

OGH Urteil vom 29.11.2007, 2 Ob 108/07g – *Kein Anscheinsbeweis für e-mail Zugang*



Fundstelle: Zak 2008/161, 94 (zust *Schmidbauer*, Zak 2008, 83 ff)

- 1. Eine e-Mail ist für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar, in dem sie in seiner e-Mailbox eingelangt und gespeichert ist und damit am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann, d.h. sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich ist.**
- 2. Mittels eines e-Mail-Sendeprotokolls kann der Anscheinsbeweis des Zugangs einer e-Mail nicht erbracht werden.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Danzl, Dr. Veith, Dr. Grohmann und Dr. Nowotny in der Rechtssache der klagenden Partei E***** Gesellschaft m.b.H., *****, vertreten durch Poduschka Anwalts-gesellschaft mbH in Perg, gegen die beklagte Partei "P*****"-*****gesellschaft m.b.H., *****, vertreten durch Dr. Michael Metzler, Mag. Peter Rottensteiner, Rechtsanwälte in Linz, wegen 14.476 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 2. April 2007, GZ 6 R 215/06i-37, womit das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 10. August 2006, GZ 3 Cg 157/04z-32, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 815,52 EUR (darin enthalten 135,42 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin beehrte die Zahlung von 14.476 EUR sA und brachte vor, die A***** GmbH habe sie im Februar 2002 mit dem Druck und dem Versand von Werbematerial für die Hausmessen einer Motorradfirma beauftragt. Sie habe sich zur Auftragsdurchführung der Beklagten als Subunternehmerin bedient. Die Beklagte habe die Einladungen zu den Hausmessen in St. Pölten und Lienz nicht versandt, obwohl ihr der Auftrag hiezu mit E-Mail vom 5. 3. 2002 erteilt worden sei. Der A***** GmbH sei in einem gegen die hier klagende Partei geführten Zivilverfahren Schadenersatz von 10.000 EUR rechtskräftig zuerkannt worden. Die Klägerin habe einen Verdienstentgang von 4.476 EUR erlitten, da die A***** GmbH die Rechnung der Klägerin Nr 475 nicht bezahlt habe. Die Beklagte habe diese Beträge aufgrund ihres vereinbarungswidrigen und schuldhaften Verhaltens zu ersetzen.

Die Beklagte beantragte die Klagsabweisung und brachte vor, die Klägerin habe sie am 28. 2. 2002 per E-Mail mit der Produktion von 28.600 EUR Frühjahrseinladungen beauftragt. Ihr sei mitgeteilt worden, dass die Versendung nicht auf einmal zu erfolgen habe und die Termine und die genauen Datensätze zeitgerecht mitgeteilt würden. Die Beklagte habe die erste und die zweite Aussendung, für die sie die Datensätze am 1. 3. 2002 und am 20. 3. 2002 erhalten habe, vollständig, mangelfrei und termingerecht erledigt. Sie habe aber keinen Auftrag für die Durchführung einer Aussendung zwischen dem 1. 3. 2002 und dem 20. 3. 2002 erhalten. Die Klägerin habe sich hinsichtlich der behaupteten fehlenden Aussendung weder rückversichert, ob die Versendung erfolgt sei, noch eine Fertigstellungsbestätigung verlangt, obwohl sie dies sonst immer so gehandhabt habe. Der Schaden wäre im Fall der Einhaltung dieser bisherigen Übung nicht eingetreten.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab und traf folgende wesentlichen Feststellungen: Die A***** GmbH beauftragte die Klägerin im Februar 2002 mit dem Druck von Werbematerialien und dem Versand von Einladungen für von der Firma G***** veranstaltete Hausmessen. Die Klägerin bediente sich der Beklagten als Subunternehmerin. Der Mitarbeiter der Klägerin, Erwin H*****, teilte dem Mitarbeiter der Beklagten, Werner H*****, bereits im Zuge der Auftragserteilung mit, die Einladungen seien in drei Etappen auszusenden. Die Versendungstermine für die zweite und dritte Einladungsserie waren bei Auftragserteilung noch nicht bekannt, wohl aber der erste Versendungstermin.

Nachdem die Daten betreffend die erste Einladung der Klägerin von ihrer Auftraggeberin übermittelt worden waren, leitete der Geschäftsführer der Klägerin, Boris D*****, die Daten samt Bekanntgabe des gewünschten Liefertermins zunächst mit E-Mail vom 28. 2. 2002, aufgrund der Fehlerhaftigkeit der Daten mit neuerlichem E-Mail vom 1. 3. 2002, an die Beklagte weiter. Die Beklagte führte den Versand der ersten Einladungsserie ordnungsgemäß durch. In der Folge sollte die zweite Einladungsserie mit dem gewünschten Liefertermin 8. 3. 2002 für die vom 22. 3. - 24. 3. 2002 stattfindende Hausmesse in Lienz und St. Pölten ausgesendet werden.

Die klagende Partei richtete am 5. 3. 2002 ein E-Mail betreffend diese zweite Einladungsserie mit gewünschtem Liefertermin 8. 3. 2002 an die Beklagte.

Es kann nicht festgestellt werden, ob dieses E-Mail der Klägerin vom 5. 3. 2002 der Beklagten zugegangen ist, also in der Mailbox einlangte, gespeichert wurde und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden konnte, also für die Beklagte abrufbar war. Es kann nicht festgestellt werden, ob Erich H***** am 4. 3. 2002 in einem Telefonat mit einer Mitarbeiterin der Beklagten, Marion H*****, die Übermittlung des E-Mails samt Daten für die zweite Einladungsserie ankündigte. Ebenso wenig kann festgestellt werden, ob Erich H***** am 7. 3. 2002 neuerlich mit Marion H***** telefonierte und ihm dabei die Übermittlung des E-Mails samt Daten von dieser bestätigt wurde.

Die Beklagte versandte die Einladungen zur zweiten Einladungsserie nicht.

Der Geschäftsführer der Klägerin übermittelte der Beklagten die Daten für die dritte Einladungsserie mit E-Mail vom 20. 3. 2002 mit gewünschtem Liefertermin 21. 3. 2002. Die dritte Einladungsserie wurde von der Beklagten ordnungsgemäß versendet. Erst am 22. 3. 2002 wurde Erich H***** durch ein Telefonat mit dem Geschäftsführer der A***** GmbH bekannt, dass für die Hausmessen in Lienz und St. Pölten keine Einladungen ausgesandt worden waren.

Aufgrund der unterbliebenen Versendung der Einladungen für die Hausmessen in Lienz und St. Pölten hatte die Klägerin an ihre Auftraggeberin Schadenersatz in der Höhe von EUR 14.476 zu leisten.

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte das Erstgericht aus, der im erstinstanzlichen Verfahren beigezogene Sachverständige (für Software, Datenschutz, Datensicherheit, elektronische Kommunikation und Internet) habe ausgeführt, das Vorhandensein des E-Mail-Sendeprotokolles lasse nicht auf einen typischen formelhaften Geschehensablauf mit der Folge des Zugangs des E-Mails vom 5. 3. 2002 an die Beklagte schließen. Der Sachverständige habe in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeiten dargelegt, warum das E-Mail vom 5. 3. 2002 trotz Absendung dennoch das Postfach des Empfängers nicht erreicht haben hätte können. Der Sachverständige habe etwa auf einen Eingriff durch einen Virensch scanner oder Spam-Filter am E-Mail-Server oder auf ein fehlerhaftes Verhalten des E-Mail-Servers oder zu kurze Aufbewahrungszeit und weitere Möglichkeiten verwiesen. Das Erstgericht führte weiter aus, dies bedeute zusammenfassend, dass durch das Sendeprotokoll des E-Mails vom 5. 3. 2002 weder der Beweis noch der Anscheinsbeweis des Zugangs des E-Mails im Sinn eines typischen formelhaften Geschehensablaufes erbracht worden sei.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Ansicht, gemäß § 12 ECG gälten elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt seien, unter gewöhnlichen Umständen abrufen könne. Nach herrschender Auffassung sei ein E-Mail für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar, in dem es in seiner E-Mailbox eingelangt und gespeichert sei und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden könne, das heiße, sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich sei. Die Beweislast für den Zugang des E-Mails treffe nach allgemeinen Beweislastregeln den Absender. Da der Klägerin dieser Beweis für den Auftrag zur Versendung der zweiten Einladungsserie nicht gelungen sei, habe sie auch nicht beweisen können, dass die Beklagte vereinbarungswidrig den Auftrag nicht durchgeführt habe. Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch bestehe daher nicht zu Recht.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung der Klägerin nicht Folge.

Allgemein habe jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen. Abweichend von diesem Grundsatz sei jedoch eine Verschiebung der Beweislast möglich, wenn der Kläger mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten habe, dem Beklagten aber die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stünden und es ihm nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne Weiteres zumutbar sei, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Überdies könnten Erwägungen der Beweisvereitelung eine Beweislastumkehr rechtfertigen. Keiner dieser Gründe liege vor: Weder stünden der Beklagten Beweismittel zur Verfügung, die ihr die erforderliche Aufklärung wegen ihrer Nähe zum Beweis zumutbar machten, noch habe die Beklagte eine als Verstoß gegen Treu und Glauben zu wertende Beweisvereitelung zu vertreten.

Habe nämlich die Klägerin im Sinn der von ihr begehrten Feststellung eine Lesebestätigung angefordert, eine solche jedoch nicht erhalten, so sei es ihr möglich gewesen, sich den Eingang des E-Mails vom 5. 3. 2002 bei der Beklagten unter Inanspruchnahme eines sicheren Kommunikationsweges bestätigen zu lassen.

Die (vom Erstgericht bereits im Rahmen der Beweiswürdigung dargestellte) Auffassung des Sachverständigen werde auch in der überwiegenden (juristischen) Literatur vertreten. Im Hinblick auf das vom Sachverständigen hervorgehobene Übertragungsrisiko im E-Mail-Verkehr erachte auch das Berufungsgericht die Zulassung des Anscheinsbeweises für den Zugang eines E-Mails bei Vorliegen eines Sendeprotokolls als unzulässig. Es könne unter Berücksichtigung des in der Literatur und im Gutachten hervorgehobenen Übertragungsrisikos im Falle des Vorliegens eines Sendeprotokolls kein typischer Geschehensablauf angenommen werden, der nach der Lebenserfahrung auf den Zugang des E-Mails an den Adressaten hinweise. Es sei aufgrund des vorliegenden Gutachtens zwar davon auszugehen, dass Zeile 13 des Sendeprotokolls eine standardkonforme OK-Meldung enthalte ("Message accepted for delivery"). Nach dem Ergebnis des Gutachtens sei trotz dieses OK-Vermerks aber nicht ausgeschlossen, dass die Datenübertragung dennoch missglückt sei. Das Sendeprotokoll eigne sich somit zur Erbringung des Zugangsbeweises nicht, obwohl es eine standardkonforme OK-Meldung enthalte.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision zu, da zur Rechtsfrage, ob anhand eines E-Mail-Sendeprotokolls der Anscheinsbeweis des Zuganges eines E-Mails zu führen sei, keine höchstgerichtliche Judikatur vorliege und dieser Rechtsfrage Bedeutung über den vorliegenden Rechtsstreit hinaus zukomme.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die *Revision* ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund *zulässig*, sie ist aber *nicht berechtigt*.

Der gerügte Verfahrensmangel liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO).

In rechtlicher Hinsicht billigt der Oberste Gerichtshof die Beurteilung der Vorinstanzen, insbesondere auch jene Beurteilung, ein E-Mail sei für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar, in dem es in seiner Mailbox eingelangt und gespeichert sei und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden könne, das heiße, sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich sei. Darüber hinaus ist auf die Rechtsrüge der Revisionswerberin zu erwidern:

Der Anscheinsbeweis ist die Verschiebung des Beweisthemas von der tatbestandsmäßig geforderten Tatsache auf eine leichter erweisliche Tatsache, die mit ihr in einem typischen Erfahrungszusammenhang steht (RIS-Justiz RS0040274). Der Anscheinsbeweis ist nur zulässig, wenn eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement besteht; er darf nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen auszufüllen (RIS-Justiz RS0040287). Eine Verschiebung der Beweislast kann nur dann in Betracht kommen, wenn ein allgemein, also für jedermann in gleicher Weise bestehender Beweisnotstand gegeben ist und wenn objektiv typische, also auf allgemein gültigen Erfahrungssätzen beruhende Geschehensabläufe für den Anspruchswerber sprechen (RIS-Justiz RS0039895). Der Anscheinsbeweis beruht darauf, dass bestimmte Geschehensabläufe typisch sind und es daher wahrscheinlich ist, dass auch im konkreten Fall ein derartiger gewöhnlicher Ablauf und nicht ein atypischer gegeben ist (RIS-Justiz RS0040266). Der Anscheinsbeweis ist dort ausgeschlossen, wo der Kausalablauf durch den individuellen Willensentschluss eines Menschen bestimmt werden kann. Der bloße Verdacht eines bestimmten Ablaufes, der auch andere Verursachungsmglichkeiten offen lässt, gibt für den Beweis des ersten Anscheins keinen Raum (RIS-Justiz RS0040288). Die allgemeinen Beweislastregeln finden eine Einschränkung dort, wo eine Beweisführung von der an sich dazu verpflichteten Partei billigerweise nicht erwartet werden kann, weil es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre der Gegenseite liegen und daher nur ihr bekannt und damit auch nur durch sie beweisbar sind (RIS-Justiz RS0040182).

Zur Frage des prima-facie-Beweises sind nur die Grundsätze revisibel, nicht aber die Frage, ob ein typischer Geschehensablauf für den Kläger spricht, oder die Frage, ob ein anderer Geschehensablauf vom Beklagten wahrscheinlich gemacht werden konnte. Diese Fragen gehören zur unanfechtbaren Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0040196). Ob nach den festgestellten Umständen ein Tatbestand vorliegt, der eine Verschiebung des Beweisthemas und der Beweislast im Sinn des sogenannten Anscheinsbeweises zulässt, ist nach herrschender Ansicht eine revisible Rechtsfrage (RIS-Justiz RS0022549 [T3]).

Die von der Revisionswerberin zitierte Entscheidung des Landesgerichtes Feldkirch vom 6. 6. 2006, 3 R 138/06a (= RIS-Justiz RFE0000156) ist nicht einschlägig, weil sie sich mit dem Anscheinsbeweis für den Zugang eines Telefaxes mit Sendebestätigung befasst.

Dieser Rechtsauffassung des Landesgerichtes Feldkirch steht im übrigen die Entscheidung des deutschen Bundesarbeitsgerichtes vom 14. 8. 2002, BB 2002, 2560, entgegen, in der ausgeführt wird, es gebe keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass Telefaxsendungen den Empfänger vollständig und richtig erreichen, auch dann nicht, wenn der Sendebericht einen "O.K."-Vermerk enthalte. Deshalb komme diesem Vermerk auch nicht der Wert eines Anscheinsbeweises zu. Diese Ansicht vertritt auch der BGH (NJW 1995, 665).

Für die hier gegenständliche Rechtsfrage beruft sich die Revisionswerberin auf das Urteil des Landgerichtes Nürnberg-Fürth vom 7. 5. 2002, 2 HK O 9431/01, abrufbar unter

<http://www.jurpc.de/rechtspr/20030158.htm>. Diese Entscheidung befasst sich jedoch gar nicht mit dem hier gegenständlichen Rechtsproblem.

Dort stand nämlich der Eingang der Erklärung in die Mailbox des Empfängers fest, der es lediglich unterlassen hatte, seine Mailbox mittels eines E-Mail-Client (wie zB Microsoft Outlook) zu entleeren.

Soweit ersichtlich, existiert in Österreich zur vorliegenden Rechtsfrage keine einschlägige höherinstanzliche Entscheidung, sieht man von der Entscheidung des Berufungsgerichtes in diesem Verfahren ab. In Deutschland gibt es (abgesehen von vereinzelt Entscheidungen deutscher Amtsgerichte) - soweit ersichtlich - nur die Aussagen des Oberlandesgerichtes Köln in seiner Entscheidung vom 5. 12. 2006, 3 U 167/05. Danach gilt ein E-Mail als zugegangen, wenn es in die Mailbox des Empfängers gelange. Ein Beweis des ersten Anscheins für den Eingang in der Mailbox des Empfängers ergebe sich aber nicht bereits dann, wenn der Absender die Absendung des E-Mails beweisen könne.

Denn die Absendung allein biete keinerlei Gewähr dafür, dass die Nachricht den Erklärungsempfänger bzw dessen Mailbox tatsächlich erreiche. Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass die Nachricht, etwa wegen Fehlern in der Datenleitung oder den vom Absender verwendeten Programmen, tatsächlich nicht in die Mailbox des Empfängers gelange.

In der Lehre wird Folgendes vertreten:

Widmer/Bähler, Rechtsfragen beim Electronic Commerce (1997), 156, meinen, werde vom Empfänger der Annahmeerklärung das Zustandekommen des Vertrages bestritten, habe der absendende Annehmer zu beweisen, dass der Zugang seiner Erklärung effektiv rechtswirksam erfolgt sei.

Allein der Nachweis des Versandes eines E-Mails sei dabei kein genügender Beweis, da damit noch nicht mit Sicherheit belegt werden könne, dass der Zugang der versandten Annahmeerklärung auch tatsächlich erfolgt sei.

Brenn in Brenn (Hrsg), ECG (2002), 24, vertritt hingegen die Ansicht, das Argument eines hohen Übertragungsrisikos könne zur Ablehnung eines Anscheinsbeweises nicht herangezogen werden. In Anbetracht des geringen Übertragungsrisikos bei elektronischen Erklärungen erscheine daher die Annahme eines Anscheinsbeweises gerechtfertigt, wenn das Absenden der elektronischen Erklärung bewiesen sei. In jedem Fall könne der Absender den Zugang der elektronischen Erklärung beim Empfänger anhand einer (unbedenklichen) Zustellungsbestätigung (dass die Nachricht auf dem Mailserver des Empfängers eingelangt sei) nachweisen. Eine Empfangsbestätigung (dass der Empfänger die Nachricht tatsächlich abgerufen habe) sei nicht erforderlich.

Thot/Gimmy, Vertragsschluss im Internet, in Kröger/Gimmy (Hrsg), Handbuch zum Internetrecht (2002), 4 (10), führen aus, die Beweislast für den Zugang (eines E-Mails) und seinen Zeitpunkt trage derjenige, der sich darauf berufe. Dies sei in der Regel der Absender der Nachricht. Dieser Beweis sei bei elektronischen Mitteilungen jedoch schwierig. Entsprechend der Rechtslage bei Telefaxen sei ein Sendebericht, der von dem sendenden Programm üblicherweise angefertigt werde, kein Anscheinsbeweis für den Zugang beim Empfänger. Dieser beweise lediglich, dass die Nachricht zu einer bestimmten Zeit an eine bestimmte Adresse gesendet worden sei. Im Unterschied zu Telefax-Sendeberichten würden Übertragungsfehler in den Sendeberichten der meisten Programme häufig nicht einmal angezeigt. Die Beweisführung wäre daher auf Zeugenaussagen und Sachverständige angewiesen. Soweit über E-Mail-Programme jedoch der Zugang des E-Mails beim Empfänger oder das Lesen des E-Mails bestätigt werde, könne der Zugang des E-Mails bewiesen werden. Mankowski, Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen, NJW 2004, 1901 (1902, 1906), führt aus, die Eingangsbestätigung dokumentiere, dass das abgesandte E-Mail im E-Mail-Account des angegebenen Empfängers abgelegt worden sei. Sie dokumentiere, dass die Erklärung die vom Empfänger angegebene Empfangseinrichtung erreicht habe. Sie

dokumentiere gleichsam den Einwurf der elektronischen Post in den elektronischen Briefkasten. Allerdings sei dieser elektronische "Einwurf" ebenso wenig wie der Einwurf eines klassischen Briefes in einen Briefkasten schon mit dem Zugang der Erklärung gleichzusetzen. Nachzuweisen, dass ein E-Mail seinem Adressaten zugegangen sei, könne für den Erklärenden von entscheidender Bedeutung sein. Die Möglichkeiten zu einem solchen Nachweis böten die in handelsüblichen E-Mail-Programmen enthaltenen Optionen für Eingangs- oder Lesebestätigungen. Solche Eingangs- oder Lesebestätigungen begründeten einen Anscheinsbeweis für den Zugang des betreffenden E-Mails. Anders als Fax-Sendeprotokolle dokumentierten sie nicht nur das Absenden der Erklärung.

Neumayr, Online-Willenserklärungen - Beweis- und Zurechnungsfragen, in Plöckinger/Duursma/Mayrhofer, Internetrecht (2004), 45 (55), vertritt die Ansicht, so wie beim Telefax der OK-Bericht des eigenen Faxgerätes nicht für die Annahme des Zugangs ausreiche, könne dem leicht veränderbaren Online-Sendeprotokoll nur eine minimale Beweiskraft als gewisses Indiz für den Zugang beim Empfänger zuerkannt werden. Bewiesen werden könne der Zugang eines E-Mails beim Empfänger, wenn dieser den Zugang oder das Lesen des E-Mails, zum Beispiel durch ein Antwort-Mail, bestätigt habe.

