

Neues zur verfehlten Entscheidungsform: 10. Senat am Zug

Eine Standortbestimmung anlässlich 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f

BEITRAG. Vergreift sich das Gericht in der Entscheidungsform, erlässt es also bspw ein „Urteil“ anstelle eines Beschlusses, stellt sich die Frage nach der rechtsmittelrechtlichen Behandlung dieser Entscheidung. In den vergangenen Jahren hat der 10. Senat dazu eine eigene Judikaturlinie entwickelt, während die anderen Senate der bisherigen Rsp des OGH treu geblieben sind. Die zwei jüngst ergangenen Entscheidungen 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f setzen sich nun erstmals explizit mit der Ansicht des 10. Senats auseinander. Senatsübergreifender Konsens ist nicht in Sicht, was zu einer Vergewisserung über den *status quo* einlädt.

ecolex 2023/527



Mag. Dominik Schindl ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

A. Einleitung

Entscheidet das Gericht in der Hauptsache, fällt es in aller Regel ein Urteil (§§ 390 ff ZPO); sonstige Entscheidungen ergehen als Beschlüsse (§ 425 ZPO). An diese Differenzierung knüpfen sich allerhand Konsequenzen, weil Beschlüsse strenger Rechtsmittelbeschränkungen unterliegen als Urteile. Beispielsweise können übereinstimmende Beschlüsse der ersten und zweiten Instanz grundsätzlich nicht bekämpft werden (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO), während es für Urteile eine vergleichbare Konformatzsperrung nicht gibt. Außerdem gelten unterschiedliche Rechtsmittelfristen: Während Berufungen und Revisionen gegen Urteile binnen vier Wochen einzubringen sind (§§ 464, 505 ZPO), stehen für (Revisions-)Rekurse gegen Beschlüsse im Normalfall bloß vierzehn Tage zu (§ 521 ZPO).

Das führt zu einer ganzen Reihe an Folgefragen, wenn das Gericht die falsche Entscheidungsform wählt, es also mit „Urteil“ statt richtigerweise mit Beschluss entscheidet oder umgekehrt. Dass es sich dabei nicht nur um ein theoretisches Problem handelt, belegen die einschlägigen Rechtssätze,¹⁾ zu denen seit Jahresbeginn vier höchstgerichtliche Entscheidungen indiziert sind.²⁾ Wenn eine davon im RIS sogar mit dem Zusatz „Gegenteilig zur Rechtsansicht des 10. Senats“ versehen ist,³⁾ illustriert das eindrucksvoll, dass man sich zu diesem Problemkreis auch am OGH nicht einig ist. Das bietet Gelegenheit zu einer Standortbestimmung.

B. Unstrittiges: Statthaftigkeit

Ursprünglich hat sich die Diskussion zur verfehlten Entscheidungsform ausschließlich mit dem Problem der Rechtsmittelstatthaftigkeit beschäftigt. Nach der sogenannten „subjektiven Theorie“ wäre eine Entscheidung dabei entsprechend der gewählten, wenn auch falschen Form zu behandeln.⁴⁾ Mit Blick

auf die für Beschlüsse geltende Konformatzsperrung würde das etwa bedeuten, dass gleichlautende Entscheidungen, die korrekterweise als Urteil ergehen müssten, aber als „Beschluss“ bezeichnet werden, tatsächlich als (konforme) Beschlüsse gelten und damit wegen § 528 Abs 2 Z 2 ZPO unanfechtbar wären.

