

# TE OGH 2005/2/9 40R364/04g

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.02.2005

## **Kopf**

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht fasst durch die Richter des Landesgerichtes Dr. Garai als Vorsitzenden sowie Mag. Malesich und Mag. Weixelbraun in der Rechtssache der Klägerin A\*\*\*\*\*Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*Wien, \*\*\*\*\*vertreten durch Kafka, Palkovits, Steiner, Knirsch, Braun, Fellner, Rechtsanwälte in Wien, wider den Beklagten Ing. Herbert-Karl W\*\*\*\*\*Wien, \*\*\*\*\*vertreten durch Auer & Auer, Rechtsanwälte in Wien, wegen Euro 3.605,57 sA und Räumung, infolge Rekurses des Beklagten gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 22.10.2004, 47 C 347/03h-6 den Beschluss :

## **Spruch**

Dem Rekurs wird Folge gegeben, der angefochtene Beschluss aufgehoben und dem Erstgericht eine neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen, wobei die Kosten des Rekursverfahrens wie weitere Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens zu behandeln sind. Der Rekurs an den OGH ist zulässig.

Begründung:

## **Text**

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Antrag auf Aufhebung der Bestätigung der Vollstreckbarkeit des Versäumungsurteiles vom 11.8.2003 ab (Punkt 1.), die Nichtigkeitsberufung gegen das Versäumungsurteil zurück (Punkt 2.), den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Tagsatzung vom 1.7.2003 (Punkt 3.) und den Antrag auf Zustellung der Klage ab (Punkt 4.), sowie den Widerspruch des Beklagten gegen das Versäumungsurteil zurück (Punkt 5.). Rechtlich erachtete das Erstgericht, dass die Durchführung eines Bescheinigungsverfahrens unterbleiben habe können. Ausgehend von den Behauptungen des Beklagten habe an der Adresse \*\*\*\*\*an der sämtliche Zustellungen an den Beklagten in diesem Verfahren vorgenommen worden seien, seit Jänner 2003 keine Abgabestelle mehr bestanden, sodass nach den Behauptungen des Beklagten das gesamte Verfahren mit Nichtigkeit behaftet sei.

Für solche Fälle sei eine Antragstellung nach § 7 EO bzw. eine Aufhebung der Vollstreckbarkeitsbestätigung nicht zulässig. Vielmehr müsse dieser Nichtigkeitsgrund mit Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Für solche Fälle sei eine Antragstellung nach Paragraph 7, EO bzw. eine Aufhebung der Vollstreckbarkeitsbestätigung nicht zulässig. Vielmehr müsse dieser Nichtigkeitsgrund mit Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden.

Aus diesem Grund scheide auch eine Nichtigkeitsberufung aus, weil diese nicht innerhalb offener Rechtsmittelfrist, gerechnet ab Zustellung laut Akt erhoben worden sei. Gleiches gelte für den Widerspruch.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand komme nicht in Betracht, wenn ein nichtiger Zustellvorgang vorliege, sondern nur dann, wenn trotz gesetzmäßig erfolgter Zustellung eine Versäumung eingetreten sei. Dementsprechend könne nach ständiger Judikatur wegen eines gesetzwidrigen Zustellvorganges die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht beantragt werden.

Dass auch der Antrag auf Zustellung der Klage aufgrund der obigen Ausführungen abzuweisen sei, bedürfe keiner weiteren Erläuterung.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diesen Beschluss richtet sich der berechtigte Rekurs des Beklagten aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit einem Aufhebungsantrag.

Der Beklagte verweist darauf, dass es ihm auch nach Vorliegen der vom Erstgericht zitierten Entscheidungen<sup>1</sup> Ob 6/01s und 6 Ob 127/03z freistehে, ob er eine Nichtigkeitsklage einbringe oder den Antrag auf Aufhebung der Vollstreckbarkeit stelle.

