

assoz. Prof. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Innsbruck

# Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund

(1. Teil)

*Die Frage, ob erstinstanzliche wesentliche Verfahrensmängel einen tauglichen Revisionsgrund darstellen, wenn ihr Vorliegen bereits vom Berufungsgericht verneint wurde, ist seit langem Gegenstand einer heftigen Kontroverse zwischen Rsp und Lehre. Die Judikatur verneint sie – mit Ausnahme einiger, freilich durchaus weitreichender Fallgruppen – in zahllosen Entscheidungen und begründet dies insbesondere mit einem Größenschluss zur Unanfechtbarkeit der Verwerfung<sup>1)</sup> einer Nichtigkeitsberufung. Demgegenüber hält die überwiegende Lehre erstinstanzliche Verfahrensmängel dann für revisibel, wenn sie auf das Berufungsverfahren „durchschlagen“ oder zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts führen. Auch wenn die Kritik aus dem Schrifttum den OGH bislang unbeeindruckt ließ, haben drei rezente literarische Stellungnahmen namhafter Höchstrichter – von denen zwei die stRsp ablehnen, eine sie hingegen sogar mit zusätzlichen Argumenten zu untermauern versucht – die Diskussion jüngst neu entfacht. Dies bietet Anlass, die Frage nochmals von Grund auf zu untersuchen.*

**Deskriptoren:** wesentlicher Verfahrensmangel; erstinstanzlicher Verfahrensmangel; Mangel des Berufungsverfahrens; Verwerfung der Nichtigkeitsberufung; absolute Wirkung; Revisionsgründe; Abgrenzung der Rechtsmittelgründe; unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache; Rechtsrüge; meritorische Entscheidung; Beschluss des Berufungsgerichts; prozessleitender Beschluss; Berufungsvorverfahren; Konformitätssperre; Bagatellberufung.

§ 42 Abs 3 JN; §§ 182a, 196, 425 Abs 2, §§ 462, 471, 473, 477, 494, 496, 497, 498, 501, 502, 503, 510, 519, 528 Abs 2 Z 2 ZPO.

## Übersicht

- A. Problemaufriss
- B. Meinungsstand
  - I. Ältere Rsp und ihre Rezeption
  - II. Neuere Rsp und ihre Rezeption
  - III. Ausnahmen der Rsp
  - IV. Aktuelle Diskussion
- C. Problemeingrenzung und -konkretisierung
  - I. Art 6 EMRK ist nicht einschlägig
  - II. Prozessökonomie per se nicht aussagekräftig
  - III. Kern des Problems
  - IV. Inkonsistenz der Ausnahmen als Symptom eines zweifelhaften Grundsatzes
- D. Erstinstanzliche Verfahrensmängel im Katalog des § 503 ZPO
  - I. Problemaufriss
  - II. Erstinstanzliche Verfahrensmängel als Mangelhaftigkeit gemäß § 503 Z 2 ZPO
    - 1. Meinungsstand
    - 2. Stellungnahme
    - 3. Abgrenzung nicht revisionstauglicher erstinstanzlicher Verfahrensmängel
  - III. Abgrenzung zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Hauptsache (§ 503 Z 4 ZPO)
    - 1. Zur Abgrenzung der Rechtsmittelgründe und ihrer Bedeutung
    - 2. Meinungsstand
    - 3. Stellungnahme
    - a) Einführung
    - b) Gegenstand des Meritums
    - c) Erforderlicher Grad der Einwirkung des Verfahrensverstößes auf das Meritum
  - 4. Zwischenergebnis
- E. Unberechtigter Größenschluss zu verworfenen Nichtigkeitsgründen
  - I. Anknüpfung an bisherige Ergebnisse
  - II. Voraussetzungen des Größenschlusses
    - 1. Analyse der zugrundeliegenden Prämissen
    - 2. Methodische Voraussetzungen
  - III. Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeitsgründe
    - 1. Unstatthaftigkeit eines Rekurses gegen Verwerfung der Nichtigkeitsberufung
    - 2. Wahrnehmbarkeit verworfener Nichtigkeiten bei zulässiger Revision?
    - 3. Maßgebende Wertungsgrundlage
  - IV. Zum Größenverhältnis zwischen Nichtigkeitsgründen und sonstigen Verfahrensmängeln
    - 1. Sonstiger Verfahrensmangel als aliud statt als minus zur Nichtigkeit
    - 2. Keine Übertragbarkeit der maßgebenden Wertungsgrundlagen
      - a) Wesentliche Verfahrensmängel betreffen keine reinen Inzidenzstreitigkeiten
      - b) Konsequente Beschränkung des Berufungsvorverfahrens auf Nichtigkeitsgründe
      - c) Keine Konformitätssperre hinsichtlich der meritorischen Entscheidung
      - d) Kein Wertungswiderspruch zwischen der Revisibilität erstinstanzlicher Mängel und der Konformitätssperre bei der gesonderten Anfechtung der zugrundeliegenden Beschlüsse
      - e) Besonderes prozessökonomisches Interesse an frühzeitiger Klärung der Nichtigkeitsfrage

<sup>1)</sup> Der Begriff der „Verwerfung“ einer geltend gemachten Nichtigkeit wird im Rahmen dieser Arbeit im Einklang mit der gängigen Praxis verwendet (RIS-Justiz RS0043405; G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> [2018] Rz 1079; A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> [2019] § 471 Rz 19). Er dürfte seine große Verbreitung § 480 Abs 2 ZPO verdanken, auch wenn das Gesetz den Begriff andernorts (§ 474 Abs 2 ZPO) auch synonym zur Zurückweisung der Berufung wegen Fehlens einer Zulässigkeitsvoraussetzung verwendet.

3. Kein Wertungswiderspruch zu einzelnen Nichtigkeitsgründen

V. Zwischenfazit

F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

**A. Problemaufriss**

Die Forschungsfrage des vorliegenden Beitrags ist rasch erklärt: Können erstinstanzliche Verfahrensmängel, deren Vorliegen vom Berufungsgericht bereits verneint wurde, noch mit Revision vor dem OGH angefochten werden? Rasch erklärt ist auch die eindeutige Antwort der Rsp darauf in Form eines Rechtsatzes, unter dem im RIS-Justiz mittlerweile weit über 500 Entscheidungen angeführt werden: Danach können „angebliche Mängel erster Instanz, welche vom Berufungsgerichte nicht als solche erkannt wurden, nicht nach § 503 Z 2 ZPO geltend gemacht werden“.<sup>2)</sup>

Von der überwiegenden Lehre wird dieses Dogma der mangelnden Revisionstauglichkeit bereits verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel zwar seit Jahrzehnten abgelehnt.<sup>3)</sup> Nachdem sich der OGH früher noch mehrmals mit Gegenargumenten aus dem Schrifttum auseinandergesetzt hat,<sup>4)</sup> erscheint die Haltung der Judikatur in den letzten Jahrzehnten jedoch mehr oder minder „einzementiert“. Jüngst erhielten die Kritiker allerdings in Form zweier Kommentierungen von *Lovrek*<sup>5)</sup> und *Neumayr*<sup>6)</sup> prominente Schützenhilfe aus dem OGH selbst. Mit *G. Kodek*<sup>7)</sup> hat daraufhin zwar ein anderer Höchststrichter die Haltung der Judikatur verteidigt und sogar mit zusätzlichen Argumenten zu untermauern versucht. Dennoch nährt die damit entfachte Diskussion<sup>8)</sup> die Hoffnung auf eine neuerliche inhaltliche Problemauseinandersetzung seitens des Höchstgerichts (wenngleich dies wohl in Form eines verstärkten Senats geschehen müsste). Die vorliegende Untersuchung möchte einen Beitrag leisten, um den OGH zum Überdenken seiner Haltung in dieser praktisch wie akademisch so bedeutsamen Frage<sup>9)</sup> zu bewegen.

**B. Meinungsstand**

**I. Ältere Rsp und ihre Rezeption**

Die Auffassung, dass ein vom Berufungsgericht verneinter Verfahrensmangel erster Instanz nicht

mehr als Revisionsgrund geltend gemacht werden kann, wird – soweit ersichtlich – erstmals in der Entscheidung OGH 1 Ob 313/49 vertreten. Der OGH begründet dies mit einem „Grundsatz“, wonach immer nur einmal, nämlich in der nächsthöheren Instanz überprüft werden dürfe, ob ein Verfahrensmangel vorliegt.<sup>10)</sup> Eine Begründung oder zumindest einen Nachweis<sup>11)</sup> für diesen angeblichen Grundsatz bleibt der OGH allerdings schuldig. In der bisherigen Rsp war eine solche Regel auch nicht anerkannt. Im Gegenteil: In den Entscheidungen OGH Rv I 452/12<sup>12)</sup> und 1 Ob 129/48 wurde es noch als Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens iS des § 503 Z 2 ZPO erachtet, dass ein in erster Instanz überangenes Beweismittel vom Berufungsgericht zu Unrecht ebenfalls außer Acht gelassen wurde. Auch die in diesem Kontext mitunter erwähnte Entscheidung OGH Ob III 298/22<sup>13)</sup> verneinte den Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO nur deshalb, „weil dieser nur aus einem solchen Mangel des Verfahrens 1. Instanz abgeleitet werden kann, der bereits im Berufungsverfahren gerügt wurde“, eine solche Rüge aber *in casu* unterblieben war.

Mangels einer vom OGH angeführten Begründung für den postulierten Grundsatz der lediglich einmaligen Überprüfung eines Verfahrensmangels wurde diese Rsp in weiterer Folge von *Schima*,<sup>14)</sup> *Novak*<sup>15)</sup> und *Fasching*<sup>16)</sup> als gesetzesfremde Rechtsmittelbeschränkung abgelehnt. Auch der OGH selbst qualifizierte die unterlassene Beseitigung eines mit Berufung gerügten erstinstanzlichen Verfahrensmangels trotz dieser Leitentscheidung in drei darauffolgenden Judikaten noch als Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens.<sup>17)</sup> In den meisten Folgeentscheidungen hielt er aber ohne weiteres am skizzierten Grundsatz der Entscheidung OGH 1 Ob 313/49 fest.<sup>18)</sup>

<sup>10)</sup> Siehe RIS-Justiz RS0043919.

<sup>11)</sup> Auch bei der im RIS-Justiz RS0042963 zitierten Entscheidung „SZ 27/4“ handelt es sich offenbar um ein Versehen, weil weder die – freilich ohnehin erst später ergangene – Entscheidung OGH 2 Ob 973/53 = SZ 27/4 noch die – für den Fall eines „Zahlenverdrehers“ untersuchte – Entscheidung OGH Ob II 117/21 = SZ 4/27 einschlägig sind.

<sup>12)</sup> ZBl 1913/77.

<sup>13)</sup> ZBl 1922/213. Die in mehreren Entscheidungen (zB OGH 2 Ob 603/50; 2 Ob 805/50) angeführte Entscheidung OGH Rv I 351/20 = ZBl 1921/52 nimmt zum Problem überhaupt nicht Stellung.

<sup>14)</sup> Gedanken zu einer Überholung der ZPO, JBl 1960, 321 (324); *derselbe*, Prozeßgesetz und Prozeßpraxis, ÖJZ 1967, 604 (605). Keine Stellungnahme findet sich indes – trotz häufiger gegenteiliger Bezugnahme (zB *Fasching*, ZPG IV [1971] 306 f; *derselbe*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> [1990] Rz 1909) – im Beitrag *Schima*, Vom System der Revisionsgründe der Zivilprozeßordnung, in FS zur Hundertjahrfeier des Österreichischen OGH (1950) 252.

<sup>15)</sup> Anmerkung zu OGH 2 Ob 701/59, JBl 1960, 565 (566).

<sup>16)</sup> ZPG IV 306 ff.

<sup>17)</sup> OGH 2 Ob 718/50 = JBl 1951, 160; 2 Ob 701/59 = JBl 1960, 564; 2 Ob 212/61 = RZ 1961, 183; siehe ferner RIS-Justiz RS0036922.

<sup>18)</sup> Statt so vieler OGH 2 Ob 603/50; 2 Ob 805/50; 6 Ob 138/63.

<sup>2)</sup> RIS-Justiz RS0042963; ebenso RS0043919; implizit auch RIS-Justiz RS0043086; RS0043112; in Sozialrechtssachen siehe RIS-Justiz RS0043061, in Arbeitsrechtssachen RIS-Justiz RS0043055, in Außerstreitverfahren RIS-Justiz RS0050037.

<sup>3)</sup> Ausführlich zum Meinungsstand Punkt B.

<sup>4)</sup> Siehe zB OGH 7 Ob 83/68 = JBl 1969, 282; 1 Ob 18/72 = JBl 1972, 569; 3 Ob 569/85; 3 Ob 575/85; 10 ObS 23/87; 10 ObS 236/89; 3 Ob 601/89; 4 Ob 544/90; 10 ObS 267/91 (Entscheidungen, die im RIS-Justiz im Volltext abrufbar sind, werden im Folgenden ohne Fundstelle zitiert).

<sup>5)</sup> In *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> (2019) § 503 ZPO Rz 103 ff.

<sup>6)</sup> In *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO (2019) § 503 Rz 19.

<sup>7)</sup> Zugang zum OGH bei Verfahrensmängeln: Versuch einer Klarstellung, Zak 2020, 29.

<sup>8)</sup> Zu erwähnen ist aus jüngerer Zeit ferner der einschlägige Beitrag von *Hollaender*, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Zivilprozess, RZ 2015, 106.

<sup>9)</sup> *Hollaender*, RZ 2015, 106; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 503 Rz 19.

## II. Neuere Rsp und ihre Rezeption

Vor allem die angeführte Kritik der Lehre dürfte das Höchstgericht schließlich doch veranlasst haben, in OGH 7 Ob 83/68<sup>19)</sup> – soweit ersichtlich – erstmals<sup>20)</sup> argumentativ nachzuschärfen: Ein sonstiger Verfahrensmangel erster Instanz, der vom Berufungsgericht verneint wurde, müsse schon deshalb als tauglicher Revisionsgrund ausscheiden, weil es ansonsten zum widersprüchlichen Ergebnis käme, dass ein sonstiger Mangel in weitergehendem Maße bekämpft werden könnte als eine erstinstanzliche Nichtigkeit. Verworfenene erstinstanzliche Nichtigkeiten können vom OGH nach stRsp nämlich ebenfalls nicht aufgegriffen werden, weil hierüber vom Berufungsgericht im Vorverfahren (§ 471 Z 5–7 ZPO) und folglich mit Beschluss entschieden wird, dieser Beschluss aber gemäß § 519 ZPO unanfechtbar sei.<sup>21)</sup>

Dieser sohin auf § 519 iVm §§ 471, 473 ZPO gegründete Größenschluss wurde in weiterer Folge jedoch ebenso von weiten Teilen des Schrifttums abgelehnt: Während *Kuderna*<sup>22)</sup> und – ihm folgend – *Hollaender*<sup>23)</sup> darin eine unzutreffende Vermengung der Frage der Rechtsmittelzulässigkeit mit jener des Umfangs des Anfechtungsgrunds im Rahmen eines zulässigen Rechtsmittels erkennen, halten *Hoyer*<sup>24)</sup> und *R. Müller*<sup>25)</sup> das postulierte Hierarchieverhältnis zwischen Nichtigkeitsgründen und sonstigen Verfahrensmängeln für keineswegs zwingend. Sonstige Verfahrensmängel müssen nämlich wesentlich sein, es gehe bei ihnen folglich anders als bei Nichtigkeitsgründen stets „ums Eingemachte“<sup>26)</sup> der Sachentscheidung. Zudem sei es weit unwahrscheinlicher, dass das Berufungsgericht einen Nichtigkeitsgrund verkenne als einen sonstigen Verfahrensmangel, weshalb die Unanfechtbarkeit der Verwerfung einer Nichtigkeitsberufung weniger Bedenken erwecke.<sup>27)</sup> Aus methodischer Sicht wird ferner das Fehlen einer planwidrigen Lücke als Voraussetzung eines Größenschlusses kritisiert.<sup>28)</sup> In dieselbe Kerbe dürfte das Argument schlagen, das System des österreichischen Rechtsmittelrechts sähe eine derartige Einschränkung schlicht nicht vor, weshalb sich die Annahme eines Größenschlusses *per se* verbiete.<sup>29)</sup> Dementsprechend wird der Rsp vorgeworfen, sie

füße insgesamt allein auf – nach Meinung der Kritiker: unzureichenden – Zweckmäßigkeits- oder Gerichtsentlastungserwägungen.<sup>30)</sup>

Der OGH hat diesen Kritikern indes allesamt eine Absage erteilt.<sup>31)</sup> Zumeist begnügt er sich dafür mit der Feststellung, der Größenschluss sei bislang unwiderlegt und auch zwingend geboten. In OGH 10 ObS 267/91 folgert er darüber hinaus konkret aus der mangelnden Zulässigkeit der Anfechtung eines vom Berufungsgericht verneinten gänzlichen Entzugs des rechtlichen Gehörs (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO), dass die Geltendmachung eines spezifischen Mangels, der mit dem Vorbringen oder den Anträgen der Parteien im Zusammenhang steht und somit auch eine Facette des rechtlichen Gehörs beschneidet, erst recht ausgeschlossen sein müsse. Zudem spreche es nicht *gegen*, sondern *für* den Größenschluss, dass Nichtigkeiten unabhängig von ihrer Kausalität für die Entscheidung in der Hauptsache anfechtbar sind. Denn es sei daraus abzuleiten, dass der Gesetzgeber der Wahrnehmung einer Nichtigkeit größeres Gewicht als jener einer Mangelhaftigkeit beimisst.

Einzige Ausreißerentscheidung aus neuerer Zeit, in der ein verneinter erstinstanzlicher Mangel vom OGH ohne weiteres korrigiert wurde, ist – soweit ersichtlich – lediglich die Entscheidung OGH 1 Ob 73/03x. Die darin vorgenommene Wahrnehmung der unterlassenen Korrektur eines erstinstanzlichen Erörterungsmangels ist aber ohne einschlägige Problemauseinandersetzung und demgemäß möglicherweise auch ohne Problembewusstsein erfolgt.<sup>32)</sup>

Aus dem Schrifttum befürworten den Größenschluss zu § 519 ZPO *Petrasch*,<sup>33)</sup> *Klicka*,<sup>34)</sup>

Rz 104; in diesem Sinn wohl auch *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>9</sup> (2017) Rz 1116.

<sup>30)</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1909; *derselbe*, JBl 1990, 752; *Hoyer*, JBl 1991, 449; in diesem Sinn wohl auch *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 50 (56).

<sup>31)</sup> OGH 3 Ob 569/85; 3 Ob 575/85; 10 ObS 23/87; 10 ObS 236/89; 3 Ob 601/89; 4 Ob 544/90; 10 ObS 267/91.

<sup>32)</sup> So jedenfalls der Befund bei *Klicka*, Verbesserungsverfahren bei unschlüssiger Klage, JBl 2003, 886 (887). Demgegenüber wollen *Gitschthaler/Höllwerth*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 73/03x, JBl 2003, 654 (655) die Haltung des OGH damit begründen, dass das Höchstgericht die Frage der Notwendigkeit eines Verbesserungsverfahrens (zumindest auch) unter dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung eingestuft habe. Abgesehen davon, dass die fehlende Erteilung eines Verbesserungsauftrags in casu auf keiner unrichtigen Beurteilung der Hauptsache basierte und daher nicht unter § 503 Z 4 ZPO zu subsumieren war (zutreffend *Klicka*, aaO; zur Abgrenzung dieses Rechtsmittelgrunds noch Punkt D.III.), dürfte dies richtigerweise nichts an der Maßgeblichkeit des Größenschlusses zu § 519 ZPO ändern (dazu noch Punkt D.III.1.). Im Einklang mit der Entscheidung OGH 1 Ob 73/03x steht allerdings auch die – insofern nicht erwähnte – ältere Rsp-Linie der unter RIS-Justiz RS0041495 angeführten Entscheidung.

<sup>33)</sup> Das neue Revisions-(Rekurs-)Recht, ÖJZ 1983, 169 (178); *derselbe*, Die Zivilverfahrens-Novelle 1983 in der Rsp des OGH, ÖJZ 1985, 291 (297).

<sup>34)</sup> Anmerkung zu OGH 10 ObS 236/89, JAP 1990, 161 (162), wobei er darauf hinweist, dass man dem Größenschluss immerhin entgegenhalten könnte – wie dies später ja auch *Hoyer* und *R. Müller* getan haben (bei Fn 24 f) –,

<sup>19)</sup> JBl 1969, 282.

<sup>20)</sup> Zumeist wird freilich der Entscheidung OGH 1 Ob 18/72 = JBl 1972, 569 die „Urheberschaft“ dieser Begründung zugeschrieben (so zB OGH 10 ObS 23/87; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 9; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 100 Fn 260).

<sup>21)</sup> RIS-Justiz RS0042981; RS0043405, zB OGH 2 Ob 555/50; 8 Ob 3/19b uva.

<sup>22)</sup> Der Untersuchungsgrundsatz im Verfahren in Sozialrechtssachen, in FS 100 Jahre Österreichische Sozialversicherung (1989) 341 (356 Fn 42).

<sup>23)</sup> RZ 2015, 108.

<sup>24)</sup> Anmerkung zu OGH 1 Ob 515/90, JBl 1991, 448.

<sup>25)</sup> Wichtige Verfahrensfragen der Sozialgerichtsbarkeit in Leistungsfragen, DRdA 1997, 449 (458 ff).

<sup>26)</sup> *R. Müller*, DRdA 1997, 459.

<sup>27)</sup> *Hoyer*, JBl 1991, 449.

<sup>28)</sup> *R. Müller*, DRdA 1997, 459; *Hollaender*, RZ 2015, 108.

<sup>29)</sup> Vgl in diesem Sinn *Fasching*, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, 749 (752); *derselbe*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1909; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO

*Ballon*<sup>35)</sup> und *Zechner*<sup>36)</sup>). Die beiden zuletzt Genannten anerkennen zudem die Prozessökonomie, einmal als allgemeine Auslegungsmaxime,<sup>37)</sup> einmal in ihrer konkreten Ausprägung in Form der Überleitung der Revision in ein Grundsatz- und Zulassungssystem,<sup>38)</sup> als tragfähige Grundlage zur Untermauerung der mangelnden Revisionsaugleichheit verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel.

### III. Ausnahmen der Rsp

Trotz des bislang unverrückten Standpunkts im Grundsatz anerkennt der OGH eine Reihe von teilweise weitreichenden Ausnahmen vom Dogma der mangelnden Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel: Insbesondere sei eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens gegeben, wenn das Berufungsgericht eine Erledigung der Rüge des Verfahrensmangels unterlassen hat.<sup>39)</sup> Damit ist zwar offenbar primär gemeint, dass die Rüge überhaupt nicht inhaltlich behandelt wurde. Mitunter hält der OGH dem aber gleich, dass „das Berufungsgericht allein aus verfahrensrechtlichen Gründen die Mängelrüge<sup>40)</sup> erledigte und diese Art der Erledigung gerügt wird“,<sup>41)</sup> womit wohl offenbar doch eine Überprüfung der Richtigkeit der Ablehnung des Verfahrensmangels möglich sein soll. Letzteres gilt anerkanntermaßen jedenfalls, wenn der Verfahrensmangel mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten,<sup>42)</sup> mit einer rechtlich unhaltbaren<sup>43)</sup> oder – wie es zumindest in zwei älteren Entscheidungen heißt – mit einer unzutreffenden Begründung<sup>44)</sup> verworfen wurde (näher dazu Punkt C.IV.).

dass einfache Verfahrensmängel mit der sachlichen Richtigkeit einer Entscheidung zusammenhängen müssen, was bei den Nichtigkeitsgründen nicht der Fall sei (*Klicka*, JAP 1990, 162 Fn 8).

<sup>35)</sup> Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozessrecht, in FS Matscher (1993) 15 (22 ff). *Ballon* entwickelt lediglich – mE jedoch ohne hinreichende Anhaltspunkte im Gesetz – eine Ausnahme für Verfahrensmängel, die zwar keine Nichtigkeit begründen, aber verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, wie insbesondere das rechtliche Gehör, verletzen, sofern sie in der zweiten Instanz schuldlos nicht gerügt wurden (aaO 26 ff).

<sup>36)</sup> In Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> (2005) § 503 ZPO Rz 34 ff.

<sup>37)</sup> *Ballon* in FS Matscher 23 f.

<sup>38)</sup> *Zechner* in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 51.

<sup>39)</sup> RIS-Justiz RS0043086, zB OGH 3 Ob 224/74; 1 Ob 8/95; 10 ObS 228/02f.

<sup>40)</sup> Der Begriff der Mängelrüge ist insoweit irreführend, als damit auch die Notwendigkeit einer Rüge nach § 196 ZPO umschrieben wird. Im Folgenden wird daher der Ausdruck der Verfahrensrüge verwendet.

