*, Zustellrecht² § 116 ZPO Rz 1.

123) *Stabenheimer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I³ (2003) § 154 Rz 15; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ErgBd² § 116 ZPO Rz 8; vgl RIS-Justiz RS00490837, zB OGH 7 Ob 45/05 a EFSlg 110.83.

124) Vgl *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO³ §§ 116 – 119 Rz 10.

125) RIS-Justiz RS0115842; OGH 1 Ob 197/01 d SZ 74/179; *Hopf* in *Koziol/P. Bydlinki/Bollenberger* (Hrsg), ABGB³ (2010) § 277 Rz 1; vgl allerdings die gegenteilige hL zum Insolvenzverwalter *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995) 40 f; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Insolvenzgesetze II (1997) §§ 81, 81 a KO Rz 13; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollack/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht III⁴ (2002) § 81 Rz 87 f je mwN; offenlassend OGH 1 Ob 68/65 EvBl 1965/420, 632; wohl auch 5 Ob 23/63 EvBl 1963/348, 471.

126) ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 77; ebenso *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 265 Rz 2; *Tschugguel* in *Kletečka-Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 277 Rz 3.

127) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/1³ (2004) § 1332 Rz 24; RIS-Justiz RS0022813, zB OGH 1 Ob 601/92 JBI 1994, 331.

128) *Karner/Danzl* in *KBB*, ABGB³ § 1300 Rz 4; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1300 Rz 5.

129) Vgl zu § 1300 ABGB *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1300 Rz 5, § 1332 Rz 24.

C. Heilung der internationalen Unzuständigkeit durch rügelose Einlassung des Abwesenheitskurators

1. Prüfungsmaßstab auf Basis der bisherigen EuGH-Judikatur

Wurden nunmehr die wesentlichen Facetten des Abwesenheitskurators nach österreichischem Zivilprozessrecht dargelegt, gilt es im Folgenden, unter Berücksichtigung europäischer Normen und deren Auslegung durch den EuGH Für und Wider der Zurechnung einer rügelosen Einlassung durch einen Abwesenheitskurator auszuloten. Dabei ist nicht zuletzt stets eine Abwägung der vom EuGH anerkannten, aus Art 47 GRC bzw der Systematik der EuGVVO ableitbaren, Parteiengrundrechte mitzubedenken: Das ist einerseits die Wahrung der Verteidigungsrechte des Beklagten,¹³⁰⁾ andererseits die Gewährung effektiven Rechtsschutzes zugunsten des Klägers.¹³¹⁾

Die Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurators ist von der EuGVVO nicht vorgesehen, was insofern wenig überrascht, als die Verordnung kein vollständiges Prozessrecht enthält.¹³²⁾ Der EuGH hat aber bereits klargestellt, dass gegen die Vertretung einer Partei durch einen Abwesenheitskurator weder aus Art 47 GRC noch den Prinzipien der EuGVVO grundsätzliche Bedenken bestehen. Voraussetzung ist allerdings, dass „sich das angerufene Gericht vergewissern [muss], dass alle Nachforschungen, die der Sorgfaltsgrundsatz und der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, vorgenommen worden sind, um den Beklagten ausfindig zu machen“.¹³³⁾

Dem werden die aus der Rsp des OGH ableitbaren Leitlinien (oben B.2.a) mE grundsätzlich gerecht, auch wenn dies – wie auch die Voraussetzungen im nationalen Recht¹³⁴⁾ – stets im konkreten Einzelfall beurteilt werden muss. Besonders hervorzuheben ist, dass der Stehsatz, vom Prozessgegner könnten keine umfangreichen Erhebungen über den Aufenthalt des Abwesenden verlangt werden,¹³⁵⁾ im Ergebnis wie gezeigt (B.2.a) längst nicht so großzügig gehandhabt wird, wie die Formulierung vielleicht den Anschein erweckt. Gerade wenn bisweilen betont wird, dass ernstliche, an bis zuletzt bekannte Umstände anknüpfende, naheliegende und dem Antragsteller zumutbare Nachforschungen erforderlich sind,¹³⁶⁾ wird das auch dem Anspruch von Treu und Glauben gerecht. Denn umfassende Recherchen ohne konkrete Anhaltspunkte wären gerade im Hinblick auf die berechtigten Interessen des Klägers ohnehin unverhältnismäßig und daher auch nach EU-Recht nicht erforderlich. Selbst die Auffassung, dass Nachforschungen zur Gänze entfallen können, wenn diese von vornherein wenig aussichtsreich bzw nicht erfolversprechend sind,¹³⁷⁾ widerspricht den EuGH-Vorgaben nicht. Allerdings ist mE ein sehr strenger Maßstab anzulegen: Es muss also aufgrund besonderer Umstände *ex ante* praktisch ausgeschlossen sein, dass der Prozessgegner aufgefunden werden kann.¹³⁸⁾

