

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Erich K*****, vertreten durch Dr.Harold Schmid und Mag.Helmut Schmid, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei Kurt H*****, vertreten durch Dr.Franz Gölles und Mag.Robert Pöschl, Rechtsanwälte in Graz, wegen Wiederaufnahme des Verfahrens AZ 25 C 1461/92 des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz (Streitwert 27.552 S), infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Berufungsgerichts vom 30.März 1995, GZ 6 R 97, 98/95-21, womit infolge Rekurses der beklagten Partei und Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 5.Jänner 1995, GZ 25 C 236/94-13, aufgehoben und die Klage zurückgewiesen wurde, folgenden

B e s c h l u ß

gefaßt:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten des Rekursverfahrens selbst zu tragen.

B e g r ü n d u n g :

Der Beklagte lieferte und montierte im November 1985 auftragsgemäß ein vom Kläger bestelltes automatisches Hauseinfahrts-Schiebetor (im folgenden Tor). Im Hauptverfahren AZ 25 C 1461/92 des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz beehrte der Kläger vom Beklagten 27.552 S sA als Kosten der Mängelbehebung durch Ersatzvornahme. Mit Urteil vom 18.Mai 1993, bestätigt mit Urteil des Berufungsgerichts vom 14.September 1993, wurde dieses Klagebegehren abgewiesen, weil nach den Feststellungen das Tor seit seiner Montage, mit Ausnahme einer Regulierung der Krafteinstellung noch im Jahre 1986, bis 1990 klaglos funktioniert habe. Ende 1990 sei die Laufschiene aufgrund welcher Einwirkung auch immer - die Ursache hierfür liege jedenfalls nicht in der Sphäre des Beklagten - geknickt worden, wodurch sich das Tor nicht mehr habe funktionstüchtig schließen und öffnen lassen. Bei der ersten Mängelbehebung durch den Beklagten seien Steine bei der Zaunsäule abgeklopft und damit ein reibungsloses Öffnen gewährleistet worden. Kurz darauf habe das Tor abermals weder geöffnet noch zur Gänze geschlossen werden können, bei einem neuerlichen Mängelbehebungsversuch durch den Beklagten sei festgestellt worden, daß die Laufschiene geknickt sei. Ein Mitarbeiter des Beklagten habe versucht, diesen Knick mit Hammerschlägen zu begradigen, was nur kurzfristig von Erfolg gewesen sei. An der senkrechten Seite des C-Profiles an der Torunterseite seien zahlreiche Verformungen und Schlagstellen erkennbar, die

durch Gewalteinwirkung verursacht worden seien und den Hauptgrund des Klemmens des Tors dargestellt hätten. Die Verformung der Schenkel des Profils sei durch leichtes Anfahren gegen das Tor bzw eine Gewalteinwirkung gleicher Art entstanden. Der Beklagte sei somit seiner Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Ware nachgekommen, zumal das Beweisverfahren eine Funktionstüchtigkeit des Tors bis zum Jahre 1990 ergeben habe.

Der Kläger begehrte, gestützt auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, die Wiederaufnahme des Hauptverfahrens, die Beseitigung der dort ergangenen Urteile und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 27.552 S sA und trug dazu im wesentlichen vor, er habe nach rechtskräftiger Erledigung des Hauptverfahrens das Tor reparieren lassen. Dabei sei das Tor demontiert und seien folgende bereits bei Lieferung des Tors vorhandenen Mängel festgestellt worden: Das Tor sei derart montiert worden, daß das Führungsstück nicht ohne größere Schäden habe demontiert werden können. Deshalb seien Schäden im Bereich der Führungen (Kugellager) nicht behebbbar und letztlich auch Grund dafür gewesen, daß es zur Funktionsuntüchtigkeit des Tors gekommen sei. Dieser Umstand habe vom Sachverständigen anlässlich der Gutachtenserstellung nicht festgestellt werden können, zumal an eine Demontierung des Tors überhaupt nicht gedacht worden sei. Augenscheinlich sei die Funktionstüchtigkeit auf eine Verformung des Tors zurückzuführen. Bei Demontage hätten keine Spuren einer Gewalteinwendung festgestellt werden können, wohl aber sei die Laufschiene verbogen und verdehnt gewesen. Dies sei auf die unrichtige Montage des Tors zurückzuführen.

