

Abhandlungen

RA Dr. Wolfgang Lenneis, Wien

Die Berufungsbeantwortung als Eventualberufung?

I. Problemstellung

Es geht um die Frage, ob bzw inwieweit die in erster Instanz obsiegende Partei genötigt ist, die ihr ungünstigen Feststellungen oder zu ihren Lasten vorgefallenen Verfahrensfehler in der Berufungsbeantwortung zu rügen, um sie im Revisionsverfahren aufgreifen zu können.

II. Entwicklung

Bis OGH 3. 10. 1996, I Ob 2234/96b = JBI 1998, 385 = EvBI 1997/80, hat der OGH diese Frage eindeutig verneint.¹⁾ Man mutete der in erster Instanz obsiegenden Partei nicht zu, gegen den eigenen Prozeßerfolg zu argumentieren und die ihr nachteiligen Feststellungen (bzw Verfahrensmängel) bereits mit der Berufungsbeantwortung zu bekämpfen, um sich den Weg zum Höchstgericht offenzuhalten.

Diese Judikatur war bis zu I Ob 2234/96 b völlig gefestigt und bezog sich immer wieder auf die Entscheidung OGH 4. 1. 1953, 3 Ob 14/53 = JBI 1954/307, mit ihrer bis ins Detail gehenden Begründung und auf das Judikat 230 (Judikate und Sprüche, 279ff).

Die dogmatische Begründung dieser Judikatur ist nicht einfach, da nach völlig herrschender Auffassung das Berufungsgericht nicht nur an die geltend gemachten Berufungsanträge, sondern auch an die geltend gemachten Berufungsgründe gebunden ist, dem Berufungsgericht also prima vista kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn es einen nicht gerügten Verfahrens- oder Feststellungsmangel nicht aufgreift.²⁾

Der OGH behalf sich meist mit einem Hinweis auf § 182 ZPO, wonach das Gericht auch von Amts wegen (auch im Anwaltsprozeß) auf die Vervollständigung des tatsächlichen Vorbringens hinzuwirken hat und verpflichtet ist, die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen ins klare zu setzen (so OGH 18.5. 1982, 5 Ob 6/82). Auch § 510 ZPO wird zur Begründung herangezogen: es liege eine Art prozessualer Notstand vor, der bei einer vorliegenden Rüge nach § 503 Z 2 ZPO den OGH zur Aufhebung des Berufungsurteiles verpflichtet (so Judikatenbuch 230), was auch § 488 ZPO gebietet. Die nach der ZVN 1983 ergangene E OGH 19. 3. 1985, 4 Ob 508/85 = EvBI 1985/1 13, argumentiert mit dem Begriff der Rechtssicherheit.

Letztlich „spürt“ man, wenn man die relevanten Entscheidungen liest, die Absicht des OGH, der in erster Instanz obsiegenden Partei die Revisionsmöglichkeit aus Billigkeitsgründen offenzuhalten.³⁾

III. OGH 3. 10. 1996, I Ob 2234/96 b

In dieser grundlegenden - in SZ leider nicht veröffentlichten - Entscheidung kehrte der OGH (ohne Einberufung eines verst Sen) von der bisherigen Judikatur ab und kommt zu folgender Konklusion: „... erscheint es auch nicht angezeigt, die bisherige Rechtsprechung (anzuschreiben, die es dem Berufungsgegner ermöglicht, die Beweis- bzw. Mängelrüge in der (ordentlichen) Revision nachzutragen“.

Dieser Entscheidung liegt - sehr verkürzt - folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kl Benutzer einer Wohnung behauptete Hauptmieter zu sein, dies

- a) wegen Ausnützung eines Präsentationsrechtes des Vorgängers;
- b) weiters wegen späterer Annahme des Mietzinses durch den Vermieter während längerer Zeit.

