

# TE OGH 2005/7/11 7Ob142/05s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.07.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schlich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Todeserklärungssache des Leopold L\*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs des Abwesenheitskurators Mag. Horst F\*\*\*\*\*, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 29. November 2004, GZ 12 R 261/04x-19, womit unter anderem der Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 19. August 2004, GZ 48 T 2086/47-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs des Abwesenheitskurators wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Über Antrag der damals von Leopold B\*\*\*\*\* vertretenen Kinder 1. Felice L. B\*\*\*\*\*, geborene L\*\*\*\*\*, 2. Johanna Gisela L\*\*\*\*\* und 3. Erich Josef L\*\*\*\*\* erklärte das Erstgericht deren Vater Josef L\*\*\*\*\* mit Beschluss vom 6. 11. 1947 für tot; der Genannte sei am 9. 3. 1944 in Theresienstadt gestorben. Das Erkenntnis gründe sich auf die glaubwürdigen Angaben der (Schwägerin des Verstorbenen) Maria S\*\*\*\*\* sowie auf die unbedenklichen Schreiben der Israelitischen Kultusgemeinde Wien vom 15. 1. 1947 und des Zentralmeldeamtes Wien. Hiedurch sei festgestellt und erwiesen, dass Leopold L\*\*\*\*\* am 22. 7. 1942 von Wien nach Theresienstadt deportiert worden sei, wo er im Jänner 1944 an Sepsis erkrankt sei, in das Spital Hohenelbe in Theresienstadt gebracht worden sei und dort am 9. 3. 1944 gestorben sei.

Zum Antragszeitpunkt 18. 4. 1947 wohnten die Erst- und Zweitantragstellerinnen in Brooklyn, New York, USA und der Drittantragsteller in Montreal, Provinz Quebec, Kanada.

Am 11. 11. 2003 langte beim Erstgericht eine beglaubigte Abschrift aus dem Sterbebuch des Sonderstandesamtes Bad Arolsen ein, wonach Leopold L\*\*\*\*\*, Kaufmann und Bautechniker, wohnhaft in W\*\*\*\*\*, am 11. März 1944 (also zwei Tage später als im Beschluss vom 6. 11. 1947 festgestellt) in Theresienstadt verstorben sei. Daraufhin berichtigte das Erstgericht mit Beschluss vom 6. 2. 2004 von Amts wegen - ohne einen Antrag iSd § 23 Abs 1 Todeserklärungsgesetz 1950 (TEG) - den Beschluss über die Todeserklärung (Erkenntnis über den Beweis des Todes) des Genannten dahin, dass der Todeszeitpunkt der 11. 3. 1944 sei. Am 11. 11. 2003 langte beim Erstgericht eine beglaubigte Abschrift aus dem Sterbebuch des Sonderstandesamtes Bad Arolsen ein, wonach Leopold L\*\*\*\*\*, Kaufmann und Bautechniker, wohnhaft in W\*\*\*\*\*, am 11. März 1944 (also zwei Tage später als im Beschluss vom 6. 11. 1947 festgestellt) in Theresienstadt verstorben sei. Daraufhin berichtigte das Erstgericht mit Beschluss vom

6. 2. 2004 von Amts wegen - ohne einen Antrag iSd Paragraph 23, Absatz eins, Todeserklärungsgesetz 1950 (TEG) - den Beschluss über die Todeserklärung (Erkenntnis über den Beweis des Todes) des Genannten dahin, dass der Todeszeitpunkt der 11. 3. 1944 sei.

Diesen Beschluss versuchte das Erstgericht zunächst vergeblich an den seinerzeitigen Bevollmächtigten (der laut Protokoll vom 18. 4. 1947 damals 49 Jahre alt gewesen war) zuzustellen. Auch die Zustellungen an die seinerzeitigen Antragsteller mit internationalem Rückschein schlugen fehl. Die Poststücke wurden jeweils mit dem Vermerk retourniert, die Adressaten seien unbekannt.

Am 15. 6. 2004 übermittelte das Erstgericht den Akt der Staatsanwaltschaft Wien zur Einsichtnahme und eventuellen Antragstellung. Die Staatsanwaltschaft Wien sandte die Akten dem Erstgericht ohne Antragstellung zurück, „weil ein Berichtigungsbeschluss bereits erfolgt“ sei.