Das überzeugt freilich nicht, zumal es die unterinstanzlichen Gerichte dann in der Hand hätten, (bewusst oder unbewusst) Einfluss auf den gesetzlich normierten Rechtszug zu nehmen. In Lehre und Rsp hat sich daher die „objektive Theorie“ durchgesetzt, wonach sich die Bekämpfbarkeit einer Entscheidung nach der richtigerweise zu wählenden Entscheidungsform bestimmt.⁵⁾ *In casu* bedeutet das, dass die fälschlich erlassenen „Beschlüsse“ als Urteile zu behandeln sind, wogegen weiterhin die – bei Fehlbezeichnung des Rechtsmittels etwa als „Revisionsrekurs“ allenfalls in eine solche umzudeutende (§ 84 Abs 2 Satz 2 ZPO) – Revision offensteht.⁶⁾

All das ist unstrittig⁷⁾ und auch der 10. Senat hat wegen einer verfehlten Entscheidungsform noch keinen an sich zuste-

¹⁾ RSO036324, RSO041859.

²⁾ 9 ObA 132/22k; 2 Ob 67/23a; 1 Ob 63/23f; 3 Ob 67/23h.

³⁾ Anmerkung zu 1 Ob 63/23f jeweils nach RSO036324 (T 22) und RSO041859 (T 11).

⁴⁾ *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV¹ (1971) 21.

⁵⁾ *Konecny* in *Fasching/Konecny* IV/1³ (2019) Einl Rz 28. *Fasching*, Kommentar IV¹ 21 berichtet zwar, dass „[i]n der Literatur und auch in der Rechtsprechung [...] früher“ beide Ansätze verfolgt wurden, die objektive Theorie ist aber schon lange gesetzt (vgl bspw RSO040727).

⁶⁾ So zB 6 Ob 138/21 v. Umgekehrt bleiben konforme Beschlüsse selbst bei Bezeichnung als „Urteil“ unanfechtbar; vgl etwa 1 Ob 117/03t.

⁷⁾ Zuletzt 2 Ob 67/23a: Unanfechtbarkeit einer berufungsgerichtlichen Entscheidungsberichtigung wegen der Rechtsmittelbeschränkung gegen Beschlüsse des Berufungsgerichts (§ 519 ZPO *e contrario*), selbst wenn die Entscheidung irrig als „Urteil“ ergeht.

henden Rechtszug beschnitten oder ein eigentlich unstatthafes Rechtsmittel zugelassen.⁸⁾ Was hat es dann aber mit der Meinungsverschiedenheit am OGH auf sich?

C. Strittiges: Frist

Anstoß für die Judikaturdivergenz gibt ein Problem, das sich im Kontext der verfehlten Entscheidungsform mit der ZVN 2009 aktualisiert hat. Erst seit damals fallen nämlich die Rechtsmittelfristen für Urteile und Beschlüsse auseinander,⁹⁾ was die Frage aufwirft, wie damit umzugehen ist, wenn bspw – wie rezent geschehen – die erste Instanz eine Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs mit „Urteil“ statt richtigerweise mit Beschluss (§ 42 Abs 1 JN; § 230 Abs 3, § 425 ZPO) zurückweist. Dass die erstinstanzliche Zurückweisung jedenfalls anfechtbar ist, steht außer Frage. Es geht also nicht mehr nur um die mithilfe der objektiven Theorie gelöste Frage, ob überhaupt ein Rechtsmittel statthaft ist, sondern auch darum, welche Frist dafür zur Verfügung stehen soll. Im konkreten Fall erhob der Kläger nämlich „innerhalb der vierwöchigen Berufungsfrist, aber nicht innerhalb der vierzehntägigen Rekursfrist, ein als Berufung bezeichnetes Rechtsmittel“.¹⁰⁾

Dabei ist allerdings ein gänzlich anderes Problem angesprochen.¹¹⁾ Dennoch macht die Judikatur die objektive Theorie auch für die Frage der Rechtsmittelfrist nutzbar, weshalb der OGH die zweitinstanzliche Zurückweisung der in einen Rekurs umgedeuteten „Berufung“ als verspätet bestätigt hat. Damit führt er seine stRsp fort, nach der das Vergreifen in der Entscheidungsform nicht nur nichts an der Rechtsmittelstatthaftigkeit ändert, sondern auch die zur Verfügung stehende Frist für ein jedenfalls zustehendes Rechtsmittel nicht verlängert.¹²⁾

Das provoziert freilich die Frage, warum der Rechtsmittelwerber die Konsequenzen eines Gerichtsfehlers tragen soll. Immerhin hat er ein „Urteil“ zugestellt bekommen, was ja erst die Erwartungshaltung geweckt hat, gegen die Entscheidung binnen vier Wochen vorgehen zu können.

Der 10. Senat gewährt ausnahmsweise eine vierwöchige Frist.

Wohl auch aus diesem Grund hat der 10. Senat die objektive Theorie ausgehend von einer Entscheidung aus 2018¹³⁾ zuletzt eingeschränkt: Für ihn ist nicht mehr allein die objektiv richtige Entscheidungsform ausschlaggebend, sondern welche Form „das Gericht im Lichte eines objektiven Empfängerhorizonts tatsächlich gewählt hat“.¹⁴⁾ Anders gewendet: Nur dort, wo das Vergreifen in der Entscheidungsform „unzweifelhaft und unmissverständlich“¹⁵⁾ ist, bleibt es trotz irriger Bezeichnung der Entscheidung als „Urteil“ bei der objektiven Theorie und damit der zweiwöchigen Frist. Wo der Rechtsmittelwerber dagegen berechtigt darauf vertraut, die Entscheidung vier Wochen lang bekämpfen zu können, soll er darin nicht enttäuscht werden. Umgelegt auf den Ausgangsfall hat das auch schon dazu geführt, dass der 10. Senat die Zulässigkeit des Rechtswegs verneinende „Urteile“, die eigentlich Beschlüsse sein müssten, für vier Wochen lang bekämpfbar gehalten hat.¹⁶⁾

D. 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f

1. Festhalten an der (streng) objektiven Theorie

Von all dem scheinen die anderen Senate die längste Zeit keine Notiz genommen zu haben.¹⁷⁾ Obwohl die erste Entscheidung dazu vor fünf Jahren datiert,¹⁸⁾ greifen erst zwei jüngst ergan-

gene Entscheidungen des 3. und des 1. Senats die neue Linie des 10. Senats, die mittlerweile auch schon bei den unterinstanzlichen Gerichten angekommen ist,¹⁹⁾ explizit auf und an;²⁰⁾ Nach ihnen soll es auch für die Rechtsmittelfrist weiterhin bei der „(streng) objektiven Theorie“²¹⁾ bleiben. So war für den 3. Senat das „Urteil“ der zweiten Instanz, mit dem der Berufung wegen eines in erster Instanz erklärten Rechtsmittelverzichts „nicht Folge gegeben“ wurde, in Wahrheit ein zurückweisender Beschluss und die am 27. Tag nach Zustellung eingebrachte „Revision“ ein verspäteter Rekurs.²²⁾

Dass 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f Bedenken gegen die Linie des 10. Senats anmelden, ist aus zweierlei Gründen nachvollziehbar. Zum einen gewährt ja auch der 10. Senat nicht stets die längere Frist, sondern verlangt eine Umdeutung der Entscheidung im Sinne der objektiven Theorie – mit daran anknüpfender kürzerer Rechtsmittelfrist – zumindest dann, wenn der von der gewählten Form abweichende Entscheidungswille des Gerichts unzweifelhaft ist. Das ist freilich ein denkbar schwammiges Abgrenzungskriterium, was in den Worten des 1. Senats „einen beliebigen und nicht näher fassbaren Beurteilungsspielraum für die Rechtsmittelgerichte“ eröffnet.²³⁾ Derartige Rechtsunsicherheit ist aber gerade bei Fragen wie der zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist nicht wünschenswert.

Zum anderen hat der Zugang des 10. Senats, nimmt man ihn beim Wort, ungewollte Reflexwirkungen: Zwar hat er seine Linie wohl primär entwickelt, um fristenrechtlichen Vertrauensschutz zu gewähren,²⁴⁾ er erreicht dieses Ziel aber dadurch, dass er die Entscheidung, die eigentlich als Beschluss ergehen müsste, als echtes Urteil behandelt. Er gewährt also nicht bloß eine vierwöchige Rekursfrist, sondern deutet die Entscheidung als Urteil mit vierwöchiger Berufungsfrist.²⁵⁾ Damit entspricht die Linie des 10. Senats aber in Wahrheit der

⁸⁾ Vgl aber noch unten bei und in FN 26.

⁹⁾ Zur Entwicklung *Schindl*, Die verfehlte Entscheidungsform: Rück- und Ausblick, ÖJZ 2023, 196 (198).

¹⁰⁾ 9 ObA 132/22k Rz 5.

¹¹⁾ Vgl schon *Klicka*, Die „verfehlte Entscheidungsform“ im Zivilprozess – neue Rechtsprechung des OGH, ÖJZ 2020, 478 (479).

¹²⁾ RS0036324 (T 14).

¹³⁾ 10 Ob 57/18g; seither 10 Ob 6/19h; 10 Obs 114/20t; 10 Obs 17/21d; 10 Obs 48/22i; 10 Obs 54/22x; aber auch 10 Obs 77/19z.

¹⁴⁾ 10 Obs 114/20t.

¹⁵⁾ 10 Ob 57/18g; 10 Ob 6/19h; 10 Obs 114/20t; 10 Obs 54/22x.

¹⁶⁾ Zuletzt etwa 10 Obs 54/22x.

¹⁷⁾ Vgl 1 Ob 140/19y; 7 Ob 13/21v; 4 Ob 199/21z; 6 Ob 138/21v. Lediglich 3 Ob 146/21y nimmt auf die Linie des 10. Senats Bezug, ohne aber *in concreto* näher darauf eingehen zu müssen.

¹⁸⁾ 10 Ob 57/18g.

¹⁹⁾ ZB OLG Linz 11 Ra 52/22d Pkt 1.2 mit Hinweis auf 10 Obs 54/22x und das Referat in 9 ObA 132/22k Rz 7.

²⁰⁾ 3 Ob 67/23h Rz 14ff; 1 Ob 63/23f Rz 9ff.

²¹⁾ So 3 Ob 67/23h Rz 18 in Abgrenzung zur Linie des 10. Senats, der ja die objektive Theorie nicht gänzlich verwirft, sondern immerhin dann anwenden will, wenn der Entscheidungswille des Gerichts klar ist (dazu bei FN 15).
²²⁾ 3 Ob 67/23h Rz 5, 10.

²³⁾ 1 Ob 63/23f Rz 10; vgl schon *Schindl*, ÖJZ 2023, 196 (199f).

²⁴⁾ Betonung der „Rechtzeitigkeit des gewählten Rechtsmittel[s]“ etwa in 10 Obs 114/20t Rz 22.

²⁵⁾ 10 Ob 57/18g Pkt 4: Entscheidung sei „als Sachentscheidung (Urteil) anzusehen“; 10 Obs 54/22x Rz 17, 20: Behandlung der Entscheidung „(nur) dann als Beschluss [...], wenn sie nach dem erkennbaren Entscheidungswillen des Gerichts – klar erkennbar zu Unrecht – bloß als Urteil bezeichnet wurde“, andernfalls „kein Zurückweisungsbeschluss, der nur irrtümlich als Urteil bezeichnet wurde, sondern im Gegenteil eine ‚echte‘, dh gewollte Abweisung [...] mit Urteil“.

subjektiven Theorie und müsste – macht man damit ernst – auch Einfluss auf die Rechtsmittelstatthaftigkeit haben. Das lehnt der 3. Senat zurecht ab: „Behandelt man [...] ein Rechtsmittel bei der Prüfung seiner Rechtzeitigkeit statt gesetzeskonform als Beschluss als Urteil, bleibt unklar, wie die angefochtene Entscheidung zB bei der Prüfung der Statthaftigkeit [...] behandelt werden soll. Behandelte man all dies einheitlich nach der unrichtigen Entscheidungsform, würde daraus [...] ein unzutreffendes Rechtsmittelsystem resultieren.“²⁶⁾

2. Keine Analogie zu § 61 Abs 2 und 3 AVG(?)

Wenngleich die von 3. und 1. Senat identifizierten Schwachpunkte der neuen Linie – Rechtsunsicherheit und Einfluss auf das Rechtsmittelsystem – somit durchgreifen, befriedigt auch die Rückbesinnung auf die objektive Theorie nicht restlos. Warum im Fall des 3. Senats der Rechtsmittelwerber die Zurückweisung seiner „Revision“ als verspätet in Kauf nehmen muss, obwohl der (zu) späte Einbringungszeitpunkt auf die Fehlbezeichnung der berufungsgerichtlichen Entscheidung als „Urteil“ zurückzuführen ist, ist nicht recht einzusehen. Aus Rechtsschutzperspektive ist der fristenrechtliche Vertrauensschutz, wie ihn der 10. Senat gewährt, durchaus begrüßenswert und der Relevierung des Gerichtsfehlers durch Amtshaftungsansprüche vorzuziehen.²⁷⁾ Das amtshaftungsrechtliche Rechtsschutzziel – reiner Geldersatz²⁸⁾ – trägt ja weniger weit als die Behandlung des Rechtsmittels als rechtzeitig. Die Lösung des 10. Senats hat daher auch deshalb Charme, weil sie rechtsmittelrechtliche Naturalrestitution gewährt.²⁹⁾

Eine Analogie zu § 61 AVG löst das Problem in sachgerechter Weise.

Das führt zu einem alternativen Begründungsansatz, der mit Blick auf die Frist ähnliche Ergebnisse erzielt, dabei aber die Unsicherheiten der Linie des 10. Senats vermeidet. Er stützt sich auf eine Analogie zu § 61 Abs 2 und 3 AVG, der sich mit fehlerhaften Rechtsmittelbelehrungen im Verwaltungsverfahren beschäftigt: Während die Angabe einer zu kurzen Rechtsmittelfrist die nach dem Gesetz tatsächlich zur Verfügung stehende Frist nicht verkürzt (Abs 2), darf sich der Adressat bei einer zu langen Frist auf deren Richtigkeit verlassen: Ein binnen der angegebenen Frist eingebrachtes Rechtsmittel ist dann jedenfalls rechtzeitig (Abs 3). Auf den zur Verfügung stehenden Rechtsweg als solchen hat eine fehlerhafte Belehrung dagegen keinen Einfluss; ein nach dem Gesetz nicht zustehendes Rechtsmittel kann auch sie nicht eröffnen.³⁰⁾

Der diesem Konzept zugrundeliegende Gedanke könnte auch für die verfehlte Entscheidungsform im Zivilprozess fruchtbar gemacht werden:³¹⁾ Wo das Gericht durch Wahl der falschen Form den Eindruck erweckt, dass eine längere Frist zur Verfügung steht, sollte diese Frist – und zwar jedenfalls, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden – gewährt werden. Außerdem bliebe die Entscheidung ganz im Sinne der objektiven Theorie ein Beschluss (wenn auch mit vierwöchiger Rekursfrist), was ungewollten Einfluss auf die Rechtsmittelstatthaftigkeit vermeidet.

Auch diesen Zugang lehnt der 1. Senat allerdings ab, weil „diese Bestimmungen einer im zivilgerichtlichen Verfahren nicht anwendbaren Verfahrensordnung an falsche Rechtsmittelbelehrungen an[knüpfen], die es im Anwaltsprozess – wie hier – nicht gibt.“³²⁾ Das stimmt, spricht aber trotzdem nicht gegen die Analogie. Es gibt nämlich dennoch eine Lücke,³³⁾ weil die zu beurteilenden Situationen eine wertungsmäßig hinreichende

