

# I. Die Zulässigkeit der Berufung

Von den hier zunächst behandelten **Zulässigkeitsvoraussetzungen** (Anfechtbarkeit, Rechtsmittellegitimation usw) sind die erst später behandelten **Erfolgsvoraussetzungen** (gesetzmäßige und inhaltlich überzeugende Ausführung der Berufungsgründe) zu unterscheiden. Ein unzulässiges Rechtsmittel wird nach formaler Prüfung „zurückgewiesen“; einem nicht erfolgreichen wird nach inhaltlicher Prüfung „nicht Folge gegeben“.

1

## A. Statthaftigkeit

### 1. Anfechtbarkeit

Ist die Entscheidung überhaupt anfechtbar?

2

- Wenn ein **Nichturteil** vorliegt (Beispiel: von Nichtrichter oder geschäftsunfähigem Richter erlassen, Laie statt fachmännischem Laienrichter im Kausalenat):
  - Antrag auf deklarativen Beschluss des Gerichts, das Urteil sei als nicht gefällt anzusehen.
- Wenn das Gericht die **falsche Entscheidungsform** gewählt hat:
  - Prüfen, welche die richtige Entscheidungsform gewesen wäre. Gegen diese wendet sich dann das Rechtsmittel.<sup>1)</sup>

#### **Achtung Falle:**

Ist eine Klage mit „Urteil“ zurückgewiesen worden (statt richtig mit „Beschluss“), gilt dennoch nur die kürzere Rekursfrist (der Gerichtsfehler verlängert nicht die Frist<sup>2)</sup>); das Vergreifen in der Entscheidungsform beeinflusst weder die Zulässigkeit noch die Behandlung des Rechtsmittels. (*Falsa demonstratio non nocet*, aber Fristversäumnis schadet!)

### 2. Welches Rechtsmittel?

Die Berufung ist

3

- ein bestimmender (allenfalls, bei mündlicher Berufungsverhandlung: auch vorbereitender) Schriftsatz und
- das
  - ordentliche,
  - idR devolutive (= aufsteigende; Ausnahme § 469 Abs 3 ZPO),
  - suspensive (= aufschiebende; Ausnahme § 61 Abs 1 ASGG),

<sup>1)</sup> OGH 29. 1. 2010, 1 Ob 254/09y; OGH 20. 9. 1989, 1 Ob 619/89.

<sup>2)</sup> OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 77/14y; 22. 7. 2010, 8 ObS 8/10z. Auch falsche Rechtsmittelbelehrung verlängert nicht die Frist, OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 99/12w.

- beschränkte und
  - zweiseitige
- Rechtsmittel gegen Urteile der ersten Instanz.

**4** Wenn **konkurrierende Rechtsbehelfe** zur Verfügung stehen, gibt es folgende Möglichkeiten:

- **Wahl** (Achtung auf Kostenfolge: wird der aufwändigere Rechtsbehelf gewählt, dann bei Obsiegen nur Zuspruch jener Kosten, die für den einfacheren und billigeren Rechtsbehelf zugestanden wären).
- **Häufung** (s auch § 544 Abs 1 ZPO) und – allenfalls – **Reihung**<sup>3)</sup> („*in eventu*“). Die Reihung ist für das Gericht verbindlich.<sup>3a)</sup> „*In eventu*“ bezeichnet dabei die Bedingung „falls dem vorangegangenen Antrag nicht Folge gegeben wird“; zu bedingten Prozesserkklärungen s ausführlich bei Rz 39.

