

Die verfehlte Entscheidungsform: Rück- und Ausblick

Der Beitrag schnell gelesen

Vergreift sich das Gericht in der Entscheidungsform, soll das grundsätzlich unerheblich sein: Die Rsp folgt nämlich der „objektiven Theorie“, wonach für ein allfälliges Rechtsmittel nicht die tatsächlich gewählte, sondern allein die rechtlich vorgeschriebene Form relevant ist, ob also richtigerweise ein Urteil oder ein Beschluss zu fällen gewesen wäre. Der 10. Senat hat zuletzt allerdings einen differenzierten Zugang entwickelt, um dem Rechtsmittelwerber unangenehme Überraschungen zu ersparen. Das bietet Gelegenheit zur Vergewis-

serung über den status quo, wirft aber auch eine Reihe an Folgefragen auf.

Zivilverfahrensrecht

§§ 84, 146, 419, 430, 464, 505, 521 ZPO; § 61 AVG OGH 29. 1. 2010, 1 Ob 254/09y; 13. 9. 2018, 10 Ob 57/18g; 26. 2. 2021, 10 ObS 17/21d; 21. 10. 2021, 3 Ob 146/21y; 28. 7. 2022, 10 Obs 54/22x

ÖJZ 2023/34



Mag. DOMINIK SCHINDL ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
- B. Rückblick und status quo ante
 - 1. Die ersten Jahre
 - 2. Ende gut, alles gut?
- C. ZVN 2009: Verfehlte Entscheidungsform revisited und status quo
 - 1. Gretchenfrage Rechtsmittelfrist
 - 2. Entgegenkommen des 10. Senats
- D. Folgefragen und Ausblick
 - 1. Neue Probleme I
 - 2. Neue Probleme II
 - 3. Lösungswege
 - a) Entscheidungsberichtigung?
 - b) Wiedereinsetzung?
 - c) § 61 AVG analog?
- E. Schlusstrich

A. Ausgangspunkt

Die ZPO behält die Urteilsform der meritorischen Erledigung der Hauptsache vor (§§ 390 ff ZPO); andere Entscheidungen ergehen als Beschlüsse (§ 425 ZPO). Das ist nicht nur ein formal-terminologischer Unterschied, auch die Bekämpfbarkeit einer Entscheidung hängt davon ab: Während nämlich Urteile recht weitgehend überprüfbar sind, unterliegt der Rechtszug gegen Beschlüsse vergleichsweise strengen Beschränkungen (etwa §§ 517, 528 ZPO). Nicht zuletzt schlägt sich die Differenzierung in der Rechtsmittelfrist nieder: Für Berufung und Revision stehen vier Wochen zur Verfügung (§§ 464, 505 ZPO), während ein (Revisions-)Rekurs in der Regel binnen zwei Wochen ab Zustellung einzubringen ist (§ 521 ZPO).

Vergreift sich das Gericht in der Entscheidungsform, stellt sich daher die Frage, welche Auswirkungen das auf ein allfälliges Rechtsmittel hat – ein Problem, das den OGH schon im Jahr des Inkrafttretens der ZPO und damit vor 125 Jahren beschäftigt hat.¹ Rezent haben Gesetzgebung und Judikatur allerdings frischen Wind in die Diskussion gebracht, was zu einer Bestandsaufnahme einlädt.

Die Frage, wie sich das Vergreifen in der Entscheidungsform auf das Rechtsmittel auswirkt, beschäftigt die Gerichte seit 125 Jahren.

B. Rückblick und status quo ante

1. Die ersten Jahre

Ausgangspunkt der Rsp ist seit jeher, dass ein Gerichtsfehler keinen Einfluss auf das eigentlich statthafte Rechtsmittel haben soll: Ergeht also eine richtigerweise als Beschluss zu fassende Entscheidung fälschlich als „Urteil“, sei sie trotzdem als Beschluss zu behandeln und das Rechtsmittel unterliege den (Zulässigkeits-)Vorschriften für Rekurse. Erhebt der Rechtsmittelwerber dennoch „Berufung“, erlaubte der OGH anfänglich aber immerhin eine Umdeutung, sodass das Rechtsmittel „Berufung“ genauso als Rekurs (§ 514 ZPO) zu behandeln war² wie eine „Revision“ gegen die irrtümlich als Urteil bezeichnete zweitinstanzliche Zurückweisung einer Berufung, die eigentlich ein Beschluss sein müsste (§ 519 Abs 1 Z 1 Fall 2 ZPO).³

Das stand in bemerkenswertem Gegensatz zu jener Rsp-Linie, nach der ein falsch bezeichnetes Rechtsmittel im Normalfall – also bei vom Gericht korrekt gewählter Entscheidungsform – nicht seinem Inhalt nach zu behandeln, sondern schlicht unzulässig sein sollte: So wollte der OGH unter ausdrücklicher Zustimmung *Franz Kleins*⁴ eine „Berufung“ nur gegen die Kostenentscheidung, die richtigerweise mit Rekurs zu bekämpfen wäre

¹ Die ZPO RgBl 1895/113 trat mit 1. 1. 1898 in Kraft; vgl Art I Abs 1 EGZPO.
² So ist wohl OGH 15. 6. 1898, Z 8255 (GIUNF 226) zu verstehen: erstinstanzliches „Urteil“ nur über die Prozesskosten, wobei „aus irgend einem Grunde die Entscheidung in der Hauptsache gar nicht ergangen ist“; nach der Judikatur ist in manchen derartigen Fällen – etwa bei Klageeinschränkung auf Kosten – allerdings tatsächlich ein, wenngleich nur mit Rekurs bekämpfbares Kostenurteil zu fällen (*G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ [2021] Rz 463). Weitere Fundstellen der nicht im RIS veröffentlichten Entscheidungen bis 1939 finden sich bei *Pusterhofer*, *Pusterhofer Index* (2021).
³ OGH 28. 11. 1899, Z 16656 (GIUNF 768).
⁴ *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) 229: Das Gericht sei „nicht befugt – die Sache, das Recht über die Form setzend! – die verfehlte Form in Gnaden nachzusehen, die Berufung als Recurs zu behandeln und über die Beschwerde meritorisch zu entscheiden“.

(§ 55 ZPO), zurückgewiesen wissen.⁵ Sogar ein als „Berufung, eventuell Rekurs“ bezeichnetes Rechtsmittel sollte wegen „der scharfen Unterscheidung zwischen den in Rede stehenden Rechtsmitteln“ unzulässig sein,⁶ nicht einmal eine Verbesserung (§§ 84f ZPO) war möglich.⁷

Schon bald erstreckte der OGH diesen restriktiven Zugang aber auch auf die hier interessierenden Fälle, in denen die fehlerhafte Bezeichnung des Rechtsmittels auf ein Vergreifen des Gerichts in der Entscheidungsform zurückzuführen war: Das Instanzgericht habe sich „mit dem Rechtsmittel zu befassen [...], wie es vorliegt“, und da der Rekurs kein Minus, sondern ein Aliud zur Berufung sei, gehe es auch nicht an, „den in der ersten Instanz unterlaufenen Fehler durch einen nicht minder großen in zweiter Instanz sanieren zu wollen“.⁸ Der Rechtsmittelwerber musste die fehlerhafte Entscheidungsform also selbständig umdeuten und sein Rechtsmittel der Umdeutung entsprechend bezeichnen, um einer Zurückweisung zu entgehen, was manche schon damals am „intellektuellen Gehalt dieser Auffassung“⁹ zweifeln ließ: Der OGH betreibe „geistlosen Wortkultus“, der „nur einem Legisten, dessen Denkapparat aus papierenen Paragraphen zusammengesetzt ist, nicht einem Juristen mit lebender Hirnsubstanz einleuchten“¹⁰ könne.

Tatsächlich mutet die Rsp-Linie aus heutiger Perspektive geradezu perplex an. Das ruft allerdings in Erinnerung, dass der seither im Wesentlichen unverändert gebliebene § 84 Abs 2 Satz 2 ZPO, wonach „falsa demonstratio non nocet“ auch für Rechtsmittel gilt, erst 1914 eingeführt wurde.¹¹ Spätestens seit damals sollten die Dinge aber klar sein: Um „Schikanen und Vexationen vorzubeugen“,¹² ist ein falsch bezeichnetes Rechtsmittel ganz generell¹³ und daher auch dann, wenn die Fehlbezeichnung des Rechtsmittels auf eine verfehlte Entscheidungsform des Gerichts zurückzuführen ist,¹⁴ als das eigentlich statthafte zu behandeln.

