

# TE OGH 2010/8/10 1Ob71/10p

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.08.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Bydlinski als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann, Dr. E. Sole und Mag. Ziegelbauer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Eduard W\*\*\*\*\*\*, p.A. \*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Karl König, Rechtsanwalt in Klosterneuburg, wider die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Thomas J. Ruza, Rechtsanwalt in Wien, wegen Nichtigkeit einer Entscheidung (Streitwert 7.200 EUR), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Berufungsgericht vom 5. November 2009, GZ 21 R 411/09b-36, womit das Urteil des Bezirksgerichts Klosterneuburg vom 17. Juli 2009, GZ 14 C 443/08p-30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Der Beschluss vom 6. Juli 2010 wird aufgehoben.
2. Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 559,15 EUR (darin enthalten 93,13 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung zu ersetzen.

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

zu 1.: Mit Beschluss des erkennenden Senats vom 6. Juli 2010 wurde aus Anlass der Revision der beklagten Partei das Urteil des Berufungsgerichts als nichtig aufgehoben und die Berufung der beklagten Partei zurückgewiesen. Dieser Beschluss erfolgt, weil die Berufung laut dem vom Erstgericht über den Poststempel aufgenommenen Vermerk erst am 23. September 2009, also nach Ablauf der Berufungsfrist, zur Post gegeben worden war. Nunmehr hat die beklagte Partei einen „Einschreibzettel“ samt Datumsstempel, den Aufgabeschein zu RC 13 181 433 4 AT sowie eine „Nachschau für Briefsendungen“ zur selben Zahl vorgelegt. Aus diesen Urkunden ergibt sich, dass die Berufung bereits am 22. September 2009 zur Post gegeben wurde. Durch diese Urkunden hat sich die Annahme der Verspätung nachträglich als unrichtig herausgestellt, welcher Fehler in analoger Anwendung der §§ 419 Abs 1, 522 Abs 1 ZPO zu korrigieren ist (RIS-Justiz RS0062267).

zu 2.: Das Bezirksgericht Klosterneuburg erließ am 23. Jänner 2007 zu AZ 14 C 1411/06p gegen den nunmehrigen Kläger einen Zahlungsbefehl, der ihm am 29. Jänner 2007 persönlich zugestellt wurde. Der Kläger war im Jänner 2007 allenfalls in der Lage einzusehen, dass eine Zahlungsverpflichtung auf ihn zukomme, er war jedoch nicht imstande, dieser Einsicht gemäß zu handeln. Mangels Erhebung eines Einspruchs wurde die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

des Zahlungsbefehls bestätigt. Mit Beschluss vom 29. November 2007 bestellte das Bezirksgericht Klosterneuburg für den Kläger einen Sachwalter gemäß § 268 Abs 3 Z 2 ABGB. Dieser stellte keinen Antrag auf Zustellung des Zahlungsbefehls.

Mit der am 2. Mai 2008 bei Gericht eingelangten Nichtigkeitsklage begehrte der nunmehr vom Sachwalter vertretene Kläger, den Zahlungsbefehl als nichtig aufzuheben. Er sei zum Zeitpunkt dessen Zustellung prozessunfähig gewesen.

Die beklagte Partei bestritt die Prozessunfähigkeit des Klägers und wendete ein, dieser habe die Klageforderung anerkannt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Kläger sei zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls prozessunfähig gewesen. Da der Sachwalter eine Zustellung des Zahlungsbefehls nicht beantragt habe, sei die Frist des § 534 Abs 2 Z 2 ZPO nicht abgelaufen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR übersteige und erklärte letztendlich die Revision für zulässig. Sei die Rechtsmittelfrist bereits verstrichen und formelle Rechtskraft eingetreten, könne die Partei bis spätestens vier Wochen nach Zustellung an ihren gesetzlichen Vertreter die Nichtigkeitsklage erheben. Die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter stelle für die Erhebung der Nichtigkeitsklage jedoch keine Zulässigkeitsvoraussetzung dar, sodass die Nichtigkeitsklage nicht verfrüht erhoben worden sei.

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision ist nicht zulässig.

