

# TE OGH 2018/8/14 3Ob128/18x

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.08.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr.

Hoch als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Roch und Dr. Rassi und die Hofrätinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. D\*\*\*\*\* GmbH, 2. E\*\*\*\*\* GmbH, 3. H\*\*\*\*\* GmbH, 4. P\*\*\*\*\* GmbH, 5. V\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, alle vertreten durch Dr. Peter Zöchbauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Einwendungen gegen den Anspruch (§ 35 EO), über den Rekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts Salzburg als Berufungsgericht vom 27. März 2018, GZ 53 R 53/18b-25, womit über Berufung der klagenden Partei das Versäumungsurteil des Bezirksgerichts Salzburg vom 13. Juli 2017, GZ 39 C 10/17w-11, als nichtig aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und dem Berufungsgericht wird die neuerliche Entscheidung über die Berufung der klagenden Partei aufgetragen.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht beraumte am 12. Juni 2017 die vorbereitende Tagsatzung für den 13. Juli 2017 an. Die Ladungen an die (damals) ausgewiesenen Parteienvertreter wurden am 13. Juni 2017 im elektronischen Rechtsverkehr abgefertigt; Zustellungszeitpunkt gemäß § 89d Abs 2 GOG war jeweils der 14. Juni 2017.

Am 13. Juni 2017 brachte Rechtsanwalt Dr. Walter Aichinger (im Folgenden: neuer Klagevertreter) beim Erstgericht einen Schriftsatz ein, mit dem er bekannt gab, dass die bisherige Klagevertreterin mit Wirkung vom 1. Juni 2017 auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft verzichtet habe. Er sei von der Salzburger Rechtsanwaltskammer zum Substituten (mittlerweile nach § 34a RAO) bestellt und von der Klägerin bevollmächtigt worden. Es werde um Kenntnisnahme des Wechsels der Bevollmächtigung ersucht (ON 7).

Zur Verhandlung vom 13. Juli 2017 kam für die Klägerin niemand, sodass das Erstgericht auf Antrag der Beklagten ein (negatives) Versäumungsurteil fällte.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge, hob das Versäumungsurteil unter Nichtigerklärung der

Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 13. Juli 2017 als nichtig auf und trug dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens auf. Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO liege vor, weil das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt worden sei. Die vormalige Klagevertreterin habe mit Ablauf des 31. Mai 2017 auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft verzichtet. Die zuständige Salzburger Rechtsanwaltskammer habe dies am 1. Juni 2017 zur Kenntnis genommen und in ihrer Datenmeldung vom 14. Juni 2017 an das Bundesrechenzentrum – in Erfüllung ihrer Verpflichtung nach § 7 Abs 3 ERV 2006 – diese Rechtsanwalts GmbH als gelöscht angeführt. Am 14. Juni 2017 sei außerdem über die vormalige Rechtsanwalts GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Für die Wirksamkeit der elektronischen Zustellung sei zunächst erforderlich, dass die Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt seien. Dies reiche jedoch noch nicht aus, weil „das Zustelldatum“ erst am Werktag (ausgenommen Samstag) danach eintrete (§ 89d Abs 2 GOG). Der Zeitpunkt, zu dem die Sendung in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelange, werde technisch dokumentiert. Das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers sei der erste Teil des Zustellvorgangs, der ungefähr mit dem Zurücklassen einer Hinterlegungsanzeige bei der Papierzustellung vergleichbar sei. Der Werktag iSd § 89d Abs 2 GOG bilde den zweiten Teil der Zustellung, vergleichbar etwa dem Beginn der Abholfrist bei der Papierzustellung. Bereits mit der Verzichtserklärung der ehemaligen Klagevertreterin per 31. Mai 2017 sei auch die Zustimmung zur Teilnahme am elektronischen Rechtsverkehr widerrufen worden. Daran ändere sich auch dadurch nichts, dass die Rechtsanwaltskammer ihrer Verpflichtung zur Bekanntgabe der Änderung des Anschriftscodes im Sinn einer Löschung desselben (§ 7 Abs 2 und 3 ERV 2006) erst am 14. Juni 2017 durch Mitteilung an das Bundesrechenzentrum nachgekommen sei. In dargestellter Analogie zur Papierzustellung sei die Hinterlegungsanzeige betreffend eine Ladung zur Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung zwar an der Abgabestelle zurückgelassen worden, ohne dass aber die vormalige Klagevertreterin zu diesem Zeitpunkt noch am elektronischen Rechtsverkehr teilgenommen hätte. Damit sei der erste Teil des Zustellvorgangs mangelhaft geblieben. Der Klägerin sei deshalb der Termin der Tagsatzung durch eine gesetzwidrige Zustellung unbekannt gewesen.

Das Berufungsgericht ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu, weil die Rechtsfrage der Voraussetzungen einer wirksamen elektronischen Zustellung nach Verzicht auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft die Qualität des § 502 Abs 1 ZPO erfülle.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs der Beklagten ist zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantragsberechtigt.

1. Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO ist erfüllt, wenn einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch ungesetzlichen Vorgang, insbesondere durch Unterlassung der Zustellung entzogen wurde.

Die Gewährung des Gehörs besteht – neben der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Zustellung aller wesentlichen Schriftsätze des Gegners sowie aller gerichtlichen Verfügungen und Entscheidungen und der Anhörung bei der mündlichen Verhandlung – insbesondere in der Ladung zur mündlichen Verhandlung (RIS-Justiz RS0107383 [T1]).

2. Hat eine Partei für einen Rechtsstreit Prozessvollmacht erteilt, so haben gemäß § 93 Abs 1 ZPO bis zur Aufhebung der Prozessvollmacht alle diesen Rechtsstreit betreffenden Zustellungen an den namhaft gemachten Bevollmächtigten zu geschehen. Eine im Widerspruch zu § 93 ZPO bewirkte Zustellung ist wirkungslos (RIS-Justiz RS0036252; jüngst 3 Ob 98/17h).

3. Das Erstgericht hat ursprünglich im Einklang mit der Aktenlage die Zustellung der Ladung zur vorbereitenden Tagsatzung vom 13. Juli 2017 an die damalige Klagevertreterin verfügt. Tatsächlich hatte diese zum Zeitpunkt der Abfertigung/Zustellung der Ladung allerdings bereits auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft verzichtet, sodass die Ladung grundsätzlich keine wirksame Verständigung der Klägerin von der Verhandlung bewirkte. Anders als im Anwendungsbereich des § 36 ZPO (also bei einem „normalen“ Vollmachtswechsel) erlangte der durch den Verzicht der früheren Klagevertreterin auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft bedingte Vollmachtswechsel nicht erst mit der Bekanntgabe gegenüber dem Erstgericht Wirksamkeit (vgl. RIS-Justiz RS0035744). Vielmehr wurde durch die Vollmachtbekanntgabe des neuen Klagevertreters offenkundig, dass keine wirksame Zustellung an die frühere Klagevertreterin erfolgt war. Richtigerweise hätte das Erstgericht deshalb aus Anlass der Vollmachtbekanntgabe die Zustellung der Ladung an den neuen Klagevertreter anzuordnen gehabt, weil dieser in seinem Schriftsatz nicht erklärte, bereits in Kenntnis des Verhandlungstermins zu sein.

4. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts entspricht das Einlangen des Dokuments im elektronischen

Verfügungsbereich des Empfängers aber keineswegs nur dem Zurücklassen einer Hinterlegungsanzeige bei postalischer Zustellung. Die Regelung des § 89d Abs 2 GOG (idFBGBl I Nr 26/2012), wonach als Zustellungszeitpunkt elektronisch übermittelter gerichtlicher Erledigungen und Eingaben jeweils der auf das Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgende Werktag (ausgenommen Samstag) gilt, ändert nichts daran, dass das zuzustellende Dokument dem Empfänger bereits am Tag seines Einlangens im elektronischen Verfügungsbereich zur Verfügung steht. Gemäß § 89d Abs 2 GOG aF galten nämlich elektronisch übermittelte gerichtliche Erledigungen und Eingaben (§ 89a Abs 2) als zugestellt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt waren. Bis zur Neufassung des § 89d Abs 2 GOG durch BGBl I Nr 26/2012 erfolgten die Zustellungen im elektronischen Rechtsverkehr nur einmal täglich gebündelt, und zwar erst kurz nach Mitternacht. Die Konsequenzen des Zugehens in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers wurden daher erst nach Mitternacht ausgelöst, gleichsam so, als ob das Geschäftsstück erst nach Mitternacht in Papierform zugestellt worden wäre. Seit der Novelle 2012 erfolgen jedoch die Zustellungen im elektronischen Rechtsverkehr (wie im E-Mail-Verkehr üblich) regelmäßig. § 89d Abs 2 GOG idGF soll deshalb nur eine mögliche Benachteiligung von ERV-Teilnehmern durch allfällige elektronische Zustellungen zu einer Zeit, in der die Kanzlei des Empfängers nicht mehr besetzt ist (wie etwa in den späten Abendstunden), verhindern (ErläutRV 1676 BlgNR 24. GP 3 f), also eine Verkürzung der Rechtsmittelfrist für Parteien bei elektronischen Übermittlungen in den Nachtstunden vermeiden (8 Ob 155/17b).

5. Ob die Ladung faktisch in der Kanzlei der früheren Klagevertreterin eingelangt ist, kann nach der Aktenlage derzeit noch nicht beurteilt werden: Der eidesstattlichen Erklärung Beilage .M zufolge war zwar in der Kanzlei der ehemaligen Klagevertreterin bereits ab 12. Juni 2017 „ein Empfangen des Rückverkehrs im Web-ERV“ nicht mehr möglich; umgekehrt langte allerdings die in der eidesstattlichen Erklärung angesprochene Fehlermeldung beim Erstgericht nicht ein. Für die Annahme, dass die Ladung tatsächlich in der Kanzlei der ehemaligen Klagevertreterin „angekommen“ ist, könnte auch das – bisher allerdings noch nicht verifizierte – Rekursvorbringen zu den Äußerungen des Erstrichters in der Verhandlung vom 13. Juli 2017 sprechen, die (sofern sie tatsächlich erfolgt sind) eine Kenntnis des neuen Klagevertreters vom Verhandlungstermin nahelegen würden.

6. Angesichts dieser Unklarheiten hätte das Berufungsgericht das Versäumungsurteil nicht sogleich als nichtig aufheben dürfen. Vielmehr hätte es iSd § 469 Abs 1 letzter Satz ZPO Erhebungen zum behaupteten Zustellmangel – allenfalls durch das Erstgericht – durchführen müssen.

7. Für den Fall, dass im fortgesetzten Verfahren nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellbar sein sollte, dass die Ladung in der Kanzlei der vormaligen Klagevertreterin eingelangt ist (dort also empfangen werden konnte), wäre die Nichtigkeitsberufung berechtigt.

8. Sollte sich hingegen erweisen, dass – entgegen dem Standpunkt der Klägerin – die Sendung in der genannten Kanzlei eingelangt ist, wäre die behauptete Nichtigkeit aus folgenden Erwägungen zu verneinen:

8.1. Der vorliegende Zustellmangel kann den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO nur dann begründen, wenn er nicht nachträglich geheilt ist. Eine Heilung nach § 7 ZustG scheidet hier zwar von vornherein aus, weil der neue Klagevertreter in der Zustellverfügung (naturgemäß) nicht genannt war (RIS-Justiz RS0106442 [T1]). In Betracht kommt allerdings eine Heilung nach § 9 Abs 3 Satz 2 ZustG. Nach dieser Bestimmung gilt dann, wenn ein Zustellungsbevollmächtigter – im zivilgerichtlichen Verfahren auch der Parteienvertreter oder der gesetzliche Vertreter (Stumvoll in Fasching/Konecny II/23 § 9 ZustG Rz 12 und Rz 22/1) – zu Unrecht nicht als Empfänger bezeichnet wurde und die Zustellung etwa an die Partei selbst oder an einen früheren Vertreter erfolgte (Stumvoll in Fasching/Konecny 3 § 9 ZustG Rz 22), die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt, in dem das Dokument dem Zustellungsbevollmächtigten (Vertreter) tatsächlich zugekommen ist.

8.2. Das in § 9 Abs 3 – ebenso wie in § 7 ZustG aufgestellte – Erfordernis des tatsächlichen Zukommens ist nur dann erfüllt, wenn das Schriftstück in die Hände des Empfängers gelangt (RIS-Justiz RS0083731). Nach der – zur postalischen/körperlichen Zustellung ergangenen – Rechtsprechung setzt die Heilung voraus, dass das Schriftstück dem Empfänger im Original zukommt; hingegen reicht der bloße Zugang einer Kopie (eines Telefax) nicht aus (RIS-Justiz RS0083731 [T4, T8]); auch eine Übermittlung einer Entscheidung durch das Gericht mittels E-Mail kann, weil nach den Verfahrensgesetzen nicht zulässig, keine Heilung bewirken (7 Ob 33/17d). Ebenso wenig genügt es, dass der Empfänger bloß faktisch Kenntnis vom Inhalt der Sendung erlangt, etwa indem er Akteneinsicht nimmt (RIS-Justiz RS0083711) oder indem ihm das Dokument von einer anderen Person übermittelt wurde (RIS-Justiz RS0083711 [T2]).

8.3. Im Fall einer elektronischen Zustellung könnte nun zweifelhaft sein, unter welchen Bedingungen das Dokument dem (richtigen) Empfänger tatsächlich zukommt; nämlich ob ihm dafür der elektronische Datensatz (elektronisch) übermittelt werden muss, oder ob es ausreicht, dass ihm der aufgrund der mangelhaften Zustellung (vom falschen Empfänger) hergestellte Ausdruck zukommt (in diesem Sinn 10 ObS 87/03x; ebenso wohl Stumvoll in Fasching/Konecny II/23 § 7 ZustG Rz 11/1, der darauf abstellt, dass dem Empfänger gerade jenes [physische] Dokument „tatsächlich“ zukommt, das ihm bei mängelfreier Zustellung zugekommen wäre).

8.4. Diese Frage muss hier allerdings nicht abschließend beantwortet werden, weil der vorliegende Fall von der Besonderheit gekennzeichnet ist, dass der neue Klagevertreter als mittlerweiliger Stellvertreter der früheren Klagevertreterin Zugang zu deren (ehemaliger) Kanzlei hatte und, wie sich aus seiner Vollmachtsbekanntgabe vom 13. Juni 2017 ergibt, spätestens ab diesem Tag auch von der Klägerin zur Vertretung in diesem Verfahren bevollmächtigt war. In dieser besonderen Konstellation wäre eine Heilung des Zustellmangels bereits dann zu bejahen, wenn die Ladung in der Kanzlei der früheren Klagevertreterin faktisch einlangte, also empfangen (abgerufen) werden konnte.

9.1. Im fortgesetzten Verfahren wird deshalb auf geeignete Weise – insbesondere durch eine Anfrage an das Bundesrechenzentrum (vgl auch § 4 Abs 3 ERV zu den Protokollierungspflichten der Übermittlungsstelle) – zu erheben sein, ob die Ladung am 13. Juni 2017 tatsächlich in den elektronischen Verfügungsbereich der vormaligen Klagevertreterin gelangt ist (also darauf zugegriffen werden konnte), und ob bzw wann sie tatsächlich übernommen wurde.

9.2. Angesichts des Schreibens der Salzburger Rechtsanwaltskammer Beilage ./H, wonach die vormalige Klagevertreterin vom Österreichischen Rechtsanwaltskammertag „in der Datenmeldung am 14. Juni 2017 an das Bundesrechenzentrum als gelöscht angeführt“ wurde, ist wie folgt zu differenzieren:

9.2.1. War bereits (spätestens) am 13. Juni 2017 ein ERV-Rückverkehr in der Kanzlei der vormaligen Klagevertreterin nicht mehr möglich, konnte also (auch) die Ladung nicht mehr in deren elektronischen Verfügungsbereich gelangen, liegt der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund vor.

9.2.2. Konnte hingegen die Ladung sogar noch am 14. Juni 2017 abgerufen werden, ist die behauptete Nichtigkeit infolge Heilung des Zustellmangels zu verneinen; dies – (nur) in der vorliegenden Sonderkonstellation – unabhängig vom tatsächlichen Zugang der Ladung an den neuen Klagevertreter, also ohne dass es darauf ankäme, ob das Dokument auch tatsächlich abgerufen wurde.

9.2.3. War die Ladung am 14. Juni 2017 nicht mehr abrufbar, ist sie aber am Vortag in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers eingelangt und wurde auch an diesem Tag abgerufen (tatsächlich übernommen iSd § 4 Abs 3 ERV), ist der Zustellmangel ebenfalls geheilt.

9.2.4. Wurde in letzterer Konstellation die Ladung hingegen nicht schon am 13. Juni 2017 abgerufen, wäre der Nichtigkeitsgrund gegeben, weil aus § 89d Abs 2 GOG abzuleiten ist, dass keine Verpflichtung des Empfängers besteht, in seinen elektronischen Verfügungsbereich gelangte Dokumente sogleich am Tag ihres Einlangens abzurufen; der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass eine einlangende Sendung erst am nächsten (Werk-)Tag geöffnet werden muss (siehe oben Punkt 4.).

9.3. Anschließend wird das Berufungsgericht neuerlich über die Berufung zu entscheiden haben.

10. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

**Textnummer**

E122752

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0030OB00128.18X.0814.000

**Im RIS seit**

05.10.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

22.01.2019

**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)