

aufnahmskläger zugestandenem Vorbringen widerspricht, nicht als Wiederaufnahmsgrund geltend gemacht werden. 21. 12. 1960 EvBl 1961/123 = JBl 1961, 429 = RZ 1961, 167.

E 124. Ebenso nicht das Vorbringen, der Prozessbevollmächtigte habe die Widerklage auftragswidrig zurückgezogen und auf die Vernehmung beantragter Zeugen verzichtet. LGZ Wien 18. 7. 1974 EFSlg 23.194.

E 125. Die bloße **Änderung** eines im Vorprozess eingenommenen **Prozessstandpunkts** – zB Mitschuldantrag statt Abweisungsbegehren – stellt keinen Wiederaufnahmsgrund dar. 9. 7. 1999 EFSlg 91.083.

6. Einzelfälle

E 126. Im Fall eines **Anerkenntnis-** oder **Verzichtsurteils** ist für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme nach Z 7 maßgebend, dass es der Partei möglich sein muss, neu entdeckte Tatsachen oder Beweismittel geltend zu machen, die – wenn damals bekannt – sie veranlasst hätten, nicht anzuerkennen oder zu verzichten. 18. 1. 1950 JBl 1950, 385; LGZ Wien 22. 11. 1996 EFSlg 82.317.

E 127. Ein durch ein **Versäumungsurteil** beendetes Verfahren kann genau so wieder aufgenommen werden wie ein durch ein streitiges Urteil erledigtes. 10. 11. 1959 Arb 7146 = JBl 1960, 308; 17. 12. 1969 EvBl 1970/234; LGZ Wien 15. 1. 1973 Arb 9085; 16. 1. 1973 EvBl 1973/163; 12. 5. 1977 RZ 1978/52.

E 128. Bei einer **Ergänzungsklage** nach §§ 57, 59 EheG müssen die Tatsachen, auf die sie gestützt wird, vor Schluss der Verhandlung entstanden und dem Ergänzungskläger bekannt geworden sein, bei der Wiederaufnahmsklage dürfen sie im Vorprozess nicht bekannt bzw benutzbar gewesen sein. 2. 5. 1990 AnwBl 1991, 269 = JBl 1991, 50 = JUS Z/494.

E 129. Zum Zweck der Wiederaufnahme eines **Scheidungsprozesses** können gem Z 7 auch Eheaufhebungsgründe nach § 37 EheG geltend gemacht werden. 25. 1. 1947 EvBl 1947/332.

E 130. Das Hervorkommen eines Ehebruchs nach Scheidung gem § 50 EheG ist bei primär auf § 49 EheG gestützt gewesener Scheidungsklage ein tauglicher Wiederaufnahmsgrund. 13. 7. 1989 EFSlg 60.920.

E 131. Wurde umgekehrt eine Ehe gem § 49 EheG geschieden, stellt eine Geisteskrankheit der im Vorprozess Beklagten auch dann einen Wiederaufnahmsgrund dar, wenn sie sich am Vorprozess nicht beteiligte und ihr Sachwalter (nunmehr: Erwachsenenvertreter) dieses Verhalten genehmigte. 6. 3. 1990 EFSlg 64.186.

E 132. Die **Anerkennung des** urteilsmäßig zuerkannten **Anspruchs** nach Entstehen des Wiederaufnahmsgrunds nach Z 7 schließt die Wiederaufnahmsklage aus. 1. 10. 1968 SZ 41/122.

E 133. Dass der Beklagte im Vorprozess nicht in der Lage war, einen ziffernmäßig begründeten Einwand über die Anrechnung einer Rente aus der Sozialversicherung zu erheben, weil der Bescheid erst später ergangen ist, bildet dagegen einen tauglichen Wiederaufnahmsgrund. 2. 4. 1964 EvBl 1964/370 = JBl 1964, 568 = SZ 37/44.

E 134. Die Z 7 ist, ohne dass es einer formellen Wiederaufnahmsklage bedarf, neben § 419 ZPO **analog anzuwenden**, wenn ein Rechtsmittel wegen einer unrichtigen Datumsangabe im Vorlagebericht des Erstgerichts als **verspätet zurückgewiesen** wurde. 30. 9. 1987 JBl 1989, 402 = SZ 60/192; 8 ObA 167/01 v ARD 5292/44/2002; 10 Ob 34/04 d RdW 2005/46. Dies gilt auch im Konkurs- und Ausgleichsverfahren (nunmehr: Insolvenzverfahren). 8 Ob 280/01 m. Vgl auch E 38 und § 419 ZPO E 23; RIS-Justiz RS0062267.