2. Ende gut, alles gut?

Für die nächsten 100 Jahre schien es dann auch so, als wäre das Problem ein für alle Mal gelöst. Die Rsp hält seither nämlich daran fest, dass für die Frage, „ob ein Urteil oder ein Beschluss vorliegt, [...] nicht die tatsächlich gewählte, sondern die vom Gesetz vorgesehene Form der Entscheidung maßgebend“¹⁵ sei, wonach sich auch die Statthaftigkeit eines allfälligen Rechtsmittels richte: Das „Vergreifen in der Entscheidungsform beeinflusst weder die Zulässigkeit noch die Behandlung des Rechtsmittels“,¹⁶ wofür die Lehre den Begriff „objektive Theorie“ prägte.¹⁷

Das bedeutet zum einen, dass ein an sich offenstehender Rechtszug nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil das Gericht seine Entscheidung falsch bezeichnet. Entscheidet das Berufungsgericht meritorisch in der Hauptsache, ändert die Bezeichnung als „Beschluss“ also nichts daran, dass es sich um ein Urteil handelt; das als „Rekurs“ bezeichnete Rechtsmittel ist daher nicht wegen der Rekursbeschränkungen im Berufungsverfahren (§ 519 ZPO e contrario) unzulässig, sondern als Revision zu behandeln.¹⁸ Ähnliches gilt für den zweitinstanzlichen „Beschluss“, mit dem die ebenso beschlussmäßige Stattgabe eines Zwischenfeststellungsantrags bestätigt wird: Die Entscheidung ist, weil richtigerweise mit Urteil zu entscheiden gewesen wäre,¹⁹ als solches zu deuten und damit trotz der Konformatsperre im Rekursverfahren (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO) revisibel.²⁰ Weist die erste Instanz eine Klage meritorisch ab und greift erst das Berufungsgericht ein Prozesshindernis auf, das erstinstanzlich nicht behandelt worden ist, muss es die Klage mit Beschluss zurückweisen; bezeichnet es seine Entscheidung dennoch als ein die erstinstanz-

liche Abweisung bestätigendes „Urteil“, ändert die Fehlbezeichnung nichts am Rechtszug: Der OGH kann daher nicht nur bei Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage mit Revision (§ 502 ZPO), sondern ohne weitere Voraussetzungen mit Vollrekurs angerufen werden (§ 519 Abs 1 Z 1 Fall 1 ZPO).²¹

Zum anderen eröffnet die falsche Bezeichnung der Entscheidung aber auch kein Rechtsmittel, das gegen die richtige Entscheidung nicht statthafte ist. Fertigt daher das Berufungsgericht ein „Urteil“ aus, mit dem es das bekämpfte Urteil der ersten Instanz aufhebt und den Fall an diese zurückverweist, was richtigerweise mit Beschluss geschehen muss, ist die Entscheidung auch als Beschluss zu behandeln; die eingebrachte „Revision“ ist daher als Rekurs zu deuten und mangels Rechtskraftvorbehalts unzulässig (§ 519 Abs 1 Z 2, Abs 2 ZPO).²² Ebenso unzulässig ist die „Revision“ gegen die fälschlich als „Urteil“ statt Beschluss (§ 473 Abs 1 ZPO) betitelte Verwerfung einer Nichtigkeitsberufung (§ 519 ZPO e contrario),²³ und schließlich bleibt ein Konformatsbeschluss selbst dann unanfechtbar (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO), wenn beide Unterinstanzen ihre jeweilige Entscheidung als „Urteil“ bezeichnen.²⁴

⁵ OGH 10. 8. 1898, Z 10905 (GIUNF 276); ähnlich 3. 9. 1901, Z 12643 (GIUNF 2180); 29. 1. 1907, Z 1006 (GIUNF 3676); s auch Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II⁴ (1928) 1250 FN 2. Gegenteiliges aus zweitinstanzlicher Judikatur berichtet Schoberlechner, Aus den Erfahrungen eines Vorsitzenden, GZ 1900, 33, 42, 49, 59 (49).

⁶ OGH 7. 3. 1911, R I 135/11 (GIUNF 5386); großzügiger noch 10. 8. 1904, Z 12398 (GIUNF 2758) zu einer „Berufungs-, respektive Rekurschrift“.

⁷ OGH 3. 12. 1912, R II 1067/12 (GIUNF 6154).

⁸ OGH 31. 5. 1911, R II 456/11 (GIUNF 5493); ähnlich 31. 1. 1905, Z 1340 (ZBl 1905/118); 6. 11. 1907, Z 13499 (GIUNF 3966); 28. 11. 1907, Z 14914 (GIUNF 3998; neben den im Pusterhofer Index [FN 2] angeführten Fundstellen, allerdings als Z 17914 geführt, noch ZBl 1908/135); 4. 12. 1907, Z 15100 (GIUNF 4009); 23. 10. 1912, R II 927/12 (GIUNF 6107).

⁹ Redaktionsanmerkung zu OGH 23. 11. 1904, Z 16826, ZBl 1905/193.

¹⁰ Redaktionsanmerkung zu OGH 31. 1. 1905, Z 1340, ZBl 1905/118.

¹¹ (Erste) Gerichtsentslastungsnovelle RGBl 1914/118; die ZVN 1983 BGBl 1983/135 erstreckte die anfangs nur Rechtsmittel explizit erwähnende Vorschrift dann auch auf Rechtsbehelfe und Gründe.

¹² Sternberg, Die Gerichtsentslastungsnovelle (1914) 36.

¹³ Siehe schon OGH 11. 8. 1914, Rv I 626/14 (GIUNF 7009); seither RS0036258.

¹⁴ OGH 4. 5. 1920, Rv III 89/20 (ZBl 1920/132).

¹⁵ RS0040727.

¹⁶ RS0036324; vgl auch RS0040285; RS0041859; RS0041880.

¹⁷ Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV¹ (1971) 21; Holzhammer, Zivilprozessrecht² (1976) 316.

¹⁸ Jedenfalls im Ergebnis OGH 27. 3. 1934, 3 Ob 216, 282/34 (Rsp 1934/281): Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses und Auftrag an das Berufungsgericht, mit Urteil zu entscheiden.

¹⁹ G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ Rz 521.

²⁰ OGH 6. 4. 2022, 6 Ob 138/21v.

²¹ OGH 3. 12. 1991, 4 Ob 1/92; dort ging es um die erstmalige Zurückweisung eines Zwischenfeststellungsantrags aus prozessualen Gründen – in concreto wegen mangelnder Bedeutung des festzustellenden Rechtsverhältnisses über den konkreten Rechtsstreit hinaus – durch das BerG, die stRsp wendet § 519 Abs 1 Z 1 ZPO hier allerdings analog an (RS0039705).

²² OGH 27. 4. 1934, 1 Ob 290/1934 (ZBl 1934/323).

²³ OGH 8. 9. 1954, 1 Ob 592/54 (JBl 1955, 21; vgl allerdings auch die meritorische Behandlung in der dort ebenso abgedruckten Entscheidung 8. 10. 1954, 2 Ob 503/54); zur neuen Rsp-Linie des 10. Senats in diesem Kontext s unten bei FN 54.

²⁴ OGH 13. 6. 1928, 1 Ob 540/28 (ZBl 1928/278); 19. 4. 1950, 1 Ob 213/50 (wohl nur die erste Instanz); 14. 10. 1959, 1 Ob 293, 305/59 (JBl 1960, 260); 17. 12. 1964, 8 Ob 355/64 (JBl 1965, 374; alle Klagszurückweisung); 6. 9. 1960, 4 Ob 121,125/60 (SozM IV A, 217; Zwischenfeststellungsantrag); die jeweils einschlägige Gegen Ausnahme zur Zulässigkeit des Revisionsrekurses bei Klagszurückweisung aus formellen Gründen (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO; beim Zwischenfeststellungsantrag per analogiam: RS0119816) wurde erst mit der WGN 1989 BGBl 1989/343 Gesetz; ähnlich 31. 1. 1967, 4 Ob 505/67 (EvBl 1967/371; Klagsänderung); 27. 5. 2003, 1 Ob 117/03t zur Berichtigung der Parteienbezeichnung (jeweils keine analoge Anwendung von § 528 Abs 2 Z 2 ZPO; vgl RS0039426 und RS0099940).

In der Lehre fand diese Linie nahezu einhellig Zustimmung:²⁵ Das Vergreifen in der Entscheidungsform dürfe keinen Einfluss auf die Rechtsmittelstatthaftigkeit haben, und zwar weder in die eine noch in die andere Richtung. Da die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels dank § 84 Abs 2 Satz 2 ZPO allerdings nicht mehr schadet, halten manche das Problem der verfehlten Entscheidungsform ohnehin für „weitgehend gelöst“.²⁶ Ende gut, alles gut?

