

# TE OGH 1998/10/21 7Ra304/98x

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.10.1998

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Richter des Oberlandesgerichtes DDr.Huberger als Vorsitzender sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichtes Dr.Ciresa und Dr. Blaszczyk als beisitzende Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* Wien, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Gustav Teicht, Dr.Gerhard Jöchl, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wider die beklagte Partei Fa.S\*\*\*\*\*GesmbH, \*\*\*\*\*, Wien,\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Günther und Dr.Thomas Romauch Rechtsanwälte in 1030 Wien, wegen S 40.169,98 s. A., infolge Rekurses der beklagten Partei wider den Beschluß des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 30.6.1998, 2 Cga 144/97b-14, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht FOLGE gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird mit der Maßgabe bestätigt, daß dieser lautet:

„Der Antrag der beklagten Partei, die Bestätigung der Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehles des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 8.7.1997, 2 Cga 144/97b-2, aufzuheben, wird a b g e w i e s e n.

Die beklagte Partei hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist unzulässig..

## Text

Begründung:

Der Kläger begehrte mit seiner am 8.7.1997 beim Erstgericht eingelangten Klage S 40.169,98 brutto, zusammengesetzt aus laufendem Bezug [S 3.764,93], aliquoten Sonderzahlungen UZ und WR 1997 [ 10.503.34], Kündigungsentschädigung samt aliquoten SZ [5.283,57], Urlaubsentschädigung und Urlaubsentgelt [20.618,14], aus einem beendeten Dienstverhältnis.

Am 8.7.1997 erließ das Erstgericht den beantragten Zahlungsbefehl [ON 2] , der der beklagten Partei am 11.7.1997 ( erster Zustellversuch am 10.7.1997 ) durch Hinterlegung [Beginn der Abholfrist:14.7.1997] zugestellt worden ist.

Die Postsendung langte am 30.7.1997 nach Ablauf der Hinterlegungsfrist als nicht behoben beim Erstgericht zurück.

A m 20.3.1998 (ON 3) langte beim Erstgericht ein Antrag der beklagten Partei auf Nichtigerklärung eines Zustellvorganges und neuerliche Zustellung eines Zahlungsbefehles, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Einspruchsfrist [gegen den Zahlungsbefehl ON 2], der am 27.4.1998 in der Tagsatzung (ON 6), Seite 1 des Protokolls=AS 13] zurückgezogen worden ist, sowie ein Einspruch gegen den Zahlungsbefehl ON 2 ein. Begründet

wurden diese Anträge damit, daß die beklagte Partei durch den Beschluß des BG Fünfhaus zu dg. 20 E 5401/97z mit dem Auftrag, ein Vermögensverzeichnis bis längstens 24.2.1998 vorzulegen, auf die Titelschaffung aufmerksam geworden sei, weil sich zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls der Geschäftsführer der beklagten Partei in Krumpendorf am Wörthersee auf Urlaub befunden, zwar innerhalb der Abholfrist des Poststückes an die Abgabestelle zurückgekehrt sei, jedoch dort keine Hinterlegungsanzeige vorgefunden habe, sodaß ein nichtiger Zustellvorgang vorläge, zumal Voraussetzung einer wirksamen Hinterlegung sei, daß die Hinterlegungsanzeige dem Adressaten zukäme.

Die Zurückziehung des Wiedereinsetzungsantrages erfolgte deshalb, weil eine Exekutionshandlung im vorzitierten Exekutionsverfahren bereits im Jänner 1998 stattgefunden habe, sodaß die vierzehntägige Wiedereinsetzungsfrist offensichtlich nicht eingehalten worden sei und deshalb der Antrag als verspätet zurückgezogen worden ist.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluß hat das Erstgericht nach Durchführung eines Bescheinigungsverfahrens, den Antrag auf Nichtigerklärung des Zustellvorganges betreffend den Zahlungsbefehl zurückgewiesen. Begründet wurde die Entscheidung im wesentlichen damit, daß der beklagten Partei zwar zuzugeben sei, daß der Zustellvorgang an einem Mangel gelitten habe, weil der Geschäftsführer der beklagten Partei zum Hinterlegungszeitpunkt bzw. dem vorangegangenen ersten Zustellversuch ortsabwesend gewesen sei, dieser Mangel aber durch die Rückkehr des Geschäftsführers innerhalb der Abholfrist an die Abgabestelle saniert worden sei, sodaß eine Nichtigkeit nicht vorliege und auch für eine neuerliche Zustellung deshalb kein Raum verbleibe. Da sohin die Einspruchsfrist ebenfalls abgelaufen sei, sei der Einspruch unter einem als verspätet erhoben ebenfalls zurückzuweisen [allerdings scheint diese Zurückweisung im Spruch des angefochtenen Beschlusses nicht auf und ist nur in der Begründung erwähnt, Seite 4 =AS 31!].