Mit Beschluss vom 19. 8. 2004 bestellte das Erstgericht daraufhin Rechtsanwalt Mag. Horst F\*\*\*\*\* zum Kurator gemäß § 116 ZPO für die drei abwesenden Antragsteller. Mit Beschluss vom 19. 8. 2004 bestellte das Erstgericht daraufhin Rechtsanwalt Mag. Horst F\*\*\*\*\* zum Kurator gemäß Paragraph 116, ZPO für die drei abwesenden Antragsteller.

Dieser erhob gegen den Bestellungsbeschluss im eigenen Namen Rekurs. Auch der Berichtigungsbeschluss wurde von ihm „als Kurator“, also namens der Antragsteller, bekämpft.

Während das Rekursgericht den Berichtigungsbeschluss - unbekämpft (und damit rechtskräftig) - ersatzlos behob, blieb der Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss erfolglos. Die betreffende Entscheidung der ersten Instanz wurde im Wesentlichen mit folgender Begründung bestätigt: Die Unbekanntheit des Aufenthaltes (iSd § 116 ZPO) sei im Zusammenhang mit den §§ 115 ZPO und 25 ZustG auszulegen, wobei das Fehlen einer Abgabestelle den praktisch wichtigsten Anwendungsfall darstelle. Die von § 116 ZPO geforderte Abwesenheit liege in der Regel erst dann vor, wenn der Aufenthalt einer Person auch dem Personenkreis unbekannt sei, der üblicherweise vom Aufenthalt Kenntnis haben müsste. Bei Auslandsösterreichern könne nach der Judikatur eine Anfrage bei der österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland nötig sein. Es müssten zumutbare Erhebungen gepflogen werden. Im konkreten Fall sei aber zu beachten, dass sowohl in die USA als auch nach Kanada die Zustellung mit internationalem Rückschein durch die Post zulässig sei. Nach § 121 Abs 2 ZPO sei die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (§ 25 ZustG) oder eine Kuratorbestellung (§ 116 ZPO) über Antrag der „betreibenden Partei“ bereits dann möglich, wenn eine Zustellung im Ausland vergeblich versucht worden sei. Hier seien weitere Erhebungen nicht nur wegen eines wenig ergiebigen Melderechtes, sondern auch wegen der beschränkten Erhebungsmöglichkeiten in den USA und in Kanada aller Voraussicht nach nicht zielführend. Freilich sei fraglich, ob die seinerzeitigen Antragsteller, die jedenfalls schon sehr fortgeschrittenen Alters seien, überhaupt noch am Leben seien, ob also grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nach § 116 ZPO noch gegeben seien oder ob allenfalls deren Rechtsnachfolger erhoben werden könnten. Während das Rekursgericht den Berichtigungsbeschluss - unbekämpft (und damit rechtskräftig) - ersatzlos behob, blieb der Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss erfolglos. Die betreffende Entscheidung der ersten Instanz wurde im Wesentlichen mit folgender Begründung bestätigt: Die Unbekanntheit des Aufenthaltes (iSd Paragraph 116, ZPO) sei im Zusammenhang mit den Paragraphen 115, ZPO und 25 ZustG auszulegen, wobei das Fehlen einer Abgabestelle den praktisch wichtigsten Anwendungsfall darstelle. Die von Paragraph 116, ZPO geforderte Abwesenheit liege in der Regel erst dann vor, wenn der Aufenthalt einer Person auch dem Personenkreis unbekannt sei, der üblicherweise vom Aufenthalt Kenntnis haben müsste. Bei Auslandsösterreichern könne nach der Judikatur eine Anfrage bei der österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland nötig sein. Es müssten zumutbare Erhebungen gepflogen werden. Im konkreten Fall sei aber zu beachten, dass sowohl in die USA als auch nach Kanada die Zustellung mit internationalem Rückschein durch die Post zulässig sei. Nach Paragraph 121, Absatz 2, ZPO sei die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (Paragraph 25, ZustG) oder eine Kuratorbestellung (Paragraph 116, ZPO) über Antrag der „betreibenden Partei“ bereits dann möglich, wenn eine Zustellung im Ausland vergeblich versucht worden sei. Hier seien weitere Erhebungen nicht nur wegen eines wenig ergiebigen Melderechtes, sondern auch wegen der beschränkten Erhebungsmöglichkeiten in den USA und in Kanada aller Voraussicht nach nicht zielführend. Freilich sei fraglich, ob die seinerzeitigen Antragsteller, die jedenfalls schon sehr fortgeschrittenen Alters seien, überhaupt noch am Leben seien, ob also grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nach Paragraph 116, ZPO noch gegeben seien oder ob allenfalls deren Rechtsnachfolger erhoben werden könnten.

