

Priv.-Doz. Ass.-Prof. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Innsbruck

Zum Anwendungsbereich der Rüge last nach § 196 ZPO*)

§ 196 ZPO normiert, dass die Verletzung einer das Verfahren regelnden – und verzichtbaren – Vorschrift vor der weiteren Einlassung in den Streit gerügt werden muss, andernfalls der Mangel nicht mehr aufgegriffen werden kann. Obwohl diese Anordnung prima vista sehr einleuchtend erscheint und die Bestimmung bereits dem Urbestand der ZPO angehört, ist ihr Anwendungsbereich bis heute umstritten. Das Meinungsspektrum reicht dabei von jener Auffassung, die jeglichen Anwendungsbereich negiert, über die Annahme einer weitreichenden Ausnahme für sogenannte „Stoffsammlungsmängel“ bis zur Meinung, die Rüge last gelte prinzipiell für sämtliche wesentliche Verfahrensmängel. Der vorliegende Beitrag möchte dieser Streitfrage und damit jener nach der eigentlichen Funktion von § 196 ZPO nachgehen.

Deskriptoren: Rügepflicht; Rüge last; Rügeobliegenheit; wesentlicher Verfahrensmangel; Stoffsammlungsmangel; abgesonderter Rekurs; amtswegige Überprüfung; Verfahrensfehler; Formfehler; Prozessleitung; Amtsbetrieb; unverzichtbare Verfahrensnormen.

§ 29 Abs 3, § 84 Abs 1, § 85 Abs 3, § 87 Abs 2, § 130 Abs 2, § 134 Z 1, §§ 160, 164, 176, 178, 182, 182a, 196, 215 Abs 1, § 222 Abs 3, §§ 273, 281a, 328 Abs 1, § 357 Abs 2, § 432 Abs 1, § 462 Abs 2, §§ 477, 494, 496 Abs 1 Z 2, § 515 ZPO.

Übersicht:

- A. Norminhalt, -zweck und -ursprung
- B. Einschränkung auf sonstige Verfahrensmängel
- C. Anwendungsbereich innerhalb der sonstigen Verfahrensmängel
 - I. Meinungsstand und Kritik
 - 1. Ältere Lehre: Kein Anwendungsbereich von § 196 ZPO
 - 2. Herrschende Meinung: Ausnahme für Stoffsammlungsmängel
 - 3. Mindermeinung: Grundsätzliche Anwendung von § 196 ZPO auf alle wesentlichen Verfahrensmängel
 - II. Eigene Ansicht
 - 1. Definition rügebedürftiger Mängel
 - 2. Abgrenzung rügebedürftiger Mängel
 - 3. Zwischenresümee: Funktion von § 196 ZPO
 - a. Keine Beschränkung auf die Funktion im Berufungsverfahren
 - b. Eindämmung der Anfechtung von Beschlüssen als vornehmliches Ziel
 - c. Fazit
- D. Weitere Einschränkungen der Rüge last
 - I. Verzichtbarkeit der verletzten Vorschrift
 - 1. Problemaufriss
 - 2. Beschränkung auf amtswegig wahrzunehmende Mängel
 - II. Erkennbarkeit des Verstoßes
- E. Zusammenfassung

A. Norminhalt, -zweck und -ursprung

§ 196 ZPO hat folgenden Inhalt: Nach Abs 1 kann eine erkannte oder erkennbare „Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Processhandlung regelnden Vorschrift“ von der dadurch beschwerten Partei nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie sich in die weitere Verhandlung der Sache eingelassen hat, ohne diese Verletzung zu rügen. Abs 2 nimmt davon die Ver-

letzung unverzichtbarer Vorschriften aus; Abs 3 stellt schließlich – ganz iS der aus § 215 Abs 1 ZPO abzuleitenden Fiktion, dass nur jene Prozesshandlungen, die im Verhandlungsprotokoll aufscheinen, auch tatsächlich vorgenommen wurden¹⁾ – klar, dass die Rüge eines Mangels, der nicht sofort behoben wird, im Verhandlungsprotokoll vermerkt werden muss.²⁾

Zugespißt formuliert lässt sich der Normgehalt von § 196 ZPO wie folgt zusammenfassen: Um einen hiervon erfassten Mangel geltend zu machen, muss man „entweder jetzt sprechen oder für immer schweigen“. Die rechtzeitige Rüge ist also notwen-

¹⁾ Zur unbedingten Beweiskraft des Verhandlungsprotokolls zutreffend OGH 1 Ob 276/03z (Entscheidungen, die im RIS-Justiz im Volltext abrufbar sind, werden im Folgenden ohne Fundstelle zitiert); 1 Ob 181/03d; 10 Ob 17/04d; 1 Ob 168/05w; 5 Ob 187/07x; OLG Linz 2 R 160/87 = JBl 1988, 790 (Ballon); LG Salzburg 55 R 11/00i = EFSIlg 94.506; RIS-Justiz RS0120115; ebenso schon OGH 2 Ob 472/50; Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1897) 273; Horten, Österreichische Zivilprozessordnung I (1908) Rz 1884; Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925–1930) 386; Novak, Einige Probleme des Zivilprozessrechts, JBl 1964, 57; Hagen, Die Verwendung von Schallträgern im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1969, 289 (291); ausführlich mwN König, Konformität, Aktenwidrigkeit und offenbare Gesetzeswidrigkeit im zivilgerichtlichen Verfahren (1975) 82 ff; aA noch OGH 4 Ob 24/30 = ZBl 1930, 880 (Michlmayr); 3 Ob 310/53; 1 Ob 187/56 = RZ 1956, 140; 3 Ob 524/86; 5 Ob 315/86; 7 Ob 24/91 uvm; RIS-Justiz RS0037315; RS0037323 (T1); Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I⁴ (1927) 848; Newirth in Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II (1962) 998, 1004; Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozeß (1963) 341; Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht³ (1976) 214; Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 633; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 556.

²⁾ Vgl zB OGH 8 Ob 578/93; ferner schon Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) 281; Newirth in Fasching, ZPG II 953.

*) Der vorliegende Beitrag stellt die erweiterte Schriftfassung eines Vortrags dar, den der Verfasser am 11.11.2019 an der Universität Graz gehalten hat.

dig, um die Rechtsfolge einer Präklusion hinsichtlich der Geltendmachung des Verfahrensmangels zu vermeiden. Sie soll – in den Worten Franz Kleins³⁾ – „die Pforte für andere Rechtsmittel offen[halten]“.

Eine „echte“ Pflicht zur Rüge besteht indes nicht. Die Partei verhält sich nicht rechtswidrig, wenn sie die Rüge unterlässt, womit sich der herkömmlich gebrauchte Ausdruck der „Rügepflicht“⁴⁾ als nicht ideal erweist. Vorzugswürdig ist demgegenüber der Begriff der Rüge last.⁵⁾ Wie besonders die deutsche Literatur seit langem herausgearbeitet hat, ist es nämlich zweckmäßig, im Zivilprozess⁶⁾ von einer Last zu sprechen, wenn eine Norm eine Partei zwar nicht im engeren Sinn verpflichtet, etwas zu tun oder zu unterlassen, die Nichtbefolgung dieser Anordnung aber prozessuale Nachteile für sie zeitigt.⁷⁾ Beste Beispiele sind die Behauptungs- und Beweislast; neuerdings ist auch vermehrt von der Anwaltslast die Rede (vgl. freilich § 27 Abs 1 ZPO).⁸⁾ Währenddessen wird etwa die Wahrheitspflicht iS des § 178 ZPO mit guten Gründen als echte Pflicht qualifiziert. Ihre Verletzung ist rechtswidrig, mag diese auch nicht zwingend innerprozessuale Sanktionen nach sich ziehen.⁹⁾

Mehr als diese primär terminologische Frage interessiert freilich der Zweck der in § 196 ZPO normierten Rüge last: Zum einen soll dem Gericht sofort Gelegenheit gegeben werden, einen versehentlich gesetzten Verfahrensfehler umgehend zu korri-

gieren.¹⁰⁾ Zum anderen soll verhindert werden, dass eine Partei einen Verfahrensmangel sehenden Auges, aber dennoch protestlos geschehen lässt, um ihn dann bei entsprechend ungünstigem Prozessverlauf, vielleicht sogar nur zur Prozessverschleppung, einzuwenden.¹¹⁾ Beides dient letztlich der Prozessökonomie und harmoniert bestens mit der Prozessförderungspflicht iS des § 178 Abs 3 ZPO,¹²⁾ auch wenn letztere erst durch die ZVN 2002¹³⁾ eingeführt wurde. Am Normgehalt von § 196 ZPO hat diese nachträgliche Ergänzung der ZPO übrigens richtigerweise nichts geändert.¹⁴⁾

Vorbild der Rüge last in § 196 ZPO ist die fast wortlautidentische Parallelbestimmung in § 295 dZPO (ursprünglich § 267 dZPO).¹⁵⁾ Der deutsche Gesetzgeber orientierte sich dabei insbesondere am französischen Recht,¹⁶⁾ das sich wiederum am gemeinen Recht angelehnt hatte.¹⁷⁾

B. Einschränkung auf sonstige Verfahrensmängel

So einleuchtend und systematisch stimmig das soeben dargestellte *telos* von § 196 ZPO ist, so umstritten ist dennoch sein Anwendungsbereich. Weitgehende Einigkeit herrscht eigentlich nur darüber, dass § 196 ZPO nicht auf Verfahrensverstöße anwendbar ist, deren Verletzung eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hat.¹⁸⁾ Richtigerweise sind zwar nicht alle Normen, deren Verletzung einen Nichtigkeitsgrund bildet, unverzichtbar und damit nicht unbedingt gemäß § 196 Abs 2 ZPO von der Rüge last ausgenommen, wie das – mE zumindest in gewissen Schranken verzichtbare¹⁹⁾ – Gebot des rechtlichen Gehörs beweist.²⁰⁾ Dennoch spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber unter unverzichtbaren Vorschriften iS des Abs 2 *leg cit* gerade die Regeln verstanden hat,²¹⁾ deren Verletzung einen gemäß § 494 ZPO von Amts wegen wahrzunehmenden Nichtigkeitsgrund verwirklicht²²⁾ (näher unten D.I.).

³⁾ Klein/Engel, Der Zivilprozeß Österreichs III, in Wach/Kisch/Mendelsohn Bartholdy/Pagenstecher, Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten (1927) 461.

⁴⁾ Statt vieler Neuwirth in Fasching, ZPG II 949 ff; Fasching, Lehrbuch² Rz 797; Wennig, Zur Rügepflicht, NV 2000, 63; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ Rz 805; Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ (2015) § 196 ZPO Rz 1 ff; Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO Taschenkommentar (2019) § 196 Rz 2, 4.

⁵⁾ So erstmals für Österreich Burgstaller, Zur Rüge last nach § 196 ZPO, in Buchegger/Holzhammer, Beiträge zum Zivilprozeßrecht I (1982) 59 (66 f); ebenso Pochmarski/Walcher, Zum Umfang der Rüge last nach § 196 ZPO, ÖJZ 2011, 18; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ (2019) § 196 Rz 2; grundsätzlich zustimmend auch Schragel in Fasching/Konecny, ZPG II² (2002) § 196 ZPO Rz 3.

⁶⁾ Im Zivilrecht ist für funktional vergleichbare Normen bekanntlich der Begriff der Obliegenheit gebräuchlich (statt so vieler Welscher/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ [2018] Rz 169).

⁷⁾ Goldschmidt, Zivilprozessrecht² (1932) 107; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950) 64 ff; Lent, Lasten und Pflichten im Zivilprozeß, ZZP 67 (1954) 344 ff.

⁸⁾ M. Roth, Zivilprozessrecht² (2015) 11 f; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 27 Rz 1; Rammelmüller, Zur Anwaltslast im Rechtsmittelklageverfahren, Zak 2018, 246; vgl. auch Buchegger/Markowetz, Grundriss des Zivilprozessrechts² (2018) 103 f, die den Begriff allerdings mit zutreffendem Hinweis auf den gegenteiligen Gesetzeswortlaut in § 27 Abs 1 ZPO nicht verwenden.

⁹⁾ Sperl, Lehrbuch 373 ff; Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechtes unter Einschluß des Exekutivrechts² (1932) 481; Fasching, Lehrbuch² Rz 654; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 178 Rz 1; vgl. auch Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 111 f mwN auch zur allgemeinen Frage nach der Existenz prozessualer Pflichten.

¹⁰⁾ Materialien I 257; Klein, Vorlesungen 280.

¹¹⁾ Treffend Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2; ebenso OLG Graz 2 R 62/07s; 6 R 19/12d; OLG Innsbruck 4 R 232/07k.

¹²⁾ Darauf hat bereits Schragel in Fasching/Konecny, ZPG II² § 196 ZPO Rz 1 hingewiesen; ebenso zB Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 196 Rz 1.

¹³⁾ BGBl I 76/2002.

¹⁴⁾ Zutreffend OGH 7 Ob 53/08g gegen OLG Graz 2 R 62/07s; OLG Innsbruck 4 R 232/07k.