C. ZVN 2009: Verfehlte Entscheidungsform revisited und status quo

1. Gretchenfrage Rechtsmittelfrist

Ganz so einfach liegen die Dinge seit gut zehn Jahren nicht mehr, wie schon die ab dann sprunghaft angestiegene Anzahl höchstgerichtlicher Entscheidungen zur verfehlten Entscheidungsform zeigt.²⁷ Das Problem ist nämlich mit der ZVN 2009 um eine praktisch höchst relevante Facette reicher geworden, weil sich der Unterschied zwischen Urteil und Beschluss (erst) seit damals auch in der Rechtsmittelfrist niederschlägt. Während die Stammfassung der ZPO noch generell 14 Tage vorgesehen hatte²⁸ und die ZVN 1983 die Fristen sowohl für Berufungen und Revisionen als auch für zweiseitige Rekurse auf vier Wochen verlängerte,²⁹ klaffen sie seit der ZVN 2009 auseinander: Für Berufung und Revision steht weiterhin die vierwöchige Frist zur Verfügung, für den Rekurs im Regelfall dagegen (wieder) nur zwei Wochen (§§ 464, 505, 521 ZPO).³⁰

Damit verschiebt sich der Fokus der Diskussion um die verfehlte Entscheidungsform von der Statthaftigkeit auf die Frage,

welche Frist für ein Rechtsmittel gelten soll, das nach dem Gesetz jedenfalls offensteht. Dass damit ein gänzlich anderes Sachproblem angesprochen ist, für das die objektive Theorie nie gemacht war,³¹ stört den OGH allerdings nicht. Ohne zu zögern hat er seine dazu herausgearbeiteten Grundsätze auch auf die Rechtsmittelfrist übertragen, sodass gegen einen als „Urteil“ ausgefertigten Beschluss nur der binnen 14 Tagen zu erhebende Rekurs offensteht: Eine danach erhobene „Berufung“ ist zwar in einen Rekurs umzudeuten (§ 84 Abs 2 Satz 2 ZPO), dann aber verspätet und daher zurückzuweisen.³²

Der OGH wendet die objektive Theorie auch auf die zur Verfügung stehende Rechtsmittelfrist an.

Es ist allerdings eine Frage, ob das Vergreifen in der Entscheidungsform einen nach dem Gesetz nicht zustehenden Rechtszug eröffnen soll, aber eine gänzlich andere, ob man „einen schweren Gerichtsfehler zu Lasten der Partei ausschlagen lässt und alleine der Partei die Folgen der durch das rechtswidrige [...] Verhalten des Gerichts provozierten Fristversäumnis auferlegt“.³³ Dass der OGH früher selbst noch betont hat, dass das Vergreifen in der Entscheidungsform „den Parteien nicht zum Nachteil gereichen“³⁴ dürfe, scheint dabei vergessen, und auch die mahnenden Worte der Lehre, „Fehler des Untergerichts nicht auf dem Rücken des Anfechtungsberechtigten“³⁵ auszutragen, verhallen ungehört – rasch war der Rechtssatz geboren, dass „auch Gerichtsfehler nicht zur Verlängerung von Notfristen führen können“.³⁶

2. Entgegenkommen des 10. Senats

Die stRsp hält daher auch für die Frage der Länge der Rechtsmittelfrist an der objektiven Theorie fest.³⁷ Allerdings hat der 10. Senat zuletzt einen differenzierteren Zugang entwickelt; die objektive Theorie solle nämlich nur gelten, wenn aus der Entscheidung „unzweifelhaft und unmissverständlich“³⁸ hervorgeht, dass sich das Gericht in der Entscheidungsform vergriffen hat und eigentlich in einer anderen Form entscheiden wollte, der Irrtum also evident ist.

Damit bringt die neue Linie, an der der 10. Senat seit seiner ersten Entscheidung dazu unter ausdrücklicher Billigung *Klickas*³⁹ festhält,⁴⁰ eine deutliche Akzentverschiebung mit sich: Während für die objektive Theorie der „tatsächlich[e] oder vermeintliche Wille des Gerichts, in einer bestimmten Form seine

²⁵ *Albiez* in *Höllwerth/Ziehensack* § 128 ZPO Rz 1; *Brenn* in *Höllwerth/Ziehensack* § 404 ZPO Rz 2, § 425 ZPO Rz 1; *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny III/2* § 425 ZPO Rz 1; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka* § 84–85 ZPO Rz 9; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III/2* Vor §§ 390ff ZPO Rz 4; *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1* § 543 ZPO Rz 8; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka* Vor § 461 ZPO Rz 7, Vor § 502 ZPO Rz 8, § 521 ZPO Rz 1; *G. Kodek* in *Fasching/Konecny II/2* §§ 84, 85 ZPO Rz 63; *Konecny* in *Fasching/Konecny IV/1* Einleitung Rz 28; *Lovrek* in *Fasching/Konecny IV/1* § 502 ZPO Rz 198; *Ploier* in *Höllwerth/Ziehensack* § 521 ZPO Rz 3; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht* (2019) Rz 1057; *Sloboda* in *Fasching/Konecny IV/1* § 514 ZPO Rz 4, § 521 ZPO Rz 13; *Zechner* in *Fasching/Konecny IV/1* § 502 ZPO Rz 19, Vor §§ 514ff ZPO Rz 22; ähnlich wohl auch *Eisinger*, *Rechtsschutzbehelfe gegen unrichtige richterliche Rechtsbelehrung*, RZ 1937, 209 (211f); *Petschek/Stagel*, *Der österreichische Zivilprozeß* (1963) 362f; *Wolff*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozeßrechts* (1947) 351; weiters *Fasching*, *Kommentar IV* 21f; *ders* in *Fasching/Konecny IV/1* Einleitung Rz 34; *ders*, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts* (1990) Rz 1686, der zwar von „Meistbegünstigungstheorie“ spricht, aber doch meint, dass „der Irrtum des Gerichts [...] keinen durch das Gesetz nicht gedeckten Instanzenzug eröffnen könne“ (im Ergebnis ident schon *ders*, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen* II¹ [1962] 558f, III¹ [1966] 548); für Statthaftigkeit auch des gegen die gewählte Form zustehenden Rechtsmittels („Prinzip der Meistbegünstigung“) allerdings *Holzhammer*, *Zivilprozeßrecht* 316; differenzierend *Pollak*, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Exekutionsrechtes* (1932) 565.

²⁶ *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht* 9 Rz 1057.

²⁷ Für die Jahre 2000 bis 2009 sind im RIS zu RS0036324 zwölf Entscheidungen indiziert, seit 2010 dagegen 38.

²⁸ § 464 Abs 1, § 505 Abs 2, § 521 Abs 1 ZPO idF RGBL 1895/113.

²⁹ § 464 Abs 1, § 505 Abs 2, § 521 Abs 1 ZPO idF BGBl 1983/135. Der Rekurs war damals bei End- (§ 459 ZPO), Aufhebungs- und Zurückverweisungs- (heute: § 519 Abs 1 Z 2 ZPO) sowie solchen Beschlüssen zweiseitig, mit denen eine streitanhängige Klage zurückgewiesen oder ein Zurückweisungsantrag verworfen wurde (§ 521a Abs 1 ZPO idF BGBl 1983/135; zur Ausweitung des Anwendungsbereichs in der Praxis *G. Kodek*, *Zur Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens*, ÖJZ 2004, 534, 589; *Zechner* in *Fasching/Konecny IV/1* § 521a ZPO Rz 8ff), und damit gerade in Fällen, die häufig an den OGH herangetragen wurden. Bei einseitigen Rekursen stellte sich das Problem freilich schon damals; vgl etwa OGH 9. 1. 1986, 6 Ob 714/85.

³⁰ BGBl 2009/30; vgl auch ErläutRV 89 BlgNR 24. GP 15f. Vier Wochen stehen nur mehr für Rekurse gegen Endbeschlüsse im Besitzstörungsverfahren und Aufhebungs- und Zurückweisungsbeschlüsse des Berufungsgerichts zur Verfügung.

³¹ Das betont auch *Klicka*, Die „verfehlte Entscheidungsform“ im Zivilprozess – neue Rechtsprechung des OGH, ÖJZ 2020, 478 (479).

³² OGH 29. 1. 2010, 1 Ob 254/09y; 22. 7. 2010, 8 ObS 8/10z.

³³ *Klicka*, ÖJZ 2020, 478 (478).

³⁴ OGH 17. 10. 1973, 1 Ob 170/73 (zur Statthaftigkeit).

³⁵ *Petschek/Stagel*, *Zivilprozeß* 362; gleichsinnig *Fasching*, *Kommentar II* 558; *ders*, *Kommentar IV* 21f; *ders* in *Fasching/Konecny IV/1* Einleitung Rz 34; *ders*, *Lehrbuch* 2 Rz 1686; *Novak*, *Anm zu OGH 17. 12. 1964*, 8 Ob 355/64, JBl 1965, 374.

³⁶ RS0036324 (T 14).

³⁷ Zuletzt etwa OGH 20. 4. 2018, 7 Ob 64/18i; 28. 6. 2018, 9 Ob 39/18b; 25. 1. 2019, 8 Ob 169/18p; 27. 6. 2019, 6 Ob 111/19w; 29. 8. 2019, 1 Ob 140/19y; 24. 2. 2021, 7 Ob 13/21v; 23. 2. 2022, 4 Ob 199/21z; 6. 4. 2022, 6 Ob 138/21v; offenlassend 21. 10. 2021, 3 Ob 146/21y (dazu bei FN 46).

³⁸ OGH 13. 9. 2018, 10 Ob 57/18g; vgl schon *Pollak*, *System* 565.

