

beigeschafft hat⁴²⁵⁾ und auch die Weisung des BMJ an die OStA Wien die „[...] Staatsanwaltschaft Wien anzuweisen, von der Luftwegüberstellung des Beschuldigten abzusehen, und – für den Fall der Bewilligung der Übergabe – die deutschen Behörden zu ersuchen, den Beschuldigten im Landweg zu übergeben [...]“⁴²⁶⁾

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die fünf analysierten Weisungsberichte nicht die Annahme stützen, dass es ausschließlich jene zwei Ansichten – StA und OStA auf der einen und BMJ auf der anderen – gibt, sondern durchaus auch Fälle vorkommen, in denen ministerielle Weisungen zur Sachbehandlung ergehen, um das ursprüngliche, von der verfahrensführenden StA

intendierte Vorhaben, durchzusetzen. Außerdem bekräftigt die Zusammenschau der Inhalte der erteilten Weisungen insgesamt nicht die Vermutung (bzw die allenthalben gerne aufgestellte Behauptung), das Institut der ministeriellen Weisung zur Sachbehandlung gem § 29a StAG fungiere als Mittel parteipolitischer Einflussnahme.

-
- 13) So bspw im Weisungsbericht 2009 - 2014, Verfahren 15 St 80/12h der StA Wien.
 - 14) So bspw im Weisungsbericht 2018, Verfahren 9 St 105/16m der StA Wels.
 - 15) Weisungsbericht 2020, Verfahren 19 St 45/16x, Verfahren 19 St 44/16z und Verfahren 19 St 55/16t, jeweils der WKStA („den Mitgliedern der Bezirkswahlbehörde kann ein Vorsatz in Richtung § 311 StGB nicht angelastet werden“).
 - 16) So bspw im Weisungsbericht 2019, Verfahren 8 St 190/14k der StA St. Pölten.

- 17) So bspw im Weisungsbericht 2020, Verfahren 19 St 48/16p der WKStA.
- 18) Weisungsbericht 2009 - 2012, Verfahren 13 St 7196/64 der StA Innsbruck.
- 19) Weisungsbericht 2009 - 2014, Verfahren 6 St 519/06h der StA Wiener Neustadt.
- 20) So bspw im Weisungsbericht 2020, Verfahren 11 NSt 66/18g der StA Graz (beide Weisungen).
- 21) So bspw im Weisungsbericht 2018, Verfahren 4 St 19/17f der StA Wiener Neustadt. Diese sah von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gem § 35c StAG ab, das BMJ erteilte die Weisung, dass in diesem Fall ein Absehen nach § 190 Z 1 StPO in analoger Anwendung angezeigt (gewesen) wäre.
- 22) Weisungsbericht 2018, Verfahren 28 St 119/11d und 23 St 129/12i, jeweils der StA Innsbruck.
- 23) Weisungsbericht 2019, Verfahren 714 St 75/13i der StA Wien und Verfahren BMJ-4038548/0002-IV 7/2016 des Bundesministeriums für Justiz (StA Leoben).
- 24) Weisungsbericht 2019, Verfahren 7 St 37/12p der StA Linz.
- 25) Weisungsbericht 2009 - 2014, Verfahren 22 St 137/10f der StA Innsbruck.
- 26) Weisungsbericht 2019, Verfahren 705 St 5/15g der StA Wien.

Aktuelle Judikatur zur Beweiskraft öffentlicher Urkunden

Besprechung von OGH 2 Ob 196/20t und 4 Ob 90/21w

AUTOR: Univ.-Ass. Dr. Alexander Wilfinger, WU Wien.

I. EINLEITUNG

Das zivilprozessuale Beweisverfahren ist bekanntlich vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung geprägt (§ 272 ZPO). Übereinstimmende Zeugenaussagen binden das Gericht ebenso wenig wie etwa ein Sachverständigengutachten, vielmehr sind die Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu würdigen.¹⁾ Nur beim Urkundenbeweis konnte sich dieses Prinzip nicht ausnahmslos durchsetzen, würde es doch „gegen alte Gewohnheiten und Überlieferungen

*des Rechtslebens verstoßen, wenn die Gesetzgebung auch die Beweiskraft der Urkunden ohne jegliche Beschränkung der Freiheit richterlicher Beurteilung und Würdigung überantworten wollte.*²⁾ Um eine gewisse Vorsorge für das Beweisverfahren zu ermöglichen, wofür Urkunden als zuverlässige Beweismittel vergleichsweise gut geeignet sind, haben sich daher einzelne Beweisregeln in den §§ 292 ff ZPO erhalten.³⁾ So erbringen unterschriebene Privaturkunden nach § 294 ZPO den vollen Beweis dafür, dass die darin enthaltenen

Erklärungen von den Ausstellern herrühren; wer behauptet, dass ein unterschriebener Text nachträglich verfälscht wurde, muss das Gericht mit hoher Wahrscheinlichkeit (Regelbeweismaß) von diesem Umstand überzeugen.

-
- 1) Näher etwa *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, *Beweisrecht* (2020) § 272 ZPO Rz 2 ff.
 - 2) Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen, herausgegeben vom k. k. Justizministerium I (1897) 305.
 - 3) Näher *Wilfinger* in *Spitzer/Wilfinger*, *Beweisrecht* Vor §§ 292 ff ZPO Rz 3 ff mwN.

Öffentlichen Urkunden, die von einer Behörde oder Urkundsperson (primär Notaren) im Rahmen der Amtsbefugnisse bzw des Geschäftskreises errichtet wurden, traut das Gesetz noch mehr zu. Sie begründen vollen Beweis dessen, „was darin von der Behörde amtlich verfügt oder erklärt, oder von der Behörde oder der Urkundsperson bezeugt wird“ (§ 292 Abs 1 ZPO). Dabei erlaubt § 292 Abs 2 ZPO (nur) den „Beweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges oder der bezeugten Tatsache oder der unrichtigen Beurkundung“; Verfügtes und Erklärtes kann also nicht einmal widerlegt werden.

Insofern präsentiert sich § 292 ZPO als potenziell wirkmächtige, aber auch komplexe Norm, die gleich mehrere, durchaus verschiedene Fälle an der Schnittstelle zum öffentlichen Recht nach einem im modernen Beweisverfahren ungewohnten Muster regelt. Ihre Handhabung fällt denn auch nicht immer leicht, was zuletzt etwa die prominente Diskussion rund um die Qualifikation eines im Rahmen der Bankenaufsicht erstellten Prüfberichts der OeNB deutlich machte.⁴⁾ Zwei kürzlich veröffentlichte E widmen sich nunmehr der Beweiskraft öffentlicher Urkunden und zeigen, wie schwierig die Konturierung der Beweisregel im Einzelnen ist.

II. BEHINDERTENPASS (2 OB 196/20T)

A. Notariatsakt und Beweis der Blindheit

In 2 Ob 196/20T bestritt die Klägerin offenbar⁵⁾ die Wirksamkeit einer Liegenschaftsschenkung und machte unter anderem geltend, dass sie blind und das Geschäft daher formunwirksam sei. Von bestimmten

Ausnahmen abgesehen (§ 1 Abs 3 NotAktG), hängt die Gültigkeit aller „von Blinden in eigener Person errichteten Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden“ nach § 1 Abs 1 lit e NotAktG nämlich von der Aufnahme eines Notariatsakts ab, die unterblieben war. Dabei verwies die Klägerin auf ihren Behindertenpass nach § 40 Bundesbehindertengesetz (BBG), der sie als blind auswies, was nach dem OGH „an sich ‚vollen Beweis‘ dafür macht, dass sie das Sehvermögen vollständig verloren hat.“ Allerdings sei konkret der nach § 292 Abs 2 ZPO zulässige Beweis des Gegenteils gelungen, weil die Vorinstanzen festgestellt hatten, dass die Klägerin Umrise von Menschen und Gegenständen erkennen, unter Zuhilfenahme eines Lesegeräts lesen und sich in Innenräumen ohne fremde Hilfe bewegen kann. Ihr Sehvermögen sei folglich „bloß“ stark vermindert. In diesem Fall ist § 1 Abs 1 lit e NotAktG nicht anwendbar,⁶⁾ weil die Formpflicht nach der Rsp nur besteht, wenn die Dinge der Außenwelt gar nicht mehr wahrgenommen werden können.⁷⁾

Unter Zugrundelegung dieser materiellrechtlichen Prämisse ist das Ergebnis schon intuitiv richtig. § 1 NotAktG ist dann nur bei völligem Verlust der Sehkraft einschlägig und im Verfahren stand fest, dass die Klägerin noch lesen und Umrise von Menschen erkennen kann. Dass der Behindertenpass solche Feststellungen verhindern oder ohne Rücksicht darauf zur Notariatsaktpflicht wegen Blindheit führen soll, wäre offenkundig nicht sachgerecht.

