

---

# Entscheidungen und Erkenntnisse

bearbeitet von Prof. Dr. Harald Kramer, Präsident des Oberlandesgerichtes Wien i.R.

---

## Wiederaufnahmsklage aufgrund eines nachträglich erstatteten Gutachtens (§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO)

1. Der von den (Wiederaufnahms-)Klägern geltend gemachte Wiederaufnahmsgrund der neuen Tatsachen und Beweismittel (§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO) soll der materiellen Wahrheit in jenen Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen (Urteilstatbestand) unrichtig oder unvollständig waren. Ein nachträglich beigebrachtes Gutachten ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich keine neue Tatsache, wenn das Thema des Gutachtens bereits im Hauptprozess bekannt war. Die gegenteilige Ansicht hätte nämlich zur Folge, dass Prozesse, in denen ein Sachverständigenbeweis beantragt hätte werden können, wieder aufgenommen werden müssten, wenn die unterlegene Partei nachträglich ein ihrem Standpunkt günstiges Gutachten vorlegen kann, aber auch Prozesse, in welchen ein Sachverständigenbeweis bereits durchgeführt wurde, wieder aufgenommen werden müssten, wenn die unterlegene Partei ein Gutachten vorlegt, das von dem des bestellten Sachverständigen abweicht.
2. Dass sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit eines im Vorverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens oder die mangelnde Eignung des Sachverständigen ergeben soll, ist nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich kein tauglicher Wiederaufnahmsgrund. Anderes gilt nur dann, wenn ein später eingeholtes Gutachten auf einer neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethode aufbaut, die zur Zeit des Vorprozesses noch nicht bekannt war, wenn das Gutachten des Vorprozesses deshalb auf einer unvollständigen Grundlage beruhte, weil erst nachträglich neue Tatsachen bekannt wurden, die dem Sachverständigen im Zeitpunkt der Befundaufnahme noch nicht zugänglich waren, oder wenn der im Hauptverfahren vernommene Sachverständige eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt hat. Solche Umstände hat der Wiederaufnahmskläger konkret und schlüssig darzutun.
3. Der Sachverständige im Hauptverfahren hat zwar nach den Behauptungen der Wiederaufnahmskläger ergänzende Befundaufnahmen nicht vorgenommen, indem er bei seiner Gutachtenserstattung keine Kernbohrungen, keine eigenen Laboruntersuchungen mit Bestimmung des Restscherwinkels und keine erdstatischen Nachrechnungen durchgeführt hat, womit – unter Zugrundelegung des nachträglichem Gutachtens des neu herangezogenen Sachverständigen – wesentliche Umstände, die die Kausalität der Hangrutschung betreffen, unbeachtet gelassen wurden. Eine im Sinne der Rechtsprechung unzulängliche Grundlage liegt hier aber nicht vor, weil das nachträglich erstattete Gutachten, durch welches die Urteilsgrundlage vervollständigt wird, nach den maßgeblichen Behauptungen der Wiederaufnahmskläger weder auf neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethoden, das heißt auf Untersuchungsmethoden, die im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens im Hauptprozess noch unbekannt gewesen sind, beruht noch der Sachverständige im Hauptverfahren eine behauptete Zwischenerhebung nicht durchgeführt hat.
4. Dass der Sachverständige des gegenständlichen Hauptverfahrens weitere Untersuchungen und Berechnungen (eigene Laboruntersuchungen, Kernbohrungen, erdstatische Nachrechnungen) nicht vorgenommen hat, die er allenfalls lege artis durchzuführen gehabt hätte, vermag – mangels Dazutretens der aufgezeigten weiteren Umstände – keine unzulängliche Grundlage, das heißt keine nicht vollständige Entscheidungsgrundlage im Sinne der zitierten Rechtsprechung, zu begründen. Das nachträglich beigebrachte spätere, vom ursprünglichen Sachverständigengutachten abweichende Gutachten bildet daher keinen Wiederaufnahmsgrund, zumal das Thema des Gutachtens im Hauptprozess bereits bekannt war und die weiteren Untersuchungen bzw Berechnungen dem Sachverständigen im Hauptverfahren bereits zugänglich waren.