Das Erstgericht hat nach mündlicher Verhandlung mit Punkt 1.) seiner Entscheidung die Wiederaufnahme des

Hauptverfahrens beschlußmäßig bewilligt und mit Punkt 2.) das Klagebegehren mit Urteil abgewiesen. Zwar handle es sich um das Hervorkommen neuer Beweismittel, die konkret geeignet seien, eine günstigere Entscheidung über den Prozeßgegenstand innerhalb der Grenzen des Hauptprozesses herbeizuführen, es sei auch die Notfrist des § 534 ZPO gewahrt worden. Allerdings sei dem Kläger der Beweis des Vorhandensein des Mangels zum maßgeblichen Übergabszeitpunkt ebensowenig gelungen wie die Einhaltung der für unbewegliche Sachen geltenden dreijährigen Gewährleistungsfrist. Die konkurrierenden Schadenersatzbestimmungen seien unanwendbar, weil der Kläger im besonderen den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der im Wiederaufnahmsbegehren geltend gemachten fehlerhaften Montage der Schrauben des Tors und der mangelhaften Schließbarkeit gänzlich schuldig geblieben sei.

Über „Rekurs“ des Beklagten gegen Punkt 1.) und Berufung des Klägers gegen Punkt 2.) der angefochtenen Entscheidung hat das Rechtsmittelgericht der unrichtig als Rekurs bezeichneten Berufung des Beklagten gegen die unrichtig als Beschluß bezeichneten, in Wahrheit durch Urteil bewilligten Wiederaufnahme des Hauptverfahrens Folge gegeben, Punkt 1.) aufgehoben und die Klage zurückgewiesen sowie den Kläger mit seiner Berufung gegen Punkt 2.) auf diese Entscheidung verwiesen.

In rechtlicher Hinsicht vertrat die zweite Instanz die Auffassung, das Erstgericht habe zu Unrecht über die Bewilligung der Wiederaufnahme in Beschlußform entschieden. Der Entscheidungswille des Erstgerichts sei jedoch erkennbar, die falsche Bezeichnung schade nicht. Es lägen zwei selbständige, gesondert anfechtbare

Entscheidungen vor, weil das Erstgericht unzulässigerweise in einem Urteil über Wiederaufnahmebegehren und wiederaufgenommenes Begehren entschieden habe.

Die auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO gestützte Klage wäre bereits im Vorprüfungsverfahren gemäß § 538 ZPO mit Beschluß zurückzuweisen gewesen. Die neuen Tatsachen bzw Beweismittel müßten im Hauptprozeß unbekannt und die Unkenntnis der Partei im Hauptverfahren müßte unverschuldet gewesen sein. Nach dem Klagsvorbringen habe erst die nunmehrige Demontage des Tors Beweisergebnisse zu Tage gebracht, die auf eine unrichtige Montage desselben durch den Beklagten hinwiesen; dies sei insbesondere durch die verbogene und verdehnte, zuvor nicht zugängliche Laufschiene dokumentiert. Nun habe aber der Kläger im Hauptverfahren lediglich allgemein das Vorliegen von Mängeln behauptet, die eine ordnungsgemäße Funktion des Tors verhinderten, ohne diese Mängel konkret zu spezifizieren. Der im Hauptprozeß beigezogene Sachverständige habe eine leichte bogenförmige Verformung des unteren Torbereichs befundet, wodurch zunächst das Abgleiten des Bugrads von der entsprechenden Endführung und die damit verbundene Beschädigung des Rads sowie auch das Klemmen der unteren Torführung unter Rollen teilweise erklärbar sei, habe jedoch ausgeführt, eine exakte Vermessung der tatsächlichen Krümmung des Torunterbaus sowie der unterschiedlichen Schlitzweite des C-Profils sei erst nach völliger Demontage des Tors möglich. In seinem Wiederaufnahmivorbringen mache der Kläger somit keine neuen Tatsachen geltend, sondern behaupte lediglich, die Vornahme eines Augenscheins diverser Torteile wäre erst nach dessen Demontage möglich gewesen. Darauf habe aber bereits der Sachverständige im Hauptverfahren hingewiesen.

Die neuen Tatsachen bzw Beweismittel seien somit im Hauptverfahren nicht unbekannt gewesen. Das Verschulden an der Unterlassung der rechtzeitigen Geltendmachung im Hauptverfahren sei aber von Amts wegen aufzugreifen, die Behauptungs- und Beweislast für die unverschuldet verspätete Kenntnis treffe den Wiederaufnahmskläger. Da das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers keinen Anhaltspunkt dafür biete, daß die geltend gemachten Tatsachen oder Beweise im Hauptprozeß gar nicht hätten geltend gemacht werden können, enthalte das Vorbringen keinen tauglichen Wiederaufnahmsgrund.

