

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG



*Chefredakteur* **Gerhard Hopf**

*Redaktion* **Robert Fucik, Kurt Kirnbacher, Hans Peter Lehofer**

*Evidenzblatt* **Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**

*MRK-Entscheidungen* **Wolf Okresek**

**Jänner 2011**

**01**

1 – 48

## Aktuelles

**Elektrizitätsrecht: ELWOG und E-ControlG neu** ↻ 1

**OGH schützt Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung** ↻ 1

## Beiträge

### **Die Rechtsprechung des OGH in Verfahren nach dem MedienG**

*Frederick Lendl* ↻ 9

### **Medienrecht im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz** *Fritz Zeder* ↻ 14

**Hype um das Redaktionsgeheimnis** *Fritz Zeder* ↻ 5

**Zum Umfang der Rügebelastung nach § 196 ZPO**

*Konstantin Pochmarski/Mario Walcher* ↻ 18

## Evidenzblatt

### **Irreführung über das Veranlagungsrisiko: Geschäftsirrtum** ↻ 31

**Hotelbetreiber, der Fernsehsignale in Hotelzimmern überspielt,  
nimmt eine öffentliche Wiedergabe vor** ↻ 35

**Exzessive Strafe kein Gegenstand einer Anfechtung mit NB** ↻ 37



Schwerpunkt  
Medienrecht

# Zum Umfang der Rügebelastung nach § 196 ZPO

ÖJZ 2011/5

§ 196 ZPO

OGH 9. 7. 2008,  
7 Ob 53/08 g;  
OGH 16. 9. 2008,  
1 Ob 69/08 s

Zivilprozess;

Verfahrensmangel;

Rüge;

Berufung;

Formfehler

Mehrere Entscheidungen von Gerichten zweiter Instanz, welche die Anwendbarkeit des § 196 ZPO auf Stoffsammlungsmängel bejahten, haben den OGH jüngst dazu veranlasst, seinerseits zu diesem Thema Stellung zu nehmen und der von den vorinstanzlichen Gerichten dazu vertretenen Rechtsmeinung eine Absage zu erteilen. Der Beitrag versucht einerseits die hiezu ergangenen höchstgerichtlichen Erwägungen nachvollziehbar darzulegen und andererseits für den Rechtsanwender den in der prozessualen Praxis wichtigen Anwendungsbereich des § 196 ZPO aufzuzeigen.

Von Konstantin Pochmarski und Mario Walcher

## Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangsentscheidungen
- B. Rügebelastung gemäß § 196 ZPO auch für Stoffsammlungsmängel?
- C. Zum verbleibenden Umfang der Rügebelastung des § 196 ZPO
  - 1. Meinungsstand der Lehre zum Anwendungsbereich des § 196 ZPO
- D. § 196 Abs 2 – (Un-)Verzichtbarkeit von Vorschriften
  - 1. Keine generelle Unverzichtbarkeit von Verfahrensvorschriften
  - 2. Versuch einer praktikablen Definition zum Anwendungsbereich des § 196 für den Rechtsanwender
    - a) Prozessuale Grundlagen
    - b) Ergebnis

2. Über welche Verfahrensvorschriften kann eine Partei tatsächlich disponieren? – Ein Blick über die Grenzen nach Deutschland
  - a) Auslegung des § 295 dZPO
  - b) Anwendung auf § 196 Abs 2 öZPO
  - c) Ergebnis

## A. Ausgangsentscheidungen

In der E OGH 9. 7. 2008, 7 Ob 53/08 g<sup>1)</sup>, hat der OGH die Revision für zulässig gehalten und klargestellt, dass auch nach der ZVN 2002<sup>2)</sup> weiterhin die Rügepflicht (eigentlich Rügelast<sup>3)</sup>) des § 196 ZPO<sup>4)</sup> nicht auf sog „primäre Stoffsammlungsmängel<sup>5)</sup>“ anzuwenden ist. Ebenso hat er in der kurz danach folgenden E 16. 9. 2008, 1 Ob 69/08 s, entschieden.

Grund für die zweifache Befassung des OGH mit der Frage der Anwendbarkeit des § 196 auf Stoffsammlungsmängel nach § 496 Abs 1 Z 2 innerhalb kurzer Zeit war eine auf die ZVN 2002 gestützte Rsp von Gerichten II. Instanz.<sup>6)</sup> Die genannten Gerichte zweiter Instanz hatten – gestützt auf die mit der ZVN 2002 eingeführte Prozessförderungspflicht der Parteien nach § 178 Abs 2 – argumentiert, dass es den Parteien zumutbar wäre, ihnen die Rüge wesentlicher (dh für den Ausgang des Verfahrens relevanter) Verfahrensverstöße zur Pflicht zu machen, soweit sich dies auf den Parteien bekannte oder erkennbare Fehler des Gerichts beziehe, die ihrer Natur nach vor Schluss der Verhandlung gerügt werden könnten.

Darunter sei insb die ungerechtfertigte Ablehnung der Aufnahme angebotener Beweismittel zu verstehen, weil sich jede Partei in jeder Lage des Verfahrens darüber im Klaren sein müsse, welche der von ihr angebotenen Beweismittel noch unerledigt, jedoch ihrer Ansicht nach wesentlich, also unverzichtbar seien. Da es primär im Interesse der Parteien liege, den Prozess effizient zu führen und unnötige Verzögerungen zu vermeiden, erscheine es nur konsequent und zu ihrem Vorteil, von ihnen das Aufzeigen drohender Verfahrensmängel zu verlangen, sobald ihnen solche bekannt oder erkennbar seien. Auch für die sog materiellen Mängel habe daher zu gelten, dass die Parteien nicht sehenden Auges behebbarer Verfahrensfehler des Gerichts unaufgezeigt lassen können, um sie dann kosten- und zeitaufwendig im Rechtsmittelverfahren zu relevieren<sup>7)</sup>.