**OLG Graz vom 18. Mai 2018, 5 R 43/18k**

Im Hauptverfahren (LGZ Graz 16 Cg 14/09b), dessen Wiederaufnahme begehrt wird, wies das Erstgericht mit Urteil vom 23. 8. 2011 die Klagebegehren der dortigen Kläger und nunmehrigen Wiederaufnahmskläger auf Bezahlung eines Betrags von € 230.690,82 samt Anhang und auf Feststellung (Streitwert: € 10.000,-) der Haftung der Beklagten gegenüber den Klägern für die in Zukunft aus den Grabungsarbeiten im April 2008 auf der Liegenschaft ... entstehenden Schäden ab.

Mit Urteil des OLG Graz vom 8. 2. 2012, 5 R 184/11k, wurde der Berufung der Kläger und nunmehrigen Wiederaufnahmskläger gegen dieses Urteil vom 23. 8. 2011 nicht Folge gegeben.

Die Wiederaufnahmskläger beehrten mit der am 25. 1. 2018 zu 16 Cg 4/18w beim LGZ Graz eingebrachten Klage die Wiederaufnahme des Verfahrens 16 Cg 14/09b des LGZ Graz (und die Stattgebung der dem wieder aufgenommenen Rechtsstreit zugrunde liegenden Klagebegehren) mit der Begründung, dass der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO vorliege. Der Erstkläger führe derzeit zu 39 Cg 135/15z des LGZ Graz ein Verfahren gegen den im wieder aufzunehmenden Verfahren tätigen Sachverständigen Dr. N. N., wobei er dort die ihm entstandenen, nicht von seiner Rechtsschutzdeckung umfassten Kosten des Verfahrens 16 Cg 14/09b in der Höhe von gesamt € 37.665,26 aus dem Titel des Schadenersatzes unter Verweis auf die Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 ABGB begehre. Der Sachverständige Dr. N. N. sei nach Auffassung des Erstklägers im wieder aufzunehmenden Verfahren nicht mit der in seinem Beruf üblichen und notwendigen Sorgfalt vorgegangen, weshalb er den von den Klägern unter anderem geltend gemachten Schaden rechtswidrig und schuldhaft verursacht habe. Hierzu sei erklärend auszuführen, dass aufgrund der enormen wirtschaftlichen Schäden, welche den Klägern aus dem Ereignis der Hangrutschung entstanden seien, der Versicherungssachverständige Dr. H. aufgefordert worden sei, die dem Kläger durch die Klagsführung im Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz entstandenen finanziellen Schäden zu begleichen, da die damalige Klagsführung ausschließlich aufgrund und auf Basis dessen Expertise erfolgt sei. Als Reaktion darauf sei dem nunmehrigen Klagsvertreter am 27. 8. 2013 eine Stellungnahme der G. GmbH übermittelt worden, aus welcher unzweifelhaft und nachvollziehbar hervorgehe, dass zwischen den Abgrabungsarbeiten und der Hangrutschung jedenfalls ein ursächlicher Zusammenhang bestehe. Aufgrund dieser schlüssigen, auf konkreten fachlichen Parametern basierenden Ausführungen sei daher anzunehmen gewesen, dass der im wieder aufzunehmenden Verfahren bestellte Sachverständige Dr. N. N. im Rahmen seiner Gutachtenserstattung einer gravierenden Fehleinschätzung unterlegen sei. Im Zuge des nunmehr anhängigen Verfahrens gegen den im wieder aufzunehmenden Verfahren beigezogenen Sachverständigen habe der vom LGZ Graz bestellte Sachverständige Dr. S. B. ein Gutachten erstattet. Dieses stamme vom 7. 12. 2017 und sei am 28. 12. 2017 in der Kanzlei des Klagsvertreters eingelangt. Der Sachverständige Dr. S. B. habe sämtliche wesentlichen Parameter im Rahmen seiner Befundaufnahme erhoben und auch die zu einer abschließenden Beurteilung erforderlichen Kernbohrungen durchgeführt. Weiters sei eine Dokumentation der Quellfassungen und Schächte erfolgt. Zudem seien von Dr. S. B. eigene geotechnische Laboruntersuchungen und erdstatische Berechnungen durchgeführt worden. Auf Seite 29 des Gutachtens von Dr. S. B. sei ersichtlich, dass die bereits angestellten Beobachtungen von Dr. L. zum Zeitpunkt nach dem Schadensereignis klar auf einen zusammenhängenden, in der auslösenden Stelle (Bruch an der Böschung) ausgehenden und nach oben zur klägerischen Liegenschaft rückschreitenden Bruchmechanismus hinweisen. Von größter Bedeutung sei jedoch, dass der im Verfahren 16 Cg 14/09b