Diesen Beschluß bekämpft die beklagte Partei mit ihrem Rekurs (ON 15) wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, materieller Rechtswidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, diesen zu beheben und dem Erstgericht eines neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Vorerst zur Nichtigkeit:

Diese wird gemäß § 417 ZPO iVm § 429 leg.cit. darauf gestützt, daß - zugegebenermaßen - die den Parteienvertretern zugestellte Beschußausfertigung, wie auch die noch restlich im Akt erliegenden Ausfertigungen, keine Unterfertigungsstempel des entscheidenden Organwalters aufweisen, sodaß ein Nichtigkeitsgrund gemäß § 477 Z 1 ZPO vorläge. Diese wird gemäß Paragraph 417, ZPO in Verbindung mit Paragraph 429, leg.cit. darauf gestützt, daß - zugegebenermaßen - die den Parteienvertretern zugestellte Beschußausfertigung, wie auch die noch restlich im Akt erliegenden Ausfertigungen, keine Unterfertigungsstempel des entscheidenden Organwalters aufweisen, sodaß ein Nichtigkeitsgrund gemäß Paragraph 477, Ziffer eins, ZPO vorläge.

Dieser ist jedoch nicht gegeben. Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich eine Beschußausfertigung nur dann vorliegt, wenn das Schriftstück die Unterschrift des Richters oder unter dessen Unterfertigungsstempel (§ 149 Abs.1 lit.b GeO) die Unterschrift des Leiters/der Leiterin der Geschäftsabteilung (§ 149 Abs.2 GeO) aufweist und nur ein Schriftstück, das eine Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung ist, eine öffentliche Urkunde darstellt, die nach § 292 ZPO vollen Beweis macht. Nur die Zustellung einer solchen Ausfertigung (vgl. § 416 Abs.1 bzw. § 429 ZPO) setzt den Lauf der Rechtsmittelfrist in Gang (vgl. OGH vom 12.9.1956, 7 Ob). Dieser ist jedoch nicht gegeben. Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich eine Beschußausfertigung nur dann vorliegt, wenn das Schriftstück die Unterschrift des Richters oder unter dessen Unterfertigungsstempel (Paragraph 149, Absatz , Litera , GeO) die Unterschrift des Leiters/der Leiterin der Geschäftsabteilung (Paragraph 149, Absatz , GeO) aufweist und nur ein Schriftstück, das eine Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung ist, eine öffentliche Urkunde darstellt, die nach Paragraph 292, ZPO vollen Beweis macht. Nur die Zustellung einer solchen Ausfertigung vergleiche Paragraph 416, Absatz , bzw. Paragraph 429, ZPO) setzt den Lauf der Rechtsmittelfrist in Gang vergleiche OGH vom 12.9.1956, 7 Ob

431/56 = RZ 1957/3 S 41; 6 Ob 178/61; 7 Ob 309/64; 8 Ob 114/70 =

MietSlg 22619; OGH vom 11.2.1997, 10 Ob 2469/96b = Justiz

RS0041627). Allerdings übersieht die Rekurswerberin, daß sie selbst gegen den „Beschuß“ in Einhaltung der von ihr angenommenen ausgelösten Rechtsmittelfrist Rekurs erhoben hat, sodaß es jeglicher Relevanz ermangelt. Im übrigen ist auch gemäß § 79 Abs.3 GOG, durch die Angabe der dem Richter übertragenen Abteilung die Anführung des Namens des Richters entbehrlich, weil dieser dadurch aus der Geschäftsverteilung klar eruierbar ist. Es liegt sohin keine Nichtigkeit vor, einer zwar vorhandenen Mangelhaftigkeit fehlt es an jeglicher Relevanz, die auch von der Rekurswerberin in keiner Weise dargetan wird. RS0041627). Allerdings übersieht die Rekurswerberin, daß sie selbst gegen den „Beschuß“ in Einhaltung der von ihr angenommenen ausgelösten Rechtsmittelfrist Rekurs erhoben hat, sodaß es jeglicher Relevanz ermangelt. Im übrigen ist auch gemäß Paragraph 79, Absatz, GOG, durch die Angabe der dem Richter übertragenen Abteilung die Anführung des Namens des Richters entbehrlich, weil dieser dadurch aus der Geschäftsverteilung klar eruierbar ist. Es liegt sohin keine Nichtigkeit vor, einer zwar vorhandenen Mangelhaftigkeit fehlt es an jeglicher Relevanz, die auch von der Rekurswerberin in keiner Weise dargetan wird.