#### Beispiel:

**Typische Reihung durch den Beklagten beim Versäumungsurteil (VU):**<sup>4)</sup> **Wiedereinsetzung** wegen Fristversäumnis (Zufall oder Parteifehler),<sup>5)</sup>

**in eventu: Berufung** wegen nichtiger Zustellung<sup>6)</sup> (Gerichtsfehler) samt Antrag auf Aufhebung der Vollstreckbarkeitsbestätigung (§ 7 Abs 3 EO) und Antrag auf Exekutionaufschub (§ 39 EO); das Erstgericht kann dieser Berufung selbst stattgeben (nicht aber sie abweisen, § 469 Abs 3 ZPO), die Stattgabe ist unanfechtbar;

**in eventu: Widerspruch**<sup>7)</sup> nach § 397a (§ 442a) ZPO unter gleichzeitiger Ausführung der Klagebeantwortung.

**5** Nimmt eine Partei keine ausdrückliche Reihung ihrer Anträge vor, so ist nach der Rsp grundsätzlich zunächst über das den weitergehenden Schutz gewährende Rechtsmittel zu entscheiden.<sup>8)</sup>

**6** Wenn ausschließlich die **Kostenentscheidung** des Urteils bekämpft wird, hat dies mit Rekurs (14-Tage-Frist! Keine aufschiebende Wirkung!) zu geschehen (§ 55 ZPO).

<sup>3)</sup> *Strauss*, Die Bekämpfung von Versäumungsurteilen wegen Zustellmängeln, ÖJZ 2010, 695 (697) bezeichnet den Wiedereinsetzungsantrag als unnötige Verkomplizierung und verkennt dabei mE die Komplexität der in der Praxis oft nicht klar abgrenzbaren Sachverhalte und die advokatorische Vorsichtspflicht.

<sup>3a)</sup> OGH 29. 11. 2012, 2 Ob 222/12d.

<sup>4)</sup> Nicht gesondert behandelt wird hier die Berufung gegen ein (positives oder negatives) Versäumungsurteil bei angeblicher Unschlüssigkeit der Klage (dann: Rechtsrüge).

<sup>5)</sup> Dazu *Schimka*, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 146 ff ZPO), Zak 2010, 4. Aber: Wiedereinsetzungsanträge, die sich gegen behauptete Mängel des Verfahrens richten, sind zurückzuweisen, OGH 20. 12. 2011, 8 ObA 43/11y.

<sup>6)</sup> Es reicht aber die Klagszustellung an einen Ersatzempfänger, zB teilzeitbeschäftigte Putzfrau, OGH 15. 9. 2010, 2 Ob 118/10g.

<sup>7)</sup> Dieser wird erst als letzter Eventualantrag gestellt, weil bei Stattgebung der Kläger Sicherstellungsexekution (§ 371 Z 1 EO) beantragen kann.

<sup>8)</sup> OGH 30. 8. 2011, 10 Ob 58/11v.

**Achtung Falle:**

Hat der Kläger auf Kosten eingeschränkt, ist zwar mit Urteil über den Kostenersatz zu entscheiden, doch steht dagegen nur der binnen 14 Tagen zu erhebende Kostenrekurs zu (keine Berufung im Kostenpunkt).

Im Allgemeinen kann gegen die Kostenentscheidung zusätzlich zu den anderen Berufungsgründen eine „Berufung im Kostenpunkt“ erhoben werden (dann aber 4-Wochen-Frist statt der 14-tägigen Rekursfrist = „Trick“).

**Tipp:**

Wenn jemand nur Kostenrekurs erheben wollte, aber die Rekursfrist bereits verstrichen ist, kann immer noch Berufung hinsichtlich eines – wegen drohenden Unterliegens freilich nur geringen – Teilstreitwertes samt Berufung im Kostenpunkt erhoben werden. Es wird hier der erhoffte Vorteil aus dem Kostenrekurs mit dem Nachteil aus der unterlegenen Berufung (Gerichts- und Anwaltskosten für Berufung und Berufungsbeantwortung) abzuwägen sein.

### 3. Mängel im Rechtsmittel

Die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels (zB als Rekurs statt als Berufung) ist irrelevant. **8**

Bei Inhaltsmängeln (zB Unvollständigkeiten, Fehler in Form und Fehlen eines gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Inhalts): **Verbesserungsverfahren** gem § 84 Abs 3 ZPO. Verbesserungsaufträge sind nicht eigens bekämpfbar (kein Rekurs) und die gesetzte Frist ist nicht verlängerbar (§ 85 Abs 2 ZPO). Wer einen Verbesserungsauftrag für ungerechtfertigt hält (und sich der Sache sicher ist und das Risiko nicht scheut), befolgt ihn einfach nicht und bekämpft in diesem Fall die seines Erachtens ungerechtfertigt ergehende Entscheidung. Hingegen ist keine Verbesserung aufzutragen, wenn ein Schriftsatz den vorgeschriebenen Inhalt so weit enthält, dass über ihn sachlich – wenn auch nicht in stattgebendem Sinn – abgesprochen werden kann.<sup>9)</sup> **9**

Aber kein Verbesserungsverfahren, wenn eine Partei prozessuale Formvorschriften absichtlich und missbräuchlich verletzt hat,<sup>10)</sup> etwa bei einem leeren Rechtsmittel (vgl Rz 302) durch einen Rechtsanwalt.<sup>11)</sup> Auch **kein Verbesserungsverfahren, wenn die Berufungsgründe nicht gesetzmäßig ausgeführt wurden** (das wird vielmehr als Mangel an Argumenten ausgelegt). **10**

### 4. Einmaligkeit des Rechtsmittels

**Der Austausch/die Verbesserung** von Rechtsmittelschriften ist nur zulässig, wenn der ursprüngliche Schriftsatz an einem den erweiterten Verbesserungs- **11**

<sup>9)</sup> OGH 10. 8. 2010, 1 Ob 134/10b.

<sup>10)</sup> OGH 19. 4. 2007, 6 Ob 67/07g mwN.

<sup>11)</sup> OGH 3 Ob 596/84 SZ 58/17.

vorschriften unterliegenden Mangel gelitten hat (sonst auch innerhalb der noch offenen Rechtsmittelfrist unzulässig). Jeder Partei steht gegen eine gerichtliche Entscheidung nur eine einzige Rechtsmittelschrift zu. Weitere Rechtsmittelschriften sind auch dann unzulässig, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist eingebracht werden.<sup>12)</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht aber für weitere Rechtsmittelschriften, Nachträge oder Ergänzungen dann, wenn diese am selben Tag wie der erste Rechtsmittelschriftsatz bei Gericht einlangen; mehrere solcher Schriftsätze sind dann wie ein einziger zu behandeln.<sup>13)</sup> Ansonsten: Keine **Nachträge** zum eingebrachten Rechtsmittelschriftsatz;<sup>14)</sup> auch keine Berichtigung<sup>15)</sup> oder ergänzende Urkundenvorlage.<sup>16)</sup>

**12** Ein Rechtsanwalt kann bzw muss zu einem mangelhaften Rechtsmittelschriftsatz der Partei auch inhaltliche Ergänzungen anbringen.<sup>17)</sup>

**13** Rekurs und Berufung sind teilweise<sup>18)</sup> getrennt zugelassen – aber **Faustregel**: Wenn Entscheidung in einem Papier, dann auch Rechtsmittel in einem Papier („Einheitlichkeit des Rechtsmittels“) – im Einzelfall genau prüfen und Risiko vermeiden! **Enthält eine Ausfertigung mehrere Entscheidungen, ist für die Anfechtung immer die längere Frist maßgeblich.**<sup>19)</sup> Wenn aber lediglich Kostenrekurs erhoben wird, dann nur 14-tägige Rekursfrist,<sup>19a)</sup> vgl Rz 6. In anderem Zusammenhang wird judiziert, dass der Grundsatz der Einmaligkeit der Rechtsmittelhandlung einer weiteren (rechtzeitigen) Anfechtung nicht entgegensteht, wenn Rechtsmittel verfahrensrechtlich unterschiedlicher Natur gegen prozessual verschieden geartete Entscheidungen gerichtet sind.<sup>20)</sup> Davon sind nicht nur Rechtsmittel gegen in unterschiedlicher Entscheidungsform (Urteil, Beschluss) ergehende und in einer Ausfertigung zusammengefasste Entscheidungen erfasst, sondern etwa auch zwei Rechtsmittel gegen jeweils in Beschlussform ergangene Entscheidungen, wie etwa die meritorische Entscheidung und die gleichzeitige Verhängung einer Ordnungsstrafe.<sup>21)</sup>

<sup>12)</sup> OGH 19. 10. 2006, 3 Ob 206/06z; RIS-Justiz RS0041666.