E 134/1. Eine **abweichende Beweiswürdigung** (hier: Beurteilung eines Arbeitsunfalls) in einem Folgeprozess ist kein Wiederaufnahmegrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO. 10 Obs 14/11 y ARD 6149/10/2011.

E 134/2. Der Stresstest zur Sicherheit von **Kernkraftwerken** in Europa rechtfertigt nicht die Wiederaufnahme eines Verfahrens über eine nachbarschaftsrechtliche Unterlassungsklage. 3 Ob 58/13 w Zak 2013/430.

IV. Verschulden

A. Allgemeines

E 135. Das Vorliegen eines Verschuldens ist von Amts wegen zu beachten. Der Wiederaufnahmskläger ist dafür **behauptungs- und beweispflichtig**, dass ihn kein Verschulden trifft. 22. 1. 1987 MietSlg 39.975; LG Graz 12. 10. 1988 MietSlg 40.814; 18. 1. 1989 MietSlg 41.585; 15. 1. 1992 MietSlg 44.839; LGZ Wien 24. 8. 1993 EFSlg 73.045; LGZ Wien 2. 2. 1994 MietSlg 46.700; 24. 3. 1998 MietSlg 50.805; 12. 8. 1998 MietSlg 50.804; 6 Ob 127/00 w RdW 2001/457; 6 Ob 253/02 b MietSlg 54.709; LG Wels 21 R 97/03 v EFSlg 106.029; 1 Ob 194/06 w; RIS-Justiz RS0044633.

E 135/1. Das Vorliegen eines Verschuldens iSd Abs 2 ist **von Amts wegen** wahrzunehmen. RIS-Justiz 0044575.

E 135/2. Eine **Zurückweisung** wegen Verschuldens ist nur möglich, wenn sich das Verschulden aus den Tatsachenbehauptungen in der Klage ergibt oder in der Klage jede Behauptung fehlt, dass die Geltendmachung des Beweismittels ohne Verschulden unmöglich war. 3 Ob 70/12 h; 3 Ob 231/14 p; 10 Ob 15/15 a.

E 136. Von einem als **Masseverwalter** (nunmehr: Insolvenzverwalter) auftretenden Angehörigen eines rechts- oder wirtschaftsberatenden Berufs muss verlangt werden, dass ihm grundlegende Bestimmungen des Arbeitsrechts – also auch die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags mit einem Ausländer ohne Beschäftigungserlaubnis – bekannt sind. Es ist ihm daher als Verschulden anzurechnen, wenn er diesbezüglich nahe liegende Nachforschungen unterlassen hat. 11. 11. 1986 EvBl 1987/205 = JBl 1987, 254 = SZ 59/196.

E 137. Bei der Beurteilung, ob den Wiederaufnahmskläger ein Verschulden trifft, ist von der Bestimmung des § 1297 ABGB auszugehen. Nur die Außerachtlassung des Fleißes und der Aufmerksamkeit, die bei **gewöhnlichen Fähigkeiten** angewendet werden kann, stellt ein Verschulden dar. 1. 4. 1966 RZ 1966, 148.

E 138. Die Wiederaufnahme wegen **falscher Beweisaussage** unterliegt nicht den Beschränkungen der Wiederaufnahme wegen neu aufgefundener Beweismittel. 23. 4. 1902 GIUNF 1864.

7 Ob 105/00t wobl 2001/98; 10 Ob 87/01v; 1 Ob 133/14m EvBl-LS 2015/19 (*Brenn*) = AnwBl 2015/8402 (*Petrowsky*); 8 Ob 67/14g = immolex 2015/15 (*Malainer/Staribacher*); RIS-Justiz RS0111666.

E 28/1. Und zwar auch noch nach Erhebung von Einwendungen. 3 Ob 21/16h.

E 29. Ein objektiv erkennbar und bestimmt bezeichneter Bestandgegenstand kann vom Kläger auch noch im zweiten Rechtsgang richtiggestellt werden. 11. 2. 1997 immolex 1997/154 = MietSlg 49.701/8.