Die Kompatibilität der nationalen Auslegung der Judikatur mit EU-Primärrecht ist ferner umso eher anzunehmen, als das Nichtvorliegen der Voraussetzung der Abwesenheit trotz ausreichender Bescheinigung zur

Nichtigkeit der Bestellung führt (oben B.4.a). Denn diese Rechtsfolge wird vom EuGH zumindest nicht explizit vorausgesetzt, lindert die Einschränkung des rechtlichen Gehörs des Kuranden aber selbstverständlich massiv. Umgekehrt ist der Umstand unschädlich, dass eine unzureichende Bescheinigung nicht zur Nichtigkeit der Bestellung führt, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Beklagte tatsächlich abwesend war (B.4.a). Die Schutzwürdigkeit des Abwesenden kann nämlich letztlich nicht davon abhängen, ob ein gewisses Prozedere eingehalten wurde oder nicht.

Aus der Rsp des EuGH verdient ferner die Rs *Hypotecni banka* besondere Erwähnung, zumal darin bereits die nunmehr vom OGH vorgelegte Frage gestellt wurde. Der EuGH konnte diese jedoch offenlassen. Konkret ging es um die Bestellung eines Abwesenheitskurators für einen Verbraucher, der als Partei eines langjährigen Hypothekendarlehensvertrags auch die Verpflichtung übernommen hatte, seinem Vertragspartner jede Adressänderung mitzuteilen, dieser Pflicht aber nicht nachgekommen war. Der EuGH ging davon aus, dass in dieser Konstellation die Gerichte des Mitgliedsstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich der letzte bekannte Wohnsitz des Verbrauchers befindet, nach Art 16 Abs 2 EuGVVO zuständig sind, sofern – grob vereinfacht – ausreichende Nachforschungen angestellt wurden und nicht anzunehmen sei, dass der Beklagte seinen Wohnsitz nunmehr außerhalb des Unionsgebiets habe.¹³⁹⁾ Bemerkenswert daran ist das besondere Gewicht, das der EuGH sohin der Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes zugunsten des Klägers beimisst, indem er *quasi* einen neuen Gerichtsstand „schafft“. Freilich ist der Sachverhalt dadurch geprägt, dass der Beklagte eine vertragliche Verpflichtung verletzte und sich dadurch einen Vorteil verschafft hätte, weil der Kläger nicht mehr wissen konnte, wo er eine Klage einzubringen hatte. Somit lässt sich das Ergebnis des EuGH mE zwanglos mit dem altrömischen Grundsatz *nemo suam turpitudinem allegans auditur* rechtfertigen, ohne dass daraus zwingende Konsequenzen für die vorliegende Fragestellung abzuleiten wären.

Ebenfalls nur begrenzt aufschlussreich ist die Rs *Hendrikman*.¹⁴⁰⁾ Der EuGH hatte darin ausgesprochen, dass das rügelose Vorbringen eines Prozessvertreters, der selbst nicht vom Beklagten beauftragt worden ist,

130) EuGH 21. 5. 1980, 125/79, *Denilauler*, Rz 13; 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypotecni banka*, Rz 48.

131) EuGH 2. 4. 2009, C-394/07, *Gambazzi*, Rz 31 ff; 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypotecni banka*, Rz 51.

132) *Simotta* in *Fasching/Konecny* V/1² Art 24 EuGVVO Rz 17 mwN; *Gottwald* in *MüKoZPO* III³ Art 24 EuGVVO Rz 5; *Geimer*, Unterwerfung des Beklagten als Basis internationaler Zuständigkeit, in *FS Rechberger* (2005) 155 (158 f).

133) EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypotecni banka*, Rz 52.

134) RIS-Justiz RS0036476 mit Beisatz T 4; OGH 1 Ob 244/05 x Zak 2006, 158.

135) RIS-Justiz RS0036476.

136) OGH 3 Ob 187, 188/94 RdW 1995, 427; vgl auch 6 Ob 584/79 JBl 1980, 267.