³⁹ *Klicka*, ÖJZ 2020, 478.

⁴⁰ OGH 30. 7. 2019, 10 Ob 6/19h; 13. 10. 2020, 10 ObS 114/20t; 26. 2. 2021, 10 ObS 17/21d (dazu bei FN 56); 20. 4. 2022, 10 ObS 48/22i (dazu bei FN 44); 28. 7. 2022, 10 ObS 54/22x (dazu bei FN 52); vgl aber auch 19. 11. 2019, 10 ObS 77/19z. Die anderen Senate sind dagegen bisher bei der objektiven Theorie geblieben (vgl FN 37).

Entscheidung zu treffen, [...] ohne Bedeutung⁴¹ ist und es nur darum geht, welche Entscheidungsform die richtige ist, soll es nun auch auf den subjektiven Willen des Gerichts ankommen, in einer bestimmten Form zu entscheiden: Wille schlägt Gesetz.

Das hat handfeste praktische Konsequenzen, wie ein kürzlich entschiedener Fall eindrucksvoll illustriert: Dort ging es um eine Säumnisklage gegen eine Sozialversicherungsanstalt, die im Rahmen der sukzessiven Kompetenz nur zulässig ist, wenn der Versicherungsträger mit der Bescheiderlassung säumig wird. Für verfrühte Klagen ordnet das Gesetz die Unzulässigkeit des Rechtswegs an, was zur Zurückweisung mit Beschluss führen müsste (§ 67 Abs 1 Z 2, § 73 ASGG); entgegen diesen Vorgaben hatte die erste Instanz die zu früh erhobene Klage allerdings mit „Urteil“ abgewiesen.

Wendet man mit der bisherigen Rsp die objektive Theorie an, sollte das Vergreifen in der Entscheidungsform für die rechtsmittelrechtliche Behandlung nichts ändern. Da bei fehlender Säumnis richtigerweise ein Beschluss zu fassen ist, wäre das „Urteil“ in einen solchen umzudeuten und als Rechtsmittel stünde ein binnen zwei Wochen zu erhebender Rekurs offen. So sah das auch die zweite Instanz, weshalb sie die erst nach dieser Frist erhobene „Berufung“ als verspäteten Rekurs behandelte und zurückwies.

Der 10. Senat entschied dann allerdings anders: Dass „die angeführte tragende Begründung für die (gewollte) Klageabweisung in Urteilsform bei richtiger rechtlicher Beurteilung zur Zurückweisung der Klage mit Beschluss führen hätte müssen“, reichte für ihn gerade nicht aus, um die Entscheidung als Beschluss zu deuten. Ihr sei nämlich kein zweifelsfrei auf beschlussmäßige Zurückweisung gerichteter Entscheidungswille zu entnehmen, weshalb er das (erst) binnen vier Wochen eingebrachte Rechtsmittel für fristgerecht hielt.⁴²

Das Anliegen des 10. Senats ist sehr verständlich, zumal der Anlassfall geradezu pathologisch ist: Wo die erste Instanz im mit „Urteil“ betitelten Spruchpunkt I. die Säumnisklage im Namen der Republik abweist und im Anschluss unter II. eine Reihe an „Beschlüssen“ fasst, kann man dem Rechtsmittelwerber tatsächlich kaum mehr vorwerfen, sich für die Bekämpfung der Entscheidung zu I. auf eine vierwöchige Rechtsmittelfrist verlassen zu haben.

D. Folgefragen und Ausblick

1. Neue Probleme I

Dennoch hält der 10. Senat es immerhin für „nachvollziehbar“,⁴³ dass die zweite Instanz das Rechtsmittel noch ganz iS der objektiven Theorie als Rekurs gedeutet und deshalb als verspätet zurückgewiesen hat. Drei Monate zuvor hatte er in einer vergleichbaren Sozialrechtssache sogar selbst keine Bedenken gegen die Umdeutung eines die Zulässigkeit des Rechtswegs verneinenden „Urteils“ in einen Beschluss entsprechend der objektiven Theorie.⁴⁴

Das lenkt den Blick auf Folgefragen. Der 10. Senat hat sich nämlich auch mit seiner neuen Judikaturlinie nicht zur Gänze von der objektiven Theorie verabschiedet: Er verlangt eine Umdeutung wie erwähnt zwar nur noch, aber immerhin dann, wenn das Gericht in den Entscheidungsgründen „unzweifelhaft“ zum Ausdruck bringt, in der richtigen Form entscheiden zu wollen, dann allerdings „irrtümlich“ die andere wählt.⁴⁵ Damit lädt er die objektive Theorie aber um ein subjektives Kriterium auf, das noch dazu recht konturlos ist. Man wird trefflich streiten können, wie unzweifelhaft unzweifelhaft genug ist, um dem Gericht einen von der gewählten Form abweichenden Entscheidungswillen zu unterstellen, was dann auch nach der neuen Linie die Anwendung der objektiven Theorie rechtfertigt.

Der 3. Senat hat dazu zuletzt festgehalten, auf den nunmehrigen Zugang des 10. Senats in concreto nicht eingehen zu müssen und jedenfalls umdeuten zu können: Im ihm vorliegenden Fall habe das Erstgericht nämlich zwar fälschlicherweise mit „Urteil“ über die Unzulässigkeit des Rechtswegs entschieden, aber immerhin zurück- und nicht abgewiesen; es gehe also gerade nicht um den „Fall einer Klageabweisung in Urteilsform“.⁴⁶ Der 3. Senat meint also offenbar, dass der subjektive Entscheidungswille jedenfalls dann unzweifelhaft genug ist und eine Umdeutung erlaubt, wenn trotz Fehlbetitelung der Entscheidung (Urteil statt Beschluss) immerhin der Spruch (Zurückweisung) korrekt ist.

Damit wird allerdings recht mechanisch daran angeknüpft, ob das Gericht gleich zweimal danebengreift (beschlussmäßige Zurück- statt urteilsmäßiger Abweisung) oder sich nur einmal vertut (urteilsmäßige Zurückweisung). In dieser Allgemeinheit überzeugt das jedoch nicht. Wenn man der Linie des 10. Senats folgen will, muss die Sachfrage doch immer lauten, unter welchen Voraussetzungen das Vertrauen des Rechtsmittelwerbers in die vom Gericht gewählte Entscheidungsform schutzwürdig ist.

Dabei ist sicher richtig, dass eine urteilsmäßige Abweisung noch irreführender ist als eine urteilsmäßige Zurückweisung, zumal die österreichische ZPO derartige (Prozess-)Urteile nicht kennt und man insofern eher stutzig werden wird. Bei wertender Betrachtung kann es allein darauf aber nicht ankommen: Wer bei verfehlter Entscheidungsform in einem ersten Schritt Vertrauensschutz dahingehend gewähren will, dass – entgegen der objektiven Theorie – die längere Rechtsmittelfrist offensteht, der wird diesem Anliegen in einem zweiten Schritt nicht dadurch gerecht, dass er formalistisch auf die Verwendung einzelner Begriffe abstellt.

Außerdem müsste dann ja immerhin in jedem Fall, in dem statt beschlussmäßiger Zurückweisung mit Urteil abgewiesen, also doppelt falsch entschieden wird, die vierwöchige Rechtsmittelfrist zur Verfügung stehen. Gerade diesem Zugang ist aber sogar der 10. Senat zuletzt in mehreren Entscheidungen nicht gefolgt.⁴⁷ Damit scheint es erst recht wieder auf den Einzelfall anzukommen, was bei einem wenig greifbaren Abgrenzungskriterium wie der (Un-)Zweifelhaftheit des subjektiven gerichtlichen Entscheidungswillens – der noch dazu „im Lichte eines objektiven Empfängerhorizonts“⁴⁸ zu beurteilen sein soll – schnell arbiträr wirken kann.

Schon *Petschek/Stagel* betonen daher, dass es nicht ausschlaggebend sein dürfe, „ob die Partei den Verstoß klar zu erkennen vermochte, denn es handelt sich hierbei nur um mehr oder weniger

⁴¹ OGH 27. 6. 2019, 8 Ob 56/19x; vgl auch 28. 3. 2017, 4 Ob 233/16t, wonach es irrelevant sei, „welche Entscheidungsform das Gericht tatsächlich gewählt hat oder wählen wollte“.

⁴² OGH 28. 7. 2022, 10 ObS 54/22x.

⁴³ OGH 28. 7. 2022, 10 ObS 54/22x.

⁴⁴ OGH 20. 4. 2022, 10 ObS 48/22i; in concreto war die Umdeutung wegen der Rsp-Linie zur einheitlichen Rechtsmittelfrist bei mehreren in einer Ausfertigung aufgenommenen Entscheidungen allerdings unschädlich (vgl RS0002105; RS0041696; ausf *Sloboda* in *Fasching/Konecny* IV/1³ § 521 ZPO Rz 14ff).

⁴⁵ OGH 13. 9. 2018, 10 Ob 57/18g; 30. 7. 2019, 10 Ob 6/19h; 13. 10. 2020, 10 ObS 114/20t; 28. 7. 2022, 10 ObS 54/22x; ähnlich 20. 4. 2022, 10 ObS 48/22i.