E 30. Eine **Verbesserung** der Bezeichnung des Bestandgegenstands ist bei **unwesentlichen Fehlern**, die als solche ohne weiteres erkennbar sind, zulässig. 12. 7. 1950 MietSlg 1556; LGZ Wien 20. 2. 1964 MietSlg 16.494; 26. 5. 1965 MietSlg 17.794; LGZ Wien 23. 6. 1965 MietSlg 17.795; LGZ Wien 20. 9. 1967 MietSlg 19.540; 29. 1. 1969 EvBl 1969/259 = MietSlg 21.829; 18. 6. 1969 MietSlg 21.831; 2. 7. 1969, MietSlg 21.830; LGZ Wien 22. 9. 1971 MietSlg 23.678; LGZ Wien 3. 12. 1971 MietSlg 23.677; LGZ Wien 28. 4. 1976 MietSlg 28.617; LGZ Wien 3. 7. 1980 MietSlg 32.737; LGZ Wien 21. 10. 1981 MietSlg 33.683; LGZ Wien 21. 1. 1982 MietSlg 34.786; LGZ Wien 9. 10. 1985 MietSlg 37.788; LGZ Wien 11. 4. 1986 MietSlg 38.806; LGZ Wien 5. 2. 1987 MietSlg 39.803; 28. 11. 1995 ecolex 1996, 520 (*Hausmann*) = JUS Z/1988 = MietSlg 47.702 = wobl 1996/53 (*Hausmann*, wobl 1996, 129); LG Graz 4. 6. 1996 MietSlg 48.688; LGZ Wien 9. 12. 1997 MietSlg 49.704; 15. 1. 1998 MietSlg 50.806 = wobl 1998/210 (*Hausmann*); 1 Ob 133/14m AnwBl 2015, 187; und zwar auch von Amts wegen. 5. 3. 1969 MietSlg 21.833; LGZ Wien 30. 6. 1970 MietSlg 22.663; auch noch durch das Berufungsgericht. 18. 11. 1970 MietSlg 22.645.

E 31. Nicht aber mehr im **Exekutionsverfahren**. LGZ Wien 29. 1. 1963 MietSlg 15.631/49; LGZ Wien 8. 5. 1985 MietSlg 37.789 (gg: LGZ Wien 8. 2. 1989 MietSlg 41.588; LGZ Wien 9. 3. 1995 MietSlg 47.704).

E 32. Eine Verbesserung ist aber nicht zulässig, wenn irrtümlich eine andere tatsächlich bestehende, jedoch vom Gekündigten nicht gemietete Wohnung aufgekündigt wurde, mag auch im Rubrum der Aufkündigung seine Wohnanschrift richtig angegeben worden sein. 3. 7. 1974 MietSlg 26.545; LGZ Wien 18. 5. 1978 MietSlg 30.778.

3. Einzelfälle

E 33. Die Angabe der Zahl der Räume ist für die Bezeichnung des Bestandgegenstands nicht erforderlich. 18. 10. 1950 MietSlg 1555; LG Linz 15. 3. 1976 MietSlg 38.618.

E 34. Die unrichtige Angabe der Zahl der Räume ist nur dann nicht als wesentlicher Fehler anzusehen, wenn aus dem Wortlaut der Kündigung einwandfrei ersichtlich ist, dass die gesamte Wohnung gekündigt werden sollte. 20. 4. 1988 MietSlg 40.819.

E 35. Es liegt keine ungenaue Bezeichnung vor, wenn mehr Räume aufgekündigt werden, als der Mieter gemietet hat. 7. 5. 1969 MietSlg 21.854/30; 22. 6. 1977 MietSlg 29.648.

E 139. Das absichtliche Fernbleiben von der Streitverhandlung und die Nichtbestreitung des Klagsanspruchs, sodass ein Versäumnungsurteil ergangen ist, weil die **Prozessaussichten völlig negativ** waren, ist kein Verschulden. 10. 11. 1959 Arb 7146 = JBl 1960, 308.

B. Prozessuale Diligenzpflicht

1. Grundsätze

E 140. Eine Wiederaufnahme ist ausgeschlossen, wenn die Partei die Beweismittel bei Anwendung **ordnungsgemäßer Aufmerksamkeit** hätte finden können. 28. 12. 1921 ZBl 1922/33; LGZ Wien 11. 4. 1946 EvBl 1946/273. Sie muss aber nicht in allen Fällen den Sachverhalt durch Erhebungen an Ort und Stelle klären. 16. 10. 1957 ZVR 1958/45.

E 140/1. Die Partei muss zumutbare **Erhebungen** pflegen, um die zur Dartuung ihres Prozessstandpunkts erforderlichen Zeugen auszuforschen. RIS-Justiz RS0109743.

E 140/2. Ein Verschulden kann nur dann verneint werden, wenn trotz **sorgsamer Prozessvorbereitung** von der neuen Tatsache erst nach Schluss der Verhandlung des Vorprozesses Kenntnis erlangt werden kann. 9 Ob 66/11 p; 10 Ob 15/15a.

E 141. Die Pflicht zur sorgfältigen Prozessvorbereitung wird nicht verletzt, wenn die Partei es unterlässt, Urkunden an Orten zu suchen, an denen sie nicht vermutet werden können. 15. 2. 1962 EvBl 1962/400.

E 142. Bei Geltendmachung **neuer Beweismittel** ist zu untersuchen, ob der Kläger bei Anwendung gebührender Sorgfalt schon früher in der Lage gewesen wäre, das neue Beweismittel anzubieten. Bei Hervorkommen einer neuen Tatsache kann aber nicht gesagt werden, der Kläger hätte sich bemühen müssen, die Tatsache früher zu erfahren. LGZ Wien 30. 6. 1937 EvBl 1937/719; vgl hiezu jedoch E 88.

E 142/1. Die Partei muss alle bereitstehenden Beweismittel anbieten, insb Zeugen führen, von denen sie voraussetzen musste, dass ihnen die zu erweisenden Tatsachen bekannt sind. RIS-Justiz RS0044619.

E 143. Ebenso nicht das Unterlassen des Anbots von Beweismitteln, mit deren Vorhandensein die Partei nicht rechnen konnte. 21. 10. 1975 JBl 1976, 439.

E 144. Eine „Konservierung“ von Beweismitteln in der Form, dass schon benutzbare Beweismittel nicht verwendet werden, weil keine Gewissheit besteht, sie würden den Prozesserfolg sichern, stellt ein Verschulden dar. 1 Ob 258/02 a EvBl 2003/116.

E 144/1. Ein Verschulden wegen Unterlassung entsprechender Behauptungen im Vorprozess kann immer nur dann angenommen werden, wenn die Bedeutung der Tatsachen oder Beweismittel ohne weiteres erkennbar gewesen wäre. 6 Ob 2159/96k.

E 144/2. Stammt der Umstand, dass das Gutachten im wieder aufzunehmenden Verfahren auf einer unvollständigen Entscheidungsgrundlage beruht, (allein) aus der Sphäre des Klägers, so hat er auch zu behaupten und zu beweisen, wes-

halb er dieses Beweismittel nicht schon früher benützen konnte. 3 Ob 186/04f; 2 Ob 230/06x.

E 145. Das Unterlassen eines Antrags auf Einholung einer Lohnauskunft der Klägerin in einem Unterhaltsstreit bedeutet ein Verschulden. 14. 3. 1979 EFSlg 34.516 = EvBl 1979/204.

E 146. Unter Verschulden iSd Abs 2 kann nur eine Vernachlässigung der im Streitverfahren erforderlichen Sorgfalt der Parteien verstanden werden, nicht aber die nachlässige Aufbewahrung von Aufzeichnungen außerhalb eines Prozesses. 13. 11. 1934 Rsp 1934/396; 21. 1. 1953 JBl 1953, 465.

E 147. In der **Unterlassung** der Namhaftmachung oder Benutzbarmachung entscheidungserheblicher Beweismittel oder auch solcher, deren mögliche Bedeutung ohne weiteres erkennbar war, liegt ein Verschulden. LGZ Wien 18. 12. 1990 MietSlg 43.513.

E 148. So wenn die Partei Nachforschungen unterließ, ob noch ein schriftlicher Mietvertrag existiert. LGZ Wien 31. 1. 1991 MietSlg 43.514.

E 148/1. Die Wiederaufnahmsklage kann nicht auf Beweismittel gestützt werden, die wegen **Verschleppungsabsicht** zurückgewiesen wurden. 5 Ob 131/11t NZ 2012/120.

2. Zeugenbeweis

E 149. Ein Verstoß gegen die prozessuale Diligenzpflicht kann auch darin bestehen, dass eine Partei nicht die ihr zumutbaren **Erhebungen** zur Ausforschung der zur Dartuung ihres Prozesstandpunkts erforderlichen **Zeugen** pflegt. 24. 3. 1998 EvBl 1998/149 = MietSlg 50.805; 1 Ob 3/15w.

E 150. Ebenso darin, dass die Partei im Hauptprozess Zeugen zu führen unterließ, von denen sie voraussetzen musste, dass ihnen die zu erweisenden Tatsachen bekannt sind. 19. 11. 1902 GIUNF 2101; 24. 9. 1975 EFSlg 27.683; 22. 1. 1987 MietSlg 39.795; LGZ Wien 4. 8. 1988 MietSlg 40.813; 24. 3. 1998 MietSlg 50.805; 12. 8. 1998 MietSlg 50.804; LGZ Wien 30. 9. 1999 EFSlg 91.080; 3 Ob 231/14p.

E 151. So wenn es nahe liegend gewesen wäre, einen Zeugen über bestimmte Umstände zu führen, dies aber unterlassen wurde. 3. 2. 1960 EvBl 1960/143; LGZ Wien 22. 3. 1974 MietSlg 26.540; von einem Wegebenutzer muss nicht von vornherein angenommen werden, dass er auf die jeweilige Lage des Wegs oder eine Änderung der Lage achtet. 28. 9. 1961 RZ 1962, 42.

E 151/1. Dies gilt auch dann, wenn die Führung des Zeugen im Vorprozess wegen eines Naheverhältnisses zum Gegner unterlassen wurde. 4 Ob 93/14a.

E 152. Ein Verschulden liegt vor, wenn die Partei nichts unternommen hat, um während des Verfahrens den Aufenthalt eines Zeugen zu ermitteln. 20. 10. 1937 RZ 1937, 549; LGZ Wien 22. 3. 1974 MietSlg 26.540; 24. 9. 1975 MietSlg 27.683; 22. 1. 1987 MietSlg 39.795; 25. 11. 1994 ÖA 1995, 132; 24. 3. 1998 MietSlg 50.805.

E 153. Ebenso bei Unterlassung der Rüge gem § 196 ZPO, wenn bei Verweigerung der Aussage durch einen Zeugen eine Erörterung und Beschlussfassung nach § 324 ZPO unterblieb. 14. 6. 1950 SZ 23/199.

E 154. Ebenso bei Unterlassung der Anfechtung eines Urteils wegen Mangelhaftigkeit, weil zu Unrecht eine Zeugnisverweigerung als berechtigt anerkannt wurde. 25. 1. 1960 RZ 1960, 181; LGZ Wien 30. 3. 1993 MietSlg 45.736.

E 155. Jedoch fehlt ein Verschulden, wenn ein Zeuge nicht angeboten wurde, von dessen Wissen um erhebliche Tatsachen der Kläger erst nachträglich Kenntnis erhielt. 25. 5. 1904 GIUNF 2700.

3. Vergessen

E 156. Vergessen ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nicht als Verschulden zu werten. 28. 1. 1925 SZ 7/31; 30. 10. 1957 EvBl 1958/27; 14. 12. 1965 JBl 1966, 527 = SZ 38/215; 25. 1. 1967 EFSlg 8989 = EvBl 1967/439; 24. 9. 1968 Arb 8562; 6 Ob 253/02b MietSlg 54.709; 3 Ob 10/08d; RIS-Justiz RS0044605.

E 157. Hohes Alter oder krankhafte Beeinträchtigung der Merkfähigkeit kann ein Vergessen entschuldigen. 16. 12. 1981 JBl 1982, 497 = SZ 54/191; s auch E 96.

4. Vertreter

E 158. Bei Prüfung der Frage, ob eine neu vorgebrachte Tatsache vor Schluss der Verhandlung hätte geltend gemacht werden können, ist die Partei mit dem im Vorprozess für sie handelnden, nicht unterrichtet gewesenen **Abwesenheitskurator** nicht gleichzustellen. 10. 6. 1952 SZ 25/158; 7. 5. 1954 JBl 1954, 543 = SZ 27/126.

E 159. Ein Verschulden ihres **Prozessbevollmächtigten** hat die Partei gegen sich gelten zu lassen. 16. 6. 1952 SZ 25/158; 18. 1. 1989 MietSlg 41.585; 25. 4. 1990 EFSlg 64.187; 20. 3. 1997 MietSlg 49.697.

E 160. Eine Wiederaufnahme ist gerechtfertigt, wenn für eine Partei, die ohne ihr Verschulden außerstande war, im Vorprozess vor Gericht aufzutreten, ein **Abwesenheitskurator** bestellt wurde, der die ihr bekannten Tatsachen und Beweise weder wusste noch wissen konnte. LGZ Wien 14. 6. 1995 MietSlg 47.696.

E 160/1. Die Kenntnis des mit Prozessvollmacht ausgestatteten Parteivertreters von neuen Tatsachen und Beweismitteln ist der Partei zuzurechnen. 6 Ob 66/97t; 3 Ob 10/08d.

5. Weitere Einzelfälle

E 161. Über die Unzulässigkeit der Geltendmachung wegen **Verschleppungsabsicht** zurückgewiesener Beweise s E 77.

E 162. Das **Unterlassen von Einwendungen** in der Erwartung, dass die Klage ohnehin aus anderen Gründen abgewiesen werden würde, ist Verschulden. 7. 10. 1936 Rsp 1936/325.

E 163. Ein Verschulden der Partei liegt vor, wenn die Umstände, über die Beweismittel geführt werden, im Verfahren der Hauptsache schon vorgekommen

sind und gewürdigt oder eingewendet werden konnten. 22. 1. 1918 JBl 1918, 166; oder wenn die Partei das Vorhandensein der Ursachen, aus denen die neuen Umstände sich ergeben haben, schon zur Zeit des Vorprozesses kannte. 20. 11. 1906 GIUNF 4054.

E 164. Der Umstand, dass der Zedent eine Urkunde im Vorprozess habe vorgelegt oder sie dem klägerischen Zessionar zur Verfügung stellen sollen, nimmt ihr nicht die Eignung, eine Wiederaufnahmsklage des Zessionars zu stützen. 17. 11. 1936 ZBl 1937/87.

E 165. Ein Verschulden iSd Abs 2 liegt auch vor, wenn die Partei nicht versucht hat, die Ablehnung eines nicht sofort durchführbaren Beweises dadurch zu vermeiden, dass sie **Antrag** auf Bestimmung einer Frist für die Beweisaufnahme **nach § 279 ZPO** stellte. 31. 5. 1901 GIUNF 1440.

E 166. Dass der rechtsunkundige Wiederaufnahmskläger im Prozess **nicht** durch einen Rechtsanwalt **vertreten** war, schließt die Zurechnung des Verschuldens nicht aus. 19. 11. 1902 GIUNF 2101.

[Wiederaufnahme zur Ausführung ausgeschlossener Beweise]

§ 531. Die Wiederaufnahme kann auch zur Ausführung der im Sinne des § 279 Abs. 2¹⁾ von der Verhandlung ausgeschlossenen Beweise bewilligt werden, wenn die Benützung dieser Beweise im früheren Verfahren offenbar eine der Partei günstigere Entscheidung zur Folge gehabt haben würde.

IdF BGBl 1979/140.

Anmerkungen:

1) Daher auch in den Fällen von § 309 Abs 1, § 332 Abs 2, §§ 335, 365, 368 Abs 3 ZPO.

Entscheidungen:

E 1. Ob der Ausschluss des Beweises auf ein **Verschulden** des Wiederaufnahmsklägers zurückzuführen ist, ist unwesentlich. Nach § 531 kommt es nur auf den offenkundigen Erfolg in der Hauptsache an. 31. 3. 1927 SZ 9/77.

E 2. Bei Verschulden der Partei iSd § 530 Abs 2 ZPO muss die strengere Voraussetzung des § 531 vorliegen, damit gem § 279 Abs 2 ZPO ausgeschlossen gewesene Beweise als Wiederaufnahmsgrund geltend gemacht werden können. 25. 10. 1922 ZBl 1923/186; LGZ Wien 27. 12. 1928 GH 1929, 33.

[Zuständigkeit]

§ 532. (1) Für die Nichtigkeitsklage und für die nach § 530 Abs. 1 Z 4 erhobene Wiederaufnahmsklage ist das Gericht, von welchem die durch die Klage angefochtene Entscheidung gefällt wurde, wenn aber in der Klage mehrere in demselben Rechtsstreite von Gerichten verschiedener

Instanzen gefällte Entscheidungen angefochten werden, das höchste unter diesen Gerichten ausschließlich zuständig.

(2) In allen übrigen Fällen (§§ 530 Abs. 1 Z 1 bis 3, 5, 6 und 7 und 531) muß die Wiederaufnahmsklage beim Prozeßgericht erster Instanz, wenn aber nur eine in höherer Instanz erlassene Entscheidung von dem geltend gemachten Anfechtungsgrunde betroffen wird, bei dem bezüglichen Gerichte höherer Instanz angebracht werden.

IdF BGBI 1979/140.

Entscheidungen:

Übersicht

- I. Allgemeines (E 1–5)
- II. Zuständigkeit des Berufungsgerichtes (E 6–9)
- III. Zuständigkeit des OGH (E 10–13)

I. Allgemeines

E 1. Gem § 532 ist für die Nichtigkeitsklage eine **individuelle** und funktionelle **Zuständigkeit** begründet, die der Parteienvereinbarung entzogen ist. LGZ Wien 40 R 154/00 v MietSlg 52.807.

