

3 Cg 171/02 g

An das
Landesgericht Salzburg
Rudolfsplatz 2
5020 Salzburg

VERFAHRENSHILFE
GEBÜHRENBEFREIT!!!

NehrGe2/WAGNBR2 / Dr. Mag. SM /ee / 3AS

Klagende Partei:

Ing. Georg Wagner (ehemals Nehring)
Angestellter
Eckertgasse 10/36
1110 Wien

vertreten durch:

Dr. Mag. Silvia Maus
Rechtsanwältin
Kreuzbergpromenade 5
5020 Salzburg
(als bestellte Verfahrenshelferin)

Beklagte Partei:

Brigitte Wagner de Fuente Fria
San Daniel 243
08399 Tordera-Barcelona

vertreten durch:

Dr. Margrit Swozil
Rechtsanwältin
Hubert-Sattler-Gasse 10
5020 Salzburg

wegen:

€171.956,41 s. A.
Revisionsinteresse €171.956,41

AUSSERORDENTLICHE REVISION

2-fach
1 HS

In umseits bezeichneter Rechtssache erstattet die klagende Partei durch ihre bestellte Verfahrenshelferin gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz vom 16.07.2009, GZ 3 Cg 171/02 2 (3 R 57/09 m), ON 227, der bestellten Verfahrenshelferin zugestellt am 03.08.2009 binnen offener Frist

A U S S E R O R D E N T L I C H E R E V I S I O N

an den Obersten Gerichtshof.

Das vorliegende Urteil wird zur Gänze angefochten.

I. Zur Zulässigkeit der außerordentlichen Revision:

Das Berufungsgericht hat die ordentliche Revision für nicht zulässig erklärt, da keine Rechtsfragen im Sinn des § 502 Abs. 1 ZPO zu entscheiden gewesen wären.

Der Kläger hat in seiner Berufung die Rechtsauffassung des Erstgerichtes gerügt, wonach das im Verfahren 7 C 732/08 z des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt zwischen der Residenz Küchen- und Bad-Möbel GmbH als dortige Klägerin und Ing. Georg Wagner (vormals Nehring) als dortigem Beklagten ergangene Urteil vom 18.09.2008, in dem rechtskräftig festgestellt worden ist, dass die im Verlassenschaftsverfahren nach der am 30.07.1993 verstorbenen Elidia Wagner, geb. 04.10.1926, vorgelegte, mit „Testament“ bezeichnete und mit „Zell/See, 21.05.1991“ datierte Urkunde nicht echt sei, keine präjudizielle Wirkung für das gegenständlichen Verfahren entfalten könne.

In diesem Zusammenhang ist das Berufungsgericht entgegen der Auffassung des Rechtsmittelwerbers der Meinung, dass es herrschender Rechtsprechung und Lehre entspreche, dass die Rechtskraft – von den Fällen erweiterter und absoluter Rechtskraft abgesehen – grundsätzlich nur zwischen denselben Parteien wirke. Die Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen sei in subjektiver Hinsicht grundsätzlich auf die Parteien des rechtskräftig entschiedenen Prozesses beschränkt. Ein Fall ausnahmsweiser Rechtskrafterstreckung liege im gegenständlichen Fall nicht vor. Schon mangels Personenidentität kann das zwischen der Residenz Küche- und Bad-Möbel GmbH als Kläger und Herrn Ing. Wagner als Beklagten im Verfahren 7 C 732/08 z des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt ergangene Urteil für den vorliegenden Rechtstreit des Klägers gegen seine Halbschwester, der Beklagten, keine

Bindungswirkung entfalten. Auch könnten die Grenzen der materiellen Rechtskraft aus Gründen der „Entscheidungsharmonie“ allein nicht ausgeweitet werden.

Es liegt im gegenständlichen Fall sohin eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung vor, da die Entscheidung gerade von der Lösung dieser Rechtsfrage abhängt und sie somit für das Verfahren präjudiziell ist. Aus dem wechselseitigen Vorbringen des Klägers in seiner Berufung und des Berufungsgerichtes in der angefochtenen Entscheidung folgt, dass eine uneinheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu dieser präjudiziellen Thematik der Bindungswirkung gemäß § 411 ZPO vorliegt, wobei im gegenständlichen Fall nicht nur jeweils abweichende Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes ergangen sind, sondern es wird in der angefochtenen Berufungsentscheidung ohne Bedachtnahme auf die Besonderheiten des gegenständlichen Einzelfalles eine widersprechende Auffassung vertreten, d.h., es wird der Verschiedenheit des Einzelfalles keine Rechnung getragen und keine diesem Einzelfall angepassten abweichenden Spezialkriterien aufgestellt (vgl. EFSIg. 49.385; JBl. 1984, 565 u.a.). Lediglich wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, liegt keine uneinheitliche Rechtsprechung vor, welche die Zulässigkeit der außerordentlichen Revision ausschließen würde.

