

# Rechtsmittel gegen zur Gänze bestätigende Beschlüsse

Andrew Annerl, Wien

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Die Rechtsmittelbeschränkung des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO
  - A. Einordnung
  - B. Rechtsmittelausschluss
  - C. Ausnahme vom Rechtsmittelausschluss
- III. Schluss und Ausblick

## I. Einleitung

Die Jubilarin, der dieser Beitrag gewidmet ist, hat das Leben vieler Menschen beeinflusst, nicht nur allgemein im Rahmen ihrer wissenschaftlichen und rechtsprechenden Tätigkeit, sondern auch durch ihre Tätigkeit in der Justizverwaltung, insb bei Personalentscheidungen. Dabei ist mir eine Eigenschaft besonders aufgefallen: Die Eigenschaft, die Beurteilung anderer kritisch zu hinterfragen und nicht – wie es viele andere machen – den (einfacheren) Weg des geringsten Widerstands zu wählen, indem man sich einer solchen Beurteilung anschließt. Diese Eigenschaft prägte letztlich auch mein Leben ganz entscheidend, weswegen ich der Jubilarin sehr verbunden bin und der Einladung der Herausgeber, der Jubilarin einen Beitrag in dieser Festschrift zu widmen, mit großer Freude folge.

Eine Beurteilung, die sich einer vorhandenen anschließt, fällt manchmal leichter, weil eine Abweichung mehr Beschäftigung mit der Sache und/oder Begründungsaufwand erfordern würde. Auch abseits von den erwähnten Personalentscheidungen wird in der ZPO mitunter einer Entscheidung, die mit einer anderen konform geht, vom Gesetzgeber eine höhere Richtigkeitsgewähr zugemessen. Entscheidungen eines Rekursgerichts sind nämlich grundsätzlich nicht anfechtbar, wenn sie den erstinstanzlichen Beschluss zur Gänze bestätigen. Dieses Thema sei der Jubilarin gewidmet. Ihr kann man wahrlich nicht vorwerfen, mit anderen Entscheidungen leichtfertig konform zu gehen.

## II. Die Rechtsmittelbeschränkung des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO

### A. Einordnung

Nach Art 92 Abs 1 B-VG ist der OGH oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen. In diesen Materien kommt ihm daher *Leitfunktion* iS einer Bestand-

garantie zu.<sup>1)</sup> Um eine Überlastung zu vermeiden, die dieser Leitfunktion wegen der Gefahr nicht einheitlicher Rsp wiederum abträglich sein könnte, wird der Zugang zum OGH in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt.<sup>2)</sup>

Eine solche Einschränkung besteht in der *absoluten Unzulässigkeit* des Revisionsrekurses gegen zur Gänze bestätigende Entscheidungen. Liegt dieser Rechtsmittelausschluss vor, kommt es auf andere, wie das Nichtvorliegen einer erheblichen Rechtsfrage (§ 528 Abs 1 ZPO),<sup>3)</sup> den Wert des Entscheidungsgegenstands (§ 528 Abs 2 Z 1 und 1a ZPO)<sup>4)</sup> oder eine Nichtzulassung des Revisionsrekurses durch das Rekursgericht (§ 528 Abs 2 Z 1a iVm § 526 Abs 3 und § 500 ZPO), nicht weiter an.

Gerechtfertigt wird der Rechtsmittelausschluss mit der Überlegung, dass eine weitere Anfechtung nicht notwendig ist, weil der bestätigenden zweitinstanzlichen Entscheidung eine höhere *Richtigkeitsgewähr* zukommt.<sup>5)</sup> Dass der Rechtsmittelausschluss nur die Zulässigkeit des Revisionsrekurses betrifft und im Revisionsverfahren eine vergleichbare Bestimmung nicht (mehr) vorhanden ist, folgt der Annahme, dass Beschlüssen aus Parteisicht *weniger Bedeutung* als Urteilen zukommt.<sup>6)</sup>

*Nicht anwendbar* ist der Rechtsmittelausschluss des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO – abgesehen von der darin selbst genannten Ausnahme der Klagszurückweisung ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen (s dazu unten II.C.) – in Verfahren über die Vollstreck(bareklärung) ausländischer Exekutionstitel (§ 411 Abs 4, § 418 Abs 4 EO), im Provisorialverfahren (§ 402 Abs 1 EO) und im Außerstreitverfahren.<sup>7)</sup>

