

Überschießende Anwendung des Verbots überschießender Feststellungen

Anmerkung zu OGH 27. 5. 2020, 5 Ob 24/20 w¹⁾

ÖJZ 2021/16

Der Anlassfall 5 Ob 24/20 w

Der OGH hatte in 5 Ob 24/20 w die Frage nach der Wirksamkeit einer wohl nicht untypischen Vertragsklausel des Kfz-Teilamortisationsleasing²⁾ zu beurteilen. Dem **Leasingnehmer (LN)** sollte das **Gewährleistungsrisiko für Mängel** aufgebürdet werden, die erst **während der Vertragslaufzeit**, also nach der ursprünglichen Übergabe, aber vor der Verwertung durch Verkauf an einen Dritten oder Selbsteintritt des LN entstehen. Letztlich ließ der OGH diese Frage freilich offen, weil er die **Heranziehung der konkreten Klausel** durch das BerG wegen des **Verbots überschießender Feststellung** für unzulässig befand.

Der Leasinggeber (LG) hatte sich nämlich in seinem Vorbringen (als Grundlage seiner Aufrechnungseinrede) nur auf Pkt 8.3. des Vertrags gestützt, wonach ihm der LN im Fall des Verkaufs an einen Dritten einen allfälligen Mindererlös im Vergleich zum kalkulatorischen Restwert zu ersetzen habe. Das BerG entnahm die Verlagerung des Gewährleistungsrisikos auf den LN jedoch – zumindest laut OGH – „primär“ Pkt 8.6.: Darin verpflichtete sich der LN gegenüber dem LG zum Regress, wenn der LG nach Verwertung des Pkw vom Käufer für Mängel in Anspruch genommen würde, die nicht schon im Zeitpunkt der ursprünglichen Übergabe vorhanden waren. Dieser Sichtweise des BerG trat der OGH von vornherein entgegen, weil die Klausel in Pkt 8.6. gar nicht mehr in den Rahmen des geltend gemachten Rechtsgrunds fiele. **ME scheint** – mangels Kenntnis des Akts ist eine gesicherte Beurteilung naturgemäß nicht möglich – das Höchstgericht dabei allerdings von einem **unzutreffenden Verständnis des Verbots überschießender Feststellungen** auszugehen, was Anlass bietet, diesem Verbot näher auf den Grund zu gehen.

Dogmatische Grundlage des Verbots überschießender Feststellungen

Allen voran: Das **Prozessrecht** erfüllt **keinen Selbstzweck**, sondern dient der Durchsetzung und Verwirklichung des materiellen Rechts. Insoweit – also ohne damit ein Hierarchieverhältnis zwischen beiden Rechtsmaterien ausdrücken zu wollen – ist auch die Wendung vom „dienenden Charakter des Prozessrechts“ legitim.³⁾ Folgerichtig verbietet es sich ebenso, konkrete Regeln, wie das Verbot überschießender Feststellungen, losgelöst von ihrer gesetzlichen Grundlage und dem dadurch verfolgten Zweck zu interpretieren.

Das Verbot überschießender Feststellungen findet seine dogmatische Grundlage im **Dispositionsgrundsatz**.⁴⁾ Indem die Parteien durch ihre Begehren und die hierfür aufgestellten Behauptungen⁵⁾ den **Streitgegenstand** festlegen, begrenzen sie zugleich die Kognitionsbefugnis des Gerichts.⁶⁾ Ebenso wie dem Gericht folglich eine Überschreitung des Begehrens, das erste Glied des Streitgegenstands, untersagt ist, verbieten sich „überschießende“ Tatsachenfeststellungen, die den durch die Parteibehauptungen identifizierten Klagsgrund als das zweite Glied des Streitgegenstands überschreiten.⁷⁾ Das Gesetz hat diesen Funktionszusammenhang hinsichtlich des Begehrens in § 405 ZPO („ne ultra petita“), hinsichtlich des maßgeblichen Sacherhalts, in **§ 182 Abs 1 ZPO** zum Ausdruck gebracht: Nach § 182 ZPO ist die richterliche Ermittlungstätigkeit nämlich auf die „Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche“ beschränkt.