137) So OGH 7 Ob 142/05 s EFSJg 112.074.

138) Diese Voraussetzungen waren wohl im einschlägigen Fall 7 Ob 142/05 s erfüllt, wo lediglich eine fast 60 Jahre zurückliegende Adresse der drei Abwesenden in den USA und Kanada bekannt war, zumal in diesen Staaten nach Auffassung des Gerichts ein wenig ergiebiger Melderecht und sehr beschränkte Erhebungsmöglichkeiten bestünden.

139) EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypotecni banka*, Rz 47.

140) EuGH 10. 10. 1986, C-78/95, *Hendrikman und Feyen*, Rz 18.

nicht als Einlassen des Beklagten iSd Art 27 Nr 2 EuGVÜ (nunmehr Art 34 Nr 2 EuGVVO) angesehen werde. Anders als die Generalanwältin in der Rs *Hypotecni banca* argumentierte, lässt sich daraus keineswegs der Schluss ziehen, dass die Einlassung durch einen Abwesenheitskurator einem Beklagten keinesfalls zugerechnet werden könne, wenn dieser ohne dessen Willen und Wissen bestellt worden war.¹⁴¹⁾ Während nämlich die Handlungen eines nicht von der Partei bevollmächtigten Vertreters selbstredend keine Wirkungen für diese erzeugen, ist die Zurechnung der Prozesshandlungen eines zwar nicht vom Abwesenden, aber vom Gericht bestellten Abwesenheitskurators gerade Sinn und Zweck dieses Prozessrechtsinstituts. Zumal die prozessuale Abwesenheitskuratel seinerseits Ausfluss einer Interessenabwägung (des nationalen Gesetzgebers) ist (auf oben B.1.) und diese vom EuGH auch ausdrücklich anerkannt wurde, ergibt sich somit, dass besondere Gründe vorliegen müssen, warum von der Regel der Zurechnung von Prozesshandlungen ausgerechnet für die rügelose Einlassung eine Ausnahme gemacht werden soll. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis gewinnt umso mehr an Gewicht, als sich aus der sonstigen EuGH-Rsp keine eindeutigen Tendenzen für die eine oder andere Lösung ergeben.

2. Auswirkungen mangelnder Zurechnung

Verneint man die Zurechnung der rügelosen Einlassung, ist zunächst zu untersuchen, wie sich dies mit dem System der EuGVVO vereinbaren lässt. Da es mangels Zurechnung konsequenterweise zu keiner Einlassung iSd Art 24 EuGVVO kommt, muss das Gericht seine Zuständigkeit von Amts wegen prüfen. Die einzig denkbare Alternative wäre, dass eine Heilung der Unzuständigkeit zu keinem Zeitpunkt eintreten würde und wohl sogar noch nach Eintritt der Rechtskraft geltend gemacht werden könnte. Die damit geschaffene Rechtsunsicherheit widerspricht aber dem Interesse des Klägers nach effektivem Rechtsschutz eklatant und wäre auch schwer mit der der EuGVVO immanenten Systematik vereinbar. Denn Art 24ff EuGVVO fußen erkennbar darauf, dass die internationale Zuständigkeit während des Verfahrens gerade nicht in Schwebe bleiben soll.¹⁴²⁾

Freilich stellt auch die amtswegige Prüfpflicht in der vorliegenden Konstellation gewissermaßen einen Fremdkörper im System der EuGVVO dar. Denn die amtswegige Prüfpflicht wird ausgelöst, obwohl der Beklagte im Verfahren vertreten ist, aber keinen entsprechenden Einwand erhoben hat. Dies wirft anders als beim Hauptanwendungsfall der Rügepflicht, nämlich der Säumnis des Beklagten, bei der eine vom Versäumnisurteil gesonderte Entscheidung über die Zuständigkeit wenig sinnvoll wäre, die Frage auf, in welcher Form das Gericht seine Zuständigkeit zu bejahen hat. Die EuGVVO enthält hierüber keine Regelung, weshalb grundsätzlich nationales Recht zur Anwendung gelangt.¹⁴³⁾ Nach österreichischem Recht obliegt es sohin dem Ermessen des Gerichts, ob es eine Prozesseinrede mittels eines gesondert anfechtbaren Beschlusses verwirft oder diesen Ausspruch in die über die Hauptsache ergehende Entscheidung aufnimmt (§ 261 Abs 1, 2 ZPO).¹⁴⁴⁾ In letzterem Fall hat der Beklagte nur die Mög-