## B. Rechtsmittelausschluss

### 1. Historische Entwicklung

Bereits nach der Stammfassung des § 528 Abs 1 ZPO<sup>8)</sup> waren Rekurse gegen Entscheidungen des Gerichts zweiter Instanz, durch welche der angefochtene erstrichterliche Beschluss bestätigt wurde, von Amts wegen zurückzuweisen. Die Bestimmung wurde in der Folge mehrmals um weitere Rechtsmittelausschlüsse ergänzt und umformuliert, bis sie sich durch das Verfahrenshilfegesetz<sup>9)</sup> als § 528 Abs 1 Z 1 ZPO der heutigen Fassung annäherte. Danach waren Rekurse gegen Entscheidungen des Gerichts zweiter Instanz unzulässig, „durch die der angefochtene erstrichterliche Beschluß bestätigt worden ist“.

Vor der ZVN 1983 war auch die Revision gegen bestätigende Berufungsentscheidungen nur bei Übersteigen eines bestimmten Streitwerts zulässig. Unter

1) *Lovrek/Musger in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV/1<sup>3</sup> (2019) Vor §§ 502 ff ZPO Rz 40 f.

2) *Lovrek/Musger in Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> Vor §§ 502 ff ZPO Rz 41; *A. Kodek in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> (2019) Vor § 502 ZPO Rz 2; *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO Taschenkommentar (2019) § 502 ZPO Rz 3.

3) RIS-Justiz RS0107959, RS0037059, RS0112314 (T5), RS0012387 (T2).

4) *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 528 Rz 16.

5) *Musger in Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 38; *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 528 Rz 16; 8 Ob 33/08y; 4 Ob 12/06b; vgl RIS-Justiz RS0120715.

6) *Musger in Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 38.

7) *A. Kodek in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 33 f.

8) RGBI 1898/113.

9) BGBl 1973/135.

bestätigenden Entscheidungen wurden damals nur „vollbestätigende“ Entscheidungen verstanden, während teilweise bestätigende Entscheidungen zur Gänze, also auch im bestätigenden Teil anfechtbar waren.<sup>10)</sup>

Durch die ZVN 1983<sup>11)</sup> wurde der gestiegenen Belastung des Höchstgerichts Rechnung getragen<sup>12)</sup> und der Zugang zum OGH (weiter) eingeschränkt. Die für die Anfechtung bestätigender Entscheidungen maßgebliche Wertgrenze wurde deswegen angehoben und die für das Revisionsverfahren geltende Bestimmung des § 502 Abs 3 ZPO außerdem so umformuliert, dass sie seither ein Berufungsurteil erfasste, *soweit* es das angefochtene Urteil bestätigte. Aufgrund dieser „Soweit-Regel“ waren teilweise bestätigende Entscheidungen (bei Nichterreichen der Wertgrenze) im bestätigenden Teil unanfechtbar.<sup>13)</sup> Diese für das Revisionsverfahren geltende Regelung wurde in das Revisionsrekursverfahren durch einen Verweis auf § 502 Abs 3 ZPO in § 528 Abs 1 Z 1 ZPO übertragen und somit klar gestellt, dass auch der nur teilweise bestätigende Beschluss des Gerichts zweiter Instanz in seinem bestätigenden Teil keiner Anfechtung unterlag.<sup>14)</sup>

Die hier zu besprechende geltende Fassung des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO geht auf die WGN 1989<sup>15)</sup> zurück. Seither wird einerseits auf „zur Gänze“ bestätigende Entscheidungen abgestellt und andererseits für Klagszurückweisungen ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen – also wenn der Rechtsschutzanspruch überhaupt verneint wird – eine Ausnahme normiert. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Novelle aus Sorge vor einer Überlastung des OGH die grundsätzliche Unanfechtbarkeit vollbestätigender Entscheidungen der zweiten Instanz aufrecht erhalten, in den übrigen Fällen jedoch eine Anfechtung des gesamten Entscheidungsgegenstands des Rekursgerichts ermöglichen, wie dies schon nach der Rechtslage vor der ZVN 1983 der Fall war; insb wurde es als unbefriedigend beschrieben, wenn bei teilweise bestätigenden und teilweise abändernden Entscheidungen der abändernde Teil anfechtbar war, der bestätigende aber nicht, selbst wenn die beiden Entscheidungen, was immer wieder vorgekommen sei, inhaltlich miteinander verknüpft gewesen seien.<sup>16)</sup>

