



## Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund – Duplik zu *Rassi*

Korrespondenz · Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker · JBI 2021, 614 · Heft 9 v. 24.9.2021

### A. Einführung

Die Frage nach der Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel ist in den letzten Jahren wieder in den Fokus der wissenschaftlichen Diskussion (vor allem seitens höchstrichterlicher Autoren) gerückt.<sup>1)</sup> Ein einschlägiger Artikel des Verfassers<sup>2)</sup> hat jüngst sogar eine direkte Replik von *Rassi*<sup>3)</sup> erfahren. Diese bietet Anlass, die mE entscheidenden Aspekte des Problems und die maßgeblichen Lösungsansätze nochmals konzise herauszuarbeiten und zu verdeutlichen.

### B. Zur methodischen Kernfrage

Die Rsp verneint die Revisibilität der vom Berufungsgericht verneinten Verfahrensmängel erster Instanz seit langem und in zahllosen Entscheidungen.<sup>4)</sup> Das vermag freilich nichts daran zu ändern, dass sich im Gesetzeswortlaut der ZPO keine ausdrückliche Grundlage für diese Auffassung findet, jedenfalls keine, aus der dies ohne entsprechendes Vorverständnis abzuleiten wäre. Die Judikatur beruft sich – jedenfalls in älteren Entscheidungen – zum einen auf den Wortlaut von [§ 503 Z 2 ZPO](#), wonach nur Mängel des Berufungsverfahrens als Revisionsgrund vorgesehen sind. Zum anderen gründet die Rsp auf einem Größenschluss zur Unanfechtbarkeit verneinter erstinstanzlicher Nichtigkeiten, wobei diese Unanfechtbarkeit wiederum auf einem aus [§ 519](#) iVm [§§ 471, 473 ZPO](#) abzuleitenden Umkehrschluss beruht.

*Rassis* instruktive Ausführungen sind nun offensichtlich darauf gerichtet, die *Plausibilität* und *Vertretbarkeit* beider Begründungsansätze zu untermauern, was ihm – jedenfalls zu einem gewissen Grad – auch gelungen sein dürfte. Die entscheidende Frage ist jedoch nicht, ob ein *Gesetzesanwender* den Ausschluss der Revisibilität nachvollziehbar zu begründen vermag, sondern ob der Gesetzgeber diese Rechtsfolge in seinem verfahrensrechtlichen Konzept verankert hat oder – auch dadurch könnte die Rsp methodisch gerechtfertigt werden – er nur planwidrig „übersehen“ hat, dies ausdrücklich zu tun.

Die Antwort darauf kann mE nur<sup>5)</sup> eine Untersuchung von Entstehungsgeschichte und Systematik des einschlägigen Normengefüges liefern. Im Fokus meiner Kritik an der Rsp stand und steht deshalb der Versuch des Nachweises, dass dem historischen Gesetzgeber keinerlei Intention unterstellt werden kann, einen vom Berufungsgericht verneinten erstinstanzlichen Verfahrensmangel als Revisionsgrund auszuschließen. Im Gegenteil: Sowohl das Ergebnis der Andersbehandlung wesentlicher Verfahrensmängel im Vergleich zur mangelnden Revisibilität verworfener Nichtigkeiten<sup>6)</sup> als auch die erweiterte Wahrnehmung im Vergleich zur durch die Konformitätssperre beschränkten „inzidenten drittinstanzlichen Kontrolle“ prozessualer Entscheidungen beruhen jeweils auf bewussten Entscheidungen des Gesetzgebers, die sich in das Gesamtgefüge der ZPO eingliedern und denen sachlich nachvollziehbare Wertungen zugrunde liegen. Die anlassgebende Replik beschäftigt sich jedoch nicht in allen Facetten mit meiner diesbezüglichen Argumentation.

### C. Zur Bedeutung der Konformitätssperre

Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Problematik der Konformitätssperre: *Rassi* <sup>7)</sup> beschränkt sich insoweit auf die Feststellung, der Ausschluss der Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel würde sich „*sehr wohl*“ gut hiermit vertragen. Dass beides zweifellos gut miteinander vereinbar wäre<sup>8)</sup> und dieses Verständnis auch dem zitierten Rechtssatz RIS-Justiz [RS0036878](#) zugrunde liegen mag, soll gar nicht bestritten werden. Jedoch zeigt die Entstehungsgeschichte der ZPO deutlich, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Anrufbarkeit der dritten Instanz bewusst zwischen der Beschluss- und der Urteilsanfechtung unterschieden hat und dies auch deshalb seinen guten Grund hat, weil erstere wegen [§ 525 Abs 2 ZPO](#) in aller Regel keine endgültige Weichenstellung für das Verfahren bedeutet.<sup>9)</sup> Bei diesen Aspekten handelt es sich nun keineswegs um einen „Nebenschauplatz“, sondern provoziert das von *Rassi* verteidigte Ergebnis der Rsp eben genau jenes Resultat, das der historische Gesetzgeber für Sachentscheidungen verhindern wollte.<sup>10)</sup>

#### **D. Zum Verhältnis von Nichtigkeit und wesentlichem Verfahrensmangel**

Im Fokus der „streitgegenständlichen“ Replik steht freilich die Untermauerung des von der Rsp postulierten Größenschlusses von verworfenen Nichtigkeiten auf verneinte Verfahrensmängel. Dabei ist zunächst eine Klarstellung geboten: Meine Formulierung, beide stünden im Verhältnis eines *aliud*, sollte (nur) prägnant und plakativ zum Ausdruck bringen, dass jene Wertungen, welche die Unanfechtbarkeit von vom Berufungsgericht verworfenen Nichtigkeiten rechtfertigen, nicht auf den wesentlichen Verfahrensmangel übertragbar sind.

Maßgeblich ist insoweit die Entscheidung des Gesetzgebers, die Behandlung von Nichtigkeitsgründen in das Berufungsvorverfahren zu „verfrachten“ ([§ 471 Z 4–7 ZPO](#)) und die Anfechtungsmöglichkeiten gegen die darin zwangsläufig mit Beschluss ([§ 473 ZPO](#)) getroffenen Entscheidungen durch [§ 519 ZPO](#) zu beschränken. Hintergrund für die Zuweisung gewisser Materien in das Berufungsvorverfahren ist nämlich ausweislich der Gesetzesmaterialien

Seite 614

deren Einordnung als „processualer Incidenzpunkt“, also ihre Qualifikation als eine „processuale Vor- und Zwischenfrage zur Hauptsache“, welche es rechtfertige, nicht den „gleichen Apparat zur Verfügung zu stellen, wie für die Entscheidung über die Hauptsache“. <sup>11)</sup> Wenn *Rassi* <sup>12)</sup> nun meint, ich „ziele geschickt“ darauf ab, die Bedeutung der Nichtigkeit „klein zu reden“, so ist dem entgegenzuhalten, dass meine diesbezüglichen Schlussfolgerungen keine persönliche Eigenwertung beinhalten, sondern die offensichtliche *Conclusio* aus ebenjenen Stellen der Gesetzesmaterialien darstellen.

Der Grund, warum der Gesetzgeber der Nichtigkeit insofern (!) geringere Bedeutung beigemessen hat, ergibt sich auf Basis der skizzierten Passagen der Materialien offensichtlich aus der konsequenten Überlegung, dass sonstige Verfahrensmängel anders als Nichtigkeiten immer „wesentlich“ sein, also die Richtigkeit der Sachentscheidung berühren müssen. *Rassi* <sup>13)</sup> will diese Typizität freilich dadurch relativieren, dass einem wesentlichen Mangel lediglich die abstrakte Eignung innewohnen müsse, die Richtigkeit der Sachentscheidung beeinflusst zu haben. Nun mag dieser Umstand meine Formulierung, wonach Verfahrensmängel „zwingend“ Einfluss auf die Sachentscheidung haben müssen, in der Tat als verkürzend erweisen; an der Richtigkeit der Argumentation ändert es freilich nichts: Dass es für einen Verfahrensmangel als Aufhebungsgrund nicht darauf ankommen kann, ob er die Entscheidung im Endeffekt wirklich verfälscht hat, ist naheliegend. Andernfalls müsste das Gericht ja den vermeintlichen Mangel stets beheben, bevor es beurteilen kann, ob der Mangel überhaupt vorliegt. Eine Ex-ante-Prüfung muss sich daher zweckmäßigerweise mit der Beurteilung der Eignung des Mangels begnügen. Ungeachtet dessen werden vom Rechtsmittelwerber konkrete Ausführungen zur möglichen Kausalität des Mangels gefordert, welche beim Nichtigkeitsgrund entbehrlich sind. Mehr noch: Nichtigkeitsgründe führen sogar dann zur Aufhebung, wenn die Wesentlichkeit ausgeschlossen

Seite 2

ist! Es bleibt damit ein wesensmäßiger Unterschied zwischen der Notwendigkeit einer „abstrakten Eignung“<sup>14)</sup> – eine generell irreführende Umschreibung<sup>15)</sup> – bei sonstigen Verfahrensmängeln und der abstrakten Wirkung von Nichtigkeitsgründen.

Dass *Rassi* diesem Unterschied insoweit kein Gewicht beimessen will, korreliert wohl unmittelbar mit seinem Verständnis des Zwecks beider Rechtsmittelgründe. Diesen erkennt er explizit in der „Einhaltung des Verfahrensrechts“.<sup>16)</sup> Da das Verfahrensrecht jedoch generell nicht, und schon gar nicht bei einer von *Franz Klein* geschaffenen Prozessordnung, zum Selbstzweck degradiert werden darf,<sup>17)</sup> verdeckt diese Aussage lediglich die maßgeblichen Wertungszusammenhänge: Die vorstehenden Ausführungen zeigen nämlich, dass „gewöhnliche“ Verfahrensmängel eben nur deshalb aufgehoben werden sollen, weil sie in casu die Richtigkeit des Meritums konkret gefährden. Demgegenüber ist der tiefere Zweck der Nichtigkeitsgründe – wegen des Fehlens eines Wesentlichkeitserfordernisses – allein bei jenen Normen zu suchen, deren Verletzung den jeweiligen Nichtigkeitsgrund verwirklicht. Denn in den Worten des historischen Gesetzgebers stehen diese Gebrechen eben „in keiner unmittelbaren Beziehung zu dem materiellen Inhalt des Urtheils, welches vielleicht nach den Verhandlungen, ja selbst nach der wahren Lage der Sache vollkommen richtig ist“, sondern führen deshalb zur Aufhebung, weil sie das Urteil als „ordnungswidrige Emanation der richterlichen Spruchgewalt“ erweisen.<sup>18)</sup>

In dieser Passage der Gesetzesmaterialien kommt deutlich zum Ausdruck, dass Nichtigkeitsgründe der Wahrung öffentlicher und damit überparteilicher Interessen der Rechtspflege dienen. Geht es aber um den Schutz überparteilicher Interessen, ist es nur konsequent, dass der Gesetzgeber ihre Einhaltung nicht allein von einer entsprechenden Parteiinitiative abhängig macht, sondern in [§§ 494, 510 Abs 2 ZPO](#) deren amtswegige Wahrnehmung anordnet. Es bedarf daher mitnichten der Annahme eines Größenverhältnisses, um die amtswegige Wahrnehmung von Nichtigkeitsgründen im Vergleich zu sonstigen Verfahrensmängeln – aber auch zu allen anderen Rechtsmittelgründen (!) – zu erklären.<sup>19)</sup> Damit zeigt sich, dass den beiden rechtsfolgenseitigen Besonderheiten der Nichtigkeitsgründe – abstrakte Wirkung und Amtswegigkeit – Wertungen zugrunde liegen, die keinen Größenschluss von der Nichtigkeit auf den sonstigen Verfahrensmangel ausdrücken, sondern einen solchen sogar verbieten.

Dass es genügend Beispiele geben mag, in denen ein Nichtigkeitsgrund dennoch konkret geeignet ist, das Ergebnis der Sachentscheidung zu beeinträchtigen und man die gesetzgeberische Weichenstellung deshalb rechtspolitisch (!) in Zweifel ziehen kann, ist richtig. Es ändert aber nichts daran, dass der historische Gesetzgeber den primären Zweck der Nichtigkeitsgründe offensichtlich in der Wahrung von anderen Interessen erblickt hat und es auf Basis dieser typisierenden Betrachtung keinen *allgemein* durch Größenschluss zu korrigierenden Wertungswiderspruch bedeutet, wenn wesentliche Verfahrensmängel in weiterem Umfang revisibel sind als Nichtigkeiten. Selbst *konkrete* Wertungswidersprüche im Einzelfall lassen sich vermeiden, wenn die Rsp bereit wäre,<sup>20)</sup> einen Verfahrensfehler, der sowohl den Tatbestand eines Nichtigkeitsgrunds verwirklicht, als auch die konkrete Eignung aufweist, die Sachentscheidung beeinflusst zu haben, richtigerweise beiden Rechtsmittelgründen zuzuweisen.<sup>21)</sup> Denn das würde zum mE interessengerechten und systematisch friktionsfreien Ergebnis führen, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel, die als Nichtigkeitsgründe zu qualifizieren sind, trotz Verwerfung durch das Berufungsgericht revisibel sind, wenn der Rechtsmittelwerber in der Berufung und Revision *auch* ihre Wesentlichkeit aufzuzeigen vermochte.

## **E. Zur Subsumtion unter [§ 503 Z 2 ZPO](#)**

Zugegebenermaßen nicht so eindeutig fällt die Auseinandersetzung mit dem in der älteren Rsp<sup>22)</sup> herangezogenen Begründungsstrang aus, wonach jeder Verfahrensmangel nur einmal in der

jeweils höheren Instanz geltend gemacht werden könne. Gesetzliche Grundlage dieser Ansicht ist offensichtlich – wenngleich dies in der Judikatur

Seite 615

fast nie explizit herausgearbeitet wurde<sup>23)</sup> – [§ 503 Z 2 ZPO](#), wonach eine Revision (nur) darauf gestützt werden kann, dass das Berufungsverfahren an einem (wesentlichen) Mangel leidet.

Die Richtigkeit dieser Begründung steht und fällt mit der Frage, ob auch ein nicht behobener erstinstanzlicher Mangel einen solchen Mangel begründen kann. Für deren Beantwortung sind den systematischen Argumenten von *Rassi*<sup>24)</sup> allerdings keine entscheidenden Schlüsse zu entnehmen: Dass das Berufungsverfahren der Überprüfung der ersten Instanz und das Revisionsverfahren der Überprüfung der Berufungsinstanz dient, ist zweifellos richtig; diese Feststellung sagt aber noch nichts darüber aus, ob sich der Beurteilungsgegenstand des Revisionsverfahrens auf originäre Fehler des Berufungsgerichts beschränkt oder in der dritten Instanz auch ein aus der ersten Instanz „fortwirkender“ Mangel releviert werden kann. Auch der Wortlaut von [§ 503 Z 2 ZPO](#) vermag darauf keine eindeutige Antwort zu geben. Darin ist zwar nur vom Mangel des Berufungsverfahrens die Rede; jedoch kann das zwanglos so verstanden werden, dass eben auch erstinstanzliche Mängel darunterfallen, solange sie die Entscheidungsgrundlage des Berufungsverfahrens *ebenfalls* als mangelhaft erweisen.

Auch aus dem Vergleich mit [§ 503 Z 4 ZPO](#) ist keine besondere Begrenzung der Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel zu gewinnen. Denn der Wortlaut dieser Norm fordert ebenfalls eine unrichtige rechtliche Beurteilung des „Urteil[s] des Berufungsgerichtes“.<sup>25)</sup> Die von der Rsp getroffene Differenzierung, wonach ein erstinstanzlicher Fehler bei der rechtlichen Beurteilung unstrittig revisibel ist, wenn und weil er auf das Berufungsurteil „durchschlägt“, dies beim sonstigen Verfahrensmangel hingegen anders sein soll, kann deshalb keineswegs einfach durch den unterschiedlichen Wortlaut von [§ 503 Z 2](#) und [4 ZPO](#) begründet werden. Es liegt vielmehr weit näher, dass mit den beiden unterschiedlich formulierten Bezugnahmen, einmal auf das „Berufungsverfahren“ ([§ 503 Z 2 ZPO](#)), einmal auf das „Urteil des Berufungsgerichtes“ ([§ 503 Z 4 ZPO](#)), kein grundlegender Unterschied für die Wahrnehmbarkeit erstinstanzlicher Fehler ausgedrückt werden soll.

Angesichts dieser diffusen gesetzlichen Ausgangslage ist mE demgegenüber weit aufschlussreicher, welche Haltung die in zeitlicher Nähe zur Einführung der ZPO ergangene Judikatur und veröffentlichte Literatur eingenommen haben. Hier finden sich – fast – nur Stimmen, die einen „durchschlagenden“ erstinstanzlichen Mangel sehr wohl unter [§ 503 Z 2 ZPO](#) subsumieren wollen.<sup>26)</sup> *Rassi*<sup>27)</sup> erwähnt indessen nur eine – von mir in die Diskussion eingeführte – Aussage *Kleins*,<sup>28)</sup> die in der Tat tendenziell, aber nicht eindeutig die Lesart der Rsp stützt. Dass dem andererseits jedoch neben der früheren Rsp und immer noch ganz hL<sup>29)</sup> eine eindeutige Passage der Gesetzesmaterialien entgegensteht<sup>30)</sup> und *Klein/Engel*<sup>31)</sup> eine solche Einschränkung bei späterer Gelegenheit übrigens nicht mehr propagiert haben, wird mE nicht hinreichend berücksichtigt. Dasselbe gilt für das banale, aber mE gewichtige Argument, dass die Einschränkung von [§ 503 Z 2 ZPO](#) auf „originäre“ Mängel des Berufungsverfahrens eine besonders begründungsbedürftige Beschneidung des anerkannten Ziels der Berufung, nämlich eine richtige Sachentscheidung zu gewährleisten, wäre. Denn für dieses Ziel ist es irrelevant, ob ein wesentlicher Verfahrensmangel ursprünglich aus der ersten Instanz stammt oder im Berufungsverfahren „neu“ produziert wurde.<sup>32)</sup>

## F. Ergebnis

Seite 4

JB1 - Juristische Blätter

Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund – Duplik zu *Rassi*

Erstellt von NutzerIn NutzerIn 12.4.2022

Die soeben getätigten (Punkt D.) Ausführungen sollten belegen, dass es *Rassi* mE nicht gelungen ist, die deutlich bessere „Argumentationslage“ zugunsten der hier und auch vom ganz herrschenden Schrifttum vertretenen Lesart des [§ 503 Z 2 ZPO](#) zu widerlegen. Vor allem aber sind die differenzierte Behandlung von Nichtigkeiten und wesentlichen Verfahrensmängeln im Berufungsverfahren ([§ 471 Z 4, 5, 7](#) iVm [§ 473 ZPO](#)) und die damit verbundenen Folgen für deren Revisibilität ([§ 519 ZPO e contrario](#)) – wie ebenfalls gezeigt wurde (Punkt C.) – kein Zufall oder gar Konsequenz einer planwidrigen Unvollständigkeit. Vielmehr handelt es sich um eine bewusste Unterscheidung des historischen Gesetzgebers, deren Wertungsgrundlagen bestens mit der amtswegigen Wahrnehmbarkeit von Nichtigkeitsgründen und ihrer abstrakten Wirkung harmonieren. Man kann diese Unterscheidung wegen einer zu schematischen Sichtweise vielleicht *de lege ferenda* kritisieren. *De lege lata* verbietet es sich methodisch aber, sie durch den von der Rsp angewandten Größenschluss zu konterkarieren. Daran ändert es selbstverständlich auch nichts, wenn der OGH selbst – wie *Rassi* <sup>33)</sup> hervorhebt – in gängigen Formulierungen ein Größenverhältnis zwischen Nichtigkeitsgründen und sonstigen Verfahrensmängeln zum Ausdruck bringt.

Der Vollständigkeit halber sei abschließend noch erwähnt, dass es nicht angeht, aus der Einführung des Grundsatz- und Zulassungsmodells der ZVN 1983<sup>34)</sup> einen Funktionswandel abzuleiten, der ein Abgehen von den ursprünglichen Wertungen des Gesetzes erlaubt. Denn nur weil der Gesetzgeber damit – im wahrsten Sinne des Wortes – *erhebliche* Zugangshürden für die Anrufung des OGH geschaffen hat, kann daraus nicht die Berechtigung oder Notwendigkeit einer hiermit in keinerlei Zusammenhang stehenden Beschränkung der Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel abgeleitet werden.<sup>35)</sup>

Meine Kritik an der hRsp ist damit uneingeschränkt aufrechtzuerhalten.

---

<sup>1)</sup> *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> (2019) § 503 ZPO Rz 103 ff; *Neumayr* in Höllwerth/Ziehensack, ZPO (2019) § 503 Rz 19; *G. Kodek*, Zugang zum OGH bei Verfahrensmängeln: Versuch einer Klarstellung, Zak 2020, 29.

<sup>2)</sup> *Trenker*, Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund, JBI 2020, 757, 825.

<sup>3)</sup> Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund – eine Replik, JBI 2021, 157.

<sup>4)</sup> Ausführlich zur Entstehung und zum Meinungsstand *Trenker*, JBI 2020, 758 ff.

<sup>5)</sup> Demgegenüber kann eine Berufung auf teleologische Aspekte nicht zur Lösung des gegenständlichen Problems beitragen: Aus teleologischer Sicht streiten für beide Lösungen jeweils anerkannte Ziele des Prozessrechts, zum einen die Prozessökonomie in Form einer Entlastung des OGH, zum anderen die erhöhte Richtigkeitsgewähr der Sachentscheidung. Wie diese beiden Ziele in Einzelfragen gegeneinander abzuwägen sind, ist jedoch eine Wertentscheidung, die nur der Gesetzgeber treffen kann (*Trenker*, JBI 2020, 761). Bei unauflösbaren Zweifeln, von denen im gegenständlichen Kontext aber gar nicht die Rede sein kann, gebührt mE freilich jener Lösung der Vorzug, welche dem Desiderat der Richtigkeit der Sachentscheidung besser Rechnung trägt (vgl *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess [2020] 23 f).

<sup>6)</sup> Dazu *Trenker*, JBI 2020, 826 ff.

<sup>7)</sup> JBI 2021, 158.

<sup>8)</sup> Insoweit durchaus zutreffend *G. Kodek*, Zak 2020, 31.

- 9) Ausführlich zum Ganzen *Trenker*, JBl 2020, 830 ff.
- 10) Siehe insbesondere *Justizministerium k. k.*, Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen II (1897) 329.
- 11) *Justizministerium k. k.*, Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen I (1897) 355.
- 12) JBl 2021, 162.
- 13) JBl 2021, 160 f.
- 14) So zB RIS-Justiz RS0043049; RS0116273 mit Beisatz T1.
- 15) Wenn die Rsp zu Recht fordert, dass der Rechtsmittelwerber nachvollziehbar aufzeigen muss, in welcher Hinsicht sich bei Unterbleiben des behaupteten Verfahrensfehlers eine abweichende Sachverhaltsgrundlage bzw Entscheidung ergeben hätte (vgl nur RIS-Justiz RS0043039 mit Beisatz T4 und T5; OGH 24.10.2018, 8 ObA 58/17p; 26.02.2015, 8 Ob 16/15h), wird die Eignung zur Verfälschung des Meritums ja offenbar gar nicht *abstrakt*, sondern *konkret* beurteilt.
- 16) *Rassi*, JBl 2021, 160.
- 17) Vgl *Trenker*, Überschießende Anwendung des Verbots überschießender Feststellungen, ÖJZ 2021, 109.
- 18) Materialien I 358.
- 19) Aus dem Hinweis, dass *ich* an anderer Stelle (*Rassi*, JBl 2021, 161 Fn 61 verweist auf „*Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess [2020] 68“, meint aber wohl 168 ff) selbst die besondere Bedeutung der amtswegigen Wahrnehmung herausgearbeitet habe, ist für die Gegenansicht nichts zu gewinnen, weil es sich bei den Ausführungen in der angegebenen Fundstelle nur um den im Fließtext herausgearbeiteten Zusammenhang handelt.
- 20) Vgl hingegen RIS-Justiz RS0042981 mit Beisatz T5.
- 21) *Trenker*, JBl 2020, 833 f.
- 22) Zur Genese der Rsp ausführlich *Trenker*, JBl 2020, 758 f.
- 23) Einzige ersichtliche Ausnahme ist die unveröffentlichte Entscheidung OGH 06.11.1950, 2 Ob 370/49.
- 24) JBl 2021, 158.
- 25) Diese Wortfolge lässt *Rassi* (JBl 2021, 159) freilich gerade unerwähnt.
- 26) Siehe *Trenker*, JBl 2020, 764 f bei und in Fn 94 ff.
- 27) JBl 2021, 158 Fn 19 und 159 Fn 25.
- 28) Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz, GZ 1899, 73.
- 29) *Demelius*, Der neue Civilproceß (1902) 665; *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925–1930) 664; *Pollak*, System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes unter Einschluß des Exekutionsrechtes<sup>2</sup> (1932) 597; *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II<sup>4</sup> (1928) 1356; *Schima*, Gedanken zu einer Überholung der ZPO, JBl 1960, 321 (324); *Novak*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 701/59, JBl 1960, 565 (566); *Fasching*, ZPG IV (1971) 306 f; *derselbe*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechtes<sup>2</sup> (1990) Rz 1909; *W. Kralik*, Der Zugang zum OGH im Außerstreitverfahren, JBl 1991, 283 (290 f); *Delle-Karth*, Die

Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozeßrechts, ÖJZ 1993, 10 (19); *Hollaender*, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln, RZ 2015, 106; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozeßrecht<sup>9</sup> (2017) Rz 1116.

<sup>30)</sup> Materialien I 361.

<sup>31)</sup> Der Zivilprozeß Österreichs, in Wach/Kisch/Mendelssohn-Bartholdy/Pagenstecher, Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten III (1927) 430.

<sup>32)</sup> *Trenker*, JBI 2020, 765 f.

<sup>33)</sup> JBI 2021, 161.

<sup>34)</sup> BGBl 135/1983.

<sup>35)</sup> Es ist deshalb auch nur *prima vista* richtig, dass sich die mangelnde Revisibilität vom Berufungsgericht verneinter Verfahrensmängel erster Instanz gut in diese und andere Beschränkungen der Anrufung des OGH fügt (so *Rassi*, JBI 2021, 158).

**Externe Verzeichnisse:** <https://doi.org/10.33196/jbl202109061401>

*Ein Inhalt der Verlag Österreich GmbH*



NutzerIn NutzerIn 12.4.2022