lichkeit der Anfechtung im Rahmen der Berufung gegen das Urteil (§ 261 Abs 3 ZPO).¹⁴⁵⁾ Zu erwägen ist mE, ob dieses Ermessen im Anwendungsbereich der EuGVVO dahingehend einzuschränken ist, dass stets eine abgeordnete Verhandlung durchzuführen und ein entsprechender Beschluss zu fällen ist. Denn dies würde dem erwähnten Ziel der Art 24ff EuGVVO am besten gerecht, die Frage über die internationale Zuständigkeit möglichst frühzeitig endgültig zu klären.¹⁴⁶⁾

Zu bedenken ist, dass eine derartige amtswegige Prüfung der internationalen Zuständigkeit ohnehin aufgrund nationaler Vorgaben in Österreich bereits vor der Bestellung des Kurators erforderlich wäre. Denn die Zuständigkeit zur Bestellung des Kurators gem § 116 ZPO richtet sich wie gezeigt (oben B.2.d) nach der Zuständigkeit im Hauptprozess. Das muss auch im Anwendungsbereich der EuGVVO gelten, weil diese keinerlei einschlägige Regelung enthält.¹⁴⁷⁾ Wenn es aber keine Auswirkungen hätte, ob der Kurator sich auf den Prozess einlässt, könnte das Gericht – anders als bei Annahme einer Heilungsmöglichkeit (dazu oben B.2.d) – daher bereits vor der Bestellung des Abwesenheitskurators problemlos seine internationale Zuständigkeit überprüfen. Dazu wäre es auch aufgrund von § 42 JN verpflichtet; denn diese Bestimmung gilt mangels verdrängender Norm auch im Anwendungsbereich der EuGVVO.¹⁴⁸⁾ Allerdings hätte das Gericht dabei die Angaben des Klägers zu Grunde zu legen (§ 41 Abs 2 JN), womit sich diese „Vorwegprüfung“ von der nachfolgenden amtswegigen Prüfung nach Art 26 EuGVVO unterscheidet, bei der das Gericht eine materielle Prüfpflicht trifft.¹⁴⁹⁾ Daher käme es zu einer prozessökonomisch unsinnigen Art „doppelter Prüfpflicht“ des Gerichts.

Selbst wenn der EuGH die Zurechnung der Einlassung gem Art 24 EuGVVO ablehnen sollte, ist klarzustellen, dass damit noch nicht gesagt ist, ob generell auch eine Anerkennung und Vollstreckung (Art 34 Nr 2 iVm Art 45 EuGVVO) eines Urteils, das in einem Verfahren mit einem Abwesenheitskurator ergangen ist,¹⁵⁰⁾ in einem anderen Mitgliedstaat ausgeschlossen wäre. Dies wäre zwar grundsätzlich denkbar, weil auch für die Bejahung des Versagungsgrundes gem Art 34 Nr 2 EuGVVO die mangelnde „Einlassung“ durch den Beklagten erforderlich ist. Aber erstens ist es nicht

141) Schlussanträge der Generalanwältin *Verica Trstenjak*, C-327/10, 8. 9. 2011, Rz 80.

142) Vgl *Mayr* in *Burgstaller ua*, IZVR (2011) Art 24 EuGVO Rz 12.

143) Vgl *Schoibl* in *Fasching/Konecny V/1²* Vor Art 25, 26 EuGVVO Rz 6 f; *Mayr* in *Burgstaller ua*, IZVR I Art 25 EuGVO Rz 8, Art 26 Rz 11.

144) *G. Kodek* in *Fasching/Konecny III²* § 261 Rz 30 ff.

145) Die Erhebung eines Rekurses ist nach mE überzeugender Ansicht abzulehnen: *Fasching*, *Zivilprozessrecht²* Rz 1366; *G. Kodek* in *Fasching/Konecny III²* § 261 Rz 80 f; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO § 261 Rz 4; aA OGH Nr 4090, GIUNF 3448.

146) Vgl *Mayr* in *Burgstaller ua*, IZVR I Art 24 EuGVO Rz 12.

147) Vgl oben bei und in FN 143.

148) Vgl *Schoibl* in *Fasching/Konecny V/1²* Vor Art 25, 26 EuGVVO Rz 6 f; *Mayr* in *Burgstaller ua*, IZVR I Art 25 EuGVO Rz 8, Art 26 Rz 11.