## 2. Voll- und Teilbestätigung

### a) Ausgangslage

Die historische Entwicklung zeigt die klare Absicht des Gesetzgebers, dass bei Teilbestätigungen die gesamte Entscheidung des Rekursgerichts anfechtbar sein soll, also auch soweit sie mit der erstinstanzlichen Entscheidung übereinstimmt. Interessant ist dabei, dass der für den Rechtsmittelausschluss ausschlaggebenden höheren Richtigkeitsgewähr (oben II.A.) insofern doch weniger Bedeutung zukommt, weil ja auch die – insofern übereinstimmende – Entscheidung überprüfbar wird, bloß weil sie in einem anderen Teil nicht übereinstimmt. Die oben zitierten Materialien sind in dieser Konsequenz klar, beantworten jedoch nicht die Frage, wann eine Entscheidung zur Gänze oder nur zum Teil als bestätigt

10) RIS-Justiz RS0042371.

11) BGBl 1983/135.

12) ErläutRV 669 BlgNR 15. GP 58.

13) RIS-Justiz RS0042371 (T2).

14) RIS-Justiz RS0042371 (T3).

15) BGBl 1989/343.

16) AB 991 BlgNR 17. GP 12.

angesehen werden kann. Einen gewissen Hinweis geben sie nur insofern, als sie offenbar von der gänzlichen Anfechtbarkeit ausgehen, wenn die beiden Teile „inhaltlich miteinander verknüpft“ sind.

Die simpelste Antwort auf die Frage, wann eine (Voll-)Bestätigung vorliegt, wäre wohl, auf die Beurteilung der beiden Entscheidungen schlechthin abzustellen und jede – auch noch so geringe – Abweichung, wie unterschiedliche, wenn auch sinngleiche Formulierungen oder sogar bloße Rechtschreibfehler, als nicht (zur Gänze) bestätigend anzusehen. Diese enge Sicht wird wohl von niemanden vertreten, geht es doch um einen wertenden Vergleich des Inhalts der Entscheidungen und der dadurch vermittelten Richtigkeit des Ergebnisses, unabhängig von einzelnen Formulierungen. Bloß sprachliche Abweichungen sind daher jedenfalls unerheblich und hindern die Anwendbarkeit des Rechtsmittelausschlusses nicht.<sup>17)</sup>

#### b) Übereinstimmende Rechtswirkungen

Man muss daher auf ein anderes Kriterium abstellen. Naheliegender ist es, die Wirkungen der Entscheidungen auf die Rechtsstellung der Parteien als relevant zu erachten. Erfahren die Rechtsstellungen der Parteien durch die beiden Entscheidungen keine oder die gleiche Änderung, werden sie also durch beide Entscheidungen gleichermaßen belastet, kann angenommen werden, dass die zwei Instanzen zum „richtigen“ Ergebnis kamen, wenn und weil eine abweichende Begründung für diese Wirkung gegenüber den Parteien unerheblich ist. Da diese Wirkung regelmäßig im Spruch der Entscheidung zum Ausdruck kommt, ist dort der Ausgangspunkt der Beurteilung. Eine spruchmäßige Bestätigung mit anderer Begründung ist daher als Vollbestätigung anzusehen, solange der Rechtsmittelwerber durch die Begründung nicht anders belastet wird.<sup>18)</sup> Gleiches gilt für eine Maßgabebestätigung, sofern dies nur der Verdeutlichung der erstinstanzlichen Entscheidung dient, ohne ihre Rechtskraftwirkung zu berühren.<sup>19)</sup> Selbst bei Zurückweisung des Rekurses wird der Rechtsmittelausschluss angenommen, wenn das Rekursgericht die erstinstanzliche Entscheidung gleichzeitig (etwa in Form einer Hilfsbegründung) auch sachlich geprüft (und übereinstimmend beurteilt) hat.<sup>20)</sup> Solange eine dieser Abweichungen der Rekursentscheidung von der erstinstanzlichen Entscheidung für die Parteien unerheblich ist, ist diese selbst regelmäßig nicht bekämpfbar. Somit gibt es auch keinen Grund, den bestätigenden Ausspruch als anfechtbar zu betrachten.

17) Vgl. RIS-Justiz RS0044215 (T8).

18) *Musger* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 44; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 31; RIS-Justiz RS0044215, RS0044135, RS0044456 (T2). Weiter geht *Musger* (in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 45), der erwägt, einen auf unterschiedlicher Begründung beruhenden Wechsel der Entscheidungsform (Zurückweisung/Abweisung) als gänzliche Bestätigung anzusehen, wenn sich die Rechtsstellung des Rechtsmittelwerbers dadurch nicht ändert, wie etwa bei Zurückweisung eines Wiedereinsetzungsantrags durch die erste und seiner Abweisung durch die zweite Instanz (aA RIS-Justiz RS0044263).

19) *Musger* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 42; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 32; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 528 Rz 18; RIS-Justiz RS0111093, RS0074300, RS0044215 (T13, T15).

20) *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 30; RIS-Justiz RS0044232, RS0044456 (T4, T6, T7, T11), RS0044215 (T10); krit im Fall eines bloßen obiter dictums *Musger* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 47.

Dem gänzlich übereinstimmenden Ausspruch der beiden Entscheidungen kommt umgekehrt dann nicht die erforderliche Richtigkeitsgewähr zu, wenn die erste Instanz nicht unabhängig entscheiden konnte, weil sie im zweiten Rechtsgang (nach einer Aufhebung und Zurückverweisung) an die Rechtsansicht des Rekursgerichts gebunden war. Die Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung im zweiten Rechtsgang durch das Rekursgericht bestätigt damit nur die eigene Beurteilung und führt daher nicht zum Ausschluss des Revisionsrekurses nach § 528 Abs 2 Z 2 ZPO,<sup>21)</sup> außer die im Aufhebungsbeschluss des Rekursgerichts überbundene Rechtsansicht hatte im zweiten Rechtsgang – etwa wegen einer Sachverhaltsänderung<sup>22)</sup> – keinen Einfluss.<sup>23)</sup> Weil es hier um die Richtigkeitsgewähr der bestätigenden Entscheidung geht, ist es irrelevant, ob der für die erste Instanz bindende Aufhebungsbeschluss des Rekursgerichts angefochten wurde oder überhaupt angefochten werden konnte.<sup>24)</sup>

### c) Quantitative Teilung

Es gibt aber auch Entscheidungen, die über mehrere Gegenstände (unterschiedlich) absprechen. Auch hier könnte man zunächst die Extremposition vertreten, dass die Wendung „zur Gänze“ wörtlich zu verstehen und die gesamte Entscheidung als anfechtbar anzusehen sei. Das wäre aber schon deswegen überschießend, weil die unterschiedlich entschiedenen Teile auch von einander völlig unabhängig sein könnten und über sie nur (mehr oder weniger) zufällig gemeinsam entschieden wurde, weil sie das Erstgericht in einem Beschluss bzw das Rekursgericht (etwa aufgrund mehrerer gleichzeitig vorgelegter Rechtsmittel über gesonderte erstinstanzliche Beschlüsse) in einer Rekursentscheidung (in einer Ausfertigung) behandelte. Die Anfechtbarkeit der Rekursentscheidung würde damit letztlich von Zufälligkeiten oder zumindest von anderen, mit der Anfechtbarkeit nicht im Zusammenhang stehenden Bedingungen abhängig sein, was nicht im Sinn des Gesetzes sein kann.

Auch dem Gesetzgeber der WGN 1989 ist nichts anderes zu unterstellen, wollte er doch zur Rechtslage vor der ZVN 1983 und die damalige Auslegung durch das JB 56 zurückkehren.<sup>25)</sup> Danach lag eine – zur vollen Anfechtbarkeit führende – teilweise Bestätigung nicht vor, wenn ein Beschluss zwei *voneinander getrennte Gegenstände* erledigte, sodass nur der bestätigende Ausspruch unanfechtbar war.<sup>26)</sup> Es muss daher auch nach der geltenden Rechtslage Fälle geben, in denen in Wahrheit mehrere, voneinander trennbare Entscheidungsgegenstände vorliegen, sodass jeder für sich „zur Gänze“ bestätigt worden sein kann.

Aus den Materialien zur WGN 1989 ist überdies abzuleiten, dass der Gesetzgeber bei der (Wieder-)Einführung der Anfechtbarkeit von Teilbestätigungen den Fall vor Augen hatte, dass die beiden Teile der Entscheidung inhaltlich so miteinander verknüpft sind, dass eine Anfechtbarkeit nur des nicht bestätigenden

21) *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 51; A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 35; Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 528 Rz 20; RIS-Justiz RS0044323.*

22) *RIS-Justiz RS0044323 (T6).*

23) *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 51; RIS-Justiz RS0044323 (T2).*

24) *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 52; Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 528 Rz 20.*

25) *AB 991 BlgNR 17. GP 13.*

26) *RIS-Justiz RS0044257.*

Teils „unstimmige“ Entscheidungen hervorbringen würde.<sup>27)</sup> Es geht also um einen *inhaltlichen Zusammenhang*, aufgrund dessen auch der bestätigende Teil der Rekursentscheidung anfechtbar sein soll. Dafür spricht auch der Zweck der Regelung, weil die den Rechtsmittelausschluss rechtfertigende höhere Richtigkeitsgewähr wohl entfällt, wenn beide (unterschiedlich entschiedenen) Teile – insb aufgrund derselben rechtlichen Fragestellungen – erwartungsgemäß gleich beurteilt werden hätten müssen.

Schwierig kann im Einzelfall die Frage sein, wann die Teile trennbar sind und wann nicht. Nach der hL<sup>28)</sup> und Rsp<sup>29)</sup> kommt es allgemein darauf an, ob die beiden unterschiedlich entschiedenen Teile in einem so *engen, unlösaren sachlichen Zusammenhang* stehen, dass sie nicht auseinandergerissen werden können, so dass auch die Zulässigkeit ihrer Anfechtung nur einheitlich zu beurteilen ist. Ein solcher Zusammenhang ist jedenfalls zu verneinen, wenn nicht einmal die Voraussetzungen einer *Zusammenrechnung* nach § 55 JN gegeben sind.<sup>30)</sup> Dies kann va bei konformen Beschlüssen über Klagsansprüche<sup>31)</sup> oder bei Sicherungsanträgen zugrunde liegenden Ansprüchen<sup>32)</sup> eine Rolle spielen (soweit nicht eine Klagezurückweisung bestätigt wurde, weil der Rechtsmittelausschluss dann von vornherein nicht greift). Handelt es sich hingegen um zusammenzurechnende Ansprüche oder um solche von materiellen Streitgenossen, ist der geforderte innere Zusammenhang nicht gleichsam „automatisch“ zu bejahen, sondern in weiterer Folge der innere Zusammenhang der jeweiligen Aussprüche zu prüfen. Lediglich bei unterschiedlichen Entscheidungen hinsichtlich einheitlicher Streitparteien wird idR wohl auch die Anfechtbarkeit einheitlich zu beurteilen sein.

Abgesehen von „Nichtzusammenrechnungsfällen“, in denen eine inhaltliche Verknüpfung nach dem Gesagten jedenfalls ausscheidet, wird der innere Zusammenhang verneint (und ist der bestätigende Teil damit unanfechtbar), wenn die Aussprüche – bei richtiger rechtlicher Beurteilung<sup>33)</sup> – ein verschiedenes rechtliches und tatsächliches Schicksal haben können.<sup>34)</sup> Dabei geht es weniger um die Frage, ob die Aussprüche jeweils für sich rechtskräftig werden können. Zu prüfen ist aufgrund des Zwecks der Regelung vielmehr, ob die hinter den jeweiligen Aussprüchen stehenden Rechtsfragen die vom Rekursgericht angestellte Differenzierung grundsätzlich ermöglichen.

Eine einheitliche Beurteilung (mit der Konsequenz, dass der bestätigende Teil nicht wegen § 528 Abs 2 Z 2 ZPO unanfechtbar ist) wurde bei einer Klageänderung hinsichtlich einzelner Unterhaltsperioden angenommen;<sup>35)</sup> außerdem soll die Exekution zur Erwirkung einer Unterlassung mit der Androhung und Verhängung von Geldstrafen oder Haft in unlösaren Zusammenhang stehen,<sup>36)</sup> ge-

27) AB 991 BlgNR 17. GP 12.