Parallelität aufweisen: In beiden Fällen erlässt ein staatliches Organ eine Entscheidung und vermittelt dabei – sei es durch Angabe einer inkorrekten Rechtsmittelfrist, sei es durch Wahl der falschen Entscheidungsform – den Eindruck, dass sie länger bekämpft werden kann, als nach dem Gesetz eigentlich vorgesehen; ein Problemkreis, der im Verwaltungsverfahren eine Regelung erfahren hat, im Zivilprozess hingegen nicht. Damit ist die hier vorgeschlagene Lösung auch gesetzesnäher als beide OGH-Lösungen, für die es gar keine positivierten Anhaltspunkte gibt: Das gilt für die Linie des 10. Senats, aber auch die (streng) objektive Theorie, die ja genauso wenig gesetzlich verankert ist, woran auch der Umstand nichts ändert, dass sie – nur – für die Rechtsmittelstatthaftigkeit überzeugende Ergebnisse liefert.

Außerdem wendet der 1. Senat ein, dass „im Zivilprozess grundsätzlich die Interessen beider Prozessparteien im Auge zu behalten [sind], weshalb einer analogen Anwendung der im Verwaltungsverfahren geltenden (vom Zivilprozessrecht abweichenden) Bestimmung des § 61 Abs 3 AVG (verlängerte Rechtsmittelfrist bei „Fehlgriff“ der Behörde) auch entgegenzuhalten ist, dass durch verlängerte Rechtsmittelfristen regelmäßig das Interesse der Gegenpartei am Verfahrensabschluss bzw Erhalt der bereits erlangten Rechtsposition gefährdet wäre.“³⁴⁾ Freilich gibt es auch Verwaltungsverfahren, an denen mehrere Parteien – oft mit gegenläufigen Standpunkten – beteiligt sind, und auch in solchen Verfahren gilt § 61 AVG. Der Gesetzgeber gewichtet also den Schutz des Rechtsmittelwerbers, der auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung vertraut, stärker als den Wunsch der anderen Parteien, dass die Entscheidung bei fehlerhafter Belehrung schon nach Ablauf der gesetzlichen Rechtsmittelfrist nicht mehr angefochten werden kann. Das ist schlüssig, zumal das Interesse an der Länge der der Gegenpartei zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist bei grundsätzlicher Anfechtbarkeit der Entscheidung tatsächlich in den Hintergrund tritt. Im Zivilverfahren ist die Interessenlage aber keine andere.

²⁶⁾ 3 Ob 67/23h Rz 17; vgl auch 10 ObS 17/21d, wo der 10. Senat erheblichen Begründungsaufwand treiben muss, um trotz Festhaltens an seiner neuen Linie Auswirkungen auf die Rechtsmittelstatthaftigkeit zu vermeiden (zu all dem *Schindl*, ÖJZ 2023, 196 [200f]).

²⁷⁾ Vgl schon *Klicka*, ÖJZ 2020, 478 (479).

²⁸⁾ Naturalrestitution gibt es im Amtshaftungsrecht generell nicht (§ 1 Abs 1 Satz 2 AHG; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ [2022] 371); konkret wäre sie ohnehin unmöglich.

²⁹⁾ Für diesen Gedanken danke ich Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner*. In Deutschland halten *Althammer/Löhnig*, ZPO-Reform und Meistbegünstigungsgrundsatz, NJW 2004, 1567 (1568) die Pflicht zu „justizieller Folgenbeseitigung“, die dort mithilfe der „Meistbegünstigungstheorie“ erreicht wird (dazu zB *Althammer* in *Stein/Jonas VI*²³ [2018] Vor § 511 ZPO Rz 38 ff; krit [nur] zum Terminus, weil auch die Meistbegünstigungstheorie keinen nicht zustehenden Rechtsweg eröffnet, *Gaul*, Anm zu BGH 17. 10. 1966, II ZR 230/64, ZZP 81 [1968] 271 [274]), sogar für verfassungsrechtlich geboten (ähnlich *Heßler* in *Zöller*, ZPO³⁴ [2022] Vor § 511 Rz 30; *Schenkel*, Rechtsmittelverfahren – Durchführung im Rahmen der Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips, MDR 2003, 136 [136]).