<sup>13)</sup> OGH 23. 10. 2007, 3 Ob 141/07t.

<sup>14)</sup> OGH 22. 1. 2008, 4 Ob 228/07v (*Keppert*).

<sup>15)</sup> OGH 13. 12. 2011, 5 Ob 124/11p.

<sup>16)</sup> OGH 22. 4. 2011, 6 Ob 91/10s.

<sup>17)</sup> OGH 18. 8. 2010, 8 ObA 53/10t; s auch FN 86.

<sup>18)</sup> OGH 25. 4. 2014, 2 Ob 192/12t (obiter); 24. 11. 2011, 1 Ob 217/11k: Der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels ist nicht auf Konstellationen zu erstrecken, in denen eine Partei zuerst einen Kostenrekurs erhoben und anschließend die Entscheidung in der Hauptsache durch eine rechtzeitig eingebrachte Berufung bekämpft hat (RIS-Justiz RS0036043).

<sup>19)</sup> OGH 27. 3. 2014, 1 Ob 36/14x (mE zu weitgehend); RIS-Justiz RS0041696, RS0041670; OGH 20. 4. 2006, 4 Ob 50/06s; *Zechner* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>2</sup> § 505 ZPO Rz 16 mwN.

<sup>19a)</sup> Scheinbar aA OGH FN 19.

<sup>20)</sup> OGH 25. 4. 2013, 2 Ob 192/12t; RIS-Justiz RS0043968.

<sup>21)</sup> 1 Ob 92/09z = RIS-Justiz RS0043968 (T1). S auch OGH 15. 7. 1993, 8 Ob 584/93 EvBl 1994/59.

## B. Rechtsmittellegitimation

Rechtsmittelbefugnis in der Hauptsache selbst haben: 14

- Partei,
- Nebenintervenient (ein von der Hauptpartei abgegebener Rechtsmittelverzicht macht das Rechtsmittel des einfachen Nebenintervenienten unzulässig, so dass es zurückzuweisen ist<sup>22</sup>), doch kann der streitgenössische Nebenintervenient auch bei Rechtsmittelverzicht der Hauptpartei Berufung erheben<sup>22a</sup>); die Nebenintervention (Beitritt) ist auch erst im Rechtsmittelverfahren (vor Rechtskraft) möglich.<sup>23</sup> Wenn ein Nebenintervenient dem Verfahren erst während oder nach Ablauf der Rechtsmittelfrist beitrifft (s aber Rz 25), hat er den Verfahrensstand so hinzunehmen.<sup>24</sup>)
- Auch materielle Streitgenossen können selbständig (§ 13 ZPO) Rechtsmittel ergreifen.<sup>25</sup>)

Wenn der Gegner in der Berufungsbeantwortung auf eine allfällige Unzulässigkeit der Berufung nicht hinweist, gebührt ihm kein Kostenersatz.<sup>26</sup>) 15

### Anmerkung:

In Zwischenstreitigkeiten und Kostenentscheidungen haben auch Personen mit „parteigleicher Stellung“ (zB Nebenintervenient im Verfahren über seine Zulassung) Rechtsmittelbefugnis (Rekursrecht). 16

## C. Rechtzeitigkeit

### 1. „Zweistufige Befristung“

**Anmeldung** der Berufung gegen ein **in Anwesenheit beider Parteien mündlich verkündetes Urteil** (§ 414 ZPO) entweder sofort mündlich (Protokoll der Verhandlung) oder durch Schriftsatz binnen der nicht verlängerbaren, aber durch § 222 Abs 1 ZPO gehemmten Notfrist<sup>26a</sup>) von 14 Tagen nach Protokollzustellung (§ 461 Abs 2 ZPO). Das gleiche gilt für Endbeschlüsse (§ 518 Abs 1 ZPO). Ein innerhalb der Frist gestellter **Antrag auf Begebung eines Rechtsanwaltes in Verfahrenshilfe** gilt als Berufungsanmeldung. Die Berufungsanmeldung hemmt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des verkündeten Urteils (bis zur fristgerechten Einbringung der Berufung, dann folgt die Hemmungswirkung der Berufung). Ein bloßer Antrag auf Urteilszustellung reicht nicht als Anmeldung. Mangels Rechtsmittelanmeldung wird das Urteil nur gekürzt ausgefertigt. 17

<sup>22</sup>) OGH 26. 5. 2011, 5 Ob 248/10x.

<sup>22a</sup>) OGH 9. 7. 2013, 4 Ob 22/13h.

<sup>23</sup>) OGH 7. 7. 2011, 5 Ob 245/10f.

<sup>24</sup>) OGH 13. 3. 2012, 10 Ob S 28/12h; 12. 10. 2011, 3 Ob 45/11f unter Hinweis auf 6 Ob 582/95, 583/95; 2 Ob 257/03p und 2 Ob 174/06m.

<sup>25</sup>) OGH 21. 10. 2010, 2 Ob 136/10d.

<sup>26</sup>) RIS-Justiz RS0124565.

<sup>26a</sup>) OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 42/14m.

18

**Muster:**

In dieser Rechtssache wurde am [...] das Protokoll der mündlichen Streitverhandlung vom [...], in welcher in Anwesenheit beider Parteien gem § 414 ZPO das Urteil mündlich verkündet worden ist, zugestellt.

Innerhalb der 14-tägigen Frist des § 461 Abs 2 ZPO wird hiermit die

**Berufung angemeldet.**

*[Keine Pauschalgebühr; kein Antrag; keine Begründung]*

Kostenverzeichnis:

Berufungsanmeldung TP 1 RAT	EUR [...]
[...] % Einheitssatz	EUR [...]
Zwischensumme	EUR [...]
20 % MWSt	EUR [...]
Endsumme	EUR [...]

19

§ 461 Abs 2 ZPO ist einschränkend so auszulegen, dass es im Fall der gleichzeitigen Zustellung des (mündlich verkündeten und bereits ausgefertigten) Urteils und der Protokollabschrift jener Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung, in der das Urteil verkündet wurde, einer Berufungsanmeldung nicht bedarf, sondern binnen der gesetzlichen Frist (§ 464 Abs 1 ZPO) ab Urteilszustellung Berufung erhoben werden kann.<sup>27)</sup>

20

Die vierwöchige Berufungsfrist (s sogleich) beginnt sodann **ab Zustellung** der schriftlichen Ausfertigung des Urteils.

**2. Fristbeginn (Zustellung)**

21

Bei Zustellung **mit webERV** gilt als Zustelldatum **der auf das Einlangen** (allenfalls auch spät in der Nacht<sup>27a)</sup>) **in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgende Werktag** (§ 89d Abs 2 GOG; der Samstag gilt nicht als Werktag) auch bei Ortsabwesenheit des Anwalts,<sup>27b)</sup> und **nicht das Abfragedatum**. Technische Gebrechen im Bereich des Empfängers gehen zu dessen Lasten.<sup>27c)</sup> Bei nicht täglicher Abfrage des webERV kann – zur Kontrolle – das Hinterlegungsdatum dem Sendebericht entnommen werden. Eine fehlerhafte Berechnung der Rechtsmittelfrist ab dem Abfragedatum statt ab Hinterlegungsdatum und die Unterlassung einer Kontrolle anhand eines ausgedruckten Sendeprotokolls ist kein minderer Grad des Versehens und es gibt daher keine Wieder-

<sup>27)</sup> OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 135/03m; ebenso 8 Ob 591/93, 1 Ob 266/06h.