Die Hausinhabung schloß mit einem Repräsentanten jener Person, die für den früheren Hauptmieter aufgetreten war, einen Räumungsvergleich und bewirkte die gerichtliche Räumung. Später anerkannte sie das Hauptmietrecht des Kl. Dieser brachte gegen die Hausinhabung wegen der mit der Räumung verbundenen Spesen eine Schadenersatzklage ein, der in erster Instanz aufgrund des Sachverhaltes ad b) stattgegeben wurde, während der Sachverhalt ad a) nicht geprüft wurde. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, der OGH ließ die Revision nicht zu. Hierauf brachte der

- 1) Dies ist zu relativieren: OGH 19.3. 1985, 4 Ob 508/85 = EvBI 1985/113, wird die Beweisrüge in der Berufungsbeantwortung als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision - aber offenkundig nur für eine solche - verlangt.
- 2) § 462 Abs I ZPO lautet: „Das Berufungsgericht überprüft die Entscheidung des Gerichtes erster Instanz innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge.“ Hiezu schreibt Fasching, Kommentar IV, Anm 52 Vor §§ 461 -528 ZPO: „Obwohl § 462 ZPO nur von der Bindung an die Berufungsanträge spricht, ergibt sich doch aus dem ganzen Aufbau des Berufungsverfahrens und dem Wesen der österreichischen Berufung als beschränkter Berufung, daß das Berufungsgericht grundsätzlich auch an die geltend gemachten Berufungsgründe gebunden ist 13]. 8. 1949, SZXXII M4J.“
- 3) Es liegt ein anschaulicher Fall eines „beweglichen Systems“ im Sinne von Wilburg (siehe Bydlinski, juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 529ff) vor. Bydlinski, oAO, 532, schreibt hiezu: „Er geht im Wege der Abstraktion von diesem auffindbaren Einzelmaterial auf die allgemeinsten voneinander unabhängigen Wertungen zurück, die im jeweils untersuchten Sachbereich wirksam sind und für die in Frage stehenden Rechtsfolgen sprechen. Die Prinzipien („Kräfte“) bilden die „Elemente“ des jeweiligen (Teil-)Systems.“ Im konkreten Fall sind verschiedene „Elemente“ in Einklang zu bringen: Wesen der Berufungsbeantwortung, Sicherung des Instanzenzuges, Stellung des Rechtsanwaltes nach RAO, kontradiktorisches Prinzip uva.

Kl eine Amtshaftungsklage ein, die in drei Instanzen erfolglos war. Der OGH vertrat die Meinung, daß aufgrund des konkreten Sachverhaltes ad b) ein konkludentes Mietverhältnis nicht begründet worden sei. Ob das Präsentationsrecht wirksam ausgenützt wurde, sei mangels Rüge in der Berufungsbeantwortung nicht zu überprüfen.

Ich möchte zunächst zu dieser Entscheidung⁴⁾ Stellung nehmen und zwar ohne Berücksichtigung der durch sie veranlaßten und von mir später referierten Gesetzesänderung.

Die für den Praktiker bedeutsame Konsequenz von I Ob 2234/96 b ist, daß er sich nicht auf den Lorbeeren des in erster Instanz gewonnenen Prozesses ausruhen darf. Auch im Falle des Prozeßgewinnes in erster Instanz sind (vermeintliche) Fehler des Erstgerichtes im Feststellungs- und Verfahrensbereich unter Angabe ihrer Relevanz zu rügen, will man sich den Weg zum OGH nicht versperren.

Ich halte den Grundgedanken dieser Entscheidung aus mehreren Gründen für äußerst bedenklich:

- Zunächst bedeutet „Berufungsbeantwortung“ dem Ausdruck nach eine Stellungnahme zur Berufung, nicht mehr und nicht weniger, keinesfalls aber eine Rüge des Urteils. Völlig klar definiert dies *Fasching*, Zivilprozeß, Lehr- und Handbuch², Rz 1785, wie folgt: „Der Inhalt der Berufungsbeantwortung besteht in einer Auseinandersetzung mit den Berufungsgründen.“

Die Berufungsbeantwortung dient dazu, dem Berufungsgegner rechtliches Gehör im Berufungsverfahren zu schaffen, indem er das Recht hat, auf die Berufungsgründe zu replizieren. *Fasching*, aaO, Rz 1785, fügt hinzu:

„Der Gese/zgeber zwingt den Beruhjngsgegner nicht zu einer Stellungnahme zum angefochtenen Urteil.“

Nun aber doch: die (eventuale) Rüge ist notwendig, um sich den Weg zum OGH offenzuhalten.