149) RIS-Justiz RS0116403; OGH 5 Ob 312/01 w ZfRV-LS 2002/37; 6 Ob 70/04 v; *Mayr*, *EuZPR* Rz II/175; *ders* in *Burgstaller ua*, IZVR I Art 26 Rz 11.

150) Vgl EuGH 10. 10. 1986, C-78/95, *Hendrikman und Feyen*, Rz 18, sowie oben B.4.d) aE zum freilich völlig anders gelagerten Fall, dass ein Kurator unzulässigweise bestellt wurde.

ausgeschlossen, dass der Begriff der Einlassung in Art 24 und Art 34 EuGVVO unterschiedlich auszulegen ist.¹⁵¹⁾ Zweitens ist die weitere Voraussetzung von Art 34 Nr 2 EuGVVO nicht erfüllt, dass die Zustellung an den Kurator in einer Weise ergangen ist, dass sich der Beklagte nicht rechtzeitig verteidigen konnte. Denn die Verteidigungsmöglichkeit durch den Kurator ist dem Beklagten insoweit „zuzurechnen“. Andernfalls würde die grundsätzliche Anerkennung des Rechtsinstituts des Prozesskurators im europäischen Kontext über die Hintertür der mangelnden zwischenstaatlichen Anerkennung völlig entwertet, was aber das Interesse des Klägers auf effektiven Rechtsschutz konterkarierte.

3. Auswirkungen einer Zurechnung

Bejaht man umgekehrt eine Zurechnung, liegt der Einwand auf der Hand, dass damit einer unbegrenzten Ausweitung der internationalen Zuständigkeit einzelner Mitgliedstaaten Tür und Tor geöffnet würde, weil eine Zurückweisung *a limine litis* nach der EuGVVO ausgeschlossen ist (ausf oben B.2.d). Dies ist zwar auch bei rügeloser Einlassung durch den Beklagten denkbar, beruht dann aber auf dessen bewusster Entscheidung oder zumindest eigener Sorglosigkeit. Indes ist das Problem praktisch nicht überzubewerten, weil Kuratoren die internationale Unzuständigkeit einfach beim leisensten Verdacht einer internationalen Unzuständigkeit rügen werden – und dies dürfte bei unbekanntem Aufenthalt des Beklagten regelmäßig der Fall sein. Dass Kuratoren bei Bejahung der Vorlagefrage durch den EuGH diesen Einwand geradezu „standardisiert“ erheben werden, ist nämlich auch vor der Gefahr einer persönlichen Haftung (oben B.6.) wahrscheinlich. Freilich wird dem Kurator der für einen Ersatzanspruch erforderliche Nachweis der Kausalität der Einlassung für den Prozessverlust in aller Regel nicht gelingen. Der Sachverhalt müsste nämlich so gestaltet sein, dass aufgrund des vom eigentlich zuständigen Gericht anzuwendenden Kollisionsrechts anderes Sachrecht zur Anwendung gelangt wäre und dieses zu einem abweichenden Prozessausgang geführt hätte. Im Ergebnis ist dennoch davon auszugehen, dass sorgsame Kuratoren praktisch immer die internationale Unzuständigkeit rügen würden, womit das Gericht zur Prüfung seiner Zuständigkeit verhalten wird.

Gegen eine Zurechnung lässt sich auch nicht ins Treffen führen, dass dem Abwesenheitskurator entsprechendes Wissen fehlt, um eine allfällige Unzuständigkeit zu belegen. Denn erstens trifft nach der allgemeinen Beweislastregel¹⁵²⁾ den Kläger die (objektive) Beweislast,¹⁵³⁾ sodass sich erforderliche Informationen oder Beweismittel, über die nur der abwesende Beklagte verfügt, zu Lasten des Klägers auswirken. Einzuwenden ist zwar, dass die Beweislastregel ein schwaches Korrektiv darstellt, wenn es sich um doppelrelevante Tatsachen handelt, zumal hierfür nach Ansicht des OGH eine Reduktion des Beweismaßes hin zu einer bloßen Schlüssigkeitsprüfung eintritt.¹⁵⁴⁾ Doch es mehren sich die Stimmen, welche eine Beweismaßreduktion gerade im Kontext des Art 26 EuGVVO zu Recht ablehnen.¹⁵⁵⁾ Denn die Gegenansicht ist mit dem durch die amtsweilige Prüfpflicht intendierten Schutz des Beklagten, der

sich nicht vor irgendeinem Gericht verantworten müssen soll, nicht vereinbar. Zweitens sind Nachteile aufgrund unzureichender Information des Kurators ein allgemeines Problem dieses Rechtsinstituts, das auch bei der Entscheidung über die Sache selbst besteht, aber aufgrund der sorgfältigen Interessenabwägung zwischen Kläger und Beklagtem von nationalen Gesetzgebern und dem EuGH in Kauf genommen wird. Drittens bestünde dasselbe Problem, wenn das Gericht seine Zuständigkeit bei Verneinung der Zurechnung von Amts wegen prüfen müsste (oben C.2.).