<sup>41)</sup> OGH 1 Ob 636/78; 1 Ob 42/79; RIS-Justiz RS0043086 (T2); in diesem Sinn auch schon OGH 6 Ob 23/59.

<sup>42)</sup> OGH 2 Ob 220/65; 9 ObA 27/93; 8 ObA 73/06b; 10 ObS 66/02g; 5 Ob 154/19m uva; RIS-Justiz RS0043092; RS0043166; RS0043086 (T5; T7); RS0042963 (T56).

<sup>43)</sup> OGH 8 Ob 530/94; 5 Ob 63/00a; 6 Ob 195/99s; 4 Ob 85/12x; RIS-Justiz RS0042963 (T37).

<sup>44)</sup> OGH 2 Ob 509/61 = JBl 1962, 388; 2 Ob 212/61 = RZ 1961, 183.

Generell für nicht anwendbar erachtet wird die Sperre der Geltendmachung bereits verneinter Verfahrensmängel erster Instanz, wenn dem eine unrichtige rechtliche Beurteilung zugrunde liege und damit der Revisionsgrund des § 503 Z 4 ZPO verwirklicht sei.<sup>45)</sup> Nach hRsp treffe dies zwar nur zu, wenn die Mangelhaftigkeit eine Folge einer unrichtigen (materiell-)rechtlichen Beurteilung der *Hauptsache* ist, also insbesondere ein sekundärer Verfahrensmangel vorliegt.<sup>46)</sup> Dennoch finden sich manche Entscheidungen, in denen unter diesem Leitsatz in Wahrheit die unrichtige Verneinung des vermeintlichen Mangels aufgegriffen wurde (vgl noch Punkt C.IV.).<sup>47)</sup>

Schließlich hält der OGH erstinstanzliche Verfahrensmängel in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz oder – wie es vor allem die ältere Rsp mitunter unpräzise ausdrückt<sup>48)</sup> – in Verfahren mit Offizialmaxime prinzipiell für revisibel.<sup>49)</sup> Der sozialgerichtliche Untersuchungsgrundsatz rechtfertigt jedoch keine derartige Sonderbehandlung.<sup>50)</sup> Auch in Arbeitsrechtssachen wird keine Ausnahme gemacht.<sup>51)</sup>

### IV. Aktuelle Diskussion

Bei diesen Durchbrechungen des grundsätzlichen Dogmas setzt nun die erwähnte Kritik *Neumayrs*<sup>52)</sup> an: Indem der OGH in Form dieser Ausnahmen sehr wohl bereit sei, „rechtlich greifbare“ Fehlbeurteilungen des Berufungsgerichts über die erstinstanzliche Mangelhaftigkeit zu korrigieren, sei schwer zu erkennen, wo die Grenzen der Revisionsaugleichheit erstinstanzlicher Mängel verlaufen. *Neumayr* verweist ferner darauf, dass Verfahrensfragen ebenfalls von erheblicher Bedeutung iS des § 502 ZPO sein können und eine vermehrte Beschäftigung mit derartigen verfahrensrechtlichen Fragen, die eine Abkehr von der bisherigen Rsp mit sich brächte, vorteilhaft für die (prozessuale) Rechts-

<sup>45)</sup> RIS-Justiz RS0043051, zB OGH 6 Ob 275/66; 4 Ob 233/00v; 6 Ob 194/05f; 5 Ob 64/19a uva; in diesem Sinn ferner RIS-Justiz RS0043170.

<sup>46)</sup> So zB OGH 4 Ob 1007/96; 2 Ob 231/99f; 4 Ob 233/00v; 3 Ob 190/04v; 6 Ob 194/05f; 2 Ob 26/06x; 2 Ob 234/08p; 4 Ob 85/12x; 8 Ob 49/19t; 5 Ob 64/19a uva; RIS-Justiz RS0043051 (T4 bzw T5).

<sup>47)</sup> OGH 6 Ob 23/59; 2 Ob 509/61 = JBl 1962, 388; 1 Ob 1/67 = RZ 1967, 130; 8 Ob 530/94; 2 Ob 101/07b; ebenso noch RIS-Justiz RS0041495; in diesem Sinn auch OGH 1 Ob 69/08s, wenngleich hier die Frage der Präklusion der Geltendmachung und nicht das Vorliegen eines Mangels in der Berufung (vermeintlich) falsch beurteilt wurde (RIS-Justiz RS0043051 [T8]); ähnlich OGH 4 Ob 175/04w. Auch nicht die rechtliche Beurteilung der Hauptsache, sondern eine unrichtige tatsächliche Schlussfolgerung, allenfalls in Form einer unrichtigen Anwendung eines Erfahrungssatzes, haftete dem Berufungsurteil zu OGH 2 Ob 50/95 an.

<sup>48)</sup> RIS-Justiz RS0043112, zB OGH 1 Ob 733/51; 1 Ob 67/74; 2 Ob 501/89; 4 Ob 238/05m.

<sup>49)</sup> OGH 6 Ob 524/76; 2 Ob 501/89; 8 Ob 514/92; 9 Ob 52/15k uva; RIS-Justiz RS0043113.

<sup>50)</sup> OGH 10 ObS 23/87; 10 ObS 236/89; 10 ObS 61/13p; 10 ObS 135/18b; RIS-Justiz RS0043061.

<sup>51)</sup> OGH 9 ObA 258/88; 9 ObA 51/91; 8 ObA 26/10x; RIS-Justiz RS0043055.

<sup>52)</sup> In Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 19.

entwicklung wäre. Umgekehrt wäre im Hinblick auf das bestehende Grundsatz- und Zulassungsrevisionsystem nicht mit gravierenden Belastungseffekten für den OGH zu rechnen.

Die fast zeitgleich erschienene Äußerung *Lovreks*<sup>53)</sup> konzentriert sich hingegen stärker auf den dogmatischen Kern der Begründung des OGH: Der Größenschluss zu § 519 Abs 1 ZPO sei schon deshalb abzulehnen, weil der Gesetzgeber für die Erledigung einer Nichtigkeitsberufung ausdrücklich die Beschlussform mit der Konsequenz eines Rechtsmittelausschlusses in § 519 ZPO angeordnet habe. Für den wesentlichen Verfahrensmangel fehle eine solche Regelung jedoch, weshalb es überprüfungsbedürftig sei, die Rechtsfolge des Anfechtungsausschlusses bei verworfener Nichtigkeitsberufung aus keineswegs zwingenden Wertungsgesichtspunkten auf die Verneinung eines wesentlichen Verfahrensmangels zu übertragen; auch das Vorliegen einer Lücke sei dementsprechend zweifelhaft.<sup>54)</sup> Die überwiegenden Argumente sprächen vielmehr dafür, dass ein vom Berufungsgericht verneinter Stoffmangelsmangel revisibel sei, wenn die Beurteilung des Berufungsgerichts verfahrensrechtlicher Natur ist. Einschlägiger Revisionsgrund sei diesfalls allerdings die unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache, weil durch die Verfahrensrüge die Frage nach dem Vorliegen eines Verfahrensmangels zur „Sache“ (§ 503 Z 4 ZPO) des Berufungsurteils werde.<sup>55)</sup>

*G. Kodek*<sup>56)</sup> anerkennt zwar ebenfalls grundsätzlich die Möglichkeit, eine verfahrensrechtliche Fehlbeurteilung unter § 503 Z 4 ZPO zu subsumieren (wohingegen er eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens iS des § 503 Z 2 ZPO bei unberechtigter Verwerfung einer Verfahrensrüge ausschließt). Der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung dürfe aber nicht als „Umweg“ zur Umgehung der im Größenschluss zu § 519 ZPO abzuleitenden Anfechtungsbeschränkung verwendet werden. Dieser Größenschluss sei nach wie vor unwiderlegt, wobei es methodisch gar nicht um das Schließen einer Lücke, sondern um systematische Interpretation und die Vermeidung von Wertungswidersprüchen gehe. Wertungsmäßig werde dieser Schluss zudem durch die Konformitätssperre in § 528 Abs 2 Z 2 ZPO bestätigt: Denn die Verneinung eines gerügten erstinstanzlichen Verfahrensmangels durch das Berufungsgericht sei funktional in aller Regel die Bestätigung eines zumindest impliziten Beschlusses des Erstgerichts (zB auf Ab-/Zurückweisung eines Beweisantrags). Da die Bestätigung eines solchen Beschlusses durch das Rekursgericht bei separater Anfechtung den Revisionsrekurs gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ausschließen würde, wäre es „massiv wertungswidersprüchlich“, wenn die Richtigkeit der jeweiligen verfahrensrechtlichen Vorgehensweise des Erstgerichts bei inzidenter Überprüfung im Rahmen der Urteilsanfechtung sehr wohl vom OGH hinterfragt werden

könnte, obwohl sich erste und zweite Instanz über die Richtigkeit der Vorgehensweise einig sind.<sup>57)</sup>

## C. Problemeingrenzung und -konkretisierung

### I. Art 6 EMRK ist nicht einschlägig

Angesichts des Ausmaßes der bislang geführten Diskussion und der Fülle an vorgetragenen Argumenten erscheint es zweckmäßig, das Problem allen voran auf die eigentlich relevanten Gesichtspunkte zu reduzieren. Demgemäß ist zunächst Art 6 EMRK aus den weiteren Überlegungen auszuschneiden, weil danach überhaupt kein Rechtsmittelzug vorgeschrieben ist.<sup>58)</sup> Wie im konkreten Kontext schon *Ballon*<sup>59)</sup> und *G. Kodek*<sup>60)</sup> betont haben, kann folglich nämlich umso weniger ein Recht auf die Anrufung einer dritten Instanz abgeleitet werden. Auch die von *Rechberger/Puschner*<sup>61)</sup> implizierte Auffassung, dass bei Mängeln, „die struktureller Natur sind und Garantien des Art 6 MRK tangieren“, wie zB der Teilnahme eines ausgeschlossenen oder erfolgreich abgelehnten Richters, mitunter auch die Anrufung der höchsten Instanz möglich sein müsse, erscheint mE weit hergeholt. Für die Frage nach der Revisibilität sonstiger Verfahrensmängel, die keine Nichtigkeit begründen und folglich in aller Regel auch nicht die strukturelle Natur und die Garantien des Art 6 MRK tangieren sollten, ist die Beantwortung dieser Frage aber ohnehin weitgehend irrelevant.

### II. Prozessökonomie per se nicht aussagekräftig

Am anderen Ende des Spektrums steht die Argumentation mit der Prozessökonomie für die Beschränkung der Revisibilität erstinstanzlicher Mängel. Diese ist als – ohnehin nur mit großer Zurückhaltung einzusetzende<sup>62)</sup> – Auslegungsmaxime jedoch nicht als tragfähige dogmatische Grundlage für die Beschränkung der Revisibilität erstinstanzlicher Mängel anzusehen. Denn eine solche Rechtsmittelbeschränkung steht zwangsläufig im Konflikt zum mindestens ebenso wichtigen Desiderat einer inhaltlich richtigen Entscheidung. Die Abwägung zwischen den Zielen der Prozessökonomie und der Richtigkeit der Sachentscheidung muss richtigerweise allein dem Gesetzgeber überlassen bleiben. Zu kurz gegriffen ist es auch, in der generellen Einschränkung der Anrufbarkeit des OGH durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983<sup>63)</sup> eine Bestätigung der Judikatur zum speziellen Problem der Anfechtbarkeit erstinstanzlicher Verfahrensmängel<sup>64)</sup> oder

<sup>57)</sup> *G. Kodek*, Zak 2020, 31.

<sup>58)</sup> Siehe nur RIS-Justiz RS0043962, zB OGH 1 Ob 170/74 = RZ 1975, 177 (*Morscher*); 9 ObA 180/01p; 8 Ob 78/19g uva.

<sup>59)</sup> In FS Matscher 24.

<sup>60)</sup> Zak 2020, 30.

<sup>61)</sup> Prozessuale Probleme des Verhältnisses der Ansprüche nach §§ 6 ff MedG und § 87 Abs 2 UrhG, RZ 1998, 219 (222).

<sup>62)</sup> *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 24.

<sup>63)</sup> BGBl 135/1983.

<sup>64)</sup> Tendenziell in diesem Sinn aber *Petrasch*, ÖJZ 1983, 178; *derselbe*, ÖJZ 1985, 297.

<sup>53)</sup> In Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 103 ff.

<sup>54)</sup> *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 104.

<sup>55)</sup> *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 105.

<sup>56)</sup> Zak 2020, 29 f.

gar eine zusätzliche Analogiegrundlage hierfür<sup>65)</sup> zu erblicken. In der Sache dürfte diese Umstellung des Revisionsystems im Gegenteil außerdem sogar dafür sorgen, dass eine Überlastung des OGH selbst bei Nachprüfung bereits verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel nicht zu befürchten wäre, weil es in vielen Fällen schlicht an einer erheblichen Rechtsfrage iS des § 502 ZPO fehlen dürfte.<sup>66)</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Begründungserleichterung für die Verneinung einer Verfahrensrüge in § 510 Abs 3 S 3 ZPO.

Mit alledem soll nicht bestritten werden, dass die Prozessökonomie eine sachliche Rechtfertigung für eine Einschränkung der Anfechtbarkeit erstinstanzlicher Verfahrensmängel liefern kann. Eine solche Einschränkung kann aber nicht ohne weiteres aus einem apriorisch vorausgesetzten Bedürfnis nach Prozessökonomie abgeleitet werden, sondern muss sich aus dem Gesetz ergeben, sei es aus expliziten Normen, sei es aus impliziten Wertungen.

### III. Kern des Problems

Ob dies der Fall ist, hängt – entsprechend der beiden Begründungsstränge der Rsp (Punkte B.I. und B.II.) – von zwei Fragen ab:

1. Ist der ZPO ein Grundsatz zu entnehmen, dass ein erstinstanzlicher Verfahrensmangel nur durch die nächsthöhere Instanz korrigiert werden kann, namentlich weil die Nichtbehebung derartiger Mängel unter keinen der taxativ aufgezählten<sup>67)</sup> Revisionsgründe in § 503 ZPO fällt (dazu Punkt D.)?
2. Kann im Größenschluss zur Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeitsgründe (§§ 471, 473 iVm § 519 ZPO) abgeleitet werden, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel, die vom Berufungsgericht verneint wurden, vor dem OGH unanfechtbar sind (dazu Punkt E.)?

### IV. Inkonsistenz der Ausnahmen als Symptom eines zweifelhaften Grundsatzes

Bevor diesen beiden Fragen im Detail nachgegangen wird, sollen allerdings noch einige Inkonsistenzen, Abgrenzungsprobleme und sonstige Ungereimtheiten in den von der Judikatur anerkannten Ausnahmen vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel aufgezeigt werden.<sup>68)</sup> Sie belegen nämlich nicht nur, dass die postulierte Rechtsmittelbeschränkung rechtspolitisch selbst vom OGH in vielen Einzelfallentscheidungen offenbar als zu weitgehend erkannt wird. Vielmehr noch: Inkonsequente und kaum abgrenzbare Ausnahmen sind ein Phänomen,

das erfahrungsgemäß oftmals vornehmlich darin seine Erklärung findet, dass bereits die Lösung der Grundsatzfrage unrichtig ist.

Doch worin bestehen diese Inkonsistenzen überhaupt? Völlig nachvollziehbar ist zunächst noch die Sonderbehandlung jener Konstellation, in der die Verfahrensrüge vom Berufungsgericht überhaupt übergangen, also gar nicht inhaltlich behandelt wurde.<sup>69)</sup> Schon problematischer, aber dennoch akzeptabel scheint auch eine Ausnahme, wenn sich die Behandlung der Rüge auf eine Scheinbegründung oder bloße Leerformel reduziert,<sup>70)</sup> zumindest wenn man dies auf Fälle beschränkt, die – vergleichbar zum Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO<sup>71)</sup> – dem völligen Fehlen einer Begründung nahekommen. Wie die jüngst ergangene Entscheidung OGH 6 Ob 246/19y jedoch besonders gut zeigt, erachtet es der OGH unter diesem Ausnahmetatbestand auch für zulässig, eine primär inhaltlich unzureichend begründete Verneinung des Verfahrensmangels nachzuprüfen. Das ist im Einzelfall erfreulich, entwertet das Dogma von der mangelnden Revisionsaugleichung erstinstanzlicher Mängel aber bereits erheblich.

Ob sich der Ausnahmetatbestand der Verwerfung mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung<sup>72)</sup> systemkonform erklären lässt, hängt davon ab, wie diese Fallgruppe ausgelegt wird: In den meisten Entscheidungen dürfte der OGH diese Ausnahme – offenbar iS des Rechtsmittelgrunds der Aktenwidrigkeit (vgl § 503 Z 3 ZPO) – auf Fälle beschränken, in denen das Berufungsgericht in seiner Begründung Vorgänge erster Instanz, zB den Inhalt eines Schriftsatzes oder einer mündlichen Erklärung, aktenwidrig wiedergibt.<sup>73)</sup> Während eine solche Ausnahme – mehr oder weniger<sup>74)</sup> – friktionsfrei vertretbar wäre,<sup>75)</sup> dürfte das Höchstgericht bisweilen ein viel weiteres Verständnis der durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung zugrunde legen: In vielen Entscheidungen gewinnt man nämlich den Eindruck, die Revisibilität sei schon dann gegeben, wenn für den OGH aus den Akten (also ohne zusätzliche Erhebungen oder Ähnlichem) hervorgeht, dass die Verwerfung der Verfahrensrüge seitens des Berufungsgerichts un-

<sup>69)</sup> Punkt B.III. Fn 39.

<sup>70)</sup> Insoweit völlig zutreffend G. Kodek, Zak 2020, 30.

<sup>71)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0042133, zB OGH 2 Ob 455/49 = JBI 1950, 214; 6 Ob 366/66; 6 Ob 695/85; 7 Ob 51/01b; 7 Ob 11/19x.

<sup>72)</sup> Zu dieser Ausnahme Punkt B.III. bei und in Fn 42.

<sup>73)</sup> So deutlich OGH 1 Ob 170/08v; ebenso wohl zB OGH 10 ObS 141/00h; 7 Ob 305/02g; 9 Ob 79/03p; 5 Ob 143/08b; 5 Ob 71/19f.

<sup>74)</sup> Allenfalls zu hinterfragen ist lediglich, warum diese Konstellation nicht einfach direkt dem Revisionsgrund des § 503 Z 3 ZPO unterstellt wird (explizit dagegen aber RIS-Justiz RS0043166; allgemein hingegen zur Qualifikation der Aktenwidrigkeit als spezielle Ausprägung der Mangelhaftigkeit König, Konformität, Aktenwidrigkeit und offenbare Gesetzeswidrigkeit im zivilgerichtlichen Verfahren [1975] 99).

<sup>75)</sup> Von diesem Verständnis dürfte wohl auch G. Kodek, Zak 2020, 30 ausgehen.

<sup>65)</sup> So aber Zechner in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 51.

<sup>66)</sup> Zutreffend Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 19.

<sup>67)</sup> So die ganz hM, zB Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozeß (1963) 389; Fasching, ZPG IV 248; Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 3; Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 4; A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 1.

<sup>68)</sup> IS der folgenden Ausführungen siehe auch Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 19.

richtig war.<sup>76)</sup> Eine derartige rechtliche Unrichtigkeit ist aber praktisch immer aus dem (gesamten) Prozessakt ersichtlich.<sup>77)</sup> Wenn der OGH dementsprechend erstinstanzliche Mängel schon bei einer unrichtigen verfahrensrechtlichen Begründung aufgreifen kann, weil sich die Unrichtigkeit diesfalls geradezu zwangsläufig aus den Akten ergibt, bleibt vom Grundsatz der mangelnden Revisibilität erstinstanzlicher Mängel nicht mehr viel übrig. Unter Strich führen die beiden unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten einer nicht durch die Aktenlage gedeckten Begründung sohin dazu, dass der OGH im Einzelfall rein verfahrensrechtliche Fehlbeurteilungen aufgreifen kann, dies aber nicht muss – ein im Interesse von Rechtssicherheit und -klarheit wenig befriedigendes und folglich auch ein rechtsstaatlich bedenkliches Ergebnis.

Die Sonderbehandlung bei einer „rechtlich unhaltbaren Begründung“<sup>78)</sup> läuft überhaupt auf eine Unterscheidung zwischen einer rechtlich unhaltbaren, also sozusagen „qualifiziert falschen“ Begründung und einer zwar rechtlich haltbaren, aber dennoch unrichtigen Begründung hinaus.<sup>79)</sup> Das ist *per se* wenig überzeugend, weil eine dahingehende Grenzziehung stets zu einem gewissen Grad willkürlich sein muss. Zudem dürfte der OGH damit die Frage nach der prinzipiellen Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel mit den Kriterien vermengen, die er heranzieht, um bei einer eigentlich einzelfallbezogenen Beurteilung dennoch eine erhebliche Rechtsfrage bejahen zu können. Denn für eine solche fordert die Judikatur oftmals ebenfalls eine „gravierende“,<sup>80)</sup> „auffallende“,<sup>81)</sup> „krasse“<sup>82)</sup> oder – wie es jüngst in OGH 4 Ob 220/18h heißt – gar nur eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung. Mit dem Problem der Anfechtbarkeit verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel hat dies aber grundsätzlich nichts zu tun.

Keine Abgrenzungsprobleme haben zwar jene Entscheidungen, nach denen sogar eine „einfach“ unzutreffende Begründung des Berufungsgerichts genügt, um einen Verfahrensmangel erster Instanz

aufzugreifen.<sup>83)</sup> Unter dieser Prämisse würde die Verneinung eines erstinstanzlichen Verfahrensmangels dessen Revisionsstauglichkeit jedoch überhaupt nicht mehr beschränken. Wenn ein erstinstanzlicher Mangel nämlich tatsächlich vorliegen sollte, er aber vom Berufungsgericht verneint wurde, so basiert diese Verneinung zwangsläufig auf einer unzutreffenden Begründung. Auf dasselbe Ergebnis läuft es hinaus, wenn eine unrichtige Verneinung der Verfahrensrüge generell als – revisible – unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache iS des § 503 Z 4 ZPO qualifiziert wird. Der OGH erkennt den dadurch drohenden Widerspruch zwar mitunter selbst und lehnt ein derart weites Verständnis von § 503 Z 4 ZPO folgerichtig in der überwiegenden Zahl der Fälle ab.<sup>84)</sup> Dennoch subsumieren einzelne Entscheidungen auch die – wegen falscher Auslegung der Verfahrensgesetze – unberechtigte „Verwerfung“ einer Verfahrensrüge unter § 503 Z 4 ZPO und untergraben das prinzipielle Dogma damit zusätzlich.<sup>85)</sup>

Nicht wirklich konsequent ist schließlich die Durchbrechung der „Sperrung“ der vom Berufungsgericht verneinten Verfahrensmängel bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, soweit diese Sperrung mit einem Größenschluss zu § 519 ZPO begründet wird. Denn der Untersuchungsgrundsatz ändert nichts daran, dass über Nichtigkeitsgründe im Berufungsvorverfahren mit Beschluss entschieden wird und dieser Beschluss nach § 519 ZPO unanfechtbar ist.<sup>86)</sup>

Zusammengefasst begründen die von der Rsp anerkannten Ausnahmen kein konsistentes und klar konturiertes System, sondern vermitteln eher den Eindruck, dass sich der OGH dadurch eine Einfallspforte für Billigkeitserwägungen im Einzelfall geschaffen hat. Das Ergebnis ähnelt gewissermaßen dem System einer Annahmeverfahren, allerdings ohne hinreichend determinierte Annahmeversetzungen. Denn gerade durch uneinheitliche Auslegung der skizzierten Ausnahmen hat der OGH bei seiner Entscheidung, ob er einen erstinstanzlichen Mangel – sei es, weil er besonders schwerwiegend ist, sei es, weil er besonders leicht zu erkennen oder zu beheben ist<sup>87)</sup> – aufgreifen will oder nicht, einen beträchtlichen Spielraum. Abgesehen davon, dass ein solches System nicht nur rechtsstaatliche Bedenken erweckt,<sup>88)</sup> ist es dem österreichischen Rechtsmittelrecht *de lege lata* zweifelsohne fremd.

<sup>76)</sup> So zB OGH 1 Ob 42/79; 5 Ob 83/98m. Bezeichnend sind ferner jene Entscheidungen, in denen der OGH prüft, ob in erster Instanz – unter Zugrundelegung der hierfür maßgeblichen prozessualen Anforderungen, zB der Qualifikation einer beantragten Person als sachverständige Zeugin (§ 350 ZPO) oder dem Vorliegen von Verschleppungsabsicht (§ 275 Abs 2 ZPO) – ein taugliches Beweisthema für einen Beweisantrag angeboten bzw hinreichendes Vorbringen erstattet wurde (in diesem Sinn zB OGH 2 Ob 220/65; 2 Ob 572/86; 8 Ob 50/86; 1 Ob 30/95; 7 Ob 368/97m; 10 ObS 398/98x; 5 Ob 220/14k). Denn diese Fragen sind auf Basis der Aktenlage stets nachvollziehbar, sodass die Regel von der mangelnden Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel völlig entwertet würde. Tendenziell wohl auch so OGH 3 Ob 224/74.