Die bisherige Rechtsprechung räumte der Partei bei behaupteter Prozessunfähigkeit trotz Anerkennung der Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage die kumulative Möglichkeit ein, neben der Nichtigkeitsklage auch Nichtigkeitsberufung zu erheben. Der verstärkte Senat des OGH (1 Ob 6/01s) formulierte den Rechtssatz, dass unter Rechtskraft im Sinne des § 529 Abs 1 Z 2 und Abs 2 und des § 534 Abs 2 Z 2 und Abs 3 ZPO die formelle Rechtskraft zu verstehen sei, wenn die Prozessunfähigkeit der Partei nicht erkannt wurde. Die Partei, die ihre Prozessunfähigkeit behauptet, kann mit dem ihr zu Gebote stehenden ordentlichen Rechtsmittel den Nichtigkeitsgrund geltend machen. Ist die Rechtsmittelfrist verstrichen, daher die formelle Rechtskraft eingetreten, kann sie bis spätestens vier Wochen nach der - jedoch keine Zulässigkeitsvoraussetzung bildenden - Zustellung an ihren gesetzlichen Vertreter durch diesen Nichtigkeitsklage aus dem Grund des § 529 Abs 1 Z 2 ZPO erheben. Der verstärkte Senat stellte damit klar, dass die Prozessunfähigkeit einer Partei (sofern diese auch das der Entscheidung vorangehende Verfahren betrifft) nur mit einer Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, wenn die Rechtsmittelfrist, ab Zustellung an den Prozessunfähigen bereits abgelaufen ist, da die für das ordentliche Rechtsmittel, das zu einer Anfechtung der Entscheidung vorgesehen ist, bestimmte Frist durch Zustellung an die nicht gesetzmäßig vertretene Partei bereits in Gang gesetzt wird. Der verstärkte Senat des OGH sieht damit die Zustellung an die prozessunfähige Partei als für den Eintritt der "Rechtskraft" maßgebend an. Die bisherige Rechtsprechung räumte der Partei bei behaupteter Prozessunfähigkeit trotz Anerkennung der Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage die kumulative Möglichkeit ein, neben der Nichtigkeitsklage auch Nichtigkeitsberufung zu erheben. Der verstärkte Senat des OGH (1 Ob 6/01s) formulierte den Rechtssatz, dass unter Rechtskraft im Sinne des Paragraph 529, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2 und des Paragraph 534, Absatz 2, Ziffer 2 und Absatz 3, ZPO die formelle Rechtskraft zu verstehen sei, wenn die Prozessunfähigkeit der Partei nicht erkannt wurde. Die Partei, die ihre Prozessunfähigkeit behauptet, kann mit dem ihr zu Gebote stehenden ordentlichen Rechtsmittel den Nichtigkeitsgrund geltend machen. Ist die Rechtsmittelfrist verstrichen, daher die formelle Rechtskraft eingetreten, kann sie bis spätestens vier Wochen nach der - jedoch keine Zulässigkeitsvoraussetzung bildenden - Zustellung an ihren gesetzlichen Vertreter durch diesen Nichtigkeitsklage aus dem Grund des Paragraph 529, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO erheben. Der verstärkte Senat stellte damit klar, dass die Prozessunfähigkeit einer Partei (sofern diese auch das der Entscheidung vorangehende Verfahren betrifft) nur mit einer Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, wenn die Rechtsmittelfrist, ab Zustellung an den Prozessunfähigen bereits abgelaufen ist, da die für das ordentliche Rechtsmittel, das zu einer Anfechtung der Entscheidung vorgesehen ist, bestimmte Frist durch Zustellung an die nicht gesetzmäßig vertretene Partei bereits in Gang gesetzt wird. Der verstärkte Senat des OGH sieht damit die Zustellung an die prozessunfähige Partei als für den Eintritt der "Rechtskraft" maßgebend an.

In 6 Ob 127/03z führte der OGH aus, dass der in der Entscheidung des verstärkten Senats (1 Ob 6/01s) formulierte Rechtssatz, nicht nur für den Fall der Prozessunfähigkeit (§ 529 Abs 1 Z 2 ZPO 2. Satz), sondern auch für den ersten Fall des § 529 Abs 1 Z 2 ZPO Gültigkeit habe. Die Aussage, dass unter Rechtskraft im Sinne des § 529 Abs 1 Z 2 und Abs 2 und des § 534 Abs 2 Z 2 und Abs 3 ZPO die formelle Rechtskraft zu verstehen sei, die eintrete, wenn die Rechtsmittelfrist verstrichen sei, umfasse auch die Verletzung des Parteiengehörs dadurch, dass eine Partei dem Verfahren überhaupt nicht beigezogen werde. Der Mangel der gesetzlichen Vertretung (der Prozessfähigkeit) sei lediglich eine besondere Ausprägung der Verletzung des Parteiengehörs und gäbe es für eine unterschiedliche Qualifikation dieses Nichtigkeitsgrundes je nach dem, ob eine Partei gar nicht oder nicht durch ihren gesetzlichen Vertreter am Verfahren beteiligt gewesen sei, keinen Anlass. Für das Vorliegen der Nichtigkeit nach § 529 Abs 1 Z 2 ZPO könne es keinen Unterschied machen, ob sich die fehlende Vertretung einer Partei aus einer nach dem Zustellgesetz oder mangels Prozessfähigkeit unwirksamen Zustellung ergebe. In 6 Ob 127/03z führte der OGH aus, dass der in der Entscheidung des verstärkten Senats (1 Ob 6/01s) formulierte Rechtssatz, nicht nur für den Fall der