Wenig durchschlagend ist auch der Einwand, dass der Prozesskurator und das Prozessgericht nicht einmal beurteilen können, ob die EuGVVO überhaupt anwendbar ist, zumal sie den Aufenthalt des Beklagten als zentralen Anknüpfungspunkt nicht kennen. Der EuGH geht nämlich in diesem Fall von einer sehr großzügigen Anwendung der EuGVVO aus. In der Rs *Cornelius de Visser*¹⁵⁶⁾ hat er entschieden, dass nur dann nationales Recht anzuwenden sei, wenn das Gericht über beweiskräftige Indizien verfügt, dass der Beklagte in einem Drittstaat ansässig sei. Dieselbe Zweifelsregel muss auch für die Frage gelten, ob der Beklagte seinen Wohnsitz im Inland hat und damit ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vorläge, sofern man mit der (ö)hM die Anwendung der EuGVVO auf reine Binnenfälle verneint und der Frage daher überhaupt Relevanz zukommt.¹⁵⁷⁾ Ob für die Anwendung der Zweifelsregel – wie im Ausgangsrechtsstreit – erforderlich ist, dass der Beklagte zumindest die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats innehat, ist zwar noch nicht geklärt; jedenfalls wenn dies der Fall ist, weiß der Abwesenheitskurator mangels eindeutiger gegenteiliger Indizien, dass die EuGVVO zur Anwendung gelangt und er daher die internationale Unzuständigkeit jedenfalls rügen muss, um die amtsweilige Prüfpflicht des Gerichts auszulösen.

151) Dies vertritt der OGH (3 Ob 295/02 g RdW 2003/323) etwa iZm der Einlassung, die bloß zur Geltendmachung von Zustellmängeln dient.

152) *Rechberger in Fasching/Konecny III* Vor § 266 ZPO Rz 32 mwN; *G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht* Rz 637.

153) RIS-Justiz RS0116403, zB OGH 5 Ob 312/01 w ZfRV-LS 2002/37; *Geimer in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht*⁹ (2010) Art 26 EuGVVO Rz 12.

154) RIS-Justiz RS0116404, zB OGH 7 Ob 286/99 f SZ 72/192.

155) *Schoibl in Fasching/Konecny V/1* Art 26 EuGVVO Rz 34; *Manowski, Die Lehre von doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit*, IPRax 2006, 454; *ders in Rauscher, EuZPR/EuIPR* Art 26 Brüssel I-VO Rz 5; *Stürmer, Internationale Zuständigkeit bei Schadensersatzklage wegen Nichtabgabe einer Willenserklärung*, IPRax 2006, 450 (451); vgl auch in anderem Zusammenhang *König, Zur Prüfungspflicht beim Gerichtsstand der Streitgenossenschaft* (Art 6 Z 1 LGVÜ/EuGVÜ), RZ 1997, 240 (241); aA OGH 9 Ob 25/07 b ecolex 2007/393; *G. Wagner in Stein/Jonas, ZPO X²²* Art 26 EuGVVO Rz 14 f; *Gottwald in MüKoZPO III* Art 25 EuGVVO Rz 3 mwN.

156) EuGH 15. 3. 2012, C-292/10, *Cornelius de Visser*, Rz 39 f; vgl auch EuGH 17. 11. 2011, C-327/10, *Hypotecni banka*, Rz 44.