E 2. Diese Zuständigkeit ist **unprorogabel**. Mit einer Prüfungsklage, für die das Konkursgericht (nunmehr: Insolvenzgericht) zuständig ist, kann daher nicht eine Nichtigkeitsklage gegen die in einem früheren Prozess ergangene Entscheidung über die angemeldete und bestrittene Konkursforderung (nunmehr: Insolvenzforderung) **verbunden** werden, wenn der Vorprozess bei einem anderen Gericht geführt wurde. 8 Ob 240/00b ZIK 2001/329.

E 3. Auf das Interesse des Klägers, das Verfahren vor jenem Gericht neu aufzurollen, das die für ihn nachteilige Entscheidung gefällt hat, kommt es nicht an, mag ihn auch erst die abändernde Entscheidung des Berufungsgerichts zur Wiederaufnahmsklage bewogen haben. Auch Gründe der Prozessökonomie sind nicht geeignet, von der **Zuständigkeitsregel** abzugehen. 8. 7. 1998 EFSlg 88.207.

E 4. Der Umstand, dass erst durch die Entscheidung der höheren Instanz Anlass zur Wiederaufnahmsklage gegeben wurde, insb, dass der Wiederaufnahmskläger erst in höherer Instanz sachfällig wurde, ist für die **Zuständigkeit** nicht entscheidend. 31. 10. 1963 EvBl 1964/166.

E 4/1. Die Zuständigkeit für die Wiederaufnahme wegen neu aufgefundener Beweismittel entscheidet sich nur danach, welches Gericht die Tatsachenfeststellungen vorgenommen hat, die vom Anfechtungsgrund betroffen werden. 8. 1. 1901 GIUNF 1255; LGZ Wien 24. 1. 1935 EvBl 1935/163; 26. 5. 1937 RZ 1937, 300; 28. 8. 1997 EFSlg 85.365; 8. 7. 1998 EFSlg 88.205.

E 5. Eine bei einem unzuständigen Gericht eingebrachte Wiederaufnahmsklage ist als Rechtsmittel im weiteren Sinn gem dem allgemeinen Grundsatz des § 474 Abs 1 ZPO **von Amts wegen** an das zuständige Gericht **zu überweisen**. 28. 1. 1993 EFSlg 72.998 = ÖA 1994, 32 = SZ 66/10; 24. 11. 1998 SSV-NF 12/157; LGZ

Wien 40 R 154/00v MietSlg 52.807; 5 Ob 107/14t MietSlg 66.720; RIS-Justiz RS0041882.

II. Zuständigkeit des Berufungsgerichtes

E 6. Die Zuständigkeit für die Wiederaufnahme wegen neu aufgefundener Beweismittel entscheidet sich danach, welches Gericht die Tatsachenfeststellungen vorgenommen hat, die vom Anfechtungsgrund betroffen sind. RIS-Justiz RS0044559.

E 6/1. Das **Berufungsgericht** ist nur zuständig, wenn die maßgebenden Feststellungen ausschließlich von ihm getroffen wurden. 22. 10. 1952 EvBl 1952/420; 22. 3. 1955 JBl 1955, 368; 9. 10. 1957 JBl 1958, 130; 8. 7. 1998 EFSlg 88.206; RIS-Justiz RS0044571.

E 6/2. Macht der Wiederaufnahmskläger aber eine weitere, ihm erst nach Abschluss des Vorprozesses bekannt gewordene Eheverfehlung geltend, kommt der Ausnahmefall der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes nicht zum Tragen. 8. 7. 1998 EFSlg 88.208.

E 6/3. Das Gericht erster Instanz, welches die Tatsachenfeststellungen gemacht hat, ist daher auch dann zuständig, wenn erst das Gericht zweiter Instanz diese Feststellungen zu Ungunsten des Wiederaufnahmewerbers verwertet hat. 20. 3. 1900 GIUNF 935; LGZ Wien 24. 1. 1935 EvBl 1935/163 (gg: 14. 2. 1899 GIUNF 510; 26. 2. 1929 ZBl 1929/148).

E 7. Die Zuständigkeit eines Gerichts höherer Instanz ist nur begründet, wenn die erstrichterlichen Feststellungen dort durch eine tatsächliche Feststellung eine Änderung erfahren haben und der Wiederaufnahmsgrund lediglich diese Feststellung betrifft. 26. 3. 1902 GIUNF 1829; 31. 8. 1932 AnwZ 1932, 382; 31. 10. 1963 EvBl 1964/166; 23. 9. 1971 EvBl 1972/192.

E 7/1. Hat das Berufungsgericht nach Beweismittelwiederholung die maßgeblichen Feststellungen des Erstgerichts übernommen, ist zur Verhandlung und Entscheidung über die Wiederaufnahmsklage das Erstgericht zuständig. RIS-Justiz RS0044566; RS0044579.