Inhalt und Ausgestaltung des Verbots überschießender Feststellungen

Als Kehrseite hiervon darf das Gericht **innerhalb des geltend gemachten Klagsgrunds** und der erhobenen **Einwendungen** – es handelt sich gewissermaßen⁸⁾ um das Pendant zum Klagsgrund auf Beklagtenseite – sehr wohl überschießende Feststellungen treffen.⁹⁾ Anders als ein anderer Rechtssatz indizieren mag,¹⁰⁾ **beginnt das Verbot überschießender Feststellungen** eben erst **jenseits der Streitgegenstandsgrenze**, während innerhalb des jeweiligen Klagsgrunds bzw der jeweiligen Einwendungen auch Feststellungen zulässig sind, denen keine entsprechende oder gar wortwörtlich identische Parteibehauptung zugrunde liegt.¹¹⁾ Das Gericht ist innerhalb des Streitgegenstands sogar **verpflichtet**, also nicht nur **berechtigt**, wie es in manchen Entscheidungen¹²⁾ unrichtig heißt, überschießende Feststellungen zu treffen.¹³⁾ Eine Berechtigung ohne korrespondierende Pflicht widerspräche nämlich nicht nur dem Wortlaut von § 182 Abs 1 ZPO (arg: „Der Vorsitzende hat“), sondern würde geradezu willkürliche Rechtsschutzgewährung erlauben. Selbst im **Berufungsverfahren** sind überschießende Feststellungen innerhalb des Streitgegenstands zulässig, sei es nach einer Beweiswiederholung/-ergänzung, sei es aufgrund berechtigter (Unmittelbarkeitsgrundsatz!) Verwertung erstinstanzlicher Beweisergebnisse. Das **Neuerungsverbot** verbietet entsprechend seinem prozessökonomischen telos nämlich lediglich die Berücksichtigung solcher Tatsachen(-behauptungen), die nicht aus den ohnehin vorliegenden Beweisergebnissen abzuleiten sind und folglich zusätzliche Erhebungen erfordern.

Nicht ganz eindeutig ist indes das Verhältnis der Pflicht zur Feststellung überschießender Tatsachen zur bisweilen postulierten **Pflicht zur Anleitung** der Parteien über die Möglichkeit, sich ein überschießendes Beweisergebnis durch nachträgliches Vorbringen zu eigen zu machen.¹⁴⁾ Richtigerweise ist eine derartige Anleitung mE insoweit sinnvoll, als beide Parteien daraufhin zum Ausdruck bringen können, keine entsprechende Behauptung „nachschießen“ zu wollen. So können sie die betreffende Tatsache nämlich – im Grundsatz zulässigerweise¹⁵⁾ – aus dem Streitgegenstand ausklam-