157) RIS-Justiz RS0119190; OGH 9 Ob 151/03 a ZfRV 2004/33 (*Mayr*); 1 Ob 240/02 d JBI 2004, 187; *Czemich in Czemich/Tiefenthaler/G. Kodek, EuGWO*⁹ Art 1 Rz 1, 4; *Simotta in Fasching/Konecny V/1* Vor Art 2 EuGVVO Rz 22; *Burgstaller/Neumayr in Burgstaller ua, IZVR I* (2010) Art 1 EuGVO Rz 26; *Kropholler/von Hein, EuZPR*⁹ Vor Art 2 EuGVVO Rz 6; aA *Pfeiler, Das „Lugano-Abkommen“ – die Einbindung Österreichs in das gesamteuropäische Zivilverfahrenssystem*, JAP 1994/95, 227 (230 f); *G. Kodek in Fasching/Konecny V/1* Art 24 EuGVVO Rz 20; *Geimer in Geimer/Schütze, EuZVR*⁹ Art 2 EuGWO Rz 101; *Schlosser, EU-Zivilprozessrecht*⁹ Vor Art 2 Rz 5.

Klarzustellen ist allerdings, dass eine Heilung nur so lange wirksam sein kann, als die Kuratorenbestellung nicht nachträglich für nichtig erklärt wird. Wurde der Kurator unzulässigerweise bestellt, ist aufgrund des entsprechenden Rechtsmittels des vermeintlich Abwesenden auch dessen rügelose Einlassung für nichtig zu erklären. Fraglich ist, ob der Kurand die Rüge der internationalen Unzuständigkeit bereits in seiner Nichtigkeitsklage erheben muss, um die Heilung gem Art 24 EuGVVO zu vermeiden. Da die Nichtigkeitsklage nur den Zweck hat, die bisherige Verfahrensführung für unwirksam zu erklären, und nicht auf Klagsabweisung oder -zurückweisung gerichtet ist,¹⁵⁸⁾ kann darin mE jedoch noch keine Einlassung in die Sache iSd Art 24 EuGVVO erblickt werden.

4. Ergebnis

Als Fazit ist festzuhalten, dass weder gegen noch für eine Heilung der internationalen Zuständigkeit durch rügelose Einlassung durch einen Abwesenheitskurator zwingende Gründe sprechen. Insbesondere werden durch keine der beiden Lösungen die Verteidigungsrechte des Beklagten oder der Rechtsschutz des Klägers ungebührlich eingeschränkt. Allerdings muss die Ablehnung der Zurechnung unabhängig von einer allfälligen Rüge des Kurators die amtswegige Prüfpflicht des Gerichts auslösen, was insofern ungewöhnlich ist, als der Beklagte ansonsten wirksam vertreten ist. Nahtloser fügt sich in das System der Art 24 ff EuGVVO und vor allem in den Grundsatz, dass Prozesshandlungen des Abwesenheitskurators uneingeschränkt gegenüber dem Kuranden wirken, der seinerseits Ausfluss einer Interessenabwägung ist, die Heilung des Mangels der internationalen Zuständigkeit durch rügelose Einlassung seitens des Kurators. Auch würde dadurch eine prozessökonomisch wenig sinnvolle „doppelte Zuständigkeitsprüfung“ des Prozessgerichts entfallen, die sich aufgrund der – nur bei fehlender Zurechnung – möglichen und erforderlichen Zuständigkeitsprüfung zur Kuratorbestellung im österreichischen Recht (§ 112 JN iVm § 116 ZPO iVm § 27 a JN) ergäbe. Wird die Zurechnung indes bejaht, scheidet eine separate Zuständigkeitsprüfung vor der Bestellung aus, weil das Prozessgericht zunächst abwarten muss, ob sich der Kurator auf das Verfahren gem Art 24 EuGVVO einlässt (B.2.d).

D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

→ Die Möglichkeit der Bestellung eines prozessualen Abwesenheitskurators gem § 116 ZPO ist Ausfluss einer Abwägung der Interessen von Kläger und Beklagtem (B.1.). Sie setzt voraus, dass die Person, der ein Schriftstück zugestellt werden sollte und die eine Prozesshandlung vorzunehmen hätte (B.2.c), über keine bekannte Abgabestelle verfügt. Den Antragsteller (oder das amtswegig tätig werdende Gericht) trifft diesbezüglich eine Bescheinigungspflicht, die durch Erkundigungen bei öffentlichen Einrichtungen (Meldestelle, Sozialversicherung etc) sowie im sozialen Umfeld des Abwesenden zu erfüllen ist

(B.1.a), widrigenfalls faktischer Verfahrensstillstand eintritt (B.3.). Diese Vorgaben werden auch den aus Art 47 GRC abgeleiteten Anforderungen des EuGH gerecht (C.1.). Verletzt eine Partei ihre Obliegenheit, während eines laufenden Verfahrens eine Wohnsitzänderung bekannt zu geben, ist § 116 ZPO nicht anwendbar, sondern mittels Hinterlegung vorzugehen, selbst wenn die Parteien daran kein Verschulden trifft (§ 8 Abs 1 ZustellG) (B.2.b).