In diesem Zusammenhang verkennt das Berufungsgericht in der angefochtenen Entscheidung, dass die einzige Tatsachenfeststellung, die in Rechtskraft erwachsen kann, die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ist, dies aber nur unter der Voraussetzung, wenn sie – wie im gegenständlichen Verfahren vor dem Bezirksgericht Wiener Neustadt – ausdrücklich zum Urteilsbegehrten einer Feststellungsklage gemacht wurde (vgl. Kommentar von Fasching, 3. Band, § 411 ZPO).

Eine gerichtlich festgestellte Tatsache ist gleichbedeutend mit Wahrheit. Die von einem Gericht rechtskräftig festgestellte Tatsache – und somit Wahrheit – kann nicht gleichzeitig vor einem anderen Gericht als Unwahrheit gelten. Die gängige Rechtsprechung nimmt daher eine Bindungswirkung auch dann an, wenn zwei Prozesse in einem so engen inhaltlichen Zusammenhang stehen, dass Rechtsicherheit und Entscheidungsharmonie keine einander widersprechenden Entscheidungen gestatten (vgl. SZ 55/74; JB. 2000, 206 ff; Rechberger, ZPO-Kommentar, 3. Auflage, Rz 11 zu § 411; u.a.). Diese Voraussetzung ist vorliegend unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des gegenständlichen Einzelfalles, auf welche die angefochtene Entscheidung nicht Bezug nimmt, gegeben, da es mit der von ei-

ner gerichtlichen Entscheidung zufordernden Rechtsicherheit nicht vereinbar ist, wenn in einem Verfahren eine Urkunde als echt und in einem anderen Verfahren dieselbe Urkunde als nicht echt festgestellt wird. Die Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft eines Urteiles über ein Rechtsschutzbegehren ergreift daher insbesondere auch die Feststellung und die Entscheidung des mit dieser Rechtsfeststellung unvereinbaren Gegenteiles eines – absoluten – Rechtes. Die Feststellung des unvereinbaren Gegenteiles ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gegenstände beider Rechtstreitigkeiten in einem einander rechtlich ausschließenden Alternativverhältnis stehen, dass also aus dem identen Tatsachenkomplex rechtlich nur der eine oder der andere Ausspruch abgeleitet werden kann und damit die Bejahung des einen Anspruches bzw. dessen Verneinung zwangsläufig zur Verneinung bzw. Bejahung des weiteren Anspruches führen muss. Wird ein negatives Feststellungsbegehren aus sachlichen Gründen abgewiesen, dann bindet die Rechtskraft dieser Entscheidung das Gericht dahingehend, dass damit das der negativen Feststellungsklage zugrundeliegende Rechtsverhältnis positiv festgestellt ist. Das Gericht hat in dem Umfang der rechtskräftigen Entscheidung im neuen Prozess weder zu verhandeln noch Beweis aufzunehmen (vgl. SZ 24/63; SZ 33/107; GIUNF 563; u.a.).

In all diesen Fällen kann eine bindende Präjudizialwirkung mit Rechtskraftcharakter aber nur dann angenommen werden, wenn – wie im gegenständlichen Fall – das präjudizielle Rechtsverhältnis selbst Gegenstand der Sachentscheidung des Erstprozesses, also Inhalt des der Entscheidung im Erstprozess tatsächlich zugrundeliegenden Entscheidungsbegehren im Vorprozess war, während die bloße Lösung als Vorfrage in den Entscheidungsgründen des Vorurteils diese Rechtskraftwirkung nicht auslöst. Bei einem engen inhaltlichen Zusammenhang zwischen Vor- und Folgeprozess kann die gebotene Rechtsicherung und Entscheidungsharmonie nur durch die Annahme einer Bindungswirkung außerhalb der objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft gewahrt werden. Aufgrund dieser materiellen Bindungswirkung kann sich das Berufungsgericht nicht in einem offenen Widerspruch zur rechtskräftigen Feststellung des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt, wonach das vorgelegte „Testament“ nicht echt ist, setzen.

Die gegenständliche Entscheidung hängt somit von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechtes ab, der zur Wahrung der Rechtseinheit und auch Rechtsicherheit eine erhebliche Bedeutung zukommt, da eine einheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichts-

hofes fehlt und insbesondere in der angefochtenen Entscheidung keine der Spezialität des gegebenen Einzelfalles entsprechenden Lösungskriterien aufgestellt wurden.

Es ist sohin die außerordentliche Revision gemäß § 502 Abs. 1 ZPO zulässig, wobei auch die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung des gegenständlichen Rechtstreites nicht außer Acht gelassen werden darf. Fasching (Lehrbuch², Rz 1892) sieht in diesem Umstand einen weiteren Zulässigkeitsgrund der außerordentlichen Revision nach den zur Rechtsicherheit gehörenden Faktoren. Diese Ansicht verficht auch Kuderna, (ASGG², 275).

II. Ausführung der außerordentlichen Revision:

Als Revisionsgründe werden

1. unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache und
 2. Mangelhaftigkeit des Verfahrens
- geltend gemacht.

