

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christan Kleinszig und Dr. Christian Puswald, Rechtsanwälte in St. Veit an der Glan, gegen die beklagte Partei Dr. T\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Edwin A. Payr, Rechtsanwalt in Graz, wegen 30.000 EUR sA und Feststellung, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 16. Mai 2012, GZ 2 R 82/12i-18, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

**B e g r ü n d u n g :**

Vom Berufungsgericht verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz können nicht nach § 503 Z 2 ZPO geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963). Dieser Grundsatz kann auch nicht durch die Behauptung, das Berufungsverfahren sei - weil das Berufungsgericht der Mängelrüge nicht gefolgt sei - mangelhaft geblieben, umgangen werden (RIS-Justiz RS0043061 [T18]; RS0042963 [T58]). Da sich das Berufungsgericht mit der Mängelrüge des Klägers inhaltlich auseinandergesetzt hat, liegt auch insofern kein Mangel des Berufungsverfahrens vor (vgl. RIS-Justiz RS0043144). Ein Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens, der in der Berufung nicht beanstandet wurde, kann in der Revision nicht mehr geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0043111), sodass die erstmals in der außerordentlichen Revision vorgetragene Rüge, das Erstgericht hätte den Kläger zu einer Präzisierung des Beweisthemas, zu dem der Zeuge DDr. D\*\*\*\*\* geführt werde, anleiten müssen, die Zulässigkeit der außerordentlichen Revision nicht begründen kann.

Fragen der Beweislastverteilung stellen sich nur dann, wenn ein Beweis für eine strittige, entscheidungswesentliche Tatsache nicht erbracht werden kann (RIS-Justiz RS0039875). Liegen entsprechende (positive) Tatsachenfeststellungen vor, spielt es keine Rolle, wen die Beweislast trifft (RIS-Justiz RS0039939 [T23, T26, T29]; 6 Ob 23/10s).

Das Erstgericht stellte fest, dass sich der Kläger auch bei gehöriger Aufklärung der gewählten Zahnbehandlung unterzogen hätte, sodass die in der Revision relevierte Frage der Beweislast sich nicht stellt.

Ob das Vorbringen der Beklagten für diese Feststellung - wie der Revisionswerber meint - zu pauschal war, ist eine Frage des Einzelfalls, der zur Wahrung der Rechtseinsicht, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung keine erhebliche Bedeutung zukommt, sofern das Berufungsgericht - wie hier - zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis gelangt ist (RIS-Justiz RS0042828).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 13. September 2012  
Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: