

# TE OGH 2007/5/16 2R62/07s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.05.2007

## Kopf

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Kostka (Vorsitz), Dr. Bornet und Dr. Roch in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. C\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Manfred Rath, Mag. Gerhard Stingl und Mag. Georg Dieter, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei Marktgemeinde G\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerda Schildberger, Rechtsanwältin in Bruck an der Mur, wegen (ausgedehnt) EUR 11.204,-- samt Anhang, über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 5.602,--) gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 19.01.2007, 20 Cg 133/06b-13, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 728,11 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 121,35 an 20 %iger USt) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig. Die ordentliche Revision nach Paragraph 502, Absatz eins, ZPO ist zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin begehrt Schadenersatz (Schmerzensgeld, Kosten für Therapien und Haushaltshilfe sowie pauschale Unkosten) von zusammen EUR 10.070,-- mit der wesentlichen Begründung, sie sei in der Radunterführung Kanzelsteinbruch zu Sturz gekommen und habe sich verletzt, weil diese mit zumindest 10 cm hohem Schlamm und Schmutz bedeckt gewesen sei. Wegehalter des Radweges sei die Beklagte. Zwischen der Bundesstraßenverwaltung und der Beklagten sei ein Übereinkommen geschlossen worden, in dem die Beklagte sich verpflichtet habe, die Erhaltung und den Winterdienst so durchzuführen, dass eine Benützung unter Bedachtnahme auf die Witterungsverhältnisse ohne Gefahr gewährleistet sei. Die Beklagte habe es am 24.08.2005 pflichtwidrig unterlassen, den Radweg zu reinigen, abzusperren oder Warnschilder aufzustellen. Sie wäre verpflichtet gewesen, den Radweg vor derartigen Verschmutzungen frei zu halten und derart abzusichern, dass eine Benützung ohne Gefahr gewährleistet sei. Hätte die Klägerin von einer derartigen Verschmutzung in der Unterführung gewusst bzw wäre sie durch Hinweistafeln oder ähnliches darauf aufmerksam gemacht worden, wäre sie in die Unterführung jedenfalls nicht eingefahren. Die Beklagte habe den Unfall daher grob fahrlässig verschuldet und hafte als Wegehalter insbesondere nach § 1319 a ABGB. Die Verschmutzung sei für die Klägerin selbst bei Einhaltung einer erhöhten Sorgfalt nicht erkennbar gewesen; aufgrund ihres plötzlichen Auftauchens habe sie keine unfallverhütende Reaktion mehr setzen und so den Sturz nicht mehr verhindern können. Mit einer zumindest 10 bis 20 cm hohen Schlammbedeckung des Radweges in der Unterführung habe sie nicht rechnen können. Es treffe sie daher kein Mitverschulden. Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und

wendete zusammengefasst ein, es komme nur ihre Haftung nach § 1319 a ABGB in Frage. Wegen der im Gemeindegebiet an den Tagen vor dem gegenständlichen Unfall herrschenden heftigen Unwetter und die dadurch bedingten schweren Überflutungen sei eine Einspülung von Verschmutzungen in die Unterführung auf ein unabwendbares Naturereignis zurückzuführen, nicht jedoch auf einen mangelhaften Zustand des Weges und noch weniger auf irgendein Verschulden der Beklagten. Die Beklagte habe alle verfügbaren Kräfte eingesetzt und Maßnahmen getroffen, um die vordringlichen Arbeiten der Schadens-behebung und Schadensbegrenzung zu erledigen. Die Klägerin begehrt Schadenersatz (Schmerzen- geld, Kosten für Therapien und Haushaltshilfe sowie pauschale Unkosten) von zusammen EUR 10.070,- mit der wesentlichen Begründung, sie sei in der Radunterführung Kanzel-Steinbruch zu Sturz gekommen und habe sich verletzt, weil diese mit zumindest 10 cm hohem Schlamm und Schmutz bedeckt gewesen sei. Wegehalter des Radweges sei die Beklagte. Zwischen der Bundesstraßenverwaltung und der Beklagten sei ein Übereinkommen geschlossen worden, in dem die Beklagte sich verpflichtet habe, die Erhaltung und den Winterdienst so durchzuführen, dass eine Benützung unter Bedachtnahme auf die Witterungsverhältnisse ohne Gefahr gewährleistet sei. Die Beklagte habe es am 24.08.2005 pflichtwidrig unterlassen, den Radweg zu reinigen, abzusperren oder Warnschilder aufzustellen. Sie wäre verpflichtet gewesen, den Radweg vor derartigen Verschmutzungen frei zu halten und derart abzusichern, dass eine Benützung ohne Gefahr gewährleistet sei. Hätte die Klägerin von einer derartigen Verschmutzung in der Unterführung gewusst bzw wäre sie durch Hinweistafeln oder ähnliches darauf aufmerksam gemacht worden, wäre sie in die Unterführung jedenfalls nicht eingefahren. Die Beklagte habe den Unfall daher grob fahrlässig verschuldet und hafte als Wegehalter insbesondere nach Paragraph 1319, a ABGB. Die Verschmutzung sei für die Klägerin selbst bei Einhaltung einer erhöhten Sorgfalt nicht erkennbar gewesen; aufgrund ihres plötzlichen Auftauchens habe sie keine unfallverhütende Reaktion mehr setzen und so den Sturz nicht mehr verhindern können. Mit einer zumindest 10 bis 20 cm hohen Schlammbedeckung des Radweges in der Unterführung habe sie nicht rechnen können. Es treffe sie daher kein Mitverschulden. Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete zusammengefasst ein, es komme nur ihre Haftung nach Paragraph 1319, a ABGB in Frage. Wegen der im Gemeindegebiet an den Tagen vor dem gegenständlichen Unfall herrschenden heftigen Unwetter und die dadurch bedingten schweren Überflutungen sei eine Einspülung von Verschmutzungen in die Unterführung auf ein unabwendbares Naturereignis zurückzuführen, nicht jedoch auf einen mangelhaften Zustand des Weges und noch weniger auf irgendein Verschulden der Beklagten. Die Beklagte habe alle verfügbaren Kräfte eingesetzt und Maßnahmen getroffen, um die vordringlichen Arbeiten der Schadens-behebung und Schadensbegrenzung zu erledigen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging von dem auf den US 4 bis 8 ersichtlichen Feststellungen aus, auf die grundsätzlich zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen wird. Zum besseren Verständnis der vorliegenden Berufungsentscheidung sei daraus Folgendes hervorgehoben:

Die Unfallsstelle befindet sich in der Unterführung unter dem Autobahnzubringer der A 9, die für den Rad- und Fußgängerverkehr gekennzeichnet ist. Am 21.08.2005 ging im Gemeindegebiet G\*\*\*\*\* ein Unwetter nieder, das zu Überschwemmungen und Hangrutschungen führte. Durch das Unwetter kam es zu einem Schlammeintrag in die Unterführung, der ursprünglich eine Höhe von 0,5 m aufwies, bis zum 24.08.2005 jedoch bis auf eine Höhe von 10 bis 15 cm abgesunken war. Am 24.08.2005 gegen 18.30 Uhr befuhr die Klägerin mit ihrem Fahrrad den Radweg Richtung Westen (= G\*\*\*\*\*) mit einer Geschwindigkeit von rund 15 km/h. 22 m vor dem Beginn der Schlamm-schicht (10 m östlich des östlichen Tunneleinganges) hätte die Klägerin diese erkennen können und mit einer leichten Bremsung bei einer Verzögerung von rund 0,5 m/sec<sup>2</sup> ihr Fahrrad vor dem Beginn der Schlamm-schicht anhalten können; sie fuhr jedoch in diesen Schlamm-bereich ein und kam im weiteren Verlauf zu Sturz. Dabei verletzte sie sich. Die Unterführung wurde im Jahr 1997 errichtet. Nach ihrer Fertigstellung verpflichtete sich die Beklagte in einer Vereinbarung mit der Bundesstraßenverwaltung zur Durchführung der Erhaltung und des Winterdienstes derart, dass eine Benützung unter Bedachtnahme auf die Witterungsverhältnisse ohne Gefahr gewährleistet ist. Bisher hatte es in der Radunterführung noch keine Überschwemmung oder Verschlammung gegeben. Ab dem Unwetter am 21.08.2005 waren Bedienstete der Beklagten und Kräfte der Feuerwehr wie auch beauftragte Bau-firmen (gemeint: bis zum Unfallszeitpunkt) ausschließlich damit beschäftigt, die Infrastruktur in der Gemeinde nach den Überschwemmungen und Hangrutschungen wiederherzustellen. Rechtlich folgte der Erstrichter, es sei § 1319 a ABGB anzuwenden, der Beklagten könne aber der Vorwurf grober Fahrlässigkeit nicht gemacht werden. Die beklagte Gemeinde sei durch das Unwetter sehr betroffen gewesen und habe daher in erster Linie dafür zu sorgen gehabt, dass die Infrastruktur der Gemeinde wieder aufgebaut werde. Abgesehen davon wäre es der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen, die