¹⁵⁾ Statt so vieler Klein/Engel, Zivilprozeß 461.

¹⁶⁾ Hahn/Stegemann, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II/1² (1881) 281.

¹⁷⁾ Sperl, Lehrbuch 639.

¹⁸⁾ HM, zB Holzhammer, Zivilprozeßrecht² 211; Fasching, Lehrbuch² Rz 797; Pochmarski/Walcher, ÖJZ 2011, 22 ff; Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 16; Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 196 Rz 5; implizit auch Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 1; aA R. Kralik, Mängel des rechtlichen Gehörs, ÖJZ 1952, 3 (5).

¹⁹⁾ Näher Trenker, Parteidisposition 346, 364; vgl. in diesem Sinn auch OGH 4 Ob 79/08h.

²⁰⁾ Insoweit zutreffend R. Kralik, ÖJZ 1952, 5.

²¹⁾ So Schragel in Fasching/Konecny, ZPG II² § 196 ZPO Rz 2.

²²⁾ Statt so vieler Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ Rz 1095; G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁴ (2018)

Amtswegige Wahrnehmung und Präklusion in Folge einer versäumten Rüge sind insofern schlicht schwer miteinander in Einklang zu bringen.²³⁾

Wenngleich dies selten explizit betont wird,²⁴⁾ ist ferner von vornherein unbestritten, dass alle gerichtlichen Fehler, die als unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder unrichtige rechtliche Beurteilung zu qualifizieren sind, nicht unter § 196 ZPO fallen. Solche *errores in iudicando* stellen – die grammatikalische Interpretation lässt hier kaum Grund für Zweifel – keine „Verletzung einer das Verfahren (...) regelnden Vorschrift“ dar.²⁵⁾ Als erstes Zwischenfazit lässt sich sohin festhalten, dass § 196 ZPO überhaupt nur auf wesentliche Verfahrensmängel angewendet werden kann.

C. Anwendungsbereich innerhalb der sonstigen Verfahrensmängel

I. Meinungsstand und Kritik

Ob und inwieweit aber wesentliche Verfahrensmängel überhaupt Gegenstand der Rüge last nach § 196 ZPO sind, ist in Lehre und Rsp seit jeher umstritten. Der Meinungsstreit schöpft dabei das volle Spektrum denkbarer Ansichten aus.

1. Ältere Lehre: Kein Anwendungsbereich von § 196 ZPO

Eine vor allem von älteren Stimmen der Lehre vertretene Auffassung spricht der Rüge last jeglichen Anwendungsbereich ab.²⁶⁾ Erstens zeige nämlich § 496 Abs 1 Z 2 ZPO, dass Verfahrensmängel, die eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache hindern, unbedingt zur Berufung legitimieren würden. Zweitens seien Verfahrensvorschriften als zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften *per se* unverzichtbar iS des § 196 Abs 2 ZPO.

Beide Argumente halten einer näheren Untersuchung nicht stand. Dass § 496 Abs 1 Z 2 ZPO wesentliche Verfahrensmängel unbedingt, also unabhängig von einer rechtzeitigen Rüge im erstinstanz-

Rz 1043; Pimmer in Fasching/Konecny, ZPG IV/1³ (2019) § 477 ZPO Rz 1, 3; zur Revision siehe nur RIS-Justiz RS0042973; RS0042743.

²³⁾ Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 16.

²⁴⁾ Siehe allerdings zum sekundären Feststellungs mangel: OGH 4 Ob 26/07p; in diesem Sinn wohl auch OGH 2 Ob 2073/96h; vgl ansonsten implizit Burgstaller in Buchegger/Holzhammer, Beiträge I 68 ff; wohl auch Pochmarski/Walcher, ÖJZ 2011, 19 f; ausdrücklich auf wesentliche Verfahrensmängel beschränkt die Rüge last auch Fasching, Lehrbuch² Rz 797.

²⁵⁾ So bereits Horten, ZPO I Rz 1748.

²⁶⁾ Pollak, System² 563 (in diesem Sinn auch aaO 107 Fn 77); Novak, Praktisches Zivilprozessrecht, JBl 1949, 113 (114); derselbe, Anmerkung zu OGH 2 Ob 701/59, JBl 1960, 564 (566); Sprung, Konkurrenz von Rechtsbehelfen im zivilgerichtlichen Verfahren (1966) 24 Fn 6; derselbe, Anmerkungen zum neuen Zivilprozeßrechtslehrbuch, JBl 1972, 341 (344); Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren¹² (2009) Rz 211; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ Rz 805; im Ergebnis auch in diesem Sinn Sperl, Lehrbuch 639, 686 (vgl allerdings auch aaO 383).

lichen Verfahren, als Berufungsgründe anerkennt, ist eine bloße Behauptung, für deren Beweis keine hinreichenden gesetzlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind. Demgegenüber lassen sich beide Bestimmungen zwanglos miteinander vereinbaren, wenn man die rechtzeitige Rüge nach § 196 ZPO als zusätzliche Voraussetzung für eine zulässige Geltendmachung im Berufungsverfahren anerkennt. Dass diese Lesart auch zutrifft, belegt § 462 Abs 2 ZPO, wonach dem Berufungsgericht die Beurteilung von Beschlüssen des Erstgerichts obliegt, sofern diese nicht – unter anderem – „infolge Unterlassung der rechtzeitigen Rüge (§ 196)“ unabänderlich geworden sind.²⁷⁾ Wenn eine rechtzeitige Rüge nach § 196 ZPO die Bekämpfung eines separaten Beschlusses in der Berufung hindern kann, so ist dies generell für den Berufungsgrund des wesentlichen Verfahrensmangels anzunehmen. Denn einem solchen Verfahrensmangel liegt ja regelmäßig ein – wenn auch nicht unbedingt ausdrücklicher – Beschluss des Erstgerichts zugrunde (zum Ganzen noch unten C.II.3.).²⁸⁾

Auch die überkommene Vorstellung, wonach sämtliche zivilprozessualen Normen zwingend wären, ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar, wie der Verfasser jüngst ausführlich aufzuzeigen versucht hat.²⁹⁾ Diese Ansicht konfiguriert konkret bereits mit § 196 Abs 2 ZPO, dessen explizite Annahme, es gebe verzichtbare Verfahrensvorschriften, nicht einfach als verfehlt abgetan werden darf.³⁰⁾ Darüber hinaus stellen mehrere gesetzliche Bestimmungen ihre Verzichtbarkeit sogar ausdrücklich klar.³¹⁾ § 193 Abs 3, §§ 281a, 302, 488 Abs 4 ZPO mögen insofern als einige wenige Beispiele zur Widerlegung der Annahme einer pauschalen Unverzichtbarkeit prozessualer Normen genügen.

Das stärkste Argument gegen die Auffassung, wonach es keine nach § 196 ZPO rügebedürftigen Verfahrensmängel gäbe, ist aber schlicht im Gebot der systematischen Interpretation zu sehen, dass jeder Norm im Zweifel ein eigenständiger Anwendungsbereich zu verbleiben hat.³²⁾ Begründet wird diese Grundregel der juristischen Auslegung zu Recht mit der Überlegung, dass dem Gesetzgeber nicht ohne weiteres unterstellt werden darf, er habe überflüssige Normen geschaffen. Im Fall des § 196 ZPO wäre dem Gesetzgeber darüber hinaus der Vorwurf zu machen, er habe eine für den Rechtsanwender irreführende Norm geschaffen.

Kurzum: Die Auffassung, dass § 196 ZPO ohne eigenständigen Anwendungsbereich ist, erweist sich als nicht haltbar.

²⁷⁾ OGH 8 Ob 214/97x; Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2; Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 3; vgl auch Fasching, Lehrbuch² Rz 797.

²⁸⁾ Vergleichbar argumentiert jüngst in anderem Zusammenhang G. Kodek, Zugang zum OGH bei Verfahrensmängeln: Versuch einer Klarstellung, Zak 2020, 29 (30).

²⁹⁾ Trenker, Parteidisposition 77 f, 237 ff.

³⁰⁾ Vgl schon Petschek/Stagel, Zivilprozeß 32.

³¹⁾ Richtig Pochmarski/Walcher, ÖJZ 2011, 22.

³²⁾ OGH 4 Ob 363/70 = SZ 44/25; 10 ObS 169/92; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre² (1991) 444; G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 6 Rz 85.

2. *Herrschende Meinung: Ausnahme für Stoffsammlungsmängel*

Die Rsp³³⁾ und – ihr folgend – die insgesamt wohl überwiegende Lehre³⁴⁾ haben freilich ohnehin nie bestritten, dass § 196 ZPO grundsätzlich auf wesentliche Verfahrensmängel anwendbar ist. Sie machen hiervon aber eine Ausnahme für sogenannte Stoffsammlungsmängel. In der Sache werden damit folgende Gruppen von Verfahrensmängeln von der Rüge last immunisiert: Allen voran wird die unzulässige Nichtberücksichtigung bzw Zurückweisung von Vorbringen, Beweisanboten und Fragen als nicht rüge bedürftiger Stoffsammlungsmangel qualifiziert.³⁵⁾ Außerdem werden – zumindest nach verbreiteter Meinung im Schrifttum – Verstöße gegen die richterliche Erörterungspflicht (§§ 182, 182a ZPO) vom Anwendungsbereich des § 196 ZPO ausgeklammert.³⁶⁾ Darüber hinaus sei zB auch ein zu weit gefasster, nämlich nicht entscheidungserhebliche Beweisthemen betreffender Beweisbeschluss ein Stoffsammlungsmangel.³⁷⁾

Als rüge bedürftige Restmenge bleiben demgegenüber vornehmlich nur Verstöße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz (zur Frage der Verzichtbarkeit der Unmittelbarkeit noch unten D.I.2.) übrig: Konkret wurde eine Rüge last bei unterlassener Neudurchführung eines Beweisverfahrens nach Nichtigerklärung³⁸⁾ oder Richterwechsel³⁹⁾ sowie bei unberechtigter Verlesung der Beweisergebnisse des Erstgerichts im Berufungsverfahren⁴⁰⁾ bejaht.

Im Ergebnis wird der Anwendungsbereich der Rüge last somit doch wieder sehr weitgehend eingeschränkt, was zwar jedenfalls bemerkenswert ist, aber nicht zwangsläufig falsch sein muss. Wirklich

kritikwürdig ist demgegenüber hingegen, dass der Begriff des Stoffsammlungsmangels weder dem Gesetz zu entnehmen ist, noch scharfe Konturen aufweist.⁴¹⁾ Das ist äußerst bedenklich, öffnet ein derart konturloser Begriff der Judikatur doch Tür und Tor für dezisionistische Abgrenzungen. Dementsprechend bleibt etwa schwer einzusehen, warum denn ausgerechnet ein Verstoß gegen die Unmittelbarkeit (zugespißt formuliert: eine bloß mittelbare *Stoffsammlung*) kein Stoffsammlungsmangel sei. Schwer nachvollziehbar ist auch, warum unzulässige Vorhalte an einen Zeugen aus einem nicht verlesenen Akt nach Auffassung des OLG Wien⁴²⁾ rüge bedürftig seien und daher offenbar nicht die Stoffsammlung betreffen sollen.

An dieser Stelle soll dem Begriff des Stoffsammlungsmangels seine Eignung als Abgrenzungskriterium für den Anwendungsbereich von § 196 ZPO allerdings nicht voreilig abgesprochen werden, ohne dessen Herkunft zu beleuchten. Der Sache nach geht dieser Begriff auf keinen geringeren als *Franz Klein*⁴³⁾ zurück, wenngleich *Klein* noch von sogenannten „materiellen Mängeln“ als nicht rüge bedürftiger Fallgruppe von Verfahrensmängeln sprach. Konkret differenziert er in seinen Vorlesungen – in ausdrücklicher Anlehnung an eine Arbeit von *Fitting*⁴⁴⁾ zu § 295 dZPO (damals noch: § 267 *leg cit*) – zwischen drei Kategorien von Verfahrensmängeln. Die materiellen Mängel definiert er dabei wie folgt: Es handele sich um Mängel, die „unmittelbar die sachliche Aufgabe des Richters betreffen: sachliche Rechtfertigung oder Bekämpfung der erhobenen Ansprüche und die zu diesem Behufe geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, die sachliche Art der gerichtlichen Behandlung und Entscheidung dieses gesamten Prozeßstoffes“.⁴⁵⁾ Gerade diese materiellen Mängel seien nun – ebenso wie die aus heutiger Sicht nicht mehr ganz einfach greifbare Gruppe der sogenannten „Voraussetzungsmängel“⁴⁶⁾ – nicht rüge bedürftig. Zu rügen seien nach *Kleins* bzw *Fittings* Einteilung lediglich die „echten“ Verfahrensmängel, die „in einer dem

³³⁾ OGH 4 Ob 346/69 = JBl 1970, 266; 6 Ob 756/79; 2 Ob 533/82; 7 Ob 510/84; 6 Ob 586/94; 2 Ob 2073/96h; 1 Ob 69/08s; 7 Ob 53/08g; 10 ObS 190/13h uvm; RIS-Justiz RS0037041; RS0037055; aA OGH 8 Ob 587/87 (*obiter dictum*).