Prozessunfähigkeit (Paragraph 529, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO 2. Satz), sondern auch für den ersten Fall des Paragraph 529, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO Gültigkeit habe. Die Aussage, dass unter Rechtskraft im Sinne des Paragraph 529, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2 und des Paragraph 534, Absatz 2, Ziffer 2 und Absatz 3, ZPO die formelle Rechtskraft zu verstehen sei, die eintrete, wenn die Rechtsmittelfrist verstrichen sei, umfasse auch die Verletzung des Parteiengehörs dadurch, dass eine Partei dem Verfahren überhaupt nicht beigezogen werde. Der Mangel der gesetzlichen Vertretung (der Prozessfähigkeit) sei lediglich eine besondere Ausprägung der Verletzung des Parteiengehörs und gäbe es für eine unterschiedliche Qualifikation dieses Nichtigkeitsgrundes je nach dem, ob eine Partei gar nicht oder nicht durch ihren gesetzlichen Vertreter am Verfahren beteiligt gewesen sei, keinen Anlass. Für das Vorliegen der Nichtigkeit nach Paragraph 529, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO könne es keinen Unterschied machen, ob sich die fehlende Vertretung einer Partei aus einer nach dem Zustellgesetz oder mangels Prozessfähigkeit unwirksamen Zustellung ergebe.

Der erkennende Rekurrenzsenat teilt - wie auch bereits 5 R 182/04b und 14 R 238/04d jeweils des OLG Wien - diese Rechtsansicht nicht. Das Zustellgesetz regelt die Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze zu übermittelnden Dokumente, sowie die durch sie vorzunehmende Zustellung von Dokumenten ausländischer Behörden (§ 1 ZustellG). Der erkennende Rekurrenzsenat teilt - wie auch bereits 5 R 182/04b und 14 R 238/04d jeweils des OLG Wien - diese Rechtsansicht nicht. Das Zustellgesetz regelt die Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze zu übermittelnden Dokumente, sowie die durch sie vorzunehmende Zustellung von Dokumenten ausländischer Behörden (Paragraph eins, ZustellG).

Zustelladresse ist eine Abgabestelle oder eine elektronische Zustelladresse. Um eine "Abgabestelle" im Sinne des § 2 Z 5 ZustellG handelt es sich bei der Wohnung oder sonstigen Unterkunft, der Betriebsstätte, dem Sitz, dem Geschäftsraum, der Kanzlei oder auch dem Arbeitsplatz des Empfängers. Im Falle einer Zustellung anlässlich einer Amtshandlung ist Abgabestelle auch deren Ort. Abgabestelle ist weiters ein vom Empfänger der Behörde für die Zustellung in einem laufenden Verfahren angegebenen Ort. Zustelladresse ist eine Abgabestelle oder eine elektronische Zustelladresse. Um eine "Abgabestelle" im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, ZustellG handelt es sich bei der Wohnung oder sonstigen Unterkunft, der Betriebsstätte, dem Sitz, dem Geschäftsraum, der Kanzlei oder auch dem Arbeitsplatz des Empfängers. Im Falle einer Zustellung anlässlich einer Amtshandlung ist Abgabestelle auch deren Ort. Abgabestelle ist weiters ein vom Empfänger der Behörde für die Zustellung in einem laufenden Verfahren angegebenen Ort.

Gemäß § 13 Abs 1 ZustellG ist dem Empfänger die Sendung an der Abgabestelle zuzustellen. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, ZustellG ist dem Empfänger die Sendung an der Abgabestelle zuzustellen.

