

Die „rechtzeitige Kenntnis“ im Spiegel der Rechtsprechung

§ 16 Abs 5, § 17 Abs 3 ZustG im Trilog der Höchstgerichte

Der Beitrag schnell gelesen

Kann eine behördliche Sendung dem Empfänger an der Abgabestelle nicht persönlich übergeben werden (§ 13 ZustG), kommen Ersatzzustellung oder Hinterlegung in Betracht. Beide Formen der Zustellung sind aber unwirksam, wenn der Empfänger „nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte“ (§ 16 Abs 5, § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG). Die Auslegung dieser Bestimmungen bereitet noch 40 Jahre nach ihrem Inkrafttreten Probleme und führt regelmäßig zu verpassten Rechtsmittelfristen, was nicht zuletzt daran liegt, dass

die drei Höchstgerichte sie verschieden interpretieren. Das gibt Anlass zu einer kritischen Bestandsaufnahme.

Verwaltungsverfahrensrecht; Zivilverfahrensrecht

§ 16 Abs 5, § 17 Abs 3 ZustG; Art 18 B-VG
OGH 28. 4. 2015, 5 Ob 226/14t; 16. 2. 1984, 7 Ob 511/84; VwGH 30. 8. 2023, Ra 2023/10/0336; 8. 11. 2022, Ra 2022/04/0114; 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107; VfGH 25. 9. 2020, G 222/2020; 23. 6. 2010, B 1971/08

ÖJZ 2024/128



Dr. DOMINIK SCHINDL ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.
ALEXANDER SCHNEIDER ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Regelungskonzept
 - 1. Regelfall
 - 2. Ausnahme
- B. „Rechtzeitigkeit“ in der Rechtsprechung
 - 1. Ausgangspunkt
 - 2. Ordentliche Gerichtsbarkeit
 - 3. Verwaltungsgerichtshof
 - 4. Verfassungsgerichtshof
 - 5. Konsolidierung
- C. Fazit

A. Regelungskonzept

1. Regelfall

Das Zustellrecht soll sicherstellen, dass behördliche Sendungen ihre Adressaten erreichen. Würde man dabei auf die tatsächliche Kenntnis des Dokuments abstellen, hätte es der Empfänger allerdings in der Hand, den Erhalt des Schriftstücks und damit den Eintritt daran anknüpfender Rechtswirkungen zu verhindern.¹ Um dem vorzubeugen, kennt das ZustG Ersatzzustellung und Zustellung durch Hinterlegung. Die Sendung gilt auch dann als zugestellt, wenn sie nicht dem Adressaten selbst (§ 13 ZustG), sondern einem Ersatzempfänger ausgehändigt wird (§ 16 ZustG). Ist keine Ersatzzustellung möglich,² wird das Dokument bei der zuständigen Postfiliale hinterlegt und an der Abgabestelle eine Hinterlegungsanzeige zurückgelassen (§ 17 ZustG).³

Das ist ein schlüssiges Konzept. Dass der Ehemann, der die für seine Frau bestimmte Sendung untertags entgegennimmt, ihr das Dokument am Abend übergeben wird, ist ja eine lebensnahe Annahme.⁴ Und auch die Zustellung durch Hinterlegung folgt überzeugenden Erwägungen: Findet der Empfänger den berühmten „gelben Zettel“ im Postkasten,⁵ dann trifft ihn die Obliegenheit,

das Dokument bei der Post abzuholen. Das Dokument gilt schon wegen der Abholmöglichkeit als zugestellt – und zwar am ersten Tag der Abholfrist (§ 17 Abs 3 Satz 3 ZustG), der in praxi meist entweder noch mit dem Tag des Zustellversuchs oder dem darauffolgenden Werktag festgesetzt wird.⁶

2. Ausnahme

Freilich sind derartige Zustellfiktionen nicht immer ungefährlich, wie der Fall jenes Ersatzempfängers illustriert, der am 12. 1. eine Ladung zu einer Streitverhandlung am 20. 1. übernimmt, obwohl sich der Empfänger schon seit 11. und bis zum 28. 1. „zu Kurzwecken auf dem Semmering“ befindet. Dass der OGH noch 1967 meinte, die (Ersatz-)Zustellung am 12. 1. sei deshalb wirksam, weil der Ersatzempfänger ja „posttechnisch gesehen“ immerhin die Möglichkeit hatte, dem Empfänger das Dokument an den Semmering nachzusenden,⁷ mutet jedenfalls aus heutiger Perspektive seltsam an.

Derart unbefriedigenden Ergebnissen, die mit Blick auf das rechtliche Gehör rasch auch eine verfassungsrechtliche Schlagseite entwickeln, versucht das ZustG 1983 mit § 16 Abs 5 für

¹ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 520.
² Die Möglichkeit einer Zustellung an den Ersatzempfänger entfällt bei der Zustellung zu eigenen Händen (§ 21 ZustG), die aber immer weiter zurückgedrängt wird. Im Zivilverfahren ist sie etwa noch bei der Bestellung eines Erwachsenenvertreters vorgesehen (§ 116a Abs 2 AußStrG).
³ Zu dieser Reihenfolge etwa RIS-Justiz RS0083893; RS0111049.
⁴ Die Ersatzzustellung ist freilich auch dann wirksam, wenn der Empfänger das Dokument nicht erhält; dann kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht (*Stumvoll in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/2³ [2016] § 16 ZustG Rz 36; *Wessely in Frauenberger-Pfeiler/Riesz/Sander/Wessely*, Österreichisches Zustellrecht³ [2023] § 16 ZustG Rz 6).
⁵ Nach § 17 Abs 4 ZustG bleibt die „im Wege der Hinterlegung vorgenommene Zustellung [...] auch dann gültig, wenn die [...] Verständigung beschädigt oder entfernt wurde“. Wiederum kann ein Wiedereinsetzungsantrag Abhilfe schaffen (*Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 17 ZustG Rz 27*; *Wessely in Frauenberger-Pfeiler/Riesz/Sander/Wessely³ § 17 ZustG Rz 6*; zuletzt etwa OGH 2. 2. 2024, 18 OCg 1/23f).
⁶ *Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 17 ZustG Rz 14*; vgl auch Formular 1 der Zustellformularverordnung BGBl 1982/600 idF BGBl II 2013/399 (zu § 17 Abs 2 ZustG).
⁷ OGH 24. 10. 1967, 1 Ob 216/67.

die Ersatzzustellung und § 17 Abs 3 Satz 4 für die Zustellung durch Hinterlegung beizukommen.⁸ Beide Bestimmungen ordnen nämlich nahezu gleichlautend die Unwirksamkeit der Zustellung an,⁹ wenn „der Empfänger [...] wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte“.¹⁰ Die Zustellfiktion greift in diesem Fall also doch nicht.

Erlangt der Empfänger „nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis“, greift die Zustellfiktion nicht (§ 16 Abs 5, § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG).

