

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Magisters der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Sachverständigenbeweis und zivilprozessrechtliche Wiederaufnahmsklage

Ein Beitrag zur Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel

Vorgelegt von
Daniel PRISCHING

Begutachter: Em.Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Jelinek
Institut für Österreichisches und Internationales Zivilgerichtliches Verfahren,
Insolvenzrecht und Agrarrecht

Graz, Oktober 2015

EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Graz am :.....

.....

Unterschrift

.

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	1
2 Die Voraussetzungen des Tatbestandes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO	2
2.1 Allgemeines	2
2.2 Der Begriff der Tatsachen und Beweismittel	5
2.3 Die Neuheit der Tatsachen und Beweismittel	6
2.4 Eignung, im früheren Verfahren eine günstigere Entscheidung herbeizuführen.....	10
2.5 Verfahrensrechtliche Behandlung des Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO	10
3 Der Sachverständigenbeweis und der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO	13
3.1 Abweichende Schlussfolgerungen in einem nachträglichen Gutachten.	15
3.2 Die Revidierung des Gutachtens durch den Sachverständigen.....	21
3.3 Die Befangenheit des Sachverständigen	23
3.4 Die fehlende fachliche Eignung des Sachverständigen	26
3.5 Unvollständigkeit der Befundgrundlagen.....	29
3.5.1 Fälle, in denen die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf keinen Kunstfehler des Sachverständigen zurückzuführen ist	31
3.5.2 Fälle, in denen die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einen Kunstfehler des Sachverständigen zurückzuführen ist	35
3.6 Ein auf einer neuen wissenschaftlichen Methode basierendes Gutachten	42
3.7 Verfahrensrechtliche Behandlung des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in Zusammenhang mit dem Sachverständigenbeweis.....	46
4 Mangelndes Verschulden.....	47

4.1 Ausmaß der prozessualen Diligenzpflicht	48
4.2 Verfahrensrechtliche Behandlung des Verschuldens.....	51
4.3 Das Verschulden beim Sachverständigenbeweis als Wiederaufnahmsgrund	52
4.3.1 Das Verschulden beim Wiederaufnahmsgrund der Unvollständigkeit der Befundgrundlagen.....	54
4.3.2 Das Verschulden bei einem auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden Gutachten als Wiederaufnahmsgrund.....	60
4.3.3 Das Verschulden bei der Wiederaufnahmsklage aufgrund eines abweichenden Gutachten	62
5 Die Klagefristen zur Erhebung der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO	68
5.1 Die absolute Klagefrist.....	68
5.2 Die relative Klagefrist.....	70
5.3 Verfahrensrechtliches zu den Klagefristen	72
5.4 Die relative Klagefrist und der Sachverständigenbeweis als Wiederaufnahmsgrund	73
5.4.1 Die relative Klagefrist bei einem auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden Gutachten	73
5.4.2 Die relativen Klagefrist beim Beweismittel der anthropologisch- erbbiologischen Untersuchung.....	80
5.4.3 Die relative Klagefrist bei Unvollständigkeit der Befundgrundlagen des Sachverständigengutachtens des Vorprozesses	81
6 Schlussbemerkungen.....	84

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51
BerG	Berufungsgericht
bzw	beziehungsweise
Dipl.Ing	Diplomingenieur
DNA	Desoxyribonukleinsäure
Dr	Doktor
E	Entscheidung
EKG	Elektrokardiographie
EO	Exekutionsordnung BGBl I 2005/68
ErstG	Erstgericht
FamErbRÄG	Familien - und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58
ff	fortfolgende
GA	Gutachten
gem	gemäß
Gerichts-GA	Gerichtsgutachten
hA	herrschende Ansicht
hM	herrschende Meinung
idR	in der Regel
iVm	in Verbindung mit

JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111
Km/h	Kilometer pro Stunde
mE	meines Erachtens
MRT	Magnetresonanztomographie
nF	neue Fassung
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
Ögari	Österreichischen Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivtherapie
OGH	Oberster Gerichtshof
Pkw	Personenkraftwagen
Rek	Rekurs
RekG	Rekursgericht
Rev	Revision
RevRek	Revisionsrekurs
Rsp	Rechtsprechung
s	siehe
SDG	Sachverständigen- und Dolmetschergesetz BGBl 1975/137
SS	Schutzstaffel der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei
stRsp	ständige Rechtsprechung
SV	Sachverständige
SV-Beweis	Sachverständigenbeweis
SV-GA	Sachverständigengutachten
UeKindG	BG über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes BGBl 1970/342
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113

1 Einleitung

Dem SV (Sachverständigen) kommt im Zivilprozess enorme Bedeutung zu.¹ Primäre Ursache dafür ist, dass Richter, ohne die Expertisen des SV nicht in der Lage wären, die an sie aus den verschiedensten Bereichen herangetragenen Rechtsfälle zu lösen.² „Wissen ist eben Macht“, wie *Krammer* treffend in seinem Werk „Allmacht des Sachverständigen“ ausführt.³ Die wichtige Stellung des SV ist auch durch rechtstatsächliche Untersuchungen belegt worden, die zeigen, dass der Richter in einer hohen Anzahl der Fälle – sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung – dem GA (Gutachten) des SV folgt.⁴ Daraus resultiert natürlich ein starkes Bedürfnis der Parteien nach Möglichkeiten zur Überprüfung der Sachverständigentätigkeit. Eine solche Überprüfungsmöglichkeit der Ergebnisse des SV – wenn auch nur mittelbar⁵ und zugegebenermaßen unter äußerst strengen Voraussetzungen – stellt die Wiederaufnahmsklage dar. Besonders relevant in diesem Zusammenhang ist der in der Praxis besonders wichtige⁶ Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.

Will eine Partei mit einer Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erfolgreich sein, so müssen drei wesentliche Voraussetzungen erfüllt werden. Die Geltendmachung eines tauglichen Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, mangelndes Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO und die Einhaltung der gesetzlichen Klagefristen des § 534 ZPO. Eine Analyse der veröffentlichten E der Rsp zeigt, dass diese, bei Wiederaufnahmsklagen gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in Zusammenhang mit dem SV-Beweis (Sachverständigenbeweis), eher streng ist. So wurde die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in Fällen mit Bezug zum SV-Beweis lediglich 6 Mal von 70 untersuchten E bewilligt.⁷

¹ *Tanczos*, Die Rolle des Sachverständigen Zivilprozess, SV 2/2002, 62.

² *Rüffler*, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995) 18.

³ *Krammer*, Die Allmacht des Sachverständigen (1990) 9.

⁴ *Rüffler*, Sachverständige 17.

⁵ Denn primär wird mit der Wiederaufnahmsklage die E des Vorprozess bekämpft.

⁶ *Kodek* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁴ (2014) § 530 Rz 15; *Jelinek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV/1² (2005) § 530 Rz 142.

⁷ Die Auflistung der untersuchten E befindet sich im Anhang. Einbezogen wurden nur E aus denen sich ein eindeutiges Ergebnis entnehmen lässt – die Wiederaufnahmsklage somit entweder bewilligt,

Ziel dieser Arbeit ist es, einen Überblick über den derzeitigen Meinungsstand der Rsp und der Lehre zum Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in Zusammenhang mit dem SV-Beweis zu verschaffen. Aufgrund der sehr strengen Auffassung der Rsp wird insbesondere versucht, parteifreundlichere Lösungen zu erarbeiten. Zu diesem Zweck wird jede Voraussetzung für die Bewilligung der Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zunächst im Allgemeinen **skizziert** und jeweils darauffolgend in Bezug auf den SV-Beweis untersucht. Dabei wird vor allem eine Analyse der wichtigsten E der Rsp vorgenommen.

Hinweis: Wenn in dieser Arbeit personenbezogene Bezeichnungen im Sinne einer besseren Lesbarkeit in der männlichen Form verwendet werden, beziehen sich diese auf Frauen und Männer gleichermaßen.

2 Die Voraussetzungen des Tatbestandes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO

2.1 Allgemeines

Gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO kann ein Verfahren, das durch eine die Sache erledigende E abgeschlossen worden ist, mittels Antrag einer Partei wiederaufgenommen werden, wenn die Partei in Kenntnis neuer Tatsachen gelangt, oder Beweismittel auffindet oder zu benützen in Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benützung im früheren Verfahren eine günstigere E herbeigeführt hätten. Das Ziel des Wiederaufnahmsgrundes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ist es, durch Vervollständigung der Urteilsgrundlage Fehlurteile zu vermeiden. Durch den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO wird der Richtigkeit der E in den gesetzlich festgelegten Grenzen Vorrang gegenüber der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden eingeräumt.⁸ Zur Verwirklichung des Tatbestands des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bedarf es der ursprünglichen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Urteilsgrundlagen.⁹ Die mit der Wiederaufnahmsklage vorgebrachten neuen

zurückgewiesen oder abgewiesen wurde. Die Analyse erhebt bewusst keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁸ OGH 30.05.2005, 8 Ob 52/05p.

⁹ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 2062.

Tatsachen müssen somit bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden sein (*nova reperta*),¹⁰ denn nur die bereits zu diesem Zeitpunkt bestehende Tatsachengrundlage wird von den Wirkungen der materiellen Rechtskraft erfasst. Darin zeigt sich die zeitlich begrenzte Wirkung der materiellen Rechtskraft, die den Sachverhalt nur zu einem bestimmten Zeitpunkt fixiert.¹¹ In jenen Verfahren für die Neuerungserlaubnis gilt, verschiebt sich der maßgebliche Zeitpunkt auf den Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung. Wird von einer mündlichen Berufungsverhandlung abgesehen, so fällt der entscheidende Zeitpunkt auf die Einbringung der Berufung bzw. der Berufungsbeantwortung.¹²

Treten hingegen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz Änderungen des Sachverhalts ein (*nova producta*), so entsteht dadurch ein neuer Anspruch, dessen klagweise Durchsetzung die Einmaligkeitswirkung der materiellen Rechtskraft nicht im Wege steht.¹³ Daher kann gestützt auf ein nachträgliches SV-GA, dessen Schlussfolgerungen auf nachträglichen Änderungen der Tatsachengrundlage beruhen, keine Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erhoben werden. In einem solchen Fall könnte aber unter Umständen eine neue selbstständige Klage ins Auge gefasst werden. Jedoch rechtfertigt nicht jede nachträgliche Änderung des rechtserzeugenden Sachverhalts eine neue, selbstständige Klagführung. Der OGH verlangt eine rechtserhebliche nachträgliche Sachverhaltsänderung.¹⁴

Auf Seite des Beklagten schafft bei nachträglichen Veränderungen der Tatsachengrundlage bis zur Einbringung eines Exekutionsantrags die Klage auf Feststellung des Erlöschens des mit Urteil bestätigten Anspruchs, Abhilfe. Ab dem

¹⁰ *Jelinek*, Die Wiederaufnahmsklage wegen Tatsachen und Beweismittel im Eheprozeß, JBI 1968, 511; *Kodek* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 530 Rz 15.

¹¹ *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010) Rz 888.

¹² *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 165.

¹³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2063.

¹⁴; Eine solche sah der OGH, 8Ob305/68 JBI 1969,280 = SZ 41/179 in der Änderung der Beschaffenheit eines Servitutsweges durch Asphaltierung sowie in der nachträglichen Notwendigkeit des Befahrens für geschäftliche Zwecke und ließ folgerichtig eine Klage mit neuerlichem Begehren auf Benützung des Servitutsweges zu.

Zeitpunkt, an dem das Exekutionsverfahren eingeleitet wurde, steht dem Beklagten die Möglichkeit der Erhebung einer Oppositionsklage nach § 35 EO offen.¹⁵

Eine Wiederaufnahmsklage des Klägers des Vorprozesses kann nicht auf Tatsachen oder Beweismitteln zu einem anderen als dem im Vorprozess geltend gemachten Anspruch beruhen.¹⁶ Dies stimmt zum einen mit der objektiven Beschränkung der Wirkung der materiellen Rechtskraft auf den mit Urteil entschiedenen Streitgegenstand überein, und steht zum anderen im Einklang mit deren Präklusivwirkung, wonach das abermalige Einklagen desselben Begehrens, aufgrund von Tatsachen, die vor Verhandlungsschluss erster Instanz bereits existierten, ausgeschlossen ist.¹⁷ Dem Beklagten im Hauptprozess ist es allerdings sehr wohl möglich, erst später bekannt gewordene Tatsachen als Einwendungen gegen den im Vorprozess erhobenen Anspruch mit der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend zu machen, da es dadurch zu keiner Abänderung des Gegenstands des Prozesses kommt.¹⁸

Veränderungen der Rechtslage können keine Grundlage für eine Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellen. Vielmehr könnte, wenn dies ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, durch die Änderung der Rechtslage ein neuer Anspruch entstehen, der dann wiederum mittels neuerlicher Klage durchsetzbar wäre.¹⁹ Neue Ansichten in der Rsp sind ebenfalls schon abstrakt ungeeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.²⁰ Dasselbe gilt für einander widersprechende Urteile²¹ sowie für neue Auffassungen in der Lehre²². Die unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Gericht im Vorprozess

¹⁵ *Fasching*, Die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel im Zivilprozeß, JBI 1956, 246.

¹⁶ OGH 7 Ob 654/85 SZ 59/14 = EvBI 1986/122 = RdW 1986,145; OGH 4 Ob 51/11w Zak 2011/633; vgl auch RIS-Justiz RS0044741.

¹⁷ OGH 05.11.1996, 10 Ob 2152/96k.

¹⁸ *Kodek* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 530 Rz 19; vgl auch RIS-Justiz RS0044741.

¹⁹ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 172.

²⁰ OGH 4 Ob 83/12b SZ 2012/63=.Zak 2012/532 = wbl 2012/202 = RdW 2012/580 = ecolex 2012/321 = ÖBI 2013/20 = RZ 2013/15.

²¹ OGH 10.09.1997, 9 Ob 279/97p; OGH 21.02.2002, 8 ObA 213/01h; vgl auch RIS-Justiz RS0044756.

²² OGH 4 Ob 83/12b SZ 2012/63=.Zak 2012/532 = wbl 2012/202 = RdW 2012/580 = ecolex 2012/321 = ÖBI 2013/20 = RZ 2013/15.

kann die Wiederaufnahme des Verfahrens ebenso nicht rechtfertigen²³, denn wie bereits dargelegt, erfüllt lediglich die ursprüngliche Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der Tatsachengrundlage den Tatbestand des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Die falsche rechtliche Beurteilung eines mangelfreien Sachverhalts ist richtigerweise nicht erfasst.²⁴

2.2 Der Begriff der Tatsachen und Beweismittel

Eine unabdingbare Voraussetzung für ein gerechtes Urteil ist die vollständige und richtige Feststellung des rechtserzeugenden Sachverhalts. Dieser setzt sich aus der Gesamtheit jener Tatsachen zusammen, welche die Tatbestände der im jeweiligen Rechtsstreit anzuwendenden Rechtsnormen erfüllen.²⁵ Unter Tatsachen im Allgemeinen sind nach Rosenberg „konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens zu verstehen“.²⁶ Folglich ist zwischen äußeren Tatsachen, wie beispielsweise der Existenz oder der Größe eines Menschen und inneren Tatsachen, wie dem Gefühlsleben, dem Willen oder dem Wissen eines Menschen, zu unterscheiden.²⁷

Bezogen auf den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO versteht man unter Tatsachen nur solche, die unmittelbar Bestandteile des Tatbestandes der für den geltend gemachten Anspruch, der rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einwendungen jeweils anzuwendenden Rechtsnorm darstellen.²⁸

Der Rest sind nur Hilfstatsachen²⁹, mit deren Unterstützung durch Anwendung des richtigen Erfahrungssatzes auf das Bestehen der Haupttatsachen geschlossen werden kann.³⁰ Da die mit der Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO

²³ OGH 21.01.2009, 3Ob275/08z; vgl auch RIS-Justiz RS0044756.

²⁴ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1*² § 530 Rz 145.

²⁵ *Rechberger in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III² (2004) Vor § 266 Rz 1.

²⁶ *Rosenberg*, Die Beweislast⁵ (1965) 50.

²⁷ *Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 266 Rz 14.

²⁸ *Reindl*, Zur Abgrenzung der Wiederaufnahmsklage von der Oppositionsklage, ÖJZ 1956, 538.

²⁹ *Reindl*, ÖJZ 1956, 538.

³⁰ *Rechberger in Fasching/Konecny III*² Vor § 266 Rz 46.

geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel nicht unbedingt zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung führen müssen, sondern die Eignung eine erhebliche Änderung der Beweiswürdigung zu bewirken ausreicht³¹, können auch Hilfstatsachen einen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellen, sofern sie zu einer abweichenden Beurteilung der Existenz von Haupttatsachen führen.³² Dabei haben für Hilfstatsachen dieselben Grundsätze zu gelten wie für Beweismittel.³³ Es kommt somit bei Hilfstatsachen nicht auf ihren Entstehungszeitpunkt an, sondern nur darauf, ob von ihnen auf Haupttatsachen geschlossen werden kann, die bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz existierten.³⁴

Unter Beweismitteln sind Personen und bestimmte Gegenstände zu verstehen, die als Erkenntnisquelle zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts dienen und mit deren Hilfe vor allem Parteien die Möglichkeit eröffnet wird, das Gericht von der Richtigkeit ihrer Tatsachenbehauptungen zu überzeugen.³⁵ Da die Anführung der Beweismittel in der ZPO nicht abschließend ist, können alle möglichen Erkenntnisquellen als Beweismittel herangezogen werden.³⁶ Daher ergeben sich auch keine Einschränkungen hinsichtlich der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Als Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO kommt somit alles in Betracht, was zur Feststellung des streiterheblichen Sachverhalts beitragen kann.

2.3 Die Neuheit der Tatsachen und Beweismittel

Lediglich neue Tatsachen und Beweismittel sind geeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.³⁷

Aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ergibt sich, dass die neuen Tatsachen dem Wiederaufnahmskläger im Vorprozess noch nicht bekannt

³¹ OGH 6 Ob 630/88 SZ 61/184 = EvBl 1989/68 = JBl 1988,793; vgl auch RIS-Justiz RS0044411.

³² OGH 22.06.1988, 3 Ob 518/88.

³³ *Reindl*, ÖJZ 1956, 538.

³⁴ Zur Neuheit von Beweismittel s *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2063; *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 162.

³⁵ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren- Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts⁹ (2015) Rz 145; *Rechberger* in *Fasching/Konecny III²* § Vor § 266 Rz 98.

³⁶ *Rechberger* in *Fasching/Konecny III²* Vor § 266 Rz 100.

³⁷ *Fasching*, JBl 1956, 246.

gewesen sein dürfen.³⁸ Dabei gilt es zu beachten, dass sich die Partei als Vollmachtgeber die Kenntnis ihres Bevollmächtigten, der nicht auch notwendigerweise Prozessvertreter sein muss, anrechnen lassen muss.³⁹ Dasselbe gilt bezüglich des Wissens des Abwesenheitskurators⁴⁰ und des gesetzlichen Vertreters⁴¹. Gleichzusetzen mit der Kenntnisnahme neuer Tatsachen, ist das Möglichwerden von bisher nicht möglichem Vorbringen aus anderen Gründen.⁴²

Ansonsten kann hinsichtlich der Einordnung einer Tatsache als neu im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO auf die Ausführungen unter 2.1 verwiesen werden.

Weitaus unklarer ist der Begriff der Neuheit von Beweismitteln. Hier sind nach *Fasching* drei Konstellationen denkbar:

1. Beweismittel, die vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden sind und sich auf Tatsachen beziehen, die ebenfalls bereits vor diesem Zeitpunkt existierten. Diese Beweismittel berechtigen unstrittigerweise zur Erhebung einer Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.⁴³ Diese Konstellation ist im Zusammenhang mit einem SV-GA (Sachverständigengutachten) nur schwer denkbar. Möglich wäre, dass der Wiederaufnahmskläger ein seinem Prozesstandpunkt günstiges, bereits vorher entstandenes SV-GA aus einem anderen Prozess erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auffindet.⁴⁴ Zudem könnte das gerichtliche SV-GA durch erst nachträglich benutzbare bzw aufgefundene, jedoch schon vor Verhandlungsschluss erster Instanz existierende Urkunden oder Zeugenaussagen erschüttert werden.

2. Beweismittel, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden sind und nach diesem Zeitpunkt entstandene Tatsachen darlegen. Klarerweise kann in diesem Fall keine Wiederaufnahmsklage erhoben werden.⁴⁵ Beweist beispielsweise ein nachträglich eingeholtes Privat-GA (Privatgutachten) in

³⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2066.

³⁹ OGH 2 Ob 146/72 RZ 1973/19 = EvBl 1973/164 = SZ 45/109; so auch RIS-Justiz RS0019696.

⁴⁰ OGH 26.11.1996, 4 Ob 2352/96b.

⁴¹ *Jelinek* in *Fasching/Konecny* IV/1² § 530 Rz 183.

⁴² OGH 19.12.2002, 8 Ob 251/02y; RIS-Justiz RS0044804.

⁴³ *Fasching*, JBI 1956, 247.

⁴⁴ OGH 1 Ob 215/08m Jus-Extra OGH-Z 4662 = RZ-EÜ 2009/266.

⁴⁵ *Fasching*, JBI 1956, 247.

einem Verfahren um die Zuerkennung der Invaliditätspension, dass sich neben der bereits diagnostizierten Brustkrebserkrankung nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz Metastasen in anderen Körperteilen gebildet haben, so kann dieses GA keine Grundlage für eine Wiederaufnahme gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellen.

3. Beweismittel, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden sind und Tatsachen belegen, die bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung existierten.⁴⁶ Dies ist im Zusammenhang mit dem SV-Beweis die in der Praxis bedeutsamste Fallvariante.

Insbesondere Vertreter der älteren Lehre verneinten bei Vorliegen dieser Konstellation die Zulässigkeit der Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.⁴⁷

Die hA der neue Lehre geht hingegen von der Eignung solcher Beweismittel, den Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen, aus.⁴⁸ Insbesondere *Fasching* brachte beachtliche Argumente für diese Ansicht vor und beeinflusste damit auch die Auffassung der Rsp. Er führte aus, dass es Ziel der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sei, der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen und dass dementsprechend keine Erkenntnisquelle unbeachtet bleiben dürfe. Den Tatsachen komme eine Vorrangstellung gegenüber den Beweismitteln zu, da nur auf deren Grundlage das Urteil gefällt werde. Zweck der Beweismittel sei es lediglich, die Feststellung der streiterheblichen Tatsachen zu ermöglichen. Kann somit durch ein Beweismittel eine bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz existierende Tatsache nachgewiesen und daher die Urteilsgrundlage vervollständigt werden, so müsse eine Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zulässig sein. Zudem weist *Fasching* zur Begründung auf das Verhältnis zur Oppositionsklage hin. Nach dem Wortlaut des § 35 EO seien nur Tatbestandsänderungen ein Oppositionsgrund, die nach Entstehung des Exekutionstitels oder nach dem Zeitpunkt, ab dem das Neuerungsverbot gilt, auftraten. Auf den Entstehungszeitpunkt der Beweismittel

⁴⁶ *Fasching*, JBI 1956. 247.

⁴⁷ *Buchegger*, Zum Novenbegriff des § 530/1 Z 7 ZPO, in *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozeßrecht IV (1991) 21.

⁴⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2063; *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 530 Rz 162; *Kodek* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 530 Rz 15; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ Rz 1106.

komme es bei der Oppositionsklage nicht an, woraus sich ergebe, dass nur jene Beweismittel, welche Tatsachen nachweisen, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden sind, einer Oppositionsklage zugänglich seien. Eine restriktive Auslegung des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO hätte somit zur Folge, dass nachträglich entstandene Beweismittel, die sich auf vor Verhandlungsschluss erster Instanz bereits existierende Tatsachen beziehen, vollkommen unbeachtet bleiben würden.⁴⁹

Auch *Reindl* betont, dass es nicht auf den Entstehungszeitpunkt des Beweismittels ankomme, sondern vielmehr auf den Beweisgrund.⁵⁰ *Fasching* führt wiederum schließlich aus, dass es für die Qualifikation des Beweismittels als neu im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nur darauf ankomme, ob es sich auf Tatsachen beziehe, die vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz bereits existiert hatten.⁵¹

Der Rsp lässt sich lange keine klare Linie entnehmen.⁵² Erst ab der E⁵³, in welcher der OGH festlegte, dass ein nachträgliches SV-GA, das auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruht, geeignet ist, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen, nahm er in Übereinstimmung mit der neueren Lehre endgültig den Standpunkt ein, dass auch nachträglich entstandene Beweismittel die Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigen können, sofern sie Tatsachen nachweisen, die vor Verhandlungsschluss bereits existierten. Mittlerweile bekräftigte der OGH diese Ansicht mehrfach, weshalb man von gesicherter Rsp sprechen kann.⁵⁴

⁴⁹ *Fasching*, JBL 1956, 248.

⁵⁰ *Reindl*, ÖJZ 1956, 538.

⁵¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2063.

⁵² Dafür beispielsweise OGH 2 Ob 384/38 SZ 20/143; OGH 3 Ob 695/38 SZ 20/257; OGH 21.05.1987 8 Ob 69/86 ; dagegen unter anderem OGH 2 Ob 293/49 SZ 22/180; OGH 5 Ob 182/63 EvBl 1964/70; OGH 7 Ob 225/64 RZ 1965, 101.

⁵³ OGH 21.05.1987, 8 Ob 69/86.

⁵⁴ OGH 19.10.2006, 3 Ob 173/06x; vgl RS0044441.

2.4 Eignung, im früheren Verfahren eine günstigere Entscheidung herbeizuführen

Der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO setzt neben der Neuheit der geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel voraus, dass diese auch geeignet gewesen wären, bei Berücksichtigung bereits im Vorprozess eine günstigere E für den nunmehrigen Wiederaufnahmskläger zu bewirken. Zu beachten gilt, dass es zur Erfüllung des Tatbestandes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht notwendig ist, dass die vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts führen. Es ist vielmehr ausreichend, dass diese eine erhebliche Änderung der Beweiswürdigung herbeiführen können.⁵⁵

2.5 Verfahrensrechtliche Behandlung des Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO

Die dreistufige Prüfung der Wiederaufnahmsklage beginnt in dem sogenannten Vorprüfungsverfahren nach § 538 ZPO.⁵⁶ Dieser Verfahrensabschnitt umfasst sowohl die Funktion der ersten Prüfung der Klage im Sinne des § 230 Abs 2 ZPO als auch jene des Berufungsvorverfahrens nach § 471 ZPO.⁵⁷

Im Vorprüfungsverfahren kommt dem Gericht bei der Prüfung, ob die vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen können, gem § 538 Abs 1 ZPO nur eingeschränktes Prüfungsrecht zu. Eine Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage mit Beschluss bereits im Vorprüfungsverfahren hat bloß dann zu erfolgen, wenn sich der vorgebrachte Wiederaufnahmsgrund unter keinen der im Gesetz vorgesehenen Wiederaufnahmsgründe subsumieren lässt, oder in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der bekämpften E steht und somit, selbst wenn man von der Richtigkeit der geltend gemachten Wiederaufnahmsgründe ausgeht, eine für den Wiederaufnahmskläger günstigere E nicht erzielt werden könnte.⁵⁸ Im Vorprüfungsverfahren wird daher die Frage geklärt, ob die mittels Wiederaufnahmsklage vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel überhaupt keine

⁵⁵ OGH 10ObS23/03k ARD 5480/10/04 = SSV-NF 17/31; vgl auch RIS-Justiz RS0044411.

⁵⁶ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 188.

⁵⁷ *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ Rz 1086.

⁵⁸ OGH 10ObS169/03f RdW 2003,706 = EvBl 2004/22 = SZ 2003/76 ; RIS-Justiz RS0117780.

Auswirkung auf die im Vorprozess gefällte E haben können und daher bereits abstrakt ungeeignet sind, die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu bewirken.⁵⁹

Die Prüfung der Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren, bei der von der im Urteil des Vorprozesses vertretenen Rechtsauffassung auszugehen ist, stellt somit eine Schlüssigkeitsprüfung dar.⁶⁰ Voraussetzung für die Schlüssigkeit der Wiederaufnahmsklage sind Behauptungen, welche nachvollziehbar darlegen, dass die Beachtung der Tatsachen oder Beweismittel bereits im Vorprozess eine für die Partei günstigere E zur Folge gehabt hätte.⁶¹ Diese ist bei Geltendmachung des Wiederaufnahmsgrundes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO deshalb geboten, weil danach davon ausgegangen wird, dass die vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel im Vorprozess eine dem Prozesstandpunkt des Wiederaufnahmsklägers günstigere E bewirkt hätten.⁶² Da es ausreichend ist, dass die vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel zu einer erheblichen Änderung der Beweiswürdigung führen, sind sie im Vorprüfungsverfahren auch auf ihre abstrakte Eignung, eine abweichende Beweiswürdigung zu bewirken, zu untersuchen.⁶³

Hält die Wiederaufnahmsklage der Zulässigkeitsprüfung im Vorprüfungsverfahren stand, so sind die vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel im nächsten Schritt, im Aufhebungsverfahren (*iudicium rescindens*), auf ihre konkrete Eignung, eine Änderung der im Hauptprozess ergangenen E zu bewirken, zu prüfen.⁶⁴ Es gilt zu untersuchen, ob die Nichtbeachtung der nachträglich vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel im Vorprozess einen Verstoß gegen die materielle Wahrheitsfindung und die Vollständigkeit der Urteilsgrundlage darstellt.⁶⁵

⁵⁹ OGH 29.10.1998, 2 Ob 249/98a.