- 1) Siehe EvBl 2021/12 (in diesem Heft).
- 2) Dazu allgemein *Schopper/Skarics* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VII² (2014) Rz 1/53, 1/55.
- 3) *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition (2020) 99 ff; vgl ganz idS auch Materialien zu den österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1897) 190.
- 4) Siehe nur 1 Ob 326/60 JBl 1961, 123; 8 Ob 23/63 JBl 1964, 208.
- 5) § 226 Abs 1, § 239 Abs 1 ZPO.
- 6) Mat I 263; ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 23, wo freilich fälschlicherweise auf den „Verhandlungsgrundsatz“ rekurriert wird.
- 7) *Trenker*, Parteidisposition 132 f.
- 8) Der Begriff der Einwendung wird insoweit als untechnischer Überbegriff verwendet, ohne dass damit eine Abgrenzung zur Einrede bezweckt wäre (hierzu jüngst, freilich primär aus materiell-rechtlicher Sicht, G. Kodek, Die Einrede im Zivilrecht [2020] passim, insb 196 ff).
- 9) RS0040318; RS0036933 (T 6); RS0037964 (T 1, 2); RS0037972 (T 1, 2, 9).
- 10) RS0037870, zB 1 Ob 778/81; vgl idS auch RS0037002; *König*, JBl 1972, 274.
- 11) Mat I 263; Ob II 657/25 SZ 7/247; 4 Ob 25/16 d; 9 ObA 139/16 d; *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I⁴ (1927) 786; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 661, 899; *Trenker*, Parteidisposition 133 mwN.
- 12) 2 Ob 60/73; 1 Ob 163/98 x; RS0037972 (T 12); RS0036933 (T 5); wohl auch idS 5 Ob 300/66 RZ 1967, 105.
- 13) Zutr 1 Ob 742/81 (unveröff.); RS0037972; RS0037972 (T 3); *Neumann*, Zivilprozessgesetze I⁴ 786; vgl auch *Klein*, Pro futuro: Betrachtungen über Probleme der Zivilprozeßreform in Österreich (1891) 29 f.
- 14) Ob II 657/25 SZ 7/247; 5 Ob 240/70; RS0036933 (T 4).
- 15) 8 Ob 232/71 JBl 1972, 271 (zust *König* mwN auch der Gegenansicht); 1 Ob 118/74 JBl 1975, 369; *Trenker*, Parteidisposition 134; aA *Justizministerium*, Beantwortung der Fragen (1897) 76.

mern. Wird die Belehrung aber unterlassen, bleibt dies iaR (Ausnahme: die mangelnde Erörterung wird als Verfahrensmangel gerügt und der Berufungsgegner gesteht zu, dass er sich die Tatsache ebenfalls nicht zu eigen gemacht hätte, was Voraussetzung für die Wesentlichkeit des Verstoßes ist) dennoch sanktionslos.¹⁶⁾

Ergibt sich hingegen ein Beweisergebnis **außerhalb des Streitgegenstands**, besteht nicht einmal eine Erörterungspflicht. Die hM **verneint** nämlich zu Recht eine **Pflicht zur Anleitung verteilter Parteien zu einer Erweiterung des Klagsgrunds¹⁷⁾ oder ihrer Einwendungen**. Eine vertretene Partei muss eine über den Streitgegenstand hinausgehende Tatsache somit erst **von sich aus** behaupten, damit sie das Gericht berücksichtigen darf. Nicht ausreichend ist es dafür, dass die Partei die Tatsache lediglich im Rahmen der Parteivernehmung aussagt,¹⁸⁾ geschweige denn, dass sie eine entsprechende Frage an den Sachverständigen richtet¹⁹⁾ oder die Tatsache überhaupt nur von einem Zeugen aufgebracht wird.²⁰⁾ Zumindest Ersteres sollte mE allerdings doch eine Erörterungspflicht des Gerichts auslösen.²¹⁾

Abgrenzung zulässiger von unzulässigen überschießenden Feststellungen

Die Frage nach der **Zulässigkeit überschießender Tatsachenfeststellungen** steht und fällt somit mit der **Abgrenzung des Streitgegenstands**, insb jener des **Klagsgrunds**, sowie – auf Beklagenseite – mit der Bestimmung der „Reichweite“ seiner **Einwendungen**. Wenngleich der Rechtsanwender damit unweigerlich beim bis heute nicht befriedigend geklärten Streit zwischen der Theorie vom rechtserzeugenden Sachverhalt und vom Lebenssachverhalt landet,²²⁾ dürfte die Orientierung am Streitgegenstand in vielen Fällen maßgeblich zur Klarheit beitragen.

