

# TE OGH 2003/6/24 7Ra82/03k

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.06.2003

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Richter des Oberlandesgerichtes DDr.Huberger als Vorsitzenden und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Blaszczyk sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Franz Kandlhofer (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und ADir.Reg.Rat Reinhard Ulrich aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei I\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\* Wien, \*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Silbermayr, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei J\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ingo Riss, Rechtsanwalt in Wien, als Prozesskurator, wegen € 5.915,77 brutto s.A., infolge Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 5.12.2002, 4 Cga 49/02g-16, gemäß den §§ 2 ASGG, 471 Z 7, 473 Abs. 2 und 477 Abs. 1 Z 4 und 5 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung der Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Richter des Oberlandesgerichtes DDr.Huberger als Vorsitzenden und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Blaszczyk sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Franz Kandlhofer (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und ADir.Reg.Rat Reinhard Ulrich aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei I\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\* Wien, \*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Silbermayr, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei J\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ingo Riss, Rechtsanwalt in Wien, als Prozesskurator, wegen € 5.915,77 brutto s.A., infolge Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 5.12.2002, 4 Cga 49/02g-16, gemäß den Paragraphen 2, ASGG, 471 Ziffer 7,, 473 Absatz 2 und 477 Absatz eins, Ziffer 4 und 5 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Aus Anlass der Berufung wird das angefochtene Urteil und das diesem vorangegangene Verfahren ab der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Prozesskurator am 14.6.2002 als nichtig aufgehoben und die Arbeitsrechtssache an das Erstgericht zurückverwiesen. Die klagende Partei hat die Kosten des nichtig erklärten Verfahrens und ihrer Berufung selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Der Kläger begehrte den Gesamtbetrag von € 5.915,77 brutto s.A. bestehend aus Lohn für 1.7. bis 7.9.2001, aliquoten Sonderzahlungen für 2001, Kündigungsentschädigung inklusive aliquoter Sonderzahlungen für 8.9. bis 21.9.2001 und Urlaubsersatzleistung für 30 Arbeitstage. Er sei bei der beklagten Partei seit 10.7.2000 beschäftigt gewesen. Das Dienstverhältnis habe am 7.9.2001 durch vorzeitigen Austritt wegen Entgeltvorenthalterung geendet.

Der vom Erstgericht am 7.3.2002 erlassene Zahlungsbefehl gegen die beklagte Partei konnte an deren Adresse 2203

Großebersdorf, Dr.-Leopold-Figl-Straße 2 nicht zugestellt werden, weil nach dem Vermerk des Zustellers die beklagte Partei verzogen war (ON 3). Davon verständigte das Erstgericht die klagende Partei mit ZPF 51. Mit Antrag vom 6.6.2002 begehrte der Kläger die Bestellung eines Prozesskurator, zumal der Geschäftsführer der beklagten Partei Marian Verbic, laut Firmenbuch wohnhaft an der Adresse der beklagten Partei, laut der Meldeauskunft vom 26.4.2002 weder an dieser noch an einer anderen Adresse in Österreich gemeldet sei.

Mit Beschluss vom 5.6.2002 bestellte das Erstgericht Rechtsanwalt Dr. Ingo Riss zum Prozesskurator "gemäß § 8 ZPO" für die beklagte Partei, um auf deren Gefahren und Kosten ihre Interessen im gegenständlichen Verfahren zu vertreten. Dieser Beschluss wurde dem Klageverteilter und dem Prozesskurator zugestellt, nicht jedoch an der Gerichtstafel des Erstgerichtes ausgehängt. Mit Beschluss vom 5.6.2002 bestellte das Erstgericht Rechtsanwalt Dr. Ingo Riss zum Prozesskurator "gemäß Paragraph 8, ZPO" für die beklagte Partei, um auf deren Gefahren und Kosten ihre Interessen im gegenständlichen Verfahren zu vertreten. Dieser Beschluss wurde dem Klageverteilter und dem Prozesskurator zugestellt, nicht jedoch an der Gerichtstafel des Erstgerichtes ausgehängt.

Der Zahlungsbefehl wurde dem Prozesskurator am 14.6.2002 zugestellt. Der Prozesskurator erhol am 18.6.2002 Einspruch gegen den Zahlungsbefehl (ON 6).

Im Verfahren beantragte die beklagte Partei Klagsabweisung und brachte vor, der Kläger sei mangels Nachfristsetzung unberechtigt ausgetreten bzw. das Dienstverhältnis habe zur fraglichen Zeit nicht bestanden.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht dem Klagebegehren mit einem Teilbetrag von € 1.028,39 brutto abzüglich € 363,36 netto s. A. stattgegeben und das Mehrbegehren von € 4.887,38 brutto s.A. abgewiesen.

Das Erstgericht legte seiner Entscheidung nachstehende Sachverhaltsfeststellungen zugrunde:

Der Kläger war ab 10.7.2000 bei der beklagten Partei als Kraftfahrer mit einem Bruttomonatslohn von € 1.028,39 (§ 14.151,--) beschäftigt, auf das Dienstverhältnis ist der Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe anzuwenden. Bis Mai 2001 wurde das Entgelt des Klägers jeweils ordnungsgemäß auf sein Bankkonto überwiesen, im Juni 2001 erhielt er nur ein Akonto von S 5.000,-- bar auf die Hand, weil der Dienstgeber offenbar an Liquiditätsproblemen litt. Dieser versicherte dabei die baldige Nachzahlung des Restes, wenn "das Geld von der Baustelle" käme.

Nachdem diese doch in weiterer Folge ausgeblieben war, stellte der Kläger am 30.6.2001 schließlich seine Tätigkeit für die Beklagte ein und erschien fortan nicht mehr zur Arbeit. Er hatte zuvor gegenüber dem Arbeitgeber diesbezüglich weder konkrete Andeutungen gemacht noch eine Nachfrist für die Zahlung seines restlichen Entgelts gesetzt. Das gesamte Arbeitsverhältnis und alle darauf bezogenen Rechtshandlungen der Parteien beruhten auf ausschließlich mündlichen Erklärungen. Auch nach dessen Beendigung ist bis zur Klagseinbringung keine Geltendmachung etwaiger Forderungen ersichtlich. Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahingehend, dass der Austritt des Klägers mangels Nachfristsetzung unberechtigt gewesen sei. Jedoch gebühre ihm das vereinbarte monatliche Entgelt bis zum Austrittstag abzüglich des Barakontos.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der klagenden Partei aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie im Kostenpunkt mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt (ON 17).

Die beklagte Partei beantragte, der Berufung nicht Folge zu geben (Berufungsbeantwortung ON 18).

Aus Anlass der Berufung ist das angefochtene Urteil und das diesem vorausgegangene Verfahren ab der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Prozesskurator als nichtig aufzuheben:

Das Erstgericht hat für die beklagte Partei einen Prozesskurator

gemäß § 8 ZPO bestellt. gemäß Paragraph 8, ZPO bestellt.

§ 8 ZPO regelt: Paragraph 8, ZPO regelt:

Soll wider eine prozessunfähige Partei, die eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, eine Prozesshandlung vorgenommen werden und wäre mit dem Verzug für den Gegner der prozessunfähigen Partei Gefahr verbunden, so

hat das Prozessgericht auf dessen Antrag für die prozessunfähige Partei einen Kurator zu bestellen (Abs. 1). Der Kurator hat für diese Partei bis zum Eintreten des gesetzlichen Vertreters am gerichtlichen Verfahren teilzunehmen und, wenn nötig, die Bestellung des gesetzlichen Vertreters durch geeignete Anträge zu veranlassen (Abs. 2). Soll wider eine prozessunfähige Partei, die eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, eine Prozesshandlung vorgenommen werden und wäre mit dem Verzug für den Gegner der prozessunfähigen Partei Gefahr verbunden, so hat das Prozessgericht auf dessen Antrag für die prozessunfähige Partei einen Kurator zu bestellen (Absatz eins.). Der Kurator hat für diese Partei bis zum Eintreten des gesetzlichen Vertreters am gerichtlichen Verfahren teilzunehmen und, wenn nötig, die Bestellung des gesetzlichen Vertreters durch geeignete Anträge zu veranlassen (Absatz 2.).