⁶⁰ OGH 2 Ob 8/06z EFSlg 115.089 = EFSlg 115.201 = EFSlg 115.207 = EFSlg 115.250 = EFSlg 115.274 = EFSlg 115.275 = EFSlg 115.276.

⁶¹ OGH 23.03.2010, 8 Ob 1/10w.

⁶² OGH 10Ob575/95 ecolex 1996, 599.

⁶³ OGH 22.06.1988, 3 Ob 518/88; RIS-Justiz RS0044510.

⁶⁴ OGH 2Ob206/09x ecolex 2010, 674.

⁶⁵ OGH 17.01.2001, 6 Ob 127/00w; OGH 10ObS23/03k ARD 5480/10/04 = SSV-NF 17/31.

Bringt der Wiederaufnahmskläger lediglich neue Tatsachen im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO vor, so erschöpft sich die Überprüfung in der Untersuchung, ob die geltend gemachten Tatsachen auch wirklich bestehen.⁶⁶

Beweise können im Aufhebungsverfahren noch nicht abschließend gewürdigt werden. Die mit der Wiederaufnahmsklage geltend gemachten neuen Beweismittel sind allerdings bereits in diesem Verfahrensstadium für sich allein und insoweit zu würdigen, als es das Bestehen der Voraussetzungen zur Bewilligung der Wiederaufnahmsklage betrifft.⁶⁷

Gelangt das Gericht zur Feststellung, dass es den Tatsachen oder Beweismitteln an der konkreten Eignung zur Beeinflussung der E im Vorprozess fehlt, hat es die Wiederaufnahmsklage mit Urteil abzuweisen.⁶⁸

Wurde die Wiederaufnahmsklage nach Überprüfung im Aufhebungsverfahren bewilligt und die E im Vorprozess aufgehoben, so kommt es im erneuerten Verfahren (*iudicium rescissorium*) zu einer neuerlichen Verhandlung und E über den Anspruch.⁶⁹ Das Gericht hat eine Würdigung der neuen Tatsachen sowie der sich aus den neuen Beweismitteln ergebenden Tatsachen unter Einbeziehung der Beweisergebnisse des Vorprozess vorzunehmen.⁷⁰ Dabei ist es durchaus möglich, dass das Gericht dieselbe E trifft wie im Vorprozess.⁷¹ Erst in diesem Verfahrensstadium entscheidet sich somit, ob der Wiederaufnahmskläger tatsächlich Erfolg hat und ob es ihm gelingt, eine günstigere E zu erwirken.

⁶⁶ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 190.*

⁶⁷ OGH 03.06.2009, 7 Ob 65/09y.

⁶⁸ *Fasching, Lehrbuch² Rz 2088.*

⁶⁹ *Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ Rz 1088.*

⁷⁰ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 191.*

⁷¹ *Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ Rz 1088.*

3 Der Sachverständigenbeweis und der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO

Unter den Beweismitteln kommt jenem des SV eine gewisse Sonderstellung zu. Dies liegt daran, dass der Richter wegen der fortwährend komplexer werdenden Streitfälle gewissermaßen auf die Fachkunde des SV angewiesen ist. Es kann von Richtern nicht mehr verlangt werden, insbesondere in hochspezialisierten Bereichen, über das nötige Fachwissen zur Lösung der an sie herangetragenen Streitfälle zu verfügen bzw sich dieses anzueignen.⁷² Daher ist es Aufgabe des SV aufgrund seiner besonderen Fachkunde Tatsachen für den Richter festzustellen, aus einem vollständigen Sachverhalt unter Anwendung von Erfahrungssätzen Schlussfolgerungen zu ziehen oder dem Richter die Kenntnis der aus seinem Fachgebiet stammenden Erfahrungssätze zu vermitteln.⁷³ Für die Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sind insbesondere die beiden erstgenannten Aufgaben von Bedeutung. Der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO wird von der Rsp im Zusammenhang mit SV-Beweis äußerst restriktiv ausgelegt.

So könne nach Ansicht des OGH die Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht darauf gestützt werden, dass sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit des SV-GA des Vorprozesses ableiten lässt.⁷⁴ Klarerweise könne der bloße Verdacht der Unrichtigkeit eines GA ebenso wenig die Wiederaufnahme des Verfahren nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO rechtfertigen.⁷⁵ Genauso wenig sei es zulässig, eine Wiederaufnahmsklage darauf zu gründen, dass ein SV nach Fällung des Urteiles erster Instanz von einem im Rechtsstreit abgegeben Urteil abweicht.⁷⁶ Ein nachträglich beigebrachtes SV-GA könne nach Auffassung des OGH ebenfalls nicht die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO rechtfertigen, wenn es auf einer anderen, zum Zeitpunkt der Gutachtenerstattung in Fachkreisen bereits

⁷² Ruffler, Sachverständige 18.

⁷³ Jelinek, Der Sachverständige im Zivilprozeß, in Aicher/Funk (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 49.

⁷⁴ OGH 30.05.1996, 2 Ob 2127/96z; RIS-Justiz RS0044834.

⁷⁵ OGH 06.09.1994, 5 Ob 552/94.

⁷⁶ OGH Ob I 1184/27 SZ 9/259.

bekannten wissenschaftlichen Methode beruht.⁷⁷ Dies gelte sowohl für ein abweichendes Privat-GA⁷⁸ als auch für ein abweichendes Gerichts-GA (Gerichtsgutachten).⁷⁹ Auffallend ist, dass der OGH eine völlig gegensätzliche Ansicht im Falle der Wiederaufnahme aufgrund eines Zeugenbeweises vertritt. So hält der OGH in der E⁸⁰ fest, dass eine nachträgliche Zeugenaussage sehr wohl Grundlage für eine Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sein könne. Genauso genüge es, Tatsachen oder Beweismittel vorzubringen, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugen berühren.⁸¹ Eine Begründung für diese Differenzierung zwischen dem Zeugen- und SV-Beweis kann der Rsp des OGH nicht entnommen werden.

Ebenso wenig bilde nach Ansicht des OGH die nachträgliche Besorgnis der Befangenheit des SV im Sinne des § 19 Z 2 JN für sich allein keinen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.⁸²

Beruhet das SV-GA jedoch auf einer unzulänglichen Grundlage und war somit die Entscheidungsgrundlage des SV nicht vollständig, etwa weil er im Vorprozess eine notwendige Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt hat, könne auch einem nachträglich erstatteten GA, durch welches die Urteilsgrundlage komplettiert wird, die Eignung als Wiederaufnahmsgrund nicht von vornherein abgesprochen werden.⁸³ Ebenso bilde es den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn das nachträglich geltend gemachte SV-GA auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruht, die zum Zeitpunkt der Begutachtung noch nicht bekannt war.⁸⁴

⁷⁷ OGH 21.01.1986, 2 Ob 677/85; OGH 06.12.2000, 9 Ob 299/00m; RIS-Justiz RS0044834.

⁷⁸ OGH 10 ObS 91/87 SSV - NF 1/40.

⁷⁹ OGH 03.10. 2006, 10 ObS 151/06p; OGH 27.02.2007, 1Ob37/07k.

⁸⁰ 3 Ob 695/38 = SZ 20/257.

⁸¹ *Klauser/Kodek*, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung¹⁷ (2012) § 530 E 103.

⁸² OGH 7Ob28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67; RIS-Justiz RS0040662.

⁸³ OGH 9 Ob 7/05b RdM 2005,120.

⁸⁴ OGH 27.06.2006, 10 ObS 104/06a; OGH 03.10.2006, 10 ObS 151/06p.

3.1 Abweichende Schlussfolgerungen in einem nachträglichen Gutachten

Bei dieser Frage gilt es, zunächst zwischen nachträglich beigebrachten Privat-GA und Gerichts-GA zu differenzieren. Ein nachträglich geltend gemachtes Privat-GA kann nicht neues Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sein. Den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bildet erst das Gerichts-GA, welches, aufgrund des nachträglichen Privat-GA, einzuholen ist.⁸⁵ Das Privat-GA ist somit bloß Anlass zur Einholung des Gerichts-GA im Aufhebungsverfahren.⁸⁶ Die Ursache für diese „Konstruktion“ des OGH liegt in der beweisrechtlichen Einordnung des Privat-GA.⁸⁷

Sowohl die hM der Lehre⁸⁸ als auch die Rsp⁸⁹ geht davon aus, dass GA eines Privat-SV nicht als SV-Beweis im Sinne der ZPO angesehen werden können. Während die hA der Lehre Privat-GA als „urkundlich belegtes Parteivorbringen“ ansehen⁹⁰, vertritt die Rsp die Ansicht, das Privat-GA könne als Privaturkunde gewertet werden⁹¹. Sie legt folglich nur die Ansicht des Verfassers der Urkunde dar. Beruhen die Feststellungen des Gerichts im Vorprozess lediglich auf einem Privat-GA so begründet dies nach Ansicht der Rsp einen wesentlichen Verfahrensmangel.⁹² Das Gericht ist auch nicht verpflichtet, bestehende Widersprüche zwischen einem Privat-GA und einem im Rechtsstreit eingeholten Gerichts-GA aufzuklären und kann, ohne weitere Nachforschungen anzustellen, dem ihm verlässlicher erscheinenden Gerichts-GA folgen.⁹³ Ein GA eines gerichtlichen SV kann daher nur durch ein anderes Gerichts-GA und nicht durch ein Privat-GA widerlegt werden kann.

⁸⁵ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

⁸⁶ OGH 11.06.2002, 1 Ob 128/02h.

⁸⁷ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

⁸⁸ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁹ Rz 151; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1008; *Rechberger* in *Fasching/Konecny* III² Vor §§ 351 ff Rz 12; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ Rz 636.

⁸⁹ OGH 29.10.1987, 7 Ob 629/87; vgl auch RIS-Justiz RS0040636.

⁹⁰ *Jelinek* in *Aicher/Funk*, 55; *Krammer*, Allmacht 29; *Rechberger* in *Fasching/Konecny* III² Vor §§ 351 ff Rz 12; abl *Rüffler*, Sachverständige 206.

⁹¹ OGH 29.10.1987, 7 Ob 629/87; vgl auch RIS-Justiz RS0040636.

⁹² *Rechberger* in *Fasching/Konecny* III² Vor §§ 351 ff Rz 12.

⁹³ *Krammer*, Allmacht 29.

Da es somit schon im Vorprozess nicht möglich ist, das Gerichts-GA unmittelbar durch ein Privat-GA zu entkräften, wird man diese Eignung einem nachträglichen mit der Wiederaufnahmsklage geltend gemachten Privat-GA ebenso wenig zuerkennen können.⁹⁴ Eine derartige Besserstellung des Wiederaufnahmsklägers im Vergleich zum Vorprozess wäre entschieden abzulehnen.

Dennoch kann, wie vorhin bereits angedeutet, das auf das Privat-GA gestützte Vorbringen zumindest mittelbar die Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigen.⁹⁵ Gelingt es nämlich der Partei durch ihr Vorbringen, das Gericht von der Mangelhaftigkeit des Gerichts-GA zu überzeugen, so wird es gem § 362 Abs 2 1 Fall ZPO die Gutachtensergänzung oder die Begutachtung durch einen anderen SV anordnen. Dem ergänzten bzw neu eingeholten Gerichts-GA kommt dann die unmittelbare Eignung zu, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen.⁹⁶

Anderes gilt klarerweise für ein mit der Wiederaufnahmsklage geltend gemachtes Gerichts-GA. Ein solches könnte grundsätzlich ein neues Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sein. Es gilt allerdings in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass die Anzahl der Fälle, in denen eine Partei ihre Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO auf ein Gerichts-GA stützt, äußerst überschaubar ist. Denkbar wäre nur, dass die Partei ein Gerichts-GA aus einem anderen Verfahren vorbringt.⁹⁷

Die Rsp vertritt den Standpunkt, dass ein nachträgliches SV-GA, welches bloß abweichende Schlussfolgerungen enthält, abgesehen von dem Fall, dass sich der SV einer neuen wissenschaftlichen Methode bedient hat⁹⁸, schon abstrakt ungeeignet ist, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu begründen.⁹⁹ Dies bedeutet, dass nach Auffassung der Rsp ein nachträglich beigebrachtes SV-GA, das auf einer anderen, zum Zeitpunkt der Begutachtung in Fachkreisen bereits bekannten wissenschaftlichen Erkenntnismethode beruht, die Wiederaufnahme des Verfahrens

⁹⁴ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

⁹⁵ OGH 11.06.2002, 1 Ob 128/02h.

⁹⁶ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757); OGH 11.06.2002, 1 Ob 128/02h.

⁹⁷ OGH 03.10. 2006, 10 ObS 151/06p; OGH 27.02.2007, 1Ob37/07k.

⁹⁸ OGH 2 Ob 8/06z EFSlg 115.089 = EFSlg 115.201 = EFSlg 115.207 = EFSlg 115.250 = EFSlg 115.274 = EFSlg 115.275 = EFSlg 115.276.

⁹⁹ OGH 21.01.1986, 2 Ob 677/85; OGH 06.12.2000, 9 Ob 299/00m; RIS-Justiz RS0044834.

gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht rechtfertigen kann.¹⁰⁰ Gleiches gilt, wenn dem Wiederaufnahmskläger durch das nachträgliche GA der Nachweis gelingt, dass sich der gerichtliche SV im Vorprozess bei der Erstellung seines GA einer nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden wissenschaftlichen Methode bedient hat.¹⁰¹ Umso weniger kann klarerweise die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erreicht werden, wenn das nachträgliche SV-GA auf derselben Methode beruht, wie jenes des gerichtlichen SV des Vorprozesses und es dennoch zu anderen, für den Wiederaufnahmskläger günstigeren Ergebnissen kommt.¹⁰²

Jelinek deutet an, dass die strenge Haltung des OGH zum nachträglichen SV-GA auf einer veralteten Auffassung des Begriffs der Neuheit eines Beweismittels im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO beruht.¹⁰³ Bedenken lassen sich auch dahingehend anmelden, dass das Urteil auf einer ursprünglich unrichtigen und unvollständigen Tatsachengrundlage im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO basiert¹⁰⁴, wenn es auf unrichtigen Schlussfolgerungen eines SV gründet. Denn Schlussfolgerungen eines SV führen immer zur Feststellung weiterer Tatsachen.¹⁰⁵

Dies soll anhand des folgenden Beispiels aus dem Verkehrsrecht illustriert werden. Ein gerichtlicher SV stellt im Zuge einer Unfallrekonstruktion nach richtiger Messung der Bremsspuren eine Geschwindigkeit des Fahrzeugs A von 57km/h fest. Ein nachträglich engagierter SV legt in seinem GA dar, dass die Schlussfolgerungen des gerichtlichen SV auf der Anwendung eines unrichtigen Erfahrungssatzes beruhten

¹⁰⁰ OGH 21.01.1986, 2 Ob 677/85; OGH 06.12.2000, 9 Ob 299/00m; RIS-Justiz RS0044834.

¹⁰¹ Dies ergibt sich aus der E OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139; Der OGH sprach aus, dass „sollte der neurologisch-psychiatrische SV seiner seinem Sachverständigeneid entsprechenden Verpflichtung, das GA nach dem **letzten Stand der Wissenschaft** abzugeben und alle notwendigen oder zweckdienlichen Erweiterungen der Untersuchung anzuregen oder vorzunehmen, zuwidergehandelt haben oder aus den zum Zeitpunkt seiner Untersuchung vorhandenen medizinischen Unterlagen und Befunde falsche Schlüsse gezogen oder zwingende Schlussfolgerungen unterlassen haben, hätte dies allenfalls zu einer im Vorverfahren zu bekämpfenden Unrichtigkeit seines GA geführt; Es begründet für sich allein aber nicht den Wiederaufnahmegrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit eines GA ergeben sollte“.

¹⁰² *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

¹⁰³ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 530 Rz 153.

¹⁰⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2062.

¹⁰⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1004.

und dass die tatsächliche Geschwindigkeit lediglich 50 km/h betrug. Geht der Richter von einer Geschwindigkeit von 57 km/h aus, so fällt er das Urteil basierend auf einer ursprünglich unrichtigen Tatsachengrundlage, da das Auto lediglich mit 50 km/h unterwegs gewesen war. Wie bereits unter 2.1 dargestellt soll der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, genau in jenen Fällen Abhilfe schaffen, in denen das Urteil des Vorprozesses auf einer ursprünglich unrichtigen oder unvollständigen Urteilsgrundlage basierte.¹⁰⁶ Die ablehnende Haltung zum nachträglichen GA als Wiederaufnahmsgrund steht somit im Spannungsverhältnis zum Ziel des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO der materiellen Wahrheit gegenüber der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden in jenen Fällen zum Durchbruch zu verhelfen, in denen die Entscheidungsgrundlagen **des Richters** unrichtig oder unvollständig waren.¹⁰⁷

Verneint werden kann zumindest in Bezug auf ein nachträglich geltend gemachtes Privat-GA, dass, wie *Jelinek* andeutet, die Auffassung des OGH auf einem veralteten Verständnis des Begriffs der Neuheit der Beweismittel beruht.¹⁰⁸ Wie schon ausgeführt, kann das nachträglich vorgebrachte Privat-GA selbst ohnehin nicht neues Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sein.¹⁰⁹ Die Partei stützt die Wiederaufnahmsklage in Wahrheit auf die durch das Privat-GA neu in Erfahrung gebrachten Tatsachen und nicht auf das Privat-GA selbst.

Ein mit Wiederaufnahmsklage geltend gemachtes, aus einem anderen Verfahren stammendes Gerichts-GA kann hingegen ein neues Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellen, aber auch in diesem Fall kann die Annahme *Jelineks* nicht bestätigt werden. Der OGH hat seine Ansicht nämlich nicht mit dem Entstehungszeitpunkt des nachträglich eingeholten SV-GA begründet.¹¹⁰ Vielmehr rechtfertigt der OGH seine ablehnende Haltung zum nachträglichen SV-GA als Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in der E¹¹¹ damit, dass es sich

¹⁰⁶ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2062.

¹⁰⁷ OGH 30.05.2005, 8 Ob 52/05p.

¹⁰⁸ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 153.

¹⁰⁹ OGH 11.06.2002 1 Ob 128/02h; *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

¹¹⁰ Vgl OGH 3 Ob 208/55 JBI 1955, 628; OGH 10 ObS 169/03f = RdW 2003,706 = EvBl 2004/22 = SZ 2003/76.

¹¹¹ 3 Ob 208/55 JBI 1955, 628.

dabei lediglich um eine verspätete Bekämpfung der Beweiswürdigung im Hauptprozess handle. Mit einem bloß abweichende Schlussfolgerungen enthaltenden nachträglichen GA werde nur die Unrichtigkeit des Gerichts-GA des Vorprozesses behauptet. Diese Begründung ist durchaus sinnvoll, denn im Ergebnis bekämpft der Wiederaufnahmskläger tatsächlich lediglich die Überzeugung des Richters von der Richtigkeit des im Vorprozess eingeholten Gerichts-GA.

Des Weiteren verweist der OGH in der E¹¹² auf die Folgen der Qualifikation eines nachträglichen SV-GA als abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. So würden nämlich Prozesse, in denen ein SV-GA beantragt hätte werden können, wiederaufgenommen werden, wenn eine Partei ein ihrem Prozesstandpunkt günstigeres GA vorlegt. Dasselbe würde dann auch in Verfahren gelten, in denen bereits ein SV-Beweis aufgenommen wurde, wenn die Partei ein von dem Erstgutachten abweichendes GA vorlegt.

Auch nach *Reindl* ist ein nachträgliches GA, das auf der gleichen Grundlage und auf keiner neuen wissenschaftlichen Methode beruht, nicht gewichtig genug, um es als neues Beweismittel zu qualifizieren. Zudem weist er daraufhin, dass diese einschränkende Auslegung den Erfordernissen der Praxis entspreche.¹¹³

Die Ansicht, wonach im Falle der Qualifikation eines abweichenden SV-GA, als abstrakt geeigneter Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, jedes, dem Standpunkt der Partei vorteilhafte GA zwangsläufig zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen würde¹¹⁴, ist nicht richtig. Den Gerichten wäre es lediglich nicht mehr möglich, solche Parteivorbringen bereits im Vorpüfungsverfahren mit der Begründung zurückzuweisen, sie seien schon abstrakt untauglich, eine günstigere E zu bewirken.¹¹⁵ Die Gerichte hätten im Aufhebungsverfahren das Parteivorbringen immer noch auf dessen konkrete Eignung, eine günstigere E für die Partei herbeizuführen, zu untersuchen.¹¹⁶ Kommt den vorgebrachten Beweismitteln diese Eignung nicht zu, hätten sie das Wiederaufnahmsbegehren abzuweisen.¹¹⁷

¹¹² 10 ObS169/03f RdW 2003,706 = EvBl 2004/22 = SZ 2003/76.

¹¹³ *Reindl*, ÖJZ 1956, 538.

¹¹⁴ OGH 3 Ob 208/55 JBl 1955, 628.

¹¹⁵ Vgl OGH 27.06.2006, 10 ObS 104/06a; OGH 03.10.2006, 10 ObS 151/06p.

¹¹⁶ OGH 2Ob206/09x ecolex 2010, 674.

¹¹⁷ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2088.

Klar ist aber auch, dass nicht jedem, auf einem nachträglichen SV-GA beruhenden Vorbringen die abstrakte Eignung zuerkannt werden kann, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Eine derart extensive Auslegung des Wiederaufnahmsgrundes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO stünde im Widerspruch zum exceptionellen Prozessziel der Wiederaufnahmsklage, eine materiell rechtskräftige E zu beseitigen und eine neuerliche Sachentscheidung zu ermöglichen.¹¹⁸ Zudem ist dem OGH zuzustimmen, dass es sich bei einer Wiederaufnahmsklage, die auf einem bloß abweichende Schlussfolgerungen aufweisenden SV-GA beruht, lediglich um eine nachträgliche Bekämpfung der Beweiswürdigung des Richters im Vorprozess handelt.¹¹⁹

Dennoch erscheint die Auffassung des OGH etwas zu streng zu sein. Von einem SV wird erwartet, dass sein GA dem Stand der Technik entspricht und dass er somit bei der Erstellung die neuesten, voll entwickelten, nicht mehr im Stadium der Erprobung befindlichen Methoden anwendet.¹²⁰ Behauptet der Wiederaufnahmskläger, gestützt auf ein nachträgliches SV-GA, dass der SV im Vorprozess genau dies unterlassen hat, so ist es nicht einleuchtend, warum einem solchen Vorbringen nicht die abstrakte Eignung zugesprochen wird, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Die „Tatsache“, dass sich der gerichtliche SV einer nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden Methode bedient hat, wäre nämlich geeignet gewesen, im Vorprozess eine günstigere E für den Wiederaufnahmskläger herbeizuführen. Hätte nämlich die Partei dieses Vorbringen bereits im Vorprozess erstattet, wäre das Gerichts-GA als mangelhaft im Sinne des § 362 Abs 2 ZPO zu qualifizieren gewesen und das Gericht hätte die Gutachtenergänzung oder die Begutachtung durch einen anderen SV anordnen müssen.

Jedenfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Richter im Vorprozess eine andere Würdigung der Beweise vorgenommen hätte, wäre ihm bekannt gewesen, dass das Gerichts-GA nicht dem Stand der Technik entsprach. Einem derartigen Vorbringen kann somit nicht schon die abstrakte Eignung abgesprochen werden, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.

¹¹⁸ OGH 3 Ob 186/04f MietSlg 56.774.

¹¹⁹ 3 Ob 208/55 JBI 1955, 628.

¹²⁰ *Reindl*, ÖJZ 1956, 538.

3.2 Die Revidierung des Gutachtens durch den Sachverständigen

Der OGH setzte sich mit dieser Frage in der E¹²¹ auseinander. Ausgangsfall war ein Gewährleistungsstreit, in dem es um die Mangelhaftigkeit eines gekauften Pferdes ging. Der zuständige SV diagnostizierte eine unheilbare chronische Gelenkentzündung und befand das Tier für gänzlich unbrauchbar. Kurze Zeit nach Fällung des Urteils räumte er seinen Irrtum ein und erklärte in einem mündlichen GA, dass bloß eine harmlose äußere Verletzung vorliege, welche die Funktionsfähigkeit des Pferdes nicht beeinträchtige. Die auf diesem Sinneswandel beruhende Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO wies das ErstG im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück. Das RekG hingegen ging von der Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO aus und trug dem ErstG die Fortsetzung des Verfahrens über die Klage auf. Der OGH stellte den Zurückweisungsbeschluss des ErstG wieder her. Er vertrat die Ansicht, die nachträgliche Revidierung des GA durch den im Vorprozess zuständigen gerichtlichen SV sei abstrakt ungeeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Der OGH begründete seine Ansicht damit, dass sowohl Tatsachen als auch Beweismittel schon vor Verhandlungsschluss erster Instanz vorhanden gewesen seien müssen, um den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bilden zu können. Zudem ging der OGH davon aus, dass auch der einem SV bei seiner Aussage unterlaufene objektive Irrtum unter § 530 Abs 1 Z 2 ZPO subsumiert werden könne und somit eine Abhilfemöglichkeit in einer derartigen Situation bestünde.

Dem OGH ist im Ergebnis zuzustimmen. Der Begründung kann allerdings nicht gefolgt werden. Nach dem heutigen Verständnis der Neuheit von Beweismitteln im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ist deren Entstehungszeitpunkt nicht mehr ausschlaggebend, sondern nur, ob sie Tatsachen nachweisen, die vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz bereits existierten.¹²² Zum anderen ist es mittlerweile gesicherte Rsp, dass nur eine subjektiv falsche Aussage den Tatbestand des § 530 Abs 1 Z 2 ZPO erfüllt.¹²³ Die vom OGH zur Begründung seiner Haltung

¹²¹ Ob I 1184/27 SZ 9/259.

¹²² OGH 8 Ob 74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBl 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBl 2015/107; vgl auch RIS-Justiz RS0044441.

¹²³ OGH 9Ob66/11p MietSlg 63.785; vgl auch RIS-Justiz RS0044577.

vorgebrachten Ansichten sind somit inzwischen überholt. Es kann daher die These *Jelineks* bestätigt werden, dass die Auffassung der Rsp die nachträgliche Revidierung des SV-GA durch den im Vorprozess zuständigen SV könne den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht begründen, auf einem veralteten Verständnis des Begriffs der Neuheit des Beweismittels im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO beruht.¹²⁴

Dies spricht eigentlich dafür, dass die Abänderung des GA durch den SV des Vorprozesses den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen kann, zumal die Wiederaufnahmsklage genau in jenen Fällen Abhilfe schaffen soll, in denen der Richter auf einer unrichtigen bzw unvollständigen Urteilsgrundlage entschieden hat.¹²⁵ Revidiert der SV des Vorprozesses sein GA, so ist es durchaus möglich, dass die Urteilsgrundlagen tatsächlich unrichtig waren. Hingewiesen sei auch auf die Auslegung des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO beim Zeugenbeweis. Weicht ein Zeuge nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz von seiner im Vorprozess abgegebenen Aussage in einem anderen Zivilprozess¹²⁶ oder Strafverfahren¹²⁷ ab, so kann dies sehr wohl den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erfüllen. Eine Begründung für diese unterschiedliche Behandlung kann der Rsp nicht entnommen werden.

Dennoch ist dem OGH beizupflichten, dass die bloße Revidierung der gutachterlichen Schlussfolgerungen nicht geeignet ist, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen,¹²⁸ denn ob der Richter dem ursprünglichen, nunmehr revidierten, oder dem neuen GA vertraut, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Stützt somit eine Partei die Wiederaufnahmsklage bloß auf die Abänderung des GA durch den SV des Vorprozesses, so handelt es sich dabei lediglich um eine nachträgliche Bekämpfung der Beweiswürdigung. Diese kann klarerweise nicht mit dem Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend gemacht werden.¹²⁹

¹²⁴ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 153.

¹²⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2062.

¹²⁶ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 152.

¹²⁷ OGH 17.09.1970, 2 Ob 226/70; OGH 28.01.1998 9 Ob 359/97b.

¹²⁸ OGH Ob I 1184/27 SZ 9/259.

¹²⁹ OGH 3 Ob 208/55 JBI 1955, 628.

Revidiert der SV das GA allerdings aufgrund eines nachträglich entdeckten Befundfehlers oder wegen der nunmehrigen Existenz einer neuen wissenschaftlichen Methode, so sollte diese Revidierung mE zumindest abstrakt geeignet sein, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Folgt man der hier vertretenen Ansicht zum abweichende Schlussfolgerungen aufweisenden GA als Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, so ist die Revidierung des GA durch den SV des Vorprozesses auch dann abstrakt geeignet den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu erfüllen, wenn der SV erkennt, dass er sich bei Erstellung seines ursprünglichen GA einer nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden Methode bedient hat.