Besonders hilfreich ist insofern eben die Frage nach dem Sinn und Zweck der Begrenzung der richterlichen Kognitionsbefugnis durch den Streitgegenstand und damit gleichsam die Frage nach der **Rechtfertigung des Dispositionsgrundsatzes**: Primär ist der Dispositionsgrundsatz als **zivilprozessuale Ausprägung der privatautonomen Entscheidungsbefugnis** darüber anzusehen, ob bzw welchen Anspruch oder welche Einwendung eine Partei in welchem Umfang gerichtlich geltend machen will.²³⁾ Niemandem soll in dieser Hinsicht ungewollter Rechtsschutz aufgedrängt werden. Freilich: Dieser theoretisch zweifellos gewichtige Gesichtspunkt darf bei nüchterner Sicht der Dinge nicht überbewertet werden. Gerade mit Blick auf das Verbot überschießender Feststellungen werden Fälle selten sein, in denen sich eine Partei dadurch beschwert erachtet, dass ihr Prozesserverfolg auch auf Tatsachen gestützt wird, die über den von ihr identifizierten Klagsgrund oder das Tatsachensubstrat ihrer Einwendungen hinausgehen. Weniger offensichtlich, aber praktisch umso wichtiger ist demgemäß ein **zweiter Schutzzweck** des Dispositionsgrundsatzes und speziell des Verbots überschießender Feststellungen, nämlich der **Schutz der Gegenpartei**: Diese darf nicht dadurch überrascht werden, dass plötzlich völlig unvorhersehbare, weil außerhalb des Streitgegenstands liegende Umstände zur Begründung des gegnerischen Prozessstandpunkts herangezogen werden. Es ist einer Partei nämlich nicht zumutbar, ihre „Verteidigung“ auf jede erdenkliche tatsächliche Grundlage des gegnerischen Begehrens auszurichten. Die Heranziehung eines nicht streitgegenständlichen Rechtsgrunds oder einer nicht relevanten Einwendung kommt deshalb im Endeffekt sogar einer Beschränkung ihres rechtlichen Gehörs nahe.

Vor diesem teleologischen Hintergrund ist in **Zweifelsfällen** zum einen zu fragen, ob eine **überschießende Feststellung** der einen Partei etwas **„aufdrängen“** würde, was sie so gar nicht zum Gegenstand des Verfahrens machen wollte und worüber sie gar keine Ent-

scheidung erwarten durfte.²⁴⁾ Vor allem aber ist zum anderen entscheidend, ob die überschießende Feststellung dem Begehren eine **Grundlage** gibt, mit deren Relevanz die andere Partei **redlicherweise nicht rechnen musste**. Nützlich dürfte schließlich – bei überschießenden Feststellungen zugunsten des Klägers – die Kontrollfrage sein, ob wegen der Einbeziehung der bisher nicht vorgebrachten Tatsache trotz Streitanhängigkeit oder rechtskräftigem Abschluss des Erstprozesses wirklich eine **zweite Klage** zulässig wäre.

Konkret ist nach diesen Grundsätzen die Feststellung eines nicht vorgebrachten Verzichts auf den Anspruch²⁵⁾ oder auf die Irrtumsanfechtung,²⁶⁾ die Feststellung eines nie behaupteten betrügerischen Zustandekommens eines Anerkenntnisses²⁷⁾ oder der nie behaupteten Existenz anzurechnender Vorteile²⁸⁾ unzulässig. Die Gegenpartei konnte und musste mit der Berücksichtigung derartiger Einwendungen in allen diesen Fällen nicht rechnen. Anders hat der OGH aber zu Recht entschieden, wenn nur einzelne Aspekte eines Verkehrsunfalls, die erst aus einem SV-Gutachten hervorgehen, nicht vom klägerischen Vorbringen gedeckt sind.²⁹⁾ Auch wenn sich der Kläger für die ao Kündigung eines Mietvertrags pauschal auf eine „Demolierungsbewilligung“ beruft, bedarf es keiner konkreten Behauptungen über die daraus abzuleitenden Gefahren, um entsprechende Beweisergebnisse zu verwerten.³⁰⁾ Ferner liegt keine unzulässige überschießende Feststellung vor, wenn sich der Kläger auf einen urkundlich errichteten Vertrag beruft, das Gericht aber auch mündliche Nebenvereinbarungen berücksichtigt.³¹⁾ Demgegenüber qualifiziert der OGH Feststellungen eines Vertragsinhalts wiederum zu Recht als unzulässig, wenn sich die Partei auf diesen Vertrag gar nicht beruft, ja nicht einmal einen vertraglichen Anspruch geltend macht.³²⁾