In diesem Sinn konsequent nahm das OLG Graz eine Rügelast gem § 196 für den Beschluss auf „Abweisung“<sup>8)</sup> der unerledigt gebliebenen Sach- und Beweisanträge gem § 275 durch das Erstgericht an, weil aufgrund dieses Beschlusses für den Berufungswerber zu diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen war, dass ein Zeuge nicht einvernommen würde. Das OLG Innsbruck<sup>9)</sup> nahm eine Rügelast der berufenden Partei für die Nichtdurchführung eines Ortsaugenscheins durch das Gericht an, das sich in seinem Urteil ausschließlich auf vorgelegte Lichtbilder stützte.

## B. Rügelast gemäß § 196 ZPO auch für Stoffsammlungsmängel?

Den zitierten E des OGH, die eine Rügelast der Parteien für die Nichtaufnahme beantragter Beweise

zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung verneinen, ist aus folgenden prozessualen Erwägungen zuzustimmen:

Die der gegenteiligen Auslegung zugrunde liegende Auffassung, der Schluss der Verhandlung unter Außerachtlassung eines beantragten Beweises einer Partei sei gleichbedeutend mit der Verwirklichung eines Stoffsammlungsmangels und damit der Erkennbarkeit einer Rügelast für diesen Mangel, geht uE zu kurz: Nicht jede Nichtaufnahme eines beantragten Beweises stellt einen Stoffsammlungsmangel dar, sondern erst die im Urteil hervortretende „vorgreifende Beweiswürdigung“ begründet den Stoffsammlungsmangel. Die Nichtaufnahme von Beweisen, welche die Parteien beantragt haben, kann nämlich eine Reihe von Gründen haben, die – je nach Begründung durch das Erstgericht – erst im Urteil hervortreten. Erst mit der Urteilsbegründung wird für eine Partei offenkundig, ob das Erstgericht einen Stoffsammlungsmangel etwa in Form einer vorgreifenden Beweiswürdigung verwirklicht hat, oder ob die Nichtaufnahme der Beweise einen anderen – mag sein berechtigten – prozessualen Grund hatte.

### Beispiel

Der spätere Berufungswerber beantragt im Verfahren erster Instanz die Einvernahme eines Zeugen zum Beweis des Beweisthemas „x“. Die Zurückweisung dieses Beweisantrags gem § 275 durch das Erstgericht bei Schluss der Verhandlung kann nun eine Reihe von Gründen haben, die nicht alle ein Stoffsammlungsmangel sind.

- Das Erstgericht kann zB das Beweisthema „x“ auf Grund des beiderseitigen Parteivorbringens als unstrittig iSd § 266 oder als unbestritten iSd § 267 beurteilen und damit – ohne Notwendigkeit der Einvernahme des Zeugen – von der Tatsache „x“ ausgehen. In diesem Fall stellt die Nichteinvernahme des Zeugen zum Beweis der Tatsache „x“ selbstverständlich keinen Stoffsammlungsmangel zulasten der diesen Zeugen beantragenden Partei dar.
- Gleichermaßen kann das Erstgericht die Tatsache „x“ als allgemein bekannt gem § 269 beurteilen. Auch diesfalls besteht für das Erstgericht keine Notwendigkeit zur Aufnahme des beantragten Beweises; die Nichtaufnahme stellt somit auch keinen Stoffsammlungsmangel dar.
- Ebenso kann das Erstgericht zu der Tatsachenüberzeugung von der Tatsache „x“ auf Grund **anderer Beweisergebnisse** als des beantragten Zeugen gelangt sein. Wenn auch nur ein anderes Beweismittel, welches das Erstgericht aufgenommen hat, dieses

1) EvBl 2008/181.

2) BGBl I 2002/76.

3) So zutreffend *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPO II/2<sup>2</sup> Rz 3 zu § 196 aE.

4) Bestimmungen ohne Gesetzestitel beziehen sich im Folgenden auf die ZPO.

5) Gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO.

6) OLG Graz 16. 5. 2007, 2 R 62/07 s RIS-Justiz RG0000050; OLG Innsbruck 17. 10. 2007, 4 R 232/07 k RIS-Justiz RI0000174.

7) So die Begründung des OLG Graz 16. 5. 2007, 2 R 62/07 s.

8) Wohl richtig: „Zurückweisung“; vgl § 275 Abs 1.

9) OLG Innsbruck 17. 10. 2007, 4 R 232/07 k.

von der Tatsache „x“ überzeugt hat, erübrigt sich die Notwendigkeit der Aufnahme weiterer Beweise zu diesem bereits bewiesenen Beweisthema.<sup>10)</sup> Auch diesfalls – das Erstgericht stellt die Tatsache „x“ aufgrund eines anderen Beweisergebnisses fest – verwirklicht es durch die Nichtaufnahme des weiters zu „x“ beantragten Beweismittels keinen Stoffsammlungsmangel.