³⁴⁾ *Neuwirth* in Fasching, ZPG II 950; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 797; *Schragel* in Fasching/Konecny, ZPG II² § 196 ZPO Rz 1; *Höllwerth* in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 15; *Fucik* in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2; *Ziehensack* in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 196 Rz 2, 5; in diesem Sinn auch bereits *Klein*, Vorlesungen 281 f; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 818 Fn 2; lediglich referierend *Nunner-Krautgasser* in Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, Einführung in das Zivilprozessrecht¹³ (2018) Rz 312; *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 755.

³⁵⁾ Zur Nichtaufnahme von Beweisen OGH 2 Ob 2073/96h; 1 Ob 69/08s; 7 Ob 53/08g; 2 Ob 150/10p; 10 ObS 190/13h; zur Zurückweisung von Fragen OGH 2 Ob 533/82; 7 Ob 510/84.

³⁶⁾ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1764; *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozeßrechts, ÖJZ 1993, 10 (19); vgl auch *Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten (2000) 78, allerdings ohne Bezugnahme auf § 196 ZPO.

³⁷⁾ OGH 6 Ob 756/79; RIS-Justiz RS0037041.

³⁸⁾ OGH 1 Ob 162/99a.

³⁹⁾ OGH 5 Ob 322/59 = JBl 1960, 195; 4 Ob 95/76; 8 ObA 226/94; RIS-Justiz RS0037176; OLG Wien 11 R 20/96h = MietSlg 48.647; ebenso bereits OGH VI R 323/10 = GIU 5202.

⁴⁰⁾ OGH 6 Ob 635/79; 8 Ob 178/79; 8 Ob 578/93; RIS-Justiz RS0037410 (T5).

⁴¹⁾ Insoweit berechnete Kritik des OLG Graz 2 R 62/07s; OLG Innsbruck 4 R 232/07k; ebenso noch *Fucik* in Rechberger, ZPO³ (2006) § 196 Rz 2: „diffus“ (siehe nunmehr allerdings *denselben* in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2).

⁴²⁾ 17 R 145/99i.

⁴³⁾ Vorlesungen 281 f.

⁴⁴⁾ *Fitting*, Ueber die Folgen von Mängeln des Verfahrens. Zu § 267 der Civilprozessordnung, ZJP 11 (1887) 1.

⁴⁵⁾ *Klein*, Vorlesungen 281, in wortwörtlicher Anlehnung an *Fitting*, ZJP 11 (1887) 2 f.

⁴⁶⁾ *Fitting* (ZJP 11 [1887] 3) definiert diese wie folgt: „Mängel in Ansehung der Vorbedingungen, unter denen allein das prozessualische Verfahren, selbst die vollste Richtigkeit in Gang und Form vorausgesetzt, jene Aufgabe mit vollkommener Gültigkeit und Wirksamkeit lösen kann.“ Gedacht ist wohl mitunter sogar an schwerwiegende Mängel, die in der österreichischen Dogmatik Nichtigkeitsgründen entsprächen, wie zB „Nullitäten aus der Person des Richters oder der Partei“ (*Fitting* aaO 4 f Fn 3). Auch ein Vergreifen in der Verfahrensart wäre nach dieser Einteilung offenbar als Voraussetzungsmangel zu qualifizieren (vgl *Klein*, Vorlesungen 282; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 818 Fn 2; *Neuwirth* in Fasching, ZPG II 950).

Gesetze nicht entsprechenden Art und Form des processualischen Handelns“ bestünden.⁴⁷⁾

Es dürfte einige Jahrzehnte später das „Verdienst“ *Neuwirths*⁴⁸⁾ gewesen sein, die Kategorie der materiellen Mängel zwangsläufig mit der Sammlung des Prozessstoffs konnotiert zu haben. Dies hat sich dann wiederum der OGH zu eigen gemacht, der anfangs ebenfalls noch von einem „materiellen Mangel“ sprach, „der die Sammlung des Prozeßstoffes betrifft“;⁴⁹⁾ als Kurzform davon ist der in der heutigen Dogmatik etablierte Begriff des Stoffsammlungsmangels übrig geblieben.

Zweifelhaft ist nun allerdings, ob eine Rückbesinnung auf den Begriff des materiellen Mangels anstelle der verkürzten Umschreibung des Stoffsammlungsmangels die Abgrenzungsprobleme lindert. Die Beantwortung der Frage hängt naturgemäß von der jeweiligen Definition des materiellen Mangels ab. Ausgehend von der Umschreibung von *Klein* bzw. *Fitting* und auch der eigentümlichen Bedeutung (vgl. § 6 ABGB) dieses Begriffs liegt es nahe, darunter einen Mangel zu verstehen, der geeignet ist, eine unrichtige meritorische Entscheidung herbeizuführen oder eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern. In der Tat umschreibt der OGH den Stoffsammlungsmangel auch in mehreren Entscheidungen ganz in diesem Sinn.⁵⁰⁾

Bei diesem Verständnis würde ein Abstellen auf materielle Mängel als nicht rügebedürftige Mängel jedoch zu problematischen Ergebnissen führen. Denn die genannte Definition entspricht exakt jener des *wesentlichen* Verfahrensmangels iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO. Das ist deshalb wenig sinnvoll, weil ein sonstiger Verfahrensmangel unterhalb der Schwelle der Wesentlichkeit ohnehin keinen Berufungsgrund begründet. Die Frage nach einer Rüge als Voraussetzung einer zulässigen Geltendmachung des Mangels in der Berufung würde sich also gar nicht stellen, wenn nach dieser Definition kein Stoffsammlungsmangel vorliegt. Mit anderen Worten: Indem ein Mangel die Voraussetzung der Wesentlichkeit erfüllt und somit überhaupt einen Rechtsmittelgrund erfüllt, wäre er gleichzeitig Stoffsammlungsmangel und damit gleichsam vom Anwendungsbereich des § 196 ZPO ausgenommen.⁵¹⁾

3. Mindermeinung: Grundsätzliche Anwendung von § 196 ZPO auf alle wesentlichen Verfahrensmängel

Insbesondere die bei konsequenter Abgrenzung bewirkte Gleichsetzung der Schnittmenge nicht rügebedürftiger Stoffsammlungsmängel mit jener der wesentlichen Verfahrensmängel ist der Nährboden für die von *Burgstaller*⁵²⁾ angeführte dritte

Lesart von § 196 ZPO. Danach sei § 196 ZPO einfach auf sämtliche sonstige Verfahrensmängel anzuwenden, wie es die Formulierung „*das Verfahren (...) regelnde Vorschriften*“ auch *prima facie* nahelegt. Durch (scheinbar) wortlautgetreue Auslegung wären also sämtliche Abgrenzungsschwierigkeiten vom Tisch.

Richtigerweise führte diese Ansicht mE auch nicht zu einem unangemessen weiten Anwendungsbereich von § 196 ZPO. Denn erstens bleibt die Ausnahme für unverzichtbare Verfahrensmängel nach Abs 2 *leg cit.*, zweitens müssen Verfahrensmängel ja erkennbar sein (unten D.II.). Dementsprechend wäre zB ein Verstoß gegen die richterlichen Erörterungspflichten nach §§ 182, 182a ZPO auch nach dieser Ansicht (siehe oben C.I.2.) nicht rügebedürftig, weil die Anleitung gerade entsprechende Unkenntnis der Partei kompensieren soll.⁵³⁾ Darüber hinaus ließe sich für die wichtigste von der Judikatur entwickelte Fallgruppe von Stoffsammlungsmängeln eine weitere tatbestandsimmanente Einschränkung argumentieren: Die unzulässige Zurückweisung von (Beweis-)Anträgen der Parteien wäre ausgehend vom *telos* der Norm wohl *per se* nicht gesondert rügebedürftig, wenn und weil die Partei durch ihren Antrag bereits zum Ausdruck bringt, dass und warum sie mit dessen Ab- oder Zurückweisung nicht einverstanden ist.⁵⁴⁾

Mag die Auffassung *Burgstallers* somit durchaus gewichtige Vorteile für sich haben, so zeigt ein näherer Blick in die Entstehungsgeschichte der Norm doch, dass diese Auslegung dem Verständnis des historischen Gesetzgebers in einer Weise widerspricht, dass ihr *de lege lata* nicht gefolgt werden kann:

Zunächst lässt schon die erwähnte Auffassung *Franz Kleins* (oben C.I.2.) erhebliche Zweifel aufkommen, ob wirklich jeder Verfahrensmangel unter § 196 ZPO zu subsumieren ist, ungeachtet dessen, dass *Kleins* „privat“ publizierte Ansichten nicht ohne weiteres als Ausdruck der Absicht des historischen Gesetzgebers verstanden werden dürfen.⁵⁵⁾ Aber auch *Carl von Fürstl*⁵⁶⁾ schränkt den Anwendungsbereich unmittelbar nach Inkrafttreten der ZPO auf „*richterliche[] Verfügungen*“ ein,

4 R 232/07k; zustimmend auch *A. Kodek* in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 471 Rz 9 (die Ansicht geht freilich auf die identischen Ausführungen von *E. Kodek* in Rechberger, ZPO⁴ [2014] § 471 Rz 6 zurück); keine Einschränkung auf gewisse Mängel findet sich auch bei *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 211. Dieser Befund trifft zwar auch auf *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 366 zu. Dennoch lassen die von ihnen angeführten Beispiele für eine Rüge last (aaO 63, 190, 200, 201, 207 f) eher auf eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf bloße „Formalfehler“ schließen.

⁵³⁾ Vgl in diesem Sinn schon *Fucik* in Rechberger, ZPO³ § 196 Rz 2 (in den Folgeauflagen weggefallen).

⁵⁴⁾ Ganz in diesem Sinn OGH 9 Ob 5/02d; RIS-Justiz RS0037041 (T3) unter Berufung auf *Fasching*, ZPG III (1966) 487. Wohl sogar noch weitergehender *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPG II² § 196 ZPO Rz 3.

⁵⁵⁾ Näher *Trenker*, Parteidisposition 12 f mwN.

⁵⁶⁾ Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze mit Erläuterungen (1897) 303.

⁴⁷⁾ *Klein*, Vorlesungen 282; *Fitting*, ZZP 11 (1887) 3.

⁴⁸⁾ In *Fasching*, ZPG II 950.

⁴⁹⁾ OGH 4 Ob 346/69 = JBl 1970, 266.

⁵⁰⁾ OGH 7 Ob 510/84; 6 Ob 586/94.

⁵¹⁾ *Novak*, JBl 1949, 114 sieht darin die Bestätigung dafür, dass § 196 ZPO keinen Anwendungsbereich habe (oben C.I.1).

⁵²⁾ In *Buchegger/Holzhammer*, Beiträge I 68 ff; in diesem Sinn auch OLG Graz 2 R 62/07s; OLG Innsbruck

„welche keine sachliche Entscheidung enthalten, sondern den Zweck haben, den Fortgang des Prozessverfahrens zu betreiben und die endgültige Entscheidung vorzubereiten“. Heinrich Horten⁵⁷⁾ nimmt in ähnlicher Weise Vorschriften von der Rüge last aus, die den Inhalt einer Prozesshandlung angehen. Jakob Wachtel⁵⁸⁾ meint wiederum, dass sich aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen klar ergebe, er würde sich nicht auf Akte der Rsp beziehen, wenngleich er bedauerlicherweise weder diese Entstehungsgeschichte noch den Begriff „Akt der Rsp“ näher erläutert.⁵⁹⁾

Besonders starke Zweifel an der Richtigkeit der Auslegung Burgstallers wirft weiters die Wendung in § 196 ZPO „insbesondere die Form einer Prozesshandlung regelnden Vorschrift“ auf. Wäre wirklich jeder primäre Verfahrensmangel von § 196 ZPO erfasst, so schiene es doch äußerst merkwürdig, wenn der Gesetzgeber dabei „insbesondere“ an die praktisch eher wenig bedeutsamen Formvorschriften für Prozesshandlungen denkt.⁶⁰⁾

Es fügt sich ferner ins Bild, dass in Deutschland von den ersten reichsgerichtlichen Entscheidungen⁶¹⁾ bis zur aktuellen Kommentarliteratur⁶²⁾ nie Zweifel aufkamen, dass die praktisch gleichlautende Vorbildbestimmung der dZPO keine Vorschriften erfasse, die den Inhalt von Partei- oder Gerichtshandlungen betreffen. Auch die deutschen Gesetzesmaterialien heben nur solche Vorschriften als rügebedürftig hervor, die den äußeren Gang des Verfahrens betreffen, wie Ladungen und Zustellungen, wenngleich sie die Eingrenzung des Anwendungsbereichs im Übrigen der Wissenschaft überlassen.⁶³⁾

Am wichtigsten ist mE aber, dass die österreichischen Gesetzesmaterialien⁶⁴⁾ ebenfalls deutlich für ein restriktives Verständnis der das Verfahren regelnden Vorschriften sprechen. Dort wird nämlich als Zielsetzung von § 196 ZPO hervorgehoben, dass die „Erörterung des Meritums“ nicht durch die „Kritik abgethaner processualer Episoden“ verwirrt und verzögert werden dürfe. Die Rüge last solle nur verhindern, dass prozessrechtlichen Fragen selbständige Bedeutung beigelegt und der Streitgegenstand „von dem Zanke über processuale Formfragen überwuchert werde[]“.

