

# TE OGH 1998/7/13 7Ob180/98s

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.07.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Kropfitsch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Niederreiter, Dr.Schalich, Dr.Tittel und Dr.Huber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\* mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Wolfgang Spitz und Dr.Esther Lenzinger, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Marina G\*\*\*\*\* & Co OHG, \*\*\*\*\* 2. Marina G\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* und 3. Marina G\*\*\*\*\*, letztere vertreten durch Dr.Peter Lechner, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen DM 4,918.782,02 sA, infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgericht vom 7.Mai 1998, GZ 3 R 43/98t-35, womit infolge Rekurses der drittbegeklagten Partei der Beschuß des Landesgerichtes Innsbruck vom 26.Februar 1998, GZ 5 Cg 104/97s-30, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Die Rekursbeantwortung der drittbegeklagten Partei wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Soweit sich das Rechtsmittel dagegen richtet, daß Punkt 7. des erstgerichtlichen Beschlusses vom Rekursgericht aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung über den Exekutionsaufschiebungsantrag der Drittbegeklagten aufgetragen wurde, ist es gemäß § 527 Abs 2 ZPO mangels eines Ausspruches des Rekursgerichtes über die Zulässigkeit des Rekurses jedenfalls unzulässig.Soweit sich das Rechtsmittel dagegen richtet, daß Punkt 7. des erstgerichtlichen Beschlusses vom Rekursgericht aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung über den Exekutionsaufschiebungsantrag der Drittbegeklagten aufgetragen wurde, ist es gemäß Paragraph 527, Absatz 2, ZPO mangels eines Ausspruches des Rekursgerichtes über die Zulässigkeit des Rekurses jedenfalls unzulässig.

Soweit sich das Rechtsmittel gegen die Abänderung der Punkte 4., 5. und 6 des erstgerichtlichen Beschlusses durch das Rekursgericht richtet, ist es mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO unzulässig. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß "rechtzeitig" im Sinn des § 17 Abs 3 ZustG dahin zu verstehen ist, daß dem Empfänger noch jener Zeitraum zur Verfügung stand, der ihm auch im Fall einer vom Gesetz tolerierten Ersatzzustellung üblicherweise zur Verfügung gestanden wäre. Hiebei ist darauf abzustellen, daß ein Großteil der tagsüber von der Abgabestelle abwesenden Bevölkerung bei Kenntnis von der postamtlichen Hinterlegung üblicherweise die Möglichkeit hat, die

Sendung innerhalb von wenigen, unmittelbar an die Hinterlegung anschließenden Werktagen zu beheben (SZ 57/34; SZ 60/74; SZ 60/131; RZ 1994/5; 2 Ob 265/97b). Soweit sich das Rechtsmittel gegen die Abänderung der Punkte 4., 5. und 6 des erstgerichtlichen Beschlusses durch das Rekursgericht richtet, ist es mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO unzulässig. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß "rechtzeitig" im Sinn des Paragraph 17, Absatz 3, ZustG dahin zu verstehen ist, daß dem Empfänger noch jener Zeitraum zur Verfügung stand, der ihm auch im Fall einer vom Gesetz tolerierten Ersatzzustellung üblicherweise zur Verfügung gestanden wäre. Hierbei ist darauf abzustellen, daß ein Großteil der tagsüber von der Abgabestelle abwesenden Bevölkerung bei Kenntnis von der postamtlichen Hinterlegung üblicherweise die Möglichkeit hat, die Sendung innerhalb von wenigen, unmittelbar an die Hinterlegung anschließenden Werktagen zu beheben (SZ 57/34; SZ 60/74; SZ 60/131; RZ 1994/5; 2 Ob 265/97b).

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen ist der Drittbeklagten der Nachweis gelungen, daß sie im Zeitpunkt der Hinterlegung des Versäumungsurteiles am 10.6.1997 und dann noch jedenfalls bis zum 20.6.1997 im Ausland war. Damit gilt das hinterlegte Versäumungsurteil nach der aufgezeigten Rechtsprechung nicht als zugestellt (SZ 66/68).

Da nicht festgestellt werden konnte, daß die Drittbeklagte in den auf den 20.6.1997 folgenden und noch innerhalb der Abholfrist liegenden Tagen an die Abgabestelle zurückkehrte, kann auch nicht von einer Heilung der grundsätzlich unwirksamen Zustellung des Versäumungsurteiles durch Hinterlegung im Sinn des § 17 Abs 3 letzter Halbsatz ZustG ausgegangen werden. Eine Beweispflicht der Drittbeklagten in dem Sinne, daß der Zustellmangel nicht im Sinn des § 17 Abs 3 letzter Halbsatz ZustG geheilt wurde, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Die Ansicht des Rekursgerichtes, der Umstand, daß die diesbezüglichen Erhebungen kein eindeutiges Ergebnis brachten, schlage nicht zum Nachteil, sondern zum Vorteil der Drittbeklagten aus, entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß sich die Ergebnislosigkeit von Erhebungen über die Rechtzeitigkeit von Rechtsmitteln zum Vorteil des Rechtsmittelwerbers auswirkt (SZ 46/86 ua). Da nicht festgestellt werden konnte, daß die Drittbeklagte in den auf den 20.6.1997 folgenden und noch innerhalb der Abholfrist liegenden Tagen an die Abgabestelle zurückkehrte, kann auch nicht von einer Heilung der grundsätzlich unwirksamen Zustellung des Versäumungsurteiles durch Hinterlegung im Sinn des Paragraph 17, Absatz 3, letzter Halbsatz ZustG ausgegangen werden. Eine Beweispflicht der Drittbeklagten in dem Sinne, daß der Zustellmangel nicht im Sinn des Paragraph 17, Absatz 3, letzter Halbsatz ZustG geheilt wurde, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Die Ansicht des Rekursgerichtes, der Umstand, daß die diesbezüglichen Erhebungen kein eindeutiges Ergebnis brachten, schlage nicht zum Nachteil, sondern zum Vorteil der Drittbeklagten aus, entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß sich die Ergebnislosigkeit von Erhebungen über die Rechtzeitigkeit von Rechtsmitteln zum Vorteil des Rechtsmittelwerbers auswirkt (SZ 46/86 ua).

Die Rekursbeantwortung der drittbeklagten Partei war zurückzuweisen, weil keiner der Fälle des§ 521a ZPO vorliegt und das Rechtsmittelverfahren daher einseitig ist.Die Rekursbeantwortung der drittbeklagten Partei war zurückzuweisen, weil keiner der Fälle des Paragraph 521 a, ZPO vorliegt und das Rechtsmittelverfahren daher einseitig ist.

Mit der Zurückweisung der Rechtsmittelschrifte ist auch deren Kostenersatzbegehren zurückgewiesen.

#### **Anmerkung**

E50806 07A01808

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

ECLI:AT:OGH0002:1998:0070OB00180.98S.0713.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980713\_OGH0002\_0070OB00180\_98S0000\_000

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