<sup>77)</sup> Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang, wenn der OGH in 5 Ob 83/98m von einer „durch die Akten- und Rechtslage nicht gedeckten Begründung“ spricht.

<sup>78)</sup> Punkt B.III. bei und in Fn 43.

<sup>79)</sup> Zu Recht kritisch auch *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 85.

<sup>80)</sup> RIS-Justiz RS0116755.

<sup>81)</sup> OGH 1 Ob 2380/96y; 4 Ob 151/98d.

<sup>82)</sup> OGH 4 Ob 211/97a; 7 Ob 155/05b.

<sup>83)</sup> So OGH 2 Ob 509/61 = JBI 1962, 388; 2 Ob 212/61 = RZ 1961, 183. Dazu schon Punkt B.III. Fn 44.

<sup>84)</sup> OGH 6 Ob 194/05f; 10 Ob 35/08g; 4 Ob 85/12x; 9 ObA 46/18g; 5 Ob 64/19a; RIS-Justiz RS0043051 (T4).

<sup>85)</sup> Punkt B.III. bei und in Fn 47.

<sup>86)</sup> Insoweit kritisch auch *Ballon* in FS Matscher 25; *Zechner* in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 49.

<sup>87)</sup> Ähnlich fällt der Befund *Neumayers* (in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 19) aus, wonach es sich um „rechtlich greifbare“ Verfahrensfehler handeln müsse.

<sup>88)</sup> Vgl nur *Fasching*, Schwerpunkte der Zivilprozessreform, in Bundesministerium für Justiz, Verbesserter Zugang zum Recht (1979) 177 (205), wenn er sogar rechtsstaatliche Bedenken gegen das jetzige System der Grundsatzrevision anmeldet.



Die damit ausgedrückte Kritik soll sich freilich gar nicht so sehr gegen diese – zumal im prinzipiell löblichen Bemühen um Einzelfallgerechtigkeit geschaffenen – Ausnahmen richten, sondern vielmehr die Überprüfungsbedürftigkeit der Grundsatzprämisse selbst untermauern. In weiterer Folge wird die Inkonsequenz dieser Ausnahmen als typisches Symptom einer möglicherweise unrichtigen Grundregel auch nicht näher vertieft. Vielmehr wird die Wurzel des Problems untersucht, nämlich die angebliche Unanfechtbarkeit vom Berufungsgericht verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel.

## D. Erstinstanzliche Verfahrensmängel im Katalog des § 503 ZPO

### I. Problemaufriss

Wie bereits ausgeführt hat der OGH die Revisibilität vom Berufungsgericht verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel ursprünglich mit dem postulierten Grundsatz ausgeschlossen, dass ein Verfahrensmangel immer nur einmal und zwar durch die jeweils höhere Instanz überprüfbar sei.<sup>89)</sup> Auch wenn der Größenschluss zur Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeitsgründe mittlerweile weit größere Bedeutung erlangt hat, wird dieses Argument – entgegen der Einschätzung in OGH 10 ObS 236/89 – auch in der neueren Rsp vereinzelt immer noch fruchtbar gemacht.<sup>90)</sup> Es muss daher sehr wohl auf seine Tragfähigkeit untersucht werden.

Obwohl der OGH den herausgearbeiteten Grundsatz in seiner veröffentlichten<sup>91)</sup> Judikatur bislang nicht näher begründet hat, dürfte er seine Grundlage in § 503 Z 2 ZPO finden: Denn dieser Revisionsgrund bezieht sich ausdrücklich nur darauf, dass „das Berufungsverfahren“ – und eben nicht das erstinstanzliche Verfahren – „an einem Mangel leidet, welcher, ohne die Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern geeignet war“ (dazu Punkt D.II.). Alternativ dazu könnte eine unrichtige Verneinung des erstinstanzlichen Verfahrensmangels durch das Berufungsgericht zwar als „unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache“ gemäß § 503 Z 4 ZPO qualifiziert werden. Jedoch ist insofern zweifelhaft, ob die Behandlung der Verfahrensrüge wirklich als „Sache“ anzusehen ist (dazu Punkt D.III.).

### II. Erstinstanzliche Verfahrensmängel als Mangelhaftigkeit gemäß § 503 Z 2 ZPO

#### 1. Meinungsstand

Obwohl der OGH keine Quelle für die Prämisse der lediglich einmaligen Überprüfbarkeit eines Verfahrensmangels anführt, kann diese Auffassung

prima vista keinen geringeren als *Franz Klein* als Gewährsmann für sich beanspruchen. In einer Untersuchung zur Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz führt *Klein* zum Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO nämlich Folgendes aus: „Der Gedanke der Revision ist nicht, daß man die Abstellung der Fehler und Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens und Urtheiles, wenn der Berufungsrichter die begehrte Hilfe versagt, schließlich noch von einem höheren Richter – also sukzessive in zwei Instanzen – verlangen können soll, sondern der Gegenstand der Beschwerdeführung verschiebt sich mit dem Berufungsurtheile vollständig.“<sup>92)</sup> Nur wenige Zeilen später dürfte er diese Aussage jedoch möglicherweise relativieren, wenn er – zur Revision gegen die meritorische Berufungsentcheidung<sup>93)</sup> – erläutert, dass „das erstrichterliche Urtheil nur insoferne durch das Revisionsgericht überprüft werden [kann], als das Berufungsgericht sich dieses Urtheil angeeignet, durch seine Bestätigung es ganz oder theilweise zum Urtheile des Berufungsgerichtes erhoben hat“.

Letztere Einschätzung würde sich jedenfalls mit der nach Einführung der ZPO vorherrschenden Lehrmeinung decken, wonach ein nicht behobener erstinstanzlicher Verfahrensmangel sehr wohl zum Mangel des Berufungsverfahrens werden könne. Schon *Demelius*<sup>94)</sup> meint, das Ignorieren erstinstanzlicher Mängel sei „wohl zweifellos“ auch als Mangel des Berufungsverfahrens anzusehen. Bei *Sperl*<sup>95)</sup> liest man, § 503 Z 2 ZPO schließe nur die Behandlung „wirklicher Mängel der Streitverhandlung erster Instanz“ aus, „die sich aber nicht als solche in die zweite Instanz fortgesetzt und auf das Urteil dieser ausgewirkt haben“; revisibel sei hingegen beispielsweise eine „Lückenhaftigkeit oder schlechte Durchführung von Beweisaufnahmen in erster wie zweiter Instanz“. Auch *Pollak*<sup>96)</sup> schränkt seine Aussage, die Überprüfung der ersten Instanz sei dem Berufungsgericht vorbehalten, insoweit ein, als das Revisionsgericht nicht aus Anlass der Überprüfung eines Berufungsurteils auch jenes des Gerichts erster Instanz überprüfen müsse. *Neumann*<sup>97)</sup> meint sogar ausdrücklich, dass Mängel des Berufungsverfahrens auch zugleich Mängel der ersten Instanz sein können, und nennt als Beispiel

<sup>92)</sup> *Klein*, Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz, GZ 1899, 73.

<sup>93)</sup> Möglicherweise dürfte *Klein* diese Aussage auf „echte“ errores in iudicando (gemeint: § 503 Z 3, 4 ZPO), nicht aber auf sonstige Verfahrensmängel beziehen. Eindeutig ist dies jedoch keineswegs, weil ein sonstiger Verfahrensmangel per definitionem geeignet sein muss, eine unrichtige Entscheidung in der Hauptsache herbeizuführen und das Berufungsgericht – dementsprechend – über geltend gemachte Verfahrensmängel ja ebenfalls mit Urteil, also meritorisch zu entscheiden hat. Dazu noch eingehend Punkt E.IV.2.a).

<sup>94)</sup> Der neue Civilproceß (1902) 665.

<sup>95)</sup> Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925–1930) 664.

<sup>96)</sup> System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes unter Einschluß des Exekutionsrechtes<sup>2</sup> (1932) 597.

<sup>97)</sup> Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II<sup>4</sup> (1928) 1356.

<sup>89)</sup> Punkt B.I.

<sup>90)</sup> ZB OGH 9 ObA 76/89; 1 Ob 570/95; 6 Ob 229/98i; 10 ObS 128/12i; 5 Ob 62/13y; 5 Ob 63/17a. Darauf weist zu Recht *Zechner* (in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 50) hin.

<sup>91)</sup> Vgl allerdings die unveröffentlichte Entscheidung OGH 06.11.1950, 2 Ob 370/49, die letztlich in der Tat auf den Wortlaut von § 503 Z 2 ZPO rekurriert.



hierfür die Nichtaufnahme eines Beweises, der auch vom Berufungsgericht nicht nachgeholt wird. Die ältere Judikatur – zum Teil sogar noch nach der gegenteiligen Leit-Entscheidung OGH 1 Ob 313/49 – teilt dieses Verständnis wie erwähnt (Punkt B.I.) ebenfalls.<sup>98)</sup> Auch Klein/Engel<sup>99)</sup> nehmen dementsprechend – offenbar billigend – zur Kenntnis, dass nach der Judikatur der Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO dann verwirklicht sei, wenn das Berufungsgericht bei ungenügenden und unvollständigen Feststellungen des ersterinstanzlichen Urteils die Beweise über die wesentlichen Punkte nicht aufnehme. Schließlich erläutern die Gesetzesmaterialien selbst an einer Stelle ganz in diesem Sinne, dass „in erster und zweiter Instanz bei der Sachverhaltsermittlung und Erörterung, sowie bei der Beweisprüfung ordnungsgemäß vorgegangen“ worden sein muss, andernfalls der Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO (damals § 523 Z 3 ZPO idF RV zur ZPO [688 BlgAH XI. Sess]) zu Gebote stünde.<sup>100)</sup>

Auch das überwiegende neuere Schrifttum teilt die Ansicht, dass ein Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens letztlich auch in der Nichtbehebung einer erstinstanzlichen Mangelhaftigkeit liegen kann.<sup>101)</sup> Die Funktion des Revisionsgrunds des § 503 Z 2 ZPO wird damit in der Gewährleistung einer insgesamt mangelfreien Grundlage der Sachentscheidung des Berufungsverfahrens erblickt.

Demgegenüber vertritt nur eine Mindermeinung der Lehre die Auffassung, es komme für § 503 Z 2 ZPO allein darauf an, dass die Stoffsammlung des Berufungsgerichts sowie die sonstigen prozessualen Vorgänge zur Beurteilung der geltend gemachten Berufungsgründe mangelfrei geblieben sind.<sup>102)</sup> Ganz getreu dem Grundsatz der Rsp, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel nur in einer höheren Instanz überprüft werden dürfen, wird von den Proponenten dieser Ansicht also ein „originärer“ Mangel des Berufungsverfahrens verlangt.

## 2. Stellungnahme

Letztlich handelt es sich zwar wohl zu einem gewissen Grad um eine Glaubensfrage, ob es in § 503 Z 2 ZPO auf die Vollständigkeit der Grundlage für die Entscheidung in der Hauptsache oder für die Entscheidung über das Vorliegen der jeweiligen Berufungsgründe ankommt. Der Wortlaut der Bestimmung definiert nämlich nicht, wann ein Mangel

ein solcher des Berufungsverfahrens ist. Dem Gesetzestext ist folglich (vielleicht entgegen erster Intuition) nicht zu entnehmen, ob es sich beim Mangel des Berufungsverfahrens um einen originären Mangel des Berufungsverfahrens handeln muss oder auch ein „Fortwirken“ eines erstinstanzlichen Mangels ausreicht.<sup>103)</sup> Auch die Formulierung der Gesetzesmaterialien,<sup>104)</sup> dass § 503 Z 2 ZPO eine „formell correcte, in die Sache eindringende, sorgfältige Überprüfung der Entscheidung erster Instanz“ gewährleisten soll, lässt sich mit beiden Auslegungsvarianten in Einklang bringen.

Dennoch sprechen mE die klar besseren Gründe dafür, auch für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens insgesamt auf die Mangelhaftigkeit der Grundlage für die Sachentscheidung abzustellen. Schon die zitierte Passage der Gesetzesmaterialien sowie das eindeutige Überwiegen dieser Auffassung vor allem im älteren Schrifttum indizieren, dass der Gesetzgeber § 503 Z 2 ZPO nicht auf originäre Mängel des Berufungsverfahrens beschränken wollte. Zudem ist für diese Sichtweise § 510 Abs 1 S 2 ZPO ins Treffen zu führen. Danach kann das Revisionsgericht im Fall des § 503 Z 2 ZPO auch das Urteil erster Instanz aufheben, wenn dies notwendig erscheint, um die Sache spruchreif zu machen. Diese Anordnung macht nämlich gerade für solche zweitinstanzlichen Mängel Sinn, die ihren Ursprung bereits in einem Fehler erster Instanz haben, während bei originären Mängeln des Berufungsverfahrens eine Zurückverweisung an die erste Instanz regelmäßig überflüssig sein dürfte.<sup>105)</sup>

Aus systematisch-teleologischer Sicht ist zu beachten, dass die Definition des Verfahrensmangels in § 503 Z 2 ZPO weitgehend mit jener in § 496 Abs 1 Z 2 ZPO harmonisiert: Zentrales Merkmal hiervon ist die Auswirkung des Mangels (bzw seine Eignung zur Auswirkung<sup>106)</sup>) auf die jeweilige Erledigung der Streitsache, also die angefochtene meritorische Entscheidung. Die meritorische Entscheidung des Berufungsgerichts bleibt gemäß § 497 Abs 1 ZPO jene über den Bestand des streitgegenständlichen Anspruchs (dazu noch Punkt D.III.3.b). Die Auswirkung eines Mangels auf diese Beurteilung ist nun völlig unabhängig davon, ob der Mangel ein originärer oder ein aus der ersten Instanz „übernommener“ ist. Wenn das Berufungsgericht selbst eine Verfahrensrüge zwar mangelfrei, aber

<sup>98)</sup> OGH Rv I 452/12 = ZBl 1913/77; Ob III 298/22 = ZBl 1922/213; 1 Ob 129/48; 2 Ob 718/50 = JBl 1951, 160.

<sup>99)</sup> Der Zivilprozeß Österreichs, in Wach/Kisch/Mendelsohn Bartholdy/Pagenstecher, Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten III (1927) 430.

<sup>100)</sup> Justizministerium k. k., Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen I (1897) 361 (im Folgenden: „Materialien I“).

<sup>101)</sup> Schima, JBl 1960, 324; Novak, JBl 1960, 566; Fasching, ZPG IV 306 f; derselbe, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1909; Delle-Karth, ÖJZ 1993, 19; Hollaender, RZ 2015, 106; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1116; wohl auch W. Kralik, Der Zugang zum OGH im Außerstreitverfahren, JBl 1991, 283 (290 f).

<sup>102)</sup> In diesem Sinn jüngst G. Kodek, Zak 2020, 29; wohl ebenso Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 103.

<sup>103)</sup> Richtig Ballon in FS Matscher 22.

<sup>104)</sup> Materialien I 358.

<sup>105)</sup> Vgl Demelius, Civilprozeß 673, wonach diese Anordnung sogar beweise, dass die Revision letztlich keineswegs nur das berufungsgerichtliche Urteil überprüfe.

<sup>106)</sup> Während § 503 Abs 1 Z 2 ZPO von „zu hindern geeignet war“ spricht, heißt es in § 496 Abs 1 Z 2 ZPO „verhinderten“. Ein inhaltlicher Unterschied wird darin nach hM nicht erblickt, sondern es reicht in beiden Fällen die abstrakte Eignung, die Beurteilung der Streitsache zu hindern (vgl nur RIS-Justiz RS0043049; Fasching, ZPG IV 206; Pimmer in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>3</sup> [2019] § 496 ZPO Rz 34 f; A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 471 Rz 9, § 496 Rz 6; aA wohl noch Wachtel, Erläuterungen zur Civilprozeß-Ordnung [1897] 462 [§ 503 Anm 3]; gegen diesen freilich schon Neumann, Zivilprozeßgesetze II<sup>4</sup> 1356).

inhaltlich falsch behandelt und den erstinstanzlichen Mangel folglich nicht behebt, fußt seine meritorische Entscheidung (Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils) zwangsläufig auf einer mangelhaften Grundlage. Die prozessualen Vorgänge des Berufungsverfahrens, also die Grundlagen für die Prüfung des gerügten Verfahrensmangels mögen zwar fehlerfrei sein. Es wäre jedoch eine besonders begründungsbedürftige Beschneidung der Funktion der Berufung, wenn allein dadurch die weiterhin gegebene Mangelhaftigkeit des verfahrensrechtlichen Fundaments der Sachentscheidung „heilen“ würde. Immerhin ist ja auch das vordringliche Ziel des Berufungsverfahrens stets eine richtige Sachentscheidung.<sup>107)</sup>

Mangels ersichtlicher Grundlage oder Rechtfertigung für eine derart weitreichende Einschränkung des Ziels einer richtigen Sachentscheidung ist für § 503 Z 2 ZPO mE auf die Mangelhaftigkeit der der berufsgerichtlichen Entscheidung insgesamt zugrundeliegenden Stoffsammlung abzustellen. Nicht zu differenzieren ist insoweit grundsätzlich (zu einer wesentlichen Einschränkung sogleich Punkt D.II.3.) zwischen originären Fehlern des Berufungsgerichts und aus dem erstinstanzlichen Verfahren „übernommenen“ Mängeln.<sup>108)</sup>

### 3. Abgrenzung nicht revisionstauglicher erstinstanzlicher Verfahrensmängel

Ausgehend von diesem Verständnis drängt sich allerdings die Frage auf, welche Fälle die Einschränkung des § 503 Z 2 ZPO auf Mängel des Berufungsverfahrens denn ausklammern soll, wenn nicht behobene erstinstanzliche Mängel ohnehin zu solchen der zweiten Instanz werden können. Eine Antwort gibt mE vor allem jene bereits auf 1919 zurückgehende Rsp-Linie, wonach erstinstanzliche Mängel dann nicht revisibel sind, wenn sie in der Berufung gar nicht geltend gemacht wurden.<sup>109)</sup> Diese – mit Ausnahme von *Fasching*<sup>110)</sup> – selbst von den ansonsten kritischen Stimmen der Lehre<sup>111)</sup> anerkannte Verengung der Revisionsgründe ist folgerichtig: Wenn nämlich ein wesentlicher Verfah-

rensmangel entsprechend der ganz hM<sup>112)</sup> ohne entsprechende Rüge vom Berufungsgericht nicht aufgefressen werden darf, kann das Berufungsverfahren bzw seine Entscheidung in dieser Hinsicht nicht mangelhaft sein. Es mangelt schlicht an einem Fehler des Gerichts, wie er in der österreichischen Rechtsmittelsystematik prinzipiell stets erforderlich ist.<sup>113)</sup> Aus demselben Grund verwehrt es die Rsp einem Revisionswerber auch – insofern ebenfalls vom Wortlaut des § 503 Z 3, 4 ZPO gedeckt (arg: „Urteil[e] des Berufungsgerichtes“) –, eine in der Berufung unterlassene Rüge der erstinstanzlichen rechtlichen Beurteilung<sup>114)</sup> oder einer erstinstanzlichen Aktenwidrigkeit<sup>115)</sup> in der Revision nachzuholen.

Die soeben (Punkt D.II.2.) gewonnene Erkenntnis, dass es für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens auf die Vollständigkeit seiner Sachentscheidungsgrundlage ankommt, erfährt damit eine Einschränkung durch die begrenzte Kognitionsbefugnis des Berufungsgerichts: Ob die Entscheidungsgrundlage vollständig ist und prozessordnungskonform erzeugt wurde, ist nur insoweit maßgeblich, als sie das Berufungsgericht in seiner Entscheidung überhaupt überprüfen durfte.<sup>116)</sup>

Im Übrigen sollte der Beschränkung auf das Berufungsverfahren in § 503 Z 2 ZPO wohl auch klarstellender Charakter zukommen, worauf zumindest die ältere Lehre schließen lässt.<sup>117)</sup> Der historische Gesetzgeber wollte möglicherweise einfach keine Zweifel aufkommen lassen, dass ein erstinstanzlicher Mangel, der ausnahmsweise<sup>118)</sup> auch ohne unmittelbare Behebung durch das Berufungsgericht

<sup>112)</sup> So die mittlerweile ganz hM, zB *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1765; *Ballon* in *Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider/Neumayr*, Einführung in das Zivilprozessrecht<sup>13</sup> (2018) Rz 566; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1090; *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> Rz 1048; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 471 Rz 9. Siehe auch noch Punkt D.III.1. bei und in Fn 122.

<sup>113)</sup> Siehe nur *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> Vor § 461 Rz 4, § 496 Rz 7; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1076; *Konecny* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> Einleitung Rz 65 mwN; ebenso bereits *Pollak*, RheinZZP 14 (1926) 192.

<sup>114)</sup> RIS-Justiz RS0043573; RS0043480; OGH 9 ObS 10/87; 8 ObA 109/97f; 3 Ob 128/05f uva.

<sup>115)</sup> RIS-Justiz RS0041773; OGH 2 Ob 107/59 = JBl 1959, 458; 1 Ob 501/96; 9 Ob 38/17d; 8 Ob 9/20m uva.

<sup>116)</sup> *Neumann*, Zivilprozeßgesetz II<sup>4</sup> 1356. Insoweit ist dem Befund *Kleins* (GZ 1899, 73), „der Gegenstand der Beschwerde verschiebt sich mit dem Berufungsurtheile vollständig“ zuzustimmen.

<sup>117)</sup> Vgl Punkt D.II.1. bei und in Fn 94 ff. Die – insoweit deutlichste – Aussage von *Sperl* (Lehrbuch 664) sei an dieser Stelle nochmals wiederholt: Es gehe nur um den Abschluss „wirklicher Mängel der Streitverhandlung erster Instanz, die sich aber nicht als solche in die zweite Instanz fortgesetzt und auf das Urteil dieser ausgewirkt haben“.

<sup>118)</sup> Anwendungsbeispiele für solche Konstellationen sind zugegebenermaßen nicht einfach zu finden. Es ist aber wohl denkbar, dass eine aufgrund einer *anderen* Mangelhaftigkeit vorgenommene Verfahrensergänzung die Korrektur des gerügten Verfahrensmangels entbehrlich macht. Ein insoweit behobener erstinstanzlicher Mangel könnte – aus heutiger Sicht: selbstverständlich – nicht mehr nach § 503 Z 2 ZPO geltend gemacht werden.

<sup>107)</sup> Treffend *Pollak*, Über die Rechtsmittel im österreichischen Zivilprozesse, RheinZZP 14 (1926) 180 (190); vgl in diesem Sinn auch Materialien I 357, wonach die meritorische Kritik des erlassenen Urteils die „wichtigste Aufgabe“ der Berufungsverhandlung sei.

<sup>108)</sup> Insoweit zutreffend *Fasching*, ZPG IV 298.

<sup>109)</sup> OGH Rv II 328/19 = ZBl 1920/158; Ob III 298/22 = ZBl 1922/213; 2 Ob 760/50; 6 Ob 549/88; 10 ObS 100/92; 8 Ob 34/18k; 10 Ob 155/18b; RIS-Justiz RS0043111; RS0074223.

<sup>110)</sup> ZPG IV 306 (die von ihm für seine Ansicht fälschlicherweise angeführten Entscheidungen OGH 2 Ob 554/52 = SZ 25/219; 2 Ob 324/58 = JBl 1959, 238 beziehen sich auf die Konstellation, dass der Mangel sehr wohl gerügt, die Verfahrensrüge aber vom Berufungsgericht übergangen wurde); *derselbe*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1909.

<sup>111)</sup> *Schima* in FS 100 Jahre OGH 256 f; *derselbe*, JBl 1960, 324; *Novak*, JBl 1960, 566; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1116; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 97; ebenso bereits *Klein/Engel* in *Wach ea*, Zivilprozeßrecht 430; *Neumann*, Zivilprozeßgesetz II<sup>4</sup> 1356.

zu keiner Mangelhaftigkeit der Sachentscheidungsgrundlage der zweiten Instanz führt, nicht um seiner selbst willen zur Aufhebung und Zurückverweisung führen darf. Auch wenn ein derartiger Mangel ohnehin mangels Wesentlichkeit keinen tauglichen Revisionsgrund verwirklichen könnte, erscheint eine solche Klarstellung gerade bei Einführung einer völlig neuen Zivilprozessordnung nicht ungewöhnlich.