Bei einem Prozesskurator gemäß § 8 bedarf die Bestellung nicht der öffentlichen Bekanntmachung nach § 117 ZPO (SZ 27/302). Im vorliegenden Fall ist die beklagte Partei jedoch zum Zeitpunkt der Antragstellung durch den Kläger ON 4 nicht prozessunfähig gewesen, sondern war ihr Geschäftsführer unbekannten Aufenthaltes. Richtigerweise wären daher die Bestimmungen der §§ 116, 117 ZPO anzuwenden gewesen. Bei einem Prozesskurator gemäß Paragraph 8, bedarf die Bestellung nicht der öffentlichen Bekanntmachung nach Paragraph 117, ZPO (SZ 27/302). Im vorliegenden Fall ist die beklagte Partei jedoch zum Zeitpunkt der Antragstellung durch den Kläger ON 4 nicht prozessunfähig gewesen, sondern war ihr Geschäftsführer unbekannten Aufenthaltes. Richtigerweise wären daher die Bestimmungen der Paragraphen 116, 117 ZPO anzuwenden gewesen.

Gemäß § 117 Abs. 1 ZPO ist die Bestellung des Kurators, dessen Name und Wohnort und eine kurze Angabe des Inhaltes des zuzustellenden Schriftstückes nebst der Bezeichnung des Prozessgerichtes und der Streitsache durch Edikt bekannt zu machen. Gemäß § 117 Abs. 2 ZPO ist das Edikt an der Gerichtstafel des Prozessgerichtes anzuschlagen und in die zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachung dieses Gerichtes bestimmte Zeitung einmal einzuschalten. Die Kuratorbestellung wird erst mit dem Anschlag des Ediktes an der Gerichtstafel wirksam (SZ 22/200, 27/302 uva). Hingegen ist die Einschaltung des Edikts in der Zeitung hingegen eine bloße Sollvorschrift (EvBl. 1937/173). Gemäß Paragraph 117, Absatz eins, ZPO ist die Bestellung des Kurators, dessen Name und Wohnort und eine kurze Angabe des Inhaltes des zuzustellenden Schriftstückes nebst der Bezeichnung des Prozessgerichtes und der Streitsache durch Edikt bekannt zu machen. Gemäß Paragraph 117, Absatz 2, ZPO ist das Edikt an der Gerichtstafel des Prozessgerichtes anzuschlagen und in die zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachung dieses Gerichtes bestimmte Zeitung einmal einzuschalten. Die Kuratorbestellung wird erst mit dem Anschlag des Ediktes an der Gerichtstafel wirksam (SZ 22/200, 27/302 uva). Hingegen ist die Einschaltung des Edikts in der Zeitung hingegen eine bloße Sollvorschrift (EvBl. 1937/173).

So lange der Bestellungsbeschluss mangels Zustellung noch nicht wirksam geworden ist, kann auch der Kurator nicht wirksam für die Partei tätig werden (1 Ob 663/88).