E 8. (Abw:) Hat das Berufungsgericht die Sache von neuem verhandelt, ist es für die Wiederaufnahmsklage auch dann zuständig, wenn es die Feststellungen der ersten Instanz übernommen hat. 8. 2. 1989 JUS Z/128.

E 9. Wurden die Aussagen eines Zeugen im Ersturteil nicht verwertet, wohl aber im Berufungsurteil, nachdem der Zeuge vor dem Berufungsgericht anders ausgesagt hat, dann ist die Wiederaufnahmsklage, die sich auf falsche Beweisaussage im Berufungsverfahren stützt, beim Berufungsgericht anzubringen. 10. 6. 1936 SZ 18/102.

III. Zuständigkeit des OGH

E 10. Der **OGH** ist zuständig, wenn er im Vorprozess die mit Nichtigkeitsklage bekämpfte Endentscheidung gefällt hat. 22. 9. 1983 EFSlg 44.134 = RZ 1984/39; RIS-Justiz RS0044317.

E 10/1. Nicht aber wenn er eine außerordentliche Revision zurückgewiesen hat. 16. 10. 1997 EFSlg 85.363 = RZ 1998/55.

E 10/2. (Ggt:) Der OGH ist auch dann zuständig, wenn er die außerordentliche Revision gem § 508a Abs 2 ZPO als unzulässig zurückgewiesen hat, weil mit dieser Entscheidung abschließend über das Rechtsschutzbegehren abgesprochen wird. 2 Ob 6/03a; 5 Ob 208/06h.

E 10/3. Dass der OGH zwar die von den Unterinstanzen getroffenen Tatsachenfeststellungen seiner Entscheidung zugrunde gelegt, diese aber rechtlich anders als die zweite Instanz gewürdigt hat, so etwa den Inhalt von Urkunden rechtlich anders beurteilt hat, ist für die Zuständigkeit unerheblich. RIS-Justiz RS0044574.

E 11. Der OGH könnte für eine auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO gestützte Wiederaufnahmsklage nur zuständig sein, wenn er von den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen abgewichen wäre und nur diese abweichenden Feststellungen zum Gegenstand der Anfechtung gemacht werden. 22. 9. 1983 EFSlg 44.135.

E 12. Dass der OGH den Inhalt von Urkunden rechtlich anders beurteilt hat, ist für die Zuständigkeit unerheblich. 31. 10. 1963 EvBl 1964/166.

E 13. Darüber, bei welchem Gericht die **Revision** gegen ein Urteil eines Gerichtshofs zu überreichen ist, wenn dieser im Vorprozess als Berufungsgericht entschieden hat, s § 533 ZPO E 3 und 4.

Verfahren

[Anwendbare Vorschriften]

§ 533. Auf die Erhebung der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage und auf das weitere Verfahren finden, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Bestimmungen Abweichungen ergeben, die im ersten bis vierten Teile dieses Gesetzes enthaltenen Vorschriften entsprechend Anwendung.

Stammfassung.

Entscheidungen:

E 1. Eine Nichtigkeitsklage, für die der OGH zuständig ist, ist unmittelbar bei diesem **einzubringen**. 13. 11. 1963 Arb 7829 = EvBl 1964/150 = SZ 36/141.

E 1/1. Eine Wiederaufnahmsklage bedarf **keiner Bewertung**, weil der Streitgegenstand im früheren Verfahren und im Wiederaufnahmeverfahren identisch ist. 7 Ob 210/01k RdW 2003/125. Vgl auch § 500 ZPO E 56.

E 2. Das Gericht höherer Instanz wird auch dann als Rechtsmittelgericht tätig, wenn es über eine Rechtsmittelklage in erster Instanz entscheidet. Die Entscheidungen sind stets vom Erstgericht des Vorprozesses **zuzustellen**. 5. 8. 1953 JBl 1954, 122.

E 3. **Rechtsmittel** sind daher stets bei dem Gericht einzubringen, das im Vorprozess als erste Instanz eingeschritten ist. 6. 6. 1953 JB 58 = EvBl 1953/468 = SZ 26/150; 25. 5. 1994 EFSlg 76.110; RIS-Justiz RS0045877.

E 4. Dies gilt auch, wenn das Berufungsgericht die Entscheidung unmittelbar zugestellt hat. 5. 10. 1955 SpR 43 = EvBl 1955/417 = JBl 1956, 24 = RZ 1956,