schlammbedeckte Fahrbahn rechtzeitig zu erkennen und anzuhalten. Angesichts des Zustandes der Verschmutzung der Unterführung wäre die Klägerin auch nicht zur Benützung des Radweges verpflichtet gewesen. Dadurch, dass sie in die Radunterführung ohne Rücksicht auf den Fahrbahnzustand eingefahren und dadurch zu Sturz gekommen sei, habe sie diesen Unfall selbst zu vertreten, sodass das Klagebegehren wegen ihres Alleinverschuldens abzuweisen sei. Die Unfallsstelle befindet sich in der Unterführung unter dem Autobahnzubringer der A 9, die für den Rad- und Fußgängerverkehr gekennzeichnet ist. Am 21.08.2005 ging im Gemeindegebiet G\*\*\*\*\* ein Unwetter nieder, das zu Überschwemmungen und Hangrutschungen führte. Durch das Unwetter kam es zu einem Schlammeintrag in die Unterführung, der ursprünglich eine Höhe von 0,5 m aufwies, bis zum 24.08.2005 jedoch bis auf eine Höhe von 10 bis 15 cm abgesunken war. Am 24.08.2005 gegen 18.30 Uhr befuhr die Klägerin mit ihrem Fahrrad den Radweg Richtung Westen (= G\*\*\*\*\*) mit einer Geschwindigkeit von rund 15 km/h. 22 m vor dem Beginn der Schlammsschicht (10 m östlich des östlichen Tunneleinganges) hätte die Klägerin diese erkennen können und mit einer leichten Bremsung bei einer Verzögerung von rund 0,5 m/sec<sup>2</sup> ihr Fahrrad vor dem Beginn der Schlammsschicht anhalten können; sie fuhr jedoch in diesen Schlammbereich ein und kam im weiteren Verlauf zu Sturz. Dabei verletzte sie sich. Die Unterführung wurde im Jahr 1997 errichtet. Nach ihrer Fertigstellung verpflichtete sich die Beklagte in einer Vereinbarung mit der Bundesstraßenverwaltung zur Durchführung der Erhaltung und des Winterdienstes derart, dass eine Benützung unter Bedachtnahme auf die Witterungsverhältnisse ohne Gefahr gewährleistet ist. Bisher hatte es in der Radunterführung noch keine Überschwemmung oder Verschlammung gegeben. Ab dem Unwetter am 21.08.2005 waren Bedienstete der Beklagten und Kräfte der Feuerwehr wie auch beauftragte Baufirmen (gemeint: bis zum Unfallszeitpunkt) ausschließlich damit beschäftigt, die Infrastruktur in der Gemeinde nach den Überschwemmungen und Hangrutschungen wiederherzustellen. Rechtlich folgte der Erstrichter, es sei Paragraph 1319, a ABGB anzuwenden, der Beklagten könne aber der Vorwurf grober Fahrlässigkeit nicht gemacht werden. Die beklagte Gemeinde sei durch das Unwetter sehr betroffen gewesen und habe daher in erster Linie dafür zu sorgen gehabt, dass die Infrastruktur der Gemeinde wieder aufgebaut werde. Abgesehen davon wäre es der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen, die schlammbedeckte Fahrbahn rechtzeitig zu erkennen und anzuhalten. Angesichts des Zustandes der Verschmutzung der Unterführung wäre die Klägerin auch nicht zur Benützung des Radweges verpflichtet gewesen. Dadurch, dass sie in die Radunterführung ohne Rücksicht auf den Fahrbahnzustand eingefahren und dadurch zu Sturz gekommen sei, habe sie diesen Unfall selbst zu vertreten, sodass das Klagebegehren wegen ihres Alleinverschuldens abzuweisen sei.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung dahin, (unter Zugrundelegung einer Verschuldensteilung von 1 : 1) der Klägerin EUR 5.602,-- zuzusprechen, hilfsweise das angefochtene Urteil aufzuheben.

Dem tritt die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung entgegen. Die Berufung, über die gemäß § 492 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung entschieden werden konnte, ist nicht berechtigt. Dem tritt die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung entgegen. Die Berufung, über die gemäß Paragraph 492, ZPO in nichtöffentlicher Sitzung entschieden werden konnte, ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

I.1. Die Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens erblickt die Klägerin in der unterbliebenen Einvernahme der - wie die Klägerin zugesteht - von der beklagten Partei insbesondere zum Beweis der Organisation der Beklagten aufgrund des Unwetters vom 21.08.2005 geführten Zeugen H\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*M\*\*\*\*\*, K\*\*\*\*\* sowie DI K\*\*\*\*\*; aus den erfolgten Einvernahmen anderer Zeugen könne nicht beurteilt werden, ob die Beklagte insbesondere aufgrund der Unwetter vom 21.8.2005 ein Organisationsverschulden zu verantworten habe. Die genannten Zeugen hätten zur Aufklärung des Sachverhaltes wesentlich beitragen können, die Unterlassung ihrer Vernehmung stelle einen groben Stoffsammlungsmangel insbesondere zum Beweisthema des groben Verschuldens der Beklagten gemäß § 1319a ABGB dar. römisch eins.1. Die Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens erblickt die Klägerin in der unterbliebenen Einvernahme der - wie die Klägerin zugesteht - von der beklagten Partei insbesondere zum Beweis der Organisation der Beklagten aufgrund des Unwetters vom 21.08.2005 geführten Zeugen H\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*M\*\*\*\*\*, K\*\*\*\*\* sowie DI K\*\*\*\*\*; aus den erfolgten Einvernahmen anderer Zeugen könne nicht beurteilt werden, ob die Beklagte insbesondere aufgrund der Unwetter vom 21.8.2005 ein Organisationsverschulden zu verantworten habe. Die genannten Zeugen hätten zur Aufklärung des Sachverhaltes wesentlich beitragen können, die Unterlassung ihrer Vernehmung stelle einen groben Stoffsammlungsmangel insbesondere zum Beweisthema des groben Verschuldens der Beklagten gemäß Paragraph 1319 a, ABGB dar.