→ Schließlich besteht noch die Möglichkeit, dass das Erstgericht das Beweisthema „x“ für rechtlich irrelevant hält und konsequent zu diesem Thema weder Beweise aufnimmt noch Feststellungen dazu trifft. Erfolgt dies durch das Erstgericht aufgrund unrichtiger materiell-rechtlicher Beurteilung, verwirklicht es einen **sekundären Feststellungsmangel** gem § 496 Abs 1 Z 3, sodass sich die Annahme (und auch Rüge) eines primären Verfahrensmangels gem § 496 Abs 1 Z 2 erübrigt.<sup>11)</sup> Dieser sekundäre Feststellungsmangel gem § 496 Abs 1 Z 3 ist freilich vom Rechtsmittelgericht bei gesetzmäßig ausgeführter Rechtsrüge von Amts wegen aufzugreifen;<sup>12)</sup> ein primärer Stoffsammlungsmangel gem § 496 Abs 1 Z 2 liegt hier aber nicht vor.

Unter Bedachtnahme auf die angeführten Beispiele verwirklicht das Erstgericht damit nur dann einen primären Verfahrensmangel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO, wenn es in Übergehung des angebotenen Zeugen zum Beweis der Tatsache „x“ in **vorgreifender Beweiswürdigung** die anderslautende Tatsachenfeststellung „y“ vornimmt.<sup>13)</sup>

Welche dieser möglichen Varianten aber das Erstgericht wählen wird, ist der Partei (ihrem Vertreter) bei Verkündung des Beschlusses „auf Zurückweisung sämtlicher unerledigter Beweisanträge gemäß § 275 ZPO“ regelmäßig nicht ersichtlich. Erst mit Fassung des Urteils aktualisiert das Erstgericht in den aufgezählten Varianten entweder keinen Verfahrensmangel, einen sekundären Feststellungsmangel gem § 496 Abs 1 Z 3 oder aber – durch seine vorgreifende Beweiswürdigung – einen primären Verfahrensmangel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO.

Ähnliches gilt für weitere in der Rsp stets als Stoffsammlungsmängel behandelte Verfahrensfehler der Gerichte erster Instanz. Ein Verstoß gegen die Erörterungspflicht gem §§ 182, 182a wird dem Parteienvertreter eben erst mit der „Überraschungsentscheidung“ im Urteil offenbart.<sup>14)</sup>

Es ist daher den E des OGH zuzustimmen, welche die Rügelast für Stoffsammlungsmängel iS der bislang herrschenden Rsp weiterhin verneinen. So hält auch *Schragel*<sup>15)</sup> die Rügelast des § 196 nicht für Stoffsammlungsmängel gegeben, wobei er durchaus den stimmigen Zusammenhang zur neuen Prozessförderungspflicht nach § 178 Abs 2 betont.

### C. Zum verbleibenden Umfang der Rügelast des § 196 ZPO

Unter Zugrundelegung der jüngsten E des OGH ist aber nach dem (verbleibenden) Umfang der Rügelast nach § 196 zu fragen, will man nicht – wie dies teilweise in der Lehre<sup>16)</sup> geschieht – diese Bestimmung als ohne jeden Anwendungsbereich und solcherart als „obsolet“ sehen.

Die Autoren werden daher im nachfolgenden versuchen, eine praktisch handhabbare und sachgerechte Definition des der Rüge gem § 196 unterliegenden **Formfehlers des Verfahrens** zu bieten, um so einen Beitrag zur Definition des Umfangs der Rügelast nach § 196 zu liefern.

### 1. Meinungsstand der Lehre zum Anwendungsbereich des § 196 ZPO

Aus den Stimmen der Lehre ist für den Umfang der Rügelast nach § 196 nicht viel zu gewinnen,<sup>17)</sup> weil diese jener Bestimmung überwiegend kritisch gegenübersteht und konsequent eine einlässliche Erörterung von dessen Anwendungsbereich fehlt.

*Rechberger/Simotta*<sup>18)</sup> und *Ballon*<sup>19)</sup> beispielsweise halten die genannte Bestimmung für „obsolet“ und bedürfen davon ausgehend daher keiner einlässlichen Auseinandersetzung mit dem Anwendungsbereich des § 196.

*Schragel*<sup>20)</sup> definiert den Umfang der Rügelast wie folgt: Nach ihm fallen unter den Anwendungsbereich des § 196 „insbesondere formelle Verfahrensverletzungen, die während einer Tagsatzung<sup>21)</sup>, rechtzeitig gerügt, sogleich behoben werden können“, und er konkretisiert diese als „Flüchtigkeiten oder Formfehler des Gerichtes, seien es Handlungen und Unterlassungen [...], wenn ihre Wesentlichkeit von der Partei durch Rüge klaggestellt wurde und daher noch behebbar gewesen wäre“.<sup>22)</sup>

In der Rsp werden zwar verschiedene Verfahrensmängel als „Formfehler des Verfahrens“ bezeichnet und damit § 196 unterstellt,<sup>23)</sup> eine abschließende Definition fehlt freilich.

Die weiteren Erwägungen der Autoren gründen sich auf die sinnvolle Unterteilung von Verfahrensmängeln nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO, welche *Delle-Karth* vor-

10) Vgl zu diesem Fall, dass das Gericht die Aufnahme beantragter Beweise ablehnt, weil es aufgrund anderer Beweise bereits von der zu beweisenden Tatsache überzeugt ist, *Rechberger* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> Rz 86 vor § 266 ZPO; *Fucik*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung in Zivilrechtssachen, Rz 1993, 218; *Salficky*, Die Prozessförderungspflicht – offene Fragen, AnwBl 2007, 125.

11) Vgl *Pimmer* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>2</sup> Rz 54 zu § 496.

12) OGH RIS-Justiz RS0114379; *Pimmer* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>2</sup> Rz 51 und 58 zu § 496.

13) OGH RIS-Justiz RS0043308.

14) Diese Gruppe der Stoffsammlungsmängel wäre selbst im Licht der beiden zweitinstanzlichen Entscheidungen – mangels Erkennbarkeit des Verfahrensmangels bei Schluss der Verhandlung – von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 196 ZPO ausgenommen.

15) *Fasching/Konecny* II/2<sup>2</sup> Rz 1 zu § 196.

16) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozess<sup>7</sup> Rz 747.

17) Vgl auch *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren<sup>3</sup> Rz 279, die sich auf ein Referat der Meinungen beschränken.

18) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozess<sup>7</sup> Rz 747, die mit der Kollision mit § 496 Abs 1 Z 2 ZPO argumentieren.

19) *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht<sup>12</sup> Rz 211.

20) *Fasching/Konecny* II/2<sup>2</sup> Rz 3 zu § 196.

21) Diese Beschränkung des § 196 auf Fehler und Rüge in einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung erscheint den Autoren nicht zwingend und widerspricht auch jener Judikatur, welche zB Verstöße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz der Rüge nach § 196 unterwirft; vgl OGH 1.12.1999, 9 ObA 222/99 h RIS-Justiz RS0037070: Es ist jederzeit denkbar, dass das Gericht die Einvernahme einer Partei im Rechtshilfsweg außerhalb mündlicher Verhandlung beschließt und die entsprechenden Anordnungen trifft.

22) Vgl *Schragel* in *Fasching/Konecny* II/2<sup>2</sup> Rz 3 zu § 196 aE.

23) Für Beispiele für Formalfehler des Verfahrens s *Pochmarski/Lichtenberg*, Die Berufung in der ZPO<sup>2</sup> (2009) 61 ff.

nimmt.<sup>24)</sup> Nach diesem Autor ist die Gruppe der „primären“ Verfahrensmängel nach § 496 Abs 1 Z 2 in die Untergruppen der 1.) **Formalfehler des Verfahrens**, 2.) **Formalfehler des Urteils** und der 3.) **Stoffsammlungsmängel** zu unterteilen. Nur die erste genannte Gruppe – Formalfehler des Verfahrens – ist Gegenstand der folgenden Erörterungen, weil auch nur für diese eine Rüge last nach § 196 argumentiert wird. Formalfehler des Urteils können schon nach ihrer Definition nicht Gegenstand einer Rüge last nach § 196 sein, weil diese eben erst mit Urteilserlassung und -zustellung zutage treten. Für Stoffsammlungsmängel verneint die zutreffende Rsp des OGH die Rüge last nach § 196 ZPO.

*Delle-Karth*<sup>25)</sup> definiert die von ihm eingeteilte Gruppe der „Formalfehler des Verfahrens“ als „[...] Verletzungen von Formvorschriften der Prozessgesetze für Prozesshandlungen des Gerichts oder der Parteien, die nicht im Urteilsstadium selbst, sondern in einem früheren Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens vorkommen und die nur in ihren Auswirkungen das Urteil selbst erfassen [...]“. Diese von *Delle-Karth* selbst als in der Anwendbarkeit als schwierig zu handhaben erkannte Definition soll der Ausgangspunkt für die von den Autoren versuchte Präzisierung sein.

## 2. Versuch einer praktikablen Definition zum Anwendungsbereich des § 196 für den Rechtsanwender

### a) Prozessuale Grundlagen

Ein Kriterium für die Zuordnung eines Formalfehlers muss uE zunächst sein, dass **die ZPO ausdrücklich eine bestimmte Form des Handelns oder Unterlassens für eine Prozesshandlung des Gerichts gebietet oder verbietet**.

Nur dann, wenn die Partei (ihr Vertreter) durch den „gedanklichen Blick“ in die Zivilprozessordnung und deren **Vergleich mit der nach außen erkennbaren Prozesshandlung des Gerichts** ein Abweichen des gerichtlichen Handelns von den Ge- und Verboten der ZPO erkennen kann, kann ein „Formalfehler des Verfahrens“ vorliegen.<sup>26)</sup> Somit liegt ein Formalfehler des Verfahrens nur vor, wenn gegen Bestimmungen der ZPO verstoßen wird, die den äußeren Ablauf des Prozesses regeln.

Verstößt das Gericht gegen Bestimmungen der ZPO, die den materiellen **Inhalt von gerichtlichen Prozesshandlungen** regeln, liegt darin kein Formalfehler des Verfahrens, sondern ein **Stoffsammlungsmangel**.<sup>27)</sup>

Nachstehende Beispiele sollen der Unterscheidung zwischen Formalfehler des Verfahrens und Stoffsammlungsmangel dienen, welche freilich beide § 496 Abs 1 Z 2 zu unterstellen sind:

### Beispiel

**§ 375 Abs 2** ordnet als Formvorschrift jene Voraussetzungen<sup>28)</sup> an, unter denen ausnahmsweise eine Partei mittelbar vor dem Rechtshilfegericht<sup>29)</sup> vernommen werden darf. Ordnet das Gericht eine solche Rechtshilfeinvernahme an, ohne dass diese Voraussetzungen vorliegen, kann der Prozessgegner

diesen Formalfehler des Verfahrens sofort durch Subsumtion des § 375 Abs 2 verifizieren. Konsequenz liegt ein gem § 196 **rügepflichtiger Formalfehler** des Verfahrens vor.<sup>30)</sup>

### Beispiel

Unterlässt das Gericht eine gem **§§ 182, 182 a** gebotene „Anleitung“ einer Partei, verstößt es damit freilich auch gegen Normen der Zivilprozessordnung. Diese Bestimmungen der §§ 182, 182 a regeln allerdings den Inhalt der richterlichen Prozessleitungspflicht. Deren Verletzung stellt somit einen **nicht rügepflichtigen Stoffsammlungsmangel** dar.