In einem Beitrag der Fachhochschule Darmstadt unter dem Titel "Beweisbarer Versand und Zustellung von E-Mails", abrufbar unter www.irecht.h-da.de/fileadmin/dokumente/vortraglite.pdf, vom 25. 3. 2004, wird ausgeführt, das E-Mail, wie es heute meist verwendet werde, entspreche rein technisch betrachtet etwa einer mit Bleistift geschriebenen Postkarte. Sie sei von jedem, der auf dem Transportweg Zugriff erlangen könne, zu lesen und eventuell auch zu verändern.

Eine wichtige Voraussetzung für die wirkliche Vergleichbarkeit der elektronischen mit der herkömmlichen Post sei aber auch die Nachweisbarkeit der Zustellung bzw des Empfangs. Der herkömmliche Brief sei durch das klassische E-Mail im Internet bereits abgebildet.

Die einfache Lese- oder Empfangsbestätigung lasse sich in die Kategorie "Einschreiben mit Rückschein" einordnen. Der Absender könne mittels des "Disposition-Notification-To-Header" den UA (User Agent) des Empfängers zum Versenden einer Lesebestätigung auffordern. Da solche Lesebestätigungen in der Regel keine elektronische Signatur trügen, seien sie als Anscheinsbeweis für den Empfang eines E-Mails leicht zu erschüttern. Eine solche Lesebestätigung könne sich der (vermeintliche) Absender mit geringem Aufwand selbst erstellen.

Zustellbestätigungen mittels DSN (Delivery Status Notification) bestätigten den "Einwurf" in das Postfach, nicht jedoch das Abrufen des E-Mails. Derartige Zustellbestätigungen seien wie die Lesebestätigung unsigniert, fälschbar und veränderbar. Wesentlich sicherer im Bezug auf die Beweiskraft seien die Verfahren, bei denen die Entgegennahme und Zustellung von E-Mails mit einem von einer dritten Stelle digital signierten Bestätigungsmail dokumentiert werde. Diese Art der Dokumentation der Versendung eines E-Mails sei mit einem Einschreiben mit Rückschein vergleichbar.

Entgegen den Ausführungen der Revision ist im Gegensatz zu sonst in der österreichischen Rechtsordnung anerkannten Fällen des Anscheinsbeweises, wie zB bei der Kausalität von ärztlichen Kunstfehlern (vgl RIS-Justiz RS0106890) oder der sogenannten "AKM-Vermutung" (SZ 61/83), auch der für die Anerkennung des Anscheinsbeweises geforderte Beweisnotstand nicht gegeben. Ein solcher Beweisnotstand besteht beim Versenden eines E-Mails genauso wenig wie beim Versenden eines (nicht eingeschriebenen) Briefes, was ebenfalls noch nicht den Anschein des Zugangs beim Empfänger bewirkt (RIS-Justiz RS0014065). Entsprechend den Erörterungen in der zitierten Literatur sowie auch des Berufungsgerichtes ist es dem Absender eines E-Mails möglich, sich den Empfang desselben auf einem sicheren Kommunikationsweg bestätigen zu lassen, etwa durch ein den Empfang des E-Mails bestätigendes Antwortmail des Empfängers, durch telefonische Rückfrage und anderes mehr.

Der Oberste Gerichtshof vertritt daher in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht die Auffassung, dass mittels eines E-Mail-Sendeprotokolls der Anscheinsbeweis des Zugangs eines E-Mails nicht erbracht werden kann.

Dass das Erstgericht zwar die Absendung des betreffenden E-Mails durch die Klägerin an die Beklagte feststellte, begründet daher nicht den Anscheinsbeweis dahingehend, die Beklagte habe dieses E-Mail auch erhalten. Angesichts der weiteren Negativfeststellung, es könne nicht festgestellt werden, dass dieses E-Mail der Beklagten zugegangen sei, also in der Mailbox eingelangt und gespeichert wurde und am Bildschirm angezeigt und ausgedruckt werden konnte, also für die Beklagte abrufbar gewesen sei, ist - wie schon die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben - der Klägerin der Nachweis eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens seitens der Beklagten nicht gelungen, weshalb das Klagebegehren zutreffend abzuweisen war.

Der unberechtigten Revision war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO, wobei der Einheitssatz nur 50 % beträgt.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die spätere Klägerin, eine Werbeagentur, erteilte der später beklagten Subunternehmerin den Auftrag zur Erstellung und Versendung von Werbematerial (her: Einladungen zu Hausmessen) für einen Kunden in drei Tranchen. Der erste und der letzte Einladungsserie wurden von der Beklagten ordnungsgemäß ausgeführt. Dabei wurden die Daten jeweils per e-Mail übermittelt. Bei der zweiten Serie bestritt die Beklagte sowohl den Erhalt einer Mail, als auch eine telefonische Vorankündigung und eine nachträgliche telefonische Bestätigung. Die Klägerin versuchte nun den von ihr gegenüber dem Kunden regulierten Schadenersatz in Höhe von EUR 14.476,- auf die Beklagte zu überwälzen.

Erst- und Zweitgericht wiesen die Klage ab, da sie weder den Erhalt der e-Mail noch die beiden Telefonate feststellen konnten. Das e-Mail Sendeprotokoll lieferte weder Beweis noch Anscheinsbeweis für den Zugang der (streit-)entscheidenden e-Mail.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigte die Klagsabweisung unter ausführlicher Darstellung der deutschen Meinung und eines Teils der österreichischen Lehre. Eine e-Mail wäre für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar, in dem sie in seiner e-Mailbox eingelangt und gespeichert wäre und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden könnte. Sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich ist, gälte sie als zugegangen. Mittels eines e-mail-Sendeprotokolls könnte allerdings der Anscheinsbeweis des Zugangs nicht erbracht werden. Der Anscheinsbeweis wäre nämlich die Verschiebung des Beweisthemas von der tatbestandsmäßig geforderten Tatsache auf eine leichter erweisliche Tatsache, die mit ihr in einem typischen Erfahrungszusammenhang stünde. Er dürfe nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen auszufüllen. Auch der sonst für die Zulassung des Anscheinsbeweises geforderte Beweisnotstand wäre beim Versenden von e-mails nicht gegeben. So wie beim gewöhnlichen Brief wäre es dem Versender möglich (und

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

empfehlenswert), sich den Empfang der e-mail, z.B. durch eine Bestätigungsmail oder durch telefonische Rückfrage bestätigen zu lassen.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung hinterlässt im Ergebnis einen unangenehmen Nachgeschmack. Zwar trifft es durchaus zu, dass e-mails sind grundsätzlich ebenso „rechtsunsicher“ sind wie mündliche Zusagen, Telefonate oder fernschriftliche Erklärungen. E-mails bringen also (altbekannte) Beweisschwierigkeiten mit sich. Einen grundsätzlichen Ausschluss von e-Mails als Beweismittel gibt es jedoch nicht. Im Gegenteil: Die österreichische Zivilprozessordnung sieht die Übermittlung von rechtserheblichen Inhalten durch „elektronische Post“ ausdrücklich in § 112 ZPO vor. Beweisschwierigkeiten ergeben sich aber aus der Tatsache, dass e-Mails als elektronisch gespeicherte Daten problemlos verändert oder sogar ganz neu geschaffen werden können, ohne dass dies erkennbar wäre. Serverprotokolle können insoweit möglicherweise ein wenig mehr Aufschluss bringen, wenn Dritte bezeugen können, dass diese unverändert sind.

Aber selbst wenn feststeht, dass eine e-Mail von einem bestimmten e-mail Postfach aus abgesendet wurde, beweist dies nach Auffassung der nunmehrigen Rsp¹ noch nicht, dass die e-mail auch vom Inhaber des zugehörigen Accounts („Nutzerkontos“) abgesendet wurde. Die technischen Sicherheitsstandards würden nicht gewährleisten, dass nicht eine andere Person Zugang zu einem e-mailkonto erlangen könnte und e-mails von diesem Konto aus sendet. Der OGH lehnt es auch ab, die e-mail jedenfalls als sogenannten Anscheinsbeweis anzuerkennen. Demnach muss derjenige, der sich auf eine e-mail berufen will, in vollem Umfang beweisen, dass die e-mail von demjenigen abgeschickt wurde, der als Absender benannt ist, und dass sie in die Sphäre des Empfängers, d.h. in dessen e-mailbox gelangt ist. Die strikte Ablehnung des Anscheinsbeweises für gesendete e-mails (in Bezug auf deren Zugang) greift mE etwas zu kurz: dem Adressaten der e-mail steht es immer offen (auch bei Annahme eines Anscheinsbeweises zugunsten des Absenders), den prima-facie-Beweis dadurch zu entkräften, dass er seinerseits nachweist, dass der typische formelhafte Geschehensablauf im konkreten Fall nicht zwingend ist, sondern dass die ernste Möglichkeit eines atypischen Ablaufs besteht.²