⁴⁶ OGH 21. 10. 2021, 3 Ob 146/21y (Hervorhebung im Original); ähnlich (Zurückweisung in Urteilsform) OGH 20. 4. 2022, 10 ObS 48/22i (dazu bei FN 44).

⁴⁷ OGH 19. 11. 2019, 10 ObS 77/19z; 26. 2. 2021, 10 ObS 17/21d (dazu bei FN 56).

⁴⁸ So OGH 13. 10. 2020, 10 ObS 114/20t unter Berufung auf *Klicka*, ÖJZ 2020, 478 (479).

vage Qualitätsunterschiede“.⁴⁹ Wenn der OGH im Säumnisfall schließlich sogar Verständnis dafür aufbringt, dass die Unterinstanz die entscheidende Frage anders beurteilt hat,⁵⁰ stellt das die Tauglichkeit des herangezogenen Prüfmaßstabs jedenfalls in Frage. Zur Rechtssicherheit trägt das nicht bei.

2. Neue Probleme II

Selbst wenn man diese Unsicherheit beiseitelässt, gilt es außerdem noch einen weiteren, in der Diskussion bislang kaum beachteten Aspekt zu berücksichtigen. Im Fokus der literarischen Aufarbeitung der neuen Rsp-Linie steht bisher nämlich ausschließlich die Rechtsmittelfrist. Wenn etwa *Klicka* meint, „der 10. Senat modifiziert die objektive Theorie in sachgerechter Weise“, hat er dabei explizit „die Rechtzeitigkeit des gewählten Rechtsmittels“ vor Augen: „Stellt sich eine Entscheidung aus der Sicht der Partei bei gesamthafter Würdigung aller Umstände als Urteil dar, [...] richtet sich die Rechtzeitigkeit der Anfechtung dieser Entscheidung nach den Regeln für ein Urteil.“⁵¹

Das hat in der Sache vieles für sich, zumal tatsächlich kaum zu erklären ist, warum ein Gerichtsfehler zulasten des Rechtsmittelwerbers ausschlagen soll. IS eines fristenrechtlichen Vertrauensschutzes ist das Ergebnis, wonach dem Rechtsmittelwerber bei einem als Urteil bezeichneten Beschluss die längere vierwöchige Frist zur Verfügung stehen soll, daher sachgerecht. Dennoch ist der Weg dorthin bemerkenswert, was zurück zum Säumnisfall führt:

Dort betont der 10. Senat nämlich, dass die Entscheidung, die eine beschlussmäßige Zurückweisung hätte sein müssen, „eine ‚echte‘, dh gewollte Abweisung der Säumnisklage mit Urteil [ist], die sich (objektiv betrachtet) auch nach außen als Sachentscheidung präsentiert“.⁵² Der Grund dafür liege darin, dass kein eindeutiger auf Zurückweisung mit Beschluss gerichteter Wille des Gerichts erkennbar sei, der eine Umdeutung erlauben würde. Ganz ähnlich führte er zu einer urteilsmäßigen Abweisung einer Klage, die eigentlich wegen des Prozesshindernisses der Klagsrückziehung unter Anspruchsverzicht mit Beschluss zurückzuweisen gewesen wäre (§ 237 Abs 4 ZPO), aus, dass die Entscheidung als „Sachentscheidung (Urteil) anzusehen [ist], gegen die die vierwöchige Berufungsfrist offen steht“.⁵³

Der 10. Senat versteht die Entscheidung als „echtes“ Urteil mit vierwöchiger Berufungsfrist.

Das klingt, als wollte der 10. Senat nicht nur eine längere, nämlich vierwöchige, Rekursfrist gewähren; vielmehr versteht er die jeweilige Entscheidung wohl als „echtes“ Urteil, gegen das das Rechtsmittel der Berufung mit entsprechender vierwöchiger Berufungsfrist (§ 464 ZPO) statthaft ist. Das legitime Ziel, Vertrauensschutz hinsichtlich der Frist zu gewähren, wird also dadurch erreicht, die Entscheidung samt Rechtsmittel zur Gänze den für die gewählte Form geltenden Regeln zu unterwerfen.

Damit hat die neue Rsp-Linie allerdings noch weitere, gewichtige Folgen, wie ein weiterer, rezent vom 10. Senat behandelter Fall zeigt: Dort entschied das Berufungsgericht über den vom Kläger unrichtig als Verfahrensmangel ausgeführten Nichtigkeitsgrund nicht wie vorgesehen beschlussmäßig (§ 473 Abs 1 ZPO), sondern bestätigte die erstinstanzliche Abweisung mit Urteil. Behandelt man die Entscheidung nun als „echtes“ Urteil, wäre aber die Frage einer erstinstanzlichen Nichtigkeit entgegen der stRsp⁵⁴ revisibel⁵⁵ – womit man den Ausgangspunkt der Rsp-Linie zur verfehlten Entscheidungsform, nach dem das Vergreifen in der Form an der Statthaftigkeit eines Rechtsmittels nichts ändern kann, in sein Gegenteil verkehren würde.

Diese Konsequenz wollte der 10. Senat evident (und zu Recht) vermeiden und behalf sich, indem er den Entscheidungswillen der zweiten Instanz für unzweifelhaft genug auf beschlussmäßige Zurückweisung gerichtet erklärte und die Weichen damit Richtung objektive Theorie stellte. So passierte der Fall nämlich jenen Filter, der auch nach der neuen Rsp-Linie eine Umdeutung erlaubt: Die „klar erkennbar zu Unrecht“ als „Urteil“ ergangene Entscheidung verstand der 10. Senat als unanfechtbaren Beschluss (§ 519 ZPO e contrario) und konnte die „Revision“ als unzulässigen Rekurs zurückweisen.⁵⁶

Wenngleich auch das vom Ergebnis her verständlich ist, ist dennoch nicht recht zu erklären, warum die Entscheidung des Berufungsgerichts hier – im Gegensatz etwa zum Säumnisfall – unzweifelhaft genug ein Beschluss gewesen sein sollte, um eine Umdeutung zu erlauben. Will man mit dem 10. Senat dem gerichtlichen Entscheidungswillen ausschlaggebende Bedeutung beimessen, dürfte vielmehr das Gegenteil der Fall gewesen sein: Die zweite Instanz hatte nämlich sogar die Revision für zulässig erklärt und damit doch recht klar zu verstehen gegeben, ein „echtes“ Urteil fällen zu wollen. Folgt man den von ihm selbst aufgestellten Regeln, hätte der 10. Senat hier also von einem Urteil ausgehen und das Rechtsmittel als Revision behandeln müssen.

Nimmt man die neue Rsp-Linie beim Wort, hat sie daher nicht nur Einfluss auf die Rechtsmittelfrist, sondern betrifft auch die Statthaftigkeit. Das könnte allerdings dazu führen, dass ein Vergreifen in der Entscheidungsform Rechtsmittelfristen und Rechtszug nicht nur verlängern, sondern sogar verkürzen kann; von einem Günstigkeitsprinzip ist jedenfalls keine Rede. Dafür bietet sich eine Kontrollüberlegung unter umgekehrten Vorzeichen an, wenn also ein Urteil fälschlicherweise als „Beschluss“ ausgefertigt wird und der Entscheidung ein unzweifelhaft auf Fällung eines Urteils gerichteter Entscheidungswille nicht zu entnehmen ist.

Der 10. Senat müsste dann ja von einem „echten“ Beschluss ausgehen, was mit Blick auf die im Vergleich zu Berufung und Revision strikten (Revisions-)Rekursbeschränkungen⁵⁷ ein an sich offenstehendes Rechtsmittel abschneiden könnte. Und selbst für den Fall, dass auch der Beschluss bekämpfbar wäre, dürfte der 10. Senat, wenn er seiner Linie treu bleibt und einen „echten“ Beschluss annimmt, nur eine zweiwöchige (Revisions-)Rekursfrist gewähren; er könnte eine binnen vier Wochen erhobene Berufung oder Revision daher zwar umdeuten (§ 84 Abs 2 Satz 2 ZPO), müsste das Rechtsmittel konsequent aber als verspätet zurückweisen.

3. Lösungswege

Es scheint also, als hätte die ZVN 2009 die Gerichte in eine Zwickmühle manövriert: Bleiben sie bei der strengeren objekti-

⁴⁹ *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 362.

⁵⁰ Vgl bei FN 43.

⁵¹ *Klicka*, ÖJZ 2020, 478 (479); primär die Folgen für die Rechtsmittelfrist betonend auch *Rassi*, Das familienrechtliche Rechtsmittelverfahren, EF-Z 2023, 4 (5).

⁵² OGH 28. 7. 2022, 10 ObS 54/22x.

⁵³ OGH 13. 9. 2018, 10 Ob 57/18g.

⁵⁴ Etwa RS0042925; RS0042981; RS0043405.