<sup>27a)</sup> Kein zusätzlicher Tag bei Nachtzustellung, OGH 7. 3. 2013, 1 Ob 26/13z.

<sup>27b)</sup> OGH 22. 1. 2014, 2 Ob 239/13f.

<sup>27c)</sup> OGH 2. 10. 2012, 10 ObS 113/12h (allerdings ist im Zweifel von der Rechtzeitigkeit eines Rechtsmittels auszugehen).

einsetzung.<sup>28)</sup> Es ist daher (eine tägliche Abfrage des webERV sinnvoll und) die genaue Prüfung des Hinterlegungsdatums notwendig!

### **Hinweis:**

Wenn also am Freitag elektronisch hinterlegt wird, dann beginnt die 4-wöchige Frist am Montag (nächster Werktag, außer dies ist ein Feiertag wie der Ostermontag) und endet auch an einem Montag (so dieser ein Werktag ist). Der OGH hält dieses Ergebnis für verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>28a)</sup>

Ein bei Gericht für den Anwalt eingerichtetes **Postfach** ist nicht als taugliche Abgabestelle anzusehen; die fristauslösende Zustellung wird erst bewirkt, wenn der Empfänger das in das Fach eingelegte Gerichtsstück übernommen und die Übernahme bestätigt hat.<sup>29)</sup> **22**

### **3. „Einstufige Befristung“ (Normalfall)**

Die nicht verlängerbare Berufungsfrist (Notfrist) beträgt 4 Wochen (§ 464 ZPO) **ab Zustellung** (dazu s oben) der schriftlichen Entscheidung. **Ausnahmen:** Fristenlauf bereits **ab** (vollständiger, also mit ziffernmäßig bestimmten Kosten) **Verkündung** eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils in Anwesenheit beider Parteien,<sup>29a)</sup> und gegenüber dem erschienenen Kläger beim klagsstattgebenden VU (§ 416 Abs 3 ZPO). Die Berufungsfrist ist eine Notfrist; das bedeutet, dass sie vom Gericht weder verkürzt noch verlängert werden kann, auch nicht auf Antrag. **23**

Aber: Wenn bei der Verkündung die Kostenentscheidung oder Kostenbestimmung der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten wurde („**unvollständige**“ E), dann beginnt die Rechtsmittelfrist erst mit Zustellung der schriftlichen Ausfertigung.<sup>30)</sup> Wird hingegen bei einem Teil(anerkenntnis)urteil die Kostenentscheidung gem § 52 Abs 4 ZPO der Endentscheidung vorbehalten, liegt eine „vollständige“ E vor, und diese wird bereits mit Verkündung wirksam.<sup>31)</sup> **24**

### **Tipp:**

Sofort nach Erhalt des Urteils sollte der Jurist die anlässlich der Posteingangsbearbeitung (Sekretariat) vorgenommene Fristenberechnung prüfen! Bei anwaltlich nicht vertretenen Klienten das Zustelldatum bes genau hinterfragen (oft verwechselt mit Abholdatum am Postamt).

<sup>28)</sup> OGH 26. 5. 2010, 15 Os 37/10w.

<sup>28a)</sup> Normenkontrollantrag beim VfGH pending; OGH 17. 9. 2014, 6 Ob 133/14y.

<sup>29)</sup> OGH 22. 4. 2010, 2 Ob 37/10w.

<sup>29a)</sup> Wird beim Teilanerkennnisurteil ein Kostenvorbehalt nach § 52 Abs 4 ZPO oder beim Anerkenntnisurteil ein Kostenvorbehalt nach § 52 Abs 2 ZPO (unzulässig aber unanfechtbar) vorgenommen, beginnt die Rechtsmittelfrist auch mit Verkündung in Anwesenheit beider Parteien; *Obermaier*, Kostgenseitig, ÖJZ Z 2013, 800.

<sup>30)</sup> OGH 23. 2. 1999, 4 Ob 4/99p; aA *Bydlinski* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 416 ZPO Rz 7.

<sup>31)</sup> OGH 31. 5. 2011, 10 Ob 40/11x.