Zu überlegen sei auch, ob hier überhaupt eine Prozesshandlung vorzunehmen sei und ob deswegen überhaupt

ein Kurator nach § 116 ZPO zu bestellen gewesen sei oder ob die (bloße) Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ausgereicht hätte. Die bloße Möglichkeit, ein Rechtsmittel gegen den Berichtigungsbeschluss zu erheben, stelle einen ausreichenden Grund für die Bestellung eines Kurators nach § 116 ZPO dar. Der Kurator habe ja hier auch einen solchen Rekurs erhoben. Nur bei unanfechtbaren Beschlüssen oder bei den im Außerstreitgesetz besonders geregelten Fällen - die hier nicht vorlägen - könne nach der Bestimmung des § 115 ZPO mit öffentlicher Bekanntmachung vorgegangen werden. Dem Rekurs des Kurators gegen seine Bestellung sei daher nicht Folge zu geben gewesen. Zu überlegen sei auch, ob hier überhaupt eine Prozesshandlung vorzunehmen sei und ob deswegen überhaupt ein Kurator nach Paragraph 116, ZPO zu bestellen gewesen sei oder ob die (bloße) Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ausgereicht hätte. Die bloße Möglichkeit, ein Rechtsmittel gegen den Berichtigungsbeschluss zu erheben, stelle einen ausreichenden Grund für die Bestellung eines Kurators nach Paragraph 116, ZPO dar. Der Kurator habe ja hier auch einen solchen Rekurs erhoben. Nur bei unanfechtbaren Beschlüssen oder bei den im Außerstreitgesetz besonders geregelten Fällen - die hier nicht vorlägen - könne nach der Bestimmung des Paragraph 115, ZPO mit öffentlicher Bekanntmachung vorgegangen werden. Dem Rekurs des Kurators gegen seine Bestellung sei daher nicht Folge zu geben gewesen.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Oberste Gerichtshof habe bisher nur in der Entscheidung 3 Ob 84/88 in einem obiter dictum die Ansicht vertreten, die Zustellung eines Meistbotverteilungsbeschlusses an einen Verpflichteten sei kein Anlass für die Bestellung eines Kurators nach § 116 ZPO, weil der Empfänger keine Prozesshandlung zur Wahrung seiner Rechte vorzunehmen habe. Eine Mehrzahl gleichgelagerter Fälle erfordere eine Abgrenzung des Kriteriums „vornehmende Prozesshandlung“ in § 116 ZPO. Sei man der Ansicht, dass die Antragsteller (allenfalls deren Rechtsnachfolger) hier (auch) keine Prozesshandlung zur Wahrung ihrer Rechte vorzunehmen hätten, wäre die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung gemäß § 115 ZPO ausreichend und die Bestellung eines Kurators gemäß § 116 ZPO deshalb nicht nötig. Zur Abklärung dieser Frage sei dem Kurator die Möglichkeit der Erhebung eines ordentlichen Revisionsrekurses an den Obersten Gerichtshof einzuräumen. Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Oberste Gerichtshof habe bisher nur in der Entscheidung 3 Ob 84/88 in einem obiter dictum die Ansicht vertreten, die Zustellung eines Meistbotverteilungsbeschlusses an einen Verpflichteten sei kein Anlass für die Bestellung eines Kurators nach Paragraph 116, ZPO, weil der Empfänger keine Prozesshandlung zur Wahrung seiner Rechte vorzunehmen habe. Eine Mehrzahl gleichgelagerter Fälle erfordere eine Abgrenzung des Kriteriums „vornehmende Prozesshandlung“ in Paragraph 116, ZPO. Sei man der Ansicht, dass die Antragsteller (allenfalls deren Rechtsnachfolger) hier (auch) keine Prozesshandlung zur Wahrung ihrer Rechte vorzunehmen hätten, wäre die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung gemäß Paragraph 115, ZPO ausreichend und die Bestellung eines Kurators gemäß Paragraph 116, ZPO deshalb nicht nötig. Zur Abklärung dieser Frage sei dem Kurator die Möglichkeit der Erhebung eines ordentlichen Revisionsrekurses an den Obersten Gerichtshof einzuräumen.

