

# TE OGH 2015/5/27 6Ob73/15a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.05.2015

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. G. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Pflegschaftssache der minderjährigen A\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, geboren am 5. Juli 2012, vertreten durch das Land Oberösterreich als Kinder- und Jugendhilfeträger (Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn, 5280 Braunau am Inn, Hammersteinplatz 1) über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Vaters H\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, vertreten durch DDr. Karl Robert Hiebl und Mag. Alexander Lirk, Rechtsanwälte in Braunau am Inn, gegen den Beschluss des Landesgerichts Ried im Innkreis als Rekursgericht vom 12. Juni 2014, GZ 14 R 49/14b-121, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Mattighofen vom 10. April 2014, GZ 3 PS 144/12b-96, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Artikel 89, Absatz 2, B-VG (Artikel 140, B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den

Antrag,

§ 89d Abs 2 GOG idFBGBl I 26/2012 und § 125 Abs 1, § 126 Abs 1 ZPO (letzterer idFBGBl I 30/2012) als verfassungswidrig aufzuheben. Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 26 aus 2012, und Paragraph 125, Absatz eins,, Paragraph 126, Absatz eins, ZPO (letzterer in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 30 aus 2012,) als verfassungswidrig aufzuheben.

Gemäß § 62 Abs 3 VfGG wird mit der Fortführung des Verfahrens bis zur Zustellung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs innegehalten. Gemäß Paragraph 62, Absatz 3, VfGG wird mit der Fortführung des Verfahrens bis zur Zustellung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs innegehalten.

## Text

Begründung:

Die Entscheidung des Rekursgerichts im vorliegenden Obsorgeverfahren wurde dem Vater am 11. 7. 2014 persönlich - nachdem seine damaligen rechtsfreundlichen Vertreter am 24. 4. 2014 die Auflösung des Vollmachtsverhältnisses bekannt gegeben hatten (ON 98) - zugestellt (ON 126 letzte Seite). Dabei handelte es sich um einen Freitag. Die vierzehntägige Revisionsrekursfrist des § 65 Abs 1 AußStrG endete daher am 25. 7. 2014 (wieder ein Freitag), weil nach § 125 Abs 1 und 2 Satz 1, § 126 Abs 1 ZPO iVm § 23 AußStrG die Frist mit 11. 7. 2014 zu laufen begonnen hatte. Der Tag der Zustellung wird nicht mitgerechnet (Buchegger in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> II/2 [2003])

§ 125 Rz 6; Gitschthaler in Rechberger, ZPO4 [2014] §§ 124-126 ZPO Rz 1 - jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung), ein Samstag hindert den Beginn des Fristenlaufs nicht. Die Entscheidung des Rekursgerichts im vorliegenden Obsorgeverfahren wurde dem Vater am 11. 7. 2014 persönlich - nachdem seine damaligen rechtsfreundlichen Vertreter am 24. 4. 2014 die Auflösung des Vollmachtsverhältnisses bekannt gegeben hatten (ON 98) - zugestellt (ON 126 letzte Seite). Dabei handelte es sich um einen Freitag. Die vierzehntägige Revisionsrekursfrist des Paragraph 65, Absatz eins, AußStrG endete daher am 25. 7. 2014 (wieder ein Freitag), weil nach Paragraph 125, Absatz eins und 2 Satz 1, Paragraph 126, Absatz eins, ZPO in Verbindung mit Paragraph 23, AußStrG die Frist mit 11. 7. 2014 zu laufen begonnen hatte. Der Tag der Zustellung wird nicht mitgerechnet (Buchegger in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> II/2 [2003] Paragraph 125, Rz 6; Gitschthaler in Rechberger, ZPO4 [2014] Paragraphen 124 -, 126, ZPO Rz 1 - jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung), ein Samstag hindert den Beginn des Fristenlaufs nicht.

