jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2011/3/30 9ObA51/10f

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.03.2011

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hradil und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf, sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martin Gleitsmann und Dr. Rotraut Leitner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei B*****, Arbeiter, *****, vertreten durch Dr. Sabine Berger, Rechtsanwältin in Salzburg, gegen die beklagte Partei A***** KG, *****, vertreten durch Stolz & Schartner Rechtsanwälte GmbH, Radstadt, wegen 1.900,21 EUR sA, über die Rekurse der klagenden Partei und beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Februar 2010, GZ 11 Ra 9/10p-17, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 9. September 2009, GZ 19 Cga 45/09a-13, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text**

Begründung:

Der Kläger war vom 10. 12. 2007 bis 29. 2. 2008 mit einem Monatslohn von 1.095 EUR brutto und einer Überstundenpauschale von monatlich 265,72 EUR brutto als Küchenhilfskraft bei der Beklagten beschäftigt. Das Dienstverhältnis endete durch schriftliche Kündigung der Beklagten vom 15. 2. 2008.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung von (der Höhe nach außer Streit stehenden) 1.900,21 EUR brutto an Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 1. 3. 2008 bis 20. 4. 2008 mit der Begründung, vom 14. 2. 2008 bis einschließlich 7. 4. 2008 arbeitsunfähig gewesen zu sein. Er habe nicht nur Krankmeldungen, sondern sogar ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen vom 14. 2. 2008 bzw 16. 2. 2008 mit Telefax vom 14. 2. 2008 bzw 17. 2. 2008 an die Beklagte übermittelt. Überdies habe er noch am 14. 2. 2008 dem Koch fernmündlich von seiner Krankheit Meldung gemacht. Da er von der Beklagten während des Krankenstands gekündigt worden sei, gebühre ihm Entgeltfortzahlung gemäß § 5 EFZG.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte die Abweisung der Klage und wendete ein, dass ihr der Kläger trotz Aufforderung keine Krankenstandsnachweise übermittelt habe. Die ihr angeblich per Telefax übermittelten Krankmeldungen habe sie nie erhalten. Der Kläger sei daher seiner Melde- und Nachweispflicht im Sinn des EFZG nicht

nachgekommen. Ein überdies erhobener Einwand der Verjährung bzw des Verfalls ist nicht mehr Gegenstand des Rekursverfahrens.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt und stellte ergänzend folgenden Sachverhalt fest: Am 14. 2. 2008 erkrankte der Kläger und verließ bei Ende seiner regulären Schicht um 14:00 Uhr den Betrieb, um die praktische Ärztin Dr. K***** aufzusuchen. Diese schrieb ihn für den Zeitraum vom 14. 2. 2008 bis 17. 2. 2008 krank. Der Kläger hätte sonst um 18:00 Uhr seine Arbeit wieder aufnehmen müssen. Er informierte um 18:00 Uhr telefonisch den Chefkoch, dass er krank sei. Noch vor 18:00 Uhr sandte der Kläger die ihm ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbestätigung per Fax an die ihm bekannte Telefonnummer der Beklagten ab. Zu diesem Zweck hatte sich der Kläger in ein Internet-Café begeben. Da eine gesundheitliche Besserung nicht eintrat, wurde der Kläger am 16. 2. 2008 von einem anderen Arzt ab diesem Tag auf unbestimmte Zeit krank geschrieben. Auch diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sandte der Kläger am 17. 2. 2008 per Fax an die Telefonnummer der Beklagten.

Das Erstgericht verneinte einen Verstoß des Klägers gegen die im § 4 Abs 1 und Abs 3 EFZG geregelten Verständigungs- und Meldepflichten. Damit liege keine Säumnis vor, sodass auch kein Verlust des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung eingetreten sei: Da § 4 EFZG keine bestimmte Form der Mitteilung verlange, komme auch die vom Kläger gewählte Art der Mitteilung per Fax in Frage. Eine Erklärung gelte dem Adressaten dann als zugegangen, wenn die Kenntnisnahme der Erklärung nach dem Einlangen im Machtbereich des Empfängers regelmäßig erwartet werden könne. Störungen, die normalen Umständen entgegenstehen sollten, seien der Sphäre des Adressaten zuzuordnen. Wenn sich daher die Beklagte im vorliegenden Fall auf das Alter des Faxgeräts oder auf die Möglichkeit bezogen habe, dass kein Papier im Gerät gewesen sei, so seien diese Umstände der Risikosphäre der Beklagten zuzuordnen.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf. Es schloss sich im Wesentlichen der Auffassung des Bundesgerichtshofs und der Literatur (vor allem Borns, Übermittlungsrisiko beim Telefax in RdW 1995, 131) an, wonach auch ein „OK-Vermerk" auf dem Sendebericht noch nicht den Beweis dafür liefere, dass die Mitteilung tatsächlich beim Empfänger eingelangt sei. Der „OK-Vermerk" weise nur nach, dass das Telefax abgesendet, nicht jedoch, dass es auch zugegangen sei. Diese Beweisproblematik sei mit den Parteien im Verfahren erster Instanz nicht ausreichend erörtert worden, ohne Verstoß gegen § 182a ZPO sei es auch dem Berufungsgericht nicht möglich, den (Anscheins-)Beweis des Zugangs als nicht erbracht zu erachten und in der Sache selbst zu entscheiden.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs gemäß § 519 Abs 2 iVm§ 502 Abs 1 ZPO zulässig sei, weil noch keine endgültige höchstgerichtliche Entscheidung zu den relevanten Rechtsfragen des Zugangs eines Telefax bestehe.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Rekurse beider Streitteile:

derjenige des Klägers aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und in der Sache selbst dahin zu erkennen, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt werde;

derjenige der Beklagten aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben, in der Sache selbst zu Recht zu erkennen und die Klage abzuweisen.

**Rechtliche Beurteilung**

Beide Rekurse sind aus den im angefochtenen Beschluss genannten Gründen zulässig; sie sind aber nicht berechtigt.

Zum Rekurs des Klägers:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger in seinem Rekurs auf die - von der Beklagten bestrittene und vom Berufungsgericht als unzureichend erachtete - fernmündliche Krankmeldung nicht mehr zurückkommt, sondern sich ausschließlich auf die Krankmeldung per Telefax stützt, sodass auch nur dieses Thema zu erörtern ist.

§ 4 Abs 4 EFZG enthält keine Vorschriften über die Form der Anzeige der Dienstverhinderung (8 ObA 92/03t; RIS-Justiz RS0119372). Auch die Übermittlung per Telefax muss daher - unabhängig von der noch zu erörterten Zugangsproblematik - grundsätzlich als für die Übermittlung dieser Wissenserklärung geeignete Form angesehen werden (Kallab, Zur Mitteilungspflicht bei Arbeitsverhinderungen in DRdA 2007, 149, 151).

Die in § 862a erster Satz ABGB statuierte Empfangs- oder Zugangstheorie gilt grundsätzlich für alle empfangsbedürftigen Erklärungen, so auch Wissenserklärungen (Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 § 862a Rz 2; Rummel in Rummel ABGB3 § 862a Rz 1, jeweils mwN; Kallab, Mitteilungspflicht in DRdA 2007, 153 uva). Eine Erklärung

ist grundsätzlich bei Kenntnisnahme zugegangen, außerdem aber auch dann - insbesondere damit der Empfänger das Wirksamwerden der Erklärung nicht verzögern oder verhindern kann -, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass sich der Adressat unter normalen Verhältnissen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann und Störungen nur mehr in seiner Sphäre, nicht beim Absender oder der Übermittlungsanstalt möglich sind (RIS-Justiz RS0014076; Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 § 862a Rz 3 mwN; Bollenberger in KBB3 § 862a ABGB Rz 4 uva). Die Beweislast für den Zugang trägt grundsätzlich der Absender (Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 § 862a ABGB Rz 7; Bollenberger in KBB3 § 862a ABGB Rz 7 uva).

Der Zugang wird dann fingiert, wenn ihn der Empfänger absichtlich oder wider Treu und Glauben vereitelt oder wenn er gebotene Empfangsvorkehrungen unterlässt (Bollenberger in KBB3 § 862a ABGB Rz 4 mwN).