- Eine unzulässige Bestellung führt gem § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO zur Nichtigkeit des Verfahrens (B.4.a). Als Rechtsmittel kommen sowohl Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss, Berufung gegen die Entscheidung als auch ein Enthebungsantrag in Betracht (B.4.c). Da formelle Rechtskraft einer Entscheidung aber bereits mit der Zustellung an den Kurator eintritt, ist der vermeintlich Abwesende regelmäßig auf den Behelf der Nichtigkeitsklage beschränkt (B.4.b). Wegen dieser Möglichkeit scheidet idR auch die Versagung der Anerkennung/Vollstreckbarkeit gem Art 34 Nr 2 iVm Art 43 EuGVVO aus (B.4.d).
- Der Abwesenheitskurator ist zur Vornahme aller (auch doppel funktioneller) Prozesshandlungen ermächtigt, soweit diese den konkreten Verfahrensgegenstand betreffen. Verfügungen über den Streitgegenstand bedürfen allerdings der gerichtlichen Genehmigung gem § 167 Abs 3 ABGB. Zuständig dazu ist das Pflegschaftsgericht: Bei unbekanntem Wohnsitz/Aufenthalt ist dies das Bezirksgericht am letzten feststellbaren Aufenthaltsort, subsidiär das Bezirksgericht Innere Stadt Wien (§ 109 Abs 2 JN) (B.5.). Nicht genehmigungsbedürftig ist die rügelose Einlassung ins Verfahren, auch nicht im Kontext der als stillschweigende Prorogation qualifizierten Einlassung gem Art 24 EuGVVO.
- Fügt der Kurator dem Abwesenden schuldhaft Schäden zu, haftet er gem § 277 ABGB persönlich, und zwar auch wenn es sich um reine Vermögensschäden handelt. Eine Amtshaftung kommt etwa bei schadenskausalen Genehmigungen eines Vergleichs oder Anerkennnisses durch das Gericht in Betracht (B.6.)
- Die besseren Gründe sprechen dafür, dass die rügelose Einlassung durch den Abwesenheitskurator dem Kuranden wie auch sonstige Prozesshandlungen mit der Folge zuzurechnen ist, dass eine allfällige internationale Unzuständigkeit gem Art 24 EuGVVO heilt (C.4.). Die gegenteilige Auffassung führte zu einem Fremdkörper im System der EuGVVO und würde – konkret in Österreich – zu einer „doppelten amtswegigen Prüfpflicht“ führen, weil das Prozessgericht bereits zuvor die internationale Zuständigkeit zur Kuratorenbestellung zu überprüfen hätte (C.2.). Diese richtet sich nämlich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache (§ 112 JN iVm § 116 ZPO) (B.2.d). →

¹⁵⁸⁾ Vgl Mayr in *Burgstaller ua*, IZVR I Art 24 EuGVO Rz 13; *Kropholler/von Hein*, EuZPR⁹ Art 24 EuGVVO Rz 7.

**→ In Kürze**

Aus Anlass der in 9 Ob 15/12 i dem EuGH vorgelegten Frage, ob die rügelose Einlassung durch einen prozessualen Abwesenheitskurator (§ 116 ZPO) zu einer Heilung der internationalen Zuständigkeit gem Art 24 EuGVVO führt, untersucht der Autor das Institut des Abwesenheitskurators: Nach Erörterung der Bestellungs Voraussetzungen inklusive der internationalen Zuständigkeit, des Rechtsschutzes eines vermeintlich Abwesenden sowie der Kompetenzen und der Verantwortlichkeit eines Kurators gem § 116 ZPO gelangt der Autor zum Ergebnis, dass die Abwesenheitskuratel nicht nur generell europarechtlich zulässig, sondern auch eine Heilung der internationalen Unzuständigkeit durch rügelose Einlassung seitens des Abwesenheitskurators zu befürworten ist.

→ Zum Thema**Über den Autor:**

Univ.-Ass. MMag. Dr. Martin Trenker ist Assistent am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Innrain 52, 6020 Innsbruck.

E-Mail: martin.trenker@uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012); Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187; Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013, 5; GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBI 2012, 281 – 295.