Die Berufungsbeantwortung bekommt hiermit einen ihr nicht zustehenden Rechtsmittelcharakter, sie rügt ja ein Urteil und richtet sich sohin gegen dieses, obwohl die ZPO im Vierten Teil die Rechtsmittel taxativ (siehe die entsprechenden Überschriften) mit Berufung, Revision und Rekurs aufzählt.

Der österreichischen Rechtsordnung ist, wie etwa OGH 4.11.1953, 3 Ob 14/53, erwähnt, eine Anschlußberufung völlig fremd.⁵⁾

Nunmehr vermengt die Judikatur Berufungsmittelteilung und Berufung zu einem hybriden Rechtsbehelf, der dem kontradiktorischen Prinzip des Zivilprozesses diametral zuwiderläuft.

- Mit dem Zwang, gegen den eigenen Erfolg zu argumentieren, überfordert man die Partei und ihren Rechtsanwalt. Im Zivilprozeß sind die Rollen der Parteien einerseits und zwischen Parteien und Gericht andererseits strikte zu trennen: Die Parteien verfolgen ihre Interessen in einem kontradiktorischen Verfahren (kontradiktorisches Prinzip des Zivilprozesses, siehe *Fasching*, aaO, Rz 329), das Gericht hat - über den Parteien stehend - ein richtiges Urteil

zu fällen. Aus dem Blickwinkel des kontradiktorischen Prinzips ist es äußerst bedenklich, von einer Partei zu verlangen, gegen sich selbst und gegen den erzielten Erfolg zu argumentieren. - Man überfordert auch den Rechtsanwalt: es ist der an ihn gerichtete Gesetzauftrag des § 9 RAO, die Rechte seiner Partei (und *nur seiner Partei* ist hinzuzudenken) mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Es ist ihm verboten, der Gegenpartei auch nur einen Rat zu erteilen (§ 10 RAO)

Dieses Berufsbild des Rechtsanwaltes ist so gefestigt, daß sich bei einem langjährig tätigen Advokaten alles dagegen sträubt, dem Gericht Argumente zu bieten, die gegen die für den Mandanten günstige Entscheidung sprechen und allenfalls geeignet sind, der Gegenseite gewichtige Argumente für ihren (also aus dem Blickwinkel des Rechtsanwaltes: gegnerischen) Standpunkt zu liefern. Eine weitere Konsequenz ist, daß der Rechtsanwalt bis zu einem gewissen Grade genötigt ist, in das ihn wohl ehrende, ihm aber nicht zustehende Gewand des Richters zu schlüpfen und in einem Schriftsatz das Urteil - zugespitzt ausgedrückt - aus der Sicht beider Parteien und des Gerichtes zu kommentieren.

- 4) Die darin enthaltene Rechtsansicht wurde vom ersten Senat auch in OGH 15 12 1997, I Ob 2432/96 k = JBI 1998, 385, (angeschrieben).
- 5) Die dZPO kennt die Anschlußberufung in §521. Diese Bestimmung lautet wie folgt: „Der Berulungsbeklogle kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er aui die Berufung verzichte! hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist. Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnisurteils durch Berufung sind auch auf seine Anfechtung durch Anschließung anzuwenden.“ Das hat aber mit der hier behandelten Rüge in der Berufungsmittelteilung nichts zu tun, da sich die deutsche Anschlußberufung nicht auf die Urteilsbegründung bezieht. Mit ihr können zB auch neue Ansprüche geltend gemacht werden, sie kann auch bloß wegen der Kosten erhoben werden. Keinesfalls zwingt sie dazu, gegen das für den eigenen Prozeßstandpunkt günstige Urteil zu argumentieren (Näheres hiezu s *Baumbach/Lauterbach/Allers/Hartmann*, Zivilprozeßordnung, Rz 10 zu §521 ZPO).

The European Network

We are a group of commercially-minded small/medium sizes law firms with Offices in a number of EU member states. We are formally constituted as a European Economic Interest Group. We are looking for a member firm in Austria.

If you are interested in joining, and you are willing to attend our meetings at least once every year, please contact our Secretariat with brief details of your firm.