Gegen den Beschluss des Rekursgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs des Kurators, der unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache geltend macht und beantragt, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der angefochtene Bestellungsbeschluss ersatzlos aufgehoben werde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht genannten Grund zwar zulässig (erst nach dem Beschluss des Rekursgerichtes ist die einschlägige Entscheidung 1 Ob 301/04b ergangen); er ist aber nicht berechtigt.

Vorauszuschicken ist, dass - da die Entscheidung des Erstgerichtes vor dem 1. 1. 2005 gefällt wurde - die Bestimmungen des Außerstreitgesetzes aF über den Revisionsrekurs auf den vorliegenden Fall anzuwenden sind.

Über einen Antrag auf Berichtigung der Todeserklärung ist gemäß § 23 Abs 2 iVm § 14 TEG im Außerstreitverfahren zu entscheiden. Nach § 6 AußStrG aF sind Zustellungen im Verfahren außer Streitsachen in gleicher Weise wie im Streitverfahren zu bewirken. Demnach sind auch die Vorschriften der §§ 115 f ZPO im Verfahren außer Streitsachen grundsätzlich anzuwenden (SZ 72/155). Nach Lehre (Stumvoll in Fasching/Konecny 2 II/2 § 116 ZPO Rz 26) und Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0049230) hat der Abwesenheitskurator gegen seine Bestellung ein Rekursrecht im eigenen Namen. Über einen Antrag auf Berichtigung der Todeserklärung ist gemäß Paragraph 23, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 14, TEG im Außerstreitverfahren zu entscheiden. Nach Paragraph 6, AußStrG aF sind Zustellungen im Verfahren außer Streitsachen in gleicher Weise wie im Streitverfahren zu bewirken. Demnach sind

auch die Vorschriften der Paragraphen 115, f ZPO im Verfahren außer Streitsachen grundsätzlich anzuwenden (SZ 72/155). Nach Lehre (Stumvoll in Fasching/Konecny2 II/2 Paragraph 116, ZPO Rz 26) und Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0049230) hat der Abwesenheitskurator gegen seine Bestellung ein Rekursrecht im eigenen Namen.

Gemäß § 11 Abs 1 ZustG sind Zustellungen im Ausland nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen oder allenfalls auf dem Weg, den die Gesetze oder sonstigen Rechtsvorschriften des Staates, in dem zugestellt werden soll, oder die internationale Übung zulassen, erforderlichenfalls unter Mitwirkung der österreichischen Vertretungsbehörden, vorzunehmen. Nach § 121 Abs 1 ZPO kann der Bundesminister für Justiz im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler für Zustellungen an Personen im Ausland, die nicht zu den im § 11 Abs 2 und 3 ZustG aufgezählten Empfängern gehören, durch Verordnung die Zustellung durch die Post unter Benützung der im Weltpostverkehr üblichen Rückscheine nach denjenigen Staaten zulassen, in denen die Zustellung nach § 11 Abs 1 des ZustG nicht möglich oder mit Schwierigkeiten verbunden ist. In diesem Sinn ist nach den Vereinigten Staaten von Amerika die Zustellung durch die Post zulässig (vgl Länderübersicht zu § 31 Abs 1 RHE Ziv 1997, BGBl 1961/10). Kanada ist zwar in der betreffenden Länderübersicht nicht aufgeführt, wie vom Obersten Gerichtshof aber bereits in der Entscheidung EvBl 1968, 137/80 ausgesprochen wurde, ist jedoch auch die Zustellung nach Kanada durch die Post unter Benützung eines im Weltpostverkehr üblichen Rückscheines gemäß § 121 ZPO iVm § 4 des Erl v. 1. 12. 1951 JABl Nr 13 über den Rechtshilfeverkehr mit dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland und den anderen (ehemaligen) Gebieten des britischen Commonwealth und der Mitteilung JABl 1952, 16 möglich („nicht gesetzwidrig“). Gemäß Paragraph 11, Absatz eins, ZustG sind Zustellungen im Ausland nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen oder allenfalls auf dem Weg, den die Gesetze oder sonstigen Rechtsvorschriften des Staates, in dem zugestellt werden soll, oder die internationale Übung zulassen, erforderlichenfalls unter Mitwirkung der österreichischen Vertretungsbehörden, vorzunehmen. Nach Paragraph 121, Absatz eins, ZPO kann der Bundesminister für Justiz im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler für Zustellungen an Personen im Ausland, die nicht zu den im Paragraph 11, Absatz 2 und 3 ZustG aufgezählten Empfängern gehören, durch Verordnung die Zustellung durch die Post unter Benützung der im Weltpostverkehr üblichen Rückscheine nach denjenigen Staaten zulassen, in denen die Zustellung nach Paragraph 11, Absatz eins, des ZustG nicht möglich oder mit Schwierigkeiten verbunden ist. In diesem Sinn ist nach den Vereinigten Staaten von Amerika die Zustellung durch die Post zulässig vergleiche Länderübersicht zu Paragraph 31, Absatz eins, RHE Ziv 1997, BGBl 1961/10). Kanada ist zwar in der betreffenden Länderübersicht nicht aufgeführt, wie vom Obersten Gerichtshof aber bereits in der Entscheidung EvBl 1968, 137/80 ausgesprochen wurde, ist jedoch auch die Zustellung nach Kanada durch die Post unter Benützung eines im Weltpostverkehr üblichen Rückscheines gemäß Paragraph 121, ZPO in Verbindung mit Paragraph 4, des Erl v. 1. 12. 1951 JABl Nr 13 über den Rechtshilfeverkehr mit dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland und den anderen (ehemaligen) Gebieten des britischen Commonwealth und der Mitteilung JABl 1952, 16 möglich („nicht gesetzwidrig“).

Wurde eine Zustellung im Ausland vergeblich versucht, kann gemäß § 121 Abs 2 ZPO „nach Lage der Sache“ die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (§ 25 ZustG) oder eine Kuratorbestellung nach § 116 ZPO erfolgen. Nach dieser Gesetzesbestimmung ist ein Kurator dann zu bestellen, wenn Personen infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung „eine Prozesshandlung vorzunehmen hätten“. Eine solche Handlung liegt typischerweise dann vor, wenn dem Abwesenden eine Klage, ein Zahlungsauftrag im Mandats- oder Wechselmandatsverfahren, eine Aufkündigung, ein Übergabs- oder Übernahmeauftrag im Bestandverfahren, ein Exekutionsantrag oder ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (oder diese Verfügung selbst) zugestellt werden sollen. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Unterlassung einer Prozesshandlung prozessuale Nachteile auslöst, gegen die der Empfänger geschützt werden soll. Wurde eine Zustellung im Ausland vergeblich versucht, kann gemäß Paragraph 121, Absatz 2, ZPO „nach Lage der Sache“ die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (Paragraph 25, ZustG) oder eine Kuratorbestellung nach Paragraph 116, ZPO erfolgen. Nach dieser Gesetzesbestimmung ist ein Kurator dann zu bestellen, wenn Personen infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung „eine Prozesshandlung vorzunehmen hätten“. Eine solche Handlung liegt typischerweise dann vor, wenn dem Abwesenden eine Klage, ein Zahlungsauftrag im Mandats- oder Wechselmandatsverfahren, eine Aufkündigung, ein Übergabs- oder Übernahmeauftrag im Bestandverfahren, ein Exekutionsantrag oder ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (oder diese Verfügung selbst) zugestellt werden sollen. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Unterlassung einer Prozesshandlung prozessuale Nachteile auslöst, gegen die der Empfänger geschützt werden soll.

Inwieweit die Zustellung anfechtbarer Beschlüsse - bei unanfechtbaren reicht die Bekanntmachung nach § 115 ZPO - eine Prozesshandlung zur Wahrung der Rechte des Empfängers iSd § 116 ZPO erfordern, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig entnehmen (Stumvoll aaO Rz 21). Der Oberste Gerichtshof hat zu dieser Frage (mit Ausnahme des vom Rekursgericht erwähnten obiter dictums in der Entscheidung 3 Ob 84/88, JBl 1989, 187 = RZ 1988/65) erst kürzlich erstmals in dem der vorliegenden Causa ganz vergleichbaren „Parallelfall“ 1 Ob 301/04b Stellung genommen. Auch dort ging es um die Berichtigung einer Todeserklärung einer bereits vor Jahrzehnten (1953) über Antrag ihrer Tochter für tot erklärten Person (dort eine Frau), die nach Theresienstadt deportiert worden und dort 1942 verstorben war. Auch in diesem Fall langte 2003 beim Erstgericht eine beglaubigte Abschrift aus dem Sterbebuch des Sonderstandesamtes Bad Arolsen ein, in der ein anderer Todeszeitpunkt angegeben war. Wie im vorliegenden Fall wurde von Amts wegen ein Berichtigungsbeschluss gefasst, wobei eine Zustellung an die Tochter in Argentinien mit internationalem Rückschein versucht wurde, das Zustellstück aber mit dem Vermerk, dass die Adressatin an der Zustelladresse unbekannt sei, zurücklangte. Der auch dort daher gemäß § 116 ZPO bestellte Abwesenheitskurator bekämpfte - wie hier - sowohl den Berichtigungsbeschluss namens der Antragstellerin als auch den Bestellungsbeschluss im eigenen Namen.