§ 16 ZustellG regelt die Ersatzzustellung. Eine solche gilt als nicht bewirkt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte. Paragraph 16, ZustellG regelt die Ersatzzustellung. Eine solche gilt als nicht bewirkt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte.

Kann die Sendung an der Abgabestelle nicht zugestellt werden, und hat der Zusteller Grund zur Annahme, dass sich der Empfänger regelmäßig an der Abgabestelle aufhält, so ist sie bei Zustellung durch die Post beim zuständigen Postamt zu hinterlegen (§ 17 Abs 1 ZustellG). Hinterlegte Sendungen gelten nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte (§ 17 Abs 3 ZustellG). Kann die Sendung an der Abgabestelle nicht zugestellt werden, und hat der Zusteller Grund zur Annahme, dass sich der Empfänger regelmäßig an der Abgabestelle aufhält, so ist sie bei Zustellung durch die Post beim zuständigen Postamt zu hinterlegen (Paragraph 17, Absatz eins, ZustellG). Hinterlegte Sendungen gelten nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte (Paragraph 17, Absatz 3, ZustellG).

Das Zustellgesetz trifft damit konkrete Anordnungen für die Zustellung behördlicher Schriftstücke. Erfolgt danach eine Zustellung an einer Adresse, die keine Abgabestelle ist, oder ist sie zwar Abgabestelle, der Empfänger aber von dieser ortsabwesend, sodass er nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen kann, so gilt die Zustellung Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als nicht bewirkt.

Die Unwirksamkeit der Zustellung an einen Prozessunfähigen ergibt sich hingegen daraus, dass dieser bei einer nach dem Zustellgesetz bewirkten Zustellung aufgrund seiner psychischen Verfassung nicht in der Lage ist, das zugestellte gerichtliche Schriftstück zu öffnen und nach dessen Kenntnisnahme entsprechend zu handeln.

Das Rekursgericht vertritt daher die Ansicht, dass die Rechtsmittelfrist, nach deren Ablauf im Sinne der Entscheidung des verstärkten Senates des OGH die formelle Rechtskraft eintritt, erst mit einer nach dem Zustellgesetz wirksamen Zustellung, somit mit einer formell richtigen Zustellung zu laufen beginnt. Dies steht auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des verstärkten Senats 1 Ob 6/01s, der auch dort den Beginn der Rechtsmittelfrist mit der Zustellung an den Prozessunfähigen angenommen hat. Davon ausgehend war der angefochtene Beschluss aufzuheben und dem Erstgericht die Durchführung des Bescheinigungsverfahrens zu den Behauptungen des Beklagten, dass an der Zustelladresse keine Abgabestelle vorhanden gewesen sei und (falls erforderlich) zum behaupteten Wiedereinsetzungsgrund aufzutragen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines weiteren Rechtszuges nach § 528 Abs 1 ZPO sind gegeben, weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des OGH 6 Ob 127/03z, wonach die Zustellung an einer Adresse, die keine Abgabestelle ist, den Beginn der Rechtsmittelfrist auslöse, nach deren Ablauf die formelle Rechtskraft eintrete, abgewichen ist. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines weiteren Rechtszuges nach Paragraph 528, Absatz eins, ZPO sind gegeben, weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des OGH 6 Ob 127/03z, wonach die Zustellung an einer Adresse, die keine Abgabestelle ist, den Beginn der Rechtsmittelfrist auslöse, nach deren Ablauf die formelle Rechtskraft eintrete, abgewichen ist.

Ein Bewertungsausspruch konnte unterbleiben, da eine Streitigkeit nach § 502 Abs 5 ZPO vorliegt (§ 528 Abs 2 Z 1 ZPO). Landesgericht für ZRS Wien Ein Bewertungsausspruch konnte unterbleiben, da eine Streitigkeit nach Paragraph 502, Absatz 5, ZPO vorliegt (Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer eins, ZPO). Landesgericht für ZRS Wien

1040 Wien, Schwarzenbergplatz 11

#### **Anmerkung**

EWZ00093 40R364.04g

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

ECLI:AT:LG00003:2005:04000R00364.04G.0209.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20050209\_LG00003\_04000R00364\_04G0000\_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)