Secretariat: **Richard Palmer, Graham & Rosen**,
8 Parliament Street, HÜLL HU I 2BB / England
Tel. 0044/1482/323 123; Fax 0044/1482/223 542
e-mail: law@grahatn-rosen.co.uk

Ich kann mich noch gut an das Gespräch anlässlich der Ablegung des Gelöbnisses vor der Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte mit Altpräsident Dr. *Schuppich* erinnern, der den jungen Bewerbern ans Herz legte, sich nie einer Grenzüberschreitung zu Lasten des Mandanten schuldig zu machen

- Die Entscheidung zwingt die gewinnende Partei, wenn in erster Instanz keine Anwaltspflicht bestand, geradezu in den Anwaltsprozeß. Die anwaltlich nicht vertretene Partei wird möglicherweise überrumpelt, da sie nicht im geringsten daran denkt, daß das Unterlassen einer Berufungsbeantwortung zu prozessualen Nachteilen führen kann

- Ein bisher unbezweifeltes Grundsatz wird aus den Angeln gehoben: völlig herrschende Meinung ist, daß eine allgemeine Prozeßvoraussetzung - also nicht nur auf Rechtsmittel bezogen - die Beschwer ist. Aus gutem Grunde wurde hiezu auch der Grundsatz abgeleitet, daß eine bloß aus den Entscheidungsgründen, nicht aber aus dem Spruch abgeleitete Beschwer nicht ausreicht.

Beschwer ist - um *Fasching*, aaO, Rz 1716, zu zitieren, nur dann gegeben, wenn die Partei durch die angefochtene Entscheidung nicht alles erhielt, was sie begehrt hat. Weiters heißt es dort:

„Dabei ist nur der Spruch der Entscheidung im Vergleich mit dem Antrag bzw Gegenantrag, über den entschieden wurde, maßgebend. Eine bloß aus den Gründen der Entscheidung, die dem Antrag des Rechtsmittelwerbers im Spruch voll stattgegeben hat, abgeleitete Beschwer reicht nicht aus (so stRsp seit SZ 7/353), insb auch dann nicht, wenn sich die Entscheidung auf andere und sogar vom Rechtsmittelwerber abgelehnte rechtliche Erwägungen stützt. . .“

Dementsprechend ist die den Prozeß in erster Instanz gewinnende Partei durch das Urteil nicht beschwert.

I Ob 2234/96b geht im Gegensatz zu diesen Grundsätzen von einer Beschwer durch die Entscheidungsgründe aus:

- Grundsätzlich ist zu bedauern, daß der erste Senat nicht die Einberufung eines verstellten Senats gemäß § 8 OGHG beschlossen hat, zumal er doch in seiner Entscheidung selbst festhält, daß es ihm nicht angezeigt erscheint, die bisherige Rsp fortzuschreiben. Was bedeutet denn dies anderes, als - um die verba legalia des § 8 OGHG zu verwenden - *„daß die Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes“* notwendig machte?

Offenkundig wurde auch übersehen, daß die gegenständliche Problematik die des Judikats 230 (Judikate und Sprüche, 279ff) war. Dort (286f) judizierte der OGH ausdrücklich, daß der Revisionsgrund des § 503 Z 2 ZPO dann gegeben ist, wenn der Gegner des Revisionswerbers schon in erster Instanz obsiegt hat, somit gar nicht in die Lage gekommen ist, das Unterbleiben einer Feststellung von Tatumständen im Urteile des Prozeßgerichtes zu rügen. Bei richtiger Beurteilung des Sachverhaltes - so führt das Judikat 230 weiter aus - hätte in einem solchen Fall die fehlende Feststellung von Amts wegen aufgegriffen werden müssen. In einem solchen

Falle müsse das Berufungsgericht mit einer Aufhebung vorgehen, weil weder eine sofortige Stattgebung der Revision noch eine Abweisung möglich sei. Dieser Weg sei durch § 488 ZPO vorgeschrieben, der das Zweitgericht anweist, *„wenn dies behufs der Entscheidung über die Berufungsonträge notwendig erscheint“*, Beweise zu wiederholen oder zu ergänzen oder erfolglos angebotene Beweise nachträglich aufzunehmen. Habe das Berufungsgericht das nicht getan und nicht nach § 496 ZPO aufgehoben, dann sei das Berufungsverfahren mit dem Mangel nach § 503 Z 2 ZPO behaftet.

Dieses Judikat weist sohin einen Ausweg aus dem Dilemma: im gerechtfertigten Fall ein Vorgehen von Amts wegen, sohin ein Abgehen von der grundsätzlich gegebenen Rügepflicht.⁶⁾ Folgt man der Ansicht von *Fasching* (Kommentar IV, Anm 17 Vor §§ 502ff ZPO, 261 f), daß nach OGHG die in den Sprüchen und Judikaten vertretenen Rechtsmeinungen für den OGH beachtlich sind, hätte der einfach besetzte erste Senat nicht von dem im Judikat 230 festgelegten Rechtsgrundsatz abgehen dürfen.

- Eine Problematik liegt auch darin, daß die der obsiegenden Partei von I Ob 2234/96b abverlangte Rüge nachteiliger Feststellungen und zu ihren Lasten vorgefallener Verfahrensfehler inhaltlich auf eine „eventuelle Berufung“ (so OGH 4. II. 1953, 3 Ob 14/53) abzielt. Dies ist eine bedingte Prozeßhandlung, da das primäre Begehren auf Bestätigung des Ersturteiles abzielt und nur für den Fall der Nichtbestätigung Aufhebung begehrt wird. Bekanntlich steht die Judikatur bedingten Prozeßhandlungen mit großer Skepsis gegenüber. Ich meine, daß hier jedoch kein echtes Problem vorliegt, da nach herrschender und offenkundig richtiger Ansicht innerprozessuale Prozeßhandlungen dann, wenn der Prozeß bereits in Gang gesetzt ist, nicht bedingungsfeindlich sind (siehe *Fasching*, aaO, Rz 758).

- Es besteht die Gefahr, daß die Rügepflicht in der Berufungsmittelteilung zu Leerformeln, die einen puren Formalismus und Papierkrieg darstellen, ausartet. Man wird etwa wie folgt formulieren: *„Das Erstgericht hat das Verfahren mangelfrei durchgeführt, sollte dies wider Erwarten nicht der Fall sein, hätte es folgende Beweise aufnehmen müssen . . .“* usw, usw.

- Natürlich bestehen auch prozeßökonomische Bedenken: ist es wirklich sinnvoll, dem Berufungsgegner ein möglicherweise umfangreiches und schwieriges Prozeßvorbringen abzuverlangen, das in den meisten Fällen (die erstrichterlichen Urteile sind doch größtenteils richtig) völlig irrelevant ist?

- Der Widerspruch von I Ob 2234/96b zum kontradiktorischen Prinzip scheint auch aus dem Blickwinkel des Art 6 EMRK nicht un-

⁶⁾ Es ist interessant zu erfahren, daß die von *Klein* in seinen Vorlesungen (260ff) vertretene Ansicht, daß eine Zurückverweisung nach § 496 ZPO nicht von Amts wegen, sondern nur in Folge eines Berufungsantrages statthaft sei, zunächst äußerst umstritten war (so z.B. JBI 1900, 50).

bedenklich, da der kontradiktorische Charakter des Zivilprozesses offenkundig unter Konventionsschutz steht.⁷⁾

Art 6 EMRK begründet wohl keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel,⁸⁾ der Zugang zu den bestehenden Rechtsmittelgerichten muß jedoch gewährleistet sein. Überdies unterliegen die innerstaatlichen Vorschriften über die Zulässigkeit von Rechtsmitteln einer Mißbrauchkontrolle.⁹⁾

- Die ganze Problematik bewegt sich auch an der oft hauchdünnen Grenze zwischen primärem und sekundärem Verfahrensmangel. Ist das Verfahren wegen eines Rechtsirrtums mangelhaft, besteht ohnedies, wenn der Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend gemacht wurde, die umfassende rechtliche Überprüfungsspflicht des CX3H. Es ist daher sehr zu bezweifeln, daß der Judikaturwandel (wenn es nicht zur späteren Gesetzesänderung gekommen wäre) auf zahlreiche Fälle Anwendung gefunden hätte. Jedenfalls scheint es unbillig, oft kaum abgrenzbare Verfahrensmängel mit völlig verschiedenen Rechtsfolgen zu verknüpfen.