1. Zum Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache:

- a) Zur Frage der Präjudizialität des Urteiles im Verfahren 7 C 732/08 z des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt für das gegenständliche Verfahren wird – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen zur Zulässigkeit der außerordentlichen Revision verwiesen.
- b) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass das Erstgericht nicht an seinen Beschluss vom 30.07.2007 (ON 178) auf Bestellung von Prof. Dr. Sobotka zum Sachverständigen gebunden sei.

Das Berufungsgericht subsumiert den Beschluss des Erstgerichtes vom 30.07.2007 gemäß § 425 Abs. 2 ZPO unter die Beschlüsse prozessleitender Natur, welche von der Rechtskraft- und Bindungswirkung ausgeschlossen sind.

§ 425 Abs. 2 ZPO unterscheidet zwischen Beschlüssen prozessleitender Natur und solchen nicht prozessleitender Natur, ohne im Einzelnen eine klare Abgrenzung vorzugeben. Sobald ein Beschluss sich nicht mehr darin erschöpft, der zweckmäßigen und erfolgreichen Formung und Ausführung des Verfahrens zu dienen, son-

dern darüber hinausreichende Rechtswirkungen zu entfalten vermag, ist er nicht mehr rein prozessleitender Natur und bindet das Gericht.

Zur reinen Prozessleitung gehören nur alle jene Gerichtshandlungen, die die Ingangsetzung und Inganghaltung des gerichtlichen Verfahrens, sohin den Prozessbetrieb und die erschöpfende Verhandlung des Prozessstoffes betreffen. Sie ergeben in Ausübung der richterlichen Prozessleitung und dienen der zweckmäßigen und erfolgreichen Verfahrensführung, wie z.B. Beschlüsse auf Verbindung oder Trennung mehrerer Rechtstreitigkeiten, auf Erstreckung der Tagsatzung, Ladungen und dergleichen.

Im gegenständlichen Fall ist jedoch die Bestellung von Prof. Dr. Sobotka zum Sachverständigen nicht rein als prozessleitende Verfügung zu qualifizieren, die der erfolgreichen Formung und Ausführung des Verfahrens dienen soll, sondern hat das Erstgericht Prof. Dr. Sobotka bereits mit Beschluss vom 12.07.2007 (ON 174) zum Sachverständigen bestellt, wogegen die beklagte Partei auch nach beantragter Fristerstreckung keinen Einwand erhoben hat. Der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka wurde vom Erstgericht auch aufgefordert, seine völlige Unbefangenheit besonders sorgfältig zu erwägen und alle nur entfernt denkbaren Befangenheitsgründe dem Gericht innerhalb einer Frist von vierzehn Tagen bekannt zu geben und allenfalls die Bestellung zum Gerichtsgutachter des Landesgerichtes Salzburg abzulehnen. Der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka hat seine Bestellung zum Gerichtsgutachter jedoch angenommen und dadurch eindeutig zu verstehen gegeben, dass die im Bestellungsbeschluss vom 30.07.2007 dargelegten Überlegungen zu seiner etwaigen Befangenheit nicht gegeben sind. Der Umstand, dass danach auch für das Erstgericht jegliche Zweifel an einer Bestellung von Prof. Dr. Sobotka zum Sachverständigen ausgeräumt waren, beweist auch der Beisatz auf der Ladung des Erstgerichtes zur Tagsatzung am 15.10.2007, ON 181, in welchem festgehalten ist: „Besprechung der Aufgabenstellung für SV Sobotka“.

Der Bestellung von Prof. Dr. Sobotka zum Sachverständigen mit dem Beschluss vom 30.07.2007 ist sohin eine weitreichende Überprüfung der Sachlage durch das Gericht vorangegangen und sind auch in der Folge keine neuen Umstände in der

Sphäre des Gerichtes hervorgekommen, die aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit ein Abgehen von dem einmal gefassten Beschluss auf Bestellung des Sachverständigen Prof. Dr. Sobotka rechtfertigen würden.

Es wurde somit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der weitere Ablauf des Verfahrens bindend festgelegt, sodass der gegenständliche Beschluss zwar nicht materiell, jedoch formell rechtskräftig geworden ist und somit das Gericht und die Parteien – nur innerhalb des Rechtstreites – bindet. Das Berufungsgericht hätte daher in der angefochtenen Entscheidung bei einer richtigen rechtlichen Beurteilung zu dieser Auffassung gelangen müssen.

- c) Das Berufungsgericht sieht die Ausführungen des Klägers unter dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, wonach das Erstgericht entgegen der Bestimmung des § 144 ZPO das verfristete Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 13.02.2008 (ON 197), in dem die Beklagte verspätet Einwendungen gegen den Inhalt des Aktes 16 Cg 95/02 b des Landesgerichtes Korneuburg und gegen die Gutachten der Sachverständigen Dr. Werner Sobotka und Dkfm. Dr. Walter Brandner erhoben sowie erstmals die Echtheit der Vergleichsschriften V1, V2, V3, V4, V18, V19 und V20 bestritten hat, zugelassen hat, als richtig an, doch hätte dies keine Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache und könne aus diesem Prozessverhalten der Beklagten kein Anerkenntnis oder eine Richtigkeit der Gutachten Sobotka und/oder Brandner oder der Fälschung bzw. Unwirksamkeit des Testamentes durch die Beklagte abgeleitet werden.