I.2. Klarzustellen ist zunächst, dass ein Zeuge „DI Kir\*\*\*\*\*“ weder von der Klägerin noch von der Beklagten geführt wurde. Der Name „DI G\*\*\*\*\* Kri\*\*\*\*\*“ scheint nur im Schriftsatz der Beklagten vom 13.9.2006 (ON 8 S 2 unten = AS 24) auf, allerdings als Teil der Ladungsanschrift für den Zeugen DI A\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* „p.A. Ingenieurgemeinschaft DI A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und DI G\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*“. Insofern ist daher ein Verfahrensmangel jedenfalls zu verneinen. I.3. Im Übrigen gilt grundsätzlich, dass die Mangelhaftigkeit des Verfahrens auf einem Fehler des Gerichtes beruhen muss (E. Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 496 Rz 3 mwN), der nicht vorliegt, wenn kein vom Berufungswerber gestellter Beweisantrag unerledigt blieb. Es ist nämlich Sache der Partei, die Grundlagen für eine erfolgreiche Anfechtung bereits in erster Instanz zu schaffen; die Unterlassung der Aufnahme bestimmter Beweise kann aber vom Berufungswerber nur dann als Verfahrensmangel geltend gemacht werden, wenn er selbst (und nicht bloß der Gegner) einen entsprechenden Antrag gestellt hat (G. Kodek, Praxistipps zum Berufungsverfahren, Zak 2006/600, 347). Allerdings liegt hier die Besonderheit vor, dass die - im Prozessprogramm genannten - Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing. M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* zur (einzigen) Streitverhandlung am 28.11.2006 - nach dem Inhalt des Protokolls ON 12 S 20 = AS 64 - bereits erschienen waren, allerdings um 15.15 Uhr ohne Einvernahme wieder entlassen wurden. I.4. Die Gemeinschaftlichkeit des Zeugenbeweises tritt erst dann ein, wenn der Zeuge bereits zur Vernehmung erschienen ist, und nicht schon mit dem Beweisantrag (RIS-Justiz RS0040428; RS0040540; Frauenberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III, § 345 Rz 1). Der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel bedeutet, dass beide Parteien die Beweismittel unabhängig davon, wer sie beantragt hat, zur Unterstützung ihrer Behauptungen benützen können (Rechberger in Rechberger<sup>3</sup>, Vor § 292 Rz 11, und in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III, Vor § 266 Rz 85). römisch eins.2. Klarzustellen ist zunächst, dass ein Zeuge „DI Kir\*\*\*\*\*“ weder von der Klägerin noch von der Beklagten geführt wurde. Der Name „DI G\*\*\*\*\* Kri\*\*\*\*\*“ scheint nur im Schriftsatz der Beklagten vom 13.9.2006 (ON 8 S 2 unten = AS 24) auf, allerdings als Teil der Ladungsanschrift für den Zeugen DI A\*\*\*\*\* Z\*\*\*\*\* „p.A. Ingenieurgemeinschaft DI A\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und DI G\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*“. Insofern ist daher ein Verfahrensmangel jedenfalls zu verneinen. römisch eins.3. Im Übrigen gilt grundsätzlich, dass die Mangelhaftigkeit des Verfahrens auf einem Fehler des Gerichtes beruhen muss (E. Kodek in Rechberger<sup>3</sup> Paragraph 496, Rz 3 mwN), der nicht vorliegt, wenn kein vom Berufungswerber gestellter Beweisantrag unerledigt blieb. Es ist nämlich Sache der Partei, die Grundlagen für eine erfolgreiche Anfechtung bereits in erster Instanz zu schaffen; die Unterlassung der Aufnahme bestimmter Beweise kann aber vom Berufungswerber nur dann als Verfahrensmangel geltend gemacht werden, wenn er selbst (und nicht bloß der Gegner) einen entsprechenden Antrag gestellt hat (G. Kodek, Praxistipps zum Berufungsverfahren, Zak 2006/600, 347). Allerdings liegt hier die Besonderheit vor, dass die - im Prozessprogramm genannten - Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing. M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* zur (einzigen) Streitverhandlung am 28.11.2006 - nach dem Inhalt des Protokolls ON 12 S 20 = AS 64 - bereits erschienen waren, allerdings um 15.15 Uhr ohne Einvernahme wieder entlassen wurden. römisch eins.4. Die Gemeinschaftlichkeit des Zeugenbeweises tritt erst dann ein, wenn der Zeuge bereits zur Vernehmung erschienen ist, und nicht schon mit dem Beweisantrag (RIS-Justiz RS0040428; RS0040540; Frauenberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> römisch III, Paragraph 345, Rz 1). Der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel bedeutet, dass beide Parteien die Beweismittel unabhängig davon, wer sie beantragt hat, zur Unterstützung ihrer Behauptungen benützen können (Rechberger in Rechberger<sup>3</sup>, Vor Paragraph 292, Rz 11, und in Fasching/Konecny<sup>2</sup> römisch III, Vor Paragraph 266, Rz 85).

Nachdem die Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing. M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* bereits zur Vernehmung erschienen waren und deshalb ihre Gemeinschaftlichkeit eingetreten war, kann sie auch die Klägerin benützen und in diesem Sinn die unterbliebene Einvernahme als primären Verfahrensmangel rügen; und zwar nicht nur zur Unterstützung ihrer Behauptungen, sondern auch zur Widerlegung des (von ihr bestrittenen) gegnerischen Vorbringens. Das in der Mängelrüge relevierte Beweisthema der (offensichtlich) fehlerhaften Organisation der Beklagten aufgrund des Unwetters vom 21.8.2005 findet sich zwar nicht ausdrücklich in den Tatsachenbehauptungen der Klägerin in erster Instanz; allerdings brachte die Beklagte zusammengefasst vor, sie habe alle verfügbaren Kräfte eingesetzt und Maßnahmen getroffen, um konkret geschilderte vordringliche Arbeiten zu erledigen, wofür sie die Vernehmung der genannten Zeugen anbot, was von der Klägerin (verständlicherweise, weil außerhalb ihrer Sphäre) nur generell bestritten und dem die Zumutbarkeit der Gefahrenbeseitigung wegen ausreichend zur Verfügung stehender Zeit entgegen gehalten wurde. Die unterlassene Vernehmung der nur von der Beklagten ausdrücklich geführten Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing. M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\*, auf die die Beklagte nicht verzichtete, kann daher im vorliegenden Fall von der Klägerin zum Gegenstand der Rüge eines primäreren Verfahrensmangels gemacht werden.

I.5. Die Erheblichkeit des behaupteten Mangels ist zweifellos gegeben, betrifft er doch die streitentscheidende Frage, ob der beklagten Gemeinde der nicht ordnungsgemäße Zustand des Radweges in der Unterführung (allenfalls in

welchem Ausmaß) vorwerfbar ist. I.6.1. Allerdings sind noch folgende Überlegungen zur Rügepflicht gemäß § 196 ZPO anzustellen:römisch eins.5. Die Erheblichkeit des behaupteten Mangels ist zweifellos gegeben, betrifft er doch die streitentscheidende Frage, ob der beklagten Gemeinde der nicht ordnungsgemäße Zustand des Radweges in der Unterführung (allenfalls in welchem Ausmaß) vorwerfbar ist. römisch eins.6.1. Allerdings sind noch folgende Überlegungen zur Rügepflicht gemäß Paragraph 196, ZPO anzustellen:

Es entspricht überwiegender Judikatur, dass sogenannte materielle Mängel, die die Sammlung des Prozessstoffes betreffen, keiner Rüge im Sinn des § 196 Abs 1 ZPO bedürfen, um mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden zu können (RIS-Justiz RS0037041 und RS0037005, je zuletzt 9 Ob 5/02d). Allerdings hat der OGH auch - wenn auch vereinzelt und in einem obiter dictum - ausgesprochen, dass Stoffsammlungsmängel, die ihre Ursache in einer Außerachtlassung von Verfahrensvorschriften haben, gemäß § 496 Abs 1 Z 2 ZPO vom Berufungsgericht nur dann aufgegriffen werden dürfen, wenn sie (nach gemäß § 196 ZPO in der mündlichen Streitverhandlung erfolgter Rüge) in der Berufung geltend gemacht wurden (8 Ob 586/87). Soweit für das Berufungsgericht überblickbar, ist die dargestellte Rechtsprechung des OGH in Verfahren ergangen, auf die die Bestimmungen der ZVN 2002 noch nicht anzuwenden waren. Deren allgemeines Ziel ist es, gerichtliche Verfahren schneller und effizienter zu gestalten; den zentralen Reformansatz bildet der Gedanke, den Parteien die Mitverantwortung für eine rasche Prozessführung aufzuerlegen und sie zu verpflichten, ihre Vorbringen so zu erstatten, dass das Verfahren so rasch wie möglich durchgeführt werden kann (GP 21 RV 962 AB 1049 S 16). Im Lichte dieser Absicht des Gesetzgebers erachtet es das Berufungsgericht als angebracht, die Ausklammerung der sogenannten Stoffsammlungsmängel von der Anwendbarkeit der Rügepflicht nach § 196 Abs 1 ZPO zu hinterfragen. Schragel (in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/2, § 196 Rz 1) verweist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf, dass die genannte Bestimmung zwar durch die ZVN 2002 unverändert geblieben ist, sich aber gut in die gemäß § 178 Abs 2 ZPO den Parteien auferlegte Prozessförderungspflicht einfügt, die zwar nur von den Vorträgen der Parteien spricht, aber mit der Forderung, sie zeitgerecht und vollständig zu erstatten, gewiss auch Rügen von Verfahrensfehlern, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach auf die materielle Richtigkeit des zu fällenden Urteils nicht auswirken, nicht ausschließen will. Es entspricht überwiegender Judikatur, dass sogenannte materielle Mängel, die die Sammlung des Prozessstoffes betreffen, keiner Rüge im Sinn des Paragraph 196, Absatz eins, ZPO bedürfen, um mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden zu können (RIS-Justiz RS0037041 und RS0037005, je zuletzt 9 Ob 5/02d). Allerdings hat der OGH auch - wenn auch vereinzelt und in einem obiter dictum - ausgesprochen, dass Stoffsammlungsmängel, die ihre Ursache in einer Außerachtlassung von Verfahrensvorschriften haben, gemäß Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO vom Berufungsgericht nur dann aufgegriffen werden dürfen, wenn sie (nach gemäß Paragraph 196, ZPO in der mündlichen Streitverhandlung erfolgter Rüge) in der Berufung geltend gemacht wurden (8 Ob 586/87). Soweit für das Berufungsgericht überblickbar, ist die dargestellte Rechtsprechung des OGH in Verfahren ergangen, auf die die Bestimmungen der ZVN 2002 noch nicht anzuwenden waren. Deren allgemeines Ziel ist es, gerichtliche Verfahren schneller und effizienter zu gestalten; den zentralen Reformansatz bildet der Gedanke, den Parteien die Mitverantwortung für eine rasche Prozessführung aufzuerlegen und sie zu verpflichten, ihre Vorbringen so zu erstatten, dass das Verfahren so rasch wie möglich durchgeführt werden kann Gesetzgebungsperiode 21 Regierungsvorlage 962 Ausschussbericht 1049 S 16). Im Lichte dieser Absicht des Gesetzgebers erachtet es das Berufungsgericht als angebracht, die Ausklammerung der sogenannten Stoffsammlungsmängel von der Anwendbarkeit der Rügepflicht nach Paragraph 196, Absatz eins, ZPO zu hinterfragen. Schragel (in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/2, Paragraph 196, Rz 1) verweist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf, dass die genannte Bestimmung zwar durch die ZVN 2002 unverändert geblieben ist, sich aber gut in die gemäß Paragraph 178, Absatz 2, ZPO den Parteien auferlegte Prozessförderungspflicht einfügt, die zwar nur von den Vorträgen der Parteien spricht, aber mit der Forderung, sie zeitgerecht und vollständig zu erstatten, gewiss auch Rügen von Verfahrensfehlern, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach auf die materielle Richtigkeit des zu fällenden Urteils nicht auswirken, nicht ausschließen will.

I.6.2. Die hier zu beurteilende Bestimmung des § 196 ZPO lautet:römisch eins.6.2. Die hier zu beurteilende Bestimmung des Paragraph 196, ZPO lautet:

(1) Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung regelnden Vorschrift kann von der deshalb zur Beschwerdeführung berechtigten Partei nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sich letztere in die weitere Verhandlung der Sache eingelassen hat, ohne diese Verletzung zu rügen, obwohl dieselbe ja bekannt war oder bekannt sein musste.

(2) Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn eine Vorschrift verletzt wurde, auf deren Befolgung einer Partei nicht wirksam verzichten kann.

(3) Erfolgt die Rüge während einer mündlichen Verhandlung und wird derselben nicht gleich bei der Verhandlung durch Behebung der behaupteten Verletzung entsprochen, so ist sie im Protokolle zu vermerken.

Korrespondierend dazu ordnet § 462 Abs 2 ZPO Folgendes an: Korrespondierend dazu ordnet Paragraph 462, Absatz 2, ZPO Folgendes an:

Der Beurteilung des Berufungsgerichtes unterliegen jedoch gleichzeitig auch diejenigen Beschlüsse, welche in dem dem Urteile vorausgegangenen Verfahren erlassen wurden, sofern nicht deren Anfechtung nach dem Gesetz ausgeschlossen ist oder dieselben infolge Unterlassung der rechtzeitigen Rüge (§ 196), des Rekurses oder durch die über den eingebrachten Rekurs ergangene Entscheidung unabänderlich geworden ist. Der Beurteilung des Berufungsgerichtes unterliegen jedoch gleichzeitig auch diejenigen Beschlüsse, welche in dem dem Urteile vorausgegangenen Verfahren erlassen wurden, sofern nicht deren Anfechtung nach dem Gesetz ausgeschlossen ist oder dieselben infolge Unterlassung der rechtzeitigen Rüge (Paragraph 196,), des Rekurses oder durch die über den eingebrachten Rekurs ergangene Entscheidung unabänderlich geworden ist.

I.6.3. Die Rügepflicht soll die Parteien veranlassen, den Richter auf (erkennbare und verzichtbare) Verfahrensmängel aufmerksam zu machen, andernfalls ihnen die spätere Geltendmachung zu verwehren ist; die Rüge soll den Richter nicht nur auf die Gesetzeswidrigkeit aufmerksam machen, sondern ihn auch zur Beseitigung anregen (OLG Wien 17 R 145/99i mwN). Die Parteien sollen nicht sehenden Auges behebbare Verfahrensfehler des Gerichtes unaufgezeigt lassen können, um sie dann kosten- und zeitaufwändig im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen. § 462 Abs 2 ZPO zieht daraus die Konsequenz, indem er Mängel, deren rechtzeitige Rüge unterlassen wurde, von der Beurteilung durch das Berufungsgericht ausschließt (Schrägel, aaO Rz 1). Es soll verhindert werden, dass die Parteien Anfechtungsgründe auf Lager legen und bei Nichtgefallen des Prozessergebnisses aktivieren (Fucik in Rechberger<sup>3</sup>, § 196 Rz 2). römisch eins. 6.3. Die Rügepflicht soll die Parteien veranlassen, den Richter auf (erkennbare und verzichtbare) Verfahrensmängel aufmerksam zu machen, andernfalls ihnen die spätere Geltendmachung zu verwehren ist; die Rüge soll den Richter nicht nur auf die Gesetzeswidrigkeit aufmerksam machen, sondern ihn auch zur Beseitigung anregen (OLG Wien 17 R 145/99i mwN). Die Parteien sollen nicht sehenden Auges behebbare Verfahrensfehler des Gerichtes unaufgezeigt lassen können, um sie dann kosten- und zeitaufwändig im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen. Paragraph 462, Absatz 2, ZPO zieht daraus die Konsequenz, indem er Mängel, deren rechtzeitige Rüge unterlassen wurde, von der Beurteilung durch das Berufungsgericht ausschließt (Schrägel, aaO Rz 1). Es soll verhindert werden, dass die Parteien Anfechtungsgründe auf Lager legen und bei Nichtgefallen des Prozessergebnisses aktivieren (Fucik in Rechberger<sup>3</sup>, Paragraph 196, Rz 2).

Der Prozessförderungspflicht, die das Ziel verfolgt, die gerichtlichen Verfahren schneller und effizienter zu gestalten, entspricht zweifellos die Verpflichtung, auf die erkennbare Verletzung von Verfahrensvorschriften umgehend hinzuweisen, um entweder eine Sanierung, zumindest aber eine Erörterung der Problematik zu erreichen und bei Erfolglosigkeit dieses Bestrebens die Möglichkeit der Geltendmachung im allenfalls folgenden Rechtsmittelverfahren sicherzustellen. Dabei steht keinesfalls die Sicherstellung der Anfechtungsmöglichkeit im Vordergrund, sondern die Vermeidung von Verfahrensverstößen durch Hinweis darauf und damit das Realisieren der (vom Gesetzgeber gewünschten) Mitverantwortung der Parteien für eine rasche und effiziente Prozessführung. Es gilt ja nicht nur die Verletzung der Verfahrensvorschriften zu verhindern, sondern auch ein daran anknüpfendes Rechtsmittelverfahren, das entweder zur Aufhebung und Zurückverweisung der Rechtssache an die erste Instanz oder zur Verfahrensergänzung durch das Berufungsgericht führt, somit zu jedenfalls sehr ineffizienten Maßnahmen, die immer eine Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens bedeuten. I.6.4. Nach dem Wortlaut des § 196 Abs 1 ZPO betrifft er nicht nur die Verletzung von (beispielhaft hervorgehobenen) die Form einer Prozesshandlung regelnden Vorschriften, sondern ganz allgemein die Verletzung einer das Verfahren regelnden Vorschrift, also der Prozessgesetze. Ein Verstoß gegen die Prozessgesetze bildet den sogenannten primären Verfahrensmangel, der nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO dann gegeben ist, wenn das Verfahren erster Instanz an wesentlichen Mängel leidet, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern, sofern sie keine Nichtigkeit begründen. Sowohl § 496 Abs 2 Z 1 ZPO als auch § 196 Abs 1 ZPO regeln daher die Behandlung von Verletzungen der Verfahrensgesetze, ohne zwischen Form-, Voraussetzungs- und Stoffsammlungsmängeln (vgl Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup>, Rz 1762ff) zu unterscheiden. Lediglich § 196 Abs 2 ZPO schränkt seine Anwendbarkeit - naturgemäß - auf die Verletzung von Vorschriften ein, auf deren

Befolgung eine Partei wirksam verzichten kann. Der Prozessförderungspflicht, die das Ziel verfolgt, die gerichtlichen Verfahren schneller und effizienter zu gestalten, entspricht zweifellos die Verpflichtung, auf die erkennbare Verletzung von Verfahrensvorschriften umgehend hinzuweisen, um entweder eine Sanierung, zumindest aber eine Erörterung der Problematik zu erreichen und bei Erfolglosigkeit dieses Bestrebens die Möglichkeit der Geltendmachung im allenfalls folgenden Rechtsmittelverfahren sicherzustellen. Dabei steht keinesfalls die Sicherstellung der Anfechtungsmöglichkeit im Vordergrund, sondern die Vermeidung von Verfahrensverstößen durch Hinweis darauf und damit das Realisieren der (vom Gesetzgeber gewünschten) Mitverantwortung der Parteien für eine rasche und effiziente Prozessführung. Es gilt ja nicht nur die Verletzung der Verfahrensvorschriften zu verhindern, sondern auch ein daran anknüpfendes Rechtsmittelverfahren, das entweder zur Aufhebung und Zurückverweisung der Rechtssache an die erste Instanz oder zur Verfahrensergänzung durch das Berufungsgericht führt, somit zu jedenfalls sehr ineffizienten Maßnahmen, die immer eine Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens bedeuten. römisch eins.6.4. Nach dem Wortlaut des Paragraph 196, Absatz eins, ZPO betrifft er nicht nur die Verletzung von (beispielhaft hervorgehobenen) die Form einer Prozesshandlung regelnden Vorschriften, sondern ganz allgemein die Verletzung einer das Verfahren regelnden Vorschrift, also der Prozessgesetze. Ein Verstoß gegen die Prozessgesetze bildet den sogenannten primären Verfahrensmangel, der nach Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO dann gegeben ist, wenn das Verfahren erster Instanz an wesentlichen Mängel leidet, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern, sofern sie keine Nichtigkeit begründen. Sowohl Paragraph 496, Absatz 2, Ziffer eins, ZPO als auch Paragraph 196, Absatz eins, ZPO regeln daher die Behandlung von Verletzungen der Verfahrensgesetze, ohne zwischen Form-, Voraussetzungs- und Stoffsammlungsmängeln vergleiche Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup>, Rz 1762ff) zu unterscheiden. Lediglich Paragraph 196, Absatz 2, ZPO schränkt seine Anwendbarkeit - naturgemäß - auf die Verletzung von Vorschriften ein, auf deren Befolgung eine Partei wirksam verzichten kann.

In diesem Sinn lehrt E.Kodek (in Rechberger<sup>3</sup>, § 471 Rz 6), dass auch Stoffsammlungsmängel, die ihre Ursache in der Außerachtlassung von Verfahrensvorschriften haben, vom Berufungsgericht nur aufgegriffen werden dürfen, wenn sie nach § 196 ZPO gerügt und in der Berufung geltend gemacht worden sind. Auch Burgstaller, BeitrZPR I 59ff, lässt die (von ihm so bezeichnete) Rügelast für alle wesentlichen Verfahrensmängel (für jene Verletzungen von Verfahrensvorschriften, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern) und selbst für die Ablehnung eines Beweisantrages gelten, wenn sie eine Verfahrensvorschrift im engeren Sinn verletzt, gelten. Schließlich bezweifelt auch Fucik, aaO, die Tauglichkeit des Begriffs „Stoffsammlungsmängel“ für die Abgrenzung der Notwendigkeit der Erfüllung der Rügepflicht, soweit es nicht um Mängel geht, die der Rechtsrüge zuzurechnen sind oder ihrer Natur nach gar nicht gerügt werden können. In diesem Sinn lehrt E.Kodek (in Rechberger<sup>3</sup>, Paragraph 471, Rz 6), dass auch Stoffsammlungsmängel, die ihre Ursache in der Außerachtlassung von Verfahrensvorschriften haben, vom Berufungsgericht nur aufgegriffen werden dürfen, wenn sie nach Paragraph 196, ZPO gerügt und in der Berufung geltend gemacht worden sind. Auch Burgstaller, BeitrZPR römisch eins 59ff, lässt die (von ihm so bezeichnete) Rügelast für alle wesentlichen Verfahrensmängel (für jene Verletzungen von Verfahrensvorschriften, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern) und selbst für die Ablehnung eines Beweisantrages gelten, wenn sie eine Verfahrensvorschrift im engeren Sinn verletzt, gelten. Schließlich bezweifelt auch Fucik, aaO, die Tauglichkeit des Begriffs „Stoffsammlungsmängel“ für die Abgrenzung der Notwendigkeit der Erfüllung der Rügepflicht, soweit es nicht um Mängel geht, die der Rechtsrüge zuzurechnen sind oder ihrer Natur nach gar nicht gerügt werden können.

I.6.5. Das Berufungsgericht schließt sich diesen Ansichten an, zum Einen weil der dargestellte Gesetzeswortlaut keine zwingende Handhabe für eine Differenzierung unterschiedlicher Verfahrensverstöße bietet, sondern nur auf die Wesentlichkeit des Verstoßes gegen die Prozessgesetze abstellt, also darauf, ob er abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern; diese Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung eines primären Verfahrensmangels (= „Mängelrüge“) ist getrennt von der weiteren (negativen) Voraussetzung der Verneinung der Verletzung der Rügepflicht zu prüfen; zum Anderen entspricht es der (nunmehr ausdrücklich eingeführten) Prozessförderungspflicht der Parteien, ihnen bekannte Verfahrensverstöße oder solche, die ihnen bekannt sein mussten, also erkennbare Verletzungen der Prozessgesetze umgehend ohne Aufschub aufzuzeigen, um primär ihre (sofortige) Sanierung (nach allfälliger Erörterung) zu erreichen, und erst sekundär auch die (tunlichst zu vermeidende) Möglichkeit der Geltendmachung in einem allfälligen Rechtsmittel sicherzustellen, weil damit unnötige und prozessverzögernde Verfahrensaufhebungen oder -ergänzungen vermieden werden können und nur ausnahmsweise möglich und notwendig werden. römisch eins.6.5. Das Berufungsgericht schließt sich diesen

Ansichten an, zum Einen weil der dargestellte Gesetzeswortlaut keine zwingende Handhabe für eine Differenzierung unterschiedlicher Verfahrensverstöße bietet, sondern nur auf die Wesentlichkeit des Verstoßes gegen die Prozessgesetze abstellt, also darauf, ob er abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern; diese Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung eines primären Verfahrensmangels (= „Mängelrüge“) ist getrennt von der weiteren (negativen) Voraussetzung der Verneinung der Verletzung der Rügepflicht zu prüfen; zum Anderen entspricht es der (nunmehr ausdrücklich eingeführten) Prozessförderungspflicht der Parteien, ihnen bekannte Verfahrensverstöße oder solche, die ihnen bekannt sein mussten, also erkennbare Verletzungen der Prozessgesetze umgehend ohne Aufschub aufzuzeigen, um primär ihre (sofortige) Sanierung (nach allfälliger Erörterung) zu erreichen, und erst sekundär auch die (tunlichst zu vermeidende) Möglichkeit der Geltendmachung in einem allfälligen Rechtsmittel sicherzustellen, weil damit unnötige und prozessverzögernde Verfahrensaufhebungen oder -ergänzungen vermieden werden können und nur ausnahmsweise möglich und notwendig werden.