IV. Relevante Novellierung durch die Wertgremien-Novelle 1997

Diese Entwicklung der Judikatur wurde vom Gesetzgeber als unbefriedigend empfunden, sodaß er mit der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1997 (WGN 1997, BGBl 1997/140) nach dem ersten Satz des § 468 Abs 2 ZPO folgenden Satz einfügte: „Soweit sich der Berufungswerber nicht ausdrücklich auf Feststellungen des Erstgerichtes bezieht, ist der Berufungsgegner - vorbehaltlich des § 473 a - nicht gehalten, für ihn nachteilige Feststellungen oder zu seinen Lasten vorgefallene Verfahrensfehler mit der Berufsbeantwortung zu rügen.“

Weiters wurde noch §473 ZPO ein §473 a eingefügt, dessen erster Satz des Abs I wie folgt lautet:

„Erwägt das Berufungsgericht, das erstrichterliche Urteil abzuändern oder die Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückzuweisen, so darf es nur dann eine solche Entscheidung auf Feststellungen des Erstgerichtes gründen, wenn das Berufungsgericht dem Berufungsgegner zuvor mitgeteilt hat, daß es ihm freistehe, Mängel von Tatsachenfeststellungen oder der Beweiswürdigung des Erstgerichtes oder des Verfahrens erster Instanz durch Überreichung eines beim Berufungsgericht einzubringenden vorbereitenden Schriftsatzes zu rügen.“

Die neue gesetzliche Regelung versucht einen Kompromiß. Die Regierungsvorlage führt hiezu aus (43):

„Nach der jüngsten Rechtsprechung ist die in erster Instanz obsiegende Partei gehalten, selbst für sie theoretisch nachteilige Feststellungen und zu ihren Lasten vorgefallene Verfahrensfehler schon mit der Berufsbeantwortung zu rügen, widrigenfalls sie diese in einer (außerordentlichen) Revision nicht mehr geltend machen kann (OGH 1. 10. 1996, I Ob 2234/96b, EvBl } 997/80).

Diese Rechtsprechung überfordert den Berufungsgegner, dessen Bestreben verständlicherweise vorweg ausschließlich dahin geht, die Richtigkeit des erstgerichtlichen Urteils zu bekräftigen, auf Grund dessen er obsiegt hat.

Die Festschreibung der vorausgegangenen Rechtsprechung, wonach der Berufungsgegner im Ergebnis für ihn nachteilige erstinstanzliche Fehler im Rahmen des Revisionsverfahrens geltend machen kann (SZ 26/262, EvBl 1995/148 uaj, liefe dem Anliegen nach einer Verfahrensbeschleunigung zuwider

Es wird daher eine vermittelnde Lösung vorgeschlagen, die einerseits den Berufungsgegner nicht zwingt, bereits in seiner Berufsbeantwortung auch Schwächen des erstgerichtlichen Verfahrens bzw des für ihn günstigen erstgerichtlichen Urteils geltend zu machen, ihn aber andererseits bei sonstigem Rechtsverlust hiezu verhält, wenn ihm vom Berufungsgericht mitgeteilt wird, daß es erwägt, das erstgerichtliche Urteil auf Grund dessen Feststellungen zu ändern (siehe § 473 a ZPOj. "

Der nunmehrige Gesetzestext ist das Ergebnis langer Beratungen, dies nach Modifikationen, die im Justizausschuß vorgenommen wurden.¹⁰⁾

V. Stellungnahme zur Gesetzesnovelle

Eingangs ist zu bemerken, daß der Gesetzgeber mit seiner prompten Reaktion auf I Ob 2234/96b möglicherweise voreilig reagiert hat. Hiefür spricht folgendes: Der 3. Senat des OGH scheint in seiner E 15.4. 1998, 3 Ob 367/98 = EvBl 1998/166 (zeitlich also bedeutend nach I Ob 2234/96b) Bedenken gehabt zu haben. Zu einem Grundsatz bemerkt er, daß dieser „auch von den Bedenken des ersten Senats des OGH in seinen E EvBl 1997/80 und I Ob 2342/96k nicht betroffen“ ist. „Bedenken“ klingt doch recht neutral oder gar distanzierend. Es ist also denkbar, daß I Ob 2234/96b nicht ständige Judikatur geworden wäre. Unabhängig hievon ist zu den relevanten Bestimmungen der Gesetzesnovelle folgendes festzuhalten:

7) Frohwein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar², Rz 100: Die Beweisaufnahme hat - wie das gesamte mündliche Verfahren - kontradiktorisch zu erfolgen.