⁵⁵ Der Umstand, dass auch erstinstanzliche Verfahrensmängel nach stRsp nicht revisibel sein sollen (RS0042963), hilft nicht weiter, zumal die Judikatur diese Einschränkung nicht in allen Fällen durchhält (vgl etwa OGH 13. 12. 2002, 1 Ob 35/02g; 25. 4. 2006, 10 Ob 144/05g; 25. 8. 2011, 5 Ob 220/10d).

⁵⁶ OGH 26. 2. 2021, 10 ObS 17/21d.

⁵⁷ So könnten bspw als Beschluss ergangene, richtigerweise als Urteil zu fällende Konformatsentscheidungen gem § 528 Abs 2 Z 2 ZPO nicht bekämpft werden; zur objektiven Theorie dagegen bei FN 20.

ven Theorie, fällt den Rechtsunterworfenen wegen der unterschiedlichen Rechtsmittelfristen ein Gerichtsfehler auf den Kopf. Hält man es mit dem 10. Senat großzügiger und denkt seinen Ansatz stringent zu Ende, hängen inhaltliche Fragen des Rechtsmittelrechts von Zufälligkeiten ab: Die Unterinstanzen hätten es dann insb in der Hand, die Rechtsmittelstatthaftigkeit (bewusst oder unbewusst) zu beeinflussen – (amts-)haftungsbewährte Kollateralschäden, die sich auch der OGH so nicht wünschen kann. Damit stellt sich die Frage nach einer praktikablen Alternative.

a) Entscheidungsberichtigung?

Man könnte etwa daran denken, bei der objektiven Theorie zu bleiben und den Rechtsmittelwerber auf einen Antrag auf Entscheidungsberichtigung zu verweisen (§§ 419, 430 ZPO). Während eine solche nach dem Gesetz nämlich nur für „Schreib- und Rechenfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten“ Abhilfe schaffen soll, handhabt die Praxis dieses Kriterium sehr großzügig.⁵⁸ Auch eine Berichtigung der falschen Entscheidungsform scheint durchaus innerhalb dieses Rahmens zu liegen: So lag dem LGZ Wien ein Fall vor, in dem eine als „Beschluss“ betitelte Entscheidung berichtigt und ihre Überschrift durch die Urteilen vorbehaltene (Art 82 Abs 2 B-VG) Solennitätsformel „Im Namen der Republik!“ ersetzt wurde.⁵⁹ Dann müsste eine Berichtigung im mit Blick auf die Rechtsmittelfrist problematischen Fall eines fälschlich als „Urteil“ ausgefertigten Beschlusses genauso möglich sein.

Das könnte helfen, weil die Judikatur seit einer über 100 Jahre alten Grundsatzentscheidung⁶⁰ daran festhält, dass die Rechtsmittelfrist bei einer Entscheidungsberichtigung mit Zustellung der berichtigten Ausfertigung neu zu laufen beginne.⁶¹ Der Rechtsmittelwerber, dessen „Berufung“ gegen die is der objektiven Theorie umgedeutete Entscheidung als verspäteter Rekurs zurückgewiesen wird, könnte dann auch noch nach Rechtskraft einen Berichtigungsantrag stellen; er hätte dann ab Zustellung der nunmehr korrekt als Beschluss bezeichneten Ausfertigung neuerlich eine zweiwöchige Rekursfrist und so die Möglichkeit, fristwährend Rekurs zu erheben. Dem stünde im Falle einer Entscheidungsberichtigung auch der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels nicht entgegen.⁶²

Allerdings ist zu bedenken, dass der OGH als Ausnahme von der Grundregel dann keine neue Rechtsmittelfrist gewähren will, wenn „*der Rechtsmittelwerber auch ohne Fassung eines Berichtigungsbeschlusses über den wirklichen Inhalt des richterlichen Willens nicht im Zweifel sein konnte*“.⁶³ Eine derartige „*Berichtigung nebensächlicher Art*“⁶⁴ liegt nach der Judikatur etwa bei der Korrektur offensichtlicher Diktatfehler,⁶⁵ eines Entscheidungsdatums⁶⁶ oder einer Geschäftszahl⁶⁷ sowie der Bezeichnung⁶⁸ oder des Geburtsdatums einer Partei⁶⁹ vor.

Einen solchen Fall hat auch das LGZ Wien im Fall der Berichtigung des als „Beschluss“ bezeichneten Urteils angenommen und deshalb keine neue Rechtsmittelfrist gewährt.⁷⁰ Ähnlich hat der OGH in einer älteren Entscheidung festgehalten, dass die Ergänzung eines Urteils (nur) um die Solennitätsformel keine neuerliche Rechtsmittelfrist in Gang setzt.⁷¹ Zwar stammen beide Entscheidungen aus Zeiten, in denen für Berufung, Revision und (Revisions-)Rekurs noch dieselben Fristen galten;⁷² dennoch scheint es zumindest zweifelhaft, ob die Rsp nunmehr tatsächlich eine neue Rechtsmittelfrist gewähren würde.

Tut sie das nicht, wäre daher wohl eine Berichtigung möglich, der Rechtsmittelwerber in spe hätte davon allerdings nichts: Zwar wäre die Entscheidung nunmehr richtig betitelt, sein ursprüngliches Rechtsmittel war dann aber trotzdem verspätet und ein neuerlicher Rekurs mangels nochmalig ausgelöster Rechtsmittelfrist unzulässig.

b) Wiedereinsetzung?

Womöglich hilft die Rückbesinnung auf die objektive Theorie aber auf einem anderen Weg: Eine Stütze für seine Ansicht, dass das Vergreifen in der Entscheidungsform als Gerichtsfehler keinen Einfluss auf die Rechtsmittelfrist habe,⁷³ identifiziert der OGH nämlich in jener Judikaturlinie, wonach auch fehlerhafte Rechtsmittelbelehrungen die Frist nicht verlängern könnten; vielmehr liege ein Wiedereinsetzungsgrund vor.⁷⁴ Die Übertragung dieses Konzepts auch auf die hier interessierenden Fälle der verfehlten Entscheidungsform – also Umdeutung der Entscheidung, aber Gewährung einer Wiedereinsetzung – wäre damit der nächste logische Schritt. Das klingt, sieht man von den freilich nicht zu unterschätzenden Kostenfolgen (§ 154 ZPO) ab, prima facie vielversprechend.

Allerdings ist zu bedenken, dass die Judikatur einer Wiedereinsetzung in Fällen fehlerhafter Rechtsmittelbelehrungen recht reserviert gegenübersteht. Zwar weist sie stets auf die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung hin,⁷⁵ die einschlägigen Entscheidungen spiegeln allerdings doch eine gewisse Zurückhaltung wider: Die fehlerhafte Belehrung könne nur „*gegebenenfalls*“⁷⁶ oder „*vielmehr allenfalls einen Wiedereinsetzungsgrund bilden*“;⁷⁷ im Regelfall eines rechtskundigen Adressaten⁷⁸ soll eine Wiedereinsetzung gar niemals gerechtfertigt sein.⁷⁹

Unter diesen Vorzeichen wäre die Übertragung dieser (im Übrigen ebenfalls bedenklichen⁸⁰) Linie zur unrichtigen Rechts-

⁵⁸ M. Bydliński in *Fasching/Konecny* III/2³ § 419 ZPO Rz 12.

⁵⁹ LGZ Wien 10. 7. 2000, 43 R 370/00f (EFSlg 94.541).

⁶⁰ OGH 1. 6. 1920, 1 R 105/20 (SZ 2/145 = SpR 8 neu); anders zwischenzeitlich zwar RG 1. 12. 1942, I 144/41 (DREvBl 1943/89); dagegen wiederum OGH 1. 2. 1950, 1 Ob 623/49; vgl weiters 30. 1. 1953, 2 Ob 61/53 (JBl 1953, 423).

⁶¹ RS0041797; ausschlaggebend ist die Zustellung der berichtigten Entscheidung, nicht jene des Berichtigungsbeschlusses (OGH 10. 4. 1962, 4 Ob 316, 317/62 [EvBl 1962/325 = JBl 1963, 270]).

⁶² RS0041718; RS0041778; M. Bydliński in *Fasching/Konecny* III/2³ § 419 ZPO Rz 13; aA *Fasching*, Kommentar III¹ 814.

⁶³ StRsp seit OGH 8. 9. 1954, 3 Ob 470/54; vgl RS0041797 (T 1); krit zu dieser Differenzierung *Fasching*, Kommentar III¹ 813f; *ders*, Lehrbuch² Rz 1567; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 419 ZPO Rz 8; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 901; aA M. Bydliński in *Fasching/Konecny* III/2³ § 419 ZPO Rz 13.

⁶⁴ OGH 4. 12. 1986, 8 Ob 65/86.

⁶⁵ OGH 31. 1. 1991, 8 Ob 614/90.

⁶⁶ OGH 13. 7. 2000, 8 Ob 168/00i.

⁶⁷ Implizit OGH 20. 10. 2021, 6 Fsc 1/21f.

⁶⁸ OGH 29. 6. 2005, 9 Ob 33/05a.

⁶⁹ OGH 30. 10. 2015, 5 Ob 180/15d.

⁷⁰ LGZ Wien 10. 7. 2000, 43 R 370/00f (EFSlg 94.541).

⁷¹ OGH 16. 3. 1977, 1 Ob 536/77 (JBl 1978, 100); Der OGH will nur dann eine neue Frist gewähren, wenn den Parteien bei Abforderung der ursprünglichen Ausfertigungen nicht klar ist, welche Berichtigung beabsichtigt ist (vgl dazu zuletzt 25. 3. 2010, 2 Ob 179/09a mwN); die Solennitätsformel selbst hält er dagegen für „*einen für die Ausführung des Rechtsmittels vollkommen unerheblichen Teil*“.

⁷² Vgl bei FN 28 und 29.

⁷³ Vgl bei FN 36.

⁷⁴ RS0036701, worauf sich etwa OGH 22. 7. 2010, 8 ObS 8/10z; 30. 7. 2015, 8 ObA 10/15a; 20. 4. 2018, 7 Ob 64/18i; 24. 2. 2021, 7 Ob 13/21v berufen; ähnlich zur fehlenden Rechtsmittelbelehrung RS0002128; RS0109747.

⁷⁵ RS0036701.

⁷⁶ OGH 18. 5. 1982, 4 Ob 67/82 (ArbSlg 10.114).

⁷⁷ OGH 28. 1. 2011, 6 Ob 250/10y.

⁷⁸ Ist die Partei vertreten, wird ihr ihr Anwalt zugerechnet (§ 39 ZPO; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 146 ZPO Rz 18 mwN).

⁷⁹ So *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 146 ZPO Rz 9/1 mwN (vgl aber Rz 8/2 gegen die „*nahezu reflexartige*“ Annahme groben Verschuldens bei Rechtsanwältin); ähnlich streng, wenngleich nicht ganz eindeutig, schon *Fasching*, Kommentar II¹ 730.

⁸⁰ Mit Blick auf die Wiedereinsetzung zurecht großzügiger daher die wohl überwiegende Lehre (G. Kodek, Rechtsirrtum und Wiedereinsetzung, Zak 2012, 383 [383] mwN); ausf zum Problem der Wiedereinsetzung bei Fehlern des Parteienvertreters B. Fink, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozeßrecht (1994) 96 ff und zur fehlerhaften Belehrung 95, 105f.

mittelbelehrung auf die verfehlte Entscheidungsform allerdings ein schwacher Trost.

c) § 61 AVG analog?

Vielleicht hat die Sorge um die restriktive Handhabung der Wiedereinsetzung den 10. Senat auch erst dazu bewogen, nach alternativen Lösungswegen zu suchen. Vor diesem Hintergrund ist das angestrebte Ziel, fristenrechtlichen Vertrauensschutz zu gewähren, durchaus zu begrüßen.

Das lädt zu einem Blick auf eine andere Verfahrensrechtsordnung ein. Im Verwaltungsverfahren hat das Problem unrichtiger Rechtsmittelbelehrungen nämlich eine explizite Regelung erfahren: Während die Angabe einer zu kurzen Rechtsmittelfrist die nach dem Gesetz tatsächlich zur Verfügung stehende Frist nicht verkürzt (§ 61 Abs 2 AVG), darf sich der Adressat bei einer zu langen Frist auf deren Richtigkeit verlassen: Ein binnen der angegebenen Frist eingebrachtes Rechtsmittel ist dann jedenfalls rechtzeitig (§ 61 Abs 3 AVG).⁸¹ Das alles betrifft allerdings nur die Fristen; ein nach dem Gesetz nicht zustehendes Rechtsmittel kann auch eine fehlerhafte Belehrung nicht einräumen.⁸²

Schon der AVG-Gesetzgeber 1925 erkannte also, dass „eine unrichtige Angabe über die Berufungsfrist [...] der Partei nicht schaden solle“.⁸³ Der Grundgedanke dieser Bestimmungen lässt sich sogar bis in die Monarchie zurückverfolgen;⁸⁴ das Verwaltungsverfahrensrecht hatte den Zivilprozess „in der Frage der ‚Rechtsmittelbelehrung‘ schon damals eindeutig überflügelt“.⁸⁵ Es verwundert daher kaum, dass die zivilprozessuale Literatur schon früh neidisch auf das Verwaltungsrecht geblickt hat,⁸⁶ was die Frage aufwirft, ob dieses Konzept auch für das vorliegende Problem der verfehlten Entscheidungsform nutzbar gemacht werden könnte.

Eine Analogie zu § 61 Abs 2 und 3 AVG löst das Problem auf sachgerechte Weise.

Das Ergebnis wäre jedenfalls sachgerecht: Ausgangspunkt bliebe der seit 125 Jahren anerkannte Grundsatz, dass sich die Statthafteit eines Rechtsmittels immer nach der korrekten Form richtet. Ist die Entscheidung nach ihrem maßgebenden Inhalt ein Beschluss, kommen die (Revisions-)Rekursbeschränkungen zur Anwendung, beurteilt das Gericht die Hauptsache dagegen meritorisch, sind Berufung oder Revision statthaft; all das unabhängig davon, wie die Entscheidung heißt und ob der Spruch auf Zurück- oder Abweisung lautet. Insofern würde es also bei der objektiven Theorie bleiben – dafür, aber auch nur dafür, war sie ursprünglich ja gedacht.

Ist einmal klar, ob noch ein Rechtsmittel erhoben werden kann und wenn ja, welches, könnte man aber in einem zweiten Schritt bei der zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist großzügiger sein: Hat das Gericht durch die fehlerhafte Bezeichnung seiner Entscheidung als Urteil den objektiven Anschein geschaffen, dass dagegen binnen vier Wochen vorgegangen werden kann, spricht manches dafür, dass diese Frist iS eines (nur) fristenrechtlichen Vertrauensschutzes auch zur Verfügung steht. Demgegenüber würde die irriige Ausfertigung als Beschluss naturgemäß zu keiner Verkürzung der Berufungs- oder Revisionsfrist führen.

Die analoge Anwendung von § 61 Abs 2 und 3 AVG würde daher durchaus sinnvolle Ergebnisse liefern. Allerdings lehnen die ordentlichen Gerichte eine solche Analogie explizit ab, und zwar sowohl für das Problem der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung⁸⁷ als auch beim Vergreifen in der Entscheidungsform.⁸⁸ Teile der Lehre stehen einer Übertragung der AVG-Lösung auf den Zivilprozess ebenso kritisch gegenüber, weil dann in sämtlichen

Fällen die längere Frist zur Verfügung stehen müsse;⁸⁹ nur die flexiblere Wiedereinsetzungslösung leiste Gewähr dafür, dass der „Schutz nicht Laien und ‚connaisseurs‘ unterschiedslos zugute kommt“.⁹⁰

Dem ist sicherlich insofern zuzustimmen, als das Wiedereinsetzungsrecht eine einzelfallbezogene Abwägung ermöglichen würde: Das Verschuldenskriterium erlaubte es, die konkreten Umstände mit ins Kalkül zu ziehen. Eine analoge Anwendung der verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften lässt das in der Tat nicht zu: Hier müsste – lex non distinguit – jedenfalls die längere Frist gewährt werden. Setzt man bei der Wiedereinsetzung allerdings einen so strengen Maßstab an, wie es die Judikatur zu tun scheint,⁹¹ verkommt der Hinweis auf diese Abhilfemöglichkeit zum Lippenbekenntnis: Der Rechtsmittelwerber schaut durch die Finger und bleibt erst recht „auf den ‚Hader mit dem Schicksal‘ verwiesen“⁹² – ein Ergebnis, das weder für unrichtige Rechtsmittelbelehrungen noch für das Vergreifen in der Entscheidungsform überzeugt. Festzuhalten bleibt daher, dass eine analoge Anwendung von § 61 Abs 2 und 3 AVG viel Mühsal und Frust um Wiedereinsetzungsanträge sowie allfällige Amtshaftungsklagen ersparen würde.⁹³

Die ordentlichen Gerichte würden jedenfalls kein vollkommenes Neuland betreten, wenn sie von dieser Bestimmung Gebrauch machten: Immerhin in Fällen sukzessiver Kompetenz, in denen ein Leistungsbescheid eines Sozialversicherungsträgers die Klagsfrist (§ 67 Abs 2 ASGG) falsch angibt, wendet ja auch der OGH § 61 Abs 3 AVG (hier: unmittelbar) an, und zwar unabhängig davon, ob der Kläger vertreten ist oder nicht.⁹⁴ Was für Pfersmann sogar „selbstverständlich“⁹⁵ ist, ist auch für Neumayr trotz des Spannungsverhältnisses zur sonstigen Rsp bei unrichtiger Rechtsmittelbelehrung eine „durchaus zu billige praxisnahe Ansicht“.⁹⁶

⁸¹ Das gilt jedenfalls für den administrativen Instanzenzug und für die Bescheidbeschwerde (*Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁶ [2018] Rz 450); die Anwendung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für Belehrungen über Revision an den VfGH und Beschwerde an den VfGH (§ 30 VwGVG) ist umstritten (dafür etwa *Graf* in *Raschauer/Wessely* § 30 VwGVG Rz 6; dagegen *Leeb* in *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 30 VwGVG Rz 3; *Pabel*, *Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*, in *Fischer/Pabel/Raschauer* [Hrsg.], *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*² [2019] 397 [Rz 28, 85 FN 241]).