³⁰⁾ *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht⁶ (2018) Rz 452.

³¹⁾ Vgl *Schindl*, ÖJZ 2023, 196 (202f).

³²⁾ 1 Ob 63/23f Rz 14.

³³⁾ Anders 1 Ob 63/23f Rz 14 und schon 4 Ob 77/14y; 8 ObS 8/10z Pkt 31.; zur fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung 8 Ob 177/99h.

³⁴⁾ 1 Ob 63/23f Rz 14 mit Hinweis auf 4 Ob 77/14y. In eine ähnliche Richtung gehen die Bedenken des 3. Senats, dass „die Qualifikation des Rechtsmittels als rechtzeitig zu Lasten des Rechtsmittelgegners in die Rechtskraft eingreifen“ könne (3 Ob 67/23h Rz 16; vgl auch 1 Ob 63/23f Rz 11). Gewährt man eine längere Rechtsmittelfrist, wird die Entscheidung bis zu deren Ablauf freilich nicht rechtskräftig.

Eine Analogie scheint daher auch aus diesem Blickwinkel weiterhin gerechtfertigt. Die Sorge um eine potentielle Benachteiligung der Gegenpartei ist nämlich ganz generell übermäßig: Will auch sie ein Rechtsmittel erheben, steht ihr nach dem vorgeschlagenen Konzept ja ebenso die längere Frist offen, sodass es abstrakt gar nicht vorhersehbar ist, welche Partei „benachteiligt“ wird. Außerdem wäre ihr als Rekursgegnerin jedenfalls auch für ihre Rechtsmittelbeantwortung die längere Frist von vier Wochen zu gewähren, um auch in dieser Hinsicht Gleichbehandlung zu erreichen. Schließlich ist zu bedenken, dass ein allfälliges Wiedereinsatzverfahren das Verfahren weit länger verzögern würde als die schlichte Gewährung einer vier- statt zweiwöchigen Rekursfrist.

E. Ausblick

Die Würfel sind allerdings gefallen: 3. und 1. Senat bleiben auch für die Frage der Rechtsmittelfrist bei der objektiven Theorie und lehnen einen Rückgriff auf § 61 Abs 2 und 3 AVG ab. Es steht daher zu erwarten, dass sich dem auch die anderen Senate, die diesen Zugang schon bisher verfolgt haben, anschließen werden. Damit bleibt nur noch eine Frage offen, nämlich die nach der Reaktion des 10. Senats. Er hat seinen Zugang bis dato ja von den anderen Senaten weitgehend unbemerkt entwickelt und dabei das Abweichen von deren stRsp nie offengelegt.

Nach 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f muss der 10. Senat nun Farbe bekennen.

Verfolgt man seine Linie auf die ersten Entscheidungen zurück, in der er abweichend von der objektiven Theorie eine längere Frist gewährte, zeigt sich vielmehr, dass er sich dabei sogar – wengleich wohl unberechtigt – auf Vorentscheidungen anderer Senate stützt und so den Eindruck vermittelt, sich ohne weiteres in die stRsp einzureihen.³⁵⁾ Angesichts des nunmehr offen zu Tage liegenden Widerspruchs ist das nicht mehr möglich, der 10. Senat wird vielmehr Farbe bekennen müssen. Dabei hat er im Grunde zwei Möglichkeiten:

Schwenkt er zurück auf die ursprünglich auch von ihm vertretene³⁶⁾ (streng) objektive Theorie, bleibt weiterhin das unbefriedigende Ergebnis, dass ein Gerichtsfehler zulasten der Partei ausschlägt. Womöglich hätte die Diskussion der letzten Jahre dann aber – will man sie nicht schlicht als viel Lärm um nichts abtun – immerhin dazu beigetragen, die Wiedereinsetzung bei Fristversäumnissen wegen einer verfehlten Entscheidungsform großzügiger handzuhaben; der 3. Senat hat das zumindest angedeutet.³⁷⁾