Das Erstgericht bleibt jedoch eine Begründung für die Auffassung, wonach dieses Prozessverhalten der Beklagten keine nachteiligen rechtlichen Konsequenzen für den Kläger hätte, schuldig.

Im Sinne einer richtigen rechtlichen Beurteilung hätte das Berufungsgericht jedoch zur Auffassung gelangen müssen, dass die Anträge der beklagten Partei in ihrem Schriftsatz vom 13.02.2008 (ON 197) gemäß § 144 ZPO als verfristet zurückzuweisen sind und das Vorbringen der beklagten Partei in diesem Schriftsatz auch gemäß § 179 ZPO unbeachtlich ist. Der Grundsatz der Prozessökonomie hat

die Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens im Auge. Den Parteien steht es zwar frei, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung I. Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen und neue Anträge zu stellen, doch besteht für sie gemäß § 178 Abs. 2 ZPO eine allgemeine Prozessförderungspflicht.

Gemäß § 179 ZPO sind Parteivorbringen auf Antrag oder von Amts wegen zurückzuweisen, wenn diese insbesondere im Hinblick auf die Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens – wie im gegenständlichen Fall - grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurden und deren Zulassung die Erledigung des Verfahrens erheblich verzögert.

Das Berufungsgericht hätte daher auch feststellen müssen, dass das Erstgericht der beklagten Partei unzulässigerweise erst anlässlich der Tagsatzung vom 15.10.2007 den Auftrag erteilt hat, zu den Vergleichsschriften sowie zur Sachverständigenbestellung Stellung zu nehmen, zumal die beklagte Partei sämtliche diesbezüglich zur Bestellung bzw. Ablehnung des Sachverständigen Dr. Sobotka gesetzten gerichtlichen Fristen verstreichen hat lassen. Der beklagten Partei wurde durch diese Zulassung des verfristeten und verspäteten Vorbringens Tür und Tor zu einer Prozessverschleppung und –verzögerung geöffnet und wurden somit die Verfahrensgrundsätze der §§ 144 und 179 ZPO ad absurdum geführt.

- d) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass das Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher nicht gegen wissenschaftliche Grundregeln verstößen würde und weise es daher auch keine Unschlüssigkeiten und Widersprüche gemäß den §§ 362 Abs. 2 und 314 (2) ZPO auf. Tatsächlich stützen sich die Entscheidungen der Vorinstanzen jedoch auf das in jeder Hinsicht rechtswidrige und nicht lege artis zustande gekommene Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher.

Der Kläger hat bereits in seiner Berufung gerügt, dass der Sachverständige Rettenbacher seinem Gutachten unter anderem die unstrittig unechten Vergleichsschriften V5 und V6 zugrunde gelegt hat, sodass das Gutachten im Sinne des § 314 Abs. 2 ZPO rechtswidrig ist. Dieser Einwand wird vom Berufungsgericht als unbegründet angesehen, zumal dem Sachverständigen Rettenbacher zum Zeitpunkt der Erstattung seines schriftlichen Gutachtens vom 27.07.1999 noch nicht

bekannt gewesen sei, dass die Echtheit der Vergleichsschriften V5 und V6 vom Kläger bestritten wird.

Der Kläger hat jedoch die Echtheit der Vergleichsschriften V5 und V6 unmittelbar nach der Überprüfung des vorerwähnten schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Rettenbacher fristgerecht mit Schriftsatz ON 55 vom 11.10.1999 bestritten, wogegen sich auch die Beklagte nie ausgesprochen hat.

Der Sachverständige Rettenbacher hat sich aber auch in seinem Ergänzungsgutachten nicht mit der Unechtheit der Vergleichsschriften V5 und V6 auseinander gesetzt, sondern stützt sich weiterhin in seinen wesentlichen Befunden fälschlicherweise auf die unbestrittene Echtheit dieser Vergleichsschriften V5 und V6. § 314 Abs. 2 ZPO normiert aber ausdrücklich, dass bei einer Schriftvergleichung als Vergleichsschriften nur solche Schriftstücke benutzt werden können, deren Echtheit unbestritten ist oder doch ohne erhebliche Verzögerung dargetan werden kann.

Der Sachverständige Rettenbacher hat aber auch zu Unrecht die Vergleichsschriften V7, V7a, V9, V10 und V17 als echt seinem Gutachten zugrunde gelegt, obwohl der Kläger die Echtheit dieser Vergleichsschriften im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich in seinen Schriftsätze ON 55, Seite 8, und ON 126, Abschnitt D, bestritten hat.