des LGZ Graz bestellte Sachverständige Dr. N. N. bereits zum Zeitpunkt seiner Tätigkeit im Rahmen der Beauftragung durch das Gericht Befundergänzungen durchführen hätte müssen, welche zu dem Ergebnis geführt hätten, dass ein durchgehender Rutschungskörper von der klägerischen Liegenschaft bis zum Böschungsanschnitt deutlich wahrscheinlicher sei als das zufällig zeitgleiche Auftreten zweier völlig unabhängiger Bruchmechanismen. Dr. S. B. führe weiters aus, dass die der Äußerung des Sachverständigen zugrunde liegenden Schlussfolgerungen auf Basis der von ihm nunmehr durchgeführten Untersuchung nicht mehr haltbar seien. Der im wieder aufzunehmenden Verfahren beigezogene Sachverständige Dr. N. N. hätte eigene Laboruntersuchungen mit Bestimmung des Restscherwinkels sowie erdstatische Nachrechnungen vornehmen müssen. Damit wäre die Annahme zweier unabhängiger Rutschkörper widerlegt worden.

Die Wiederaufnahmskläger haben erstmals am 28. 12. 2017 Kenntnis vom nunmehrigen Gutachten von Dr. S. B. gehabt, aus welchem unzweifelhaft hervorgehe, dass das Gutachten im wieder aufzunehmenden Prozess auf einer unzulänglichen Grundlage beruhe.

Im Zuge des Verfahrens 16 Cg 14/09b des LGZ Graz haben die Wiederaufnahmskläger sämtliche ihnen zumutbare Erhebungen gepflegt, um die zum Nachweis ihres Prozessstandpunktes erforderlichen Beweisergebnisse zu erbringen. Durch das Gutachten von Dr. S. B. und die darin ersichtlichen umfangreichen Befundaufnahmen, welche bereits der im wieder aufzunehmenden Verfahren bestellte Sachverständige hätte durchführen müssen, liege nunmehr der Beweis vor, dass die Hangrutschung durch einen Anschnitt der Böschung bei den Beklagten erfolgt sei.

Nach der Rechtsprechung des OGH könne einem nachträglichen Gutachten unter anderem dann die Eignung als Wiederaufnahmsgrund nicht abgesprochen werden, wenn das im Hauptprozess erstattete Sachverständigengutachten auf einer unzulänglichen Grundlage erstattet worden sei. Die Unzulänglichkeit des im wieder aufzunehmenden Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz erstatteten Gutachtens liege darin, dass der dort bestellte Sachverständige Dr. N. N. für die Beurteilung der Ursache der Hangrutschung entscheidende Befundergänzungen nicht vorgenommen habe. Dabei handle es sich um den Umstand, dass Dr. N. N. eigene Laboruntersuchungen mit Bestimmung des Restscherwinkels sowie eigene erdstatische Nachrechnungen nicht durchgeführt habe. Daraus wäre die Annahme zweier unabhängiger Rutschungskörper, wie von ihm angenommen, widerlegt worden, was im Ergebnis dazu geführt hätte, dass der Hanganschnitt „Sch.“ als ursächlich für die schadenskausale Hangrutschung erkannt worden wäre. Darüber hinaus habe es Dr. N. N. im Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz unterlassen, die zur Erlangung eines zuverlässigen Ergebnisses erforderlichen Kernbohrungen vorzunehmen bzw im Rahmen seiner Gutachtenserörterung vornehmen zu lassen.

Aufgrund dieser unterlassenen ergänzenden Befundaufnahmen durch den im wieder aufzunehmenden Verfahren tätigen Sachverständigen seien für die Begutachtung wesentliche Umstände, die die Kausalität der Hangrutschung betreffen, unbeachtet geblieben. Den Klägern sei erst aufgrund des umfassenden, sämtliche erforderlichen Faktoren miteinbeziehenden Gutachtens des vom Gericht bestellten Sachverständigen im Verfahren 39 Cg 135/15z möglich gewesen, die unzulänglichen Grundlagen des entscheidungswesentlichen Gutachtens von Dr. N. N. im Verfahren 16 Cg 14/09b nachzuweisen. Die Kläger seien ohne ein Verschulden außerstande gewesen, ein derartiges Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses anzubieten. Das nunmehr vorliegende Gutachten von Dr. S. B. vom 7. 12. 2017 sei daher jedenfalls geeignet, eine wesentliche Änderung der Beweiswürdigung zugunsten der Wiederaufnahmskläger herbeizuführen. Durch die genannte Expertise sei eine Änderung der Beweiswürdigung des Gerichts insofern zu erreichen, als sich daraus ein vom Bruch an der Böschung Sch. ausgehender und nach oben zur klägerischen Liegenschaft rückschreitender Bruchmechanismus ergebe.

Im Ergebnis bedeute dies, dass der Hanganschnitt bei der Böschung Sch. ursächlich für die eingetretene Hangrutschung gewesen sei.

Zusammenfassend ergebe sich daher, dass sich bei entsprechender Würdigung des auf sämtlichen erforderlichen Befundgrundlagen erstatteten Gutachtens von Dr. S. B. ergebe, dass die Beklagten bzw der durch diese veranlasste Hanganschnitt für das Schadensereignis auslösend gewesen seien und daher das Klagebegehren zu Recht erhoben worden sei. Im Ergebnis folge daraus, dass dem Klagebegehren im Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz stattzugeben gewesen wäre.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht die Wiederaufnahmsklage bereits im Vorprüfungsverfahren *a limine* zurück.

Das Erstgericht begründete diese Zurückweisung wie folgt:

„2.1. Ein Verfahren, das durch eine die Sache erledigende Entscheidung abgeschlossen worden ist, kann auf Antrag einer Partei unter anderem 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 Benützung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte (§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO). Wegen dieser Umstände ist die Wiederaufnahme nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die neuen Tatsachen oder Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung des früheren Verfahrens geltend zu machen (§ 530 Abs 2 ZPO). Die Klage ist binnen einer Notfrist von vier Wochen, gerechnet von dem Tag, an dem die Partei in der Lage war, die ihr bekannt gewordenen Tatsachen oder Beweismittel bei Gericht vorzubringen, einzubringen (§ 534 Abs 2 Z 4 ZPO).

2.2. Das Gericht hat die Wiederaufnahmsklage zunächst im Rahmen eines Vorprüfungsverfahrens vor Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung und noch vor der Zustellung der Klage an die beklagte Partei einer Zulässigkeitsprüfung zu unterziehen (Jelinek in Faching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup>, § 538 ZPO Rz 1 und 6). Dabei ist neben der Prüfung der Rechtzeitigkeit der Klageeinbringung, die nur glaubhaft gemacht zu werden braucht (RIS-Justiz RS0111662; RS0044613), im Sinne einer Schlüssigkeitsprüfung abzuklären, ob die Klage auf einen der gesetzlichen Anfechtungsgründe der §§ 529 bis 531 ZPO gestützt wird und ob ein rechtlich beachtlicher Zusammenhang mit dem wieder aufzunehmenden Verfahren besteht – ob also bei Zutreffen der Klagebehauptungen der Wiederaufnahmsklage stattzugeben wäre. Im Falle einer auf § 530 Abs 1 Z 7 ZPO gestützten Klage ist auch zu prüfen, ob es sich um eine neue Tatsache und ein neues Beweismittel handelt, dessen Vorbringen oder Benützung im früheren Verfahren eine für die Partei günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte. Eine Würdigung der neu angebotenen Beweismittel darf in diesem Vorprüfungsstadium nicht erfolgen. Die Wiederaufnahmsklage ist zurückzuweisen, wenn die Tatsache oder das benützte gewordene Beweismittel selbst im Falle der Richtigkeit der nunmehr behaupteten Tatsache zu keiner Änderung der Entscheidung des Vorprozesses führen kann (Jelinek, aaO, Rz 19 ff; RIS-Justiz RS0044672; RS0044504).

2.3. Der Wiederaufnahmsgrund nach § 530 Abs 1 Z 7 ZPO soll der materiellen Wahrheit grundsätzlich in jenen Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen unrichtig und unvollständig waren (RIS-Justiz RS0044555 [T3] ua). Die Beibringung eines nachträglich erstatteten Gutachtens bildet nach ständiger Rechtsprechung dann keine neue Tatsache, wenn das Thema des Gutachtens bereits im Hauptprozess bekannt war (RIS-Justiz RS0044834). Eine Wiederaufnahmsklage kann insbesondere nicht darauf gestützt werden, dass ein anderer Sachverständiger später ein abweichendes Gutachten erstattet hat. Dazu bedürfte es weiterer Umstände, etwa des Nachweises, dass der im Hauptverfahren vernommene Sachverständige eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt habe (RIS-Justiz RS0044834 [T5]; RS0044555 [T4]) oder dass das jüngere Gutachten auf einer neuen wissenschaftlichen Methode basiere, die zum Zeitpunkt der Begutachtung im Hauptverfahren noch unbekannt gewesen war (RIS-Justiz RS0044733 [T1]). Ebenso wenig kann die Wiederaufnahmsklage allein darauf gestützt werden, dass spätere Tatsachen die objektive Unrichtigkeit des im Hauptprozess eingeholten Gutachtens ergeben haben (RIS-Justiz RS0044834 [T6]).

2.4. Es wurde allerdings auch ausgesprochen, dass einem nachträglichen Gutachten die Eignung als Wiederaufnahmsgrund dann nicht von vornherein abgesprochen werden könne, wenn das Gutachten des Hauptprozesses auf einer unzulänglichen Grundlage beruhte, die durch das neue Gutachten richtiggestellt oder vervollständigt wird. So wurde etwa die unrichtige Grundlage eines Sachverständigengutachtens mit der Begründung als tauglicher

Wiederaufnahmsgrund angesehen, dass ein als Zeuge vernommener Arzt seine Aussage später widerrufen und das Gutachten – auch – auf dieser Aussage aufgebaut hatte (10 ObS 169/03f = RIS-Justiz RS004455 [T3]).

2.5. Im vorliegenden Fall stützen die klagenden Parteien ihr Wiederaufnahmsbegehren allerdings nicht auf derartige (vergleichbare) Umstände, sondern auf erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Hauptprozesses vorgenommene Untersuchungen (Laboruntersuchungen, erdstatistische Nachrechnungen und Kernbohrungen durch den im Parallelprozess bestellten Sachverständigen) und die daraus vom Gutachter des Parallelprozesses gezogene gutachterliche Schlussfolgerungen, die vom Inhalt des Gutachtens im Hauptprozess abweichen. Die Frage der Ursache für die aufgetretene Hangrutschung war aber bereits im Hauptprozess das zentrale Thema. Sollte der Sachverständige des Hauptprozesses seine Pflicht, das Gutachten nach dem letzten Stand der Wissenschaft abzugeben und alle notwendigen oder zweckdienlichen Erweiterungen der Untersuchung anzuregen oder vorzunehmen (RIS-Justiz RS0119439), verletzt haben oder aus den zum Zeitpunkt seiner Gutachtenserstattung vorhandenen Unterlagen und Befundergebnissen falsche Schlüsse gezogen oder zwingende Schlussfolgerungen unterlassen haben, hätte dies allenfalls zu einer im Hauptprozess zu bekämpfenden Unrichtigkeit seines Gutachtens geführt. Es begründet für sich allein aber nicht den Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn sich dies aus späteren Tatumständen – wie hier – ergeben sollte (RIS-Justiz RS004455 [T4 und T5]; 10 ObS 33/17a). Dass die vom Sachverständigen Dr. S. B. angewendeten Methoden (Laboruntersuchungen, erdstatistische Nachrechnungen und Kernbohrungen) zum Zeitpunkt der Verfassung des Gutachtens im Hauptprozess noch nicht bekannt gewesen wären, wurde ebenso wenig behauptet, wie dass dieses Gutachten deshalb auf einer unvollständigen Grundlage beruhe, weil erst nachträglich neue Tatsachen bekannt geworden seien, die dem Sachverständigen im Zeitpunkt der Befundaufnahme noch gar nicht zugänglich gewesen wären (2 Ob 194/16t). Die Behauptungen in der Wiederaufnahmsklage zielen vielmehr in Wahrheit darauf ab, die Unrichtigkeit des im Hauptprozess erstatteten Sachverständigengutachtens darzutun.

2.6. Da das von den klagenden Parteien angeführte neue Gutachten daher keinen tauglichen Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bildet, erweist sich die Klage bereits im Stadium des Vorprüfungsverfahrens als unzulässig, weshalb sie als zur Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung ungeeignet noch vor Zustellung der Klage an die beklagten Parteien zurückzuweisen war.“

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Wiederaufnahmskläger wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und dem Wiederaufnahmsbegehren stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Das Erstgericht hat im Rahmen der Schlüssigkeits- und Zulässigkeitsprüfung im Vorprüfungsverfahren die Wiederaufnahmsklage gemäß § 538 ZPO ohne Verhandlung mit Beschluss mit der zutreffenden Begründung zurückgewiesen, dass das später – im Verfahren 39 Cg 135/15z des LGZ Graz – eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. S. B. vom 7. 12. 2017 keinen tauglichen Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu begründen vermag, sodass vorweg auf die Richtigkeit der Begründung der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden kann (§§ 500a und 526 Abs 3 ZPO).

Die Wiederaufnahmskläger führen in ihrem Rekurs aus, dass die vom Erstgericht ins Treffen geführten Gründe, weshalb das Gutachten von Dr. S. B. vom 7. 12. 2017 nicht als Wiederaufnahmsgrund geeignet sei, im Widerspruch zu den Entscheidungen des OGH stehen, wonach einem nachträglichen Gutachten dann die Eignung als Wiederaufnahmsgrund nicht von vornherein abgesprochen werden könne, wenn das im Hauptprozess erstattete Sachverständigengutachten auf einer unzulänglichen Grundlage erstattet worden sei. Die Unzulänglichkeit der Grundlagen des im Hauptprozess eingeholten Gutachtens seien entgegen der erstgerichtlichen Ansicht in der Wiederaufnahmsklage konkret und schlüssig dargelegt worden. Darüber hinaus ergeben sich diese für die Wiederaufnahme im konkreten Fall erforderlichen Voraussetzungen aus dem Gutachten von Dr. S. B. selbst. Dabei sei insbesondere von Bedeutung, dass der Gutachter Dr. S. B. in seiner Expertise unmissverständlich ausgeführt habe, dass der im wieder aufzunehmenden Verfahren beigezogene Sachverständige Dr. N. N. eigene Laboruntersuchungen mit Bestimmung des Restscherwinkels sowie eigene erdstatistische Nachrechnungen vornehmen hätte müssen, um zu dem richtigen Gutachtensergebnis zu gelangen. Auf Grundlage dieses Vorbringens sei es nicht nachvollziehbar, wie das Erstgericht zu der unrichtigen Schlussfolgerung gelange, dass die Kläger ihr Wiederaufnahmsbegehren nicht auf den Umstand, dass das im Hauptprozess erstattete Sachverständigengutachten auf einer unzulänglichen Grundlage beruhe, gestützt hätten. Vielmehr beschreibe die neue Expertise exakt und zweifelsfrei die Versäumnisse und Unzulänglichkeiten des im wieder aufzunehmenden Verfahren erstatteten Gutachtens, sodass die Eignung als Wiederaufnahmsgrund im Sinne der vom OGH determinierten Grundsätze jedenfalls gegeben sei. Darüber hinaus sei bei richtiger rechtlicher Beurteilung kein Grund ersichtlich, welcher geeignet wäre, den Durchbruch der materiellen Wahrheit hintanzuhalten und den angezogenen Wiederaufnahmsgrund zu widerlegen.

In der Entscheidung des OGH vom 1. 7. 2003, 10 ObS 169/03f, werde dargelegt, dass, sofern ein im Hauptprozess erstattetes Sachverständigengutachten auf einer unzulänglichen Grundlage beruhe und somit die Entscheidungsgrundlage noch nicht vollständig gewesen sei, einem nachträglich erstatteten Gutachten, durch welches die Urteilsgrundlage vervollständigt werde, insbesondere auch wenn es auf neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethoden beruhe, die zum Zeitpunkt der Erstattung des Gutach-

tens im Vorprozess noch nicht bekannt gewesen seien, die Eignung als Wiederaufnahmsgrund nicht von vornherein abgesprochen werden könne. Aus dieser Entscheidung ergebe sich unzweifelhaft, dass das wesentliche Kriterium für die Eignung als Wiederaufnahmsgrund davon abhängt, dass die für den vormaligen Sachverständigen bestehende Entscheidungsgrundlage noch nicht vollständig gewesen sei. Beim Thema „neue wirtschaftliche Erkenntnismethoden“ handle es sich lediglich um einen gegebenenfalls zu beachtenden Aspekt, der im gegenständlichen Fall jedoch mangels Vorliegens keine Relevanz entfalte. Unter Bedachtnahme auf den gegenständlichen Sachverhalt sowie die Ergebnisse des Gutachtens von Dr. S. B., insbesondere dessen Ausführungen zur unzureichenden Befundgrundlage des Gutachtens von Dr. N. N., seien jedenfalls Umstände aufgetreten, die eine Eignung im Sinne des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO begründen.