Stellungnahme zur Lösung in 5 Ob 24/20 w

Letztere Entscheidung leitet zur eingangs skizzierten E 5 Ob 24/20 w über: Der LG stützte seine (Gegen-)Forderung in casu allerdings sehr wohl auf einen vertraglichen Anspruch, er vertortete die Anspruchsgrundlage nur in der Klausel Pkt 8.3 statt in Pkt 8.6. Beide Vertragsbestimmungen betrafen zwei verschiedene Facetten der Risikoüberwälzung auf den LN für eine während der Vertragslaufzeit eingetretene Wertverringerung des geleasteten Pkw, wobei in Wahrheit keine der beiden Klauseln eine unmittelbare Regelung für den streitgegenständlichen „Selbsteintritt“ des LN traf. Das BerG leitete seine Lösung vielmehr offenbar daraus ab, dass es die bei einem Verkauf an Dritte **explizit geregelte Risikoverteilung**, die zumindest im Grundsatz **sowohl Pkt 8.3. als auch Pkt 8.6. zugrunde lag**, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf den nicht näher geregelten Selbsteintritt des LN übertrug.

Vor diesem Hintergrund vermag die Einstufung von Pkt 8.6., einer Klausel, die mit der explizit relevanten Klausel in Pkt 8.3. nach

16) So schon Ob II 657/25 SZ 7/247; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 899.

17) RS0037052; RS0108818; anders zu einem offenkundig verfehlten Klagebegehren RS0120057.

18) OGH 8 ObA 38/04 b; RS0040318 (T 7).

19) 8 Ob 329/71 ZVR 1973/7, 9.

20) 1 Ob 326/60 JBI 1961, 123; aA offenbar 1 Ob 195/00h; RS0040318 (T 5).

21) Zutr 1 Ob 118/74; aA für die Befragung des Sachverständigen 8 Ob 173/68.

22) Instruktiv dazu *Geroldinger* in *Fasching/Konecny* III/1³ Vor § 226 ZPO Rz 50 ff, 83 ff.

23) Vgl idS Mat I 263.

24) Vgl Mat I 263.

25) 7 Ob 685/89.

26) 5 Ob 523/87.

27) 1 Ob 326/60 JBI 1961, 123.

28) 8 Ob 329/71 ZVR 1973/7, 9.

29) 2 Ob 179/06 x.

30) Ob II 657/25 SZ 7/247.

31) 6 Ob 126/16 x.

32) 6 Ob 76/04 a.

der äußeren wie inneren Vertragssystematik in engem Zusammenhang steht, als unzulässige überschießende Feststellung **nicht zu überzeugen**. Führt man sich die Wertungsgrundlagen des Verbots überschießender Feststellungen nochmals vor Augen, so ist mE nämlich einerseits eindeutig, dass der LG Pkt 8.6. **nicht bewusst vom „Klagegrund“ seiner Gegenforderung ausschließen** wollte. Andererseits musste der LN **redlicherweise damit rechnen**, dass sich das Gericht bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht auf die explizit relevierte Vertragsbestimmung beschränken würde, sondern auch damit im Zusammenhang stehende Klauseln heranziehen darf und muss. Schließlich führt die angesprochene Kontrollüberlegung ebenso zum Ergebnis, dass Pkt 8.6. des Leasingvertrags keine überschießende Feststellung war: Denn richtigerweise wäre weder ein neuer rechtserzeugender Sachverhalt noch ein neuer Lebenssachverhalt gegeben, nur weil der LG seinen Anspruch in einer neuerlichen Klage auch auf diese Klausel stützen würde; eine solche Klage wäre nach rechtskräftigem Abschluss des Erstprozesses zurückzuweisen (§ 411 Abs 1 Satz 2 ZPO).