Während die Bekämpfung des Berichtigungsbeschlusses erfolgreich war, gab der Oberste Gerichtshof dem Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss mit folgender Begründung keine Folge: Der Auffassung im (bereits erwähnten), die Zustellung eines Meistbotsverteilungsbeschlusses an den Verpflichteten betreffenden „obiter dictum“ in 3 Ob 84/88, es sei die „Voraussetzung nicht gegeben ..“, dass der Empfänger eine Prozesshandlung zur Wahrung seiner Rechte vorzunehmen, insbesondere einer Ladung Folge zu leisten habe“, sei jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht zu folgen; vielmehr habe im Hinblick auf die Schutzfunktion des Kurators zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Empfängers iSd Art 6 EMRK in Anlehnung an die Anregung Stumvolls (aaO Rz 22) - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 116 ZPO - eine Kuratorbestellung für eine unbekannt abwesende Partei auch dann zu erfolgen, wenn diese gegen die zuzustellende Entscheidung ein zulässiges Rechtsmittel ergreifen könne. Die seinerzeitige Antragstellerin sei Beteiligte iSd § 9 AußStrG aF; ihr sei der Berichtigungsbeschluss iSd § 23 Abs 1 TEG zuzustellen, wirke doch dieser gemäß § 23 Abs 4 TEG für und gegen alle Beteiligten. Überdies seien auch materiell-rechtliche Auswirkungen der Änderung des Todestages für die Nachkommen der für tot Erklärten nicht auszuschließen. Ein Vorgehen nach § 115 ZPO reiche daher nicht aus.

Während die Bekämpfung des Berichtigungsbeschlusses erfolgreich war, gab der Oberste Gerichtshof dem Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss mit folgender Begründung keine Folge: Der Auffassung im (bereits erwähnten), die Zustellung eines Meistbotsverteilungsbeschlusses an den Verpflichteten betreffenden „obiter dictum“ in 3 Ob 84/88, es sei die „Voraussetzung nicht gegeben ..“, dass der Empfänger eine Prozesshandlung zur Wahrung seiner Rechte vorzunehmen, insbesondere einer Ladung Folge zu leisten habe“, sei jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht zu folgen; vielmehr habe im Hinblick auf die Schutzfunktion des Kurators zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Empfängers iSd Artikel 6, EMRK in Anlehnung an die Anregung Stumvolls (aaO Rz 22) - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des Paragraph 116, ZPO - eine Kuratorbestellung für eine unbekannt abwesende Partei auch dann zu erfolgen, wenn diese gegen die zuzustellende Entscheidung ein zulässiges Rechtsmittel ergreifen könne. Die seinerzeitige Antragstellerin sei Beteiligte iSd Paragraph 9, AußStrG aF; ihr sei der Berichtigungsbeschluss iSd Paragraph 23, Absatz eins, TEG zuzustellen, wirke doch dieser gemäß Paragraph 23,

Absatz 4, TEG für und gegen alle Beteiligten. Überdies seien auch materiell-rechtliche Auswirkungen der Änderung des Todestages für die Nachkommen der für tot Erklärten nicht auszuschließen. Ein Vorgehen nach Paragraph 115, ZPO reiche daher nicht aus.