⁵⁷⁾ ZPO I Rz 1750.

⁵⁸⁾ Erläuterungen zur Civilproceß-Ordnung vom 01.08.1895, R.G.Bl. Nr. 113 und den einschlägigen Gesetzen (1897) 184 (§ 196 Anm 1).

⁵⁹⁾ Es liegt nahe, dass sich Wachtel insoweit an eine Entscheidung des deutschen RG (Rep III 642/80 = RGZ 3, 365 [368 f]) orientiert, in der mehrfach davon die Rede ist, dass „Akte der Rsp“ nicht von der Rüge last umfasst seien.

⁶⁰⁾ In diesem Sinn schon Horten, ZPO I Rz 1751.

⁶¹⁾ RG Rep III 642/80 = RGZ 3, 365 (368): „Inhalt richterlicher Verfügungen“ sei nicht betroffen; I R 169/85 = RGZ 14, 379 (382 f).

⁶²⁾ Statt vieler Assmann in Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze IV⁴ (2013) § 295 Rz 6; Prütting in Rauscher/Krüger, MünchKomm ZPO I⁵ (2016) § 295 Rz 2; Thole in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 4²³ (2018) § 295 Rz 2.

⁶³⁾ Hahn/Stegemann, Materialien II/1² 282.

⁶⁴⁾ Materialien I 267 f.

II. Eigene Ansicht

1. Definition rügebedürftiger Mängel

Fasst man diese Anhaltspunkte der – auch rechtsvergleichend unter Einbeziehung der deutschen ZPO betrachteten⁶⁵⁾ – Entstehungsgeschichte von § 196 ZPO zusammen, so war es offensichtlich nicht der Anspruch des Gesetzgebers, jeden wesentlichen Verfahrensmangel einer vorherigen Rüge zu unterwerfen.⁶⁶⁾ Vielmehr sollte nur die Verletzung solcher Vorschriften einer Rüge bedürfen, die sich reinen Förmlichkeiten, dem Prozessbetrieb oder dem äußeren Ablauf des Verfahrens widmen. Währenddessen sollten Anordnungen, die unmittelbar den Akt der Rsp bzw die inhaltliche Entscheidung, also das Meritum betreffen, nicht erfasst sein.

Die dogmatische Herausforderung besteht nun darin, dieses Verständnis idealerweise in eine allgemeingültige Definition münden zu lassen. Die Anerkennung einer Ausnahme für „materielle Mängel“ oder für „Stoffsammlungsmängel“ hat sich wie gezeigt (oben C.I.2.) als wenig taugliches Abgrenzungskriterium erwiesen, will man nicht jeden wesentlichen Verfahrensmangel von der Rüge last ausnehmen. Von vornherein erfolversprechender erscheint demgegenüber der Versuch, nicht die Ausnahme von § 196 ZPO zu definieren, sondern die erfassten Verfahrensvorschriften einzugrenzen.

In jüngerer Zeit haben sich durch einen entsprechenden Vorschlag vor allem Pochmarski/Walcher⁶⁷⁾ verdientlich gemacht. Im Einzelnen ist ihre Definition jedoch ebenfalls nicht vollends überzeugend. Pochmarski/Walcher arbeiten namentlich drei Kriterien für einen rügebedürftigen Mangel heraus: Erstens müsse es sich bei der verletzten Vorschrift um eine ausdrückliche Regelung der ZPO handeln, die eine bestimmte Form des Handelns oder Unterlassens einer Prozesshandlung des Gerichts gebietet oder verbietet. Daran ist zum einen zu bemängeln, dass nicht einzusehen ist, warum unbedingt

⁶⁵⁾ Die Maßgeblichkeit der Bedeutung der Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte von Vorschriften der deutschen ZPO wurde im österreichischen Schrifttum bisweilen vehement bestritten (Sprung, Konkurrenz 29, 47 ff; Hoyer, Rechtfertigt Rechtsvergleichung die Übernahme ganzer Rechtsinstitute aus ausländischem Recht?, ZfRV 1975, 192 [199 ff]; Fasching, Rechtsschutzverzichtsverträge im österreichischen Prozessrecht, ÖJZ 1975, 431 [432]). Wegen des unbestreitbaren Filiationsverhältnisses beider Prozessrechtsordnungen verschließt sich dieser Zugang jedoch in voreingenommener Weise einer mitunter sehr aufschlussreichen Erkenntnisquelle; er ist daher – trotz der gebotenen Umsicht bei der Rezeption deutscher Auffassungen (vgl konkret unten C.II.3.c. aE sowie D.I.1.) – entschieden abzulehnen (näher Trenker, Parteidisposition 14 f; vgl auch bereits Petschek/Stagel, Zivilprozeß 31).

⁶⁶⁾ Daher ist es letztlich richtig, wenn Höllwerth (in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 2 iVm Rz 13) meint, die Rügepflicht beschränke sich bei am Regelungszweck orientierter und pragmatischer Sicht auf formelle Verfahrensverletzungen, obwohl die bloße Berufung auf den „Regelungszweck“ ohne die dargelegten Argumente der historischen Interpretation eine bloße Leerformel bleibt.

⁶⁷⁾ ÖJZ 2011, 21 f; zustimmend Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2.

eine ausdrückliche Verhaltensanordnung verletzt werden müsse. Ebenso gut kann mE auch die Außerachtlassung einer von Rsp und Lehre aus der Gesamtsystematik oder Ähnlichem herausgearbeiteten Norm rügebedürftig sein. Zum anderen bezieht sich § 196 ZPO, was besonders im älteren Schrifttum⁶⁸⁾ sowie in der deutschen Literatur⁶⁹⁾ zu Recht betont wird, gerade auch auf Formvorschriften für Parteiprozesshandlungen und nicht nur für Gerichtsprozesshandlungen. Auch das zweite Kriterium, der Verstoß müsse nach außen erkennbar sein, ist nicht für die Abgrenzung des Begriffs einer „das Verfahren [...] regelnden Vorschrift“ heranzuziehen. Denn die Erkennbarkeit ist nach dem eindeutigen Wortlaut (arg: „obwohl dieselbe ihr bekannt war oder bekannt sein musste“) ohnehin ein eigenständiges und zusätzliches Tatbestandsmerkmal eines rügebedürftigen Mangels.

In die richtige Richtung weist indes die dritte Forderung, wonach die Vorschrift den äußeren Ablauf des Prozesses betreffen müsse. Dieses Kriterium harmonisiert bestens mit den genannten Hinweisen zum historisch beabsichtigten Regelungsgehalt.⁷⁰⁾ Regeln, die den äußeren Verfahrensablauf betreffen, sind auch zumindest insoweit konturiert, als diese Wendung zur Abgrenzung der Aufgaben des Richters im Rahmen seiner formellen Prozessleitung herangezogen wird.⁷¹⁾⁷²⁾ Als grundsätzlich rügebedürftig anzusehen sind damit etwa Fehler bei Zustellungen⁷³⁾ und Ladungen⁷⁴⁾ (mit der mE gebotenen Einschränkung, dass keine Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO verwirklicht sein darf), der Anberaumung von Tagsatzungen,⁷⁵⁾ der Festlegung von Fristen und der

Beachtung ihrer Einhaltung,⁷⁶⁾ der Wahrnehmung eines Prozessstillstands in Folge einer Unterbrechung des Verfahrens,⁷⁷⁾ der Protokollierung⁷⁸⁾ etc.

Mit den Vorschriften der Prozessleitungspflicht ist der Umfang der rügebedürftigen Verfahrensnormen aber noch nicht erschöpft. Zu erweitern ist die Rüge last ausgehend von der ausdrücklichen Erwähnung der „die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschriften“ auch auf die Verletzung von Regeln, die die „Art und Weise“⁷⁹⁾ oder – noch allgemeiner: – den *Modus processualen Handelns* betreffen. Das ist insofern eine bedeutsame Erweiterung, als davon nicht nur Prozesshandlungen des Gerichts, sondern auch formwidrige Partei handlungen erfasst sind, und darunter außerdem Mängel der materiellen Prozessleitung fallen können, soweit sie sich ausschließlich auf die Art und Weise der Stoffsammlung beziehen.

Fasst man dies zusammen, so ist § 196 ZPO nur, aber immerhin auf *Verstöße gegen Vorschriften anwendbar, die den äußeren Verfahrensablauf im Rahmen der formellen richterlichen Prozessleitung oder den Modus processualen Handelns betreffen.*⁸⁰⁾

Bevor im Folgenden die Brauchbarkeit dieser Definition anhand konkreter Beispiele erprobt werden soll, ist noch eine allgemeine Klarstellung erforderlich. Nach der hier vertretenen Abgrenzung sind Mängel bei der Stoffsammlung nicht einheitlich zu behandeln, sondern es ist wie folgt zu differenzieren: Zu unterscheiden ist zwischen den – in der Tat *nicht rügebedürftigen* – Fällen, in denen der Mangel *unmittelbar den Inhalt und Umfang der Stoffsammlung* betrifft, und den – sehr wohl *rügebedürftigen* – Fällen, in denen *unmittelbar nur Ablauf, Art und/oder Form der Stoffsammlung* beeinträchtigt sind.⁸¹⁾ Der

⁶⁸⁾ Vgl etwa *Fürstl*, Civilprocessgesetze 303; *Horten*, ZPO I Rz 1753; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Neuwirth* in *Fasching*, ZPG II 952; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 207 f.

⁶⁹⁾ *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV⁴ § 295 Rz 12, 16; *Thole* in *Stein/Jonas*, ZPO²³ § 295 Rz 10, 16.

⁷⁰⁾ Vgl insbesondere *Hahn/Stegemann*, Materialien II/1² 282.

⁷¹⁾ Einen gewissen Zusammenhang zwischen der Rüge last und der Prozessleitungspflicht anerkennt auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 797, wenn er zumindest prozessleitende Maßnahmen des Vorsitzenden, gegen die das Gesetz die Möglichkeit der Anrufung des Senats vorsieht, § 196 ZPO unterwirft.

⁷²⁾ Statt vieler *Fasching*, Lehrbuch² Rz 780; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 661; *Rassi* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 180 ZPO Rz 7. Freilich ist zuzugestehen, dass auch dieser Begriff keineswegs immer leicht von jenem der materiellen Prozessleitung abzugrenzen ist.

⁷³⁾ OGH Nr 16.622 = GIUNF 2160; *Fürstl*, Civilprocessgesetze 303 f; *Wachtel*, Erläuterungen 184 (§ 196 Anm 1); *Horten*, ZPO I Rz 1758; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Neuwirth* in *Fasching*, ZPG II 951; *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 14.

⁷⁴⁾ *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Neuwirth* in *Fasching*, ZPG II 951; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPG II² § 196 ZPO Rz 3; *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 14; vgl auch OGH 7 Ob 175/73; RIS-Justiz RS0037240.

⁷⁵⁾ Vgl *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Neuwirth* in *Fasching*, ZPG II 951; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 200; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPG II² § 196 ZPO Rz 3; *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 14; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 196 Rz 2; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 196 Rz 3.

⁷⁶⁾ Vgl *Wachtel*, Erläuterungen 184 (§ 196 Anm 1); *Horten*, ZPO I Rz 1758; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Neuwirth* in *Fasching*, ZPG II 951; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 190; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPG II² § 196 ZPO Rz 3; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 196 Rz 2; *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 14.

⁷⁷⁾ Vgl *Horten*, ZPO I Rz 1758; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 201.

⁷⁸⁾ *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 819; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 63. Freilich: Für inhaltliche Fehler der Protokollierung besteht durch das Widerspruchserfordernis des § 215 ZPO eine spezielle Ausprägung der „Rüge last“, sodass sich § 196 ZPO nur auf Fehler betreffend die Form oder Art der Protokollierung bezieht. Ein wesentlicher Verfahrensmangel wird in solchen Fehlern allerdings kaum je zu erblicken sein.

⁷⁹⁾ So schon *Horten*, ZPO I Rz 1750.

⁸⁰⁾ Wenn *Schragel* (in *Fasching/Konecny*, ZPG II² § 196 ZPO Rz 3; dies übernehmend *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 2) meint, die Rüge last beziehe sich nur auf „jene Teile der die Verfahrensführung durch das Gericht betreffenden Vorschriften, die deren äußere Form oder Durchführung betreffen“, ist dies in der Sache – mit Ausnahme der fehlenden Einbeziehung formwidriger Parteiprozesshandlungen – wohl ähnlich zu verstehen wie die hier vertretene Auffassung.

⁸¹⁾ Auch die Verletzung solcher Vorschriften kann (mittelbar) eine „erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache“ iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO verhindern.

Begriff des Stoffsammlungsmangels kann somit letztlich weiterhin zur Abgrenzung fruchtbar gemacht werden, sofern er entsprechend differenziert eingesetzt wird.

2. Abgrenzung rügebedürftiger Mängel

In der Sache führt der hier vertretene Ansatz freilich zu Ergebnissen, die von jenen der hM nur in wenigen Fällen abweichen:

Die Fälle der Zurückweisung von Vorbringen, Beweisanboten oder Fragen betreffen zweifellos Inhalt und Umfang der Stoffsammlung, weshalb im Einklang mit der Judikatur⁸²⁾ keine Rüge last besteht. Entgegen dem OLG Innsbruck⁸³⁾ ist daher zB die Ablehnung der Vornahme eines Augenscheins nicht rügebedürftig.⁸⁴⁾ Ferner fällt hierunter auch die gänzlich unterlassene Erörterung eines Sachverständigengutachtens, weil einer Partei dadurch ihr Fragerecht gleich zur Gänze entzogen wird.⁸⁵⁾ Wird indes lediglich bemängelt, dass der Sachverständige entgegen § 357 Abs 2 ZPO nicht mündlich, sondern nur durch eine schriftliche Eingabe befragt werden durfte, handelt es sich um einen grundsätzlich rügebedürftigen Mangel des Modus dieser Prozesshandlung.⁸⁶⁾

Auch Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, die zu einem „Zuviel“ an Entscheidungsmaterial führen, wie die Zulassung grob schuldhaft verspäteten Vorbringens, Verstöße gegen die Eventualmaxime⁸⁷⁾ oder das Neuerungsverbot, betreffen die Stoffsammlung und sind damit keinesfalls rügebedürftig;⁸⁸⁾ ganz abgesehen davon sind derartige Verstöße mE jedenfalls dann überhaupt gar keine wesentlichen Verfahrensmängel, wenn sich der Zweck der verletzten Vorschrift in ausschließlich prozessökonomi-

schon Zielen erschöpft.⁸⁹⁾ Auch die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel betrifft den Umfang der Stoffsammlung und bedarf, unabhängig davon, ob man dies zumindest dann als Verfahrensmangel qualifiziert, wenn die nach der Judikatur erforderliche Interessenabwägung⁹⁰⁾ zulasten des Beweisführers ausschlagen hätte müssen,⁹¹⁾ keiner Rüge nach § 196 ZPO.⁹²⁾

Keine Rüge last besteht auch für Verstöße des Gerichts gegen die Erörterungs- bzw Anleitungspflicht,⁹³⁾ die es eben zur inhaltlichen Stoffsammlung im Rahmen seiner materiellen Prozessleitung zu befolgen hat. Ferner begründet die unberechtigte Anwendung von § 273 ZPO⁹⁴⁾ einen Verfahrensmangel, der eine ganz maßgebliche Weichenstellung für die meritorische Entscheidung begründet und folglich ebenfalls nicht unter § 196 ZPO fällt.⁹⁵⁾

Bei Verstößen gegen die Unmittelbarkeit wirkt sich die soeben gezogene Unterscheidung stärker aus. Bezieht sich die Verletzung der Unmittelbarkeit nur auf die Art und Weise, also den Modus der Stoffsammlung, so ist der Verstoß rügebedürftig. Darunter fallen die – auch nach der Rsp von § 196 ZPO erfasste⁹⁶⁾ – prozessordnungswidrige Unterlassung der Neudurchführung eines Beweisverfah-

⁸⁹⁾ Trenker, ÖJZ 2020, 301. Sogar pauschal gegen ein „Zuviel“ als Verfahrensmangel OGH 1 Ob 39/15i; G. Kodek, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren – Zugleich ein Beitrag zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel (Teil II), ÖJZ 2001, 334 (344); derselbe, Zak 2020, 30.

Für Verstöße gegen das Neuerungsverbot plädieren namhafte Stimmen neuerdings (siehe hingegen die hM, zB OGH 4 Ob 79/99t; 3 Ob 243/13a; RIS-Justiz RS0112213; Zechner in Fasching/Konecny, ZPG IV/1² (2005) § 503 ZPO Rz 99; A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 482 Rz 9 mwN) dafür, diese – im Einklang mit der mE allerdings zweifelhaften Einordnung „überschießender Feststellungen“ (zB OGH 4 Ob 2338/96v; 4 Ob 102/02g; 9 ObA 139/16f; 7 Ob 174/17i; RIS-Justiz RS0112213 [T1]; RS0040318 [T2]; RS0036933 [T10; T11; T12]) – unter den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zu subsumieren (Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1³ § 503 ZPO Rz 39, 175; G. Kodek, Zak 2020, 30).

⁹⁰⁾ OGH 3 Ob 131/00m; 6 Ob 190/01m; vgl ähnlich bereits Fasching, Lehrbuch² Rz 934 ff. Anders hingegen für das Transkript einer solchen Aufnahme OGH 1 Ob 172/07m; RIS-Justiz RS0123178.

⁹¹⁾ Dagegen G. Kodek, ÖJZ 2001, 343 ff (in ausdrücklicher Abkehr zu G. Kodek, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß [1987] 180); in diesem Sinn auch jüngst Klicka, Beweis(verwertungs)verbote im Arbeitsrecht, ZAS 2020, 20 (21), der gerade für die Situation nach der Beweisaufnahme das jedenfalls vorrangige Interesse des Gerichts betont, nicht gegen seine eigenen Überzeugungen entscheiden zu müssen; generell bereits gegen ein Beweisaufnahmeverbot Graf/Schöberl, Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht, ZAS 2004, 172; Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ (2017) Vor § 266 ZPO Rz 70.

⁹²⁾ AA zu § 295 dZPO BGH III ZR 93/82 = NJW 1985, 1158.

⁹³⁾ Siehe oben C.I.2. bei und in Fn 36.

⁹⁴⁾ Zur Qualifikation als Verfahrensmangel zB OGH 8 Ob 216/70; 5 Ob 312/00v; 8 Ob 2/19f; RIS-Justiz RS0040282.

⁹⁵⁾ Zutreffend Delle-Karth, ÖJZ 1993, 19.

⁹⁶⁾ Siehe oben C.I.2. bei und in Fn 38–40.

⁸²⁾ Siehe oben C.I.2. bei und in Fn 35.

⁸³⁾ 4 R 232/07k.

⁸⁴⁾ Richtig Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2.

⁸⁵⁾ OGH 10 ObS 190/13h.

⁸⁶⁾ Allerdings wird hier „das Verlangen“ iS des § 357 Abs 2 ZPO bereits genügen, um der Rüge last zu entsprechen (vgl oben C.I.3. bei und in Fn 54 sowie sogleich bei Fn 98).

⁸⁷⁾ In der (Kommentar-)Literatur wird hervorgehoben, dass Verstöße gegen die Eventualmaxime nach hM rügebedürftig seien (Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 16; Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 196 Rz 3), dabei jedoch übersehen, dass sich die als Beleg hierfür herangezogene Rsp nur auf die Notwendigkeit einer Rüge iS einer Geltendmachung als Verfahrensmangel im Rechtsmittel bezieht (zutreffend OGH 3 Ob 2392/96b; vgl auch RIS-Justiz RS0041951; aA offenbar Deixler-Hübner, Die Eventualmaxime im Oppositionsverfahren, ÖJZ 1995, 170 [177], die einerseits den zwingenden Charakter von § 35 Abs 3 EO hervorhebt, gleichzeitig aber die Rsp, wonach die Eventualmaxime unverzichtbar iS des § 196 Abs 2 ZPO sei, mit schwer nachvollziehbarer Begründung ablehnt). ME liegt zumindest bei der Verletzung der Eventualmaxime im Oppositions- und Impugnationsprozess gar kein wesentlicher Verfahrensmangel vor (Trenker, Bindungswirkung des zivilgerichtlichen Geständnisses, ÖJZ 2020, 293 [301] mwN auch der herrschenden Gegenansicht).

⁸⁸⁾ Zu einer „überschießenden“ Fragestellung seitens des Richters, die in casu freilich ohnehin verneint wurde, noch aA OGH Nr 411 = GIUNF 482.

rens nach Nichtigkeitsklärung oder Richterwechsel sowie die unzulässige Verlesung der Beweisergebnisse des Erstgerichts im Berufungsverfahren. Auch die Einvernahme eines Zeugen durch den ersuchten oder beauftragten Richter ohne die hierfür erforderlichen Voraussetzungen (§ 328 ZPO) betrifft den Modus der Beweisaufnahme und muss folglich gerügt werden.⁹⁷⁾ In diese Fallgruppe fällt es schließlich, wenn die notwendige Zustimmung der im Vorverfahren nicht beteiligten Partei für eine Verlesung nach § 281a Z 2 ZPO fehlt. Hat eine Partei sogar widersprochen (§ 281a Z 1 lit a ZPO), wäre eine dennoch vorgenommene Verlesung zwar gleichermaßen rügebedürftig; der ausdrückliche Widerspruch macht eine gesonderte Rüge allerdings entbehrlich.⁹⁸⁾

Bei einem geradezu typischen Verstoß gegen die sachliche oder materielle Unmittelbarkeit, nämlich der Außerachtlassung des unmittelbarsten bzw. „beweiskräftigsten“ Beweismittels,⁹⁹⁾ betrifft der Fehler hingegen nicht nur die Prozessleitung oder den Modus der Beweisaufnahme, sondern den Umfang der Stoffsammlung. Wird zB anstatt der Vernehmung des Augenzeugen nur das Polizeiprotokoll über seine frühere Aussage oder gar nur ein Zeuge dem Hörensagen nach vernommen, ist eine sofortige Rüge dementsprechend nicht Voraussetzung, um den Mangel in der Berufung zu relevieren.

Sehr wohl greift § 196 ZPO dagegen, wenn einem Zeugen Vorhaltungen aus einem nicht (vollständig) verlesenen Strafakt gemacht werden, weil sich die unterlassene Verlesung nur auf den Modus dieser Prozesshandlung bezieht.¹⁰⁰⁾ Die Vernehmung eines gesetzlichen Vertreters als Zeugen betrifft – um ein Beispiel aus der Judikatur des BGH¹⁰¹⁾ zu nennen, das sich freilich schon bei *Horten*¹⁰²⁾ findet – auch den Modus dieser Prozesshandlung, weshalb eine Rüge geboten ist. Lässt das Gericht hingegen die unberechtigte Entschlagung eines Zeugen zu Unrecht durchgehen, wird er im Ergebnis ja gar nicht vernommen, was kein bloßer Mangel des Modus der Prozesshandlung ist; es bedarf folglich mE entgegen der Auffassung des OGH¹⁰³⁾ auch keiner Rüge iS des § 196 ZPO. Die mangelnde Belehrung eines Zeugen über sein Aussageverweigerungsrecht verletzt hingegen eher (Grenzfall!) eine Regelung über die Form dieser Prozesshandlung, sodass § 196 ZPO anwendbar ist.¹⁰⁴⁾

⁹⁷⁾ OGH 8 Ob 335/64 = EvBl 1965/188; *Delle-Karth*, ÖJZ 1993, 13.

⁹⁸⁾ Vgl OGH 9 Ob 5/02d; RIS-Justiz RS0037041 (T3); siehe ferner bereits oben C.I.3. bei und in Fn 54.

⁹⁹⁾ Vgl nur OGH 1 Ob 39/15i; *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 254; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 912; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 92.

¹⁰⁰⁾ OLG Wien 17 R 145/99i = WR 860; RIS-Justiz RW0000331.

¹⁰¹⁾ BGH VI ZR 104/65 = VersR 1967, 755; zustimmend *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV⁴ § 295 Rz 18.

¹⁰²⁾ *Horten*, ZPO I Rz 1758.

¹⁰³⁾ OGH 9 Ob 154/03t; 6 Ob 138/10b; RIS-Justiz RS0037160.

¹⁰⁴⁾ OGH 4 Ob 46/84; RIS-Justiz RS0037160; ebenso *Pochmarski/Walcher*, ÖJZ 2011, 23, die allerdings eine unverzichtbare Vorschrift annehmen (dagegen unten D.I.2.

Eindeutig auf den Inhalt bzw Umfang der Stoffsammlung bezieht sich die Verwertung des Gutachtens eines abgelehnten Sachverständigen.¹⁰⁵⁾ Ebenso ist der Inhalt der Beweisergebnisse beeinträchtigt, wenn ein Sachverständigengutachten auf einem inhaltlich unzureichenden Bewertungsverfahren beruht.¹⁰⁶⁾ In beiden Fällen besteht folgerichtig keine Rüge last.

Nur die formelle Prozessleitung und damit den äußeren Prozessablauf betrifft eine gegen §§ 160, 164 ZPO verstoßende Wiederaufnahme einer unterbrochenen Verhandlung, weshalb dieser Verstoß ebenfalls rügebedürftig ist;¹⁰⁷⁾ dies gilt jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass dadurch kein Verstoß gegen die Prozessfähigkeit begründet wird, der als Nichtigkeitsgrund nicht durch eine unterlassene Rüge saniert werden kann (oben B. sowie unten D.I.). Auch wenn das Gericht Prozesshandlungen trotz unterbrochenem Verfahren als wirksam ansieht, handelt es sich um die Verletzung einer die Form bzw den äußeren Ablauf des Prozesses betreffenden Norm.¹⁰⁸⁾ Ein weiteres Beispiel für einen rügebedürftigen Fehler bei der formellen Prozessleitung wäre die Verweigerung der Erstreckung einer Tagsatzung nach § 134 Z 1 ZPO, obwohl die Voraussetzungen des § 222 Abs 3 ZPO erfüllt sind. Ist die Partei bzw ihr Vertreter in der daraufhin anberaumten Tagsatzung tatsächlich säumig, können die Folgen davon (§ 144 ZPO) durchaus die Voraussetzung der Wesentlichkeit iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO erfüllen. Geltend machen kann die Partei diesen Berufungsgrund aber nur, wenn sie die Gesetzwidrigkeit der unterlassenen Vertagung rechtzeitig gerügt hat.

Schließlich könnte ein rügebedürftiger Verfahrensmangel auch darin liegen, dass das Gericht eine formwidrige Prozesshandlung einer Partei als wirksam behandelt. Berücksichtigt das Gericht etwa ein nur in einem Schriftsatz erklärtes Anerkenntnis, was in erster Instanz¹⁰⁹⁾ nach herrschender, wenn auch mE nicht überzeugender¹¹⁰⁾ Ansicht

bei Fn 146). Eine andere Frage ist, ob dieser Mangel im Einzelfall überhaupt wesentlich iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO war.

¹⁰⁵⁾ Im Ergebnis ebenso OGH 9 Ob 5/02d. Dies ist übrigens ein gutes Beispiel für einen Fall, in dem ein „Zuviel“ an Entscheidungsmaterial sehr wohl einen wesentlichen Verfahrensmangel begründen kann, weil die Verwertung des Gutachtens eines „befangenen“ Sachverständigen die Wahrheitsfindung gefährden könnte.

¹⁰⁶⁾ OGH 6 Ob 586/94.

¹⁰⁷⁾ OGH 1 Ob 324/50 = SZ 23/199; 8 Ob 138/76; RIS-Justiz RS0036920; *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 14; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 196 Rz 3.

¹⁰⁸⁾ *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 201. Siehe ferner oben C.II.1. bei und in Fn 77.

¹⁰⁹⁾ Anders im Rechtsmittelverfahren OGH 3 Ob 255/04b; 3 Ob 3/15k; 3 Ob 11/15m; RIS-Justiz RS0119634; RS0040859; OLG Wien 2 R 491/47 = EvBl 1947/467; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1312; konsequenterweise auch insoweit aA *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 395 Rz 3.

¹¹⁰⁾ Ausführlich *Trenker*, Parteidisposition 419 ff; in diesem Sinn wohl bereits *Pollak*, System² 407.

unzulässig sein soll,¹¹¹⁾ kann sich keine Partei auf dessen Unwirksamkeit berufen, wenn sie dies nicht sofort gerügt hat. Der (vermeintliche) Mangel bezieht sich nämlich nur auf die Form der Prozesshandlung. Wird generell – erkennbar – Vorbringen aus einem Schriftsatz verwertet, das nicht einmal durch den praktisch üblichen Verweis hierauf zum Inhalt der mündlichen Verhandlung erhoben wird, bleibt auch dieser Verstoß gegen das Mündlichkeitsprinzip (§ 176 ZPO) mangels umgehender Rüge folgenlos. Dass eine Partei dadurch mittelbar genötigt wird, ihren Gegner auf seinen Formfehler aufmerksam zu machen, spricht nicht gegen dieses Ergebnis, sondern fügt sich vielmehr gut in das stärker auf „miteinander“ denn auf „gegeneinander“ setzende Prozessmodell *Franz Kleins*.¹¹²⁾

3. Zwischenresümee: Funktion von § 196 ZPO

a. Keine Beschränkung auf die Funktion im Berufungsverfahren

Ausgehend von den bisher erarbeiteten Erkenntnissen zum Verständnis des historischen Gesetzgebers (oben C.I.3.) und der Abgrenzung der rügebedürftigen Verfahrensverstöße (C.II.1. und 2.) soll an dieser Stelle – als eine Art Zwischenresümee – die zentrale Funktion von § 196 ZPO thematisiert werden. Der Blick der publizierten Rsp sowie der Wissenschaft beschränkt sich (verständlicherweise) auf die Funktion des § 196 ZPO als zusätzliche Voraussetzung für die zulässige Geltendmachung bestimmter wesentlicher Verfahrensmängel als Berufungsgrund. Die vorstehenden Ausführungen, die sich ebenfalls primär dieser Facette der Bedeutung der Rüge last gewidmet haben, sollten gezeigt haben, dass § 196 ZPO diese Aufgabe zwar grundsätzlich erfüllt, die einschlägigen Fälle aber aufgrund der Einschränkung auf die Verletzung von Verfahrensvorschriften, die den äußeren Verfahrensablauf oder den Modus prozessualen Handelns betreffen, überschaubar sind.

Die isolierte Betrachtung von § 196 ZPO als Voraussetzung der Geltendmachung eines Verfahrensmangels in der Berufung ist allerdings zu eindimensional. Denn die Rüge last des § 196 ZPO sollte nicht nur die möglichen Berufungsgründe einschränken, sondern auch die isolierte oder verbundene Bekämpfung von Beschlüssen hintanhaltend. Dass eine rechtzeitige Rüge nicht nur Voraussetzung für die Geltendmachung des Verfahrensverstößes in der Berufung, sondern auch im Rekurs ist, belegt schon der Wortlaut von § 196 ZPO. Er ist nämlich insoweit neutral formuliert, als er nur an-

ordnet, die Verletzung der Vorschrift könne nicht mehr geltend gemacht werden. Die Rede ist auch von der „zur Beschwerdeführung berechtigten Partei“ und nicht etwa vom Berufungswerber, was sich wiederum mit der Formulierung in den Materialien deckt, die Verletzung prozessualer Vorschriften könne in der Regel nicht mehr zum Gegenstand einer „Beschwerde“ gemacht werden.¹¹³⁾

b. Eindämmung der Anfechtung von Beschlüssen als vornehmliches Ziel

ME hat der Gesetzgeber die Anfechtung von Beschlüssen freilich bei der Einführung von § 196 ZPO nicht nur mitbedacht, sondern die Bestimmung sogar vornehmlich mit dem Ziel erlassen, die Anfechtung von Beschlüssen einzudämmen: Dafür spricht allen voran der bereits erwähnte § 462 Abs 2 ZPO, der – als einzige auf § 196 ZPO bezugnehmende Bestimmung der ZPO – die mit der Bekämpfung des Urteils verbundene Überprüfung von Beschlüssen von einer vorherigen Rüge nach § 196 ZPO abhängig macht. Der Normgehalt von § 462 Abs 2 ZPO ist zwar bis heute umstritten. Insbesondere dem historischen Gesetzgeber, der offensichtlich von einer Befugnis und damit wohl auch einer Pflicht¹¹⁴⁾ zur amtswegigen Überprüfung der ins Urteil aufgenommenen Beschlüsse ausging,¹¹⁵⁾ muss die Notwendigkeit einer vorherigen Rüge gewisser Beschlüsse aber als wesentliche Entlastung des Gerichts bzw des Verfahrens erschienen sein. Die nunmehr hA lehnt eine derartige „*Offizialkognition*“¹¹⁶⁾ des Berufungsgerichts freilich ab.¹¹⁷⁾ Dem ist, auch wenn sich die Vertreter dieser Auffassung bedauerlicherweise nicht mit den gegenteiligen Gesetzesmaterialien auseinandersetzen, im Ergebnis zuzustimmen. Denn ansonsten entstünde ein untragbarer Wertungswiderspruch zur mittlerweile¹¹⁸⁾ fest etablierten und durch den Umkehrschluss zu § 494 ZPO bestätigten

¹¹³⁾ Materialien I 268. Auch *Klein/Engel*, Zivilprozeß 451 sprechen allgemein davon, dass die Rüge „die Pforte für andere Rechtsmittel offenzuhalten hat“.

¹¹⁴⁾ *Wachtel*, Erläuterungen 418 (§ 462 Anm 2).

¹¹⁵⁾ Die Materialien (I 350) sprechen eine klare Sprache: Danach sei „[d]ie Beurteilung der erwähnten Beschlüsse und Bescheide durch das Berufungsgericht [...] aber nicht davon abhängig, dass gegen dieselben eine besondere Beschwerde der berufenden Partei erhoben wurde.“ Ferner heißt es dort: „Der Devolutiveffekt der Berufung erheischt, dass das Berufungsgericht innerhalb der Berufungsanträge von amtswegen auch jene vorausgegangenen Entscheidungen und Verfügungen überprüfe, welche auf das der Berufung unterzogene Urtheil von Einfluss waren“.

¹¹⁶⁾ *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 398.

¹¹⁷⁾ OGH 4 Ob 554/91; A. *Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO³ § 462 Rz 5; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1³ § 462 ZPO Rz 4; aA noch OGH 10 ObS 286/88; *Wachtel*, Erläuterungen 418 (§ 462 Anm 3); *Demelius*, Der neue Zivilprozeß (1902) 616; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 398; *Fasching*, ZPG IV (1971) 46; in diesem Sinn auch *derselbe*, Lehrbuch² Rz 1750.

¹¹⁸⁾ Ursprünglich war dies keineswegs „in Stein gemeißelt“, sondern befürworteten namhafte Autoren eine amtswegige Berücksichtigung wesentlicher Verfahrensmängel, zB *Demelius*, Civilprozeß 615; *Sperl*, Lehrbuch 640, 686; *Pollak*, System² 592; aA dann aber *Neumann*, Zivilprozeßgesetze II⁴ (1928) 1333.

¹¹¹⁾ OGH 3 Ob 255/04b; 3 Ob 3/15k; 3 Ob 11/15m; RIS-Justiz RS0119634; OLG Wien 2 R 491/47 = EvBl 1947/467; ebenso zB *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1312; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/2³ (2017) § 393 ZPO Rz 11 mwN. Ambivalent *Justizministerium k.k.*, Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Prozessgesetze vorgelegt wurden. (Verordnung des Justizministeriums vom 3. December 1897, Z. 25.801, J.M.V.Bl. Nr. 44) 68 jeweils für Verzicht und Anerkenntnis.

¹¹²⁾ *Klein*, Pro futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform in Oesterreich (1891) 36 ff.

Ansicht, dass ein wesentlicher Verfahrensmangel in der Berufung explizit gerügt werden muss. Der eigenständige Normgehalt von § 462 Abs 2 ZPO ist daher kraft systematischer Interpretation auf die Klarstellung beschränkt, dass der Inhalt von Beschlüssen im Rahmen des jeweiligen Berufungsgrunds „mitbekämpft“ werden darf,¹¹⁹⁾ unabhängig davon, ob dieser Beschluss gesondert angefochten wurde.¹²⁰⁾

Dieses restriktivere Verständnis von § 462 Abs 2 ZPO¹²¹⁾ ändert jedoch nichts daran, dass es dem historischen Gesetzgeber bei § 196 ZPO besonders um die Einschränkung der Bekämpfung von Beschlüssen ging, egal ob dieser Beschluss sogleich abgesondert, mit dem nächsten gesondert anfechtbaren Beschluss (§ 515 ZPO) oder eben erst iS des § 462 Abs 2 ZPO in der Berufung angefochten wird.¹²²⁾ Denn gerade dieses Desiderat ist mit der Forderung in den Gesetzesmaterialien angesprochen, die meritorische Entscheidung dürfe nicht im Nachhinein durch eine „Kritik abgethaner prozes-

sualer Episoden“ überlagert werden. In dieselbe Kerbe schlägt die dortige Feststellung, dass wegen § 196 ZPO mit dem Fortgang des Verfahrens „[d]ie Zahl der anfechtbaren processualen Punkte [...] immer geringer“ werde.¹²³⁾

Der spezifische Mehrwert dieser Aufgabe der Rüge last im Vergleich zur Einschränkung der Bekämpfung von wesentlichen Verfahrensmängeln in der Berufung ist nun folgender: Besonders im Bereich der erwähnten formellen Prozessleitung gibt es eine Vielzahl von Beschlüssen, deren Inhalt zwar kaum geeignet sein wird, einen wesentlichen Verfahrensmangel iS des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO zu begründen, gegen den aber – jedenfalls nach dem Konzept des historischen Gesetzgebers – dennoch abgesondert oder mit der nächsten anfechtbaren Entscheidung Rekurs erhoben werden kann.¹²⁴⁾ § 196 ZPO macht die dadurch ermöglichte Beschlussanfechtung während des Verfahrens zumindest von einer vorherigen Rüge abhängig. Damit werden viele dieser prozessunökonomischen Inzidenzstreitigkeiten über prozessuale Nebenschauplätze im Keim erstickt, sei es, weil sich eine Partei „verschweigt“ oder das Gericht den Fehler nach rechtzeitiger Rüge umgehend korrigiert. Beste Beispiele sind Anordnungen über Zustellungen oder die Anberaumung einer Tagsatzung, die gemäß § 87 Abs 2 ZPO bzw § 130 Abs 2 ZPO zwar nicht abgesondert, aber immerhin überhaupt anfechtbar ist. Ein weiteres Beispiel wäre nach dem Gesetzeswortlaut von § 84 Abs 1 S 2, § 85 Abs 3 ZPO die nicht abgesonderte Anfechtung der Erteilung eines Verbesserungsauftrags, wenngleich die stRsp derartige Beschlüsse *contra legem* generell für unanfechtbar erklärt.¹²⁵⁾ Auch die Anfechtung einer Nichtzulassung als Winkelschreiber kann demnach nur bei vorheriger Rüge mit Rekurs gegen die nächste gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 29 Abs 3 S 2 ZPO) bekämpft werden.

c. Fazit

Mag die Anfechtung solcher Beschlüsse in der heutigen Praxis auch kaum eine Rolle spielen, so dürfte der historische Gesetzgeber darin ein wichtiges Einsatzgebiet von § 196 ZPO gesehen haben. Der Grund, warum diesen Vorstellungen des historischen Gesetzgebers trotz des mittlerweile gewissermaßen eingetretenen Funktionswandels an dieser Stelle so breiter Platz eingeräumt wird, ist nun der, dass sich daraus eine wichtige Erkenntnis ergibt: Die hier vertretenen, mit der hM weitgehend übereinstimmenden Ergebnisse sind nicht deshalb unrichtig, weil § 196 ZPO nur ein praktisch sehr schmaler Anwendungsbereich bleibt. Denn die ursprünglich (mit-)beabsichtigte Funktion im Be-

¹¹⁹⁾ Ähnlich *Sperl*, Lehrbuch 635, wonach „die betreffende Zwischenentscheidung durch den geltend gemachten Berufungsantrag und Berufungsgrund erfasst“ sein muss.

¹²⁰⁾ Ganz in diesem Sinn *Neumann*, Zivilprozessgesetze II⁴ 1257. Insbesondere ist dadurch sichergestellt, dass Stoffsammlungsmängel grundsätzlich als wesentliche Verfahrensmängel angefochten werden können, auch wenn sie auf einen ausdrücklichen Beschluss zurückgehen; dessen ungeachtet bliebe allerdings auch ein „isolierter“ Rekurs zulässig, beide Rechtsbehelfe stehen also im Verhältnis der Konkurrenz (ebenso *Neumann* aaO 1257; wohl auch *Obermaier* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 462 Rz 4). Wendet man diese Klarstellung ebenso im Berufungsverfahren an, führt dies zur sachgerechten Konsequenz, dass die Bekämpfung von „Stoffsammlungsmängeln“ des Berufungsverfahrens, die auf einen dort gefassten Beschluss zurückgehen, nicht durch den Umkehrschluss zu § 519 ZPO ausgeschlossen wird, sondern solche Mängel mit Revision gemäß § 503 Z 2 ZPO releviert werden können (völlig zutreffend *Musger* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1³ § 519 ZPO Rz 17, 30 mwN). Nur (Zwischen-)Beschlüsse, deren Inhalt ohne Einfluss auf die jeweilige Sach- bzw Endentscheidung bleiben (ebenso bereits *Neumann*, Zivilprozessgesetze II³ [1916] 1378), wie zB die Zulassung der Nebenintervention (vgl *RIS-Justiz RS0108617*), müssen demnach mit gesondertem Rekurs und somit unter Beachtung der dafür maßgeblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen bekämpft werden. Die jüngst von *G. Kodek* (*Zak 2020*, 30) vorgeschlagene Differenzierung zwischen – mit Rekurs anfechtbaren – verfahrensgestaltenden und – im Rahmen der Mängelrüge anzufechtenden – prozessleitenden Beschlüssen dürfte sich in der Sache in vielen, aber nicht in allen Punkten mit der hier vertretenen Ansicht decken.

¹²¹⁾ In anderer Hinsicht erhielt § 196 ZPO durch das von der Rsp zugebilligte Wahlrecht des Beschwerden, einen nicht gesondert anfechtbaren Beschluss entweder mit der nächstfolgenden anfechtbaren Entscheidung oder erst mit der Sachentscheidung zu bekämpfen (*OGH 4 Ob 554/91 mwN*; *5 Ob 21/97t*; *9 Ob 27/18p*; *RIS-Justiz RS0041614*), sogar einen vom historischen Gesetzgeber wohl nicht vorhergesehenen Aufgabenbereich, der aber voll und ganz mit der Zwecksetzung der Rüge last (oben A.) harmonisiert. Denn durch das Erfordernis einer umgehenden Rüge wird die Möglichkeit prozesstaktischen Zuwartens bei der Beschlussanfechtung zumindest vor eine gewisse Hürde gestellt.

¹²²⁾ Vgl schon *Fürstl*, Civilprozessgesetze 304.

¹²³⁾ *Materialien I 267 f.*

¹²⁴⁾ Die Eindämmung gerade dieser Beschlüsse war freilich ein gewichtiges Anliegen des Gesetzgebers, vollumfänglich umgesetzt hat er dieses Anliegen aber nicht; siehe dazu ausführlich *Klein/Engel*, Zivilprozeß 451 ff.

¹²⁵⁾ *OGH 3 Ob 54/71 = EvBl 1971/296*; *4 Ob 558/90*; *1 Ob 114/04b*; *3 Ob 105/14h*; *RIS-Justiz RS0036243*; aA *G. Kodek* in *Fasching/Konecny*, ZPG II/2³ (2016) §§ 84, 85 ZPO Rz 278.

reich der Beschlussanfechtung konnte sich praktisch nie recht entfalten,¹²⁶⁾ auch weil die österreichische Rechtsmitteldogmatik eine nicht immer mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers im Einklang stehende Eigendynamik entwickelt hat. Hinzu kommt, dass der Bereich des äußeren Prozessablaufs aufgrund der in Österreich seit jeher vorherrschenden Idee eines Amtsbetriebs wohl nie gleichermaßen fehleranfällig – und folglich rügebedürftig – war, wie in der zumindest bis zur Amtsgerichtsreform 1909¹²⁷⁾ stark von Grundsätzen des Parteibetriebs beherrschten Konzeption der dZPO, deren § 295 ja wie gezeigt (A.) Pate für § 196 ZPO stand.¹²⁸⁾

D. Weitere Einschränkungen der Rüge last

Vor allem im Lichte der historischen Interpretation sind die „das Verfahren und insbesondere die Form von Prozesshandlungen regelnden Vorschriften“ also eng auszulegen. Darüber hinaus wird der Anwendungsbereich von § 196 ZPO durch zwei weitere Voraussetzungen eingeschränkt: Die verletzte Vorschrift darf gemäß Abs 2 *leg cit* erstens keine solche sein, auf deren Befolgung die Parteien nicht wirksam verzichten können (dazu D.I.). Zweitens muss der Verstoß der beschwerten Partei bekannt gewesen sein oder er hätte ihr zumindest bekannt sein müssen (dazu D.II.).

I. Verzichtbarkeit der verletzten Vorschrift

1. Problemaufriss

Die Ausnahme für Verfahrensvorschriften, „auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann“, in § 196 Abs 2 ZPO bleibt in ihrer Bedeutung äußerst kryptisch.¹²⁹⁾ Die Schwierigkeiten bei der Auslegung dieser Einschränkung des Anwendungsbereichs der Rüge last dürften auf mehrere Umstände zurückzuführen sein.

Zum einen gilt es zu bedenken, dass § 196 Abs 2 ZPO von der Vorbildbestimmung des § 295 dZPO übernommen wurde, die Rüge last jedoch in der deutschen ZPO unter ganz anderen Vorzeichen stand: Erstens ist der Kreis von Vorschriften, auf deren Befolgung die Parteien wirksam verzichten können, bei einem Verfahren mit einer am Parteibetrieb orientierten Ausrichtung (wie ursprünglich in Deutschland [oben C.I.3. aE]) naheliegenderweise größer als bei einem solchen, in dem die formelle

Prozessleitung iS eines Amtsbetriebs weitgehend dem Gericht vorbehalten ist (wie in Österreich). Zudem ist dem deutschen Rechtsmittelrecht kein vergleichbarer Katalog von Verfahrensfehlern bekannt, die einen von Amts wegen wahrzunehmenden Aufhebungsgrund bilden, wie dies in Österreich mit den Nichtigkeitsgründen der Fall ist.¹³⁰⁾

Zum anderen kann sich die Unverzichtbarkeit der Verfahrensvorschrift auf unterschiedliche Gegenstände beziehen: Der Gesetzgeber kann mit Unverzichtbarkeit meinen, dass die Parteien dem Gericht die Außerachtlassung der Vorschrift nicht im Vorhinein durch einvernehmliche Parteidisposition vorgeben können. Oder es könnte auch die *mangelnde Verzichtbarkeit der Relevanz der Verletzung der Vorschrift im Nachhinein* angesprochen sein.¹³¹⁾ Kurz gesagt ist fraglich, ob sich die Unverzichtbarkeit auf die Vorschrift oder auf die Relevanz ihrer Verletzung bezieht.

2. Beschränkung auf amtswegig wahrzunehmende Mängel

Der Wortlaut legt zwar deutlich ersteres Verständnis nahe. Wenn die Gesetzesmaterialien indes ausführen, dass der „Defect [...] eine der Parteidisposition entrückte, wesentliche Voraussetzung eines geregelten Verfahrens betrifft“,¹³²⁾ wird der Bezug jedoch zur Relevanz des Mangels hergestellt. Noch deutlicher ist die Begründung zur insoweit wortlautidentischen Bestimmung des § 309 im Entwurf ZPO 1881.¹³³⁾ Danach werden prozessuale Mängel, „welche die wesentlichen Voraussetzungen eines geregelten Verfahrens betreffen“ als „von Amtswegen“ aufgreifbar bezeichnet und die Rüge last im nächsten Satz nur auf alle übrigen Mängel bezogen.¹³⁴⁾ Die Bezugnahme auf die amtswegige Wahrnehmung des Mangels deutet maßgeblich darauf hin, dass es darauf ankommt, ob der Mangel als Rechtsmittelgrund insofern verzichtbar ist, als er auch ohne Parteiinitiative und sogar gegen den Willen der Parteien releviert werden kann. Dafür spricht auch, dass die gegenteilige Sichtweise wiederum zu einer schwer vertretbaren Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 196 ZPO führen würde: Denn in einem Verfahren, das weitgehend die Grundsätze eines Amtsbetriebs umsetzt, verfügen die Parteien hinsichtlich des äußeren Prozessablaufs im prozessökonomischen Interesse grundsätzlich über keinen privatautonomen Gestaltungsspielraum,¹³⁵⁾ sodass praktisch jede relevante Verfahrensvorschrift *ex ante* unverzichtbar wäre. Die Gesetzesmaterialien wollten jedoch wie soeben gezeigt nur jene Verfahrensverstöße von der Rüge last immunisieren, die die wesentlichen Voraussetzungen eines geregelten Verfahrens betreffen, ja „den Prozesszweck selbst in Frage stellen“. ¹³⁶⁾

¹²⁶⁾ Interessant ist freilich der 1915 geäußerte Befund von *Schuster-Bonnot*, Die übergreifende Wirksamkeit der Zivilprozeßgesetze, in FS Klein (1914) 243 (247), wonach „[d]er Grundsatz der Deckung der Verfahrensmängel durch Unterlassung rechtzeitiger Rüge (§ 196 ZPO)“ auch im Verwaltungsverfahren gehandhabt werde.

¹²⁷⁾ Vgl dazu *Jelinek*, Einflüsse des österreichischen Zivilprozeßrechts auf andere Rechtsordnungen, in W. Habscheid, Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen (1992) 42 (57).

¹²⁸⁾ Darauf weisen zu Recht *Sperl* (Lehrbuch 686) und *Novak* (JBl 1949, 114; vgl auch *denselben*, JBl 1960, 566) hin.

¹²⁹⁾ Vgl nur *Novak*, JBl 1960, 566, wonach die „Grenzziehung“ dieser Norm „bekanntlich durchaus im Dunkeln liegt“.

¹³⁰⁾ Vgl schon *Sperl*, Lehrbuch 686.

¹³¹⁾ Zu dieser Unterscheidung *Trenker*, Parteidisposition 587.

¹³²⁾ Materialien I 267.

¹³³⁾ 331 BlgAH IX. Session 62 f.

¹³⁴⁾ Erläuternde Bemerkungen 331 BlgAH IX. Session 90.

¹³⁵⁾ *Trenker*, Parteidisposition 200 ff.

¹³⁶⁾ Materialien I 267.

Ausgehend von der Prämisse, dass der historische Gesetzgeber also wohl nur besonders schwerwiegende und deshalb von Amts wegen wahrzunehmende Verfahrensmängel keiner Rüge last unterwerfen wollte, erleichtert die österreichische Rechtsmittelsystematik die Interpretation von § 196 Abs 2 ZPO im Vergleich zum deutschen Recht in Wahrheit maßgeblich. Denn der Katalog von Nichtigkeitsgründen bildet hierzulande¹³⁷⁾ den Bestand jener Vorschriften ab, die die wesentlichen Voraussetzungen eines geregelten Verfahrens betreffen und deren Verletzung (deshalb) nicht einmal durch Verzicht der Parteien geheilt werden kann.¹³⁸⁾ Ein Rückgriff auf wenig scharfe und – nochmals: in einem Verfahren mit Amtsbetrieb – wenig zielführende Abgrenzungskriterien,¹³⁹⁾ wie zB die Differenzierung zwischen Vorschriften, deren Einhaltung nicht nur im Interesse der Parteien, sondern auch im öffentlichen Interesse liegt,¹⁴⁰⁾ ist damit entbehrlich.

Fraglich bleibt allenfalls, ob es trotz der grundsätzlichen Beschränkung auf Verfahrensmängel, die von Amts wegen wahrzunehmen sind, Verstöße gibt, die keinen Nichtigkeitsgrund verwirklichen, aber iS der Formulierung der Gesetzesmaterialien die Voraussetzungen eines geregelten Verfahrens betreffen und folglich auch im Nachhinein unverzichtbar sind. In Ausnahmefällen ist dies mE denkbar: Ein plakatives Beispiel sind Verstöße gegen die Anwaltpflicht, zumal dieses Institut nicht nur dem Schutz der Parteien, sondern auch den Interessen einer geordneten Rechtspflege dient.¹⁴¹⁾ Berücksichtigt das Gericht bei absoluter Anwaltpflicht folglich eine Disposition einer nicht anwaltlich vertretenen Partei, bleibt diese formwidrige Parteiprozesshandlung unwirksam, auch wenn die mangelnde Postulationsfähigkeit nicht umgehend gerügt wird.¹⁴²⁾ Ein Nichtigkeitsgrund ist in der Be-

rücksichtigung der Disposition eines Postulationsunfähigen (bei hinreichender Prozessfähigkeit) aber mE trotzdem nicht zu erblicken.

Auf Verstöße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz trifft jedoch weder das eine (Nichtigkeitssanktion) noch das andere (Grundvoraussetzung eines geregelten Verfahrens) zu. Es ist somit der Auffassung der nunmehr einhelligen Judikatur zuzustimmen, wonach derartige Verfahrensfehler entgegen älterer Rsp¹⁴³⁾ und einem Teil der Lehre¹⁴⁴⁾ nicht mehr wegen Unverzichtbarkeit iS des § 196 Abs 2 ZPO von der Rüge last ausgenommen sind.¹⁴⁵⁾ Auch die unterlassene Wahrheitserinnerung eines Zeugen mag zwar eine Vorschrift verletzen, die unter anderem im öffentlichen Interesse besteht, verwirklicht aber mE keinen Verfahrensfehler, der von Amts wegen wahrzunehmen ist oder sonst die wesentlichen Voraussetzungen eines geregelten Verfahrens betrifft; der Verstoß ist daher sehr wohl rügebedürftig.¹⁴⁶⁾ Dasselbe gilt entgegen älterer Lehrmeinung¹⁴⁷⁾ beispielsweise, wenn die Vorschriften über die Zulässigkeit und Fristen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand außer Acht gelassen werden.

II. Erkennbarkeit des Verstoßes

Die Voraussetzung, dass der Verstoß der beschwerten Partei bekannt war oder bekannt sein musste, beschränkt den Anwendungsbereich von § 196 ZPO sachgerechterweise auf erkennbare Verfahrensmängel. Hinsichtlich der fahrlässigen Unkenntnis schadet, wie sich schon aus einem Vergleich mit § 146 Abs 1 letzter Satz ZPO ergibt, bereits leicht fahrlässige Unkenntnis. Bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihrer Vertreter nach allgemeinen Grundsätzen (§ 34 ZPO) zurechenbar ist,¹⁴⁸⁾ sind entsprechende Rechtskenntnisse des Verfahrensrechts vorzusetzen. Eine anwaltlich vertretene Partei kann sich daher nicht damit entlasten, sie habe die übertretene

¹³⁷⁾ Im deutschen Recht wird indes keine kategorische Unterscheidung innerhalb der Verfahrensmängel gemacht. Wie etwa § 529 Abs 2 S 1 dZPO zeigt, muss aber dennoch zwischen von Amts wegen wahrzunehmenden Verfahrensmängeln und solchen, die einer Geltendmachung iS des § 520 Abs 3 dZPO bedürfen, unterschieden werden.

¹³⁸⁾ Anderes gilt, wenn der Nichtigkeitsgrund selbst einer Heilung in Folge nicht rechtzeitiger Geltendmachung zugänglich ist. Dies hat aber – trotz der Vergleichbarkeit der dahinterstehenden Wertungen – nichts mit § 196 ZPO zu tun, sondern ergibt sich aus der jeweiligen Vorschrift, wie zB § 21 Abs 2, § 104 Abs 3 JN (vgl. Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 6 f; dies inklusive des offensichtlichen Schreibfehlers [§ 140 Abs 3 statt § 104 Abs 3 JN] übernehmend Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 196 Rz 4).

¹³⁹⁾ Zu Recht kritisch auch Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 16.

¹⁴⁰⁾ So Pochmarski/Walcher, ÖJZ 2011, 22 f unter Berufung auf deutsche Judikatur und Lehre; zustimmend Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 196 Rz 2. Die Unterscheidung findet sich freilich schon lange zuvor, so zB bei Neumann, Zivilprozeßgesetze I⁴ 821.

¹⁴¹⁾ Materialien I 207; OGH 1 Ob 237/04s; Zib in Fasching/Konecny, ZPG II/1³ (2014) § 27 ZPO Rz 5, 12; Trenker, Parteidisposition 648 f.

¹⁴²⁾ Fürstl, Civilprocessgesetze 305; Neumann, Zivilprozeßgesetze I⁴ 821; Neuwirth in Fasching, ZPG II 951; ebenso zu § 295 dZPO BGH III ZR 142/89; Assmann in Wieczorek/

Schütze, ZPO IV⁴ § 295 Rz 23; Thole in Stein/Jonas, ZPO²³ § 295 Rz 9.

¹⁴³⁾ OGH 1 Ob 245/30 = ZBl 1930/237; 6 Ob 23/59; 2 Ob 701/59 = JBl 1960, 564 (Novak).

¹⁴⁴⁾ Pollak, System² 468; Bajons, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, in FS Fasching (1988) 19 (32); Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 90; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ Vor § 266 Rz 30.

¹⁴⁵⁾ OGH 8 Ob 335/64 = EvBl 1965/188; 5 Ob 322/59 = JBl 1960, 195; 8 Ob 335/64 = EvBl 1965/188; 8 Ob 578/93; RIS-Justiz RS0037410; RS0037070; ebenso bereits OGH Rv V 1538/10 = GIUNF 5202; aus der Lehre Neuwirth in Fasching, ZPG II 951; Schragel in Fasching/Konecny, ZPG II² § 196 ZPO Rz 3; ferner Novak, JBl 1960, 566, der § 196 ZPO freilich von vornherein für unanwendbar erachtet (oben Fn 26).

¹⁴⁶⁾ Vgl oben C.II.2. bei Fn 104; aA Pochmarski/Walcher, ÖJZ 2011, 23; vorsichtig zustimmend Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 16.

¹⁴⁷⁾ Fürstl, Civilprocessgesetze 305; Neumann, Zivilprozeßgesetze I⁴ 821; Neuwirth in Fasching, ZPG II 951.

¹⁴⁸⁾ Fürstl, Civilprocessgesetze 304; Neuwirth in Fasching, ZPG II 952; implizit auch Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 2.

Norm nicht gekannt.¹⁴⁹⁾ Für Anwälte nicht erkennbar ist ein Verfahrensmangel nur dann, wenn ihnen die tatsächliche Vorgehensweise, die als Verfahrensverstöß zu qualifizieren ist, unbekannt geblieben ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich der Mangel erst im Urteil manifestiert, weil der Richter seine Vorgehensweise bis dahin nicht offenlegt.¹⁵⁰⁾

Demgegenüber spielt die Rüge last gegenüber nicht anwaltlich vertretenen Parteien wohl von vornherein kaum eine Rolle.¹⁵¹⁾ Ihnen müssen – wie die erweiterte Manuduktionspflicht besonders im bezirksgerichtlichen Verfahren belegt (§ 432 Abs 1 ZPO) – Vorschriften über den äußeren Ablauf sowie den Modus prozessualen Handelns mE vorbehaltlich spezifischer Kenntnisse im Einzelfall nicht bekannt sein.¹⁵²⁾ Dafür spricht auch, dass die Rechtsfolge der Präklusion in Folge unterlassener Rüge gegenüber unvertretenen Parteien eine wesentliche Forderung der sozialen Zivilprozessidee konterkarieren würde; nämlich jene nach besonderem Schutz der – insbesondere wegen begrenzter finanzieller Mittel – Unvertretenen vor Nachteilen aus prozessualer Unkenntnis oder Unerfahrenheit.¹⁵³⁾

¹⁴⁹⁾ *Höllwerth* in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 17.

¹⁵⁰⁾ So bereits *Horten*, ZPO I Rz 1754; ebenso zum deutschen Recht BGH III ZR 162/95 = NJW-RR 1997, 506; I ZR 32/96 = NJW 1999, 363.

¹⁵¹⁾ *Burgstaller* in Buchegger/Holzhammer, Beiträge I 72 f; tendenziell ebenso *Höllwerth* in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 196 ZPO Rz 17.

¹⁵²⁾ Die Annahme einer Rüge last gegenüber unvertretenen Parteien würde auch deshalb zu absurden Ergebnissen führen, weil wegen der erweiterten Manuduktionspflicht wohl praktisch immer gleichzeitig ein Verfahrensmangel in der unterlassenen Belehrung über die Notwendigkeit einer Rüge zu sehen wäre (in diesem Sinn schon *Demelius*, Civilproceß 356; *Burgstaller* in Buchegger/Holzhammer, Beiträge I 72 f). Möglicherweise aA *Fürstl*, Civilprocess-gesetze 304, wonach Rechtsunkenntnis generell kein Entschuldigungsgrund sei.

¹⁵³⁾ *Klein*, pro futuro 18 ff; vgl auch *denselben*, Rede in der Verhandlung des Abgeordnetenhauses über den gemeinsamen Bericht der Permanenzkommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses über die Zivilprozeßordnung, die Jurisdiktionsnorm, sowie die dazu gehörenden Einführungsgesetze (Stenographisches Protokoll), in Friedländer/Friedländer, Franz Klein, Reden/Vorträge/Aufsätze/Briefe I (1927) 60

E. Zusammenfassung

Die Rüge last nach § 196 ZPO gilt, wie insbesondere eine historische Interpretation ergibt, nur für sonstige Verfahrensmängel, die den äußeren Verfahrensablauf im Rahmen der formellen richterlichen Prozessleitung oder den Modus prozessualen Handelns des Gerichts oder der Parteien betreffen (oben C.II.1.). Währenddessen sind Mängel, die Inhalt und Umfang der richterlichen Stoffsammlung beeinträchtigen, nicht rügebedürftig. Diese Definition deckt sich in der Sache weitgehend mit den Ergebnissen der Judikatur, ermöglicht aber eine schärfer konturierte Abgrenzung (siehe im Einzelnen C.II.2.).

Die Funktion von § 196 ZPO besteht nicht nur in der Statuierung einer zusätzlichen Voraussetzung für die zulässige Ausführung eines wesentlichen Verfahrensmangels als Berufungsgrund, sondern auch und gerade in der Einschränkung der abgesonderten Beschlussanfechtung (vgl § 462 ZPO) (oben C.II.3.). Ein allzu großer praktischer Anwendungsbereich ist der Bestimmung – auch aufgrund einer Art Funktionswandel hinsichtlich der Anfechtung von Beschlüssen – aber nicht zu attestieren.

Das gilt umso mehr, als die Rüge last die Erkennbarkeit des Verfahrensverstöß voraussetzt, womit zum einen Mängel, die sich erst im Urteil manifestieren, ausgeklammert sind, und zum anderen unvertretene Parteien ohnehin kaum je eine Rüge erheben müssen (D.II.). Ausgenommen sind schließlich unverzichtbare Verfahrensverstöß. Darunter sind primär die von Amts wegen aufzugreifenden Nichtigkeitsgründe sowie ganz ausnahmsweise sonstige Mängel zu subsumieren, welche die Grundvoraussetzungen eines geregelten Verfahrens beeinträchtigen (D.I.2.).

Korrespondenz: Priv.-Doz. Ass.-Prof. MMag. Dr. *Martin Trenker*, Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, Österreich; E-Mail: martin.trenker@uibk.ac.at.

(66 ff); vgl auch die Kritik seines akademischen Lehrers an der Fiktion von der umfassenden Rechtskenntnis gerade „*der besitzlosen Volksklassen*“ (*Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen [1890] 20 ff).