Nach einem Teil der – vom OGH unerwähnt gelassenen – österreichischen Lehre³ gilt eine elektronische Erklärung als zugegangen, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass nach regelmäßigen Umständen mit der Kenntnisnahme durch ihn gerechnet werden konnte und Störungen nur mehr in seiner Sphäre und nicht beim Absender oder der Übermittlungsanstalt möglich sind.⁴ Dies ist mit dem Einlangen in der Mailbox des Empfängers anzunehmen, wobei § 12 ECG einen Zugang zu Nachtzeiten oder am Wochenende mit dem nächstfolgenden Werktag fingiert.⁵ Verfügt ein Empfänger über mehrere e-mail Adressen, ist er nicht erreichbar odgl., muss er eben die Zugangswirkung durch „auto-respond“ individuell ausschließen. Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch die Auffassung,⁶ dass das Risiko des fehlenden Zugangs oder des Verlustigehens der e-Mail während des Übertragungsvorganges ähnlich wie bei einer in Verlust geratenen Postsendung der Sphäre desjenigen zuzurechnen ist, der sich der

¹ So bereits OLG Köln 6.9.2002, 19 U 16/02, CR 2003, 55 = JurPC Web-Dok. 364/2002 = MMR 2002, 813.

² *Fasching*, Lehrbuch Zivilprozessrecht² (1991) Rz 895.

³ *Galla* in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-mail – elektronische Post im Recht (2003), 29, 36 f unter Zitierung von *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) Rz 169 ff.

⁴ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ zu § 862a.

⁵ Zur Anwendbarkeit des § 12 ECG auf e-mail schon ausdrücklich die ErlRV, abgedruckt bei Brenn (Hrsg), ECG (2002), 252.

⁶ So OLG Graz 2.4.2007, 7 Ra 17/07k – *e-mail und Kollektivvertrag*, nv; *Gerhartl*, Verständigung per E-Mail im Arbeitsverhältnis. Worauf der Arbeitgeber bei der Zustellung von e-Mails zu achten hat, ASoK 2006, 48.

Übermittlungsart e-mail bedient hat. Etwas anderes gelte, wenn der Empfänger mit der Kommunikationsform e-mail einverstanden ist und die Parteien in regelmäßigem e-mail-Kontakt gestanden sind.

Das Authentifizierungsproblem lässt sich mit einer sicheren digitalen Signatur iS des SigG⁷ lösen, die Zugangsfrage bleibt davon allerdings unberührt. Deren Lösung bleibt letztlich der richterlichen Beweiswürdigung im Einzelfall vorbehalten.

Abschließend eine sprachliche Klärung:⁸ Laut *Duden*⁹ heisst es „die“ E-Mail, wohingegen in Süddeutschland und Österreich „das“ E-Mail gebräuchlich ist (letzteres nicht nur in der Küche).¹⁰

IV. Zusammenfassung

Nach Auffassung österreichischer Gerichte gilt ein e-mail Schreiben mit dem Zeitpunkt zugegangene, in dem es in der Mailbox des Empfängers abgerufen werden kann. Mittels eines e-Mail-Sendeprotokolls kann der Anscheinsbeweis des Zugangs einer e-Mail allerdings nicht erbracht werden.

⁷ Bundesgesetz über elektronische Signaturen (Signaturgesetz), BGBl I 137/2000 idgF.

⁸ Zu einem ähnlichen Problem („die“ oder „das“ Servitut) vgl. OGH 21.12.2005, 3 Ob 125/05m, RdW 2006/124a, 129 = Zak 2006/163, 94 = JBl 2006, 452 = SZ 2005/190 = MietSlg 57.154 = MietSlg 57.024.

⁹ Die deutsche Rechtschreibung²² (2001), 336 ISp.

¹⁰ Vgl. Variantenwörterbuch des Deutschen (2004), 215 ISp: in der Schweiz schwankend.