Zur behaupteten Mangelhaftigkeit der Zustellung, wobei alle genannten Rekursgründe gemeinsam zu behandeln sind:

Wenn auch in der älteren Judikatur die Wiederholung der Zustellung wegen Nichtigkeit der erfolgten Hinterlegung noch genannt ist (siehe IndRME 1950/325; ÖJZ 1950/495; Miet Slg. 28.615; IndRME 1977/542) bzw. die Nichtigkeit der Zustellung (MietSlg 27.726; IndRME 1976/549), so wird nunmehr nach der neueren, ständigen Judikatur die Aufhebung der Bestätigung der Vollstreckbarkeit [des zugrundeliegenden Titels] gemäß § 7 Abs.3 EO behandelt (siehe EvBl 1989/85 S 309; RZ 1989/27, S 84; Justiz RS 0083662 und 0083956; OGH 1 Ob 23/97y; 8 ObA 132/98i). Wenn auch in der älteren Judikatur die Wiederholung der Zustellung wegen Nichtigkeit der erfolgten Hinterlegung noch genannt ist (siehe IndRME 1950/325; ÖJZ 1950/495; Miet Slg. 28.615; IndRME 1977/542) bzw. die Nichtigkeit der Zustellung (MietSlg 27.726; IndRME 1976/549), so wird nunmehr nach der neueren, ständigen Judikatur die Aufhebung der Bestätigung der Vollstreckbarkeit [des zugrundeliegenden Titels] gemäß Paragraph 7, Absatz, EO behandelt (siehe EvBl 1989/85 S 309; RZ 1989/27, S 84; Justiz RS 0083662 und 0083956; OGH 1 Ob 23/97y; 8 ObA 132/98i).

Nach dem unstrittig zugrunde zulegenden Sachverhalt ist der Geschäftsführer der beklagten Partei zum Zeitpunkt der maßgeblichen Zustellvorgänge am 10. und 11.7.1997 ortsabwesend gewesen. Er kehrte aber nach der eigenen Behauptung der Rekurswerberin innerhalb der Abholfrist an die Abgabestelle zurück [wie auch neuerlich im Rekurs wiederholt wird!], sodaß die Zustellung innerhalb der bis 28.7.1997 laufenden Abholfrist jedenfalls wirksam geworden ist, zumal die hinterlegte Postsendung rechtzeitig hätte behoben werden können. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes ließ der Zusteller die gemäß § 21 Abs.2 ZustG erforderlichen Verständigungen ordnungsgemäß an der Abgabestelle zurück (§ 17 Abs.2 ZustG). Die im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung ist somit gemäß § 17 Abs.4 ZustG auch dann gültig geblieben, wenn die im § 21 Abs.2 ZustG genannten Verständigungen entfernt worden bzw. verloren gegangen sein sollten. Darauf, ob der Geschäftsführer durch ein [allenfalls entschuldbares] Versehen von der Hinterlegung keine Kenntnis erhielt, kommt es bei der Prüfung der Wirksamkeit der Zustellung nicht an (OGH vom 12.7.1995, 9 ObA 101/95). Die Rekurswerberin behauptet auch gar nicht, daß der Geschäftsführer nicht hätte „rechtzeitig“ im Sinne des § 17 Abs.3 ZustG vom Zustellvorgang hätte Kenntnis erlangen können. Sowohl der OGH (SZ 57/34; RZ 1994/70) als auch der VwGH (AnwBl 1992/4340 mwN) gehen davon aus, daß ein Empfänger von der Zustellung (durch Hinterlegung) nur dann nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat, wenn er nicht in der Lage war (gewesen wäre), auf die Sendung zum selben Zeitpunkt zu reagieren, zu dem der Empfänger üblicherweise hätte reagieren können, dem nach dem Willen des Gesetzgebers durch Hinterlegung zugestellt werden durfte. Davon ausgehend wird in Fällen, in denen die Behebung der hinterlegten Sendung tatsächlich zu einem Zeitpunkt erfolgte (oder doch immerhin hätte erfolgen können), zu welchem auch ein ortsabwesender Zustellempfänger berufsbedingt erst in der Lage gewesen wäre, die Sendung zu beheben, vom ersten Tag der Hinterlegung als fiktiven Zustelltag im Sinne des § 17 Abs.3 ZustG ausgegangen (vgl. OLG Innsbruck, 4 R 166/95 vom 26.6.1995). Selbst wenn man für den Empfänger von einem noch tolerierbaren Zeitraum ausgeht, innerhalb dessen der Geschäftsführer die Behebung der Postsendung hätte durchführen können, es wurde niemals im Verfahren behauptet, daß dies gerechnet ab dem Zeitpunkt der Rückkehr aus dem Urlaub für den Geschäftsführer nicht mehr möglich gewesen wäre, ergibt sich, daß eine Heilung der Zustellung durch Hinterlegung (§§ 16 Abs.5, 17 Abs 3 ZustG) jedenfalls eingetreten ist (OGH v. 13.7.1998, 7 Ob 180/98s). Da eine im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung gemäß § 17 Abs.4 leg.cit. auch dann gültig ist, wenn die im § 17 Abs.2 leg.cit. genannte Verständigung beschädigt oder entfernt worden ist, wird die Wirksamkeit der Zustellung auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Verständigungen dem Zustellempfänger (nach seinen Behauptungen) nicht zugekommen sind. Die Unkenntnis von einer gesetzmäßigen Zustellung könnte lediglich