### III. Abgrenzung zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Hauptsache (§ 503 Z 4 ZPO)

#### 1. Zur Abgrenzung der Rechtsmittelgründe und ihrer Bedeutung

Ausgehend vom Zwischenergebnis, dass die Beschränkung in § 503 Z 2 ZPO auf Mängel des Berufungsverfahrens einer Subsumtion „übernommener“ erstinstanzlicher Verfahrensfehler hierunter nicht entgegensteht, ist allerdings noch der Frage nachzugehen, ob dem nicht eine Qualifikation als unrichtige rechtliche Beurteilung vorzuziehen ist. Die damit angesprochene Abgrenzung der Revisionsgründe des § 503 ZPO – insbesondere die Unterscheidung zwischen Z 2 und 4 leg cit – bereitet Lehre und Rsp seit jeher Schwierigkeiten.

Einigkeit dürfte zunächst darüber herrschen, dass sich die Tatbestände des § 503 Z 1–4 ZPO gegenseitig ausschließen, jeder Gerichtsfehler also nur *einen* Rechtsmittelgrund verwirklichen kann. Selbst diese – der Diskussion zumeist nur implizit zugrundegelegte – Prämisse ist mE nicht zwingend.<sup>119)</sup> Sie dürfte jedoch Hand in Hand mit der überkommenen Vorstellung der österreichischen<sup>120)</sup> Rechtsmitteldogmatik gehen, dass die Einordnung unter einen bestimmten Rechtsmittelgrund auch spezifische Rechtsfolgen mit sich bringt.<sup>121)</sup> Dieser Ansatz mag wiederum für manche Fragen zweckmäßig sein, wie zB hinsichtlich der in § 494 ZPO ausgedrückten und im Umkehrschluss dazu wohl<sup>122)</sup>

zu Recht auf Nichtigkeitsgründe beschränkten amtswegigen Wahrnehmung nur dieses Rechtsmittelgrunds. Wie jedoch das gegenständliche Problem beweist, ist im Übrigen zu großer Vorsicht zu mahnen, wenn aus der Einordnung unter einen gewissen Rechtsmittelgrund kurzer Hand konkrete Rechtsfolgen abgeleitet werden sollen: So kann eben der Frage, ob die Systematik der ZPO verneinte erstinstanzliche Verfahrensmängel als Revisionsgründe ausschließt, nicht einfach dadurch „ausgewichen“ werden, dass man die unberechtigte Verneinung eines Verfahrensmangels als unrichtige rechtliche Beurteilung qualifiziert. Jedenfalls soweit sich die Rsp auf einen Größenschluss zu § 519 ZPO stützt, müsste vielmehr die Vergleichbarkeit der nach gesetzlichen Wertungen zu ermittelnden „Schwere“ des jeweiligen Gerichtsfehlers und nicht eine theoretische Kategorisierung den Ausschlag *für* oder *gegen* die Revisionstauglichkeit geben. Anders formuliert darf die Einordnung unter § 503 Z 4 ZPO, wie G. Kodek<sup>123)</sup> dementsprechend bemerkt hat, nicht zur Umgehung einer „Revisionsperre“ des konkreten Mangels führen (sofern sich eine solche aus den genannten Bestimmungen tatsächlich ergeben sollte [dazu Punkt E.]).

Dennoch ist die „Suche nach dem richtigen Rechtsmittelgrund“ auch an dieser Stelle notwendig, solange mit ihrer Lösung noch andere rechtsfolgenseitige Unterschiede einhergehen, wie die von der stRsp postulierte Pflicht zur allseitigen<sup>124)</sup> rechtlichen Beurteilung bei einer gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge.<sup>125)</sup> Vor allem aber soll die folgende Analyse zeigen, dass ein pauschaler Ausschluss der Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel im Vergleich zur Behandlung einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung einen derart einschneidenden Unterschied bedeutet, dass er durch die in Lehre und Rsp angebotenen Abgrenzungsmerkmale beider Rechtsmittelgründe nicht sachlich gerechtfertigt werden kann.

#### 2. Meinungsstand

Zunächst ist unbestreitbar, dass die unberechtigte Verneinung eines erstinstanzlichen Verfahrens-

<sup>119)</sup> Vgl Gitschthaler/Höllwerth, JBl 2003, 655, die im konkreten Kontext davon sprechen, dass der gegenständliche Belehrungsfehler „(zumindest auch)“ (!) unter dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend gemacht werden könne.

<sup>120)</sup> Weit weniger „Kult“ um die Herausarbeitung und Abgrenzung spezifischer Rechtsmittelgründe wird demgegenüber zB in Deutschland betrieben, was wohl primär an den offen formulierten Berufungs- bzw Revisionsgründen liegt (vgl § 513 iVm § 529 dZPO sowie § 545 dZPO; dazu zB Prütting in Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar VII<sup>4</sup> [2014] § 545 Rz 4 ff; Jacobs in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung VI<sup>23</sup> [2018] § 545 Rz 1, 5 ff).

<sup>121)</sup> Letztlich unproblematisch ist es hingegen, dass die Parteien den geltend gemachten Rechtsmittelgrund kurz zu bezeichnen haben (§ 467 Z 3, § 506 Abs 1 Z 2 ZPO), weil die falsche Einordnung unter diesen oder jenen Rechtsmittelgrund dem Rechtsmittelwerber nicht schaden kann (§ 84 Abs 2 letzter Satz ZPO; RIS-Justiz RS0041851).

<sup>122)</sup> Dass selbst dieser prominente Unterschied zwischen Nichtigkeitsgründen und sonstigen Verfahrensmängeln (vgl Punkt D.II.3. bei Fn 112) nicht unbestreitbar ist, zeigt jene ältere Lehrmeinung, die von einer amtswegigen Wahrnehmung auch sonstiger wesentlicher Mängel ausging (Demelius, Civilprozeß 615; Sperl, Lehrbuch 640, 686;

Pollak, System<sup>2</sup> 592; vgl auch noch Schrutka, Grundriß des Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> [1917] 270; aA dann aber Neumann, Zivilprozeßgesetze II<sup>4</sup> 1333). Zu einer (teilweisen) Konkurrenz von Nichtigkeit und wesentlichem Verfahrensmangel siehe noch Punkt E.IV.3. bei und in Fn 249.

<sup>123)</sup> Zak 2020, 30; in diesem Sinn bereits OGH 1 Ob 570/95.

<sup>124)</sup> Durch die zahlreichen Einschränkungen in der neueren Rsp (RIS-Justiz RS0043352 [T14; T23; T25; T26; T27; T31; T33]; dazu ausführlich Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 186 ff) kann mE allerdings kaum mehr von einer allseitigen Überprüfungspflicht gesprochen werden.

<sup>125)</sup> OGH 4 Ob 56/49 = JBl 1950, 140; 2 Ob 91/54; 1 Ob 37/93; 3 Ob 141/16f; 3 Ob 26/17w; RIS-Justiz RS0043352. Auch die Richtigkeit dieses Grundsatzes ist in dieser Allgemeinheit nicht über jegliche Zweifel erhaben; siehe nur die Kritik von Buchegger, Der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, ÖJZ 1983, 645 sowie die gewichtigen Einschränkungen seitens der Rsp (dazu vorge Fn).

mangels auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung, nämlich einer unrichtigen Anwendung der den jeweiligen Mangel betreffenden Verfahrensvorschriften, beruhen kann und dies sogar typischerweise der Fall sein dürfte. Um dem wesentlichen Verfahrensmangel dennoch einen sinnvollen Anwendungsbereich zu belassen, beschränkt sich § 503 Z 4 ZPO allerdings auf eine unrichtige rechtliche Beurteilung „der Sache“. Die Abgrenzung zwischen § 503 Z 2 und 4 ZPO steht und fällt somit mit dem richtigen Verständnis „der Sache“.

Nach der ganz hM<sup>126)</sup> ist darunter die Hauptsache oder – was zumeist synonym verwendet wird<sup>127)</sup> – das Meritum, also die Entscheidung über den streitgegenständlichen Anspruch zu verstehen. Vor allem von der (freilich keineswegs einhelligen) Rsp und Teilen der älteren Lehre wird daraus geschlossen, dass unter § 503 Z 4 ZPO nur die unrichtige materiellrechtliche Beurteilung zu subsumieren sei. Währenddessen könne die unrichtige Anwendung von Verfahrensvorschriften – abgesehen von einer Nichtigkeit (§ 503 Z 1 ZPO) – lediglich nach § 503 Z 2 ZPO geltend gemacht werden.<sup>128)</sup> Die (wohl nunmehr vorherrschende) Gegenmeinung akzeptiert diese pauschale Differenzierung zwischen unrichtiger Anwendung materiell- und verfahrensrechtlicher Normen demgegenüber nur als Faustregel. Das Meritum, also der zugrundeliegende Sachantrag, könne jedoch auch prozessualer Natur sein, wie insbesondere bei einer Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage, weshalb auch eine prozessrechtliche Fehlbeurteilung unter § 503 Z 4 ZPO fallen könne.<sup>129)</sup>

<sup>126)</sup> OGH Nr 18022 = GIUNF 480 (1899); Rv 367/9 = GIUNF 4608 (1909); 2 Ob 218/49 = JBl 1949, 575; 2 Ob 555/50; *Wachtel*, Erläuterungen 462 (§ 503 Anm 5); *Klein*, GZ 1899, 78 Fn 10; *Klein/Engel* in Wach ea, Zivilprozeßrecht 425; *Demelius*, Civilproceß 667; *Schrutka*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 283; *Sperl*, Lehrbuch 606, 666; *Neumann*, Zivilprozeßgesetz II<sup>4</sup> 1361; *Petschek*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 422/30, ZBl 1930, 788; *Wolff*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1947) 363; *Wahle*, Die Revisionsbeschwerde im Rückstellungsverfahren, ÖJZ 1949, 389 (389 f); *Schima* in FS 100 Jahre OGH 263 f; *Buchegger*, ÖJZ 1983, 649; *Klicka*, JBl 2003, 886; *Zechner* in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 194; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1118; *A. Kodek* in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 24.

<sup>127)</sup> AA aber wohl *Fasching*, ZPG IV 325.

<sup>128)</sup> RIS-Justiz RS0043343; OGH Nr 468 = GIUNF 526 (1899); Rv 367/9 = GIUNF 4608 (1909); Ob III 283/27 = ZBl 1927/220; 1 Ob 129/48; 2 Ob 501/89; 4 Ob 169/90; 1 Ob 228/01p; *Wachtel*, Erläuterungen 462 (§ 503 Anm 5); *Klein/Engel* in Wach ea, Zivilprozeßrecht 425 f; *Schrutka*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 283; *Sperl*, Lehrbuch 606, 666; *Neumann*, Zivilprozeßgesetz II<sup>4</sup> 1361; *Buchegger*, ÖJZ 1983, 649; *Klicka*, JBl 2003, 886. Zum älteren Meinungsstand ausführlich *Wahle*, ÖJZ 1949, 389 f.

<sup>129)</sup> OGH Ob III 171/25 = SZ 7/75; 4 Ob 542/95; RIS-Justiz RS0043319; *Klein*, GZ 1899, 78 Fn 10; *Wahle*, ÖJZ 1949, 390 mwN; *Wolff*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> 363; *Zechner* in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 194 ff; in diesem Sinn auch *A. Kodek* in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 24; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1118. Ebenso die im Folgenden (Fn 130 ff) genannten, hierüber noch hinausgehenden Autoren. Im Ergebnis auch *Sperl*, Lehrbuch 606.

Deutlich darüber hinaus geht eine von *Fasching*<sup>130)</sup> angeführte, im Grundsatz aber wohl schon auf *Pollak*<sup>131)</sup> zurückgehende Ansicht: Danach sei die Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften auch dann unter § 503 Z 4 ZPO zu subsumieren, wenn die betroffene Verfahrensnorm zur Begründung der Berechtigung der angefochtenen Entscheidung herangezogen wurde oder herangezogen hätte werden müssen.<sup>132)</sup> Wenn die Verletzung einer prozessualen Vorschrift also nicht nur die Unvollständigkeit, sondern sogar die Unrichtigkeit der meritorischen Entscheidung zur Folge hätte, gelte § 503 Z 4 ZPO.<sup>133)</sup>

*Lovrek*, die im Übrigen den Standpunkt *Faschings* teilt,<sup>134)</sup> hat die Diskussion jüngst um einen weiteren Aspekt bereichert: Sie geht offenbar davon aus, dass im Berufungsverfahren die Entscheidung über das Vorliegen des jeweiligen Rechtsmittelgrunds zur „Sache“ werde. Konkret sei dementsprechend die Verneinung einer geltend gemachten Verfahrensrüge aufgrund unrichtiger prozessualer Rechtsanwendung unter § 503 Z 4 ZPO zu subsumieren.<sup>135)</sup>

### 3. Stellungnahme

#### a) Einführung

Im Einklang mit der hM ist mE allem voran festzuhalten, dass mit „Sache“ in § 503 Z 4 ZPO der meritorische Entscheidungsgegenstand der jeweils angefochtenen Entscheidung zu verstehen ist. Nicht bestreitbar ist ferner, dass zumindest bei prozessualen Sachanträgen (zB §§ 529 f ZPO) Gegenstand des Meritums auch prozessuale Rechtssätze sein können. Eine sachgerechte Abgrenzung hängt damit – einmal mehr<sup>136)</sup> – nicht von der Qualifikation

<sup>130)</sup> ZPG IV 325 f; *derselbe*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1917.

<sup>131)</sup> System<sup>2</sup> 605 f, 607; möglicherweise ähnlich *Fürstl*, Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze (1897) 747 (§ 503 Anm 3), wonach die ganze rechtliche Seite des Streits der Beurteilung des Revisionsrichters unterliege, ohne Unterschied, ob es sich um Fragen des materiellen oder des Prozessrechts handele.

<sup>132)</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1917; in diesem Sinn auch *Bajons*, Prozeßentscheidung als Verfahrensverstoß, JBl 1981, 628 (632 f); *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 152 ff; *G. Kodek*, Zak 2020, 30, 32. Möglicherweise gleicher Ansicht sind ferner *A. Kodek* in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 24 (vgl demgegenüber allerdings *dieselbe*, aaO § 496 Rz 6, wonach ein primärer Verfahrensmangel mit einem Verstoß gegen Prozessgesetze gleichgesetzt wird) und *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1118, wenn sie auf die zitierten Stellen bei *Fasching* und *Bajons* verweisen, ohne allerdings deren Auffassung inhaltlich auszuführen.

<sup>133)</sup> *Fasching*, ZPG IV 326.

<sup>134)</sup> *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 152 ff.

<sup>135)</sup> *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 105. *G. Kodek* (Zak 2020, 30) geht davon aus, dass § 503 Z 4 ZPO in diesem Kontext – zumindest „abstrakt gesehen“ – als Rechtsmittelgrund in Betracht komme, vertieft die Frage jedoch nicht weiter, weil der Revisibilität ohnehin der seines Erachtens gebotene Größenschluss zu § 519 ZPO entgegenstehe.

<sup>136)</sup> Generell zum Problem der – wenig zweckmäßigen und auch gar nicht sinnvoll möglichen – kategorischen Trennung von Zivil- und Zivilprozessrecht *Trenker*, Partheidisposition 63 ff, 809 ff.

der verletzten Vorschriften als materiell- oder prozessrechtliche Norm ab.

Darüber hinaus stellen sich allerdings zwei Fragen, deren Beantwortung weit größere Probleme bereitet: Erstens ist zu klären, was überhaupt der konkrete Gegenstand der meritorischen Entscheidung ist und inwieweit sich dieser im jeweiligen „prozessualen Kontext“ verändern kann (dazu Punkt D.III.3.b). Zweitens ist zweifelhaft, wie stark der Bezug der Verletzung einer Prozessrechtsnorm zur meritorischen Entscheidung sein muss, um sie § 503 Z 4 ZPO zu unterstellen (dazu Punkt D.III.3.c).

#### b) Gegenstand des Meritums

Zunächst ist klarzustellen, dass die Einschränkung des Revisionsgrunds des § 503 Z 4 ZPO auf die Sache iS der meritorischen Entscheidung mE verallgemeinerungsfähig ist: Auch für andere Rechtsmittel ist der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung nicht bei jeder unrichtigen Rechtsanwendung verwirklicht, sondern nur dann, wenn der Gegenstand des jeweiligen Meritums falsch beurteilt wurde. Das führt insbesondere dazu, dass im Rekurs gegen erstinstanzliche Beschlüsse mit Rechtsrüge nachzuprüfen ist, ob das zugrundeliegende, meist<sup>137)</sup> prozessuale Normenmaterial richtig angewandt wurde.<sup>138)</sup> So ist zB die unberechtigte Zurückweisung einer Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit (oder umgekehrt: die unberechtigte Verwerfung der Unzuständigkeitseinsrede<sup>139)</sup>) als unrichtige rechtliche Beurteilung zu bekämpfen, wenn der Vorwurf lautet, die (prozessualen) Zuständigkeitsvorschriften der §§ 65 ff JN seien falsch angewendet worden.

Auch im Berufungsverfahren kann sich dementsprechend die Sache gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil ändern, namentlich bei der Anfechtung eines Beschlusses des Berufungsgerichts: Im Fall des § 519 Abs 1 Z 1 ZPO wird die Zurückweisung der Klage oder der Berufung zur „Sache“, sodass die Berechtigung der Verneinung der betroffenen Prozess- oder Rechtsmittelvoraussetzung mit Rechtsrüge anzufechten wäre. Bei § 519 Abs 1 Z 2 ZPO (ebenso übrigens bei § 527 Abs 2 ZPO) bildet die angeordnete Aufhebung und Zurückverweisung das Meritum. Abhängig von der Begründung für den Aufhebungsbeschluss kann die Rechtsrüge

folglich prozessualer oder materiellrechtlicher Natur sein: Entweder es geht um den Vorwurf der unberechtigten Annahme eines erstinstanzlichen primären Verfahrensmangels in Folge unrichtiger Anwendung prozessualer Vorschriften. Oder es wird die Annahme eines erstinstanzlichen sekundären Verfahrensmangels wegen unrichtiger Anwendung materiellrechtlicher Normen kritisiert.<sup>140)</sup>

Anders liegen die Dinge jedoch bei der gegenständlich interessierenden, unberechtigten Verneinung eines wesentlichen Verfahrensmangels. Der Spruch des Berufungsgerichts lautet diesfalls nach gängiger Praxis zwar auch auf Abweisung der Berufung,<sup>141)</sup> was durchaus berechtigt erscheint, weil die Frage, ob der geltend gemachte Berufungsgrund verwirklicht ist, den inhaltlichen Kernpunkt der Berufungsentscheidung darstellt (vgl § 497 Abs 2 ZPO). Dennoch ist § 497 Abs 1 ZPO unmissverständlich zu entnehmen, dass die eigentliche meritorische Entscheidung die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils ist. Denn das Berufungsgericht hat nach dieser Bestimmung auch bei Verwerfung einer Verfahrensrüge mit Urteil „in der Sache selbst“ zu erkennen, also darüber, ob der streitgegenständliche Anspruch zu Recht besteht.<sup>142)</sup> Das Meritum der Berufungsentscheidung ist damit – soweit die Kognitionsbefugnis des Berufungsgerichts aufgrund einer gesetzmäßigen Berufung reicht (vgl Punkt D.II.3.) – mit jenem der ersten Instanz identisch. Dieses Verständnis der „Sache“ in § 497 Abs 1 ZPO muss wegen des engen Zusammenhangs beider Normen schon kraft systematischer Interpretation auch für § 503 Z 4 ZPO ausschlaggebend sein. Folgerichtig kann nur jener Teil der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts, der unmittelbar die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch betrifft, gemäß § 503 Z 4 ZPO angefochten werden. Hingegen wird – entgegen *Lovreč*<sup>143)</sup> – nicht jeder gerügte Verfahrensverstöß als solcher automatisch zur „Sache“ des Berufungsverfahrens.

Diese Interpretation von § 503 Z 4 ZPO bestätigt zugleich die (exklusive) Qualifikation der unberechtigten Nichtbehebung des erstinstanzlichen Verfahrensmangels als Mangel des Berufungsverfahrens iS des § 503 Z 2 ZPO (Punkt D.II.2.). Das

<sup>137)</sup> Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass auch die Unrichtigkeit eines Beschlusses letztlich auf einer unrichtigen materiellrechtlichen Beurteilung des klagsgegenständlichen Anspruchs selbst beruht, was ebenfalls mit Rechtsrüge geltend zu machen wäre (dazu Punkt D.III.3.c) in Fn 165).

<sup>138)</sup> Zutreffend *Bajons*, JBl 1981, 633 ff, 641; *G. Kodek*, Zak 2020, 30.

<sup>139)</sup> Da der Vorwurf des Rekurswerbers diesfalls lautet, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, könnte man auf den ersten Blick auch meinen, es wäre ein Nichtigkeitsgrund verwirklicht. Richtigerweise liegt dem angefochtenen Beschluss (!) in Wahrheit aber keine Nichtigkeit zugrunde, weil er auch zu fällen gewesen wäre, wenn das Gericht – iS der Rechtsansicht des Rekurswerbers – die Zuständigkeit verneint hätte. Die (Sachentscheidungs-)Voraussetzungen für *diesen Beschluss* waren damit gegeben, er hätte nach dem Vorwurf des Rekurswerbers lediglich inhaltlich anders ausfallen müssen (zutreffend *Bajons*, JBl 1981, 633 ff).

<sup>140)</sup> Vgl zutreffend *G. Kodek*, Zak 2020, 31. Entgegen *G. Kodek* (aaO bei Fn 32) ist mE aber sogar davon auszugehen, dass auch ein Verstoß gegen die Selbstergänzungspflicht unmittelbar die meritorische Entscheidung in Form der Aufhebung betrifft (vgl sogleich im Fließtext), weshalb dieser Fehler nicht als Verfahrensmangel, sondern mit Rechtsrüge geltend zu machen wäre. Die Rsp ist in dieser Frage freilich ebenfalls uneinheitlich (gegen die Annahme eines wesentlichen Verfahrensmangels OGH 1 Ob 169/97b; dafür OGH 4 Ob 123/16s).

<sup>141)</sup> Vgl *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1814; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 497 ZPO Rz 3.

<sup>142)</sup> *Ballon* in *FS Matscher* 19; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 497 ZPO Rz 1; *A. Kodek* in *Recherberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 1; *Obermaier* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 503 Rz 19; aA *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> (1976) 330: Entscheidung mit Beschluss.

<sup>143)</sup> In *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 105.

dadurch gewährleistet Ergebnis, dass derselbe inhaltliche Fehler des Erst- und des Berufungsgerichts auch in beiden Fällen denselben Rechtsmittelgrund verwirklicht, ist nicht zuletzt aus systematischer Sicht begrüßenswert. Was in erster Instanz ein wesentlicher Verfahrensmangel war, zB die Nichtaufnahme eines Beweises, wird also nicht zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung, wenn das Berufungsgericht den Fehler sozusagen fortführt.

c) Erforderlicher Grad der Einwirkung des Verfahrensverstößes auf das Meritum

(i) Ist damit geklärt, was die Sache, also das Meritum im jeweiligen Verfahrensstadium ist, so gilt es noch der schwierigsten Frage in diesem Kontext nachzugehen: Kann ein verfahrensrechtlicher Fehler, auch wenn seine Beurteilung nicht, wie bei der Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage, selbst Gegenstand der Sachentscheidung ist, in so engem Zusammenhang mit der Sachentscheidung stehen, dass er als deren unrichtige rechtliche Beurteilung zu qualifizieren ist? Das überwiegende neuere Schrifttum bejaht dies.<sup>144)</sup> Auch die Rsp dürfte dieses Verständnis – freilich zumeist ohne explizite Problemauseinandersetzung – in vielen, aber keineswegs allen Konstellationen teilen. Beispielsweise stuft der OGH nämlich das Vorliegen eines rechtlichen Interesses iS des § 228 ZPO,<sup>145)</sup> die prozesualen Voraussetzungen für ein Teilurteil,<sup>146)</sup> die Verwertbarkeit überschießender Feststellungen,<sup>147)</sup> die unberechtigte Annahme eines Anscheinsbeweises<sup>148)</sup> oder die – mangels erhobener Rechtsrüge – unberechtigte Überprüfung der rechtlichen Beurteilung seitens des Berufungsgerichts<sup>149)</sup> als Fragen der rechtlichen Beurteilung ein.<sup>150)</sup>

Folgt man dem prinzipiell, so kommt man nicht umhin, sich um ein Abgrenzungsmerkmal zu bemühen, um den verbleibenden Anwendungsbereich des wesentlichen Verfahrensmangels auszuloten. Unter welcher Voraussetzung steht ein Verfahrensverstöß also in hinreichendem Bezug zur Sachentscheidung, damit er als unrichtige rechtliche Beurteilung einzustufen ist und wann liegt „noch“ ein wesentlicher Verfahrensmangel vor?