8) Frohwein/Peukert, aaO, Rz 67

9) Frohwein/Peukert, aaO, Rz 68 unter Hinweis auf E 6149/78, CD 46/178 und E 1191/61, CD 17, 52 [79]).

10) Im Bericht des Justizausschusses (1002 der Beilagen) heißt es hiezu (für mich nicht ganz verständlich):

„Da es onwallliche Praxis ist, im Rahmen von Berufsbeantwortungen zu sämtlichen Argumenten der Berufung Gegenargumente einzubringen, ist der Justizausschuß zu der Ansicht gelangt, daß im Zusammenhalt mit einer entsprechenden Änderung des vorgeschlagenen zweiten Satzes des § 468 Abs 2 ZPO der Anwendungsbereich des § 473 a ZPO sachlich eingeschränkt werden soll. Diese Einschränkung dient sowohl der Verfahrensbeschleunigung als auch der Gerichtsentlastung, ohne daß damit die angestrebte Berücksichtigung der Interessen der Berufungsgegner eine Schwächung erführe.“

Positiv zu werten ist die Ablehnung von I Ob 2234/96b mit dem Argument der Überforderung des Berufungsgegners, der nunmehr bloß ausnahmsweise (im Falle der Relevierung in der Berufung bzw über Aufforderung des Gerichtes) zu einer Argumentation gegen das ihm rechtgebende Urteil gezwungen ist. Dem steht der Nachteil gegenüber, daß die in erster Instanz obsiegende Partei aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift - wenn auch eingeschränkt - endgültig gezwungen ist, gegen den eigenen Erfolg zu argumentieren, um sich den Weg zum OGH freizuhalten. Bislang war eine neuerliche Änderung der Judikatur nicht auszuschließen.

Die oben ausgeführten wesentlichen Bedenken gegen I Ob 2234/96b (nämlich: Verletzung des kontradiktorischen Prinzips, Beschwerproblematik, Schaffung eines Rechtsbehelfes, der im Rahmen des Rechtsmittelverständnisses der ZPO einen Fremdkörper bildet, Diskrepanz zu den Pflichten des Rechtsanwaltes laut RAO etc) gegen I Ob 2234/96b richten sich auch gegen die neue Gesetzeslage.

Unklarheiten bestehen auch über den Umfang der neugeschaffenen Rügepflichten: genügt eine neutrale Stellungnahme? Genügt die bloße Rüge? Inwieweit ist sie zu begründen? Ist die Relevanz der Rüge zu behaupten und zu begründen?

Es fällt auch auf, daß § 468 Abs 2 ZPO (neu) negativ formuliert ist, nämlich dahingehend, daß unter den dort genannten Voraussetzungen der Berufungswerber nicht gehalten ist, nachteilige Feststellungen usw zu rügen. Es wird aber nicht positiv ausgesprochen und hiemit endgültig klargestellt, daß die (gesetzmäßige) Unterlassung der Rüge tatsächlich den Weg zum OGH offenhält. Letzterer könnte sohin die Judikatur laut I Ob 2234/96b unverändert fortschreiben (was aber wohl nicht zu erwarten ist). Fraglich ist auch, ob die neuen Bestimmungen den von der Regierungsvorlage angestrebten Zweck der Verfahrensbeschleunigung tatsächlich erreichen werden.

Dagegen spricht zunächst die Erfahrungstatsache, daß jede Verschärfung des Gebots der Führung eines mangelfreien Verhaltens durch Judikatur und Gesetz bislang immer zu einer Verfahrensausdehnung geführt hat. Gericht und Parteien werden sich vermehrt bemühen „zur Sicherheit“ ein möglichst umfangreiches Verfahren abzuwickeln. Auch der Umfang der Klagebeantwortungen wird anwachsen.