Der erkennende Senat erachtet diese Erwägungen für zutreffend und schließt sich daher der in 1 Ob 301/04b vertretenen Rechtsansicht an. Der auch hier vom Revisionsrekurswerber erhobene Einwand, die Voraussetzungen für die Kuratorbestellung lägen nicht vor, weil das Erstgericht keine besonderen Erhebungen über den derzeitigen Aufenthaltsort der Antragsteller angestellt habe, erweist sich auch im vorliegenden Fall unter den gegebenen besonderen Umständen nicht als berechtigt. Wie bereits in 1 Ob 301/04b ausgeführt, trifft es zwar durchaus zu, dass vor einer Kuratorbestellung nach § 116 ZPO zumutbare, wenngleich auch nicht sehr umfangreiche Erhebungen über den momentanen Aufenthaltsort des Zustellempfängers, insbesondere bei Verwandten und sonstigen Personen zu pflegen sind, die üblicherweise vom Aufenthalt einer Person Kenntnis haben (vgl RIS-Justiz RS0049217 und RS0036476). Auch naheliegende Nachforschungen bei ausländischen Behörden können geboten sein (vgl Stumvoll aaO Rz 10). Derartige Nachforschungsversuche bzw Erhebungen erscheinen im vorliegenden Fall aber von vornherein wenig aussichtsreich bzw nicht erfolgversprechend. Nach der Aktenlage ist von den drei Antragstellern nicht mehr bekannt, als dass sie die Nachkommen des für tot erklärten sind sowie ihre Adressen in New York und Montreal im Jahr 1947. Der von den Kindern zur gegenständlichen Antragstellung damals bevollmächtigte Leopold B\*\*\*\*\*, ein Hauptschullehrer, war, wie bereits erwähnt, zum Zeitpunkt der Antragstellung 49 Jahre alt, sodass füglich auch nicht erwartet werden kann, dass er noch am Leben wäre. Nachforschungen in den USA und in Kanada erscheinen auch deshalb wenig zielführend, da eine Meldepflicht in diesen Staaten weder gerichtsnotorisch, noch durch die Ausführungen des Kurators indiziert ist (vgl 1 Ob 301/04b). Der erkennende Senat erachtet diese Erwägungen für zutreffend und schließt sich daher der in 1 Ob 301/04b vertretenen Rechtsansicht an. Der auch hier vom Revisionsrekurswerber erhobene Einwand, die Voraussetzungen für die Kuratorbestellung lägen nicht vor, weil das Erstgericht keine besonderen Erhebungen über den derzeitigen Aufenthaltsort der Antragsteller angestellt habe, erweist sich auch im vorliegenden Fall unter den gegebenen besonderen Umständen nicht als berechtigt. Wie bereits in 1 Ob 301/04b ausgeführt, trifft es zwar durchaus zu, dass vor einer Kuratorbestellung nach Paragraph 116, ZPO zumutbare, wenngleich auch nicht sehr umfangreiche Erhebungen über den momentanen Aufenthaltsort des Zustellempfängers, insbesondere bei Verwandten und sonstigen Personen zu pflegen sind, die üblicherweise vom Aufenthalt einer Person Kenntnis haben (vergleiche RIS-Justiz RS0049217 und RS0036476). Auch naheliegende Nachforschungen bei ausländischen Behörden können geboten sein (vergleiche Stumvoll aaO Rz 10). Derartige Nachforschungsversuche bzw Erhebungen erscheinen im vorliegenden Fall aber von vornherein wenig aussichtsreich bzw nicht erfolgversprechend. Nach der Aktenlage ist von den drei Antragstellern nicht mehr bekannt, als dass sie die Nachkommen des für tot erklärten sind sowie ihre Adressen in New York und Montreal im Jahr 1947. Der von den Kindern zur gegenständlichen Antragstellung damals bevollmächtigte Leopold B\*\*\*\*\*, ein Hauptschullehrer, war, wie bereits erwähnt, zum Zeitpunkt der Antragstellung 49 Jahre alt, sodass füglich auch nicht erwartet werden kann, dass er noch am Leben wäre. Nachforschungen in den USA und in Kanada erscheinen auch deshalb wenig zielführend, da eine Meldepflicht in diesen Staaten weder gerichtsnotorisch, noch durch die Ausführungen des Kurators indiziert ist (vergleiche 1 Ob 301/04b).

Der Revisionsrekurs muss daher erfolglos bleiben.

#### **Textnummer**

E78011

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

ECLI:AT:OGH0002:2005:0070OB00142.05S.0711.000

#### **Im RIS seit**

10.08.2005

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.12.2011

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)