3.3 Die Befangenheit des Sachverständigen

Nach Ansicht der Rsp ist die nachträglich hervorgekommene Vermutung der Befangenheit des SV für sich allein nicht geeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.¹³⁰

In der E¹³¹ begründete der OGH diese Auffassung ausführlich. Im Vorprozess wurde die Wirksamkeit zweier im Jahre 1942 und 1944 von Helena H., der Mutter der Klägerin, geschlossener Verträge, mit dem Hinweis bestritten, Helena sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geschäftsunfähig gewesen. Der zuständige SV verneinte dies. Die Klägerin begehrte nun, gestützt auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, die Wiederaufnahme des Verfahrens mit der Behauptung, sie sei in Kenntnis von Tatsachen gelangt, die im Hauptprozess die Ablehnung des SV gerechtfertigt hätten. Zusammengefasst bezweifelte sie die Objektivität des SV aufgrund dessen früherer Mitgliedschaft in der SS und der NSDAP.

Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage im Aufhebungsverfahren ab.¹³² Aufgrund Berufung beider Parteien hob das BerG die E auf und wies die Wiederaufnahmsklage mit Beschluss zurück. Einem von der Klägerin erhobenen Rek gab der OGH nicht Folge. Er verneinte das Vorliegen eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO und begründete dies

¹³⁰ OGH 7Ob28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67; vgl auch RIS-Justiz RS0040662.

¹³¹ 7Ob28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67.

¹³² Das ErstG ging somit von der Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO aus.

insbesondere mit der Doppelfunktion des SV, als Gehilfe des Richters und als Beweismittel. Die Möglichkeit, einen SV gem § 355 Abs 1 ZPO iVm 19 JN abzulehnen sei Ausdruck seiner Funktion als Gerichtsgehilfe und hätte mit jener als Beweismittel nichts zu tun. Somit trete die Bedeutung des SV als Beweismittel in dieser Frage hinter jene als Hilfsperson des Richters zurück. Selbst bei einem Richter bilde aber ein nachträgliches Hervorkommen von Gründen, die dessen Unbefangenheit in ausreichendem Maße in Zweifel ziehen lassen, keinen Grund zur Erhebung einer Rechtsmittelklage nach § 529 ff ZPO. Nur der Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes im Rechtsstreit kraft Gesetzes bildet einen Nichtigkeitsgrund nach § 529 Abs 1 Z 1 ZPO. Die Rechtskraft zähle also nach dem Gesetz mehr als der nachträglich hervorgekommene Verdacht einer das Ausmaß der Ausgeschlossenheit nicht erreichenden Befangenheit des Richters. Dasselbe müsse dann aber beim Fehlen weiterer, auf die konkrete Rechtssache bezogener Bedenken gegen die Verlässlichkeit des erstatteten GA auch für die Möglichkeit gelten, eine Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO auf die nachträgliche Ablehnung des SV zu stützen.

In der E¹³³ wiederholte der OGH diese Ansicht. In diesem Fall erhob der im Vorprozess unterlegene Beklagte mit der Behauptung die Wiederaufnahmsklage, der zuständige gerichtliche SV habe das GA nicht objektiv erstellt, sondern sei subjektiv beeinflusst gewesen. Er habe einem Berufskollegen sein GA damit erklärt, dass ihn die Prozessgegnerin gebeten habe, ihr zu helfen und da habe er „sein Möglichstes in diese Richtung getan“. Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück, führte dann aber aufgrund des ihm im Aufhebungsbeschluss des RekG erteilten Auftrages ein Wiederaufnahmeverfahren durch und gab der Wiederaufnahmsklage statt. Das mit Berufung der Wiederaufnahmsbeklagten angerufene BerG bestätigte das Urteil des ErstG. Es bestehe durchaus der begründete Verdacht, dass sich der SV von nicht sachlichen Erwägungen hätte leiten lassen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das GA bei Kenntnis der Aussage des SV anders gewürdigt worden wäre. Die objektive Unrichtigkeit des SV-GA des Vorprozesses könne den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zwar nicht begründen, doch bilde es einen Wiederaufnahmsgrund wenn die nun erwiesene Äußerung des SV im

¹³³ OGH 06.09.1994, 5 Ob 552/94.

wiederaufzunehmenden Verfahren zu einer abweichenden Beweiswürdigung geführt hätte. Die dagegen erhobene Rev hielt der OGH sowohl für zulässig als auch für berechtigt. Er wies daraufhin, dass die nachträgliche Vermutung der Befangenheit absolut untauglich sei, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu erfüllen. Zur Begründung dieser Ansicht verwies er auf die oben bereits behandelten, in der E¹³⁴ getätigten Ausführungen.

An der Ansicht des OGH kann allerdings durchaus gezweifelt werden. *Rüffler* führt mit äußerst überzeugenden Argumenten aus, dass Tatsachen, welche die Unbefangenheit des SV in Zweifel ziehen, sehr wohl geeignet seien, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu verwirklichen. Der OGH beachte nicht, dass die Nichtigkeitsklage und die Wiederaufnahmsklage auf unterschiedlichen Ebenen liegen und unterschiedliche Zwecke verfolgen. Die Wiederaufnahmsklage sei darauf gerichtet, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Urteilsgrundlagen zu gewährleisten, während die Nichtigkeitsklage dazu diene, ein formell richtiges Urteil sicherzustellen.¹³⁵ Aufgrund dessen kann aus dem Fehlen eines Nichtigkeitsgrundes der Befangenheit des Richters nicht abgeleitet werden, dass Tatsachen, welche die nachträgliche Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, nicht den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erfüllen können.

Zudem weist *Rüffler* darauf hin, dass auch Hilfstatsachen einen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bilden können, wenn von ihnen ein abweichender Schluss über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Haupttatsache gezogen werden kann. Die Befangenheit des SV des Vorprozesses sei als eine solche Hilfstatsache zu qualifizieren und lege die Unrichtigkeit jener Haupttatsachen nahe, die vom SV in seinem GA festgestellt wurden.¹³⁶ Dem ist mE beizupflichten.

Das Vorbringen der Befangenheit des SV wäre zudem auch abstrakt geeignet gewesen, im Vorprozess eine günstigere E herbeizuführen, denn hätte die Partei bereits im Vorprozess ihre Bedenken gegen die Unbefangenheit des SV in einem Ablehnungsantrag geltend gemacht, so wäre es durchaus möglich gewesen, dass das Gericht den SV abberufen hätte und daraufhin die Begutachtung durch einen

¹³⁴ OGH 7 Ob 28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67.

¹³⁵ *Rüffler*, Sachverständige 156.

¹³⁶ *Rüffler*, Sachverständige 156.

neuen SV angeordnet hätte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der neu bestellte SV ein dem Prozesstandpunkt der Partei günstigeres GA erstattet hätte. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, ob das Gericht, hätte es Kenntnis von den Zweifeln der Partei an der Integrität und Objektivität des SV gehabt, dessen GA nicht anders gewürdigt hätte. Wie bereits unter 2.2 und 2.4 dargestellt, müssen die mit der Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel nicht unmittelbar zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung führen. Es ist vielmehr ausreichend, wenn sie eine wesentliche Änderung der Beweiswürdigung bewirken können.¹³⁷

Daher ist die Ansicht des OGH, dass Tatsachen, welche die nachträgliche Besorgnis der Befangenheit eines SV rechtfertigen, bereits abstrakt ungeeignet seien, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu bilden, mE falsch.¹³⁸

3.4 Die fehlende fachliche Eignung des Sachverständigen

Nach der Rsp stelle die fehlende fachliche Eignung des zuständigen gerichtlichen SV keinen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO dar.¹³⁹

Diese Auffassung wurde vom OGH schon in der E vertreten¹⁴⁰. Dieser lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Vorprozess wurde die gerichtliche Kündigung eines Mietvertrages über ein Kinolokal in allen Instanzen als wirksam anerkannt. Dies geschah aufgrund des GA eines aus der Liste für „Baumeisterarbeiten“ bestellten SV, demzufolge bestimmte Maßnahmen des Mieters als ein unter Umständen die Sicherheit des Bauwerkes gefährdender Eingriff zu qualifizieren seien. Der Mieter erhob daraufhin die Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit der Behauptung, die zuständigen SV seien zur Abgabe des GA ungeeignet gewesen, da sie lediglich in die gerichtliche Sachverständigenliste für „allgemeine Baumeisterarbeiten“, nicht aber in jene für „Eisenbetonbauten“ aufgenommen seien und es ihnen an der notwendigen fachlichen Eignung zur Beurteilung der einschlägigen Fragen gefehlt habe.

¹³⁷ OGH 10ObS23/03k ARD 5480/10/04 = SSV-NF 17/31; vgl auch RIS-Justiz.

¹³⁸ So auch offenbar *Jelinek* in *Aicher/Funk* 64.

¹³⁹ OGH 28.06.1988, 2 Ob 17/88; OGH 22.11.1995, 1 Ob 46/95.

¹⁴⁰ OGH Ob III 54 ZBL 1926,109.

Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Aufhebungsverfahren ab. Das BerG gab der dagegen erhobenen Berufung nicht statt. Der vom Wiederaufnahmskläger erhobenen Rev gab der OGH nicht Folge. Der OGH wies darauf hin, dass der Wiederaufnahmskläger die mangelnde fachliche Eignung schon im Vorprozess hätte einwenden müssen. Eine explizite Erklärung aus welchem Grund das Vorbringen der mangelnden fachlichen Eignung des SV schon abstrakt ungeeignet sein soll, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darzustellen, lässt sich den Ausführungen des OGH nicht entnehmen. Der OGH führte bloß aus, dass die Wiederaufnahme des Verfahrens wie sie der Wiederaufnahmskläger anstrebte, überhaupt nur über § 530 Abs 1 Z 2 ZPO erreicht werden könne. Wie bereits unter 3.2 dargestellt, irrt der OGH, wenn er in diesem Zusammenhang den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 2 ZPO ins Treffen führt, da dieser nach dem heutigen Verständnis nur im Fall eines subjektiv unrichtigen GA einschlägig ist.¹⁴¹

In der E¹⁴² beehrte der Kläger die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit dem Vorbringen, dass der im Vorprozess tätige SV nur für die Fachgebiete „Maurerarbeiten“, „größere Wohnhäuser (Baugründe)“ und „Wohnungseigentum“, nicht aber für das Fachgebiet „Wintergärten“ in die Sachverständigenliste eingetragen sei. Es habe ihm daher sowohl die Befugnis als auch die fachliche Kompetenz zur Erstattung des GA gefehlt, welches im Übrigen fehlerhaft, unsachlich und unfachlich sei. Der Wiederaufnahmskläger war in allen Instanzen erfolglos.¹⁴³ Der OGH stellte fest, dass die vom Wiederaufnahmskläger

¹⁴¹ Kodek in *Rechberger*, ZPO⁴ § 530 Rz 7; vgl auch RIS-Justiz RS0044577.

¹⁴² OGH 2Ob8/06z EFSlg 115.089 = EFSlg 115.201 = EFSlg 115.207 = EFSlg 115.250 = EFSlg 115.274 = EFSlg 115.275 = EFSlg 115.276.

¹⁴³ Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab. Diese E wurde mit Urteil vom BerG bestätigt. Der OGH hat richtig erkannt, dass beide Instanzen die falsche Entscheidungsform gewählt haben. Das ErstG hat mit der Begründung, dass der Wiederaufnahmskläger keinen geeigneten Wiederaufnahmsgrund vorgebracht hat eine Unschlüssigkeit der Wiederaufnahmsklage erkannt. Gem § 543 ZPO ist die Wiederaufnahmsklage in einem solchen Fall in jeder Lage des Verfahrens mit Beschluss zurückzuweisen. Ausschlaggebend für die Zulässigkeit und die Behandlung eines Rechtsmittels ist nicht die vom Gericht gewählte Entscheidungsform, sondern die vom Gesetz vorgesehene. Das BerG teilte im Ergebnis die Ansicht des ErstG, wonach kein tauglicher Wiederaufnahmsgrund geltend gemacht wurde und hätte somit über das Rechtsmittel, welches als Rek zu behandeln gewesen wäre, mit Beschluss entscheiden

behaupteten Tatsachen keinen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen. Die Auswahl des SV sei Ergebnis einer Ermessensentscheidung des Gerichts, welches dabei weder an Vorschläge der Parteien noch an konkrete gesetzliche Vorgaben gebunden sei, insbesondere nicht an die Verpflichtung, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von GA über ein bestimmtes Thema öffentlich bestellt sind. Demnach komme der Nichteintragung einer Person in die Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet keine Indizwirkung zu, dass ihr die zur Erfüllung eines in dieses Fachgebiet fallenden Gutachtauftrages erforderliche Befugnis oder Fachkompetenz fehlt. Abgesehen davon seien nachträgliche Tatumstände, aus denen sich die mangelnde fachliche Eignung des im Vorprozess zuständigen SV ergibt, ohnehin nicht geeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu bilden.

Eine Begründung für diese Auffassung lässt sich auch dieser E nicht entnehmen, daher gilt es, die Ansicht kritisch zu hinterfragen.

Nach der Rsp können neue Hilfstatsachen, die zu einer abweichenden Beurteilung des Bestehens von Haupttatsachen führen, den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen.¹⁴⁴ Die mangelnde fachliche Eignung ist, ebenso wie die Befangenheit des SV, als eine Hilfstatsache anzusehen, aus welcher die Unrichtigkeit der vom SV in seinem GA festgestellten Haupttatsachen abgeleitet werden kann. Zudem würde die Einordnung der mangelnden fachlichen Eignung als zumindest abstrakt geeigneter Wiederaufnahmsgrund dem Zweck des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO entsprechen, nämlich dem Grundsatz, der materiellen Wahrheit dann gegenüber der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden zum Durchbruch zu verhelfen, wenn die Urteilsgrundlagen mangelhaft sind.¹⁴⁵ Denn vertraut der Richter einem falschen GA, so ist klar, dass er das Urteil auf einer ursprünglich unrichtigen Urteilsgrundlage im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO fällt.¹⁴⁶

Nach der Rsp müssen die neuen Tatsachen und Beweismittel nicht unmittelbar zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung führen, es genügt, die Eignung, eine

müssen. Das richtigerweise als RevRek behandelte Rechtsmittel gegen die E des Gerichts zweiter Instanz wies der OGH zurück.

¹⁴⁴ OGH 22.06.1988, 3 Ob 518/88; s auch unter 2.4 sowie 3.3.

¹⁴⁵ OGH 30.05.2005, 8 Ob 52/05p.

¹⁴⁶ Anderes gilt nur wenn vom SV ausschließlich Prognosen verlangt werden – vgl dazu *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 155.*

erhebliche Veränderung der Beweiswürdigung zu bewirken.¹⁴⁷ Hätte das Gericht bereits im Vorprozess von den Tatumständen gewusst, welche die mangelnde fachliche Eignung des SV nahelegen, so hätte die Möglichkeit bestanden, dass sich das Gericht dazu entschlossen hätte, den SV gem § 351 Abs 2 ZPO auszuwechseln. Es kann nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden, dass der neue SV ein dem Prozesstandpunkt der Partei günstigeres GA erstattet.

Dennoch ist letztlich dem OGH Recht zu geben, dass die Behauptung der mangelnden fachlichen Eignung des SV allein nicht ausreicht, um den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Es gilt zu bedenken, dass die Auswahl des SV im alleinigen Ermessen des Gerichts liegt.¹⁴⁸ Gem § 351 Abs 1 ZPO hat das Gericht die Partei vor Bestellung des SV lediglich über dessen Person einzuvernehmen. Eine Bindung des Gerichts an die Meinung der Parteien entsteht dadurch allerdings nicht. Unterlässt das Gericht die Anhörung der Parteien, so ist darin kein wesentlicher Verfahrensmangel zu erblicken.¹⁴⁹ Die Auswahl des SV durch das Gericht kann nach stRsp auch nicht gesondert angefochten werden.¹⁵⁰ Den Parteien verbleibt somit nur die Möglichkeit, die Bestellung des SV mit verbundenem Rek zu bekämpfen.¹⁵¹ Da die Parteien die Auswahl der Person des SV im Vorprozess nicht anfechten können, sollte man ihnen dies auch nicht durch Wiederaufnahmsklage ermöglichen. Die Auslegung des Tatbestandes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darf auf keinen Fall zu einer Ausweitung der Befugnisse der Parteien führen.

Der OGH hat daher beide E im Ergebnis richtig beurteilt.

3.5 Unvollständigkeit der Befundgrundlagen

Beruhete das GA des SV des Vorprozesses auf einer unzulänglichen Grundlage, etwa weil eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit gar nicht durchgeführt wurde, so könne nach Ansicht der Rsp einem nachträglichen GA, durch welches die

¹⁴⁷ OGH 14.01.1999, 2 Ob 357/98h; vgl auch RIS-Justiz RS0044411.

¹⁴⁸ OGH 2Ob8/06z EFSlg 115.089 = EFSlg 115.201 = EFSlg 115.207 = EFSlg 115.250 = EFSlg 115.274 = EFSlg 115.275 = EFSlg 115.276.

¹⁴⁹ *Rechberger in Fasching III*² § 351 Rz 2.

¹⁵⁰ OGH 12.03.1992, 8 Ob 543/92; vgl auch RIS-Justiz RS0040578.

¹⁵¹ *Jelinek in Aicher/Funk* 62.

Befundgrundlagen vervollständigt werden, die Eignung, den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen, nicht im Vorhinein abgesprochen werden.¹⁵² Der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sei nach Rsp allerdings nur dann erfüllt, wenn die Unvollständigkeit der Grundlagen des im Hauptprozess eingeholten GA nicht nur unsubstantiiert behauptet, sondern durch konkretes und schlüssiges Vorbringen dargetan wird.¹⁵³

Die Auffassung, wonach eine nachträgliche Ergänzung der Befundlagen des SV des Vorprozesses den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bilden könne, steht auch im Einklang mit der Rsp des VwGH. Nach Ansicht des VwGH können ebenso nur neue Befundergebnisse und nicht auch abweichende Schlussfolgerungen eines SV die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 69 Abs 1 Z 2 AVG rechtfertigen.¹⁵⁴

Fraglich ist auf den ersten Blick, wie sich der Wiederaufnahmsgrund der „Unvollständigkeit der Befundgrundlagen“ mit dem Rechtssatz des OGH, demzufolge es die Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht rechtfertige, wenn sich aus nachträglichen Tatumständen die Unrichtigkeit des Gerichts-GA des Vorprozesses ergibt, vereinbaren lässt.¹⁵⁵ Gemeint kann mit diesem Rechtssatz eigentlich nur sein, dass es keinen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellt, wenn auf derselben Grundlage Tatsachen behauptet werden, welche die Unrichtigkeit des SV-GA des Vorprozesses, ergeben sollen.¹⁵⁶ Dabei ist es völlig unerheblich, ob die Unrichtigkeit der Befundergebnisse oder der gutachterlichen Schlussfolgerungen behauptet werden. Es besteht somit kein Widerspruch zu der Ansicht, dass ein nachträgliches Vorbringen, dass die Befundgrundlagen eines SV-GA des Vorprozesses ergänzt, geeignet ist, den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellen zu können.

¹⁵² OGH 9 Ob 7/05b RdM 2005,120; Zu bedenken gilt, dass das nachträgliche Privat-GA, das die Befundgrundlagen ergänzt, nicht selbst der Wiederaufnahmsgrund sein kann. Den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bildet erst das auf Anlass des Privat-GA einzuholende Gerichts-GA – s dazu 3.1.

¹⁵³ OGH 30.05.2005, 8 Ob 52/05p.

¹⁵⁴ VwGH 25.10.1994 93/08/0123; VwGH 27.07.2001 2001/07/0017.

¹⁵⁵ OGH 06.09.1994, 5 Ob 552/94; vgl auch RS0044555.

¹⁵⁶ So auch OGH 2 Ob 184/08k RdM 2009/111; Mit Ausnahme der Wiederaufnahmskläger macht eine neue wissenschaftliche Methode geltend – s dazu unter 3.

In der Folge werden einige E aus der Rsp zum Vorbringen der Unvollständigkeit bzw Unrichtigkeit der Befundgrundlagen als Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO dargestellt. Hierbei lässt sich eine Kategorisierung, in solche Fälle vornehmen, in denen die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf keinem Kunstfehler des SV beruht¹⁵⁷ und in jene Fälle, in denen die Unzulänglichkeit der Entscheidungsgrundlagen des SV auf eine Verfehlung des SV selbst zurückzuführen ist.¹⁵⁸

3.5.1 Fälle, in denen die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf keinen Kunstfehler des Sachverständigen zurückzuführen ist

Im Vorprozess der E¹⁵⁹ ließ sich der Beklagte von der Wohnungseigentümerin eine Spezialvollmacht zum Verkauf ihrer Liegenschaftsanteile unter ausdrücklicher Zustimmung zum Selbstabschluss einräumen. Nach ihrem Tod erwarb er das grundbücherliche Eigentum an den Liegenschaftsanteilen, woraufhin die Verlassenschaft nach der Wohnungseigentümerin die Löschungsklage mit der Behauptung erhob, die Wohnungseigentümerin sei zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung geschäftsunfähig gewesen. Das ErstG verneinte basierend auf einem SV-GA eines Facharztes für Psychiatrie die Entscheidungs- und Kritikfähigkeit der Wohnungseigentümerin zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung. Nachdem der Beklagte das Urteil des ErstG durch alle Instanzen vergeblich bekämpft hatte, erhob er die Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Er brachte vor, dass die Bedienerin der Verstorbenen und eine andere Frau bezeugen hätten können, dass die Erblasserin sehr wohl geschäftsfähig gewesen sei.

Sowohl das ErstG¹⁶⁰ als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage zurück. Der OGH hielt den dagegen erhobenen RevRek für zulässig und berechtigt. Er führte aus, die als neue Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO vorgebrachten Zeugenaussagen seien nicht auf die Darlegung der Unrichtigkeit der gutachterlichen

¹⁵⁷ OGH 26.09.1991, 6 Ob 581/91; OGH 10 ObS 23/03k ARD 5480/10/04 = SSV-NF 17/31; OGH 10ObS169/03f RdW 2003,706 = EvBI 2004/22 = SZ 2003/76.

¹⁵⁸ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k; OGH 9Ob7/05b RdM 2005,120; OGH 2Ob230/06x EvBI 2007,697; OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139; OGH 22.10.2014, 1Ob188/14z.

¹⁵⁹ OGH 26.09.1991, 6 Ob 581/91.

¹⁶⁰ Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage allerdings erst im Aufhebungsverfahren nach Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung gem § 543 ZPO zurück.

Schlussfolgerungen über die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin im Vorprozess gerichtet, sondern hätten vielmehr die medizinisch erheblichen Tatsachengrundlagen des Befundes erweitern sollen. Den Aussagen der Zeugen über ihre Wahrnehmungen über Verhaltensweisen, Reaktionen und Äußerungen der Erblasserin während und nach ihres Krankenhausaufenthaltes könne nicht im Vorhinein die Tauglichkeit aberkannt werden, einen entscheidenden Anhaltspunkt zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit und Entscheidungsfähigkeit der Erblasserin abzugeben.

Der E des OGH ist zuzustimmen. Das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers ist abstrakt geeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darzustellen. Hätte nämlich der SV Kenntnis vom Inhalt der Aussagen der beiden neuen Zeugen gehabt, so wäre es durchaus möglich gewesen, dass er ein anderes GA erstattet hätte und der Richter eine andere Beweiswürdigung vorgenommen hätte. Das Vorbringen wäre somit abstrakt geeignet gewesen, eine günstigere E herbeizuführen.

Der E¹⁶¹ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Wiederaufnahmsklägerin war an Brustkrebs erkrankt und sollte zur Therapie ihres Krebsleidens das Medikament Nolvadex und nach dessen Absetzung das Präparat Amiridex einnehmen. Aufgrund von medikamentösen Nebenwirkungen und weiterer Brustbeschwerden erhob sie Klage auf Gewährung der Invaliditätspension. Im Verfahren wurde nach gynäkologischer, internistischer und orthopädischer Fachbegutachtung festgestellt, dass bei der Klägerin mit Krankenstandzeiten von vier Wochen pro Jahr zu rechnen sei. Aus dem medizinischen Leistungskalkül folgte das ErstG, dass die Wiederaufnahmsklägerin noch fähig sei, ihre Tätigkeit als Bildungsberaterin auszuüben und auch in der Lage sei, noch andere Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verrichten und somit nicht invalid im Sinne des § 255 ASVG sei. Die Wiederaufnahmsklägerin begehrte daraufhin die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO und stützte sich dabei im Wesentlichen auf einen ihr nachträglich zugegangenen Laborbefund, aus dem sich ergebe, dass ihr anstatt des Medikaments Arimidex lediglich ein Placebo verabreicht worden war. Die GA der SV, insbesondere auch jenes des gynäkologischen SV hätten auf der irrigen Annahme beruht, dass die Wiederaufnahmsklägerin wirksam therapiert werde. Es sei wieder

¹⁶¹ OGH 10 ObS 23/03k ARD 5480/10/04 = SSV-NF 17/31.

eine Therapie nötig, welche wiederum mit Wechselbeschwerden verbunden sein werde. Zudem sei der in der Krebserkrankung liegende Krankheitswert nicht berücksichtigt worden.¹⁶²

Sowohl ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück. Das ErstG verneinte das Vorliegen des Wiederaufnahmsgrundes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, da das Vorbringen selbst bei Richtigkeit die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht rechtfertigen könne. Die aufgrund der Einnahme des Präparates Novaldex eingetretenen Nebenwirkungen seien im Leistungskalkül berücksichtigt worden. Die Besserung der Wechselbeschwerden nach Absetzen des Präparates habe die Wiederaufnahmsklägerin einerseits nicht angezweifelt und andererseits hätte dies auch zu keiner Veränderung im Leistungskalkül geführt. Zudem sei auch kein Wiederauftreten der Krebserkrankung festgestellt worden. Auch habe die Wiederaufnahmswerberin diesbezüglich keine neuen Tatsachen vorgebracht. Ob und in welcher Form die Wiederaufnahmsklägerin einer Nachbehandlung unterliege, sei nicht Gegenstand der Urteilsfeststellung und für das einzig ausschlaggebende medizinische Leistungskalkül ohne Relevanz. Weder die von der Wiederaufnahmsklägerin vorgebrachten fiktiven Medikamentennebenwirkungen noch die vorgebrachte Erhöhung des Risikos einer tatsächlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht eingetretenen Verschlechterung des Krebsleidens seien geeignet, im Hauptprozess eine günstigere E zu bewirken.

Der OGH bejahte hingegen das Vorliegen des gesetzlichen Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Die Wiederaufnahmsklage richte sich nicht gegen die Schlussfolgerungen der gerichtlichen SV, sondern sei vielmehr darauf gerichtet, die medizinisch erhebliche Tatsachengrundlage richtigzustellen. Der behaupteten Tatsache, dass die Wiederaufnahmswerberin nicht wirksam therapiert worden war, könne nicht schon in abstracto die Eignung abgesprochen werden, eine günstigere E für die Klägerin herbeizuführen. Es bestünde zumindest die abstrakte Möglichkeit,

¹⁶² Des Weiteren brachte sie noch die Ablehnung des gynäkologischen SV zur Begründung der Wiederaufnahmsklage vor. Der OGH stellte in diesem Zusammenhang fest, dass eine nachträglich hervorgekommene Besorgnis der Befangenheit eines SV für sich allein noch keinen Wiederaufnahmsgrund im Sinn des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bilde. Dem kann nicht gefolgt werden – vgl dazu genauer unter 3.3.

dass die SV in Kenntnis dieser Tatsache ein anderes GA erstattet und dieses zu einer anderen Beweiswürdigung durch das Gericht geführt hätte.

Die E des OGH ist im Ergebnis richtig. Das ErstG stellt zwar schlüssig dar, warum das Vorbringen der Wiederaufnahmsklägerin keine günstigere E im Vorprozess bewirkt hätte, verkennt aber dabei den Zweck des Vorprüfungsverfahrens. In diesem Verfahrensabschnitt ist lediglich zu beurteilen, ob die von der Wiederaufnahmsklägerin geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel abstrakt geeignet sind, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.¹⁶³ Ob das Vorbringen im konkreten Fall eine günstigere E herbeizuführen vermag, ist erst im Aufhebungsverfahren zu untersuchen.¹⁶⁴ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die SV bei Kenntnis der Durchführung der Placebo-Studie, ein abweichendes GA erstellt hätten und dies zu einer abweichenden Beweiswürdigung durch das Gericht geführt hätte. Dem Vorbringen der Wiederaufnahmsklägerin kann somit nicht schon die abstrakte Eignung aberkannt werden, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.