Obwohl der Sachverständige Rettenbacher sohin sein Gutachten zu Unrecht auf die bestrittenen Vergleichsschriften V5, V6, V7, V7a, V9, V10 und V17, welche er fälschlicherweise als echt bezeichnet, stützt, legt das Berufungsgericht seiner Entscheidung ebenfalls die diesbezüglichen unrichtigen Ausführungen des Sachverständigen Rettenbacher (vgl. Seite 24 des angefochtenen Berufungsurteils) zugrunde, verwechselt unechte mit echten Vergleichsschriften und zieht daraus den falschen Schluss, dass das fragliche Testament mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Erblasserin Elidia Wagner geschrieben worden sei. Das Berufungsgericht sieht in diesem Zusammenhang fälschlicherweise die vorzitierten Vergleichsschriften als echt an, obwohl die Echtheit dieser Vergleichsschriften vom Kläger – wie bereits ausgeführt wurde – ausdrücklich bestritten wurde.

Das Berufungsgericht hätte aber bei einer richtigen rechtlichen Würdigung dieses entscheidungswesentlichen Sachverhaltes auf der Basis einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Echtheit bzw. Unechtheit der vorliegenden Vergleichsschriften zur Auffassung gelangen müssen, dass das Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher bereits aus diesem Grund gegen wissenschaftliche Grundregeln verstößt und somit nicht verwertet werden kann.

Da es der Sachverständige weiters unterlassen hat, die im Original vorgelegten echten Vergleichsschriften V18, V19 und V20 seinem Gutachten zugrunde zu legen, ist es auch aus diesem Grund mit einem schweren Mangel behaftet, der die Güte und Richtigkeit des Gutachtens völlig in Frage stellt. Der Sachverständige Rettenbacher führt dazu selbst in seinem schriftlichen Ergänzungsgutachten aus, dass Ablichtungen zwar nicht generell für Vergleichsuntersuchungen ungeeignet seien, sondern oft nur einen mehr oder weniger eingeschränkten Merkmalkomplex liefern. Der Sachverständige Rettenbacher hat sich aber nicht einmal bemüht, in den Besitz der Originalvergleichsschriften zu gelangen, um diese zumindest seinem Ergänzungsgutachten zugrunde zu legen, sondern hat er es nicht einmal der Mühe wert gefunden, das Gericht über das von ihm behauptete Verschwinden der Vergleichsschriften V18 bis V20 in Kenntnis zu setzen.

Das Berufungsgericht wäre verpflichtet gewesen, sämtliche vom Berufungswerber in seinem Rechtsmittel aufgezeigten Mängel des Gutachtens des Sachverständigen Rettenbacher festzustellen und hätte sich nicht damit begnügen dürfen, sämtlichen anderen Beweisergebnissen und Erwägungen den Vorzug zu geben, zumal die Frage, ob das angefochtene „Testament“ echt ist oder nicht von der Hand der Erblasserin Elidia Wagner stammt, seriöserweise und fundiert nur durch die Einholung eines schlüssigen, nachvollziehbaren und den Grundsätzen der Wissenschaftlichkeit entsprechenden Gutachtens eines Schriftsachverständigen geklärt werden kann.

2. Zum Revisionsgrund der Mängelhaftigkeit des Verfahrens:

- a) Das Berufungsgericht stützt die angenommene Unbedenklichkeit des Gutachtens des Sachverständigen Rettenbacher insbesondere auf die Ausführungen des Sachverständigen, wonach sich weder bei der physikalisch-technischen Untersuchung noch bei der anschließenden schriftvergleichenden Untersuchung Merkmale oder Hinweise ergeben hätten, die einen Verdacht einer Nachahmungsfälschung oder Pausfälschung begründen oder erhärten hätten können. Es hätten sich jedenfalls keine unerklärbaren Verschiedenheiten zwischen den zu untersuchenden Schriften gefunden und habe daher aus schriftkundiger Sicht kein Grund bestanden, die Echtheit der Vergleichsschriften anzuzweifeln. Schriftunterbrechungen hätten sich auch in der Vergleichsschrift V1 befunden und sei eine statistische Auswertung der Häufigkeit von Schriftunterbrechungen nur dann aussagekräftig, wenn eine textidene Vergleichsprobe zur Verfügung stünde. Der Sachverständige sei unter Einbeziehung aller Vergleichsschriften zur Ansicht gekommen, dass das Testament mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit von Eldia Wagner stamme; dies durch die hohe Übereinstimmung der grafischen Merkmale in sämtlichen Urkunden und dadurch, dass keine identitätsverneinenden Abweichungen vorhanden gewesen seien.

Aus diesen sachverständigen Ausführungen zieht das Berufungsgericht den Schluss, dass der vom Kläger behauptete Verstoß des Sachverständigen Rettenbacher gegen wissenschaftliche Grundregeln zur Erstellung forensischer Schriftgutachten ebenso wenig nachvollziehbar sei wie ein angeblicher Widerspruch zur Echtheitsprüfung der Vergleichsschriften.

Das Berufungsgericht stützt sich in diesem Zusammenhang ausschließlich auf die Ausführungen des Sachverständigen Rettenbacher, lässt jedoch sämtliche gegenteilige ausführliche Darlegungen des Klägers insbesondere zur entscheidungsrelevanten Echtheitsprüfung der Vergleichsschriften durch den Sachverständigen Rettenbacher völlig außer Acht.