Um den Zustellvorgang nicht gänzlich zu entwerten, kennen § 16 Abs 5, § 17 Abs 3 ZustG allerdings eigene Heilungsvorschriften, sobald der Empfänger an die Abgabestelle zurückkehrt; die Zustellung wird dann am Tag nach der Rückkehr wirksam. Auch das leuchtet unmittelbar ein, weil der Empfänger das Dokument regelmäßig an diesem Tag erhält.¹¹ Kommt die Ehefrau abends von einer zweiwöchigen Geschäftsreise heim, wird ihr Mann ihr das Dokument typischerweise am Folgetag aushändigen, und bei einer Hinterlegung kann das Dokument am folgenden Werktag bei der Post abgeholt werden, was im Übrigen auch erklärt, warum es hier anders als bei der Ersatzzustellung auf den ersten Tag nach der Rückkehr, „an dem das Dokument behoben werden könnte“ (§ 17 Abs 3 Satz 4 ZustG), ankommt und dieser Tag noch innerhalb der Abholfrist liegen muss.¹²

B. „Rechtzeitigkeit“ in der Rechtsprechung

1. Ausgangspunkt

Unterm Strich heißt das: Grundsätzlich lösen Ersatzzustellung und Zustellung durch Hinterlegung unmittelbar Zustellwirkungen aus; der Zustellzeitpunkt wird nur dann hinausgeschoben, wenn der Empfänger nicht „rechtzeitig“ vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen kann. Die alles entscheidende Frage ist also, wann die Rückkehr noch oder eben nicht mehr rechtzeitig ist. Dabei gibt es Fälle, die auf der Hand liegen: Dass die Rückkehr des Semmering-Urlaubers am 29.1. nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr rechtzeitig wäre, wenn die Sendung eine Ladung für eine Verhandlung am 20.1. enthält, bedarf kaum einer näheren Begründung.¹³

Allerdings sind es heute meist nicht Ladungen,¹⁴ die die Gerichte beschäftigen, sondern Entscheidungen, an die sich eine – je nach Zustellzeitpunkt allenfalls schon versäumte – (Rechtsmittel-)Frist knüpft.¹⁵ Die „Rechtzeitigkeit“ ist dabei ein erheblich ausfüllungsbedürftiger Begriff, womit die Rsp ihre normkonkretisierende Funktion wahrnehmen muss:¹⁶ Wo Gesetzesbegriffe unklar bleiben, sind die Gerichte dazu berufen, „einer an sich unbestimmten Norm zu hinreichender Bestimmtheit [zu] verhel-fen“.¹⁷

Dabei erweist es sich freilich als wenig hilfreich, dass gleich drei Höchstgerichte zur Auslegung des ZustG berufen sind, die noch dazu unterschiedliche Judikaturlinien verfolgen, ohne das offen anzusprechen.

2. Ordentliche Gerichtsbarkeit

Der OGH stellt zur Beurteilung der „Rechtzeitigkeit“ mit Blick auf Rechtsmittelfristen in stRsp darauf ab, ob „der Empfänger durch den Zustellvorgang nicht erst später die Möglichkeit erlangt hat, in den Besitz der Sendung zu kommen, als dies bei einem großen Teil der Bevölkerung infolge ihrer Berufstätigkeit der Fall gewesen wäre“.¹⁸ Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist, dass für den Grundsatz, wonach Ersatzzustellung und Zustellung durch

⁸ Berchtold, Zustellgesetz (1982) 33, 37.

⁹ Walter/Mayer, Das österreichische Zustellrecht (1983) § 16 ZustG Anm 32.

¹⁰ Ähnliches ordnete auch der inzwischen außer Kraft getretene § 26a ZustG an, der sich mit Zustellungen während der Coronapandemie beschäftigte (dazu etwa Schindl, COVID-19-Gesetzgebung: Geklärte und ungeklärte Fragen im Zivilverfahren, Zak 2020, 144); zur parallelen Auslegung daher schon VwGH 28. 10. 2020, Ra 2020/01/0144.

¹¹ Anderes gilt daher, wenn dem Empfänger das Dokument noch am Tag der Rückkehr zukommt; dann ist die Zustellung schon an diesem Tag bewirkt. Der OGH begründet das für die Ersatzzustellung mit dem Grundgedanken von § 7 ZustG (OGH 7. 6. 2005, 5 Ob 123/05g; in der Sache auch 18. 9. 2003, 8 ObA 61/03h; 22. 5. 2014, 1 Ob 92/14g), bei der Hinterlegung unmittelbar mit § 24a ZustG (OGH 25. 3. 2014, 10 Obs 35/14s; 24. 1. 2023, 9 Ob 91/22f; 18. 3. 2024, 9 Ob 15/24g; unter Berufung auf § 7 ZustG, im Ergebnis aber ident, 11. 11. 2015, 26 Os 6/15z; ohne Nennung einer Rechtsgrundlage 24. 10. 2017, 4 Ob 186/17g; 4. 2. 2021, 5 Ob 4/21f; obiter 19. 12. 2023, 4 Ob 101/23s [zu dieser Entscheidung Blöschl/Schindl, ERV und eZustellung: ein (un-)gleiches Duo? – in Druck]). Auch der VwGH dürfte in derartigen Fällen die Zustellung schon am Tag der Rückkehr als bewirkt ansehen (vgl VwGH 9. 11. 2004, 2004/05/0078; aA aber offenbar noch 24. 10. 1989, 88/08/0264, wonach eine Heilung nach § 7 ZustG im Anwendungsbereich des § 16 Abs 5 [§ 17 Abs 3] ausgeschlossen sei; im Ergebnis auch das Rekursgericht in OGH 19. 9. 1984, 1 Ob 630, 631/84; aus der Literatur Wiederin, Zustellung bei Abwesenheit des Empfängers, Zfv 1988, 222, 375 [382]; kein § 7 ZustG, weil „insoweit keine Zustellmängel vorliegen“; nicht einschlägig ist jedenfalls VwGH 24. 2. 1997, 97/17/0038, wozu es zwar bei Bumberger/Schmid, Zustellgesetz [2018] § 16 ZustG E 65 heißt, dass „§ 7 ZustG [...] im Falle der zulässigen und wirksamen Ersatzzustellung nicht anwendbar“ sei, zumal es in der Entscheidung nur darum geht, ob das Dokument für die Wirkungen des § 16 Abs 5 ZustG tatsächlich zugehen muss [dazu bei FN 22], nicht aber, ob in dessen Anwendungsbereich § 7 ZustG ausgeschlossen ist). Dass die Zustellung bei Zukommen des Dokuments schon am Rückkehrtag unmittelbar bewirkt sein soll, überzeugt jedenfalls in der Sache, weil „für eine wirksame Zustellung [nicht mehr] gefordert werden [kann], als dass der Empfänger die Sendung [...] in die Hand bekommt“ (Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 35; vgl auch § 7 ZustG Rz 21, § 17 ZustG Rz 26).

¹² Krit zur insofern unbefristeten Heilungsmöglichkeit bei der Ersatzzustellung Hauer, Einige Bemerkungen zum neuen Zustellgesetz, ÖGZ 1983, 34 (36f); wohl auch Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 35; aA König, Die Ersatzzustellung bei längerer Abwesenheit, ÖGZ 1983, 116 (117).