Ich meine auch, daß die vorliegende Problematik ein schärferes Augenmerk auf die Abgrenzung primärer/sekundärer Verfahrensmangel notwendig macht, was ebenfalls der angestrebten Verfahrensbeschleunigung entgegensteht. Es sollte doch unbestritten sein, daß der aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zu relevierende sekundäre Verfahrensmangel iS der allseitigen Überprüfungspflicht bei erfolgter Rechtsrüge den Weg zum OGH (bei Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision) offenhält.¹¹⁾

In diesem Zusammenhang ist interessant, daß die in Stononz/, JN, ZPO^U, unter E 6 angeführten oberstgerichtlichen Entscheidungen, die die bisherige Judikatur (vor I Ob 2234/96b) referieren, zahlreiche Fälle klassischer sekundärer Verfahrensmängel zum Gegenstand haben, daher die Revisibilität auch anders begründbar gewesen wäre (mit dem Revisionsgrund des § 503 Z 4 ZPO statt Z 2).¹²⁾

Ich meine daher, daß eine rechtliche Situation wie vor I Ob 2234/96b anstrebenswert wäre

Natürlich ist es notwendig, die weitere Entwicklung abzuwarten, es wäre völlig verfehlt, von vornherein eine Gesetzesschelte vorzunehmen oder stichhältige Prognosen anzubringen. Vielleicht bringt die künftige Entwicklung tatsächlich mehr Klarheit in eine schwierige und oft undurchsichtige Problematik.

Über allen Problemen des formellen Rechtes sollte aber nie vergessen werden, daß die Rechtspflege primär dazu berufen ist, den materiellen Rechtsanspruch der Menschen zu sichern. Dieser Grundgedanke sollte eine ständige Auslegungshilfe sein. Das mehrfach erwähnte Judikat 230 warnt unter Zitierung von Ofner¹³⁾ eindrücklich davor, daß die Form das Recht erdrückt.

11) Daß bei sekundären Verfahrensmängeln die Revision zulässig ist, ergibt sich etwa aus OGH 15.4. 1998, 3Ob367/97k = EvBI 1998/166. Hier judizierte der OGH folgendes:

„Stützt der Kläger sein Räumungsbegehrens sowohl auf Zinsrückstand als auch auf unleidliches Verhalten und gibt das Erstgericht dem Räumungsbegehren nur aus letzterem Grund statt, weil es der rechtlichen Ansicht ist, das gleichfalls erfolgreich gestellte Zahlungsbegehren falle nicht unter den Rechtsgrund Mietzins, so ist der siegreiche Kläger nicht gehalten, in der Berufungsbeantwortung diese Rechtsansicht zu bekämpfen. Ist das Berufungsgericht der (zutreffenden) Ansicht, unleidliches Verhalten liege nicht vor, hat es in allseitiger Prüfung der Rechtslage auch zu beurteilen, ob es sich bei der Schuld des Beklagten um einen Mietzinsrückstand handelt.“

Trotz Unterlassung einer entsprechenden Rüge hat der OGH die Revision für zulässig erklärt und die Urteile der Unterinstanzen aufgehoben. Dieses Erkenntnis datiert nicht unerheblich noch I Ob 2234/96b.

12) Als Beispiel sei der Sachverhalt zu OGH 15.4 1971, I Ob 94/71 = JBI 1972, 98, angeführt. Hier ging es um die bis dahin offene Frage, ob eine Lebensgefährtin gleich der Ehefrau Schlüsselgewalt iS des § 1029 ABGB hat.

Das Erstgericht wies die gegen den Lebensgefährten gerichtete Klage mit der Begründung ab, nur die Ehe könne eine Schlüsselgewalt schaffen. Die zweite Instanz gab der Klage statt und befürwortete die Anwendung der Bestimmungen über die Schlüsselgewalt auch auf die Lebensgemeinschaft. Der OGH bestätigte diesen Rechtsstandpunkt, hob aber auf, weil die Unlergerichte keine Feststellungen über die Art der gekauften Ware bzw über die Leistungsfähigkeit des Lebensgefährten getroffen hatten. Es heißt in der E:

„Um dies im vorliegenden Falle beurteilen zu können, ist eine weitere Ergänzung des Verfahrens unvermeidlich, da das Erstgericht, von seiner Rechtsansicht ausgehend, keine Feststellungen über die Art der von Roswitha K. eingekauften Waren machte.“

13) „Zur Lehre von der Berufung“, JBI 1900/361 ff.