In der Befundaufnahme seines Gutachtens bezeichnet der Sachverständige Rettenbacher nämlich die Vergleichsschriften V5, V6, V7, V7a, V9, V10 und V17 zu Unrecht als echt und leitet aus den Merkmalen dieser fälschlich für echt gehandelten Vergleichsschriften seine Rückschlüsse auf die Echtheit des strittigen Testaments der Erblasserin Elidia Wagner ab. In Widerspruch zu seinem Gutachten gab der Sachverständige Rettenbacher im Rahmen der mündlichen Erörterung seines Gutachtens (ON 93) jedoch wörtlich an:

"Wenn ich von der klagenden Partei gefragt werde, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Vergleichsschriften, deren Echtheit von der klagenden Partei bestritten wurde, echt sind, so gebe ich an, dass ich dies nicht untersucht habe.".

Alle Rückschlüsse im Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher beruhen daher auf den von Elisabeth Höfer – aktenkundig nach Einsichtnahme in das belastende Gutachten des Sachverständigen Nicponsky - vorgelegten und wegen offensichtlicher Fälschungsmerkmale strittigen Vergleichsschriften, ohne deren Echtheit zu prüfen. Dieser Sachverhalt belegt nicht nur die Widersprüchlichkeit der Aussagen des Sachverständigen Rettenbacher, sondern auch einen weiteren *lege artis* Verstoß des Sachverständigen Rettenbacher.

Aus sachverständiger Sicht stellt dazu der Sachverständige Dr. Brandner in seinem Gutachten fest:

„Bei der Prüfung der Authentizität ist Rettenbacher davon ausgegangen, dass die unbestrittenen Schriften echt seien, sodass er diese mit den bestrittenen Schriften verglichen hat. Bei einer wissenschaftlich fundierten Prüfung hätte er alle nicht verifizierten Vergleichsschriften in Frage stellen und danach sukzessive die Authentizität prüfen müssen, etwa auf Basis der als echt anzunehmenden Vergleichsschriften (Notariatsakt, Bankbelege).“.

Nachdem der Sachverständige Rettenbacher jedoch zugeben musste, dass er - wie oben bereits ausgeführt wurde - die seinem Gutachten als Echtheitsreferenz zugrunde gelegten, strittigen Vergleichsschriften gar nicht untersucht, sondern deren Echtheit völlig ungeprüft unterstellt hat, hat er das Ergebnis seiner Begutachtung im Widerspruch zu seinen bisherigen Behauptungen in seinem Gutachten in der Folge auf die einzige unbestritten echte Vergleichsschrift V1 gestützt, die auch dem Gutachten des Landesgerichtes für Strafsa-

chen Wien zugrunde liegt und mit welchem die Fälschung des Testamente vom Sachverständigen Nicponsky gutachterlich eindeutig festgestellt wurde.

Der Sachverständige Rettenbacher musste sich daher anlässlich der mündlichen Gutachtenserörterung (ON 93) auf folgende lapidare Behauptung zurückziehen:

"Mir würde auch bereits die Vergleichsschrift VI (= jene Vergleichsschrift auf die sich auch das Gutachten Nicponsky stützt) genügen, dass ich zu dem Schluss komme, dass das Testament mit hoher Wahrscheinlichkeit von Frau Wagner stammt."

Die vorzitierte Behauptung des Sachverständigen Rettenbacher steht somit in direktem Widerspruch zu seinem Gutachten, in dem er für alle wesentlichen Merkmalsvergleiche und Schlussfolgerungen keine Belegstellen aus V1 anführen konnte.

Da der Sachverständige Rettenbacher in der mündlichen Erörterung seines Gutachtens auch zugeben musste, dass er die Echtheit der von ihm als echt angenommenen Vergleichsschriften nie überprüft hat, folgt daraus, dass er sein Gutachten einzig auf die unbeschriftete Vergleichsschrift V1 stützt. Der Sachverständige Rettenbacher gibt dazu wörtlich an:

"Wenn mir die Schriftunterbrechungen im Testament vorgehalten werden, gebe ich an, dass sich diese Schriftunterbrechungen auch bei der Vergleichsschrift V1 finden." (vgl. AS 9 in ON 93).

Diese Aussage des Sachverständigen Rettenbacher steht in Widerspruch zu seinem eigenen Gutachten ON 45, in welchem auch er zur Feststellung gelangt, dass es zwischen dem strittigen Testament und der Vergleichsschrift VI graphische Abweichungen im Verbundenheitsgrad, in der Bindungsform sowie der Schlingenbeschaffenheit gibt.

Hätte sich das Berufungsgericht mit diesem Vorbringen des Klägers auseinandergesetzt, so hätte es feststellen müssen, dass die Aussagen des Sachverständigen Rettenbacher widersprüchlich sind und auch bei der Prüfung der Echtheit der Vergleichsschriften keine wissenschaftlich fundierte Prüfung stattgefunden hat, die als Grundlage für ein verwertbares Gutachten jedoch unbedingt erforderlich ist. Außerdem ist dadurch belegt, dass der Sachver-

ständige Rettenbacher seinem eigenen Gutachten bei dessen Erörterung in wesentlichen Teilen widersprochen hat und sein Gutachten daher auch aus diesem Grund nicht als Entscheidungsgrundlage verwertet hätte werden dürfen.