Weniger überzeugt allerdings der beweisrechtliche Weg, den der OGH in seiner Begründung einschlägt: Der Behindertenpass beweiße als

öffentliche Urkunde zwar ohne weiteres die Blindheit, allerdings sei nach § 292 Abs 2 ZPO der Beweis des Gegenteils möglich und konkret gelungen. Unter den drei Varianten des § 292 Abs 1 ZPO – Verfügung, Erklärung, Bezeugung – geht der OGH damit implizit von einer Bezeugung aus, weil eine Widerlegung nur dahingehend zulässig ist. Wie etwa eine Sterbeurkunde den Todeszeitpunkt bezeugt,⁸⁾ bezeuge ein Behindertenpass also die darin ausgewiesene Behinderung; wie der Beweis eines abweichenden Todeszeitpunkts⁹⁾ soll der Beweis des Nichtvorliegens der Behinderung zulässig bleiben.

B. Öffentlich-rechtlicher Hintergrund

Mit den öffentlich-rechtlichen Grundlagen setzt sich der OGH nicht näher auseinander, obwohl sie für die besondere Beweiskraft öffentlicher Urkunden natürlich wesentlich sind. § 292 Abs 1 ZPO bezieht sich ja nur auf von einer Behörde oder Urkundsperson im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse errichtete Urkunden, und auch die Frage, ob und was verfügt, erklärt oder bezeugt wird, richtet sich nach dem jeweiligen Materiengesetz.¹⁰⁾ Erst wenn über die öffentlich-rechtliche Funktion der Urkunde Klarheit herrscht, kann daran beweisrechtlich angeknüpft werden.

Das gilt auch für den Behindertenpass, der als einheitlicher Ausweis zur Erlangung bestimmter Begünstigungen konzipiert ist.¹¹⁾ Er ist Menschen mit einem Grad der Behinderung oder einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 50 % auf Antrag vom Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (Sozialministeriumservice) auszustellen (§ 40

BBG) und kann neben allgemeinen Daten zur Person, dem festgestellten Grad der Einschränkung und einem Lichtbild auch zusätzliche Eintragungen enthalten, „die dem Nachweis von Rechten und Vergünstigungen dienen“ (§ 42 Abs 1 BGG). So ist Inhabern eines Behindertenpasses mit der Zusatzeintragung „Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel wegen dauerhafter Mobilitätseinschränkung aufgrund einer Behinderung“ etwa ein Parkausweis nach § 29b StVO auszufolgen; die – im konkreten Fall vorliegende – Eintragung der Blindheit verleiht dem Inhaber unter anderem den Anspruch auf eine kostenlose Jahresvignette (§ 13 Abs 2 BStMG), befreit von der motorbezogenen Versicherungssteuer (§ 4 Abs 3 Z 9 VersStG) und von der Kfz-Steuer (§ 2 Abs 1 Z 12 KfzStG). Die genauen Voraussetzungen für eine derartige Zusatzeintragung legt eine § 42 BGG konkretisierende Verordnung fest,¹²⁾ deren § 1 Abs 4 lit b für die Eintragung der Blindheit wiederum auf § 4a Abs 5 BPGG über die Mindesteinstufung blinder Personen in eine bestimmte Pflegebedarfsstufe verweist. Wer danach als „blind“ gilt, richtet sich nach einem detaillierten Kriterienkatalog (Unterschreiten eines bestimmten Visus, teilweise in Verbindung mit Gesichtsfeldeinschränkungen oder -ausfall). Die Grundlage für die Entscheidung darüber bildet das Gutachten eines ärztlichen Sachverständigen des Sozialministeriumservice (§ 1 Abs 5 VO Behindertenpässe).

Insgesamt liegt der Ausstellung des Behindertenpasses damit ein gewöhnliches Verwaltungsverfahren zugrunde, in dem die Behörde allenfalls nach Einholung eines Sachverständigenutachtens darüber ent-

scheidet, ob der Antragsteller die einschlägigen Tatbestände erfüllt. Der Erledigung kommt „Bescheidcharakter zu“ (§ 45 Abs 2 BGG) und als Bescheid erwächst der ausgestellte Pass nach dem VwGH in Rechtskraft.¹³⁾

C. Konstitutivurkunde

Vor diesem verwaltungsrechtlichen Hintergrund ist der Behindertenpass zweifellos eine öffentliche Urkunde. Er dient entgegen dem OGH aber nicht zur Beurkundung von Tatsachen wie dem Verlust des Sehvermögens und bezeugte daher auch nicht die Blindheit der Klägerin. Vielmehr handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen ergeht und als Konstitutivurkunde¹⁴⁾ die hoheitliche Verfügung bzw – wohl passender – Erklärung enthält, dass die Person zum Tragen des konkreten Behindertenpasses berechtigt ist. Das ist für den Inhaber aufgrund der daran spezialgesetzlich geknüpften Begünstigungen wesentlich, beweisrechtlich aber völlig unspektakulär. Wie sonstige Bescheide oder auch Urteile beweist der (echte)¹⁵⁾ Behindertenpass nach § 292 Abs 1 ZPO nämlich allein das Vorliegen des Akts,¹⁶⁾ er liefert also vollen Beweis, dass dieser Behindertenpass behördlich ausgestellt wurde. Dass die Inhaberin tatsächlich blind ist, ergibt sich ebenso wenig aus § 292 ZPO, wie etwa die Vorlage eines Strafurteils den vollen Beweis der Begehung der Straftat erbringt.¹⁷⁾

Besonders deutlich wird das gerade im Ausgangsverfahren, in dem sich die Frage der Blindheit ja nicht für sich, sondern vor dem Hintergrund eines konkreten Tatbestands stellte. Entscheidend war, ob die Klägerin „blind“ iSd § 1 NotAktG ist und

daher eine Notariatsaktpflicht für die Liegenschaftsschenkung bestanden hätte. Mit der sozialrechtlichen Frage, ab welchem Grad einer Seheinschränkung bestimmte Begünstigungen gewährt werden, hat das unmittelbar nichts zu tun; „blind“ iSd NotAktG wird zwar wohl oft, muss aber nicht zwingend „blind“ iSd Behindertenpasses sein.¹⁸⁾ Lieferte

-
- 4) Siehe 1 Ob 39/15i EvBl 2016/106 (*Frössel*); *Oberhammer*, Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegerklagen, in *Kalss/Oberhammer*, Anlegeransprüche - kapitalmarktrechtliche und prozessuale Fragen, 19. ÖJT II/1, 73 (100 Fn 47); *Pimmer*, Ist die Prozessökonomie eine Rechtfertigung für die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes? *ecolex* 2015, 286 (289).
 - 5) Der Sachverhalt lässt sich dem veröffentlichten Zurückweisungsbeschluss nicht entnehmen.
 - 6) Vgl RS0070940; *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 1 NotAktG E 250.
 - 7) 1 Ob 31/46 SZ 21/3; RS0070947.
 - 8) 9 Ob 14/18a; 2 Ob 62/19k.
 - 9) Vgl 2 Ob 62/19k.
 - 10) Etwa 5 Ob 24/13k; *Bittner* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 292 ZPO Rz 20; *Wilfinger* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 292 ZPO Rz 3, 6 f, 14.
 - 11) EriRV 1283 BlgNR 17. GP 20 f.
 - 12) Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz über die Ausstellung von Behindertenpässen und von Parkausweisen, BGBl II 2013/495.
 - 13) VwGH Ro 2017/02/0019.
 - 14) Dazu etwa *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 953.
 - 15) § 292 ZPO setzt die Urkundenechtheit voraus und trifft dazu keine Aussage; vgl etwa *Bittner* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 292 ZPO Rz 31. Der Echtheitsbeweis richtet sich nach § 310 ZPO.
 - 16) *Wilfinger* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 292 ZPO Rz 12, 14 mwN.
 - 17) 1 Ob 612/95 (verst Sen); *Böhm*, Die Bindung des Zivilgerichts an (verurteilende) Erkenntnisse des Strafgerichts, AnwBl 1996, 734 (736); aA *Graff*, Glosse zu 2 Ob 54/92, AnwBl 1993/4430, 274 (274 f); *Graff*, Zur Bindungswirkung des Strafurteils im Zivilprozeß nach der Aufhebung des § 268 ZPO, AnwBl 1996, 77 (80). Damit nicht zu verwechseln ist das Problem der Bindungswirkung; vgl *Wilfinger* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 292 ZPO Rz 12.
 - 18) Ähnliche Erwägungen sind dafür ausschlaggebend, dass der Behindertenpass kein Nachweis der Invalidität iSd § 255 ASVG (10 ObS 104/13m) oder für die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten iSd § 14 BEinstG ist (VwGH 2000/11/0321; 2013/11/0034).

der Behindertenpass – wie vom OGH angenommen – dennoch vollen Beweis des völligen Verlusts des Sehvermögens, implantierte man daher letztlich sozialrechtliche Wertungen (konkret die „Grenzwerte“ des § 4a Abs 5 BPGG) in das NotAktG. Es käme zu einer § 1 Abs 1 lit e NotAktG materiell nicht zu entnehmenden Tatbestandswirkung des Behindertenpasses im beweisrechtlichen Gewand. § 292 Abs 1 ZPO trägt ein derartiges Umgehungsgeschäft aber schon deshalb nicht, weil der Behindertenpass als Konstitutivurkunde nur das Vorliegen des Akts beweist.

Richtigerweise konnten die Vorinstanzen die Feststellungen über das eingeschränkte Sehvermögen folglich ganz unabhängig vom Behindertenpass treffen. Da die Urkunde die Blindheit nicht bezeugt, war der Beweis des Gegenteils nach § 292 Abs 2 ZPO nicht nötig. Beweisrechtlich bleibt vom Behindertenpass bloß der unwiderlegliche Beweis seiner Ausstellung übrig, was für das Beweisthema „Blindheit“ kaum weiterführt und die prozessuale Bedeutung des Behindertenpasses erheblich relativiert.

III. ZUSTELLNACHWEIS

(4 OB 90/21W)

A. Beweis der Zustellung im Amtsbetrieb

Überaus große beweisrechtliche Bedeutung hat demgegenüber der Zustellschein, auf dem der Zusteller nach § 22 ZustG die Zustellung beurkundet. Es handelt sich um ein Schulbeispiel einer öffentlichen Urkunde,¹⁹⁾ die den Zustellvorgang bezeugt und nach der Rsp Beweis dafür erbringt, „dass die Zustellung vorschriftsmäßig erfolgt ist.“²⁰⁾ Der Beweis

der Unrichtigkeit des bezeugten Vorgangs ist aber natürlich möglich (§ 292 Abs 2 ZPO). Diese Grundsätze sind unumstritten.

Allerdings besteht schon seit längerer Zeit Unsicherheit über die konkreten Anforderungen an den „Beweis der Unrichtigkeit“ nach § 292 Abs 2 ZPO. Üblicherweise – etwa auch in 2 Ob 196/20t zum Behindertenpass – wird darunter zu Recht der Beweis des Gegenteils verstanden.²¹⁾ Demnach muss das Gericht mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Unrichtigkeit des bezeugten Vorgangs überzeugt werden. Mitunter ist aber auch von einem bloßen Gegenbeweis die Rede, der Zweifelschüren genügen lassen und die Widerlegung der Urkunde dadurch erleichtern würde.²²⁾ Die Diskussion ist über weite Strecken von Begrifflichkeiten geprägt und dürfte sich im Ergebnis daher oftmals nicht auswirken.²³⁾ Praktisch bedeutsam ist sie aber beim Zustellnachweis, wo die Dinge insofern besonders liegen, als Amtsbetrieb herrscht und das Zustellwesen nach § 87 ZPO in den Verantwortungsbereich des Gerichts fällt. Daraus leitet die Rsp etwa ab, dass allfällige Unrichtigkeiten der Beurkundung der Zustellung amtswegig zu berücksichtigen sind²⁴⁾ und im Zweifel keine wirksame Zustellung anzunehmen ist,²⁵⁾ was sich auch vor dem Hintergrund des in Zustellfragen akuten Risikos eines Gehörsentzugs abspielt (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO).²⁶⁾

Damit stehen sich zwei durchaus widersprüchliche Wertungen gegenüber: Einerseits kommt es nach § 292 Abs 1 ZPO nicht auf die persönliche Überzeugung des Richters an, weil der Zustellnachweis gleichsam automatisch den vollen Beweis des Zustellvorgangs erbringt;

andererseits soll der Richter aufgrund seiner Verantwortung nach § 87 ZPO besonders wachsam sein und zweifelhafte Zustellungen „vorsichtshalber“ für unwirksam halten. Die Rsp trug diesem Spannungsverhältnis bisher uneinheitlich Rechnung. So sprach der OGH etwa vom „Gegenbeweis“ nach § 292 Abs 2 ZPO durch „Geltendmachung konkreter Gründe, die in der Folge auch bewiesen oder glaubhaft gemacht werden müssen“,²⁷⁾ oder von der Notwendigkeit „konkreter Darlegungen über den Zustellmangel und eines entsprechenden Beweis(richtig: Bescheinigungs-)anbots“,²⁸⁾ während gleichzeitig ein Rechtssatz postuliert: „Zustellschein als öffentliche Urkunde – Beweislast für den Gegenbeweis.“²⁹⁾ Tendenziell wurden also verhältnismäßig geringe Anforderungen an die Widerlegung gestellt.³⁰⁾

In 4 Ob 90/21W legt sich der OGH nunmehr – „nicht sehr überraschend“³¹⁾ – ausdrücklich auf diese Linie fest: Bei der Auslegung des § 292 Abs 2 ZPO schlage die Amtswegigkeit des Zustellwesens durch, weshalb die sich darauf berufende Partei nicht beweisen müsse, dass das Zustellorgan die Zustellung falsch beurkundet hat. „Es reicht vielmehr aus, dass letztlich Zweifel an der Wirksamkeit der Zustellung verbleiben“, womit § 292 Abs 2 ZPO „jedenfalls im Zustellwesen [...] einschränkend als Gegenbeweis (und nicht als Beweis des Gegenteils) zu interpretieren“ sei.³²⁾

B. Folgen

Die E wirkt nach einer Feinjustierung von § 292 ZPO, bricht in ihrer Konsequenz aber mit bisherigen Gewissheiten. Obwohl der 4. Senat die Eigenschaft des Zustellnachweises als öffentliche Urkunde vordergründig nicht bezweifelt, bleibt vom demnach eigentlich erbrachten vollen Beweis

des Zustellvorgangs schließlich wenig übrig, wenn sich dieser Beweis derart leicht entkräften lässt: „*Ein voller Beweis, der von der gegnerischen Partei durch schlichtes Zweifelschüren vernichtet werden kann, ist nur mehr eine Art einfache Vermutung, die dem Richter die freie Würdigung des Beweismittels solange nimmt, bis die andere Partei ein begründetes gegenteiliges Vorbringen erstattet.*“³³⁾ Im Ergebnis wird der Zustellnachweis zum Anknüpfungspunkt für einen Anscheinsbeweis degradiert, der „nur“ erschüttert werden muss und sich in seinen beweisrechtlichen Wirkungen damit kaum noch von einer privaten E-Mail-Empfangsbestätigung unterscheidet.³⁴⁾ Dafür lassen sich mit Blick auf die besondere Verantwortung des Gerichts und den Stellenwert der betroffenen Parteiinteressen im Zustellwesen beachtliche Gründe anführen, als Schulbeispiel für eine öffentliche Urkunde taugt der Zustellnachweis allerdings nicht mehr.

Der OGH ist auch sichtlich bemüht, vorschnellen Verallgemeinerungen seiner Ausführungen vorzubeugen, und hebt besonders hervor, dass die einschränkende Auslegung von § 292 ZPO „*jedenfalls im Zustellwesen*“ erfolgt. Tatsächlich ist die E ganz auf das Zustellrecht zugeschnitten, weshalb die maßgebende Begründung in anderen Bereichen nicht trägt. Um § 292 Abs 1 ZPO nicht seiner Funktion zu berauben, ist in solchen Fällen am Grundsatz festzuhalten, dass das Gericht nach § 292 Abs 2 ZPO von der Unrichtigkeit des beurkundeten Vorgangs überzeugt und insofern der Beweis des Gegenteils erbracht werden muss.

C. Zum Ausgangsfall

Zurückhaltung bei der Argumentation mit dem aufgestellten

Rechtssatz³⁵⁾ legt auch der Ausgangsfall nahe. Am Sitz der beklagten Gesellschaft sollte ein Zahlungsbefehl zugestellt werden, der dort von einer Person übernommen wurde, die am Rückschein unleserlich als Arbeitnehmer unterschrieb. Später bestritt die Beklagte allerdings, dass die Unterschrift von einem Geschäftsführer oder Arbeitnehmer stamme; in diesem Fall wäre die (Ersatz-)Zustellung nicht wirksam (§§ 13 Abs 3, 16 Abs 2 ZustG). Daraufhin hob das Erstgericht die zwischenzeitig erteilte Vollstreckbarkeitsbestätigung auf, weil es nicht feststellen konnte, von wem die Unterschrift konkret stammt. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass an eine annahmeherechtigte Person zugestellt worden sei.

Nachdem das Rekursgericht dem erhobenen Rechtsmittel Folge gegeben hatte, weil ein solches *non liquet* keinen Gegenbeweis nach § 292 Abs 2 ZPO begründe, stellte der OGH den erstinstanzlichen Beschluss aus den genannten Gründen wieder her. Wegen der Negativfeststellung bestünden Zweifel an der Wirksamkeit der Zustellung, weshalb von deren Unwirksamkeit auszugehen sei.