Mangels Anschlages an der Gerichtstafel wurde die Bestellung des Prozesskurators nie wirksam und leidet das Verfahren ab der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Prozesskurator am 14.6.2002 unter den Nichtigkeitsgründen des § 477 Abs. 1 Z 4 und 5 ZPO. Wie sich aus einen vom Berufungsgericht eingeholten Firmenbuchauszug vom 10.6.2003 ergibt, wurde mittlerweile für die beklagte Partei ein Geschäftsführer gemäß § 15a GmbHG bestellt, nämlich Rechtsanwalt Dr. Herwig Ernst, 2100 Korneuburg, Hauptplatz 32, der seit 18.6.2002 die beklagte Partei vertritt. Auch unter diesem Gesichtspunkt leidet das Verfahren ab der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Prozesskurator an den oben erwähnten Nichtigkeitsgründen. Das Urteil war zur Gänze aufzuheben, weil mangels Vertretungsbefugnis des Prozesskurators auch der stattgebende Teil in Rechtskraft erwachsen konnte. Mangels Anschlages an der Gerichtstafel wurde die Bestellung des Prozesskurators nie wirksam und leidet das Verfahren ab der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Prozesskurator am 14.6.2002 unter den Nichtigkeitsgründen des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 4 und 5 ZPO. Wie sich aus einen vom Berufungsgericht eingeholten Firmenbuchauszug vom 10.6.2003 ergibt, wurde mittlerweile für die beklagte Partei ein Geschäftsführer gemäß Paragraph 15 a, GmbHG bestellt, nämlich Rechtsanwalt Dr. Herwig Ernst, 2100 Korneuburg, Hauptplatz 32, der seit 18.6.2002 die beklagte Partei vertritt. Auch unter diesem Gesichtspunkt leidet das Verfahren ab der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Prozesskurator an den oben erwähnten Nichtigkeitsgründen. Das Urteil war zur Gänze aufzuheben, weil mangels Vertretungsbefugnis des Prozesskurators auch der stattgebende Teil in Rechtskraft erwachsen konnte.

Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht daher den Zahlungsbefehl an den Notgeschäftsführer der beklagten Partei zuzustellen haben und den Prozesskurator zu entheben haben. Im Falle einer Einspruchserhebung durch den Notgeschäftsführer wird der Kläger unter Beziehung eines Dolmetschers für die serbokroatische Sprache zu

vernehmen sein. Mit der klagenden Partei wird die Vorlage von Urkunden über die schriftliche Geltendmachung die Ansprüche des Klägers nach der Beendigung des Dienstverhältnisses zu erörtern sein. Mit der beklagten Partei wird ein substantiiertes Vorbringen zur Frage des Beendigungszeitpunktes des Dienstverhältnisses durch den Kläger zu erörtern sein. Zu beachten wird auch sein, dass der Lohn für Juni 2001 vom Kläger nicht eingeklagt wurde.

Angemerkt sei, dass dem Berufungsgericht die Ausführungen der klagenden Partei in ihrer Tatsachenrüge auf Basis der bisherigen Beweisergebnisse stichhäftig erscheinen.

Zu beachten wird weiters sein, dass die Kuratkosten vom Gericht im Verfahren selbst mit eigenem Beschluss zu bestimmen sind und dem Gegner zum Ersatz an den Zustellkurator aufzuerlegen sind. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Kostenersatzanspruch gegenüber dem Gegner, sondern um eine Vorleistung des Gegners auf den Belohnungsanspruch des Kurators gegenüber dem Abwesenden (vgl. Gitschthaler in Rechberger<sup>2</sup>, Rz 14 zu § 118 ZPO). Hingegen kommt ein Kostenersatz für Kuratkosten nur vom Vertretenen an den Gegner, nicht aber umgekehrt in Betracht, der Kurator kann nie Kostenersatz für den Vertretenen verlangen (vgl. Fucik in Rechberger<sup>2</sup>, Rz 1 zu § 10 ZPO). Wurden die Kuratkosten vom Gericht bestimmt, ist daher die Aufnahme einer Kostenersatzverpflichtung der klagenden Partei gegenüber der beklagten Partei im Urteil unzulässig und unrichtig. Zu beachten wird weiters sein, dass die Kuratkosten vom Gericht im Verfahren selbst mit eigenem Beschluss zu bestimmen sind und dem Gegner zum Ersatz an den Zustellkurator aufzuerlegen sind. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Kostenersatzanspruch gegenüber dem Gegner, sondern um eine Vorleistung des Gegners auf den Belohnungsanspruch des Kurators gegenüber dem Abwesenden vergleiche Gitschthaler in Rechberger<sup>2</sup>, Rz 14 zu Paragraph 118, ZPO). Hingegen kommt ein Kostenersatz für Kuratkosten nur vom Vertretenen an den Gegner, nicht aber umgekehrt in Betracht, der Kurator kann nie Kostenersatz für den Vertretenen verlangen vergleiche Fucik in Rechberger<sup>2</sup>, Rz 1 zu Paragraph 10, ZPO). Wurden die Kuratkosten vom Gericht bestimmt, ist daher die Aufnahme einer Kostenersatzverpflichtung der klagenden Partei gegenüber der beklagten Partei im Urteil unzulässig und unrichtig.