- b) Das Berufungsgericht setzt sich mit den im Widerspruch zum Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher stehenden Gutachten der Sachverständigen Friedrich Nicponsky und Prof. Dr. Werner Sobotka in keiner Weise auseinander, sondern verweist lediglich darauf, dass diese Gutachten die Feststellungen des Sachverständigen Rettenbacher schon deshalb nicht zu erschüttern vermögen, da die beiden Sachverständigen in ihren Gutachten deutlich weniger Vergleichsschriften berücksichtigt hätten.

Das Berufungsgericht verkennt jedoch, dass – wie bereits unter Punkt 2.a) der vorliegenden Rechtsmittelschrift ausgeführt wurde – der Sachverständige Rettenbacher letztlich zugestehen musste, dass er die Echtheit der von ihm als echt angenommenen Vergleichsschriften nie überprüft hat, woraus sich ergibt, dass er sein Gutachten ebenfalls einzig auf die unbestrittene Vergleichsschrift V1 stützt.

Das Berufungsgericht lässt auch völlig unberücksichtigt, dass der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka die Echtheit des strittigen Testaments umfassend geprüft hat und in seinem Gutachten auch alle späteren, unbestritten echten Vergleichsschriften aus dem Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher berücksichtigt hat und trotz Prüfung dieser Vergleichsschriften und vollständiger Kenntnis aller Befunde und Feststellungen des Sachverständigen Rettenbacher zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Testament gefälscht und das Gutachten des Sachverständigen Nicponsky richtig ist.

Das Berufungsgericht lässt weiters völlig außer Acht, dass sich das Gutachten Nicponsky nicht nur auf V1, sondern auch auf alle übrigen unbestrittenen Vergleichsschriften stützt. Der Sachverständige Nicponsky hat diese Vergleichsschriften im Zuge des Verfahrens 16 Cg 95/02 des Landesgerichtes Korneuburg geprüft und dort zu Protokoll gegeben: „Zu den in Punkt 6. des

Gutachtens des Sachverständigen Dr. Sobotka angeführten Originalen V2, V3, V4, V18, V19 und V20 gebe ich an, dass mir diese zur Gutachtenserstattung nicht vorgelegen sind. Ich habe diese erst nach Gutachtenserstattung in weiterer Folge während des Prozesses gesehen und dem fraglichen Testament gegenübergestellt und bin zu dem Ergebnis gekommen, dass ich mein Gutachten aus dem Jahr 1997 auch unter Berücksichtigung dieser Originale weiterhin vollinhaltlich aufrecht erhalten kann“.

Hätte sich das Erstgericht mit diesem Vorbringen des Klägers auseinandergesetzt, wäre es zur Auffassung gelangt, dass die Gutachten der Sachverständigen Friedrich Nicponsky und Prof. Dr. Werner Sobotka in einem eklatanten Widerspruch zu den Feststellungen des Sachverständigen Rettenbacher stehen und es daher auf alle Fälle notwendig gewesen wäre, einen Übergutachter zu bestellen bzw. zumindest die vom Kläger beantragten sachverständigen Zeugen Friedrich Nicponsky und Prof. Dr. Werner Sobotka zu ihren Gutachten sowie insbesondere zu den Widersprüchen in den vorliegenden Gutachten zu befragen.

Da das Berufungsgericht all dies unterlassen hat, ist die angefochtene Entscheidung mit einem wesentlichen Verfahrensmangel behaftet, welcher einer umfassenden und erschöpfenden Erörterung und Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts entgegensteht.

- c) Das Berufungsgericht sieht die Feststellung des Sachverständigen Rettenbacher auch durch die Ausführungen des im Verfahren 16 Cg 95/02 b des Landesgerichtes Korneuburg ebenfalls zum Sachverständigen bestellt Mag. Dr. Hannes Hausbauer bestätigt.

Das Erstgericht hat sich jedoch nicht mit den vom Kläger aufgezeigten massiven Mängel und Fehler im Gutachten des Sachverständigen Hausbauer auseinandergesetzt, wonach der Sachverständige gegen den ihm erteilten Gutachtensauftrag verstoßen hat, indem er die Existenz der Originale der Vergleichsschriften V18, V19 und V20 ignoriert und aus seiner Befundaufnahme ausgeschlossen hat. Der Sachverständige Dr. Hausbauer macht auch in Wider-

spruch zu allen wissenschaftlichen Regeln zur Erstellung forensischer Schriftgutachten keine Angaben zum Wahrscheinlichkeitsgrad, nach welchem seine – nicht näher erklärten – Schlussfolgerungen als richtig oder falsch zu bewerten sind.