Es bedeutet nicht, den Parteien unzumutbare Lasten (der Überwachung der vom Gericht einzuhaltenden Verfahrensvorschriften) aufzubürden, wenn ihnen auch die Rüge wesentlicher, das heißt für den Ausgang des Verfahrens relevanter Verfahrensverstöße zur Pflicht gemacht wird, weil dies nur für die ihnen bekannten oder erkennbaren Fehler des Gerichtes gilt (nicht also für die sogenannten sekundären Feststellungsmängel [als Ausfluss der unrichtigen rechtliche Beurteilung] und für solche, die ihrer Natur nach vor Schluss der Verhandlung gar nicht gerügt werden können). Davon werden im Wesentlichen nur solche im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme betroffen sein, wie insbesondere die ungerechtfertigte Ablehnung der Aufnahme angebotener Beweismittel. Nach der nunmehrigen Betonung der Mitwirkungspflichten der Parteien kann es wohl nicht zweifelhaft sein, dass sich jede Partei in jeder Lage des Verfahrens darüber im Klaren sein muss, welche der von ihr angebotenen Beweismittel noch unerledigt, jedoch ihrer Ansicht nach wesentlich, also unverzichtbar sind. Nachdem es primär im Interesse der Parteien liegt, den Prozess effizient zu führen und unnötige Verzögerungen zu vermeiden, erscheint es nur konsequent und zu ihrem Vorteil, von ihnen das Aufzeigen (drohender) Verfahrensmängel zu verlangen, sobald ihnen solche bekannt oder erkennbar sind. Auch für die sogenannten materiellen Mängel hat daher zu gelten, dass die Parteien nicht sehenden Auges behebbare Verfahrensfehler des Gerichtes unaufgezeigt lassen können, um sie dann kosten- und zeitaufwändig im Rechtsmittelverfahren zu relevieren.

Schließlich wurde ja auch bisher der Grundsatz, materielle, die Sammlung des Prozessstoffes betreffende Mängel bedürften keiner Rüge nach § 196 Abs 1 ZPO, nicht konsequent angewendet. So ist es ebenso herrschende Judikatur, dass sich eine Partei auf eine Verletzung von Vorschriften der §§ 321, 323 und 324 ZPO (also betreffend die Aussageverweigerung eines Zeugen und deren Rechtmäßigkeit) nur berufen kann, wenn sie den Vorgang im Sinne des § 196 ZPO gerügt hat (RIS-JustizRS0037160, zuletzt 9 Ob 154/03t; RS0037369, zuletzt 9 Ob 40/04d); die Unterlassung der Erzwingung der Aussagepflicht eines Zeugen infolge einer ungerechtfertigten Zeugnisverweigerung muss demnach gemäß § 196 ZPO als Mangel des Verfahrens erster Instanz gerügt werden, um eine erfolgsversprechende Geltendmachung der genannten Vorschriften im Rechtsmittelverfahren zu ermöglichen (1 Ob 270/98g mwN). Dies, obwohl die Prozessparteien gar nicht unmittelbar beeinflussen können, ob und bejahendenfalls, in welcher Weise das Prozessgericht Zwangsmittel gemäß § 325 Abs 1 ZPO zur Durchsetzung der Aussagepflicht eines Zeugen anwenden soll und wird (1 Ob 270/98g, Rechberger in Rechberger<sup>3</sup>, § 325 Rz 1). Schließlich wurde ja auch bisher der Grundsatz, materielle, die Sammlung des Prozessstoffes betreffende Mängel bedürften keiner Rüge nach Paragraph 196, Absatz eins, ZPO, nicht konsequent angewendet. So ist es ebenso herrschende Judikatur, dass sich eine Partei auf eine Verletzung von Vorschriften der Paragraphen 321,, 323 und 324 ZPO (also betreffend die Aussageverweigerung eines Zeugen und deren Rechtmäßigkeit) nur berufen kann, wenn sie den Vorgang im Sinne des Paragraph 196, ZPO gerügt hat (RIS-Justiz RS0037160, zuletzt 9 Ob 154/03t; RS0037369, zuletzt 9 Ob 40/04d); die Unterlassung der Erzwingung der Aussagepflicht eines Zeugen infolge einer ungerechtfertigten Zeugnisverweigerung muss demnach gemäß Paragraph 196, ZPO als Mangel des Verfahrens erster Instanz gerügt werden, um eine erfolgsversprechende Geltendmachung der genannten Vorschriften im Rechtsmittelverfahren zu ermöglichen (1 Ob 270/98g mwN). Dies, obwohl die Prozessparteien gar nicht unmittelbar beeinflussen können, ob und bejahendenfalls, in welcher Weise das Prozessgericht Zwangsmittel gemäß Paragraph 325, Absatz eins, ZPO zur Durchsetzung der Aussagepflicht eines Zeugen anwenden soll und wird (1 Ob 270/98g, Rechberger in Rechberger<sup>3</sup>, Paragraph 325, Rz 1).

Es ist nun für das Berufungsgericht nicht nachvollziehbar, warum das Unterbleiben einer Zeugenaussage wegen



unterlassener Aussageerzwingung bei einer ungerechtfertigten Zeugnisverweigerung anders behandelt werden soll als die unterbliebene Einvernahme eines Zeugen, weil das Erstgericht einem Beweisantrag ohne ausreichenden Grund nicht nachkommt; in beiden Fällen liegt nämlich eine Verletzung der Prozessgesetze durch das Gericht vor, die die Sammlung des Prozessstoffes betrifft.

I.6.6. Für den vorliegenden Fall bedeuten diese Überlegungen konkret Folgendes:  
I.6.6. Für den vorliegenden Fall bedeuten diese Überlegungen konkret Folgendes:

Das Erstgericht nahm die Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing.M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* in sein Prozessprogramm auf und hatte diese bereits zur vorbereitenden Verhandlung vom 28.11.2006 geladen; sie waren auch erschienen, wurden allerdings nach etwas mehr als zwei Stunden Verhandlungsdauer entlassen, „weil genauere Befragungen nötig sind, samt den erforderlichen Aufzeichnungen“. Demnach konnten beide Parteien vorerst davon ausgehen, dass eine neuerliche Ladung dieser Zeugen zur erstreckten Tagsatzung erfolgen werde. Dazu diametral widersprechend, verkündete der Erstrichter knapp danach den Beschluss auf „Abweisung der unerledigt gebliebenen Sach- und Beweisanträge“ und schloss die Verhandlung nach Einlegen der Kostenverzeichnisse (ON 12, S 20 und 21 = AS 64 und 65).