¹³ Vgl schon Walter/Mayer, Zustellrecht § 16 ZustG Anm 35; vgl freilich auch Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 32, nach dem die Zustellung einer Ladung erst nach der Tagsatzung zwar wirksam sein kann, jedoch keine Säumnisfolgen auslöst, was zu seinem Konzept passt, die Rechtzeitigkeit unabhängig vom Inhalt des Dokuments zu beurteilen und allfällige Folgefragen innerhalb des jeweiligen Materienproblems zu lösen (vgl noch FN 15).

¹⁴ Zur Diskussion der „Rechtzeitigkeit“ bei (Vor-)Ladungen etwa Berchtold, Zustellgesetz 33; Schwaighofer, Problematische Neuerungen im Zustellrecht, AnwBl 1983, 379 (381); offenlassend OGH 19. 9. 1984, 1 Ob 630, 631/84. Das Problem ist heute freilich weitgehend überholt, weil Ladungen typischerweise ohne Zustellnachweis zugestellt (zur ZPO Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht [2020] § 329 ZPO Rz 1; zum AVG Gruber in Altenburger/Wessely, Kommentar zum AVG [2022] § 19 Rz 31 [vgl aber auch Rz 33 zum Ladungsbescheid]; Hengstschläger/Leeb, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz² [2014] § 19 AVG Rz 8 [zum Ladungsbescheid Rz 9]) und damit nicht nach §§ 13, 16f, sondern § 26 ZustG behandelt werden.

¹⁵ Rechberger, Anm zu OGH 1. 7. 1987, 3 Ob 22/87, MR 1988, 26 (27) hat darauf aufmerksam gemacht, dass bei Entscheidungen nicht nur die mit der Zustellung ausgelöste Rechtsmittelfrist, sondern auch die Vollstreckbarkeit eine Rolle spielen kann (in MR 1988, 26 ist das Entscheidungsdatum mit 1. 6. 1987 angegeben; im RIS und in SZ 60/131 findet sich der 1. 7. 1987). Die Frage, ob für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit auf den Inhalt der Sendung abzustellen ist, ist freilich generell umstritten (dafür etwa Berchtold, Zustellgesetz 33; Walter/Mayer, Zustellrecht § 16 ZustG Anm 35; Wessely in Frauenberger-Pfeiler/Riesch/Sander/Wessely³ § 16 ZustG Rz 6; dagegen Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 32, § 17 ZustG Rz 20f).

¹⁶ Dazu zuletzt P. Gruber, Kindesunterhalt: Geldunterhalt, betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell und Bestimmtheitsgebot, ÖJZ 2017, 841 (843); ders, Zivilrecht und Verfassung (2023) 23f jeweils mit umfassenden Nachweisen.

¹⁷ P. Gruber, Zivilrecht 24.

¹⁸ RIS-Justiz RS0083923.

Hinterlegung unmittelbar Zustellwirkungen auslösen, ein Anwendungsbereich bleiben müsse: Würde sich der Zustellzeitpunkt wegen jeder noch so kurzen Abwesenheit von der Abgabestelle auf den Tag nach der Rückkehr verzögern (§ 16 Abs 5, § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG), wäre der gesetzlich als Regelfall konzipierte Zustellzeitpunkt (§ 16 Abs 1, § 17 Abs 3 Satz 3 ZustG) kaum jemals einschlägig;¹⁹ das auf dem Rückschein beurkundete Zustelldatum „wäre dann stets irrelevant“.²⁰

Vergleichsmaßstab für den OGH ist damit der Berufstätige, der sich am Tag des Zustellversuchs in der Arbeit befindet, aber am Abend wieder zurückkommt. Übernimmt der Ehemann das Dokument für seine Frau daher am Montag und kommt sie noch an diesem Tag zurück, dann ist das „rechtzeitig“ und die Zustellung ist schon am Montag wirksam (§ 16 Abs 1 ZustG).²¹ Irrelevant ist dabei, wann er ihr das Dokument tatsächlich aushändigt, weil es für die Zustellfiktion nicht auf das wirkliche Zukommen der Sendung ankommt.²²

Ähnliches gilt für die Hinterlegung: Kehrt der Empfänger bei einem Zustellversuch am Donnerstag noch am selben Abend zurück, bleibt kein Platz für § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG. Die Zustellung durch Hinterlegung ist schon am ersten Tag der Abholfrist bewirkt (Satz 3),²³ unabhängig davon, ob dieser auf Donnerstag oder Freitag festgesetzt wurde. Das gilt für den Donnerstag sogar dann, wenn der Empfänger so spät heimkommt, dass „die Sendung im Hinblick auf den Dienstschluss des Hinterlegungspostamtes erst am nächsten Werktag behoben werden kann“.²⁴

All das überzeugt innerhalb der Logik des OGH, der seinem Vergleich mit dem idealtypischen Berufstätigen durchgehend treu bleibt: Der Empfänger konnte die Sendung ja genauso „wie der Großteil der berufstätigen, tagsüber von der Abgabestelle abwesenden Bevölkerung [...] an dem der Hinterlegung nächstfolgenden Werktag“, also am Freitag abholen.²⁵ Dass der Empfänger am Tag des Zustellversuchs, der auch schon der erste Tag der Abholfrist ist, keine Möglichkeit mehr hat, das Dokument zu beheben, nimmt der OGH in Kauf, weil das auch im von ihm als maßgebend identifizierten Parallelszenario passieren könnte. Es ist somit nicht erforderlich, dass dem Empfänger ab dem erstmöglichen Abholtermin die volle Rechtsmittelfrist verbleibt.²⁶

Aus diesem Vergleich ergibt sich für den OGH indes auch die Grenze der „Rechtzeitigkeit“: Erfolgt der Zustellversuch am Donnerstag, kommt der Empfänger aber nicht noch am selben Tag,

sondern erst freitagabends²⁷ zurück und kann er das Dokument daher erst am Montag beheben, war die Rückkehr nicht mehr rechtzeitig, weil ein am Donnerstag des Zustellversuchs heimkehrender berufstätiger Empfänger das Dokument schon am Freitag abholen hätte können. Zustellzeitpunkt ist für den OGH damit nicht der erste Tag der Abholfrist – und zwar unabhängig davon, ob er in concreto schon mit Donnerstag²⁸ oder erst mit Freitag²⁹ festgelegt wurde –, sondern der auf die Rückkehr am Freitag folgende Tag innerhalb der Abholfrist (§ 17 Abs 3 Satz 4 ZustG), somit der Montag.

Für den OGH ist entscheidend, wann ein untertags abwesender Berufstätiger das Dokument erhalten hätte.

Dass der Zustellzeitpunkt hier hinausgeschoben wird, liegt nicht daran, dass zwischen Zustellversuch und erster Abholmöglichkeit ein Wochenende vergangen ist. Auch unter der Woche fragt der OGH schlicht danach, wann ein Berufstätiger das Dokument abholen hätte können: Bei einem Zustellversuch am Montag ist die Rückkehr am Dienstagabend³⁰ daher genauso zu spät, die Zustellung gilt erst am Mittwoch als bewirkt.³¹

Hier zeigt sich freilich eine Schwachstelle des Prüfschemas des OGH. Bei Zustellversuch und Beginn der Abholfrist am Montag hält er die Rückkehr am Dienstag nämlich ausnahmsweise sehr wohl für „rechtzeitig“ – womit die Zustellung am Montag bewirkt ist –, wenn der Dienstag ein Feiertag ist: Dann hätte nämlich auch der „Großteil der Berufstätigen [...] die Sendung infolge des nachfolgenden Feiertags nicht vor dem [Mittwoch] beheben können“.³² Das stimmt zwar, warum es für den Zustellzeitpunkt relevant sein soll, ob der Dienstag ein Feiertag ist, wenn feststeht, dass der Empfänger das Dokument an diesem Tag ohnehin nicht mehr abholen hätte können, ist aber sachlich kaum zu erklären.³³ Außerdem können nach diesem Ansatz, wenngleich der OGH das wohl noch nicht explizit ausgesprochen hat, in Härtefällen

¹⁹ Siehe schon die Grundsatzentscheidung OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 511/84.