- d) Der Auffassung des Berufsgerichtes, wonach sich weder aus dem Inhalt des Aktes 16 Cg 95/02 b des Landesgerichtes Korneuburg noch aus dem Gutachtensauftrag vom 15.11.2006 ergeben würde, dass der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka im Zuge seines in diesem Verfahren erstatteten Gerichtsgutachtens die Echtheit des strittigen Testaments umfassend geprüft habe, ist entgegenzuhalten, dass das Landesgericht Korneuburg dem Sachverständigen Dr. Sobotka den Gutachtensauftrag in der Form erteilt hat, Befund und Gutachten darüber zu erstellen, ob die Aussage des Sachverständigen Nicponsky in seinem am 13.07.1997 erstatteten Gutachten richtig ist, wonach die letztwillige Verfügung vom 21.05.1991 mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit gefälscht ist.

Weiters hat das Landesgericht Korneuburg den Sachverständigen Prof. Dr. Sobotka in seinem Gutachtensauftrag ausdrücklich auf das im Parallelverfahren des Landesgerichtes Salzburg ergangene Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher hingewiesen und beauftragt zu prüfen, ob die Feststellung der Testamentsfälschung auch unter Berücksichtigung aller im Salzburger Verfahren aktenkundig unbestrittener Vergleichsschriften weiterhin richtig ist oder nicht.

Schließlich hat das Landesgericht Korneuburg den Sachverständigen Prof. Dr. Sobotka auch noch gutachterlich beauftragt, alle vom Sachverständigen Nicponsky im Detail beschriebenen Befunde und Analysen zu überprüfen, mit denen der Sachverständige Nicponsky die Fälschung des gegenständlichen Testamento festgestellt hat.

Es steht daher aktenkundig fest, dass der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka nicht nur den Gutachtensauftrag hatte, zu prüfen, *ob das Gutachten Nicponsky lege artis zu Stande gekommen ist,*

Sondern hatte der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka gerade den Gutachtensauftrag, umfassend die Echtheit des Testamento zu prüfen und in seinem

Gutachten festzustellen, ob das Gutachten des Sachverständigen Nicponsky – auch unter Berücksichtigung aller weiteren unbestritten echten Vergleichsschriften aus dem Gutachten Rettenbacher – zu einem richtigen Ergebnis gekommen ist.

Zur Erstellung seines Befundes und seines Gutachtens lagen dem Sachverständigen Prof. Dr. Sobotka nicht nur der Akt des Landesgerichtes Korneuburg, sondern auch der vollständige gegenständliche Akt des Landesgerichtes Salzburg mit sämtlichen Aussagen des Sachverständigen Rettenbacher vor.

Der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka hat daher als finale Schlussfolgerung in seinem Gutachten auch nicht nur festgestellt, dass der Sachverständige Nicponsky bei seiner Gutachtenerstellung *lege artis* vorgegangen ist, sondern dass das Ergebnis des Gutachtens, wonach das Testament gefälscht ist, richtig ist.

Zit: Gutachtensergebnis des Gerichtsgutachters Prof. Dr. Sobotka:

„7. Gutachterliche Aussagen

Der Gutachter Nicponsky hat bei seinem Gutachten die notwendige Sorgfalt angewandt und ist daher auch zu einer richtigen Schlussfolgerung gelangt. Deswegen wird das Gutachten Nicponsky auf Beurteilung seiner Richtigkeit mit gegeben beurteilt.“

Das Berufungsgericht hätte daher feststellen müssen, dass der Sachverständige Prof. Dr. Sobotka im Zuge seines Gerichtsgutachtens die Echtheit des strittigen Testamento umfassend geprüft hat und in seinem Gutachten auch alle späteren, *unbestritten echten Vergleichsschriften aus dem Gutachten des Sachverständigen Rettenbacher berücksichtigt hat und trotz Prüfung dieser Vergleichsschriften und vollständiger Kenntnis aller Befunde und Feststellungen des Sachverständigen Rettenbacher zu dem Gutachten gelangt ist, dass das Testament gefälscht ist.*

Aus all diesen Gründen werden an den Obersten Gerichtshof nachstehende

ANTRÄGE

gestellt:

Der Oberste Gerichtshof als Revisionsgericht wolle

1. die Revision für zulässig erachten,
2. der Revision Folge geben und
 - a) das angefochtene Urteil des Oberlandesgerichtes Linz vom 16.07.2009, 3 R 56/09 i, 3 R 57/09 m (3 Cg 171/02 g, Landesgericht Salzburg), ON 227, dahingehend abändern, dass dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben werde,
in eventu
 - b) das angefochtene Urteil sowie das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 06.01.2009, 3 Cg 171/02 g, ON 219, vollinhaltlich aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht/Prozessgericht I. Instanz zurückverweisen,
3. jedenfalls der beklagten Partei den Ersatz der Kosten des Verfahrens aller Instanzen an die klagende Partei gemäß § 19a RAO zu Handen der Klagevertretung binnen vierzehn Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Salzburg, am 14.09.2009

Ing. Georg Wagner

An Kosten werden verzeichnet:

Revision TP 3C	€	1.292,02
150 % ES	€	<u>1.938,03</u>
Zwischensumme.....	€	3.230,05
20 % USt	€	<u>646,01</u>
gesamt.....	€	<u>3.876,06</u>