

# TE OGH 1987/1/22 80b631/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.01.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Vogel, Dr. Kropfitsch und Dr. Zehetner als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dkfm.Dr. Herbert R\*\*\*, Pensionist, Helenenstraße 6, 2500 Baden, vertreten durch Dr. Alfred Stamm, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Dr. Oskar B\*\*\*, Facharzt, Conrad von Hötzendorfplatz 4, 2500 Baden, vertreten durch Dr. Willi Fuhrmann und Dr. Helmut Steiner, Rechtsanwälte in Baden, wegen Wiederaufnahme des Verfahrens 3 C 263/83 des Bezirksgerichtes Baden, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Kreisgerichtes Wiener Neustadt als Berufungsgerichtes vom 14. Mai 1986, GZ. R 138/86-13, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Baden vom 21. Jänner 1986, GZ. 3 C 954/85-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 2.829,75 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin Umsatzsteuer von S 257,25, keine Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Zu 3 C 263/83 des Bezirksgerichtes Baden kündigte der Beklagte dem Kläger das Geschäftslokal top.Nr. 1 im Haus Erzherzog Rainerring 2 in Baden unter anderem aus dem Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG (Überlassung des Bestandgegenstandes an einen Dritten gegen unverhältnismäßig hohe Gegenleistung) auf. Der Schluß der Verhandlung in erster Instanz erfolgte in diesem Verfahren am 6.9.1983. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Baden vom 20.1.1984 wurde diese Aufkündigung für rechtswirksam erklärt und der Kläger zur Räumung des Bestandgegenstandes verurteilt. In tatsächlicher Hinsicht ging dieses Urteil davon aus, daß dem Kläger der Beweis seiner Behauptung, es sei ihm bei Abschluß des Bestandvertrages die Untervermietung des Bestandgegenstandes gegen einen den Hauptmietzins unverhältnismäßig übersteigenden Untermietzins gestattet worden, nicht gelungen sei. Diese Entscheidung wurde mit Urteil des Kreisgerichtes Wiener Neustadt vom 19.9.1984 bestätigt, wobei das Berufungsgericht die Feststellungen des Erstgerichtes übernahm. Der Revision des Klägers wurde mit Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 10.7.1985 keine Folge gegeben; dieses Urteil wurde dem Vertreter des Klägers am 19.9.1985 zugestellt.

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrte der Kläger mit seiner am 15.10.1985 beim Erstgericht eingelangten Klage die Wiederaufnahme des Verfahrens 3 C 263/83 des Bezirksgerichtes Baden, die Aufhebung des in dieser Rechtssache ergangenen Urteiles des Bezirksgerichtes Baden vom 20.1.1984 und die Aufhebung der Aufkündigung im wiederaufgenommenen Verfahren aus dem Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO im wesentlichen mit der

Behauptung, er habe nach Zustellung des Urteiles des Obersten Gerichtshofes im Hauptprozeß einen telefonischen Anruf des Hans B\*\*\* erhalten, der ihm mitgeteilt habe, daß er nach jahrelangem Aufenthalt im Ausland nach Wien zurückgekehrt sei. Der Kläger habe ihm vom Kündigungsprozeß berichtet und ihn gefragt, ob er sich noch an die seinerzeitigen Vertragsverhandlungen und die Vertragserrichtung, bei der er anwesend gewesen sei, erinnern könne. B\*\*\* habe dies bejaht und angegeben, daß die Vermieterin erklärt habe, sie sei damit einverstanden, daß der Kläger das Lokal untervermieten und dafür als Untermietzins verlangen könne, was er wolle. B\*\*\* sei seinerzeit in der Kanzlei Dr. S\*\*\* mit der Verfassung des Mietvertrages und den Vertragsverhandlungen zwischen der Vermieterin Karoline F\*\*\* und dem Kläger befaßt und bei allen Vertragsbesprechungen anwesend gewesen. Der Kläger habe B\*\*\* im Hauptprozeß nicht als Zeuge führen können, weil er unbekanntes Aufenthaltsort gewesen und sich in den USA und später in der BRD aufgehalten habe. Der Kläger sei ohne sein Verschulden bisher außerstande gewesen, den Zeugen B\*\*\* stellig zu machen. Der Beklagte wendete im wesentlichen ein, es sei dem Kläger als Verschulden anzulasten, daß er B\*\*\* im Hauptprozeß nicht als Zeugen geführt habe, da von ihm vorauszusetzen gewesen sei, daß er als damaliger Rechtsfreund des Klägers über die Vertragsverhandlungen mit der Vermieterin Kenntnis gehabt habe und allenfalls vom Kläger zu erweisende Tatsachen ihm bekannt gewesen seien. Im übrigen sei die Einvernahme dieses Zeugen nicht geeignet, um eine Änderung der Entscheidungsgrundlagen im Hauptprozeß herbeizuführen.