Unter Bedachtnahme auf die nicht vorgenommenen Befundaufnahmen durch Dr. N. N. im Rahmen seiner Gutachtenserstattung im Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz, welche in der Wiederaufnahmsklage schlüssig und konkret dargelegt worden seien, liege eine Unvollständigkeit seiner Beurteilungsgrundlagen vor, welche bei richtiger rechtlicher Beurteilung die Eignung als Wiederaufnahmsgrund begründe. Die vom Erstgericht vorgenommene Beurteilung vermöge unter Zugrundelegung der Entscheidungen des OGH die Unvollständigkeit der Befundgrundlage des Gutachtens von Dr. N. N., welche einen Wiederaufnahmsgrund bilde, nicht zu widerlegen. Aufgrund der Tatsache, dass das Gutachten von Dr. N. N. im Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz auf Basis einer unzureichenden Befundgrundlage erstattet worden sei, habe für die Wiederaufnahmskläger naturgemäß keine Veranlassung bestanden, sich beispielsweise auf neue Untersuchungsmethoden, die zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens noch unbekannt gewesen seien, zu berufen. Aufgrund der von Dr. S. B. durchgeführten, von Dr. N. N. jedoch unterlassenen zusätzlichen Befundungsmaßnahmen (eigene Laboruntersuchungen, Bohrungen, erdstatische Nachrechnungen) und den daraus resultierenden Ergebnissen sei ersichtlich, dass für die Begutachtung wesentliche Umstände unbeachtet geblieben seien. Diesen „weiteren Grundlagen“ seien daher entscheidungsrelevante Aspekte zu entnehmen, die vom im Verfahren 16 Cg 14/09b des LGZ Graz beigezogenen Sachverständigen nicht berücksichtigt worden seien.

Zusammengefasst komme daher der Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage vom 25. 1. 2018 keine Berechtigung zu.

Den Rekursausführungen ist entgegenzuhalten:

Der von den (Wiederaufnahms-)Klägern geltend gemachte Wiederaufnahmsgrund der neuen Tatsachen und Beweismittel (§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO) soll der materiellen Wahrheit in jenen Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen (Urteilstatbestand) unrichtig oder unvollständig waren (9 Ob 7/05w; 10 ObS 169/03f mwN). Ein nachträglich beigebrachtes Gutachten

ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich keine neue Tatsache, wenn das Thema des Gutachtens bereits im Hauptprozess bekannt war (RIS-Justiz RS0044834; 9 Ob 7/05b). Die gegenteilige Ansicht hätte nämlich zur Folge, dass Prozesse, in denen ein Sachverständigenbeweis beantragt hätte werden können, wieder aufgenommen werden müssten, wenn die unterlegene Partei nachträglich ein ihrem Standpunkt günstiges Gutachten vorlegen kann, aber auch Prozesse, in welchen ein Sachverständigenbeweis bereits durchgeführt wurde, wieder aufgenommen werden müssten, wenn die unterlegene Partei ein Gutachten vorlegt, das von dem des bestellten Sachverständigen abweicht (9 Ob 7/05b; 10 ObS 169/03f; 6 Ob 193/16z).

Dass sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit eines im Vorverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens oder die mangelnde Eignung des Sachverständigen ergeben soll, ist nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich kein tauglicher Wiederaufnahmsgrund (RIS-Justiz RS0044555; RS0044834). Anderes gilt nur dann, wenn ein später eingeholtes Gutachten auf einer neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethode aufbaut, die zur Zeit des Vorprozesses noch nicht bekannt war (RIS-Justiz RS0044733 [T1]; RS0044834 [T10]), wenn das Gutachten des Vorprozesses deshalb auf einer unvollständigen Grundlage beruhte, weil erst nachträglich neue Tatsachen bekannt wurden, die dem Sachverständigen im Zeitpunkt der Befundaufnahme noch nicht zugänglich waren (RIS-Justiz RS0044773 [T2]), oder wenn der im Hauptverfahren vernommene Sachverständige eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt hat (RIS-Justiz RS0044834 [T5]; RS0044555 [T4]). Solche Umstände hat der Wiederaufnahmskläger konkret und schlüssig darzutun (RIS-Justiz RS0044834 [T14]; jüngst 1 Ob 3/15w; 3 Ob 228/17a).