Hat jemand mit dem Eingang rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu rechnen, hat er auch im Sinne einer Obliegenheit sicherzustellen, dass diese ihn erreichen (Thot/Gimmy, Vertragsschluss im Internet in Kröger/Gimmy Handbuch zum Internetrecht, 11). So ist beispielsweise von Kaufleuten zu erwarten, dass sie stets Empfangsvorkehrungen treffen (Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 § 862a ABGB Rz 3), desgleichen hat der Empfänger die mangelnde oder mangelhafte Bereitschaft zur Entgegennahme eines Telefax zu vertreten, wenn er damit rechnen musste, dass Erklärungen auf diesem Wege erfolgen werden (1 Ob 273/97x = JBl 1999, 252). Gleiches muss wohl gelten, wenn der Empfänger seine Telefax-Nummer entweder in einem Verzeichnis öffentlich zugänglich macht oder diese Personen, mit denen er im Rechtsverkehr steht, bekannt gibt (vgl zum Internetanschluss: Thot/Gimmy, Vertragsschluss 11). Da Übermittlungsfehler nicht auszuschließen sind, geht das Übermittlungsrisiko erst dann auf den Empfänger der Nachricht über, wenn diese in seinem Empfangsbereich gelangt ist, im Falle eines Telefax also während der Geschäftsstunden mit Signaleingang (Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 § 862a ABGB Rz 6; Bollenberger in KBB3 § 862a ABGB Rz 5; Borns, Übermittlungsrisiko beim Telefax, in RdW 1995, 131, 132; Rummel in Rummel ABGB3 § 862a ABGB Rz 3). Da sohin bis zum Einlangen des Sendesignals beim Empfänger den Absender das Übermittlungsrisiko trifft, reicht der bloße, vom Sendegerät ausgehende Sendebericht für den Nachweis des Zugangs beim Empfänger nicht aus (RIS-Justiz RS0122204; 7 Ob 94/04f; Thot/Gimmy, Vertragsschluss im Internet, 10; Borns, RdW 1995, 132; Bollenberger in KBB3 § 862a ABGB Rz 7). Zu prüfen bleibt, ob allenfalls ein dem Sendebericht angeschlossener „OK-Vermerk" geeignet ist, zu einem anderen Kalkül, allenfalls zur Annahme eines prima-facie-Beweises zu führen. Ein solcher prima-facie-Beweis durch einen „OK-Vermerk" auf einem Telefax wird zwar in der zweitinstanzlichen deutschen Rechtsprechung weitgehend befürwortet, wobei insbesondere auf den „technischen Fortschritt" verwiesen wird. Die neuere Rechtsprechung deutscher Höchstgerichte lehnt einen solchen prima-facie-Beweis aber nach wie vor ab (BGH in BB 1995, 221 = CuR 1995, 143; BAG in BB 2002/2560, BFH vom 23. 12. 2002, IV B 9/02). So heißt es in dem Urteil des BGH vom 7. 12. 1994 VIII ZR 153/93 (= BB 1995, 221 ua): „Solange die Möglichkeit besteht, dass die Datenübertragung trotz 'OK-Vermerks' im Sendebericht infolge von Leitungsstörungen missglückt ist, vermag der Sendebericht allenfalls ein Indiz für den Zugang zu liefern, nicht aber einen Anscheinsbeweis zu rechtfertigen. ... Denn die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises sind nur bei typischen Geschehensabläufen gegeben, bei denen nach der Lebenserfahrung regelmäßig von einem bestimmten Ereignis auf einen bestimmten Erfolg - oder umgekehrt - geschlossen werden kann. Bloße Wahrscheinlichkeiten reichen nicht aus. ... Es fehlt bisher an einer Feststellung oder gesicherten, gerichtsbekannten Erkenntnis dazu, wie oft Telefaxübertragungen scheitern und der Sendebericht gleich wohl einen 'OK-Vermerk' ausdruckt. Die im Schrifttum gelegentlich geäußerte Vermutung einer 'hohen Verbindungs- und Übertragungssicherheit' der Telefaxtechnik gibt noch keine verlässliche Grundlage für einen Anscheinsbeweis ab." Weiters folgert der Bundesgerichtshof, dass die Beurteilung des Sendeberichts im Sinne eines Zugangs-(Anscheins-)beweises nur dann erfolgen dürfe, wenn entweder das Gericht über eigene Sachkunde verfügte oder sich Sachverständigerhilfe bedient habe. Wiebe (Bundesgerichtshof: Beweiskraft des Sendeberichts für Telefaxzugang in CuR 1995, 143, 146) befürwortet die Auffassung des Bundesgerichtshofs und führt aus, dass die Annahme eines Anscheinsbeweises davon abhänge, dass die technische Zuverlässigkeit der Datenübermittlung per Telefax erheblich größer sei als die der postalischen Übermittlung und eine Fälschung des Sendeberichts ausgeschlossen sei. Davon könne aber noch nicht ausgegangen werden. Kritik zu dieser Rechtsprechung äußerte Riesenkampff (Beweisbarkeit der form- und fristgerechten Übermittlung durch Telefaxgeräte in NJW 2004, 3296, 3298 f; Die Beweisbarkeit des Zugangs beim Telefax in Deutschland und England in ZVglRWiss 2008, 428, 449), wobei die wesentliche Argumentation darauf liegt, dass nach dem heutigen Stand der Technik Leitungsstörungen seltener bis unwahrscheinlich geworden seien. Diese Ansicht ist aber nicht geeignet, Notorietät ausreichend verlässlicher Übermittlungstechnik als Voraussetzung für einen Anscheinsbeweis annehmen zu können.

Die österreichische Literatur folgt, soweit überblickbar, den Argumenten des Bundesgerichtshofs:Borns (Übermittlungsrisiko beim Telefax in RdW 1995, 131 f) meint, dass dem Bundesgerichtshof schon deshalb auch aus österreichischer Sicht zu folgen sei, weil ein Vergleich des Telefaxgeräts mit der bezüglich eines Empfangsboten vertretenen Rechtsauffassung geboten scheine: Sei die Erklärung gegenüber dem Boten des Empfängers abgegeben worden, so sei damit die Erklärung schon zugegangen und der Empfänger trage das Risiko, wenn der Bote die Erklärung verstümmelt oder gar nicht ausrichte. Diese Grundsätze seien auch auf Empfangsgeräte (Telefaxgerät, Computer) anzuwenden. Gehen also Signale ein, werde aber der Ausdruck etwa aufgrund eines Papierstaus verhindert, so gelte trotzdem die Erklärung als zugegangen. Eine Verschiebung des Risikos des Zugangs derart, dass den Absender das Kenntnisnahmerisiko und der Speicherung und des Abbruchs treffe, sei deshalb abzulehnen, da es der Empfänger sei, der den Verkehr eröffnet habe und diesen auch aus verschiedenen Gründen erwarte (zB durch Angabe der Telefaxrufnummer auf Geschäftspapier). Der dem Absender obliegende Zugangsbeweis könne aber nicht schon durch den „OK-Vermerk" im Sendebericht des Absenders erbracht werden. Solange nämlich die Möglichkeit bestehe, dass die Datenübertragung trotz „OK-Vermerks" missglückt sei, sei es aufgrund einer Störung des öffentlichen Netzes oder der Empfangsanlage, fehle gerade der Beweis, in wessen Sphäre der Grund für das Misslingen der Übermittlung gelegen sei. Ähnlich argumentieren auch Rummel (in Rummel in Rummel ABGB3 § 862a ABGB Rz 9), Bollenberger (KBB3 § 862a ABGB Rz 7) oder Neumayr (Online-Willenserklärungen-Beweis- und Zurechnungsfragen in Plöckinger/Duursma/Mayrhofer, Internet-Recht: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsprivatrecht, öffentlichen Recht, Strafrecht, 55).

Der erkennende Senat schließt sich der überzeugenden, auf der Rechtsprechung der deutschen Höchstgerichte fußenden Rechtsauffassung an, dass der „OK-Vermerk" eines Telefax-Sendeberichts keinen (Anscheins-)Beweis für den Zugang beim Empfänger erbringt. Zusammenfassend ergibt sich daher (stellvertretend für viele mitRummel in Rummel ABGB3 § 862a Rz 3): Ein Telefax reist im Prinzip auf Gefahr des Versenders; bloßerwiesene Störung des Empfangsgeräts (- dem ist wohl die nicht ausreichende Ausstattung mit Druckerpapier gleichzuhalten -) fällt in den Risikobereich des Empfängers. Der Zugangszeitpunkt ist der Signaleingang während der Geschäftszeit, sonst mit Beginn des nächsten Arbeitstags (so schon Wilhelm, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen in ecolex 1990, 209).

Keinesfalls reicht daher, wie auch vom Berufungsgericht zutreffend erkannt, die Feststellung aus, dass der Kläger Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen per Telefax übermittelt habe, weil sich daraus noch kein notwendiger Zugang beim Empfänger ergibt.

Zum Rekurs der Beklagten:

Zutreffend verweist das Berufungsgericht darauf, dass - außer in Nebenansprüchen - das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur dann stützen darf, wenn es diese mit den Parteien erörtert und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat (§ 182a ZPO). Der bloße Hinweis der Rekurswerberin auf das jeweilige Vorbringen, ist nicht geeignet, die Notwendigkeit einer Erörterung in Frage zu stellen, weil die klagende Partei erkennbar die Wesentlichkeit des Zugangskriteriums übersehen hat. Der Auftrag des Berufungsgerichts zur entsprechenden Erörterung durch das Erstgericht ist daher das Ergebnis einer zutreffenden Rechtsauffassung.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

**Schlagworte**

11 Arbeitsrechtssachen,

**Textnummer**

E97020

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:009OBA00051.10F.0330.000

**Im RIS seit**

05.05.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

26.11.2012

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at