Das Erstgericht wies mit Urteil die Wiederaufnahmsklage ab.

Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Hans B\*\*\*, der graduerter Jurist ist und dem der akademische Titel nach einer strafgerichtlichen Verurteilung aberkannt wurde, war im Jahr 1958 Konzipient in der Kanzlei des Rechtsanwaltes Dr. S\*\*\*. Dieser war seinerzeit der Rechtsvertreter des Klägers und vertrat ihn auch bei den Vertragsverhandlungen mit Karoline F\*\*\* zwecks Abschluß eines Mietvertrages über das hier in Frage stehende Geschäftslokal. Dr. S\*\*\* bearbeitete diese Sache zunächst selbst und überließ später die Führung der Vertragsverhandlungen seinem damaligen Konzipienten B\*\*\*. Auch bei der letzten Besprechung mit Karoline F\*\*\* und ihrem Rechtsanwalt Dr. S\*\*\*, bei der der Vertragstext finalisiert wurde, vertrat B\*\*\* den damals nicht anwesenden Kläger.

Bei dieser letzten Vertragsbesprechung sagte Karoline F\*\*\* unter anderem, es sei ihr egal, was der Kläger mit dem Geschäftslokal mache und auch die Höhe des von ihm verlangten Untermietzins würde sie nicht interessieren, solange er pünktlich den Hauptmietzins bezahle.

Bei der Unterfertigung des schriftlichen Mietvertrages, die in der Kanzlei des Rechtsanwaltes Dr. S\*\*\* erfolgte, war B\*\*\* nicht anwesend.

In der Folge ließ sich der Kläger von B\*\*\*, der als Compagnon in die Kanzlei des Rechtsanwaltes Dr. S\*\*\* eintrat, auch in anderen Rechtssachen vertreten und zwischen beiden entwickelten sich auch persönliche Kontakte.

Diese Bekanntschaft wurde unterbrochen, als B\*\*\* im Jahr 1963 wegen eines gegen ihn anhängigen Strafverfahrens überstürzt ins Ausland flüchtete. Im Jahr 1966 kehrte B\*\*\* für ungefähr 7 Monate nach Österreich zurück, nahm mit dem Kläger jedoch nicht wieder Kontakt auf. Erst im Jahr 1974 hielt sich B\*\*\* dann wieder für zwei Tage in Österreich auf.

Anfang Juli 1985 kehrte B\*\*\* aus dem Ausland zurück und wohnt seither in Wien. In der Folge bemühte er sich, den alten Kontakt mit dem Kläger wieder aufzufrischen und erreichte diesen erstmals wieder Ende September 1985 per Telefonanruf. In der Zeit von 1963 bis Ende September 1985 war dem Kläger der Aufenthaltsort des B\*\*\* unbekannt und er wußte auch nicht, in welchem Staat sich B\*\*\* aufhielt.

Während der Anhängigkeit des Hauptprozesses erwähnte der Kläger gegenüber seinem damaligen Rechtsfreund Dr. S\*\*\*, daß seinerzeit B\*\*\* die Vertragsverhandlungen für ihn geführt habe. Dr. S\*\*\* maß jedoch der Aussage dieses möglichen Zeugen keine wesentliche Bedeutung bei und wollte B\*\*\* nicht als Zeugen namhaft machen.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt im wesentlichen dahin, der Wiederaufnahmsgrund des§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO habe zur Voraussetzung, daß eine Partei lediglich durch objektive Umstände daran gehindert war, vor Schluß der mündlichen Verhandlung im früheren Verfahren einen Beweisantrag zu stellen, jedoch die Absicht gehabt hätte, diesen Beweis zu führen, wenn er schon seinerzeit bekannt gewesen wäre. Hingegen sei die Wiederaufnahme unzulässig, wenn eine Partei ein Beweismittel im früheren Verfahren gar nicht benützen wollte und diesen Beweis

auch beim Vorhandensein schon zum damaligen Zeitpunkt gar nicht geführt hätte. Da der frühere Rechtsanwalt des Klägers Dr. S\*\*\* die Aussage des möglichen Zeugen B\*\*\* für unwesentlich gehalten habe und diesen Zeugen gar nicht namhaft habe machen wollen, liege schon deswegen ein Wiederaufnahmsgrund nicht vor.

Im übrigen sei die Aussage des Zeugen B\*\*\* auch nicht geeignet, eine günstigere Entscheidung für den Kläger im Hauptprozeß herbeizuführen, selbst wenn man die Aussage dieses Zeugen als vollständig richtig werte. Bereits im früheren Verfahren hätten die Zeugen Dr. DIX und Dr. S\*\*\* ausgesagt, daß Karoline F\*\*\* während der Vertragsverhandlungen geäußert habe, der Kläger könne als Untermietzins verlangen, was er wolle. Der Zeuge B\*\*\* habe nunmehr angeben können, daß Karoline F\*\*\* auch während der Schlußbesprechung eine ähnliche Bemerkung gemacht habe. Diese Aussage des Zeugen B\*\*\* sei nicht wesentlich anders zu qualifizieren als die früheren Aussagen der Zeugen Dr. S\*\*\* und Dr. DIX im Hauptprozeß. Es komme nämlich nicht darauf an, welche Äußerungen die Parteien im Zuge der Vertragsverhandlungen, selbst in der letzten Besprechung, von sich gegeben hätten, sondern nur darauf, was letzten Endes in den Inhalt des Vertrages eingeflossen sei. Nach Punkt XIV des Mietvertrages vom 3.3./7.3.1958 hätten mündliche Vereinbarungen nur dann zu gelten, wenn sie nachträglich schriftlich bestätigt worden seien. Es könne zwar eine schriftlich vereinbarte Formvorschrift auch durch mündliche Vereinbarung wieder abbedungen werden. Die Aussage des Zeugen B\*\*\* sei jedoch nicht geeignet, die gesetzliche Vermutung des § 884 ABGB zu widerlegen und aus der Aussage dieses Zeugen könne die vom Kläger behauptete mündliche Vereinbarung, daß er berechtigt sei, einen Untermietzins in beliebiger Höhe zu verlangen, rechtlich nicht abgeleitet werden. Da beide Seiten bei Abschluß dieses Vertrages anwaltlich vertreten gewesen seien, könne nicht angenommen werden, daß durch juristisch unexakte umgangssprachliche Äußerungen eine mündliche Zusatzvereinbarung zustande gekommen wäre.

Die rechtliche Beurteilung des Falles im Hauptprozeß sei daher aufrecht zu erhalten, weshalb die Wiederaufnahmsklage abzuweisen sei. Der gegen diese Entscheidung gerichteten Berufung des Klägers gab das Berufungsgericht mit dem angefochtenen Urteil keine Folge. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden hat, S 300.000,- übersteigt.

Das Berufungsgericht führte im wesentlichen aus, daß Kenntnis und Verschulden des Prozeßbevollmächtigten der Prozeßpartei zuzurechnen seien. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes habe der Kläger im Hauptprozeß gegenüber seinem damaligen Vertreter erwähnt, daß B\*\*\* die Vertragsverhandlungen für ihn geführt habe. Dr. S\*\*\* habe jedoch der Aussage dieses möglichen Zeugen keine wesentliche Bedeutung beigemessen und habe B\*\*\* nicht als Zeugen namhaft machen wollen. Damit sei hinreichend klargestellt, daß der Kläger seinem damaligen Vertreter auf den Zeugen B\*\*\* aufmerksam gemacht habe, daß dieser diesen Zeugen aber im Verfahren nicht namhaft habe machen wollen, weshalb letztlich die Stellung entsprechender Anträge im früheren Verfahren unterblieben sei. Eine Feststellung dahin, der Kläger hätte - wäre der Zeuge B\*\*\* greifbar gewesen - dessen ungeachtet auf diesen Zeugen nicht verzichtet, habe das Erstgericht nicht treffen können, weil es dafür weder im Vorbringen des Klägers noch in den Beweisergebnissen eine tragfähige Grundlage gegeben habe.