In der E¹⁶⁵ erhob der Kläger des Vorprozesses die Wiederaufnahmsklage und machte die Unvollständigkeit der Entscheidungsgrundlagen der im Vorprozess zuständigen SV geltend. Er brachte vor, dass der sachverständige Zeuge DDr. S. seine Aussage abgeändert hatte. Daraufhin habe einer der im Vorprozess bestellten SV, dessen GA auf der Aussage des DDr. S. gründete¹⁶⁶, dieses ebenso revidiert. Der OGH bejahte im Ergebnis die Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.¹⁶⁷

Den dargestellten Fällen ist gemeinsam, dass die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf keinen Kunstfehler des bzw der SV zurückzuführen ist. Es lässt sich somit folgender Grundsatz aufstellen: Basiert das GA des gerichtlichen SV auf einer unvollkommenen Grundlage und ist diese Unzulänglichkeit auf kein Versäumnis des SV selbst zurückzuführen, so kann einem neuen Vorbringen,

¹⁶³ OGH 29.10.1998, 2 Ob 249/98a.

¹⁶⁴ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 190.

¹⁶⁵ OGH 10ObS169/03f RdW 2003,706 = EvBl 2004/22 = SZ 2003/76.

¹⁶⁶ Den Ausführungen des OGH lässt sich entnehmen, dass auch das GA des anderen SV auf den Aussagen des sachverständigen Zeugen DDr. S. beruhte.

¹⁶⁷ Aufgrund der Ähnlichkeit zu den Aufführungen des OGH in den zuvor dargestellten E wird auf eine genauere Darstellung verzichtet.

welches die Befundgrundlagen ergänzt, nicht schon abstrakte Eignung abgesprochen werden, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.¹⁶⁸

3.5.2 Fälle, in denen die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einen Kunstfehler des Sachverständigen zurückzuführen ist

Zur Frage, ob bei solchen Konstellationen ein gesetzlicher Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO vorliegt, lässt sich der Rsp des OGH keine einheitliche Linie entnehmen. Dies soll anhand der folgenden Beispiele aus der Rsp aufgezeigt werden.

Im Vorprozess der E¹⁶⁹ beehrte die Klägerin Schadenersatz und die Feststellung der Haftung für künftige Schäden wegen eines die Gebrauchsfähigkeit ihrer linken Hand einschränkenden Nervenschadens mit der Behauptung, die Verletzung resultiere aus einem Verstoß gegen die ärztliche Aufklärungspflicht und aus einem Behandlungsfehler. Das ErstG wies die Klage ab. Einer daraufhin erhobenen Berufung gab das BerG statt und hob mit Beschluss das Urteil des ErstG hinsichtlich des auf die Verletzung ärztlicher Aufklärungspflichten gestützten Klageanspruchs zur Verfahrensergänzung auf. Das Vorliegen eines Behandlungsfehlers wurde im Aufhebungsbeschluss des BerG endgültig verneint. Daraufhin beehrte die Wiederaufnahmsklägerin, gestützt auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO die Beseitigung des Aufhebungsbeschlusses des BerG sowie die Stattgebung der von ihr erhobenen Berufung auch hinsichtlich des Behandlungsfehlers. In der Folge stellte die Wiederaufnahmsklägerin dann noch das Eventualbegehren, es möge das Urteil des ErstG beseitigt und der Klage stattgegeben werden. Sie brachte vor, dass sie durch ein fachärztliches GA nunmehr darlegen könne, dass bei der primären Behandlung Kunstfehler begangen worden waren. Das nachträgliche GA basiere auf Röntgenbildern, aus denen ersichtlich sei, dass es zu einer Verschiebung eines abgebrochenen Speichenstückes gekommen war und somit eine andere Nachbehandlung erforderlich gewesen wäre.

¹⁶⁸ Dies ergibt sich auch aus der E 22.10.2014, 1Ob188/14z in welcher der OGH das Vorliegen des Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit dem Hinweis verneinte, dass keine Situation vorliege, in der dem SV – ohne dass ihm dies vorwerfbar wäre – maßgebliche Umstände verborgen geblieben seien – vgl dazu genauer unter 3.5.2.

¹⁶⁹ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k.

Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage im Aufhebungsverfahren ab.¹⁷⁰ Das BerG bewilligte hingegen die Wiederaufnahmsklage. Es stellte fest, dass, wenn aus den Röntgenbildern eine von Anfang an gegebene Verschiebung des Speichenstückes erkennbar wäre, dieser Umstand geeignet sei, eine für die Wiederaufnahmsklägerin günstigere E herbeizuführen. Es liege daher ein tauglicher Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO vor. Eine gegen diese E von Beklagtenseite erhobene Rev hielt der OGH für unberechtigt.

Die Unzulänglichkeit der Befundgrundlagen beruht im gegenständlichen Fall auf einem Kunstfehler des SV, denn wie sich aus den Feststellungen des ErstG ergibt, hatte der gerichtliche SV zwar Kenntnis von der Existenz der Röntgenbilder, er erkannte allerdings nicht deren Bedeutung für die Beurteilung der Verletzung der Wiederaufnahmswerberin. Dies wird man ihm im Hinblick auf seine besondere Fachkunde durchaus vorwerfen können. Dennoch bezweifelt das BerG nicht, dass mit der Wiederaufnahmsklage ein gesetzlicher Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend gemacht wurde.¹⁷¹

Diese Auffassung wird vom OGH in der E¹⁷² bestätigt. Im Vorprozess begehrte die spätere Wiederaufnahmsklägerin den Ersatz des Schadens, der bei ihr im Zuge zweier Bandscheibenoperationen aufgrund der Anwendung einer vermeintlich falschen Operationsmethode eingetreten war. Das ErstG wies das Klagebegehren gestützt auf ein orthopädisches SV-GA ab. Aus dem MRT-Befund habe sich kein Hinweis auf einen freien Nucleus-Sequester ergeben und daher sei sowohl die Operation als auch die gewählte Lasermethode lege artis erfolgt. Die Folgeoperation sei weder zu spät noch entgegen der ärztlichen Kunst durchgeführt worden. Hinsichtlich der Indikation der Lasermethode und deren sachgerechter Ausführung hielt das BerG die Feststellungen für unbedenklich, weshalb die Frage der Erstoperation abschließend entschieden war. Lediglich bezüglich einer möglichen Verspätung der zweiten Operation befand das BerG die Feststellungen für ergänzungsbedürftig und hob daher das Urteil des ErstG auf. Auftragsgemäß holte

¹⁷⁰ Es begründete diese E insbesondere damit, dass die Wiederaufnahmsklägerin ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO an der verspäteten Geltendmachung der Röntgenbilder treffe. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden – vgl dazu genauer unter 4.3.1.

¹⁷¹ Abweichend dazu OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139; OGH 22.10.2014 1Ob188/14z.

¹⁷² 9Ob7/05b RdM 2005,120.

das ErstG ein weiteres aus dem Fachgebiet der Neurologie stammendes GA ein. Der SV schloss aus demselben MRT-Befund, dass es entgegen der Feststellungen des ErstG nicht bloß zu einer Vorwölbung des Bandscheibenkerns gekommen sei, sondern, dass bereits eine Teilsequestrierung vorgelegen habe. Die durchgeführte Lasermethode sei nicht zielführend gewesen. Daraufhin beehrte die Klägerin mit der Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sowohl die Aufhebung des Ersturteils als auch die Beseitigung des Aufhebungsbeschlusses des BerG.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück. Den dagegen erhobene RevRek hielt der OGH sowohl für zulässig als auch berechtigt. Er bejahte die Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Der SV habe, obwohl ihm nach eigenen Angaben neben dem Gerichtsakt auch der MRT-Befund vorgelegt wurde, bloß aus der zusammenfassenden Fremdbefundung, geschlossen, dass kein Hinweis auf den freien Nukleus-Sequester bestanden habe. Daraus könne abgeleitet werden, dass der SV selbst keine Befundung der Bilder vorgenommen habe. Darin könne eine Unvollständigkeit der Befundgrundlagen liegen.

Auch in diesem Fall beruht die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einem Kunstfehler des SV. Dieser hielt es fälschlicherweise nicht für notwendig, die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen einer genaueren Untersuchung zu unterziehen. Nach § 5 SDG ist ein SV dazu verpflichtet, die Gegenstände des Augenscheins einer sorgfältigen Untersuchung zu unterziehen, die gemachten Wahrnehmungen treu und vollständig anzugeben und den Befund und das GA nach bestem Wissen und Gewissen nach den Regeln der Wissenschaft anzugeben. Die unterlassene Befundung der MRT-Bilder verstößt eindeutig gegen die im § 5 SDG durch den Sachverständigen übernommenen Verpflichtungen. Dennoch bejahte der OGH die Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Dies legt den Schluss nahe, dass es nicht darauf ankomme, ob die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einen Kunstfehler des SV zurückzuführen ist oder nicht. Vielmehr ist für die Eignung, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen, lediglich ausschlaggebend, dass die vom Wiederaufnahmskläger vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel geeignet sind, die Entscheidungsgrundlagen des im Hauptprozess zuständigen SV zu ergänzen.

Diese Auffassung wird vom OGH in der E¹⁷³ bekräftigt. Im Vorprozess begehrte die Klägerin Schadenersatz aufgrund eines Verkehrsunfalls. Das Landesgericht stellte, auf Grundlage eines psychiatrisch-neurologischen GA fest, dass die Klägerin eine erstgradige Zerrung der Halswirbelsäule und eine leichtgradige Prellung der Lendenwirbelsäule erlitten habe. Eine neurologische Ausfallssymptomatik sei nicht erwiesen. Das Schmerzsyndrom, welches sich bei der Klägerin entwickelte habe, sei nicht unfallkausal. Die Klägerin erhob daraufhin die Wiederaufnahmsklage mit der Behauptung, das im Vorprozess erstattete SV-GA habe auf einer unzulänglichen Grundlage beruht. Sie stützte diese Behauptung auf die Ergebnisse einer nachträglich durchgeführten funktionellen Kernspintomografie, bei welcher der Körper im Gegensatz zu der im Hauptprozess vorgenommenen traditionellen Kernspintomografie in Extrempositionen gedreht und gespannt wurde. Sie brachte vor, dass bei ihr ein Teileinriss eines Bandes festgestellt worden sei, sowie den Umstand, dass bei Extrembewegungen Druck auf ihr Rückenmark ausgeübt werde, wodurch die schon vom SV des Hauptprozesses beschriebenen Symptome ausgelöst bzw verstärkt würden.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück. Der OGH hielt den dagegen erhobenen RevRek für zulässig und begründet. Er bejahte das Vorliegen eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit dem Hinweis darauf, dass die funktionelle Kernspintomografie zusätzliche Erkenntnisse über das Funktionsverhalten des Kopf-Gelenkverbandes der Klägerin ergebe, die dem zuständigen SV im Vorprozess offenkundig nicht vorlagen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass diese Erkenntnisse, etwa die infolge des Unfalls erlittene Bandverletzung im Bereich der Wirbelsäule, oder dass bei Extrembewegungen Druck auf das Rückenmark ausgeübt werde, zu einer im Hauptprozess günstigeren E, insbesondere in Bezug auf die Unfallkausalität des Schmerzsyndroms geführt hätten.

Auch in diesem Fall lässt sich die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einen Fehler des SV des Hauptprozesses zurückführen. Dieser hätte aufgrund seines Fachwissens erkennen können, dass durch eine funktionelle Kernspintomografie

¹⁷³ OGH 2Ob230/06x EvBl 2007,697.

zusätzliche Erkenntnisse über die Verletzung der Klägerin gewonnen werden hätten können. Es liegt somit wiederum ein Verstoß gegen § 5 SDG vor.

In jüngeren E lässt sich eine deutlich strengere Position des OGH zum Wiederaufnahmsgrund der Unvollständigkeit der Befundgrundlagen gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erkennen.

Im Vorprozess der E¹⁷⁴ ging es um die Gewährung der Invaliditätspension. Aufgrund des GA eines neurologisch-psychiatrischen SV und eines medizinischen GA stellte das ErstG fest, dass der Wiederaufnahmskläger nicht mehr in der Lage sei, mittelschwere Arbeiten zu verrichten, sondern nur leichte Arbeiten mit Einschränkungen zumutbar seien. Dem Wiederaufnahmskläger komme kein Berufsschutz zu und er könne nach seinem medizinischen Leistungskalkül noch unterschiedliche Tätigkeiten am allgemeinen Arbeitsmarkt ausüben, wie jene des Portiers oder des Aufsehers in einem Museum. Es befand ihn folglich für nicht invalid im Sinne des § 255 ASVG. Der Wiederaufnahmskläger begehrte daraufhin die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, mit der Behauptung das GA des neurologisch-psychiatrischen SV beruhe auf einer unzulänglichen Grundlage, da es ohne Einholung einer Computertomografie erstellt worden war. Die nachträglich durchgeführte Computertomografieuntersuchung habe eine erhebliche organische Schädigung des Gehirns gezeigt.

Die Wiederaufnahmsklage wurde von allen Instanzen im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurückgewiesen. Der OGH begründete dies damit, dass die beim Kläger gegebenen medizinischen Einschränkungen infolge des schweren Schädel-Hirn Traumas und die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit bereits Thema der im Vorprozess erstatteten GA gewesen seien. Hätte es der neurologisch-psychologische SV seiner dem Sachverständigeneid entsprechenden Verpflichtung, das GA auf dem letzten Stand der Wissenschaft abzugeben und alle notwendigen und zweckdienlichen Erweiterungen der Untersuchung anzuregen oder vorzunehmen, zuwider gehandelt, so hätte dies allenfalls zu einer im Vorprozess zu bekämpfenden Unrichtigkeit des GA geführt. Es erfülle allerdings nicht den Tatbestand des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn sich aus nachträglichen Umständen die Unrichtigkeit des GA ergebe.

¹⁷⁴ OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139.

Diese E des OGH stellt eine deutliche Abkehr zu der in den zuvor dargestellten Urteilen vertretenen Ansicht dar.¹⁷⁵ Die Begründung der E vermittelt den Eindruck, dass der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO dann nicht vorliegt, wenn es der SV pflichtwidrig unterlässt eine erschöpfende Feststellung der Befundgrundlagen vorzunehmen.

In der E¹⁷⁶ behauptete der Wiederaufnahmskläger, das Gerichts-GA des Vorprozesses beruhe auf einer unvollständigen Grundlage. Eine eingehendere Befassung mit der Originalurkunde durch den SV hätte das Ergebnis des GA verändert. Die Wiederaufnahmsklage wurde in allen Instanzen zurückgewiesen.¹⁷⁷ Der OGH bestätigte zunächst die Feststellungen des RekG, wonach der SV, der sein GA nur auf Grundlage einer Fotokopie erstellt hatte, das Gericht darauf hinweisen hätte können, dass es aus Sachverständigensicht zweckmäßig gewesen wäre, die Originalurkunde einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Der SV sei offenbar der Ansicht gewesen, die Begutachtung der Originalurkunde könne keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen. Wenn der Wiederaufnahmskläger vorbringt, eine eingehendere Untersuchung der Originalurkunde hätte das GA des SV geändert, dann werfe er dem SV einen Kunstfehler vor, der allerdings nicht zur Wiederaufnahme berechtigt. Es liege hier keinesfalls der Fall vor, dass dem SV maßgebliche Umstände – ohne dass ihm dies vorzuwerfen wäre – verborgen geblieben seien. Der Gerichtshof verneinte somit die Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.

Die vom OGH in den E¹⁷⁸ vertretene Auffassung erscheint unrichtig zu sein. Es kann mE für die Einordnung eines Vorbringens als abstrakt geeigneter Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht darauf ankommen, ob die Ursache für die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen in einem Kunstfehler des zuständigen SV liegt oder nicht. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die vom Wiederaufnahmswerber vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel geeignet sind, die Befundgrundlagen des zuständigen gerichtlichen SV zu ergänzen. Es besteht

¹⁷⁵ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k; OGH 9Ob7/05b RdM 2005,120; OGH 2Ob230/06x EvBl 2007/128.

¹⁷⁶ OGH 22.10.2014, 1Ob188/14z.

¹⁷⁷ Aufgrund der verkürzten Fassung ist nicht ersichtlich, in welchem Verfahrensabschnitt die Wiederaufnahmsklage zurückgewiesen wurde.

¹⁷⁸ OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139; OGH 22.10.2014 1Ob188/14z.

nämlich die Möglichkeit, dass der im Hauptprozess zuständige SV bei Kenntnis der neuen Befundergebnisse ein abweichendes GA abgegeben hätte und daraufhin der Richter eine andere Würdigung der Beweise vorgenommen hätte.¹⁷⁹ Macht somit ein Wiederaufnahmskläger neue Tatsachen und Beweismittel geltend, die zu einer Erweiterung oder Richtigstellung der Befundgrundlagen des zuständigen SV führen, so kann nicht schlichtweg ausgeschlossen werden, dass dieses Vorbringen zu einer günstigeren E im Vorprozess geführt hätte. Eine Zurückweisung im Vorprüfungsverfahren hat daher mit Ausnahme des Falles, dass sich schon aus dem Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers ergibt, dass durch die neuen Befundgrundlagen keine relevanten Erkenntnisse gewonnen werden können, nicht zu erfolgen.

Wendet man nun die hier vertretene Meinung in der E¹⁸⁰ an, dann wäre das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers entgegen der Ansicht des OGH als abstrakt geeigneter Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu qualifizieren. Er behauptet in seinem Vorbringen, welches auf der nachträglich durchgeführten Computertomografie beruht, dass er doch eine schwerere Verletzung erlitten hatte, als im Vorprozess angenommen worden war. Da sich das Verfahren im Stadium des Vorprüfungsverfahrens befand, ist von den Angaben des Wiederaufnahmsklägers auszugehen. Im Vorprüfungsverfahren ist lediglich zu untersuchen, ob das Vorbringen abstrakt geeignet gewesen wäre, eine günstigere E im Vorprozess zu bewirken.¹⁸¹ Es besteht die Möglichkeit, dass der neurologisch-psychologische SV in seinem GA – hätte er Kenntnis von den Ergebnissen der Computertomografie gehabt – zu einer anderen Beurteilung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit des Wiederaufnahmswerbers gekommen wäre. Dies hätte zu einer für den Wiederaufnahmskläger günstigeren E führen können.

In der E¹⁸² ist dem OGH im Ergebnis dennoch zu folgen. Laut Rsp muss die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen des GA in der Wiederaufnahmsklage durch ein plausibles und konkretes Vorbringen darlegt werden.¹⁸³ Soweit es sich der

¹⁷⁹ Vgl OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k; OGH 9Ob7/05b RdM 2005,120; OGH 2Ob230/06x EvBl 2007,697.

¹⁸⁰ OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139.

¹⁸¹ OGH 29.10.1998, 2 Ob 249/98a.

¹⁸² OGH 22.10.2014 1Ob188/14z.

¹⁸³ OGH 30.05.2005, 8 Ob 52/05p.

veröffentlichten Fassung der E entnehmen lässt, behauptet der Wiederaufnahmskläger bloß, dass eine genauere Auseinandersetzung mit der Originalurkunde das Ergebnis des GA verändert hätte. Der Wiederaufnahmskläger legt zwar dar, worin die Unzulänglichkeit der Befundgrundlage liege, er lässt allerdings konkrete Behauptungen vermissen, welche neuen Befundergebnisse die Vervollständigung der Befundgrundlagen durch Begutachtung der Originalurkunde gebracht hätten. Ohne diesbezügliche Behauptungen ist das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers schon abstrakt ungeeignet, im Vorprozess eine günstigere E herbeizuführen. Erst durch Geltendmachung neuer Befundergebnisse hätte die abstrakte Möglichkeit bestanden, dass der SV des Vorprozesses in Kenntnis der neuen Ergebnisse, ein abweichendes GA erstattet hätte und dass das Gericht daraufhin eine andere Würdigung der Beweise vorgenommen hätte.

3.6 Ein auf einer neuen wissenschaftlichen Methode basierendes Gutachten

Sowohl die Rsp als auch die Lehre gehen davon aus, dass ein nachträgliches SV-GA¹⁸⁴ den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bilden kann, wenn es unter Anwendung einer neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethode erstellt wurde.¹⁸⁵ Voraussetzung für die Einordnung einer Methode als neu ist, dass sie zum Zeitpunkt der Erstellung des GA durch den SV des Vorprozesses noch nicht bekannt war.¹⁸⁶ Letztlich sind die jeweiligen Umständen des Einzelfalls entscheidend, ob es sich um eine neue wissenschaftliche Untersuchungsmethode handelt.¹⁸⁷ Keine neue wissenschaftliche Methode liegt beispielsweise vor, wenn ein GA auf einer im Zeitpunkt der Gutachtenerstellung im Vorprozess in Fachkreisen bereits bekannten wissenschaftlichen Methode basiert und der Unterschied zu der im Vorprozess verwendeten Methode bloß darin liegt, dass der Privatgutachter anstatt einer Globalbeurteilung eine Beurteilung einzelner Faktoren durchführt.¹⁸⁸ Jedenfalls muss

¹⁸⁴ Es gilt hier wiederum zu beachten, dass ein nachträgliches Privat-GA selbst den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht darstellen kann. Es kann nur Anlass zur Einholung eines Gerichts-GA sein, welches dann den eigentlichen Wiederaufnahmsgrund bildet – s dazu genauer unter 3.1.

¹⁸⁵ OGH 10 ObS 91/87 SSV - NF 1/40.

¹⁸⁶ OGH 18.02.1999, 10 ObS 394/98h.

¹⁸⁷ OGH 25.05.2005 7 Ob 92/05p.

¹⁸⁸ OGH 20b17/88 ZVR 1989/99.

die neue Methode einen entsprechend hohen Grad an Zuverlässigkeit erreicht haben, denn erst dann ist sie geeignet, eine günstigere E für die Partei zu bewirken.¹⁸⁹

Es ist nicht mE nachvollziehbar, warum die Rsp bei Geltendmachung eines nachträglichen SV-GA bloß dann den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO annimmt, wenn dieses auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruht.¹⁹⁰ Diese enge Auslegung des Tatbestandes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in Bezug auf das nachträgliche SV-GA steht im Widerspruch zum mittlerweile geänderten Verständnis der Neuheit eines Beweismittels im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Ein Beweismittel gilt nämlich schon dann als neu wenn es sich auf Tatsachen bezieht, die bereits vor Verhandlungsschluss erster Instanz existierten. Der Entstehungszeitpunkt des Beweismittels ist für dessen Neuheit im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht mehr ausschlaggebend.¹⁹¹ Ziel der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ist es auch nicht, dem wissenschaftlichen Fortschritt Rechnung zu tragen. Vielmehr soll der Tatbestand des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO gewährleisten, dass der Richter seine E auf einer vollständigen und richtigen Tatsachengrundlage fällt.¹⁹²

Daher sollte mE wie bereits unter 3.1. gefordert, ein Vorbringen **schon dann** als abstrakt geeignet angesehen werden, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen, wenn durch ein nachträgliches GA dargelegt wird, dass das GA des gerichtlichen SV im Hauptprozess auf einer nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden wissenschaftlichen Methode beruhte.

Die meisten Fälle in denen sich Parteien zur Begründung ihrer Wiederaufnahmsklagen auf GA stützen, die auf neuen wissenschaftlichen Untersuchungsmethoden beruhen, finden sich im Abstammungsverfahren.¹⁹³

¹⁸⁹ Fasching, Kommentar IV § 530 Abs. 1 Z. 7 512 Anm.20.

¹⁹⁰ Es sei denn durch das nachträgliche GA werden die unvollständigen Befundgrundlagen des Gerichts-GA des Vorprozesses ergänzt oder richtig gestellt; s OGH 9 Ob 7/05b RdM 2005,120.

¹⁹¹ Fasching, Lehrbuch², Rz 2063.

¹⁹² Fasching, JBI 1956, 246.

¹⁹³ So beispielsweise OGH 3 Ob 695/38 SZ 20/143; OGH 6Ob630/88 JBI 1988,793 = EvBl 1989/68 = SZ 61/184; OGH 09.03.1994 7 Ob 507/94; OGH 4 Ob 25/00f SZ 73/25; OGH 3 Ob 72/08x = Zak 2008,358.

Durch das neue Außerstreitgesetz sind nach dessen in Kraft treten am 01.01.2005 eingeleitete Abstammungsverfahren nunmehr im außerstreitigen Verfahren zu behandeln.¹⁹⁴ Im 6. Abschnitt des AußStrG nF ist nunmehr die Möglichkeit der Erhebung eines Abänderungsantrags gem § 72ff AußStrG vorgesehen. Dabei handelt es sich um einen der Wiederaufnahmsklage weitgehend nachgebildeten Rechtsbehelf, weshalb auch die bisherige Rsp zur Wiederaufnahmsklage auf den Abänderungsantrag Anwendung findet.¹⁹⁵ Der Abänderungsgrund des § 73 Abs 1 Z 6 AußStrG entspricht dem Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Auf vor 01.01.2005 initiierte Verfahren finden jedoch gem § 202 AußStrG immer noch die Bestimmungen der ZPO Anwendung. Aus § 203 Abs 8 AußStrG ergibt sich, dass in all jenen Abstammungsverfahren, in welchen das Datum der E in erster Instanz vor dem 01.01.2005 liegt, immer noch die Wiederaufnahmsklage zu erheben ist.

Anfangs ließ sich der Rsp keine eindeutige Linie entnehmen, ob neue wissenschaftliche Methoden den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen können.¹⁹⁶ In der E¹⁹⁷ sah der OGH in neuen Methoden zur Blutuntersuchung nach den Merkmalen M und N eine neue Untersuchungsmethode und somit einen geeigneten Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Völlig abweichend dazu sprach der Gerichtshof in der E¹⁹⁸ aus, dass die Zulassung neuer Untersuchungsmethoden als Wiederaufnahmsgrund dem in der Rechtsordnung herrschenden System der Vaterschaftsfeststellung widerspreche. Das Gesetz verlange nämlich nicht den Beweis der biologischen Abstammung, sondern vermute die Vaterschaft nach § 163 ABGB aF (§ 148 ABGB nF) schon dann, wenn der Mann innerhalb der kritischen Zeit der Mutter des Kindes beigewohnt habe. Diese Vermutung könne zwar durch wissenschaftliche Abstammungsbeweise widerlegt werden, es ließe sich allerdings nicht rechtfertigen, dass die Frage der Vaterschaft immer wieder von neuem aufgerollt werde und die endgültige Klärung,

¹⁹⁴ *Jelinek* in *Fasching/Konecny* IV/1 § 530 Rz 196.

¹⁹⁵ OGH 3Ob108/14z Jus-Extra OGH-Z 5654 = EvBl-LS 2014/175.

¹⁹⁶ Für die Einordnung neuer wissenschaftlicher Methoden als Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO beispielsweise OGH 3 Ob 695/38 SZ 20/143; OGH 3 Ob 695/38 SZ 20/257; abl OGH 5 Ob 182/63 EvBl 1964/70; OGH 7 Ob 225/64 RZ 1965, 101.

¹⁹⁷ OGH 2 Ob 384/38 SZ 20/143.

¹⁹⁸ OGH 5 Ob 182/63 EvBl 1964/70.

wer als Vater anzusehen sei, entgegen § 163 ABGB aF (§ 148 ABGB nF) für die Dauer der Frist des § 534 Abs 3 ZPO aufgeschoben werde.

Mittlerweile kann wie bereits dargelegt, jede neue wissenschaftliche Methode den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO erfüllen, sofern sie zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung noch nicht existiert hat und mittlerweile ausreichend entwickelt ist, um zuverlässige Ergebnisse zu erzielen.¹⁹⁹

Besonderheiten ergeben sich bei der erbbiologisch-anthropologischen Untersuchung. Diese kann idR nicht als neue wissenschaftliche Methode geltend gemacht werden, aber aufgrund **ihrer Undurchführbarkeit** im Kindesalter dennoch bei späterer Beantragung den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen. Selbst wenn bereits im Vorprozess eine anthropologisch-erbbiologische Untersuchung durchgeführt wurde, können sich die Parteien zur Begründung der Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO auf die neuerliche Durchführung der Untersuchung stützen, wenn im Vorprozess aufgrund der nicht vollständig ausgebildeten Ähnlichkeitsmerkmale zwischen dem Kind und dem vermeintlichen Vater keine zuverlässigen Ergebnisse erzielt werden konnten.²⁰⁰

Nach Ansicht der Rsp kann als Teil der durchzuführenden erbbiologisch-anthropologischen Untersuchung auch eine ansonsten den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO selbst nicht erfüllende neuerliche serologische Untersuchung zulässig sein. Dies ist darauf zurückzuführen, dass eine genaue Trennung zwischen der erbbiologisch-anthropologischen Untersuchung und der Blutuntersuchung nicht möglich ist, weil das mit diesen Untersuchungsmethoden verfolgte Ziel zumeist nur unter Einbeziehung der gesamten Untersuchungsergebnisse erreicht werden kann.²⁰¹

¹⁹⁹ Kodek in Rechberger, ZPO⁴ § 530 Rz 15; Jelinek in *Fasching/Konecny IV/1*² § 530 Rz 197; OGH 09.03.1994 7Ob507/94.

²⁰⁰ OGH 21.01.1986, 2 Ob 677/85.

²⁰¹ OGH 30.08.1989, 2 Ob 565/89.

3.7 Verfahrensrechtliche Behandlung des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO in Zusammenhang mit dem Sachverständigenbeweis

Aus den bisherigen Ausführungen zum SV-Beweis als Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ergibt sich, dass Wiederaufnahmsklagen, die sich auf ein abweichendes SV-GA stützen, das auf einer zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung durch den SV des Vorprozesses bereits bekannten wissenschaftlichen Methode beruht, bereits im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurückzuweisen sind.²⁰² Selbiges gilt für Wiederaufnahmsklagen, mit denen die Revidierung des GA durch den SV des Vorprozesses²⁰³, die mangelnde fachliche Eignung des SV²⁰⁴ oder dessen Befangenheit²⁰⁵ geltend gemachten werden.

Bringt der Wiederaufnahmskläger ein nachträgliches auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhendes GA vor²⁰⁶ oder stützt er sich auf ein GA, welches die Befundgrundlagen des GA des SV im Vorprozess ergänzt bzw richtig stellt²⁰⁷, so macht er einen abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend, weshalb eine Zurückweisung im Vorprüfungsverfahren in solchen Fällen nicht zu erfolgen hat.²⁰⁸

Im Aufhebungsverfahren ist bei Geltendmachung eines auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden GA zunächst zu prüfen, ob die wissenschaftliche Methode tatsächlich neu im Sinne der Rsp ist.²⁰⁹ Anschließend ist, um die konkrete Eignung des Vorbringens eine günstigere E zu bewirken, beurteilen zu können, die neue wissenschaftliche Methode durchzuführen.²¹⁰

²⁰² Bezüglich Privat-GA OGH 10 ObS 91/87 SSV - NF 1/40; OGH 09.11.1993, 10 ObS 225/93; hinsichtlich Gerichts-GA OGH 03.10.2006, 10 ObS 151/06p; OGH 27.02.2007, 10Ob37/07k.

²⁰³ OGH Ob I 1184/27 SZ 9/259.

²⁰⁴ OGH 22.11.1995, 1 Ob 46/95; vgl RIS-Justiz RS0044555.

²⁰⁵ OGH 7Ob28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67; vgl auch RIS-Justiz RS0040662.

²⁰⁶ OGH 27.06.2006, 10 ObS 104/06a; OGH 03.10.2006, 10 ObS 151/06p.

²⁰⁷ OGH 9 Ob 7/05b RdM 2005,120.

²⁰⁸ Unter der Voraussetzung, dass die Klagefristen des § 534 Abs 1 iVm § 534 Abs 2 Z 4 ZPO, sowie § 534 Abs 3 ZPO eingehalten wurden und sich dies auch aus dem Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers ergibt – s dazu unter 5.3; zudem bedarf es ausreichender Angaben zu einem mangelnden Verschulden gem § 530 Abs 2 ZPO – s dazu unter 4.2.

²⁰⁹ OGH 18.02.1999, 10 ObS 394/98h.

²¹⁰ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 190.*

Bei Geltendmachung der Unvollständigkeit der Befundgrundlagen ist, basierend auf der durch das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers erweiterten Tatsachengrundlage, ein SV-GA einzuholen. Erst durch Einholung eines weiteren GA ist das Gericht in der Lage zu beurteilen, ob das Vorbringen – auf den konkreten Rechtsstreit bezogen – geeignet gewesen wäre, im Vorprozess eine günstigere E herbeizuführen.

4 Mangelndes Verschulden

Stellt das zuständige Gericht fest, dass die vom Wiederaufnahmskläger geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel geeignet sind, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu verwirklichen, ist damit lediglich eine „Hürde“ zur Bewilligung der Wiederaufnahme des Verfahrens überwunden. Eine weitere Voraussetzung für eine erfolgreiche Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO findet sich in der Bestimmung des § 530 Abs 2 ZPO. Eine Wiederaufnahmsklage ist gem § 530 Abs 2 ZPO nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die neuen Tatsachen oder Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung, auf welche die E in erster Instanz erging, geltend zu machen.

Vorweg gilt festzuhalten, dass die Bestimmung des § 530 Abs 2 ZPO nicht dazu missbraucht werden darf, sich der Auseinandersetzung mit Vorbringen hartnäckiger Wiederaufnahmskläger zu entziehen. Die Anforderungen an die prozessuale Dilligenzpflicht dürfen somit auf keinen Fall zu hoch angesetzt werden.²¹¹

Nach Ansicht der Rsp sei hingegen bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 530 Abs 2 ZPO vorliegen, ein strenger Maßstab anzulegen.²¹² Ein Verschulden sei nur dann zu verneinen, wenn der Wiederaufnahmskläger trotz sorgfältiger Vorbereitung des Prozesses von den neuen Tatsachen und Beweismitteln erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz erfährt.²¹³ Im Hinblick auf das Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO gelte es zu beachten, dass die Wiederaufnahmsklage als außerordentliches Rechtsmittel den Parteien nicht mit dem

²¹¹ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 204.*

²¹² OGH 31.07.2001, 7 Ob 104/01x; RIS-Justiz RS0044623.

²¹³ OGH 19.12.2002, 8 Ob 251/02y.

Ziel in die Hand gegeben wurde, die von ihnen begangenen Fehler in der Prozessführung zu sanieren.²¹⁴

4.1 Ausmaß der prozessualen Diligenzpflicht

Nach Ansicht der Rsp ist bei der Bestimmung des Ausmaßes der von den Parteien einzuhaltenden prozessualen Diligenzpflicht zunächst vom materiell-rechtlichen Maßstab der Bestimmung des § 1297 ABGB auszugehen. Gem § 1297 ABGB wird vermutet, dass jeder, der den normalen Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig ist, der bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Die Nichtbeachtung dieses Fleißes bzw dieser Aufmerksamkeit ist als Verschulden gem § 530 Abs 2 ZPO zu werten.²¹⁵ Richtigerweise sollte allerdings primär ein prozessualer Maßstab Anwendung finden.²¹⁶ Dies ist, wie *Fasching* ausführt, „schon deshalb erforderlich, weil die Führung eines Prozesses ja einen anderen Grad an Aufmerksamkeit fordert als außergerichtliches Verhalten der Partei“.²¹⁷

Der anzuwendende Grad der Diligenzpflicht ist auch insbesondere durch das Stadium, in dem sich der Prozess befindet, bedingt. Im prozessvorbereitenden Stadium müssen wesentlich geringe Anforderungen an die prozessuale Diligenzpflicht gestellt werden als in der Phase nach Beginn des Vorprozesses.²¹⁸ Zudem muss in der prozessvorbereitenden Phase zum einen zwischen rechtskundig vertretenen und anwaltlich nicht vertretenen Parteien unterschieden werden und zum anderen hinsichtlich der Rolle der Partei im Prozess, also zwischen jener des Klägers und des Beklagten differenziert werden.²¹⁹

²¹⁴ OGH 9Ob19/10z MietSlg 62.793.

²¹⁵ OGH 27.11.2014 2 Ob 197/14f; RIS-Justiz RS0111578.

²¹⁶ *Fasching*, Kommentar IV § 530 Abs. 2 ZPO 517 ff Anm.28; *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* §530 Rz. 204.

²¹⁷ *Fasching*, Kommentar IV § 530 Abs. 2 ZPO 518 Anm.28.

²¹⁸ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 209.

²¹⁹ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 206.

Bei der rechtsfreundlich vertretenen Partei können klarerweise wesentlich höhere Anforderungen an die prozessuale Diligenzpflicht gestellt werden, als bei der rechtsunkundigen, nicht anwaltlich vertretenen Partei.²²⁰

Den Kläger, dessen Disposition es obliegt, ob und wann er durch Erhebung einer Klage das Verfahren einleitet, treffen höhere Diligenzpflichten als den Beklagten. Ist es für den Kläger absehbar, dass er seinen Anspruch nur durch Erhebung einer Klage durchsetzen können wird, so hat er schon aufgrund der ihm nach § 226 ZPO auferlegten Behauptungspflicht, alle ihm aufgrund seiner ihm zumutbaren persönlichen Einsicht zugänglichen Tatsachen und Beweismittel zur Prozessführung zusammenzutragen.²²¹ Jedenfalls ist das Ausmaß der prozessualen Diligenzpflicht des Klägers in Relation zu allfälligen zeitlichen Beschränkungen zu setzen, wie sie sich beispielsweise aus den Klagefristen ergeben.²²² Da, abgesehen von Ausnahmefällen²²³, grundsätzlich niemand damit rechnen muss, geklagt zu werden und somit eine umfassende Prozessvorbereitung nicht vorausgesetzt werden kann, ist die prozessuale Diligenzpflicht aufseiten des Beklagten erheblich niedriger.²²⁴

Nach Beginn des Vorprozesses erhöhen sich die Anforderungen an die prozessuale Diligenzpflicht der Parteien.²²⁵ Es kommt zu einer Angleichung der Diligenzpflicht von Kläger und Beklagtem, da beide ab diesem Zeitpunkt verpflichtet sind, im selben Umfang an der vollständigen Ermittlung des Prozessstoffes mitzuwirken.²²⁶ Ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO liegt somit nach der Rsp beispielsweise vor, wenn die Partei ihr zur Verfügung stehende Beweismittel nicht geltend macht, von denen sie erwarten musste, dass sie entscheidungserhebliche Tatsachen nachweisen können.²²⁷ Ein Verstoß gegen die Verpflichtung des § 178 ZPO ist nach

²²⁰ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2067.

²²¹ *Fasching*, Kommentar IV § 530 Abs. 2 ZPO 518 Anm.28

²²² *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 530 ZPO Rz 207.

²²³ Vgl OGH 6Ob178/71 =MietSlg 23672; RIS-Justiz RS0044511, wonach dieser Grundsatz nicht angewendet werden könne, wenn jemand auf unbestimmte Zeit ohne Angabe seiner Anschrift ins Ausland verreist, obwohl er wusste oder berücksichtigen musste, dass in nächster Zeit eine Schulde fällig werde.

²²⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2067; OGH 6Ob178/71 =MietSlg 23672; RIS-Justiz RS0044511.

²²⁵ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 530 Rz 209.

²²⁶ *Fasching*, Kommentar IV § 530 Abs 2. ZPO. Anm.28.

²²⁷ OGH 22.12.2008, 10 Ob 106/08y.

Ansicht des OGH ebenso als Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO zu qualifizieren.²²⁸ Selbiges gilt, wenn die Partei der Rügepflicht nach § 196 Abs 1 ZPO nicht nachkommt. Ein Verstoß gegen die Rügepflicht stellt dem OGH zu Folge nur dann keine Verletzung der prozessualen Diligenzpflicht dar, wenn mit prozesstaktischer Sicherheit feststünde, dass auch bei Nachkommen der Rügepflicht eine Erweiterung der Beweisergebnisse nicht erzielt hätte werden können.²²⁹

Auch in der Phase nach Beginn des Vorprozesses hat die rechtskundig vertretene Partei einen wesentlich höheren Grad an prozessualer Diligenzpflicht einzuhalten. Einer rechtsfreundlich nicht vertretenen Partei kann ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO nur angelastet werden, wenn sie durch richterliche Manduktion über die von ihr einzuhaltende Diligenzpflicht aufgeklärt wurde.²³⁰

Selbst nach Fällung des Urteils im Vorprozess trifft die Partei eine prozessuale Diligenzpflicht. Voraussetzung für die Anwendung dieser nachprozessualen Diligenzpflicht ist allerdings, dass die Partei sich dazu entschließt, eine Wiederaufnahmsklage zu erheben.²³¹ Fasst die Partei noch während des laufenden Vorprozesses den Entschluss die Wiederaufnahmsklage zu erheben, so ist – da die Partei anwaltlich vertreten ist – an die prozessuale Diligenzpflicht ein strengerer Maßstab anzulegen. Nach Abschluss des Vorprozesses ist von dem Maßstab einer nicht rechtsfreundlich vertretenen Partei auszugehen.

Das Maß der prozessualen Diligenzpflicht wird auch durch die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse der Parteien bestimmt. So kann beispielsweise von einem Arzt in einem Schadenersatzprozess aufgrund einer nicht lege artis durchgeführten Operation eher verlangt werden, die Entscheidungsrelevanz bestimmter Tatsachen oder Beweismittel zu erkennen, als von einem medizinischen Laien.²³² Die anzuwendende prozessuale Diligenzpflicht richtet sich letztlich immer nach, der von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängigen, zumutbaren Sorgfalt.²³³

²²⁸ OGH 05.06.1957, 7 Ob 263/57.

²²⁹ OGH 15.12.1998, 1 Ob 270/98g.

²³⁰ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 213.*

²³¹ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757 ff).

²³² So auch in OGH 24.05.1995, 2 Ob 537/95.

²³³ OGH 27.11.2014, 2 Ob 197/14f; vgl auch RIS-Justiz RS0111578.

4.2 Verfahrensrechtliche Behandlung des Verschuldens

Die Gerichte haben das Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO von Amts wegen zu beachten.²³⁴ Da es eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Bewilligung der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ist, kann es in jeder Lage des Verfahrens aufgegriffen werden.²³⁵ Dem Wiederaufnahmskläger kommt die Behauptungs- und Beweislast zu, dass ihn kein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO an der verspäteten Geltendmachung der Tatsachen oder Beweismittel trifft.²³⁶ Er hat schon in der Wiederaufnahmsklage zu erläutern, dass und aus welchem Grund er ohne Verschulden nicht in der Lage war, die neuen Tatsachen oder Beweismittel bereits im Hauptprozess vorzubringen. Die bloße Behauptung des fehlenden Verschuldens im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO, ohne diese näher auszuführen und Tatsachen vorzubringen, aufgrund derer die Verschuldensfrage beurteilt werden kann, genügt nicht. Unzulängliche Ausführungen zum fehlenden Verschulden machen die Wiederaufnahmsklage un schlüssig und haben die Zurückweisung durch Beschluss bereits im Vorprüfungsverfahren zur Folge.²³⁷ Die Wiederaufnahmsklage ist klarerweise ebenso un schlüssig, wenn sie überhaupt keine Anhaltspunkte enthält, dass die mit ihr geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel im Vorprozess ohne Verschulden der Partei gar nicht vorgebracht werden konnten. In einem solchen Fall wird nicht einmal ein Wiederaufnahmsgrund vorgebracht. Infolgedessen hat das Gericht die Klage dann bereits im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss zurückzuweisen.²³⁸ Ebenso im Vorprüfungsverfahren zurückzuweisen ist eine Wiederaufnahmsklage, wenn sich das Verschulden an der verspäteten Geltendmachung der Tatsachen und Beweismittel schon aus den als zutreffend angenommenen Tatsachenbehauptungen des Wiederaufnahmsklägers ergibt.²³⁹

Leidet das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers unter keiner der genannten Fehler, so wird die Beurteilung, ob ein Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO

²³⁴ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2067.

²³⁵ OGH 17.01.2001, 6 Ob 127/00w; vgl auch RIS-Justiz RS0044527.

²³⁶ OGH 2Ob230/06x EvBl 2007/128.

²³⁷ OGH 07.04.2011, 2 Ob 47/11t.

²³⁸ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 530 Rz 220; so auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2067.

²³⁹ OGH 3 Ob 186/04f MietSlg 56.774; vgl auch RIS-Justiz RS0044558.

vorliegt, im Aufhebungsverfahren in der mündlichen Verhandlung vorgenommen.²⁴⁰ Die Wiederaufnahmsklage kann auch dann noch zurückgewiesen werden, wenn sich erst im Zuge der mündlichen Verhandlung ergibt, dass eine Zurückweisung bereits im Vorprüfungsverfahren hätte erfolgen müssen.²⁴¹

Die nachprozessuale Diligenzpflicht wird verfahrensrechtlich gleich zu behandeln sein wie das mangelnde Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die nachprozessuale Diligenzpflicht aus § 530 Abs 2 ZPO ableiten lässt.²⁴²

4.3 Das Verschulden beim Sachverständigenbeweis als Wiederaufnahmsgrund

Beim SV-Beweis gilt es zu berücksichtigen, dass es den Parteien zumeist an der notwendigen Sach- und Fachkunde fehlt, die Entscheidungsrelevanz bestimmter Tatsachen und Beweismittel zu erkennen. Daher gilt es vor allem beim SV-Beweis besonders genau zu prüfen, ob der Grundsatz, dass einer Partei nur dann ein Verstoß gegen die prozessuale Diligenzpflicht vorgeworfen werden kann, wenn es ihr ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die Relevanz des Beweismittels für den konkreten Rechtsstreit zu erkennen, eingehalten wird.²⁴³ Die Anforderungen an die prozessuale Diligenzpflicht dürfen somit auf keinen Fall zu hoch angesetzt werden.²⁴⁴

In der Rsp lassen sich nicht allzu viele E finden, die das Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO im Zusammenhang mit dem SV-Beweis thematisieren. Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass der OGH in Bezug auf den SV-Beweis eine äußerst restriktive Auslegung des Tatbestands des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO vornimmt.²⁴⁵ Ist das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers nämlich bereits abstrakt ungeeignet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen – so beispielsweise wenn er lediglich ein abweichende Schlussfolgerungen aufweisendes SV-GA geltend macht²⁴⁶ oder die Befangenheit des gerichtlichen SV behauptet²⁴⁷ – dann begnügt

²⁴⁰ OGH 08.03.2001, 8 Ob 272/00h; vgl auch RIS-Justiz RS0044639.

²⁴¹ OGH 24.05.1995, 2Ob537/95.

²⁴² *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

²⁴³ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k. vgl auch RIS-Justiz RS0106894.

²⁴⁴ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 204.

²⁴⁵ Vgl dazu unter 3.

²⁴⁶ OGH 21.01.1986, 2 Ob 677/85; OGH 06.12.2000, 9 Ob 299/00m; vgl auch RIS-Justiz RS0044834.

sich der OGH eben idR mit der Feststellung dieser fehlenden Eignung, ohne auf ein allfälliges Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO einzugehen.²⁴⁸ Zum anderen liegt es daran, dass es von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt, ob den Wiederaufnahmskläger ein Verschulden nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO trifft.²⁴⁹ Da der Auslegung der Umstände des Einzelfalls oftmals keine über den konkreten Rechtsstreit hinausgehende Bedeutung zukommt und somit die Zulässigkeitsvoraussetzung der Rev nach § 502 Abs 1 ZPO bzw jene des RevRek nach § 528 Abs 1 ZPO nicht erfüllt sind, kann in solchen Fällen nicht mit Äußerungen des OGH zu einem allfälligen Verschulden gem § 530 Abs 2 ZPO gerechnet werden.²⁵⁰

Wie bereits erwähnt, erfüllt ein nachträgliches GA nur dann den Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn es unter Anwendung einer neuen wissenschaftlichen Methode erstellt wurde²⁵¹ oder die unvollständigen Befundgrundlagen des GA des im Vorprozess zuständigen SV ergänzt bzw richtigstellt²⁵².

Im Falle des nachträglich beigebrachten, auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden SV-GA ist ein Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO an der erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz erfolgten Geltendmachung des Beweismittels bzw der damit bewiesenen Tatsachen denkunmöglich.²⁵³ Denn nach Ansicht des OGH ist eine wissenschaftliche Methode nur dann neu, wenn sie zum Zeitpunkt, der Gutachtenerstellung durch den SV im Vorprozess, noch nicht bekannt war.²⁵⁴ Daher ist eine Geltendmachung eines solchen Beweismittels vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz mangels Existenz desselben nicht möglich. Allerdings hat die Partei ab dem

²⁴⁷ OGH 7Ob28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67; vgl auch RIS-Justiz RS0040662.

²⁴⁸ Dies liegt daran, dass die Frage, ob ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO vorliegt im Regelfall erst im Aufhebungsverfahren im Rahmen einer mündlichen Verhandlung, geklärt wird – vgl OGH 08.03.2001, 8 Ob 272/00h; RIS-Justiz RS0044639.

²⁴⁹ OGH 03.03.2015, 1 Ob 3/15w; vgl auch RS0111578.

²⁵⁰ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 203.

²⁵¹ OGH 10 ObS 91/87 SSV - NF 1/40.

²⁵² OGH 9 Ob 7/05b RdM 2005,120.

²⁵³ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

²⁵⁴ OGH 18.02.1999, 10 ObS 394/98h.

Willensentschluss, die E des Vorprozesses mit einer Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu bekämpfen, wiederum eine prozessuale Diligenzpflicht einzuhalten.²⁵⁵

Stützt der Wiederaufnahmskläger sein Begehren auf ein nachträgliches SV-GA, das die Befundergebnisse des im Vorprozess erstatteten Gerichts-GA ergänzen bzw berichtigen soll²⁵⁶, so kann ihn sehr wohl ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO an der verspäteten Geltendmachung des Beweismittels bzw der sich aus diesem ergebenden Tatsachen treffen.

4.3.1 Das Verschulden beim Wiederaufnahmsgrund der Unvollständigkeit der Befundgrundlagen

Mit dieser Frage setzt sich der OGH in der E²⁵⁷ auseinander. In diesem Fall beehrte die Klägerin des Vorprozesses die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit der Begründung, sie habe erst durch ein GA eines Facharztes, welches auf in der Beweisaufnahme im Vorverfahren nicht berücksichtigten Röntgenbildern beruhte, Kenntnis davon erlangt, dass den Ärzten bei der primären Behandlung ein Kunstfehler unterlaufen sei. Mangels Wissen über die Erheblichkeit der Röntgenbilder habe sie diese nicht schon im Vorprozess als Beweismittel geltend gemacht. Der gerichtliche SV habe im Verfahren nie angedeutet, dass die Röntgenbilder erheblich sein könnten.

Das ErstG führte aus, die Wiederaufnahmsklägerin habe vor Verhandlungsschluss erster Instanz von der Existenz der Röntgenbilder gewusst und wäre auch imstande gewesen, diese zu beschaffen. Daher habe sie gegen ihre Verpflichtung zur Mitwirkung an der Stoffsammlung verstoßen. Nach Ansicht des BerG könne der Wiederaufnahmsklägerin aus der Nichtvorlage der Röntgenbilder im Vorprozess kein Verschuldensvorwurf gemacht werden. Weder die von der Wiederaufnahmsklägerin selbst beigezogenen Ärzte noch der medizinische SV haben erkannt, dass durch Begutachtung der Röntgenbilder weitere Erkenntnisse hätten erzielt werden können. Auch wenn es nahe läge, zum Nachweis eines Behandlungsfehlers Röntgenbilder vorzulegen, müsse dies anders beurteilt werden, wenn wie im vorliegenden Fall

²⁵⁵ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (757).

²⁵⁶ OGH 9 Ob 7/05b RdM 2005,120.

²⁵⁷ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k; Genauere Angaben zum Sachverhalt s 3.5.2.

mehrere sachkundige Personen die Durchsicht der Röntgenbilder für nicht erforderlich hielten. Der OGH teilte die Auffassung des BerG, mit dem Hinweis, dass ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO nur dann vorliege, wenn die Bedeutung der Tatsachen und Beweismittel ohne weiteres erkennbar gewesen wäre.

Der Auffassung des BerG und des OGH ist mE zuzustimmen. Da die Wiederaufnahmsklägerin anwaltlich vertreten war, ist bei ihr ein strengerer Maßstab an die prozessuale Diligenzpflicht anzusetzen, als bei einer nicht rechtskundig vertretenen Partei.²⁵⁸ Dennoch kann ein Diligenzverstoß nur angenommen werden, wenn die im Einzelfall zumutbare Sorgfalt nicht eingehalten wird.²⁵⁹ Auch von einer rechtsfreundlich vertretenen Partei können keine dem Fachwissen eines SV entsprechenden Kenntnisse verlangt werden. Erkennen selbst mehrere Fachleute die Entscheidungsrelevanz der Röntgenbilder nicht, kann man dies auch nicht von der Wiederaufnahmsklägerin verlangen. Die Wiederaufnahmsklägerin hat somit die zumutbare Sorgfalt nach § 530 Abs 2 ZPO iVm § 1297 ABGB nicht verletzt. Es liegt kein Verstoß gegen die prozessuale Diligenzpflicht vor.

Eine wesentlich strengere Haltung nahm der OGH in der E²⁶⁰ ein. Im Vorprozess begehrte die Klägerin Schadenersatz aufgrund eines Verkehrsunfalls. Das ErstG wies das Klagebegehren aufgrund eines verkehrstechnischen GA ab. Der SV stellte fest, dass die Klägerin unter Verletzung des Vorrangs des Beklagten von einem Radweg plötzlich auf die Fahrbahn abgebogen sei, dabei vom Pkw des Beklagten erfasst worden und mit dem Fahrrad nach links umgestürzt sei, wobei der Beklagte die Kollision trotz prompter Reaktion nicht verhindern habe können. Die Klägerin erhob, gestützt auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, die Wiederaufnahmsklage mit der Behauptung, sie habe, ohne, dass es ihr vorwerfbar wäre, erst am 25.10.2013 davon Kenntnis erlangt, dass das beim Unfall beschädigte Fahrrad auch an der rechten Seite an mehreren Stellen abgeschürft sei. Wären diese Tatsachen dem SV bekannt gewesen, hätte er zwingend davon ausgehen müssen, dass die Klägerin nach rechts gestürzt sei. Er hätte keineswegs festgestellt, dass es in aufrechter Position zur Kollision gekommen sei. Vielmehr wäre von einer Reaktionsverletzung des Beklagten

²⁵⁸ OGH 3Ob108/14z Jus-Extra OGH-Z 5654 = EvBl-LS 2014/175.

²⁵⁹ OGH 27.11.2014, 2 Ob 197/14f.

²⁶⁰ OGH 27.11.2014, 2 Ob 197/14f.

oder von einer diesbezüglich für diesen nachteiligen Negativfeststellung auszugehen gewesen.

Sowohl das ErstG als auch das BerG wiesen die Wiederaufnahmsklage im Aufhebungsverfahren ab. Das BerG führte aus, dass der Klägerin der ihr obliegende Beweis des mangelnden Verschuldens nach § 530 Abs 2 ZPO nicht gelungen sei, da sie von der Relevanz der Beschädigungen am Fahrrad für die Rekonstruktion des Unfallgeschehen hätte wissen müssen. Die von der Wiederaufnahmsklägerin erhobene Rev wies der OGH wegen des Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage gem § 502 ZPO zurück. Er hielt fest, dass ein Verschulden des Wiederaufnahmsklägers nur dann nicht vorliege, wenn er trotz sorgsamer Prozessvorbereitung von den neuen Tatsachen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt. Eine nachträglich erkannte Fehleinschätzung des Beweiswerts eines nicht vorgebrachten Beweismittels könne nicht zur Wiederaufnahme nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO führen, da die Wiederaufnahmsklage nicht dazu bestimmt sei, dass die Parteien von ihnen begangene Fehler in der Prozessführung beheben können. Obwohl unmittelbar nach dem Unfall polizeiliche Ermittlungen durchgeführt worden seien²⁶¹, könne der Klägerin das unterlassene Vorbringen bzw. Beweisanbot im Hauptprozess vorgeworfen werden. Die polizeilichen Ermittlungen hätten sich bloß auf das Strafverfahren bezogen.

Sowohl die Vorinstanzen als auch der OGH haben mE falsch entschieden. Ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO kann nur dann angenommen werden kann, wenn es der Partei ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die Entscheidungsrelevanz der Tatsachen und Beweismittel zu erkennen.²⁶² In der E²⁶³ sprach der OGH aus, dass der SV kraft des Sachverständigeneides verpflichtet sei, sein GA auf dem letzten Stand der Wissenschaft abzugeben und alle notwendigen oder zweckdienlichen Untersuchungen anzuregen oder vorzunehmen. Hätte sich der SV von der Untersuchung des Fahrrads Erkenntnisse zur Klärung des Unfallhergangs versprochen, hätte er das Gericht darauf hinweisen müssen. Da er dies unterlassen hat, ist davon auszugehen, dass er die Entscheidungsrelevanz der Besichtigung des Fahrrads genauso wie die Wiederaufnahmsklägerin verkannt hatte.

²⁶¹ Das Fahrrad wurde von der Polizei direkt nach dem Unfall fotografiert, besichtigt und im Abschlussbericht beschrieben.

²⁶² OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96; vgl auch RIS-Justiz RS0106894.

²⁶³ OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46=SV 2013,139.

An dieser Stelle lässt sich im konkreten Fall ein einfacher Größenschluss ziehen. Erkennt nicht einmal der verkehrstechnische SV – trotz seiner Fachkenntnisse – die Relevanz der Untersuchung des Fahrrads zur Klärung des Unfallhergangs, so kann dies auch nicht von der Klägerin als Laiin verlangt werden. Dies gilt auch für eine anwaltlich vertretene Partei. Der Klägerin war es somit nicht zumutbar, die von ihr in der Wiederaufnahmsklage geltend gemachten Tatsachen vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz im Hauptprozess vorzubringen. Ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO kann ihr nicht zu Last gelegt werden.

Die vom OGH in der vorliegenden Rechtssache zum Ausdruck gebrachte Auffassung, die Wiederaufnahme sei nicht dazu bestimmt, dass die Parteien von ihnen in Prozessführung begangene Fehler ausbessern können, ist äußerst missverständlich und kann streng genommen in dieser Fassung nicht aufrechterhalten werden. Diese Formulierung erwecke, wie *Jelinek* ausführt, den Eindruck auch unverschuldete Fehler verhindern die Bewilligung der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO.²⁶⁴ Da die Bestimmung des § 530 Abs 2 ZPO ausdrücklich von „Verschulden“ spricht, wäre eine derartige Auslegung vom Gesetz nicht gedeckt und somit nicht zulässig.

Auch wenn der Schwerpunkt der bereits unter 3.5.2 besprochenen E²⁶⁵ in der Behandlung der dem Wiederaufnahmskläger zukommenden Behauptungs- und Beweislast liegt, lohnt sich ihre Darstellung auch in diesem Zusammenhang, da hinsichtlich des Verschuldens nach § 530 Abs 2 ZPO eine den E²⁶⁶ vergleichbare Situation vorliegt. Im vorliegenden Fall beehrte die Klägerin ebenfalls die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit der Behauptung, das im Hauptprozess erstattete SV-GA beruhe auf einer unvollständigen Grundlage. Sie stützte sich auf die Ergebnisse einer nachträglich durchgeführten funktionellen Kernspintomografie.

Das RekG führte aus, dass die Klägerin keinerlei Tatsachenbehauptungen aufgestellt habe, warum ihr nicht schon im Vorprozess die Einholung eines Privat-GA über die Ergebnisse einer funktionellen Kernspintomografie oder die Erhebung eines Beweisantrages zur Durchführung einer solchen Untersuchung möglich gewesen

²⁶⁴ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 202.

²⁶⁵ OGH 2Ob230/06x EvBI 2007/128.

²⁶⁶ OGH 18.12.1996, 6Ob2159/96k ;OGH 27.11.2014, 2Ob197/14f.

wäre. Es fehle somit an der Behauptung, warum die Geltendmachung der mit der Wiederaufnahmsklage vorgebrachten Beweismittel im Hauptprozess ohne Verschulden der Klägerin nicht möglich gewesen wäre.²⁶⁷ Der OGH widersprach dem RekG. Da die Wiederaufnahmsklägerin geltend mache, dass die Unvollständigkeit der Entscheidungsgrundlagen im Hauptprozess nicht ihrer Sphäre, sondern jener des SV, von dem die Kenntnis der für die Erstellung eines richtigen SV-GA notwendigen Untersuchungsmethoden erwartet werden könne, zuzurechnen sei, bedürfe es keiner detaillierten Behauptungen, aus welchem Grund die Klägerin nicht schon im Hauptprozess die Durchführung einer funktionellen Kernspintomografie beantragt habe. Das Vorbringen der Wiederaufnahmsklägerin, der SV habe es verabsäumt, eine funktionelle Kernspintomografie anzuordnen und daraus resultiere die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen, sei bei lebensnaher Betrachtung dahin zu verstehen, dass sie als medizinische Laiin erst später von der anderen Untersuchungsmethode erfahren habe. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen habe die Klägerin daher ausreichende Behauptungen zum fehlenden Verschulden aufgestellt. Im Ergebnis sprach der OGH aus, dass die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben seien und dem ErstG die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens über die Wiederaufnahmsklage unter Abstandhaltung der gebrauchten Zurückweisungsgründe aufzutragen sei.

Dabei handelt es sich um eine äußerst großzügige E des OGH. Dies ist grundsätzlich sehr erfreulich, da die Rsp ansonsten eine sehr strenge Haltung zum Verschulden gem § 530 Abs 2 ZPO einnimmt. Es gilt allerdings auf die Gefahr hinzuweisen, dass die vom OGH in der vorliegenden E vertretene Auffassung der Wiederaufnahmsklägerin die Möglichkeit verschafft, sich durch das Vorbringen, der SV trage die alleinige Verantwortung an der Unvollständigkeit der Entscheidungsgrundlagen, von der ihr zukommenden Behauptungs- und Beweislast für ein fehlendes Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO zu befreien.

Das ErstG sollte richtigerweise zum Ergebnis gelangen, dass die Wiederaufnahmsklägerin kein Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO an der verspäteten Geltendmachung der Ergebnisse der funktionellen Kernspintomografie trifft. Ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO liegt nur dann vor, wenn es der Partei

²⁶⁷ Das ErstG wies ebenso daraufhin, dass die Wiederaufnahmsklägerin nicht dargelegt habe, dass sie den Befundbericht nicht schon im Hauptprozess erlangen hätte können.

ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die Bedeutung der Tatsachen und Beweismittel zu erkennen.²⁶⁸ Von der Klägerin als medizinische Laiin kann schon die Kenntnis der Existenz der Untersuchungsmethode der funktionellen Kernspintomografie nicht verlangt werden. Umso weniger kann von ihr gefordert werden, dass sie über die mit dieser Untersuchungsmethode potenziell erzielbaren Ergebnisse Bescheid weiß. Nur dieses Wissen hätte ihr die Möglichkeit verschafft, die Entscheidungsrelevanz der Untersuchungsmethode zu erkennen. Selbst bei einer rechtsanwaltlich vertretenen Partei wird man keine dem Fachwissen des SV entsprechenden Kenntnisse voraussetzen können. Da im vorliegenden Fall nicht einmal, der SV als ausgebildeter Experte erkannt hat, dass sich aus einer funktionellen Kernspintomografie zusätzliche Erkenntnisse zur Beurteilung der Verletzungen der Wiederaufnahmsklägerin ergeben hätten, kann dies umso weniger von der Klägerin selbst verlangt werden. Die Wiederaufnahmsklägerin hat daher die prozessuale Diligenzpflicht nicht verletzt.

Beruhet somit die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einem Fehler des gerichtlichen SV, so wird der Partei an der verspäteten Geltendmachung der Tatsachen und Beweismittel nach der hier vertretenen Meinung **zumeist** kein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO zu Last gelegt werden können. Dies gilt natürlich nicht, wenn die Partei selbst sachverständig im Sinne des § 1299 ABGB ist und somit höhere Anforderungen an die von ihr anzuwendende prozessuale Diligenzpflicht gestellt werden können.²⁶⁹ Zu Bedenken gilt, dass sich die zumutbare Sorgfalt immer noch nach den Umständen des Einzelfalls richtet.²⁷⁰ Ein Fehler des SV des Vorprozesses bedeutet nicht zwangsläufig ein mangelndes Verschulden der Partei nach § 530 Abs 2 ZPO.²⁷¹

²⁶⁸ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k; vgl auch RIS-Justiz RS0106894.

²⁶⁹ OGH 24.05.1995, 2 Ob 537/95.

²⁷⁰ OGH 27.11.2014, 2 Ob 197/14f; vgl auch RIS-Justiz RS0111578.

²⁷¹ Überlegungen zur nachprozessualen Diligenzpflicht beim Wiederaufnahmsgrund der Unvollständigkeit der Befundgrundlagen – s 5.4.3.

4.3.2 Das Verschulden bei einem auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden Gutachten als Wiederaufnahmsgrund

In der E²⁷² wurde im Vorprozess am 13.08.1981 aufgrund forensischer SV-GA vom ErstG die Vaterschaft sowie daraus abgeleitet die Unterhaltspflicht des Klägers festgestellt. Das ErstG begnügte sich für die Feststellung der Vaterschaft des Klägers mit einer Wahrscheinlichkeit von 78%. Am 17.04.2014 begehrte der Kläger die Wiederaufnahme des Verfahrens. Ein von ihm am 13.03.2014 in Auftrag gegebenes, und ihm am 17.03.2014 zugestelltes Abstammungsgutachten auf Basis einer DNA-Analyse, ergab, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen sei.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage wegen Verfristung mit Beschluss (a limine) zurück.²⁷³ Der OGH hielt den vom Wiederaufnahmskläger erhobenen RevRek sowohl für zulässig als auch für berechtigt.²⁷⁴

Der OGH stellte zunächst fest, dass es sich beim nachträglich vorgebrachten DNA-GA um einen tauglichen Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO handle.²⁷⁵ Zu einem allfälligen Diligenzverstoß führte er aus: Aus dem Fehlen einer dem § 530 Abs 2 ZPO entsprechenden Bestimmung im Zusammenhang mit der auf Kenntnis und nicht auf Kennen können abzielenden Vorschrift des § 534 Abs 2 Z 4 ZPO ergebe sich, dass den Wiederaufnahmskläger keine Verpflichtung zukomme, nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess weitere Nachforschungen schon beim Bestehen vager, eine Wiederaufnahmsklage für sich nicht rechtfertigender Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Wiederaufnahmsgrundes vorzunehmen. Ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO sei nur beachtlich, als es die Geltendmachung des Beweismittels vor Schluss der Verhandlung erster Instanz im Vorprozess verhindere. Da es die DNA-Analyse zu diesem Zeitpunkt noch nicht gab, könne den Kläger auch kein Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO treffen. Aus den

²⁷² OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

²⁷³ Das ErstG hielt die relative Klagefrist gem § 534 Abs 1 ZPO für abgelaufen, wohingegen das RekG die Ansicht vertrat die absolute Klagefrist nach § 534 Abs 3 ZPO sei bereits verstrichen gewesen.

²⁷⁴ Zu den Ausführungen des OGHs zur vermeintlichen Verfristung der Klage s 5.4.1.

²⁷⁵ Allerdings gilt es zu bedenken, dass es sich bei DNA-GA um ein Privat-GA handelt. Den eigentlichen Wiederaufnahmsgrund bildet das im Aufhebungsverfahren einzuholende Gericht-GA – s bereits unter 3.1.

Klagebehauptungen ergebe sich beim Kläger auch keine besondere Verdachtslage gegen die Richtigkeit des Urteils im Vorprozess. Denkbare Zweifel im Vorprozess an der Vaterschaft, wegen der geringen Wahrscheinlichkeit (78%) dafür, seien nicht ausreichend, um eine Obliegenheit zur Nachforschung zu begründen.

Diese Ansicht wurde vom OGH in der E²⁷⁶ wiederholt. Im Vorprozess wurden die Vaterschaft des Wiederaufnahmsklägers zur nunmehrigen Wiederaufnahmsbeklagten und die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Unterhaltszahlung festgestellt. Am 14.02.2014 habe der Wiederaufnahmskläger auf Drängen seiner Tochter die Einholung eines DNA-GA über die Vaterschaft zur Beklagten in Auftrag gegeben. Dieses GA, welches ihm am 20.03.2014 zugekommen sei, habe zu dem völlig überraschenden Ergebnis geführt, dass er als Vater der Wiederaufnahmsbeklagten ausgeschlossen sei.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage wegen Verfristung im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück.

Der OGH stellte zunächst die Eignung des DNA-GA fest, die Wiederaufnahme des Verfahren gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.²⁷⁷ Zu einem möglichen Diligenzverstoß führte er aus: Dem Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers könne kein konkreter Verdacht gegen die Richtigkeit des Urteils des Vorprozesses entnommen werden. Der Geschlechtsverkehr mit der Mutter innerhalb der gesetzlichen Vermutungsfrist sei unstrittig gewesen und das Verfahrensergebnis sei – neben Zeugenaussagen – auf einem den damaligen wissenschaftlichen Möglichkeiten entsprechenden GA gegründet gewesen. Mangels konkreter Zweifel treffe ihn keine Pflicht zur Nachforschung nach neuen wissenschaftlichen Methoden oder zur Erteilung eines Gutachtenauftrages mit dem Ziel, seine Vaterschaft doch noch zu widerlegen.

Die in den E²⁷⁸ vertretene Ansicht ist richtig. Wie bereits unter 4.1 ausgeführt, hat eine Partei, nachdem sie den Entschluss fasst eine Wiederaufnahmsklage zu

²⁷⁶ OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107.

²⁷⁷ Den eigentlichen Wiederaufnahmegrund bildet wiederum das im Aufhebungsverfahren einzuholende Gerichts-GA – s 3.1.

²⁷⁸ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90; OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107.

erheben, wiederum eine prozessuale Diligenzpflicht einzuhalten. Diese beinhaltet auch die Pflicht, alle **zumutbaren** Erhebungen zur Ausforschung von Tatsachen und Beweismitteln durchzuführen. Da die Partei mit Abschluss des Vorprozesses nicht mehr anwaltlich vertreten ist, dürfen die Anforderungen an die prozessuale Diligenzpflicht nicht überspannt werden.²⁷⁹

Vom Wiederaufnahmskläger wird man nur dann verlangen können Nachforschungen anzustellen, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der E des Vorprozesses vorliegen. Keinesfalls muss der Wiederaufnahmskläger schon bei vagen Hinweisen bei sonstigem Verlust der Möglichkeit der Erhebung einer Wiederaufnahmsklage Nachforschungen anstellen.²⁸⁰ So stellt es keine Verletzung der prozessualen Diligenzpflicht dar, wenn ein Wiederaufnahmskläger zwar an der Richtigkeit der E zweifelt, mangels konkreter Anhaltspunkte²⁸¹ aber keine Nachforschungen anstellt.²⁸² Auf keinen Fall kann einem Wiederaufnahmskläger ein Diligenzpflichtverstoß vorgeworfen werden, der sich auf die Richtigkeit der im Vorprozess ergangenen E verlässt und lediglich auf Initiative seiner Tochter, beginnt, Nachforschungen anzustellen.²⁸³

4.3.3 Das Verschulden bei der Wiederaufnahmsklage aufgrund eines abweichenden Gutachten

Obwohl im Vorhinein klar ist, dass Wiederaufnahmskläger, die sich bloß auf ein abweichende Schlussfolgerungen enthaltendes SV-GA stützen, keinen Erfolg haben können²⁸⁴, lohnt sich die Darstellung der folgenden E dennoch, da sich aus ihnen wichtige Erkenntnisse zur Auslegung des § 530 Abs 2 ZPO im Zusammenhang mit dem SV-Beweis durch den OGH ableiten lassen.²⁸⁵

²⁷⁹ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBI 2015/107 (757).

²⁸⁰ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 S 23 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/87.

²⁸¹ Eine bloß 78% Vaterschaftswahrscheinlichkeit stellt keinen ausreichenden Anhaltspunkt dar.

²⁸² OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90; *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBI 2015/107 (758).

²⁸³ OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107; *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBI 2015/107 (758).

²⁸⁴ OGH 21.01.1986, 2 Ob 677/85; OGH 06.12.2000, 9 Ob 299/00m; RIS-Justiz RS0044834.

²⁸⁵ Dies, obwohl solche Vorbringen mangels Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bereits im Vorprüfungsverfahren zurückzuweisen

Im Vorprozess der E²⁸⁶ beehrte der Kläger Schadenersatz von der Beklagten aufgrund eines bei einer Zahnbehandlung eingetretenen Narkosefehlers. Das ErstG traf basierend auf dem GA des gerichtlichen SV folgende Feststellungen: Das von der Beklagten benutzte Narkosegerät erfülle nicht die in der seit 01.06.1988 gültigen Ö- Norm K 2003 aufgestellten Voraussetzungen. Die Überwachung des Patienten durch die Beklagte entspreche nicht der Empfehlung der Ögari (Österreichischen Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivtherapie). Den Empfehlungen zufolge solle bei einer Vollnarkose die Möglichkeit eines kontinuierlich zu messenden Herzkreislaufparameters entweder durch ein EKG mit entsprechendem EKG-Monitor oder durch die Sauerstoffspannung im Blut durch einen sogenannten Pulsoxymeter vorhanden sein. Ein angelegtes EKG hätte sowohl den Funktionsausfall des Herzens angezeigt, als auch Aufschlüsse über die Art des Funktionsausfalls gegeben. Je nach Art des Funktionsausfalls hätte es bei der Reanimation unterschiedlicher Pharmaka und einer unterschiedlichen Vorgehensweise benötigt. Zudem entspreche die Verwendung des Präparats Alupent nicht dem heutigen Stand der Wissenschaft. Die Wiederaufnahmsklägerin erhob daraufhin zwei Wiederaufnahmsklagen, in denen sie zusammengefasst folgendes vorbrachte:

Die vom SV verwendete Ö-Norm K 2003 habe sich nicht auf das im vorliegenden Fall verwendete Narkosegerät bezogen, zudem sei die Empfehlung der Ögari erst im Jahr 1992 publiziert worden und das verwendete Medikament Alupent sei im Jahre 1988 noch von der Literatur empfohlen und regelmäßig eingesetzt worden. Bezüglich des Verschuldens nach § 530 Abs 2 ZPO brachte die Wiederaufnahmsklägerin vor, sie habe aufgrund der hohen Reputation des gerichtlichen SV auf dessen Ausführungen vertraut.

Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage bereits im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück.²⁸⁷ Das RekG hob den Beschluss des ErstG auf und trug

wären und die Prüfung des mangelnden Verschuldens im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO erst im Aufhebungsverfahren in der mündlichen Verhandlung, zu erfolgen hat – s ausführlich unter 2.5.

²⁸⁶ OGH 24.05.1995, 2Ob537/95.

²⁸⁷ Das ErstG bejahte ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO an der verspäteten Geltendmachung der in den Wiederaufnahmsklage vorgebrachten Tatsachen. Es stellte fest, dass es der Wiederaufnahmsklägerin aufgrund ihrer Fachkenntnisse möglich gewesen wäre, entsprechende

ihm die neuerliche Verhandlung und E über die Wiederaufnahmsklage auf. Es folgte der Argumentation der Wiederaufnahmsklägerin, wonach sie kein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO an dem verspäteten Vorbringen treffe, da sie auf die besondere fachliche Autorität des gerichtlichen SV hätte vertrauen dürfen. Es sei zwar von der Rsp vertreten worden, dass ein nachträgliches SV-GA keinen Wiederaufnahmsgrund darstelle, dabei sei allerdings darauf abgestellt worden, dass sich die Unrichtigkeit aus nachträglich entstandenen Tatsachen ableiten lasse. Mache die Wiederaufnahmsklägerin jedoch Tatsachen geltend, die der SV, und daraufhin das Gericht, trotz ihres Bestehens nicht beachtet haben, so könne dieses Vorbringen die Wiederaufnahmsklage begründen. Der OGH sprach aus, dass dem gegen die E des RekG erhobenen RevRek stattzugeben und die E des ErstG wiederherzustellen sei. Er stellte zunächst fest, dass die Klägerin als Fachärztin für Anästhesie sachverständig im Sinne des § 1299 ABGB sei. Bei der Prüfung des Verschuldens gem § 530 Abs 2 ZPO sei von der einem durchschnittlichen Fachmann des betreffenden Fachgebiets zu vertretenden Sorgfalt auszugehen. Von einer Fachärztin könne erwartet werden, dass sie die maßgeblichen Ö-Normen und die Publikationen der Fachliteratur und einschlägigen Gesellschaften kennt. Jedenfalls hätte sie sich ohne Weiteres Kenntnis verschaffen können. Die Wiederaufnahmsklägerin treffe somit ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO, dass sie die nunmehr geltend gemachten Tatsachen nicht schon vor Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hatte.

Den beiden Wiederaufnahmsklagen fehlt es schon an der Voraussetzung der Geltendmachung eines abstrakt geeigneten Wiederaufnahmsgrundes nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. Die diesbezüglichen Ausführungen des RekG sind unrichtig. Würde man der Ansicht des RekG folgen, so hätte dies zur Konsequenz, dass jedes abweichende SV-GA, vorausgesetzt es bezieht sich auf Tatsachen vor Verhandlungsschluss erster Instanz, abstrakt geeignet wäre, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Eine Wiederaufnahmsklage, gestützt auf ein abweichendes SV-GA kann nur dann erfolgreich sein, wenn es auf einer neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethode beruht²⁸⁸ oder es dem Wiederaufnahmskläger mit dem Vorbringen gelingt, die

Erkundigungen einzuholen. Zudem wies es daraufhin, dass ein nachträgliches Privat-GA den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht begründen könne.

²⁸⁸ OGH 10 ObS 91/87 SSV - NF 1/40.

Befundgrundlagen des GA des gerichtlichen SV richtig zu stellen oder zu vervollständigen.²⁸⁹ Die von der Wiederaufnahmsklägerin vorgebrachten Tatsachen zielen allerdings lediglich darauf ab, die Unrichtigkeit der Schlussfolgerungen des SV darzulegen. Ein solches Vorbringen stellt keinen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO dar.²⁹⁰ Den Feststellungen des OGH zum Verschulden der Wiederaufnahmsklägerin an der verspäteten Geltendmachung der Tatsachen nach § 530 Abs 2 ZPO kann vorbehaltlos gefolgt werden.

Im Vorprozess der E²⁹¹ stellte der Rechtsvertreter der Stifterin einen Sonderprüfungs- und Abberufungsantrag gegen den Vorstand der Stiftung. Zwischen der Stifterin und dem Vorstand war es zuvor zu Streitigkeiten gekommen. Aufgrund der darin erhobenen Vorwürfe brachten die Vorstandsmitglieder eine auf Unterlassung und den Widerruf ehrverletzender und rufschädigender Äußerungen abzielende Klage ein. Die fehlende Geschäftsfähigkeit sei damals schon für einen Laien erkennbar gewesen und somit habe der Beklagte wissentlich wahrheitswidrige Anschuldigungen verbreitet. Das ErstG wies das Klagebegehren teils zurück und teils ab.

Daraufhin erhoben die Vorstandsmitglieder die Wiederaufnahmsklage gestützt auf die Wiederaufnahmsgründe des § 530 Abs 1 Z 3²⁹² und Z 7 ZPO mit der Behauptung, der Beklagte habe das Prozessgericht wissentlich und willentlich über die Geschäftsfähigkeit der Stifterin getäuscht. Als Beweismittel brachten sie das im Strafverfahren gegen den Beklagten erstattete SV-GA und eine im Strafverfahren eingeholte Krankengeschichte vor. Die Kläger seien nicht in der Lage gewesen, die sich aus den neuen Beweismitteln ergebenden Tatsachen bereits im Vorprozess geltend zu machen.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück.²⁹³ Der OGH wies den von den Klägern erhobenen außerordentlichen RevRek zurück. Er stellte fest, dass zur prozessualen Diligenzpflicht auch die Mitwirkung an der Stoffsammlung gehöre. Die

²⁸⁹ OGH 19.05.2014, 10 ObS 41/14y.

²⁹⁰ Vgl dazu unter 3.1.

²⁹¹ OGH 20.02.2003, 6Ob15/03d.

²⁹² Auf welchen nicht näher eingegangen wird.

²⁹³ Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage mit Beschluss im Vorprüfungsverfahren zurück. Einem dagegen erhobenen Rek gab das RekG nicht Folge.

Parteien seien dazu angehalten, Zeugen zu führen, den SV-Beweis, oder die Herbeischaffung von Urkunden zu beantragen oder gegebenenfalls die Parteienvernehmung anzubieten. Sie hätten darlegen müssen, aus welchen Gründen sie nicht schon im Vorprozess den SV-Beweis beantragen und die Krankengeschichte herbeizuschaffen hätten können. Das Vorbringen der Wiederaufnahmskläger erschöpfe sich in der bloßen Behauptung des mangelnden Verschuldens nach § 530 Abs 2 ZPO.²⁹⁴

Dem OGH ist zuzustimmen. Die Wiederaufnahmskläger haben eindeutig die ihnen obliegende Behauptung- und Beweislast verletzt. Sie hätten schon in der Wiederaufnahmsklage erläutern müssen, warum sie nicht schon vor Schluss der mündlichen Verhandlung imstande waren, die Beweismittel vorzubringen oder zumindest zu beantragen.²⁹⁵ Auch gegen die Nichtanerkennung des nachträglichen GA aus dem Strafverfahren als Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bestehen keine Einwände. Fraglich ist nur, inwieweit die Parteien aufgrund der prozessualen Diligenzpflicht an der Stoffsammlung mitwirken müssen. Im vorliegenden Fall steht die Verletzung der prozessualen Diligenzpflicht außer Frage, da es die anwaltlich vertretenen Wiederaufnahmskläger trotz Bedenken an der Geschäftsfähigkeit der Stifterin unterlassen haben, die Aufnahme des SV-Beweises zu beantragen. Die Stellung eines solchen Antrages wäre den Wiederaufnahmsklägern ohne Weiteres bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz möglich und auch zumutbar gewesen.

Im Vorprozess der E²⁹⁶ wurde festgestellt, dass der Beklagte Eigentümer jenes Teils des Grundstücks 169/1 Grundbuch G sei, der zwischen dem Weg 684/3 laut Mappe und dem Zufahrtsweg zum Anwesen K. in der Natur liege, so wie diese Flächen in der Katasterkopie des Dipl. Ing. Dieter. I. mit violetter Farbe eingezeichnet sind. Dagegen brachten die Kläger, gestützt auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, die Wiederaufnahmsklage mit der Behauptung ein, sie haben durch das Vermessungsbüro des Dipl. Ing.L. erfahren, dass der im Urteil angegebene „Weg laut Mappe“ in der Natur gar nicht ermittelbar sei, da sich in dessen Bereich Hügelgräber aus der Hallstattzeit befänden. Die in der Katasterkopie des Dipl. Ing. Dieter I.

²⁹⁴ Der OGH wies zudem noch darauf hin, dass ein nachträgliches SV-GA den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nicht begründen könne.

²⁹⁵ OGH 08.03.2001, 8 Ob 272/00h.

²⁹⁶ OGH 22.11.1995, 1 Ob 46/95.

eingezeichnete violette Fläche sei vielmehr Teil eines in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks. Zudem beantragten sie die Auswertung der Luftbilder aus den Jahren 1953 bis 1990 und behaupteten die unrichtige Protokollierung einer im Vorprozess erstatteten Zeugenaussage.

Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage im Aufhebungsverfahren ab. Das BerG hob die E des ErstG auf und wies die Wiederaufnahmsklage zurück. Den gegen diese E erhobenen Rek hielt der OGH für nicht berechtigt. Er stellte zunächst fest, dass entgegen der Auffassung der Kläger der Katasterweg sehr wohl Prozessgegenstand im Hauptprozess war. Er ging davon aus, dass die Kläger bereits im Vorprozess in der Lage gewesen wären, die Beiziehung eines SV für Vermessungswesen zu beantragen, der den „Weg laut Mappe“ hätte einmessen sowie die Luftbilder auswerten können. Abgesehen davon haben die Wiederaufnahmskläger nicht einmal die Behauptung aufgestellt, dass sie an der verspäteten Geltendmachung der Tatsachen und Beweismittel kein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO treffe. Dies alleine rechtfertige schon die Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren. Zudem wies der OGH noch darauf hin, dass ein nachträgliches von der Katasterkopie des Dipl. Ing. I. abweichendes GA keinen Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bilde.

Dem OGH ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen. Aufgrund der Ähnlichkeit der beiden Fälle kann auf die Ausführungen zur E²⁹⁷ verwiesen werden.

Es kann somit festgehalten werden, dass die Parteien schon im Vorprozess im Rahmen ihrer Pflicht zur Mitwirkung an der Stoffsammlung die Aufnahme eines SV-GA zu beantragen haben, wenn die strittige Frage bereits Thema im Hauptprozess war und das Gericht nicht schon von sich aus einen SV beigezogen hat. Andernfalls verletzen sie die ihnen zukommende prozessuale Diligenzpflicht.²⁹⁸ Fraglich ist, ob von den Parteien, wie es das ErstG in der E²⁹⁹ fordert, die Einholung eines Privat-GA verlangt werden kann. Dabei gilt es zu Bedenken, dass es den Parteien aufgrund der fehlenden Sachkunde oft schwer fällt, zu beurteilen, ob es zweckmäßig ist, ein Privat-GA einzuholen. Ergeben sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster

²⁹⁷ OGH 22.11.1995, 1 Ob 46/95.

²⁹⁸ Dies ergibt sich aus OGH 22.11.1995, 1 Ob 46/95; OGH 20.02.2003, 6Ob15/03d.

²⁹⁹ OGH 22.11.1995, 1 Ob 46/95.

Instanz Hinweise, dass durch ein Privat-GA neue Erkenntnisse erlangt werden können, stellt es keinen Verstoß gegen die prozessuale Diligenzpflicht dar, wenn nicht schon im Vorprozess ein Privat-GA in Auftrag gegeben wird. Keinesfalls kann nämlich von einer Partei verlangt werden auf Verdacht im Hauptprozess ein Privat-GA einzuholen. Man wird wohl erst dann die Einholung eines Privat-GA voraussetzen können, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass durch ein solches das Gerichts-GA widerlegt werden kann.

5 Die Klagefristen zur Erhebung der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO

Neben der Einordnung der vom Wiederaufnahmskläger geltend gemachten Tatsachen oder Beweismittel als Wiederaufnahmsgrund gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO und dem mangelnden Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO an deren verspäteter Geltendmachung bedarf es für die Bewilligung der Wiederaufnahme des Verfahrens noch der Einhaltung der gesetzlichen Fristen zur Erhebung der Wiederaufnahmsklage.

Unterschieden wird dabei zwischen der vierwöchigen relativen Klagefrist des § 534 Abs 1 ZPO, deren Beginn sich bei Geltendmachung des Wiederaufnahmsgrundes des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO nach der Bestimmung des § 534 Abs 2 Z 4 ZPO richtet und der zehnjährigen absoluten Frist des § 534 Abs 3 ZPO.

5.1 Die absolute Klagefrist

Die Wiederaufnahmsklage ist jedenfalls dann verfristet, wenn sie nicht innerhalb der absoluten zehnjährigen Frist des § 534 Abs 3 ZPO erhoben wird. Gem § 534 Abs 3 ZPO beginnt die absolute Frist ab Rechtskraft der bekämpften E zu laufen. Bei der objektiven Frist des § 534 Abs 3 ZPO handelt es sich um eine unerstreckbare, un restituierbare, prozessuale Präklusivfrist.³⁰⁰ Sinn und Zweck der absoluten zehnjährigen Frist ist die Wahrung der Rechtssicherheit sowie des Rechtsfriedens. Zudem trägt sie der Erkenntnis Rechnung, dass die Beweismittel für gewöhnlich

³⁰⁰ Jelinek in *Fasching/Konecny IV/1²* § 530 Rz 43 ff.

nach Ablauf von zehn Jahren nicht mehr die notwendige Zuverlässigkeit aufweisen.³⁰¹

Von Bedeutung für die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO im Zusammenhang mit dem SV-Beweis ist die Rsp des OGH der zufolge, die Frist des § 534 Abs 3 ZPO auf Wiederaufnahmsklagen, die sich gegen Urteile richten, mit denen die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind festgestellt wurde, nicht zur Anwendung kommt. Begründet wird dies mit der vom Gesetzgeber des UeKindG³⁰² gewollten Gleichstellung bei der Bekämpfung des Vaterschaftsanerkenntnisses und der Feststellung der Vaterschaft durch ein gerichtliches Urteil. Da gem § 164b ABGB (idF UeKindG) eine dem § 534 Abs 3 ZPO entsprechende absolute Befristung für die Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des Vaterschaftsanerkenntnisses nicht vorgesehen war, stünde die Anwendung der Frist des § 534 Abs 3 ZPO auf Wiederaufnahmsklagen gegen Urteile, welche die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind feststellen, mit der vom Gesetzgeber des UeKindG gewollten Gleichheit bei der Bekämpfung der beiden Instrumente zur Vaterschaftsfeststellung im Widerspruch.³⁰³

Mittlerweile wurde allerdings durch das FamErbRÄG³⁰⁴ durch die Bestimmung des § 158 Abs 3 ABGB aF (§ 153 Abs 3 ABGB nF) eine absolute 30-jährige Verjährungsfrist eingeführt, die auch in der Bekämpfung des Vaterschaftsanerkenntnisses Anwendung findet.³⁰⁵ Fraglich ist, ob diese Frist nun analog auf Wiederaufnahmsklagen gegen Urteile, mit denen die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind festgestellt wurde, anzuwenden ist. In der E³⁰⁶ wollte sich der OGH nicht festlegen, führte aber aus, dass, selbst wenn man von einer analogen Anwendung von § 153 Abs 3 ABGB nF ausginge, die 30-jährige Klagefrist erst mit 01.01.2005 beginne. Dies ergebe sich aus der Bestimmung aus Art IV § 5 Abs 2 des FamErbRÄG, wonach Fristen, die vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetz noch nicht existierten, frühesten mit dessen Inkrafttreten beginnen.

³⁰¹ Fasching, Lehrbuch² Rz 2075.

³⁰² BGBl I 342/1970.

³⁰³ OGH 09.12.1993, 2 Ob 605/93.

³⁰⁴ BGBl I 2004/58.

³⁰⁵ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90 (171).

³⁰⁶ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90 (171).

5.2 Die relative Klagefrist

Gem § 530 Abs 1 ZPO ist die Wiederaufnahmsklage binnen einer Notfrist von vier Wochen einzubringen. Stützt die Partei ihre Wiederaufnahmeklage auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, so beginnt die Frist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO an dem Tag zu laufen, an welchem Tag die Partei imstande war, die ihr bekannt gewordenen Tatsachen und Beweismittel bei Gericht geltend zu machen. Keinesfalls fängt die Frist vor Zustellung der für den Wiederaufnahmskläger ungünstigen E zu verstreichen an.³⁰⁷ Ebenso nicht ausschlaggebend ist der Eintritt der Rechtskraft, da mit der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, noch während laufendem Vorprozess Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können, deren Geltendmachung ansonsten am Neuerungsverbot scheitern würde.³⁰⁸

Nach Auffassung der Rsp ist bei Tatsachenbehauptungen für den Beginn des Fristenlaufs nach § 534 Abs 2 Z 4 ZPO jener Zeitpunkt maßgeblich, an dem die Partei Kenntnis von den Tatsachen erhält. Die Frist beginnt allerdings nicht erst dann, wenn der Wiederaufnahmskläger vom Bestehen vollständig überzeugt ist, sondern es reicht vielmehr ein Grad an Wahrscheinlichkeit aus, der objektiv betrachtet die Wiederaufnahme rechtfertigt.³⁰⁹ *Jelinek* fordert für den Beginn des Fristenlaufs nach § 534 Abs 1 ZPO iVm § 534 Abs 2 Z 4 ZPO zusätzlich noch, dass die Nichtbeachtung der Tatsachen ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO begründen würde.³¹⁰ Voraussetzung dafür, dass eine Partei die Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO überhaupt erheben wird, ist, dass sie die Entscheidungsrelevanz der nachträglich zu Kenntnis gelangten Tatsachen erkennt. Es wäre somit eine erhebliche Beschränkung der Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, würde die Frist des § 534 Abs 1 ZPO auch in jenen Fällen zu laufen beginnen, in denen der Partei die Erkenntnis der Bedeutung der Tatsache für die E gar nicht zumutbar ist. *Jelinek* weist zudem auf den Wortlaut der Bestimmung des § 534 Abs 2 Z 4 ZPO hin, dem zufolge die Frist erst beginnt, wenn die Partei imstande ist, die nachträglich bekannt gewordenen bzw aufgefundenen Tatsachen und Beweismittel geltend zu machen. Daher sei die

³⁰⁷ OGH 18.04.2002, 8 ObA 9/02k; RIS-Justiz RS0044641.

³⁰⁸ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 534 Rz 30.

³⁰⁹ OGH 11.12.2001, 10 ObS 371/01h, RIS-Justiz RS0044790.

³¹⁰ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 534 Rz 32.

Auffassung, der Fristenlauf werde schon mit der Kenntnis der Tatsachen eingeleitet, abzulehnen.³¹¹ Der Ansicht *Jelineks* ist mE beizupflichten.

Bringt eine Partei in der Wiederaufnahmsklage nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO neue Beweismittel vor, so beginnt nach Auffassung des Rsp die Frist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO erst dann, wenn der Wiederaufnahmskläger die neuen Beweismittel so genau kennt, dass er ihre Tauglichkeit für ein späteres Verfahren beurteilen kann.³¹² Die Partei muss fähig sein, einen den Form- und Inhaltserfordernissen entsprechenden Beweis Antrag zu stellen.³¹³ Nicht ausreichend ist, dass der Wiederaufnahmskläger von der Existenz des Beweismittels weiß. So führt das bloße Wissen über das Bestehen einer Urkunde noch nicht zum Beginn des Fristenlaufs nach § 534 Abs 2 Z 4 ZPO.³¹⁴ Allerdings wird der Ablauf der Frist nicht erst dann ausgelöst, wenn der Wiederaufnahmskläger Kenntnis davon hat, dass die Geltendmachung des Beweismittels mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Tatsachenfeststellungen zur Folge hätte, die eine günstigere E herbeiführen würden.³¹⁵ Nach Auffassung von *Jelinek* bedürfe es jedoch zumindest der Kenntnis der Partei, dass das neue Beweismittel erfolgsversprechend ist.³¹⁶ Dem ist mE zuzustimmen. Die Kenntnis der Möglichkeit des Erfolgs ist für die sorgfältige Partei Voraussetzung für die Erhebung der Wiederaufnahmsklage. Daher kann die Frist nicht schon vor Erlangung dieser Erkenntnis zu laufen beginnen. Jedenfalls kann es von der Partei nicht verlangt werden, die Wiederaufnahmsklage auf Verdacht zu erheben, nur damit die Frist des § 534 Abs 1 ZPO nicht zu verstreichen beginnt.

Bei der Frist des § 534 Abs 1 ZPO handelt es sich um eine prozessuale Präklusivfrist. Läuft die Frist ungenützt ab, so hat dies nicht den Verlust des materiellrechtlichen Anspruchs zur Folge, sondern führt bloß zum Ausschluss von der Erhebung der Wiederaufnahmsklage. Da die Wiederaufnahmsklage somit als eine befristete Prozesshandlung im Sinne des § 146 Abs 1 ZPO zu qualifizieren ist, steht gegen die Versäumung der relativen Klagefrist nach § 534 Abs 1 ZPO der

³¹¹ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 534 Rz 32.

³¹² OGH 11.12.2001, 10 ObS 371/01h; RIS-Justiz RS0044635.

³¹³ OGH 14.06.2000, 9 ObA 7/00w.

³¹⁴ OGH 8 ObA 28/04g MietSlg 56.774; RIS-Justiz RS0044646.

³¹⁵ OGH 3Ob72/08x Zak 2008/620.

³¹⁶ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1*² § 534 Rz 33.

Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Verfügung.³¹⁷ Ist eine Partei somit aufgrund eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses gehindert, innerhalb der Frist des § 534 Abs 1 ZPO die Wiederaufnahmsklage zu erheben und kann ihr lediglich ein milderer Grad des Versehens vorgeworfen werden, so schafft ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem § 146 ZPO Abhilfe. Die von *Jelinek* vertretene Ansicht, der zufolge die Frist des § 534 Abs 1 ZPO nur dann zu laufen beginnt, wenn das Nichtvorbringen der Tatsachen ein Verschulden nach § 530 Abs 2 ZPO darstellen würde³¹⁸, schließt insofern eine Lücke, da die Partei auch in jenen Fällen, in denen die Versäumnis der Frist nicht auf ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis zurückzuführen ist, vom unverschuldeten Ablauf der Frist bewahrt bleibt.

5.3 Verfahrensrechtliches zu den Klagefristen

Die Prüfung, ob die Wiederaufnahmsklage innerhalb der gesetzlichen Klagefristen des § 534 Abs 1 ZPO sowie des § 534 Abs 3 ZPO erhoben wurde, hat gem § 538 Abs 1 ZPO vor Anberaumung einer mündlichen Verhandlung im Vorprüfungsverfahren zu erfolgen. Um die Rechtzeitigkeit der Wiederaufnahmsklage beurteilen zu können, hat der Wiederaufnahmskläger gem § 536 Z 3 ZPO jene Umstände anzugeben, aus denen sich die Wahrung der Klagefristen ergibt. Gem § 538 Abs 2 ZPO hat der Wiederaufnahmewerber diese Umstände auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen. Versäumt der Wiederaufnahmskläger eine der Klagefristen, so haben die Gerichte mit Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage zu reagieren.³¹⁹ Dies gilt nicht erst bei nachgewiesener Versäumung der Klagefristen, sondern auch dann, wenn es dem Wiederaufnahmskläger nicht gelingt, die Rechtzeitigkeit der Wiederaufnahmsklage glaubhaft zu machen, da eine gesetzliche Vermutung der Rechtzeitigkeit nicht existiert.³²⁰

³¹⁷ OGH 15.02.1995, 9 ObA 13/95.

³¹⁸ *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV/1²* § 534 Rz 32.

³¹⁹ OGH 19.09.2013, 2Ob88/13z.

³²⁰ OGH 3Ob298/03z MietSlg 56.773; RIS-Justiz RS0111662.

5.4 Die relative Klagefrist und der Sachverständigenbeweis als Wiederaufnahmsgrund

Im Zentrum der folgenden Ausführungen werden wiederum Vorbringen im Zusammenhang mit dem SV-Beweis stehen, welche die Rsp als abstrakt geeignet erachtet, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Es wird somit untersucht, wann die Frist nach § 534 Abs 2 Z 4 ZPO bei Geltendmachung eines auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden SV-GA³²¹, sowie bei einem GA bzw Vorbringen, das die Befundgrundlagen des im Hauptverfahren zuständigen SV ergänzt³²², zu laufen beginnt. Zu Bedenken gilt es dabei, dass es den Parteien bzw ihren Parteivertretern aufgrund ihrer mangelnden Fachkunde beim SV-Beweis in der Regel schwer fallen wird, die Eignung des neuen Beweismittels für ein allfälliges Verfahren zu prüfen. Des Weiteren wird auf den Fristenlauf bei nachträglicher Geltendmachung einer anthropologisch-erbbiologischen Untersuchung eingegangen.

5.4.1 Die relative Klagefrist bei einem auf einer neuen wissenschaftlichen Methode beruhenden Gutachten

Im Vorprozess der E³²³ wurde die Vaterschaft des Wiederaufnahmsklägers festgestellt. Am 14.06.1999 erhob er daraufhin die Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO mit der Behauptung, er habe erst nach Abschluss des Vorverfahrens von einer wesentlich genaueren, und neueren Methode, nämlich der DNA-Frequenzanalyse erfahren.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage wegen Verfristung im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück. Das ErstG stellte fest, die Frist des § 534 Abs 1 ZPO habe bereits am 04.06.1999 geendet, da dem Kläger bereits durch ein Schreiben des Vorstands des gerichtsmedizinischen Instituts in Graz vom 06.05.1999, welches am darauffolgenden Tag dem Rechtsvertreter des Klägers zuing, bekannt gewesen sei, dass es mit der DNA-

³²¹ Vgl dazu vor allem unter 3.6.

³²² Vgl dazu vor allem unter 3.5.

³²³ OGH 4 Ob 25/00f SZ 73/25.

Frequenzanalyse ein neues Verfahren gäbe, nach dessen Durchführung der Vaterschaftsausschluss denkmöglich sei. Der OGH wies den RevRek gegen die den Beschluss des ErstG bestätigende E des RekG zurück. Der OGH vertrat ebenso, dass die relative Klagefrist bereits abgelaufen sei.

Diese strenge Haltung wurde vom OGH in der E³²⁴ bestätigt. Im Vorprozess wurde am 23.05.1950 die Vaterschaft des nunmehr verstorbenen Vaters der Klägerin zum damals minderjährigen Beklagten festgestellt. Als Erbin strebte die Tochter am 30.11.2007 die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO an und begehrte die Durchführung einer DNA-Analyse und/oder einer erbbiologisch-anthropologischen Untersuchung³²⁵. Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage mit Beschluss (a limine) zurück. Das RekG stellte zunächst klar, die Klägerin könne als Erbin keine Ansprüche geltend machen, die ihr Vater nicht mehr hätte geltend machen können. Somit sei darauf abzustellen, ob der Vater, hätte er noch gelebt, aufgrund der von der Klägerin vorgebrachten Beweismittel am 30.11.2007 die Wiederaufnahme des Verfahrens hätte begehren können. Das RekG verneinte dies mit Hinweis darauf, dass die DNA-Analyse in gerichtlichen Verfahren seit vielen Jahren benützt werde und es darüber immer wieder Berichte in Medien gegeben habe. Auf jeden Fall hätte der Vater von diesen Entwicklungen in der Vaterschaftsfeststellung schon vor mehreren Jahren gehört haben müssen. Er hätte sich bei Anwendung gehöriger Sorgfalt auch bei Sachkundigen Informationen einholen können. Dies stelle ein prozessuales Verschulden in Analogie nach § 530 Abs 2 ZPO dar und sei der Klägerin zuzurechnen. Daher sei die relative Klagefrist des § 534 Abs 1 ZPO bereits abgelaufen. Der OGH wies zunächst darauf hin, dass die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren nicht erst bei nachgewiesener Verspätung, sondern bereits bei mangelnder Glaubhaftmachung ihrer Rechtzeitigkeit zurückzuweisen sei. Das Vorbringen der Klägerin, die Frist beginne an jenem Zeitpunkt, an dem sie wegen der

³²⁴ OGH 3Ob72/08x = Zak 2008/620.

³²⁵ Das RekG führte aus, dass die relative Klagefrist nach älterer Rsp bei einer Wiederaufnahmsklage, mit der eine erbbiologisch-anthropologischen Untersuchung beantragt wird, gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO erst dann beginne, wenn alle Ähnlichkeitsmerkmale vollkommen ausgebildet sind. Da der Beklagte 1949 geboren sei, hätte es keinen Anlass gegeben, bis 2007 mit der Durchführung einer erbbiologisch-anthropologischen Untersuchung zu warten. Daher könne die Wiederaufnahmsklage nicht auf die Durchführung einer anthropologisch-erbbiologischen Untersuchung gestützt werden. Dem ist mE beizupflichten.

Weigerung des Beklagten vom 15.11.2007, sich einer erbbiologischen Untersuchung zu unterziehen, mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Nichtvaterschaft ausgehen konnte, verwarf der OGH mit dem Hinweis darauf, dass das Gesetz für den Fristenbeginn nicht darauf abstelle, dass der Wiederaufnahmskläger mit hoher Wahrscheinlichkeit die Unrichtigkeit der E annehmen könne. Die Zurückweisung durch die Vorinstanzen sei schon deshalb richtig, weil die Wiederaufnahmsklägerin nicht dargelegt habe, warum sie nicht gleich nach Auftauchen des Beklagten die Wiederaufnahmsklage samt dem nunmehr gestellten Antrag auf Durchführung einer DNA-Analyse erhoben habe.

Neuerdings nimmt der OGH eine wesentlich parteifreundlichere Auslegung des § 534 Abs 2 Z 4 ZPO vor. In der bereits unter 4.3.2 dargestellten E³²⁶ beehrte der Kläger am 17.04.2014 die Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO aufgrund eines von ihm am 13.03.2014 in Auftrag gegebenen, und am 17.03.2014 zugestellten DNA-Gutachtens. Dieses ergab, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen sei.

Das ErstG vertrat, dass der Kläger bereits 2007, als dem vermeintlichen Sohn nach dessen Tod eine Haarprobe entnommen wurde, eine DNA-Analyse durchführen und die Wiederaufnahmsklage hätte erheben können. Dies sei auch schon zu Lebzeiten des Sohnes möglich gewesen. Daher sei die relative Klagefrist des § 534 Abs 1 ZPO iVm § 534 Abs 2 Z 4 ZPO bereits abgelaufen gewesen. Das RekG hielt die Wiederaufnahmsklage ebenso für verfristet.³²⁷

Der OGH führte aus, dass im Falle von Beweismitteln der Fristenlauf gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO erst dann ausgelöst werde, wenn der Wiederaufnahmskläger diese so gut kenne, dass er ihre Eignung für ein allfälliges Verfahren überprüfen könne. Die Frist beginne nicht bei Vorliegen eines Verdachts zu laufen, sondern bei Kenntnis des Beweismittels. Der Wiederaufnahmskläger sei erst mit Erhalt des GA fähig, einen form- und inhaltsgerechten Beweisantrag zu stellen, ohne sich durch abermalige Bestreitung der Vaterschaft zu wiederholen, was der Wahrheitspflicht nach § 178 ZPO entgegenstehen würde. Eine, die abstrakte Möglichkeit übersteigende Wahrscheinlichkeit der Eignung des DNA-Gutachtens, bei Verwendung im

³²⁶ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

³²⁷ Allerdings wegen Ablaufs der absoluten Klagefrist gem § 534 Abs 3 ZPO.

Vorprozess eine günstigere E zu bewirken, sei erst mit Erhalt des Privat-GA gegeben.

Diese Ansicht wurde vom OGH in der E³²⁸ wiederholt. Am 14.02.2014 habe der Wiederaufnahmskläger auf Drängen seiner Tochter die Einholung eines DNA-Gutachtens über die Vaterschaft zur Beklagten in Auftrag gegeben. Dieses GA, welches ihm am 20.03.2014 zugekommen sei, habe zu dem für ihn völlig überraschenden Ergebnis geführt, dass er als Vater der Wiederaufnahmsbeklagten ausgeschlossen sei. Am 07.04.2014 erhob er daraufhin, gestützt auf das neue DNA-Gutachten, die Wiederaufnahmsklage.

Das ErstG führt aus, dass die Möglichkeit der DNA-Analyse seit vielen Jahren allgemein bekannt gewesen sei. Selbst wenn man auf den Kenntnisstand des Wiederaufnahmswerbers abstelle, habe er spätestens mit der Erteilung des Gutachtensauftrages von der Möglichkeit der DNA-Analyse gewusst, sodass die Klagefrist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO auch in diesem Fall abgelaufen wäre. Das RekG teilte die Auffassung des ErstG. Der OGH ging davon aus, dass die Frist erst mit Vorliegen des GA beginne und die Wiederaufnahmsklage somit noch nicht verfristet sei. Allein aus der Verfügbarkeit ändere sich der Kenntnisstand des Wiederaufnahmsklägers nicht in der von § 534 Abs 2 Z 4 ZPO vorausgesetzten Weise. Er könne daraus noch nicht erkennen, ob die Geltendmachung des Beweismittels tatsächlich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer günstigeren E führen würde. Ansonsten ähneln die Ausführungen jenen in der E³²⁹, weshalb auf diese verwiesen wird.

Der in den E³³⁰ vertretene Ansicht zum Beginn der relativen Klagefrist ist nach § 534 Abs 2 Z 4 ZPO ist mE zuzustimmen. Eine die abstrakte Möglichkeit übersteigende Wahrscheinlichkeit, dass das nachträgliche GA geeignet ist, eine günstigere E zu bewirken, besteht weder zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung von neuen wissenschaftlichen Methoden³³¹, noch zum Zeitpunkt der Erstattung des

³²⁸ OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107.

³²⁹ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

³³⁰ OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107; OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

³³¹ OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107.

Gutachtensauftrages³³². Der Wiederaufnahmskläger ist erst dann in der Lage, das auf einer neuen wissenschaftlichen Methode basierende GA auf dessen Tauglichkeit für ein allfälliges Verfahren zu überprüfen, wenn es ihm auch tatsächlich vorliegt. Erst ab diesem Zeitpunkt kann sinnvollerweise die relative Klagefrist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO zu laufen beginnen. Durch diese Ansicht werden auch Ungerechtigkeiten vermieden, die sich aus Verzögerungen bei der Gutachtenerstellung ergeben könnten.

Wendet man diese Auffassung nun auf die zuvor dargestellten E³³³ an, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Die in der E³³⁴ vertretene Auffassung steht im Einklang mit der Meinung *Faschings*, der zufolge die Frist des § 534 Abs 1 ZPO im Falle neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse im technisch-naturwissenschaftlichen Bereich schon dann zu laufen beginne, wenn dieses Erkenntnis theoretisch ausreichend gesichert sei und über das Stadium einer bloßen Hypothese hinausginge und dem Wiederaufnahmskläger dies bekannt sei³³⁵. Dennoch kann ihr nicht gefolgt werden.

Durch das Schreiben des Vorstands des gerichtsmedizinischen Instituts erhielt der Wiederaufnahmskläger lediglich Kenntnis von der Existenz des Beweismittels der DNA-Frequenzanalyse und dass es zumindest abstrakt geeignet wäre, bei Benützung eine günstigere E, also die Feststellung der Nichtvaterschaft, herbeizuführen. Eine darüber hinausgehende Wahrscheinlichkeit der Eignung, bei Benützung eine günstigere E zu erwirken, lässt sich daraus nicht ableiten. Die Kenntnis der Verfügbarkeit eines neuen Beweismittels allein reicht für den Fristenbeginn nach § 530 Abs 2 Z 4 ZPO aus den bereits aufgezeigten Gründen nicht aus.³³⁶ Dass die Mutter, wie der Wiederaufnahmskläger im Vorprozess behauptete, während der möglichen Empfängniszeit auch Geschlechtsverkehr mit anderen Männern hatte, löst die Nachforschungsobliegenheit des Wiederaufnahmsklägers nicht aus.³³⁷ Ebenso wenig verpflichtet das Schreiben des

³³² *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBI 2015/107 (757).

³³³ OGH 4Ob25/00f SZ 73/25; OGH 3Ob72/08x = Zak 2008/620.

³³⁴ OGH 4Ob25/00f SZ 73/25.

³³⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2073.

³³⁶ OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107.

³³⁷ So auch in OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

Vorstands des gerichtsmedizinischen Instituts zur Nachforschung. Da der Wiederaufnahmskläger, ohne ein GA einzuholen, die Wiederaufnahmsklage erhoben hat, wurde der Fristenlauf gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO noch nicht einmal ausgelöst.

Zunächst ist auf die in der E³³⁸ vom RekG vorgenommene analoge Anwendung des § 530 Abs 2 ZPO einzugehen. Der OGH hat ausgesprochen, dass § 530 Abs 2 ZPO nur dann anwendbar ist, wenn, den Wiederaufnahmswerber ein Verschulden daran trifft, dass er die mit einer Wiederaufnahmsklage geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel nicht schon vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgebracht hat.³³⁹

Dem ist mE zuzustimmen. Aus § 530 Abs 2 ZPO ergibt sich zwar eine nachprozessuale Diligenzpflicht, die dann anwendbar ist, wenn die Partei den Entschluss fasst, die Wiederaufnahmsklage zu erheben³⁴⁰, dabei handelt es sich allerdings nicht um eine analoge Anwendung des § 530 Abs 2 ZPO. Auch würde ein Verstoß gegen diese neuerliche vorprozessuale Diligenzpflicht nicht zum Ablauf der relativen Klagefrist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO führen, sondern zur Abweisung der Wiederaufnahmsklage im Aufhebungsverfahren.³⁴¹ Ebenso wenig kann den Ausführungen des RekG gefolgt werden, der Vater der Wiederaufnahmsklägerin hätte, von der Möglichkeit der DNA-Untersuchung wissen müssen, und hätte selbst die Wiederaufnahmsklage erheben müssen. Selbst wenn der Vater von der nunmehrigen Möglichkeit der Durchführung der DNA-Untersuchung gewusst hätte, kann aus dem bloßen Wissen der Verfügbarkeit nicht die Pflicht zur Erhebung der Wiederaufnahmsklage bei sonstigem Ablauf der relativen Klagefrist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO abgeleitet werden. Erst mit Vorliegen eines DNA-Gutachtens hätte er seine Erfolgchancen ausreichend beurteilen können.

Dem Vater kann auch kein Verstoß gegen die prozessuale Diligenzpflicht vorgeworfen werden, denn trotz bestehender Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Vorprozesses, hat der Vater nicht schon bei vagen Hinweisen (Unsicherheiten aufgrund der Blutgruppen und Blutfaktoren) die Pflicht, Nachforschungen nach dem

³³⁸ OGH 3Ob72/08x = Zak 2008/620.

³³⁹ OGH 25.04.1990, 9ObA82/90; OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90; OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/107.

³⁴⁰ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBI 2015/107 (757 ff).

³⁴¹ Vgl dazu 4.2.

Bestehen eines Wiederaufnahmsgrundes anzustellen.³⁴² Dem Vater wäre es somit zu Lebzeiten noch offen gestanden, die Wiederaufnahmsklage zu erheben.

Den Ausführungen des OGH zum vermeintlichen Fristversäumnis der Wiederaufnahmsklägerin kann ebenso wenig gefolgt werden. Der Gerichtshof warf der Wiederaufnahmsklägerin eine Verletzung, der ihr obliegenden Behauptungs- und Beweispflicht vor, da sie nicht dargelegt habe, warum sie nicht schon unmittelbar nach dem Auftauchen des Beklagten die Wiederaufnahmsklage samt Antrag auf Durchführung der DNA-Analyse erhoben habe.³⁴³

Zum einen stellt der OGH auf den falschen Zeitpunkt für den Beginn der Frist nach § 534 Abs 2 Z 4 ZPO ab. Die relative Klagefrist fängt erst mit Kenntnis der Ergebnisse der DNA-Analyse an. Erst dann verfügt der Wiederaufnahmskläger über ausreichendes Wissen die Tauglichkeit des Beweismittels für ein allfälliges Verfahren zu untersuchen und einen den Form- und Inhaltserfordernissen entsprechenden Beweisantrag zu stellen.³⁴⁴ Die Frist des § 534 Abs 1 ZPO hat somit noch nicht einmal zu laufen begonnen. Die Wiederaufnahmsklägerin hat auch nicht gegen die vorprozessuale Diligenzpflicht verstoßen, denn weder das Auftauchen des Wiederaufnahmsbeklagten, noch Zweifel an der Richtigkeit der Vaterschaftsfeststellung bei Vorliegen bloß vager Anhaltspunkte (Unsicherheit aufgrund Blutgruppen und Blutkörperchen) können eine Nachforschungspflicht begründen³⁴⁵.

Zum anderen liegt auch kein Verstoß gegen die Behauptungspflicht vor. Gem § 536 Z 3 ZPO hat die Wiederaufnahmsklage die Angaben der Umstände, aus denen sich die Einhaltung der gesetzlichen Klagefrist ergibt, sowie die Bezeichnung der hierfür vorhandenen Beweismittel zu enthalten. Der OGH hat zwar richtig festgestellt, dass die von der Wiederaufnahmsklägerin zur Fristwahrung geltend gemachten Umstände nicht von Bedeutung seien³⁴⁶, dennoch lässt sich mE aus dem Vorbringen die Einhaltung der gesetzlichen Frist des § 534 Abs 1 ZPO ableiten. Denn alleine durch die Angabe, dass bisher noch keine DNA-Analyse durchgeführt wurde, ergibt sich,

³⁴² So auch *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (758).

³⁴³ OGH 3Ob72/08x = Zak 2008/620.