Wiederum ist das Ergebnis intuitiv richtig, bereitete es doch Unbehagen, wenn ein Zahlungsbefehl durch die Übergabe an eine unbekannt Person zugestellt werden könnte. Das Problem lag dabei allerdings nicht in der Beweisregel des § 292 ZPO, sondern im Beweiswert der konkreten Urkunde. Der Zustellschein dient ja zur Beurkundung des Zustellvorgangs, er soll also aus Rechtssicherheitsgründen nachvollziehbar machen, wann das Dokument an wen übergeben wurde.³⁶⁾ Nach § 22 Abs 2

ZustG hat der Übernehmer dazu den Empfang „durch seine Unterschrift“ zu bestätigen. Dafür bestehen zwar keine weiteren Formerfordernisse, nach *Stumvoll* können auch bloße Paraphen oder eine Unterfertigung in Schreib- oder Blockschrift ausreichen.³⁷⁾ Zentrale Voraussetzung der „Unterschrift“ ist allerdings, „*dass ihre Eigenart eine Zuordnung zum Empfänger ermöglicht*“, damit feststellbar ist, von wem der Namenszug herrührt.³⁸⁾

Diese Zuordnung der Unterschrift zu einer bestimmten Person gelang im Ausgangsverfahren gerade nicht. Das

19) Vgl *Oberhammer*, 19. ÖJT II/1, 73 (100 Fn 47): „*Klassiker*“.

20) RS0040473; RS0036458.

21) Etwa 2 Ob 62/19k; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 292 ZPO Rz 3; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 292 ZPO Rz 7.

22) Etwa *Bittner* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 292 ZPO Rz 37; weitere Nw bei *Huger*, Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde (Diss Uni Wien, 2018) 145 f.

23) Auf die terminologische Problematik und deren Ursachen weist *Huger*, Beweiskraft 156 f hin.

24) RS0036440.

25) Etwa 5 Ob 261/05a; 8 Ob 131/08k; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 87 ZPO (§ 22 ZustG) Rz 5/1.

26) Vgl *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 22 ZustG Rz 8: Vermeidung von Nichtigkeitsgründen.

27) 3 Ob 60/04a.

28) 6 Ob 93/09h JBl 2010, 249 (*Geroldinger*).

29) RS0036458.

30) Übersicht bei *Huger*, Beweiskraft 146 ff.

31) *Spending*, Glosse zu 4 Ob 90/21w, RZ 2021, 201.

32) Zust *Spending*, RZ 2021, 201.

33) *Huger*, Beweiskraft 151 f.

34) Dazu *Barzal-Ohner*, Zugang von E-Mail-Erklärungen bei Abwesenheit, Zak 2020, 268 (269); *Mankowski*, Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen, NJW 2004, 1901 (1904 f).

35) RS0133684.

36) *Huger*, Beweiskraft 161.

37) *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 22 ZustG Rz 11; aA hinsichtlich Paraphen *Walter/Mayer*, Das österreichische Zustellrecht (1983) § 22 ZustG Anm 7; *Wessely* in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely*, Zustellrecht² § 22 ZustG Rz 4.

38) *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 22 ZustG Rz 11.

Erstgericht konnte nicht feststellen, wer auf dem Rückschein unterzeichnet hatte. Damit verfehlte der konkrete Zustellnachweis seinen Zweck, weil er den Übernehmer nicht nachvollziehbar machen konnte. Zustellrechtlich ist dessen Identität aber natürlich wesentlich, kann die Zustellung doch nur durch die Übergabe des Dokuments an einen tauglichen (Ersatz-)Empfänger und nicht durch Übergabe an „irgendjemanden“ bewirkt werden.

Zurückkommend auf seine Beweiskraft ließe sich insofern schon bezweifeln, ob der Zustellnachweis in der für die Qualifikation als öffentliche Urkunde notwendigen „vorgeschriebenen Form“ (§ 292 Abs 1 ZPO) errichtet wurde.³⁹⁾ Wird die Unterschrift aufgrund der mangelnden Zuordenbarkeit zu einer Person den Anforderungen des § 22 Abs 2 ZustG nicht gerecht, scheidet der Zustellnachweis dahingehend von vornherein als öffentliche Urkunde aus.

