

# TE OGH 2005/11/22 1Ob173/05f

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.11.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Univ. Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Thomas T\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Klaus Perner, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei E\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Gerald Wildfellner, Dr. Klaus Holter, Dr. Stefan Holter, Mag. Mario Schmieder, Mag. Jörg Asanger und Dr. Wilhelm Kubin, Rechtsanwälte in Grieskirchen, und die Nebenintervenientin K\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, Schweiz, vertreten durch Dr. Heinz Lughofer, Rechtsanwalt in Ried im Innkreis, wegen EUR 20.289,52 s. A. und Feststellung (Streitwert EUR 3.633,64), infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Teilzwischenurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 12. April 2005, GZ 3 R 226/04g-107, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wels vom 6. August 2004, GZ 30 Cg 13/03z-89, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die beklagte Partei betreibt eine Freizeitanlage, die unter anderem auch eine „Kamikaze-Rutsche“ anbietet. Diese Rutsche wurde von der Nebenintervenientin hergestellt und im Erlebnisbad der beklagten Partei errichtet. Als der Kläger am 1. 1. 2001 die Rutsche benutzte, geriet er im Auslaufbecken mit dem Daumen in einen auf eine Länge von ca. 10cm aufklaffenden Spalt in der Außenverkleidung, wobei ihm an der rechten Hand die Daumenkuppe bis zum ersten Daumenglied abgetrennt wurde.

Er begehrte S 279.190 (= EUR 20.289,53) an Schadenersatz (darin S 200.000,- Schmerzengeld) sowie die Feststellung der Haftung der beklagten Partei für sämtliche zukünftige Schäden aus der Abtrennung des rechten Daumenteils. Die beklagte Partei habe als Vertragspartnerin des Klägers ihre Verkehrssicherungspflicht durch mangelhafte Wartung und die Duldung eines gefährlichen Zustands der Rutschbahn schulhaft verletzt.

Die beklagte Partei wendete im Wesentlichen ein, sie habe die Verletzung des Klägers nicht zu verantworten. Die

Rutsche sei ordnungsgemäß gewartet, überprüft und kontrolliert worden. Der Unfall sei darauf zurückzuführen, dass der Kläger die Rutschanleitung grob missachtet und über den Rand der Rutsche hinausgegriffen habe.

Das Erstgericht wies, nachdem es das Verfahren auf den Anspruchsgrund eingeschränkt hatte, das Klagebegehren ab. Es stellte im Wesentlichen fest, der Kläger habe, als er in das Auslaufbecken der Rutsche eingetaucht war, mit der rechten Hand über den Beckenrand hinaus auf die Außenverblendung gegriffen. Dort habe sich ein ca 10 cm langer Spalt gebildet gehabt, in den der Daumen des Klägers gelangt sei. Die Rutsche sei am Unfalltag kurz vor 13 Uhr in Betrieb genommen worden, der Unfall habe sich um 16 Uhr ereignet. Der Dienst habende Bademeister habe die Rutsche vor Betriebsbeginn kontrolliert und keine Mängel festgestellt. Der Spalt habe sich durch das Lösen einer Nietverbindung zwischen zwei Verblendungselementen gebildet. Er sei vor Inbetriebnahme der Rutsche an diesem Tag nicht vorhanden gewesen. Zur Spaltbildung sei es auf Grund der Verwendung zu kurzer Nieten in zu großen Abständen gekommen. Die Verbindung der Platten habe dadurch spontan bei direkter Belastung ausbrechen können. Durch Sichtkontrollen von außen seien die unzureichende Klemmung und die damit verbundene Gefahr einer Spaltbildung nicht erkennbar gewesen. Das Loslösen einer Nietverbindung und die Spaltbildung in der Außenverblendung seien für die beklagte Partei unvorhersehbar gewesen. Ein künftiges Brechen einer bei Sicht- und Tastprüfung unauffälligen Niete durch Fremdeinwirkung wäre auch dem TÜV bei einer durch ihn durchgeföhrten Prüfung nicht vorhersehbar gewesen. Vor diesem Vorfall habe es keinen ähnlichen Fall durch Spaltbildung infolge unzureichender Klemmung einer Niete bei der Anlage der beklagten Partei gegeben. Auch in Fachkreisen seien vergleichbare Unfälle im Außenverkleidungsbereich nicht bekannt gewesen. Rechtlich meinte das Erstgericht, die Beklagte habe kein Verschulden an der Verletzung des Klägers zu vertreten, insbesondere sei ihr keine Verletzung von Verkehrssicherungspflichten anzulasten. Das Lösen einer Nietverbindung und die dadurch mögliche Spaltbildung im Außenbereich der Rutsche wäre - zumal ein vergleichbarer Vorfall nicht bekannt gewesen sei - keine naheliegende und voraussehbare Gefahrenquelle gewesen.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil nach Beweiswiederholung im Sinne einer Stattgebung des Leistungsbegehrens dem Grunde nach ab und erklärte die (ordentliche) Revision für nicht zulässig; hinsichtlich des Feststellungsbegehrens hob es die erstinstanzliche Entscheidung auf. Es vernahm den kontrollierenden Bademeister (neuerlich) als Zeugen, nahm in den Strafakt sowie in drei Urkunden (./4 bis ./6) Einsicht und stellte danach entgegen dem Erstgericht fest, es könne nicht festgestellt werden, ob vor der Inbetriebnahme der „Kamikaze-Rutsche“ am 1. 1. 2001 der Spalt in der Außenverkleidung der Rutsche bereits vorhanden gewesen sei oder nicht. Es bleibe somit die Möglichkeit offen, dass der Spalt bei der Kontrolle durch den Bademeister übersehen worden sei. Rechtlich vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, die beklagte Partei habe den Beweis, alle erforderlichen und zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen getroffen zu haben, nicht erbringen können. Sie wäre im Zuge der täglichen Kontrolle der Rutsche auch verpflichtet gewesen, die erreichbaren Teile der Außenverkleidung des Rutschenauslaufs und Ausstiegsbereichs einer sorgfältigen Sicht- oder Tastprüfung zu unterziehen.

Die dagegen erhobene außerordentliche Revision der beklagten Partei ist zulässig und in ihrem Aufhebungsantrag berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Berufungsgericht hat, wie der Revisionswerber zu Recht rügt, im Rahmen seiner Beweiswiederholung lediglich den die Rutsche kontrollierenden Bademeister neuerlich als Zeugen vernommen. Allein auf Grund dieser Vernehmung änderte es die Feststellungen des Erstgerichts dahingehend ab, dass nunmehr „nicht festgestellt werden kann, ob vor der Inbetriebnahme der „Kamikaze-Rutsche“ am 1. 1. 2001 der Spalt in der Außenverkleidung der Rutsche bereits vorhanden war oder nicht“.

Bei Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichts hat das Berufungsgericht eine Beweiswiederholung nach §§ 463 Abs 1, 488 ZPO durchzuführen. Das Abgehen von (den Denkgesetzen nicht widersprechenden) Feststellungen des Erstgerichts - der Spalt sei vor Inbetriebnahme der Rutsche an diesem Tag nicht vorhanden gewesen - begründet ohne Wiederholung sämtlicher zu diesem Thema aufgenommenen Beweise die vom Revisionswerber ausdrücklich gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nach § 503 Z 2 ZPO (vgl 4 Ob 22/05x; RIS-Justiz RS0043461). Geht das Berufungsgericht von den Feststellungen des Erstgerichts auf Grund einer unvollständigen Wiederholung der mit dem Beweisthema zusammenhängenden Beweise, auf die das Erstgericht entscheidende Feststellungen gestützt hat, ab, so liegt eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch das Berufungsgericht vor (vgl RIS-Justiz RS0043057,

zuletzt 4 Ob 22/05x). Bei Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichts hat das Berufungsgericht eine Beweiswiederholung nach §§ 463 Abs 1, 488 ZPO durchzuführen. Das Abgehen von (den Denkgesetzen nicht widersprechenden) Feststellungen des Erstgerichts - der Spalt sei vor Inbetriebnahme der Rutsche an diesem Tag nicht vorhanden gewesen - begründet ohne Wiederholung sämtlicher zu diesem Thema aufgenommenen Beweise die vom Revisionswerber ausdrücklich gerügte Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nach § 503 Z 2 ZPO vergleiche 4 Ob 22/05x; RIS-Justiz RS0043461). Geht das Berufungsgericht von den Feststellungen des Erstgerichts auf Grund einer unvollständigen Wiederholung der mit dem Beweisthema zusammenhängenden Beweise, auf die das Erstgericht entscheidende Feststellungen gestützt hat, ab, so liegt eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch das Berufungsgericht vor vergleiche RIS-Justiz RS0043057, zuletzt 4 Ob 22/05x).

Das Berufungsgericht hat in seinem in der Berufungsverhandlung verkündeten Beschluss die Frage der Kontrolle der Außenverkleidung der Rutsche am Unfalltag vor Betriebsbeginn zum Beweisthema erklärt, in seiner Entscheidung jedoch auch die (damit im Zusammenhang stehende) Feststellung abgeändert, dass der den Unfall verursachende Spalt bei Betriebsbeginn noch nicht vorhanden gewesen sei. Zutreffend weist die Revisionswerberin darauf hin, dass bei der beschlossenen Beweiswiederholung auch der vom Erstgericht aufgenommene Sachverständigenbeweis nicht außer Acht gelassen werden durfte. Es kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass der Sachverständige zu der primär technischen Frage, ob eine Spaltbildung erst kurz vor dem Unfall (erheblich) wahrscheinlicher ist als eine allenfalls bereits am Vortag verursachte Beschädigung, etwas beitragen könnte. Die Beschränkung der Beweiswiederholung auf die Zeugenvernehmung unter Außerachtlassung einer Wiederholung bzw Ergänzung der Sachverständigenbeweises begründet somit den in der Revision aufgezeigten Verfahrensmangel.

Die vom Berufungsgericht getroffene (abgeänderte) Feststellung über den Zeitpunkt der Spaltbildung kann daher keinen Bestand haben. Bei seiner neuerlichen Entscheidung über die Berufung wird das Berufungsgericht zudem zu erwägen haben, ob die erstgerichtliche Feststellung, nach der der fragliche Spalt bei Betriebsbeginn am Unfalltag noch nicht vorhanden war, überhaupt noch überprüft werden darf, hat doch der Kläger eine Bekämpfung dieser Feststellung im ersten Rechtsgang unterlassen. Nach herrschender Rechtsprechung können abschließend erledigte Streitpunkte auch bei einer Aufhebung nach § 496 Abs 1 Z 3 ZPO nicht neu aufgerollt werden (vgl nur die Judikaturnachweise bei Kodek in Rechberger2 § 496 ZPO Rz 5 sowie bei Pimmer in Fasching/Konecny2 IV/1 § 496 Rz 77). Auch der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts im ersten Rechtsgang baute grundsätzlich auf dieser - erst im zweiten Rechtsgang bekämpften - Feststellung auf, wurde doch eine Verfahrensergänzung (nur) zur Frage allfälliger Unterlassungen bei Überprüfung, Wartung und Reparatur der Rutsche aufgetragen. Die vom Berufungsgericht getroffene (abgeänderte) Feststellung über den Zeitpunkt der Spaltbildung kann daher keinen Bestand haben. Bei seiner neuerlichen Entscheidung über die Berufung wird das Berufungsgericht zudem zu erwägen haben, ob die erstgerichtliche Feststellung, nach der der fragliche Spalt bei Betriebsbeginn am Unfalltag noch nicht vorhanden war, überhaupt noch überprüft werden darf, hat doch der Kläger eine Bekämpfung dieser Feststellung im ersten Rechtsgang unterlassen. Nach herrschender Rechtsprechung können abschließend erledigte Streitpunkte auch bei einer Aufhebung nach § 496 Abs 1 Z 3 ZPO nicht neu aufgerollt werden vergleiche nur die Judikaturnachweise bei Kodek in Rechberger2 § 496 ZPO Rz 5 sowie bei Pimmer in Fasching/Konecny2 IV/1 § 496 Rz 77). Auch der Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts im ersten Rechtsgang baute grundsätzlich auf dieser - erst im zweiten Rechtsgang bekämpften - Feststellung auf, wurde doch eine Verfahrensergänzung (nur) zur Frage allfälliger Unterlassungen bei Überprüfung, Wartung und Reparatur der Rutsche aufgetragen.

Sollte das Berufungsgericht neuerlich eine Haftung der beklagten Partei bejahen, wird es sich weiters mit der Frage eines Mitverschuldens des Klägers zu beschäftigen haben, zumal die beklagte Partei eingewendet hat, dieser sei an seiner Verletzung allein schuldtragend.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

#### **Textnummer**

E79129

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0010OB00173.05F.1122.000

#### **Im RIS seit**

22.12.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

13.12.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)