(ii) Da gelegentlich betont wird, der Wortlaut von § 503 Z 2 ZPO sei erkennbar auf Stoffsammlungsmängel beschränkt,<sup>151)</sup> bestünde die erste Möglichkeit darin, sich an der zu § 196 ZPO entwickelten Diskussion zu orientieren. Dementsprechend wären lediglich – insoweit nicht nach § 196 ZPO rügebedürftige – Stoffsammlungsmängel als Verfahrensmängel anzusehen. Jedoch liegen der damit verbundenen Einschränkung der Rügelast in § 196 ZPO spezifische Wertungen der Entstehungsgeschichte dieser Norm zugrunde,<sup>152)</sup> die nicht einfach auf eine gänzlich anders gelagerte Sachfrage übertragen werden dürfen.<sup>153)</sup> Ganz abgesehen davon ist die wenig konturierte Ausnahme von der Rügelast für Stoffsammlungsmängel mE in dieser Form ohnedies nicht überzeugend.<sup>154)</sup>

Einen gänzlich anderen Ansatz verfolgt jüngst G. Kodek.<sup>155)</sup> Seines Erachtens seien solche Fragen, über die das Erstgericht zwingend mit Urteil zu entscheiden hätte, die also nicht im Wege separater Beschlüsse von der Sachentscheidung „ablösbar“ seien, mittels Rechtsrüge nachzuprüfen. Diese Lösung kann zwar als Faustregel durchaus zur Orientierung beitragen. Im Einzelfall ist eine eindeutige Zuordnung nach diesem Kriterium mE jedoch wohl gar nicht immer möglich, zumindest widerspräche sie ganz gefestigten Grundsätzen in Lehre und Rsp. Dies zeigt ein Paradebeispiel für einen sonstigen Verfahrensmangel,<sup>156)</sup> nämlich ein Verstoß gegen die richterliche Anleitungs- und Erörterungspflicht, etwa in Form einer Überraschungsentscheidung (§ 182a ZPO): Einerseits ist nicht erkennbar, welcher gesonderte Beschluss einer Überraschungsentscheidung zugrunde liegen kann, andererseits ist auch nicht klar, inwieweit über diese Frage direkt im Urteil entschieden wird – eine Zuordnung wäre somit schwerlich möglich. Ist die vertretene Abgrenzung dagegen so zu verstehen, dass es für die Zuordnung zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung ausreicht, wenn ein Fehler erst aus dem Urteil ersicht-

<sup>151)</sup> Fasching, ZPG IV 325; Bajons, JBl 1981, 633; Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 100.

<sup>152)</sup> Trenker, Zum Anwendungsbereich der Rügelast nach § 196 ZPO, JBl 2020, 352 (356 f).

<sup>153)</sup> Dementsprechend ist auch der Einschätzung *Delle-Karths* (ÖJZ 1993, 12) und *A. Kodeks* (in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 471 Rz 9) über den geringen Mehrwert der Einordnung als Stoffsammlungsmangel zuzustimmen.

<sup>154)</sup> Trenker, JBl 2020, 355 f, 357 ff.

<sup>155)</sup> Zak 2020, 32.

<sup>156)</sup> RIS-Justiz RS0037095, zB OGH 6 Ob 1505/85; 8 Ob 1/86; 3 Ob 244/07i; 6 Ob 256/99m; 2 Ob 95/08x uva; *Rassi* in Fasching/Konecny, ZPG II/3<sup>3</sup> (2015) § 182a ZPO Rz 94; *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 89; *Auernig*, Das Überraschungsverbot – Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren (2020) 109 ff (vgl allerdings auch *dieselbe*, aaO 103 ff, wonach sie gute Gründe für das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes anerkennt), je mwN. Zuzugestehen ist zwar, dass immer wieder Entscheidungen aufzufinden sind, in denen bei Verstößen gegen die richterliche Anleitungs- und Erörterungspflicht eine unrichtige rechtliche Beurteilung angenommen wird. Dies wird allerdings damit begründet, dass der Verstoß in diesen Fällen – analog zum sekundären Verfahrensmangel – auf einer unrichtigen (materiellrechtlichen) Beurteilung der Hauptsache beruhe (OGH 2 Ob 539/83; 7 Ob 643/89; 8 Ob 1637/92; 1 Ob 134/10b; RIS-Justiz RS0037106; RS0037095 [T3]).

<sup>144)</sup> Fasching, Kommentar IV<sup>1</sup> 325 f; *derselbe*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1917; Bajons, JBl 1981, 632 f; Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 152 ff; G. Kodek, Zak 2020, 30, 32; explizit aA *Zechner* in Fasching/Konecny, ZPG IV<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 194 ff; nicht eindeutig A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 503 Rz 24; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1118. Dazu bereits Punkt D.III.2. bei und in Fn 130 ff.

<sup>145)</sup> OGH 6 Ob 187/05a; RIS-Justiz RS0040918 (T9); in diesem Sinn auch OGH 3 Ob 259/53 = SZ 26/116; 5 Ob 336/66; 5 Ob 135/19t uva; RIS-Justiz RS0039123.

<sup>146)</sup> OGH 7 Ob 1/99v; 5 Ob 56/98s; 7 Ob 235/02p.

<sup>147)</sup> OGH 4 Ob 2338/96v; 4 Ob 102/02g; 7 Ob 174/17i; RIS-Justiz RS0112213 (T1); RS0037972 (T11).

<sup>148)</sup> OGH 2 Ob 22/82 = RZ 1983, 66; 1 Ob 502/84; 7 Ob 67/15a; 4 Ob 432/17x; RIS-Justiz RS0022624.

<sup>149)</sup> OGH 2 Ob 528/78.

<sup>150)</sup> Siehe zum Ganzen die lesenswerte Analyse bei *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 145 ff.

lich wird, wäre eine Überraschungsentscheidung plötzlich mit Rechtsrüge geltend zu machen. Vor allem aber ist an dieser Differenzierung wenig überzeugend, dass mE weder sachliche Gründe noch systematische Wertungen vorhanden sind, die dafür sprechen, nach der wohl oftmals eher Zufälligkeiten geschuldeten Möglichkeit eines gesonderten Beschlusses zu unterscheiden.<sup>157)</sup>

Auch die am ehesten verbreiteten Abgrenzungsformeln, wonach die verletzte Verfahrensnorm zur Begründung der Berechtigung der angefochtenen Entscheidung benutzt worden sein muss<sup>158)</sup> oder die verfahrensrechtliche Fehlbeurteilung die Entscheidung über den Sachantrag betreffen muss,<sup>159)</sup> bedürfen zumindest einer weiteren Einschränkung. Denn beides könnte man für jeden wesentlichen Verfahrensmangel bejahen, zumal er ja per definitionem kausal für die Begründung der Sachentscheidung sein muss. In ähnlicher Weise erfordert auch die Unterscheidung zwischen Fehlern, die zur Unvollständigkeit, und solchen, die zur Unrichtigkeit der Entscheidung führen,<sup>160)</sup> eine Präzisierung, weil jede Unvollständigkeit letztlich auch eine Unrichtigkeit zur Folge haben kann.

(iii) Naheliegender erscheint es, das notwendige zusätzliche Konkretisierungsmerkmal darin zu erblicken, dass der Verfahrensverstoß die meritorische Entscheidung *unmittelbar* beeinflusst haben muss.<sup>161)</sup> Auch dadurch wird das Problem zwar nur auf die Frage verlagert, wie Verfahrensfehler mit unmittelbarer Wirkung von Fehlern mit bloß mittelbarer Wirkung auf die Sachentscheidung zu

unterscheiden sind. Dieses Problem lässt sich mE allerdings durch die dem juristischen Syllogismus innewohnende Unterscheidung zwischen der Einwirkung auf die Bildung des juristischen Unter- oder Obersatzes<sup>162)</sup> systemkonform bewältigen.<sup>163)</sup> Demgemäß ist zwischen solchen Verfahrensfehlern zu differenzieren, die sich auf die der rechtlichen Beurteilung vorgelagerte Ebene<sup>164)</sup> der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts ausgewirkt haben (dann § 503 Z 2 ZPO), und einer solchen unrichtigen Anwendung von Prozessrecht, die unmittelbar die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts betrifft (dann § 503 Z 4 ZPO). Diese Abgrenzung basiert nicht nur auf einer etablierten Unterscheidung nach der jeweiligen richterlichen Entscheidungstätigkeit, sondern harmoniert auch bestmöglich mit den beiden wichtigsten gesetzlichen Unterschieden in der Behandlung beider Rechtsmittelgründe.

Erstens deckt sich dieses Abgrenzungskriterium mit der gesetzlich vorgesehenen Art der Behebung des jeweiligen Mangels: Betrifft der Fehler die Ebene der Sachverhaltsfeststellung, bedarf es typischerweise einer Verfahrensergänzung (zumeist durch Aufhebung und Zurückverweisung), wie dies in § 496 Abs 1 Z 2 und § 510 Abs 1 ZPO für einen wesentlichen Verfahrensmangel vorgegeben ist. Währenddessen lässt sich ein Fehler in der rechtlichen Beurteilung des entscheidungserheblichen Sachverhalts regelmäßig unmittelbar durch Abänderung der Sachentscheidung selbst korrigieren, was damit übereinstimmt, dass eine Verfahrensergänzung bei der unrichtigen rechtlichen Beurteilung grundsätzlich (Ausnahme: sekundärer Verfahrensmangel [§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO]<sup>165)</sup>) eben nicht vorgesehen ist (arg: § 510 Abs 1 ZPO).<sup>166)</sup> Zweitens wäre damit auch die Rechtsmittelbeschränkung der Bagatellberufung in § 501 ZPO schlüssig zu erklären: Sieht man die hinter dieser Differenzierung

<sup>157)</sup> Ausgehend von G. Kodeks Konzept ist diese Abgrenzung freilich prima vista inhaltlich stimmig. G. Kodek (Zak 2020, 31) versucht die gegenständlich diskutierte Konsequenz einer Einordnung eines Verfahrensverstößes als Verfahrensmangel, nämlich die mangelnde Revisibilität bei Verneinung des Mangels durch das Berufungsgericht, wie gezeigt (Punkt B.IV. aE) maßgeblich damit abzusichern, dass derartigen Verfahrensmängeln in aller Regel ein impliziter Beschluss zugrunde liege, der im Falle separater Anfechtung und gleichgerichteter Ansichten der ersten und zweiten Instanz wegen § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ebenfalls nicht vom OGH überprüft werden könnte. Wenn er die mangelnde Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel dann auf solche Fehler beschränkt, denen ein separater Beschluss zugrunde gelegt werden könnte, erscheint dies konsequent.

Dem ist jedoch Folgendes zu entgegen: Erstens handelt es sich bei derartigen Beschlüssen in aller Regel um prozessleitende Beschlüsse (§ 425 Abs 2 ZPO). Da diese in weiterer Folge nicht verbindlich sind, dürfen aus ihrer Unanfechtbarkeit vor dem OGH ohnehin keine Schlüsse für die Bekämpfung der späteren Sachentscheidung gezogen werden (näher Punkt E.IV.2.d)). Zweitens wird noch zu zeigen sein, dass die Konformitätssperre unter Beachtung ihrer Entstehungsgeschichte kein Argument *für*, sondern *gegen* den Ausschluss verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel von der Revision ist (dazu Punkt E.IV.2.c)). Damit verliert diese rechtsfolgenorientierte Differenzierung ihre Überzeugungskraft jedoch.

<sup>158)</sup> Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1917.

<sup>159)</sup> Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 153.

<sup>160)</sup> Fasching, ZPG IV 326.

<sup>161)</sup> In diesem Sinn Bajons, JBl 1981, 633: „betreffen diese hingegen unmittelbar das (materielle oder prozesuale) meritum“.

<sup>162)</sup> Dazu zB F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 43 f, 110, 369 f.

<sup>163)</sup> So bereits Schima in FS 100 Jahre OGH 260; vgl auch Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1917.

<sup>164)</sup> Vgl Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 153: „dem eigentlichen Entscheidungsgegenstand vorgelagert“.

<sup>165)</sup> Auf den ersten Blick hat dementsprechend auch die hier propagierte Unterteilung in Mängel, die sich auf den Unter- oder den Obersatz auswirken, gewisse Schwierigkeiten mit der Einstufung dieser sekundären Verfahrensmängel (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO) als Fälle unrichtiger rechtlicher Beurteilung (so zB RIS-Justiz RS0043304; Fasching, ZPG IV 326; A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 496 Rz 10; Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 156). Jedoch handelt es sich dabei von vornherein um ein anderes Abgrenzungsproblem, weil dieser Fehler unmittelbar aus der (vorläufigen) rechtlichen Beurteilung des für die meritorische Entscheidung (möglicherweise) zu beurteilenden Sachverhalts resultiert (weit deutlicher drückte diesen Mangel dementsprechend übrigens § 516 ZPO idF RV zur ZPO aus [Materialien I 170]). Es geht dabei also gar nicht um die hier interessierende Frage, inwieweit verfahrensrechtliche Fragen unmittelbar auf die Sachentscheidung einwirken können.

<sup>166)</sup> Deutlich Klein/Engel in Wach ea, Zivilprozeßrecht 430: „Der Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung hat, wenn die Revision auf ihn allein gestützt wird, stets ein Urteil über das Meritum zur Folge“.



stehende einfachere Behebbarkeit des Fehlers als maßgebliches Unterscheidungskriterium, ist es nämlich überzeugend, dass bei diesem Streitwert nur die Geltendmachung der wegen der gebotenen Verfahrensergänzung „aufwändiger“ zu korrigierenden sonstigen Verfahrensmängel ausgeschlossen ist.

Im Resultat würde diese Auffassung zudem schlüssig erklären, warum eine (rechtliche) Fehlbeurteilung des rechtlichen Interesses iS des § 228 ZPO als unrichtige rechtliche Beurteilung qualifiziert wird.<sup>167)</sup> Auch die – in der Rsp bedauerlicherweise nicht einheitlich beurteilte<sup>168)</sup> – Zulässigkeit eines Zwischen- und Teilurteils wäre als rechtliche Schlussfolgerung aus dem festgestellten Sachverhalt eindeutig diesem Rechtsmittelgrund zuzuordnen.

In anderen Fragen wären freilich weitreichendere Korrekturen der Rsp geboten: So wirkt sich die Heranziehung des falschen Beweismaßes oder der unrichtigen Annahme eines Anscheinsbeweises auf die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts aus und nicht unmittelbar auf die meritorische Entscheidung.<sup>169)</sup> Diese Fehler sind deshalb entgegen bislang überwiegender Rsp<sup>170)</sup> als wesentliche Verfahrensmängel einzustufen. Rechtsfolgenseitig stimmig daran wäre jedenfalls, dass es in beiden Konstellationen typischerweise einer Korrektur durch Verfahrensergänzung bedarf.<sup>171)</sup> Ebenso wäre die unbeachtliche Verwertung überschießender Feststellungen, weil sie unzweifelhaft den Untersatz der rechtlichen Beurteilung betrifft, entgegen hRsp<sup>172)</sup> als wesentlicher Verfahrensmangel einzustufen. Das überzeugt wiederum in systematischer Hinsicht erstens, weil die Berücksichtigung einer überschießenden Feststellung (nur) bei Überschreitung des Klagsgrunds bzw der geltend gemachten Einwendungen verboten ist, derartige Verstöße aber nach sonst hRsp eigentlich einen wesentlichen Verfahrensmangel begründen.<sup>173)</sup> Gleichzeitig würde durch die Einordnung als wesentlicher Verfahrensmangel ein längst überfälliger<sup>174)</sup> Gleichklang mit der Subsum-

tion der Berücksichtigung unzulässiger Neuerungen nach § 482 Abs 1 ZPO unter diesen Rechtsmittelgrund<sup>175)</sup> hergestellt. In beiden Fällen beruht die Mangelhaftigkeit nämlich vor allem darauf, dass dem Gegner die rechtzeitige und effektive Reaktion auf die überschießenden bzw neuen Tatsachen unmöglich gemacht wird, was sich letztlich auf den festgestellten Sachverhalt auswirkt.<sup>176)</sup>

(iv) Welches Kriterium man zur Unterscheidung von wesentlichen Verfahrensmängeln und unrichtiger (verfahrens-)rechtlicher Beurteilung aber auch heranziehen mag, so werfen die vorstehenden Ausführungen für den Kontext des gegenständlichen Problems vor allem eine Frage auf: Vermag das von der hM im Ergebnis herangezogene Unterscheidungskriterium, nämlich der Grad der Unmittelbarkeit der Einwirkung eines Fehlers auf die Sachentscheidung, wertungsmäßig wirklich eine derart tief-schürfende Konsequenz zu rechtfertigen, dass danach manche Verfahrensfehler vom OGH trotz ihrer Verneinung seitens des Berufungsgerichts aufgegriffen werden können, andere hingegen nicht?<sup>177)</sup> Die Frage zu stellen, heißt mE, sie zu verneinen. Denn im Endeffekt können beide Fehler trotz ihres unterschiedlichen „Ursprungs“ gleichermaßen die Unrichtigkeit der Sachentscheidung nach sich ziehen.

#### 4. Zwischenergebnis

Aus der taxativen Aufzählung der Revisionsgründe, insbesondere der Einschränkung in § 503 Z 2 ZPO auf Mängel des Berufungsverfahrens, ergibt sich zwar, dass die in der Berufung versäumte Geltendmachung eines erstinstanzlichen Mangels nicht mehr in der Revision nachgeholt werden kann. Ein allgemeiner Grundsatz, dass jeder Verfahrensmangel, auch wenn er in der Berufung ordnungsgemäß bekämpft wurde, nur einmal, und zwar in der nächsthöheren Instanz überprüfbar ist, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Ein gerügter, aber nicht behobener erstinstanzlicher Verfahrensmangel kann nämlich sehr wohl auf das Berufungsverfahren „durchschlagen“. Auch sonst ist – vorbehaltlich dem noch zu diskutierenden Größenschluss zu § 519 iVm §§ 471, 473 ZPO (Punkt E.) – keine Norm ersichtlich, der ein solcher Grundsatz zu entnehmen wäre. Dieser Begründungsansatz der Judikatur erweist sich damit nicht als tragfähig,

tige rechtliche Beurteilung hingegen jüngst *Lovrek* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 175; *G. Kodek*, Zak 2020, 31.

<sup>175)</sup> RIS-Justiz RS0112213, zB OGH 4 Ob 79/99t; 3 Ob 243/13a.

<sup>176)</sup> Vgl zum Ganzen *Trenker*, Überschießende Anwendung des Verbots überschießender Feststellungen, ÖJZ 2020 (im Druck).

<sup>177)</sup> Die Frage lässt sich noch drastischer zuspitzen: Wenn nicht einmal klar ist, nach welchem Kriterium erstinstanzliche Verfahrensmängel von Fällen unrichtiger rechtlicher Beurteilung von Prozessrecht zu unterscheiden sind, wie kann dann iS eines angeblich zwingenden Größenschlusses zu § 519 ZPO mit Gewissheit feststehen, dass nur erstinstanzliche Verfahrensmängel, nicht aber die Fälle unrichtiger rechtlicher Beurteilung von Prozessrecht von der Revision ausgeschlossen sind, nachdem ihr Vorliegen vom Berufungsgericht verneint wurde?

<sup>167)</sup> Vgl bei Fn 145.

<sup>168)</sup> Zum Zwischenurteil für eine Einordnung als Verfahrensmangel OGH 1 Ob 250/67; 2 Ob 175/80; RIS-Justiz RS0040918 (insbesondere T9; T10); aA allerdings OGH 6 Ob 199/18k; 1 Ob 112/18d; RIS-Justiz RS0040918 (T12; T19; T22); zum Teilurteil generell für eine Subsumtion unter § 503 Z 4 ZPO OGH 7 Ob 1/99v; 5 Ob 56/98s; 7 Ob 235/02p.

<sup>169)</sup> Vgl OGH 4 Ob 67/12z; 2 Ob 7/13h; 7 Ob 221/13w; 7 Ob 67/15a.

<sup>170)</sup> Zum Beweismaß OGH 2 Ob 670/87; 2 Ob 185/98i: „unrichtigen Rechtsansicht“; 7 Ob 260/04t: „Rechtsirrtum“; zum Anscheinsbeweis OGH 2 Ob 22/82 = RZ 1983, 66; 1 Ob 502/84; 7 Ob 67/15a; 4 Ob 432/17x; RIS-Justiz RS0022624; vgl zu beiden Fragen auch OGH 7 Ob 255/07m.

<sup>171)</sup> Vgl OGH 4 Ob 67/12z; 2 Ob 7/13h; 7 Ob 221/13w; 7 Ob 67/15a.

<sup>172)</sup> OGH 4 Ob 2338/96v; 4 Ob 102/02g; 7 Ob 174/17i; RIS-Justiz RS0112213 (T1); RS0037972 (T11).

<sup>173)</sup> OGH 5 Ob 159/00v; 8 ObA 126/01i; RIS-Justiz RS0037713.

<sup>174)</sup> *Fucik*, Begründen überschießende Feststellungen oder Verstöße gegen das Neuerungsverbot Verfahrensmängel nach der öZPO?, in FS Delle-Karth (2013) 251 (260 ff). Für eine einheitliche Behandlung beider Fälle als unricht-

um die mangelnde Revisionstauglichkeit verneinter erstinstanzlicher Nichtigkeiten zu untermauern.

Der richtige Rechtsmittelgrund, wenn das Berufungsgericht einen gerügten erstinstanzlichen Verfahrensmangel nicht behebt, ist grundsätzlich § 503 Z 2 ZPO und nicht § 503 Z 4 ZPO. Denn diesfalls ist das verfahrensrechtliche Fundament für die Sachentscheidung des Berufungsgerichts, nämlich die Entscheidung über den Bestand des streitgegenständlichen Anspruchs (§ 497 Abs 1 ZPO), mangelhaft. Hingegen haftet der Sachentscheidung selbst kein unmittelbarer Fehler an. Unter welcher Voraussetzung ein Verfahrensverstöß generell – also auch schon in erster Instanz – „unmittelbar genug“ auf die Sachentscheidung einwirkt, dass er unter den Rechtsmittelgrund

der unrichtigen rechtlichen Beurteilung subsumiert werden muss, ist eine andere, von Rsp und Lehre noch nicht befriedigend geklärte Frage. Bereits die dabei bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten werfen aber erhebliche Zweifel auf, ob die Zuordnung zum Rechtsmittelgrund des sonstigen Verfahrensmangels wirklich die von der Rsp angenommene Rechtsfolge rechtfertigen kann, dass diese Gruppe von erstinstanzlichen Verfahrensfehlern nach Verneinung durch das Berufungsgericht keinen Revisionsgrund bildet, während andere, „unmittelbarere“ Verstöße gegen Verfahrensrecht uneingeschränkt nach § 503 Z 4 ZPO anfechtbar sind.

*(Fortsetzung in JBI 2020, Heft 12)*

assoz. Prof. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Innsbruck

## Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund

(2. Teil)

(Fortsetzung aus JBl 2020, Heft 11)

### E. Unberechtigter Größenschluss zu verworfenen Nichtigkeitsgründen

#### I. Anknüpfung an bisherige Ergebnisse

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel durchaus im Katalog der Revisionsgründe des § 503 ZPO Deckung finden. Namentlich liegt mit der ganz hL ein Mangel des Berufungsverfahrens iS des § 503 Z 2 ZPO vor, wenn der erstinstanzliche Mangel vom Berufungsgericht im Rahmen seiner Kognitionsbefugnis, das heißt trotz entsprechender Verfahrensrüge in der Berufung, nicht behoben wurde (Punkt D.II.). Es erscheint deshalb schon aus diesem Grund zweifelhaft, ob der weitreichende Ausschluss der Revisibilität solcher Mängel durch die Rsp wirklich dem Konzept der ZPO entspricht.

Die Abgrenzungsschwierigkeiten, welche Verstöße gegen Prozessrecht überhaupt als sonstige Verfahrensmängel und nicht als unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache einzustufen sind, erwecken zudem starke Bedenken, an diese Differenzierung im Wege der Auslegung bzw Rechtsfortbildung eine derart erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes bei sonstigen Verfahrensmängeln zu knüpfen, wie dies die Rsp tut (Punkt D.III.3.c).

Gewichtige Zweifel an der Richtigkeit einer „Revisionsperre“ erstinstanzlicher Verfahrensmängel, deren Vorliegen vom Berufungsgericht verneint wurden, werfen auch die von der Rsp anerkannten Ausnahmen hiervon auf, die vielfach nicht schlüssig erklärbar sind (Punkt C.IV.).

Im Folgenden gilt es nun durch Überprüfung der Richtigkeit des Größenschlusses zu § 519 iVm §§ 471, 473 ZPO zu klären, ob diese Zweifel lediglich unweigerliche Folgeprobleme einer de lege lata zu akzeptierenden Wertung des Gesetzes oder doch nur Symptome eines grundsätzlichen Irrtums der Rsp sind.

#### II. Voraussetzungen des Größenschlusses

##### 1. Analyse der zugrundeliegenden Prämissen

Der Größenschluss der Judikatur basiert letztlich auf zwei Prämissen: Erstens ist zu begründen, dass erstinstanzliche Nichtigkeiten, nachdem sie vom Berufungsgericht verneint wurden, nicht mehr vor dem OGH angefochten werden können. Diesem Fundament des Größenschlusses liegen wiederum mehrere Annahmen zugrunde: Namentlich beruht diese Ansicht zunächst darauf, dass über die Verwerfung eines Nichtigkeitsgrundes mit Beschluss zu entscheiden ist. Ferner muss aus dem Fehlen dieses Beschlusses im Katalog des § 519 ZPO die

Unstatthaftigkeit eines Rekurses gegen diesen Beschluss abgeleitet werden. Schließlich ist dies noch dahingehend zu verallgemeinern, dass verneinte erstinstanzliche Nichtigkeiten auch nicht aus Anlass einer aus anderen Gründen zulässigen Revision aufgegriffen werden dürfen.

Erst in einem zweiten Schritt ist im Wege des eigentlichen Größenschlusses nachzuweisen, dass diese für Nichtigkeitsgründe bestehende Rechtsmittelbeschränkung *erst recht* (oder zumindest: *auch*) für sonstige Verfahrensmängel gelten muss.

##### 2. Methodische Voraussetzungen

Methodisch handelt es sich um die Frage nach einem Größenschluss in Form des *argumentum a maiore ad minus*, indem gefolgert wird, dass das, was für die Nichtigkeit als den angeblich gewichtigeren Rechtsmittelgrund gilt, auch für den weniger schwerwiegenden sonstigen Verfahrensmangel gelten müsse. Herrschend wird der Größenschluss – und zwar konkret auch im gegenständlichen Kontext<sup>178)</sup> – als Unterfall bzw als verstärkte Ab- oder Spielart des Analogieschlusses verstanden.<sup>179)</sup> Konsequenterweise wäre demnach eine Lücke Voraussetzung für einen Größenschluss. *G. Kodek*<sup>180)</sup> meint zum gegenständlichen Größenschluss jedoch, dass es nicht um das Schließen einer Lücke, sondern um systematische Interpretation und die Vermeidung von Wertungswidersprüchen gehe. Er bezieht sich hiermit wohl auf jene – andernorts auch von ihm selbst vertretene<sup>181)</sup> – Auffassung, wonach der Größenschluss in seinem Anwendungsbereich über den Analogieschluss insoweit hinausgeht, als er auch bei der einfachen Auslegung zur Anwendung gelangt.<sup>182)</sup>

ME trifft es zu, dass der Größenschluss nicht nur der Rechtsfortbildung dienen, sondern auch ein Instrument einfacher systematischer Interpretation sein kann. Die Abgrenzung beider Vorgänge hängt nach dem Konzept von § 7 ABGB davon ab, ob der gewonnene Rechtssatz noch im äußersten Wortsinn des Gesetzes Deckung findet (einfache systematische

<sup>178)</sup> OGH 10 Obs 236/89; *R. Müller*, DRdA 1997, 459; *Neumayr* in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 17; *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 104.

<sup>179)</sup> Allgemein *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 479 f; *G. Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2015) § 7 Rz 57; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (2017) § 7 Rz 7; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>5</sup> (2018) § 7 Rz 15.

<sup>180)</sup> Zak 2020, 31.

<sup>181)</sup> *G. Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 82.

<sup>182)</sup> *Kerschner/Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2014) §§ 6, 7 ABGB Rz 85.

Interpretation) oder darüber hinaus geht (Rechtsfortbildung).<sup>183)</sup> Da das Berufungsgericht über gerügte wesentliche Verfahrensmängel nicht mit Beschluss zu entscheiden hat (§ 497 Abs 1 ZPO) und § 519 ZPO folglich nicht zur Anwendung gelangt, dürfte auf den ersten Blick selbst der äußerste Wortsinne eine vergleichbare Schranke wie bei Nichtigkeitsgründen nicht hergeben. Durchaus erwägenswert wäre es aber, die Einschränkungen der Rsp in den äußersten Wortsinn des auf Mängel des Berufungsverfahrens beschränkten Revisionsgrunds des § 503 Z 2 ZPO „hineinzulesen“.<sup>184)</sup> Welche Sichtweise man in diesem Punkt überzeugender findet, ist wohl vorwiegend eine „semantische Geschmacksfrage“, deren Beantwortung aber nicht den Ausschlag für oder gegen die Richtigkeit des gezogenen Schlusses geben darf. Aus genau diesem Grund ist generell anerkannt, dass zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung kein prinzipieller, sondern nur ein gradueller Unterschied besteht und insbesondere systematisch-teleologische Auslegung und Analogie bzw teleologische Reduktion auf einem strukturell identischen Denkvorgang beruhen.<sup>185)</sup>

Das bedeutet: Ob man einen Größenschluss als eine Rechtsfortbildung oder einen Akt „einfacher“ systematischer Interpretation ansieht, vermag am Ergebnis nichts zu ändern. Der Rechtsanwender kommt in beiden Fällen nicht umhin, sich dieselbe Frage zu stellen, auf deren Beantwortung sich auch die folgenden Ausführungen beschränken: Besteht hinsichtlich der konkreten Regelung (!) zwischen den in Frage stehenden Konstellationen ein derartiges Größenverhältnis, dass die dieser Regelung zugrundeliegenden Wertungen für den gesetzlich nicht erfassten Fall in noch stärkerem (oder zumindest gleich starkem) Ausmaß verwirklicht sind als beim gesetzlich geregelten Fall?

Dabei gilt es zu beachten, dass sich die maßgebenden Wertungen aus dem Gesetz, also aus dessen Entstehungsgeschichte, Systematik oder Teleologie ergeben müssen und nicht auf Eigenwertungen des Rechtsanwenders beruhen dürfen.<sup>186)</sup> In der Sache

<sup>183)</sup> OGH 4 Ob 141/77 ArbSlg 9653 (1977); 5 Ob 516/81; 1 Ob 58/14y; RIS-Justiz RS0016495; RS0008796; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz<sup>2</sup> (1982) 19 ff; *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 467 ff; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 6 Rz 8, § 7 Rz 1.

<sup>184)</sup> Im Ergebnis ähnlich argumentiert *Lovrek* (in *Fasching/Konecny*, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 104 Fn 274), wenn sie meint, das Bestehen einer Lücke hänge davon ab, ob man den erstinstanzlichen Verfahrensmangel einem der Revisionsgründe des § 503 ZPO zuordnen kann. Das ist mE jedoch nicht ganz zutreffend: Richtigerweise hängt davon eben nur ab, ob überhaupt eine Lücke für einen Größenschluss erforderlich ist. Die eigentlich entscheidende Frage nach der Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen als Voraussetzung für eine planwidrige Lücke (oder für die Zulässigkeit des Größenschlusses im Wege einfacher systematischer Interpretation) ist indes erst in einem zweiten Schritt anhand gesetzlicher Wertungen zu lösen.

<sup>185)</sup> *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 468; in diesem Sinn auch *Canaris*, Lücken<sup>2</sup> 23; *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 51 f; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 6 Rz 4.

<sup>186)</sup> Vgl *Canaris*, Lücken<sup>2</sup> 78; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 6, 7 ABGB Rz 86.

ist die entscheidende Voraussetzung der Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen dementsprechend vor allem dann zu verneinen, wenn der Gesetzgeber hinsichtlich der zur Debatte stehenden Regelung eine bewusste und sachlich berechtigte Differenzierung vorgenommen hat. Zudem ist zu betonen, dass die „Beweislast“ für das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Größenschluss zumindest in einem weiteren Sinn deren Befürworter trifft, indem sie stichhaltige Gründe für die Erstreckung einer Regelung auf andere Sachverhalte liefern müssen.<sup>187)</sup>

Zuvor muss freilich die „Basiswertung“,<sup>188)</sup> nämlich konkret der Ausschluss der Revisibilität vom Berufungsgericht verneinter Nichtigkeiten näher untersucht werden, um überhaupt zur Frage zu gelangen, ob diese Rechtsfolge wirklich *auch* oder *erst recht* für sonstige Verfahrensmängel gilt. Das ist im gegenständlichen Kontext besonders wichtig, weil dieses Fundament des Größenschlusses nirgends explizit angeordnet ist, sondern seinerseits auf einer Kombination aus mehreren, für sich begründungsbedürftigen Schlussfolgerungen fußt.

### III. Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeitsgründe

#### 1. Unstatthaftigkeit eines Rekurses gegen Verwerfung der Nichtigkeitsberufung

Ursprung und Grundlage der Unanfechtbarkeit der Verwerfung eines Nichtigkeitsgrunds durch das Berufungsgericht ist die Entscheidung des Gesetzgebers, ein Berufungsvorverfahren zu installieren (§§ 470 ff ZPO), in dem das Berufungsgericht über gewisse Materien stets in Beschlussform (§ 473 ZPO) zu entscheiden hat. Im Katalog der im Berufungsvorverfahren zu entscheidenden Materien findet sich in § 471 Z 5 ZPO nämlich die Entscheidung über eine geltend gemachte und in Z 7 leg cit jene über eine von Amts wegen aufgegriffene Nichtigkeit. Flankierend ordnet § 471 Z 4 ZPO auch die Entscheidung über ein angefochtenes Versäumnisurteil wegen mangelnder Säumnis sowie Z 6 leg cit jene über die Anfechtung eines Beschlusses über eine Prozesseinrede iS des § 239 Abs 3 Z 1 ZPO dem Berufungsvorverfahren zu, womit funktional ebenfalls die Überprüfung von Nichtigkeitsgründen angesprochen ist (vgl § 477 Abs 1 Z 3–6 ZPO).<sup>189)</sup> Das bedeutet, dass sowohl die Aufhebung eines Urteils wegen des Vorliegens eines Nichtigkeitsgrunds als auch jene Entscheidung, mit der das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes verneint wird – sei es aus Anlass einer Nichtigkeitsberufung oder aus Anlass einer amtswegigen Überprüfung –, in Beschlussform zu ergehen haben. An der be-

<sup>187)</sup> In diesem Sinn *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 30. Überhaupt für eine Zweifelsregel zugunsten des Umkehrschlusses anstelle der Analogie sprechen sich zB *Kerschner/Kehrer* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 6, 7 ABGB Rz 44) und *Schauer* (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 7 Rz 10) aus.

<sup>188)</sup> *Kehrer*, Gesetzeskonforme Methodik (2013) 56.

<sup>189)</sup> Die hM geht zu § 471 Z 4 ZPO allerdings davon aus, dass die unberechtigte Säumnigkeit auch auf einem wesentlichen Verfahrensmangel oder einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung beruhen könne (*Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1795; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*, ZPG IV<sup>3</sup> § 471 ZPO Rz 21 mwN; in diesem Sinn auch OGH 1 Ob 144/16g).



schlussmäßigen Entscheidung ändert sich zudem nichts, wenn über den Nichtigkeitsgrund ausnahmsweise erst im „Berufungshauptverfahren“ entschieden wird (vgl §§ 494 f ZPO).<sup>190)</sup>

Die Anordnung der Entscheidungsform des Beschlusses ist folgenschwer: Denn jene Beschlüsse des Berufungsgerichts, die mit Rekurs anfechtbar sind, sind in § 519 ZPO taxativ aufgezählt (arg: „nur“). Da dort aber nur die Konstellation genannt ist, dass das Urteil wegen eines Nichtigkeitsgrunds aufgehoben und anschließend die Klage zurückgewiesen (§ 519 Abs 1 Z 1 Fall 1 ZPO) oder die Rechtsache zurückverwiesen wird (§ 519 Abs 1 Z 2 ZPO), wird daraus gefolgert, dass der Beschluss über das Nichtvorliegen eines Nichtigkeitsgrunds unanfechtbar ist. So naheliegend dieser (Umkehr-)Schluss ist, bestehen allerdings doch gewisse Zweifel daran, ob der Gesetzgeber diese Rechtsfolge wirklich beabsichtigt hat: In den Gesetzesmaterialien heißt es nämlich, dass Befürchtungen, das Berufungsverfahren könnte die Wahrheitsfindung gefährden, deshalb unberechtigt seien, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts insofern keine unanfechtbare sei.<sup>191)</sup> Darüber hinaus fällt auf, dass die Entscheidung, mit der das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes verneint wird, in der im Übrigen weitgehend lückenlosen Regelung der unterschiedlichen Beschlüsse im Berufungsvorverfahren (§§ 474 ff, 494 f ZPO) fehlt. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Konstellation, in der das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrunds im Berufungsvorverfahren verneint wird, schlicht nicht ausreichend bedacht hat.<sup>192)</sup> Offenbar ging hiervon ursprünglich sogar der OGH aus, als er in zwei Entscheidungen aus 1915 noch ein Rechtsmittel gegen die Verwerfung einer Nichtigkeitsberufung für statthaft erklärte.<sup>193)</sup>

Richtigerweise sind diese vagen Anhaltspunkte für ein mögliches Versehen des Gesetzgebers allerdings mE nicht hinreichend, um trotz § 519 ZPO die Statthaftigkeit eines Rekurses gegen die Verwerfung eines Nichtigkeitsgrundes zu rechtfertigen. Es ist daher de lege lata überzeugend, wenn der OGH – soweit ersichtlich – ab 1923 einen Rekurs gegen den Beschluss, mit dem eine Nichtigkeitsberufung verworfen wurde, für unstatthaft erklärt.<sup>194)</sup>

## 2. Wahrnehmbarkeit verworfener Nichtigkeiten bei zulässiger Revision?

Damit ist allerdings noch nicht zwingend gesagt, dass eine Nichtigkeit, wenn sie vom Berufungsge-

richt verneint wurde, vom OGH nicht einmal aus Anlass einer aus anderen Gründen zulässigen Revision aufgegriffen werden kann. Das Problem stellt sich, wenn zwar zunächst im Berufungsvorverfahren ein Nichtigkeitsgrund verneint wird, es aber anschließend noch zu einer urteilsmäßigen Entscheidung über andere geltend gemachte Berufungsgründe kommt (§ 480 Abs 2 ZPO). Wird daraufhin gegen dieses Berufungsurteil eine zulässige Revision erhoben, geht die mittlerweile ganz hM davon aus, dass eine bereits – sei es in Form eines Beschlusses oder auch nur in den Entscheidungsgründen<sup>195)</sup> – verworfene erstinstanzliche Nichtigkeit auch nicht mehr aus Anlass dieser Revision aufgegriffen werden kann.<sup>196)</sup>

Noch 1951 hatte der OGH demgegenüber vertreten, dass zwar ein eigenständiger Rekurs gegen die Verwerfung der erstinstanzlichen Nichtigkeit nicht statthaft sei, dies aber den OGH nicht daran hindere, diesen Nichtigkeitsgrund von Amts wegen aufzugreifen.<sup>197)</sup> Diese Ansicht lief offensichtlich auf eine differenzierte Behandlung der Frage nach der Statthaftigkeit eines Rechtsmittels und jener nach dem Kreis der wahrnehmbaren Rechtsmittelgründe hinaus.<sup>198)</sup> Für sie spricht immerhin § 510 Abs 2 ZPO, worin das Revisionsgericht pauschal dazu legitimiert wird, erstinstanzliche Nichtigkeiten aufzugreifen. Eine Einschränkung auf Fälle, in denen das Berufungsgericht den Nichtigkeitsgrund nicht bereits zuvor verneint hat, ist weder dem Wortlaut zu entnehmen noch in den Gesetzesmaterialien angedeutet. Auch ist eine derartige Ausnahme – soweit ersichtlich<sup>199)</sup> – in keiner einzigen, einschlägigen Aufarbeitung im Schrifttum vor 1950 angedeutet. In der Tat dürfte die hM vom „Durchschlagen“ der in § 519 ZPO ausgedrückten Rechtsmittelbeschränkung auf die amtswegige Wahrnehmbarkeit im Revisionsverfahren erst durch die Entscheidung OGH 2 Ob 555/50 begründet worden sein.<sup>200)</sup>

<sup>195)</sup> RIS-Justiz RS0042917; OGH 2 Ob 149/75 = RZ 1976, 220; 6 Ob 599/81; 10 ObS 210/00f.

<sup>196)</sup> OGH 2 Ob 555/50; 3 Ob 279/51; 8 Ob 91/71; 1 Ob 183/73; 2 Ob 218/74; 1 Ob 612/95 (verstärkter Senat); RIS-Justiz RS0043712; RS0042981; RS0043405; ausführlich *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 26 ff mwN.

<sup>197)</sup> OGH 2 Ob 211/51. In diesem Sinn sind möglicherweise auch die beiden Entscheidungen OGH Ob II 336/27 = ZBI 1927/261 und 4 Ob 609/31 = ZBI 1931/255 zu verstehen, wenn darin zwar auf die aus § 519 ZPO abzuleitende Anfechtungssperre verworfener Nichtigkeiten Bezug genommen, anschließend aber doch die Pflicht zur amtswegigen Wahrnehmung des betroffenen Nichtigkeitsgrunds betont wird.

<sup>198)</sup> In diesem Sinn auch *Kuderna* in FS 100 Jahre Sozialversicherung 356 Fn 42; *Hollaender*, RZ 2015, 108.

<sup>199)</sup> Siehe nur *Fürstl*, Civilprozessgesetze 755; *Wachtel*, Erläuterungen 468 f (§ 510 Anm 2); *Demelius*, Civilproceß 665, 673 f; *Schrutka*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 282; *Sperl*, Lehrbuch 670; *Klein/Engel* in Wach ea, Zivilprozeßrecht 429; *Neumann*, Zivilprozeßgesetze II<sup>4</sup> 1354 f, 1376; *Pollak*, System<sup>2</sup> 609; *Wolff*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> 363.

<sup>200)</sup> OGH 2 Ob 555/50. Diese Entscheidung wurde in OGH 2 Ob 211/51 (oben bei und in Fn 197) übrigens – obwohl von demselben Senat stammend – nicht berücksichtigt.

<sup>190)</sup> Vgl A. *Kodek* in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 494 Rz 1.

<sup>191)</sup> Materialien I 355.

<sup>192)</sup> Auch an anderer Stelle der Materialien (I 353) wird nur der Konstellation gedacht, dass der betreffende Nichtigkeitsgrund offenkundig vorliege.

<sup>193)</sup> OGH R II 475/15 = GIUNF 7518 (1915); R I 298, 299/15 = GH 1915, 650.

<sup>194)</sup> OGH Ob I 1179/23 = ZBI 1923/98; 4 Ob 401/32 = RZ 1933, 148; aus neuerer Zeit zB 3 Ob 213/17w; 1 Ob 230/18g. Zuvor ergangen ist bereits die Entscheidung OGH Ob III 595/21 = ZBI 1921/176, die allerdings maßgeblich mit der Konformitätssperre des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO begründet wurde. Vgl dazu noch Punkt E.IV.2.d).

Dieses erhebliche Timelag zwischen Einführung der ZPO und erstmaliger „Entdeckung“ dieser Rechtsfolge, die § 510 Abs 2 ZPO weitgehend aushebelt, lässt zwar erneut Raum für Spekulation, ob sie wirklich so vom historischen Gesetzgeber intendiert war.<sup>201)</sup> Dennoch spricht für sie die naheliegende Schlussfolgerung, dass die Unstatthaftigkeit eines Rekurses gegen den Beschluss, mit dem die Nichtigkeitsberufung verworfen wird, gleichbedeutend mit dem sofortigen Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses ist. Folgerichtig wäre nämlich auch der OGH an diesen Beschluss gebunden, wenngleich dessen Bindung an eine unterinstanzliche Entscheidung in – bei funktionaler Betrachtung – ein und demselben Rechtszug für gewisses Befremden sorgt. Selbst das ähnelt freilich der von der hM<sup>202)</sup> auf alle Prozessvoraussetzungen ausgedehnten Anordnung in § 42 Abs 3 JN.<sup>203)</sup> Hiernach darf die Unzulässigkeit des Rechtswegs und das Fehlen der inländischen Gerichtsbarkeit im engeren Sinn auch vom OGH nicht mehr von Amts wegen aufgegriffen werden, wenn darüber eine bindende Entscheidung desselben oder eines anderen<sup>204)</sup> Gerichts gefällt wurde (vgl auch § 7 Abs 2 ZPO). Zudem harmoniert die Einschränkung der Wahrnehmbarkeit verworfener Nichtigkeiten durch den OGH damit, dass ein selbständiger Beschluss, mit dem eine Prozesseinrede verworfen wird (§ 261 Abs 4 ZPO), bei gesonderter Anfechtung und Bestätigung durch das Rekursgericht wegen der Konformitätssperre in § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ebenfalls nicht mehr in dritter Instanz bekämpft werden kann (siehe noch Punkt E.IV.2.d)).<sup>205)</sup>

### 3. Maßgebende Wertungsgrundlage

Zwischenfazit: Gerade ein Blick auf ältere Rsp und Lehre wirft zwar gewisse Zweifel auf, ob der historische Gesetzgeber wirklich beabsichtigt hat, dem OGH die Wahrnehmung erstinstanzlicher Nich-

tigkeitsgründe nach ihrer Verwerfung durch das Berufungsgericht zu untersagen, indem er deren beschlussmäßige Entscheidung im Berufungsvorverfahren angeordnet und die darin gefassten Beschlüsse nur sehr eingeschränkt für anfechtbar erklärt hat. Dennoch ist diese Rechtsfolge de lege lata das Ergebnis naheliegender und weitgehend konsequenter Auslegungsschritte, die noch dazu durch § 528 ZPO eine tragende Stütze erfahren und sich gut mit der herrschend angenommenen Verallgemeinerungsfähigkeit von § 42 Abs 3 JN vertragen.

Die maßgebliche Wertung hinter alledem ist – wie sogleich noch näher zu zeigen sein wird – die in der ZPO an zahlreichen Stellen ausgedrückte „Relativität der einzelnen Prozesseinrichtungen“.<sup>206)</sup> Die zur Lösung einer Frage aufgewendeten Ressourcen müssen stets im Verhältnis zur Bedeutung der jeweiligen Frage stehen. Daraus folgt insbesondere, dass Entscheidungen über rein prozessuale Inzidenzstreitigkeiten, dh über prozessuale Vor- oder Zwischenfragen ohne Auswirkungen auf die meritorische Entscheidung, nicht mit den gleichen Rechtsschutzgarantien wie die Sachentscheidung selbst ausgestattet sein müssen.<sup>207)</sup> Streitigkeiten über Nichtigkeiten fallen nach Auffassung des Gesetzgebers offenbar in diese Kategorie. Das leuchtet deshalb ein, weil ein Nichtigkeitsgrund selbst dann zur Aufhebung einer Sachentscheidung führt, wenn er sich nicht auf deren Richtigkeit ausgewirkt hat,<sup>208)</sup> und die meisten Nichtigkeitsgründe typischerweise von vornherein keine Auswirkung hierauf haben (näher Punkt E.IV.3.).

### IV. Zum Größenverhältnis zwischen Nichtigkeitsgründen und sonstigen Verfahrensmängeln

#### 1. Sonstiger Verfahrensmangel als aliud statt als minus zur Nichtigkeit

Ausgehend vom Gesagten dürfte die Größenschluss der Rsp auf der Vorstellung gründen, dass Nichtigkeiten und sonstige Verfahrensmängel in gleicher Weise eine solchermaßen verfahrensrechtliche Inzidenzstreitigkeit zum Gegenstand haben. Das kommt deutlich zum Ausdruck, wenn der OGH in 10 ObS 236/89 die für den Größenschluss maßgebende Gemeinsamkeit in der Qualifikation beider Rechtsmittelgründe als Verfahrensmängel erkennt und darin zugleich die Rechtfertigung dafür erblickt, dass für den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung anderes gelte. Dem liegt zugleich die althergebrachte, in der ZPO freilich nirgends klar ausgedrückte<sup>209)</sup> Einteilung in errores in procedendo und errores in iudicando zu-

<sup>201)</sup> Zuzugestehen ist allerdings, dass der OGH die Revisibilität erstinstanzlicher Nichtigkeiten schon in zwei früheren Entscheidungen mit dem Argument ablehnte, der Revisionsgrund des § 503 Z 1 ZPO sei eben nur bei einer Nichtigkeit im Berufungsverfahren/-urteil verwirklicht (OGH 16.622 = GIUNF 2160 [1901]; 4 Ob 366/34 = Rsp 1934/365, 217; ebenso später OGH 2 Ob 370/49; 3 Ob 279/51).

<sup>202)</sup> Vgl OGH Präz 290/55 = SZ 28/265; 6 Ob 599/81; RIS-Justiz RS0046234; Garber in Fasching/Konecny, ZPG I<sup>3</sup> (2013) § 42 ZPO Rz 41; Mayr in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 42 JN Rz 11.

<sup>203)</sup> Ebenso Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 31; Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 11.

<sup>204)</sup> Bemerkenswerterweise hieß es in § 43 JN idF RV zur JN (687 BlgAH IX. Sess) (Materialien I 7) noch, dass der bindende Beschluss von einem „höheren Gericht“ stammen müsse. Das wurde jedoch vom Permanenzausschuss mit der Begründung geändert, dass der bindende Beschluss nicht immer von einem höheren Gericht gefällt worden sein müsse (Materialien I 690), man aber auch insoweit tunlichst divergierende Entscheidungen vermeiden wollte (letztere Erwägung ergibt sich aus dem Hinweis [Materialien I 690] auf den Zusammenhang der Änderung mit § 6 ZPO idF RV zur ZPO [Materialien I 766]).

<sup>205)</sup> Lovrek in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 26 aE; so auch bereits OGH Ob III 595/21 = ZBl 1921/176.

<sup>105)</sup> Siehe zB Materialien I 190 f, 216, 267 f, 355; Justizministerium k. k., Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen II (1897) 328 f (im Folgenden: Materialien II) 328 f. Näher dazu Trenker, Parteidisposition 118, 206 f.

<sup>207)</sup> Konkret Materialien I 56 f, 190 f, 355; Materialien II 328 f.

<sup>208)</sup> Siehe bereits Pollak, RheinZZP 14, 192; Schima in FS 100 Jahre OGH 260; G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> Rz 1043.

<sup>209)</sup> Schima in FS 100 Jahre OGH 260 (vgl noch Punkt E.IV.2.b) in Fn 225).

grunde.<sup>210)</sup> Innerhalb der Kategorie der *errores in procedendo* dürfte die moderne Dogmatik den sonstigen Verfahrensmangel freilich gewissermaßen als eine Art „kleine Schwester“ der Nichtigkeit auffassen: Denn erstens ist der sonstige Verfahrensmangel nicht von Amts wegen wahrzunehmen. Zweitens wirkt er nicht absolut, sondern muss stets im Einzelfall wesentlich sein. Dementsprechend fühlt sich der OGH in 10 ObS 267/91 in seinem Größenschluss dadurch bestätigt, dass Nichtigkeiten unabhängig von ihrer Kausalität für das Ergebnis der Hauptsache aufzugreifen seien, weil dies beweise, dass ihnen der Gesetzgeber größeres Gewicht beigemessen habe.

Letztere Schlussfolgerung beruht jedoch auf einem Trugschluss: Das Erfordernis der Wesentlichkeit zeigt lediglich, dass der Gesetzgeber Nichtigkeitsgründe *per se* als gewichtiger einstuft als solche sonstigen Verfahrensmängel, die keinen Einfluss auf die Sachentscheidung haben konnten. Wenn ein sonstiger Verfahrensmangel aber in *casu* wesentlich war, kommt ein maßgebliches zusätzliches Tatbestandsmerkmal hinzu, welches ein logisches Hindernis für die Annahme eines zwingenden Größenverhältnisses bildet.<sup>211)</sup> Nichtigkeitsgründe haben hingegen sogar typischerweise keinen Einfluss auf die Sachentscheidung, sondern stehen schon nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers „in keiner unmittelbaren Beziehung zu dem materiellen Inhalt des Urteils“.<sup>212)</sup>

Damit erweist sich das verbreitete Erklärungsmodell für die absolute Wirkung von Nichtigkeitsgründen, nämlich, dass der Gesetzgeber die Wesentlichkeit von Nichtigkeitsgründen unwiderleglich vermutet habe,<sup>213)</sup> schlicht als unrichtig und irreführend. Der Rechtsmittelgrund der Nichtigkeit bezweckt überhaupt nicht die Gewährleistung einer richtigen Sachentscheidung, sondern verfolgt vielmehr gesamtheitliche Interessen der Justiz: So sollen etwa eine mehrfache (§ 411 Abs 2 ZPO) oder ungleichmäßige (§ 477 Abs 1 Z 3 ZPO) Belastung des staatlichen Justizapparats vermieden werden.<sup>214)</sup> Ferner geht es darum, eine Beschädigung des Ansehens der Justiz als solcher, zB durch geheime (§ 477 Abs 1 Z 6 ZPO) oder unfaire Verfahren (§ 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO), zu verhindern. In den Worten des historischen Gesetzgebers sollen zusammengefasst solche Mängel abgestellt werden, die „das Erkenntnis zu einer ordnungswidrigen Emanation der richterlichen Spruchgewalt stempeln“.<sup>215)</sup> Die Unabhängigkeit dieser Interessen vom konkreten Verfahrensausgang, also ihre Eigen-

ständigkeit, ist dabei der wahre Grund dafür, dass Nichtigkeiten nicht wesentlich sein müssen. Ihr öffentlicher Charakter erklärt wiederum, warum eine unterlaufene Nichtigkeit als einziger Rechtsmittelgrund von Amts wegen wahrzunehmen ist (§§ 494, 510 Abs 2 ZPO).<sup>216)</sup> Ob diese Interessen aber höher zu gewichten sind als das Interesse einer beschwerten Partei, keine Entscheidung hinnehmen zu müssen, deren Richtigkeit aufgrund eines wesentlichen Verfahrensmangels nicht gewährleistet ist, ergibt sich daraus nicht.<sup>217)</sup>

Die beiden zentralen Unterschiede zwischen den in Frage stehenden Rechtsmittelgründen, nämlich die amtswegige Wahrnehmbarkeit und die absolute Wirkung von Nichtigkeitsgründen, zeugen somit lediglich davon, dass der Rechtsmittelgrund der Nichtigkeit andere Ziele verfolgt als jener des wesentlichen Verfahrensmangels. Der wesentliche Verfahrensmangel steht damit im Verhältnis eines *aliud* zur Nichtigkeit, womit ein genereller oder gar logischer Größenschluss aber *per se* unvereinbar ist. Das beweist nicht zuletzt folgende Kontrollüberlegung: Käme es für den gegenständlichen Größenschluss wirklich allein auf diese beiden Eigenschaften der Nichtigkeit an, wäre nicht ersichtlich, warum der Größenschluss nicht auch für die unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache gelten sollte.<sup>218)</sup> Denn auch dieser Rechtsmittelgrund ist erstens nicht von Amts wegen wahrzunehmen (vgl § 506 Abs 2, § 520 Abs 2 ZPO)<sup>219)</sup>, zweitens setzt seine erfolgreiche Geltendmachung (selbstverständlich) voraus, dass die Unrichtigkeit der rechtlichen Beurteilung wesentlich war, sie sich also auf das Ergebnis der Sachentscheidung auswirkt hat.

## 2. Keine Übertragbarkeit der maßgebenden Wertungsgrundlagen

### a) Wesentliche Verfahrensmängel betreffen keine reinen Inzidenzstreitigkeiten

Kann somit nicht aus einem generellen oder sogar logischen Größenverhältnis vom Ausschluss der

<sup>216)</sup> Auch der Umstand, dass Nichtigkeiten im Gegensatz zu sonstigen Verfahrensmängeln mit Bagatellberufung bekämpft werden können (§ 501 ZPO), ist mE nicht Ausdruck eines Größenverhältnisses. Diese Differenzierung lässt sich nämlich schon dadurch erklären, dass die Behandlung von Nichtigkeiten insoweit weniger aufwändig ist, als darüber eben im Berufungsvorverfahren ohne mündliche Verhandlung (vgl *Wachtel*, Erläuterungen 460 [§ 501 Anm 3]) entschieden werden kann. Vor allem aber sind die von den Nichtigkeitsgründen geschützten Interessen – im Gegensatz zum Ziel der Richtigkeit der Sachentscheidung – „streitwertunabhängig“ gleichermaßen bedeutsam, sodass eine Rechtsschutzbeschränkung in Bagatellsachen für Nichtigkeiten nicht konsequent zu rechtfertigen wäre.

<sup>217)</sup> Allgemein zum Phänomen der Möglichkeit unterschiedlich starker Gewichtung von öffentlichen und privaten Interessen im Zivilprozessrecht *Trenker*, Parteidisposition 108.

<sup>218)</sup> In diesem Sinn *Kuderna* in FS 100 Jahre Sozialversicherung 356 Fn 42.

<sup>219)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0043312; RS0043542; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1775; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>3</sup> § 471 Rz 16.

<sup>210)</sup> Vgl *Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozeß 365 f; *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 323; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1752; *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren<sup>12</sup> (2009) Rz 360; *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> Rz 1041.

<sup>211)</sup> In diesem Sinn bereits *Hoyer*, JBl 1991, 448; *R. Müller*, DRdA 1997, 459.

<sup>212)</sup> Materialien I 358.

<sup>213)</sup> So aber *Rechberger/Puschner*, RZ 1998, 222; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 1085.

<sup>214)</sup> Zu diesen prozessökonomischen Zielen näher *Trenker*, Parteidisposition 207 ff, 211 ff.

<sup>215)</sup> Materialien I 358.



Revisibilität verworfener erstinstanzlicher Nichtigkeiten auf dieselbe Rechtsfolge für sonstige Verfahrensmängel geschlossen werden, bedarf es einer eingehenden Auseinandersetzung mit der bereits angesprochenen Wertungsgrundlage dieser Rechtsfolge. Damit ist die Frage angesprochen, ob sich hieraus zumindest ein Größenverhältnis hinsichtlich der konkret untersuchten Rechtsfolge ergibt.

Maßgebliche Wertungsgrundlage für die Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeiten ist die durch das Schlagwort von der Relativität der Prozesseinrichtungen ausgedrückte geringere Bedeutung prozessualer Inzidenzstreitigkeiten gegenüber den für die meritorische Entscheidung maßgeblichen Themen. Ausgehend davon spricht die erforderliche Wesentlichkeit sonstiger Verfahrensmängel allerdings nicht für, sondern entscheidend gegen den Größenschluss der Judikatur. Indem ein sonstiger Verfahrensmangel nämlich stets geeignet sein muss, eine unrichtige Sachentscheidung herbeizuführen, zeigt sich, dass dessen Prüfung – anders als jene eines Nichtigkeitsgrunds – mehr als eine rein prozessuale Inzidenzstreitigkeit zum Gegenstand hat.

b) Konsequente Beschränkung des Berufungsvorverfahrens auf Nichtigkeitsgründe

Das lässt sich auch anhand konkreter gesetzgeberischer Erwägungen nachweisen: So erweist diese Überlegung zunächst die Entscheidung, die Klärung des Vorliegens einer Nichtigkeit als einzigen Rechtsmittelgrund (!) ins Berufungsvorverfahren zu verweisen, als eine bewusste und systemkonsistente Entscheidung.<sup>220)</sup> Da die Nichtigkeit nämlich der einzige Rechtsmittelgrund ist, der unabhängig von seiner Kausalität für die Sachentscheidung wahrzunehmen ist, betrifft (nur) die Streitigkeit über deren Vorliegen jenen „prozessualen Inzidenzpunkt“, dessen geringere Bedeutung dem historischen Gesetzgeber als Rechtfertigung dient, hierfür keinen „gleichen Apparat zur Verfügung zu stellen, wie für die Entscheidung über die Hauptsache“.<sup>221)</sup> Die „Vorprüfung“ sollte „die Berufungsverhandlung von allen Nebenpunkten“ befreien, um deren „Beschränkung auf die eigentliche meritorische Frage“, ihre „wichtigste Aufgabe“ zu ermöglichen.<sup>222)</sup>

Der Ausspruch über eine geltend gemachte Nichtigkeit betrifft dementsprechend bloß einen „Nebenpunkt“, eine „prozessuale Vor- und Zwischenfrage zur Hauptsache“,<sup>223)</sup> weshalb eine beschlussmäßige Entscheidung hierüber mit allen damit verbundenen Rechtsschutzeinschränkungen systematisch überzeugt. Ein Verfahrensmangel, der hingegen per definitionem geeignet sein muss, eine falsche meritorische Entscheidung herbeizuführen, kann demgegenüber nicht einfach als bloßer Inzidenzpunkt abgetan

werden; es geht hier vielmehr – um sich der schon erwähnten Formulierung R. Müllers<sup>224)</sup> zu bedienen – „ums Eingemachte“.

Der normative Ausgangspunkt des untersuchten Größenschlusses, nämlich die Behandlung von Nichtigkeitsgründen im Berufungsvorverfahren samt der beschlussmäßigen Entscheidung darüber, beweist somit, dass der Gesetzgeber den sonstigen Verfahrensmangel wegen des zusätzlichen Erfordernisses der Wesentlichkeit bewusst nicht in einen Topf mit der Nichtigkeit, sondern mit den anderen wesentlichen Rechtsmittelgründen geworfen hat. Die maßgebende Grenzziehung verläuft nicht zwischen *errores in procedendo* und *errores in iudicando*, sondern ist anhand der notwendigen Auswirkung des Rechtsmittelgrunds auf die meritorische Entscheidung. Diese ergebnisorientierte Unterscheidung ist sachlich mE auch deutlich vorzugswürdig gegenüber einer – iS der Einteilung in *errores in procedendo* und *errores in iudicando* – allein an die Rechtsnatur des Rechtsmittelgrunds anknüpfende Differenzierung.<sup>225)</sup>

Nichtigkeiten und sonstige Verfahrensmängel sind insoweit also gerade nicht gleich zu behandeln. Eine Korrektur dieser gesetzlichen Kategorisierung im Wege des untersuchten Größenschlusses würde dem Gesetzgeber unterstellen, dass er durch §§ 471, 473 iVm § 519 ZPO zwar eine bewusste Rechtsmittelbeschränkung für erstinstanzliche Nichtigkeiten geschaffen hat, er es aber planwidrig übersehen hat, den wesentlichen Verfahrensmangel ebenfalls dieser Rechtsfolge zu unterwerfen. Diese Annahme ist jedoch nicht nur von vornherein unwahrscheinlich, sondern widerspricht der in den Materialien selbst ausgedrückten Einschränkung des Berufungsvorverfahrens auf bloße Neben- oder Inzidenzstreitigkeiten sogar im Kern.

c) Keine Konformitätssperre hinsichtlich der meritorischen Entscheidung

Zudem verträgt sich eine solche Annahme auch nicht mit den – weitgehend übereinstimmenden – Wertungsgrundlagen der Konformitätssperre. Das ist deshalb besonders bemerkenswert, weil die Konformitätssperre jüngst sogar für den Ausschluss

<sup>224)</sup> DRdA 1997, 459.

<sup>225)</sup> Es ist bezeichnend, wenn bereits *Schima* (in FS 100 Jahre OGH 260) die Einteilung in *errores in procedendo* und *errores in iudicando* deshalb für wenig ergiebig hält, weil *errores in procedendo* vielfach zu einem *error in iudicando* führen (*scilicet*: weil sie wesentlich sind), andernfalls sie – mit Ausnahme der Nichtigkeitsgründe – wiederum uninteressant seien.

All das gilt heute umso mehr, als – wie gezeigt (Punkt D.III.2. und D.III.3.c)) – nach überwiegender neuerer Lehre und Teilen der Rsp die falsche Anwendung von Verfahrensgesetzen ohnehin auch eine unrichtige rechtliche Beurteilung darstellen kann. Denn unter dieser Prämisse lässt sich eine derart weitreichende Verschiedenbehandlung des wesentlichen Verfahrensmangels und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, wie sie die Rsp hinsichtlich der Revisibilität erstinstanzlicher Fehler vertritt, nicht sachlich rechtfertigen.

<sup>220)</sup> In diesem Sinn *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPG IV/1<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 104, wonach der Gesetzgeber eben (nur) für die Erledigung der Nichtigkeitsberufung die Beschlussform angeordnet hat.

<sup>221)</sup> Materialien I 355.

<sup>222)</sup> Materialien I 356, 357.

<sup>223)</sup> Materialien I 355.

der Revisibilität verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel ins Treffen geführt wurde.<sup>226)</sup>

§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO verhindert bekanntlich einen Revisionsrekurs und damit die Anrufung des OGH gegen einen bestätigenden Beschluss des Rekursgerichts. *G. Kodek*<sup>227)</sup> sieht die Parallele zum gegenständlichen Problem darin, dass die Verneinung des Verfahrensmangels durch das Berufungsgericht bei funktionaler Betrachtung eine konforme Entscheidung über eine Frage darstelle, die ebenso gut im Beschlussweg geklärt werden hätte können. Es wäre folglich wertungswidersprüchlich, trotz Übereinstimmung von erster und zweiter Instanz eine Anrufung des OGH im Wege der Revision wegen eines sonstigen Verfahrensmangels zuzulassen, im Wege separater Beschlussanfechtung aber nicht. Bei eingehender Analyse der Konformitätssperre erweist sich dieses Ergebnis indes nicht als wertungswidersprüchlich, sondern als einzig konsequent.

Weitgehend zuzustimmen ist *G. Kodek* zunächst darin, dass bei funktionaler Betrachtung ein enger Zusammenhang zwischen beiden Problemen besteht. Allerdings sind beide Konstellationen nicht völlig identisch. Denn es kann gerade hinsichtlich der für die Konformitätssperre relevanten Richtigkeitsgewähr der bestätigenden Entscheidung einen Unterschied machen, ob sich das Erstgericht für eine bestimmte Vorgehensweise bewusst in Form eines Beschlusses entschieden hat oder es diese lediglich – ohne Beschlussfassung – en passant und damit möglicherweise ohne Problembewusstsein gewählt hat. Zudem basiert wohl nicht jeder wesentliche Verfahrensmangel auf einem gesondert denkbaren Beschluss, wie ein Verstoß gegen die Anleitungs- oder Erörterungspflicht nahelegt.<sup>228)</sup> Ein zwingender Schluss von der Konformitätssperre auf den Ausschluss verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel könnte daher allenfalls für jene Konstellationen überzeugen, in denen dem Verfahrensmangel ein separat ablösbarer Beschluss zugrunde gelegt werden hätte können.<sup>229)</sup> Selbst eine solchermaßen eingeschränkte Übertragung der Konformitätssperre auf die Bekämpfung des Urteils würde jedoch der Intention des historischen Gesetzgebers diametral widersprechen, wie im Folgenden zu zeigen sein wird. Im Übrigen ist eine solche Übertragung auch gar nicht notwendig, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (dazu Punkt E.IV.2.d)).

Die historische Entwicklung der an konforme Entscheidungen geknüpften Rechtsmittelbeschränkungen im österreichischen Zivilprozessrecht ist eine ereignisreiche.<sup>230)</sup> Allein im Rahmen der endgültigen Beratungen über die ZPO wurden drei verschiedene Modelle diskutiert. In der Regierungsvorlage war in § 523 ZPO noch vorgesehen, dass die

Revision gegen konforme Urteile nicht auf den Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung gestützt werden konnte.<sup>231)</sup> Es sollte damit der zu Zeiten der AGO sogenannten außerordentlichen Revision ein Riegel vorgeschoben werden.<sup>232)</sup> Zudem sollte – im Hinblick auf die geringe „Tragweite der meisten Beschlüsse und Bescheide“ sowie der typischerweise „ungleich einfachere[n] Fragen“<sup>233)</sup> – in § 549 ZPO idF RV zur ZPO<sup>234)</sup> eine umfassende Sperre für die Anfechtung gleichförmiger Beschlüsse des Rekursgerichts geschaffen werden. Während der Permanenzausschuss beide Hürden wieder vollständig beseitigen wollte,<sup>235)</sup> gelangte die Gemeinsame Konferenz zum heutigen „Kompromiss“, wonach zwar die Anfechtung von konformen Beschlüssen ausgeschlossen sei, jene von bestätigenden Urteilen hingegen in keiner Weise beschränkt werden sollte. Begründet wurde diese Differenzierung mit den folgenden Worten: „Im Rahmen des Processes [...] gibt es keine definitiven, über das Urtheil hinaus wirkenden und präjudicierenden Entscheidungen, die in Beschlussform ergehen. Der Process findet seine Lösung im Urtheile, alle vorhergehenden richterlichen Verfügungen und Beschlüsse culminieren darin, dienen ihm, erledigen sich in dem Urtheile und durch dasselbe. Der Beschluss im Prozesse schafft stets nur vorübergehende Situationen, die entweder juristisch aufgehoben werden oder doch thatsächlich durch neue ersetzt werden können; der Beschluss schafft nie ähnlich unüberwindliche Rechtskraft wie das Urtheil. Eben deshalb wird man sich bei Beschlüssen im Prozesse der besseren Zusammenfassung und Beschleunigung des Verfahrens halber mit der Übereinstimmung zweier Instanzen zufrieden geben können.“<sup>236)</sup>

Die Entstehungsgeschichte beweist damit in aller Deutlichkeit, dass der Gesetzgeber eine Konformitätssperre bei der Anfechtung der Sachentscheidung verhindern wollte, und zwar – anders als noch die RV zur ZPO – prinzipiell selbst hinsichtlich einzelner Revisionsgründe. Wenn die Judikatur über die „Hintertür“ des Größenschlusses zu § 519 ZPO bei sonstigen Verfahrensmängeln eine Rechtsfolge einführt, die in ihrer Funktion der Konformitätssperre weitgehend gleicht, hebt sie (auch [siehe bereits Punkt E.IV.2.b)]) diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers aus. Dies verbietet sich umso mehr, als die zitierten Erwägungen der Gemeinsamen Konferenz ins Gesamtkonzept der ZPO passen: So harmonisieren sie konkret mit der in §§ 471, 473 ZPO ausgedrückten geringeren Bedeutung prozessualer Inzidenzstreitigkeiten sowie allgemein mit dem Gedanken der Relativität der Prozesseinrichtungen.

Auch die Überlegungen zur Konformitätssperre sprechen somit *nicht für*, sondern *gegen* eine Gleichbehandlung verworfener Nichtigkeiten einerseits und verneinter wesentlicher Verfahrensmängel anderer-

<sup>226)</sup> *G. Kodek*, Zak 2020, 31.

<sup>227)</sup> Zak 2020, 31.

<sup>228)</sup> Dazu schon Punkt D.III.3.c) bei und in Fn 156.

<sup>229)</sup> Dementsprechend konsequent *G. Kodek* (Zak 2020, 31), wenn er den wesentlichen Verfahrensmangel nach diesem Kriterium von der unrichtigen rechtlichen Beurteilung abgrenzen will (dagegen aber bereits Punkt D.III.3.c) in Fn 157).

<sup>230)</sup> Ausführlich dazu *König*, Konformität 31 ff.

<sup>231)</sup> Materialien I 170 f, 361.

<sup>232)</sup> Materialien I 361.

<sup>233)</sup> Materialien I 366.

<sup>234)</sup> Materialien I 174.

<sup>235)</sup> Materialien I 685 f, 970, 976.

<sup>236)</sup> Materialien II 329.

seits. Denn die Verneinung einer Nichtigkeit schafft eben bloß die Voraussetzung dafür, dass überhaupt legitimerweise eine Sachentscheidung ergangen ist bzw. ergehen kann. Sie betrifft mithin eine bloße Zwischenstreitigkeit,<sup>237)</sup> für welche ein Ausschluss der dritten Instanz dem Gesetzgeber opportun erschien. Auf die Verneinung eines *wesentlichen* Verfahrensmangels trifft dies hingegen nicht zu.

- d) Kein Wertungswiderspruch zwischen der Revisibilität erstinstanzlicher Mängel und der Konformitätssperre bei der gesonderten Anfechtung der zugrundeliegenden Beschlüsse

Auch steht die Revisibilität erstinstanzlicher vom Berufungsgericht verneinter Verfahrensmängel bei näherer Betrachtung in gar keinem Wertungswiderspruch zur Konformitätssperre bei gesonderter Anfechtung eines Beschlusses, der einem solchen Verfahrensmangel typischerweise zugrunde liegt. Zu beachten ist nämlich, dass ein solcher Beschluss in aller Regel prozessleitender Natur ist und ihm daher gemäß § 425 Abs 2 ZPO keine Bindungswirkung zukommt.<sup>238)</sup>

Bestes Beispiel ist ein Beschluss, mit dem ein Beweisanbot zurückgewiesen wird (§ 291 Abs 1 ZPO).<sup>239)</sup> Abgesehen davon, dass dieser Beschluss nicht abgesondert anfechtbar ist und seine (vermeintliche) Unrichtigkeit in praxi in aller Regel ohnehin erst als wesentlicher Verfahrensmangel in der Berufung geltend gemacht wird,<sup>240)</sup> ist die Maßgeblichkeit der Konformitätssperre auch bei seiner separaten Anfechtung mit Rekurs (gemeinsam mit dem nächstfolgenden anfechtbaren Beschluss [§ 515 ZPO]) wertungsmäßig unbedenklich. Dass diesfalls nämlich im Falle bestätigender Beschlüsse kein Rechtszug an den OGH möglich ist, erscheint aus prozessökonomischer Sicht nur zweckmäßig, wenn diese Entscheidung ohnehin gemäß § 425 Abs 2 ZPO keine Bindungswirkung entfalten kann. Es handelt sich in den bereits zitierten Worten der Gesetzesmaterialien<sup>241)</sup> eben nur um eine jener „vorübergehende[n] Situationen, die entweder juristisch aufgehoben werden oder doch tatsächlich durch neue er-

setzt werden können“. Geht es hingegen um die endgültige (!) Beurteilung der Berechtigung der Nichtaufnahme des Beweisanbots, indem im Wege der Verfahrensrüge in der Berufung die Richtigkeit dieser Vorgehensweise und seine Auswirkung auf die Sachentscheidung überprüft werden, ist es ausgehend von der Entstehungsgeschichte des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO nur folgerichtig, wenn dem Rechtsmittelwerber trotz konformer Entscheidungen sehr wohl drei Instanzen zur Verfügung gestellt werden.

