

# TE OGH 2004/3/31 9ObA29/04m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.03.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Hradil als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Ing. Mag. Günter F\*\*\*\*\*, Betriebswirt, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gunther Huber, Rechtsanwalt in Traun, gegen die beklagte Partei Ö\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Norman Dick und Dr. Michael Dyck, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen EUR 12.101,45 brutto und EUR 679,85 netto sA (Rekursinteresse EUR 10.001,10 brutto und EUR 679,85 netto), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. Jänner 2004, GZ 11 Ra 11/04y-24, mit dem die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Arbeits- und Sozialgericht vom 2. Juni 2003, GZ 11 Cga 126/02t-14, zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Rekurswerber hat die Kosten seines Rechtsmittels selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Das dem Klagebegehren nur teilweise stattgebende Urteil wurde dem Verfahrenshelfer des Klägers am 27. 8. 2003 zugestellt.

Mit Beschluss vom 16. September 2003 - dem Verfahrenshelfer nach der Aktenlage zugestellt am 25. 9. 2003 - wurde die dem Kläger bewilligte Verfahrenshilfe für erloschen erklärt. Über Rekurs des Klägers wurde dieser Beschluss mit Beschluss vom 7. 11. 2003 ersatzlos aufgehoben. Die Rekursentscheidung wurde dem Verfahrenshelfer am 7. 11. 2003 zugestellt.

Am 5. 12. 2003 erhob der Kläger durch seinen Verfahrenshelfer gegen den abweisenden Teil des erstgerichtlichen Urteils Berufung.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Berufungsgericht diese Berufung als verspätet zurück. Die Zustellung des Beschlusses, mit dem das Gericht die Verfahrenshilfe für erloschen erkläre oder entziehe, unterbreche gemäß § 68 Abs 4 2. Satz ZPO zwar den Lauf der Berufungsfrist; hier sei aber die Berufungsfrist bereits am 24. 9. 2003 und damit vor Zustellung des Beschlusses über das Erlöschen der Verfahrenshilfe abgelaufen, sodass sie nicht mehr habe unterbrochen werden können. Die erst am 5. 2. 2003 erhobene Berufung sei daher verspätet. Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Berufungsgericht diese Berufung als verspätet zurück. Die Zustellung des Beschlusses, mit dem das

Gericht die Verfahrenshilfe für erloschen erkläre oder entziehe, unterbreche gemäß Paragraph 68, Absatz 4, 2. Satz ZPO zwar den Lauf der Berufungsfrist; hier sei aber die Berufungsfrist bereits am 24. 9. 2003 und damit vor Zustellung des Beschlusses über das Erlöschen der Verfahrenshilfe abgelaufen, sodass sie nicht mehr habe unterbrochen werden können. Die erst am 5. 2. 2003 erhobene Berufung sei daher verspätet.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Klägers mit dem Antrag, ihn aufzuheben und dem Berufungsgericht die Fortsetzung des gesetzesgemäßen Verfahrens über die Berufung aufzutragen.

Unter Vorlage einer entsprechenden Telekopie macht der Rekurswerber geltend, dass der Beschluss über das Erlöschen der Verfahrenshilfe seinem Verfahrenshelfer erstmals bereits am 23. 9. 2003 per Telefax zugestellt worden sei, sodass die in § 68 ZPO normierte Unterbrechung der Berufungsfrist bereits mit diesem Datum eingetreten sei. Unter Vorlage einer entsprechenden Telekopie macht der Rekurswerber geltend, dass der Beschluss über das Erlöschen der Verfahrenshilfe seinem Verfahrenshelfer erstmals bereits am 23. 9. 2003 per Telefax zugestellt worden sei, sodass die in Paragraph 68, ZPO normierte Unterbrechung der Berufungsfrist bereits mit diesem Datum eingetreten sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Auch wenn - wovon trotz Fehlens jeglicher Hinweise im Akteninhalt auf Grund der vorgelegten Telekopie wohl auszugehen ist - das Vorbringen des Rekurswerbers über die am 23. 9. 2003 erfolgte Übermittlung des Beschlusses vom 16. 9. 2003 per Telefax zutrifft, erweist sich der angefochtene Beschluss als zutreffend:

Nach § 1 Abs 2 ZustG gilt die Übermittlung einer Erledigung mit Telefax als Zustellung, soweit die Verfahrensvorschriften dies vorsehen. Dies ist nunmehr im Bereich des AVG nach dessen § 18 Abs 3 der Fall. Für den Bereich der ZPO fehlt jedoch eine vergleichbare Bestimmung, sodass eine Zustellung durch Telefax im Zivilprozess ausgeschlossen ist (Gitschthaler in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> § 87 [§ 3 ZustG] Rz 2; Stumvoll in Fasching/Konecny<sup>2</sup>, Rz 24 Anh § 87 ZPO Rz 24 zu § 1 ZustG, unter Hinweis auf § 2 Abs 1 Satz 2 der VBGBI 1995/559, wonach "die Fax-Übertragung ... im elektronischen Rechtsverkehr nicht zulässig" ist). Nach Paragraph eins, Absatz 2, ZustG gilt die Übermittlung einer Erledigung mit Telefax als Zustellung, soweit die Verfahrensvorschriften dies vorsehen. Dies ist nunmehr im Bereich des AVG nach dessen Paragraph 18, Absatz 3, der Fall. Für den Bereich der ZPO fehlt jedoch eine vergleichbare Bestimmung, sodass eine Zustellung durch Telefax im Zivilprozess ausgeschlossen ist (Gitschthaler in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> Paragraph 87, [§ 3 ZustG] Rz 2; Stumvoll in Fasching/Konecny<sup>2</sup>, Rz 24 Anh Paragraph 87, ZPO Rz 24 zu Paragraph eins, ZustG, unter Hinweis auf Paragraph 2, Absatz eins, Satz 2 der römisch fünf BGBI 1995/559, wonach "die Fax-Übertragung ... im elektronischen Rechtsverkehr nicht zulässig" ist).

Gitschthaler (in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> Rz 8 § 87 [§ 7 ZustG] sowie Rz 4 § 87 [§ 1 ZustG]) vertritt allerdings die Auffassung, dass eine Heilung des unzulässigen Zustellvorganges eintritt, wenn die Telekopie dem Empfänger tatsächlich zukommt. Diese Auffassung wurde in mehreren Entscheidungen - zum Verwaltungsverfahren - auch vom VwGH vertreten (ÖJZ 1993, 604 Nr. 164; ZfVB 1996/1511; ZfVB 1996/1674), der allerdings in anderen Entscheidungen eine derartige Heilung einer unzulässigen Telefaxzustellung durch tatsächliches Zukommen der Telekopie verneinte (so etwa ZfVB 1998/2060; ZUV 2001 H 3, 26; ZfVB 2002/1369). Gitschthaler (in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> Rz 8 Paragraph 87, [§ 7 ZustG] sowie Rz 4 Paragraph 87, [§ 1 ZustG]) vertritt allerdings die Auffassung, dass eine Heilung des unzulässigen Zustellvorganges eintritt, wenn die Telekopie dem Empfänger tatsächlich zukommt. Diese Auffassung wurde in mehreren Entscheidungen - zum Verwaltungsverfahren - auch vom VwGH vertreten (ÖJZ 1993, 604 Nr. 164; ZfVB 1996/1511; ZfVB 1996/1674), der allerdings in anderen Entscheidungen eine derartige Heilung einer unzulässigen Telefaxzustellung durch tatsächliches Zukommen der Telekopie verneinte (so etwa ZfVB 1998/2060; ZUV 2001 H 3, 26; ZfVB 2002/1369).

Stumvoll (in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Anh § 87 Rz 24 zu § 1 ZustG sowie Rz 16 zu § 7 ZustG) vertritt den Standpunkt, dass eine "Zustellung" per Telefax durch das tatsächliche Zukommen der Telekopie nicht iSd § 7 ZustG geheilt wird. Dies entspricht auch dem Standpunkt von Ritz, BAO<sup>2</sup> § 97 Rz 7 (unter Hinweis auf Weninger, ÖStZ 198, 163). Stumvoll (in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Anh Paragraph 87, Rz 24 zu Paragraph eins, ZustG sowie Rz 16 zu Paragraph 7, ZustG) vertritt den Standpunkt, dass eine "Zustellung" per Telefax durch das tatsächliche Zukommen der Telekopie nicht iSd Paragraph 7, ZustG geheilt wird. Dies entspricht auch dem Standpunkt von Ritz, BAO<sup>2</sup> Paragraph 97, Rz 7 (unter Hinweis auf Weninger, ÖStZ 198, 163).

Der Oberste Gerichtshof hatte sich mit dieser Frage noch nicht auseinanderzusetzen. Allerdings ging er zu 4 Ob 38/92 davon aus, dass eine nicht an den Vertreter, sondern (in unzulässiger Weise) an die Partei erfolgte Zustellung nicht dadurch geheilt wurde, dass die Partei das Schriftstück per Telefax an ihren Vertreter übermittelt. Generell geht der Oberste Gerichtshof davon aus, dass die Heilung eines Zustellmangels durch tatsächliches Zukommen iSd § 7 ZustG nur dann bejaht werden kann, wenn dem Empfänger die Sendung im Original zukommt, sodass etwa die Empfangnahme einer Ablichtung nicht genügt (9 ObA 321/00x; 1 Ob 66/01i). Der Oberste Gerichtshof hatte sich mit dieser Frage noch nicht auseinanderzusetzen. Allerdings ging er zu 4 Ob 38/92 davon aus, dass eine nicht an den Vertreter, sondern (in unzulässiger Weise) an die Partei erfolgte Zustellung nicht dadurch geheilt wurde, dass die Partei das Schriftstück per Telefax an ihren Vertreter übermittelt. Generell geht der Oberste Gerichtshof davon aus, dass die Heilung eines Zustellmangels durch tatsächliches Zukommen iSd Paragraph 7, ZustG nur dann bejaht werden kann, wenn dem Empfänger die Sendung im Original zukommt, sodass etwa die Empfangnahme einer Ablichtung nicht genügt (9 ObA 321/00x; 1 Ob 66/01i).

Vor diesem Hintergrund ist in Übereinstimmung mit Stumvoll und Ritz davon auszugehen, dass die im Zivilprozess unzulässige Übermittlung einer Erledigung auch dann nicht - im Wege der Heilung iSd § 7 ZustG - Zustellwirkung entfaltet, wenn die Telekopie dem Empfänger tatsächlich zukommt. Dem Gesetzgeber, der für den Zivilprozess eine dem § 18 AVG vergleichbare Regelung unterlassen und in § 2 Abs 1 Satz 2 der VBGBI 1995/559 für den elektronischen Rechtsverkehr die Faxübertragung ausdrücklich ausgeschlossen hat, kann nicht zugesehen werden, erfolgreiche Faxübermittlungen generell - im Wege der Heilung durch (in diesem Fall zwangsläufig eintretendes) tatsächliches Zukommen an den Empfänger - als wirksame Zustellung zu akzeptieren. Dies stünde auch im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, der die Heilung immer vom Zukommen eines Originals abhängig gemacht hat, während bei der Übermittlung per Telefax dem Empfänger begrifflich nur eine Kopie zukommen kann. Vor diesem Hintergrund ist in Übereinstimmung mit Stumvoll und Ritz davon auszugehen, dass die im Zivilprozess unzulässige Übermittlung einer Erledigung auch dann nicht - im Wege der Heilung iSd Paragraph 7, ZustG - Zustellwirkung entfaltet, wenn die Telekopie dem Empfänger tatsächlich zukommt. Dem Gesetzgeber, der für den Zivilprozess eine dem Paragraph 18, AVG vergleichbare Regelung unterlassen und in Paragraph 2, Absatz eins, Satz 2 der römisch fünf BGBI 1995/559 für den elektronischen Rechtsverkehr die Faxübertragung ausdrücklich ausgeschlossen hat, kann nicht zugesehen werden, erfolgreiche Faxübermittlungen generell - im Wege der Heilung durch (in diesem Fall zwangsläufig eintretendes) tatsächliches Zukommen an den Empfänger - als wirksame Zustellung zu akzeptieren. Dies stünde auch im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, der die Heilung immer vom Zukommen eines Originals abhängig gemacht hat, während bei der Übermittlung per Telefax dem Empfänger begrifflich nur eine Kopie zukommen kann.

Dies bedeutet aber, dass der Beschluss über das Erlöschen der Verfahrenshilfe dem Vertreter des Klägers - der Aktenlage entsprechend - erst am 25. 9. 2003 wirksam zugestellt wurde. Die vorher erfolgte Übermittlung des Beschlusses per Telefax ist nichts anderes als eine rechtlich bedeutungslose Vorausverständigung, der keine Zustellwirkung zukommt.

Die in § 68 Abs 4 ZPO normierte Unterbrechung der Rechtsmittelfrist tritt aber nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes mit der Zustellung des Beschlusses ein und nicht mit einer formlosen Vorausverständigung. Davon kann aus Gründen der Rechtssicherheit nicht abgegangen werden. Die in Paragraph 68, Absatz 4, ZPO normierte Unterbrechung der Rechtsmittelfrist tritt aber nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes mit der Zustellung des Beschlusses ein und nicht mit einer formlosen Vorausverständigung. Davon kann aus Gründen der Rechtssicherheit nicht abgegangen werden.

Da hier - wie das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat - die Zustellung des Beschlusses über das Erlöschen der Verfahrenshilfe erst erfolgte, als die Berufungsfrist bereits abgelaufen war, konnte diese Frist nicht mehr unterbrochen werden, sodass sich die lange Zeit nach Ablauf der Frist erhobene Berufung als verspätet erweist.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekurses gründet sich auf die §§ 40, 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Rekurses gründet sich auf die Paragraphen 40,, 50 ZPO.

#### **Textnummer**

E73350

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:009OBA00029.04M.0331.000

**Im RIS seit**

30.04.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

14.05.2012

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