einen Wiedereinsetzungsgrund bilden (SZ 47/99;EGSlg 55.725 u. a.; OGH 9 ObA 64/93 v 31.3.1993), der Wiedereinsetzungsantrag wurde allerdings (offenbar berechtigt wegen Verspätung) zurückgezogen. Das Risiko für eine Beschädigung oder Entfernung der Verständigungen nach § 17 Abs.2 und § 21 Abs.2 ZustG trifft den Adressaten nur, wenn die Zustellung ordnungsgemäß, im vorliegenden Fall geheilt nach dem eigenen Vorbringen der Rekurswerberin, an der im Rückschein angegebenen Abgabestelle vorgenommen worden ist (OGH vom 8.9.1993, 9 ObA 224/93). Nach dem unstrittig zugrunde zulegenden Sachverhalt ist der Geschäftsführer der beklagten Partei zum Zeitpunkt der maßgeblichen Zustellvorgänge am 10. und 11.7.1997 ortsabwesend gewesen. Er kehrte aber nach der eigenen Behauptung der Rekurswerberin innerhalb der Abholfrist an die Abgabestelle zurück [wie auch neuerlich im Rekurs wiederholt wird!], sodaß die Zustellung innerhalb der bis 28.7.1997 laufenden Abholfrist jedenfalls wirksam geworden ist, zumal die hinterlegte Postsendung rechtzeitig hätte behoben werden können. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes ließ der Zusteller die gemäß Paragraph 21, Absatz , ZustG erforderlichen Verständigungen ordnungsgemäß an der Abgabestelle zurück (Paragraph 17, Absatz , ZustG). Die im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung ist somit gemäß Paragraph 17, Absatz , ZustG auch dann gültig geblieben, wenn die im Paragraph 21, Absatz , ZustG genannten Verständigungen entfernt worden bzw. verloren gegangen sein sollten. Darauf, ob der Geschäftsführer durch ein [allenfalls entschuldbares] Versehen von der Hinterlegung keine Kenntnis erhielt, kommt es bei der Prüfung der Wirksamkeit der Zustellung nicht an (OGH vom 12.7.1995, 9 ObA 101/95). Die Rekurswerberin behauptet auch gar nicht , daß der Geschäftsführer nicht hätte „rechtzeitig“ im Sinne des Paragraph 17, Absatz , ZustG vom Zustellvorgang hätte Kenntnis erlangen können. Sowohl der OGH (SZ 57/34; RZ 1994/70) als auch der VwGH (AnwBl 1992/4340 mwN) gehen davon aus, daß ein Empfänger von der Zustellung (durch Hinterlegung) nur dann nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat, wenn er nicht in der Lage war (gewesen wäre), auf die Sendung zum selben Zeitpunkt zu reagieren, zu dem der Empfänger üblicherweise hätte reagieren können, dem nach dem Willen des Gesetzgebers durch Hinterlegung zugestellt werden durfte. Davon ausgehend wird in Fällen, in denen die Behebung der hinterlegten Sendung tatsächlich zu einem Zeitpunkt erfolgte (oder doch immerhin hätte erfolgen können), zu welchem auch ein ortsabwesender Zustellempfänger berufsbedingt erst in der Lage gewesen wäre, die Sendung zu beheben, vom ersten Tag der Hinterlegung als fiktiven Zustelltag im Sinne des Paragraph 17, Absatz , ZustG ausgegangen (vergleiche OLG Innsbruck, 4 R 166/95 vom 26.6.1995). Selbst wenn man für den Empfänger von einem noch tolerierbaren Zeitraum ausgeht, innerhalb dessen der Geschäftsführer die Behebung der Postsendung hätte durchführen können, es wurde niemals im Verfahren behauptet, daß dies gerechnet ab dem Zeitpunkt der Rückkehr aus dem Urlaub für den Geschäftsführer nicht mehr möglich gewesen wäre, ergibt sich, daß eine Heilung der Zustellung durch Hinterlegung (Paragraphen 16, Absatz „ 17 Absatz 3, ZustG) jedenfalls eingetreten ist (OGH v. 13.7.1998, 7 Ob 180/98s). Da eine im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung gemäß Paragraph 17, Absatz , leg.cit. auch dann gültig ist, wenn die im Paragraph 17, Absatz , leg.cit. genannte Verständigung beschädigt oder entfernt worden ist, wird die Wirksamkeit der Zustellung auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Verständigungen dem Zustellempfänger (nach seinen Behauptungen) nicht zugekommen sind. Die Unkenntnis von einer gesetzmäßigen Zustellung könnte lediglich einen Wiedereinsetzungsgrund bilden (SZ 47/99;EGSlg 55.725 u. a.; OGH 9 ObA 64/93 v 31.3.1993), der Wiedereinsetzungsantrag wurde allerdings (offenbar berechtigt wegen Verspätung) zurückgezogen. Das Risiko für eine Beschädigung oder Entfernung der Verständigungen nach Paragraph 17, Absatz und Paragraph 21, Absatz , ZustG trifft den Adressaten nur, wenn die Zustellung ordnungsgemäß, im vorliegenden Fall geheilt nach dem eigenen Vorbringen der Rekurswerberin, an der im Rückschein angegebenen Abgabestelle vorgenommen worden ist (OGH vom 8.9.1993, 9 ObA 224/93).