Die rechtliche Beurteilung des BerG war daher mE in prozessualer Hinsicht einwandfrei. Materiell-rechtlich war hingegen zweifelhaft, ob das Ergebnis der **ergänzenden Vertragsauslegung** zu Lasten des LN, offenbar ein Verbraucher, mit dem **Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG** vereinbar war; denn hinsichtlich der Gefahrtragung beim Kauf durch den LN war die Klausel wohl unvollständig.³³⁾ Als Folgefrage wäre ggf zudem noch zu klären gewesen, ob der **Ausschluss der Gewährleistung** für Mängel, die erst nach der Übergabe des Pkw, aber vor Ausübung einer Kaufoption eintreten, **§ 9 KSchG** widerspricht. Dagegen spricht zwar, dass der LG ansonsten zu zwei verschiedenen Zeitpunkten für die Mangelfreiheit des Leasingobjekts eintreten müsste, obwohl sich dieses nach der faktischen Übergabe schon ununterbrochen beim LN und späteren Käufer befand. Gesichert erscheint diese Einschätzung aber keineswegs. Der **OGH** hätte sich diesen Fragen jedenfalls stellen sollen und müssen.

Rechtsmittelgrund bei unzulässigen überschießenden Feststellungen

Auch wenn in casu mE gar keine unzulässige überschießende Feststellung vorlag, gilt es noch zu klären, welchen Rechtsmittelgrund ein solcher Fehler verwirklicht. Der **OGH** qualifiziert diesen seit der E 4 Ob 2338/96v (dort freilich noch als obiter dictum) in stRsp und auch in 5 Ob 24/20w als **unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache iSd § 503 Z 4 ZPO**.³⁴⁾

Systematisch vermag dies **mE nicht zu überzeugen**: Denn erstens betrifft die Zulässigkeit überschießender Feststellungen nicht unmittelbar die rechtliche Beurteilung der „Sache“ (§ 503 Z 4 ZPO), also nicht die Beurteilung, ob der festgestellte Sachverhalt den streitgegenständlichen Anspruch „trägt“; vielmehr geht es gerade um die **Ermittlung des subsumtionsfähigen Sachverhalts** als juristischen Untersatz. Die Richtigkeit dieser Tätigkeit ist aber entweder mit dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen Tatsachefeststellung, wenn es um die Beweiswürdigung selbst oder den Vorwurf einer Aktenwidrigkeit geht, oder eben, wie bei der überschießenden Feststellung, mit einer Verfahrensrüge zu überprüfen.³⁵⁾ Zweitens spricht für die Qualifikation als **wesentlichen Verfahrensmangel**, dass die Heranziehung einer Tatsache außerhalb des Streitgegenstands – wie gezeigt – wegen des damit verbundenen Verstoßes gegen den **Dispositionsgrundsatz** unzulässig ist; Verstöße gegen den Dispositionsgrundsatz werden aber von der Rsp sonst stets als wesentliche Verfahrensmängel eingestuft.³⁶⁾

Hintergrund der Qualifikation überschießender Feststellungen als unrichtige rechtliche Beurteilung in der Rsp des OGH dürften

freilich weniger systematische Erwägungen sein, als das – prinzipiell löbliche – Bestreben, derartige Fehler überhaupt sanktionieren zu können. Bei der Subsumtion überschießender Feststellungen unter § 503 Z 2 ZPO stehen dem nämlich zwei – richtigerweise allerdings nur: scheinbare – Hindernisse entgegen:

Zum einen scheint die Annahme eines wesentlichen Verfahrensmangels dem **Aphorismus** zu widersprechen, dass ein „**Zuviel**“, um das es sich bei der überschießenden Feststellung handelt, **nie eine Mangelhaftigkeit** begründen könne.³⁷⁾ Dieser Stehsatz ist jedoch mE nur richtig, wenn der Schutzzweck der verletzten Verfahrensnorm **ausschließlich** in der Gewährleistung einer **prozessökonomischen Verfahrensabwicklung** besteht.³⁸⁾ Geht es indes wie beim Verbot überschießender Feststellungen um die Wahrung des Dispositionsgrundsatzes auch zum Schutz der Gegenpartei, kann ein „Zuviel“ sehr wohl eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens bewirken.

Zweitens hat die Subsumtion unter § 503 Z 2 ZPO prima vista den großen Nachteil, dass **erstinstanzliche Verfahrensmängel**, wenn ihr Vorliegen vom BerG verneint wurde, bekanntlich nach **stRsp nicht mehr revisibel** sind.³⁹⁾ Auch dieses Dogma widerspricht allerdings – wie ich jüngst an anderer Stelle herauszuarbeiten versucht habe⁴⁰⁾ – der Systematik der ZPO und ist folglich richtigerweise aufzugeben.⁴¹⁾

Würde sich das Höchstgericht somit von diesen beiden selbst auferlegten „Fesseln“ lösen, wäre der Weg für eine **systemkonforme, konsequente** und dennoch **hinreichend rechtsschutzfreundliche Qualifikation einer unzulässigen überschießenden Feststellung als wesentlichen Verfahrensmangel** frei. Einziger Unterschied zur aktuellen Rechtslage wäre, dass die betreffende Feststellung im Rechtsmittel konkret gerügt werden müsste, während sie als unrichtige rechtliche Beurteilung von der gesetzeskonformen Ausführung der Rechtsrüge aus einem anderen Grund – wegen der diesfalls nach der Rsp gebotenen allseitigen Überprüfung⁴²⁾ – „miterfasst“ ist.⁴³⁾ Abgesehen davon, dass dies vom OGH offenbar gar nicht einheitlich so gehandhabt wird,⁴⁴⁾ erscheint es ausgehend vom Zweck des Verbots überschießender Feststellungen jedoch ohnehin sachgerechter, dass ein solcher Verstoß nur aufgegriffen wird, wenn sich eine Partei beschwert fühlt und dies auch entsprechend releviert.

Martin Trenker,
Universität Innsbruck

33) Vgl RS0115219.

34) RS0036933 (T 10, 11, 12); RS0040318 (T 2); RS0037972 (T 11); aA allerdings 4 Ob 79/99t; ebenso noch 2 Ob 580/86; 7 Ob 555/93; 9 ObA 69/94; 5 Ob 2090/96f.

35) Ausf Trenker, Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund, JBl 2020, 757 (770 ff); vgl idS bereits Schima, Vom System der Revisionsgründe der Zivilprozessordnung, in FS zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes (1950) 252 (260); ferner Fasching, Lehrbuch² Rz 1917.

36) Siehe insb 2 Ob 164/69; 8 ObA 126/01 i; RS0037713; ebenso zu § 405 ZPO: 2 Ob 26/58 JBl 1961, 15; 8 Ob 159/18t; RS0041240; RS0041089.

37) Siehe nur konkret 2 Ob 102/01 s; vgl auch G. Kodek, Zugang zum OGH bei Verfahrensmängeln: Versuch einer Klarstellung, Zak 2020, 29 (31).

38) Fasching IV¹ 209; Trenker, Bindungswirkung des zivilgerichtlichen Geständnisses, ÖJZ 2020, 293 (301).

39) RS0042963; RS0043919.

40) Trenker, JBl 2020, 757 und 825.

41) Ebenso Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 503 Rz 19; Lovrek in Fasching/Konecny IV¹ § 503 ZPO Rz 103 ff; aA G. Kodek, Zak 2020, 29 ff.

42) RS0043352.

43) So 4 Ob 102/02 g.

44) Vgl 1 Ob 316/01 d.