Am 28. 7. 2014, einem Montag, brachte der Vater - nunmehr wieder vertreten durch seine ursprünglichen rechtsfreundlichen Vertreter - einen außerordentlichen Revisionsrekurs beim Erstgericht ein, der im Hinblick auf den Ablauf der Revisionsrekursfrist bereits am 25. 7. 2014 verspätet wäre. Da in diesem Schriftsatz zur Fristwahrung lediglich ausgeführt wird, die Entscheidung des Rekursgerichts sei dem Vater „glaublich am 14. 7. 2014 zugestellt“ worden, bedurfte es keiner Erhebungen zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zustellung der Entscheidung des Rekursgerichts an den Vater, wird doch ein Abweichen des Zustelldatums auf dem Zustellschein vom tatsächlichen Zustelldatum (vgl 4 Ob 165/05a) nicht konkret behauptet. Am 28. 7. 2014, einem Montag, brachte der Vater - nunmehr wieder vertreten durch seine ursprünglichen rechtsfreundlichen Vertreter - einen außerordentlichen Revisionsrekurs beim Erstgericht ein, der im Hinblick auf den Ablauf der Revisionsrekursfrist bereits am 25. 7. 2014 verspätet wäre. Da in diesem Schriftsatz zur Fristwahrung lediglich ausgeführt wird, die Entscheidung des Rekursgerichts sei dem Vater „glaublich am 14. 7. 2014 zugestellt“ worden, bedurfte es keiner Erhebungen zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zustellung der Entscheidung des Rekursgerichts an den Vater, wird doch ein Abweichen des Zustelldatums auf dem Zustellschein vom tatsächlichen Zustelldatum (vergleiche 4 Ob 165/05a) nicht konkret behauptet.

Mit BGBl I 26/2012 wurde § 89d Abs 2 GOG neu gefasst und lautet nunmehr: Mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 26 aus 2012, wurde Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG neu gefasst und lautet nunmehr:

(2) Als Zustellungszeitpunkt elektronisch übermittelter gerichtlicher Erledigungen und Eingaben (§ 89a Abs 2) gilt jeweils der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgende Werktag, wobei Samstage nicht als Werktage gelten. (2) Als Zustellungszeitpunkt elektronisch übermittelter gerichtlicher Erledigungen und Eingaben (Paragraph 89 a, Absatz 2,) gilt jeweils der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgende Werktag, wobei Samstage nicht als Werktage gelten.

Die Bestimmung trat am 1. 5. 2012 in Kraft (§ 98 Abs 15 GOG) und ist auch in Verfahren außer Streitsachen anzuwenden. Bei Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Sachverhalt - etwa wenn die rechtsfreundlichen Vertreter des Vaters das Vollmachtsverhältnis nicht vorübergehend aufgelöst hätten und deshalb die Entscheidung des Rekursgerichts nicht dem Vater, sondern ihnen im Elektronischen Rechtsverkehr (ERV) am 11. 7. 2014 zugestellt worden wäre - würde die Entscheidung des Rekursgerichts erst als am 14. 7. 2014, dem nachfolgenden Montag, zugestellt gelten, die Revisionsrekursfrist wäre dann erst am 28. 7. 2014 abgelaufen und der außerordentliche Revisionsrekurs des Vaters wäre fristgerecht erhoben. Die Bestimmung trat am 1. 5. 2012 in Kraft (Paragraph 98, Absatz 15, GOG) und ist auch in Verfahren außer Streitsachen anzuwenden. Bei Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Sachverhalt - etwa wenn die rechtsfreundlichen Vertreter des Vaters das Vollmachtsverhältnis nicht vorübergehend aufgelöst hätten und deshalb die Entscheidung des Rekursgerichts nicht dem Vater, sondern ihnen im Elektronischen Rechtsverkehr (ERV) am 11. 7. 2014 zugestellt worden wäre - würde die Entscheidung des Rekursgerichts erst als am 14. 7. 2014, dem nachfolgenden Montag, zugestellt gelten, die Revisionsrekursfrist wäre dann erst am 28. 7. 2014 abgelaufen und der außerordentliche Revisionsrekurs des Vaters wäre fristgerecht erhoben.

Mit Beschluss vom 10. 3. 2015 (G 201/2014-16) wies der Verfassungsgerichtshof den Antrag des Obersten Gerichtshofs vom 17. 9. 2014 (6 Ob 133/14y), gemäß Art 89 Abs 2 (Art 140 B-VG) die Wortfolge „elektronisch übermittelter“ und das Wort „elektronischen“ in § 89d Abs 2 GOG idF BGBl I 26/2012, in eventu § 125 Abs 1 und 2 Satz 1 und/oder § 126 Abs 1 ZPO als verfassungswidrig aufzuheben, zurück. Sowohl Haupt- als auch Eventualbegehren seien zu eng gefasst, tatsächlich wären kumulativ § 89d Abs 2 GOG gemeinsam mit § 125 Abs 1 und § 126 Abs 1 ZPO anzufechten.

gewesen. Mit Beschluss vom 10. 3. 2015 (G 201/2014-16) wies der Verfassungsgerichtshof den Antrag des Obersten Gerichtshofs vom 17. 9. 2014 (6 Ob 133/14y), gemäß Artikel 89, Absatz 2, (Artikel 140, B-VG) die Wortfolge „elektronisch übermittelter“ und das Wort „elektronischen“ in Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 26 aus 2012,, in eventu Paragraph 125, Absatz eins und 2 Satz 1 und/oder Paragraph 126, Absatz eins, ZPO als verfassungswidrig aufzuheben, zurück. Sowohl Haupt- als auch Eventualbegehren seien zu eng gefasst, tatsächlich wären kumulativ Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG gemeinsam mit Paragraph 125, Absatz eins und Paragraph 126, Absatz eins, ZPO anzufechten gewesen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Oberste Gerichtshof hat dazu neuerlich erwogen:

1. In den ErläutRV (1676 BlgNR 24. GP 3) wurde zu § 89d Abs 2 GOG ausgeführt: 1. In den ErläutRV (1676 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 3, ) wurde zu Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG ausgeführt:

Bisher erfolgen die Zustellungen im ERV nur einmal täglich gebündelt, und zwar erst kurz nach Mitternacht. Die Konsequenzen des Zugehens in den elektronischen Verfügungsbereich des/der Empfänger/in wurden daher erst nach Mitternacht ausgelöst, gleichsam so, als ob das Geschäftsstück erst nach Mitternacht in Papierform zugestellt worden wäre.

Im Laufe des Jahres 2012 soll nun der ERV so umgestellt werden, dass die meisten Zustellungen (wie im E-Mail-Verkehr üblich) sofort erfolgen. Das würde - ohne Anpassung der Zustellungsregelungen - bedeuten, dass zB ein an eine/n berufliche/n Parteienvertreter/in knapp vor Mitternacht im ERV zugestelltes Geschäftsstück als mit diesem Zeitpunkt in dessen/deren elektronischen Verfügungsbereich gelangt anzusehen wäre, obgleich zu solchen Zeiten Rechtsanwaltskanzleien in der Regel nicht mehr „besetzt“ sind.

Die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf vorgeschlagene Verschiebung des Zustellungszeitpunkts auf den dem elektronischen Empfang folgenden Werktag (wobei Samstage hier nicht als Werktage gelten) löst diese Schwierigkeiten und vermeidet eine Verschlechterung des Status quo und damit eine mögliche Benachteiligung für die ERV-Teilnehmer/innen.

Überdies stellt die von Seiten der beruflichen Parteienvertreter/innen schon mehrfach geforderte Änderung eine Annäherung an die elektronische Zustellung nach dem Zustellgesetz dar, die im Hinblick auf die Koppelung von ERV und Zustellservice des Bundes, die ebenfalls im Laufe des Jahres 2012 erfolgen wird, erforderlich ist.

2. Bereits kurz nach Inkrafttreten des § 89d Abs 2 GOG befassten sich Frauenberger-Pfeiler/Schmon in ihrem in JAP 2012/2013/5 erschienenen Beitrag „Physische Zustellung, elektronische Zustellung und verhandlungsfreie Zeit: Einfluss auf den Lauf der Rechtsmittelfristen“ mit dieser Bestimmung und wiesen auf deren unverhältnismäßige, unsachliche Begünstigung von Teilnehmern am ERV hin. Sie führten dazu begründend aus: 2. Bereits kurz nach Inkrafttreten des Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG befassten sich Frauenberger-Pfeiler/Schmon in ihrem in JAP 2012/2013/5 erschienenen Beitrag „Physische Zustellung, elektronische Zustellung und verhandlungsfreie Zeit: Einfluss auf den Lauf der Rechtsmittelfristen“ mit dieser Bestimmung und wiesen auf deren unverhältnismäßige, unsachliche Begünstigung von Teilnehmern am ERV hin. Sie führten dazu begründend aus:

Der Fristenlauf beginnt [...] grundsätzlich mit der Zustellung [der Entscheidung]. Seit dem 1. 5. 2012 ist für den Zustellzeitpunkt und damit den Beginn des Fristenlaufs allerdings hinsichtlich physischer und elektronischer Zustellung im ERV zu unterscheiden. Mit Wirksamkeit vom 1. 5. 2012 (§ 89 Abs 15 GOG) normiert § 89d Abs 2 GOG, dass als Zustellungszeitpunkt elektronisch übermittelter gerichtlicher Erledigungen und Eingaben (§ 89a Abs 2) jeweils der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgende Werktag gilt, wobei Samstage nicht als Werktage gelten. [...] Der Fristenlauf beginnt [...] grundsätzlich mit der Zustellung [der Entscheidung]. Seit dem 1. 5. 2012 ist für den Zustellzeitpunkt und damit den Beginn des Fristenlaufs allerdings hinsichtlich physischer und elektronischer Zustellung im ERV zu unterscheiden. Mit Wirksamkeit vom 1. 5. 2012 (Paragraph 89, Absatz 15, GOG) normiert Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG, dass als Zustellungszeitpunkt elektronisch übermittelter gerichtlicher Erledigungen und Eingaben (Paragraph 89 a, Absatz 2,) jeweils der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgende Werktag gilt, wobei Samstage nicht als Werktage gelten. [...]

Damit kann es de facto zu einer Verschiebung des Zustellzeitpunkts um mehrere Tage kommen, wenn etwa die Daten an einem Donnerstag eingelangt sind und der Freitag vor dem Wochenende ein Feiertag ist: Eine physische Zustellung,

die an jenem Donnerstag erfolgt, entfaltet sofort ihre fristauslösende Wirkung; gemäß § 126 ZPO wird der Beginn und Lauf von gesetzlichen und richterlichen Fristen durch Sonn- und Feiertage nicht behindert. Dagegen entfaltet die Zustellung im ERV erst am darauffolgenden Werktag (Montag) ihre Wirkung. Durch die Neufassung des § 89d Abs 2 GOG wird für den Anwendungsbereich des elektronischen Rechtsverkehrs dem § 126 ZPO materiell derogiert, was zu einer prozessualen Ungleichbehandlung der Parteien insofern führt, als Fristen, abhängig von der Teilnahme am ERV, anders zu berechnen sind; demnach hindern Tage, die nicht Werktage sind, den Beginn des Fristenlaufs. Dies führt bei entsprechender Feiertags- und Wochenendkonstellation zu einer erheblichen Bevorzugung der Teilnehmer am ERV durch eine de-facto-Fristverlängerung von mehreren Tagen. Überdies wird mit dem in § 35 Abs 5 ZustG normierten Grundsatz gebrochen, dass mit Abholung des Dokuments dieses jedenfalls als zugestellt gilt. So besteht für die Teilnehmer am ERV insofern ein Vorteil, als sie vom Inhalt eines Dokuments in Kenntnis gesetzt sind, der Zustellzeitpunkt damit aber noch nicht eingetreten ist. UE kann dieses Ergebnis nicht mittels teleologischer Interpretation korrigiert werden, weil es dem Gesetzgeber für den Zustellzeitpunkt offenbar nicht darauf ankam, ob der ERV-Teilnehmer vom Inhalt des Dokuments Kenntnis hat oder nicht. Es stellt sich nun die Frage nach einer sachlichen Rechtfertigung für diese Differenzierung. Motivation für die Änderung der Bestimmung war es, [...] die durch technische Umstellungen möglichen Verkürzungen von „Tagesresten“ am Tag des fristauslösenden Ereignisses, etwa Zustellung um 23:59 Uhr, die bisher nicht möglich waren, auszugleichen. Diese Begründung ist schon deshalb nicht treffend, weil die Tage des fristauslösenden Ereignisses grundsätzlich nicht in die Fristberechnung miteinbezogen werden, sondern immer schon „einen Zeitbonus“ darstellten. Darüber hinaus kann mit dieser Lösung das Problem der unterschiedlich langen Tagesreste bei elektronischer Zustellung und physischer Zustellung jedenfalls nicht behoben werden. Auch bei der physischen Zustellung durch die Post war es zudem schon bisher möglich, dass ein Unterschied bei der Zustellung von etwa 8 Stunden besteht. Zieht man in Betracht, dass der Zugriff auf elektronische Zustellungen quasi schon von überall aus möglich ist und der Informationsfluss durch kurze Abwesenheit von der Abgabestelle nicht unterbrochen wird, hat man mit der Neuregelung das Gegenteil des Beabsichtigten erreicht: Eine, insbesondere bei Zusammentreffen von Feiertagen und Wochenende im Zusammenhang mit kurzen Fristen, unverhältnismäßige, unsachliche Begünstigung von Teilnehmern am ERV. Hinzu kommt, dass die Teilnahme am ERV mit erheblichen Kosten verbunden ist. Eine verfassungskonforme Interpretation ist aufgrund des klaren Wortlauts nicht möglich. Damit kann es de facto zu einer Verschiebung des Zustellzeitpunkts um mehrere Tage kommen, wenn etwa die Daten an einem Donnerstag eingelangt sind und der Freitag vor dem Wochenende ein Feiertag ist: Eine physische Zustellung, die an jenem Donnerstag erfolgt, entfaltet sofort ihre fristauslösende Wirkung; gemäß Paragraph 126, ZPO wird der Beginn und Lauf von gesetzlichen und richterlichen Fristen durch Sonn- und Feiertage nicht behindert. Dagegen entfaltet die Zustellung im ERV erst am darauffolgenden Werktag (Montag) ihre Wirkung. Durch die Neufassung des Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG wird für den Anwendungsbereich des elektronischen Rechtsverkehrs dem Paragraph 126, ZPO materiell derogiert, was zu einer prozessualen Ungleichbehandlung der Parteien insofern führt, als Fristen, abhängig von der Teilnahme am ERV, anders zu berechnen sind; demnach hindern Tage, die nicht Werktage sind, den Beginn des Fristenlaufs. Dies führt bei entsprechender Feiertags- und Wochenendkonstellation zu einer erheblichen Bevorzugung der Teilnehmer am ERV durch eine de-facto-Fristverlängerung von mehreren Tagen. Überdies wird mit dem in Paragraph 35, Absatz 5, ZustG normierten Grundsatz gebrochen, dass mit Abholung des Dokuments dieses jedenfalls als zugestellt gilt. So besteht für die Teilnehmer am ERV insofern ein Vorteil, als sie vom Inhalt eines Dokuments in Kenntnis gesetzt sind, der Zustellzeitpunkt damit aber noch nicht eingetreten ist. UE kann dieses Ergebnis nicht mittels teleologischer Interpretation korrigiert werden, weil es dem Gesetzgeber für den Zustellzeitpunkt offenbar nicht darauf ankam, ob der ERV-Teilnehmer vom Inhalt des Dokuments Kenntnis hat oder nicht. Es stellt sich nun die Frage nach einer sachlichen Rechtfertigung für diese Differenzierung. Motivation für die Änderung der Bestimmung war es, [...] die durch technische Umstellungen möglichen Verkürzungen von „Tagesresten“ am Tag des fristauslösenden Ereignisses, etwa Zustellung um 23:59 Uhr, die bisher nicht möglich waren, auszugleichen. Diese Begründung ist schon deshalb nicht treffend, weil die Tage des fristauslösenden Ereignisses grundsätzlich nicht in die Fristberechnung miteinbezogen werden, sondern immer schon „einen Zeitbonus“ darstellten. Darüber hinaus kann mit dieser Lösung das Problem der unterschiedlich langen Tagesreste bei elektronischer Zustellung und physischer Zustellung jedenfalls nicht behoben werden. Auch bei der physischen Zustellung durch die Post war es zudem schon bisher möglich, dass ein Unterschied bei der Zustellung von etwa 8 Stunden besteht. Zieht man in Betracht, dass der Zugriff auf elektronische Zustellungen quasi schon von überall aus möglich ist und der Informationsfluss durch kurze Abwesenheit von der Abgabestelle nicht unterbrochen wird, hat man mit der Neuregelung das Gegenteil des

Beabsichtigten erreicht: Eine, insbesondere bei Zusammentreffen von Feiertagen und Wochenende im Zusammenhang mit kurzen Fristen, unverhältnismäßige, unsachliche Begünstigung von Teilnehmern am ERV. Hinzu kommt, dass die Teilnahme am ERV mit erheblichen Kosten verbunden ist. Eine verfassungskonforme Interpretation ist aufgrund des klaren Wortlauts nicht möglich.

Auch Gitschthaler (in Rechberger<sup>4</sup> §§ 124-126 ZPO Rz 2/1) bezeichnet § 89d Abs 2 GOG als „verfassungsrechtlich nicht unbedenklich“ und weist anhand zweier konkreter Beispiele nach, dass sich in bestimmten Fällen der Fristlauf für den Empfänger einer Zusendung im ERV gegenüber dem Empfänger einer Zustellung im Postweg am selben Tag um bis zu fünf Tage verlängern kann. Auch Gitschthaler (in Rechberger<sup>4</sup> Paragraphen 124 -, 126, ZPO Rz 2/1) bezeichnet Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG als „verfassungsrechtlich nicht unbedenklich“ und weist anhand zweier konkreter Beispiele nach, dass sich in bestimmten Fällen der Fristlauf für den Empfänger einer Zusendung im ERV gegenüber dem Empfänger einer Zustellung im Postweg am selben Tag um bis zu fünf Tage verlängern kann.

Der Oberste Gerichtshof verneinte in der Entscheidung<sup>1</sup> Ob 26/13z zwar verfassungsrechtliche Bedenken, er hatte dabei allerdings die Frage zu beurteilen, ob durch § 89d Abs 2 GOG die durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei gegenüber der früheren Rechtslage benachteiligt wird. Auf das Verhältnis von vertretenen und unvertretenen Parteien ging der Oberste Gerichtshof daher nicht weiter ein. Der Oberste Gerichtshof verneinte in der Entscheidung 1 Ob 26/13z zwar verfassungsrechtliche Bedenken, er hatte dabei allerdings die Frage zu beurteilen, ob durch Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG die durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei gegenüber der früheren Rechtslage benachteiligt wird. Auf das Verhältnis von vertretenen und unvertretenen Parteien ging der Oberste Gerichtshof daher nicht weiter ein.

3. Der erkennende Senat teilt weiterhin die in der Literatur erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 89d Abs 2 GOG. Gerade der vorliegende Sachverhalt zeigt exemplarisch die unsachliche Ungleichbehandlung von Zustellempfängern auf. Wäre das Vertretungsverhältnis zwischen dem Vater und seinen rechtsfreundlichen Vertretern nicht zufälligerweise gerade in der Phase der Zustellung der Entscheidung des Rekursgerichts aufgelöst gewesen, wäre der vorliegende außerordentliche Revisionsrekurs fristgerecht erhoben. Eine Begründung für diese Ungleichbehandlung lässt sich - worauf Frauenberger-Pfeiler/Schmon ausführlich begründet hingewiesen haben - nicht erkennen. 3. Der erkennende Senat teilt weiterhin die in der Literatur erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG. Gerade der vorliegende Sachverhalt zeigt exemplarisch die unsachliche Ungleichbehandlung von Zustellempfängern auf. Wäre das Vertretungsverhältnis zwischen dem Vater und seinen rechtsfreundlichen Vertretern nicht zufälligerweise gerade in der Phase der Zustellung der Entscheidung des Rekursgerichts aufgelöst gewesen, wäre der vorliegende außerordentliche Revisionsrekurs fristgerecht erhoben. Eine Begründung für diese Ungleichbehandlung lässt sich - worauf Frauenberger-Pfeiler/Schmon ausführlich begründet hingewiesen haben - nicht erkennen.

3.1. Den §§ 124 ff ZPO, die gemäß § 23 AußStrG auch in Verfahren außer Streitsachen anzuwenden sind, liegt die Überlegung zugrunde, dass dem Zustellungsempfänger (insbesondere bei Notfristen) die vierzehntägige oder die vierwöchige (Rechtsmittel-)Frist ungeschmälert zur Verfügung stehen und nicht durch Zufälligkeiten der tatsächlichen Zustellung verkürzt werden soll. Aus diesem Grund werden etwa auch die tatsächliche Zustellung an der Abgabestelle (§ 2 Z 4 ZustG) und die Zustellung durch Hinterlegung (§ 17 ZustG) gleich behandelt; in letzterem Fall beginnt die Frist nicht schon mit dem Zustellversuch zu laufen, sondern erst mit dem Abholtag. In diesem Fall erlangt der Empfänger aber regelmäßig tatsächlich erst mit dem Abholtag Kenntnis vom zugestellten Dokument, während bei der Zustellung nach § 89d Abs 2 GOG der Rechtsanwalt bereits vor dem festgelegten Zustellzeitpunkt Kenntnis erlangen kann. 3.1. Den Paragraphen 124, ff ZPO, die gemäß Paragraph 23, AußStrG auch in Verfahren außer Streitsachen anzuwenden sind, liegt die Überlegung zugrunde, dass dem Zustellungsempfänger (insbesondere bei Notfristen) die vierzehntägige oder die vierwöchige (Rechtsmittel-)Frist ungeschmälert zur Verfügung stehen und nicht durch Zufälligkeiten der tatsächlichen Zustellung verkürzt werden soll. Aus diesem Grund werden etwa auch die tatsächliche Zustellung an der Abgabestelle (Paragraph 2, Ziffer 4, ZustG) und die Zustellung durch Hinterlegung (Paragraph 17, ZustG) gleich behandelt; in letzterem Fall beginnt die Frist nicht schon mit dem Zustellversuch zu laufen, sondern erst mit dem Abholtag. In diesem Fall erlangt der Empfänger aber regelmäßig tatsächlich erst mit dem Abholtag Kenntnis vom zugestellten Dokument, während bei der Zustellung nach Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG der Rechtsanwalt bereits vor dem festgelegten Zustellzeitpunkt Kenntnis erlangen kann.

Auch nach dem früheren System, bei dem Zustellungen im ERV gebündelt und meist kurz nach Mitternacht erfolgten

(vgl die ErläutRV 1676 BlgNR 24. GP 3), stand dem Empfänger die Frist ungeschmälert zur Verfügung; er war jenem Empfänger vergleichbar, dem das Dokument (§ 2 Z 2 ZustG) in Papierform etwa am Vormittag postalisch zugestellt wurde. In beiden Fällen begann die Frist mit 00:00 Uhr des nächsten Tages zu laufen, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Samstag oder Feiertag handelte (§ 126 Abs 1 ZPO). Auch nach dem früheren System, bei dem Zustellungen im ERV gebündelt und meist kurz nach Mitternacht erfolgten, verglichen die ErläutRV 1676 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 3, ), stand dem Empfänger die Frist ungeschmälert zur Verfügung; er war jenem Empfänger vergleichbar, dem das Dokument (Paragraph 2, Ziffer 2, ZustG) in Papierform etwa am Vormittag postalisch zugestellt wurde. In beiden Fällen begann die Frist mit 00:00 Uhr des nächsten Tages zu laufen, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Samstag oder Feiertag handelte (Paragraph 126, Absatz eins, ZPO).

Fristverlängerungen durch Zufälligkeiten der tatsächlichen Zustellung waren durch dieses System kaum denkbar, sie konnten allenfalls in der Dauer von wenigen Stunden (am Zustelltag selbst) gegeben sein; darauf weisen auch Frauenberger-Pfeiler/Schmon zutreffend hin.

3.2. Diesen Grundsatz, dass es sowohl bei postalischer als auch bei Zustellung im ERV auf die tatsächliche Verfügbarkeit der Sendung für den Empfänger ankommt und so die von den Verfahrensgesetzen vorgesehenen Fristen allen Empfängern in annähernd gleichem Ausmaß zur Verfügung stehen, hat § 89d Abs 2 GOG zu Lasten jener Empfänger, denen nicht im ERV zugestellt wird, aufgegeben. Ungeachtet dessen, dass der Empfänger, dem am Freitag im ERV zugestellt wurde, jedenfalls bereits ab Samstag auf das Dokument zugreifen kann, beginnen für ihn die verfahrensrechtlichen Fristen erst um 00:00 Uhr des darauffolgenden Dienstags zu laufen. Bei einer vierzehntägigen Frist, die im Übrigen in Verfahren außer Streitsachen ebenso die Regel ist wie in Exekutions- und Insolvenzverfahren, bedeuten die gewonnenen drei Tage (Samstag, Sonntag und Montag) eine Fristverlängerung um über 20 %. 3.2. Diesen Grundsatz, dass es sowohl bei postalischer als auch bei Zustellung im ERV auf die tatsächliche Verfügbarkeit der Sendung für den Empfänger ankommt und so die von den Verfahrensgesetzen vorgesehenen Fristen allen Empfängern in annähernd gleichem Ausmaß zur Verfügung stehen, hat Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG zu Lasten jener Empfänger, denen nicht im ERV zugestellt wird, aufgegeben. Ungeachtet dessen, dass der Empfänger, dem am Freitag im ERV zugestellt wurde, jedenfalls bereits ab Samstag auf das Dokument zugreifen kann, beginnen für ihn die verfahrensrechtlichen Fristen erst um 00:00 Uhr des darauffolgenden Dienstags zu laufen. Bei einer vierzehntägigen Frist, die im Übrigen in Verfahren außer Streitsachen ebenso die Regel ist wie in Exekutions- und Insolvenzverfahren, bedeuten die gewonnenen drei Tage (Samstag, Sonntag und Montag) eine Fristverlängerung um über 20 %.

Die dem § 89d Abs 2 GOG möglicherweise zugrundeliegende Überlegung des Gesetzgebers, bei einer Zustellung im ERV nach dem Ende der üblichen Geschäftszeiten am Freitag könnte der Empfänger nicht (mehr) auf das Dokument zugreifen, geht an den Lebensrealitäten vorbei und ist deshalb verfehlt. Frauenberger-Pfeiler/Schmon haben bereits darauf hingewiesen, dass der Zugriff auf elektronische Zustellungen quasi schon von überall aus möglich ist. Es entspricht auch den Lebensrealitäten, dass heute praktisch jeder Rechtsanwalt und jeder Notar über Smartphone oder Tablett mit dem Server seiner Kanzlei online verbunden ist. Die Überlegungen der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme vom 16. 12. 2014 zum - zwischenzeitig zurückgewiesenen - ersten Antrag des Obersten Gerichtshofs, bei einer „Durchschnittsbetrachtung“ könne nicht davon ausgegangen werden, dass Rechtsanwälte und Notare mit den Servern ihrer Kanzleien verbunden seien, entsprechen nicht den Lebensrealitäten. Im Übrigen geht es nicht um die Frage, ob der einzelne Rechtsanwalt oder Notar tatsächlich ständig, also auch an Nichtwerktagen, seine ERV-Zustellungen abrufen; maßgeblich ist sein diesbezügliches Können, das ihn etwa vom Empfänger von postalisch hinterlegten Sendungen unterscheidet. Die dem Paragraph 89 d, Absatz 2, GOG möglicherweise zugrundeliegende Überlegung des Gesetzgebers, bei einer Zustellung im ERV nach dem Ende der üblichen Geschäftszeiten am Freitag könnte der Empfänger nicht (mehr) auf das Dokument zugreifen, geht an den Lebensrealitäten vorbei und ist deshalb verfehlt. Frauenberger-Pfeiler/Schmon haben bereits darauf hingewiesen, dass der Zugriff auf elektronische Zustellungen quasi schon von überall aus möglich ist. Es entspricht auch den Lebensrealitäten, dass heute praktisch jeder Rechtsanwalt und jeder Notar über Smartphone oder Tablett mit dem Server seiner Kanzlei online verbunden ist. Die Überlegungen der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme vom 16. 12. 2014 zum - zwischenzeitig zurückgewiesenen - ersten Antrag des Obersten Gerichtshofs, bei einer „Durchschnittsbetrachtung“ könne nicht davon ausgegangen werden, dass Rechtsanwälte und Notare mit den Servern ihrer Kanzleien verbunden seien, entsprechen

nicht den Lebensrealitäten. Im Übrigen geht es nicht um die Frage, ob der einzelne Rechtsanwalt oder Notar tatsächlich ständig, also auch an Nichtwerktagen, seine ERV-Zustellungen abrufen; maßgeblich ist sein diesbezügliches Können, das ihn etwa vom Empfänger von postalisch hinterlegten Sendungen unterscheidet.

3.3. Jedenfalls vermögen alle Überlegungen zu den technischen Unterschieden zwischen einer postalischen Zustellung und einer Zustellung im Rahmen des ERV nicht zu erklären, warum zwar bei der postalischen Zustellung nach § 126 Abs 1 ZPO der Beginn und Lauf einer Frist durch Samstag nicht behindert wird, wohl aber bei der Zustellung im Rahmen des ERV. Die Ausführungen der Bundesregierung im Vorverfahren, dass doch bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter, an den im Rahmen des ERV zugestellt wird, nicht erwartet werden könne, dass dieser auch am Samstag diese zur Kenntnis nehme und reagiere, macht die Ungleichbehandlung zwischen vertretenen und unvertretenen Parteien eines Verfahrens noch zusätzlich deutlich. Bedarf doch gerade die unvertretene Partei nach einer Zustellung häufig der Unterstützung durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter, dem für die Reaktion auf die zugestellte Entscheidung dann aber wesentlich weniger Zeit zur Verfügung steht als dem Vertreter der anderen Partei, an den bereits die Zustellung im Rahmen des ERV erfolgt ist. 3.3. Jedenfalls vermögen alle Überlegungen zu den technischen Unterschieden zwischen einer postalischen Zustellung und einer Zustellung im Rahmen des ERV nicht zu erklären, warum zwar bei der postalischen Zustellung nach Paragraph 126, Absatz eins, ZPO der Beginn und Lauf einer Frist durch Samstag nicht behindert wird, wohl aber bei der Zustellung im Rahmen des ERV. Die Ausführungen der Bundesregierung im Vorverfahren, dass doch bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter, an den im Rahmen des ERV zugestellt wird, nicht erwartet werden könne, dass dieser auch am Samstag diese zur Kenntnis nehme und reagiere, macht die Ungleichbehandlung zwischen vertretenen und unvertretenen Parteien eines Verfahrens noch zusätzlich deutlich. Bedarf doch gerade die unvertretene Partei nach einer Zustellung häufig der Unterstützung durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter, dem für die Reaktion auf die zugestellte Entscheidung dann aber wesentlich weniger Zeit zur Verfügung steht als dem Vertreter der anderen Partei, an den bereits die Zustellung im Rahmen des ERV erfolgt ist.

Der Oberste Gerichtshof hält daher seine Bedenken, dass die angefochtene Ungleichbehandlung bei der Frage der Zustellung sowohl gegen das Sachlichkeitsgebot nach dem Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) als auch die Vorgaben des Art 6 MRK („fair trial“) verstößt, aufrecht. Der Oberste Gerichtshof hält daher seine Bedenken, dass die angefochtene Ungleichbehandlung bei der Frage der Zustellung sowohl gegen das Sachlichkeitsgebot nach dem Gleichheitsgrundsatz (Artikel 7, B-VG; Artikel 2, StGG) als auch die Vorgaben des Artikel 6, MRK („fair trial“) verstößt, aufrecht.

#### **Textnummer**

E111169

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

ECLI:AT:OGH0002:2015:0060OB00073.15A.0527.000

#### **Im RIS seit**

30.06.2015

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.01.2016

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)