Der Rekurs des Klägers ist nach § 519 Abs 1 Z 1 ZPO zulässig, aber im Ergebnis nicht gerechtfertigt.

Gemäß § 530 Abs 1 Z 7 ZPO kann ein Verfahren, das durch eine die Sache erledigende Entscheidung abgeschlossen worden ist, auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen werden, wenn die Partei in Kenntnis von neuen Tatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benutzung im früheren Verfahren eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Mit der Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen und Beweismittel soll der materiellen Wahrheit zum Durchbruch verholfen und der (unrichtige) Urteilstatbestand berichtigt werden. Nur die Beweise haben die Erkenntnis vom Tatbestand zu vermitteln, ausschließlich die Tatsachen selbst dienen als Entscheidungsgrundlage (SZ 61/184 = JBl 1988, 793 = EvBl 1989/68 = EFSlg 57.857). Das Vorbringen des Wiederaufnahmsklägers betrifft kein neues Beweismittel, einen nun möglichen Augenschein des Tors, sondern neue Tatsachen, nämlich, daß das Tor einen Montagefehler

aufweise und nicht durch Gewalteinwirkung beschädigt worden sei. Neu ist eine Tatsache dann, wenn sie der Partei vorher unbekannt war und sie im Hauptverfahren nicht geltend gemacht werden konnte (9 Ob 519/95; 8 Ob 516/78). Auch eine Tatsache, die bekannt hätte sein können, ist neu. Lediglich bei der Frage nach dem eine Wiederaufnahme ausschließenden Verschulden ist auf dieses Kennenmüssen einzugehen.

Daß im Hauptverfahren das Tor von einem Sachverständigen begutachtet wurde, steht dem nicht entgegen. Es bildet zwar keinen Wiederaufnahmsgrund iSd § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, daß sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit des Gutachtens oder die mangelnde fachliche Eignung des im Hauptverfahren vernommenen Sachverständigen ergeben sollte. Ebenso ist es unzulässig, eine Wiederaufnahmsklage darauf zu stützen, daß ein anderer Sachverständiger später ein abweichendes Gutachten erstattet habe (SSV-NF 1/40; ZVR 1989/99; SZ 49/67 ua; *Fasching* IV 515). Der Wiederaufnahmskläger müßte in einem solchen Fall vielmehr etwa den Nachweis erbringen, daß der im Hauptverfahren vernommene Sachverständige eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt habe (SSV-NF 1/40; SZ 49/67; EvBl 1961/26) oder daß die jüngeren Gutachten auf einer neuen wissenschaftlichen Methode basieren, die zum Zeitpunkt der Begutachtung im Hauptverfahren noch unbekannt war (SSV-NF 7/115, SSV-NF 1/40; SZ 61/184; ZVR 1989/99 ua). Hier indes war die behauptete neue Tatsache gar nicht Gegenstand der Befundaufnahme des Sachverständigen im Hauptverfahren.

Gemäß § 538 Abs 1 ZPO hat das Gericht vor Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung (hier: über die Wiederaufnahmsklage) zu prüfen, ob die Klage

auf einen der gesetzlichen Anfechtungsgründe (§§ 529 bis 531 ZPO) gestützt und in der gesetzlichen Frist erhoben worden ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse oder ist die Klage wegen eines der im § 230 Abs 2 ZPO angeführten Gründe unzulässig, so ist sie als zur Bestimmung einer Tagsatzung für die mündliche Verhandlung ungeeignet zurückzuweisen. Diese Prüfung vereinigt in sich die Funktion der Zulässigkeitsprüfung nach § 230 ZPO mit Elementen der Vorprüfung im Rechtsmittelverfahren iS des § 471 ZPO (6 Ob 506-519/94; EvBl 1992/77 = JBl 1993, 126 = RdW 1992, 248; 6 Ob 538/92 ua; *Fasching* IV 540 und Lehrbuch² Rz 2084). Nach § 538 Abs 1 ZPO kommt dem Gericht bei der Prüfung des Wiederaufnahmsgrunds im sogenannten Vorprüfungsverfahren nur ein eingeschränktes Prüfungsrecht zu. Das gleiche gilt für eine Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage nach § 543 ZPO. Die Zurückweisung der Klage ist dann gerechtfertigt, wenn sich der geltend gemachte Wiederaufnahmsgrund überhaupt unter keinen der im Gesetz angeführten Wiederaufnahmsgründe einordnen läßt oder in keinem rechtlich beachtlichen Zusammenhang mit der angefochtenen Entscheidung steht, der Wiederaufnahmswerber also auch bei Zutreffen der behaupteten Wiederaufnahmsgründe eine Aufhebung oder Abänderung der Entscheidung nicht erreichen könnte. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die neue Tatsache oder das neue Beweismittel in keinem rechtlich beachtlichen Zusammenhang mit dem wiederaufzunehmenden Verfahren steht (6 Ob 506-519/94; EvBl 1992/77; JBl 1990, 253 = EFSlg 60.806; SZ 59/14 = EvBl 1986/122 = RdW 1986, 145 ua). Eine solche Schlüssigkeitsprüfung ist bei dem hier behaupteten Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO deshalb geboten, weil danach vorausgesetzt wird, daß die

vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel im Hauptverfahren eine der Partei günstige Entscheidung herbeigeführt hätten. Die neuen Tatsachen oder Beweismittel, auf die ein solches Wiederaufnahmsbegehren gestützt wird, müssen sich nicht unmittelbar auf die rechtliche Beurteilung auswirken. Sie müssen nur so wichtig sei, daß ihre Berücksichtigung zu einer anderen Entscheidung des Hauptverfahrens führen könnte (SZ 61/184 mwN; *Fasching* IV 514); es genügt, wenn sie geeignet sind, eine wesentliche Änderung der Beweiswürdigung herbeizuführen (EvBl 1992/77; SZ 61/184, SZ 54/191 ua; *Fasching* IV 514). Im Vorprüfungsverfahren ist die Frage, ob die als Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend gemachten Umstände ersichtlich von vornherein keinen Einfluß auf die Entscheidung in der Hauptsache haben können, nur abstrakt zu prüfen (6 Ob 506-519/94; EvBl 1992/77 mwN). Erst im Wiederaufnahmeverfahren sind die neuen Beweismittel über ihre abstrakte Eignung hinaus zur Herbeiführung einer Änderung der im Hauptprozeß ergangenen Entscheidung hinaus im Wege einer eingeschränkten Beweiswürdigung dahin zu prüfen, ob die Nichtberücksichtigung dieser Tatsachen oder Beweismittel im Hauptverfahren gegen die materielle Wahrheitsfindung und die Vollständigkeit der Urteilsgrundlage verstößt (EvBl 1992/77; SZ 59/14, SZ 54/191; 6 Ob 593/92 ua; *Fasching* IV 551 und Lehrbuch2 Rz 2068). Im vorliegenden Fall sind nun die behaupteten neuen Tatsachen **abstrakt ungeeignet**, in einem Gewährleistungsprozeß durch eine andere Beweiswürdigung eine andere Entscheidung in der Hauptsache herbeizuführen. Denn unbestrittenermaßen lieferte der Beklagte die Toranlage, somit eine unbewegliche Sache, im November 1985. Nach den Feststellungen im

Hauptverfahren behob der Beklagte noch 1986 einen Mangel am Tor. Wenn man entsprechend der herrschenden Rechtsprechung davon ausgeht, daß mit Vollendung der Verbesserung - oder bei erfolglosem Verbesserungsversuch mit Abschluß der auf die Verbesserung gerichteten Tätigkeit - die Gewährleistungsfrist neu zu laufen beginnt (SZ 64/15 mwN uva), endete die dreijährige Gewährleistungsfrist des § 933 Abs 1 ABGB spätestens mit Ablauf des Jahres 1989. Nach den in der Wiederaufnahmsklage nicht angegriffenen Feststellungen im Hauptverfahren funktionierte das Tor nach der Mängelbehebung im Jahr 1986 klaglos bis 1990, somit bis zu einem Zeitpunkt nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Umstände, warum ungeachtet dessen dem Kläger auch noch danach Gewährleistungsansprüche zustünden, wurden im Hauptverfahren nicht vorgetragen. Auf konkurrierende Schadenersatzansprüche (vgl SZ 63/37) beruft sich der Kläger nicht (so insbesondere das Berufungsvorbringen, S 7 der Berufung, das sich ausschließlich auf Gewährleistungsansprüche bezieht). Die neuen Tatsachen sind demnach abstrakt ungeeignet, dem auf Gewährleistung gestützten Hauptverfahren nun eine günstigere Wendung zu geben.

Auf ein allfälliges Verschulden des Wiederaufnahmsklägers nach § 530 Abs 2 ZPO muß nicht mehr eingegangen werden.

Demnach liegen zwar nicht die von der zweiten Instanz herangezogenen, wohl aber andere Gründe für eine Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage vor. Dem Rekurs kann daher kein Erfolg beschieden sein.

Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 40 und 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 30. Jänner 1996
Dr. S c h l o s s e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: