



Fundstellen: AnwBl 2015, 9 = jusIT 2015/7, 21 (*Grün*) = Zak 2014/762, 399 = NZ 2015/26, 71 = ZIR 2015, 172 (*Thiele*)

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

a) die Wortfolge „elektronisch übermittelter“ und das Wort „elektronischen“ in § 89d Abs 2 GOG idF BGBl I 26/2012

b) in eventu § 125 Abs 1 und 2 Satz 1 und/oder § 126 Abs 1 ZPO als verfassungswidrig aufzuheben.

Amtliche Vorlageanträge

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Pflugschaftssache 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: Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag,

a) die Wortfolge „elektronisch übermittelter“ und das Wort „elektronischen“ in § 89d Abs 2 GOG idF BGBl I 26/2012

b) in eventu § 125 Abs 1 und 2 Satz 1 und/oder § 126 Abs 1 ZPO

als verfassungswidrig aufzuheben.

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

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*² [2003] § 125 Rz 6; *Gitschthaler in Rechberger, ZPO*⁴ [2014] §§ 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.

Mit BGBl I 26/2012 wurde § 89d Abs 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.

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.

Der Oberste Gerichtshof hat dazu erwogen:

1. In den ErläutRV (1676 BlgNr 24. GP 3) wurde zu § 89d Abs 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:

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. [...]

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. Dieses Ergebnis kann 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, 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*⁴ §§ 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.

Der Oberste Gerichtshof verneinte in der Entscheidung 1 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.

3. Der erkennende Senat teilt 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.

3.1. 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. Wäre deshalb im vorliegenden Fall die Entscheidung des Rekursgerichts für den Vater am 11. 7. 2014 hinterlegt worden, wäre zwar der erste Abholtag der 14. 7. 2014 (Montag) gewesen; für den Vater wäre im Hinblick auf die Dauer der ihm zur Verfügung stehenden Frist nichts gewonnen gewesen, hätte er doch auf die Entscheidung zuvor nicht zugreifen können.

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).

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 %.

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 völlig 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 und deshalb Zustellungen im ERV praktisch zeitgleich nicht nur in den Verfügungsbereich der Kanzlei, sondern auch - wie bei der postalischen Zustellung an den Empfänger - in seinen persönlichen Verfügungsbereich gelangen.

3.3. Durch die Nichtberücksichtigung des Umstands, dass § 89d Abs 2 GOG für den Zustellzeitpunkt nicht darauf abstellt, ob der ERV-Teilnehmer vom Inhalt des Dokuments Kenntnis hat oder nicht, und die dadurch bei Zustellungen an Freitagen bewirkte dreitägige Verlängerung von Fristen gegenüber einem Empfänger, dem postalisch zugestellt wird, liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Empfängern gerichtlicher Erledigungen vor, was sowohl gegen Art 2 B-VG als auch gegen Art 6 EMRK verstößt.

4.1. Diese Ungleichbehandlung ließe sich nun entweder durch eine Aufhebung der Änderungen des § 89d Abs 2 GOG durch BGBl I 26/2012 und damit Wiederherstellung der ursprünglichen Rechtslage (§ 89d Abs 2 GOG aF lautete: Elektronisch übermittelte gerichtliche Erledigungen und Eingaben [§ 89a Abs 2] gelten als zugestellt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt sind.) oder - zumindest für den vorliegenden Fall - durch eine Aufhebung der Wortfolge „wobei Samstage nicht als Werktag gelten“ in § 89d Abs 2 GOG beseitigen. Allerdings wäre daraus für den Vater nichts gewonnen, bliebe doch sein außerordentlicher Revisionsrekurs (weiterhin) verspätet.

4.2. Allerdings ist zu beachten, dass gemäß § 126 Abs 1 ZPO der Beginn und Lauf von gesetzlichen und richterlichen Fristen durch Sonn- und Feiertage nicht behindert wird, ebenso wenig durch Samstage. Dem gegenüber entfaltet die Zustellung im ERV erst am darauffolgenden Werktag (Montag) ihre Wirkung, spricht doch § 89d Abs 2 GOG von Werktagen und nimmt davon ausdrücklich Samstage aus. Durch die Neufassung des § 89d Abs 2 GOG wurde für den Anwendungsbereich des ERV dem § 126 ZPO materiell derogiert (*Frauenberger-Pfeiler/Schmon* aaO). Gerade durch diese Derogation trat aber die dargestellte Ungleichbehandlung zwischen elektronischen und postalischen Empfängern ein, weshalb letztlich die Wortfolge „elektronisch übermittelter“ (Eingaben) und das Wort „elektronischen“ (Verfügungsbereich) aufzuheben wären. Dies würde zwar - jedenfalls bei Zustellungen, die an Freitagen erfolgen - zu einer grundsätzlichen Verlängerung der Fristen um drei Tage führen, diese Verlängerung käme jedoch allen Empfängern und nicht nur jenen, denen im ERV zugestellt wurde, zugute und würde im vorliegenden Fall zur Rechtzeitigkeit des außerordentlichen Revisionsrekurses des Vaters führen.

4.3. Erachtet man § 89d Abs 2 GOG als für den vorliegenden Fall nicht präjudiziell, liegt die Schlechterstellung des Vaters als postalischer Empfänger in den allgemeinen Normen des § 125 Abs 1 und 2 sowie des § 126 Abs 1 ZPO, die hier gemäß § 23 Abs 1 AußStrG anzuwenden sind. § 126 Abs 1 ZPO ordnet nämlich an, dass der Beginn und Lauf von Fristen weder durch Samstage noch durch Sonn- und Feiertage behindert wird. Aufgrund der nunmehrigen Sonderregelung des § 89d Abs 2 GOG für elektronische Zustellungen gilt dies aber nur mehr bei postalischer Zustellung.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im Anlassfall gaben die Rechtsvertreter eines Kindesvaters dem Gericht kurz zuvor die Auflösung des Rechtsverhältnisses bekannt, sodass der Partei selbst die im Außerstreitverfahren ergangene Rekursentscheidung am 11.7.2014 (Freitag) persönlich zugestellt wurde. Die 14-tägige Revisionsrekursfrist begann an diesem Tag und endete gem §§ 125 f ZPO iVm § 23 Abs 1 AußStrG mit Ablauf des 25.7.2014 (Freitag). Die nun wieder von ihrem ursprünglichen Vertreter vertretene Partei brachte das Rechtsmittel in der Pflschaftssache aber erst am 28.7.2014 (Montag) ein. Wäre die Zustellung der

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

Entscheidung bei noch aufrechter Vertretung im ERV erfolgt, hätte die Frist gem § 89d Abs 2 GOG erst mit Ablauf dieses Tags geendet und das Rechtsmittel wäre rechtzeitig gewesen.

Im Fall der Zustellung der Entscheidung im ERV beginnt die Rechtsmittelfrist gem § 89d Abs 2 GOG unabhängig von der Tageszeit des Einlangens im elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers erst am folgenden Werktag (ohne Samstage) zu laufen, weshalb in Zusammenhang mit Wochenenden und Feiertagen eine um mehrere Tage längere Reaktionszeit zur Verfügung stehen kann als bei postalischer Zustellung.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der mit dem außerordentlichen Rechtsmittel des Kindesvaters befasste OGH wertete den Umstand, dass die faktische Reaktionszeit bei Zustellung über den ERV deutlich länger ausfallen kann, als sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Rechtsmittelwerbern. In seinem Normenkontrollantrag an den VfGH beehrte der 6. Senat daher die Aufhebung jener Wortfolgen des § 89d Abs 2 GOG, die dessen Anwendungsbereich auf die elektronische Zustellung einschränken, oder – sollte der VfGH die Präjudizialität verneinen – die Aufhebung jener Regelungen in den §§ 125 f ZPO, die im vorliegenden Fall die Verspätung des Rechtsmittels begründen.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Der 6. Senat teilt die in der Literatur¹ erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 89d Abs 2 GOG wegen der unsachlichen Ungleichbehandlung von Empfängern einer Zusendung im ERV gegenüber Empfängern einer Zustellung im Postweg.

So hat der 1. Senat zuvor festgehalten, dass die Neuregelung des § 89d Abs 2 GOG idF BGBl I 2012/26 keine Schlechterstellung der Teilnehmer/innen am ERV im Vergleich zur alten Rechtslage bedeutet.² Dies obwohl die Übermittlung von gerichtlichen Erledigungen im ERV zu jeder Uhrzeit erfolgen kann, auch während der Nachtstunden; was bei Zustellung durch Organe der Post AG ausgeschlossen ist. Im Ergebnis sieht der OGH eine Begünstigung von Empfängern gerichtlicher Erledigungen im WebERV im Verhältnis zu den postalischen Empfängern. Diese (spürbare) Ungleichbehandlung nach Art 2 B-VG und Art 6 EMRK (Art 47 GRC) kann im Wesentlichen, wie folgt, behoben werden:

- ✓ Rückgängigmachen der durch BGBl I 26/2012 vorgenommenen Änderungen des § 89d Abs 2 GOG oder alternativ dazu ein Streichen der Wortfolge „wobei Samstage nicht als Werktag gelten“. Im Anlassfall bliebe das außerordentliche Rechtsmittel des Kindesvaters verspätet.
- ✓ Aufheben der Wortfolge „elektronisch übermittelter“ (Eingaben) und „elektronischen“ (Verfügungsbereich) in § 89d Abs 2 GOG (idF BGBl I 26/2012). Damit hätte eine postalische Zustellung ihre Wirkung auch erst am folgenden Werktag. Der ao Revisionsrekurs des Vaters wäre diesfalls rechtzeitig.
- ✓ Ausgehend von einer angestrebten Bereinigung der Rechtslage³ Beseitigung der Schlechterstellung von postalischen Empfänger in den allgemeinen Normen des § 125 Abs 1 und 2 sowie § 126 Abs 1 ZPO.

Ausblick: Es hätte spannend werden können zur Frage, inwiefern der VfGH die vom OGH vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 89d Abs 2 GOG teilt bzw. wo die

¹ Frauenberger-Pfeiler/Schmon, Physische Zustellung, elektronische Zustellung und verhandlungsfreie Zeit: Einfluss auf den Lauf der Rechtsmittelfristen - Ulrike Frauenberger, JAP 2012/2013/5, 26; Gitschthaler in Rechberger (Hrsg) ZPO-Komm⁴ §§ 124-126 ZPO Rz 2/1.

² OGH 7.3.2013, 1 Ob 26/13z, JBl 2013, 531 = Zak 2013/408, 223.

³ Lang, aaO, 93, 102 f.

Verfassungshüter den „Sitz der Verfassungswidrigkeit“⁴ lokalisieren. Es kam allerdings – unverhofft kommt oft – ganz anders: Mit Beschluss⁵ wiesen die VerfassungshüterInnen den Gesetzesprüfungsantrag als zu eng gefasst zurück. Nach Ansicht des VfGH ist es dem OGH darum gegangen, die seinem Dafürhalten nach durch die Bestimmungen des § 89d Abs 2 GOG und der §§ 125 Abs 1 und 126 Abs 1 ZPO bewirkte Ungleichbehandlung von Empfängern gerichtlicher Schriftstücke, deren Zustellung fristauslösend wirkt, beseitigen zu lassen. Vor dem Hintergrund seiner Bedenken hätte der Oberste Gerichtshof daher beide (als Teil eines gesamten Systems anzusehende) Regelungskomplexe kumulativ – also § 89d Abs 2 GOG gemeinsam mit den §§ 125 Abs 1 und 126 Abs 1 ZPO – und nicht nur Teile des § 89d Abs 2 GOG sowie die §§ 125 Abs 1 und 126 Abs 1 ZPO⁶ bloß eventualiter anzufechten gehabt. Erst dadurch wäre der VfGH im Falle des Zutreffens der Bedenken in die Lage versetzt worden, darüber zu befinden, auf welche Weise die Verfassungswidrigkeit beseitigt werden kann. Damit erwiesen sich sowohl das Hauptbegehren als auch die Eventualbegehren als zu eng gefasst.

Der OGH ist also (vorerst) „abgeblitzt“; ob er einen zweiten Versuch wagen wird, bleibt zu hoffen. Allemal höchst unbefriedigend bleibt „unter dem Strich“ zu vermerken, dass in der Sache nichts entschieden worden ist. Einmal mehr gilt auch für ein Höchstgericht die Erkenntnis eines deutschen Kabarettisten: „Es hilft nichts das Recht auf seiner Seite zu haben. Man muss auch mit der Justiz rechnen“.⁷

IV. Zusammenfassung

Der OGH hat zu § 89d Abs 2 GOG idF BGBl I 26/2012 ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH eingeleitet, weil er darin eine unsachliche Benachteiligung von Empfängern sieht, denen per Post zugestellt wird, gegenüber jenen Empfängern gerichtlicher Entscheidungen, die den ERV nutzen.

⁴ Dazu instruktiv *Lang*, Der Sitz der Rechtswidrigkeit in Holoubek/Lang (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998), 93, 96 ff mwN.

⁵ VfGH 10.3.2015, G 201/2014 = ECLI:AT:VFGH:2015:G201.2014.

⁶ Letztere Bestimmung idF BGBl I 30/2012.

⁷ *Dieter Hildebrandt* (1927 – 2013), zu einem lesenswerten Nachruf siehe <http://www.zeit.de/kultur/film/2013-11/hildebrandt-tod> (05.05.2015).