Der von den Wiederaufnahmsklägern behauptete Ausnahmetatbestand der unrichtigen oder unzulänglichen Entscheidungsgrundlage (10 ObS 169/03f; 9 Ob 7/05b; 6 Ob 193/16z) ist hier nicht gegeben.

Der Sachverständige im Hauptverfahren (Dr. N. N.) hat zwar nach den Behauptungen der Wiederaufnahmskläger ergänzende Befundaufnahmen nicht vorgenommen, indem er bei seiner Gutachtenserstattung keine Kernbohrungen, keine eigenen Laboruntersuchungen mit Bestimmung des Restscherwinkels und keine erdstatischen Nachrechnungen durchgeführt hat, womit – unter Zugrundelegung des nachträglichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. S. B. vom 7. 12. 2017 – wesentliche Umstände, die die Kausalität der Hangrutschung betreffen, unbeachtet gelassen wurden. Eine im Sinne der Rechtsprechung unzulängliche Grundlage liegt hier aber nicht vor, weil das nachträglich erstattete Gutachten, durch welches die Urteilsgrundlage vervollständigt wird, nach den maßgeblichen Behauptungen der Wiederaufnahmskläger weder auf neuen wissenschaftlichen Erkenntnismethoden, das heißt auf Untersuchungsmethoden, die im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens im Hauptprozess noch unbekannt gewesen sind (RIS-Justiz RS0044733 [T3]; RS0044555 [T3 und

T6], beruht noch der Sachverständige im Hauptverfahren eine behauptete Zwischenerhebung nicht durchgeführt hat (RIS-Justiz RS0044555 [T4]).

In der Entscheidung 10 ObS 169/03f wurde eine unvollständige Grundlage eines Sachverständigengutachtens darin gesehen, dass ein als Zeuge vernommener Arzt seine Aussage später widerrufen und das Gutachten – auch – auf dieser Aussage aufgebaut hatte. Der Entscheidung 9 Ob 7/05b lag zugrunde, dass der Sachverständige wesentliche (ihm vorliegende) MRT-Folien nicht befundet hat. Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Dass der Sachverständige des gegenständlichen Hauptverfahrens weitere Untersuchungen und Berechnungen (eigene Laboruntersuchungen, Kernbohrungen, erdstatische Nachrechnungen) nicht vorgenommen hat, die er allenfalls *lege artis* durchzuführen gehabt hätte, vermag – mangels Dazutretens der aufgezeigten weiteren Umstände – keine unzulängliche Grundlage, das heißt keine nicht vollständige Entscheidungsgrundlage im Sinne der zitierten Rechtsprechung, zu begründen. Das nachträglich beigebrachte spätere, vom ursprünglichen Sachverständigengutachten abweichende Gutachten bildet daher keinen Wiederaufnahmsgrund, zumal das Thema des Gutachtens im Hauptprozess bereits bekannt war (RIS-Justiz RS0044834) und

die weiteren Untersuchungen bzw Berechnungen dem Sachverständigen im Hauptverfahren bereits zugänglich waren.

Aus diesen Gründen war dem Rekurs der Wiederaufnahmskläger nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 40 und 50 Abs 1 ZPO.

Ein Bewertungsausspruch hatte nicht zu erfolgen, weil der Streitwert im Wiederaufnahmeverfahren jenem des wieder aufzunehmenden Verfahrens – hier € 230.690,82 sA und Feststellung (Streitwert: € 10.000,-) – entspricht (2 Ob 163/15g).

Der Zulässigkeitsausspruch beruht auf § 500 Abs 2 Z 3 und § 526 Abs 3 ZPO. Da der Ausnahmefall des § 528 Abs 2 Z 2 Halbsatz 2 ZPO vorliegt – die Wiederaufnahmsklage wurde schon vor Eintritt der Streitanhängigkeit zurückgewiesen –, ist der Beschluss des Rekursgerichts nicht jedenfalls unanfechtbar (RIS-Justiz RS0125126 [2 Ob 163/15g; 6 Ob 46/17h]). Für die Zulassung des ordentlichen Revisionsrekurses bestand aber keine Veranlassung, weil keine erheblichen Rechtsfragen im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO zu entscheiden waren.