

rens überhaupt noch nicht existierten oder vorlagen und somit damals überhaupt noch nicht hätten aufgenommen werden können. Das Wiederaufnahmeverfahren sollte mittels nachträglicher Aufnahme solchen Vorbringens Ungerechtigkeiten abfedern. Denn in Fällen, wo Vorbringen unverschuldeterweise erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens möglich wurden, wären sie aufgrund der bloss beschränkten Berufung in zweiter Instanz<sup>271</sup> nicht beachtet worden. In zweiter Instanz war nämlich grundsätzlich das, was nicht bereits in erster Instanz eingebracht worden war, unbeachtlich. Die Wiederaufnahme sorgte deshalb dafür, dass solches Vorbringen zugunsten der Erforschung der materiellen Wahrheit nachträglich in das erstinstanzliche Verfahren aufgenommen werden konnte.<sup>272</sup>

(3) In *allen übrigen Fällen*, wo im erstinstanzlichen Verfahren Vorbringen der Parteien infolge irgendwelchen Verschuldens vom Gericht zurückgewiesen und dadurch präkludiert worden war, war eine Wiederaufnahmsklage versagt. Sie war vielmehr «nur dann zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande [gewesen] war, [...] die neuen Thatsachen oder Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil erster Instanz erging, geltend zu machen» (§ 530 Abs. 2 Ö-CPO). Verschulden umfasste hierbei das ganze Spektrum von mutwilliger Absicht der Prozessverschleppung bis hin zu blosser Fahrlässigkeit wie Nichtvorbringen aus Nachlässigkeit.<sup>273</sup>

*Klein kritisierte* zwar, dass mit dem Erfordernis fehlenden Verschuldens für das Wiederaufnahmeverfahren das Augenmerk hauptsächlich auf das parteiseitige Verschulden gerichtet wurde.<sup>274</sup> Richtigerweise und als einfacheres Tatbestandselement hätte seines Erachtens allein massgeblich sein sollen, ob eine Berücksichtigung des zurückgewiesenen Vorbringens in der Hauptsache für die Partei offenbar zu einem günstigeren Urteil geführt hätte, unbeschleunigt eines allfälligen Verschuldens.<sup>275</sup> Allerdings scheint die Kombination beider Voraussetzungen, das heisst sowohl der Erheblichkeit im Hinblick auf eine Änderung des Urteils als

---

271 Siehe unten unter § 4/I./17./a).

272 Zum vorangehenden Absatz Klein, Bemerkungen CPO, S. 370; Klein, Zivilprozeß, S. 278 f., S. 464 und S. 467. Siehe auch Böhm, Neuerungsverbot, S. 246 f.

273 Klein, Bemerkungen CPO, S. 369 f.

274 Vgl. Klein, Zivilprozeß, S. 271.

275 Klein, Bemerkungen CPO, S. 261; Klein, Zivilprozeß, S. 271.