Die Entscheidung war gemäß § 11 a Abs.2 Z 2 lit.a ASGG iVm §§ 56,11a Abs.1 Z 3 leg.cit. durch einen Dreirichterssenat des Rekursgerichtes zu fällen, dem keine Laienrichter beizuziehen waren. Die Entscheidung war gemäß Paragraph 11, a Absatz , Ziffer 2, Litera , ASGG in Verbindung mit Paragraphen 56,11a Absatz , Ziffer 3, leg.cit. durch einen Dreirichterssenat des Rekursgerichtes zu fällen, dem keine Laienrichter beizuziehen waren.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 2 ASGG, 41,50 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 2, ASGG, 41,50 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des weiteren Rekurses gründet sich auf die §§ 46 und 47 Abs.1 ASGG, weil keine Rechtsfrage von der Qualität des § 46 Abs.1 ASGG , sondern nur eine Tatsachenfrage im Einzelfall und kein privilegierter Fall (§ 46 Abs.3 ASGG) vorliegt, wobei auch der Streitwert von S 52.000.-- nicht überstiegen wird (vgl§ 502 Abs.2 ZPO iVm §§ 46 Abs.2,47 Abs.1 ASGG). Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des weiteren Rekurses gründet sich

auf die Paragraphen 46 und 47 Absatz , ASGG, weil keine Rechtsfrage von der Qualität des Paragraph 46, Absatz , ASGG , sondern nur eine Tatsachenfrage im Einzelfall und kein privilegierter Fall (Paragraph 46, Absatz , ASGG) vorliegt, wobei auch der Streitwert von S 52.000.-- nicht überstiegen wird vergleiche Paragraph 502, Absatz , ZPO in Verbindung mit Paragraphen 46, Absatz „47 Absatz , ASGG).

Es war daher spruchgemäß in Form der Maßgabebestätigung zu entscheiden.

Das Erstgericht wird gegebenenfalls die Zurückweisung des Einspruches nachzuholen bzw. den Spruch des Beschlusses ON 14 diesbezüglich zu ergänzen bzw. berichtigen zu haben.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00308 07A03048

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

ECLI:AT:OLG0009:1998:0070RA00304.98X.1021.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19981021\_OLG0009\_0070RA00304\_98X0000\_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)