Im übrigen komme dieser Frage aber gar keine entscheidende Bedeutung zu.

Die erst nach der Entscheidung des Hauptprozesses erfolgte Ermittlung der Adresse eines Zeugen, der im Hauptprozeß hätte geführt werden sollen, stelle keinen Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO dar. Wenn der Partei die Adresse eines Zeugen, dessen Aussage sie für wesentlich erachte und den sie zu führen beabsichtige, zum Zeitpunkt der Verhandlung nicht bekannt sei, habe sie vielmehr nach den §§ 279, 335 und 531 ZPO vorzugehen. Insofern erweise sich die Ansicht des Erstgerichtes, ein Wiederaufnahmsgrund liege nicht vor, wenn der Wiederaufnahmswerber gar nicht die Absicht gehabt habe, den nunmehr geltend gemachten Zeugen zu führen, als richtig; entscheidend sei daran aber letztlich nicht die Absicht der Partei, sondern der Umstand, daß ein entsprechendes Beweisanbot in erster Instanz nicht erstattet worden sei.

Der anwaltlich vertretene Kläger hätte seine Sorgfaltspflicht nur dann erfüllt, wenn er im Hauptprozeß den Beweis durch den Zeugen B\*\*\* angeboten und im Sinne des § 279 ZPO zur Ausforschung des Aufenthaltsortes des Zeugen eine Frist erbeten hätte. Wäre dann die Entscheidung gemäß § 279 ZPO ohne Rücksicht auf diesen Zeugen ergangen, wäre dem Kläger die Möglichkeit der Wiederaufnahme im Sinne des § 531 ZPO offengestanden. Daß der Kläger nicht in dieser Weise vorgegangen sei, stelle ein Verschulden dar, das im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO zur Abweisung der Wiederaufnahmsklage führen müsse. Ob es dem Kläger möglich gewesen wäre, den Zeugen B\*\*\* noch während des

Hauptprozesses auszuforschen, sei nicht von Bedeutung, da er in jedem Fall zur Wahrung der Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens die Einvernahme des ihm namentlich bekannten Zeugen beantragen und um Fristsetzung im Sinne des § 279 ZPO hätte ersuchen müssen.

Selbst die gegenteilige Auffassung würde aber am Ergebnis der Klagsabweisung nichts ändern, weil der Kläger weder vorgebracht habe, erfolglose Nachforschungen unternommen zu haben, noch daß Nachforschungen keinen Erfolg gezeitigt hätten.

Da die Wiederaufnahmsklage im Hinblick auf das dargelegte Verschulden des Klägers im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO erfolglos bleiben müsse, erübrige sich jede weitere Erörterung, ob die Aussage des Zeugen B\*\*\* geeignet gewesen wäre, im Hauptprozeß eine für den Kläger günstigere Entscheidung herbeizuführen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Klägers. Er bekämpft sie aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der Stattgebung der Wiederaufnahmsklage abzuändern; hilfweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Der Beklagte hat eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag erstattet, der Revision des Klägers keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist im Hinblick auf den Ausspruch des Berufungsgerichtes über den Wert des Streitgegenstandes ohne die im § 503 Abs 2 ZPO normierte Einschränkung der Revisionsgründe zulässig, sachlich aber nicht berechtigt.

Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor, was nicht näher zu begründen ist (§ 510 Abs 3 ZPO). Aber auch der Rechtsrüge kommt keine Berechtigung zu. Gemäß § 530 Abs 2 ZPO ist wegen des im § 530 Abs 1 Z 7 ZPO normierten Grundes die Wiederaufnahme nur dann zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die neuen Tatsachen oder Beweismittel vor Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche die Entscheidung erster Instanz erging, geltend zu machen. Ein von Amts wegen zu beachtendes Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO liegt vor, wenn die Partei im Hauptprozeß Zeugen zu führen unterläßt, von denen sie voraussetzen mußte, daß ihnen die zu erweisenden Tatsachen bekannt sind; es liegt auch dann vor, wenn die Partei nichts unternommen hat, um während des Hauptprozesses den Aufenthalt eines Zeugen zu ermitteln (Fasching, Kommentar IV 518 f; 1 Ob 185/75; 3 Ob 587/78; 4 Ob 598/81). Der Wiederaufnahmskläger ist dafür behauptungs- und beweispflichtig, daß er ohne sein Verschulden außerstande war, die neuen Tatsachen oder Beweismittel vor Schluß der Verhandlung, auf welche die Entscheidung erster Instanz erging, geltend zu machen. Kommt er seiner Behauptungspflicht nicht nach oder mißlingt ihm der Beweis, dann steht die Bestimmung des § 530 Abs 2 ZPO der Bewilligung der Wiederaufnahme entgegen (Fasching aaO 520; 6 Ob 860/82; 8 Ob 558/82 uva.).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, dann zeigt sich, daß die Vorinstanzen mit Recht die vorliegende Wiederaufnahmsklage abgewiesen haben.

Dem Kläger war nach seinem eigenen Vorbringen der Zeuge B\*\*\* bereits vor Schluß der Verhandlung erster Instanz im Hauptprozeß bekannt und er mußte, da ihn dieser Zeuge bei den Mietvertragsverhandlungen vertrat, ohne jeden Zweifel voraussetzen, daß dieser Zeuge über einen allfälligen Verzicht der Vermieter auf den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG informiert war. Wenn unter diesen Umständen die Führung dieses Zeugenbeweises im Hauptprozeß deswegen unterblieb, weil der Rechtsanwalt des Klägers diesen Beweis für unerheblich und nicht notwendig erachtete, liegt zweifellos ein dem Kläger zuzurechnendes Verschulden im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO vor, das der Bewilligung der Wiederaufnahme auf Grund dieses Beweismittels entgegensteht. Aber auch dann, wenn das Motiv für die Unterlassung der Führung dieses Zeugenbeweises im Hauptprozeß darin gelegen war, daß der Kläger den Wohnort dieses Zeugen nicht kannte, ist damit für den Kläger nichts gewonnen. Denn in diesem Fall oblag es dem Kläger im Sinne der oben dargestellten Grundsätze, zu behaupten und unter Beweis zu stellen, daß er sich bereits während des Hauptprozesses erfolglos bemühte, den Wohnort dieses Zeugen zu ermitteln oder daß es für ihn gar keine Möglichkeit gab, derartige erfolversprechende Nachforschungen anzustellen. Derartige Tatsachen hat der Kläger aber im Verfahren erster Instanz weder behauptet noch unter Beweis gestellt; in seiner Aussage als Partei deponierte er vielmehr ausdrücklich, daß er keinerlei Nachforschungen anstellte, um bereits während des Hauptprozesses die Anschrift des Zeugen B\*\*\* zu ermitteln (ON 4 S 19). Unter diesen Umständen kann aber im Sinne

der dargestellten rechtlichen Grundsätze keine Rede davon sein, daß der Kläger im Sinne des § 530 Abs 2 ZPO ohne sein Verschulden außerstande gewesen wäre, das neue Beweismittel, auf welches er seine Wiederaufnahmsklage stützt, bereits vor Schluß der Verhandlung in erster Instanz im Hauptprozeß geltend zu machen.

Mit Recht haben deshalb die Vorinstanzen schon aus diesem Grund die Wiederaufnahmsklage abgewiesen. Auf die Frage der Eignung des geltend gemachten neuen Beweismittels, im Hauptprozeß eine dem Kläger günstigere Entscheidung herbeizuführen, ist nicht mehr einzugehen.

Der Revision des Klägers mußte daher ein Erfolg versagt bleiben. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E10063

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0080OB00631.86.0122.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870122\_OGH0002\_0080OB00631\_8600000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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