Eine weitere Begründung für diese Beschränkung auf durch „gedanklichen Blick“ in die ZPO **sofort erkennbare Verstöße gegen Verfahrensvorschriften**, die den äußeren Ablauf des Prozesses betreffen,<sup>31)</sup> ist gerade das Erfordernis der sofortigen Rüge nach § 196 ZPO.

Die Definition des Formalfehlers als sofort aus der ZPO erkennbarer Verstoß gegen Verfahrensvorschriften ist die Gegenseite zur Rügepflicht: Ein gerichtlicher Verfahrensmangel, welcher der Partei nicht sofort erkennbar ist, kann und muss eben nicht nach § 196 gerügt werden. Hiezu ist auf die oben erörterte Problematik hinzuweisen, Stoffsammlungsmängel gem § 196 zu rügen, da diese der Partei eben regelmäßig erst im Urteilsstadium offenbar werden, so zB dass die Zurückweisung eines Beweisantrags unter Verwirklichung einer vorgehenden Beweiswürdigung erfolgte.

Die Beschränkung der Rügepflicht auf Verstöße gegen **ausdrückliche** Vorschriften der ZPO über die äußere Form von Prozesshandlungen ist aus der praktischen Anwendung zu begründen. Der (primäre) Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 bildet ein „Auffangbecken“ für sämtliche Gerichtsfehler, welche Verfahrensfehler einerseits nicht das Gewicht einer Nichtigkeit erreichen, und andererseits nicht in einer unrichtigen Tatsachenfeststellung oder unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache münden.

Während ein Verstoß des Gerichts gegen ausdrückliche Ge- oder Verbote der ZPO dem Parteienvertreter sofort erkennbar ist, bedarf die Überprüfung, ob durch eine Gerichtshandlung ein sonstiger Verfahrensgrundsatz<sup>32)</sup> verletzt wurde, genauerer Überprüfung. In sol-

24) Vgl *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 10 bzw 50.

25) Vgl *Delle-Karth*, ÖJZ 1993, 10.

26) Vgl die Definition des „Formmangels“ von *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1762; zutreffend auch *Pimmer* in *Fasching/Konecny IV/1<sup>2</sup>* Rz 31 – 33 zu § 496 ZPO.

27) *Schragel* in *Fasching/Konecny II/2<sup>2</sup>* Rz 1 zu § 196; *Pimmer* in *Fasching/Konecny IV/1<sup>2</sup>* Rz 31 zu § 496; OGH 16. 9. 2008, 1 Ob 69/08 s; vgl *Prütting* in *MK zur ZPO<sup>2</sup>* Rz 2 zu § 295 ZPO; ebenso *Greger* in *Zöller*, ZPO<sup>25</sup> Rz 2 zu § 295 zur Parallelbestimmung der dZPO.

28) „Unübersteigliche Hindernisse“ oder „unverhältnismäßige Kosten“.

29) „Ersuchter Richter“.

30) OGH 1. 12. 1999, 9 ObA 222/99 h.

31) Vgl *Prütting* in *MK zur ZPO<sup>2</sup>* Rz 2 zu § 295 ZPO; ebenso *Greger* in *Zöller*, ZPO<sup>25</sup> Rz 2 zu § 295 zur Parallelbestimmung der dZPO.

32) ZB der Konzentrationsgrundsatz; vgl *Rechberger* in *Fasching/Konecny<sup>2</sup>* Rz 93 zu § 266 ZPO.

chen Fällen eine Rüge des Parteienvertreters zu fordern, würde entweder zu dessen Überforderung oder – aus „advokatorischer Vorsicht“ – zu zahlreichen „Rügen vorsichtshalber“ führen, welche aber den Kernzweck des § 196 verfehlen würden.<sup>33)</sup> Dieser liegt darin, das Gericht zu einer (nochmaligen) Beurteilung der soeben angekündigten oder bereits eingeschlagenen Vorgangsweise zu zwingen und aufgrund dieser Beurteilung entweder an dem Vorgehen festzuhalten oder eben ein anderes Vorgehen zu wählen.

Daneben muss als allgemeine Voraussetzung für die Annahme eines primären Verfahrensmangels nach § 496 Abs 1 Z 2 freilich ein **Gerichtsfehler** im Gegensatz zu einem Parteifehler vorliegen.<sup>34)</sup>

### b) Ergebnis

Zusammenfassend ist aus der Sicht der Autoren ein rügepflichtiger Formalfehler dann anzunehmen, wenn gemeinsam folgende Tatbestandselemente des **Gerichtsfehlers** verwirklicht sind:

Es liegt eine **ausdrückliche Regelung** der ZPO vor, die ein Handeln oder Unterlassen des Gerichts bestimmt; die Erschließbarkeit aus allgemeinen Verfahrensgrundsätzen reicht nicht.

Diese Regelung betrifft den **äußeren Ablauf des Prozesses**, also die äußere Form von gerichtlichen Prozesshandlungen, nicht den Inhalt von Gerichts-handlungen.

Der Verstoß gegen diese Regelung der ZPO ist nach außen hin **während des Prozesses erkennbar**; bei erst späterer Erkennbarkeit im Urteil entfällt schon nach dem Wortlaut des § 196 die Rügepflicht.

## D. § 196 Abs 2 – (Un-)Verzichtbarkeit von Vorschriften

### 1. Keine generelle Unverzichtbarkeit von Verfahrensvorschriften

Für die gänzliche Unanwendbarkeit der Rügepflicht wurde auch ins Treffen geführt, dass **Verfahrensvorschriften nicht verzichtbar** seien.<sup>35)</sup>

Diese Argumentation überzeugt freilich nicht. Zum einen ordnet die ZPO teilweise ausdrücklich Verzichtsmöglichkeiten der Parteien auf bestimmte Verfahrensvorschriften an. So ermöglichen etwa die Bestimmungen des § 281 a bzw des § 488 Abs 4 den Verzicht der Parteien auf eine ihnen prinzipiell zustehende<sup>36)</sup> unmittelbare Beweisaufnahme bzw -wiederholung. Somit ist die Vorschrift des § 276 Abs 1 ausdrücklich der Parteiendisposition unterworfen.<sup>37)</sup>

Zudem ordnen die Zivilverfahrensgesetze regelmäßig schlüssige Verzichte auf die Einhaltung bestimmter Vorschriften an, wenn sich eine Partei in das (weitere) Verfahren rügelos einlässt.

So ist das Recht auf Ablehnung eines befangenen Richters gem § 21 Abs 2 JN insoweit verzichtbar, als ein vermeintlicher Ablehnungsgrund nach (weiterer) Einlassung in die Verhandlung nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Ebenso können die Parteien durch rügelose Einlassung auf die Einhaltung von Vorschriften über die Zuständigkeit<sup>38)</sup> oder die Gerichtsbesetzung<sup>39)</sup> bzw generell

auf das Vorliegen relativer Prozessvoraussetzungen verzichten.

Zum anderen liegt es im Wesen der Einordnung eines Gerichtsfehlers als primären Verfahrensmangel, dass seine Geltendmachung durch die Partei verzichtbar ist. Jeder Gerichtsfehler, der nicht das Gewicht einer Nichtigkeit erreicht und somit einen bloßen primären Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 darstellt, ist vom Rechtsmittelgericht nur zu prüfen, wenn er vom Rechtsmittelwerber in der Berufung gerügt wurde.<sup>40)</sup> Nur jene Verfahrensverstöße, die der Rechtsmittelwerber in der Berufung rügt, werden überprüft; auf die Einhaltung anderer Verfahrensvorschriften hat der Rechtsmittelwerber mangels Rüge in der Berufung „verzichtet“. Hielte man Verfahrensvorschriften generell für „unverzichtbar“ und der Parteiendisposition entzogen, müssten auch „primäre Verfahrensmängel“ gem § 496 Abs 1 Z 2 immer im Sinne von Nichtigkeiten von Amts wegen geprüft werden.

Als **Zwischenergebnis** ist daher nach Ansicht der Autoren festzuhalten, dass die Parteien über Verstöße des Gerichts gegen Verfahrensvorschriften, die nicht das Gewicht von Nichtigkeiten erreichen, sehr wohl disponieren können. Im einen Fall erfolgt diese Disposition schon mit der Unterlassung der Rüge gem § 196 im Verfahren erster Instanz; im anderen Fall eben erst mit der Unterlassung der Rüge eines Verfahrensmangels nach § 496 Abs 1 Z 2 in der Berufung.

Damit ist freilich für die Frage, über **welche** Verfahrensvorschriften die Parteien wirksam disponieren können, noch nichts gewonnen.

## 2. Über welche Verfahrensvorschriften kann eine Partei tatsächlich disponieren? – Ein Blick über die Grenzen nach Deutschland

Eine Übersicht über die Stellungnahmen von Lehre und Rsp in Österreich führt auch hier zu keiner klar handhabbaren Definition für die gerichtliche Praxis, sodass im Folgenden ein Blick auf die zur Parallelbestimmung des § 295 dZPO ergangene Lehre und Rsp gemacht werden soll:

### a) Auslegung des § 295 dZPO

§ 295 dZPO lautet insofern parallel zu § 196:

„§ 295 (1) Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die aufgrund des betreffenden Verfah-

33) Vgl aber *Prütting* in MK zur ZPO<sup>2</sup> Rz 3 zu § 295, welcher auch Verfahrensvorschriften außerhalb der dZPO in den Umfang der Rügepflicht nach § 295 dZPO einbezieht, so zB § 1994 Abs 2 BGB über die Glaubhaftmachung bestimmter Tatsachen.

34) OGH RIS-Justiz RS0036581.

35) ZB *Ballon*, Einführung Rz 211.

36) Sofern nicht freilich andere Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz in Gestalt der §§ 328 bzw 375 ZPO vorliegen.

37) Dies hat freilich nichts mit der strittigen Frage zu tun, ob nun ein Verstoß des Gerichts gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz der Rüge nach § 196 ZPO bedarf; für den Meinungsstand dazu vgl *Rechberger* in *Fasching/Konecny III*<sup>2</sup> Rz 90 vor § 266.

38) Vgl § 104 Abs 3 JN, Art 24 EuGWVO.

39) Vgl § 260 Abs 4.

40) Vgl OGH RIS-Justiz RS0042407, RS0037194.

rens stattgefunden hat oder in der darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste.

(2) Die vorstehende Bestimmung ist nicht anzuwenden, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann.“

Nach der dazu ergangenen dL dient die Norm des § 295 dZPO der Parteiherrschaft und damit der Erkenntnis, dass die Rechtsidee aus den Komponenten der **Gerechtigkeit** als freilich wichtigstem Aspekt, aber auch aus den Komponenten der **Rechtsstaatlichkeit** und **Rechtssicherheit** besteht. § 295 dZPO verwirklicht damit das **Interesse an einem schnellen und sicheren Prozessgang**,<sup>41)</sup> weil durch Wegfall der Möglichkeit, sich auf die Fehlerhaftigkeit von Entscheidungen zu berufen, § 295 dZPO der zügigen Prozessbeendigung dient,<sup>42)</sup> zumal das Verfahrensrecht – und die Bekämpfung von Verfahrensfehlern – nicht zum Selbstzweck werden soll.<sup>43)</sup>

Ausgehend von dem vergleichbaren Wortlaut und Regelungszweck stellt sich auch im Bereich der dZPO die Problematik der Abgrenzung zwischen „verzichtbaren“ und „unverzichtbaren“ Verfahrensfehlern des Gerichts, welche eben einer Rüge unterworfen sind bzw in welchen Fällen eine Rüge – zufolge Unverzichtbarkeit der Verfahrensvorschrift – entbehrlich ist.

Der BGH hält somit bei vergleichbarer Rechtslage zB das Recht auf den gesetzlichen Richter<sup>44)</sup>, die Begründungspflicht<sup>45)</sup> für ein weiter mit Revision anfechtbares Berufungsurteil<sup>46)</sup>, bestimmte ausschließliche Zuständigkeiten<sup>47)</sup>, Verstöße gegen Protokollierungspflichten<sup>48)</sup> für unverzichtbar.

Allgemein definiert der BGH solche Verfahrensvorschriften gem § 295 Abs 2 dZPO als verzichtbar, die **allein dem Schutz der privaten Interessen der Parteien dienen**, während Verfahrensvorschriften, in denen das Gesetz dem Gericht eine **Prüfung von Amts wegen** vorschreibt, unverzichtbar seien.<sup>49)</sup>

Diese Auslegung des § 295 dZPO ist freilich problematisch, weil es sich bei den Prozessgesetzen um öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt, die die Zuordnung **alleiniger** privater Interessen der Parteien schwierig macht. Auch die Fragestellung nach dem zwingenden Charakter einer öffentlich-rechtlichen Prozessnorm ist ein problematisches Abgrenzungskriterium, da damit lediglich die Verzichtbarkeit anders definiert wird.<sup>50)</sup>

UE findet *Prütting*<sup>51)</sup> eine zutreffende Grenze, wenn er diejenigen Verfahrensvorschriften als iSd § 295 Abs 2 dZPO für unverzichtbar erklärt, die für das Funktionieren des Rechtsschutzes eine unerlässliche Voraussetzung darstellen. Unerlässlich sind nach dem genannten Autor insb diejenigen Vorschriften, welche die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein gerichtliches Verfahren konkretisieren.

## b) Anwendung auf § 196 Abs 2 öZPO

Diese Definition der unverzichtbaren Verfahrensvorschrift kann uE auch für den Bereich des § 196 Abs 2 herangezogen werden, wobei noch Folgendes zu berücksichtigen ist:

Der Gesetzgeber selbst hat bestimmte Verfahrensvorschriften als so gewichtig beurteilt, dass er diese ohnehin als amtswegig vom Rechtsmittelgericht wahrzunehmende Nichtigkeitsgründe<sup>52)</sup> ausgestaltet hat. Solche Verfahrensverstöße genießen also durch die Entscheidung des Gesetzgebers die unwiderlegbare Eigenschaft der „Unverzichtbarkeit“. Umgekehrt bezieht sich die Bestimmung des § 196 jedenfalls nur auf einen Teil der Verfahrensmängel nach § 496 Abs 1 Z 2, die in ihrer Gesamtheit stets durch mögliche Unterlassung der Rüge in der Berufung „verzichtbar“ und solcherart der Parteidisposition unterworfen sind.

§ 196 Abs 2 bezieht sich somit als Ausnahmeregelung auf wenige Einzelfälle an Verfahrensverstößen, die zwar vom Gesetzgeber nicht als Nichtigkeit ausgestaltet sind, aber wegen ihrer Bedeutung für das Funktionieren des Rechtsschutzes eine unerlässliche Voraussetzung für das Verfahren darstellen.

Anders formuliert: Die Einhaltung einer Bestimmung der ZPO ist dann iSd § 196 Abs 2 ohne Rüge unverzichtbar, wenn an deren Befolgung nicht bloß ein (verzichtbares) Interesse der Verfahrensparteien besteht, sondern ein öffentliches Interesse an der Einhaltung dieser Norm hinzutritt, welches deren Einhaltung für das Funktionieren des Rechtsschutzes unerlässlich macht.

### Beispiel

Nach § 338 Abs 1 ist der Zeuge vor seiner Einvernahme an die Pflicht zur Angabe der Wahrheit, an die Heiligkeit und Bedeutung des vorbehaltenen Eides sowie an die strafrechtlichen Folgen einer falschen Beweisaussage zu erinnern. Unterlässt das Gericht vor Einvernahme des Zeugen diese „Wahrheitserinnerung“, begeht es nach obiger Definition einen Formalfehler des Verfahrens, weil in § 338 Abs 1 eine ausdrückliche Bestimmung der ZPO vorliegt, die den äußeren Ablauf des Prozesses bzw die Form der gerichtlichen Zeugeneinvernahme regelt, deren Nichtbeachtung nach außen hin sofort erkennbar ist.

Dennoch ist in diesem Beispiel gem § 196 Abs 2 keine sofortige Rüge geboten, weil an der wahrheitsgemäßen Aussage eines Zeugen nicht bloß die Parteien ein „privates“ Interesse haben, sondern darüber hinausgehend auch ein öffentliches Interesse daran besteht.

41) Vgl *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO<sup>64</sup> Rz 2 zu § 295; *Leipold* in *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO<sup>22</sup> Rz 1 zu § 295.

42) *Prütting* in *MK* zur ZPO<sup>2</sup> Rz 1 zu § 295.

43) Vgl *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO<sup>64</sup> Rz 2 zu § 295.

44) BGH 16. 10. 2008, IX ZR 183/06.

45) § 313 a dZPO sieht unter den dortigen Voraussetzungen Begründungserleichterungen für Berufungsurteile vor.

46) BGH 2. 5. 2005, XII ZR 87/05.

47) BGH 22. 2. 2005, KZR 28/03.

48) BGH 24. 6. 2003, VI ZR 309/02.

49) BGH 5. 11. 2002, VI ZR 309/02 mwN; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>22</sup> Rz 5 zu § 295; *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO<sup>64</sup> Rz 3 zu § 295.

50) *Prütting* in *MK* zur ZPO<sup>2</sup> Rz 8 zu § 295.

51) *Prütting* in *MK* zur ZPO<sup>2</sup> Rz 10 zu § 295.

52) Vgl ausführlich zu den verschiedenen Gruppen der Nichtigkeitsgründe *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung<sup>2</sup> 41.

Das Gewicht dieses öffentlichen Interesses an der wahrheitsgemäßen Aussage zeigt sich an der Tatsache, dass falsche Beweisaussagen vor Gericht gem § 288 StGB strafrechtlich sanktioniert sind und das Zivilgericht gem § 78 StPO<sup>53)</sup> eine Anzeigepflicht trifft. Nur durch dieses vom Gesetzgeber statuierte öffentliche Interesse an der wahrheitsgemäßen Zeugenaussage entfällt gem Abs 2 leg cit die ansonsten gem § 196 gebotene Rüge des Formalfehlers durch die Partei.

**c) Ergebnis**

Diese Erwägungen sind wie folgt zusammenzufassen: § 196 Abs 2 ist als Ausnahmebestimmung eng auszulegen, weil der allgemeine Grundsatz gilt, dass Verstöße

gegen Verfahrensvorschriften, die nicht eine Nichtigkeit begründen, sondern bloß primäre Verfahrensmängel gem § 496 Abs 1 Z 2, mangels Rüge im Rechtsmittel nicht amtswegig aufgegriffen werden dürfen und somit durch die Parteien „verzichtbar“ sind.

Nur dann, wenn sich aus anderen Bestimmungen der ZPO (oder anderen Gesetzen), neben dem „privaten“ Interesse einer Partei ein öffentliches Interesse auf Einhaltung manifestiert, ist von der „Unverzichtbarkeit“ der Vorschrift auszugehen, sodass eine Rüge eines Verfahrensfehlers gem § 196 ausnahmsweise nicht geboten ist.

53) Früher § 84 StPO.

**→ In Kürze**

Der Rügelast nach § 196 sind nach zutreffender Rsp des OGH nur Formalfehler des Verfahrens, nicht aber Formalfehler des Urteils und Stoffsammlungsmängel unterworfen. Ein Formalfehler des Verfahrens liegt vor, wenn eine ausdrückliche Regelung der ZPO vorliegt, die den äußeren Ablauf des Prozesses regelt, deren Verstoß für die Prozessbeteiligten während des Prozesses erkennbar ist. Formvorschriften sind gem § 196 Abs 2 ausnahmsweise unverzichtbar, wenn an deren Einhaltung neben das private Interesse einer Partei noch ein öffentliches Interesse hinzutritt.

**→ Zum Thema**

**Über die Autoren:**

Dr. Konstantin Pochmarski war über zehn Jahre in der Justiz tätig, zuletzt als Richter des LG Leoben in einem zivilen Rechtsmittelsenat. Nunmehr ist er nach Absolvierung der Rechtsanwaltsprüfung in der Grazer Kanzlei

HOHohenberg Strauss Buchbauer Rechtsanwälte GmbH beschäftigt.

E-Mail: konstantin.pochmarski@hohenberg.at  
Mag. Mario Walcher, LL. M. ist 2007 als Rechtsanwaltsanwärter in die Kanzlei Hohenberg Strauss Buchbauer Rechtsanwälte GmbH eingetreten. Er hat durch seine postgraduale Master-Ausbildung an der Donau-Universität Krems (LL.M Europarecht) besondere Kompetenz im Bereich des europäischen Wirtschaftsrechts und ist als Vortragender im Bereich des Zivilprozessrechts tätig.  
E-Mail: mario.walcher@hohenberg.at

**Von Konstantin Pochmarski erschienen:**

*Pochmarski/Lichtenberg*, Die Berufung in der ZPO<sup>2</sup> (2009); *Pochmarski/Lichtenberg*, Beschluss und Rekurs in der ZPO (2006); Kommentierungen in *Kucsko* (Hrsg), markenschutz – Systematischer Kommentar zum Markenschutzgesetz (2006); *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht – Systematischer Kommentar zum Urheberrecht (2008); *E. Fischer/Pochmarski*, Die Verteilung des Erlöses aus der Versteigerung einer gemeinschaftlichen Liegenschaft nach § 352 c EO, JBl 2008, 635; *Pochmarski/Strauss*, Die Rechtsprechung des OGH zum Regress von Prozesskosten, JBl 2002, 353.