Zur Kostenentscheidung des Berufungsgerichtes:

Wird das Verfahren infolge eines Rechtsmittels oder von Amts wegen aufgehoben oder dessen Nichtigkeit ausgesprochen und kann es zugleich einer der Parteien zum Verschulden zugerechnet werden, dass das Verfahren trotz des vorhandenen Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes eingeleitet oder fortgeführt wurde, oder wenn der Grund der Aufhebung im Verschulden einer Partei selbst gelegen ist, so kann dieser Partei auf Antrag oder von Amts wegen der Ersatz der Kosten des aufgehobenen Verfahrens sowie des etwaigen Rechtsmittelverfahrens auferlegt werden (§§ 2 ASGG, 51 Abs. 1 ZPO). Wird das Verfahren infolge eines Rechtsmittels oder von Amts wegen aufgehoben oder dessen Nichtigkeit ausgesprochen und kann es zugleich einer der Parteien zum Verschulden zugerechnet werden, dass das Verfahren trotz des vorhandenen Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes eingeleitet oder fortgeführt wurde, oder wenn der Grund der Aufhebung im Verschulden einer Partei selbst gelegen ist, so kann dieser Partei auf Antrag oder von Amts wegen der Ersatz der Kosten des aufgehobenen Verfahrens sowie des etwaigen Rechtsmittelverfahrens auferlegt werden (Paragraphen 2, ASGG, 51 Absatz eins, ZPO).

Im vorliegenden Fall hätte die klagende Partei durch eine einfache Firmenbuchanfrage nach dem 18.6.2002 feststellen können, dass Dr. Herwig Ernst ab 18.6.2002 zum Notgeschäftsführer der beklagten Partei bestellt worden ist. Es trifft sie daher an der Fortführung des Verfahrens mit dem bestellten Prozesskurator ein Verschulden im Sinne der genannten Bestimmung. Das Berufungsgericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zur klageweisen Geltendmachung eines vermögensrechtlichen Anspruches gegen einen Gemeinschuldner in Unkenntnis der erfolgten Konkursöffnung. Auch in diesen Fällen wird überwiegend ein Verschulden der klagenden Partei im Sinne des § 51 Abs. 1 ZPO bejaht, sofern die Konkursöffnung ordnungsgemäß amtlich kundgemacht wurde (EvBl. 1992/94 u.a.). Im vorliegenden Fall hätte die klagende Partei durch eine einfache Firmenbuchanfrage nach dem 18.6.2002 feststellen können, dass Dr. Herwig Ernst ab 18.6.2002 zum Notgeschäftsführer der beklagten Partei bestellt worden ist. Es trifft sie daher an der Fortführung des Verfahrens mit dem bestellten Prozesskurator ein Verschulden im Sinne der genannten Bestimmung. Das Berufungsgericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zur klageweisen Geltendmachung eines vermögensrechtlichen Anspruches gegen einen Gemeinschuldner in Unkenntnis der erfolgten Konkursöffnung. Auch in diesen Fällen wird überwiegend ein Verschulden der klagenden Partei im Sinne des Paragraph 51, Absatz eins, ZPO bejaht, sofern die Konkursöffnung ordnungsgemäß amtlich kundgemacht wurde (EvBl. 1992/94 u.a.).

Die Kosten des Prozesskurator bis zur letzten mündlichen Streitverhandlung wurden vom Erstgericht in dieser bereits bestimmt. Die Kosten für die Berufungsbeantwortung werden im fortgesetzten Verfahren vom Erstgericht zu bestimmen sein.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

**Anmerkung**

EW00453 7Ra82.03k

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2003:0070RA00082.03K.0624.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20030624\_OLG0009\_0070RA00082\_03K0000\_000

**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)