Einen gleichgelagerten Sachverhalt betraf die Entscheidung des verstärkten Senats1 Ob 6/01s, der zur gemeinsamen Entscheidung und Verhandlung verbundene Nichtigkeitsklagen gegen ein Urteil und gegen drei Wechselzahlungsaufträge zu Grunde lagen. Es wurde der Rechtssatz formuliert, dass unter „Rechtskraft“ iSd § 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 auch dann eintrete, wenn die Prozessunfähigkeit der Partei nicht erkannt worden sei. Die Partei, die ihre Prozessunfähigkeit behauptet, könne mit dem ihr zu Gebote stehenden ordentlichen Rechtsmittel den Nichtigkeitsgrund geltend machen. Sei die Rechtsmittelfrist verstrichen, daher die formelle Rechtskraft eingetreten, könne sie spätestens binnen 4 Wochen nach der - jedoch keine Zulässigkeitsvoraussetzung bildenden - Zustellung an ihren gesetzlichen Vertreter durch diese Nichtigkeitsklage aus dem Grund des § 529 Abs 1 Z 2 ZPO erheben. In der Entscheidungsbegründung führte der verstärkte Senat aus, dass die Anordnungen des § 534 ZPO nur dann aufeinander abgestimmt werden könnten, wenn der Eintritt der Rechtskraft, der dort den Lauf der Klagefrist auslöst, an den Ablauf der Rechtsmittelfrist nach Zustellung an die prozessunfähige Partei geknüpft werde. Unter dem in § 534 Abs 3 ZPO gebrauchten Begriff der „Rechtskraft“ sei die formelle Rechtskraft zu verstehen, weil sich andernfalls die in dieser Regelung für Fälle mangelnder gesetzlicher Vertretung vorgesehene Ausnahme von der ab dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung zu rechnenden 10-Jahresfrist als inhaltsleer erwiese oder sich gerade in ihr Gegenteil verkehrte. Es stehe dieser Partei, gleichviel wann sie bzw ihr gesetzlicher Vertreter vom Nichtigkeitsgrund erfahren habe, jederzeit offen, die Nichtigkeitsklage zu erheben. Dieses Verständnis der Rechtskraft erstrecke sich auch auf § 529 ZPO, weshalb die Zustellung der Entscheidung an den gesetzlichen Vertreter keine Voraussetzung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage sei.

In der Folge sprach der Oberste Gerichtshof in Abgrenzung zu der Entscheidung des verstärkten Senats aus, dass die darin getroffenen Aussagen für Fälle fehlerhafter Zustellung - etwa infolge Ortsabwesenheit des Empfängers - nicht gelten (anders nur die vereinzelt gebliebene Entscheidung 6 Ob 127/03z). Die Vorschriften des Zustellgesetzes müssten eingehalten werden, da sonst keine „formell wirksame“ Zustellung vorliege. Dies sei aber Voraussetzung für den Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung. Der Einwand, die Zustellung sei wegen Verletzung der im Zustellgesetz normierten Formvorschriften unwirksam (§ 17 Abs 3 ZustG), sei mit einem Antrag nach § 7 Abs 3 EO geltend zu machen. Eine Nichtigkeitsklage scheide aus, weil es an der formellen Rechtskraft der Entscheidung fehle (5 Ob 261/05a; 4 Ob 182/06b).

Entgegen der Entscheidung des verstärkten Senats vertritt der Revisionswerber die Ansicht, mangels rechtswirksamer Zustellung an den prozessunfähigen Nichtigkeitskläger sei die Frist des § 534 ZPO für die Nichtigkeitsklage noch nicht ausgelöst und diese verfrüht erhoben worden. Zur Stützung dieser Rechtsansicht beruft er sich auf die Entscheidungen 7 Ob 5/06w und 5 Ob 261/05a. Dabei übersieht er, dass diese nicht Zustellungen an prozessunfähige Parteien betreffen, sondern Zustellvorgänge, die infolge Verletzung von Vorschriften des Zustellgesetzes unwirksam blieben.

Wie bereits dargelegt, finden auf derartige Fälle die in der Entscheidung des verstärkten Senats getroffenen Aussagen keine Anwendung. Auch der Entscheidung 2 Ob 37/08t lag ein mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde: Obwohl die Prozessunfähigkeit nicht unerkannt geblieben war, sondern infolge Konkursöffnung und Bestellung eines Masseverwalters feststand, stellte das Gericht das gegen die Beklagte ergangene Versäumungsurteil an diese - und nicht an den Masseverwalter - zu. Der 2. Senat erachtete das Versäumungsurteil als nicht formell rechtskräftig, weil es nur an den Masseverwalter als gesetzlichem Vertreter rechtswirksam hätte zugestellt werden können, sodass die Nichtigkeitsklage aus diesem Grund ausscheide.

