

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. A***** H*****, vertreten durch Mag. Thomas Klein, Rechtsanwalt in Graz, gegen die beklagte Partei S***** J*****, vertreten durch Kaan Cronenberg & Partner, Rechtsanwälte in Graz, wegen 60.000 EUR sA, über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 7. Dezember 2011, GZ 2 R 231/11z-11, womit der Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 21. Oktober 2011, GZ 15 Cg 84/11t-6, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revisionsrekurs wird mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.025,54 EUR (darin 337,59 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

Dem Beklagten wurde am 18. 5. 2011 ein bedingter Zahlungsbefehl durch Hinterlegung zugestellt, wovon er durch Einlegen einer Verständigung in sein Hausbrieffach benachrichtigt wurde. Der Beklagte befand sich zu diesem Zeitpunkt auf einer mehrtägigen Auslandsreise und kehrte erst am 22. 5. 2011 (Sonntag) an die Zustelladresse zurück. Bis zum 25. 5. 2011 nächtigte der Beklagte dann an dieser Adresse, ebenso vom 27. 5. bis 28. 5. 2011; tagsüber ging er außerhalb der Wohnung beruflichen Verpflichtungen nach.

Der Beklagte erlangte aus nicht festgestellten Gründen keine Kenntnis von der im Hausbrieffach eingelegten Hinterlegungsanzeige, sodass er den Zahlungsbefehl nicht beheben konnte. Erstmals am 6. 7. 2011 erfuhr er durch ein Telefonat von der Existenz des gegenständlichen Verfahrens.

Das Erstgericht erklärte über Antrag des Beklagten vom 19. 7. 2011 die Zustellung des Zahlungsbefehls am 17./18. 5. 2011 für nichtig, hob die Bestätigung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auf und ordnete die neuerliche Zustellung des Zahlungsbefehls an. Der Kläger hätte wegen seiner Ortsabwesenheit erstmals ab 23. 5. 2011 die Möglichkeit gehabt, die hinterlegte Sendung zu beheben, wodurch seine „Reaktionsmöglichkeit“ um fünf Tage verkürzt worden sei.

Das Rekursgericht änderte diese Entscheidung im antragsabweisenden Sinne ab. Der kurze Auslandsaufenthalt sowie fallweise spätere auswärtige Nächtigungen des Beklagten seien noch nicht geeignet, seiner Wohnung generell die Qualität einer Abgabestelle im Sinn des Zustellgesetzes zu nehmen. Seine mehrtägige Abwesenheit bis 22. 5. 2011 habe

zwar zur Unwirksamkeit der Zustellung durch Hinterlegung am 18. 5. 2011 geführt, diese sei jedoch mit jenem Zeitpunkt wirksam geworden, an dem er die Sendung tatsächlich nach Rückkehr an die Abgabestelle beheben hätte können, nämlich am 23. 5. 2011. Unter Verweis auf einzelne ältere Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs, denen eine abweichende Rechtsansicht entnommen werden könnte, erklärte das Rekursgericht den ordentlichen Revisionsrekurs für zulässig.

Gemäß § 528 Abs 1 ZPO ist gegen den Beschluss des Rekursgerichts der Revisionsrekurs nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtssicherheit oder Rechtseinheit erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Mangels dieser Voraussetzungen ist der von der klagenden Partei beantwortete Revisionsrekurs des Beklagten - entgegen dem nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts - nicht zulässig.

1. Der Revisionsrekurs stellt nicht mehr in Frage, dass es sich bei der in Rede stehenden Wohnung des Beklagten grundsätzlich um eine Abgabestelle iSd § 2 Z 4 ZustG handelte.

Gemäß § 17 Abs 3 ZustG gilt ein hinterlegtes Dokument an dem Tag als zugestellt, an dem es erstmals zur Abholung bereitgehalten wird. Es gilt aber dann nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger (oder dessen Vertreter) wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte, doch wird die Zustellung an dem der Rückkehr an die

Abgabestelle folgenden Tag innerhalb der Abholfrist wirksam, an dem das hinterlegte Dokument behoben werden *könnte*.

2. Entgegen den Revisionsausführungen ist es kein Hindernis für die Heilung der unwirksamen Zustellung nach § 17 Abs 3 ZustG, dass der Beklagte die hinterlegte Sendung wegen seiner Abwesenheit erst einige Tage später beheben hätte können, sondern vielmehr gerade die Voraussetzung für eine Anwendung dieser Bestimmung (zum Zeitfenster für die Heilungsmöglichkeit durch Rückkehr vgl *Stumvoll in Fasching/Konecny*² ErgBd § 17 ZustG Rz 22).

Die Heilung bewirkt nämlich nicht, wie der Revisionsrekurs anscheinend irrtümlich vermeint, dass eine Rechtsmittelfrist (bzw hier: Einspruchsfrist) rückwirkend mit dem ursprünglichen Hinterlegungszeitpunkt beginnt, sondern dass ihr Lauf erst mit dem Tag in Gang gesetzt wird, an dem nach Rückkehr an die Abgabestelle die Abholung des Schriftstücks möglich war, wobei es genügt, wenn ein voller Tag der Behebungsfrist übrig ist (RIS-Justiz RS0083966 [T8]).

Von einer Verkürzung von Fristen kann daher nicht die Rede sein. Dem Zurückgekehrten steht ab Datum der Abholmöglichkeit der gleiche Zeitraum für seine Reaktion offen wie einem Empfänger, dem die Sendung von vornherein wirksam hinterlegt wurde.

Der Rechtsmittelwerber hätte die hinterlegte Sendung am 23. 5. 2011 erstmals beheben können. An diesem Tag wurde die Zustellung wirksam und der Lauf der Einspruchsfrist in Gang gesetzt. Der erst am 19. 7. 2011 erhobene Einspruch war daher verspätet.

3. Auf die im Revisionsrekurs behaupteten sekundären Feststellungsmängel ist mangels rechtlicher

Relevanz nicht weiter einzugehen. Heilung nach § 17 Abs 3 ZustG tritt auch ein, wenn der Empfänger für längere Zeit von der Abgabestelle abwesend war, wobei selbst eine nur kurzfristige Rückkehr innerhalb des möglichen Abholzeitraums die Heilung des Zustellmangels bewirkt (RIS-Justiz RS0083972 - 10 Minuten; *Stumvoll* aaO ErgBd § 17 ZustG Rz 24).

Später eintretende Hindernisse bei Abholung der hinterlegten (und ordnungsgemäß bereitgehaltenen) Sendung, wie die vom Beklagten ins Treffen geführte besondere berufliche Beanspruchung, oder selbst die Entfernung der Hinterlegungsanzeige (§ 17 Abs 4 ZustG), ändern nichts an der Wirksamkeit der Zustellung. Solche Umstände sind der Sphäre des Empfängers zuzurechnen und können ausschließlich im Wege eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geltend gemacht werden (VwGH ÖJZ 1992/A 285, 742; VwGH 2004/05/0078; 8 Ob 106/03a; *Stumvoll* aaO § 17 ZustG Rz 18).

4. Die Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO liegen nicht schon deshalb vor, weil der mittlerweile ständigen Rechtsprechung der Höchstgerichte eine jahrzehntealte, vereinzelt gebliebene Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (7 Ob 647/92) und ein daraus entwickelter Rechtssatz (RIS-Justiz RS0083714) entgegenstehen, die von nachfolgenden Entscheidungen wohl teilweise noch zitiert, aber inhaltlich nicht mehr getragen wurden. Aus Einzelentscheidungen kann keine Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung abgeleitet werden (RIS-Justiz RS0042690 [T1]).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO; der Kläger hat auf die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses hingewiesen.

Über die mit dem Revisionsrekurs verbundenen Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Wiederaufnahme wird das Erstgericht zu entscheiden haben.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 28. Februar 2012
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: