

Zustellung durch Hinterlegung und COVID-19

§ 17 ZustG. Die behördliche Absonderung des Empfängers verhindert für die Zeit ihrer Dauer, dass die hinterlegte Sendung behoben werden könnte, und schließt daher die Heilung einer wegen Ortsabwesenheit unwirksamen Zustellung durch Hinterlegung nach § 17 Abs 3 letzter Satz ZustG aus.

Bearbeitet von MARTINA WEIXELBRAUN-MOHR

Sachverhalt

Das ErstG teilte das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse der geschiedenen Ehegatten in bestimmter Weise auf. Die für die Antragsgegnerin (AG) bestimmte Ausfertigung des Beschlusses wurde am 22. 12. 2021 nach § 17 ZustG hinterlegt.

Eine behördliche Absonderung (Quarantäne) hindert den Empfänger aus rechtlichen Gründen an der Behebung eines hinterlegten Poststücks.

Das RekG wies den Rek der AG als **verspätet** zurück. Es stellte zusammengefasst fest, dass die AG ab 19. 12. 2021 auf **Urlaub** war, sich dort mit dem Coronavirus infizierte und von der örtlich zuständigen BH mit Bescheid v 25. 12. 2021 **abgesondert** wurde. Nachdem die AG die Quarantäne zunächst im Hotel verbracht hatte, hob die BH am 26. 12. 2021 die Absonderung auf und verfügte für „den Antritt/die Fortsetzung der Absonderung am Wohnsitz“ der AG strenge Verkehrsbeschränkungen (insb eine Heimreise nur alleine mit einem privaten Kraftfahrzeug und ohne Zwischenstopp auf der kürzest möglichen Route). Daraufhin kehrte die AG noch am 26. 12. 2021 mit ihrem Pkw an ihren **Wohnsitz zurück** und setzte die Quarantäne, die letztlich mit Bescheid der für ihren Wohnsitz örtlich zuständigen Gesundheitsbehörde bis einschließlich 6. 1. 2022 angeordnet wurde, dort fort. Aufgrund einer Freitesting konnte sie die Absonderung am 4. 1. 2022 beenden. Am 5. 1. 2022 behob sie den am 22. 12. 2021 für sie bei der Postgeschäftsstelle der Abgabestelle hinterlegten Aufteilungsbeschluss des ErstG.

Der OGH gab dem aoRevRek der AG gegen die Zurückweisung Folge und trug dem RekG die neuerliche Entscheidung auf.

Aus der Begründung

[Zulässigkeit des Rechtsmittels]

Weist das Gericht zweiter Instanz „im Rahmen des Rekursverfahrens“ den Rek gegen die erstinstanzliche Sachentscheidung wegen Verspätung zurück, ist (auch) dieser Beschluss nur unter den Voraussetzungen des § 62 AußStrG anfechtbar (RS0120565 [T 3, T 14]). Die Anfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses setzt daher voraus, dass die Entscheidung von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG abhängt. Eine solche zeigt der RevRek auf, weil **Rsp** des OGH zur Frage **fehlt**, ob nach § 17 Abs 3 ZustG die Heilung einer wegen Ortsabwesenheit des Empfängers unwirksamen Hinterlegung durch Rückkehr an die Abgabestelle auch während einer behördlich angeordneten Absonderung eintritt.

Nach § 68 AußStrG ist eine RevRekBeantwortung nur bei Beschlüssen vorgesehen, mit denen „über die Sache“ oder über die

Zivilverfahrensrecht

OGH 14. 9. 2022, 1 Ob 156/22f (LGZ Wien 45 R 222/22p; BG Döbling 1 Fam 18/19y)

Zustellung; Hinterlegung; Ortsabwesenheit

EvBl 2023/87

Kosten entschieden wurde. Unter „Beschluss über die Sache“ wird jede Entscheidung über den eigentlichen Verfahrensgegenstand, sei diese meritorisch oder zurückweisend, verstanden (RS0120860). Eine solche Entscheidung liegt nicht vor, wenn das RekG nur über die prozessuale Frage der Rechtzeitigkeit des Rek entschieden hat; das RevRekVerfahren gegen die Zurückweisung des Rek ist daher regelmäßig **einseitig** (RS0120614; RS0132250).

[Rechtzeitigkeit des Rekurses]

Nach § 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“.

Die Abwesenheit von der Abgabestelle bewirkt die Unwirksamkeit der Zustellung durch Hinterlegung (RS0036591; VwGH 1559/78). Sie wird aber nach stRsp an dem innerhalb der 14-tägigen Abholfrist gelegenen Tag wirksam, an dem der Zustellempfänger die hinterlegte Sendung nach seiner **Rückkehr an die Abgabestelle** hätte beheben können, sofern ihm für die **Behebung** noch **ein voller Tag** zur Verfügung steht (RS0083966). Fristauslösend ist daher der der Rückkehr an die Abgabestelle folgende Tag (*Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 17 ZustG Rz 9/1 mwN), soweit an diesem die **Abholung** der Sendung beim Postamt **möglich** gewesen wäre (VwGH 99/18/0395; 96/11/0143).

[Möglichkeit der Abholung]

Zur Frage, ob das Wirksamwerden der Zustellung davon abhängt, dass der Empfänger das Zustellstück **tatsächlich abholen konnte**, werden in der Lehre unterschiedliche Auffassungen vertreten:

Nach *Wessely* (in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely* [Hrsg], Österreichisches Zustellrecht² [2011] § 17 ZustG Rz 7) scheint **fraglich**, ob es für das Wirksamwerden genüge, dass die **Behebungsmöglichkeit objektiv** bestanden habe oder ob auch auf die subjektive Möglichkeit des Empfängers abzustellen sei. Er spricht sich für die zweitgenannte Ansicht aus, wobei er als Maßstab für die subjektive Möglichkeit das Verhalten einer „ordentlichen Prozesspartei“ nennt. Dies entspricht iW den Ausführungen von *Walter/Mayer* (Das Österreichische Zustellrecht [1983] § 17 ZustG Anm 41), denen zufolge eine Auslegung, die die subjektive Möglichkeit einer „ordentlichen Prozesspartei“ als irrelevant betrachtet, diese in einer nicht zu rechtfertigenden Weise benachteiligen und ihr allein die Konsequenzen für behördliches Fehlverhalten aufbürden würde. Auch *Gitschthaler* (in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 17 ZustG Rz 9/2) **verneint** unter

Bezugnahme auf zweitinstanzliche Entscheidungen den Eintritt einer **Sanierung**, wenn der Empfänger keine subjektive Möglichkeit gehabt habe, das hinterlegte Schriftstück zu beheben, etwa weil keine Hinterlegungsanzeige mehr vorhanden war (MietSlg 45.758; MietSlg 46.715) oder das Stück bei der Post nicht aufgefunden werden konnte (OLG Wien WR 1031). Hingegen meint *Stumvoll* (in *Fasching/Konecny* II/2³ § 17 ZustG Rz 23), das Beheben müsse subjektiv zwar insoweit möglich sein, als Rückkehr im Zustand der Prozessunfähigkeit (wegen Fehlens einer allgemeinen Zustellvoraussetzung) nicht ausreiche. Sonstige Hindernisse oder das (behauptete) Fehlen der Hinterlegungsanzeige allein berührten hingegen (wie sonst) als spezifisch in der Sphäre der Partei gelegene Umstände die Wirksamkeit der Zustellung nicht.

Hg Entscheidungen zu dieser Frage liegen nicht vor. Aus der Rsp, wonach die bereits eingetretene Zustellwirkung durch **Hindernisse bei der Abholung** der Sendung nicht beseitigt wird (vgl 8 Ob 12/12s mwN; 8 ObA 184/98m; VwGH 2005/06/0377), ist für den vorliegenden Sachverhalt nichts zu gewinnen, weil sie eine wirksame Zustellung voraussetzt (8 Ob 106/03a).

[Ergebnis]

Jedenfalls im vorliegenden Fall ist von einer unwirksamen Zustellung auszugehen: Die AG kehrte zwar innerhalb der **Abholfrist** an die Abgabestelle zurück. Aufgrund der ihr nach § 7 EpidemieG 1950 idGF iVm der V RGBI 39/1915 idF BGBl II 2020/21 (Absonderungsverordnung) auferlegten **Verkehrsbeschränkungen** war ihr aber die Abholung der Sendung bei der Geschäftsstelle der Post nicht möglich, weil sie diese (bis 4. 1. 2022) nicht aufsuchen und betreten durfte. In der behördlichen Absonderung – die für jeden Betroffenen die gleichen rechtlichen Wirkungen entfaltet – ist jedenfalls **kein spezifisch in der Sphäre des Empfängers liegendes Hindernis** zu erblicken, weil die Abholung an dem rechtlichen Dürfen und nicht am persönlichen Können scheitert.

Die Frage, ob auch dann keine Heilung einträte, wenn der Empfänger schwer krank oder handlungsunfähig zurückkehrte (so *Walter/Mayer*, aaO), kann hier ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob die Zeit der behördlich angeordneten Quarantäne als – wie die Rechtsmittelwerberin meint – fortgesetzte Ortsabwesenheit zu werten sein könnte, weil die AG trotz Rückkehr an die Abgabestelle keine Kenntnis vom Zustellvorgang erlangen konnte. Eine Heilung der wegen Ortsabwesenheit unwirksamen Zustellung nach § 17 Abs 3 letzter Satz ZustG durch Rückkehr an die Abgabestelle ist hier schon deshalb nicht am 27. 12. 2021 eingetreten, weil die Empfängerin die hinterlegte Sendung bis zum Ende der Absonderung am 4. 1. 2022 **aus rechtlichen Gründen** nicht beheben konnte.

Davon ausgehend wurde aber der am 14. 1. 2022 beim ErstG überreichte Verfahrenshilfeantrag innerhalb der offenen Rekfrist eingebracht und hat diese nach § 7 Abs 2 AußStrG unterbrochen. Der nach Zustellung der (abweisenden) Rekentscheidung über den Verfahrenshilfeantrag am 1. 4. 2022 am 15. 4. 2022 beim ErstG eingebrachte Rek ist daher rechtzeitig.

Anmerkung



DI MARTIN BLÖSCHL, LL.B., ist Mitarbeiter am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

KLAUDIA MILADINOVIC, LL.B., ist Mitarbeiterin am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

In der vorliegenden Entscheidung konkretisiert der OGH, wann ein hinterlegtes Dokument behoben werden kann und damit nach § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG als zugestellt gilt.

Die AG erkrankte um Weihnachten im Urlaub an Corona und wurde dort abgesondert. An ihrem Wohnsitz war währenddessen versucht worden, ein Dokument zuzustellen, das daraufhin beim Postamt hinterlegt wurde. Wenig später durfte die AG zwar nach Hause zurückkehren, sie musste die Quarantäne aber dort fortsetzen und konnte sich erst am 4. 1. 2022 freitesten. Den hinterlegten Beschluss behob sie am nächsten Tag, ihr dagegen erhobener Rekurs wurde als verspätet zurückgewiesen (kein § 222 ZPO im Außerstreitverfahren; § 23 AußStrG).

Nach § 17 Abs 3 ZustG gilt ein hinterlegtes Dokument grds mit dem ersten Tag der Abholfrist als zugestellt (konkret wohl der 23. 12. 2021). Eine Ausnahme zu dieser Regel normiert § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG, wenn der Empfänger wie hier etwa urlaubsbedingt länger von der Abgabestelle abwesend ist. Dann wird die Zustellung erst nach Rückkehr wirksam; Sie gilt als am darauffolgenden Tag bewirkt, wenn dieser innerhalb der Abholfrist liegt und an diesem Tag die Abholung möglich war. Die AG kehrte am 26. 12. nach Hause zurück, weshalb das RekG den 27. 12. als Zustellzeitpunkt annahm. Demgegenüber berücksichtigte der OGH, dass sich die AG noch bis 4. 1. in Quarantäne befand; nächste Abholmöglichkeit und Zustellzeitpunkt ist dann der 5. 1.

Diese Ansicht überzeugt: Die Rechtfertigung für den Eintritt der Zustellwirkungen liegt darin, dass das Dokument in der Zwischenzeit an sicherer Stelle verwahrt wird und während der Abholfrist abgeholt werden kann (Mat ZPO I [1897] 220). Es liegt nur mehr am Empfänger, das Dokument abzuholen, wobei eigene Untätigkeit natürlich zu seinen Lasten geht. Im Ausnahmefall können Säumnisfolgen mit einem Wiedereinsetzungsantrag angewendet werden (§ 146 ZPO).

Wird dem Empfänger hingegen (öffentlich-)rechtlich verboten, das Dokument zu beheben – sei es durch häusliche Quarantäne oder aus anderen Gründen (zB Betretungsverbot) –, kann keine Rede mehr davon sein, dass er die Abholmöglichkeit nicht genutzt hat. Vielmehr besteht in diesem Fall schon keine Abholmöglichkeit, weil nicht abgeholt werden *darf* (vgl auch *Lindinger*, immoLex 2023, 33). Damit fehlt es an der Rechtfertigung der Zustellfiktion, was im Übrigen genauso auf einen regelmäßig anwesenden Empfänger (§ 17 Abs 3 Satz 3 ZustG) zuträfe, der sich während der gesamten Abholfrist in Quarantäne befindet. Der AG als Empfängerin das Verlassen ihrer Wohnung zu verbieten, ihr aber trotzdem die nachteiligen Folgen einer wirksamen Zustellung aufzubürden, weil sie das Dokument ja hätte abholen können, ist insofern nicht von § 17 ZustG gedeckt. Auch die vom RekG eingewandte Möglichkeit eines Abholbevollmächtigten überzeugt nicht, zumal es nicht immer möglich oder erwünscht ist, höchstpersönliche Dokumente einem Dritten anzuvertrauen.

Da die Abholung konkret verboten war, konnte der OGH die umstrittene Frage offenlassen, ob auch aus der Sphäre des Emp-

fängers stammende subjektive Abholhindernisse (zB Krankheit) die wirksame Zustellung verhindern.

Beim abwesenden Empfänger (§ 17 Abs 3 Satz 4 ZustG) vertreten Teile der Lit gestützt auf den Wortlaut (Heilung mit dem „Tag, an dem behoben werden könnte“), dass keine Zustellwirkung eintrete, wenn ein Empfänger zB schwer krank an seine Abgabestelle zurückkehrt (vgl *Walter/Mayer* § 17 ZustG Anm 41). Allerdings schützt Satz 4 nur einen nicht regelmäßig anwesenden Empfänger vor Säumnisfolgen, nach Rückkehr soll man sich der Zustellung gerade nicht entziehen können (dazu *Achatz*, NZ 1983, 123). Dabei gibt es keine Anhaltspunkte, dass Satz 4 andere Hindernisse als Abwesenheit (Krankheit, berufliche Verpflichtungen) erfassen soll.

Das gilt auch für den regelmäßig anwesenden Empfänger, bei dem es ebenfalls nur auf die ordnungsgemäße Hinterlegung, nicht jedoch auf die subjektive Abholmöglichkeit ankommt (6 Ob 154/12h; VwGH 2007/06/0059). Schließlich würde die Berücksichtigung subjektiver Abholhindernisse unredliche Parteien zur Prozessverschleppung einladen (vgl *Stumvoll* in *Fasching/Konecny* II/2³ § 17 ZustG Rz 15), zumal der Zeitpunkt der subjektiven Abholmöglichkeit im Einzelfall schwer festzustellen ist und die Rsp im Zweifel keine wirksame Zustellung annimmt (zB 5 Ob 261/05 a). Allgemein ist der verhinderte Empfänger daher ggf auf die Wiedereinsetzung zu verweisen, die für die Beurteilung subjektiver Hindernisse einen ausdifferenzierten Verschuldensmaßstab bietet.

Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die StA

§ 190 Z 1 StPO. Ein begonnenes Strafverfahren (§ 1 Abs 2 StPO) ist von der StA anstelle von weiteren Ermittlungen jederzeit nach § 190 Z 1 StPO einzustellen, wenn der ihm zugrundeliegende Sachverhalt – als wahr unterstellt – keiner mit Strafe bedrohten oder aber strafbaren Handlung subsumierbar ist.

Bearbeitet von ECKART RATZ

Sachverhalt

Die StA Graz führte zu 34 St 160/21k ein Strafverfahren gegen Mag. H und einen Besch jeweils wegen des Vergehens der Fälschung besonders geschützter Urkunden nach „§§ 223 Abs 1, 224 StGB“, „in eventu“ der Datenfälschung nach § 225a StGB. Demnach stand die Besch im Verdacht, zu einem „nicht näher bekannten Zeitpunkt im Jahr 2021 [...] einen falschen Absonderungsbescheid der BH Graz-Umgebung, somit eine falsche inl öff Urkunde mit dem Vorsatz hergestellt“ zu haben, „dass diese im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechts, eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache, nämlich dafür, dass“ dem Mittäter der Besch „eine zur Verhütung der Weiterverbreitung von SARS-CoV-2 [...] vorgeschriebene Absonderung von der bescheiderlassenden Beh angeordnet wurde, verwendet [werde]“. Am 9. 9. 2021 stellte die StA Graz das Ermittlungsverfahren „gem § 190 Z 1 StPO“ mit folgender Begründung ein: „Das Ermittlungsverfahren ergab nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit [vgl aber 11 Os 124/19y], dass die Besch die Fälschung des Absonderungsbescheides selbst vornahmen. Da bloß das Verwenden einer ausgedruckten Urkunde eine strafbare Handlung nach § 223 Abs 2 StGB darstellt, hingegen das Verwenden einer [gemeint: einer nicht ausgedruckten] elektronisch gefälschten Urkunde nicht, liegt im gegenständlichen Fall kein strafbares Verhalten vor.“ Zugleich leitete die StA Graz gegen unbekannte Täter ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Vergehens der Datenfälschung nach § 225a StGB ein und brach es gem § 197 Abs 1 und 2 StPO ab.

Der OGH hat in Stattgebung einer auf Anregung der Rechtsschutzbeauftragten von der GenProk ergriffenen NBzWdG zu Recht erkannt, dass die Entscheidung der StA über die Beendigung des Ermittlungsverfahrens § 190 Z 1 StPO sowie §§ 12 und 225a StGB verletzt.

Strafprozessrecht

OGH 18. 8. 2022, 12 Os 62/22t (StA Graz 34 St 160/21k) Beendigung des Ermittlungsverfahrens; Einstellung des Ermittlungsverfahrens; NBzWdG

EvBl 2023/88

Aus den Gründen

[NBzWdG]

Das Vergehen der Datenfälschung nach § 225a StGB begeht, wer durch Eingabe, Veränderung, Löschung oder Unterdrückung von Daten falsche Daten mit dem Vorsatz herstellt oder echte Daten mit dem Vorsatz verfälscht, dass sie im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechts, eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache gebraucht werden. Das Delikt kann nicht nur von demjenigen begangen werden, der die Daten unmittelbar verfälscht, sondern auch von jener Person, die einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt (§ 12 StGB; *Fabrizy* in WK² StGB § 12 Rz 2ff; *Manhart* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht § 225a Rz 29). Kommt eine Strafbarkeit nach § 225a StGB mangels unmittelbarer Täterschaft nicht in Betracht, so bleibt die Tatbegehung daher keineswegs generell strafflos, vielmehr ist auch die Tatbegehung als Bestimmungs- oder Beitragstäter nach § 12 zweiter und dritter Fall StGB zu prüfen. Anfechtungsgegenstand einer auf Anregung des Rechtsschutzbeauftragten im Zusammenhang mit der Beendigung eines Ermittlungsverfahrens nach § 23 Abs 1a StPO erhobenen NBzWdG ist die Entscheidung der StA selbst (RIS-Justiz RS0130620). Bezugspunkt einer solchen Anfechtung ist demnach der von der StA dieser Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt (RIS-Justiz RS0130620 [T 1]), wie und soweit er sich (fallbezogen) aus den gem § 194 StPO erfolgten Verständigungen ergibt (vgl *Ratz*, WK-StPO § 292 Rz 6 und 18/10; *Schroll/Oshidari*, WK-StPO § 23 Rz 20; s überdies [bei nicht ausreichend erkennbarer Sachverhaltsgrundlage] RIS-Justiz RS0118977 [T 8, T 14]; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 46, 50ff). Davon ausgehend kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit angenommen werden, dass die Besch H den Absonderungsbescheid der BH Graz-Umgebung selbst gefälscht habe. Auf Basis einer offenbar verfehlten Rechtsansicht hat es die StA jedoch unterlassen, den Sachverhalt dahingehend zu prüfen und zu klären (vgl 17 Os 33/15d), ob die Besch