Der Beschluss auf Abweisung der unerledigt gebliebenen Sach- und Beweisanträge ist unter§ 275 ZPO zu subsumieren, wonach das Gericht unerhebliche Beweisanbote (Abs 1) und in Verschleppungsabsicht angebotene Beweise (Abs 2) zurückzuweisen hat. Da letztere Möglichkeit hier nicht zur Diskussion steht, muss unterstellt werden, das Erstgericht habe - entgegen der davor erfolgten Protokollierung - eine Vernehmung der genannten Zeugen doch für unerheblich gehalten. Damit war der Klägerin bekannt, dass der Erstrichter ein Urteil fällen wird, ohne die Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing.M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* neuerlich zu laden und einzuvernehmen. Dennoch legte sie ohne jede Beanstandung dieser Vorgangsweise Kostennote.Der Beschluss auf Abweisung der unerledigt gebliebenen Sach- und Beweisanträge ist unter Paragraph 275, ZPO zu subsumieren, wonach das Gericht unerhebliche Beweisanbote (Absatz eins,) und in Verschleppungsabsicht angebotene Beweise (Absatz 2,) zurückzuweisen hat. Da letztere Möglichkeit hier nicht zur Diskussion steht, muss unterstellt werden, das Erstgericht habe - entgegen der davor erfolgten Protokollierung - eine Vernehmung der genannten Zeugen doch für unerheblich gehalten. Damit war der Klägerin bekannt, dass der Erstrichter ein Urteil fällen wird, ohne die Zeugen H\*\*\*\*\*, Ing.M\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* neuerlich zu laden und einzuvernehmen. Dennoch legte sie ohne jede Beanstandung dieser Vorgangsweise Kostennote.

Mit ihrer Mängelrüge macht die Klägerin nunmehr geltend, bei den genannten drei Zeugen handle es sich um erhebliche Beweismittel, sie wirft dem Erstgericht daher einen Verstoß gegen § 275 Abs 1 ZPO vor, also einer das Verfahren regelnden Vorschrift im Sinne des § 196 Abs 1 ZPO. Sie hat sich allerdings, ohne eine diesbezügliche Rüge auszusprechen, in die weitere Verhandlung eingelassen, was nicht nur dann der Fall ist, wenn die Partei nach Feststellung der Verletzung der Verfahrensvorschrift in anderer Weise als durch Rüge tätig wird, also vorbringt oder Fragen stellt; eine Einlassung in die weitere Verhandlung ist auch damit verwirklicht, dass die Partei die festgestellte Verletzung untätig hinnimmt (9 Ob 154/03t; Schragel, aaO Rz 4). Die Klägerin hat im vorliegenden Fall - anstatt die Vernehmung der drei Zeugen unter Hinweis auf die bereits eingetretene Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels zu verlangen - bloß Kostennote gelegt und damit die Zurückweisung dieser Beweisanbote sowie den bevorstehenden Schluss der Verhandlung widerspruchslos hingenommen, sie wurde also in anderer Weise als durch Rüge tätig. Damit sind alle Voraussetzungen des § 196 Abs 1 ZPO verwirklicht; es kommt auch nicht die Einschränkung nach§ 196 Abs 2 ZPO zum Tragen, weil die Klägerin selbstverständlich auf die Einvernahme der Zeugen - wegen der mittlerweile eingetretenen Gemeinschaftlichkeit - wirksam verzichten konnte.Mit ihrer Mängelrüge macht die Klägerin nunmehr geltend, bei den genannten drei Zeugen handle es sich um erhebliche Beweismittel, sie wirft dem Erstgericht daher einen Verstoß gegen Paragraph 275, Absatz eins, ZPO vor, also einer das Verfahren regelnden Vorschrift im Sinne des Paragraph 196, Absatz eins, ZPO. Sie hat sich allerdings, ohne eine diesbezügliche Rüge auszusprechen, in die weitere Verhandlung eingelassen, was nicht nur dann der Fall ist, wenn die Partei nach Feststellung der Verletzung der Verfahrensvorschrift in anderer Weise als durch Rüge tätig wird, also vorbringt oder Fragen stellt; eine Einlassung in die weitere Verhandlung ist auch damit verwirklicht, dass die Partei die festgestellte Verletzung untätig hinnimmt (9 Ob 154/03t; Schragel, aaO Rz 4). Die Klägerin hat im vorliegenden Fall - anstatt die Vernehmung der drei Zeugen unter Hinweis auf die bereits eingetretene Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels zu verlangen - bloß Kostennote gelegt und damit die Zurückweisung dieser Beweisanbote sowie den bevorstehenden Schluss der Verhandlung widerspruchslos hingenommen, sie wurde also in anderer Weise als durch Rüge tätig. Damit sind alle Voraussetzungen des Paragraph

196, Absatz eins, ZPO verwirklicht; es kommt auch nicht die Einschränkung nach Paragraph 196, Absatz 2, ZPO zum Tragen, weil die Klägerin selbstverständlich auf die Einvernahme der Zeugen - wegen der mittlerweile eingetretenen Gemeinschaftlichkeit - wirksam verzichten konnte.

Das Argument Schragels (aaO Rz 3) gegen die hier vertretene Ansicht, es sei nicht einzusehen, warum eine Ablehnung eines Beweisantrages von der Partei formell gerügt werden müsse, weil anzunehmen sei, die Partei erachte ihre Beweis- oder sonstigen Anträge für wesentlich, überzeugt im Hinblick auf geltende Prozessförderungspflicht der Parteien nicht und kann jedenfalls für die vorliegende Konstellation nicht gelten: Hier steht ja kein von der Klägerin gestellter Beweisantrag zur Diskussion, sondern der keineswegs alltägliche Fall der Möglichkeit der Klägerin, sich auf die Gemeinschaftlichkeit der von der Gegnerin geführten Beweismittel berufen zu können. Gerade in diesem Fall erscheint es gerechtfertigt, ja sogar zur Vermeidung naheliegender Unklarheiten notwendig, schon gegenüber dem Erstrichter die Klarstellung zu verlangen, auf der Einvernahme dieser gemeinschaftlichen Zeugen zu bestehen, sobald erkennbar wurde, dass ihre Vernehmung (doch) nicht erfolgen wird, also nach „Abweisung“ der offenen Beweisanträge; mangels Einschränkung auf den Grund des Anspruches und ausreichender Beweisaufnahme zur Höhe der Ansprüche der Klägerin, war auch mit einer klagsabweisenden Entscheidung zu rechnen. Es kann unterstellt werden, dass im Bewusstsein der Gemeinschaftlichkeit der Zeugen und dem Verlangen der Klägerin nach ihrer Einvernahme diese tatsächlich erfolgt wäre, weil der Erstrichter wohl eine sonst zu erwartende Aufhebung seines Urteiles nicht „riskiert“ hätte. Das Unterlassen des gebotenen und zweckmäßigen Hinweises der Klägerin auf den damit verwirklichten primären Verfahrensmangel rechtfertigt daher im Sinn des § 196 ZPO ihren Ausschluss von der Möglichkeit, diesen erfolgreich als Rechtsmittelgrund zu verwenden. Das Argument Schragels (aaO Rz 3) gegen die hier vertretene Ansicht, es sei nicht einzusehen, warum eine Ablehnung eines Beweisantrages von der Partei formell gerügt werden müsse, weil anzunehmen sei, die Partei erachte ihre Beweis- oder sonstigen Anträge für wesentlich, überzeugt im Hinblick auf geltende Prozessförderungspflicht der Parteien nicht und kann jedenfalls für die vorliegende Konstellation nicht gelten: Hier steht ja kein von der Klägerin gestellter Beweisantrag zur Diskussion, sondern der keineswegs alltägliche Fall der Möglichkeit der Klägerin, sich auf die Gemeinschaftlichkeit der von der Gegnerin geführten Beweismittel berufen zu können. Gerade in diesem Fall erscheint es gerechtfertigt, ja sogar zur Vermeidung naheliegender Unklarheiten notwendig, schon gegenüber dem Erstrichter die Klarstellung zu verlangen, auf der Einvernahme dieser gemeinschaftlichen Zeugen zu bestehen, sobald erkennbar wurde, dass ihre Vernehmung (doch) nicht erfolgen wird, also nach „Abweisung“ der offenen Beweisanträge; mangels Einschränkung auf den Grund des Anspruches und ausreichender Beweisaufnahme zur Höhe der Ansprüche der Klägerin, war auch mit einer klagsabweisenden Entscheidung zu rechnen. Es kann unterstellt werden, dass im Bewusstsein der Gemeinschaftlichkeit der Zeugen und dem Verlangen der Klägerin nach ihrer Einvernahme diese tatsächlich erfolgt wäre, weil der Erstrichter wohl eine sonst zu erwartende Aufhebung seines Urteiles nicht „riskiert“ hätte. Das Unterlassen des gebotenen und zweckmäßigen Hinweises der Klägerin auf den damit verwirklichten primären Verfahrensmangel rechtfertigt daher im Sinn des Paragraph 196, ZPO ihren Ausschluss von der Möglichkeit, diesen erfolgreich als Rechtsmittelgrund zu verwenden.