Anders ist die Situation einmal mehr bei der Verwerfung eines Nichtigkeitsgrunds. Das beschlussmäßige Pendant zur Verwerfung der Nichtigkeitsberufung ist insbesondere die zweitinstanzliche Bestätigung der Verwerfung einer Prozesseinrede. Letztere Entscheidung ist als prozessgestaltende Verfügung ab dem Eintritt ihrer Rechtskraft im weiteren Verfahrensverlauf sehr wohl bindend; sie steht der späteren Annahme einer Nichtigkeit aus diesem Grund entgegen (vgl. § 42 Abs 3 JN; § 7 Abs 2 ZPO).<sup>242)</sup> Wenn daher bei gesonderter Anfechtung im Falle bestätigender Entscheidungen nur ein Rechtszug mit zwei Instanzen offensteht, bestätigt dies die Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeiten im Rahmen der Anfechtung der Sachentscheidung gemäß §§ 471, 473 iVm § 519 ZPO durchaus (vgl. Punkt E.III.2. aE). Auf den wesentlichen Verfahrensmangel lässt sich diese Argumentation aber eben wegen § 425 Abs 2 ZPO nicht übertragen, sodass auch diese Überlegungen gegen die Gleichbehandlung beider Rechtsmittelgründe im Wege des Größenschlusses sprechen.

- e) Besonderes prozessökonomisches Interesse an frühzeitiger Klärung der Nichtigkeitsfrage

Für die befürwortete Ungleichbehandlung hinsichtlich der Revisibilität von Nichtigkeitsgründen und wesentlichen Verfahrensmängeln spricht schließlich – neben dem zwingenden Einfluss letzterer auf die Sachentscheidung – noch ein weiteres prozessökonomisches Argument. Die Behebung einer erst in dritter Instanz aufgegriffenen Nichtigkeit bedarf typischerweise eines weit größeren Verfahrensaufwands als jene eines sonstigen Verfahrensmangels. Letzterer erfordert gewöhnlich bloß eine spezifische Ergänzung oder fehlerfreie Wiederholung eines kleinen Teils des Verfahrens. Demgegenüber führt die Annahme einer Nichtigkeit – mit Ausnahme des Nichtigkeitsgrunds der Unzuständigkeit (§ 476 Abs 1 ZPO) und analog zu beurteilender Fälle<sup>243)</sup> – dazu, dass das gewonnene Prozessmaterial in einer allenfalls gebotenen Neudurchführung gänzlich unverwertbar wird.<sup>244)</sup> Es ist vor diesem Unterschied wertungsmäßig noch besser nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber den Prozess vor diesem „Damokles-Schwert“

<sup>237)</sup> Vgl. ausdrücklich M. Bydlinski in Fasching/Konecny, ZPG III/2<sup>3</sup> (2017) Vor § 425 Rz 9 aE.

<sup>238)</sup> Es geht bei prozessleitenden Beschlüssen nämlich um solche Beschlüsse, die „der zweckmäßigen und erfolgreichen Formung und Ausführung des Verfahrens“ (Sperrl, Lehrbuch 525) dienen und kein „vom Verfahren losgelöstes Eigenleben entfalten“ (Fasching, ZPG III [1966] 827). Genau diese Kriterien treffen auf jene Beschlüsse zu, die typischerweise „eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache“ hindern können.

<sup>239)</sup> Es handelt sich dabei nach hL um einen Paradeanwendungsfall für einen prozessleitenden Beschluss. So zB Neumann, Zivilprozessgesetz II<sup>4</sup> 1200: „Anordnung und Durchführung der Beweisaufnahme“; Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1590: „Beweisbeschluss und alle zu seiner Durchführung erforderlichen Anordnungen“; M. Bydlinski in Fasching/Konecny, ZPG III/2<sup>3</sup> Vor § 425 Rz 10: „alle im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme getroffenen richterlichen Anordnungen“.

<sup>240)</sup> Vgl. Fasching, ZPG III 357; Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1<sup>3</sup> (2017) § 291 ZPO Rz 1.

<sup>241)</sup> Materialien II 329.

<sup>242)</sup> Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 425 Rz 3 mwN.

<sup>243)</sup> Vgl. dazu Trenker, Anmerkung zu OGH 1 Ob 218/19v, EvBl 2020/97, 678. Dementsprechend für die Verwertbarkeit der Beweisergebnisse bei Nichtigkeit in Folge einer Unzulässigkeit des streitigen Verfahrens OGH 1 Ob 218/19v.

<sup>244)</sup> Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1796.



schützen wollte, sobald ein zweitinstanzliches Gericht eine Nichtigkeit geprüft und sie im Einklang mit dem Erstgericht verneint hat.<sup>245)</sup>

Auch diese Wertung findet eine Stütze im Gesetz bzw in den Erwägungen des historischen Gesetzgebers: Namentlich führen die Gesetzesmaterialien diesen Gedanken – im Kontext des mehrfach erwähnten § 42 Abs 3 JN – zur Rechtfertigung der intendierten „Vereinfachung“ der „Ordnung der Kompetenzfrage“ an. Denn gerade „die strenge Durchführung der Kompetenzregeln“, begründe, insbesondere wenn eine darauf gründende Nichtigkeit erst „in einem vorgeschrittenen Stadium“ des Prozesses entdeckt wird, die Gefahr, dass sich „die Fälle einer zwecklos aufgewendeten vergeblichen Prozesshätigkeit vermehren“.<sup>246)</sup>

### 3. Kein Wertungswiderspruch zu einzelnen Nichtigkeitsgründen

Die Wertungen, die der Behandlung des Nichtigkeitsgrunds als einzigem Rechtsmittelgrund sowie der Konformitätssperre des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO zugrunde liegen, zeugen von einem stimmigen und konsequenten gesetzlichen Konzept. Dieses Konzept verbietet die Gleichbehandlung berufsgerichtlicher verworfener Nichtigkeiten und verneinter sonstiger Verfahrensmängel, weil es im ersten Fall um eine bloße – wenn auch im öffentlichen Interesse gelegene – Inzidenzstreitigkeit geht, im zweiten Fall hingegen um die Richtigkeit der Sachentscheidung. Im Folgenden wird noch zu zeigen sein, dass diese gesetzliche Wertentscheidung selbst im Einzelfall zu überzeugen vermag und keiner Korrektur durch den Rechtsanwender bedarf. Dafür gilt es der Frage nachzugehen, ob es für sämtliche Nichtigkeitsgründe sachlich gerechtfertigt werden kann, dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz bei der Entscheidung über deren Vorliegen schwächer ausgestaltet hat als bei der Entscheidung über einen wesentlichen Verfahrensmangel. Dies ist mE zu bejahen:

Relativ eindeutig ist dies für die Berechtigung der Differenzierung beim Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 477 Abs 1 Z 7 ZPO), der mangelnden inländischen Gerichtsbarkeit, der internationalen, sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit (§ 477 Abs 1 Z 3 ZPO), der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 477 Abs 1 Z 6 ZPO), der Verwendung vorgefasster Protokollentwürfe (§ 477 Abs 1 Z 8 ZPO), der mangelhaften Abfassung des Urteils (§ 477 Abs 1 Z 9 ZPO) oder dem Verstoß gegen eine streitgegenstandsbezogene Prozessvoraussetzung (Streitanhängigkeit, Rechtskraft, Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht). Da all diese Mängel nämlich keinen Einfluss auf die Richtigkeit der Sachentscheidung haben müssen und üblicherweise auch nicht haben, ist es ohne weiteres zu rechtfertigen, wenn für die Entscheidung über diese Nichtigkeitsgründe weniger Aufwand als für die Klärung eines wesentlichen Verfahrensmangels betrieben werden soll.

Der OGH hat in 10 Obs 267/91 freilich (durchaus scharfsinnig) nicht diese Beispiele, sondern den

Entzug des rechtlichen Gehörs (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO) als Vergleichsmaßstab herangezogen, um den von ihm postulierten Wertungswiderspruch zu untermauern: Sei die berufsgerichtliche Entscheidung, mit der sogar ein gänzlicher Entzug der Beteiligungsrechte der Parteien an der Stoffsammlung verneint wurde, unanfechtbar, müsse dies erst recht für die Verneinung eines spezifischen Verfahrensmangels gelten, dessen wichtigste Anwendungsbeispiele ja ebenfalls eine Beschneidung des Gehörs der Parteien bei der Stoffsammlung betreffen. So schlüssig diese Überlegung prima facie auch anmutet, so missachtet sie einmal mehr die erforderliche Wesentlichkeit für die Geltendmachung eines sonstigen Verfahrensmangels: Während die erfolgreiche Rüge eines spezifischen Mangels den Nachweis der Kausalität für die Richtigkeit der Sachentscheidung voraussetzt, führt der umfassende Entzug des rechtlichen Gehörs – übrigens anders als im Außerstreitverfahren<sup>247)</sup> – per se zur Nichtigkeit. Daraus ergibt sich folgendes friktionsfreies Resultat: Wer nur behauptet, ihm wurde das rechtliche Gehör entzogen, ohne darlegen zu können, was er bei dessen Gewährung vorgebracht hätte und wie sich dies auf die Entscheidung ausgewirkt haben konnte, darf zur Überprüfung der Berechtigung dieser „Beschwerde“ den OGH im Falle ihrer Verwerfung seitens des Berufungsgerichts nicht anrufen.<sup>248)</sup> Wer hingegen (auch<sup>249)</sup> hinreichend darlegen kann, inwieweit ein spezifischer Gehör-entzug (zB Zurückweisung eines Beweisantrags) die Sachentscheidung verfälschen konnte, und er dies auch in der Berufung getan hat, kann trotz Verneinung dieses Verstoßes seitens des Berufungsgerichts Revision an den OGH erheben (freilich nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 502 ZPO!).<sup>250)</sup>

<sup>247)</sup> StRsp, zB OGH 5 Ob 174/05g; 7 Ob 129/13s; 1 Ob 255/15d; 5 Ob 172/19h; RIS-Justiz RS0120213; *Motal/Krist* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG (2019) § 58 Rz 3; aA noch OGH 3 Ob 78/06a; zustimmend G. *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz I<sup>2</sup> (2019) § 58 Rz 13.

<sup>248)</sup> Im Außerstreitverfahren liegt diesfalls nach stRsp nicht einmal ein tauglicher Rekursgrund vor (siehe vorige Fn), was deutlich zeigt, dass eine entsprechende Differenzierung mit der Folge der (Nicht-)Anrufbarkeit des OGH erst recht sachlich gerechtfertigt werden kann.

<sup>249)</sup> Insofern ist mE – wohl entgegen der folgerichtigen, aber wegen der verfehlten Annahme eines Größenverhältnisses unrichtigen Rsp (RIS-Justiz RS0042981 [T 5]) – eine Art Konkurrenz von Nichtigkeit und wesentlichem Verfahrensmangel möglich.

<sup>250)</sup> Selbst wenn man die hier propagierte Differenzierung – mE zu Unrecht (vgl Fn 248) – für nicht sachlich gerechtfertigt erachten sollte, weil ein Entzug des rechtlichen Gehörs anders als sonstige Nichtigkeitsgründe geradezu regelmäßig wesentlich sein wird, schüttet man das Kind mit dem Bade aus, wenn man daraus die mangelnde Revisibilität sonstiger wesentlicher Verfahrensmängel ableiten will. Das Problem besteht unter dieser Prämisse ja nicht darin, dass für die Überprüfung eines erstinstanzlichen wesentlichen Mangels zu viel Rechtsschutz gewährt wird, sondern für die Überprüfung eines spezifischen Nichtigkeitsgrundes zu wenig. Die Lösung wäre daher – wenn überhaupt – in einer Rechtsfortbildung zu suchen, der zu-

<sup>245)</sup> Ganz in diesem Sinn R. *Müller*, DRdA 1997, 459.

<sup>246)</sup> Materialien I 56.

Ganz ähnlich verhält es sich bei der Ausgeschlossenheit oder Befangenheit des Richters (§ 477 Abs 1 Z 1 ZPO). Solange nicht behauptet wird, dass dieser – vermeintliche – Mangel die Sachentscheidung in Form einer konkreten Verfehlung des Richters beeinflusst hat, kann das Berufungsgericht diesen Nichtigkeitsgrund endgültig verneinen. Wird indes zusätzlich ein wesentlicher Fehler des – vermeintlich parteiischen – Richters aufgezeigt, sollte eine Anrufung des OGH richtigerweise möglich bleiben.

#### V. Zwischenfazit

Unterstellt man dem Gesetzgeber, die Anfechtung verworfener erstinstanzlicher Nichtigkeiten durch ihre Verweisung ins Berufungsvorverfahren bewusst ausgeschlossen zu haben (was Grundvoraussetzung für den Größenschluss der Rsp sein muss), so ist auch die Entscheidung, sonstige Verfahrensmängel nicht diesem Regime zu unterwerfen, eine bewusste. Diese Differenzierung ist konsistent und folgerichtig, weil die der untersuchten Rechtsfolge zugrundeliegende Wertung, dass für prozessuale Inzidenzstreitigkeiten ein geringerer Rechtsschutz als für die Sachentscheidung ausreicht, nur auf den Rechtsmittelgrund der Nichtigkeit zutrifft. Währenddessen haben sonstige Verfahrensmängel wegen des zusätzlichen Tatbestandserfordernisses der Wesentlichkeit zwangsläufig Bedeutung für das Meritum, weshalb sie insoweit nicht in einen Topf mit Nichtigkeitsgründen geworfen werden dürfen. Die Konformitätssperre bestätigt diese Kategorisierung maßgeblich, weil ihre „funktionale Erweiterung“ auf die Entscheidung über meritorische Mängel den getroffenen Weichenstellungen des historischen Gesetzgebers diametral widersprechen würde. Die weitergehende Anfechtbarkeit verneinter sonstiger Verfahrensmängel im Vergleich zu verworfenen Nichtigkeitsgründen führt auch im Einzelnen zu keinen korrekturbedürftigen Wertungswidersprüchen.

#### F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die in mehreren hundert OGH-Entscheidungen bestätigte Rsp, wonach erstinstanzliche Verfahrensmängel nicht mehr als Revisionsgrund in Betracht kommen, wenn ihr Vorliegen vom Berufungsgericht verneint wurde, kann sich auf zwei potenzielle Begründungsstränge stützen: Erstens ist insbesondere wegen der Beschränkung des § 503 Z 2 ZPO auf Mängel des Berufungsverfahrens denkbar, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel in der taxativen Aufzählung der Revisionsgründe in § 503 ZPO keine Deckung finden. Zweitens könnte sich diese Rechtsfolge aus einem Größenschluss zur Unanfechtbarkeit verworfener erstinstanzlicher Nichtigkeiten ergeben, welche aus §§ 471, 473 iVm § 519 ZPO abgeleitet wird (Punkt C.III.).

Indessen vermögen weder Art 6 EMRK (Punkt C.I.) noch eine pauschale Berufung auf den Grundsatz der Prozessökonomie (Punkt C.II.) etwas zur Prob-

lemlösung beizutragen. Zwar ebenfalls nicht unmittelbar ausschlaggebend, aber immerhin bemerkenswert ist jedoch, dass die zahlreichen von der Judikatur anerkannten Ausnahmen von der mangelnden Revisibilität erstinstanzlicher Verfahrensmängel nicht den Eindruck eines konsequenten und stimmigen Konzepts vermitteln, sondern eher Billigkeitserwägungen zur Korrektur eines möglicherweise unrichtigen Grundsatzes geschuldet sein dürften (Punkt C.IV.).

2. Erstinstanzliche Verfahrensmängel finden im Katalog des § 503 ZPO insofern Deckung, als sie eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens iS des § 503 Z 2 ZPO bewirken können. Maßgeblich für § 503 Z 2 ZPO ist nämlich, ob die Grundlage für die vom Berufungsgericht bei Verneinung eines erstinstanzlichen Verfahrensmangels zu fällende Sachentscheidung (§ 497 Abs 1 ZPO) an einem Mangel leidet, der geeignet ist, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung dieser Sachentscheidung zu verhindern. Ob dieser Mangel ein originärer Fehler des Berufungsverfahrens ist oder seine Grundlage bereits in einer nicht behobenen Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens hat, ist dabei irrelevant. Diese Auffassung trägt nicht nur der Funktion der Berufung als solcher sowie jener des Berufungsgrunds des wesentlichen Verfahrensmangels bestmöglich Rechnung, sondern entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum, in der älteren Rsp sowie einer einschlägigen Aussage in den Gesetzesmaterialien (Punkt D.II.2.).

Kein Mangel des Berufungsverfahrens liegt jedoch vor, wenn ein erstinstanzlicher Mangel in der Berufung gar nicht gerügt wurde, weil ihn das Berufungsgericht diesfalls gar nicht aufgreifen hätte dürfen. Der seitens der – vor allem älteren – Rsp postulierte Grundsatz, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel nur in der nächsthöheren Instanz überprüft werden dürfen, ist daher nur in der Form anzuerkennen, dass eine in der Berufung unterlassene Verfahrensrüge in der Revision nicht mehr nachgeholt werden kann (Punkt D.II.3.).

Der Revisionsgrund des § 503 Z 4 ZPO erfordert hingegen eine unrichtige rechtliche Beurteilung der jeweiligen Sachentscheidung. Die Sachentscheidung der Berufung ist gemäß § 497 Abs 1 ZPO auch bei einer geltend gemachten Verfahrensrüge die Entscheidung über den Streitgegenständlichen Anspruch. Die unrichtige Verneinung eines gerügten erstinstanzlichen Verfahrensmangels stellt damit keine unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache iS des § 503 Z 4 ZPO dar (Punkt D.III.3.b)).

Ganz generell kann nach überwiegender Ansicht der neueren Lehre und Rsp aber auch die Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften so unmittelbar auf die Sachentscheidung einwirken, dass sie nicht unter den Rechtsmittelgrund des wesentlichen Verfahrensmangels, sondern jenen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zu subsumieren ist. Maßgebliches Abgrenzungskriterium hierfür sollte sein, ob sich der Verfahrensverstöß auf den juristischen Untersatz, also die Feststellung des Sachverhalts ausgewirkt hat (wesentlicher Verfahrensmangel), oder unmittelbar den juristischen Obersatz,

folge die Verwerfung des Nichtigkeitsgrunds einer Gehörverletzung – anders als jene sonstiger Nichtigkeitsgründe – trotz § 519 ZPO angefochten werden könnte.

das heißt die für die Sachentscheidung erforderliche rechtliche Subsumtion betrifft (unrichtige rechtliche Beurteilung) (Punkt D.III.3.c)). Ausgehend hiervon erheben sich freilich durchgreifende Zweifel, ob dieses Differenzierungsmerkmal wirklich geeignet ist, den Ausschlag darüber zu geben, ob eine vom Berufungsgericht verneinte Verletzung der Verfahrensgesetze durch das Erstgericht revisibel ist oder nicht, worauf die hRsp aber hinausläuft.

3. Der in stRsp behauptete Größenschluss setzt methodisch – unabhängig davon, ob er kraft einfacher systematischer Interpretation oder im Wege der Rechtsfortbildung eingesetzt wird – voraus, dass die gesetzlichen Wertungsgrundlagen für den Revisionsausschluss verworfener erstinstanzlicher Nichtigkeitsgründe in zumindest gleicher Weise auf die Verneinung eines erstinstanzlichen sonstigen Verfahrensmangels zutreffen (Punkt E.II.). Hinter der aus §§ 471, 473 iVm § 519 ZPO abgeleiteten und durch § 528 Abs 2 Z 2 ZPO indirekt bestätigten Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeiten steht die gesetzliche Wertung, für prozessuale Neben- oder Inzidenzstreitigkeiten einen geringeren Rechtsschutzapparat als für die Sachentscheidung selbst zur Verfügung zu stellen (Punkt E.III.).

Zwischen den Rechtsmittelgründen der Nichtigkeit und des sonstigen Verfahrensmangels besteht kein logisches Größenverhältnis, weil bei letzteren das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der Wesentlichkeit, also der erforderlichen Auswirkung des Mangels auf die Richtigkeit der Sachentscheidung, hinzukommt. Die Nichtigkeitsgründe dienen hingegen nicht primär der Gewährleistung der Richtigkeit der Sachentscheidung, sondern anders gelagerten öffentlichen Interessen. Sie stehen daher zu sonstigen Verfahrensmängeln nicht im Verhältnis eines *plus*, sondern eines *aliud* (Punkt E.IV.1.).

Der in § 471 ZPO angeordneten Behandlung von Nichtigkeitsgründen im Berufungsvorverfahren liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich dabei um eine prozessuale Inzidenzstreitigkeit handelt, für die ein geringerer Rechtsschutzapparat als für die Überprüfung der meritorischen Entscheidung ausreicht. Dass der Gesetzgeber die Überprüfung sonstiger Verfahrensmängel nicht dem Regime des Berufungsvorverfahrens mit der hiermit verbundenen Anfechtungsbeschränkung in der dritten Instanz unterworfen hat, beruht, zumal diese Verfahrensmängel per definitionem geeignet sein müssen, die Sachentscheidung beeinflusst zu haben, auf einer bewussten, folgerichtigen und sachlich gerechtfertigten Wertentscheidung. Der Größenschluss der Rsp würde diese Entscheidung hingegen in systemwidriger Weise konterkarieren (Punkt E.IV.2.b)).

Dass die Konformitätssperre nach § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ausweislich der Entstehungsgeschichte bewusst auf „prozessuale Nebenschauplätze“ ohne meritorische Auswirkung beschränkt wurde, bestä-

tigt die Differenzierung hinsichtlich der Revisibilität verworfener erstinstanzlicher Nichtigkeiten und verneinter erstinstanzlicher wesentlicher Verfahrensmängel. Eine „funktionale Ausdehnung“ des Grundgedankens der Konformitätssperre auf den Rechtsschutz gegen die Sachentscheidung, nämlich durch Ausschluss der Revision gegen die berufsgerichtliche „Bestätigung“ des Nichtvorliegens eines erstinstanzlichen Mangels, widerspräche (auch) dieser gesetzgeberischen Intention diametral (Punkt E.IV.2.c)). Die durch § 528 Abs 2 Z 2 ZPO bewirkte Unanfechtbarkeit eines vom Rekursgericht bestätigenden Beschlusses über die Stoffsammlung (zB Zurückweisung eines Beweisanbots), begründet auch keinen Wertungswiderspruch zur Anfechtbarkeit der berufsgerichtlichen Verneinung desselben Stoffsammlungsmangels. Bei diesem Beschluss handelt es sich nämlich typischerweise um eine prozessleitende und daher für das Gericht nicht einmal innerprozessual verbindliche Verfügung iS des § 425 Abs 2 ZPO. Die Geltung der Konformitätssperre liegt für solchermaßen „vorübergehende“ Entscheidungen aus prozessökonomischer Warte besonders nahe, ohne dass hieraus Rückschlüsse auf den Rechtsschutz gegen die endgültige Verneinung des daraus folgenden Verfahrensmangels gezogen werden dürfen (Punkt E.IV.2.d)).

Auch hinsichtlich der einzelnen Nichtigkeitsgründe führt eine „Ungleichbehandlung“ mit wesentlichen Verfahrensmängeln zu keinen durchgreifenden Wertungswidersprüchen. Selbst die Unanfechtbarkeit der Verwerfung einer behaupteten Nichtigkeit wegen Entzugs des rechtlichen Gehörs (§ 477 Abs 1 Z 4, 5 ZPO) ist mit der Revisibilität der Verneinung eines spezifischen Entzugs der Parteirechte als einem typischen sonstigen Verfahrensmangel in Einklang zu bringen. Denn der Rechtsmittelwerber muss in letzterem Fall für den Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO ja zusätzlich darlegen, inwieweit diese partielle Gehörsbeschneidung geeignet war, die Richtigkeit der Sachentscheidung zu beeinflussen (Punkt E.IV.3.).

4. Fazit: Die mangelnde Revisibilität vom Berufungsgericht verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmängel findet weder eine explizite gesetzliche Grundlage, noch kann diese Rechtsfolge im Wege des Größenschlusses zur Unanfechtbarkeit verworfener Nichtigkeiten abgeleitet werden. Die damit angeordnete Differenzierung zwischen Nichtigkeiten und sonstigen Verfahrensmängeln ist ausgehend von den gesetzlichen Wertungsgrundlagen folgerichtig und sachlich berechtigt. Die hRsp ist damit mE widerlegt und richtigerweise aufzugeben.

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