Unabhängig davon kann der Zustellschein aber selbst als öffentliche Urkunde nicht mehr beweisen als das darin Bezeugte. Das ist entgegen dem eingangs erwähnten unscharfen Rechtssatz⁴⁰⁾ nicht die Vorschriftsmäßigkeit der Zustellung, die als Rechtsfrage einem Beweis gar nicht zugänglich ist. Vielmehr macht der Zustellnachweis genau genommen – und im gegebenen Zusammenhang: nur – „vollen Beweis darüber, dass die darin beurkundeten Zustellvorgänge auch eingehalten wurden.“⁴¹⁾ Präzise führt der Zustellnachweis nach § 292 ZPO also nicht zum (unmöglichen) Beweis der Zustellung, sondern zum Beweis der darin beurkundeten Tatsachen, aus denen sich dann rechtlich alles Weitere ergibt.

Der verfahrensgegenständliche Zustellschein ließ nun durch die Unterschrift erkennen, dass eine Person das Dokument übernommen hatte, und erbrachte nach § 292 Abs 1 ZPO daher vollen Beweis dieses Umstands. Mehr bezeugte er indes nicht, weil eine Zuordnung der Unterschrift zu einer konkreten Person unmöglich war. Dementsprechend hätte die Bedeutung des Zustellscheins für das Beweisthema „Zustellvorgang“ an dieser Stelle enden müssen. Was er nicht beurkundet, kann er eben nicht beweisen. § 292 Abs 1 ZPO führte daher ohnehin nicht zum Beweis der Übergabe an eine annahmehabende Person,⁴²⁾ womit sich die Frage der Widerlegung nach § 292 Abs 2 ZPO eigentlich erübrigt.

Der OGH traf seine grundlegenden Aussagen zur Interpretation von § 292 Abs 2 ZPO im Zustellwesen also vor dem Hintergrund eines Falls, in dem § 292 Abs 2 ZPO mE gar nicht einschlägig war. In der Sache ändert das nichts, sind die bisher bestehenden Unsicherheiten doch nicht zu leugnen und in anderen Konstellationen tatsächlich entscheidungsrelevant; dass keine strengen Anforderungen an die Widerlegung gestellt werden, hatte sich außerdem schon abgezeichnet. Als Beigeschmack bleibt aber die Vermutung, dass eine auf ihren eigentlichen Gehalt zugeschnittene Handhabung der Beweisregel die nunmehrige „Entwertung“ des Zustellnachweises möglicherweise verhindert hätte.

IV. SCHLUSS

Insgesamt machen die besprochenen E die engen Grenzen der besonderen Beweisregel des § 292 ZPO und die Schwierigkeit ihrer

Bestimmung deutlich. Die Qualifikation als öffentliche Urkunde führt für sich genommen nicht weiter, weil genau zu prüfen ist, ob und was die Urkunde verfügt, erklärt oder bezeugt. Nur dahingehend wird der volle Beweis erbracht, woraus wiederum die weitgehende Bedeutungslosigkeit von § 292 ZPO für Konstitutivurkunden folgt, die allein das Vorliegen des darin verfügten/erklärten Akts beweisen. Die Rsp neigt demgegenüber mitunter dazu, im ersten Schritt eine weitreichende Wirkung öffentlicher Urkunden anzunehmen, um diese im zweiten Schritt über die Widerlegung nach § 292 Abs 2 ZPO wieder zu begrenzen. Beim Behindertenpass und beim Zustellnachweis ohne identifizierbaren Übernehmer erzielte der OGH so letztlich zustimmungswürdige Ergebnisse, deren beweisrechtliche Begründung allerdings nicht überzeugt.

39) Die Einzelheiten zur vorgeschriebenen Form ergeben sich aus dem konkret einschlägigen Materien- oder Verfahrensgesetz; vgl *Wilfinger* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 292 ZPO Rz 7 mwN. Nach der Rsp ist § 292 ZPO etwa nicht anwendbar, wenn die Unterschrift des Zustellers auf dem Zustellschein fehlt; RS0105497; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 87 ZPO (§ 22 ZustG) Rz 2.

40) RS0040473.

41) RS0040471; vgl etwa auch *Wessely* in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely*, Zustellrecht² § 22 ZustG Rz 3; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 22 ZustG Rz 6.

42) Daran ändert auch der Hinweis „Übernahmeverhältnis: Arbeitnehmer“ im Rückschein nichts, weil er höchstens beurkundet, dass der Übernehmer angab, Arbeitnehmer zu sein. Ob der Übernehmer wirklich Arbeitnehmer und damit Ersatzempfänger iSd § 16 ZustG ist, ist eine Rechtsfrage, für deren Beantwortung wiederum Klarheit über die Identität des Übernehmers herrschen müsste. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung könnte der Hinweis freilich berücksichtigt werden.