28) *Musger* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 49; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 28; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 528 Rz 17.

29) RIS-Justiz RS0044238, RS0044191 (T22), RS0044257 (T61).

30) *Musger* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 48; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 28; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 528 Rz 17; RIS-Justiz RS004238 (T11), RS0044257 (T50).

31) 3 Ob 202/16a.

32) 2 Ob 181/08v.

33) 1 Ob 65/97h.

34) RIS-Justiz RS0044238 (T4, T5, T15), RS0044191 (T7), RS0044257 (T13).

35) 3 Ob 306/99t.

36) RIS-Justiz RS0044257 (T22).

nauso wie nachfolgende Strafanträge zu den Fragen, ob ein Titelverstoß erfolgte und welche Strafe dafür zu verhängen ist.<sup>37)</sup> Die Annahme einer einheitlichen Anfechtbarkeit scheint in diesen Fällen aber nicht zwingend, weil sich sowohl bei unterschiedlichen Unterhaltsperioden als auch bei der Exekution und der Verhängung von Strafen durchaus (auch) andere Fragen stellen, die unterschiedliche Ergebnisse stimmig machen können. Anders ist es beim Ausschluss der Öffentlichkeit unter einer Bedingung einerseits und dem (gemeint: darüber hinausgehenden) Ausschluss „schlechthin“ andererseits,<sup>38)</sup> weil beide Aussprüche ausschließlich von der rechtlichen Beurteilung abhängen, ob der Ausschluss der Öffentlichkeit an diese Bedingung zu knüpfen ist.

Ein ausreichender Zusammenhang – und damit die Anfechtbarkeit bestätigender Aussprüche – wurde hingegen verneint, wenn es um völlig unterschiedliche Themen, wie die Parteibezeichnung und das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen,<sup>39)</sup> die Vollstreckbarkeit eines Europäischen Zahlungsbefehls und seine Nichtigerklärung,<sup>40)</sup> die internationale Zuständigkeit und die Verfahrensunterbrechung<sup>41)</sup> oder den Widerspruch gegen ein Protokoll (bzw der neuerlichen Zustimmung der Protokollsabschrift) und die Zulässigkeit eines Verbesserungsauftrags<sup>42)</sup> ging. Auch bei gleichartigen Begehren ist ein unterschiedliches rechtliches Schicksal dann möglich, wenn die unterschiedlichen Aussprüche von anderen tatsächlichen Umständen abhängig sind.<sup>43)</sup>

### C. Ausnahme vom Rechtsmittelausschluss

Seit der WGN 1989 (s dazu oben II.A.) unterliegen bestätigende Entscheidungen dem Rechtsmittelausschluss (doch) nicht, wenn eine Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen wurde. Dh nicht, dass der Revisionsrekurs insoweit jedenfalls zulässig wäre, weil § 528 ZPO im Übrigen – also hinsichtlich der wertabhängigen und der sachbezogenen Rekursbeschränkungen – aufrecht bleibt.<sup>44)</sup>

Die Ausnahme gilt nach der Absicht des Gesetzgebers nur für die Verneinung des Rechtsschutzes überhaupt,<sup>45)</sup> also für die Verweigerung des Zugangs zu Gericht.<sup>46)</sup> Es muss sich dabei um Entscheidungen handeln, die im Ergebnis auf

37) RIS-Justiz RS0044257 (T67); anders wohl RS0044257 (T52), wonach mehrere Strafanträge nach § 355 EO gesondert zu beurteilen seien.

38) 6 Ob 157/14b.

39) 7 Ob 526/95.

40) 6 Ob 164/18p.

41) 6 Ob 79/18p.

42) 6 Ob 231/20v.

43) 10 ObS 34/22f (Akteneinsicht in Bezug auf unterschiedliche Aktenteile, vgl aber 6 Ob 45/19i); 3 Ob 37/17p (Exekution auf unterschiedliche Ansprüche); 3 Ob 27/17t, 3 Ob 187/99t (jeweils Exekution auf verschiedene Liegenschaften bzw Liegenschaftsanteile); 8 Ob 31/13m (Pfändung unterschiedlicher Ansprüche); 3 Ob 151/05k (Exekutionsanträge hinsichtlich verschiedener Zuwiderhandlungen); 3 Ob 31/98z, 3 Ob 312/97x (jeweils Aufschiebung hinsichtlich unterschiedlicher Exekutionsarten); 3 Ob 286/97y (neuerlicher Vollzug der Fahrnisexekution an unterschiedlichen Orten).