Die erst in der Berufung nachgeholte Rüge der unterlassenen Einvernahme der drei Zeugen ist also verspätet, sodass die Geltendmachung des Verfahrensmangel als verfristet anzusehen ist und auf die Frage, ob das Erstgericht von der Einvernahme der Zeugen berechtigt Abstand genommen hat, vom Berufungsgericht gemäß § 462 Abs 2 ZPO gar nicht mehr eingegangen werden darf. Die erst in der Berufung nachgeholte Rüge der unterlassenen Einvernahme der drei Zeugen ist also verspätet, sodass die Geltendmachung des Verfahrensmangel als verfristet anzusehen ist und auf die Frage, ob das Erstgericht von der Einvernahme der Zeugen berechtigt Abstand genommen hat, vom Berufungsgericht gemäß Paragraph 462, Absatz 2, ZPO gar nicht mehr eingegangen werden darf.

II.1. Die Rechtsrüge der Klägerin macht zunächst fehlende Feststellungen im Ersturteil zur Organisation der Beklagten bei der Bewältigung der Unwetterschäden geltend. Sie lässt dabei allerdings die unbekämpft gebliebene Annahme des Erstgerichtes unberücksichtigt, wonach die Bediensteten der Beklagten, Kräfte der Feuerwehr sowie auch beauftragte Firmen ab dem Unwetter vom 21.08.2005 ausschließlich damit beschäftigt waren, die Infrastruktur in der Gemeinde nach den Überschwemmungen und Hangrutschungen wiederherzustellen. Diese Feststellung, die im Rahmen der Beweiswürdigung prägnant mit der Bindung der Kräfte der Beklagten zur Wiederherstellung der Infrastruktur zusammengefasst wurde, bedeutet, dass alle der Beklagten zur Verfügung stehenden Ressourcen bis zum Unfallzeitpunkt am 24.08.2005 gegen 18.30 Uhr zur Gänze für die Wiederherstellung der durch die Folgen des

Unwetters zerstörten Infrastruktur in der beklagten Gemeinde benötigt wurden. Dass der Bewältigung dieser Aufgabe jedenfalls der Vorrang vor der Betreuung einer im Verlauf eines zweifellos völlig untergeordneten Geh- und Radweges bestehenden Autobahnunterführung zukommt, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Eine Organisation, die der notwendigen Wiederherstellung grundlegender Einrichtungen einer Gemeinde den Vorrang vor der Begutachtung einer dem Kraftfahrzeugverkehr nicht offen stehenden Autobahnunterführung, die bisher von Überschwemmungen und Verschlammungen nicht betroffen war, einräumt, kann aber keinesfalls als fehlerhaft bezeichnet werden. Es reichen daher schon die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen aus, um ein Organisationsverschulden der beklagten Partei verneinen zu können. Der von der Beklagten gerügte sekundäre Feststellungsmangel liegt daher nicht vor. römisch II.1. Die Rechtsrüge der Klägerin macht zunächst fehlende Feststellungen im Ersturteil zur Organisation der Beklagten bei der Bewältigung der Unwetterschäden geltend. Sie lässt dabei allerdings die unbekämpft gebliebene Annahme des Erstgerichtes unberücksichtigt, wonach die Bediensteten der Beklagten, Kräfte der Feuerwehr sowie auch beauftragte Firmen ab dem Unwetter vom 21.08.2005 ausschließlich damit beschäftigt waren, die Infrastruktur in der Gemeinde nach den Überschwemmungen und Hangrutschungen wiederherzustellen. Diese Feststellung, die im Rahmen der Beweiswürdigung prägnant mit der Bindung der Kräfte der Beklagten zur Wiederherstellung der Infrastruktur zusammengefasst wurde, bedeutet, dass alle der Beklagten zur Verfügung stehenden Ressourcen bis zum Unfallzeitpunkt am 24.08.2005 gegen 18.30 Uhr zur Gänze für die Wiederherstellung der durch die Folgen des Unwetters zerstörten Infrastruktur in der beklagten Gemeinde benötigt wurden. Dass der Bewältigung dieser Aufgabe jedenfalls der Vorrang vor der Betreuung einer im Verlauf eines zweifellos völlig untergeordneten Geh- und Radweges bestehenden Autobahnunterführung zukommt, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Eine Organisation, die der notwendigen Wiederherstellung grundlegender Einrichtungen einer Gemeinde den Vorrang vor der Begutachtung einer dem Kraftfahrzeugverkehr nicht offen stehenden Autobahnunterführung, die bisher von Überschwemmungen und Verschlammungen nicht betroffen war, einräumt, kann aber keinesfalls als fehlerhaft bezeichnet werden. Es reichen daher schon die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen aus, um ein Organisationsverschulden der beklagten Partei verneinen zu können. Der von der Beklagten gerügte sekundäre Feststellungsmangel liegt daher nicht vor.

II.2. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes ist daher der Beklagten nicht einmal die Verletzung der gebotenen Sorgfalt vorzuwerfen, weshalb sie gar nicht fahrlässig gehandelt hat, keinesfalls aber grob fahrlässig. römisch II.2. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes ist daher der Beklagten nicht einmal die Verletzung der gebotenen Sorgfalt vorzuwerfen, weshalb sie gar nicht fahrlässig gehandelt hat, keinesfalls aber grob fahrlässig.

Selbst wenn man aber der Beklagten trotz der gegebenen Ausnahmesituation das Unterlassen der Sperre oder Reinigung der Unterführung oder die Unterlassung der Anbringung einer Warnung dennoch vorwerfen würde, wäre eine Haftung der Beklagten zu verneinen. Nach ständiger Rechtsprechung hebt nämlich das weitaus überwiegende Verschulden des Beschädigten die Haftung des anderen Teiles gänzlich auf; je schwerwiegender das Verschulden des einen Unfallbeteiligten ist, umso eher kann das des anderen vernachlässigt werden (RIS-Justiz RS0027202). Der allenfalls vorwerfbare Unterlassung der beklagten Gemeinde steht hier eine weit überwiegende Sorglosigkeit der Klägerin im Umgang mit ihren eigenen Rechtsgütern Gesundheit und Eigentum gegenüber. Es steht fest, dass es der Klägerin leicht möglich gewesen wäre, die Verschmutzung so rechtzeitig zu erkennen, dass sie mit einer nur leichten Bremsung ihr Fahrrad vor Beginn der Schlammschicht anhalten hätte können. Die von der feststehenden Schlammschicht in der Stärke von etwa 10 bis 15 cm ausgehende Gefahr eines Sturzes auf dem rutschigen Untergrund musste der Klägerin auch ohne jede Warnung selbstverständlich sein, sodass ihr der Vorwurf einer völlig unaufmerksamen und gedankenlosen Fahrweise oder der Einhaltung einer weit überhöhten, weil nicht der gegebenen Sicht entsprechenden Fahrgeschwindigkeit gemacht werden muss. Berücksichtigt man weiters, dass sich weder den Behauptungen der Klägerin noch den Feststellungen eine Notwendigkeit für das Befahren der verschmutzten Unterführung erkennen lässt, der Klägerin also die Abstandnahme davon jedenfalls zumutbar war, so verbleibt nach Ansicht des Berufungsgerichtes kein Raum dafür, die Beklagte auch nur anteilig für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden haften zu lassen. Es steht im konkreten Fall die Eigenverantwortlichkeit der sorglos handelnden Klägerin für ihr Verhalten derart massiv im Vordergrund, dass eine (Mit-)Haftung

© 2026 JUSLINE

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

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