³⁴⁴ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

³⁴⁵ So auch *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBl 2015/107 (758).

³⁴⁶ OGH 3Ob72/08x = Zak 2008/620.

dass die Wiederaufnahmsklägerin die von ihm geltend gemachten Beweismittel noch nicht in der von § 534 Abs 2 Z 4 ZPO geforderten Weise kennt. Die Wiederaufnahmsklägerin hat daher – wenn auch eher zufällig – die Rechtzeitigkeit der Klage glaubhaft gemacht. Die Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage war somit unzulässig.

5.4.2 Die relativen Klagefrist beim Beweismittel der anthropologisch-erbbiologischen Untersuchung

Die Besonderheit der anthropologisch-erbbiologischen Untersuchung besteht darin, dass es mit dieser Methode erst mit fortschreitendem Alter des Kindes durch allmähliche Entwicklung der Ähnlichkeitsmerkmale zum vermeintlichen Vater möglich ist, zuverlässige Ergebnisse hinsichtlich der Bestimmung der Vaterschaft zu gewinnen.³⁴⁷ Da in der medizinischen Wissenschaft keine Einigkeit besteht, wann die Ähnlichkeitsmerkmale genügend ausgeprägt sind, dass eine anthropologisch-erbbiologische Untersuchung zielführend wäre, kann die Frist zur Erhebung der Wiederaufnahmsklage gem § 534 Abs 2 Z4 ZPO erst bei vollständiger Entwicklung der Ähnlichkeitsmerkmale beginnen.³⁴⁸ Dies bedeutet nach Auffassung des OGH allerdings nicht, dass die Geltendmachung des naturwissenschaftlichen Beweismittels zeitlich unbegrenzt oder nur durch die absolute Frist des § 534 Abs 3 ZPO beschränkt sei.³⁴⁹

Jedenfalls kann auch bei nachträglicher Einholung eines anthropologisch-erbbiologischen GA die Frist erst dann beginnen, wenn der Wiederaufnahmskläger Kenntnis von den Ergebnissen der Untersuchung hat. Erst dann ist der Wiederaufnahmskläger in der Lage, die Tauglichkeit des Beweismittels für ein allfälliges Verfahren zu beurteilen und kann einen den Form- und Inhaltserfordernissen entsprechenden Beweisantrag stellen.³⁵⁰

³⁴⁷ *Jelinek in Fasching/Konecny IV/1² § 530 Rz 37.*

³⁴⁸ OGH 09.12.1993, 2 Ob 605/93.

³⁴⁹ OGH 3 Ob 540/85 ÖA 1987,113.

³⁵⁰ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79 = EF-Z 2015/90.

5.4.3 Die relative Klagefrist bei Unvollständigkeit der Befundgrundlagen des Sachverständigenutachtens des Vorprozesses

Je nachdem, ob sich der Wiederaufnahmskläger in seinem Vorbringen auf neue Tatsachen oder Beweismittel zur Vervollständigung der Befundgrundlagen des GA des im Vorprozess zuständigen SV stützt, bestimmt sich relative Klagefrist zur Erhebung der Wiederaufnahmsklage gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO nach unterschiedlichen Kriterien. Stützt sich der Wiederaufnahmskläger auf neue Tatsachen zur Vervollständigung der Befundgrundlagen des SV-GA im Hauptprozess, so kann auf die obigen Ausführungen zum Beginn der Frist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO bei Geltendmachung von Tatsachen verwiesen werden.³⁵¹ Auch bei nachträglicher Geltendmachung des Urkunden- und Zeugenbeweises ergeben sich keinerlei Besonderheiten weshalb die Frist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO dann zu laufen beginnt, wenn der Wiederaufnahmskläger den Inhalt der Urkunde oder Zeugenaussage soweit kennt, dass er die Tauglichkeit des Beweismittels für ein späteres Verfahren beurteilen kann.³⁵² Näher einzugehen ist auf die Frage des Beginns der relativen Klagefrist gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO bei Geltendmachung eines nachträglichen SV-GA zur Vervollständigung der Befundergebnisse des GA im Vorprozess.

Der OGH setzt sich mit dieser Frage in der E³⁵³ auseinander. Im Vorprozess wurde der spätere Wiederaufnahmskläger zur Rückzahlung einer Geldsumme aus einem Darlehen verurteilt. Die vom ihm eingewendete mangelnde Geschäftsfähigkeit sah das Gericht aufgrund eines SV-GA als nicht erwiesen an. Daraufhin erhob er am 06.08.2003 auf Grundlage eines nachträglichen Privat-GA die Wiederaufnahmsklage. Das ErstG wies die Wiederaufnahmsklage rechtskräftig zurück. Am 02.02.2004 begehrte er nochmals die Wiederaufnahme des Verfahren gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO und brachte ein Privat-GA desselben SV, datiert mit 26.01.2004, vor, aus welchem sich ergebe, dass der Wiederaufnahmskläger von zumindest 1990 bis vor Kurzem geschäftsunfähig gewesen sei. Vor allem ein Notariatsakt, aus dem Jahre 1993, in dem er sich zur Zahlung einer hohen

³⁵¹ Vgl dazu unter 5.2.

³⁵² Vgl dazu unter 5.2.

³⁵³ 3Ob186/04f MietSlg 56.774.

Konventionalstrafe verpflichtet hatte, und welcher dem SV im Vorprozess nicht zur Verfügung gestanden war, könne dies belegen.

Sowohl das ErstG als auch das RekG wiesen die Wiederaufnahmsklage im Vorprüfungsverfahren mit Beschluss (a limine) zurück. Den vom Kläger erhobenen RevRek wies der OGH zurück.

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass eine Wiederaufnahmsklage nicht erst bei erwiesener Verspätung, sondern bereits bei fehlender Glaubhaftmachung der Rechtzeitigkeit zurückzuweisen sei, da eine gesetzliche Vermutung der Rechtzeitigkeit nicht existiere. Angaben zur Rechtzeitigkeit der Geltendmachung des nachträglichen Privat-GA seien nicht vorgebracht worden. Hinsichtlich des Notariatsakts stellte der OGH zunächst fest, dass der Wiederaufnahmskläger an dessen Entstehen maßgeblich mitgewirkt habe. Stammt ein Umstand, der darlegen soll, dass ein GA im wiederaufzunehmenden Verfahren auf einer unvollständigen Grundlage beruhte, aus der Sphäre des Wiederaufnahmsklägers, so hätte er bei gehöriger Auslegung des § 536 Z 3 ZPO behaupten und beweisen müssen, aus welchem Grund er dieses Beweismittel nicht schon früher geltend gemacht habe und die Frist des § 534 Abs 1 ZPO noch nicht abgelaufen sei. Ansonsten könne er sich durch Zurückhaltung solcher Beweismittel immer wieder neue Privat-GA und ab deren Vorliegen neue Klagefristen schaffen. In derartigen Fällen habe der Wiederaufnahmskläger somit nicht nur die Rechtzeitigkeit des neuen SV-GA, sondern ebenso die Wahrung der Frist des § 534 Abs 1 ZPO im Hinblick auf jene Umstände, die dessen Eignung als neues Beweismittel im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen, zu behaupten und zu bescheinigen.

Die Besonderheit im vorliegenden Fall liegt darin, dass der Notariatsakt zum einen die Eignung des nachträglich eingeholten GA begründet, einen tauglichen Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darzustellen, zum anderen selbst neues Beweismittel nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO ist, und somit für sich alleine schon geeignet wäre, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu begründen.

Auch nach Abschluss des Vorprozesses hat eine Partei, nachdem sie den Entschluss gefasst hat eine Wiederaufnahmsklage zu erheben, eine prozessuale Diligenzpflicht einzuhalten. Bezüglich des Ausmaßes dieser nachprozessualen Diligenzpflicht gilt zu beachten, dass mit dem Ende des Vorprozesses idR auch die

anwaltliche Beratung wegfällt.³⁵⁴ Die prozessuale Diligenzpflicht umfasst auch die Verpflichtung bereitstehende Beweismittel anzubieten.³⁵⁵ Eine Verletzung der prozessualen Diligenzpflicht wegen unterlassener Namhaftmachung von Beweismitteln kann nur angenommen werden, wenn es der Partei ohne Weiteres möglich war, die Entscheidungserheblichkeit der Beweismittel zu erkennen.³⁵⁶ Letztlich richtet sich die prozessualen Diligenzpflicht immer nach der im Einzelfall zumutbaren Sorgfalt.³⁵⁷ Ein Diligenzverstoß ist bei einem Geschäftsunfähigen ohne gesetzlichen Vertreter im Vorhinein auszuschließen.³⁵⁸

Die relative Klagefrist kann gem § 534 Abs 2 Z 4 ZPO auch bei Geltendmachung eines nachträglichen GA, welches die Befundgrundlagen des Gerichts-GA des Vorprozesses ergänzen soll, erst mit Kenntnis der Ergebnisse des nachträglichen GA zu laufen beginnen. Aus der Datierung des SV-GA mit 26.01.2004 ergibt sich dessen Rechtzeitigkeit. Der Nachweis, dass die Wiederaufnahmsklage auch hinsichtlich des Notariatsaktes rechtzeitig war, ist nicht notwendig, vielmehr hätte der Wiederaufnahmskläger darlegen müssen, dass er nicht gegen die nachprozessuale Diligenzpflicht verstoßen hat. Daher hat der Wiederaufnahmskläger in Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Wiederaufnahmsklage nicht gegen die Behauptungs- und Beweispflicht verstoßen.

³⁵⁴ *Jelinek*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 8Ob74/14m EvBI 2015/107 (757 ff).

³⁵⁵ OGH 10b375/97x EvBI 1998/149. vgl auch RIS-Justiz RS0039832.

³⁵⁶ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k. vgl auch RIS-Justiz RS0106894.

³⁵⁷ OGH 27.11.2014, 2 Ob 197/14f; vgl auch RIS-Justiz RS0111578.

³⁵⁸ Der veröffentlichten Fassung der E lässt sich nicht entnehmen, ob überhaupt bzw über welchen Zeitraum dem Wiederaufnahmskläger ein gesetzlicher Vertreter bestellt wurde.

6 Schlussbemerkungen

Ziel der Arbeit war es, parteifreundlichere Ansätze bei Wiederaufnahmsklagen gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO im Zusammenhang mit dem SV-Beweis, herauszuarbeiten. Die meisten Vorbringen der Wiederaufnahmswerber scheitern schon im Vorprüfungsverfahren daran, dass sie bereits abstrakt ungeeignet sind, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.³⁵⁹ Insbesondere bei Geltendmachung eines nachträglichen SV-GA könnte der OGH mE eine parteifreundlichere Linie vertreten. Macht der Wiederaufnahmskläger geltend, dass das Gerichts-GA des Vorprozesses nicht dem damaligen Stand der Technik entsprach, so sollte dieses Vorbringen als zumindest abstrakt geeignet angesehen werden, den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen. Denn diese Ansicht stünde im Einklang mit dem Ziel des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, nämlich dem Bedürfnis nach Richtigkeit der gerichtlichen Entscheidung in jenen Fällen Vorrang gegenüber den Garantien der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden einzuräumen, in denen die Urteilsgrundlagen falsch bzw unvollständig waren³⁶⁰, ohne allerdings den Ausnahmecharakter der Wiederaufnahmsklage aus den Augen zu verlieren.³⁶¹

Ebenso kann an der vom OGH in jüngeren E vertretenen Ansicht, wonach die Ergänzung der Grundlage des Gerichts-GA des Vorprozesses dann keinen Wiederaufnahmsgrund bildet, wenn die Unvollständigkeit der Befundgrundlagen auf einen Kunstfehler des gerichtlichen SV zurückzuführen ist³⁶², gezweifelt werden. Unabhängig von allfälligen Verfehlungen des im Vorprozess bestellten SV, sollte in der nachträglichen Ergänzung der Befundgrundlagen – und den sich daraus ergebenden neuen Befundergebnissen – ein abstrakt geeigneter Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO gesehen werden. Es kann nämlich nicht gesagt werden, dass der SV des Vorprozesses, in Kenntnis der sich aus der Erweiterung der Befundgrundlagen ergebenden neuen Befundergebnisse, nicht ein

³⁵⁹ So beispielsweise OGH 7Ob28/76 JBI 1976,599 = SZ 49/67; OGH 10 ObS 91/87 SSV - NF 1/40; OGH 09.11.1993, 10 ObS 225/93; OGH 06.12.2000, 9 Ob 299/00m; OGH 03.10. 2006, 10 ObS 151/06p; OGH 27.02.2007, 10Ob37/07k; OGH 19.05.2014, 10 ObS 41/14y.

³⁶⁰ OGH 30.05.2005, 8 Ob 52/05p.

³⁶¹ Weitere Argumente s 3.5.2.

³⁶² OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139; OGH 22.10.2014 10Ob188/14z.

abweichendes GA erstellt hätte und dies zu einer für den Wiederaufnahmskläger günstigeren Entscheidung geführt hätte.³⁶³ Ebenso sollten nachträglich hervorgekommene Tatsachen, die Zweifel an der Unbefangenheit des SV des Vorprozesses rechtfertigen, abstrakt geeignet sein den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen.³⁶⁴ Denn auch ein Vorbringen, das darauf gerichtet ist, Hilfstatsachen darzulegen, welche zu einem anderen Schluss über das Bestehen von Haupttatsachen führen können, ist abstrakt geeignet den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu verwirklichen.³⁶⁵

Bei der Prüfung der Einhaltung der prozessualen Diligenzpflicht nach § 530 Abs 2 ZPO in Fällen mit Bezug zum SV-Beweis sollte man sich mE an dem Rechtssatz des OGH orientieren, wonach ein Verstoß nur dann vorliegt, wenn es den Parteien ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die Entscheidungsrelevanz des Beweismittels zu erkennen.³⁶⁶ Es gilt zu beachten, dass von den Parteien keinesfalls – auch nicht von rechtsfreundlich vertretenen – dem Fachwissen eines SV entsprechende Kenntnisse verlangt werden können. Letztlich richtet sich aber die zumutbare Sorgfalt und somit die Frage der Einhaltung der prozessualen Diligenzpflicht, immer nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls.

Bezüglich des Beginns der relativen Klagefrist ist der zuletzt in den E³⁶⁷ vertretenen Ansicht des OGH zu folgen, wonach die relative Klagefrist gem § 534 Abs 2 Z 4 erst mit Kenntnis der Ergebnisse eines nachträglich eingeholten GA beginnt. Keinesfalls kann von der Partei bei sonstiger Verfristung gefordert werden, die Wiederaufnahmsklage, ohne die Erfolgchancen abschätzen zu können – sozusagen „ins Blaue“ – zu erheben.

Es kann festgehalten werden, dass auch die Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO eine **durchaus wirksame** Kontrollmöglichkeit des SV – wenn auch in einem engen Rahmen – darstellen kann. Dazu müsste der OGH allerdings die von ihm

³⁶³ So auch die billigenwerten E OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k; OGH 9Ob7/05b RdM 2005,120; OGH 2Ob230/06x EvBl 2007,697.

³⁶⁴ Abl die Rsp in OGH 7Ob28/76 JBl 1976,599 = SZ 49/67; vgl auch RIS-Justiz RS0040662.

³⁶⁵ OGH 17.11.2009, 1 Ob 196/09v; weitere Argumente für Einordnung die Befangenheit des SV als abstrakt geeigneter Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO – s 3.3.

³⁶⁶ OGH 18.12.1996, 6 Ob 2159/96k. vgl auch RIS-Justiz RS0106894.

³⁶⁷ OGH 3Ob148/14g iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015/79= EF-Z 2015/90; OGH 8Ob74/14m iFamZ 2015/51 = Zak 2015/190 = AnwBl 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBl 2015/107.

oftmals vertretene – mE nicht verständliche – Ansicht ablegen, wonach es keinen geeigneten Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO darstellen kann, wenn die Unvollständigkeit bzw Unrichtigkeit der Urteilsgrundlage auf einen Fehler des SV zurückzuführen ist.³⁶⁸.

³⁶⁸ So ausdrücklich in OGH 10ObS69/12p SSV-NF 26/46 =SV 2013,139; OGH 22.10.2014, 1Ob188/14z.

Literaturverzeichnis

Selbstständige Werke und Kommentare

Deixler-Hübner Astrid/Klicka Thomas, Zivilverfahren – Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 9. Auflage (2015)

Fasching Hans W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band IV(1971)

Fasching Hans W./Konecny Andreas (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen 2 Auflage Band III(2004), IV/1 (2005)

Fasching Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage (1990)

Klauser Alexander/Kodek Georg E. Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung, samt Einführungsgesetzen und Nebengesetz sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts, 17. Auflage (2012)

Krammer Harald, Die „Allmacht“ des Sachverständigen – Überlegungen zur Kontrolle und Unabhängigkeit der Sachverständigentätigkeit (1990)

Rechberger Walter H. (Hrsg), Kommentar zur ZPO, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozeßordnung samt den Einführungsgesetzen, 4. Auflage (2014)

Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 8. Auflage (2010)

Rosenberg Leo, Die Beweislast – Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5 Auflage (1965)

Rüffler Friedrich, Der Sachverständige im Zivilprozess – Die „Bindung“ des Richters an Sachverständigengutachten, Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle der Sachverständigentätigkeit (1995)

Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen

Sammelwerken

Buchegger Walter, Zum Novembegriff des § 530/1 Z 7 ZPO, in *Buchegger* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozeßrecht IV(1991)

Fasching Hans W., Die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel im Zivilprozeß, JBI 1956, 245

Tanczos Alfred, Die Rolle des Sachverständigen im Zivilprozess, SV 2/2002, 62

Jelinek Wolfgang, Die Wiederaufnahmsklage wegen Tatsachen und Beweismittel im Eheprozess, JBI 1968, 511.

Jelinek Wolfgang, Der Sachverständige im Zivilprozess, in *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 45

Reindl H., Zur Abgrenzung der Wiederaufnahmsklage von der Oppositionsklage, ÖJZ 1956, 538

Judikaturverzeichnis

Rechtsprechung des OGH

Ob III 54	26.01.1926	ZBL 1926,109
Ob I 1184/27	06.12.1927	SZ 9/259
2 Ob 246/37	17.03.1937	
2 Ob 384/38	10.06.1938	SZ 20/143
3 Ob 695/38	06.12.1938	SZ 20/257
2 Ob 293/49	19.11.1949	SZ 22/180
2 Ob 410/52	21.05.1952	JB1 1953,130
3 Ob 208/55	04.05.1955	JB1 1955, 628
7 Ob 263/57	05.06.1957	
5 Ob 182/63	21.11.1963	EvBI 1964/70
7 Ob 225/64	19.08.1964	RZ 1965,101
8Ob305/68	17.12.1968	JB1 1969,280 = SZ 41/179
2 Ob 226/70	17.09.1970	
6 Ob 178/71	25.06.1971	MietSlg 23672
2 Ob 146/72	19.10.1972	RZ 1973/19 = EvBI 1973/164 = SZ 45/109
7Ob28/76	13.05.1976	JB1 1976,599 = SZ 49/67
3Ob540/85	24.04.1985	ÖA 1987,113
7 Ob 654/85	16.01.1986	SZ 59/14 = EvBI 1986/122 =RdW 1986,145
2 Ob 677/85	21.01.1986	
8 Ob 69/86	21.05.1987	
10 ObS 91/87	06.10.1987	SSV - NF 1/40

7 Ob 629/87	29.10.1987	
3 Ob 518/88	22.06.1988	
2 Ob 17/88	28.06.1988	ZVR 1989/99
6 Ob 630/88	06.09.1988	SZ 61/184 = EvBI 1989/68 = JBI 1988,793
2 Ob 565/89	30.08.1989	
9ObA82/90	25.04.1990	
6 Ob 581/91	26.09.1991	
8 Ob 543/92	12.03.1992	
10 ObS 225/93	09.11.1993	
2 Ob 605/93	09.12.1993	
7 Ob 507/94	09.03.1994	
5 Ob 552/94	06.09.1994	
9 ObA 13/95	15.02.1995	
2 Ob 537/95	24.05.1995	
1 Ob 46/95	22.11.1995	
1 Ob 575/95	30.01.1996	ecolex 1996,599
2 Ob 2127/96z	30.05.1996	
10 Ob 2152/96k	05.11.1996	
4 Ob 2352/96b	26.11.1996	
6 Ob 2159/96k	18.12.1996	
9 Ob 279/97p	10.09.1997	
9 Ob 359/97b	28.01.1998	
1 Ob 375/97x	24.03.1998	ÖJZ-LSK 1998/175 = EvBI 1998/149 = MietSlg 50.805 = HS 29.779

2 Ob 249/98a	29.10.1998	
2 Ob 357/98h	14.01.1999	
10 ObS 394/98h	18.02.1999	
4 Ob 25/00f	15.02.2000	SZ 73/25
9 ObA 7/00w	14.06.2000	
10 ObS 157/00m	11.07.2000	
9 Ob 299/00m	06.12.2000	
6 Ob 127/00w	17.01.2001	
8 Ob 272/00h	08.03.2001	
7 Ob 104/01x	31.07.2001	
10 ObS 371/01h	11.12.2001	
8 ObA 213/01h	21.02.2002	
8 ObA 9/02k	18.04.2002	
1 Ob 128/02h	11.06.2002	
8 Ob 251/02y	19.12.2002	
6Ob15/03d	20.02.2003	
10 ObS 23/03k	04.03.2003	ARD 5480/10/04 = SSV-NF 17/31
1 Ob 258/02a	25.03.2003	
10ObS169/03f	01.07.2003	ÖJZ-LSK 2003/252 = RdW 2003,706 =EvBI 2004/22 =SZ 2003/76
3 Ob 298/03z	28.04.2004	MietSlg 56.773
3 Ob 186/04f	26.08.2004	MietSlg 56.774
9 Ob 7/05b	06.04.2005	RdM 2005,120 = EFSlg 112.342 = EFSlg 112.344 = EFSlg 112.345
7 Ob 92/05p	25.05.2005	EFSlg 112.343

8 Ob 52/05p	30.05.2005	
10 ObS 104/06a	27.06.2006	
2 Ob 8/06z	31.08.2006	EFSlg 115.089 = EFSlg 115.201 = EFSlg 115.207 = EFSlg 115.250 = EFSlg 115.274 = EFSlg 115.275 = EFSlg 115.276
10 ObS 151/06p	03.10.2006	
1Ob37/07k	27.02.2007	
2Ob230/06x	26.04.2007	EvBI 2007/128 = EFSlg 118.241 = EFSlg 118.242 = EFSlg 118.243 -0 EFSlg 118.244
3 Ob 10/08d	30.01.2008	
3 Ob 72/08x	11.06.2008	Jus-Extra OGH-Z 4535 = Zak 2008/620
5 Ob 239/08w	04.11.2008	
2Ob184/08k	13.11.2008	RdM-LS 2009/17 = RdM 2009/111 (<i>Leischner</i> , Rechtsprechungsübersicht)
10 Ob 106/08y	22.12.2008	
3Ob275/08z	21.01.2009	
1 Ob 215/08m	28.01.2009	Jus-Extra OGH-Z 4662 = RZ 2009,169 EÜ 266
7 Ob 65/09y	03.06.2009	
1 Ob 196/09v	17.11.2009	
2Ob206/09x	28.01.2010	ecolex 2010,674
8 Ob 1/10w	23.03.2010	
9 Ob 19/10z	24.03.2010	MietSlg 62.793
2 Ob 47/11t	07.04.2011	
4 Ob 51/11w	21.06.2011	Zak 2011/633

9Ob66/11p	21.12.2011	MietSlg 63.785
4 Ob 83/12b	12.06.2012	Zak 2012/532 = wbl 2012/202 = RdW 2012/580 = ecolex 2012/321 = Jus-Extra OGH-Z 5223 = ÖBI-LS 2012/77 = ÖBI-LS 2012/78 = ÖBI-LS 2012/79 = ÖBI-LS 2012/80 = MR 2012,296 = RZ 2013,22 EÜ10 = ecolex 2012/366 (<i>Woller</i>) = GRUR Int 2013,176 = ÖBI 2013/20 = RZ 2013/15 - <i>Scotch Whisky II</i>
10ObS69/12p	26.06.2012	SSV-NF 26/46 = SV 2013,13 (<i>Kerschner</i> , Rechtsprechungsübersicht)
2Ob88/13z	19.09.2013	
9 Ob 70/13d	19.12.2013	
10 ObS 41/14y	19.05.2014	
3 Ob 108/14z	21.08.2014	Jus-Extra OGH-Z 5654 = EvBI-LS 2014/175
3Ob148/14g	22.10.2014	iFamZ 2015/9 = Zak 2015/49 = NZ 2015,236 = EF-Z 2015/90 (<i>Kogler</i>)
1Ob188/14z	22.10.2014	
2 Ob 197/14f	27.11.2014	
8Ob74/14m	23.01.2015	iFamZ 2015/51 (<i>Zemanek</i>) = Zak 2015/190 = AnwBI 2015,331 = EF-Z 2015/91 = EvBI 2015/755 (<i>Jelinek</i>)
1 Ob 3/15w	03.03.2015	

Rechtsprechung des VwGH

93/08/0123	25.10.1994
2001/07/0017	27.07.2001

Anhang

Ob I 1184/27	06.12.1927	SZ 9/259
1Ob420/47	28.06.1947	SZ 21/42
5Ob615/59	27.01.1960	
1Ob347/60	29.09.1960	SZ 33/99
5Ob26/62	15.03.1962	
5 Ob 182/63	21.11.1963	EvBI 1964/70
7 Ob 225/64	19.08.1964	RZ 1965, 101
7Ob28/76	13.05.1976	JB1 1976,599 = SZ 49/67
6Ob536/85	07.03.1985	
3Ob540/85	24.04.1985	
2 Ob 20/86	07.04.1987	
8 Ob 69/86	21.05.1987	
10 ObS 91/87	06.10.1987	SSV - NF 1/40
6Ob579/86	12.11.1987	SZ 60/238 = NZ 1989,11 (Anmerkung <i>Fink</i>)
4Ob519/88	15.03.1988	
2Ob17/88	28.06.1988	ZVR 1989/99
6Ob630/88	06.09.1988	JB1 1988, 793 = EvBI 1989/68 = SZ 61/184
2Ob565/89	30.08.1989	
8Ob649/89	19.10.1989	
6Ob522/90	08.02.1990	
7Ob534/91	18.04.1991	SZ 64/42 = EvBI 1991/132
10ObS225/93	09.11.1993	
5Ob552/94	06.09.1994	

1Ob46/95	22.11.1995	
1Ob575/95	30.01.1996	ecolex 1996,599
10 ObS 2118/96k	21.05.1996	
2Ob2127/96z	30.05.1996	
10ObS10/97m	28.01.1997	
8ObA2353/96d	17.04.1997	
10ObS270/98y	18.08.1998	
9Ob79/99d	14.04.1999	
10ObS215/99m	05.10.1999	
4Ob25/00f	15.02.2000	SZ 73/25
10ObS157/00m	11.07.2000	
9Ob299/00m	06.12.2000	
4Ob77/01d	24.04.2001	
10ObS371/01h	11.12.2001	
1Ob128/02h	11.06.2002	
6Ob15/03d	20.02.2003	
8Ob3/03d	27.02.2003	
2Ob249/03m	13.11.2003	ecolex 2004,274 = EFSlg 106.034 = EFSlg 106.035
3Ob186/04f	26.08.2004	MietSlg 56.774
7 Ob 92/05p	25.05.2005	EFSlg 112.343
8 Ob 52/05p	30.05.2005	
9ObA106/05m	03.08.2005	
10ObS104/06a	27.06.2006	
2Ob8/06z	31.08.2006	EFSlg 115.089 = EFSlg 115.201 = EFSlg 115.207 = EFSlg 115.250 = EFSlg 115.274 =

EFSlg 115.275 = EFSlg 115.276.

10ObS151/06p	03.10.2006	
1Ob194/06w	28.11.2006	
1Ob37/07k	27.02.2007	
9Ob59/07b	22.10.2007	
9Ob79/07v	08.02.2008	
3 Ob 72/08x	11.06.2008	Jus-Extra OGH-Z 4535 = Zak 2008/620
2Ob109/08f	26.06.2008	
3Ob194/08p	03.10.2008	
2Ob184/08k	13.11.2008	RdM-LS 2009/17 = RdM 2009/111 (<i>Leischner</i> , Rechtsprechungsübersicht)
10Ob106/08y	22.12.2008	
3Ob281/08g	25.02.2009	
7 Ob 3/10g	21.04.2010	
10ObS69/12p	26.06.2012	SSV-NF 26/46 = SV 2013,139 (<i>Kerschner</i> , Rechtsprechungsübersicht)
10 ObS 101/12v	10.09.2012	
9Ob32/13s	29.05.2013	
9Ob70/13d	19.12.2013	
10 ObS 34/14v	23.04.2014	
10 ObS 41/14y	19.05.2014	
3Ob108/14z	21.08.2014	Jus-Extra OGH-Z 5654 = EvBI-LS 2014/175
5Ob145/14f	26.09.2014	
1Ob188/14z	22.10.2014	
2Ob197/14f	27.11.2014	
1Ob3/15w	03.03.2015	