44) Siehe näher dazu *Musger* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 53; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 528 Rz 21, jew mzn.

45) AB 991 BlgNR 17. GP 13.

46) RIS-Justiz RS0044536.



eine endgültige<sup>47)</sup> Verweigerung der Sachentscheidung über das Rechtsschutzbegehren hinauslaufen.<sup>48)</sup> Dies gilt auch bei der Zurückweisung einer Wiederaufnahmeklage,<sup>49)</sup> außer (um Wertungswidersprüche zu vermeiden) die wieder aufzunehmende Entscheidung wäre selbst unanfechtbar.<sup>50)</sup> Die übereinstimmende Bejahung von Prozessvoraussetzungen und die übereinstimmende Verneinung von Prozesshindernissen unterliegen somit dem Rechtsmittelausschluss des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO.<sup>51)</sup>

Es besteht reichhaltige, zT nicht ganz einheitliche Rsp darüber, welche Fälle einer solchen Klagszurückweisung gleichzuhalten bzw nicht gleichzuhalten sind, deren Anführung den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde.<sup>52)</sup>

Rechtspolitisch stellt sich die Frage, warum (nur) eine Verweigerung des Rechtsschutzes privilegiert wird. Bei Zurückweisung einer Klage mangels sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit stellt das Gesetz dem Kläger ohnedies Möglichkeiten zur Verfügung, den Zugang zu Gericht zu erhalten (§§ 230a, 261 Abs 6 ZPO), sodass es zumindest in diesen Fällen eines besonderen Schutzes des Klägers gar nicht bedürfte. Dem Gesetzgeber ging es in erster Linie aber ohnedies eher um auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgehende Rechtsschutzverweigerungen und formulierte die Ausnahme weiter, um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden.<sup>53)</sup> Abgesehen davon, dass die Abgrenzung zwischen der Unzulässigkeit des Rechtswegs und anderen Gründen einer Klagezurückweisung bislang keine Probleme zu bereiten schien, privilegiert auch dies nur den Kläger, der die Zulässigkeit des Rechtswegs vertritt, und umgekehrt nicht den Beklagten, der (entgegen zweier übereinstimmender Entscheidungen) die Unzulässigkeit des Rechtswegs durchsetzen möchte. Wieso der Beklagte, der dadurch in ein Verfahren gezwungen wird, weniger schutzwürdig ist, scheint nicht leicht erklärbar.

### III. Schluss und Ausblick

Der Beitrag zeigt, dass eine relativ kurze Bestimmung durchaus komplexe Fragen aufwerfen und Anlass für zahlreiche Entscheidungen sein kann (was sie eigentlich gerade verhindern wollte). Rechtspolitisch kann sie hinterfragt werden:

Es trifft sicherlich zu, dass die Einheitlichkeit höchstgerichtlicher Rsp wichtig und zu fördern ist. Gerade in Zeiten, in denen sich der mit einem Akt durchschnittlich verbundene Arbeitsaufwand immer mehr steigert, zB weil das nationale Recht stärker vom Unionsrecht durchdrungen wird, gilt es zu vermeiden, dass die zeitlichen Ressourcen für die erschöpfende Bearbeitung eines Falls durch das Höchstgericht nicht ausreichen.

Fraglich ist aber, ob diese Einheitlichkeit durch die hier besprochene Zugangsbeschränkung sichergestellt werden soll. Der Preis einer Entlastung liegt

47) Krit dazu *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 59, 62*, der für eine Ablehnung des Rechtsschutzes im konkreten Verfahren eintritt.

48) RIS-Justiz RS0044536 (T8).

49) RIS-Justiz RS0125126.

50) *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 57*; *A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 19*.

51) *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 58*; RIS-Justiz RS0044536 (T2, T5, T6, T10, T12, T18, T23).

52) Siehe näher *Musger in Fasching/Konecny IV/1<sup>3</sup> § 528 ZPO Rz 60 f*; *A. Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO<sup>5</sup> § 528 Rz 20 ff*; *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 528 Rz 22 ff*.

53) AB 991 BlgNR 17. GP 13.



in der Gefahr, dass der OGH seiner Leitfunktion nicht mehr nachkommen kann und die Rsp somit insgesamt uneinheitlich ist oder wird, weil sich (durch sprengelweites übereinstimmendes Vorgehen) eine Praxis des jeweiligen Rekursgerichts bildet, die nicht mit jener anderer Rekursgerichte übereinstimmen muss. Rechtsmittelausschlüsse fördern diese Uneinheitlichkeit tendenziell. Beim hier besprochenen Rechtsmittelausschluss des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ist aber zu beachten, dass solche Rechtsfragen oft irgendwann doch (in anderen Konstellationen) vor den OGH gebracht werden können. Umso mehr stellt sich die Frage, warum man bis dahin warten sollen muss. Zielführender wäre es wohl, frühzeitig die Bildung einer höchstgerichtlichen Rsp zu ermöglichen, die den Zugang zum OGH in dieser Frage in weiterer Folge nach § 528 Abs 1 ZPO ohnedies einschränkt.

Dass die als Rechtfertigung für den Rechtsmittelausschluss angeführte höhere Richtigkeitsgewähr tatsächlich in ausreichendem Maß zutrifft, ist ebenso wenig gesichert. Es kann zutreffen, dass mehr für ein Ergebnis spricht, das durch zwei voneinander unabhängige Prüfungen erzielt wurde. Die Prüfung eines Falls durch das Rekursgericht ist zwar in rechtlicher Hinsicht unabhängig, weil es an die Beurteilung des Erstgerichts nicht gebunden ist. Das Rekursgericht kennt aber naturgemäß die zu überprüfende Entscheidung und ihre Überprüfung erfolgt daher nicht vollkommen „unabhängig“. Oft mag es vielmehr sogar leichter fallen, sich einer vorhandenen Beurteilung anzuschließen, weil dies mit weniger Recherche-, (selbständigem) Denk- und Argumentationsaufwand verbunden ist; mitunter erzeugt auch eine entsprechend gut nachvollziehbare Formulierung einer bestimmten Argumentation eine gewisse Sympathie für diese Lösung. Dabei geht es nicht darum, den Rekursgerichten etwas Negatives zu unterstellen, sondern um (meist gar nicht bewusste) psychologische Momente, die gegen die angenommene Richtigkeitsgewähr sprechen. Je eindeutiger die Lösung ist, zu der die konformen Entscheidungen gelangten, umso mehr wird für die Richtigkeit übereinstimmender Entscheidungen sprechen – im gleichen Ausmaß wird sich dann aber auch die Arbeitsbelastung des OGH in (die Einheitlichkeit der höchstgerichtlichen Rsp nicht gefährdenden) Grenzen halten. Stellen sich grundlegendere oder bedeutendere Rechtsfragen wird es umgekehrt eher zufällig, die Überprüfungsmöglichkeit in dritter Instanz bloß davon abhängig zu machen, ob die Beurteilungen der ersten und der zweiten Instanz im Ergebnis übereinstimmen (oder sich vielleicht nur deswegen nicht gleichen, weil das Rekursgericht eine Überprüfungsmöglichkeit einräumen wollte).

Hinzu kommt, dass ein vergleichbarer Rechtsmittelausschluss bei Entscheidungen in der Sache nicht existiert. Damit wird aber Beschlüssen, die regelmäßig Verfahrensfragen betreffen, pauschal weniger Bedeutung zugemessen und der OGH kann seiner Leitfunktion in Verfahrensfragen oder in solchen Verfahren, in denen grundsätzlich in Beschlussform entschieden wird, also im Exekutions- und im Insolvenzrecht nur sehr eingeschränkt nachkommen. Das Kriterium der mangelnden Bedeutung einer Sache wird aber bereits durch die Wertabhängigkeit der Zulässigkeit des Revisionsrekurses abgebildet.

Auch im (in vielerlei Hinsicht moderneren) Außerstreitverfahren wird der Zugang zum OGH nicht (auch nicht in Verfahrensfragen) wie in § 528 Abs 2 Z 2 ZPO eingeschränkt. Dementsprechend schiene es rechtspolitisch daher wohl angebracht, einen Diskussionsprozess zur Abschaffung dieses Rechtsmittelausschlusses in der ZPO einzuleiten.