²⁰ OGH 19. 9. 1984, 1 Ob 630, 631/84; vgl auch *Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 28*, nach dem sonst „das auf dem Zustellschein ersichtliche Zustelldatum praktisch wertlos würde“ (ähnlich Rz 33; nahezu ident zur Hinterlegung *Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 17 ZustG Rz 18*; vgl auch *Wiederin*, ZfV 1988, 222, 375 [380ff]).

²¹ OGH 19. 9. 1984, 1 Ob 630, 631/84. An der Entscheidung verwundert, dass das Rekursgericht wohl noch eine Rückkehr am Dienstag angenommen hatte und § 16 Abs 5 ZustG anwenden wollte und erst der OGH in die Ausführungen des Empfängers hineinlas, dass „er noch am Tage der Ersatzzustellung in seine Wohnung zurückgekehrt war“.

²² *Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 2, 36*; zur vom OGH 19. 9. 1984, 1 Ob 630, 631/84 angesprochenen Möglichkeit einer Wiedereinsetzung oben FN 4.

²³ OGH 18. 10. 2007, 2 Ob 96/07t.

²⁴ OGH 18. 10. 2007, 2 Ob 96/07t.

²⁵ OGH 18. 10. 2007, 2 Ob 96/07t; ähnlich VwGH 2. 4. 2014, 2013/17/0307 (Zustellversuch und erster Tag der Abholfrist am Dienstag und Rückkehr noch am Dienstagabend).

²⁶ Vgl schon OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 511/84; s auch schon *Berchtold*, *Zustellgesetz* 33, der von einem „angemessenen Zeitraum“ spricht; referierend *Fasching*, *Lehrbuch² Rz 537*; krit *Schwaighofer*, *Zustellung bei vorübergehender Abwesenheit des Empfängers*, RdW 1984, 367 (368); *Pfersmann*, *Bemerkenswertes aus der SZ 57*, ÖJZ 1987, 67, 106 (109); *Rechberger*, MR 1988, 26 (27).

²⁷ Zur in der Judikatur soweit ersichtlich noch nicht explizit beantworteten Frage, ob eine Rückkehr am Tag nach dem Zustellversuch reicht, wenn sie untertags erfolgt und die Abholung noch an diesem Tag möglich ist, *Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 17 ZustG Rz 13*, der dieses Ergebnis dann auch auf die Ersatzzustellung übertragen will und eine Rückkehr am Tag nach der Ersatzzustellung für unschädlich hält (*Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 16 ZustG Rz 34*).

²⁸ OGH 16. 4. 1993, 5 Ob 513/93.

²⁹ OGH 18. 12. 1997, 2 Ob 265/97b.

³⁰ Zur Frage, ob die Rückkehr am Dienstag ausreichen würde, wenn das Dokument noch an diesem Tag behoben werden könnte, schon FN 27.

³¹ OGH 28. 4. 2015, 5 Ob 226/14t (die Entscheidung spricht von einem Beginn der Abholfrist am Montag; ob der Zustellversuch auch an diesem Tag unternommen wurde oder schon in der Vorwoche lag, ist ihr nicht zu entnehmen, auf Basis der Argumentation des OGH aber unerheblich); vgl auch 12. 11. 2002, 10 ObS 346/02h (Rückkehrzeitpunkt im Ergebnis offengeblieben).

³² OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 511/84.

³³ Das Problem ist freilich weniger der vom OGH angestellte Vergleich, sondern das als ausschlaggebend identifizierte Parallelszenario selbst, weil der OGH dann ja auch beim bloß untertags abwesenden Berufstätigen davon ausgehen muss, dass die Zustellung wirksam ist, obwohl das hinterlegte Dokument tatsächlich erst einige Tage später abgeholt werden kann. Beikommen könnte man diesem Problem, das immer nur dann auftreten kann, wenn der erste Tag der Abholfrist schon mit dem Tag des Zustellversuchs festgelegt wird, indem man auch bei bloß untertags berufsbedingt Abwesenden die Rechtzeitigkeit der Rückkehr immer dann verneint, wenn das Dokument am Folgetag wegen eines Feiertags oder eines Wochenendes nicht behoben werden kann – ein Auslegungsergebnis, das der unbestimmte Gesetzesbegriff „rechtzeitig“ (§ 17 Abs 3 Satz 4 ZustG) zulassen würde (konstruktiv anders, im Ergebnis aber ähnlich der Vorschlag de lege ferenda, die Abholfrist generell erst am Tag nach dem Zustellversuch beginnen zu lassen; vgl *Schwaighofer*, RdW 1984, 367 [369]; zust *Pfersmann*, ÖJZ 1987, 67, 106 [109]; *Stumvoll in Fasching/Konecny II/2³ § 17 ZustG Rz 25*).

sogar mehrere Tage der Frist verloren gehen,³⁴ etwa bei Zustellversuchen am Freitag oder einer Aneinanderreihung mehrerer Feiertage.³⁵

3. Verwaltungsgerichtshof

Wendet man sich der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu, scheint sie prima facie denselben Zugang wie die ordentlichen Gerichte zu verfolgen. Wortgleich zum einschlägigen Rechtssatz des OGH ist beim VwGH zu lesen, dass es darauf ankomme, ob „*der Empfänger durch den Zustellvorgang nicht erst später die Möglichkeit erlangt hat, in den Besitz der Sendung zu kommen, als dies bei einem großen Teil der Bevölkerung infolge ihrer Berufstätigkeit der Fall gewesen wäre*“.³⁶ Dementsprechend ist die Rückkehr für den VwGH genauso wenig rechtzeitig wie sie es für den OGH wäre, wenn das Dokument etwa erst sieben,³⁷ acht³⁸ oder zehn³⁹ Tage nach der Hinterlegung behoben werden kann; die ursprüngliche Zustellung ist unwirksam und gilt erst am auf die Rückkehr folgenden Tag als vollzogen (§ 17 Abs 3 Satz 4 ZustG).

Geht es um kürzere Abwesenheiten, zeigen sich überraschenderweise aber Unterschiede. In manchen Entscheidungen stellt der VwGH nämlich darauf ab, ob dem Empfänger für die Einbringung eines Rechtsmittels noch „*ein angemessener Zeitraum verbleibt*“, was nach den „*Verhältnissen des Einzelfalles*“ zu beurteilen sei.⁴⁰ Auf Basis dieser Judikaturlinie soll es dann etwa unproblematisch sein, wenn der Empfänger bei Hinterlegung am Montag am Dienstagabend zurückkehrt und das Dokument erst am Mittwoch beheben kann. Im Gegensatz zum OGH, der in einem solchen Fall eine Zustellung am Mittwoch annimmt,⁴¹ ist die Rückkehr am Dienstag für den VwGH also „*rechtzeitig*“ und die Zustellung schon mit Montag wirksam; dem Beschwerdeführer bleibe bei einer Verkürzung der zweiwöchigen Rechtsmittelfrist um bloß zwei Tage ja immerhin noch „*ein angemessener Zeitraum von 12 Tagen zur Einbringung der Berufung*“.⁴²

Diesen Ansatz hat der VwGH in weiterer Folge ausgedehnt: Bei Zustellversuch am Mittwoch und Beginn der Abholfrist am Donnerstag ist auch die Rückkehr am Freitag rechtzeitig, und zwar selbst dann, wenn dem Empfänger die Abholung erst am Montag möglich war. Von der 14-tägigen Einspruchsfrist wären dem Rechtsmittelwerber dann ja immerhin „*noch volle zehn Tage*“ zur Verfügung gestanden.⁴³ Schließlich soll die Rückkehr am Freitagabend sogar bei einem Zustellversuch am Dienstag unproblematisch sein, wenn die Abholfrist am Mittwoch begonnen hat. Bei der Abholmöglichkeit am folgenden Montag standen dem Empfänger ja „*noch zehn Tage zur Verfügung*“,⁴⁴ wobei es hier nicht einmal mehr „*volle*“ zehn Tage sein müssen.

Der VwGH stellt auf den Rest der nach der Rückkehr noch zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist ab.

In jüngeren Entscheidungen prüft der VwGH dann auch nur mehr, ob „*fallbezogen ein signifikanter Unterschied zu Berufstätigen*“ besteht, „*welche noch am Tag der Hinterlegung selbst von der Hinterlegung erfahren und bedingt durch die Berufstätigkeit die Sendung einige Tage später beheben*“.⁴⁵ Dazu passt, dass der VwGH schon in früheren Entscheidungen meinte, es sei ausreichend, wenn dem Rechtsmittelwerber die Frist „*ungekürzt oder zumindest nahezu ungekürzt*“ zur Verfügung steht,⁴⁶ was aber immerhin dann nicht mehr der Fall sei, wenn nur noch die Hälfte der Rechtsmittelfrist zur Verfügung steht.⁴⁷ Jedenfalls aber gibt der VwGH im Ergebnis⁴⁸ das Vergleichsszenario des untertags abwesenden Berufstätigen auf und lenkt den Fokus auf die

übrigbleibende Rechtsmittelfrist. Bei der Hinterlegung ist für ihn also anders als für den OGH⁴⁹ sehr wohl relevant, ob die Abholfrist schon am Tag der Zustellung oder am Folgetag beginnt.

Aus dem Abstellen auf die noch zur Verfügung stehende Rechtsmittelfrist erklärt sich im Übrigen auch die Idee des LVwG Oberösterreich, die Entscheidungen des VwGH zu extrapolieren: Wenn es bei einer vierzehntägigen Rechtsmittelfrist ausreichte, dass noch zehn Tage zur Verfügung stehen,⁵⁰ dann müsse es bei einer vierwöchigen Frist genügen, wenn nach Rückkehr noch 20 Tage überbleiben.⁵¹ Einem derartigen linearen Hochrechnen hat der VwGH allerdings – wiederum unter Berufung auf den Vergleich mit dem Großteil der berufstätigen Bevölkerung – eine Absage erteilt.⁵²

Unterm Strich erweist sich die Judikatur des VwGH damit als kasuistisch, sodass ihr nur schwer allgemein gültige Leitlinien zu entnehmen sind. Tendenziell lässt sich aber festhalten, dass er der nach der Rückkehr noch übrigbleibenden Rechtsmittelfrist entscheidende Bedeutung beimisst und Verkürzungen bis zu vier Tage in Kauf nimmt,⁵³ längere Abwesenheiten hingegen nicht: Beginnt die Abholfrist daher am Donnerstag und kommt der Empfänger so zurück, dass er das Dokument noch am folgenden Dienstag abholen kann, dann nimmt der VwGH die Verkürzung der Frist hin und die Zustellung ist schon am Donnerstag wirksam,⁵⁴ ist die Abholung erst am folgenden Mittwoch möglich, dann war die Rückkehr hingegen nicht mehr „*rechtzeitig*“ und

³⁴ *Stumvoll in Fasching/Konecny II/23* § 17 ZustG Rz 25.

³⁵ *Schwaighofer, RdW* 1984, 367 (368) und *Pfersmann, ÖJZ* 1987, 67, 106 (109) weisen etwa auf die Möglichkeit einer vier- oder fünftägigen Fristverkürzung bei einer ungünstigen Kombination von Wochenende und Weihnachtsfeiertagen hin.

³⁶ Zuletzt VwGH 30. 8. 2023, Ra 2023/10/0336; für die ordentliche Gerichtsbarkeit s schon oben FN 18.

³⁷ VwGH 25. 4. 2014, 2012/10/0060; 24. 5. 2007, 2006/07/0101.

³⁸ VwGH 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107.

³⁹ VwGH 22. 6. 2020, Ra 2019/01/0117; s darüber hinaus zur mehr als zweiwöchigen Abwesenheit VwGH 21. 4. 2020, Ra 2020/14/0023.

⁴⁰ Etwa VwGH 19. 4. 2001, 99/06/0049; 22. 7. 2017, Ra 2017/17/0343.

⁴¹ Vgl bei FN 31.

⁴² VwGH 19. 4. 2001, 99/06/0049. Offen bleibt, ob auch der Zustellversuch am Montag erfolgte oder in der Woche davor; in beiden Fällen wäre die Rückkehr am Dienstagabend für den OGH aber nicht rechtzeitig.

⁴³ VwGH 18. 3. 2004, 2001/03/0284.

⁴⁴ VwGH 26. 6. 2014, 2013/03/0055.

⁴⁵ VwGH 30. 8. 2023, Ra 2023/10/0336; Hervorhebung durch die Verfasser. Das Abstellen auf einen „*signifikante[n] Unterschied zu Berufstätigen*“ findet sich erstmals bei VwGH 22. 12. 2016, Ra 2016/16/0094 und wird seither immer öfter aufgegriffen; vgl weiters 30. 4. 2021, Ra 2020/10/0031; 15. 6. 2021, Ra 2021/02/0091; 1. 9. 2021, Ro 2019/03/0027; 8. 11. 2022, Ra 2022/04/0114. Zurückgehen dürfte das Motiv freilich auf VwGH 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107, wo es den Unterschied zwischen den beiden Judikaturlinien des VwGH als bloß scheinbaren erklären soll, weil in seiner bisherigen Rsp zwischen dem Abstellen auf die Verkürzung der Frist und auf Vergleich zum Großteil der berufstätigen Bevölkerung „*kein signifikanter Unterschied*“ auszumachen sei; dazu noch bei FN 63).

⁴⁶ VwGH 10. 3. 1987, 86/07/0212; 24. 3. 1998, 94/05/0242; 26. 5. 1998, 98/07/0032; 19. 12. 2016, Ra 2015/02/0028.

⁴⁷ VwGH 25. 6. 2013, 2012/08/0031; 13. 1. 2015, Ra 2014/02/0130.

⁴⁸ Teilweise wird dieses Motiv zwar weiterhin rechtssatzartig wiedergegeben, ohne Teil der tragenden Begründung zu sein (vgl etwa die Analyse bei VwGH 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107; zum dortigen Versuch, die gegenläufigen Judikaturlinien zu konsolidieren, noch unten bei FN 63).

⁴⁹ Vgl bei FN 23.

⁵⁰ Vgl bei FN 43 und 44.

⁵¹ LVwG OÖ 25. 7. 2014, LVwG-150260/8/VG/WP.

⁵² VwGH 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107.

⁵³ Gemeint ist damit bei einer 14-tägigen Frist die Möglichkeit der Abholung am zehntletzten Tag der Frist. Damit wird die Frist freilich um etwas mehr als vier Tage verkürzt (vgl bei FN 44 und noch in FN 55).

⁵⁴ VwGH 24. 2. 2000, 2000/02/0027: „*noch zehn Tage zur Verfügung*“; vgl auch bei FN 44.

der Zustellzeitpunkt wird hinausgeschoben (§ 17 Abs 3 Satz 4 ZustG).⁵⁵

Unklar bleibt indes, wie sich jene Entscheidung in die bisherige Judikatur einfügen soll, nach der bei einem Zustellversuch in der Vorwoche und Beginn der Abholfrist am Montag die Rückkehr noch an diesem Montag nicht rechtzeitig sein soll, womit der Lauf der sechswöchigen Frist erst am Dienstag beginnt.⁵⁶ Dabei dürfte es sich zwar um eine Ausreißerentscheidung handeln, die sich wohl nur aus ihren konkreten Umständen erklären lässt: Der VfGH hatte nämlich aus Anlass der Beschwerde die Aufhebung einzelner Gesetzesbestimmungen beantragt und damit beim VfGH Erfolg gehabt,⁵⁷ sodass die nachfolgende Zurückweisung der Beschwerde als verspätet keinen schlanken Fuß gemacht hätte.

Klar ist aber: Einfacher machen derartige Entscheidungen die Orientierung nicht, weil sie die vom VfGH ohnehin ganz offen eingestandene Einzelfallbetrachtung⁵⁸ noch um ein Zufallselement aufladen. Das bringt erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.

4. Verfassungsgerichtshof

Damit bietet sich abschließend noch ein Blick auf die Rsp des VfGH an, der sich rezent zur Verfassungskonformität der hier relevanten Bestimmungen äußern musste. Vor vier Jahren hat das VwG Wien nämlich anlässlich eines Hinterlegungsfalls die Aufhebung des Wortes „rechtzeitig“ in § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG beantragt und das mit den evidenten Unterschieden zwischen den Judikaturlinien von OGH und VfGH, aber auch und vor allem den „Auslegungsdivergenzen innerhalb der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs“ begründet: Dass der VfGH zwar wie der OGH das Motiv des untertags abwesenden Berufstätigen bemühe, dann aber einzelfallbezogen auf die ab dem erstmöglichen Abholtags verbleibende Frist abstelle, sei „Zustellzeitpunktbestimmungswillkürlichkeit“. § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG verstoße daher gegen das Bestimmtheitsgebot (Art 18 B-VG), zumal „nicht im Vorhinein bzw. eindeutig bestimmbar ist, an welchem Tag [...] das Schriftstück wirksam zugestellt ist.“⁵⁹ Das führt zurück zur normkonkretisierenden Funktion der Rsp: Wenn es der Judikatur über die Zeit nicht gelingt, Leitlinien zur Orientierung zu entwickeln, ist das in der Tat ein Indiz für die mangelnde Bestimmtheit einer Norm.⁶⁰

Der VfGH hat mit dem sorgsam begründeten, 135 Seiten langen Antrag des VwG Wien dennoch kurzen Prozess gemacht. In seiner bloß drei Seiten umfassenden meritorischen Beurteilung meint der VfGH in evidenter Anlehnung an die Rsp des VfGH, dass die Formulierung „rechtzeitig“ eine „umfassende Einzelfallbetrachtung“ ermögliche. Das bringe zwar „zwangsläufig gewisse Unschärfen“ mit sich, es sei dem Rechtsunterworfenen aber dennoch möglich, „sein Verhalten am Gesetz zu orientieren“. Zur Untermauerung der Abweisung des Aufhebungsantrags verweist der VfGH außerdem darauf, dass die „beiden unterschiedlichen Judikaturlinien“ – Vergleich mit dem untertags abwesenden Berufstätigen einerseits, Abstellen auf die verbleibende Frist andererseits – einander eigentlich auch gar „nicht widersprechen“. Auch hierfür beruft er sich auf den VfGH, der in einer früheren Entscheidung aufgezeigt habe, dass „in den Fällen, in denen bei bis zu vier Tage nach Beginn der Abholfrist noch von einer rechtzeitigen Kenntnisnahme von der Hinterlegung ausgegangen wurde, ein Wochenende zwischen Hinterlegungszeitpunkt und Abholung“ liege, sodass hier „kein signifikanter Unterschied zu jenem Teil der berufstätigen Bevölkerung [besteht], der [...] die Sendung – bedingt durch Berufstätigkeit – erst einige Tage später behebt“.⁶¹

Dabei fällt zum einen auf, dass der VfGH das Muster eines „signifikanten“ Unterschieds zum Großteil der berufstätigen Bevölkerung aufgreift. Damit kann er aber allenfalls – und wenn überhaupt – die Unterschiede innerhalb der Rsp des VfGH erklären, nicht aber deren Abweichung von der Judikatur der ordentlichen Gerichte, die ja strikt beim Vergleich mit dem untertags abwesenden Berufstätigen bleiben. Der OGH fragt ja nicht, ob der Empfänger das Dokument „einige Tage später“ beheben konnte, sondern simpel nach der Abholmöglichkeit am auf den Zustellversuch folgenden Tag. Warum bei einem Zustellversuch am Montag und Rückkehr am Dienstagabend die Frage, ob Zustellwirkungen schon am Montag oder erst am Mittwoch eintreten, davon abhängen soll, ob man den OGH oder den VfGH fragt,⁶² bleibt damit auch nach der Entscheidung des VfGH offen.

Zum anderen stimmt es zwar, dass der VfGH selbst einmal darauf hingewiesen hat, dass die Judikaturdivergenz innerhalb des Gerichtshofs eine bloß scheinbare sei, weil ein mehrtägiger Fristverlust einem dem zwischen Hinterlegung und Abholung liegenden Wochenende geschuldet sei.⁶³ Auch dieser Erklärungsversuch überzeugt schon von vornherein nicht restlos, seit einer rezenten Entscheidung kann er aber ganz generell nicht mehr aufrecht erhalten werden: Erst jüngst hat der VfGH nämlich bei einem Zustellversuch am Montag und Beginn der Abholfrist am Dienstag die Rückkehr am Freitagmittag für rechtzeitig gehalten, weil der Empfänger das Dokument noch am Freitag beheben konnte; er habe daher „spätestens am vierten Tag nach Beginn der Abholfrist die Hinterlegungsanzeige erhalten“, sodass ihm „ausgehend von einer sechswöchigen Revisionsfrist ein angemessener Zeitraum von mehr als fünf Wochen zur Erhebung“ seines Rechtsmittels verbleibe.⁶⁴ Hier lag zweifellos kein Wochenende zwischen Zustellversuch und erster Abholmöglichkeit, und der am Montag untertags abwesende Berufstätige hätte das Dokument eben schon am Dienstag und nicht erst am Freitag beheben können.

Obwohl der VfGH § 17 Abs 3 ZustG Verfassungskonformität attestiert hat, bleiben Bedenken – auch mit Blick auf dessen eigene Rsp.

Schließlich ist anzumerken, dass der VfGH in seiner Begründung auch seine eigene Rsp zum vorliegenden Problem nicht berücksichtigt,⁶⁵ was zu einer der wenigen Entscheidungen führt, in de-

⁵⁵ So wohl VfGH 9. 11. 2004, 2004/05/0078: von der zweiwöchigen Frist bleiben dann nämlich nur noch nicht einmal zehn Tage; zu einer Hinterlegung am Montag und Rückkehr am Freitag bei erstmaliger Abholmöglichkeit am Montag 25. 4. 2014, 2012/10/0060 (14-tägige Frist); 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107 (vierwöchige Frist); zur Rechtzeitigkeit bei Beginn der Abholfrist am Dienstag und Rückkehr am Freitag mittags freilich 8. 11. 2022, Ra 2022/04/0114 (sechswöchige Frist; zu dieser Entscheidung noch bei FN 64).

⁵⁶ VfGH 25. 2. 2002, 2002/17/0021.

⁵⁷ Vgl VfGH 12. 12. 2001, G 269/01 ua (VfSlg 16.400).

⁵⁸ So hält VfGH 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107 selbst fest, dass oft „einzelfallbezogen entschieden [wird], ob die Kenntnisnahme vom Zustellvorgang noch rechtzeitig [...] erfolgte oder nicht“.

⁵⁹ Siehe im Detail LVwG Wien 10. 4. 2020, VGW-101/V/042/8654/2019–7. In concreto handelte es sich um jenen Eventualantrag, den VfGH 25. 9. 2020, G 222/2020 (VfSlg 20.401) dann meritorisch behandelte; den Hauptantrag auf Aufhebung des ersten Satzteils von § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG wies der VfGH als unzulässig zurück.

⁶⁰ P. Gruber, ÖJZ 2017, 841 (844); ders, Zivilrecht 23f, 184.

⁶¹ VfGH 25. 9. 2020, G 222/2020 (VfSlg 20.401).

⁶² Vgl oben bei FN 47.

⁶³ VfGH 25. 6. 2015, Ro 2014/07/0107.

⁶⁴ VfGH 8. 11. 2022, Ra 2022/04/0114.

⁶⁵ Zuzugestehen ist freilich, dass das VwG Wien darauf in seinem Aufhebungsantrag ebenso wenig einging.

nen er den Begriff „rechtzeitig“ selbst auslegen musste.⁶⁶ 2010 hielt er bei einem Zustellversuch am Freitag mit Beginn der Abholfrist am Montag nämlich sogar die Rückkehr erst am darauffolgenden Montag – also ganze zehn Tage nach dem Zustellversuch – noch für rechtzeitig,⁶⁷ sodass sich die sechswöchige Rechtsmittelfrist unterm Strich um eine ganze Woche verkürzte. Das passt weder zur Rsp des VfGH, der ja die Grenze bei etwa vier Tagen zieht,⁶⁸ noch lässt sich die Divergenz zur Judikatur des OGH hier mit einem allenfalls dazwischenliegenden Wochenende als scheinbar wegerklären. Diese Entscheidung fällt also endgültig aus der Reihe; umso bemerkenswerter ist, dass der VfGH bei der Abweisung des Antrags des VwG Wien 2020 nicht darauf eingegangen ist.

5. Konsolidierung

Es zeigt sich, dass die drei Höchstgerichte die Rechtzeitigkeit der Kenntniserlangung unterschiedlich beurteilen: Für den OGH ist ausschließlich der Vergleich mit dem untermittags Berufstätigen maßgebend, sodass die Rückkehr schon dann nicht mehr rechtzeitig ist, wenn der Empfänger das Schriftstück nicht am Tag nach dem Zustellversuch beheben kann.⁶⁹ Der VwGH greift dieses Motiv zwar auf, entscheidend ist für ihn dann aber meist die ab der ersten Behebungsmöglichkeit verbleibende Rechtsmittelfrist. Dabei nimmt er eine Verkürzung der Rechtsmittelfrist um vier Tage regelmäßig hin,⁷⁰ wenngleich einzelne Ausreißerentscheidungen es nicht einfacher machen, sich in der ohnehin schon stark auf den Einzelfall fokussierenden Rsp zurechtzufinden.

Der VfGH will dann sogar eine einwöchige Verkürzung hinnehmen. Wie man hier dem Rechtsmittelwerber, der gegen eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts gleichzeitig Erkenntnisbeschwerde beim VfGH und Revision beim VwGH erhebt („Parallelbeschwerde“⁷¹), plausibel erklären soll, dass die sechswöchige Frist für die VfGH-Beschwerde (§ 82 Abs 1 VfGG) schon abgelaufen ist, jene für die Revision (§ 26 Abs 1 VwGG) aber noch nicht, obwohl sie beide durch denselben faktischen Zustellvorgang ausgelöst werden, bleibt freilich ein Rätsel. Die vom VwG Wien aufgeworfene Frage ausreichender Bestimmtheit (Art 18 B-VG) der einschlägigen zustellrechtlichen Vorschriften kann man trotz erfassungsrichterlichen Sanktus’ daher weiterhin mit guten Gründen stellen.

⁶⁶ Weiters etwa noch VfGH 27. 9. 2005, B222/05 (VfSlg 17.631): Behauptung, „nicht immer“ an Abgabestelle anwesend zu sein, schon keine Behauptung der Ortsabwesenheit beim Zustellversuch; 8. 6. 2010, B170/10 (VfSlg 19.063): Rückkehr von Krankenhausaufenthalt am Tag von Zustellversuch und Hinterlegung mit Abholmöglichkeit am Folgetag rechtzeitig; 27. 6. 2012, B249/12: Zustellversuch am Mittwoch, Beginn der Abholfrist am Donnerstag, Rückkehr am folgenden Montag rechtzeitig.

⁶⁷ VfGH 23. 6. 2010, B1971/08 (VfSlg 19.111).

⁶⁸ Vgl oben bei FN 53; nicht rechtzeitig war die zu einer Fristverkürzung von sieben Tagen führende Rückkehr etwa für VwGH 24. 5. 2007, 2006/07/0101.

⁶⁹ Vgl oben bei FN 28, 29, 31; zur Frage, ob das auch bei der Ersatzzustellung gilt, vgl FN 27.

⁷⁰ Vgl bei FN 53.

⁷¹ Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1028; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ (2022) Rz 670.

Entscheidung	Zustellversuch	Rückkehr (rechtzeitig?)	Wirksamkeit der Zustellung
OGH 2 Ob 96/07 t	Donnerstag, 7. 9.	Donnerstag, 7. 9. (ja)	Donnerstag, 7. 9.
OGH 5 Ob 226/14 t	Montag, 13. 10.*	Dienstag, 14. 1. (nein**)	Mittwoch, 15. 1.
VwGH 99/06/0049	Montag, 22. 6.	Dienstag, 23. 6. (ja)	Montag, 22. 6.
VwGH 2013/03/0055	Dienstag, 16. 10. (Beginn der Abholfrist: Mittwoch, 17. 10.)	Freitag, 19. 10. (ja***)	Mittwoch, 17. 10.
VwGH 2004/05/0078	Donnerstag, 20. 2. (Beginn der Abholfrist)	Dienstag, 25. 2. (nein)	Mittwoch, 26. 2.
VfGH B1971/08	Freitag, 17. 10. (Beginn der Abholfrist: Montag, 20. 10.)	Montag, 27. 10. (ja)	Montag, 20. 10.

* Vgl FN 31 zur – im Schema des OGH unerheblichen – Frage, ob es sich um den Tag des Zustellversuchs oder den Beginn der Abholfrist handelt.

** Siehe aber OGH 16. 2. 1984, 7 Ob 511/84: Die Rückkehr am Dienstag ist ausnahmsweise sehr wohl rechtzeitig, wenn dieser ein Feiertag ist (dazu oben bei FN 32).

*** Vgl aber auch VwGH 25. 2. 2002, 2002/17/0021: Zustellversuch in der Vorwoche und Beginn der Abholfrist am Montag; Rückkehr an diesem Montag nicht rechtzeitig (dazu schon oben bei FN 56).

Tabelle: Überblick zur Auslegung der „Rechtzeitigkeit“ durch die Höchstgerichte – ausgewählte Entscheidungen zu § 17 Abs 3 ZustG

C. Fazit

Wenngleich das Regelungsanliegen von § 16 Abs 5, § 17 Abs 3 Satz 4 ZustG nachvollziehbar ist, bereitet die Beurteilung, ob die Rückkehr an die Abgabestelle noch „rechtzeitig“ erfolgt

ist, in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Während der OGH eine recht klare und vergleichsweise restriktive Linie vertritt, ist die – in sich nicht abschließend konsistente – Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts tendenziell großzügiger.

Das mit dem ZustG 1983 verfolgte Ziel einer „Vereinheitlichung der für die Zustellung maßgebenden Rechtsvorschriften“⁷² ist damit nur auf dem Papier gelungen. Für die Rechtspraxis erweist sich die im Gesetzestext nicht anklingende, bloß aus der bisherigen Judikatur der drei Höchstgerichte ableitbare Zersplitterung des Zustellrechts hingegen als Stolperfalle. Das mahnt zu großer Vorsicht: Insb Parteienvertreter werden beim Kalendrieren von Fristen besonderes Augenmerk darauf legen müssen, an wen ein allfälliges Rechtsmittel zu richten ist.

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at; alexander.schneider@wu.ac.at

⁷² ErläutRV 162 BlgNR 15. GP 8.

Graubereiche um und in Ermittlungsverfahren der StPO¹

Der Beitrag schnell gelesen

Mit „Begriffe der StPO und des Art 90a B-VG“ (ÖJZ 2024, 537) sollten die Struktur des Ermittlungsverfahrens als Teil des Gesamtsystems und die verfassungsrechtlichen Vorgaben sichtbar gemacht werden. Nun sollen spezielle Problemfelder begrifflich aufgeheilt werden, um geordneten Diskurs zu erleichtern. Im Einzelnen geht es um „Verhalten“ der „Staatsanwälte“ nach Organisations- und Prozessrecht, Ermessensentscheidung über „Ansprüche“ auf „Geheimhaltung“ (§ 1 DSG), Befugnisgrenzen beim „Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft“, Entscheidungen „über die vorläufige Unterbringung“, „die Berichterstattung“

nach § 6 Abs 4 SNG, das Verhältnis von Datenlöschung und Datenverwendung „nach diesem Gesetz“, zuletzt generell um Willkür im Diskurs.

Strafprozessrecht

§ 57 Abs 1–3 RStDG; §§ 46f BDG; §§ 8f, 29f, 30f, 34c, 35b StAG; § 6 Abs 4 SNG; §§ 2, 5, 27, 47, 49 Abs 2, §§ 75f, 91, 209a StPO
OGH 25. 2. 2013, 17 Os 22/12 g; 10. 5. 2023, 13 Os 30/23 w; 22. 5. 2023, 12 Os 15/23 g; 26. 2. 2024, 1 Ds 1/21 v
ÖJZ 2024/129



Dr. ECKART RATZ, PräsDOGH iR, ist Mitherausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. „Wahrung der Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ (§ 1 StAG) „bei [...] Ausübung von Befugnissen“ (§ 5 Abs 1 erster Satz) und „Ausübung eines Rechtes“
- B. Sachverhaltsklärung und Entscheidung „im Ermittlungsverfahren“ und nach Dienstrecht der „Staatsanwälte“ (Art 90a B-VG)
 - 1. „Ermittlung“ und „Nutzung von [...] behördeninternen Informationsquellen“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz)
 - 2. (Sachverhalts-)„Klärung“ und Entscheidungsvorgang der StA, „ob ein Anfangsverdacht vorliegt“
 - 3. „Weisungen [...] zur Sachbehandlung“ und „Akteneinsicht“ nach § 29 Abs 3 StAG
 - 4. „Amtsverschwiegenheit“
 - 5. „Der kollegiale Meinungs austausch“
 - a) Transparenzgebot (§ 29 Abs 3 StAG)
 - b) Anschauungsmaterial
 - 6. „Befangenheit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“ (§ 47), „Vertrauen in die Rechtspflege sowie [...] Ansehen“ der „Berufsstände“ der „Richter und Staatsanwälte“ (§ 57 Abs 3 RStDG)

- a) Abgrenzung zur Richterausgeschlossenheit (§§ 44f b) § 47
- C. Entscheidung über einen „Anspruch“, Beschränkungen der „Akteneinsicht“ nach § 68 (§ 49 Abs 2) und „Trennung von Verfahren“
 - 1. Entscheidung über einen „Anspruch“
 - 2. Beschränkung der „Akteneinsicht“ nach § 68 (§ 49 Abs 2)
 - 3. Entscheidung über einen „Antrag“ auf „Trennung von Verfahren“ zur „Geheimhaltung“ personenbezogener Daten (§ 1 Abs 1 DSG)
 - 4. „Ermittlungsakt“ (§ 34c StAG) aufgrund der „Trennung von Verfahren“
- D. §§ 209a f „im Ermittlungsverfahren“
 - 1. Zulässigkeit von „Rücktritt“ nach § 209a Abs 1–3
 - 2. „Fortführung des Verfahrens“ (§ 209a Abs 6 [§ 195 Abs 1])
 - 3. Wiederaufnahme der „Verfolgung“ (§ 209a Abs 5) und § 209b Abs 2
- E. Grenzbereiche

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO; Rz beziehen sich auf Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO²; Veröff ohne Autorenangabe stammen vom Autor.