⁸² *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁶ Rz 452.

⁸³ AB 360 BlgNR 2. GP 19.

⁸⁴ Vgl die – in der Abwicklung freilich komplizierte – Regelung des § 3 Abs 2 RGBL 1896/101; ausf zur Entwicklung *König*, Ein Vorschlag zur Reform der Rechtsmittelbelehrungspflicht im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1980, 309 (309f).

⁸⁵ *König*, ÖJZ 1980, 309 (310).

⁸⁶ *Eisinger*, Über unrichtige prozeßrichterliche Rechtsbelehrung, NZ 1910, 285, 294 (295f); *Kralik*, Androhungen und Belehrungen im Zivilprozeß, ZBl 1937, 609 (630).

⁸⁷ OGH 8. 7. 1999, 8 Ob 177/99h; zum Strafverfahren auch RS0098997.

⁸⁸ OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 77/14y.

⁸⁹ *König*, ÖJZ 1980, 309 (310 FN 55).

⁹⁰ *König*, ÖJZ 1980, 309 (310) zur unrichtigen Rechtsmittelbelehrung.

⁹¹ Vgl bei FN 79. Zu bedenken ist freilich, dass sich die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen zu diesem Problemkreis in Grenzen hält, weil viele der Fälle gar nicht zum OGH gelangen: Wird einem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben, ist das unanfechtbar (§ 153 ZPO); wird er von Erst- und Rekursgericht konform zurück- oder abgewiesen, ist ein Revisionsrekurs unzulässig (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO; RS0105605). *H. Fink* kritisiert anlässlich OGH 29. 1. 2002, 10 ObS 1/02y (dazu bei FN 94) freilich auch die „restriktive Wiedereinsetzungspraxis der Untergeichte“ (*H. Fink*, Anm zu OGH 29. 1. 2002, 10 ObS 1/02y, DRdA 2002/23).

⁹² *König*, ÖJZ 1980, 309 (310) zur unrichtigen Rechtsmittelbelehrung.

⁹³ Vgl *Klicka*, ÖJZ 2020, 478 (479).

⁹⁴ OGH 29. 1. 2002, 10 ObS 1/02y; zust *H. Fink*, DRdA 2002/23 mwN aus der Lehre.

⁹⁵ *Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 2002/I, ÖJZ 2005, 904 (921).

⁹⁶ *Neumayr* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 67 ASGG Rz 9.

Es ist daher nicht völlig abwegig, diesen Zugang auch auf die hier interessierenden Fälle zu erstrecken. Will man das nicht tun, sollte man aber zumindest bei der Wiedereinsetzung großzügiger sein, und zwar auch bei vertretenen Parteien: Zuletzt hat sogar der VfGH, der §§ 146ff ZPO subsidiär anwendet (§ 35 VfGG), bei einer fälschlich als acht- statt richtig bloß sechswöchig angegebenen Beschwerdefrist die Wiedereinsetzung bewilligt: Das „Verschulden des Rechtsvertreters“ an der Versäumung übersteige wegen der einer Rechtsmittelbelehrung „zulässigerweise zuzubilligenden Richtigkeitsgewähr noch nicht den Grad leichter Fahrlässigkeit“.⁹⁷ Ganz ähnlich geht auch der BGH davon aus, dass „eine anwaltlich vertretene Partei [...] sich im Grundsatz auf die Richtigkeit einer Belehrung durch das Gericht verlassen“⁹⁸ darf.

E. Schlusstrich

Wählt das Gericht die falsche Entscheidungsform, soll das nach der objektiven Theorie sowohl für die Statthaftigkeit als auch für die Rechtsmittelfrist irrelevant sein: Ausschlaggebend sei die richtige Entscheidungsform und nicht, wie das Gericht die Entscheidung betitelt.

Weil das Fristversäumnisse geradezu provoziert, wenn eine eigentlich als Beschluss zu fassende Entscheidung als „Urteil“ ausgefertigt wird, ist der 10. Senat Rechtsmittelwerbern zuletzt entgegengekommen. Er gewährt die längere Frist, wenn der Entscheidung kein unzweifelhaft auf Erlass eines Beschlusses gerichteter Wille zu entnehmen ist; dann liege nämlich schon gar kein Beschluss vor, sondern eben ein echtes Urteil mit vierwöchiger Berufungsfrist.

So nachvollziehbar das Anliegen ist, so unglücklich sind die Folgen, wenn man diesen Ansatz konsequent zu Ende denkt: Zum einen ist das gewählte Abgrenzungskriterium – die Eindeutigkeit des Entscheidungswillens – kaum greifbar und schafft Rechtsunsicherheit. Beschränkt man sich zum anderen nicht

nur auf eine Fristverlängerung, sondern qualifiziert die Entscheidung tatsächlich nach ihrer Bezeichnung, müsste sich das auch auf die Rechtsmittelstatthaftigkeit auswirken. Dafür gibt es aber keinen sachlichen Grund: Für die Statthaftigkeit sollte es daher jedenfalls bei den bisherigen Grundsätzen bleiben.

Es gibt dafür aber auch keinen Anlass, wenn auf anderem Wege verhindert werden kann, dass Parteien für „Gerichtssünden“⁹⁹ büßen müssen. Bleibt man bei der bisherigen Rsp, würde ein Berichtigungsantrag (§§ 419, 430 ZPO) wohl keine Abhilfe schaffen. Wenn die Judikatur allenfalls einen Wiedereinsetzungsgrund (§ 146 ZPO) verwirklicht sehen will, ist das kombiniert mit dem restriktiven Zugang zur Wiedereinsetzung im vergleichbaren Fall einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung zu wenig.

Das erklärt womöglich die Suche des 10. Senats nach Lösungsalternativen. Will man mit ihm fristenrechtlichen Vertrauensschutz gewähren, scheint eine Analogie zu § 61 Abs 2 und 3 AVG erwägenswert, um dem Rechtsmittelwerber (nur) für die Rechtsmittelfrist – wofür die objektive Theorie ohnehin nie gemacht war – entgegenzukommen.

Plus

ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at

⁹⁷ VfGH 12. 12. 2013, B 567/2013 (VfSlg 19.830).

⁹⁸ Etwa BGH 28. 9. 2017, V ZB 109/16 (NJW 2018, 164). Wie in Österreich (§ 432 Abs 2 ZPO; für § 447 ZPO etwa Fucik in Rechberger/Klicka⁵ § 447 ZPO Rz 1) ist eine Rechtsmittelbelehrung zwar an sich nur bei unvertretenen Parteien verpflichtend zu erteilen (§ 232 dZPO); der BGH handhabt die vom Gesetzgeber vorgegebene Wiedereinsetzungslösung bei fehlerhafter Belehrung (zur Genese Wulf in Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO⁴⁷ § 511 Rz 19) aber auch bei vertretenen Parteien differenziert (vgl Wendtland in Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO⁴⁷ § 233 Rz 12).

⁹⁹ Petschek/Stagel, Zivilprozeß 362.

Zum Flaschenpfand als zivilrechtliches Phänomen

Der Beitrag schnell gelesen

Mangels gesetzlicher Regelungen basieren die derzeit in Österreich existierenden Pfandsysteme für Mehrweg-Getränkeleergebinde allein auf privatautonomen Vereinbarungen. Hinter dem Phänomen des Flaschenpfands können unterschiedliche rechtliche Konstruktionen stecken. Im Verbrauchergeschäft liegt typischerweise eine Auslobung iSd § 860 ABGB vor: Der Verbraucher kann die Auszahlung des Pfandbetrags für die Flaschen gegen jeden auslobenden Unternehmer erwirken.

Zwischen Unternehmen ist ein mittels Barkaution abgesicherter Tauschvertrag zweckdienlich. Der Beitrag untersucht mögliche Gestaltungsvarianten und deren Praxistauglichkeit.

Zivilrecht

§§ 371, 415, 860, 860 a, 983, 1054 Satz 2, §§ 1371, 1447 ABGB; § 44 IO

ÖJZ 2023/35



MMag. Dr. KATHARINA SCHMID ist Senior Lecturer an der Johannes-Kepler-Universität und Legal Counsel bei der Oberösterreichischen Versicherung AG.

Inhaltsübersicht:

A. Einführung

B. Zur rechtlichen Konstruktion des Flaschenpfands

C. Pfandabreden in der Praxis

1. Vereinbarung eines Pfandbetrags, kombiniert mit einem Eigentumsvorbehalt und einer Rückgabeverpflichtung bezüglich des Leerguts