Die im Rechtssatz RIS-JustizRS0044373 zusammengefasste Judikatur stammt aus der Zeit vor Ergehen der Entscheidung des verstärkten Senats 1 Ob 6 /01s und wurde mit dieser Entscheidung abgelehnt.

Die Entscheidung des verstärkten Senats stieß in der Lehre zum Teil auf Kritik Jelinek in Fasching/Konecny2, § 529 Rz 89-101). Zustimmend äußerte sich Pfersmann, Bemerkenswertes aus der SZ 74/II, ÖJZ 2005, 530, 544. Jelinek (aaO) vertritt die Ansicht, es sei mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs unvereinbar und untragbar, anzunehmen, eine Entscheidung werde nach (gesetzwidriger) Zustellung an eine Partei rechtskräftig, deren Prozessunfähigkeit infolge eines Vertretungsmangels unerkannt geblieben sei. Dem ist entgegen zu halten, dass dem rechtlichen Gehör - mag es auch bei Zustellung an den Prozessunfähigen verweigert worden sein - insofern Rechnung getragen wird, als es im Verfahren über die Nichtigkeitsklage (unbefristet) nachträglich gewährt wird. Spricht außerdem der Wille des historischen Gesetzgebers eindeutig dafür, unter dem in § 534 Abs 3 ZPO gebrauchtem Ausdruck „Rechtskraft“ sei die formelle Rechtskraft zu verstehen, vermag das Argument, aus Wertungsgesichtspunkten müsse dennoch der „Optimierung des rechtlichen Gehörs“ Vorrang eingeräumt werden, nicht zu überzeugen. Der Kritik, die Entscheidung liefere „vor allem“ keinen Beitrag zur Rechtssicherheit, ist zu entgegnen, dass dieser Aspekt nach dem Willen des Gesetzgebers zu Gunsten der nicht vertretenen prozessunfähigen Partei in den Hintergrund zu treten hat, was sich schon aus der dieser eingeräumten Möglichkeit zur unbefristeten Geltendmachung der Nichtigkeitsklage ergibt.

Die von Dokalik/Traune, (Die Nichtigkeitsklage - vom Mauerblümchen zum Massenverfahren?, RZ 2005, 206) geäußerte Kritik bezieht sich vor allem auf die Entscheidung 6 Ob 127/03z, die sich mit der - für den vorliegenden Fall nicht entscheidungswesentlichen - Frage befasst, ob die Aussagen des verstärkten Senats auch für den Fall der fehlenden Vertretung einer Partei wegen einer nach dem Zustellgesetz - aus anderen Gründen als der Prozessunfähigkeit des Empfängers - unwirksamen Zustellung zutreffen. Auch die Ansicht Domejs (Entscheidungsanmerkung, JAP 2002/2003, 52), es sei fraglich, ob aus der „wohl missglückten“ Bestimmung des § 534 Abs 3 ZPO tatsächlich auf die Wirksamkeit einer Zustellung an Prozessunfähige zu schließen sei, vermag die Begründung der Entscheidung des verstärkten Senats nicht in Frage zu stellen.

Zusammenfassend bieten die in der Literatur geäußerte Kritik sowie die übrigen Revisionsausführungen keinen Anlass, (durch einen verstärkten Senat) von dieser Entscheidung wieder abzugehen.

Soweit die Revisionswerberin in zweiter Instanz bereits verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz geltend macht, sind diese in dritter Instanz nicht mehr anfechtbar (RIS-Justiz RS0042963). Ob weitere Beweisaufnahmen und Sachverständigungsgutachten notwendig sind, ist eine Frage der nicht revisiblen Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0043320, RS0043414; vgl auch RS0043404).

Da weder der Revisionswerber, noch das Berufungsgericht eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd§ 502 Abs 1 ZPO aufzuzeigen vermochten, war die Revision als nicht zulässig zurückzuweisen.

Die klagende Partei hat in ihrer Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen, weshalb ihr die Kosten der Rechtsmittelbeantwortung als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlich zuzusprechen waren (RIS-Justiz RS0035979; RS0035962).

#### **Textnummer**

E94801

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:0010OB00071.10P.0810.000

#### **Im RIS seit**

20.09.2010

#### **Zuletzt aktualisiert am**

11.03.2011

**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)