Hält der 10. Senat dagegen an seinem differenzierten Zugang fest, bekommt das Thema angesichts der offensichtlichen

Judikaturdivergenz schnell auch eine verfassungsrechtliche Tangente: Unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten ist es nämlich bedenklich, die Rechtzeitigkeit eines Rechtsmittels von Zufälligkeiten in der Geschäftsverteilung des OGH abhängig zu machen – das Gebot der Gleichbehandlung vor dem Gesetz bindet ja auch die ordentlichen Gerichte.³⁸⁾ Will man die Perpetuierung der widersprüchlichen Judikatur vermeiden, bietet sich allenfalls eine Entscheidung als verstärkter Senat an, um in dieser Angelegenheit ein für alle Mal Klarheit zu schaffen. Dass die Frage nach der zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist die Hürde der „Grundsätzlichkeit“ (§ 8 OGHG) nimmt, steht dabei außer Zweifel.

Nach 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f liegt der Ball jetzt jedenfalls beim 10. Senat.

Schlussstrich

Vergreift sich das Gericht in der Entscheidungsform und erlässt ein „Urteil“ statt eines Beschlusses, ist nicht klar, welche Rechtsmittelfrist zur Bekämpfung der Entscheidung zusteht. Um vier Wochen zu gewähren, behandelt der 10. Senat die Entscheidung manchmal als „echtes“ Urteil. Nimmt man das ernst, ist der Preis für den fristenrechtlichen Vertrauensschutz allerdings, dass die fehlerhafte Entscheidungsform auch Einfluss auf den offenstehenden Rechtszug hat. Auch deshalb bleiben 3 Ob 67/23h und 1 Ob 63/23f bei der (streng) objektiven Theorie, wonach die Entscheidung trotz inkorrekt Bezeichnung ein Beschluss mit bloß zweiwöchiger Rekursfrist ist. Überzeugender scheint es, in Analogie zu § 61 Abs 2 und 3 AVG eine vierwöchige Rekursfrist zu gewähren; so wird auch die unerwünschte Reflexwirkung auf den Rechtszug vermieden.

³⁵⁾ 10 Ob 57/18g Pkt 2.2 verweist auf 3 Ob 52/15s, 9 Ob 22/16z, 2 Ob 138/12a und RSO110742; 10 Ob 6/19h darüber hinaus auf RSO110742 (T 1). 3 Ob 52/15s und 9 Ob 22/16z behandeln tatsächlich ein Vergreifen in der Entscheidungsform, freilich war für den 3. und den 9. Senat trotz allenfalls anderes suggerierender Formulierungen (3 Ob 52/15s: „ergibt sich klar, dass der Erstrichter [...] zurück- und nicht abweisen wollte“; 9 Ob 22/16z: „ergibt sich unmissverständlich, dass die Erstrichterin [...] zurück- und nicht abweisen wollte“) ganz im Sinne der objektiven Theorie nur die nach dem Gesetz korrekterweise zu wählende Entscheidungsform ausschlaggebend. Ähnliches gilt für 2 Ob 138/12a, wo der 2. Senat außerdem auf den auch vom 10. Senat herangezogenen Rechtssatz RSO110742 rekurriert, der aber gar nicht einschlägig ist: In der Ausgangsentscheidung 6 Ob 113/98f und zu 5 Ob 236/08d, woraus (T 1) gebildet wurde, ging es nämlich nicht darum, ob eine Entscheidung als Urteil oder Beschluss zu behandeln ist, sondern ob überhaupt eine Entscheidung vorlag.

³⁶⁾ Vgl etwa noch 10 Obs 20/16p.

³⁷⁾ 3 Ob 67/23h Rz 19.

³⁸⁾ Zur Rechtsanwendungsgleichheit zuletzt P. Gruber, Zivilrecht und Verfassung (2023) 71f mwN.